

Joanna Węgrzyn

Katedra Ekonomiki Nieruchomości  
i Procesu Inwestycyjnego

# Podwykonawca robót budowlanych w zamówieniach publicznych

## 1. Wprowadzenie

W 2003 r. zmieniono kodeksowe uregulowania dotyczące umowy o roboty budowlane przez wprowadzenie solidarnej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonywane przez podwykonawcę (art. 647<sup>1</sup> kodeksu cywilnego)<sup>1</sup>. Celem wprowadzenia nowych zasad było powstrzymanie nadużyć, pojawiających się w szczególności w obrocie prywatnym, w postaci bezzasadnego zatrzymywania przez wykonawców wynagrodzenia dla podwykonawców. Skutki wprowadzenia tych przepisów dotknęły jednak również podmioty zlecające roboty budowlane w ramach zamówień publicznych<sup>2</sup>. Pojawiło się bowiem ryzyko podwójnej zapłaty za roboty budowlane. Problem pogłębia fakt, że przepisy ustawy o zamówieniach publicznych<sup>3</sup> normują jedynie stosunki między zamawiającym a wykonawcą, nie dając jednocześnie jasnych wskazówek, jak należy postępować w wypadku zlecenia robót podwykonawcom. Konieczne staje się zatem poszukiwanie rozwiązań w ramach istniejących przepisów, które mogłyby wyeliminować lub znacznie zredukować niebezpieczeństwo podwójnej zapłaty przez inwestora<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. nr 49 poz. 408.

<sup>2</sup> R. Szostak, *Wynagrodzenie za roboty budowlane*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2007, nr 02.

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, Dz.U. nr 19 poz. 177 z późn. zm.

<sup>4</sup> *Kodeks cywilny*, t. II, red. K. Pietrzykowski, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 381.

Celem artykułu jest próba wyjaśnienia roli podwykonawcy w procesie udzielania zamówień publicznych oraz zaprezentowanie przykładowych rozwiązań służących uregulowaniu stosunków między zamawiającym a podwykonawcą w trakcie realizacji inwestycji.

Artykuł składa się z czterech części. W pierwszej zaprezentowano podstawowe informacje na temat umów o roboty budowlane. W kolejnej części wyjaśniono, dlaczego podczas realizacji robót budowlanych zachodzi konieczność korzystania z usług podwykonawców. W części trzeciej zaprezentowano podstawy prawne instytucji podwykonawstwa. Czwarta część artykułu stanowi próbę wskazania, w jaki sposób należy kształtować warunki specyfikacji w zamówieniach publicznych ze względu na osobę podwykonawcy, aby uniknąć ryzyka podwójnej zapłaty.

## **2. Umowa o roboty budowlane w świetle przepisów prawa zamówień publicznych**

Zgodnie z zapisami ustawy o zamówieniach publicznych (art. 139) do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeśli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Przepis ten oznacza też, że w wypadku realizacji inwestycji przez inwestora, który zobowiązany jest do stosowania prawa zamówień publicznych, podstawowe znaczenie mają przepisy tejże ustawy. Dopiero przy braku odrębnych regulacji można stosować przepisy innych ustaw.

Zgodnie z zapisami ustawy o zamówieniach publicznych przez zamówienie publiczne należy rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. W ustawie tej zdefiniowane zostało również pojęcie robót budowlanych. Za roboty budowlane uznaje się wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy – Prawo budowlane<sup>5</sup>, a także realizację obiektu budowlanego w rozumieniu tej ustawy za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego<sup>6</sup>. Zamawiający może zatem stosować przepisy dotyczące robót budowlanych w sytuacji<sup>7</sup>:

- wykonywania jakichkolwiek pojedynczych prac zaliczanych do robót budowlanych,
- wykonania obiektu budowlanego,
- usług projektowania i wykonania robót traktowanych łącznie.

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, Dz.U. z 2006 r., nr 156 poz. 1118.

<sup>6</sup> Art. 2 pkt 8 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

<sup>7</sup> *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. T. Czajkowski, wyd. 2, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2006, s. 25.

