

Krzysztof Gołębiowski

Uniwersytet Wrocławski

e-mail: krzysztof.golebiowski@uwr.edu.pl

**PROBLEM ISTNIENIA UPRAWNIENIA
PODwyKONAWCY DO DOMAGANIA SIĘ
OD ZAMAWIAJĄCEGO ZAPŁATY WYNAGRODZENIA
W SYTUACJI UREGULOWANEJ
W ART. 143C UST. 1 P.Z.P.¹**

**THE SUBCONTRACTOR'S RIGHT
TO DEMAND PAYMENT FROM THE CONTRACT
AWARDING PARTY IN THE SITUATION GOVERNED
BY ART. 143C SEC. 1 PPL
(PUBLIC PROCUREMENT LAW)**

DOI: 10.15611/pn.2018.540.12

Streszczenie: Artykuł dotyczy problemu istnienia po stronie zamawiającego obowiązku zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy w sytuacji uregulowanej w art. 143c p.z.p. Przepis ten stanowi, że „Zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub który zawarł przedłożoną zamawiającemu umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę zamówienia na roboty budowlane”. Z niektórych wypowiedzi doktryny oraz orzecznictwa wynika, że zamawiający nie jest obciążony obowiązkiem zapłaty wynagrodzenia, a w konsekwencji podwykonawcy nie przysługuje wobec zamawiającego roszczenie o zapłatę. W opracowaniu podjęto próbę oceny trafności poglądów prezentowanych na tle przedstawionego problemu.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne, podwykonawstwo, odpowiedzialność inwestora.

Summary: The paper discusses the obligation of a contract awarding party to pay remuneration due to a subcontractor in the situation governed by art. 143c ppl. Art. 143c sec. 1 ppl states that “the contract awarding party shall make direct payment of the remuneration due to a subcontractor or further subcontractor engaged under subcontracting contract for

¹Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, tekst jednolity Dz. U. z 2018 r., poz. 1986. Dalej p.z.p.

the performance of construction works, approved by the contract awarding party or under a supply or service contract submitted to the contract awarding party, when the contractor, subcontractor, or further subcontractor, as applicable, evades their obligation to pay for the contracted construction works". As regards the interpretation of this article, there are opinions in the publications and judicature that a contract awarding party is not under any obligation to pay the remuneration and, consequently, a subcontractor has no right to claim such payment. These opinions, however, differ from the interpretation that has prevailed in the doctrine. The present publication is an attempt to assess the pertinence of the views in the light of the problem discussed.

Keywords: public contracts, subcontracting, investor liability.

1. Wstęp

Ryzyko nieotrzymania zapłaty za spełnione przez przedsiębiorcę świadczenie² pojawia się szczególnie często w toku realizacji inwestycji budowlanych, w których występuje „łańcuch podmiotów” powiązanych kolejno zawieranymi umowami zobowiązującymi. Ostateczny faktyczny beneficjent spełnianych w ten sposób świadczeń, czyli inwestor (zamawiający w terminologii p.z.p.), związany jest stosunkiem prawnym najczęściej tylko z jednym z tych podmiotów (generalnym wykonawcą, w terminologii w p.z.p. – wykonawcą), podczas gdy pozostali uczestniczący w realizacji inwestycji przedsiębiorcy pozostają w stosunkach prawnych z generalnym wykonawcą lub z jego podwykonawcami. Problem celowości zapewnienia podwykonawcom ochrony prawnej przez przyznanie im możliwości żądania zapłaty od podmiotu, z którym nie zawierali umowy (przede wszystkim właśnie inwestora), od dawna jest przedmiotem dyskusji, toczącej się zwłaszcza w związku z obowiązywaniem regulacji art. 647¹ Kodeksu cywilnego (k.c.). Nieco w jej tle pozostaje zagadnienie skutków obowiązywania art. 143a-143c p.z.p. Przepisy te swoim zakresem obejmują podwykonawców zamówień publicznych³, których przedmiotem są roboty budowlane. Najważniejszym z nich jest art. 143c ust. 1 p.z.p., normujący kwestię tzw. bezpośredniej zapłaty przez zamawiającego wynagrodzenia należnego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy. Obserwacja praktyki prowadzi do dwóch zasadniczych wniosków: o stosunkowo rzadkim sięganiu do tych przepisów w sytuacji, gdy dla podwykonawcy dostępna jest ochrona zapewniona przez art. 647¹ k.c., oraz o tym, że zamawiający nie kwestionują istnienia swojej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom na podstawie art. 143c ust. 1 p.z.p.

Zdecydowanie dominuje w doktrynie teza o tym, że art. 143c ust. 1 p.z.p. kreuje po stronie podwykonawcy i dalszego podwykonawcy roszczenie przeciwko zama-

² Problem dostrzegany jest przez państwo, czego efektem są propozycje zmian prawnych mających zapobiegać tym negatywnym zjawiskom, por. projekt ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia zatorów płatniczych, <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12316111>.

³ W tym dostawców i usługodawców, co zasadniczo odróżnia tę regulację od art. 647¹ k.c.

wiającemu o zapłatę wynagrodzenia należnego na podstawie umowy o podwykonawstwo w sytuacji, w której nie uzyskał tego wynagrodzenia od swojego kontrahenta (wykonawcy, podwykonawcy, dalszego podwykonawcy). Co ciekawe, kwestia ta w zasadzie nie była analizowana w orzecznictwie. Może to być spowodowane wspomnianą już praktyką zamawiających. Zagadnienie jednak nie jest wolne od kontrowersji. Poza mniejszościowym stanowiskiem wyrażonym w doktrynie szczególną uwagę zwraca wyrok jednego z sądów apelacyjnych, który wprost zakwestionował „roszczeniowy” charakter przywołanej regulacji prawnej. Okoliczność ta, powiązana z wagą praktyczną zagadnienia, skłania do bliższego przyjrzenia się charakterowi prawnemu art. 143c ust. 1 p.z.p.

2. Regulacja art. 143b-143c p.z.p. i jej interpretacja w doktrynie

Przepisy art. 143a-143c zostały wprowadzone do p.z.p. ustawą o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych z 8 listopada 2013 r.⁴ Kluczowe znaczenie dla niniejszych rozważań ma art. 143c ust. 1 p.z.p., stanowiący, że „zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub który zawarł przedłożoną zamawiającemu umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę zamówienia na roboty budowlane”. Zacytowany przepis nawiązuje do uregulowanego w art. 143b trybu przedkładania zamawiającemu (a w przypadku umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane, także akceptacji przez zamawiającego) umów o podwykonawstwo w ramach zamówień publicznych na roboty budowlane.

Zdecydowanie dominuje w literaturze wykładnia, zgodnie z którą art. 143c ust. 1 p.z.p. pełni funkcję ochronną i przyznaje podwykonawcom zamówienia publicznego – po spełnieniu określonych przesłanek – prawo domagania się od zamawiającego zapłaty wynagrodzenia w części, w której od spełnienia tego obowiązku uchyla się wykonawca, ewentualnie podwykonawca lub dalszy podwykonawca⁵. Przepis, zgodnie z tym zapatrywaniem, pełni funkcję podobną do art. 647¹ k.c., przy czym podkreśla się odmienny zakres przedmiotowy tej ochrony: obejmuje on bowiem nie tylko podwykonawców, którzy wykonują roboty budowlane, lecz także dostawców i usługodawców⁶.

