

UMOWA O PODWYKONAWSTWO W PRAWIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Maria Michta

UMOWA O PODWYKONAWSTWO W PRAWIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Maria Michta

Zamów książkę w księgarni internetowej

proinfo.pl
księgarnia internetowa

SERIA **MONOGRAFIE**

Stan prawny na 5 sierpnia 2019 r.

Recenzent

prof. dr hab. Tadeusz Włudyka

Wydawca

Izabella Małecka

Redaktor prowadzący

Paulina Staniszevska-Chudzik

Opracowanie redakcyjne

Joanna Ośka

Projekt okładek serii

Wojtek Kwiecień-Janikowski, Przemek Dębowski

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 Polska Sp. z o.o., 2019

ISBN 978-83-8160-901-2

ISSN 1897-4392

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

Książkę tę dedykuję mężowi, Dariuszowi,
zawsze we mnie wierzącemu,
pokładającemu nadzieję
i obdarzającemu mnie miłością

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	11
Wprowadzenie.....	13
Rozdział I	
Umowa o podwykonawstwo – zagadnienia wprowadzające i definicyjne.....	25
§ 1. Źródła prawa.....	25
§ 2. Charakter prawny umowy o podwykonawstwo.....	32
§ 3. Definicja umowy o podwykonawstwo	38
I. Cechy umowy o podwykonawstwo.....	40
I.1. Strony umowy o podwykonawstwo	41
I.2. Przedmiot umowy	50
I.3. Forma.....	71
I.4. Odpłatność.....	113
§ 4. Obowiązek osobistego świadczenia a podwykonawstwo ...	118
I. Regulacja kodeksowa	118
I.1. Świadczenie – definicja i wybrane zagadnienia ...	118
I.2. Zasada braku obowiązku osobistego spełnienia świadczenia.....	121
I.3. Obowiązek przyjęcia świadczenia od osoby trzeciej	123
I.4. Zakres obowiązku osobistego świadczenia.....	126
II. Regulacja Prawa zamówień publicznych.....	130
II.1. Zasada możliwości powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.....	131

II.2. Wyjątki od zasady dopuszczalności podwykonawstwa	134
II.3. Zaofiarowanie świadczenia przez osobę trzecią...	150

Rozdział II

Zagadnienie podwykonawstwa i dalszego podwykonawstwa przy przygotowaniu i prowadzeniu postępowania oraz w czasie wykonania umowy – zamówienia publicznego

§ 1. Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.....	154
I. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia.....	155
I.1. Informacja o obowiązku osobistego wykonania...	158
I.2. Wymóg zatrudniania na podstawie umowy o pracę	159
I.3. Istotne dla stron postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umów, wzór umowy	175
I.4. Wymagania i informacje w zakresie umów o podwykonawstwo	177
I.5. Procentowa wartość ostatniej części wynagrodzenia za wykonanie umowy w sprawie zamówienia na roboty budowlane	181
I.6. Elementy SIWZ dotyczące podwykonawstwa niewymienione w art. 36 p.z.p.	181
II. Zaproszenie do negocjacji (tryb zamówienia z wolnej ręki)	182
III. Ogłoszenie o zamówieniu (tryb licytacji elektronicznej)	183
§ 2. Obowiązki oraz uprawnienia zamawiającego w zakresie informacji o podwykonawstwie (art. 36b p.z.p.).....	183
I. Informacje dotyczące zamiaru powierzenia części zamówienia podwykonawcom.....	184
I.1. Charakter prawny oferty wykonawcy w zakresie dotyczącym podwykonawstwa.....	191
II. Żądanie podania danych podwykonawców (art. 36b ust. 1a–1b p.z.p.)	203

§ 3. Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia z niego a podwykonawstwo – weryfikacja podwykonawców i dalszych podwykonawców.....	208
I. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wystąpienia przesłanek wykluczenia z postępowania a podwykonawstwo.....	217
I.1. Podwykonawstwo bez udostępnienia zasobów....	220
I.2. Podwykonawstwo z udostępnieniem zasobów....	226
I.3. Wezwanie do złożenia, uzupełnienia, poprawienia dokumentów i oświadczeń oraz udzielenia wyjaśnień	264
I.4. Negatywna weryfikacja podwykonawcy	265
I.5. Artykuł 22d ust. 2 p.z.p. a podwykonawstwo.....	274
I.6. Podwykonawstwo a rażąco niska cena, koszt lub ich istotne części składowe.....	276
II. Weryfikacja podwykonawców (dalszych podwykonawców) na etapie realizacji zamówienia ...	280
§ 4. Obowiązki informacyjno-sprawozdawcze zamawiającego	288
I. Protokół postępowania	288
II. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia.....	291
III. Sprawozdanie z udzielonych zamówień publicznych ...	293
§ 5. Dopuszczalna zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego.....	294
I. Zmiany przedmiotu zamówienia publicznego.....	298
II. Zmiany podmiotowe umowy w sprawie zamówienia publicznego.....	300
II.1. Zmiana podmiotowa po stronie wykonawcy zamówienia.....	301
II.2. Zmiana podmiotowa po stronie zamawiającego ...	310
III. Zmiana, rezygnacja z podwykonawcy, wprowadzenie nowego podwykonawcy a zmiana umowy	311
IV. Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie zastrzeżenia osobistego wykonania części zamówienia	313

Rozdział III

Sytuacja prawna stron umowy o podwykonawstwo oraz osób trzecich – wybrane zagadnienia	315
§ 1. Instrumenty ochrony podwykonawców oraz dalszych podwykonawców	316
I. Ograniczenia dotyczące wypłaty wynagrodzenia wykonawcy.....	317
I.1. Wynagrodzenie wypłacane w częściach (art. 143a ust. 1 pkt 1 p.z.p.).....	321
I.2. Wynagrodzenie wypłacane w całości – system zaliczek (art. 143a ust. 1 pkt 2 p.z.p.).....	331
I.3. Skutki nieprzedstawienia wymaganych dowodów płatności.....	338
I.4. Podsumowanie.....	340
II. Termin płatności wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy.....	342
III. Obligatoryjne postanowienia umowy o roboty budowlane na podstawie art. 143d p.z.p.....	347
IV. Gwarancja zapłaty za roboty budowlane	360
V. Odpowiedzialność solidarna za zapłatę wynagrodzenia z umów podwykonawczych	371
V.1. Kodeks cywilny	372
V.2. Ustawa z 28.06.2012 r.	391
V.3. Prawo zamówień publicznych.....	404
§ 2. Odpowiedzialność związana z umową o podwykonawstwo	472
I. Odpowiedzialność za osoby trzecie <i>ex delicto</i> – art. 429 k.c.....	473
II. Odpowiedzialność za osoby trzecie <i>ex contractu</i> – art. 474 k.c.....	476
III. Zbieg odpowiedzialności <i>ex delicto</i> i <i>ex contractu</i>	478
Zakończenie	481
Materiały źródłowe	499