Przez roboty budowlane, zgodnie z przepisami prawa budowlanego, należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Budowa to wykonanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowa, rozbudowa, nadbudowa obiektu budowlanego. Przebudowa definiowana jest jako wykonywanie robót budowlanych, w których wyniku dokonywana jest zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego. Przez remont rozumie się natomiast wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie innych wyrobów budowlanych niż użyto pierwotnie.

Regulacje ustawy o zamówieniach publicznych dotyczące robót budowlanych znajdują zastosowanie również w wypadku wykonania obiektu budowlanego. Do obiektów budowlanych według prawa budowlanego zalicza się budynki wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, budowle stanowiące całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami oraz obiekty małej architektury.

Trzecia możliwość dotyczy zamówienia kompleksowego. Połączenie usług projektowania i robót budowlanych może nastąpić w umowie o generalną realizację inwestycji lub w wypadku umowy o zastępstwo inwestycyjne. Oznacza to, że wymogom ustawy o zamówieniach publicznych podporządkowane są również podmioty działające w charakterze generalnego realizatora inwestycji lub inwestora zastępczego.

W prawie cywilnym umowa o roboty budowlane jest natomiast definiowana jako pochodna umowy o dzieło. Według art. 647 kodeksu cywilnego, zawierając umowę o roboty budowlane, wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy, dostarczenia projektu oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Istnieje wiele form organizacyjnych realizacji inwestycji budowlanych, a tym samym wiele rodzajów umów o roboty budowlane. Inwestor może zatem wybrać spośród następujących typów umów<sup>8</sup>:

- umowa o generalną realizację inwestycji (wykonawca wykonuje wszelkie czynności, od sporządzenia dokumentacji projektowej inwestycji po przekazanie inwestorowi gotowego obiektu),
- umowa o generalne wykonawstwo (wykonawca zobowiązuje się do wykonania całości prac budowlanych),

<sup>8</sup> D. Okolski, *Umowa o roboty budowlane*, wyd. 4, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 16–20.

– umowa o wykonawstwo częściowe (wykonawca wykonuje jedynie poszczególne prace).

W tym miejscu należy zaznaczyć, że zgodnie z zasadą swobody zawierania umów zbiór ten nie wyczerpuje wszystkich możliwości kształtowania warunków umowy o roboty budowlane.

Szczegółowe informacje na temat roli podwykonawcy w procesie budowlanym przedstawione zostaną w kolejnej części opracowania.

### **3. Problem podwykonawstwa w realizacji inwestycji budowlanych**

W wypadku robót budowlanych wykonawcą jest przeważnie wyspecjalizowana firma budowlana. Jak wcześniej wspomniano, przedsiębiorstwo budowlane może prowadzić roboty we własnym zakresie lub zlecać je podwykonawcom. Forma organizacji prac na budowie zależy od wielu czynników, m.in. liczby pracowników mających uprawnienia do wykonywania określonych prac czy zakresu działalności przedsiębiorstwa.

Według Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) działalność przedsiębiorstw budowlanych (sekcja F) może obejmować:

- przygotowanie terenu pod budowę,
- wznoszenie kompletnych części budynków i budowli lub ich części, inżynierię lądową i wodną,
- wykonywanie instalacji budowlanych,
- wykonywanie robót wykończeniowych,
- wynajmowanie sprzętu budowlanego i burzącego z obsługą operatorską.

Należy pamiętać również o tym, że działalność budowlana ma wiele specyficznych właściwości odróżniających ją od działalności produkcyjnej. Na uwagę zasługują takie cechy, jak: nieruchomość produktu, długi cykl produkcji, sezonowość produkcji, a także indywidualność i złożoność obiektów budowlanych. Konieczność efektywnego działania oraz wysokie koszty rozwijania różnorodnej działalności budowlanej wymuszają specjalizację przedsiębiorstw budowlanych.

