

KORZYSTANIE Z ZASOBÓW OSÓB TRZECICH W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

Katarzyna Eger

KORZYSTANIE Z ZASOBÓW OSÓB TRZECICH W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

Katarzyna Eger

Stan prawny na 31 grudnia 2016 r.

Wydawca
Izabella Matecka

Redaktor prowadzący
Joanna Maź

Opracowanie redakcyjne
Agata Czuj

Łamanie
Justluk

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

prawolubni

SZANUJMY PRAWO I WŁASNOŚĆ
Więcej na www.legalnakultura.pl
POLSKA IZBA KSIĄŻKI

© Copyright by
Wolters Kluwer SA, 2017

ISBN: 978-83-8107-104-8

Dział Praw Autorskich
01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33
tel. 22 535 82 19
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl
www.wolterskluwer.pl
księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	9
Wstęp	13
Rozdział pierwszy	
Regulacja prawna	21
1. Dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE	23
2. Dyrektywy 2014/24/UE i 2014/25/UE	24
3. Prawo polskie	28
4. Prawo Wielkiej Brytanii	41
5. Prawo francuskie	42
6. Prawo niemieckie	43
Rozdział drugi	
Zakres koniecznego zaangażowania osoby trzeciej oddającej zasoby w realizację zamówienia	46
1. Rys historyczny	46
2. Dopuszczalność skorzystania z kompetencji do prowadzenia danej działalności zawodowej	54
3. Korzystanie z cudzych zdolności technicznych i zawodowych	56
4. Korzystanie z cudzej sytuacji ekonomicznej lub finansowej	92
5. Konkluzje	108
Rozdział trzeci	
Możliwość wyłączenia podwykonawstwa	112
1. Rys historyczny	112

2. Czy państwa członkowskie mogą bardziej ograniczyć podwykonawstwo, niż wynika to z treści dyrektyw?	116
3. Czy wyłączenie podwykonawstwa eliminuje możliwość powołania się na cudze zasoby w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu?	132
4. Konkluzje	135

Rozdział czwarty

Dopuszczalność uwzględniania zasobów osób trzecich

w ramach kryteriów oceny ofert	136
1. Rys historyczny	137
2. Czy można uwzględniać cudze zasoby w ramach kryteriów oceny ofert lub kryteriów selekcji?	139
3. Konkluzje	145

Rozdział piąty

Sposób wykazania przez wykonawcę, że będzie dysponował

zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia	146
1. Rys historyczny	148
2. Czy udowodnienie udostępnienia cudzych zasobów musi nastąpić w drodze umowy, czy też wystarczy jednostronne oświadczenie woli udostępniającego?	155
3. Jakiego rodzaju umową jest zobowiązanie do oddania zasobów wykonawcy?	161
4. Elementy konieczne zobowiązania o oddanie zasobów	167
5. Kilkakrotne zobowiązanie do oddania zasobów	183
6. Konkluzje	194

Rozdział szósty

Zmiana podwykonawcy w toku realizacji zamówienia 198 |

1. Regulacja prawna	199
2. Czy zmiana/rezygnacja lub dodanie podwykonawcy stanowią zawsze zmianę umowy o zamówienie publiczne?	201
3. Zasady zmiany/rezygnacji z podwykonawcy, na którego zasoby wykonawca powoływał się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu	206

4. Zasady zmiany podwykonawcy, na którego zasoby wykonawca nie powoływał się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu	207
5. Czy zamawiający mógłby przewidzieć w umowie prawo jej modyfikacji w zakresie zastrzeżenia obowiązku osobistej realizacji zamówienia?	209
6. Na jaki moment należy oceniać podwykonawcę?	213
7. Zakres ingerencji zamawiającego w krąg podwykonawców w związku z jego odpowiedzialnością za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcom	214
8. Zmiana dalszego podwykonawcy	219
9. Konkluzje	221
Wzory dokumentów	223
Wzór warunkowej umowy o roboty budowlane polegające na udostępnieniu doświadczenia	225
Wzór oświadczenia o udostępnieniu zasobów technicznych	228
Wzór przedwstępnej umowy zlecenia	229
Wzór umowy udostępnienia zasobów zawodowych	231
Wzór umowy o udostępnieniu sytuacji finansowej	234
Wyciąg z przepisów	237
Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (tekst mający znaczenie dla EOG) (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, s. 65) (wyciąg)	239
Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (tekst mający znaczenie dla EOG) (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, s. 243) (wyciąg)	247
Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) (wyciąg)	256

Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126) (wyciąg)	270
Bibliografia	273
Wykaz orzecznictwa	289

WYKAZ SKRÓTÓW

Akty prawne

- | | |
|-------------------------|---|
| dyrektywa
2004/17/WE | – dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004, s. 1) |
| dyrektywa
2004/18/WE | – dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004, s. 114) |
| dyrektywa
2014/24/UE | – dyrektywa 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, s. 65) |
| dyrektywa
2014/25/UE | – dyrektywa 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, s. 243) |
| k.c. | – ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 380 z późn. zm.) |
| k.k. | – ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1137 z późn. zm.) |
| Konstytucja RP | – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.) |

k.p.	– ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1666 z późn. zm.)
k.s.h.	– ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1578 z późn. zm.)
pr. bank.	– ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 128 z późn. zm.)
p.w.p.	– ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1410 z późn. zm.)
p.z.p.	– ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.)
TFUE	– Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016, s. 47)
TUE	– Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016, s. 13)

