

**Dr hab. Przemysław Drapała, prof. ALK**

Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie

ORCID: 0000-0001-8093-2083

e-mail: pdrapala@kozminski.edu.pl

# Odpowiedzialność zamawiającego wobec podwykonawców na podstawie ustawy Pzp – przesłanki, zakres i charakter prawny

Contracting authority's liability towards subcontractors under the Public Procurement Law – prerequisites, scope and legal nature

## Streszczenie

Celem artykułu jest określenie przesłanek powstania, przedmiotowego i podmiotowego zakresu oraz charakteru prawnego odpowiedzialności zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom, wynikającej z przepisów ustawy Pzp (art. 465 w zw. z art. 464). Wiąże się w szczególności z odpowiedzią na pytanie, czy zamawiający publiczny i wykonawca odpowiadają wobec podwykonawców solidarnie, czy *in solidum*? Dalszy cel dotyczy zbadania systemowych relacji między wspomnianymi przepisami ustawy Pzp a przepisami Kodeksu cywilnego (art. 647<sup>1</sup>, art. 366 i n. k.c.) statuującymi analogiczną odpowiedzialność inwestora (w tym zamawiającego publicznego) za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom w umowach o roboty budowlane. Nasuwa się zwłaszcza pytanie, czy relację tę określa zasada *lex specialis derogat legi generali*, czy też występuje zbieg przepisów (jaki?). Rozstrzygnięcie tych zagadnień ma istotne znaczenie z dogmatycznego punktu widzenia, a zarazem wpływa na wykładnię wspomnianych norm ustawy, a tym samym na efektywność ochrony roszczeń podwykonawców.

**Słowa kluczowe:** podwykonawcy, ochrona roszczeń podwykonawców, odpowiedzialność zamawiającego publicznego

JEL: K22

## Wstęp. Monizm czy dualizm reżimów odpowiedzialności zamawiającego wobec podwykonawców wynikających z kodeksu cywilnego i ustawy Pzp

W polskim systemie prawnym istnieją dwie odrębne podstawy prawne<sup>1</sup> cywilnoprawnej odpowiedzialności zamawiającego publicznego za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom. Pierwszą

## Abstract

The aim of the article is to determine the prerequisites, scope, as well as the legal nature of the contracting authority's liability for payment of due remuneration to subcontractors resulting from the provisions of the Public Procurement Law (Article 465 in connection with Article 464). It is particularly associated with answering the question of whether the contracting authority and the contractor are jointly and severally liable towards subcontractors or *in solidum*? The further objective is to examine the systemic relationships between the aforementioned provisions of the PPL and the provisions of the Civil Code (Article 647<sup>1</sup>, Article 366 and subsequent articles of the Civil Code) establishing analogous liability of the investor (including the contracting authority) for payment of due remuneration to subcontractors in construction contracts. This raises the question of whether this relationship is determined by the principle of *lex specialis derogat legi generali*, or if there is a concurrence of legal regimes? Resolving these issues is of significant importance from a doctrinal point of view, and also affects the interpretation of the aforementioned provisions of the law, and thus the effectiveness of protecting subcontractors' claims.

**Keywords:** subcontractors, protection of subcontractor's claims, contracting authority's liability

stanowią przepisy ustawy Pzp (art. 465 w zw. z art. 464 i art. 7 pkt 27 Pzp), drugą normy Kodeksu cywilnego (art. 647<sup>1</sup> k.c.). Jednym z celów dalszych rozważań jest odpowiedź na pytanie, czy wspomniane grupy przepisów tworzą autonomiczne, wyczerpująco uregulowane reżimy odpowiedzialności zamawiającego wobec podwykonawców, czy też istnieje jeden reżim, a pomiędzy wspomnianymi normami zachodzi relacja *lex specialis derogat legi generali*.

Należy dostrzec kilka istotnych różnic dotyczących przesłanek powstania oraz podmiotowego i przedmiotowego zakresu ochrony udzielanej podwykonawcom w obu grupach przepisów (analizowanych w dalszej części), natomiast cechą wspólną jest przyznanie podwykonawcy bezpośredniego roszczenia o zapłatę wynagrodzenia przeciwko zamawiającemu publicznemu (inwestorowi). Wskutek przyjęcia takich rozwiązań legislacyjnych polski system prawny wyróżnia się obecnie na tle ustawodawstw państw Unii Europejskiej szczególnie intensywną ochroną interesów podwykonawców. Należy zauważyć, iż na płaszczyźnie prawa zamówień publicznych przyjęte regulacje stanowią twór ustawodawcy krajowego, bowiem przepisy dyrektyw UE (por. art. 71 ust. 3 i 7 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 88 ust. 3 i 7 dyrektywy 2014/25/UE) takiego standardu ochrony podwykonawców nie wymagają (zob. Stalzer, 2021, s. 759–760)<sup>2</sup>. Również na płaszczyźnie prawa cywilnego przyjęta regulacja wykracza poza standardy ochrony w innych systemach prawnych. Na przykład kodeksy cywilne niemiecki, austriacki, francuski, holenderski, włoski ani szwajcarskie prawo obligacyjne nie zawierają przepisów uprawniających podwykonawców w umowach o roboty budowlane do dochodzenia roszczenia o wynagrodzenie bezpośrednio od inwestora, ponoszącego ustawową odpowiedzialność za cudzy dług<sup>3</sup>. W tych kodyfikacjach brak zatem regulacji o konstrukcji porównywalnej z odpowiedzialnością inwestora wynikającą z art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c.<sup>4</sup> Celem dalszych rozważań jest analiza przesłanek powstania, zakresu podmiotowego i przedmiotowego oraz charakteru prawnego odpowiedzialności zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców, wynikającej z przepisów ustawy Pzp, jak również relacji między tymi przepisami a normami Kodeksu cywilnego.

### **Ratio legis i cel przepisów ustawy Pzp o odpowiedzialności zamawiającego wobec podwykonawców**

Należy rozpocząć od rozważenia *ratio legis* oraz celów przyjętej w ustawie Pzp regulacji dotyczącej odpowiedzialności zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców (art. 465 Pzp w zw. z art. 464 Pzp i art. 7 pkt 27 Pzp). Funkcją tych przepisów jest w pierwszej kolejności ochrona interesów podwykonawców w zakresie uzyskania należnego wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, dostawy lub usługi stanowiące część zamówienia publicznego. Zamawiający występuje w pozycji zbliżonej do poręczyciela ustawowego, po spełnieniu określonych przesłanek ponosi bowiem samodzielną gwarancyjną odpowiedzialność za cudzy dług, tj. dług wykonawcy wobec podwykonawcy względnie podwykonawcy wobec dalszego podwykonawcy. Należy zauważyć, iż w art. 465 Pzp pośrednio chroniony jest także interes zamawiającego, ponieważ zapewnienie otrzymania przez podwykonawców i dalszych podwykonawców należnego wynagrodzenia służy również niezakłóconej realizacji zamówienia publicznego i zaspokojeniu potrzeb publicznych. Zbliżone

funkcje pełnią także inne instrumenty prawne przewidziane w ustawie Pzp, których celem jest stymulowanie wypełnienia przez dłużników (zwłaszcza wykonawcę) obowiązku zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców oraz dalszych podwykonawców. Należą do nich: ustawowe prawo zamawiającego odstąpienia od umowy z wykonawcą w przypadku uchylania się przez niego od wykonania wspomnianych zobowiązań, powodującego konieczność dokonania przez zamawiającego wielokrotnie lub nawet jednokrotnie, lecz powyżej oznaczonej wartości, bezpośrednich płatności wynagrodzenia na rzecz podwykonawców (art. 465 ust. 7 Pzp), obligatoryjna kara umowna wobec wykonawcy w razie braku płatności wynagrodzenia na rzecz podwykonawców (art. 437 ust. 1 pkt 7 lit. a) Pzp)<sup>5</sup>, prawo zamawiającego do wstrzymania wypłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia lub zaliczki w razie nieprzedstawienia wszystkich dowodów zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom (art. 447 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 464 ust. 1 Pzp), a także prawo kontroli przez zamawiającego przedłożonego mu projektu umowy z podwykonawcą, a następnie zawartej umowy (art. 464 ust. 1–10 Pzp). Wspomniane instrumenty prawne zapewniają zarazem ochronę zamawiającego przed ryzykiem aktualizacji jego odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom wynikającej zarówno z art. 465 ust. 1 Pzp, jak i art. 647<sup>1</sup> k.c. Wypada podkreślić, iż art. 464 Pzp pozostaje w funkcjonalnym związku z art. 465 ust. 1 Pzp, dokonanie bowiem przez zamawiającego akceptacji (czynnej lub biernej) zawartej umowy podwykonawstwa jest jedną z podstawowych przesłanek powstania jego odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy.