Jednostki wykonawcze mogą być nastawione na specjalizację przedmiotową i technologiczną<sup>9</sup>. Specjalizacja przedmiotowa polega na ustaleniu profilu działalności przedsiębiorstwa budowlanego według podstawowych rodzajów budownictwa. Wyróżnić można:

- budownictwo mieszkaniowe,
- budownictwo ogólne (obiekty inżynierskie – mosty, zapory, maszty; budownictwo infrastruktury transportowo-komunikacyjnej),

<sup>9</sup> W. Bień, *Ekonomika i analiza działalności przedsiębiorstwa budowlanego*, PWE, Warszawa 1989, s. 31.

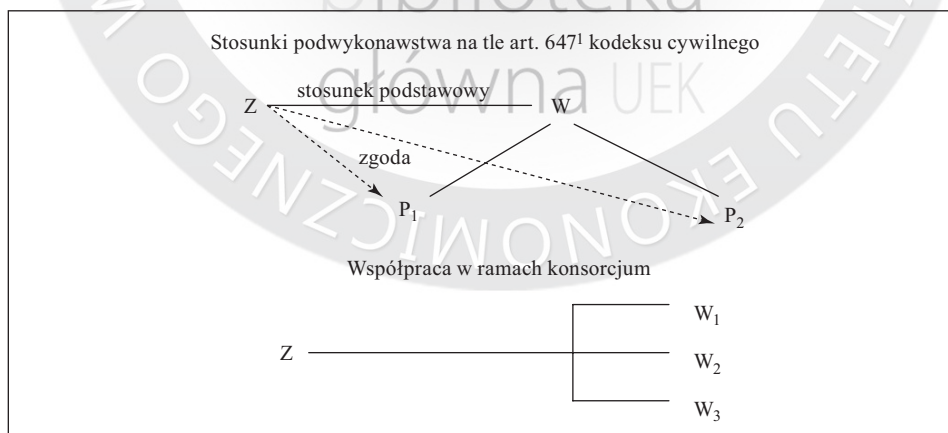
- budownictwo niemieszkaniaowe (obiekty przemysłowe, handlowe, usługowe),
- renowacja i utrzymanie budynków.

Specjalizacja technologiczna występuje natomiast wtedy, gdy przedsiębiorstwo wykonuje tylko określony zakres robót cechujących się podobnym procesem technologicznym. W takim wypadku specjalizacja może obejmować wykonywanie ustalonego rodzaju robót (przedsiębiorstwo montażu konstrukcji stalowych, przedsiębiorstwo wykonujące instalacje elektryczne itp.) lub etapu robót (przedsiębiorstwo przygotowujące teren pod budowę, wykonujące fundamenty itp.).

Specjalizacja produkcji ma jednak również wiele zalet, takich jak: zwiększenie wydajności pracy ludzi i sprzętu, większa możliwość zakupu i wykorzystania specjalistycznego sprzętu, wyższa jakość robót wynikająca z wąskiej i głębokiej specjalizacji pracowników, krótszy czas realizacji robót. Wszystkie te czynniki prowadzą do obniżenia kosztów produkcji budowlano-montażowej.

Podstawowym ograniczeniem, które wiąże się ze specjalizacją, jest konieczność podjęcia współpracy z innymi przedsiębiorstwami budowlanymi, co w wypadku projektów prowadzonych na dużą skalę wymaga rozwiązania wielu problemów natury organizacyjnej, ekonomicznej i prawnej.

Podejmując współpracę z innymi firmami budowlanymi, wykonawca może realizować przedsięwzięcie inwestycyjne razem z inną firmą na podstawie umowy konsorcjalnej lub zatrudnić firmę budowlaną w roli podwykonawcy. Różnica między tymi dwoma rozwiązaniami sprawdza się przede wszystkim do odrębnie uregulowanych stosunków prawnych między podmiotami biorącymi udział w procesie inwestycyjnym (zob. rys. 1).



Rys. 1. Współpraca wykonawcy z innymi firmami

Źródło: R. Szostak, *Podwykonawca robót budowlanych*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2004, nr 1.

Podsumowując, konieczność korzystania z usług podwykonawców wynika z postępującej specjalizacji w zakresie prac budowlanych. Na popularność takiej formy realizacji robót wpływa również możliwość przesunięcia przez wykonawcę części ryzyka związanego z realizacją inwestycji na podwykonawców oraz zwiększenia płynności finansowej przez współfinansowanie inwestycji przez podwykonawców.