Czasopisma

Biul. SN	– Biuletyn Sądu Najwyższego
EPS	– Europejski Przegląd Sądowy
Mon. Praw.	– Monitor Prawniczy
OSA	– Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych
OSNC	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
OSNC-ZD	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna – Zbiór Dodatkowy
OSNP	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Pracy
OSP	– Orzecznictwo Sądów Polskich
PiP	– Państwo i Prawo
PPH	– Przegląd Prawa Handlowego
Pr. Bank.	– Prawo Bankowe
Pr. Gosp.	– Prawo Gospodarcze
Pr. Sp.	– Prawo Spółek
Prok. i Pr.	– Prokuratura i Prawo
PS	– Przegląd Sądowy
PUG	– Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego
PZP	– Prawo Zamówień Publicznych
ST	– Samorząd Terytorialny

TPP	– Transformacje Prawa Prywatnego
Zb. Orz.	– Zbiór Orzeczeń

Inne

ETS	– Europejski Trybunał Sprawiedliwości (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej)
KIO	– Krajowa Izba Odwoławcza
SA	– sąd apelacyjny
SIWZ	– specyfikacja istotnych warunków zamówienia
SN	– Sąd Najwyższy
SO	– sąd okręgowy

WSTĘP

1. Wprowadzenie

Celem postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy przez zamawiającego z tym wykonawcą, który zaproponował najlepszą ofertę. Jednakże, w celu zapewnienia należytego wykonania umowy, wykonawca ten musi także spełniać kryteria stawiane przez zamawiającego związane z przedmiotem danego zamówienia. Dlatego zamawiający, jako organizator postępowania, ma prawo do określenia kryteriów dotyczących posiadanych przez wykonawcę uprawnień, zdobytej wiedzy i doświadczenia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, a także sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy. Stawiane wykonawcom kryteria oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają bowiem na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Innymi słowy zamawiający, zanim przejdzie do etapu wyboru ofert, ma prawo zweryfikować, czy dany oferent w ogóle jest w stanie sprostać stawianemu mu zadaniu¹. Przyjmuje się bowiem, że realizowanie zadań finansowanych ze środków publicznych powinno być powierzane takim wykonawcom, którzy są zdolni do terminowego i efektywnego zrealizowania zamówień².

¹ W. Dzierżanowski, *O skutecznej weryfikacji potencjału deklarowanego przez osobę wspierającą wykonawcę ubiegającego się o zamówienie publiczne*, PZP 2015, nr 3, s. 34.

² M. Konieczny, *Zdolność do należytego wykonania zamówienia publicznego przesłanką jego efektywności*, PZP 2008, nr 4, s. 72; G. Bednarczyk, *Wiarygodność ekonomiczna wykonawcy*, *Zamówienia Publiczne. Doradca* 2008, nr 2, s. 4.

Jednocześnie w ustawodawstwie unijnym, a w konsekwencji także w ustawodawstwie poszczególnych państw członkowskich, wprowadzono zasadę, że wykonawca w uzasadnionych przypadkach może wykazać spełnienie stawianych przez zamawiającego kryteriów przez wykorzystanie możliwości i zasobów innych podmiotów. W takim wypadku wykonawca musi jednak udowodnić zamawiającemu, że będzie miał dostęp do tych zasobów podczas realizacji zamówienia. Celem wprowadzenia tej zasady jest zwiększenie konkurencyjności postępowań. Regulacja ma też na celu wzmocnienie takich zasad, jak swoboda przepływu towarów, przedsiębiorczości oraz świadczenia usług³. Dzięki skorzystaniu z zasobów innych podmiotów szansę na realizację zamówień publicznych zyskują także mniejsi przedsiębiorcy, którzy zawierając różnego rodzaju porozumienia z osobami trzecimi, są w stanie przy ich udziale sprostać wymaganiom stawianym przez zamawiających. Wyłączenie tej zasady w dłuższej perspektywie czasu mogłoby doprowadzić do monopolizacji rynku zamówień publicznych.

Wykorzystanie zasobów osób trzecich niesie jednak za sobą wiele problemów, począwszy od tego, czy każdy warunek stawiany przez zamawiającego może zostać spełniony przy wykorzystaniu innego podmiotu, poprzez charakter powiązań z osobą trzecią, sposób udowodnienia dostępu do zasobów podmiotu trzeciego czy, w końcu, jakie prawa przysługują zamawiającemu w przypadku, gdy wykonawca w toku realizacji zamówienia traci dostęp do wcześniej deklarowanych zasobów. Na problematykę tę dodatkowo nakłada się kwestia odpowiedzialności zamawiającego za zapłatę wynagrodzeń podmiotom trzecim, które są zaangażowane w realizację zamówienia.

