

UZASADNIENIE

Obowiązujące przepisy prawa w sposób ograniczony regulują obszar związany z wykonywaniem umów o zamówienie publiczne. Dział IV ustawy – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą Pzp”, co prawda reguluje problematykę umów w sprawach zamówień publicznych, ale ogranicza się do regulacji związanych z okresem zawarcia umowy, jej zmianami, zabezpieczeniem, unieważnieniem oraz udzielaniem zaliczek, natomiast nie obejmuje problematyki podwykonawstwa robót budowlanych – w tym zakresie przepisy ustawy Pzp odsyłają do Kodeksu cywilnego. Również przepisy ustawy Pzp nie regulują w sposób pełny problematyki podwykonawstwa na etapie procedury dotyczącej udzielenia zamówienia publicznego – jedynymi przepisami regulującymi tę kwestię jest art. 36 ust. 4 i 5, które dotyczą uprawnień zamawiającego do (1) żądania wskazania części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom oraz do (2) zastrzeżenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. Tymczasem, podwykonawstwo ma ogromne znaczenie dla zapewnienia sprawnego i niezakłóconego wykonywania zamówień publicznych oraz uczestnictwa małych i średnich przedsiębiorców (MSP) w realizacji zamówień publicznych.

W aktualnym stanie prawnym coraz częściej występują przypadki nieuregulowania lub nieterminowego uregulowania należności za świadczenia wykonane przy realizacji, zamówienia publicznego na roboty budowlane przez podmioty biorące udział w tej realizacji niemające statusu wykonawcy. Sytuacja ta, prowadząca do zatorów płatniczych, często dotyczy wypłacania wynagrodzeń małym i średnim przedsiębiorcom przez głównych wykonawców, co w skrajnych przypadkach prowadzić może do upadłości lub likwidacji MSP. Powtarzające się tego rodzaju sytuacje zniechęcają przedsiębiorców do brania udziału w zamówieniach publicznych, co negatywnie wpływa na konkurencyjność, tym samym na cenę oraz jakość udzielanych i zrealizowanych zamówień publicznych. Jednocześnie zatory płatnicze powodują ograniczenie możliwości rozwoju i kredytowania się przedsiębiorców, co może w konsekwencji prowadzić do upadłości i likwidacji. Co więcej należy zauważyć, iż opóźnienia w spłacie należności przez wykonawców podwykonawcom niekorzystnie wpływają nie tylko na sytuację podwykonawców, lecz również na sytuację strony publicznej. Ponadto nie jest zasadne, by realizacja zamówień

publicznych, w szczególności o charakterze inwestycyjnym, odbywała się kosztem małych i średnich przedsiębiorców, których słabsza pozycja na rynku jest niejednokrotnie wykorzystywana przez większe podmioty.

Pomimo zatem tego, iż obecne przepisy nie zabraniają wprowadzenia uregulowań dotyczących podwykonawstwa (zarówno w zakresie spełniania przez podwykonawców określonych warunków, jak i odpowiadania postawionym wymaganiom przez zawierane z nimi umowy) do umów w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, pojawiające się w ostatnim czasie problemy, dotyczące podwykonawstwa, wskazują na konieczność zwrócenia większej uwagi na kwestie z tym związane w przepisach ustawy Pzp.

Przedstawione problemy dotyczą, z uwagi na specyfikę i czas trwania, realizacji zamówień na roboty budowlane, w których częściej występują przypadki nieregulowania lub nieterminowego regulowania należności za świadczenia podwykonawców wykonywanych na rzecz generalnych wykonawców, na ogół dużych przedsiębiorstw budowlanych. Urzędowi nie są znane przypadki występowania problemów o przedstawionym powyżej charakterze, które dotyczyłyby realizacji zamówień na dostawy i usługi. Jednocześnie należy podkreślić, iż w przypadku zamówień na dostawy i usługi, często podwykonawcami, a bardzo często dalszymi podwykonawcami, są podmioty niemające charakteru małych lub średnich przedsiębiorstw, a producenci lub hurtownicy, tj. często podmioty mające znacznie silniejszą pozycję rynkową niż wykonawca. Zidentyfikowane problemy w zakresie realizacji zamówień na roboty budowlane (specyfika tego rodzaju zamówień) stanowi uzasadnienie dla ograniczenia projektowanych zmian dotyczących podwykonawstwa, co do zasady do robót budowlanych, podobnie jak stanowi to ustawa – Kodeks cywilny.

Wprowadzenie proponowanych rozwiązań służyć ma:

- 1) wzmocnieniu bezpieczeństwa prawidłowej realizacji zamówień publicznych,
- 2) wyborowi wykonawców mających odpowiedni potencjał do realizacji zamówień publicznych,
- 3) wzmocnieniu ochrony słusznych praw podwykonawców uczestniczących w procesie realizacji zamówień publicznych, w szczególności zapewnienia terminowej oraz pełnej wypłaty należnego im wynagrodzenia,

- 4) ograniczeniu ryzyka pojawiania się sporów na etapie realizacji zamówień publicznych,
- 5) zapewnieniu odpowiedniej jakości realizacji zamówień publicznych, przez powierzenie ich podwykonawcom dającym gwarancję prawidłowego wykonania podzlecanych robót.

Proponowane rozwiązania w sposób kompleksowy powinny przyczynić się do wzmocnienia mechanizmów nadzoru nad prawidłowym wykonywaniem zamówień publicznych. Pomimo tego, że kwestie związane z relacjami prawnymi zachodzącymi pomiędzy wykonawcą zamówienia publicznego i podwykonawcami oraz pomiędzy podwykonawcą i dalszymi podwykonawcami, powinny co do zasady podlegać zasadzie swobody umów, stosunki te i sposób ich uregulowania mają zasadniczy wpływ na jakość i efektywność realizacji zamówień publicznych, a więc odnoszą się do sfery publiczno-prawnej uregulowanej w ustawie Pzp. Stąd też, zamawiający, działając w interesie publicznym, nie powinni pomijać na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stosownych regulacji, dotyczących stosunków wykonawca – podwykonawca – dalszy podwykonawca, jako kluczowych dla bezpieczeństwa realizowanych zamówień publicznych, i niezakłóconego ich wykonywania. Wykonanie części zamówienia przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę następuje na rzecz wykonawcy, służy jednak spełnieniu zobowiązań zaciągniętych przez wykonawcę w stosunku do zamawiającego, stąd też zamawiający powinien mieć wpływ na treść i sposób realizacji zamówienia w ramach podwykonawstwa.

Publicznoprawny charakter przepisów ustawy Pzp, tj. przynależność tej ustawy do prawa publicznego, był wielokrotnie podkreślany w orzecznictwie Sądu Najwyższego (orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 1999 r., III CKN 478/98, z dnia 28 czerwca 2000 r., IV CKN 70/00, z dnia 13 września 2001 r., IV CKN 381/00, z dnia 10 kwietnia 2003 r., III CKN 1320/00 oraz z dnia 13 stycznia 2004 r., V CK 97/03). Jak wynika z orzecznictwa, celem norm zawartych w ustawie Pzp jest zapewnienie ochrony interesu publicznego, mają one więc charakter publicznoprawny.

Powstanie i realizacja zamówienia publicznego następuje także przy wykorzystaniu instrumentów cywilnoprawnych, takich jak m.in. umowa (art. 139 ust. 1 ustawy Pzp). Niemniej jednak podstawowym celem umowy o zamówienie publiczne jest zapewnienie

instytucji publicznej świadczeń koniecznych dla skutecznej realizacji zadań publicznych. Potrzeba zagwarantowania ochrony interesu publicznego przejawiająca się w zapewnieniu skutecznej i niezakłóconej realizacji zadań publicznych służących zaspokojeniu zbiorowych potrzeb społeczeństwa stanowi podstawowe uzasadnienie dla ingerencji ustawodawcy w „pomocniczo” stosowane w systemie prawa zamówień publicznych normy prawa cywilnego.

Powyższa ingerencja powinna dotyczyć także, w szerszym niż dotychczas zakresie, podwykonawstwa robót budowlanych, które nie jest uregulowane w wystarczający sposób w Kodeksie cywilnym oraz w ustawie Pzp, a ma zasadnicze znaczenie dla prawidłowego przebiegu procesu realizacji zadań publicznych, w tym dotyczących rozwoju infrastruktury.