WYKAZ SKRÓTÓW

- dyrektywa 2004/18/WE – dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.03.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.Urz. UE L 134, s. 114 ze zm.)
- dyrektywa 2014/24/UE – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94, s. 65 ze zm.)
- Dz.Urz. UE – Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
- EPS – Europejski Przegląd Sądowy
- GDDKiA – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad
- GKO – Główna Komisja Orzekająca
- JEDZ – Jednolity Europejski Dokument Zamówienia
- k.c. – ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145)
- KIO – Krajowa Izba Odwoławcza
- k.p. – ustawa z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2019 r. poz. 1040 ze zm.)
- k.p.c. – ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2018 r. poz. 1360 ze zm.)
- KPP – Kwartalnik Prawa Prywatnego
- k.s.h. – ustawa z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2019 r. poz. 505 ze zm.)
- k.z. – rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27.10.1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz.U. Nr 82, poz. 598 ze zm.)
- Mon. Prawn. – Monitor Prawniczy
- nowelizacja lipcowa – ustawa z 22.06.2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1020)

NSA	-	Naczelnny Sąd Administracyjny
OSP	-	Orzecznictwo Sądów Polskich
PIP	-	Państwo i Prawo
PiZS	-	Praca i Zabezpieczenie Społeczne
PPH	-	Przegląd Prawa Handlowego
pr.bud.	-	ustawa z 7.07.1994 r. – Prawo budowlane (Dz.U. z 2019 r. poz. 1186 ze zm.)
Przegl. Sąd.	-	Przegląd Sądowy
pr.not.	-	ustawa z 14.02.1991 r. – Prawo o notariacie (Dz.U. z 2019 r. poz. 540 ze zm.)
PUG	-	Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego
PZP	-	Prawo Zamówień Publicznych
p.z.p.	-	ustawa z 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.)
r.r.d., rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów	-	rozporządzenie Ministra Rozwoju z 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. poz. 1126 ze zm.)
RPEiS	-	Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
SA	-	sąd apelacyjny
SIWZ	-	specyfikacja istotnych warunków zamówienia
SN	-	Sąd Najwyższy
SO	-	sąd okręgowy
SPP	-	Studia Prawa Prywatnego
SR	-	sąd rejonowy
TFUE	-	Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47)
TPP	-	Transformacje Prawa Prywatnego
TS	-	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wcześniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości)
u.j.p.	-	ustawa z 7.10.1999 r. o języku polskim (Dz.U. z 2019 r. poz. 1480)
ustawa z 28.06.2012 r.	-	ustawa z 28.06.2012 r. o spłacie niektórych niespokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 580 ze zm.)
UZP	-	Urząd Zamówień Publicznych
WSA	-	wojewódzki sąd administracyjny
ZA	-	zespół arbitrow

WPROWADZENIE

§ 1. Uwagi wstępne

Przedmiot świadczenia w zamówieniach publicznych niejednokrotnie jest złożony i zróżnicowany. Możliwość spełnienia świadczenia z udziałem podmiotów trzecich odpowiada aktualnym potrzebom rozwiniętego obrotu gospodarczego. W związku z tym w obrocie prawnym wykorzystanie umowy o podwykonawstwo jest częstym zjawiskiem. Wyjątkowo cały przedmiot zamówienia publicznego jest wykonywany wyłącznie przez wykonawcę. Można rzec, że wraz ze skomplikowaniem przedmiotu zamówienia wzrasta zapotrzebowanie na podwykonawstwo. Obserwacja praktyki prowadzi do wniosku, że umowa o podwykonawstwo spełnia doniosłą rolę w reżimie zamówień publicznych. Umowy o podwykonawstwo usprawniają wykonanie zamówień publicznych, zaś dopuszczalność ich zawierania umacnia zasadę równego dostępu do zamówień, z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji (art. 7 p.z.p.). W ten sposób możliwa jest zarówno specjalizacja podmiotów uczestniczących w wykonaniu poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia publicznego, jak i obniżenie kosztów jego wykonania. Podwykonawstwo oraz dalsze podwykonawstwo mogą się zatem przyczynić do wykonania przedmiotu zamówienia publicznego lepszej jakości, w krótszym terminie oraz za niższą cenę. Z kolei po stronie zamawiającego podwykonawstwo oraz dalsze podwykonawstwo umożliwiają lepsze gospodarowanie środkami finansowymi, którymi tenże dysponuje, oraz wykonanie większej liczby zadań.

Zagadnienia dotyczące umów podwykonawczych wywołują wątpliwości w praktyce obrotu prawnego. Stan ten pogłębiają niejednokrotnie

rozbieżne wypowiedzi doktrynalne. Wątpliwości te dotyczą szczególnie charakteru prawnego umowy podwykonawczej (m.in. jej formy i rygoru zastrzeżonego na wypadek jej niedochowania); zagadnienia podwykonawstwa i dalszego podwykonawstwa, począwszy od przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poszczególnych jego etapów oraz okresu realizacji przedmiotu zamówienia (m.in. w zakresie charakteru prawnego informacji o podwykonawstwie w ramach oferty wykonawcy, dopuszczalności zmiany podmiotu zadeklarowanego jako podwykonawca udostępniający zasoby); oraz prawidłowego funkcjonowania instrumentów prawnych ochrony podwykonawców i dalszych podwykonawców (m.in. relacji między reżimami ochrony z Prawa zamówień publicznych, Kodeksu cywilnego oraz ustawy z 28.06.2012 r.).

