



IZBA ARCHITEKTÓW  
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

KRAJOWA RADA IZBY ARCHITEKTÓW RP

Warszawa, dnia 23 lipca 2012r.

l.dz. 349/KRIA/2012/w

**Pan**

**Jacek Sadowy**

**Prezes Urzędu Zamówień Publicznych**

**Dotyczy: UZP/DP/L-TTY/6480/12**

W odpowiedzi na prośbę o zaopiniowanie dokumentu pt. Projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, dotyczący podwykonawstwa poniżej przedstawiam oficjalne stanowisko Izby Architektów RP w powyższej sprawie.

Izba Architektów RP pozytywnie odnosi się do wprowadzenia definicji umowy o podwykonawstwo w ustawie Prawo zamówień publicznych (dalej również jako „ustawa PZP”), jak również do jej treści sformułowanej w przedmiotowej nowelizacji tj. pkt. 9b art. 2 ustawy PZP. Podwykonawcy odgrywają bardzo dużą rolę w zamówieniach publicznych zarówno na roboty budowlane jak i usługi. Niniejsza nowelizacja przedstawia istotne novum tj. przeniesienia części regulacji dotyczących przepisów Kodeksu Cywilnego dla umów o roboty budowlane, na grunt usług w zamówieniach publicznych, w tym usług świadczonych przez architektów, którzy również w trakcie realizacji zamówienia korzystają częściowo z podwykonawców. Najczęściej występującą grupą podwykonawców podczas sporządzania dokumentacji architektonicznej są: inżynier konstrukcji budowlanych, projektant sieci i instalacji sanitarnych, projektant sieci i instalacji elektroenergetycznych, projektant technologii, projektant dróg, projektant zieleni, wykonawcy usług kosztorysowych, czasami również projektanci wnętrz.

Oczywiście zdajemy sobie sprawę, że zamawiający ma prawo zastrzec w umowie obowiązek wykonania bezpośrednio przez wybranego wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi, gdyż inaczej zatracona zostałaby istota i sens dokonywania wyboru wykonawcy

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego też pozytywnie opiniujemy możliwość postawienia przez zamawiającego wymogu wskazania przez wykonawcę już we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub w ofercie, części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy wraz ze wskazaniem nazw (firm) podwykonawców. Dodatkowo przewidziana w projekcie możliwość zmiany podwykonawcy na etapie realizacji zamówienia jest całkowicie uzasadniona i pożądana z uwagi na dynamikę oraz różne sytuacje faktyczne i prawne, które występują już na etapie realizacji zamówienia.

Jednakże z ostatnią częścią nowelizacji tj. z dodanym art. 143a do ustawy PZP nie można się zgodzić. Przepis ten zbyt mocno ingeruje w swobodę umów pomiędzy podwykonawcą i wykonawcą. Izba Architektów RP negatywnie opiniuje możliwość nałożenia obowiązku przez zamawiającego na wykonawcę przedłożenia przez niego umowy z podwykonawcą celem akceptacji przez zamawiającego. W takim przypadku nowelizacja przewiduje, iż „zamawiający obowiązany będzie określić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo, które powinny mieć na celu zapewnienie prawidłowej realizacji zamówienia, od których spełnienia może uzależnić wydanie zgody na jej zawarcie. Wymagania te mogą dotyczyć w szczególności zapewnienia terminowej zapłaty przez wykonawcę wynagrodzenia.” Przynajmniej należy podnieść, iż autor projektu ustawy nie wskazał skutków prawnych braku zgody zamawiającego na zawarcie umowy z podwykonawcą. Przyjmując, iż intencją autora było wskazanie na konsekwencje w postaci braku możliwości zawarcia umowy, której zamawiający nie zaakceptuje, to takie rozwiązanie według Izby należy ocenić krytycznie. Z pewnością intencja zapewnienia skutecznej ochrony podwykonawcom jest słuszna, jednakże należy zwrócić uwagę na fakt, iż zapis umowny dotyczący obowiązku terminowej płatności (tj. wynikającej w umowie) za usługi podwykonawcy tak naprawdę będzie zapisem pustym, z uwagi na fakt, iż różne okoliczności nie leżące po stronie ani wykonawcy ani podwykonawcy albo leżące po stronie podwykonawcy mogą sprawić, że wymóg ten nie będzie realizowany. Dla przykładu można podać nienależyte wykonanie umowy przez podwykonawcę spowodowane chociażby zwłoką w wykonaniu części przedmiotu zamówienia, którą mu zlecił wykonawca.