W interesie publicznym leży przyznanie instytucjom publicznym efektywnych instrumentów nadzoru, które pozwolą wspierać ochronę podstawowych praw wszystkich podmiotów zaangażowanych w proces realizacji zamówienia publicznego w tym także podwykonawców. Ochrona ta powinna dotyczyć przede wszystkim stworzenia systemu gwarancji wypłaty należnego wynagrodzenia podwykonawcom za świadczenia wykonane w procesie realizacji zamówienia publicznego. Za głęboko niesprawiedliwe i godzące w wizerunek organów władzy publicznej należy uznać bowiem sytuacje braku zapłaty przez wykonawców należnego wynagrodzenia podwykonawcom. Niewywiązywanie się wykonawców ze swych zobowiązań wobec podwykonawców, przy realizacji zamówienia publicznego, podważa zaufanie do organów władzy publicznej (inwestorów). Stworzenie mechanizmów sprawowania właściwego nadzoru nad realizacją kontraktów zawieranych przez wykonawców z podwykonawcami przy realizacji zamówienia publicznego jest tym bardziej istotne, iż powinno przyczynić się także do pogłębiania zaufania obywateli i przedsiębiorców do państwa.

Stworzenie efektywnych instrumentów nadzoru nad podwykonawstwem służy także ograniczeniu ryzyka dokonywania podwójnej zapłaty przez inwestora za te same świadczenia, co wynika z zasady odpowiedzialności solidarnej określonej przepisami Kodeksu cywilnego. Unormowanie zatem kwestii podwykonawstwa leży w interesie publicznym także z tego względu, iż służyć ono będzie lepszej ochronie interesów ekonomicznych organów władzy publicznej.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych będzie monitorował realizację projektowanej ustawy – wdrażanych nią mechanizmów – i po 2 latach od dnia wejścia w życie regulacji, w porozumieniu z Ministrem Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej, przedstawi raport w sprawie efektów jej funkcjonowania.

Zdefiniowanie „umowy o podwykonawstwo”

Proponuje się zdefiniowanie w art. 2 pkt 9b pojęcia „umowy o podwykonawstwo”, na potrzeby zamówień udzielanych przez zamawiających. Pod pojęciem tego rodzaju umów będzie się rozumieć wyłącznie pisemne umowy o charakterze odpłatnym. Przedmiotem umowy o podwykonawstwo będą mogły być zarówno usługi, dostawy, jak i roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego.

W związku z powiązaniem przedmiotu umowy o podwykonawstwo z częścią zamówienia publicznego, do kategorii tego rodzaju umów będą kwalifikowane wyłącznie te umowy, których rezultat będzie stanowił jednocześnie wykonanie zamówienia publicznego, podlegający następnie odbiorowi i ocenie, w zakresie należytego wykonania, przez zamawiającego. W świetle projektowanej definicji, umowy o podwykonawstwo nie będą dotyczyły świadczeń potrzebnych podwykonawcom i dalszym podwykonawcom do prowadzenia działalności związanej z realizacją podzlecanych zamówień, lecz nieobjętych opisem przedmiotu zamówienia, np. usługi telefoniczne, kredytowe, prawnicze, dostawy sprzętu biurowego.

Z uwagi na charakter robót budowlanych, obejmujących złożone i kosztowne procesy inwestycyjne oraz wymagających z reguły zaangażowania kilku szczebli podwykonawców (dalszych podwykonawców), proponuje się, aby, w przypadku zamówień na roboty budowlane, umowy o podwykonawstwo dotyczyły umów na usługi, dostawy lub roboty budowlane, zawieranych zarówno pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą, jak również pomiędzy podwykonawcą a dalszym podwykonawcą oraz pomiędzy dalszymi podwykonawcami (tj. umów zawieranych pomiędzy kolejnymi szczeblami podwykonawstwa zamówienia na roboty budowlane). Uregulowanie kwestii podwykonawstwa zwiększy przejrzystość procesu udzielania zamówień publicznych. Większa przejrzystość pozwoli potencjalnym wykonawcom uwzględnić realne koszty związane z podwykonawstwem w składanej ofercie oraz nawiązać współpracę z potencjalnymi podwykonawcami już na etapie postępowania o zamówienie publiczne.

W związku z tym, iż powyższe cechy nie charakteryzują dostaw lub usług, które najczęściej mają postać świadczeń prostych, mniej kosztownych i, z reguły, mniej absorbujących ewentualnych podwykonawców, proponuje się – analogicznie do rozwiązań przyjętych w definicji „umowy o podwykonawstwo” na potrzeby zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zaczerpniętej z art. 1 pkt 22 dyrektywy obronnej 2009/81/WE – aby umowa o podwykonawstwo zamówień w przedmiocie dostaw lub usług dotyczyła wyłącznie umów zawieranych pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą. Ponadto, jak wskazano powyżej, dalszymi podwykonawcami takich umów często są przedsiębiorcy o znacznie silniejszej pozycji rynkowej niż wykonawca, tj. producenci lub hurtownicy, tym samym nie jest zasadne objęcie ich regulacjami projektowanej ustawy dotyczącymi przede wszystkim ochrony słusznych praw podwykonawców i bezpośredniej zapłaty.

Rozszerzenie informacji zamieszczanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia

Określenie przez zamawiającego uregulowań dotyczących podwykonawstwa w zamówieniach publicznych wymaga odpowiedniego ich upublicznienia wobec wykonawców ubiegających się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z uwagi na znaczenie, dla przebiegu postępowania i realizacji zamówienia, określanych przez zamawiających zasad, wymagań i warunków w zakresie podwykonawstwa, proponuje się, aby były one zamieszczane w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36 ust. 2 pkt 10–14). W związku z powyższym, zamawiający – niezależnie od przedmiotu zamówienia – będzie mógł określić w SIWZ, jeżeli będą zachodziły opisane poniżej okoliczności przewidziane w ustawie Pzp, obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę części zamówienia. W przypadku umów o podwykonawstwo robót budowlanych, służących do wykonania części zamówień na roboty budowlane, zamawiający będzie uprawniony do przewidzenia w SIWZ zarówno wymagań dotyczących podwykonawstwa, jak również warunków dotyczących podwykonawców lub dalszych podwykonawców, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego zastrzeżeń do przedłożonego do akceptacji projektu umowy o podwykonawstwo, lub sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo. Zamawiający będzie mógł, poprzez odpowiedni zapis w SIWZ, zwolnić od przedkładania umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są usługi lub dostawy, służących do wykonania części zamówienia na roboty budowlane, których przedłożenie nie byłoby

celowe z uwagi na ich niską wartość lub przedmiot niezwiązany ściśle z robotami budowlanymi. Ponadto, zamawiający będzie uprawniony do określenia procentowej wartości ostatniej części wynagrodzenia z tytułu wykonania robót budowlanych w przypadku zapłaty wynagrodzenia w częściach.

Uregulowania dotyczące podwykonawstwa w zamówieniach publicznych

Proponuje się utrzymać zasadę, zgodnie z którą wykonawca posiada swobodę w powierzeniu podwykonawcom wykonania części zamówienia (art. 36a ust. 1). W celu zapewnienia prawidłowej realizacji zamówienia bezpośrednio przez wykonawcę, zweryfikowanego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, konieczne jest przewidzenie wyjątków od przywołanej powyżej zasady. Mając na uwadze orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (wyrok z dnia 18 marca 2004 r. w sprawie C-314/01 Siemens AG przeciwko Arge) oraz postanowienie art. 62 projektu dyrektywy modernizującej dyrektywę klasyczną 2004/18/WE, które wyznaczają kierunek zgodnych z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zmian w prawie unijnym, dotyczącym podwykonawstwa, proponuje się przyznanie zamawiającym uprawnienia do nałożenia na wykonawcę obowiązku osobistego (co w przypadku wykonawców będących osobami prawnymi lub jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej należy rozumieć, jako własnymi siłami) wykonania kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi albo prac związanych z rozmieszczeniem lub instalacją w przypadku dostaw (art. 36a ust. 2). Objęcie projektowanym przepisem całości zamówień na dostawy nie jest uzasadnione, bowiem przedmiotem dostaw mogą być tak świadczenia skomplikowane i specjalistyczne, jak i proste, np. zamówienia na dostawy materiałów biurowych, a wprowadzenie możliwości zastrzeżenia wykonania części dostawy osobiście przez wykonawcę może skutkować istotnym ograniczeniem konkurencji i ograniczeniem kręgu wykonawców wyłącznie do producentów przedmiotu dostawy, gdy obecnie tego rodzaju zamówienia są zazwyczaj realizowane przez pośredników. Zaproponowana regulacja stanowi wyważony kompromis pomiędzy swobodą wykonawcy w zakresie zlecenia podwykonawstwa zamówienia publicznego, a ochroną interesów zamawiającego, dotyczących zapewnienia realizacji kluczowych części zamówienia bezpośrednio przez wykonawcę, którego niezbędny do realizacji zamówienia potencjał, zasoby,