Problematyka ta ma doniosłe znaczenie praktyczne. Zdarza się, że wykonawcy na etapie wyboru i oceny ofert powołują się na zasoby osób trzecich, ale nie korzystają z nich na etapie realizacji zamówienia. W ostatnich latach w Polsce coraz częściej obserwujemy proceder handlu referencjami i zmów cenowych. Poszukiwanie właściwych rozwiązań prawnych to próba odnalezienia pewnego racjonalnego

³ M. Moras, *Oddanie do dyspozycji wykonawcy zasobów osoby trzeciej związanych z wiedzą i doświadczeniem na tle problematyki podwykonawstwa*, PZP 2013, nr 1, s. 65.

kompromisu, który z jednej strony pozwoli przedsiębiorcom na wykorzystywanie zasobów podmiotów trzecich przy realizacji zamówień, a z drugiej strony da zamawiającym możliwości weryfikacji wykorzystania tych zasobów.

Jednocześnie należy wskazać, że opisana powyżej problematyka wiąże się z zasadami udziału konsorcjów w postępowaniach o zamówienia publiczne, w tym w szczególności kwestią zakresu dopuszczalności sumowania się potencjałów konsorcjantów. Kwestie te leżą jednak poza zakresem publikacji.

2. Stan piśmiennictwa dotyczącego korzystania z zasobów osób trzecich w zamówieniach publicznych

Problematyka prawna korzystania z zasobów osób trzecich w zamówieniach publicznych nie została jeszcze dostatecznie rozwinięta w piśmiennictwie. Na tle dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE przedstawiciele doktryny wypowiadali się dość często w odniesieniu do problemów praktycznych korzystania z zasobów osób trzecich. Najszerszą analizę tej problematyki podjęli A. Sołtysińska i G. Wicik⁴. Analizy poszczególnych kwestii podjęli się także F. Łapecki⁵, M. Stręciwillk⁶, G. Jędrejek⁷, M. Moras⁸, J. Dolecki⁹ i Z. Gordon¹⁰. Żaden jed-

⁴ A. Sołtysińska, G. Wicik, *Dopuszczalność powołania się na zdolności innych podmiotów*, PZP 2009, nr 4, s. 3–35.

⁵ F. Łapecki, *O funkcjonowaniu art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych*, PZP 2013, nr 1, s. 78–86.

⁶ M. Stręciwillk, *Dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym warunkiem ubiegania się o zamówienie publiczne*, PZP 2013, nr 1, s. 41–52.

⁷ G. Jędrejek, *Wymóg niezbędnej wiedzy i doświadczenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, PZP 2008, nr 3, s. 75–84.

⁸ M. Moras, *Oddanie do dyspozycji wykonawcy zasobów osoby trzeciej związanych z wiedzą i doświadczeniem na tle problematyki podwykonawstwa*, PZP 2013, nr 1, s. 64–74.

⁹ J. Dolecki, *Niezbędna wiedza i doświadczenie oferenta*, *Zamówienia Publiczne*. Doradca 2003, nr 5, s. 57 i n.

¹⁰ Z. Gordon, *Odpowiedzialność cywilna osoby przyrzekającej udostępnienie potencjału wykonawcy zamówienia publicznego*, PZP 2015, nr 1, s. 34–46.

nak z przedstawicieli doktryny nie podjął się kompleksowej analizy tej problematyki.

Po wejściu w życie dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/UE przedstawiciele doktryny przy okazji komentowania całości regulacji tylko pobieżnie zasygnalizowali możliwe problemy praktyczne na tle nowych przepisów. W tym zakresie należy zwrócić uwagę na opracowania A. Sołtysińskiej i H. Talago-Sławoj¹¹, W. Hartunga, M. Bagłaja, T. Michalczyka, M. Wojciechowskiego, J. Krysy, K. Kuźmy¹² oraz J. Pawelca¹³.

Trzeba mieć przy tym na uwadze, że problematyka zamówień publicznych ma niezwykle praktyczny charakter. Podobnie jak w przypadku prawa administracyjnego, kolejno przyjmowane rozwiązania prawne stanowią impuls do podejmowania dalszych badań, których celem jest odnalezienie najlepszego sposobu realizacji norm prawnych¹⁴. W konsekwencji większość wypowiedzi w literaturze ma charakter praktycznych porad dla zamawiających i wykonawców bazujących na bieżącym orzecznictwie danego kraju, w Polsce głównie Krajowej Izby Odwoławczej. Tematyka zamówień publicznych podejmowana jest także przez przedstawicieli doktryny prawa, jednakże jest to dziedzina rozwijająca się stopniowo. W tym zakresie warto podkreślić wagę przeprowadzonej przez W. Dzierżanowskiego analizy na temat granic ograniczania konkurencji w zamówieniach publicznych¹⁵.

Biorąc pod uwagę znaczenie gospodarcze zamówień publicznych i ich wpływ na rozwój gospodarczy państwa, należy stwierdzić, że pub-

¹¹ A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016.

¹² W. Hartung, M. Bagłaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015.

¹³ J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE w prawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015.

¹⁴ Tak w odniesieniu do prawa administracyjnego: S. Wrzosek, *Wpływ nauki administracji na rozwój badań nad administracją publiczną (w:) Współzależność dyscyplin badawczych w sferze administracji publicznej*, red. S. Wrzosek, M. Domagała, J. Izdebski, T. Stanisławski, Warszawa 2010, s. 398.