#### **4. Prawne aspekty podwykonawstwa w oparciu o art. 674<sup>1</sup> kodeksu cywilnego**

Podwykonawcy zatrudniani są bezpośrednio przez wykonawcę i względem niego ponoszą odpowiedzialność<sup>10</sup>. Oznacza to, że zamawiający nie jest stroną umowy z podwykonawcą i nie ma on realnego wpływu na dobór wykonawcy oraz możliwości zapewnienia jego bieżącej kontroli. Nie ma również możliwości weryfikacji odbioru wykonanych przez niego prac na rzecz głównego wykonawcy<sup>11</sup>. W ustawie o zamówieniach publicznych w sposób bezpośredni o podwykonawcy traktuje jedynie art. 36 ust. 4 i ust. 5. Zgodnie z przytoczonym przepisem zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, a także podania (nazw firm) proponowanych podwykonawców. Ponadto zamawiający może określić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która część zamówienia nie może być powierzona podwykonawcy. Dalszych szczegółowych wskazówek dotyczących roli, jaką odgrywa podwykonawca w procesie budowlanym, należy zatem szukać w przepisach kodeksu cywilnego.

Według przepisów art. 647<sup>1</sup> § 1 kodeksu cywilnego w podstawowej umowie o roboty budowlane między inwestorem a wykonawcą strony ustalają zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał samodzielnie lub z pomocą podwykonawców. Ustalenia te są zatem wiążące dla obu stron. W praktyce na etapie realizacji inwestycji zdarzyć się może konieczność zmiany podwykonawcy lub zmiany zakresu robót powierzonych podwykonawcom. W obrocie cywilnoprawnym za porozumieniem stron można wprowadzić zmiany do umowy w postaci aneksu.

W wypadku zamówień publicznych swoboda zmiany podwykonawcy jest ograniczona przez art. 144 ustawy o zamówieniach publicznych. Zgodnie z przepisami tej ustawy nie jest możliwa zmiana postanowień umowy, w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że dokonanie takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć

<sup>10</sup> D. Okolski, *op. cit.*, s. 21.

<sup>11</sup> R. Szostak, *Podwykonawca robót...*

w momencie podpisywania umowy lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego. Z drugiej strony należy pamiętać, że zamawiający nie może ograniczać wykonawcy w zakresie korzystania z podwykonawstwa, tak jak nie może żądać, aby całość zamówienia została wykonana przez wykonawcę<sup>12</sup>. Oznaczać to może konieczność częstego modyfikowania podstawowej umowy o roboty budowlane w zakresie prac powierzanych podwykonawcom, a tym samym pojawienie się kolejnej komplikacji w złożonym już i tak procesie realizacji zamówień publicznych.

Kolejny problem pojawia się w związku z identyfikacją sposobu wyznaczania zakresu prac powierzanych podwykonawcom. Termin „część zamówienia” należy interpretować jako wydzielony zakres świadczenia o określonym przeznaczeniu, który można odebrać jako część wykonaną. Nie jest zatem możliwe ustalenie zakresu podwykonawstwa np. jako pewnego procentu ceny ofertowej proponowanej przez wykonawcę. Ponadto jeśli zamawiający nie zastrzeże w specyfikacji, jakiej części robót nie może wykonywać podwykonawca, generalny wykonawca może całe zamówienie zlecić podwykonawcom.

Najważniejsza kwestia, którą reguluje omawiany przepis kodeksu cywilnego, to wynagrodzenia za roboty budowlane. Zgodnie z art. 647<sup>1</sup> § 5 kodeksu cywilnego, zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarnie odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. Jest to ustawowa solidarność dłużników (bierna) typu gwarancyjnego (art. 366 kodeksu cywilnego). Na mocy tego przepisu podwykonawca może wybrać, od kogo żądać zapłaty wynagrodzenia. Umowa wywołuje zatem skutek także wobec osoby trzeciej, która nie jest jej stroną.