doświadczenie i inne warunki zostały potwierdzone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W świetle prawa unijnego ograniczenie podwykonawstwa nie jest skuteczne w odniesieniu do części zamówienia realizowanych przez podwykonawców, w oparciu o których zasoby wykonawca, na podstawie art. 26 ust. 2b, wykazał spełnianie opisanych przez zamawiającego pozytywnych warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym, proponuje się przewidzenie w projektowanym art. 36a ust. 3 uregulowania uwzględniającego powyższe uwarunkowania w zakresie podwykonawstwa, realizowanego przez podmioty trzecie.

Zgodnie z postanowieniem art. 25 dyrektywy klasycznej oraz postanowieniem art. 37 dyrektywy sektorowej, a także w celu umożliwienia zamawiającemu uzyskania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wiedzy na temat zamierzeń wykonawców w zakresie posłużenia się podwykonawstwem w celu realizacji uzyskanego zamówienia publicznego, proponuje się przyznanie zamawiającym uprawnienia do żądania od wykonawców, by przedstawili w ofercie lub we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu informacje na temat części zamówienia, którą zamierzają powierzyć podwykonawcom oraz podali nazwy (firmy) proponowanych podwykonawców (art. 36b ust. 1). Mając na uwadze zmienność okoliczności gospodarczych, w których wykonawca będzie realizował zamówienie publiczne, zwłaszcza w przypadku długoletnich kontraktów na roboty budowlane, proponuje się, aby w trakcie wykonania zamówienia wykonawca mógł dokonać modyfikacji złożonych w postępowaniu deklaracji odnośnie do podwykonawstwa poprzez: (1) wskazanie innych podwykonawców, (2) rezygnację z podwykonawców, (3) wskazanie innego zakresu podwykonawstwa albo (4) wykonanie zamówienia przy pomocy podwykonawców, pomimo niewskazania w postępowaniu żadnej części zamówienia przeznaczonej do wykonania w ramach podwykonawstwa (art. 36b ust. 2). Zmiana zakresu podwykonawstwa nie będzie mogła dotyczyć części zamówienia zastrzeżonych przez zamawiającego do osobistego wykonania przez wykonawcę.

Powyższe zmiany w zakresie podwykonawstwa należy ocenić jako nieistotne, w przypadku gdy są dokonywane przez wykonawcę, który samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Z sytuacją wymagającą odmiennego uregulowania mamy do czynienia w przypadku wykazania przez wykonawcę spełniania ww. warunków

w oparciu o zasoby podmiotu trzeciego. W takich bowiem okolicznościach zapewnienie realizacji zamówienia przez podmiot zapewniający rękojmię należytego jego wykonania wymaga, aby zaproponowany podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełniał warunki udziału w postępowaniu w stopniu nie mniejszym niż wymagane w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 36b ust. 3).

Uchylenie w art. 36 ust. 4 i 5 stanowi konsekwencję projektowanych zmian w zakresie dodania przepisów art. 36a i 36b.

Warunki realizacji zamówień na roboty budowlane o terminie wykonania dłuższym niż 12 miesięcy, służące zwiększeniu płynności wykonawców, podwykonawców i dalszych podwykonawców oraz gwarancji terminowej zapłaty wynagrodzenia podwykonawców i dalszych podwykonawców.

W celu zapewnienia płynności finansowej wykonawców, podwykonawców i dalszych podwykonawców zamówienia na roboty budowlane, zwiększenia częstotliwości wypłacanego im wynagrodzenia oraz zapewnienia tym podmiotom gwarancji terminowej i pełnej zapłaty wynagrodzenia za wykonane prace, proponuje się w art. 143a ust. 1, aby w przypadku umów z terminem wykonania robót budowlanych przekraczającym 12 miesięcy, zamawiający:

- 1) płacił wynagrodzenie w częściach, a warunkiem zapłaty za zgłoszone do odbioru roboty było przedstawienie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawców i dalszych podwykonawców biorących udział w realizacji zgłoszonych do odbioru robót budowlanych;
- 2) w pozostałych przypadkach, gdy całość wynagrodzenia jest uiszczana po wykonaniu robót, udzielał zaliczek, przy czym udzielenie kolejnych zaliczek byłoby – analogicznie jak w ww. okolicznościach – uzależnione od przedstawienia dowodów rozliczenia się z podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami.

Powyżej przedstawione rozwiązanie dotyczyłoby wyłącznie umów o podwykonawstwo robót budowlanych, które zostały zaakceptowane przez zamawiającego oraz o podwykonawstwo dostaw lub usług, które zostały przedłożone zamawiającemu. W przypadku częściowego udokumentowania rozliczeń z tytułu umów o podwykonawstwo, wykonawca otrzymywałby wynagrodzenie w wysokości

pomniejszonej o wysokość kwoty wymagalnych wynagrodzeń, niewypłaconych podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom (art. 143a ust. 2).

W przypadku wypłaty wynagrodzenia w ratach, zamawiający będzie mógł wskazać w SIWZ procentową wartość ostatniej części wynagrodzenia za roboty budowlane, przy czym nie będzie ona mogła wynosić więcej niż 10% wynagrodzenia wykonawcy. Kwota ta będzie mogła służyć do bezpośredniego zaspokojenia roszczeń podwykonawców oraz dalszych podwykonawców z tytułu wymagalnego wynagrodzenia, które nie zostało uiszczone. Analogiczny przepis dla sytuacji wypłaty całości wynagrodzenia po wykonaniu robót, przy równoczesnym udzielaniu zaliczek, jest zbędny – suma udzielonych zaliczek nie musi stanowić pełnej wysokości wynagrodzenia wykonawcy, określenie ich wysokości należy do decyzji zamawiającego.

W celu ochrony środków publicznych wypłaconych lub zaliczkowanych wykonawcom z przeznaczeniem na realizację dostaw niezbędnych do realizacji robót budowlanych, proponuje się, aby rzeczy nabyte za te środki (zarówno przez wykonawcę, jak i podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę) stanowiły własność zamawiającego. Jednocześnie, proponuje się, by wykonawca był zobowiązany do dołożenia należytej szczególnej staranności w zakresie ochrony rzeczy nabytych za ww. środki publiczne przed utratą, zniszczeniem, kradzieżą itp. (art. 143a ust. 3), w szczególności poprzez ich ubezpieczenie.

Zasady akceptacji umów o podwykonawstwo zamówień na roboty budowlane

W celu zapewnienia terminowej płatności wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom zamówień publicznych oraz realizacji zamówień przez podwykonawców i dalszych podwykonawców spełniających wymagania i warunki postawione przez zamawiającego w SIWZ, proponuje się wprowadzenie obowiązku przedkładania do zaakceptowania lub wglądu, przez zamawiającego, umów o podwykonawstwo zamówienia na roboty budowlane. Zakres potencjalnej ingerencji zamawiającego w treść umowy o podwykonawstwo będzie uzależniony od jej przedmiotu. W przypadku podwykonawstwa robót budowlanych, zamawiający będzie nie tylko badał zgodność przewidzianego w niej terminu płatności wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy z 30 dniowym terminem, ale również sprawdzał spełnienie przez podwykonawców lub dalszych podwykonawców warunków,