¹⁵ W. Dzierżanowski, *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2012.

likacji poświęconych problematyce zamówień publicznych jest zbyt mało. Nie brak jest w naszej literaturze prawniczej komentarzy dotyczących całości regulacji. Zbyt mało jest jednak monografii zgłębiających poszczególne problemy prawne. W większości wypadków analizy poważne, wnikliwe i ukazujące stan skomplikowania regulacji zawarte są artykułach, które ze swej natury nie mogą być analizą całościową tak dużego zagadnienia, jakim jest korzystanie z zasobów osób trzecich w zamówieniach publicznych. Być może powodem wskazanego wyżej niedostatku jest duża zmienność regulacji prawnych, wynikająca częściowo z konieczności dostosowywania prawa państw członkowskich do dyrektyw unijnych, a częściowo z konieczności stopniowego usuwania luk w systemie wykorzystywanych przez wykonawców nie zawsze do uczciwych działań rynkowych.

3. Struktura publikacji

Publikacja składa się z sześciu rozdziałów. Pierwszy rozdział ma charakter wprowadzający. Ustalenia w nim poczynione stanowią punkt wyjścia do przeprowadzenia dalszych badań. W rozdziale tym podjęto problematykę źródeł prawa zamówień publicznych w kontekście przedmiotu badań, tj. korzystania z zasobów osób trzecich. Dokonano także przeglądu regulacji unijnej, polskiej, jak i innych państw członkowskich: Wielkiej Brytanii, Niemiec i Francji. Ograniczenie analizy do regulacji powyższych państw członkowskich wynika z subiektywnego wyboru autorki. Przede wszystkim są to państwa, które zdążyły implementować dyrektywy 2014/24/UE i 2014/25/UE. Ponadto sposoby implementacji w tych państwach członkowskich znacząco różnią się od siebie, co pozwala pokazać czytelnikowi przykłady różnorodnej transpozycji. W Wielkiej Brytanii, czyli w systemie *common law*, zastosowano metodę transpozycji dosłownej. We Francji zdecydowano się na wprowadzenie zupełnie nowej ustawy obejmującej prawo zamówień publicznych. W Niemczech zaś prawo zamówień publicznych uregulowane jest w wielu aktach prawnych o wielopoziomowej strukturze. Ustawodawca niemiecki, implementując nowe dyrektywy, posłużył się metodą nowelizacji tych aktów prawnych. Uważam także, że rynek zamówień publicznych wymienionych wy-

żej państw członkowskich jest szczególnie interesujący dla rozwoju polskiej przedsiębiorczości z punktu widzenia bliskości tych państw oraz powiązań ekonomicznych z polskim rynkiem. Dodać należy, że w wielu państwach członkowskich na etapie przygotowywania publikacji prace implementacyjne nie zostały zakończone.

Drugi rozdział został poświęcony zagadnieniu zakresu koniecznego zaangażowania podmiotu oddającego zasoby wykonawcy w realizację zamówienia publicznego. W tym rozdziale poddano szczegółowej analizie zakres zaangażowania podmiotu trzeciego w zależności od rodzaju udostępnianego zasobu. Poddano więc badaniu zakres koniecznego zaangażowania podmiotu udostępniającego zasoby wówczas, gdy oddaje:

- a) kompetencje do prowadzenia danej działalności zawodowej;
- b) sytuację ekonomiczną i finansową;
- c) zdolności techniczne i zawodowe.

Szczególnie wnikliwej analizie poddano problematykę udostępniania doświadczenia.

W rozdziale trzecim analizie poddano kwestię zakresu dopuszczalnego ograniczenia podwykonawstwa. W tym zakresie poddano weryfikacji możliwość ograniczenia podwykonawstwa ponad ramy wynikające z przepisów unijnych. Zweryfikowano także problematykę konsekwencji ograniczenia podwykonawstwa na możliwość powołania się przez wykonawcę na zasoby osób trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W rozdziale czwartym podjęto próbę rozwiązania sporu co do możliwości zdobycia przez wykonawcę dodatkowych punktów w ramach kryteriów oceny oferty lub kryteriów kwalifikacji w postępowaniach dwuetapowych poprzez powołanie się na zasoby osób trzecich. Część przedstawicieli doktryny opowiadała się za wyłączeniem takiej możliwości, wskazując, że wykorzystanie zasobów osób trzecich może dotyczyć wyłącznie wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu. Inni opowiadali się za dopuszczaniem takiej możliwości.

W kolejnym, piątym rozdziale, obszernej analizie poddano problematykę udowadniania przez wykonawców powoływania się na zasoby osób trzecich. Badaniu poddano kwestię możliwości posłużenia się jednostronnym oświadczeniem woli udostępniającego zasoby. Analizie poddano zakres koniecznych elementów zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby. W końcu podjęto próbę rozwikłania problematyki podwójnego udostępniania zasobów kilku oferentom oraz jednoczesnego oddania zasobów i samodzielnego złożenia oferty.

