

26-08-2011, 11:35

## Zastrzeżenie wyłączenia podwykonawców z prac jest trudne



Natalia Gawel KSP Legal & Tax Advice

**Kiedy zamawiający może nie zgodzić się na dopuszczenie podwykonawców zamówienia publicznego? Tylko wtedy gdy dobrze to uzasadni.**

Współcześnie w Polsce obserwuje się gwałtowny wzrost inwestycji realizowanych w trybie zamówień publicznych, podyktowany coraz szybszym rozwojem gospodarczym, a co za tym idzie coraz większym zapotrzebowaniem na różnego rodzaju obiekty i usługi. Niemalże znaczenie w tym względzie odgrywają planowane w najbliższym czasie w Polsce wielkie imprezy sportowe (Euro 2012), które pociągają za sobą konieczność szybkiej i sprawnej realizacji wielkich inwestycji w postaci budowy nowoczesnych stadionów sportowych, autostrad, a także modernizacji linii drogowych i kolejowych. Inwestycje te najczęściej realizowane są na zasadzie podwykonawstwa lub w ramach konsorcjów. Z uwagi na złożoność całego procesu inwestycyjnego, rzadko bowiem zdarza się, by jeden podmiot był w stanie samodzielnie zrealizować od początku do końca dane przedsięwzięcie.

Pojęcie podwykonawcy, pomimo jego znaczącej roli w procesie inwestycyjnym, nie zostało do dnia dzisiejszego zdefiniowane przez żadną polską ustawę. W znacznej mierze ukształtowała je praktyka, w tym orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 1 października 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 2061/10 stwierdziła, że zasadnym jest przyjęcie, iż przez podwykonawcę należy rozumieć podmiot, któremu w określonej (dopuszczonej w SIWZ) części wykonawca powierza realizację zamówienia. Podwykonawcą może być zarówno osoba fizyczna, prawna, jak i jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej. Zazwyczaj jest nim wyspecjalizowane przedsiębiorstwo, które na zlecenie wykonawcy wyłonionego w trybie przetargu publicznego podejmuje się wykonania całości lub części określonych prac – głównie robót budowlanych, ale też usług lub dostaw. Posługiwanie się podwykonawcą przy realizacji zamówień publicznych jest powszechne, w szczególności, że przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych pozostawiają wykonawcom w zasadzie całkowitą swobodę w tym zakresie. Co do zasady bowiem, od samego wykonawcy zależy to, czy podejmie się realizację zamówienia samodzielnie, czy też powierzy je w całości lub w części do wykonania podwykonawcy.

Uprawnienie zamawiającego do żądania osobistego wykonania zamówienia przez wykonawcę ma charakter wyjątkowy. W ślad za treścią art. 356 Kodeksu cywilnego, znajdującego zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych, zamawiający może bowiem żądać od wykonawcy osobistego świadczenia tylko wtedy, gdy wynika to z treści czynności prawnej, z ustawy albo z właściwości świadczenia. Regułę tę potwierdza przepis art. 36 ust. 5 Prawa zamówień publicznych, który tylko wyjątkowo upoważnia zamawiającego do wprowadzenia do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zapisu zakazującego wykonawcy powierzenia części lub całości prac podwykonawcom z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia. Ustawodawca nie sprecyzował, co należy rozumieć przez pojęcie „specyfiki przedmiotu zamówienia”.

Mając jednak na uwadze powszechnie przypisywane temu zwrotowi znaczenie stwierdzić należy, iż o specyfice przedmiotu zamówienia uzasadniającej osobiste świadczenie wykonawcy mówi się w szczególności, gdy przedmiotem zamówienia są prace specyficzne, wyjątkowe, które co do zasady nie mogą być powierzone do wykonania jakiegokolwiek podmiotowi trzeciemu. Najczęściej są to prace polegające na działalności twórczej, artystycznej, czy szkoleniowej. Ich wykonanie wymaga posiada szczególnych cech i zdolności, zwykle właściwych jednemu tylko podmiotowi. W konsekwencji zamawiający zakazuje ich powierzania podwykonawcom, którzy takich cech i zdolności mogą nie posiadać, gdyż może to prowadzić do wykonania przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z jego oczekiwaniami. Zastrzeżenie obowiązku osobistej realizacji zamówienia przez wykonawcę dotyczy więc sytuacji związanych z charakterystyką przedmiotu zamówienia oraz cechami, które spełniać powinien wykonawca w celu prawidłowego wykonania zamówienia. Decyzja zamawiającego o wyłączeniu podwykonawstwa powinna być zatem każdorazowo poprzedzona przeprowadzeniem dogłębnej analizy tego, co jest przedmiotem zamówienia, określeniem, jakie właściwości powinno spełniać świadczenie wykonawcy, a w konsekwencji ustaleniem zależności pomiędzy prawidłowym wykonaniem zamówienia a cechami wykonawcy.

Kwestią wyjaśnienia przypadków, w których ograniczenia doznaje zasada podwykonawstwa przy realizacji zamówień publicznych zajął się również Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 18 marca 2004 r. wydanym w sprawie o sygnaturze C-314/01. Mając na względzie zasadę swobody świadczenia usług, Trybunał jednoznacznie potwierdził w nim dopuszczalność powierzania podwykonawcom prac związanych z realizacją zamówienia, jednakże z zastrzeżeniem, iż zasada ta może zostać ograniczona lub nawet wyłączona przez zamawiającego w zakresie realizacji istotnych części zamówienia. Dotyczy to sytuacji, gdy zamawiający nie jest w stanie zweryfikować potencjału technicznego i kondycji ekonomicznej podwykonawcy podczas etapu kwalifikacji oferentów i wyboru oferty.

Jak zatem z powyższego wynika sytuacje, w których dopuszczalne jest całkowite wyłączenie możliwości powierzenia podwykonawcy prac związanych z realizacją zamówienia są bardzo ograniczone. Regułą jest bowiem zasada podwykonawstwa, której bezzasadne ograniczanie przez zamawiającego może zostać zakwalifikowane jako naruszenie zasad konkurencji. Stąd w interesie zamawiającego jest, by w każdym przypadku formułowania w SIWZ zakazu posługiwania się podwykonawcami przy realizacji zamówienia, w dostateczny sposób ten zakaz uzasadnić.