które zostały przewidziane w odniesieniu do tych podmiotów w SIWZ, a także oceniał spełnianie przez umowę o podwykonawstwo wymagań określonych w SIWZ. W powyższym celu wykonawca, podwykonawca albo dalszy podwykonawca będzie zobowiązany do przedłożenia zamawiającemu projektu umowy (oraz następnie poświadczonego przez przedkładającego, za zgodność z oryginałem, odpisu zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane) wraz ze zgodą wykonawcy na jej zawarcie (w przypadku umów zawieranych przez podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę) oraz z dokumentami potwierdzającymi spełnianie przez proponowanych podwykonawców lub dalszych podwykonawców ich warunków dotyczących, określonych przez zamawiającego. W przypadku przewidzenia w umowie o podwykonawstwo terminu płatności wynagrodzenia, dłuższego niż 30 dni albo niespełnienia warunków dotyczących podwykonawców lub wymagań w zakresie treści umowy o podwykonawstwo, określonych w SIWZ, zamawiający będzie zobowiązany zgłosić zastrzeżenia do projektu umowy lub sprzeciw do umowy. Niezgłoszenie zastrzeżeń w określonym terminie będzie oznaczało zaakceptowanie umowy. Za zaakceptowaną umowę nie będzie można uznać umowy zawartej, która zawiera odmiennie postanowienia niż przewidziane w projekcie tej umowy, w wersji przedłożonej do zaakceptowania zamawiającego, do którego nie wniósł zastrzeżeń. W przypadku podwykonawstwa na dostawy lub usługi, wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca będzie przedkładał, do wiadomości zamawiającego, poświadczony przez przedkładającego za zgodność z oryginałem odpis zawartej umowy o podwykonawstwo w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia, wyłącznie w celu sprawdzenia zgodności przewidzianych w niej terminów zapłaty z ustawowym 30 dniowym terminem. W przypadku stwierdzenia naruszenia ww. terminu, zamawiający będzie wzywał wykonawcę do zmiany, w tym zakresie, umowy pod rygorem nałożenia kary umownej w wysokości przewidzianej w umowie w sprawie zamówienia publicznego na roboty budowlane.

W celu zapobieżenia przedkładaniu zamawiającemu umów o podwykonawstwo dostaw lub usług o niewielkiej wartości, lub nieistotnym znaczeniu dla realizacji zamówienia na roboty budowlane, gdzie wykonanie czynności związanych z przedkładaniem poświadczonego przez przedkładającego za zgodność z oryginałem odpisu zawartej umowy o podwykonawstwo będzie oznaczało powstanie dodatkowych obowiązków po

stronie wykonawców i podwykonawców, które w sposób niewspółmiernie wysoki w stosunku do osiągniętych korzyści obciążą przedsiębiorców, proponuje się:

- 1) ograniczenie przedmiotowego obowiązku do umów o podwykonawstwo o wartości przekraczającej 0,5% wartości zamówienia;
- 2) ograniczenie przedmiotowego obowiązku w stosunku do umów o podwykonawstwo o określonym przez zamawiającego przedmiocie.

Jednocześnie, ze względu na występujące umowy na roboty budowlane o znacznej wartości, gdzie próg 0,5% oznaczałby kwotę znacznej wysokości, pozostawiona zostanie możliwość, by zamawiający określił niższy próg procentowy, decydujący o podleganiu danej umowy o podwykonawstwo rygorowi przedstawiania zamawiającemu jej odpisu potwierdzonego za zgodność z oryginałem przez przedkładającego.

Odnosząc się do projektowanej propozycji wprowadzenia uprawnienia dla zamawiającego do ograniczenia omawianego obowiązku w stosunku do umów o podwykonawstwo o określonym przedmiocie, należy zauważyć, iż choć bezsprzecznie wykonawca winien wywiązywać się ze swoich obowiązków wobec wszystkich podmiotów, z którymi współpracuje, niezależnie od charakteru prawnego łączących ich stosunków, czy zakresu realizowanych przez te podmioty świadczeń, to objęcie projektowanymi regulacjami wszystkich podmiotów biorących udział w realizacji zamówień na roboty budowlane, bez jakichkolwiek ograniczeń, jest nałożeniem bezwzględnego i równocześnie daleko idącego obowiązku dla zamawiającego oraz wykonawców i podwykonawców. Co więcej, realizacja przedmiotowego obowiązku, w przypadku ogromnych inwestycji budowlanych, np. budowy autostrad, mogłaby się okazać w ogóle niemożliwa. Równocześnie, dla realizacji celu projektowanej ustawy oraz dla prawidłowej realizacji zamówienia na roboty budowlane, konieczne jest objęcie przedmiotowymi obowiązkami, podwykonawców w zakresie dostaw i usług dostarczających materiały lub urządzenia oraz świadczących usługi bezpośrednio związane z realizowanymi, w ramach zamówienia publicznego, robotami budowlanymi. Mając na względzie powyższe, a przede wszystkim fakt, iż nie jest możliwe w przepisach ustawy pełne i jednoznaczne wyodrębnienie ww. dostaw lub usług, bowiem ich rodzaj zawsze będzie bezpośrednio związany przedmiotem zamówienia i zależny od jego specyfiki, proponuje się, by to zamawiający miał możliwość określenia przedmiotu umów na podwykonawstwo na dostawy i usługi, które nie będą podlegały, z uwagi na ów

przedmiot, omawianemu obowiązkowi. W szczególności ograniczenie to będzie mogło dotyczyć dostaw energii elektrycznej, gazu, usług finansowych, tj. dostaw lub usług świadczonych zwykle przez podmioty niemające statusu małego lub średniego przedsiębiorcy.

Bezpośrednia zapłata wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy

Celem proponowanych zmian w przepisach ustawy Pzp jest stworzenie mechanizmu gwarantującego wywiązywanie się przez podmioty realizujące zamówienie publiczne z tytułu zapłaty wynagrodzenia należnego ich podwykonawcom i dalszym podwykonawcom. Temu celowi służy akceptowanie lub zapoznawanie się przez zamawiającego z umowami o podwykonawstwo oraz uzależnienie wypłaty wynagrodzenia wykonawcy od rozliczenia się z podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami, będącymi stronami umów zaakceptowanych lub znanych zamawiającemu. Nie można jednak wykluczyć sytuacji, gdy wymagalne wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy nie zostanie uiszczone. Na taką okoliczność proponuje się wprowadzenie obowiązku dokonania bezpośredniej zapłaty, przez zamawiającego, na rzecz podmiotu realizującego część zamówienia publicznego, którego wymagalne wynagrodzenie nie zostało uiszczone przez zleceniodawcę. Bezpośrednia zapłata wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy dotyczyłaby umów o podwykonawstwo na roboty budowlane, które zostały zaakceptowane przez zamawiającego, a w przypadku umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, które zostały zgłoszone zamawiającemu, i miała miejsce w przypadku uchylania się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę. Bezpośrednio wypłacane wynagrodzenie dotyczyłoby wyłącznie należności powstałych po akceptacji przez zamawiającego umowy o podwykonawstwo. Konieczność bezpośredniej zapłaty należy uznać za sytuację wyjątkową, ponieważ będzie wymagała od zamawiającego przejęcia obowiązków ciążących na zleceniodawcach robót, dostaw lub usług na podstawie umowy o podwykonawstwo oraz będzie świadczyła o nienależytym wykonaniu umowy o zamówienie publiczne, jak również umowy o podwykonawstwo, przez stronę umowy, która jest zobowiązana do spełnienia świadczenia pieniężnego. W związku z tym, proponuje się, aby konieczność wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy lub konieczność dokonania bezpośrednich

zapłat na sumę większą niż 2% wartości umowy o zamówienie, mogła stanowić podstawę do odstąpienia przez zamawiającego od umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W następstwie dokonania bezpośredniej zapłaty, zamawiający będzie potrącał kwotę wypłaconą bezpośrednio podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy z kwoty wynagrodzenia należnego wykonawcy. Z uwagi na fakt, iż konieczność bezpośredniej zapłaty jest następstwem okoliczności, za które zamawiający nie ponosi odpowiedzialności, proponuje się, aby kwota zapłacona bezpośrednio obejmowała wyłącznie wynagrodzenie należne podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy. Przepisy będą również przewidywać rozwiązanie mające zapobiec bezpośredniej zapłacie wynagrodzenia, które z różnych przyczyn (rozwiązania umowy o podwykonawstwo, niewykonania lub nienależytego jej wykonania itp.) jest nienależne podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy. Proponuje się, by przed dokonaniem bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, zamawiający był zobowiązany umożliwić wykonawcy zgłoszenie uwag dotyczących zasadności takiej zapłaty, w terminie nie krótszym niż 7 dni od dnia doręczenia informacji o zwróceniu się o bezpośrednią zapłatę do zamawiającego. W przypadku zgłoszenia ww. uwag w terminie wskazanym przez zamawiającego, jeżeli w sposób wystarczający wykazano niezasadność bezpośredniej zapłaty, zamawiający będzie obowiązany złożyć do depozytu sądowego kwotę potrzebną na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy. Oznacza to, iż bezpośrednia zapłata będzie dokonywana wyłącznie w sytuacji, gdy zapłata za realizację świadczenia nie będzie budziła poważnych zastrzeżeń wykonawcy, a tym samym zamawiającego, natomiast w przypadku zgłoszenia ww. uwag przez wykonawcę (skutkiem czego będzie złożenie spornej kwoty wynagrodzenia do depozytu sądowego) uzyskanie spornej kwoty wynagrodzenia tak przez wykonawcę, jak i podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę, będzie równoznaczne z koniecznością sądowego rozstrzygnięcia sporu.