⁴ Dz.U. z 2013 r., poz. 1473.

⁵ W zależności od tego, z którym z tych podmiotów zawarł umowę podmiot występujący o wypłatę wynagrodzenia do zamawiającego. Przepis obejmuje bowiem zakresem zastosowania nie tylko pierwszego podwykonawcę, a więc tego, który zawarł umowę z wykonawcą zamówienia publicznego, ale także dalszych podwykonawców.

⁶ E. Zielińska, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Zobowiązania. Część szczególna (art. 535-764)*, red. M. Habdas, M. Frasz, Warszawa 2018, s. 322-323.

W doktrynie często wspomina się o obowiązku dokonania bezpośredniej zapłaty jako o skutku obowiązywania art. 143c ust. 1 p.z.p.⁷, przy czym można spotkać nawet twierdzenia o istnieniu w tym zakresie odpowiedzialności solidarnej⁸. D. Adamus i M. Borowiak stwierdzili, że „akceptacja umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem jest realizacja robót budowlanych, wywołuje na gruncie przepisów p.z.p. skutek w postaci powstania po stronie podwykonawcy uprawnienia do skierowania wobec zamawiającego roszczenia o zapłatę wynagrodzenia, przy czym – zgodnie z treścią art. 143c ust. 2 p.z.p. – odpowiedzialność zamawiającego ograniczona jest wyłącznie do należności powstałych po zaakceptowaniu umowy o podwykonawstwo”⁹. Z kolei P. Drapała uznał, że ze względu na „imperatywny charakter” art. 143a-143c p.z.p. „umowa między zamawiającym a wykonawcą nie może prowadzić do wyłączenia lub ograniczenia roszczenia podwykonawców i dalszych podwykonawców wobec zamawiającego o zapłatę należnego im wymagalnego wynagrodzenia”¹⁰ – autor wyraźnie zatem podkreślił istnienie roszczenia po stronie podwykonawcy. Wątpliwości co do istnienia obowiązku dokonania „bezpośredniej zapłaty” nie zgłaszali też inni autorzy komentujący tę regulację¹¹, a także KIO¹².

⁷ Zob. przede wszystkim: M. Perczak, *O zmianie umowy w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań podwykonawców*, Zamawiający, 2018, nr 28, s. 45; J.E. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 1029-1030, I. Skubiszak-Kalinowska, [w:] I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 1125-1126; K. Zadykowicz-Sokół, *Ochrona podwykonawców w zamówieniach publicznych – problemy praktyczne*, Zamawiający, 2016, z. 15, s. 25-26. Pośrednio zasadność takiej wykładni potwierdził także Ł. Sadłowski, *Nowe reguły odpowiedzialności solidarnej inwestora w procesie budowlanym*, Zamawiający, 2017, z. 24, s. 55, który wprost wspomina o „reżimie odpowiedzialności zamawiającego i wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy”. Autor jednak przedstawia jednocześnie sugestię, jakoby istnienie tego reżimu wyłączało zastosowanie art. 647¹ k.c. w umowach o roboty budowlane w ramach zamówień publicznych – jest to pogląd nietrafny. Zob. np. P. Drapała, *Ochrona roszczeń podwykonawców – mankamenty legislacyjne i wątpliwości w zakresie wykładni art. 143a–143d ZamPublU*, Prawo Zamówień Publicznych, 2016, nr 1 s. 18-19, który podkreśla, że oba zespoły norm pozostają w zbiegu alternatywnym. Zob. również E. Zielińska, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Zobowiązania. Część szczególna (art. 535-764⁹)*, s. 321-322.

⁸ Zob. M. Jaworska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 746. Autorka nie wskazała, z kim zamawiający odpowiada solidarnie, jednak należy zakładać, że chodzi o wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę, który zawarł umowę o podwykonawstwo, z której pierwotnie wynikał obowiązek zapłaty wynagrodzenia. W związku z treścią art. 369 k.c. teza o istnieniu w tym zakresie odpowiedzialności solidarnej nie wydaje się trafna. Mogłaby ją uzasadniać ewentualnie specyficzna wykładnia art. 143c ust. 8 p.z.p. Szerzej o tym, że przepis nie wskazuje wprost charakteru odpowiedzialności zamawiającego oraz że nie jest to odpowiedzialność solidarna, zob. P. Drapała, wyd. cyt., s. 20 i K. Zadykowicz-Sokół, *Ochrona podwykonawców w zamówieniach publicznych – problemy praktyczne*, s. 25-26.

⁹ D. Adamus, M. Borowiak, *Odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia*, Monitor Zamówień Publicznych, 2016, nr 7, s. 39-40.

¹⁰ P. Drapała, wyd. cyt., s. 25.

¹¹ P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1191-1194; M. Jaworska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, 2018, s. 747-749.

¹² Uzasadnienie wyroku KIO z dnia 24 sierpnia 2016 r., KIO 1477/16.

W literaturze spotkać można jednak pogląd odmienny. J. Jerzykowski stwierdził w odniesieniu do art. 143c ust. 1 p.z.p., że wprowadzie „stanowcze brzmienie jego postanowień nie pozostawia wątpliwości, iż na jego podstawie zamawiający obowiązany jest do dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcom oraz dalszym podwykonawcom”, jednak jednocześnie „komentowany przepis nie rozstrzyga, czy podmiotom tym służy do zamawiającego roszczenie o zapłatę swoich należności”. Wątpliwości wynikające ze stanowczego brzmienia przepisu nie są w ocenie autora wystarczające, aby uznać, że uprawnienie takie istnieje, gdyż „zasadniczym argumentem przemawiającym przeciwko przyjęciu tej tezy jest sam charakter prawny umowy o podwykonawstwo (art. 2 pkt 9b) jako stosunku prawnego o charakterze zobowiązaniowym. Jest to bowiem stosunek dwustronny, prawnie skuteczny tylko *inter partes*. Uczynienie jakiegokolwiek osoby trzeciej (w tym przypadku zamawiającego) zobowiązaniem w związku ze stosunkiem prawnym, w którym nie uczestniczy, wymagałoby jednoznacznej decyzji ustawodawcy albo dokonania przez tę osobę trzecią jakiejś czynności prawnej czyniącej ją odpowiedzialną za dług cudzy (np. udzielenia poręczenia za dłużnika albo przystąpienia do długu)”. Ponadto J. Jerzykowski podkreślił, że „w przypadku komentowanego przepisu ustawodawca nie wyraził chociażby pośrednio skutku prawnego w postaci powstania jakiegokolwiek rodzaju odpowiedzialności zamawiającego za nieuiszczone należności podwykonawców (dalszych podwykonawców). Artykuł 143c ust. 1 należy postrzegać zatem jako przepis wyrażający normę prawną przyznającą zamawiającemu uprawnienie do dokonania bezpośredniej zapłaty wraz z obowiązkiem skorzystania z tej kompetencji, ale nie jako statuujący normę prawną kreującą roszczenie podwykonawcy (dalszego podwykonawcy) o zapłatę w stosunku do zamawiającego”¹³.