Można również wspomnieć dodatkowo o braku uregulowań roszczeń regresowych między inwestorem a wykonawcą. Oznacza to, że w wypadku zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy zastosowanie będą miały przepisy ogólne o zobowiązaniach solidarnych. Zgodnie z przepisami art. 376 § 1 kodeksu cywilnego, jeśli jeden z solidarnych dłużników spełni świadczenie, treść istniejącego między współdłużnikami stosunku prawnego rozstrzyga o tym, czy i w jakich częściach może on żądać zwrotu od współdłużników. Jeśli z treści tego stosunku nie wynika nic innego, dłużnik, który świadczenie spełnił, może żądać zwrotu w częściach równych. Jest to równoznaczne z tym, że w wypadku braku odrębnych uregulowań w umowie wykonawca po zapłaceniu swojemu podwykonawcy wynagrodzenia może zwrócić się do inwestora z żądaniem zwrotu połowy zapłaconej kwoty. Natomiast w wypadku zapłaty długu przez inwestora będzie on uprawniony do dochodzenia od generalnego wykonawcy jedynie połowy zapłaconej kwoty.

<sup>12</sup> H. Olszowska, *Procentowe podwykonawstwo*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2006, nr 11.

Aby zapobiec takim sytuacjom, inwestor powinien w umowie z wykonawcą wyłączyć w całości lub części ewentualne roszczenia regresowe wykonawcy oraz zaznaczyć, że roszczenia regresowe inwestora wobec dłużników będą dochodzone w całości.

Kończąc rozważania na temat regulacji prawnych instytucji podwykonawstwa, należy wspomnieć, że w literaturze przedmiotu pojawiają się propozycje ograniczenia ryzyka podwójnej zapłaty przez ustawowe wprowadzenie subsydiarnej odpowiedzialności za zobowiązania wobec podwykonawcy. Odpowiedzialność subsydiarna inwestora dopuszczałaby roszczenia wobec niego dopiero po wykazaniu, że podwykonawca nie uzyskał należnego świadczenia od generalnego wykonawcy.

## 5. Problem podwykonawstwa a warunki dobrej specyfikacji

Inwestor może uchronić się od ryzyka podwójnej zapłaty, a tym samym zabezpieczyć interes publiczny przy zamówieniach budowlanych z udziałem podwykonawców, stosując następujące środki prawne<sup>13</sup>:

- art. 36 ust. 4–5 ustawy o zamówieniach publicznych,
- art. 22 ust. 2–3 ustawy o zamówieniach publicznych oraz przepisy Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów, jakich zamawiający może żądać od dostawcy lub wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne<sup>14</sup>,
  - zamawiający może zastrzec w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz powtórzyć to w umowie, że zgodę na nowych podwykonawców uzależnia od spełnienia przez każdego dopuszczanego wszystkich warunków, jakie opisano w poprzednim podpunkcie,
  - umowa powinna zawierać dokładny harmonogram robót i odpowiednio do niego dopasowany harmonogram odbiorów częściowych, a w tym robót odbieranych od podwykonawcy, tak by ewentualne roszczenia podwykonawców dotyczące zapłaty wynagrodzenia były ściśle związane z efektem ich pracy,
  - umowa z wykonawcą może zawierać klauzulę ochronną na rzecz zamawiającego: jeśli zostanie on zmuszony do zapłaty na rzecz podwykonawcy, to o tyle, ile zapłaci podwykonawcy, będzie mógł następnie pomniejszyć zapłatę generalnemu podwykonawcy,
  - ubezpieczenie zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy.

<sup>13</sup> R. Szostak, *Podwykonawca robót...*

<sup>14</sup> Dz.U. nr. 87 poz. 605.



W wypadku przepisu 36 ustawy o zamówieniach publicznych zamawiający może żądać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć osobie trzeciej. Zdefiniowanie części zamówienia przekazywanego podwykonawcom sprowadza się do wskazania w umowie konkretnych robót budowlanych (przeważnie na podstawie kosztorysu inwestorskiego). Nie jest możliwe określenie zakresu prac zleczanych podwykonawcom w sposób procentowy.

