

KORZYSTANIE Z ZASOBÓW OSÓB TRZECICH W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

Katarzyna Eger

KORZYSTANIE Z ZASOBÓW OSÓB TRZECICH W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

Katarzyna Eger

Zamów książkę w księgarni internetowej

proinfo.pl
księgarnia internetowa

Stan prawny na 31 grudnia 2016 r.

Wydawca
Izabella Matecka

Redaktor prowadzący
Joanna Maź

Opracowanie redakcyjne
Agata Czuj

Łamanie
Justluk

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

prawolubni

SZANUJMY PRAWO I WŁASNOŚĆ
Więcej na www.legalnakultura.pl
POLSKA IZBA KSIĄŻKI

© Copyright by
Wolters Kluwer SA, 2017

ISBN: 978-83-8107-104-8

Dział Praw Autorskich
01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33
tel. 22 535 82 19
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl
www.wolterskluwer.pl
księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	9
Wstęp	13
Rozdział pierwszy	
Regulacja prawna	21
1. Dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE	23
2. Dyrektywy 2014/24/UE i 2014/25/UE	24
3. Prawo polskie	28
4. Prawo Wielkiej Brytanii	41
5. Prawo francuskie	42
6. Prawo niemieckie	43
Rozdział drugi	
Zakres koniecznego zaangażowania osoby trzeciej oddającej zasoby w realizację zamówienia	46
1. Rys historyczny	46
2. Dopuszczalność skorzystania z kompetencji do prowadzenia danej działalności zawodowej	54
3. Korzystanie z cudzych zdolności technicznych i zawodowych	56
4. Korzystanie z cudzej sytuacji ekonomicznej lub finansowej	92
5. Konkluzje	108
Rozdział trzeci	
Możliwość wyłączenia podwykonawstwa	112
1. Rys historyczny	112

2. Czy państwa członkowskie mogą bardziej ograniczyć podwykonawstwo, niż wynika to z treści dyrektyw?	116
3. Czy wyłączenie podwykonawstwa eliminuje możliwość powołania się na cudze zasoby w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu?	132
4. Konkluzje	135

Rozdział czwarty

Dopuszczalność uwzględniania zasobów osób trzecich

w ramach kryteriów oceny ofert	136
1. Rys historyczny	137
2. Czy można uwzględnić cudze zasoby w ramach kryteriów oceny ofert lub kryteriów selekcji?	139
3. Konkluzje	145

Rozdział piąty

Sposób wykazania przez wykonawcę, że będzie dysponował

zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia	146
1. Rys historyczny	148
2. Czy udowodnienie udostępnienia cudzych zasobów musi nastąpić w drodze umowy, czy też wystarczy jednostronne oświadczenie woli udostępniającego?	155
3. Jakiego rodzaju umową jest zobowiązanie do oddania zasobów wykonawcy?	161
4. Elementy konieczne zobowiązania o oddanie zasobów	167
5. Kilkakrotne zobowiązanie do oddania zasobów	183
6. Konkluzje	194

Rozdział szósty

Zmiana podwykonawcy w toku realizacji zamówienia 198 |

1. Regulacja prawna	199
2. Czy zmiana/rezygnacja lub dodanie podwykonawcy stanowią zawsze zmianę umowy o zamówienie publiczne?	201
3. Zasady zmiany/rezygnacji z podwykonawcy, na którego zasoby wykonawca powoływał się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu	206

4. Zasady zmiany podwykonawcy, na którego zasoby wykonawca nie powoływał się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu	207
5. Czy zamawiający mógłby przewidzieć w umowie prawo jej modyfikacji w zakresie zastrzeżenia obowiązku osobistej realizacji zamówienia?	209
6. Na jaki moment należy oceniać podwykonawcę?	213
7. Zakres ingerencji zamawiającego w krąg podwykonawców w związku z jego odpowiedzialnością za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcom	214
8. Zmiana dalszego podwykonawcy	219
9. Konkluzje	221
Wzory dokumentów	223
Wzór warunkowej umowy o roboty budowlane polegającej na udostępnieniu doświadczenia	225
Wzór oświadczenia o udostępnieniu zasobów technicznych	228
Wzór przedwstępnej umowy zlecenia	229
Wzór umowy udostępnienia zasobów zawodowych	231
Wzór umowy o udostępnieniu sytuacji finansowej	234
Wyciąg z przepisów	237
Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (tekst mający znaczenie dla EOG) (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, s. 65) (wyciąg)	239
Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (tekst mający znaczenie dla EOG) (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, s. 243) (wyciąg)	247
Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) (wyciąg)	256

Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126) (wyciąg)	270
Bibliografia	273
Wykaz orzecznictwa	289

WYKAZ SKRÓTÓW

Akty prawne

- dyrektywa 2004/17/WE – dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004, s. 1)
- dyrektywa 2004/18/WE – 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 (Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004, s. 114)
- dyrektywa 2014/24/UE – dyrektywa 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, s. 65)
- dyrektywa 2014/25/UE – dyrektywa 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, s. 243)
- k.c. – ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 380 z późn. zm.)
- k.k. – ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1137 z późn. zm.)
- Konstytucja RP – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)

k.p.	– ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1666 z późn. zm.)
k.s.h.	– ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1578 z późn. zm.)
pr. bank.	– ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 128 z późn. zm.)
p.w.p.	– ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1410 z późn. zm.)
p.z.p.	– ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.)
TFUE	– Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016, s. 47)
TUE	– Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016, s. 13)