### **Uprawnienie zamawiającego do dokonania płatności czy roszczenie podwykonawcy?**

Istotne z dogmatycznego, ale także i praktycznego punktu widzenia jest pytanie, czy na podstawie przepisów ustawy Pzp zamawiającemu przysługuje jedynie uprawnienie do dokonania bezpośredniej płatności na rzecz podwykonawcy należnego mu wynagrodzenia, czy też podwykonawcy przysługuje roszczenie wobec zamawiającego w tym zakresie. Od odpowiedzi na to pytanie w znacznym stopniu zależy efektywność ochrony prawnej podwykonawców przewidzianej w tej ustawie. Należy zwrócić uwagę, iż treść art. 465 ust. 1 Pzp nie różni się od art. 143 c ust. 1 Pzp2004, wyjąwszy zmiany o charakterze redakcyjnym. Także cele i funkcje obu wspomnianych przepisów nie uległy żadnej zmianie. Z tego względu, nawiązując do poglądów formułowanych wcześniej w odniesieniu do art. 143 c ust. 1 Pzp2004 należy uznać, iż także z obowiązującego aktualnie art. 465 ust. 1 Pzp wynika nie tylko uprawnienie, ale obowiązek zamawiającego dokonania zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy. Korelatem tego obowiązku jest materialnoprawne roszczenie podwykonawcy wobec zamawiającego<sup>6</sup>. Jak wynika z dalszych rozważań, nie jest to jednak roszczenie oparte na

odpowiedzialności solidarnej zamawiającego i wykonawcy (zob. pkt ostatni), co stanowi jedną z cech odróżniających od roszczenia podwykonawcy opartego na art. 647<sup>1</sup> k.c. Za taką interpretacją art. 465 ust. 1 Pzp przemawia stanowczo sformułowany obowiązek dokonania bezpośredniej zapłaty oraz wskazane w art. 465 ust. 5 pkt 2 Pzp uprawnienie zamawiającego do złożenia przedmiotu świadczenia do depozytu sądowego, które jest charakterystyczne dla pozycji dłużnika, nie zaś podmiotu trzeciego jedynie uprawnionego do zapłaty wymagalnego długu pieniężnego za dłużnika – art. 356 § 2 k.c. (szerzej zob. Drapała, 2015, s. 9). Wspomniane roszczenie wobec zamawiającego przysługuje zarówno podwykonawcom wykonującym roboty budowlane, jak i wykonującym dostawy i usługi stanowiące część zamówienia publicznego na roboty budowlane.

### **Przesłanki powstania odpowiedzialności zamawiającego wobec podwykonawców na podstawie przepisów ustawy Pzp**

Analiza art. 465 w zw. z art. 464 Pzp prowadzi do wyróżnienia czterech przesłanek powstania roszczenia podwykonawcy wobec zamawiającego publicznego: 1) umowa, z której wynika roszczenie, jest umową o podwykonawstwo w rozumieniu art. 7 pkt 27 Pzp; 2) zamawiający dokonał akceptacji przedłożonej mu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane (wcześniejsza akceptacja projektu tej umowy nie jest konieczna), a w przypadku umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, dla powstania odpowiedzialności wystarczające jest przedłożenie jej kopii zamawiającemu; 3) roszczenie podwykonawcy o wynagrodzenie jest wymagalne; 4) podmiot zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy uchylił się od wykonania tego obowiązku<sup>7</sup>. Ciężar dowodu odnośnie do wspomnianych przesłanek spoczywa na podwykonawcy (art. 6 k.c.). Niektóre z tych przesłanek wymagają dodatkowego komentarza.

Zamawiający ponosi na podstawie art. 465 ust. 1 Pzp odpowiedzialność za cudzy dług, tj. dług wykonawcy wobec podwykonawcy lub podwykonawcy wobec dalszego podwykonawcy (tak też Wyrzykowski, 2019, s. 196), co wymaga zarazem odpowiedniego zabezpieczenia wspomnianego zamawiającego przed wynikającym z tego ryzykiem. Służy temu przesłanka akceptacji przez niego przedłożonej mu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane (art. 464 ust. 3 Pzp). Zawiera ona element gwarancyjny dotyczący ochrony interesów przed wspomnianym ryzykiem. Akceptacja jest bowiem oparta na wiedzy zamawiającego o osobie podwykonawcy, zakresie powierzonych mu prac i wysokości należnego wynagrodzenia, co pozwala na jej juretryczny powiązanie z dorozumianą zgodą na przyjęcie odpowiedzialności za cudzy dług<sup>8</sup>.

Ostatnią przesłanką powstania roszczenia podwykonawcy wobec zamawiającego jest „uchylenie się” wykonawcy od obowiązku zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy (art. 465 ust. 1 Pzp *in fine*). Należy uznać, że przesłanka ta

opiera się na negatywnej ocenie zachowania wykonawcy, nie zaś jedynie na stwierdzeniu faktu niespełnienia świadczenia na rzecz podwykonawcy abstrahującym od oceny jego przyczyn. Taki kierunek interpretacji uzasadnia analogia do ukształtowanej już wykładni przesłanki „uchylenia się” wskazanej w art. 390 k.c., obejmującej zarówno przypadki winy umyślnej, jak i nieumyślnej<sup>9</sup>. Dokonanie przez zamawiającego płatności bezpośredniej będzie uzasadnione w sytuacjach odmowy lub opóźnienia w zapłacie należnego wynagrodzenia z przyczyn, za które wykonawca (a w przypadku dalszego podwykonawcy – jego kontrahent) ponosi odpowiedzialność (art. 471 k.c. w zw. z art. 481 § 3 k.c.). Zważywszy na ochroną funkcję art. 465 ust. 1 Pzp przyczyny te powinny być rozumiane szeroko. Wykonawca składający ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinien dysponować odpowiednimi zasobami finansowymi na wykonanie swoich zobowiązań wobec zaangażowanych przez siebie podwykonawców. Zatem również brak zapłaty wynagrodzenia wynikający ze stanu niewypłacalności lub upadłości wykonawcy co do zasady należy kwalifikować jako uzasadniający dokonanie bezpośredniej płatności przez zamawiającego. Z uchyleniem się wykonawcy nie będziemy mieli do czynienia, gdy wystąpiły okoliczności faktyczne (np. niewykonanie lub nienależyte wykonanie świadczenia przez podwykonawcę, brak wymagalności roszczenia) lub zdarzenia prawne (np. potrącenie z wynagrodzeniem roszczeń wykonawcy względem podwykonawcy związanych z realizacją umowy o podwykonawstwo, por. art. 465 ust. 4 *in fine* Pzp) uzasadniające odmowę zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy. Przed dokonaniem bezpośredniej płatności zamawiający powinien dokonać oceny tego, czy wspomniane przyczyny nie wystąpiły, dochowując należytej staranności (art. 355 § 2 k.c.). Odpowiednie informacje i dokumenty umożliwiające taką ocenę zamawiający powinien uzyskać przed dokonaniem ewentualnej bezpośredniej płatności, korzystając z przyznanego mu w art. 465 ust. 4 Pzp uprawnienia do wezwania wykonawcy do zgłoszenia uwag i wyjaśnień odnoszących się do wniosku podwykonawcy o płatność<sup>10</sup>. Wprowadzenie przez ustawodawcę przesłanki „uchylenia się” od obowiązku zapłaty przez wykonawcę nie uzasadnia kwalifikacji odpowiedzialności zamawiającego jako subsydiarnej. Jest to odpowiedzialność równoległa (równorzędna).