Zamawiającemu nie wolno jednak zastrzec, że brak wskazania z góry w ofercie podwykonawców eliminuje całkowicie możliwość ubiegania się wykonawcy o taką zgodę przy podpisywaniu umowy docelowej lub też możliwość negocjowania dopiero wtedy zakresu robót powierzanych podwykonawcy. Zamawiający powinien bowiem prowadzić postępowanie w ten sposób, by nie naruszać zasad uczciwej konkurencji.

Kolejna możliwość ochrony zamawiającego przed ryzykiem podwójnej zapłaty została stworzona w przepisach art. 22 ust. 2–3 prawa zamówień publicznych oraz przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie dokumentów, jakich zamawiający może żądać od dostawcy lub wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. Inwestor powinien zastrzec w SIWZ konieczność spełnienia przez planowanych do wykonania zamówienia podwykonawców „warunków technicznych” w stopniu nie gorszym, aniżeli wymagane są one od samego oferenta. Istotne znaczenie z punktu widzenia zamawiającego mają w szczególności warunki dotyczące wiedzy, kwalifikacji oraz uprawnień zawodowych, w wypadku gdy podwykonawca ma przejąć zadania, do których ustawowo potrzebne są stosowne uprawnienia oraz warunek dysponowania odpowiednim sprzętem. Zamawiającemu wolno zatem żądać następujących dokumentów<sup>15</sup>:

- wykazu osób lub podmiotów, które będą wykonywać zamówienie lub będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z danymi na temat ich kwalifikacji niezbędnych do wykonywania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności,
- dokumentów stwierdzających, że osoby, które będą wykonywać zamówienie, mają wymagane uprawnienia, jeśli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień,
- wykazu niezbędnych do wykonania narzędzi i urządzeń, którymi dysponuje wykonawca (może dysponować rzeczami cudzymi, byleby zapewniały one prawidłową realizację części zamówienia oddanej podwykonawcy).

Jeśli wymagania te nie zostaną spełnione, to na mocy art. 24 ust. 2 pkt 3 oferta zostaje wykluczona z ubiegania się o zamówienie publiczne.

<sup>15</sup> R. Szostak, *Podwykonawca robót...*

Odmienny pogląd prezentuje H. Olszowska, która uważa, że potwierdzenia spełnienia warunków w postępowaniu można żądać wyłącznie od wykonawcy. Zamawiający ma więc możliwość sprawdzenia wiarygodności jedynie wykonawcy, nie ma natomiast takiej możliwości w wypadku podwykonawcy<sup>16</sup>.

Ogólnie rzecz biorąc, należy uznać, że niedopuszczalne jest takie określenie warunków udziału w postępowaniu, które mogłoby utrudniać uczciwą konkurencję. Nie oznacza to jednak, że jeżeli zamawiający pragnie uzyskać usługi lub towary najwyższej jakości, nie może postawić odpowiednich żądań<sup>17</sup>.

Zamawiający może ponadto zastrzec w SIWZ, że zgodę na nowych podwykonawców uzależnia od spełnienia przez każdego z podwykonawców odpowiednich warunków wskazanych powyżej. Jak już wspomniano, konieczne w wypadku zmiany podwykonawcy jest przestrzeganie regulacji wynikających z art. 144 ustawy o zamówieniach publicznych.

Inną możliwą formą ochrony zamawiającego jest wymóg opracowania przez wykonawcę harmonogramu robót. Do stworzonego harmonogramu należy w umowie dołączyć odpowiedni kalendarz odbiorów częściowych, a także robót odbieranych przez podwykonawców. Odbiór robót spełnia rolę aprobową i jeśli zamawiający zaniedba ten element umowy, może ponieść poważne konsekwencje w postaci przyjmowania na żądanie generalnego wykonawcy robót częściowych za zapłatę odpowiedniego wynagrodzenia.