Obligatoryjne postanowienia umowy o zamówienie publiczne dotyczące podwykonawstwa

W celu zapewnienia skuteczności proponowanych rozwiązań konieczne jest wprowadzenie wymogów w zakresie przewidzienia przez zamawiającego w umowie o zamówienie publiczne obowiązków wykonawcy związanych z wymaganiami dotyczącymi podwykonawstwa oraz kar umownych z tytułu ich niewykonania lub

nienależytego wykonania. Umowa o zamówienie publiczne na roboty budowlane powinna więc przewidywać m.in.: obowiązek przedkładania przez wykonawcę projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, projektu jej zmiany, poświadczonego przez przedkładającego za zgodność z oryginałem, odpisu umowy oraz zmiany umowy oraz obowiązek przedkładania poświadczonego przez przedkładającego za zgodność z oryginałem, odpisów zawartych umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, a także zmian tych umów. Obowiązek przedkładania tych umów ma służyć realizacji celu projektowanej ustawy, jakim jest ochrona podwykonawców, i umożliwić zamawiającemu pozyskanie informacji na ich temat, ich akceptacji i zawartych z nimi umów, sprawdzania wypłaty wymagalnego na ich podstawie wynagrodzenia oraz dokonywania bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców, którzy nie otrzymali wynagrodzenia od swoich zleceniodawców. Umowa o zamówienie publiczne powinna również wskazywać termin na wniesienie przez zamawiającego zastrzeżeń do projektu umowy oraz sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane. Umowa będzie również określać zasady zapłaty wynagrodzenia wykonawcy uwarunkowane przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom oraz dalszym podwykonawcom oraz termin tej zapłaty. W umowie powinny również znaleźć się postanowienia w zakresie zasad dotyczących zawierania umów z dalszymi podwykonawcami. W umowie zamawiający powinien również określić sankcje, przede wszystkim w formie kar umownych, z tytułu niewykonania postanowień umowy o zamówienie publiczne w zakresie wymagań dotyczących podwykonawstwa. Kary te powinny dotyczyć m.in. (a) niezapłacenia lub nieterminowego zapłacenia wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, (b) nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane lub projektu jej zmiany, (c) nieprzedłożenia poświadczonego przez wykonawcę, za zgodność z oryginałem, odpisu umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany, (d) braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty.

Relacje pomiędzy przepisami ustawy Pzp dotyczącymi umów w sprawach zamówień publicznych a przepisami ustawy Kodeks cywilny, jednocześnie pomiędzy proponowanymi przepisami a w szczególności art. 647¹ Kodeksu cywilnego, reguluje przepis art. 139 ust. 1 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu, do umów w sprawach

zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Tym samym, w sprawach zapewnienia zapłaty wynagrodzenia podwykonawców oraz dalszych podwykonawców, które wynikają z zawartych umów o podwykonawstwo, będą miały zastosowanie projektowane przepisy. Proponowane przepisy nie odnoszą się m.in. do kwestii solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę, w konsekwencji zagadnienie te będzie oceniane w świetle przepisów Kodeksu cywilnego.

Zaliczkowanie umów na roboty budowlane

W celu określenia relacji zachodzących pomiędzy obecnie obowiązującym przepisem dotyczącym zaliczkowania w zamówieniach publicznych (art. 151a ustawy Pzp) a przewidzianym w projekcie obowiązkiem zaliczkowania w określonych okolicznościach (art. 143a ust. 1 pkt 1 projektu), proponuje się, aby przewidziane w obecnie obowiązującym przepisie art. 151a ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp uprawnienie zamawiającego do udzielania zaliczek stawało się obowiązkiem, w przypadku zamówień na roboty budowlane, których termin wykonania jest dłuższy niż 12 miesięcy, jeżeli umowa przewiduje zapłatę całości wynagrodzenia należnego wykonawcy, po wykonaniu całości robót budowlanych.

Przepisy przejściowe

Przepisy projektowanej ustawy nie będą miały zastosowania do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych a nie zakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy oraz do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy – do tych postępowań i umów stosować się będzie przepisy dotychczasowe. Przepisy dotychczasowe będzie się także stosować do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych po dniu wejścia w życie przepisów ustawy, w następstwie postępowań o udzielenie zamówień publicznych wszczętych przed dniem wejścia przepisów ustawy. Nie jest zasadne i możliwe objęcie projektowanymi przepisami ww. postępowań i umów, bowiem projektowane regulacje w głównej mierze odnoszą się do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz są związane z umową w sprawie zamówienia publicznego, tj. dokumentami tworzonymi przez zamawiającego przed rozpoczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wejście w życie proponowanych przepisów

Proponuje się, aby projektowana ustawa nowelizująca ustawę – Prawo zamówień publicznych weszła w życie po upływie 14 dni od dnia jej ogłoszenia.

Projektowana ustawa nie zawiera przepisów technicznych w rozumieniu rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz. U. Nr 239, poz. 2039, z późn. zm.), w związku z tym nie podlega notyfikacji.

Projekt ustawy jest ujęty w Wykazie prac legislacyjnych Rady Ministrów (UD37).

Przedmiotowy projekt nie jest sprzeczny z obowiązującymi regulacjami Unii Europejskiej w tym zakresie.

Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 2005 r. o działalności lobbingskiej w procesie stanowienia prawa (Dz. U. Nr 169, poz. 1414, z późn. zm.) projekt ustawy został zamieszczony w Biuletynie Informacji Publicznej Urzędu Zamówień Publicznych. Do dnia 15 stycznia 2013 r. nie odnotowano żadnych zgłoszeń w tym trybie.

Jednocześnie, zgodnie z § 11a uchwały nr 49 Rady Ministrów z dnia 19 marca 2002 r. – Regulamin pracy Rady Ministrów (M. P. Nr 13, poz. 221, z późn. zm.), projekt ustawy został zamieszczony w Biuletynie Informacji Publicznej Rządowego Centrum Legislacji.

OCENA SKUTKÓW REGULACJI

1. Podmioty, na które oddziałuje akt normatywny

Projekt bezpośrednio oddziałuje na zamawiających, wykonawców oraz podwykonawców umów o zamówienie publiczne oraz dalszych podwykonawców umów w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na roboty budowlane.

Projektowane regulacje pośrednio, poprzez zwiększenie bezpieczeństwa i płynności finansowej, będą oddziaływały na pracowników branży budownictwa oraz branże z nimi powiązane.