Do tej argumentacji nawiązał Sąd Apelacyjny w Szczecinie w uzasadnieniu wyroku z dnia 12 listopada 2015 r.¹⁴, wyraźnie odrzucając możliwość wywodzenia z art. 143c ust. 1 p.z.p. roszczeń podwykonawcy względem zamawiającego. Obszerne rozważania dotyczące omawianego problemu, z wyraźnym odniesieniem do przywołanej wypowiedzi J. Jerzykowskiego, zawiera także uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 12 maja 2017 r.¹⁵ Mając na uwadze różnorodność poruszonych w uzasadnieniu wyroku zagadnień i argumentów oraz wyjątkowość podejmowania tego problemu w orzecznictwie, warto przytoczyć jego obszerniejsze fragmenty. Przedmiotem rozstrzygnięcia było roszczenie o zapłatę, które powód (dostawca materiałów budowlanych) skierował przeciwko pozwanemu powiatowi. Strony procesu nie były związane umownym stosunkiem zobowiązaniowym. Powód wywodził jednak, że był podwykonawcą zamówienia publicznego,

¹³ J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 816-817.

¹⁴ I ACa 744/15, LEX nr 2020424.

¹⁵ I ACa 1036/16, LEX nr 2302089.

a swoje roszczenie o zapłatę przeciwko zamawiającemu uzasadniał właśnie treścią art. 143c ust. 1 p.z.p.

Sąd zauważył przede wszystkim, iż rozpoznawana sprawa ma charakter precdensowy, a podstawowe znaczenie dla jej rozstrzygnięcia ma analizowany w niniejszym opracowaniu problem. Uznał następnie, że trafna jest interpretacja wykluczająca „możliwość kierowania przez podwykonawcę i dalszego podwykonawcę roszczeń w stosunku do zamawiającego na podstawie art. 143c ust. 1 p.z.p.” Sąd podkreślił, że „kategoryczna wymowa tego przepisu nakazuje przyjąć, że zamawiający ma obowiązek dokonania bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, o ile spełnione zostaną określone warunki. Pomimo jednak imperatywnego wydzwiku tego przepisu, zasadniczym argumentem podważającym trafność pierwszej koncepcji jest (...) brak wyraźnego uregulowania przez ustawodawcę (świadomie bądź też przez przeoczenie) odpowiedzialności zamawiającego. Nie jest to bowiem ani odpowiedzialność solidarna (w myśl art. 369 k.c. musi ona wyraźnie wynikać z ustawy albo z istoty czynności prawnej), ani też konstrukcja oparta na art. 356 § 2 k.c., czy art. 518 k.c. Uczynienie zamawiającego – a więc podmiotu zewnętrznego, nie uczestniczącego w relacji między wykonawcą a podwykonawcą, czy podwykonawcą a dalszym podwykonawcą – odpowiedzialnym za cudze długi, winno znaleźć wyraźną podstawę normatywną, a nie być przedmiotem domniemań”.

Sąd wywiódł ponadto, że „względy celowościowe przemawiają za tym, by nie rozszerzać szczególnych przywilejów podwykonawców, ale by zapewnić w miarę równą pozycję wszystkim uczestnikom zamówienia publicznego, w tym zamawiającemu, który realizuje przedsięwzięcia na szeroką skalę (w tym obiekty użyteczności publicznej) dysponując przy tym środkami publicznymi, a nierzadko także unijnymi, z których musi się rozliczyć (...) norma z art. 143c ust. 1 p.z.p. chroni podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę w stopniu wystarczającym już przez sam fakt, że przewiduje możliwość dokonania przez zamawiającego bezpośredniej zapłaty na ich rzecz w sytuacji zalegania z płatnościami przez inne podmioty”. Sąd stwierdził, że „nadrzędnym celem regulacji z art. 143c ust. 1 p.z.p. nie powinna być zatem tylko ochrona podwykonawcy czy dalszego podwykonawcy przed »zatorami« płatniczymi, ale przynajmniej w równym stopniu ochrona samego zamawiającego przed koniecznością podwójnej zapłaty na rzecz dwóch różnych podmiotów za te same prace. Bez tej regulacji zamawiający praktycznie nie miałby żadnych narzędzi, by skutecznie ochronić się przed skutkami niewypłacalności wykonawców i podwykonawców wobec ich kontrahentów (a zatem podmiotów, z którymi nie łączy go żaden stosunek prawny); część z nich (spełniająca określone kryteria) może bowiem dochodzić swych roszczeń na podstawie normy ogólnej z art. 647¹ § 5 k.c.”

3. Stanowisko autora w przedmiocie charakteru prawnego art. 143c ust. 1 p.z.p.

Należy opowiedzieć się zdecydowanie za stanowiskiem dominującym w doktrynie. W sytuacji, o której mowa w art. 143c ust. 1 p.z.p., zamawiający ma obowiązek dokonania zapłaty na rzecz podwykonawcy. Kwestia ta będzie przedmiotem szerszych rozważań, jednak już w tym miejscu trzeba podkreślić, że istnienie obowiązku dokonania zapłaty rozumiane jest tu w sposób ścisły i oparty na powszechnie akceptowanej konstrukcji stosunku cywilnoprawnego: obowiązek określonego podmiotu podjęcia pewnego zachowania, którego recypientem ma być inny podmiot, oznacza istnienie po stronie tego innego podmiotu uprawnienia do domagania się, aby zobowiązany zachował się w sposób odpowiadający swojemu obowiązkowi¹⁶. Innymi słowy, stwierdzenie, że określona osoba ma obowiązek dokonania zapłaty na rzecz innej osoby, oznacza, że ta ostatnia ma uprawnienie (roszczenie) do domagania się dokonania tej zapłaty (por. art. 353 § 1 k.c.).

Za takim rozwiązaniem przemawiają zwłaszcza wyniki wykładni językowej. W art. 143c ust. 1 p.z.p. mowa jest wprost o tym, że „zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty”. Takie sformułowanie wskazuje na istnienie po stronie zamawiającego obowiązku spełnienia świadczenia¹⁷. Nic nie stało na przeszkodzie, by ustawodawca użył zwrotu, który wprost przesądzi fakultatywność dokonania zapłaty na rzecz podwykonawcy, takiego jak „może dokonać zapłaty”. Ponadto w art. 143c ust. 7 p.z.p. wprost mowa jest o „konieczności wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, o których mowa w ust. 1”, co potwierdza, że zamawiający nie ma wyboru sposobu postępowania: w razie wystąpienia ustawowych przesłanek znajduje się w sytuacji określonej jako „konieczność” dokonania zapłaty na rzecz podwykonawcy. Również w tym wypadku w przepisie mogło przecież znaleźć się określenie wskazujące na fakultatywność zapłaty, np. „wielokrotne korzystanie z uprawnienia, o którym mowa w ust. 1”.