Umowa z wykonawcą może zawierać również klauzulę ochronną na rzecz zamawiającego, że jeśli zostanie on zmuszony do zapłaty na rzecz podwykonawcy, to o tyle, ile zapłaci podwykonawcy, będzie mógł następnie pomniejszyć zapłatę generalnemu podwykonawcy. Zamawiający może zastosować taką formę zabezpieczenia, ponieważ solidarna odpowiedzialność odnosi się jedynie do stosunku podwykonawstwa. W umowie z wykonawcą nie wolno zatem jedynie ograniczać zasady solidarności. Klauzula ta nie działa jednak, gdy podwykonawca wystąpi z roszczeniem później, już po całkowitym rozliczeniu robót i to dodatkowo z odsetkami<sup>18</sup>. Zamawiający może wstrzymać wypłatę wynagrodzenia do czasu, aż wykonawca nie wykaże, że rozliczył się prawidłowo z podwykonawcą. W takim wypadku należy jednak pamiętać o zapisach ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych<sup>19</sup>, która również odnosi się do zamówień publicznych. Celem jej wprowadzenia było wyeliminowanie zjawiska nieterminowego wykonywania zobowiązań pieniężnych. Według przepisów tej ustawy dłużnik ma 30 dni na uregulowanie zobowiązania pieniężnego. Po tym czasie wierzyciel może żądać odsetek ustawowych za okres od 31 dnia po

<sup>16</sup> H. Olszowska, *op. cit.*

<sup>17</sup> *Prawo zamówień...*, s. 54.

<sup>18</sup> R. Szostak, *Podwykonawca robót...*

<sup>19</sup> Dz.U. nr 139 poz.1323 z późn. zm.

spełnieniu świadczenia niepieniężnego i doręczeniu zamawiającemu faktury do dnia zapłaty. Przepisy te mają bezwzględnie wiążący charakter, co oznacza, że sprzeczne z nimi uregulowania w umowie są nieważne.

Dla zamawiającego oznacza to, że zgodnie z zasadą gospodarności środkami publicznymi nie może on przedłużać terminu zapłaty ponad 30 ustawowych dni. W przeciwnym wypadku oznaczałoby to narażenie na zapłatę odsetek ustawowych, a tym samym działania na szkodę finansów publicznych.

Zamawiający ma również uprawnienia do żądania od wykonawcy ubezpieczenia swojej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy. Koszty tego ubezpieczenia ponosi wykonawca.

W literaturze przedmiotu wskazywana jest również możliwość zobligowania wykonawcy w umowie do przedkładania faktur własnych wraz z załącznikami obejmującymi<sup>20</sup>:

- upoważnienie do zapłaty wynagrodzenia bezpośrednio na rzecz podwykonawców w części przypadającej podwykonawcom zgodnie z załączonymi fakturami podwykonawców,
- faktury podwykonawców i dalszych podwykonawców oraz ich oświadczenia, że zapłata za te faktury wyczerpuje ich roszczenia z tytułu wykonanych robót,
- kopie upoważnień udzielonych przez generalnego wykonawcę podwykonawcom do odbioru należnych wynagrodzeń bezpośrednio od inwestora na zasadzie przekazu.

W umowie o zamówienie publiczne możliwe jest zastrzeżenie obciążające generalnego wykonawcę obowiązkiem rozliczenia się z podwykonawcą z wykonanych przez niego robót jeszcze przed przedstawieniem zamawiającemu obiektu lub jego części do odbioru<sup>21</sup>. Powinien to być warunek wymagalności odbioru. Dodatkową zaletą tego rozwiązania jest zwiększenie motywacji wykonawcy do dokładnego sprawdzenia jakości wykonanych przez podwykonawcę robót. W wypadku wykrycia przez zamawiającego wady, którą przeoczył wykonawca, może mieć on problemy z dochodzeniem roszczeń od podwykonawcy.