2. Konsultacje społeczne

Projekt ustawy został zamieszczony na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, stronie internetowej Rządowego Centrum Legislacji i pismem z dnia 19 czerwca 2012 r. przekazany do konsultacji społecznych następującym podmiotom:

- 1) Business Centre Club,
- 2) Europejska Unia Małych i Średnich Przedsiębiorstw oraz Klasy Średniej Unicorn,
- 3) Forum Związków Zawodowych,
- 4) Fundacja im. Stefana Batorego,
- 5) Fundacja Instytutu Rozwoju Regionalnego,
- 6) Fundacja Małych i Średnich Przedsiębiorstw,
- 7) Instytut Badań nad Demokracją i Przedsiębiorstwem Prywatnym,
- 8) Izba Projektowania Budowlanego,
- 9) Krajowa Izba Gospodarcza,
- 10) Krajowa Rada Izby Architektów RP,
- 11) Krajowa Rada Spółdzielcza,
- 12) Kujawsko-Pomorska Okręgowa Izba Inżynierów Budownictwa,
- 13) Niezależny Samorządny Związek Zawodowy „Solidarność 80”,
- 14) Niezależny Samorządny Związek Zawodowy „Solidarność”,
- 15) Ogólnopolska Izba Gospodarcza Drogownictwa,

- 16) Ogólnopolskie Porozumienie Związków Zawodowych,
- 17) Polska Izba Inżynierów Budownictwa,
- 18) Polska Izba Ubezpieczeń,
- 19) Polska Konfederacja Pracodawców Prywatnych Lewiatan,
- 20) Polska Organizacja Handlu i Dystrybucji,
- 21) Polska Rada Biznesu,
- 22) Polski Związek Pracodawców Budownictwa,
- 23) Pracodawcy RP,
- 24) Stowarzyszenie – Polski Kongres Drogowy,
- 25) Śląska Izba Budownictwa,
- 26) Związek Rzemiosła Polskiego,
- 27) Związek Pracodawców Producentów Materiałów dla Budownictwa.

Uwagi do projektu zgłosiły następujące podmioty:

- 1) Polski Związek Producentów Kruszyw,
- 2) Polski Kongres Drogowy,
- 3) Krajowa Rada Izby Architektów,
- 4) Stowarzyszenie Producentów Cementu,
- 5) Polska Izba Ubezpieczeń,
- 6) Krajowa Izba Gospodarcza,
- 7) Pracodawcy RP,
- 8) NSZZ Solidarność,
- 9) Polski Związek Pracodawców Budownictwa,
- 10) Śląska Izba Budownictwa,
- 11) Ogólnopolska Izba Gospodarcza Drogownictwa,
- 12) Izba Projektowania Budowlanego.

Projekt ustawy zasadniczo cieszył się poparciem konsultantów społecznych. Zgłaszane uwagi w znacznej mierze dotyczyły bądź nieścisłości redakcyjnych bądź możliwości rozszerzenia regulacji w zakresie zwiększenia narzędzi prawnych dostępnych zamawiającemu służących do sprawowania skutecznego nadzoru nad prawidłową realizacją zamówienia oraz wprowadzenia regulacji zmniejszających

ryzyko dokonania podwójnej zapłaty przez zamawiającego za zrealizowane zamówienie.

Pozytywne opinie co do projektowanej regulacji oraz konieczności jej wprowadzenia, wraz z uwagami i propozycjami co do treści, przedstawiły:

- 1) Fundacja Batorego,
- 2) Izba Projektowania Budowlanego,
- 3) Ogólnopolska Izba Gospodarcza Drogownictwa,
- 4) Śląska Izba Budownictwa,
- 5) Komisja Krajowa NSZZ „Solidarność”,
- 6) Federacja Związków Pracodawców Ochrony Zdrowia „Porozumienie Zielonogórskie”,
- 7) Krajowa Rada Izby Architektów RP,
- 8) Krajowa Izba Gospodarcza,
- 9) Polski Kongres Drogowy,
- 10) Polski Związek Producentów Kruszyw,
- 11) Związek Pracodawców – Producentów Materiałów dla Budownictwa.

Zasadniczo negatywne opinie dotyczące projektu przedstawili Pracodawcy RP i Polski Związek Pracodawców Budownictwa.

Wszystkie zgłoszone uwagi podlegały szczegółowej analizie w trakcie prac nad projektem ustawy. Projektowane regulacje w znacznej mierze odzwierciedlają postulaty organizacji społecznych, które w dużym stopniu były również zbieżne z uwagami zgłaszanymi w trakcie uzgodnień międzyresortowych.

Proponowana definicja umowy o podwykonawstwo, zgodnie z którą będzie to pisemna umowa o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawieraną pomiędzy wybranym przez zamawiającego wykonawcą a co najmniej jednym innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane, także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami, stanowi odzwierciedlenie uwag Ogólnopolskiej Izby Gospodarczej Drogownictwa, Śląskiej Izby Budownictwa, stanowiska Krajowej Rady Izby Architektów RP, Krajowej Izby Gospodarczej,

Polskiego Kongresu Drogowego, Polskiego Związku Producentów Kruszyw, a także Pracodawców RP.

Przepisy dotyczące możliwości zastrzeżenia przez zamawiającego do osobistej realizacji przez wykonawcę części zamówienia, nie zaś części lub zadania, stanowią uwzględnienie uwag Śląskiej Izby Budownictwa oraz stanowiska Krajowej Rady Izby Architektów RP, Krajowej Izby Gospodarczej, Polskiego Związku Producentów Kruszyw oraz Pracodawców RP. Natomiast umożliwienie wykonawcy, nawet w sytuacji ww. zastrzeżenia, powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, stanowi zarówno uwzględnienie norm prawa unijnego, jak i uwagi Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa.

Przepisy umożliwiające weryfikację podwykonawców przez zamawiającego uwzględniają uwagi zgłoszone w tym zakresie przez Fundację Batorego oraz Śląską Izbę Budownictwa.

Przepisy zapobiegające dokonywaniu przez zamawiającego podwójnej zapłaty za zrealizowane zamówienie, tj. dokonywaniu zapłaty zarówno wykonawcy, jak i podwykonawcy zamówienia uwzględniają uwagi Izby Projektowania Budowlanego oraz Polskiego Związku Producentów Kruszyw. Jednocześnie, wprowadzenie regulacji uzależniającej wypłatę części wynagrodzenia lub zaliczki wykonawcy jedynie w zakresie, w jakim nie przedstawił dowodów zapłaty należnego wynagrodzenia podwykonawcy od przedstawienia przez niego dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, uwzględniają uwagi m.in. Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa.

Projektowane brzmienie art. 36a ust. 2 w zakresie dotyczącym rozmieszczenia i instalacji uwzględnia uwagi Śląskiej Izby Budownictwa oraz Polskiego Kongresu Drogowego.

Zmiana charakteru z fakultatywnego na obligatoryjny przepisów dotyczących przedkładania zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo oraz treści umowy w sprawie zamówienia na roboty budowlane stanowią uwzględnienie uwag Stowarzyszenia Producentów Cementu. Natomiast projektowane przepisy nakładające na wykonawcę i podwykonawców obowiązek przedkładania, oprócz

projektów i kopii umów o podwykonawstwo, również wszelkich zmian umów, uwzględniają uwagi Izby Projektowania Budowlanego oraz Krajowej Izby Gospodarczej.

Szczegółowe regulacje określające konsekwencje brak akceptacji przez zamawiającego umowy o podwykonawstwo stanowią uwzględnienie uwag Krajowej Rady Izby Architektów RP.

Przepisy umożliwiające zamawiającemu rezygnację z procedur akceptacji umów o podwykonawstwo o wartości mniejszej niż 0,5% wartości umowy o zamówienie oraz umów o podwykonawstwo, których przedmiot został wskazany przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako niepodlegający obowiązkowi akceptacji stanowią uwzględnienie uwag Ogólnopolskiej Izby Gospodarczej Drogownictwa. Izba proponowała wskaźnik 1%, jednakże przy wielomilionowych kontraktach wskaźnik ten byłby, w ocenie projektodawcy, zbyt wysoki ograniczając skuteczną ochronę praw podwykonawców.

Regulacja, zgodnie z którą przed dokonaniem bezpośredniej zapłaty, zamawiający będzie obowiązany umożliwić wykonawcy zgłoszenie uwag dotyczących zasadności zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, a w przypadku zgłoszenia uwag podważających zasadność bezpośredniej zapłaty, zamawiający będzie składał do depozytu sądowego kwotę potrzebną na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy uwzględnia stanowisko Krajowej Rady Izby Architektów RP, Pracodawców RP oraz Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa.

Nie uwzględniono negatywnego stanowiska Polskiego Kongresu Drogowego, Pracodawców RP oraz Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa dotyczącego usunięcia z projektu ustawy przepisu uprawniającego zamawiającego do żądania od wykonawcy podania nazw (firm) proponowanych podwykonawców. Projektowany przepis nie tylko stanowi odzwierciedlenie prawa unijnego, ale przede wszystkim wzmacnia przejrzystość procedur udzielania zamówień publicznych. Identyfikacja podwykonawców na etapie postępowania o udzielenie zamówienia może ograniczyć występowanie zmów w postępowaniu, w szczególności w sytuacji, gdy podmioty występujące w roli podwykonawców

równocześnie ubiegają się o to samo zamówienie publiczne, tj. występują w roli wykonawców.