Ze względu zatem na doniosłość zagadnienia umowy o podwykonawstwo oraz liczne wątpliwości powstające w tym zakresie, podjęcie rozważań dotyczących podwykonawstwa (w tym też dalszego podwykonawstwa) w zamówieniach publicznych jest uzasadnione. Nie można jednak ograniczać się w tym względzie do regulacji zamówień publicznych w Prawie zamówień publicznych oraz innych aktów prawa polskiego normujących omawiane zagadnienie. W przypadku zamówień publicznych uwzględnienia wymaga kontekst unijny. Regulacja zamówień publicznych stanowi implementację dyrektyw unijnych¹. W związku

¹ W tym w ramach określonego w pracy obszaru badań (§ 2 wprowadzenia) przedmiotem zainteresowania jest dyrektywa 2014/24/UE. Zgodnie z art. 288 TFUE dyrektywy wiążą państwa członkowskie w zakresie rezultatu, który ma zostać osiągnięty. Państwo członkowskie ma natomiast swobodę wyboru środków i formy jego osiągnięcia. Ponadto w art. 4 dyrektywy 2014/24/UE zamieszczone zostały progi kwotowe, od których dyrektywa znajduje zastosowanie. Ustawodawca polski w toku implementacji przepisów dyrektywy dokonał jednak wyłącznie rozróżnień proceduralnych w zakresie publikacji ogłoszeń (Biuletyn Zamówień Publicznych czy Dziennik Urzędowy UE), terminów (przykładowo dla minimalnego terminu między wszczęciem postępowania a terminem otwarcia ofert) oraz obowiązku żądania dokumentów i oświadczeń na potwierdzenie spełnienia przesłanek udziału w postępowaniu, braku przesłanek wykluczenia. W pozostałym zakresie przepisy implementujące dyrektywę mają zastosowanie bez względu na stosunek wartości zamówienia do progów kwotowych z art. 4 dyrektywy 2014/24/UE. Z tego względu dyrektywę 2014/24/UE należy uwzględniać przy wykładni przepisów dotyczących wszystkich zamówień. W kontekście historycznym regulacji zamówień publicznych – zob. m.in. R. Szostak, *Zamówienia publiczne w starożytności oraz epoce*

z tym cele zakreślone w dyrektywach powinny zostać uwzględnione przez państwa członkowskie zarówno na płaszczyźnie legislacyjnej (implementacja), jak i interpretacyjnej (w odniesieniu do implementowanych przepisów). Przyjęcie takiej perspektywy jest niezbędne ze względu na multicentryczną strukturę przepisów dotyczących umowy o podwykonawstwo. Występuje tu wielość ośrodków decyzyjnych co do stanowienia prawa oraz jego interpretacji. Stwarza to obraz prawa unijnego i krajowego tworzącego jeden złożony porządek prawny, podzielony pod względem kompetencyjnym *quoad usum*².

Konsekwencją tak ukształtowanego systemu norm prawnych odnoszącego się do zamówień publicznych (także w zakresie umów o podwykonawstwo) jest potrzeba dokonywania wykładni pronunijnej przepisów prawa krajowego w sposób umożliwiający pełną realizację standardów wprowadzonych w dyrektywie 2014/24/UE, z uwzględnieniem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości³. Wywołuje to potrzebę ukierunkowa-

średniowieczno-feudalnej, PZP 2012/3, s. 3–29; R. Szostak, *Regulacja prawna zamówień publicznych w Polsce w ujęciu historycznym*, PZP 2012/4, s. 3–40.

² Por. bliżej na ten temat m.in. E. Łętowska, *Dialog i metody. Interpretacja multicentryczna w systemie prawa*, cz. 1, EPS 2008/11, s. 6–8; E. Łętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i wykładnia jej przyjazna* [w:] *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, red. L. Ogiełło, W. Popiołek, M. Szpunar, Kraków 2005, s. 1127 i n. Zob. również A. Kalisz, *Multicentryczność systemu prawa polskiego a działalność orzecznicza Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, RPEiS 2007/4, s. 35–49.

³ Bliżej na ten temat zob. m.in. W. Rowiński, *Nakaz dokonywania wykładni pronunijnej, jako dyrektywa wykładni systemowej*, RPEiS 2016/1, s. 99–111; M. Koszowski, *Wykładnia prawa krajowego w zgodzie z prawem Unii Europejskiej po uwzględnieniu zmian spowodowanych wejściem w życie Traktatu z Lizbony*, SPP 2012/2, s. 57–71; M. Motyka-Mojkowski, *Obowiązek pronunijnej wykładni Prawa zamówień publicznych na przykładzie uchwały KIO w sprawie zasadności udzielania zamówienia z wolnej ręki*, Mon. Prawn. 2011/15, s. 805–810. Zob. również C. Mik, *Wykładnia zgodna prawa krajowego z prawem Unii Europejskiej* [w:] *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, red. S. Wronkowska, Kraków 2005, s. 115–165; S. Biernat, *Wykładnia prawa krajowego w zgodzie z prawem Wspólnot Europejskich* [w:] *Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, red. C. Mik, Toruń 1998, s. 123 i n., zob. także powołane tam orzecznictwo; E. Łętowska, *Multicentryczność...*, s. 1138–1144. W kontekście znaczenia działalności orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości zob. m.in. A. Kalisz, *Multicentryczność...*, s. 38 i n. i powołane tam orzecznictwo; M. Szuniewicz, *Interpretacja prawa wspólnotowego – metody i moc wiążąca ETS*, „Studia Prawnicze”

nego spojrzenia na rolę przepisów prawa unijnego w interpretacji prawa krajowego, przejawiającą się nie tylko w ich uwzględnianiu, lecz także w przyznaniu im pierwszeństwa. Sąd krajowy, stosując prawo unijne, powinien zapewnić pełną skuteczność jego norm. W tym celu, jeśli to konieczne, powinien z urzędu przyjąć pierwszeństwo prawa unijnego nad niezgodnymi z prawem unijnym przepisami krajowymi (choćby wydanymi później)⁴.

Również same przepisy unijne podlegają wykładni, w szczególności w sytuacji, gdy ustawodawstwo krajowe – dla stanów faktycznych nieobjętych zakresem danego aktu prawa unijnego – wprowadza rozwiązania prawne stanowiące implementację uregulowań unijnych. Wymaga tego potrzeba uniknięcia przyszłych rozbieżności interpretacyjnych⁵. Do zamówień, do których dyrektywy nie znajdują zastosowania, odnoszą się zawsze podstawowe i ogólne zasady TFUE⁶. Posłużenie się zasadą pierwszeństwa i bezpośredniego skutku jest ostatecznością – konieczność taka wystąpi, gdy do osiągnięcia celów dyrektywy nie prowadzi uprzednio przeprowadzona wykładnia prounijna prawa krajowego⁷.