W tej części opracowania starano się przedstawić przykładowe narzędzia, którymi może posługiwać się zamawiający w momencie kształtowania SIWZ, aby mieć wpływ na dobór podwykonawców przez wykonawcę inwestycji oraz na treść i zakres zawieranej między nimi umowy. Podczas realizacji inwestycji zamawiający zachowuje natomiast możliwość kontroli prac budowlanych dzięki inspektorowi nadzoru inwestorskiego. Na tym etapie realizacji inwestycji zamawiający ma jednak ograniczony wpływ na prowadzenie prac budowlanych przez

<sup>20</sup> J.E. Nowicki, *Zamówienia na roboty budowlane. Część I*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2006, nr 5.

<sup>21</sup> R. Szostak, *Wynagrodzenie za roboty...*

podwykonawcę. Konsekwencje błędów wskazanych przez inspektora ponosi bowiem wykonawca. Największy wpływ na egzekwowanie warunków umowy z podwykonawcą ma zatem wykonawca, ponieważ to właśnie wykonawca jest stroną umowy zawieranej z podwykonawcą. Do instrumentów często stosowanych w tym celu przez wykonawcę należą kary umowne, np. za nieterminowe wykonanie powierzonych robót. Na terminowość oraz jakość prac realizowanych przez podwykonawcę wpływ może mieć również wprowadzenie do umowy gwarancji prawidłowego wykonania umowy, do których można zaliczyć:

- gwarancję bankową zwrotu otrzymanej zaliczki,
- gwarancję dobrego wykonania,
- gwarancję usunięcia usterek i wad w terminie.

Wykonawca może w umowie zastrzec również prawo do zatrzymania części kwoty należnej podwykonawcy z każdej faktury.

## 6. Wnioski

Istotą podwykonawstwa jest stworzenie możliwości wykonania prac przez specjalistyczną jednostkę, co może wpłynąć na skrócenie czasu realizacji robót i (lub) lepszą jakość przedmiotu zamówienia. Wprowadzanie na plac budowy podwykonawców może jednak mieć również pewne negatywne skutki dla inwestora. Problem pogłębia fakt, że zamawiający nie ma bezpośredniego wpływu na realizację prac budowlanych prowadzonych przez podwykonawców. Dlatego tak ważne jest zabezpieczanie interesów inwestora przez właściwe przygotowanie dokumentacji przetargowej, a w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz umowy o roboty budowlane.

## Literatura

- Bień W., *Ekonomika i analiza działalności przedsiębiorstwa budowlanego*, PWE, Warszawa 1989.
- Kodeks cywilny*, t. II, red. K. Pietrzykowski, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2005.
- Nowicki J.E., *Zamówienia na roboty budowlane. Część I*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2006, nr 5.
- Okolski D., *Umowa o roboty budowlane*, wyd. 4, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2007.
- Olszowska H., *Procentowe podwykonawstwo*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2006, nr 11.
- Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. T. Czajkowski, wyd. 2, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2006.

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów, jakich zamawiający może żądać od dostawcy lub wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, Dz.U. nr 87 poz. 605.

Szostak R., *Podwykonawca robót budowlanych*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2004, nr 1.

Szostak R., *Wynagrodzenie za roboty budowlane*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2007, nr 2.

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. nr 16 poz. 93 z późn. zm.

Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, Dz.U. z 2006 r., nr 156 poz. 1118.

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, Dz.U. nr 19 poz. 177 z późn. zm.

### **The Subcontractor in Public Procurement Construction Work**

The article discusses the problem of joint liability of the investor and contractor in paying the wages for construction work carried out by subcontractors. The rule of joint liability may be found in art. 647 of the Civil Code. The goal of introducing new regulation was to prevent contractors, especially in the private sector, from unjustifiably withholding subcontractor wages. However, the new regulations put investors at risk of paying double wages for work done. This problem is of particular significance in investments made by public entities operating in accordance with public procurement law. The goal of the article is to explain the role of subcontractors involved in the procurement process announced by public entities and to present sample solutions for regulating the relationship between the contracting party and subcontractor while the investment is being realised. The article consists of four parts. The first presents basic information on construction contracts, while the second explains why it is necessary to use subcontractors in the construction process. The third part discusses the legal foundations of the subcontracting institution. The fourth section shows how the terms of the specifications in public procurement regarding subcontractors should be formulated such that the risk of double payment may be averted.