

Rzeszów, 18 luty 2014 r.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu

Dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości szacunkowej poniżej równowartości 207 000 euro na Audyt Projektu: PSeAP – Podkarpacki System e-Administracji Publicznej.

Zamawiający, Województwo Podkarpackie oraz 159 jednostek samorządu terytorialnego z terenu województwa podkarpackiego, na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy pzp przekazuje treść zapytań wraz z odpowiedziami do specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

Pytanie nr 1.

Wykonawca podkreśla ważną kwestię polegającą na tym, iż SIWZ (Załącznik nr 8 do SIWZ) nie opisuje w sposób jasny i klarowny zobowiązań jakie wynikać będą dla Wykonawcy po podpisaniu umowy z Zamawiającym, tak jak wymaga tego Prawo Zamówień Publicznych.

Zgodnie ze wzorem umowy § 4 Umowy Zamawiający wskazał w ust. 1 poniższą treść:

„ 1. Wykonawca może powierzyć wykonanie przedmiotu umowy podwykonawcy/om ponosząc pełną odpowiedzialność za jego/ ich czynności (działania lub zaniechania) jak za czynności (działania lub zaniechania) własne ”

Natomiast w ust. 3 tego samego paragrafu pojawia się sprzeczny z powyższym zapis :

„3. Wykonawca nie może przenieść na osobę trzecią praw i obowiązków wynikających z umowy, w całości ani w części”.

Art. 36 a ust. 1 i 2 dotyczy „posługiwania się przez wykonawcę podwykonawcą w realizacji zamówienia. Definicja podwykonawcy nie jest zawarta w polskim systemie prawa, choć obrót gospodarczy często instytucją taką się posługuje. W wyroku KIO z 5 grudnia 2008 r. KIO/UZP 1347/08, podjęto próbę przybliżenia tego pojęcia: „ Nie oznacza to jednak, że wszyscy usługobiorcy czy dostawcy, mają status podwykonawców i wykonawca wybrany musi wykazać takich przedsiębiorców jako podwykonawców. Decydujący jest bezpośredni opis przedmiotu zamówienia i czynności z niego wynikające (...). Status podwykonawców mieliby jedynie tacy, którzy na zlecenie wybranego wykonawcy bezpośrednio uczestniczyliby w pracach będących przedmiotem zamówienia”. Podwykonawstwo należałoby rozumieć jako zdjęcie z wykonawcy ciężaru spełnienia świadczenia - uczestnictwo w wykonywaniu umowy w sposób bezpośredni, wprost związany z warunkami spełnienia świadczenia”. (Źródło: Małgorzata Stachowiak, komentarz do art. 36 Ustawy – Prawo zamówień publicznych).

Art. 365 Kodeksu cywilnego który wprowadza zasadę, iż „wierzyciel może żądać osobistego

świadczenia dłużnika tylko wtedy, gdy to wynika z treści czynności prawnej, z ustawy albo z właściwości świadczenia” znajdzie zastosowanie w tym przypadku, z uwagi na to, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego jest umową cywilnoprawną.

Zasada ta została powtórzona w art. 36 a ust 2 Prawa zamówień publicznych.

Dlatego dla Wykonawcy nie jasnym jest fakt, iż Zamawiający w swych zapisach w specyfikacji a także w ogłoszeniu o zamówienie nie domagał się osobistego realizowania świadczenia przez Wykonawcę. Nadto wprowadza do umowy dwa zapisy ze sobą sprzeczne.

Wykonawca również zastanawia się, czy może treść zapisu ust. 3 § 4 umowy (Załącznik nr 8 do SIWZ) jest niepełna i w związku tym zapis ten nie powinien brzmieć następująco:

„3. Wykonawca nie może przenieść na osobę trzecią praw i obowiązków wynikających z umowy, w całości ani części, bez pisemnej zgody Zamawiającego” . ?

Reasumując, to „Zamawiający odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie wymagań w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, uwzględniając wszelkie niezbędne dane i parametry – Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 29 grudnia 2011 r.; KIO 2668/11).

„Wskazane wymagania są wiążące dla Zamawiającego i wykonawców w toku postępowania i tylko wobec jasnych i klarownych warunków i wymagań wprost wyrażonych w SIWZ można dokonać prawidłowej oceny ich spełnienia. **Na tej podstawie wykonawcy ustalają czy są w stanie przystąpić do postępowania i podejmują decyzje o wzięciu lub nie udziału w postępowaniu o udzielenie danego zamówienia publicznego.** Dlatego, tylko przez pryzmat wymagań jasno określonych w SIWZ możliwe jest dokonanie badania i oceny złożonych ofert.”

Izba podkreśla że niedopuszczalne jest interpretowanie postawionych wymagań na etapie złożonych ofert i podciągnię „przyjętej” interpretacji pod poszczególne wykonawców. Zamawiający najpierw precyzuje swoje wymagania w sposób jasny i klarowny, a następnie bada złożone oferty w oparciu o postawione warunki, a nie odwrotnie. Jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji warunków i wymagań zamawiającego postawionych w tym zakresie w SIWZ nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy”. (Źródło: Anna Stańczuk, Redakcja Publikacji Elektronicznych WKP, Data publikacji 2 marca 2012 r.)

Odpowiedź na pytanie nr 1:

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) dalej pzp, ani też kodeks cywilny nie definiują pojęcia podwykonawca.

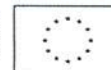
Zgodnie z art. 2 pkt 9b ustawy pzp umowa o podwykonawstwo to umowa w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a



**PROGRAM
REGIONALNY**
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI

PODKARPACKIE

UNIA EUROPEJSKA
EUROPEJSKI FUNDUSZ
ROZWOJU REGIONALNEGO



innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami. Definicja ta nie stanowi podstawy do przyjęcia, iż stroną części praw i obowiązków zamiast wykonawcy zostaje podwykonawca.

Wykonawca może powierzyć wykonywanie określonych czynności podwykonawcy co nie zmienia faktu, iż dla Zamawiającego to Wykonawca jest stroną umowy. Powyższe jest zgodne z ustawą pzp i kodeksem cywilnym. Zgodnie z art. 474 kc dłużnik odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza.

Z up. Zarządu Województwa Podkarpackiego

Lesław Majkut
Lesław Majkut
SEKRETARZ WOJEWÓDZTWA

Projekt współfinansowany ze środków Unii Europejskiej z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podkarpackiego na lata 2007-2013

Inwestujemy w rozwój województwa podkarpackiego

DYREKTOR DEPARTAMENTU
Społeczeństwa Informacyjnego

Sławomir Cynkar
Sławomir Cynkar