2006/1, s. 23 i n. i powołana tam literatura. Por. także E. Łętowska, *Multicentryczność...*, s. 11. Nadmienić należy, iż wykładnia powinna być obustronnie przyjazna, w szczególności umożliwiająca rozgraniczenie, ale również współfunkcjonowanie porządków prawnych. Bliżej zob. E. Łętowska, *Multicentryczność...*, s. 1139–1140. Bliżej o zasadach wykładni zob. M. Szuniewicz, *Interpretacja...*, s. 23 i n.

⁴ Zob. wyrok TS z 5.04.2016 r., C-689/13, Puligienica Facility Esco SpA (PFE) przeciwko Airgest SpA, EU:C:2016:199, pkt 40–41; wyrok TS z 11.09.2014 r., C-112/13, A przeciwko B i in., EU:C:2014:2195, pkt 36, oraz wyrok TS z 9.03.1978 r., C-106/77, Amministrazione delle Finanze dello Stato przeciwko Simmenthal SpA, EU:C:1978:49, pkt 21, 22, 24.

⁵ Zob. wyrok TS z 5.04.2017 r., C-298/15, „Borta” UAB przeciwko Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ, pkt 33–34; wyrok TS z 18.10.2012 r., C-583/10, Stany Zjednoczone przeciwko Christine Nolan, EU:C:2012:638, pkt 46–47; wyrok TS z 18.12.2014 r., C-470/13, Generali-Providencia Biztosító Zrt przeciwko Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság, EU:C:2014:2469, pkt 22–23.

⁶ Zob. m.in. wyrok TS z 23.12.2009 r., C-376/08, Serrantoni Srl, Consorzio stabile edili Srl przeciwko Comune di Milano, przy udziale Bora Srl Construzioni edili, Unione consorzi stabili Italia (UCSI), Associazione nazionale imprese edili (ANIEM), EU:C:2009:808, pkt 22–25.

⁷ Tak E. Łętowska, *Multicentryczność...*, s. 1139. Por. S. Biernat, *Wykładnia...*, s. 140–142 i powołane tam orzecznictwo.

Przedstawione uwarunkowania nie powinny być jednak odczytywane jako postulat powtórzenia w Prawie zamówień publicznych treści dyrektywy (w zakresie rozważania prawa unijnego w stosunku do prawa krajowego na płaszczyźnie legislacyjnej). Należy podkreślić, że raczej powinno ono zawierać instrumenty, które umożliwiają realizację celu dyrektywy w danym krajowym porządku prawnym (*effet utile*)⁸. Innymi słowy, chodzi o zrealizowanie zasady skuteczności prawa europejskiego (jego efektywności). Jej istota sprowadza się do tego, że przepisom prawa europejskiego należy zapewnić skuteczność.

Multicentryczność ośrodków tworzenia i interpretacji prawa nieuchronnie może prowadzić do formułowania odmiennych ocen; powstają w związku z tym niepożądane sytuacje kolizyjne. Przyjęcie przez judykaturę krajową metodologii wykładni i stosowania prawa, która byłaby niezgodna z *effet utile*, może skutkować niewłaściwą interpretacją implementowanych przepisów poszczególnych dyrektyw. Nie służy to harmonizacji prawa w ramach UE.

Należy stwierdzić, że wykładnia przepisów dotyczących umowy o podwykonawstwo w systemie multicentrycznym nie jest z pewnością zadaniem prostym. Powinna być ona dokonywana ze szczególnym uwzględnieniem argumentacji celowościowej (funkcjonalnej) i systemowo-aksjologicznej⁹. Konieczne jest bardziej zuniwersalizowane podejście do interpretacji, uwzględnienie funkcji kolizyjnej procesu wykładni oraz samego celu, który poprzez interpretację ma zostać osiągnięty – pokojowego współistnienia wielu ośrodków interpretacyjnych¹⁰.

Zarysowane uwarunkowania prawne oraz wzrost znaczenia praktycznego podwykonawstwa w obrocie gospodarczym sprawiają, że w literaturze i orzecznictwie coraz częściej dostrzega się istotność zagadnień dotyczących umowy podwykonawczej. Należy jednak zauważyć, że

⁸ Zob. m.in. S. Biernat, *Wykładnia...*, s. 136.

⁹ Zob. m.in. A. Kalisz, *Multicentryczność...*, s. 37; A. Kalisz, *Reguły interpretacyjne wykorzystywane przez ETS*, EPS 2007/2, s. 12 i n.; M. Szuniewicz, *Interpretacja...*, s. 23 i n.

¹⁰ Tak słusznie zauważa E. Łętowska, *Dialog...*, s. 8. Zob. również E. Łętowska, *Multicentryczność...*, s. 1128.

poszczególne opracowania doktrynalne (a także orzeczenia) odnoszą się do wybranych zakresów tematycznych i szczegółowych problemów. W doktrynie polskiej brak w tym zakresie kompleksowego monograficznego opracowania, zbiorczo analizującego problemy prawne powstające na tle umowy podwykonawczej w zamówieniach publicznych. Opracowanie to stanowi próbę wypełnienia tej luki.

§ 2. Określenie zakresu zadania badawczego

Rozważania podjęte w pracy dotyczą umowy o podwykonawstwo w reżimie zamówień publicznych, z uwzględnieniem zagadnień cywilnoprawnych. Z obszaru badań wyłączono umowy o podwykonawstwo zawierane w ramach zamówień z dziedziny obronności i bezpieczeństwa. Praca dotyczy zatem zamówień publicznych udzielanych na zasadach ogólnych. Odgrywają one bowiem główną rolę w praktyce obrotu prawnego.