### **Charakter prawny odpowiedzialności zamawiającego wobec podwykonawców na podstawie przepisów ustawy Pzp**

Dokonanie oceny charakteru prawnego aktualnej odpowiedzialności zamawiającego wobec podwykonawców, wynikającej z ustawy Pzp, wymaga krótkiej analizy historycznej. Stan prawny w tym zakresie uległ bowiem istotnej zmianie. W okresie, w którym podstawę obowiązku zapłaty przez zamawiającego wynagrodzenia należnego podwykonawców stanowił art. 143c ust. 1 Pzp2004, charakter prawny odpowiedzialności zamawiającego był ustalany na podstawie art. 143c

ust. 8 Pzp2004. Zgodnie z tym przepisem, w brzmieniu nadanym ustawą z 7.04.2017 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności<sup>11</sup>, do solidarnej odpowiedzialności zamawiającego, wykonawcy, podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy z tytułu wykonanych robót budowlanych należało stosować przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowiły inaczej. W orzecznictwie reprezentowany był wówczas pogląd, że w art. 143c ust. 8 Pzp2004 doprecyzowany został solidarny charakter odpowiedzialności zamawiającego wobec podwykonawców<sup>12</sup>. Zarazem w piśmiennictwie nadal wyrażano wątpliwość co do zasadności przyjęcia solidarnej odpowiedzialności zamawiającego, wskazując, iż przepisy ustawy Pzp nie określają, z jakim rodzajem odpowiedzialności za cudzy dług mamy do czynienia (Wyrzykowski, 2019, s. 196).

W nowej ustawie Pzp dokonano w tym zakresie istotnych zmian. Do art. 465 ust. 8 Pzp zostały wprowadzone modyfikacje w stosunku do treści art. 143c ust. 8 Pzp2004, polegające na zastąpieniu wyrażenia „Do solidarnej odpowiedzialności zamawiającego...” sformulowaniem „Do zasad odpowiedzialności zamawiającego...”. W konsekwencji uległ zmianie charakter prawny odpowiedzialności zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom<sup>13</sup>. Zgodnie z art. 369 k.c. zobowiązanie jest solidarne tylko wówczas, gdy wynika to z ustawy lub czynności prawnej. Przepis ten wyraża zasadę formalnego źródła solidarności będącą jednym z fundamentów regulacji zobowiązań wielopodmiotowych w polskim systemie prawnym (zob. Pyziak-Szafnicka, 2020, s. 363; Berek, s. 101). Reguła ta realizowana jest w ten sposób, iż ustawodawca używa pojęcia zobowiązania solidarnego (np. art. 366 § 1 k.c.) lub odpowiedzialności solidarnej (np. art. 554, art. 441 § 1, art. 717, art. 843, art. 864 k.c.). Zarazem przyjęta w Kodeksie zobowiązań z 1933 r. zasada, iż solidarności się nie domniemywa (zob. Longchamps de Berier, 1938, s. 52), pozostaje nadal aktualna. Zastosowanie wspomnianych reguł do art. 465 ust. 8 Pzp wskazuje, iż przepis ten ani wprost, ani przez zawarte w nim odesłanie nie stanowi ustawowego źródła solidarnej odpowiedzialności. Wynika to z rezygnacji przez ustawodawcę z wyrażenia „solidarna odpowiedzialność” istniejącego w art. 143c ust. 8 Pzp2004, ponieważ obecne sformułowanie o stosowaniu przepisów Kodeksu cywilnego „do zasad” odpowiedzialności zamawiającego, wykonawcy, podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy z tytułu wykonanych robót budowlanych w świetle wspomnianej zasady formalnego źródła solidarności nie wystarcza do przenoszenia odpowiedzialności solidarnej inwestora z art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. na zobowiązanie zamawiającego publicznego wynikające z art. 465 ust. 1 Pzp. Za tym, iż nie mamy do czynienia z odpowiedzialnością solidarną zamawiającego, przemawia również uregulowanie w przepisie szczególnym (art. 465 ust. 6 Pzp) roszczenia regresowego zamawiającego wobec wykonawcy i to w sposób istotnie odbiegający od zasad regresu przewidzianych między dłużnikami solidarnymi (art. 376 k.c.), a w części także od regulacji art. 518 k.c.<sup>14</sup>

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, iż **w aktualnym stanie prawnym odpowiedzialność zamawiającego publicznego i wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia na-**

**leżnego podwykonawcy jest odpowiedzialnością *in solidum*** (także w poprzednim stanie prawnym – Lackoroński, 2023, nb. 99). Podstawę odpowiedzialności zamawiającego stanowi art. 465 ust. 1 Pzp, wykonawcy zaś – stosunek umowy z podwykonawcą. Należy zarazem zauważyć zróżnicowanie przedmiotowego zakresu odpowiedzialności obu tych dłużników *in solidum*. Zobowiązanie wykonawcy obejmuje pełne wynagrodzenie (wraz z ewentualnymi odsetkami), natomiast zobowiązanie zamawiającego jest ograniczone do należności głównej z tytułu wynagrodzenia, powstałej po zaakceptowaniu przez niego umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub po przedłożeniu mu poświadczonych za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, i obejmuje wyłącznie roszczenie główne bez odsetek (art. 465 ust. 2 i 3 Pzp).

Przyjęcie przez ustawodawcę konstrukcji odpowiedzialności *in solidum* nieuregulowanej normatywnie w miejsce istniejącej uprzednio odpowiedzialności solidarnej (art. 143c ust. 8 Pzp2004) należy ocenić krytycznie. Po pierwsze, powoduje to pogłębienie jurydycznych różnic między reżimami ochrony podwykonawców wynikającymi z Kodeksu cywilnego (art. 647<sup>1</sup> k.c.) i ustawy Pzp (art. 465 Pzp) mimo ich wspólnego *ratio legis* i funkcji. Oprócz odmiennych przesłanek powstania roszczenia podwykonawcy oraz zakresu podmiotowego i przedmiotowego odpowiedzialności w obu reżimach dochodzi jeszcze różnica w charakterze odpowiedzialności inwestora (zamawiającego publicznego) i wykonawcy wobec podwykonawcy (w pierwszym przypadku – odpowiedzialność solidarna, w drugim – *in solidum*). Istnienie tych różnic nie przyczyni się do polepszenia efektywności ochrony prawnej podwykonawców. Trudno dostrzec przekonujące argumenty uzasadniające odejście przez ustawodawcę w aktualnej ustawie Pzp od solidarnego charakteru odpowiedzialności zamawiającego wobec podwykonawców, istniejącego w ustawie poprzedniej. Można zaryzykować twierdzenie, iż stanowiło to efekt uboczny niedostatecznej analizy skutków, w płaszczyźnie prawa cywilnego, zmiany treści art. 465 ust. 8 Pzp w stosunku do normy art. 143c ust. 8 Pzp2004. Nie jest to pierwszy przykład mankamentu legislacyjnego w ustawie Pzp, wynikającego z braku pogłębionej oceny relacji z przepisami Kodeksu cywilnego. Po drugie, przyjęte rozwiązanie powoduje przenoszenie do odpowiedzialności *in solidum* w reżimie Pzp istniejących od dawna w doktrynie i orzecznictwie wątpliwości interpretacyjnych, dotyczących zakresu dopuszczalnego stosowania *per analogiam* przepisów o solidarności biernej (szerzej zob. Lewaszkiewicz-Petrykowska, 1976, s. 136–138; Szpunar, 1980, s. 28–29; Pyziak-Szafnicka, 2020, s. 445–446). Będzie się to przekładać na przykład na zakres dopuszczalnych zarzutów zamawiającego wobec podwykonawcy (art. 375 § 1 k.c.) oraz dopuszczalność stosowania art. 375 § 2 k.c.<sup>15</sup>