Szósty rozdział dotyczy zagadnienia zmiany podwykonawcy lub zakresu podwykonywanej części zamówienia na etapie realizacji umowy. W świetle brzmienia dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/UE zbadano kwestię opisanych powyżej zmian w kontekście zmiany umowy o zamówienie publiczne. W konkluzji szczegółowo opisano przesłanki, gdy zmiana podwykonawcy lub zakresu powykonywanej części zamówienia stanowi zmianę umowy, oraz wprowadzono rozgraniczenie na zmiany istotne i nieistotne. Poddano także analizie kwestię dopuszczalności zmiany dalszego podwykonawcy. W końcu podjęto rozważania w kontekście zakresu dopuszczalnego sprzeciwu zamawiającego na proponowaną przez wykonawcę zmianę oraz konsekwencji prawnych tego sprzeciwu.

* * *

Niniejsza praca stanowi zmodyfikowaną i skróconą wersję rozprawy doktorskiej przygotowanej pod kierunkiem Pana dr. hab. Waldemara Hoffa, profesora Akademii Leona Koźmińskiego, któremu serdecznie dziękuję.

Recenzentami rozprawy doktorskiej byli Pan dr hab. Tadeusz Stanisławski, prof. Uniwersytetu Zielonogórskiego oraz Pani dr hab. Anna Piszcz, prof. Uniwersytetu w Białymstoku, których uwagi przyczyniły się do dalszego kształtu monografii.

Rozdział pierwszy

REGULACJA PRAWNA

Przed przystąpieniem do omówienia dostrzeżonych problemów prawnych dotyczących korzystania z zasobów osób trzecich w zamówieniach publicznych konieczne jest skrótowe przedstawienie przepisów regulujących powyższe zagadnienie. W tym zakresie w pierwszej kolejności należy określić właściwe źródła prawa, a następnie przejść do ich omówienia.

Problematyka możliwości korzystania przez wykonawców z zasobów osób trzecich w prawie zamówień publicznych, jako element regulacji rynku zamówień publicznych, została uregulowana w prawie Unii Europejskiej. Na wstępie warto zaznaczyć, że choć prawo pierwotne Wspólnot Europejskich nie zawierało postanowień regulujących bezpośrednio problematykę zamówień publicznych, to ustanawiało pewne fundamentalne zasady, które stały się podstawą wielu przyszłych rozwiązań prawnych stosowanych w zamówieniach publicznych. Dotyczy to przede wszystkim zasady niedyskryminacji i zasady swobodnego przepływu towarów, usług, pracowników i swobody przedsiębiorczości¹⁶. Komisja Wspólnot Europejskich doszła jednak dość szybko do przekonania o konieczności wprowadzenia szczególnych uregulowań dotyczących zamówień publicznych i harmonizacji regulacji w tym zakresie¹⁷. Sama kwestia wykorzystywania

¹⁶ A. Sołtysińska, *Rozwój rynku zamówień publicznych w Unii Europejskiej* (w:) *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*, Kraków 2004, <http://sip.lex.pl/#/monografia/369141280/5> (dostęp: 2.11.2015).

¹⁷ Szerzej na ten temat zob. J.A. Winter, *Public procurement in the EEC*, *Common Market Law Review* 1991, vol. 28, s. 741–742.

zasobów osób trzecich w celu wykazania spełnienia warunków stawianych przez zamawiających została uregulowana w dyrektywach 2004/17/WE i 2004/18/WE. Z chwilą przystąpienia Polski do Unii Europejskiej procedury udzielania zamówień publicznych stosowane przez polskie podmioty zostały poddane tym unijnym regulacjom. Nastąpiło bowiem wówczas przyjęcie *acquis communautaire*.

Aktualnie dopuszczalność i zasady korzystania z zasobów osób trzecich przez wykonawców w zamówieniach publicznych uregulowane są w przepisach dwóch dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady:

- dyrektywie 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE;
- dyrektywie 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

Dyrektywa 2014/24/UE zastępuje dyrektywę 2004/18/WE. Dyrektywa 2014/25/UE zastępuje zaś dyrektywę 2004/17/WE. Nowe dyrektywy są rezultatem wielu lat pracy i analiz problematyki zamówień publicznych w poszczególnych państwach członkowskich. Omawiane dyrektywy weszły w życie w dniu 17 kwietnia 2014 r. W dniu 18 kwietnia 2016 r. upłynął zaś termin dostosowania ustawodawstw wewnętrznych państw członkowskich do ich treści, tj. z upływem 24 miesięcy od daty ich wejścia w życie¹⁸.

Dodać należy, że same dyrektywy przewidują wiele wyłączeń w ich stosowaniu (art. 7–14 dyrektywy 2014/24/UE). Warto wskazać, że

¹⁸ Dyrektywy przewidują jednak kilka wyjątków, tj. możliwości danych państwom członkowskim do odroczenia stosowania niektórych przepisów (art. 90 ust. 2–5 dyrektywy 2014/24/UE i art. 106 ust. 2 dyrektywy 2014/25/UE). Możliwość odroczenia dotyczy przede wszystkim wprowadzenia komunikacji elektronicznej między zamawiającym a wykonawcami. Wyjątki nie dotyczą jednak przepisów dotyczących korzystania z zasobów osób trzecich i podwykonawstwa – te przepisy państwa członkowskie zobowiązane były implementować do 18 kwietnia 2016 r.

dyrektyw nie stosuje się między innymi do zamówień udzielanych na podstawie procedur organizacji międzynarodowych i umów międzynarodowych (art. 9 dyrektywy 2014/24/UE)¹⁹. Również art. 4 pkt 1 p.z.p. stanowi o powyższym wyłączeniu. W niniejszej publikacji takie zamówienia (nieobjęte zakresem dyrektyw) nie będą przedmiotem rozważań.

1. Dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE

Prześledźmy sposób uregulowania kwestii korzystania z zasobów osób trzecich w obowiązujących do 18 kwietnia 2016 r. dyrektywach 2004/17/WE i 2004/18/WE. Zarówno w dyrektywie 2004/17/WE, jak i w dyrektywie 2004/18/WE kwestia korzystania z zasobów osób trzecich została określona w sposób bardzo zbliżony, niemalże identyczny. W dyrektywie 2014/17/UE przepisy stanowiły, że w uzasadnionych wypadkach wykonawca mógł zdać się na możliwości innych podmiotów, niezależnie od rodzaju powiązań prawnych pomiędzy nim a tymi podmiotami. Ustawodawca unijny wskazał, że w takim przypadku wykonawca musi jednak udowodnić zamawiającemu, że będzie miał dostęp do tych zasobów przez cały okres ważności systemu kwalifikowania, przedstawiając na przykład odpowiednie zobowiązanie tych podmiotów (art. 54 ust. 5 i 6). Prawie identycznie regulowała omawianą kwestię dyrektywa 2014/18/UE (art. 47 i 48). Różnica pomiędzy sposobem regulacji w obu dyrektywach sprowadzała się do tego, że dyrektywa 2004/17/WE posługiwała się pojęciem uzasadnionego wypadku, zaś dyrektywa 2004/18/WE dopuszczała możliwość powołania się na zasoby osób trzecich w stosownych sytuacjach. Pojęcia uzasadnionego wypadku i stosownych sytuacji są zbliżone znaczeniowe, choć nie tożsame.

¹⁹ Szerzej na temat zakresu wyłączenia zob. A. Sołtysińska (w:) A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 180–184; J. Barcz (w:) *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe. Prawo materialne i polityki*, Warszawa 2006, s. I-25; M. Trybus, *Procurement for the armed forces: balancing security and the internal market*, *European Law Review* 2002, nr 27, s. 711.

Obok powyższych przepisów, ustawodawca dodatkowo w art. 25 dyrektywy 2004/18/WE wskazał, że w dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca może żądać, lub zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do żądania, od oferenta wskazania w jego ofercie tej części zamówienia, której wykonanie zamierza on zlecić stronom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także do podania wszystkich proponowanych podwykonawców. Dodano przy tym, że takie wskazanie pozostaje bez uszczerbku dla kwestii odpowiedzialności głównego wykonawcy.

Analiza powyższych przepisów pozwala postawić tezę, że intencją ustawodawcy unijnego było wprowadzenie zasady zapewnienia wykonawcom możliwości realizacji zamówienia przy udziale podwykonawców. Systematyka dyrektyw pozwala także postawić tezę o dość wyraźnym rozdzieleniu etapu weryfikacji zdolności wykonawcy od etapu realizacji zamówienia. W toku stosowania dyrektyw pojawiło się wiele wątpliwości co do zakresu koniecznego zaangażowania podmiotów trzecich w realizację zamówienia w sytuacji, gdy zasoby tych podmiotów były podstawą zakwalifikowania wykonawcy do postępowania. Proces ich usuwania został zapoczątkowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Znaczna część tych wątpliwości została rozstrzygnięta przy wprowadzaniu nowych dyrektyw.

2. Dyrektywy 2014/24/UE i 2014/25/UE

Przyjęte przez Radę Unii Europejskiej w dniu 11 lutego 2014 r. dyrektywa 2014/24/UE i dyrektywa 2014/25/UE w znacznej mierze rozstrzygnęły wspomniane wcześniej wątpliwości dotyczące dopuszczalnego zakresu powoływania się przez wykonawców w procesie kwalifikacji na zasoby osób trzecich²⁰.

Kwestia korzystania z zasobów osób trzecich została uregulowana w art. 63 i 71 dyrektywy 2014/24/UE oraz w art. 79 i 88 dyrektywy

²⁰ A. Sołtysińska (w:) A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień publicznych...*, s. 23.

2014/25/UE. Analogicznie do treści poprzednio obowiązujących dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE brzmienie przepisów jest niemalże identyczne w obu dyrektywach. Zacznę od analizy regulacji 2014/24/UE, by potem omówić różnice występujące względem niej w dyrektywie 2014/25/UE.