Specyfika przedmiotu badań uzasadnia ograniczenie analizy do polskiego porządku prawnego (z odniesieniami do prawa unijnego, ze względu na genezę polskich przepisów Prawa zamówień publicznych). Zagadnienie umowy o podwykonawstwo powinno podlegać ocenie kompleksowej z uwzględnieniem prawa publicznego i prywatnego, których przepisy uzupełniają się z uwagi na przedmiot i cel zamówień publicznych finansowanych przez podmioty gospodarujące środkami publicznymi. Ten krajowy kontekst zidentyfikowanego zadania badawczego uzasadnia tezę o ograniczonej przydatności analizy prawnoporównawczej w zakresie wybranych (w znaczeniu wyjętych z kontekstu) szczytkowych unormowań odnoszących się do samej instytucji prawa prywatnego. Głębokie wniknięcie w obce porządki prawne, uwzględniające systemowe powiązania między prawem publicznym i prywatnym, przekracza ramy niniejszej pracy, zważywszy na jej cel i założenia. Zakładając zresztą, że istnieją różnice w konstrukcji instytucji prywatnoprawnej będącej przedmiotem pracy (których zbadanie byłoby konieczne) w różnych systemach prawnych, należałoby ponadto uwzględnić występujące w ramach porównywanych systemów różnice w prawie publicznym, a także różnice w zakresie wzajemnych powiązań

systemowych między prawem publicznym i prywatnym, aby zastosowanie metody prawnoporównawczej na potrzeby tejże pracy było celowe. Systemowe wnikięcie w obcy system prawny (w zakresie prawa prywatnego i publicznego i zachodzących między nimi związków) miałoby zasadniczo sens, ale z perspektywy wewnętrznej, w przypadku której badacz analizuje system prawny w charakterze tzw. *internal observer*¹¹, mając ugruntowane kompetencje do badania porównywanych systemów prawnych dzięki własnemu zaangażowaniu w ramach obu systemów w sposób porównywalny¹². Z uwagi na przyjęty cel pracy wydaje się, że rezygnacja z zastosowania klasycznej metody prawnoporównawczej czy nawet metody równorzędnego, systemowego, wewnętrznego porównania różnych systemów prawnych odbędzie się bez ujmy dla weryfikacji tez rozprawy i formułowanych wniosków końcowych.

W zakreślonym obszarze rozważań materiał normatywny obejmuje co do zasady regulacje Prawa zamówień publicznych (wraz z aktami wykonawczymi), z uwzględnieniem Kodeksu cywilnego oraz ustaw szczególnych normujących analizowane instytucje. W celu dokonania wykładni przepisów Prawa zamówień publicznych należy się odnieść do treści dyrektywy 2014/24/UE (wraz z aktami wykonawczymi) implementowanej w ramach Prawa zamówień publicznych. Na materiał doktrynalny składają się co do zasady komentarze, artykuły oraz opracowania monograficzne (z zastrzeżeniem, że wśród tych ostatnich brak obecnie monografii obejmującej kompleksową analizę umowy podwykonawczej w zamówieniach publicznych). W kontekście rozważań dotyczących umowy podwykonawczej niezwykle pomocny jest materiał orzeczniczy. W judykaturze krajowej uwzględnienia wymaga w szczególności bo-

¹¹ Tę szczególną metodę, odbiegającą zresztą od tradycyjnie pojmowanej metody prawnoporównawczej, zastosował F. Zoll w swej monografii *Rękopis. Odpowiedzialność sprzedawcy*, Warszawa 2018; por. także M. Jagielska, E. Macierzyńska-Franaszczyk, E. Rott-Pietrzyk, F. Zoll, G. Żmij, *Limits of harmonisation and convergence. Dissimilarities within Similarities of Polish and German Contract Law*, Warszawa 2018, s. 47, 48.

¹² Z wywodów F. Zolla we wstępie do cytowanej monografii wynika, że odnosi się on do porównywanych systemów prawnych (polskiego i niemieckiego) z perspektywy wewnętrznej w charakterze tzw. *internal observer*. Czyni to, będąc zaangażowanym w porównywalny sposób w oba systemy prawne. Bada je bowiem z tej perspektywy jako naukowiec i nauczyciel akademicki, prowadząc równocześnie wykłady na uniwersytetach w Niemczech i Polsce. Por. F. Zoll, *Rękopis...*, s. XI.

gate orzecznictwo KIO oraz SN. Multicentryczny charakter przepisów dotyczących umowy podwykonawczej w zamówieniach publicznych stwarza potrzebę sięgania do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości¹³.

§ 3. Cel zadania badawczego

W pracy podejmowana jest próba określenia zasad wynikających z Prawa zamówień publicznych, które odnoszą się do podwykonawstwa oraz dalszego podwykonawstwa i funkcjonalności tych rozwiązań prawnych. Rozważania dotyczą również regulacji umowy podwykonawczej z perspektywy praw i obowiązków jej stron (relacje *inter partes* określone treścią umowy) oraz sytuacji prawnej osób trzecich, które pozostają poza węzłem obligacyjnym wynikającym bezpośrednio z tej umowy. Istotne dla osiągnięcia zamierzonych celów jest uwzględnienie brzmienia i celu dyrektywy 2014/24/UE, co wynika z konieczności zastosowania wykładni pronunijnej. Z tego względu praca obejmuje także analizę dotyczącą poprawności wykładni proponowanej obecnie w literaturze i przyjmowanej w orzecznictwie z punktu widzenia celowościowo-funkcjonalnych i aksjologicznych metod interpretacji uregulowań dyrektywy 2014/24/UE.

Wnioski wynikające z tej analizy umożliwiają dokonanie końcowej oceny osiągnięcia celów dyrektywy 2014/24/UE przez regulacje wprowadzone przez polskiego ustawodawcę.

§ 4. Metoda badań

Osiągnięcie zamierzonego celu badań jest możliwe poprzez odniesienie do materiałów o charakterze normatywnym (określonych bliżej w rozdziale I § 1 pracy), dorobku doktryny, jak również materiału orzeczniczego. W związku z tym najbardziej funkcjonalna okazuje się dogmatyczna metoda badań. Za jej przyjęciem przemawia tematyka pracy, odnosząca

¹³ Zob. art. 267 TFUE. W zakresie „precedensu wspólnotowego” zob. m.in. M. Szyniewicz, *Interpretacja...*, s. 53.

się do aktualnie obowiązujących regulacji prawnych dotyczących umowy o podwykonawstwo w zamówieniach publicznych. Metoda ta umożliwia zidentyfikowanie problemów występujących w procesie interpretacji i stosowania prawa. Szczególnie znaczenie ma w tym kontekście dorobek judykatury. W jego ramach niezależnie od postulatów i analiz formułowanych przez przedstawicieli doktryny uwidacznia się metodologia wykładni i stosowania prawa przez różne instytucje, w szczególności Sąd Najwyższy, Krajowa Izba Odwoławcza i Trybunał Sprawiedliwości (a także Trybunał Konstytucyjny, sądy powszechne, sądy administracyjne, Główna Komisja Orzekająca). Metodą dogmatyczną jest zatem badany porządek prawny *de lege lata*. Weryfikacja funkcjonalności poszczególnych rozwiązań bądź przyjmowanej w stosunku do nich interpretacji ma w założeniu prowadzić do sformułowania propozycji *de lege ferenda*, jeśli zostanie zidentyfikowana taka potrzeba.