Także pozostałe zawarte w art. 143c p.z.p. regulacje przemawiają za przyjętą wykładnią. Dotyczy to zwłaszcza art. 143c ust. 4 oraz 5 p.z.p. Nałożenie na zamawiającego obowiązku umożliwienia wykonawcy zgłoszenia w formie pisemnej uwag dotyczących zasadności bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, a tym bardziej możliwość odmowy dokonania takiej zapłaty¹⁸ lub złożenia przedmiotu świadczenia do depozytu sądowego mogą *prima facie* sugerować, że decyzja o uwzględnieniu żądania podwykonawcy pozostawiona jest swobodnej ocenie zamawiającego. Zagadnienie to, zwłaszcza szcze-

¹⁶ Z. Banaszczyk, *System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna, tom 1*, red. M. Safjan, Warszawa 2012, s. 954-957.

¹⁷ Zob. też K. Zadykiewicz-Sokół, *Ochrona podwykonawców w zamówieniach publicznych – problemy praktyczne*, Warszawa 2018, s. 25.

¹⁸ Co ma miejsce, „jeżeli wykonawca wykaże niezasadność takiej zapłaty”.

gółowa ocena wadliwej w sposób fundamentalny regulacji art. 143c ust. 5 pkt 2 p.z.p., wymagałoby obszernego omówienia przekraczającego ramy opracowania. W tym miejscu wypada ograniczyć się do najważniejszych uwag. Przede wszystkim nie sposób przepisu interpretować w ten sposób, że zwalnia on zamawiającego z obowiązku dokonania bezpośredniej zapłaty wtedy, gdy na skutek złożenia przez wykonawcę wyjaśnień wystąpi subiektywne czy nawet obiektywnie uzasadnione przekonanie zamawiającego o niezasadności zapłaty albo wspomniane w art. 143c ust. 5 pkt 2 istotne wątpliwości. Decyzje zamawiającego o odmowie zapłaty lub złożeniu kwoty do depozytu sądowego mogą być oceniane jako prawidłowe tylko z tym skutkiem, że zamawiający nie będzie ponosił odpowiedzialności za skutki opóźnienia w spełnieniu świadczenia, ale tylko do momentu, w którym poznał okoliczności potwierdzające zasadność roszczenia podwykonawcy¹⁹. Podstawowa funkcja art. 143c ust. 5 pkt 2 p.z.p. polega na tym, że modyfikuje on zakres dopuszczalnych sposobów zwolnienia się z długu przez zamawiającego przez (niecelowe i konstrukcyjnie wadliwe) rozszerzenie w stosunku do zasad ogólnych katalogu okoliczności pozwalających na złożenie przedmiotu świadczenia do depozytu sądowego. Pośrednio zresztą przepis ten potwierdza istnienie zobowiązania w relacji zamawiającego z podwykonawcą – złożenie do depozytu dotyczy przecież przedmiotu świadczenia, a więc elementu istniejącego zobowiązania. Gdyby zamawiający nie był dłużnikiem podwykonawcy w sytuacji regulowanej w art. 143c ust. 1 p.z.p., umożliwienie mu korzystania z możliwości złożenia przedmiotu świadczenia do depozytu sądowego byłoby bezprzedmiotowe.

Również wykładnia celowościowa przemawia za uznaniem, że zamawiający ma obowiązek dokonania „bezpośredniej zapłaty”. Nie budzi wątpliwości cel ustawy nowelizującej, którym było, zgodnie z uzasadnieniem jej projektu, „stworzenie mechanizmu gwarantującego wywiązywanie się przez podmioty realizujące zamówienie publiczne z tytułu zapłaty wynagrodzenia należnego ich podwykonawcom i dalszym podwykonawcom”. Projektodawcy wskazali również, że „temu celowi służy akceptowanie lub zapoznawanie się przez zamawiającego z umowami o podwykonawstwo oraz uzależnienie wypłaty wynagrodzenia wykonawcy od rozliczenia się z podwykonawcami i dalszymi podwykonawcami, będącymi stronami umów zaakceptowanych lub znanych zamawiającemu. Nie można jednak wykluczyć sytuacji, gdy wymagalne wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy nie zostanie uiszczone. Na taką okoliczność proponuje się wprowadzenie obowiązku dokonania bezpośredniej zapłaty, przez zamawiającego, na rzecz podmiotu realizującego część zamówienia publicznego, którego wymagalne wynagrodzenie nie zostało uiszczone przez zleceniodawcę”²⁰. Tylko istnienie obowiązku dokonania

¹⁹ W razie bezzasadnego dokonania złożenia przedmiotu świadczenia do depozytu sądowego, zamawiający może ponieść także odpowiedzialność za opóźnienie lub zwłokę w zapłacie wynagrodzenia na rzecz wykonawcy.

²⁰ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych, druk sejmowy nr 1179 z 28 lutego 2013 r.

bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawców może zrealizować tak nakreślone cele. Gdyby bowiem zamawiający miał korzystać jedynie z prawa dokonania takiej zapłaty, pozycja prawna podwykonawców byłaby niepewna, a ich interesy nie byłyby chronione.

Gdyby nie istniał po stronie zamawiającego obowiązek dokonywania zapłaty i powiązane z nim roszczenie podwykonawców o dokonanie zapłaty, należałoby uznać, że cała regulacja art. 143c p.z.p., a w istocie również przepisu go poprzedzającego, jest zbędna. Trudno byłoby dostrzegać sens realizowania procedury zgłaszania lub akceptacji umów z podwykonawcami, przewidzianej w art. 143b p.z.p., jeżeli jej przeprowadzenie nie powodowałoby żadnych skutków dla sytuacji stron, zwłaszcza dla samego podwykonawcy. Z kolei przyjęcie, że zamawiający ma tylko swoje uprawnienie do wyboru, czy i któremu z podwykonawców spełniających przesłanki z art. 143c ust. 1 p.z.p. powinien wypłacić kwotę odpowiadającą nieotrzymanemu wynagrodzeniu, byłoby sprzeczne z podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych i elementarnym poczuciem sprawiedliwości. Dysponowanie środkami publicznymi odbywałoby się bowiem na zasadzie dowolności, poza kontrolą sądową. Tylko interpretacja zmierzająca do zapewnienia przewidywalności zachowań zamawiającego pozwala realizować cele analizowanej regulacji.

Wśród całości udzielanych w Polsce zamówień publicznych największą wartość mają te, których przedmiotem są roboty budowlane. Jednocześnie od dawna podkreśla się, że ze względu na różne uwarunkowania prawne i organizacyjne nie mogą w nich z powodzeniem uczestniczyć liczne podmioty prowadzące działalność w branży budowlanej, np. wykonawcy robót specjalistycznych (czy szerzej: tacy, którzy nie są w stanie przyjąć na siebie roli generalnego wykonawcy), producenci materiałów budowlanych, osoby świadczące usługi niebędące wykonywaniem samych prac budowlanych. Wszystkie te podmioty, mimo posiadania kwalifikacji, doświadczenia i możliwości gospodarczych, nie mają więc dostępu do środków publicznych rozdysponowywanych w ramach zamówień publicznych²¹. Problem braku dostępu do zamówień publicznych niektórych przedsiębiorców, w tym z sektora małych i średnich przedsiębiorców, od dawna jest dostrzegany m.in. przez Komisję Europejską. Metodą zmiany tego ocenianego negatywnie stanu rzeczy ma być m.in. zachęcanie do udziału w wykonywaniu zamówienia w charakterze podwykonawcy²². Analizowany problem powinien być interpretowany w zgodzie z przepisami dyrektywy 2014/24²³, której art. 71 przewiduje możliwość ochrony interesów podwykonawców poprzez wprowadzenie przez państwa członkowskie obowiązku

²¹ J. Rokicki, [w:] J. Rokicki, A. Zdebel-Zygmunt, *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2014, s. 68.