Z powyższym wiąże się zapis art. 143 a ust 1 pkt 2 noweli, który uzależnia wypłatę wynagrodzenia przez zamawiającego dla wykonawcy od przedstawienia przez wykonawcę dowodów potwierdzających zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom. Dodatkowo wprowadza się zapis, iż w przypadku uzasadniającym dokonanie bezpośredniej zapłaty podwykonawcy, zamawiający potrąca wysokość wypłaconego wynagrodzenia z wynagrodzenia należnego wykonawcy. Zapisy powyższe należy ocenić szczególnie negatywnie. Przynajmniej powstaje pytanie do kogo należała będzie ocena czy podwykonawcy należy się wynagrodzenie czy też nie w przypadku sporu pomiędzy podwykonawcą i wykonawcą? Jeżeli do zamawiającego, to bezpodstawnie sprowadzono ten organ do roli sędziego rozstrzygającego czy dana sytuacja

uzasadnia bezpośrednią wypłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy czy też nie. Takie rozwiązanie należy uznać za niedopuszczalne. Wykonawcy pozostawiono jedynie w ust. 2 art. 143 a możliwość zgłoszenia uwag lub zastrzeżeń co do zasadności zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy. Jako Izba rozumiemy intencje ochrony podwykonawców, ale przedmiotowe zapisy stawiają wykonawców w bardzo niekorzystnej pozycji i dają podwykonawcom dużą swobodę manipulacji. Oczywiście, można sobie wyobrazić, iż racjonalny zamawiający nie będzie wstrzymywał wykonawcy należnej zapłaty co do części zamówienia, która została wykonana, jeżeli między wykonawcą a podwykonawcą będzie się toczył spór o należyte wykonanie umowy, ale zakładając racjonalność podmiotów uczestniczących w stosunkach zobowiązaniowych, to w ogóle przedmiotowe regulacje nie byłyby potrzebne.

Jeżeli wykonawca uważa, że ma podstawy do niewypłacenia podwykonawcy wynagrodzenia to ocena czy jest to wynagrodzenie należne czy nie, jak również czy dokonanie bezpośredniej zapłaty jest uzasadnione nie powinna należeć do strony tego trójstronnego de facto stosunku zobowiązaniowego - czyli do zamawiającego. Takie sytuacje rozstrzyga się albo w drodze ugody albo sądownie, natomiast sprowadzanie zamawiającego do roli arbitra jest zaprzeczeniem podstawowych konstytucyjnych wolności jakimi kieruje się obrót gospodarczy.

Oczywistym jest, iż zamawiający ma prawo wiedzieć kto i w jakiej części będzie realizował zamówienie, ma prawo sprawdzić i dokonać oceny czy podwykonawca ma ku temu stosowne uprawnienia i doświadczenie, ale nie ma prawa rozstrzygać i ingerować w spory pomiędzy podwykonawcą a wykonawcą, co do należności bądź nienależności zapłaty.

Nadto wskazać należy, iż w niniejszej regulacji pomięto zupełnie rolę dalszych podwykonawców. Szczególnie przy robotach budowlanych, ale także przy skomplikowanych zamówieniach na projekty architektoniczne jest to zjawisko częste.

Powstaje jeszcze pytanie, dotyczące relacji przepisów w zakresie robót budowlanych, przewidzianych w niniejszej noweli ustawy PZP w stosunku do Kodeksu Cywilnego. Przyjmując, iż ustawa PZP to *lex specialis* wobec Kodeksu Cywilnego, należy się zastanowić czy całkowicie wyłącza ona regulacje przepisów art. od 647 – 658 KC czy tylko reguluje kwestie nieuregulowane lub uregulowane odmiennie niż w Kodeksie Cywilnym. Jeżeli przychylić się do drugiego poglądu, to zauważyć należy, iż zapisy dotyczące dalszych podwykonawców znajdziemy tylko w Kodeksie Cywilnym. Brak jest natomiast takiej regulacji w noweli ustawy PZP. W tym miejscu należy zauważyć, iż w Kodeksie Cywilnym, zgodnie z art. 647 (1) par 2, skutki braku wyrażenia zgody przez inwestora i wykonawcę dla podwykonawców i dalszych podwykonawców są uregulowane w sposób jednolity. Natomiast wobec braku regulacji w ustawie PZP w zakresie dalszych podwykonawców, powstaje sytuacja, zgodnie z którą, konsekwencje braku zgody zamawiającego (inwestora) i wykonawcy na realizację części zamówienia przez podwykonawcę będą uregulowane przez ustawę PZP, natomiast konsekwencje

braku zgody na dalszych podwykonawców będą regulowane nadal tylko w Kodeksie Cywilnym co sprawia, że sytuacja dalszych podwykonawców ukształtuje się w sposób odmienny od podwykonawców.

Powyższe zastrzeżenia, rozbieżności oraz brak spójności z przepisami Kodeksu Cywilnego powinny zostać według Izby poddane ponownej analizie.

Z poważaniem

A handwritten signature in blue ink, consisting of a large, stylized initial 'W' followed by a series of loops and a long horizontal stroke extending to the right.

Wojciech Gęsiak, architekt IARP  
Prezes Krajowej Rady