§ 5. Struktura pracy

W ramach struktury pracy wydzielono trzy rozdziały. W pierwszym poddano analizie zagadnienia wprowadzające oraz definicyjne dotyczące umowy o podwykonawstwo. Drugi rozdział dotyczy zagadnienia podwykonawstwa (i dalszego podwykonawstwa) na etapie przygotowania i udzielania zamówienia publicznego, a następnie w toku jego wykonania. W trzecim rozdziale podjęto rozważania na temat wybranych zagadnień dotyczących praw i obowiązków stron umowy o podwykonawstwo oraz osób trzecich usytuowanych poza węzłem obligacyjnym wynikającym bezpośrednio z umowy o podwykonawstwo.

Takie ukształtowanie struktury pracy uzasadnione jest, po pierwsze, koniecznością wprowadzenia odbiorcy w tematykę rozważań. Zabieg ten jest nieodzowny celem przedstawienia i scharakteryzowania umowy o podwykonawstwo w zamówieniach publicznych. Po drugie, wydzielenie rozdziału drugiego i trzeciego podyktowane zostało specyficznym charakterem instytucji instrumentów ochrony podwykonawców, dalszych podwykonawców oraz odpowiedzialności związanej z zawarciem umowy o podwykonawstwo. Zagadnienia te zostały wyodrębnione za-

również celem zapewnienia przejrzystości wyводу, jak i ze względu na ich znaczenie dla obrotu prawnego.

Na pierwszy rozdział składają się cztery paragrafy stanowiące wprowadzenie do tematyki umowy podwykonawczej w zamówieniach publicznych. Poczynienie rozważań w tym zakresie jest niezbędne dla możliwości dokonania pogłębionych badań związanych z instytucją umowy podwykonawczej.

Pierwszy paragraf dotyczy źródeł prawa. Podjęto w nim próbę określenia przepisów prawa znajdujących zastosowanie do umów podwykonawczych w reżimie zamówień publicznych. Paragraf drugi obejmuje rozważania dotyczące charakteru prawnego umowy podwykonawczej, w tym odpowiedzi na pytanie o możliwość jej sklasyfikowania jako typu umowy nazwanej lub nienazwanej. W ramach trzeciego paragrafu podjęto rozważania dotyczące definicji umowy o podwykonawstwo i jej elementów składowych – tj. stron (wykonawca, podwykonawca; podwykonawca, dalszy podwykonawca; dalsi podwykonawcy), przedmiotu (części zamówienia publicznego będącej dostawą, usługą lub robotą budowlaną), formy (pisemnej) i odpłatności. Treść czwartego paragrafu dotyczy natomiast zagadnienia obowiązku osobistego świadczenia w kontekście podwykonawstwa na tle unormowań Kodeksu cywilnego oraz Prawa zamówień publicznych, dopuszczalności powierzenia wykonania części zamówienia osobom trzecim, a także uprawnienia do ograniczania możliwości korzystania z podwykonawstwa.

Celem drugiego rozdziału jest podkreślenie znaczenia podwykonawstwa (dalszego podwykonawstwa) podczas przygotowania, prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz w toku realizacji przedmiotu zamówienia. W ramach drugiego rozdziału wyodrębnionych zostało pięć paragrafów. Pierwszy paragraf odnosi się do zagadnienia podwykonawstwa (dalszego podwykonawstwa) podczas przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Rozważania czynione są z perspektywy obowiązków i uprawnień zamawiającego, który zamierzając wszcząć postępowanie, powinien przygotować stosowną dokumentację, uwzględniając w niej możliwość zawarcia umów podwykonawczych w ramach realizacji zamówienia. Wyodrębnienie

paragrafu drugiego, dotyczącego pozyskiwania przez zamawiającego informacji o podwykonawstwie (art. 36b p.z.p.), jest uzasadnione potrzebą dostrzeżenia wspólnych celów i rozwiązań. Wprawdzie dochodzi do niego kilkukrotnie w różnym czasie (począwszy od przygotowania postępowania do jego realizacji włącznie) oraz odnosi się do zróżnicowanego zakresu informacji, nie zmienia to jednak samego celu regulacji – transparentności łańcucha podwykonawczego. Paragraf trzeci dotyczy weryfikacji podwykonawców oraz dalszych podwykonawców pod względem wystąpienia przesłanek wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu (gdy są oni jednocześnie podmiotem udostępniającym zasoby). Rozważania podzielono na odnoszące się do podwykonawców udostępniających zasoby wykonawcy (zatem podlegających weryfikacji pod względem warunków) oraz tych, którzy zasobów nie udostępniają. Wywód ten wymaga wyodrębnienia etapu oceny wstępnej i następczej przesłanek wykluczenia oraz warunków udziału. Poruszono również tematykę podwykonawstwa i jego ewentualnego wpływu na rażąco niską cenę, koszt lub ich istotne elementy składowe. Rozważania dotyczące weryfikacji podwykonawców (dalszych podwykonawców) odniesiono także do etapu realizacji przedmiotu zamówienia. Czwarty paragraf dotyczy zagadnienia podwykonawstwa w kontekście obowiązków informacyjno-sprawozdawczych zamawiającego. Odniesiono się w nim zarówno do protokołu z postępowania, ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, jak i sprawozdania z udzielonych zamówień publicznych. Paragraf piąty poświęcony został dopuszczalnym zmianom umowy w sprawie realizacji zamówienia publicznego i ich ewentualnemu wpływowi na sytuację prawną podwykonawców i dalszych podwykonawców. Należy w tej mierze odróżnić zmiany przedmiotowe i podmiotowe umowy w sprawie zamówienia publicznego, a także – ze względu na ich specyfikę – zmiany w zakresie postanowień dotyczących podwykonawców oraz zastrzeżenie osobistego wykonania części zamówienia przez wykonawcę.