W art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE w zasadzie powtórzona została obowiązująca dotąd zasada możliwości polegania przez wykonawców w stosownych przypadkach na zasobach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących ich powiązań. Jednakże od powyższej zasady wprowadzono wyjątek. W odniesieniu do kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych określonych w załączniku XII część II lit. e lub dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego wykonawcy mogą polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne. Wykształcenie i kryteria zawodowe określone w załączniku XII część II lit. e dotyczą zdolności technicznych wykonawcy. Zgodnie z tym przepisem w przypadku, gdy produkty lub usługi, które mają zostać dostarczone, mają złożony charakter lub, wyjątkowo, mają szczególne przeznaczenie, zamawiający lub, w jego imieniu, właściwy organ urzędowy państwa, przeprowadza kontrolę zdolności produkcyjnych dostawcy lub zdolności technicznych usługodawcy, a w razie konieczności także dostępnych im środków naukowych i badawczych, jak również środków kontroli jakości, z których będą korzystać. Z powyższej części przepisu wynika zatem wprost, że w odniesieniu do wymogów dotyczących wykształcenia lub zdolności technicznej wykonawcy (w opisanym powyżej zakresie) wykonawca może polegać na zasobach osób trzecich tylko wówczas, jeżeli te podmioty będą realizować zamówienie w części, w jakiej prace korespondują ze stawianymi wymaganiami.

Ponadto art. 63 stanowi dalej, że zamawiający sprawdza podmioty, na których zasoby powołuje się wykonawca pod kątem spełnienia odpowiednich kryteriów kwalifikacji, oraz weryfikuje, czy istnieją podstawy wykluczenia wykonawcy na mocy art. 57. Wyjaśniono zatem, że niezależnie od tego, czy podmiot trzeci będzie zaangażowany w wykonanie zamówienia, czy też nie, to na jego zasoby wykonawca może

się powołać tylko, jeżeli nie występują podstawy wykluczenia tego podmiotu trzeciego z postępowania. W ten sposób zlikwidowana zostanie sytuacja zbliżona do firmanctwa, kiedy to przedsiębiorca, który sam podlega wykluczeniu z postępowania, tworzy lub wykorzystuje inny podmiot w celu realizowania zamówienia jako jego podwykonawca. Zgodnie z nową regulacją, w sytuacji gdy podmiot trzeci nie spełnia wymogów kwalifikacji, wówczas zamawiający żądać będzie od wykonawcy zastąpienia go innym podmiotem.

Kolejną nowością jest wprowadzenie zasady, że w przypadku gdy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w odniesieniu do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, to zamawiający może wymagać od wykonawcy i tych podmiotów solidarnej odpowiedzialności za realizację zamówienia.

Nowe przepisy określają także zasady dopuszczalnego wyłączenia podwykonawstwa. Artykuł 63 ust. 2 stanowi, że w przypadku zamówień na roboty budowlane, zamówień na usługi oraz prac związanych z rozmieszczeniem lub instalacją w ramach zamówienia na dostawy zamawiający mogą wymagać, aby określone kluczowe zadania (*certain critical tasks*) były wykonywane bezpośrednio przez wykonawcę.

Nowe dyrektywy zachowują systemowy podział na etap postępowania o udzielenie zamówienia i etap jego realizacji. W odniesieniu do etapu realizacji zamówienia kwestie korzystania z podwykonawców reguluje art. 71. Zgodnie z jego ust. 2 zamawiający może żądać (lub zostać zobligowany do żądania) od wykonawcy wskazania w ofercie tej części zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcom, a także podania listy proponowanych podwykonawców. W powyższej kwestii nie ma zmiany w stosunku do dyrektywy 2004/18/WE. Nowością jest zaś norma opisana w ust. 3. Zgodnie z nią państwa członkowskie mogą zdecydować, że zamawiający na wniosek podwykonawcy, o ile pozwala na to charakter zamówienia, przekazuje płatności należne wykonawcy za wykonane przez podwykonawcę zadania bezpośrednio podwykonawcy. W ust. 4 wyraźnie doprecyzowano, że wprowadzenie możliwości dokonywania płatności bezpośrednio podwykonawcom pozostaje bez wpływu na zakres odpowiedzialności wykonawcy.

W ust. 7 wskazano, że powyższe zapisy dotyczące bezpośrednich płatności mogą zostać określone bardziej restrykcyjnie dla wykonawców przez państwo członkowskie, na przykład przez dokonywanie takich wypłat nawet bez żądania podwykonawcy.

Dodatkowo w ust. 5 wprowadzono zasadę, że w przypadku zamówień na roboty budowlane i w odniesieniu do usług, które mają być wykonane na obiekcie pod bezpośrednim nadzorem zamawiającego, po udzieleniu zamówienia i nie później niż w chwili rozpoczęcia realizacji zamówienia zamawiający wymaga od wykonawcy, by wskazał nazwę i dane kontaktowe podwykonawców zaangażowanych w takie roboty budowlane lub usługi, w zakresie znanym w tym momencie. Ponadto zamawiający wymaga ciągłego aktualizowania tych informacji, w szczególności w odniesieniu do nowych podwykonawców. Przepis wyraźnie stanowi, że powyższe zasady nie dotyczą dostawców. Jednakże zamawiający może sam (lub zostać zobowiązany do tego przez państwo członkowskie) rozszerzyć powyżej opisany obowiązek w odniesieniu do zamówień na dostawy lub w odniesieniu do dalszych podwykonawców. Zgodnie z ust. 6 zamawiający może (albo może zostać do tego zobowiązany przez państwo członkowskie) zweryfikować podwykonawców pod kątem braku podstaw do ich wykluczenia. Przepis koresponduje z art. 63 ust. 1 i wyraźnie przesądza, że możliwość weryfikacji osoby trzeciej nie kończy się na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, ale jest kontynuowana także na etapie realizacji zamówienia. Weryfikacja może dotyczyć wszystkich podwykonawców, niezależnie od tego, czy wykonawca wykorzystał ich zasoby w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Istnieje zatem możliwość całkowitego wyeliminowania zaangażowania w realizację zamówienia podmiotów, które jako wykonawcy zostałyby wykluczone z postępowania.