Czasopisma

Biul. SN	– Biuletyn Sądu Najwyższego
EPS	– Europejski Przegląd Sądowy
Mon. Praw.	– Monitor Prawniczy
OSA	– Orzecnictwo Sądów Apelacyjnych
OSNC	– Orzecnictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
OSNC-ZD	– Orzecnictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna – Zbiór Dodatkowy
OSNP	– Orzecnictwo Sądu Najwyższego. Izba Pracy
OSP	– Orzecnictwo Sądów Polskich
PiP	– Państwo i Prawo
PPH	– Przegląd Prawa Handlowego
Pr. Bank.	– Prawo Bankowe
Pr. Gosp.	– Prawo Gospodarcze
Pr. Sp.	– Prawo Spółek
Prok. i Pr.	– Prokuratura i Prawo
PS	– Przegląd Sądowy
PUG	– Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego
PZP	– Prawo Zamówień Publicznych
ST	– Samorząd Terytorialny

- TPP – Transformacje Prawa Prywatnego
Zb. Orz. – Zbiór Orzeczeń

Inne

- ETS – Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej)
KIO – Krajowa Izba Odwoławcza
SA – sąd apelacyjny
SIWZ – specyfikacja istotnych warunków zamówienia
SN – Sąd Najwyższy
SO – sąd okręgowy

WSTĘP

1. Wprowadzenie

Celem postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy przez zamawiającego z tym wykonawcą, który zaproponował najlepszą ofertę. Jednakże, w celu zapewnienia należytego wykonania umowy, wykonawca ten musi także spełniać kryteria stawiane przez zamawiającego związane z przedmiotem danego zamówienia. Dlatego zamawiający, jako organizator postępowania, ma prawo do określenia kryteriów dotyczących posiadanych przez wykonawcę uprawnień, zdobytej wiedzy i doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, a także sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy. Stawiane wykonawcom kryteria oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają bowiem na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Innymi słowy zamawiający, zanim przejdzie do etapu wyboru ofert, ma prawo zweryfikować, czy dany oferent w ogóle jest w stanie sprostać stawianemu mu zadaniu¹. Przyjmuje się bowiem, że realizowanie zadań finansowanych ze środków publicznych powinno być powierzane takim wykonawcom, którzy są zdolni do terminowego i efektywnego zrealizowania zamówień².

¹ W. Dzierżanowski, *O skutecznej weryfikacji potencjału deklarowanego przez osobę wspierającą wykonawcę ubiegającego się o zamówienie publiczne*, PZP 2015, nr 3, s. 34.

² M. Konieczny, *Zdolność do należytego wykonania zamówienia publicznego przesłanką jego efektywności*, PZP 2008, nr 4, s. 72; G. Bednarczyk, *Wiarygodność ekonomiczna wykonawcy*, *Zamówienia Publiczne. Doradca* 2008, nr 2, s. 4.

Jednocześnie w ustawodawstwie unijnym, a w konsekwencji także w ustawodawstwie poszczególnych państw członkowskich, wprowadzono zasadę, że wykonawca w uzasadnionych przypadkach może wykazać spełnienie stawianych przez zamawiającego kryteriów przez wykorzystanie możliwości i zasobów innych podmiotów. W takim wypadku wykonawca musi jednak udowodnić zamawiającemu, że będzie miał dostęp do tych zasobów podczas realizacji zamówienia. Celem wprowadzenia tej zasady jest zwiększenie konkurencyjności postępowań. Regulacja ma też na celu wzmocnienie takich zasad, jak swoboda przepływu towarów, przedsiębiorczości oraz świadczenia usług³. Dzięki skorzystaniu z zasobów innych podmiotów szansę na realizację zamówień publicznych zyskują także mniejsi przedsiębiorcy, którzy zawierając różnego rodzaju porozumienia z osobami trzecimi, są w stanie przy ich udziale sprostać wymaganiom stawianym przez zamawiających. Wyłączenie tej zasady w dłuższej perspektywie czasu mogłoby doprowadzić do monopolizacji rynku zamówień publicznych.

Wykorzystanie zasobów osób trzecich niesie jednak za sobą wiele problemów, począwszy od tego, czy każdy warunek stawiany przez zamawiającego może zostać spełniony przy wykorzystaniu innego podmiotu, poprzez charakter powiązań z osobą trzecią, sposób udowodnienia dostępu do zasobów podmiotu trzeciego czy, w końcu, jakie prawa przysługują zamawiającemu w przypadku, gdy wykonawca w toku realizacji zamówienia traci dostęp do wcześniej deklarowanych zasobów. Na problematykę tę dodatkowo nakłada się kwestia odpowiedzialności zamawiającego za zapłatę wynagrodzeń podmiotom trzecim, które są zaangażowane w realizację zamówienia.