Rozdział trzeci dotyczy wybranych zagadnień związanych z sytuacją prawną stron umowy o podwykonawstwo oraz osób trzecich pozostających poza węzłem tej umowy. Rozważania te mają na celu poddanie badaniu różnorodnych instrumentów ochrony podwykonawców (dalszych podwykonawców) oraz zagadnienia odpowiedzialności *ex*

contractu i *ex delicto* w kontekście zawierania umów podwykonawczych. Paragraf pierwszy dotyczy instrumentów ochrony podwykonawców oraz dalszych podwykonawców, w tym systemów płatności wykonawcom, ustawowego maksymalnego terminu dokonania płatności na rzecz podwykonawców (dalszych podwykonawców), gwarancji zapłaty za roboty budowlane (w rozumieniu Kodeksu cywilnego), obligatoryjnych postanowień umowy o roboty budowlane. Zagadnienie ochrony podwykonawców (w określonych sytuacjach także dalszych podwykonawców) poprzez przyjęcie odpowiedzialności solidarnej za zapłatę jego wynagrodzenia wymaga analizy z punktu widzenia trzech reżimów prawnych – Prawa zamówień publicznych, Kodeksu cywilnego oraz ustawy z 28.06.2012 r. W treści paragrafu pierwszego rozważaniom poddano również zagadnienie wpływu wygaśnięcia umowy w sprawie zamówienia publicznego i umowy podwykonawczej na sytuację podwykonawców (dalszych podwykonawców). Paragraf drugi dotyczy problematyki odpowiedzialności związanej z umową podwykonawczą w odniesieniu do regulacji art. 429 i 474 k.c.

W Zakończeniu przedstawiono wnioski końcowe, obejmujące w szczególności ocenę realizacji celów dyrektywy 2014/24/UE w kontekście umów podwykonawczych.

Rozdział I

UMOWA O PODWYKONAWSTWO – ZAGADNIENIA WPROWADZAJĄCE I DEFINICYJNE

Praca badawcza dotycząca umowy o podwykonawstwo w Prawie zamówień publicznych wymaga uprzedniego określenia źródeł prawa odnoszących się do analizowanej instytucji prawnej. Na podstawie tych źródeł odniosę się kolejno do charakteru prawnego umowy o podwykonawstwo, definicji umowy o podwykonawstwo oraz relacji między podwykonawstwem a obowiązkiem osobistego świadczenia, którego ujęcie w Prawie zamówień publicznych determinuje dopuszczalny zakres podwykonawstwa.

§ 1. Źródła prawa

Przedmiot pracy determinuje katalog źródeł prawa, do których należy sięgnąć, zajmując się zagadnieniem umów podwykonawczych w zamówieniach publicznych. Główny nurt wywodu odnosi się do unormowań ustawy z 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych¹, która

¹ Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm. W związku z badaniem regulacji tejże ustawy niezbędne jest sięgnięcie w stosownym zakresie także do aktów wykonawczych do Prawa zamówień publicznych, tj. rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z 15.12.2016 r. w sprawie informacji zawartych w rocznym sprawozdaniu o udzielonych zamówieniach, jego wzoru oraz sposobu przekazywania (Dz.U. poz. 2038), rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26.07.2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia

w znacznej części² stanowi wyraz implementacji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE³. Wywołuje to potrzebę uwzględnienia dyrektywy 2014/24/UE w rozważaniach dotyczących metodologii wykładni i stosowania przepisów prawa krajowego implementujących przepisy tej dyrektywy⁴.

Umowa o podwykonawstwo przed dniem 24.12.2013 r.⁵ była przedmiotem jedynie szcztąkowej regulacji w Prawie zamówień publicznych⁶.

publicznego (Dz.U. poz. 1128), rozporządzenie Ministra Rozwoju z 26.07.2016 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz.U. poz. 1127), rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 1126 ze zm.), rozporządzenie Ministra Rozwoju z 26.07.2016 r. w sprawie wykazu robót budowlanych (Dz.U. poz. 1125).

² Podlegającej badaniu w teje pracy.

³ Dz.Urz. UE L 94, s. 65 ze zm. Konieczne jest także uwzględnienie aktów wykonawczych dyrektywy 2014/24/UE, tj. rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z 5.01.2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz.Urz. UE L 3, s. 16) oraz rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2015/1986 z 11.11.2015 r. ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającego rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz.Urz. UE L 296, s. 1).

⁴ Bliżej o nakazie wykładni prounijnej zob. przypis nr 3 Wprowadzenia.

⁵ W tym dniu weszła w życie ustawa z 8.11.2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 1473).

⁶ W odniesieniu do zamówień udzielanych na zasadach ogólnych obowiązywała jedynie regulacja art. 36 ust. 4 i 5 p.z.p. Zamawiający miał obowiązek żądania określenia przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom (art. 36 ust. 4 p.z.p.). Wykonawca z kolei mógł w zasadzie powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem jednak przypadku, gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający możliwość tę wyłączył co do części lub całości zamówienia w SIWZ (art. 36 ust. 5 p.z.p.). Warto zwrócić uwagę także na ówczesnie obowiązującą regulację art. 26 ust. 2b p.z.p., zgodnie z którą wykonawca mógł polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany był udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do wykonania zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. W kontekście regulacji art. 26 ust. 2b p.z.p. w literaturze i orzecznictwie prezentowano czasem stanowisko o potrzebie

Stan taki odpowiadał ówczesnie obowiązującej dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.03.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi⁷. Z dniem 24.12.2013 r. przepisy Prawa zamówień publicznych uzupełniono o obszerną regulację poświęconą podwykonawstwu⁸. W ramach noweli zdefiniowano pojęcie umowy o podwykonawstwo na tle zamówień udzielanych na zasadach ogólnych (art. 2 pkt 9b p.z.p.), zmodyfikowano zasady dotyczące możliwości ograniczania podwykonawstwa (art. 36a ust. 2 p.z.p.), uregulowano wymagania stawiane SIWZ w zakresie odnoszącym się do umów o podwykonawstwo (art. 36 ust. 2

powiązania udostępniania zasobów z faktycznym udziałem podmiotu udostępniającego w wykonaniu przedmiotu zamówienia. Zob. m.in. wyrok KIO z 11.02.2013 r., KIO 179/13, LEX nr 1288510; wyrok KIO z 12.08.2011 r., KIO 1640/11, LEX nr 898382. Por. S. Babiarczyk [w:] S. Babiarczyk, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 267–273.