Zgodnie z ust. 8 państwa członkowskie, które postanowiły wprowadzić środki na mocy ust. 3, 5 lub 6, określają warunki ich wykorzystania w drodze przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych i z uwzględnieniem prawa unijnego. Państwa członkowskie mogą przy tym ograniczyć możliwość stosowania tych przepisów, na przykład do określonych rodzajów zamówień, określonych kategorii instytucji zamawiających lub wykonawców lub wprowadzając dolny limit kwoty.

Przechodząc do omówienia przedmiotowej kwestii w dyrektywie 2014/25/UE, ograniczę się tylko do zaznaczenia różnic tej regulacji w stosunku do dyrektywy 2014/24/UE. Istotna jest w zasadzie tylko jedna różnica. Inaczej niż w dyrektywie 2014/24/UE, w dyrektywie 2014/25/UE odmiennie został określony zakres obowiązkowego zaangażowania w realizację zamówienia podmiotu, na którego zasoby powołuje się wykonawca. W tym wypadku dotyczy to zasobów w postaci wykształcenia i kwalifikacji zawodowych usługodawcy bądź wykonawcy lub personelu zarządzającego danego przedsiębiorstwa lub dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego. Zakres tych zasobów został zatem określony szerzej niż w przypadku dyrektywy 2014/24/UE.

3. Prawo polskie

Dla porządku i krótkiego wprowadzenia należy na tym etapie dokonać zwięzłego rysu historycznego uregulowania w polskich przepisach kwestii korzystania z zasobów osób trzecich w zamówieniach publicznych. Na wstępie należy wyjaśnić, że zarówno treść dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE, jak i dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/UE²¹ została już transponowana do ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r.

3.1. Korzystanie z zasobów osób trzecich w prawie zamówień publicznych do daty wejścia w życie nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r.

Po raz pierwszy kwestia korzystania z zasobów trzecich w zamówieniach publicznych została uregulowana w polskim ustawodawstwie dopiero nowelizacją z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych

²¹ Zmiany zostały wprowadzone ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020), która weszła w życie 28 lipca 2016 r. (z wyjątkiem ściśle określonych przepisów w art. 22 tej ustawy, których wejście w życie zostało odroczone odpowiednio do 1 stycznia 2017 r., 14 stycznia 2017 r. oraz 14 lipca 2018 r.).

w sprawach cywilnych²². Ustawodawca wprowadził wówczas art. 26 ust. 2b p.z.p. Zgodnie z wprowadzonym przepisem wykonawca mógł polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany był udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Przepis został zatem praktycznie przekopiony z obowiązujących wówczas przepisów dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE. Ustawodawca w stosunku do treści dyrektyw pominął zasoby w postaci uprawnień i zdolności ekonomicznej. Przepis zawęził zatem możliwość powołania się na zasoby osób trzecich względem brzmienia regulacji unijnej. Od początku jednak obowiązywania przepisu w zasadzie stosowano prounijną wykładnię dopuszczającą wykorzystanie także tych niewymienionych wprost w przepisie zasobów. Jak słusznie zauważyli A. Sołtysińska i G. Wicik, jest rzeczą oczywistą, że przepis prawa polskiego implementujący postanowienia dyrektywy powinien podlegać wykładni prounijnej, co oznacza konieczność interpretacji w świetle celu aktu unijnego i kontekstu wdrażanego postanowienia²³. W rezultacie przyjmowano, że wykonawca może polegać na zasobach osób trzecich w odniesieniu do wszystkich stawianych mu przez zamawiającego wymagań podmiotowych. Należy jednak zasygnalizować, że były także w doktrynie głosy przeciwnie, uznające, że w polskim prawie zakres korzystania z zasobów niewymienionych w art. 26 ust. 2b p.z.p. jest niedopuszczalny²⁴. Dalsze rozważania tej kwestii stały się bezprzedmiotowe wobec zmiany

²² Dz. U. Nr 206, poz. 1591.

²³ A. Sołtysińska, G. Wicik, *Dopuszczalność powołania się...*, s. 4; por. wyrok ETS z dnia 20 maja 1976 r. w sprawie C-111/75 *Mazzalai*, Zb. Orz. 1976, s. 657, § 10; wyrok ETS z dnia 19 kwietnia 1994 r. w sprawie C-331/92 *Gestión Hotelera*, Zb. Orz. 1994, s. I-1329, § 13; wyrok ETS z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 *Von Colson*, Zb. Orz. 1984, s. 01891.

²⁴ F. Łapecki, *O funkcjonowaniu art. 26 ust. 2b...*, s. 85; Z. Raczkiewicz, *Konkurencja w zamówieniach publicznych a właściwe jej ograniczenie przez zamawiających*, PZP 2008, nr 3, s. 68.