Niezależnie od powyższego odpowiedzialność zamawiającego wynikająca z art. 465 ust. 1 Pzp należy kwalifikować jako odpowiedzialność na zasadzie ryzyka. Aktualizuje się ona wówczas, gdy dłużnik (wykonawca) nie wykonał swojego zobowiązania do zapłaty wynagrodzenia wobec podwykonawcy. Jest to dla zamawiającego zdarzenie obiektywne

i zewnętrzne. Fakt ten jest zarazem wystarczającym uzasadnieniem skierowania przez podwykonawcę roszczenia wobec zamawiającego o spełnienie należnego świadczenia. Podwykonawca nie ma obowiązku wykazania, iż zamawiający swoim zwinionym zachowaniem doprowadził do niewykonania zobowiązania lub w jakikolwiek sposób się do tego przyczynił. Z tych względów odpowiedzialność zamawiającego ma charakter zobiektywizowany i można ją określać jako opartą na zasadzie ryzyka w znaczeniu, w jakim używa się tego pojęcia w stosunku do odpowiedzialności poręczyciela (por. np. Bączyk, 1981, s. 37; Radwański, 1996, s. 45). Wspomniane cechy ma również odpowiedzialność inwestora wobec podwykonawców wynikająca z art. 647<sup>1</sup> k.c., przy czym określa się je częściej w orzecznictwie jako odpowiedzialność typu gwarancyjnego<sup>16</sup>.

### **Zakres przedmiotowy i podmiotowy odpowiedzialności zamawiającego wobec podwykonawców na podstawie ustawy Pzp**

Należy zwrócić uwagę na różnice między zakresem przedmiotowym odpowiedzialności inwestora wobec podwykonawców na podstawie art. 647<sup>1</sup> k.c. i odpowiedzialności zamawiającego wobec podwykonawców na podstawie art. 465 ust. 1 Pzp. Odpowiedzialność zamawiającego obejmuje jedynie wymagalne roszczenie podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy o wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane, dostawy lub usługi w zakresie określonym w art. 465 ust. 2 i 3 Pzp. Ustalenie przesłanek powstania i wymagalności roszczenia podwykonawcy o wynagrodzenie powinno następować na podstawie umowy pomiędzy nim a wykonawcą. Zamawiający nie odpowiada za roszczenia podwykonawcy o innym charakterze, np. roszczenia o zwrot nienależnego świadczenia (np. wynikającego z wykonania prac lub usług wykraczających poza zakres zawartej umowy), roszczenia odszkodowawcze lub zwrot nakładów, mimo iż powstały w związku z wykonywaniem umowy o podwykonawstwo. Wykładnia celowościowa art. 465 ust. 1 Pzp w zw. z art. 464 ust. 1 i 5 Pzp przemawia za przyjęciem, iż obowiązek przedłożenia zamawiającemu umowy, a w razie jej akceptacji odpowiedzialność zamawiającego, obejmuje roszczenia o wynagrodzenie za roboty budowlane bez względu na kwalifikację typologiczną umowy z podwykonawcą (umowa o roboty budowlane, umowa o dzieło, umowa nienazwana) lub nadaną przez strony nazwę, o ile rezultat świadczenia podwykonawcy stał się składnikiem obiektu (art. 647 k.c.) stanowiącego przedmiot zamówienia określony w umowie między zamawiającym a wykonawcą. Racje aksjologiczne przemawiające za taką wykładnią ochrony podwykonawców wynikającej z art. 647<sup>1</sup> k.c.<sup>17</sup> pozostają aktualne także w odniesieniu do ochrony podwykonawców wynikającej z przepisów art. 465 ust. 1 Pzp w zw. z art. 464 ust. 1 i 5 Pzp.

Należy rozważyć problem, czy odpowiedzialność zamawiającego obejmuje także roszczenia podwykonawców związane z ustanowieniem na rzecz wykonawcy kaucji gwarancyjnych. Problem ten ujawnia się w szczególności w przy-

padkach upadłości lub restrukturyzacji wykonawcy. Pojęcie kaucji gwarancyjnej nie zostało normatywnie zdefiniowane i obejmuje zabezpieczenia prawidłowego wykonywania robót budowlanych lub prawidłowego wykonania obowiązków z rękąjmi względnie gwarancji o różnym kształcie prawnym określanym w umowie<sup>18</sup>. Brak zatem jednolitej, ukształtowanej przez praktykę, konstrukcji kaucji gwarancyjnej, a nazwa ta stosowana jest w odniesieniu do różniących się od siebie zabezpieczeń. Dla rozstrzygnięcia, czy roszczenie podwykonawcy wobec wykonawcy o zwrot kaucji gwarancyjnej lub innego podobnego zabezpieczenia objęte jest odpowiedzialnością zamawiającego wynikającą z art. 465 ust. 1 Pzp, decydujące jest ustalenie, czy w danym stosunku umownym przedmiotem ustanowionego zabezpieczenia jest część należnego podwykonawcy wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, dostawy lub usługi mieszczące się w zakresie określonym w art. 465 ust. 2 i 3 Pzp<sup>19</sup>. Z reguły taka sytuacja będzie występowała wówczas, gdy ustanowione zabezpieczenie zostało oparte na zgodzie podwykonawcy na niewypłacanie przez wykonawcę części wynagrodzenia przez oznaczony czas (co strony określają jako „zatrzymanie” lub niepoprawnie jako „potrącanie”) w celu ewentualnego zaspokojenia z kwoty wynagrodzenia określonych roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. W takich przypadkach, bez względu na nazwę nadaną zabezpieczeniu, należy przyjmować, iż roszczenie podwykonawcy o wypłatę tej części wynagrodzenia objęte jest odpowiedzialnością zamawiającego wynikającą z art. 465 ust. 1 Pzp. Odmienne trzeba oceniać sytuację, w których doszło do ustanowienia kaucji gwarancyjnej kwalifikowanej przez strony jako odrębne zobowiązanie od zawartej umowy o podwykonawstwo. Jej cechą charakterystyczną jest to, że kwota kaucji nie jest zatrzymywana z wynagrodzenia, lecz wpłacana przez podwykonawcę i pozostaje w majątku uprawnionego (wykonawcy) do chwili spełnienia się przesłanek do jej zwrotu<sup>20</sup>. Wówczas bez względu na źródło pochodzenia kwoty kaucji z chwilą dokonania jej wpłaty do majątku uprawnionego roszczenie o jej zwrot nie powinno być kwalifikowane jako roszczenie o wynagrodzenie, co wyklucza odpowiedzialność zamawiającego.