²² Szerzej: W. Dzierżanowski, *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2012, s. 321-327.

²³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE z dnia 26 lutego 2014 r. (Dz.Urz.UE.L nr 94, s. 65).

dokonywania bezpośredniej płatności i właśnie dlatego art. 143c p.z.p. należy interpretować jako narzędzie takiej ochrony. W motywie 78 preambuły tej dyrektywy stwierdzono m.in.: „państwa członkowskie powinny zachować możliwość podejmowania dalszych starań w celu ułatwienia MŚP udziału w rynku zamówień publicznych, (...) w tym samym celu państwa członkowskie powinny także mieć możliwość zapewnienia mechanizmów służących dokonywaniu bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców”, z kolei w motywie 124 stwierdzono, iż: „mając na uwadze potencjał MŚP w kontekście tworzenia miejsc pracy, a także wzrostu gospodarczego i innowacji, ważne jest, by zachęcać MŚP do udziału w zamówieniach publicznych – zarówno przez odpowiednie przepisy niniejszej dyrektywy, jak i przez inicjatywy na szczeblu krajowym”. Pełne osiągnięcie przedstawionych celów nie będzie jednak możliwe, jeżeli podwykonawstwo będzie wiązało się ze znacznym ryzykiem ekonomicznym. Ujmując zagadnienie inaczej, należy stwierdzić, że podwykonawcy będą rzeczywiście mogli uzyskać dostęp do środków publicznych przeznaczanych na inwestycje publiczne w branżach szczególnie narażonych na „zatory płatnicze” tylko wtedy, kiedy otrzymają istotne gwarancje uzyskania zapłaty wynagrodzenia w zamian za prawidłowo spełnione świadczenia.

Trzeba też zauważyć, że w obrocie wykształciło się przeświadczenie o tym, że spełnienie przesłanek z art. 143b p.z.p. stanowi gwarancję otrzymania zapłaty wynagrodzenia, pełniącą podobną funkcję do akceptacji inwestora zgodnie z art. 647¹ k.c. Ze względu na publiczny charakter podmiotu odpowiedzialnego za zapłatę tę gwarancję traktuje się zazwyczaj jako silne zabezpieczenie wiarygodności. Ma to szczególne znaczenie ze względu na to, że w wielu przetargach na realizację zamówienia publicznego wybierane są oferty podmiotów o złej kondycji finansowej. Przedsiębiorcy świadomi tego faktu decydują się na realizację dostaw czy wykonywanie usług jako podwykonawcy takich zamówień wyłącznie ze względu na przeświadczenie o istnieniu odpowiedzialności za zapłatę ich wynagrodzenia po stronie zamawiającego. Takie podejście uczestników obrotu oparte jest nie tylko na brzmieniu przepisu i wypowiedziach przedstawicieli nauki prawa, ale także na znajomości postawy samych zamawiających, którzy dokonywali zapłaty należności podwykonawców na podstawie art. 143c p.z.p. w sytuacjach problemów finansowych wykonawców zamówień publicznych. Przyjęcie w dwóch powołanych orzeczeniach wykładni sprzecznej z niemal jednolicie reprezentowanym przez doktrynę poglądem było więc nie tylko nieoczekiwane pod względem czysto jurydycznym, lecz musiało także stanowić spore zaskoczenie dla przedsiębiorców. Podtrzymywanie tej kontrolerskiej interpretacji przez sądy powszechne byłoby więc faktycznym zagrożeniem dla bezpieczeństwa obrotu.

Warto podkreślić, że przedsiębiorca otrzymujący zamówienie publiczne, ze względu na publiczny charakter podmiotu będącego zamawiającym uzyskuje w zasadzie pewność otrzymania zapłaty w razie prawidłowego spełnienia świadczenia. Krytykowana tu wykładnia zakłada, że inne uczestniczące w procesie inwestycyjnym podmioty pewności takiej nie będą miały, mimo że sam fakt uczestniczenia

w realizacji inwestycji o charakterze publicznym może stwarzać u wielu, zwłaszcza mniejszych przedsiębiorców, poczucie bezpieczeństwa. Co istotne, podwykonawca nie jest najczęściej w stanie uzyskać takich zabezpieczeń, jakie możliwe są niejednokrotnie do wynegocjowania w wypadku umów zawieranych poza systemem zamówień publicznych, np. poręczenia ze strony inwestora lub kumulatywnego przestąpienia przez niego do długu. Zamawiający, z różnych przyczyn, zwłaszcza ustrojowych, nie udzielają w zasadzie tego rodzaju zabezpieczeń.

Można też zauważyć, że podwykonawcy i dalsi podwykonawcy wykonujący na podstawie umowy z wykonawcą zamówienia publicznego (odpowiednio – z podwykonawcą) roboty budowlane w wielu sytuacjach mogą skorzystać z ochrony przyznanej przez art. 647¹ k.c. Obserwacja praktyki wskazuje, że wskazane podmioty powołują właśnie tę podstawę roszczeń kierowanych przeciwko zamawiającemu. Tymczasem podwykonawcy wykonujący dostawy lub świadczący usługi w ramach zamówień publicznych, których przedmiotem są roboty budowlane, pozbawieni są takiej ochrony. Analizowana regulacja prawna stanowi zatem potencjalnie jedyną ustawową podstawę uzyskania zapłaty za spełnione przez nich świadczenia. Nie można przy tym zapominać, że faktyczny ekonomiczny ciężar realizacji zamówienia na roboty budowlane przeważnie spoczywa na podmiotach, które mają status podwykonawców zamówienia publicznego. Wykonawcy pełnią często rolę organizatora prac, znaczną ich część przekazując do realizacji innym przedsiębiorcom, zazwyczaj o znacznie mniejszym od nich potencjale ekonomicznym. Ci ostatni ponoszą ryzyko gospodarcze rzetelności i wypłacalności wykonawców, co było szczególnie widoczne w nagłaśnianych również w mediach przypadkach upadłości lub poważnych trudności finansowych dotyczących spółki realizujące duże inwestycje publiczne²⁴. Doświadczenia z tym związane były jedną z przyczyn wprowadzenia regulacji art. 143a-143c p.z.p., a krytykowana wykładnia uniemożliwia realizację celów ustawodawcy.