Problematyka ta ma doniosłe znaczenie praktyczne. Zdarza się, że wykonawcy na etapie wyboru i oceny ofert powołują się na zasoby osób trzecich, ale nie korzystają z nich na etapie realizacji zamówienia. W ostatnich latach w Polsce coraz częściej obserwujemy proceder handlu referencjami i zmów cenowych. Poszukiwanie właściwych rozwiązań prawnych to próba odnalezienia pewnego racjonalnego

³ M. Moras, *Oddanie do dyspozycji wykonawcy zasobów osoby trzeciej związanych z wiedzą i doświadczeniem na tle problematyki podwykonawstwa*, PZP 2013, nr 1, s. 65.

kompromisu, który z jednej strony pozwoli przedsiębiorcom na wykorzystywanie zasobów podmiotów trzecich przy realizacji zamówień, a z drugiej strony da zamawiającym możliwości weryfikacji wykorzystania tych zasobów.

Jednocześnie należy wskazać, że opisana powyżej problematyka wiąże się z zasadami udziału konsorcjów w postępowaniach o zamówienia publiczne, w tym w szczególności kwestią zakresu dopuszczalności sumowania się potencjałów konsorcjantów. Kwestie te leżą jednak poza zakresem publikacji.

2. Stan piśmiennictwa dotyczącego korzystania z zasobów osób trzecich w zamówieniach publicznych

Problematyka prawna korzystania z zasobów osób trzecich w zamówieniach publicznych nie została jeszcze dostatecznie rozwinięta w piśmiennictwie. Na tle dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE przedstawiciele doktryny wypowiadali się dość często w odniesieniu do problemów praktycznych korzystania z zasobów osób trzecich. Najszerszą analizę tej problematyki podjęli A. Sołtysińska i G. Wicik⁴. Analizy poszczególnych kwestii podjęli się także F. Łapecki⁵, M. Stręciwilk⁶, G. Jędrejek⁷, M. Moras⁸, J. Dolecki⁹ i Z. Gordon¹⁰. Żaden jed-

⁴ A. Sołtysińska, G. Wicik, *Dopuszczalność powołania się na zdolności innych podmiotów*, PZP 2009, nr 4, s. 3–35.

⁵ F. Łapecki, *O funkcjonowaniu art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych*, PZP 2013, nr 1, s. 78–86.

⁶ M. Stręciwilk, *Dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym warunkiem ubiegania się o zamówienie publiczne*, PZP 2013, nr 1, s. 41–52.

⁷ G. Jędrejek, *Wymóg niezbędnej wiedzy i doświadczenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, PZP 2008, nr 3, s. 75–84.

⁸ M. Moras, *Oddanie do dyspozycji wykonawcy zasobów osoby trzeciej związanych z wiedzą i doświadczeniem na tle problematyki podwykonawstwa*, PZP 2013, nr 1, s. 64–74.

⁹ J. Dolecki, *Niezbędna wiedza i doświadczenie oferenta*, *Zamówienia Publiczne*. Doradca 2003, nr 5, s. 57 i n.

¹⁰ Z. Gordon, *Odpowiedzialność cywilna osoby przyrzekającej udostępnienie potencjału wykonawcy zamówienia publicznego*, PZP 2015, nr 1, s. 34–46.

Katarzyna Eger – adwokat, doktor nauk prawnych; ekspert serwisu LEX Zamówienia Publiczne; w praktyce zawodowej doradza zarówno zamawiającym, jak i wykonawcom; autorka licznych publikacji.

Książka w sposób kompleksowy przedstawia problematykę wykorzystania cudzych zasobów i podwykonawstwa w zamówieniach publicznych. W pracy omówiono m.in. takie zagadnienia, jak:

- zakres koniecznego zaangażowania podmiotów oddających zasoby wykonawcy w późniejszą realizację zamówienia publicznego,
- dopuszczalność wyłączenia podwykonawstwa,
- sposób dowodzenia zobowiązania do oddania zasobów,
- zmiany w zakresie podwykonawstwa na etapie realizacji zamówienia publicznego.

Publikacja uwzględnia zmiany w prawie związane z wejściem w życie dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/UE oraz nowelizacją polskiego Prawa zamówień publicznych stanowiącą implementację tych dyrektyw. Prezentuje ponadto orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, polskich sądów i Krajowej Izby Odwoławczej oraz zawiera przykładowe wzory dokumentów potwierdzających możliwość wykorzystania różnych zasobów osób trzecich w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Książka przeznaczona jest dla zamawiających oraz wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne, jak również pracowników administracji rządowej i samorządowej ds. zamówień publicznych. Zainteresuje też organy orzekające oraz prawników zawodowo zajmujących się omawianymi problemami.



ZAMÓWIENIA:

INFOLINIA 801 04 45 45, FAX 22 535 80 01

ZAMOWIENIA@WOLTERSKLUPER.PL

WWW.PROFINFO.PL

ISBN 978-83-8107-104-8



CENA 99 Zł (W TYM 5% VAT)