Roszczenie podwykonawcy wobec zamawiającego oparte na art. 465 ust. 1 Pzp obejmuje wierzytelność główną o wynagrodzenia, jednak tylko w zakresie powstałym po zaakceptowaniu przez zamawiającego umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub po przedłożeniu zamawiającemu poświadczonych za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi (art. 465 ust. 2 Pzp). Należy uznać, że odpowiedzialność powstaje w chwili powstania roszczenia o wynagrodzenie w ramach danej umowy o podwykonawstwo, natomiast aktualizuje się z momentem wymagalności. Wypada zauważyć, iż w odniesieniu do umów o podwykonawstwo robót budowlanych to działanie zamawiającego (akceptacja przedłożonej umowy) wyznacza początkowy moment powstania jego odpowiedzialności. Ustawodawca przyznał zamawiającemu swobodę w określaniu terminu na zgłoszenie sprzeciwu wobec przedkładanej umowy (art. 437 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 464 ust. 6 Pzp),

przy czym brak sprzeciwu w danym terminie uznawany jest za akceptację. Ocena zakresu wspomnianej swobody (zwłaszcza w kontekście zastrzegania nieproporcjonalnie długiego terminu) powinna uwzględniać funkcję ochronną odpowiedzialności zamawiającego wobec podwykonawców. W odniesieniu do umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, chwila powstania odpowiedzialności wyznaczona jest przez działanie podmiotu przedkładającego zamawiającemu umowę (tj. wykonawcy, podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy).

Zarówno inwestor na podstawie art. 647<sup>1</sup> k.c., jak i zamawiający stosownie do art. 465 ust. 1 Pzp nie ponoszą odpowiedzialności za roszczenie podwykonawcy o odsetki za opóźnienie przysługujące mu wobec wykonawcy<sup>21</sup>. Zamawiający może jednak popaść we własne opóźnienie w zapłacie wynagrodzenia należnego podwykonawcy, które, zważywszy na bezterminowy charakter jego zobowiązania, powstaje od chwili wezwania zamawiającego do spełnienia świadczenia (art. 455 k.c.).

Za bezskuteczne należy uznać postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego ograniczające odpowiedzialność zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy do wysokości wynagrodzenia przysługującego wykonawcy od zamawiającego za roboty budowlane, dostawy lub usługi powierzone podwykonawcy. Wynika to z bezwzględnie obowiązującego charakteru art. 465 Pzp oraz funkcji ochronnych tego przepisu. Brak skuteczności wspomnianych postanowień znajduje także uzasadnienie w tym, iż miałyby one prowadzić do ograniczenia praw podmiotowych osób trzecich (podwykonawców i dalszych podwykonawców), dla których wspomniane klauzule stanowią *res inter alios acta*. W tym kontekście zauważalna jest różnica między zakresem odpowiedzialności zamawiającego na podstawie art. 465 ust. 1 Pzp a zakresem odpowiedzialności inwestora wynikającej z art. 647<sup>1</sup> k.c., przy czym oba reżimy oparte są na przepisach imperatywnych.

Odrębnej analizy wymaga wpływ odstąpienia przez wykonawcę od umowy z podwykonawcą na odpowiedzialność zamawiającego. Kształtuje się ona zależnie od skutków i podstaw prawnych odstąpienia. Należy przyjąć, że w przypadku odstąpienia od umowy z podwykonawcą ze skutkiem wstecznym odpowiedzialność zamawiającego na podstawie art. 465 ust. 1 Pzp wygasa. Odpowiedzialność ta obejmuje wyłącznie zapłatę wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych, usług lub dostaw. Nie dotyczy ona obowiązku zwrotu otrzymanych świadczeń oraz roszczeń o innym charakterze, powstających wskutek odstąpienia przez jedną ze stron od umowy. Ponadto wygaśnięcie umowy z podwykonawcą ze skutkiem *ex tunc* powoduje upadek wyrażonej przez zamawiającego akceptacji tej umowy (art. 464 ust. 7 Pzp) stanowiącej przesłankę powstania odpowiedzialności<sup>22</sup>. Odmienne ocenić należy sytuacje, w których następuje odstąpienie przez wykonawcę od umowy z podwykonawcą ze skutkiem na przyszłość (np. na podstawie art. 644 k.c.). Zdarzenie to nie wpływa na odpowiedzialność zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy za świadczenia wykonane do chwili odstąpienia<sup>23</sup>.

## Autonomiczny charakter reżimów odpowiedzialności zamawiającego wobec podwykonawców wynikających z ustawy Pzp i kodeksu cywilnego. Zbieg alternatywny

Określenie aktualnej relacji między reżimami odpowiedzialności zamawiającego wobec podwykonawcy wynikającymi z Kodeksu cywilnego (art. 647<sup>1</sup> k.c.) i prawa zamówień publicznych (art. 465 ust. 1 Pzp) wymaga nawiązania do przedstawionych wcześniej zmian legislacyjnych w ostatnim ze wspomnianych aktów prawnych.

Nadanie art. 465 ust. 8 Pzp odmiennej treści od poprzednio obowiązującego art. 143c ust. 8 Pzp2004 (zastąpienie istniejącego poprzednio wyrażenia „Do solidarnej odpowiedzialności zamawiającego...” sformulowaniem „Do zasad odpowiedzialności zamawiającego (...) z tytułu wykonanych robót budowlanych”) ma dwa skutki. Pierwszym jest wspomniana już zmiana charakteru prawnego odpowiedzialności zamawiającego na podstawie z art. 465 ust. 1 Pzp, która stała się odpowiedzialnością *in solidum*. Drugi skutek polega na tym, iż zmianie uległa relacja między reżimem odpowiedzialności zamawiającego wynikającym z art. 465 ust. 1 Pzp a reżimem odpowiedzialności określonym w art. 647<sup>1</sup> k.c. Należy bowiem zauważyć, iż **w aktualnym stanie prawnym ustawa Prawo zamówień publicznych w sposób autonomiczny i wyczerpujący określa wszystkie elementy odpowiedzialności zamawiającego wobec podwykonawców wynikającej z tego aktu prawnego**, tj. przesłanki powstania tej odpowiedzialności (art. 465 ust. 1 Pzp w zw. z art. 464 Pzp), zakres podmiotowy (art. 465 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 464 Pzp i art.), przedmiotowy (art. 465 ust. 1–3 Pzp w zw. z art. 464 Pzp), procedurę dokonywania bezpośredniej płatności, w tym ochronę podwykonawców przed potrąceniem (art. 465 ust. 4 Pzp) oraz roszczenie regresowe (art. 465 ust. 6 Pzp). W celu ustalenia któregośkolwiek z elementów konstrukcyjnych tej odpowiedzialności nie ma konieczności sięgania, poprzez odesłanie zawarte w art. 456 ust. 8 Pzp, do przepisów Kodeksu cywilnego. Z tego względu pomiędzy wspomnianymi przepisami ustawy Pzp a art. 647<sup>1</sup> k.c. w tym zakresie nie zachodzi relacja *lex specialis–lex generalis*. W odniesieniu do aktualnej treści art. 456 ust. 8 Pzp nasuwa się zarazem pytanie, do jakich wskazanych w nim „zasad odpowiedzialności zamawiającego, wykonawcy, podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy z tytułu wykonanych robót budowlanych”, które nie zostały określone w ustawie Pzp, mają aktualnie znajdować zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego?