Ponadto, zauważyć należy, iż przepis ten spotkał się z przychylnym stanowiskiem innych organizacji, jak np. Fundacji Batorego oraz Śląskiej Izby Budownictwa.

Nie uwzględniono uwag Ogólnopolskiej Izby Gospodarczej Drogownictwa dotyczącej możliwości zastrzeżenia przez zamawiającego, by całość przedmiotu zamówienia była realizowana osobiście przez wykonawcę – regulacja taka jest bowiem sprzeczna z prawem unijnym. Podobnie, jako sprzeczne z prawem unijnym, należy ocenić ograniczenie możliwości wykonawcy powoływania się na zasoby podmiotów trzecich na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, co było postulowane zarówno przez Ogólnopolską Izbę Gospodarczą Drogownictwa, jak i przez Śląską Izbę Budownictwa.

Nie uwzględniono uwag Ogólnopolskiej Izby Gospodarczej Drogownictwa dotyczącej ograniczenia możliwości zamawiającego w zakresie określania warunków umowy o podwykonawstwo wyłącznie do terminów płatności w niej określonych. Nie uwzględniono także stanowiska Pracodawców RP, by zrezygnować z przedstawiania zamawiającemu projektów umów o podwykonawstwo.

Nie uwzględniono uwagi Pracodawców RP, by wymagania określone w projektowanym art. 143d dotyczące treści umowy o roboty budowlane rozszerzyć na zamówienia na dostawy i usługi. Jak przedstawiono w uzasadnieniu projektu, problem braku płatności należnego wynagrodzenia podwykonawcom dotyczy wyłącznie realizacji umów o roboty budowlane. Należy przy tym podkreślić, iż proponowane przepisy chronią zarówno podwykonawców realizujących roboty budowlane, jak i podwykonawców dostaw i usług zamówień na roboty budowlane.

Podkreślić należy, iż wszystkim konsultantom społecznym, którzy zgłosili uwagi udzielono odpowiedzi oraz przekazano nowy tekst projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, który uwzględniał znaczną część uwag zgłoszonych przez konsultantów społecznych. Żaden z konsultantów nie zgłosił uwag do przekazanego przy ww. piśmie projektu ustawy.

Równocześnie, pismem z dnia 7 września 2012 r. przekazano projekt ustawy z prośbą o opinię Komisji Wspólnej Rządu i Samorządu Terytorialnego. W dniu 17 września 2012 r. projekt ustawy był przedmiotem posiedzenia Zespołu ds. Infrastruktury, Rozwoju Lokalnego, Polityki Regionalnej i Środowiska, a następnie, w dniu 26 września 2012 r. posiedzenia Komisji Wspólnej Rządu i Samorządu Terytorialnego.

3. Wpływ regulacji na sektor finansów publicznych, w tym budżet państwa i budżety jednostek samorządu terytorialnego

Projektowana ustawa nie powinna mieć bezpośredniego wpływu na budżet państwa i budżety jednostek samorządu terytorialnego.

Projektowane regulacje będą w sposób istotny ograniczały ryzyka powstania obowiązku uiszczenia podwójnej zapłaty wynagrodzenia za zrealizowane zamówienie, tj. dokonania zapłaty zarówno wykonawcy, jak i podwykonawcy.

Zgodnie z informacjami przekazanymi przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad (pismo z dnia 11 września 2012 r.) wartość umów z zamawiającym, których dotyczy problem płatności podwykonawcom to ponad 33 287 mln zł, przy czym zaległości wykonawców wobec podwykonawców oraz innych podmiotów zgłoszone do GDDKiA wynosiły ponad 557 mln zł, a problem ten dotyczył 704 podmiotów. Natomiast wartość nieuregulowanych płatności na rzecz podwykonawców w zakresie infrastruktury kolejowej PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. zgodnie z danymi przekazanymi przez Ministerstwo Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej wynosiła (pismo z dnia 11 września 2012 r.) ponad 27 mln zł, problem ten dotyczył 23 podwykonawców. W zakresie infrastruktury sportowej (Budowy Stadionu Narodowego) wartość nieuregulowanych płatności, na dzień 31 sierpnia 2012 r., na rzecz zamówień na roboty budowlane, wynosiła, zgodnie z danymi przekazanymi przez Ministerstwo Sportu i Turystyki, ponad 102 mln zł brutto, przy czym problem nieuregulowania płatności lub nieterminowej zapłaty dotyczył 80 podmiotów. Natomiast w sprawach, w których Prokuratura Generalna Skarbu Państwa zastępuje Skarb Państwa, wartość nieuregulowanych płatności na dzień 3 września 2012 r. wynosiła blisko 30 mln zł i dotyczyła przeszło 30 podwykonawców.

Proponowane przepisy mogą się przyczynić do zmniejszenia wydatków zamawiających bowiem, zgodnie z informacjami Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa, każde z ww. roszczeń podwykonawców mogło stanowić tzw. podwójną zapłatę, tj. mogło dotyczyć sytuacji, gdy zamawiający, mimo że uiścił wynagrodzenie wykonawcy za realizację danej części zamówienia, jest obowiązany do rozliczenia się z podwykonawcami, którzy tę część zamówienia realizowali. Wejście w życie projektowanych regulacji ograniczy w istotny sposób powstawanie tego rodzaju sytuacji.

Proponowane rozwiązania wpłyną także na ograniczenie występowania sporów sądowych Skarbu Państwa (zamawiających) z podwykonawcami, co może przyczyni się do ograniczenia kosztów.

Proponowane uregulowania powinny przyczynić się do uzyskiwania lepszej jakości oraz zapewnienia terminowości realizacji zadań publicznych, czego następstwem powinna być lepsza efektywność dokonywania wydatków.

4. Wpływ regulacji na rynek pracy

Projektowane przepisy będą miały pozytywny wpływ na rynek pracy przez zapewnienie terminowego otrzymania zapłaty wynagrodzenia przez podwykonawców i dalszych podwykonawców części zamówień publicznych, a tym samym zatrudnianych przez nich pracowników. W zakresie wymagań dotyczących podwykonawstwa, zamawiający będą mogli stawiać m.in. wymagania dotyczące przestrzegania przez podwykonawców oraz dalszych podwykonawców przepisów prawa pracy, ubezpieczeń społecznych oraz BHP.

Wejście w życie projektowanych przepisów pozytywnie wpłynie przede wszystkim na bezpieczeństwo i płynność finansową przedsiębiorców związanych z branżą budowlaną, co powinno przyczynić się do wzrostu i stabilizacji zatrudnienia. Ponadto regulacje dotyczące obligatoryjnego przedstawiania w celu akceptacji umów o podwykonawstwo i wprowadzające instytucję bezpośredniej zapłaty podwykonawcy mogą przyczynić się do zmniejszenia szarej strefy w budownictwie, ewentualnie zmniejszenia liczby osób samozatrudnionych na korzyść zwiększenia się liczby osób będących pracownikami przedsiębiorców, bowiem wykonawca nie będzie już istotnie odczuwał pozytywnych aspektów samozatrudnienia związanych

ze słabszą pozycją „pracownika”, a dotyczących np. możliwości „przesuwania w czasie” wypłaty należnego wynagrodzenia.

Zauważyć należy, iż zgodnie z danymi publikowanymi w Roczniku Statystycznym liczba osób pracujących w budownictwie w końcu roku 2011 wynosiła 889,2 tys. osób i w porównaniu do stanu z końca 2007 r. wzrosła o 7,8%, tj. o 64,3 tys. osób. Wzrost ten był silniejszy od odnotowanego w tym samym czasie wśród pracujących w całej gospodarce, który wynosił 2,7%. Natomiast zgodnie z badaniem GUS „Popyt na pracę” obejmującym podmioty gospodarki narodowej o liczbie zatrudnionych jednej lub więcej osób, zatrudnienie w Polsce w 2011 r. wynosiło 756,1 tys. osób i zwiększyło się w porównaniu z rokiem 2007 o blisko 150 tys. osób, co stanowi wzrost o 24,1% wzrost zatrudnienia w branży budowlanej. Zgodnie z Badaniem Aktywności Ekonomicznej Ludności obejmującym zarówno także osoby samo zatrudnione oraz osoby realizujące usługi budowlane niebędące pracownikami przedsiębiorstw w roku 2011 w budownictwie pracowało 1.317,9 tys. osób, a w roku 2007 1.053,8 tys. osób, co oznacza wzrost zatrudnienia w branży budownictwa o 25,1%, gdy liczba pracujących ogółem w tym okresie wzrosła jedynie o 5,8%.