4. Ocena wybranych argumentów wspierających stanowisko mniejszościowe

4.1. Wstęp

Odniesienie do argumentacji uzasadniającej stanowisko odmienne od prezentowanego przez większość doktryny wypada poprzedzić uwagą ogólnej natury. Pogląd o istnieniu w art. 143c ust. 1 p.z.p. normy przyznającej podwykonawcy roszczenie o dokonanie przez zamawiającego „bezpośredniej zapłaty” nie był przeważnie szerzej uzasadniany. Można przypuszczać, że nie wynika to z trudności w sformułowaniu odpowiedniej argumentacji, lecz raczej jest efektem uznania przez poszczególnych autorów oczywistości takiej wykładni. W istocie dopiero omówiony wyrok

²⁴ Przykłady spółek: Alpine Bau oraz Astaldi.

Sądu Apelacyjnego w Białymstoku spowodował potrzebę podjęcia szerszego omówienia zagadnienia.

4.2. Koncepcja uprawnienia powiązanego z obowiązkiem skorzystania z niego

Odrębne uwagi należy poświęcić przede wszystkim tezie o istnieniu po stronie zamawiającego „uprawnienia do dokonania bezpośredniej zapłaty wraz z obowiązkiem skorzystania z tej kompetencji”, przy jednoczesnym braku istnienia roszczenia podwykonawcy (dalszego podwykonawcy) o zapłatę w stosunku do zamawiającego. Mając na uwadze, że przedmiotem tej regulacji są niewątpliwie stosunki cywilnoprawne związane z zamówieniem publicznym, należy stwierdzić, że zaprezentowana konstrukcja wydaje się sztuczna i oderwana od funkcji przepisu, jego brzmienia oraz natury stosunków cywilnoprawnych. Wątpliwości budzi już sama koncepcja „uprawnienia do dokonania bezpośredniej zapłaty” na rzecz podwykonawcy. Nie wiadomo bowiem, co miałyby być treścią tego uprawnienia (kompetencji, jak w innym miejscu określa je J. Jerzykowski w cytowanej już wypowiedzi). W największym uproszczeniu można stwierdzić, że uprawnienie polega na tym, że określony podmiot jest zobowiązany do pewnego zachowania względem innego podmiotu – konstrukcja uprawnienia zakłada zatem istnienie podmiotu uprawnionego oraz zobowiązanego, przy czym z każdym obowiązkiem związane jest co do zasady czyjeś uprawnienie do żądania zachowania się zgodnego z jego treścią²⁵. Tymczasem bezpośrednia zapłata jest własnym zachowaniem „uprawnionego”, i to stanowiącym jednocześnie rozporządzenie częścią jego majątku oraz przysporzenie majątkowe na rzecz innej osoby. Nie sposób więc uznać, że zachowanie to może stanowić przedmiot jego uprawnienia. Brak jest również możliwości wskazania podmiotu, który miałby być zobowiązany w tak rozumianym stosunku prawnym. W szczególności nie wiadomo, od kogo zamawiający mógłby domagać się zachowania zgodnego z treścią jego uprawnienia (nie byłaby racjonalna wykładnia, zgodnie z którą z „uprawnieniem” zamawiającego do dokonania bezpośredniej zapłaty związany jest obowiązek podwykonawcy przyjęcia świadczenia od zamawiającego, por. art. 356 § 2 k.c. w zw. z art. 143c ust. 2 p.z.p.).

Równie wątpliwe jest dostrzeganie w art. 143c ust. 1 p.z.p. obowiązku skorzystania z tak czy inaczej rozumianego uprawnienia. Nie można bowiem wskazać,

²⁵ Trzeba jednak mieć na uwadze wieloznaczność występujących w tym zakresie pojęć, zwłaszcza samego terminu „uprawnienie”. Szerzej zob. zamiast wielu P. Machnikowski, [w:] *System prawa prywatnego. Prawo rzeczowe. Tom 3*, red. E. Gniewek, Warszawa 2013, s. 6-12. Nieco inaczej przedstawia się zwłaszcza natura uprawnienia w postaci kompetencji, która ma w prawie prywatnym postać uprawnienia kształtującego. Trudno jednak zakładać, że w powołanej wypowiedzi J. Jerzykowski odnosił się do kompetencji w tym znaczeniu, skoro nie wskazał, jakie jednostronne oświadczenie woli zamawiającego miałyby kształtować sytuację prawną wykonawcy lub podwykonawcy, a tym bardziej, za pomocą jakich zabiegów interpretacyjnych istnienie uprawnienia kształtującego można wyinterpretować z brzmienia art. 143c ust. 1 p.z.p.

względem kogo taka powinność miałyby obciążać zamawiającego, tzn. czyje uprawnienie jest funkcjonalnie związane z tym obowiązkiem. Krytykowana tu wykładnia jednoznacznie neguje przecież istnienie po stronie podwykonawcy roszczenia o dokonanie bezpośredniej zapłaty. Skoro z dostrzeganym przez zwolenników mniejszościowego poglądu obowiązkiem nie ma być związane jakiegokolwiek uprawnienie, to trudno znaleźć wyjaśnienie jego natury prawnej.

Ewentualne uznanie, że mowa tu o „uprawnieniu” i „obowiązku” w znaczeniu publicznoprawnym, nie znajduje podstaw ani w ustawie, ani w wypowiedziach zwolenników krytykowanej tu koncepcji. Przede wszystkim jednak jest sprzeczne z brzmieniem i funkcją art. 143c ust. 1 p.z.p.

4.3. Koncepcja fakultatywności bezpośredniej zapłaty

Drugą możliwą do przyjęcia interpretacją mniejszościowego stanowiska jest uznanie, że art. 143c ust. 1 p.z.p. zawiera normę, zgodnie z którą zamawiający może, według własnego wyboru, dokonać bezpośredniej zapłaty albo jej zaniechać, a w razie skorzystania z pierwszej możliwości będzie mógł dokonać potrącenia wypłaconej kwoty z wynagrodzenia należnego wykonawcy (art. 143c ust. 6 p.z.p.). Pomijając sprzeczność takiej wykładni z brzmieniem przepisu (wyraz „dokonuje”) i z pozostałą częścią uzasadnienia poglądu mniejszościowego, w którym wyraźnie wspomina się o istnieniu obowiązku zapłaty, również w stosunku do takiej propozycji rozumienia art. 143c ust. 1 p.z.p. należy zgłosić wątpliwości dotyczące samej konstrukcji tak rozumianej sytuacji prawnej zainteresowanych podmiotów. Można w tej koncepcji dostrzegać podobieństwo do konstrukcji tzw. zobowiązań naturalnych (np. art. 413 § 1 k.c.), jednak taka wykładnia odchodzi niezwykle daleko od treści przepisów, zwłaszcza art. 143c ust. 1 i art. 143c ust. 7 p.z.p.

Fakultatywność, a w istocie całkowita dowolność, dokonania bezpośredniej zapłaty byłaby niewątpliwie sprzeczna z naturą prawa zamówień publicznych, prowadziłaby do nierównego traktowania przedsiębiorców, tym samym naruszając m.in. art. 7 ust.1 p.z.p. Brakuje w ustawie jakichkolwiek kryteriów, które powinien brać pod uwagę zamawiający, podejmując decyzję o wypłacie bądź jej odmowie. W konsekwencji dwaj podwykonawcy znajdujący się z identycznej sytuacji prawnej mogliby zostać potraktowani w sposób całkowicie odmienny. Z drugiej strony, przyjęcie „roszczeniowego” charakteru art. 143c ust. 1 p.z.p. ułatwia realizację zasady równego traktowania podwykonawców, a nadto przesądza, że zasadność decyzji podejmowanych przez zamawiającego będzie ostatecznie podlegała kontroli sądu powszechnego.