Umieszczenie art. 456 ust. 8 Pzp w systematyce ustawy Pzp wskazuje, iż odwołanie do „zasad odpowiedzialności” dotyczy odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom. W aktualnym stanie prawnym zasadnicze wątpliwości budzi celowość istnienia i funkcje tego przepisu odsyłającego, zważywszy na wspomniany wyczerpujący charakter regulacji odpowiedzialności zamawiającego za zapłatę wynagro-

## Podsumowanie

dzienia należnego podwykonawcom i dalszym podwykonawcom zawartej w ustawie Pzp. Gdyby odesłanie zawarte w art. 456 ust. 8 Pzp miało odnosić się do szerzej rozumianych „zasad odpowiedzialności z tytułu wykonanych robót budowlanych” innych niż zapłata wynagrodzenia podwykonawcom, to wystarczające w tym zakresie jest ogólne odesłanie wyrażone w art. 8 ust. 1 Pzp. Rozważania te prowadzą do wniosku, iż reżim odpowiedzialności zamawiającego wynikający z art. 465 ust. 1 Pzp i reżim odpowiedzialności inwestora określony w art. 647<sup>1</sup> k.c. mają charakter autonomiczny oraz pozostają w zbiegu alternatywnym (co do istoty tego zbiegu – zob. Łętowska, 2002, s. 16). O takim charakterze wspomnianego zbiegu decyduje fakt, iż w obu reżimach z uwagi na odmienne przesłanki oraz zakres przedmiotowy i podmiotowy odpowiedzialności zamawiającego roszczenia podwykonawców mogą być treściowo zróżnicowane. Zarazem zaspokojenie roszczenia oparte na jednym z reżimów spełnia cel ochronny, a tym samym eliminuje potrzebę korzystania z reżimu drugiego.

Wybór reżimu należy do wierzyciela, tj. podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, i co do zasady powinien być dokonany wraz z żądaniem zapłaty skierowanym do zamawiającego (inwestora). Odwołując się do tego wyboru, należy dokonywać oceny tego, czy spełnione zostały przesłanki powstania odpowiedzialności zamawiającego, czy zgłoszone roszczenie podwykonawcy mieści się w przedmiotowym i podmiotowym zakresie ochrony, a także oceny dopuszczalnych środków obrony zamawiającego i wykonawcy oraz regresu między nimi.

Przepisy ustawy Pzp (art. 465 w zw. z art. 464 i art. 7 pkt 27 Pzp) tworzą autonomiczny i wyczerpująco uregulowany reżim odpowiedzialności zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom. Pozostaje on w zbiegu alternatywnym z reżimem ochrony podwykonawców wynikającym z przepisów Kodeksu cywilnego (art. 647<sup>1</sup> k.c.). Pomimo istnienia normy odsyłającej art. 465 ust. 8 Pzp w aktualnym stanie prawnym pomiędzy wspomnianymi reżimami nie zachodzi relacja *lex specialis–lex generalis*. Ustawa Pzp określa samodzielnie wszystkie elementy odpowiedzialności zamawiającego wobec podwykonawców wynikającej z tego aktu prawnego, tj. przesłanki powstania tej odpowiedzialności (art. 465 ust. 1 Pzp w zw. z art. 464 Pzp), zakres podmiotowy (art. 465 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 464 Pzp), przedmiotowy (art. 465 ust. 1 – 3 Pzp w zw. z art. 464 Pzp), procedurę dokonywania bezpośredniej płatności (art. 465 ust. 4 Pzp), a także roszczenie regresowe (art. 465 ust. 6 Pzp). Dostrzegalne są natomiast istotne różnice między przesłankami i zakresem wspomnianej odpowiedzialności zamawiającego wobec podwykonawców na podstawie ustawy Pzp a analogicznymi elementami jego odpowiedzialności w alternatywnym reżimie wynikającym z art. 647<sup>1</sup> k.c. Różnica dotyczy także charakteru prawnego odpowiedzialności w obu przypadkach. W odróżnieniu do regulacji Kodeksu cywilnego odpowiedzialność zamawiającego i wykonawcy wobec podwykonawców wynikająca z art. 465 ust. 1 Pzp nie ma charakteru solidarnego, lecz *in solidum*.

## Przypisy/Notes

<sup>1</sup> Istnieje także trzeci reżim ochrony podwykonawców wynikający z ustawy z 28.06.2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych (Dz.U. 2012, poz. 891). Ustawodawca wprowadził tu ochronę selektywną, objęto nią bowiem jedynie przedsiębiorców (podwykonawców) stanowiących małe i średnie przedsiębiorstwa, uczestniczących w realizacji inwestycji budowlanych na rzecz jednego podmiotu, tj. Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad. Szerzej zob. Drapała, 2013, s. 27 i n.

<sup>2</sup> W motywie 105 preambuły dyrektywy 2014/24/UE wskazano, że niezależnie od obowiązków bądź uprawnień wynikających z regulacji art. 71 dyrektywy państwa członkowskie dysponują uprawnieniem do zastosowania regulacji krajowych, które będą przewidywać zasady odpowiedzialności lub środki dotyczące bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców w zakresie szerszym i bardziej rygorystycznym, niż wynika to z przepisów dyrektywy. Środki przewidziane w prawie krajowym mogą dotyczyć m.in. nadania instytucji zamawiającej uprawnień lub nawet wprost nałożenia obligatoryjnego wymogu weryfikacji, czy podwykonawca nie znajduje się w sytuacji, która uzasadniałaby wykluczenie wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne. Zarazem w orzecznictwie TSUE akcentuje się to, iż jednym z celów wynikających z dyrektywy 2014/24/UE jest wzmocnienie otwarcia postępowania przetargowego na konkurencję. Korzystanie z podwykonawstwa, które może sprzyjać przystępowaniu małych i średnich przedsiębiorstw do przetargów publicznych, przyczynia się właśnie do realizacji tego celu – zob. wyrok TSUE z 10.07.2014 r., *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, pkt 29; wyrok TSUE z 28.01.2016 r., *CASTA i in.*, C-50/14, pkt 55, wyrok TSUE z 5.04.2017 r., *C-298/15*, *UAB „Borta” vs. Klaipedos valstybinio juru uosto direkcijavi*, pkt 48 oraz wyrok TSUE z 26.09.2019 r., *C-63/18*, *Vitali Spa vs. Autostrade per l’Italia Spa*, pkt 27.

<sup>3</sup> Por. ESCL, 2015, s. 54, 235, 312, 445; ESCL, 2014, s. 7 i n. W angielskim *common law* podwykonawcy nie przysługują roszczenia wobec inwestora o zapłatę wynagrodzenia ani inwestorowi uprawnienie do dokonania bezpośredniej płatności. To ostatnie uprawnienie może jednak wynikać z postanowień umowy zawartej z wykonawcą – szerzej zob. Wilmot-Smith, 2010, s. 320; Lenz, 2009, s. 36. Co do orzecznictwa sądów amerykańskich w tej kwestii zob. Allensworth i in., 2009, s. 208–209; Gallagher, 1990, s. 9–13.

<sup>4</sup> W zakresie regulacji pozakodeksowych należy zwrócić uwagę na francuską ustawę z 31.12.1975 r. (nr 75–1334) o podwykonawstwie (Loi n° 75–1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance). Zgodnie z jej art. 12 podwykonawcy przysługują bezpośrednie roszczenie przeciwko zamawiającemu (*action directe contre le maître de l’ouvrage*), jeżeli generalny wykonawca nie zapłaci wynagrodzenia należnego zgodnie z umową o podwykonawstwo w ciągu miesiąca po wezwaniu go do usunięcia uchybienia. Szerzej zob. Ponce, 2006, s. 113–114.