Jednocześnie należy zauważyć, iż zgodnie z informacjami podanymi przez zamawiających (Ministerstwo Sportu i Turystyki) podwykonawcy realizujący roboty budowlane stanowiące część zamówień na roboty budowlane reprezentują niemalże wszystkie branże, w tym instalacje sanitarne, mechaniczne, niskoprądowe, elektryczne roboty wykończeniowe, żelbetowe, drogowe oraz związane z zagospodarowaniem przestrzennym infrastruktury zewnętrznej i terenów zielonych. Podkreślić należy, iż każda z tych branż powiązana jest z dostawami i usługami realizowanymi przez podmioty niezajmujące się bezpośrednio robotami budowlanymi.

Tym samym, zapewnienie płynności finansowej w zakresie przedsiębiorców uczestniczących w realizacji zamówień publicznych na roboty budowlane będzie wpływała pozytywnie na cały rynek pracy.

Ponadto, projektowane przepisy, w następstwie zapewnienie terminowej płatności wymagalnych wynagrodzeń podwykonawcom i dalszym podwykonawcom zamówień publicznych oraz bezpieczeństwa prawnego zawierania oraz realizacji umów o podwykonawstwo, powinny przyczynić się do zwiększenia udziału małych

i średnich przedsiębiorców w realizacji zamówień publicznych, co powinno skutkować zwiększeniem liczby zatrudnianych pracowników oraz stabilności zawartych z nimi umów o pracę przez tego rodzaju przedsiębiorców.

5. Wpływ regulacji na konkurencyjność gospodarki i przedsiębiorczość, w tym na funkcjonowanie przedsiębiorstw

Projektowane przepisy będą miały pozytywny wpływ na konkurencyjność gospodarki i przedsiębiorczość oraz funkcjonowanie przedsiębiorstw. Po pierwsze, przyjęcie proponowanej nowelizacji ustawy Pzp będzie służyło zapewnieniu terminowej płatności wynagrodzenia podwykonawców i dalszych podwykonawców, a w konsekwencji powinno przyczynić się do: (1) zwiększenia zainteresowania przedsiębiorców podwykonawstwem zamówień publicznych, (2) zapewnieniu uczciwej konkurencji w zakresie ubiegania się i realizacji podwykonawstwa i dalszego podwykonawstwa zamówień publicznych, (3) zwiększeniu bezpieczeństwa prawnego podmiotów zawierających umowy o podwykonawstwo, (4) poprawieniu płynności finansowej podwykonawców i dalszych podwykonawców zamówień publicznych.

Po drugie, umożliwienie zamawiającym dokonania identyfikacji podwykonawców (ich nazw i firm) podczas postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności na etapie składania ofert, przyczyni się do ograniczenia ryzyka występowania w postępowaniu zmów wykonawców. Ograniczenie to będzie się odnosiło w szczególności do sytuacji, gdy podmioty wskazane przez danego wykonawcę jako podwykonawcy równocześnie ubiegają się o to samo zamówienie publiczne, tj. występują w roli wykonawców.

Po trzecie, projektowane regulacje umożliwiające zamawiającemu zastrzeżenie do osobistego wykonania wykonawcy „kluczowych części” zamówienia spowoduje, iż o zamówienie publiczne będą mogły się ubiegać przedsiębiorstwa mające odpowiedni własny potencjał. Natomiast przedsiębiorstwa nieposiadające własnych zasobów zmusi do zgromadzenia odpowiedniego potencjału w Polsce, czyli w miejscu realizacji zamówienia publicznego. Powyższe także będzie miało istotne znaczenie dla wzrostu potencjału gospodarczego polskiej gospodarki.

Obciążenia administracyjne

Wprowadzane regulacje wpłyną na poziom obciążeń administracyjnych zarówno po stronie zamawiających, jak i po stronie wykonawców, podwykonawców i dalszych podwykonawców (zwykle przedsiębiorców) w trakcie realizacji zamówienia. Jednakże, z uwagi na brak danych wyjściowych, nie jest możliwe precyzyjne określenie zakresu wpływu projektowanej regulacji na obciążenia administracyjne wykonawców, podwykonawców i dalszych podwykonawców, a także zamawiających. Oceniając obciążenia administracyjne, należy przede wszystkim zauważyć, co następuje.

Zgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami Kodeksu cywilnego, zamawiający ma obowiązek akceptacji umów o podwykonawstwo dotyczących robót budowlanych. Tym samym, przedsiębiorcy realizujący obecnie zamówienia na roboty budowlane są obowiązani do przedstawiania umów o podwykonawstwo robót budowlanych zamawiającemu. Oznacza to, iż projektowane przepisy zasadniczo w tym zakresie nie wprowadzają nowego obowiązku i nie zwiększają obciążeń administracyjnych – wprowadzają przede wszystkim zasady dotyczące akceptacji, procedurę jej dokonywania oraz wskazują konsekwencje akceptacji umowy o podwykonawstwo, przede wszystkim dotyczące zasad płatności wynagrodzenia, tak wykonawcy, jak i podwykonawcom.

Projektowane regulacje, dążąc do zapewnienia ochrony słuszych interesów podwykonawców dostaw i usług w zakresie zamówień na roboty budowlane, rozszerzają obowiązki administracyjne zamawiających, wykonawców i podwykonawców w zakresie umów o wartości przekraczającej 0,5% wartości zamówienia. Podkreślić należy, iż realizacja przedmiotowego obowiązku związanego z przedkładaniem, stanowiąc obciążenie dla zamawiających, jednocześnie jest podstawą skutecznej ochrony słuszych interesów przedsiębiorców. Tym samym nie można projektowanej regulacji oceniać tylko i wyłącznie poprzez pryzmat zwiększenia obciążeń administracyjnych przedsiębiorców – regulacje te, a co z tym związane koszty ponoszone przez przedsiębiorców w związku z realizacją projektowanych obowiązków, służą przede wszystkim ochronie interesów przedsiębiorców i umożliwieniu im dochodzenia bezpośredniej zapłaty od zamawiającego, których to uprawnień nie dają im przepisy Kodeksu cywilnego.

Pozostałe regulacje projektowanej ustawy, w szczególności odnoszące się do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz do określania przez zamawiającego warunków jakie musi spełniać podwykonawca i wymagań umowy o podwykonawstwo, mają charakter fakultatywny, co oznacza, iż zamawiający samodzielnie, mając na uwadze zasoby którymi dysponuje, będzie podejmował decyzję o stosowaniu przedmiotowych regulacji. Na marginesie należy zauważyć, iż zgodnie z obowiązującymi przepisami, zamawiający przygotowując specyfikację istotnych warunków zamówienia, obecnie również może określić wymagania dotyczące podwykonawstwa.

6. Wpływ regulacji na sytuację i rozwój regionalny

Regulacja pośrednio oddziaływać będzie na rozwój regionalny. Zapewnienie terminowej zapłaty wynagrodzeń podwykonawców i dalszych podwykonawców oraz wyeliminowania sporów, opóźnień, pogorszenia jakości realizowanych zamówień powinno przyczynić się do terminowej realizacji m.in. projektów infrastrukturalnych, które mają znaczenie dla sytuacji i rozwoju regionalnego.

Projektowane przepisy, obejmując wszystkich potencjalnych wykonawców i podwykonawców, nie wpłyną w sposób szczególny na określony region, dotyczyć będą w równej mierze całego obszaru Polski. Ich pozytywne oddziaływanie regionalne będzie uzależnione wyłącznie od podejmowanych ewentualnych decyzji inwestycyjnych i będzie niejako stanowiło ich następstwo.

7. Wskazanie źródeł finansowania

Projektowana ustawa nie pociąga za sobą obciążeń budżetu państwa oraz budżetów jednostek samorządu terytorialnego wobec czego nie wskazuje się źródeł finansowania.