4.4. Sformułowanie przepisu

Odnosząc się do argumentu o tym, że stosunek między wykonawcą a podwykonawcą (odpowiednio podwykonawcą a dalszym podwykonawcą) jest skuteczny *inter partes* i w związku z tym „uczynienie jakiegokolwiek osoby trzeciej (w tym przypad-

ku zamawiającego) zobowiązany w związku ze stosunkiem prawnym, w którym nie uczestniczy, wymagałoby jednoznacznej decyzji ustawodawcy”, a nadto ustawodawca „nie wyraził chociażby pośrednio skutku prawnego w postaci powstania jakiegokolwiek rodzaju odpowiedzialności zamawiającego za nieuiszczone należności podwykonawców”, trzeba wskazać przede wszystkim, że taka „decyzja ustawodawcy” znalazła wyraz w art. 143c ust. 1 p.z.p. przez użycie zwrotu „dokonuje bezpośrednio zapłaty”.

Przechodząc do oceny znaczenia samego użytego przez ustawodawcę sformułowania, trzeba przyznać, że rzeczywiście zwłaszcza w przepisach k.c. wskazanie na istnienie obowiązku po stronie określonego podmiotu często wyrażone jest słowem „odpowiada” (np. art. 568 § 1 k.c., art. 855 § 1 k.c.), szczególnie w wypadku kształtowania odpowiedzialności solidarnej dwóch osób (np. art. 647¹ § 1 k.c., art. 823 § 2 k.c.). Nadto w celu opisanego sytuacji ponoszenia odpowiedzialności za cudzy dług w art. 518 § 1 pkt 1 k.c. użyto wyrazu „odpowiedzialna”. Nie można jednak przyjąć, że jest to jedyne określenie, które może służyć ustawodawcy do konstruowania zobowiązaniowego stosunku prawnego. Zdarza się, że normy tworzące tego rodzaju stosunki prawne trzeba odczytywać z przepisów prawnych o innym brzmieniu²⁶. W Ustawie z dnia 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych²⁷, nie zawarto przepisów, które określają charakter odpowiedzialności Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad za zapłatę należności będących przedmiotem regulacji ustawy, a żaden przepis nie posługuje się określeniami, takimi jak „odpowiada” czy „jest odpowiedzialny”. Nie budzi jednak wątpliwości, że na podstawie tego aktu prawnego powstawały zobowiązaniowe stosunki prawne.

Warto mieć na uwadze, że p.z.p. w związku z naturą regulowanej materii cechuje się specyficzną terminologią i sposobem wyrażania norm prawnych. Zamawiający jest przecież podmiotem, który nie tylko jest stroną stosunków cywilnoprawnych związanych z danym zamówieniem, ale nadto faktycznie organizuje cały proces gospodarczy, odpowiada za jego powodzenie i zgodne z prawem oraz celowe przeprowadzenie. Poszczególne zagadnienia są więc często regulowane w ten sposób, że w przepisie prawnym przez zwroty, takie jak „zamawiający unieważnia postępowanie (...)” (art. 93 ust. 1 p.z.p.), „zamawiający określa sposób przeprowadzenia postępowania (...)” (art. 138k p.z.p.), zawarty zostaje opis prawidłowego zachowania zamawiającego. Brak wspomnienia o jednoczesnym ukształtowaniu pozycji prawnej zamawiającego względem innych podmiotów (np. przez przyznanie im określonego roszczenia) nie oznacza, że tak sformułowane przepisy nie wpływają na ich prawa i obowiązki o charakterze cywilnoprawnym. Nie można dostrzegać w powołanych regulacjach wyłącznie sformułowania po stronie zamawiającego swoiste-

²⁶ Por. brzmienie art. 483 § 1 k.c. który reguluje instytucję kary umownej poprzez wskazanie, że na jej wprowadzenie do stosunku prawnego stron „można się umówić”.

²⁷ Tj. Dz.U. z 2016 r., poz. 837.

go obowiązku, którego istnienie nie powoduje powstania dla nikogo jakichkolwiek uprawnień. Przeciwnie, zachowanie zamawiającego niezgodne z zawartym w tego typu przepisach wzorcem postępowania może powodować, w zależności od charakteru danego przepisu, powstanie po stronie innych osób określonych uprawnień czy środków ochrony. Podsumowując, należy stwierdzić, że jeżeli w ramach regulacji umów o podwykonawstwo ustawodawca wskazuje, że zamawiający „dokonuje bezpośredniej zapłaty”, to zmierza do ukształtowania nie tylko sytuacji zamawiającego, ale z konieczności logicznej także sytuacji podmiotów, na których rzecz ta zapłata ma być dokonana.

Nie przesądza o nieistnieniu obowiązku zapłaty także sam brak określenia charakteru odpowiedzialności zamawiającego (np. przez wskazanie, że jest to odpowiedzialność solidarna z wykonawcą lub podwykonawcą) oraz dostrzegany i trafnie krytykowany w doktrynie ogólny „brak określenia pozycji prawnej zamawiającego wobec podwykonawców i dalszych podwykonawców”²⁸. Istnienie tych niezaprzeczalnych wad omawianej regulacji nie może prowadzić do dokonywania jej wykładni w sposób sprzeczny z celem i faktycznego pozbawiania większości jej przepisów znaczenia normatywnego. Nie można tylko z powodu, choćby znacznej, niedoskonałości pewnej regulacji prawnej odmawiać niejako jej stosowania – a do tego w istocie sprowadza się uznanie, że art. 143c ust. 1 p.z.p. nie kreuje po stronie podwykonawcy jakichkolwiek uprawnień. Przeciwnie, doświadczenie w stosowaniu i analizie przepisów prawnych oraz poczucie realizmu nakazują przyjęcie niewygórowanego poziomu oczekiwań względem jakości techniki legislacyjnej przepisów stanowiących w ramach korekt systemu zamówień publicznych, zwłaszcza gdy ich deklarowaną rolą jest realizacja nakreślonych przez kolejne rządy – często doraźnych – celów, takich jak polepszenie sytuacji podwykonawców czy likwidacja tzw. zatorów płatniczych. Tylko takie podejście może pozwolić na dokonywanie prawidłowej interpretacji tego typu regulacji, oczywiście przy przestrzeganiu reguł wykładni przepisów prawnych²⁹. Przy przyjęciu takich założeń nie można uznać, że – wbrew jasnej deklaracji zawartej w uzasadnieniu projektu ustawy wprowadzającej art. 143c ust. 1 do p.z.p. – sam brak jednoznacznego przepisu stanowiącego, iż zamawiający „odpowiada” za zapłatę wynagrodzenia, wyłącza możliwość przyjęcia, że obciąża go obowiązek dokonania zapłaty, z którym związane jest roszczenie podwykonawcy.