<sup>5</sup> W odniesieniu do wspomnianych kar umownych zachowuje aktualność uchwała SN z 30.06.2020 r., III CZP 67/19, OSNC 2021 nr 1, poz. 1, w której wyrażono pogląd, iż art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. 1 Pzp2004 (obecnie art. 437 ust. 7 lit. a Pzp) stanowi normę szczególną wobec art. 483 § 1 k.c., w związku z czym za skuteczne uznano zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania zobowiązania pieniężnego, tj. braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom. Wysokość kar umownych przewidzianych w art. 437 ust. 7 Pzp nie może być kształtowana dowolnie. Powinny one pozostawać w rozsądnej proporcji do godnego ochrony interesu własnego zamawiającego i pośrednio interesu podwykonawców. Niezależnie od instytucji miarkowania (art. 484 § 2 k.c.) kontrola wysokości wspomnianych kar może następować także na podstawie kryteriów z art. 58 § 2 i art. 3531 k.c. (por. wyrok Sądu Najwyższego z 9.02.2005 r., II CK 420/04; wyrok SN z 26.10.2016 r., III CSK 312/15).

<sup>6</sup> Por. wyrok SN z 20.09.2018 r., IV CSK 457/17; wyrok SN z 7.03.2019 r., IV CSK 235/18; wyrok SA w Warszawie z 6.02.2020 r., VII AGa 706/19; wyrok SA w Białymstoku z 12.12.2019 r., I ACa 499/19; wyrok SA w Lublinie z 1.03.2022 r., I AGa 143/20; odmiennie, moim zdaniem nie trafnie, twierdzi J. Jerzykowski (2021, art. 465, teza 4).

<sup>7</sup> Wymienione przesłanki mają odpowiednie zastosowanie do roszczenia dalszego podwykonawcy wobec zamawiającego o wynagrodzenie, przy czym odpowiedzialność zamawiającego wobec tego podmiotu powstaje niezależnie od udzielenia lub braku zgody wykonawcy na zawarcie z nim umowy (art. 464 ust. 1 *in fine* Pzp).

- <sup>8</sup> Por. podobną argumentację w odniesieniu do odpowiedzialności solidarnej inwestora z art. 647<sup>1</sup> k.c. – Strzępka, 2019, s. 132 oraz wyrok SN z 18.06.2015 r., III CSK 371/14, wyrok Sądu Najwyższego z 9.04.2008 r., V CSK 492/07; wyrok SN z 2.07.2009 r., V CSK 24/09.
- <sup>9</sup> Por. wyrok SN z 26.9.2001 r., IV CKN 461/00, wyrok SN z 15.4.2003 r., V CKN 74/01, wyrok SN z 30.5.2006 r., IV CSK 66/06, wyrok SN z 5.12.2006 r., II CSK 274/06, por. Krajewski, 2020, s. 964; Popiołek, 2020, art. 390, nb. 3.
- <sup>10</sup> rzetelnie przedstawiając własne stanowisko na podstawie wspomnianego przepisu wykonawca może w szczególności wskazać na: a) niewykonanie lub nienależyte wykonanie prac (świadczeń) przez podwykonawcę lub wykonanie ich z wadami (por. wyrok SA w Poznaniu z 13.05.2015 r., I ACa 1467/14), b) brak wymagalności roszczenia podwykonawcy o wynagrodzenie, c) umorzenie roszczenia podwykonawcy o wynagrodzenia poprzez dokonane przez wykonawcę potrącenia roszczeń wynikających lub związanych z daną umową o podwykonawstwo (np. roszczeń o karę umowną, por. wyrok SN z 5.09.2012 r., IV CSK 91/12; wyrok SA w Katowicach z 17.12.2013 r., V ACa 766/13) lub d) odstąpienie przez wykonawcę od umowy z podwykonawcą ze skutkiem wstecznym (por. nb. 4.4 oraz uchwała SN z 10.07.2015 r., III CZP 45/15).
- <sup>11</sup> Dz.U. z 2017 r. poz. 933 ze zm.
- <sup>12</sup> Zob. wyrok SN z 20.09.2018 r., IV CSK 457/17; wyrok SA w Warszawie z 6.02.2020 r., VII AGa 706/19; wyrok SA w Białymstoku z 12.12.2019 r., I ACa 499/19.
- <sup>13</sup> W części odmiennie, moim zdaniem nietrafnie w: Umowa w sprawie zamówienia publicznego i jej wykonanie (Nowak & Winiarz (Red.), 2021, s. 1250–1251). Autorzy wskazują, iż odpowiedzialność zamawiającego względem podwykonawców w aktualnym stanie prawnym „ma charakter zbliżony do odpowiedzialności solidarnej”.
- <sup>14</sup> Art. 465 ust. 6 Pzp ma stanowić samodzielną podstawę roszczenia regresowego zamawiającego, określającą jego jurydyczny kształt (przeciwko komu przysługuje) oraz jeden z możliwych sposobów jego zaspokojenia (przez potrącenie). Koncepcja legislacyjna tego przepisu budzi jednak wątpliwości w zakresie, w jakim odnosi się do dokonywania przez zamawiającego bezpośrednich płatności wynagrodzenia na rzecz dalszych podwykonawców. W tym zakresie przepis art. 465 ust. 6 Pzp odbiega istotnie zarówno od zasad regresu określonych w art. 376 k.c., jak i od zasad rządzących roszczeniami regresowymi wynikających z Kodeksu cywilnego (art. 518 k.c.), a odnoszonych do przypadków odpowiedzialności *in solidum*. W przypadku spłaty przez zamawiającego długu podwykonawcy wobec dalszego podwykonawcy w razie zastosowania na art. 518 § 1 pkt 1 k.c. (do czego są podstawy, zamawiający odpowiada bowiem za dług formalnie własny, a materialnie cudzy), nabywałby on do wysokości dokonanej spłaty wierzycelności wobec podwykonawcy (co do stosowania art. 518 k.c. jako podstawy regresu w zobowiązaniach *in solidum* (zob. uchwałę SN z 19.10.1995 r., III CZP 98/95, OSNC 1995, nr 12, poz. 169; uchwałę SN z 12.06.1996 r., III CZP 58/96, OSNC 1996, nr 10, poz. 131 oraz Pyziak-Szafrnicka, 2020, s. 449). W pozostałym zakresie znajdowałyby zastosowanie zasada *nemo subrogat contra se* (art. 518 § 3 k.c.). Tymczasem według art. 465 ust. 6 Pzp w opisanej sytuacji zamawiający nabywa roszczenie regresowe wobec wykonawcy, nie zaś wobec dłużnika, którego dług spłacił (podwykonawcy). Skutek taki będzie następował również w sytuacji, gdy wykonawca wykonał swoje zobowiązanie do zapłaty należnego wynagrodzenia podwykonawcy, jedynie ten podmiot nie dokonał płatności na rzecz podwykonawcy. To rozwiązanie legislacyjne nie tylko odbiega od wspomnianych zasad wstąpienia w prawa zaspokojonego wierzyciela (art. 518 k.c.), ale rodzi też wątpliwości aksjologiczne, bowiem ciężar ekonomiczny dokonanej zapłaty podnosi inny podmiot niż dłużnik, którego dług jest spłacany.
- <sup>15</sup> Por. wyrok SN z 27.04.2016 r., II CSK 361/15.
- <sup>16</sup> Por. uchwałę składu siedmiu sędziów SN z 29.04.2008 r., III CZP 6/08, OSNC 2008, nr 11, poz. 121; uchwałę SN z 10.07.2015 r., III CZP 45/15, OSNC 2016, nr 6, poz. 73 oraz wyroki SN z 2.07.2009 r., V CSK 24/09, z 9.03.2007 r., V CSK 457/06, z 4.02.2011 r., III CSK 152/10 i z 17.02.2011 r., IV CSK 293/10.
- <sup>17</sup> Por. wyrok SN z 17.09.2021 r., V CSKP 43/21; postanowienie SN z 20.03.2019 r., IV CSK 329/18; wyrok SN z 18.06.2015 r., III CSK 371/14; wyrok SN z 17.10.2008 r., I CSK 106/08, OSNC-ZD 2009, nr C, poz. 64.
- <sup>18</sup> Zob. wyrok SN z 17.07.2009 r., IV CSK 83/09; wyrok SN z 17.12.2015 r., I CSK 1005/14.
- <sup>19</sup> Por. w odniesieniu do art. 647<sup>1</sup> k.c. wyrok SN z 12.09.2019 r., V CSK 324/18; wyrok SN z 10.11.2016 r., IV CSK 78/16; wyrok SN z 7.04.2017 r., V CSK 428/16, wyrok SN z 9.11.2018 r., V CSK 501/17, zob. też Juško, 2018, s. 47.
- <sup>20</sup> Por. wyrok SN z 2.03.2022 r., II CSKP 221/22; wyrok SN z 12.09.2019 r., V CSK 324/18; wyrok SN z 25.05.2016 r., V CSK 481/15.
- <sup>21</sup> Por. wyrok SN z 5.09.2012 r., IV CSK 91/12; wyrok SA w Białymstoku z 31.12.2015 r., I ACa 851/15; wyrok SA w Lublinie z 12.02.2014 r., I ACa 723/13.
- <sup>22</sup> Por. uchwałę SN z 10.07.2015 r., III CZP 45/15, OSNC 2016, z. 6, s. 50; szerzej por. Drapała, 2017, s. 795.
- <sup>23</sup> Por. wyrok SN z 24.01.2017 r., V CSK 219/16.

