

Uwagi Polskiego Kongresu Drogowego do projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień Publicznych dotyczącej podwykonawstwa

Ustawa Pzp w obecnym brzmieniu odnosi się do podwykonawców zamówienia publicznego w przepisie art. 36 ust. 4 i ust. 5. W myśl tych zapisów zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie tej części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Wykonawca może przy tym powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku, gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. Jak przy tym wynika z orzecznictwa KIO, ustawa Pzp nie określa, jaką maksymalną część zamówienia można powierzyć podwykonawcy. Co do zasady organy kontrolne sprzeciwiają się ograniczeniu podwykonawstwa. Skutkuje to realizacją zamówień przez podmioty bez zaplecza, a więc pośredników. Jest to okoliczność niekorzystna i wywierająca niekorzystny wpływ na profesjonalne podmioty inwestujące w swój potencjał.

Pozytywnie opiniujemy zatem projektowaną zmianę w art.1 pkt.2) w odniesieniu do art. 36 ust.2 a) pkt.10) oraz ust. b) oraz ust.3 w odniesieniu do art.36a ust.1 projektu ustawy, wprowadzającą obowiązek wykonania części zamówienia lub zadań bezpośrednio przez samego wykonawcę, bez możliwości polegania w tym przypadku na zasobach podmiotów trzecich, jak to określono w projekcie art.36a.

Negatywnie natomiast opiniujemy propozycję zapisu w art. 1 ust.2. a) pkt. 11) oraz w art.1 ust.3) w odniesieniu do art.36a ust.5 ustawy, nakazującego Zamawiającemu zapisanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagań dotyczących umowy o podwykonawstwo, od których spełnienia zamawiający uzależnia wydanie zgody na jej zawarcie. Taka ingerencja narusza bowiem zasadę swobody gospodarczej, bądź nawet może doprowadzić – biorąc pod uwagę dotychczasowy sposób działań zamawiających – do niemożliwości zawarcia takiej umowy. Nie negujemy przy tym potrzeby wprowadzenia zapisu o konieczności zapewnienia terminowej zapłaty wynagrodzenia przez Wykonawcę podwykonawcy.

Ponadto negatywnie opiniujemy zawartą w art.1 ust.3) w odniesieniu do zapisów art.36 a ust.2 projektu ustawy możliwość żądania podania przez wykonawcę nazw (firm) proponowanych podwykonawców, zwłaszcza mając na względzie zapisy ust.3.

Niezależnie od powyższego, zwracamy uwagę na konieczność uregulowania problemu płatności na rzecz podmiotów występujących wspólnie. Partner w konsorcjum, któremu zamawiający zazwyczaj odmawia płatności bezpośredniej, nie podlega żadnej ochronie.

Dodatkowo, zgłaszamy pod rozwagę następujące szczegółowe uwagi:

1. Jeżeli w art. 2 po pkt 9a dodaje się pkt 9b w brzmieniu:
„9b) umowie o podwykonawstwo – należy przez to rozumieć pisemną umowę o charakterze odpłatnym zawieraną w celu wykonania zamówienia między wybranym przez zamawiającego wykonawcą, a co najmniej jednym innym podmiotem (podwykonawcą)”,

to należy zwrócić uwagę, iż „pisemność” – zgodnie z wyrokami KIO – znaczy tyle co oryginał. Czy jest wolą ustawodawcy, aby wykonawca przekazywał zamawiającemu oryginał umowy z podwykonawcą?

2. W projektowanym art. 36a. ust. 1 mowa jest o pracach *„(...) związanych z rozmieszczeniem i instalacją w ramach zamówienia na dostawy (...)”*. Zgodnie z art. 6 ust. 2 obecnie obowiązującej ustawy, cyt.: *„Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie dostawy oraz rozmieszczenie lub instalację dostarczonej rzeczy lub innego dobra, do udzielenia takiego zamówienia stosuje się przepisy dotyczące dostaw.”*

Natomiast zgodnie z uzasadnieniem do projektu ustawy definicja umowy o podwykonawstwo *„(...)”* obejmie wszystkie podmioty, z którymi wykonawca zawarł umowę w celu realizacji danego zamówienia publicznego, niezależnie od zakresu i rodzaju powierzonych zadań. Będą to zarówno roboty budowlane, jak i usługi oraz dostawy.”

Dalej w tym samym uzasadnieniu czytamy, że cyt.: *„Zasady dotyczące podwykonawstwa powinny stanowić integralną część umowy o zamówienie publiczne na roboty budowlane lub usługi. Ze względu na specyfikę zamówień na dostawy regulacje w tym zakresie należy uznać za nieuzasadnione.”*

W obecnie obowiązującej ustawie zdefiniowane są: roboty budowlane, dostawy i usługi. Czy zatem po nowelizacji będą jeszcze zdefiniowane *„prace związane z rozmieszczeniem i instalacją w ramach zamówienia na dostawy”* i czy w związku z tym zostanie zmienione brzmienie obecnego art. 6 ust. 2 ustawy? Czy zostanie zmieniony Wspólny Słownik Zamówień i jakie przepisy należy będzie stosować do *„prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją w ramach zamówienia na dostawy”*?

3. W przypadku wprowadzenia projektowanego art. 143a. ust. 1 należy zwrócić uwagę na dwie kwestie:
 - na obecne brzmienie art. 147 ust. 2 gdzie zostało zdefiniowane zabezpieczenie, które *„(...) służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.”* Zapis ten zatem stoi w sprzeczności z brzmieniem projektowanego art. 143a. ust. 1. Należałoby go uzupełnić o zapisy związane z zapłatą wynagrodzenia podwykonawcom.
 - jednocześnie należy zwrócić uwagę na zapis obecnie obowiązującego art. 150 ust. 2 ustawy, gdzie ustalona została ustawowo wysokość zabezpieczenia, cyt.: *„Zabezpieczenie ustala się w wysokości od 2 % do 10 % ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości*

nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.” W przypadku, gdy zamawiający będzie z zabezpieczenia płacił wynagrodzenie podwykonawcom, należy rozważyć podniesienie wysokości wadium, gdyż już teraz zdarza się, że zabezpieczenie nie pokrywa w pełni roszczeń zamawiającego względem wykonawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.