4.5. Inne podniesione przez Sąd Apelacyjny w Białymstoku argumenty

Sąd apelacyjny w Białymstoku dostrzegał, jak się wydaje, sens omawianego przepisu w przyznaniu zamawiającemu szczególnej ochrony przed negatywnymi konsekwencjami obowiązywania art. 647¹ k.c., co ma być zapewnione przez regulację

²⁸ P. Drapała, wyd. cyt., s. 20.

²⁹ Podobnie w odniesieniu do źle zredagowanego art. 143c ust. 7 p.z.p. – zob. J. Jerzykowski, [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, s. 821, który wspomina o „fatalnej jakości legislacyjnej” omawianej regulacji.

art. 143c ust. 6 p.z.p. Taka ocena jest bezpodstawna przede wszystkim dlatego, że art. 143c p.z.p. dotyczy znacznie szerszego kręgu podmiotów niż objęte ochroną wskazanego przepisu kodeksowego – gdyby natomiast celem ustawodawcy wprowadzającego art. 143c p.z.p. miało być przyznawanie zamawiającemu „narzędzi, by skutecznie ochronić się przed skutkami niewypłacalności wykonawców i podwykonawców wobec ich kontrahentów”³⁰, to przecież przepis mógłby wyraźnie odnosić się tylko do sytuacji objętych regulacją art. 647¹ k.c., skoro tylko w tych sytuacjach takie negatywne skutki mogą wystąpić. Tak specyficzna funkcja przepisu zostałaby zapewne wskazana w uzasadnieniu projektu ustawy wprowadzającej go do porządku prawnego lub dostrzeżona przez doktrynę. Nadto należy podkreślić, że zamawiający ma podstawę do zmniejszenia swego zobowiązania wobec wykonawcy, za którego dług odpowiadał na podstawie art. 647¹ § 1 k.c. i który to dług zaspokoił. Podstawą tą jest art. 518 § 1 pkt 1 k.c., a przyjęte w art. 143c ust. 6 p.z.p. rozwiązanie jest trafnie krytykowane ze względu na jego niejasność i potencjalne pogorszenie sytuacji zamawiającego względem reguł ogólnych³¹.

Argumenty celowościowe podniesione przez SA w Białymstoku również zupełnie nie przekonują. Oparte są one na tezie o konieczności ochrony także interesów zamawiającego. Nie sposób jednak oprzeć się wrażeniu, że wywody Sądu zmierną raczej do polemiki z jednoznaczną treścią przepisów prawnych, a nadto Sąd zmierza do ochrony zamawiających, głównie przed wolą samego ustawodawcy. Ten ostatni bowiem niewątpliwie dążył, wprowadzając art. 143a-143c p.z.p., do polepszenia sytuacji podwykonawców. W typowej sytuacji natomiast polepszenie sytuacji jednego podmiotu zmierzać musi do zmiany, a w pewnych wypadkach pogorszenia pozycji innego.

Niezrozumiałe jest nadto twierdzenie o tym, że ochrona podwykonawców zamówień publicznych realizowana jest przez samą „możliwość dokonania przez zamawiającego bezpośredniej zapłaty na ich rzecz w sytuacji zalegania z płatnościami”. Jeżeli bowiem zamawiający ma pełną dowolność w dokonaniu tej zapłaty, to podwykonawca nie ma żadnych związanych z taką regulacją uprawnień, a tym samym jego interes nie doznaje ochrony.

5. Podsumowanie

Stanowisko negujące istnienie roszczenia podwykonawcy przeciwko zamawiającemu o zapłatę wynagrodzenia w wypadku objętym regulacją art. 143c ust. 1 p.z.p. wprawdzie jest odosobnione w doktrynie, jednak brak wcześniejszych wypowiedzi

³⁰ Warto zwrócić uwagę na ewidentną sprzeczność tego fragmentu rozważań Sądu z jednoznaczną treścią cytowanego projektu ustawy wprowadzającej art. 143c ust. 1 do p.z.p. oraz wszystkimi w zasadzie wypowiedziami doktryny na temat funkcji tej regulacji – było nią „stworzenie mechanizmu gwarantującego wywiązywanie się przez podmioty realizujące zamówienie publiczne z tytułu zapłaty wynagrodzenia należnego ich podwykonawcom i dalszym podwykonawcom”, a nie – jak wywodzi obszernie Sąd – przyznanie zamawiającemu dodatkowych narzędzi ochrony jego interesów.

³¹ P. Drapała, wyd. cyt., s. 20.

orzecnictwa może powodować ukształtowanie się praktyki orzeczniczej w sposób nakreślony w uzasadnieniu omawianego w artykule wyroku. Byłoby to niepożądane nie tylko z uwagi na względy natury ściśle jurystycznej, ale przede wszystkim ekonomiczne skutki dla całego szeroko rozumianego sektora budowlanego. Nie można jednak zaprzeczyć, że do powstania wątpliwości interpretacyjnych przyczyniła się niska jakość legislacyjna art. 143c p.z.p., której skutki wykraczają poza zakres zagadnień omawianych w tym opracowaniu. Można wyrazić nadzieję, że obecna regulacja stanie się przedmiotem gruntownej nowelizacji, która, z jednej strony, wyjaśni liczne niejasności dotyczące prawidłowego rozumienia obecnego brzmienia przepisów, a z drugiej, pozwoli na opisanie wynikających z niej stosunków prawnych za pomocą znanych prawu cywilnemu pojęć.

Literatura

- Adamus D., Borowiak M., *Odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia*, Monitor Zamówień Publicznych, 2016, nr 7, s. 39-40.
- Banaszczyk Z., *System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna, tom 1*, red. M. Safjan, Warszawa 2012.
- Drapała P., *Ochrona roszczeń podwykonawców – mankamenty legislacyjne i wątpliwości w zakresie wykładni art. 143a–143d ZamPublU*, Prawo Zamówień Publicznych, 2016, nr 1, s. 18-19.
- Dzierżanowski W., *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2012.
- Granecki P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1191-1194.
- Jaworska M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, 2018, s. 747-749.
- Jerzykowski J., [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 816-817.
- Machnikowski P., [w:] *System prawa prywatnego. Prawo rzeczowe. Tom 3*, red. E. Gniewek, Warszawa 2013, s. 6-12.
- Nowicki J.E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 1029-1030.
- Perczak M., *O zmianie umowy w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań podwykonawców*, Zamawiający, 2018, nr 28, s. 45.
- Rokicki J., [w:] J. Rokicki, A. Zdebel-Zygmunt, *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2014.
- Sadłowski Ł., *Nowe reguły odpowiedzialności solidarnej inwestora w procesie budowlanym*, Zamawiający, 2017, z. 24.
- Skubiszak-Kalinowska I., [w:] I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 1125-1126.
- Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, tekst jednolity Dz. U. z 2018 r., poz. 1986.
- Zadykowicz-Sokół K., *Ochrona podwykonawców w zamówieniach publicznych – problemy praktyczne*, Zamawiający, 2016, z. 15, s. 25-26.
- Zadykowicz-Sokół K., *Ochrona podwykonawców w zamówieniach publicznych – problemy praktyczne*, Warszawa 2018.
- Zielińska E., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Zobowiązania. Część szczególna (art. 535-764⁹)*, red. M. Habdas, M. Fras, Warszawa 2018.