## Bibliografia/References

- Allensworth, W., Altman R. J., Overcash A., Petterson C. J. (2009). *Construction Law*. American Bar Association.
- Bączny, M. (1981). *Odpowiedzialność cywilna poręczyciela*. Wydawnictwo Naukowe UMK.
- Berek, M. (2016). *Solidarność bierna w stosunkach z wierzycielem*. Wolters Kluwer.
- Drapała, P. (2015). Odpowiedzialność zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy robót budowlanych w świetle Prawa zamówień publicznych. *Prawo Zamówień Publicznych*, (1).
- Drapała, P. (2017). W: J. Gudowski (Red.). *Kodeks cywilny. Komentarz*. Wolter Kluwer.
- Drapała, P. (2013). Ustawa o spłacie przez Skarb Państwa roszczeń podwykonawców w sektorze budowlanym – analiza krytyczna. *Przegląd Prawa Handlowego*, (7).
- ESCL. (2014). *Subcontracting in European Union*. ESCL Conference. Final report. Liege.
- ESCL. (2015). *Studies in European Construction Law*. European Society of Construction Law.
- Gallagher, E. G. (1990). Unpaid subcontractor's or supplier's right to payment out of contract funds. *Construction Lawyer*, (10).
- Jerzykowski, J. (2021). Komentarz do art. 465. W: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, & J. Jerzykowski (Red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*. Wolters Kluwer.
- Juško, M. (2018). Kaucja gwarancyjna a umowa o roboty budowlane. *Przegląd Sądowy*, (1).
- Krajewski, M. (2020). W: K. Osajda (Red.), *Prawo zobowiązań – część ogólna. System Prawa Prywatnego*. Tom 5. C.H.Beck.
- Lackoroński, B. (2023). W: K. Osajda (Red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*. Legalis.
- Lenz, C. (2009). Withholding payments due to subcontractor disputes. *Construction Law International*, (4).
- Lewaskiewicz-Petrykowska, B. (1976). Zobowiązania *in solidum*. *Studia Prawno-Ekonomiczne*, (27), 136–138.
- Longchamps de Berier, R. (1938). *Zobowiązania*. Księgarnia Wydawnicza Gubrynowicz i Syn.
- Łętowska, E. (2002). *Zbieg norm w prawie cywilnym*. C.H.Beck.
- Nowak, H., & Winiarz, M. (Red.) (2021). *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*. Urząd Zamówień Publicznych.
- Ponce, Ch. (2006). *Le contrat de construction de maison individuelle*. LexisNexis. Litec.
- Popiołek, W. (2020). Komentarz do art. 390. W: K. Pietrzykowski (Red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*. C.H.Beck.



- Radwański, Z. (1996). *Poręczenie. Komentarz do przepisów Kodeksu cywilnego*. Bankowa Spółka Prawnicza.
- Stalzer, J. (2021). W: R. Caranta, & A. Sanchez-Graells (Red.), *European Public Procurement. Commentary on Directive 2014/24/EU*. Edward Elgar. <https://doi.org/10.4337/9781789900682>
- Strzępka, J. A. (2019). W: J. A. Strzępka (Red.), *Umowa o podwykonawstwo robót budowlanych*. C.H.Beck.
- Pyziak-Szafnicka, M. (2020). W: K. Osajda (Red.) *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*. Tom 5. C.H.Beck.
- Szpunar, A. (1980). O solidarności niewłaściwej. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, (4).
- Wilmot-Smith, R. (2010). *Construction Contract*. Oxford.
- Wyrzykowski, W. (2019). W: J. A. Strzępka (Red.). *Umowa o podwykonawstwo robót budowlanych*. C.H.Beck.

#### Dr hab. Przemysław Drapała, prof. ALK

Profesor Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie, kierownik Katedry Prawa Cywilnego, autor ponad 100 publikacji z zakresu prawa cywilnego, handlowego i arbitrażu, członek zespołów problemowych Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego (do 2015 r.), radca prawny.

#### Dr hab. Przemysław Drapała, prof. ALK

Associate Professor at Leon Koźmiński Academy in Warsaw, Head of Civil Law Department, author of over 100 publications on civil, commercial and arbitration law, member of the task force of the Codification Commission for Civil Law (until 2015), legal advisor.



## ZAPOWIEDŹ

**Magdalena Ziolo, Beata Zofia Filipiak,  
Katarzyna Wójtowicz**

### RYZYO ESG W SAMORZĄDZIE TERYTORYALNYM

Ryzyko ESG jest obecnie jednym z rodzajów ryzyka, któremu w debacie publicznej poświęca się wiele miejsca. Jest to uzasadnione koniecznością wypracowania ram systemowych dla zarządzania tym rodzajem ryzyka, które dotyczy wszystkich uczestników rynku. Ryzyko ESG jest szczególnie istotne z punktu widzenia wpływu na samorząd terytorialny, który zarządza środkami publicznymi i realizuje zadania publiczne, bez których funkcjonowanie społeczności lokalnych nie byłoby możliwe. Obecnie samorząd terytorialny jest w fazie działań dostosowawczych do ryzyka ESG, które przebiegają z różnym zaawansowaniem.

Ryzyko zmian klimatu, transformacji energetycznej, starzenia się społeczeństwa czy ryzyko pandemiczne to tylko wybrane przykłady ryzyka ESG oddziałującego na jednostki samorządu terytorialnego. W monografii przedstawiono płaszczyzny i obszary usług publicznych realizowanych przez samorząd terytorialny najbardziej wrażliwe na działanie ryzyka ESG. Przedmiotem rozważań opracowania jest także mechanizm dostosowawczy i działania podjęte przez samorząd terytorialny w Polsce mające redukować negatywny wpływ ryzyka ESG na aktywność JST i stabilność ich budżetów. Istotny wątek rozważań podjętych w monografii dotyczy niskoemisyjności oraz kwestii dotyczących działań na rzecz transformacji energetycznej czy walki ze smogiem. Poruszono także problemy związane z zabezpieczeniem przed ryzykiem pandemicznym oraz wskazano na wyzwania kreowane przez ryzyko ESG dla JST.

Więcej informacji na stronie [www.pwe.com.pl](http://www.pwe.com.pl)