⁷ Dz.Urz. UE L 134, s. 114, ze zm. Zgodnie z motywem 32 preambuły dyrektywy 2004/18/WE w celu zachęcenia małych i średnich przedsiębiorstw do udziału w rynku zamówień publicznych zalecano wprowadzenie przepisów odnoszących się do podwykonawstwa. Natomiast na podstawie art. 25 dyrektywy 2004/18/WE w dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca mogła żądać lub zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do żądania od oferenta określenia w jego ofercie tej części zamówienia, której wykonanie zamierza on zlecić podmiotom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także do podania wszystkich proponowanych podwykonawców. Określenie takie pozostawało bez uszczerbku dla kwestii odpowiedzialności głównego wykonawcy. Natomiast co do możliwości powołania się na zasoby podmiotu trzeciego stosowne regulacje znajdowały się w art. 47 ust. 2 (sytuacja ekonomiczna i finansowa) oraz 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE (kwalifikacje techniczne i/lub zawodowe). W obu przypadkach wykonawca mógł powołać się na zasoby podmiotu trzeciego w stosowanych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, niezależnie od charakteru prawnego powiązań występujących między nim a podmiotem trzecim. Poleganie na zdolnościach innych podmiotów determinowało konieczność udowodnienia przez wykonawcę instytucji zamawiającej, że będzie on dysponował niezbędnymi zasobami (kwalifikacje techniczne i/lub zawodowe).

⁸ Zob. w tym względzie R. Szostak, *Ekspertyza o projektach ustaw o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych: rządowego (druk nr 1179), poselskiego (druk nr 1076) oraz senackiego (druk nr 1082)*, s. 1, www.orka.sejm.gov.pl. Na uwagę zasługuje to, że zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy z 8.11.2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 1473) do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych, ale niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy zastosowanie znajdowały przepisy dotychczasowe. Taka sama zasada znajdowała zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy oraz zawartych po dniu wejścia w życie ustawy, w następstwie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy (art. 2 ust. 2 i 3 tej ustawy).

pkt 10–12), przewidziano szczegółowe wymagania w zakresie zawierania umów o podwykonawstwo w ramach zamówień publicznych, których przedmiotem są roboty budowlane (art. 143b, 143d p.z.p.), jak również określono zasady dotyczące zapłaty w ramach zamówień publicznych, których termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy (art. 143a p.z.p.). Unormowano również solidarną odpowiedzialność za zapłatę należnego wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy (art. 143c p.z.p.). Przytoczone zmiany podyktowane były bieżącą, nagłą potrzebą interwencji legislacyjnej w związku z narastającym problemem nieterminowych rozliczeń z podwykonawcami zaangażowanymi w wykonanie przedmiotu zamówienia (lub w ogóle braku rozliczeń), przy jednoczesnym braku szczególnych mechanizmów prawnych pozwalających na ich ochronę jako z reguły słabszych uczestników obrotu prawnego⁹.

Kolejnej, istotnej zmiany przepisów w zakresie dotyczącym umowy o podwykonawstwo dokonano ustawą z 22.06.2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw¹⁰. Nowelizacja była wynikiem implementowania do polskiego Prawa zamówień publicznych regulacji zawartych w dyrektywie 2014/24/UE¹¹. Warto

⁹ Tak w uzasadnieniu rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, VII kadencja, druk sejm. nr 1179, www.sejm.gov.pl. Zob. m.in. E. Figura-Góralczyk, *Z problematyki podwykonawstwa w zamówieniach publicznych na tle prawnoporównawczym*, PZP 2013/1, s. 20–21; J. Presz-Król [w:] *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, red. H. Nowicki, P. Nowicki, Wrocław 2015, s. 341–342.

¹⁰ Dz.U. poz. 1020.

¹¹ Warto nadmienić, że 18.04.2016 r. przestała obowiązywać dyrektywa 2004/18/WE, natomiast swoje obowiązywanie rozpoczęła dyrektywa 2014/24/UE. Na dzień 18.04.2016 r. nie został ukończony proces legislacyjny rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (druk sejm. nr 366). Przedmiotowa ustawa implementująca postanowienia dyrektywy 2014/24/UE została podpisana 22.06.2016 r. i zaczęła obowiązywać 28.07.2016 r. W związku z tym w okresie od 18.04.2016 r. do 27.07.2016 r. (włącznie) do postępowań i konkursów, w których wartość zamówienia była poniżej progów unijnych, zastosowanie znajdowały obowiązujące przepisy Prawa zamówień publicznych, natomiast do postępowań o wartości równej lub wyższej od progów zastosowanie znajdowały przepisy Prawa zamówień publicznych z uwzględnieniem zasady bezpośredniej skuteczności dyrektyw. W kwestii bezpośredniej skuteczności dyrektyw zob. m.in. K. Głębocki, *Bezpośrednia skuteczność*

Maria Michta – doktor nauk prawnych, pracownik samorządowy, interesuje się zjawiskiem wzajemnego przenikania prawa prywatnego i publicznego, specjalizuje się w tematyce zamówień publicznych, jest autorką publikacji z tego zakresu.

W publikacji omówiono konstrukcję i znaczenie umów o podwykonawstwo w kontekście zamówień publicznych udzielanych na zasadach ogólnych, z uwzględnieniem zagadnień cywilnoprawnych. Autorka omawia tę problematykę na gruncie prawa polskiego z odniesieniami do przepisów prawa unijnego.

W monografii przedstawiono następujące zagadnienia:

- charakter prawny i elementy składowe umowy o podwykonawstwo,
- dopuszczalność powierzenia wykonania części zamówienia osobom trzecim,
- ograniczenie możliwości korzystania z podwykonawstwa,
- podwykonawstwo na etapie przygotowania postępowania, udzielania i wykonania zamówienia publicznego,
- prawa i obowiązki stron umowy o podwykonawstwo,
- instrumenty ochrony podwykonawców oraz dalszych podwykonawców (np. systemy płatności wykonawcom, gwarancja zapłaty za roboty budowlane, obligatoryjne postanowienia umowy o roboty budowlane).

Książka jest przeznaczona dla sędziów, adwokatów, radców prawnych, jak również pracowników administracji publicznej zajmujących się zamówieniami publicznymi. Może także zainteresować dydaktyków i studentów publicznego prawa gospodarczego, oraz przedsiębiorców będących wykonawcami lub podwykonawcami.



9 788381 609012 W01P01

ISSN 1897-4392
ISBN 978-83-8160-901-2



9 788381 609012

ZAMÓWIENIA:

INFOLINIA 801 04 45 45

ZAMOWIENIA@WOLTERSKLUWER.PL

WWW.PROFINFO.PL