

Rozdział I. Pojęcie i charakter prawny umów o podwykonawstwo robót budowlanych

Ewa Zielińska

§ 1. Umowa o podwykonawstwo robót budowlanych

I. Pojęcie podwykonawstwa

Przepisy Kodeksu cywilnego nie zawierają definicji legalnej podwykonawstwa. Pojęciem podwykonawcy w ramach regulacji Kodeksu cywilnego ustawodawca posługuje się tylko i wyłącznie w art. 647¹ KC dodanym w wyniku nowelizacji dokonanej ustawą z 14.2.2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw¹. Rozważania na temat pojęcia umów o podwykonawstwo rozpoczynając należy, od zasady braku osobistego spełnienia świadczenia przez dłużnika świadczenia². W klasycznym układzie stosunku zobowiązaniowego, wierzyciel może domagać się spełnienia świadczenia tylko od dłużnika, ponieważ to na nim ciąży obowiązek spełnienia świadczenia. Dla

¹ Dz.U. Nr 49, poz. 408.

² Zasada tak powszechnie przyjmowana jest w doktrynie prawa cywilnego A. Brzozowski, [w:] K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny, t. 1, Komentarz do art. 1–449¹⁰, Warszawa 2018, Legalis, Nb 2 do art. 356; M. Gutowski, [w:] M. Gutowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 353–626, t. II, Warszawa 2019, Legalis, Nb 2 do art. 356; B. Fuchs, [w:] M. Habdas, M. Fras (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. III, Warszawa 2018, s. 62; A. Olejniczak, [w:] A. Kidyba (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. III, Warszawa 2014, Lex/el. pkt 2 do art. 356; W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. IIIA, Warszawa 2018, Legalis, pkt 3 i nast. komentarz do art. 356; M. Machnikowski, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2017, Legalis, Nb 1 do art. 356; K. Zagrobelny, O obowiązku osobistego świadczenia przez dłużnika, PiP 2016, Nr 7, s. 30; R. Szostek, Podwykonawstwo i jego znaczenie prawne w zamówieniach publicznych, PZP 2013, Nr 1, s. 3 i nast.

wierzyciela, który zainteresowany jest po prostu otrzymaniem świadczenia zwykle nie ma znaczenia to, czy dłużnik wykona zobowiązanie osobiście, czy też posłuży się osobami trzecimi. Wspomniana zasada ma istotne znaczenie dla obrotu gospodarczego, ponieważ znacznie rozszerza zakres świadczeń, które będzie w stanie spełnić konkretny podmiot. W pewnych przypadkach wierzycielowi nie jest jednak obojętne, kto będzie brał udział w wykonaniu obowiązków stanowiących całość lub część świadczenia, do którego zobowiązany jest dłużnik. Stąd też ustawodawca przewiduje, że wierzyciel może domagać się osobistego świadczenia przez dłużnika, a tylko wtedy, gdy wynika to z treści czynności prawnej, z ustawy albo z właściwości świadczenia.

Przed wszystkim obowiązek osobistego świadczenia może wynikać z woli stron stosunku prawnego. Zastrzeżenie osobistego wykonania zobowiązania wynikać może wprost lub pośrednio z treści zawartej umowy. Warto zauważyć, że postanowienie to może zostać sformułowane jako nakaz osobistego wykonania zobowiązania lub jako zakaz powierzania wykonania świadczenia osobie trzeciej. W ramach zasady swobody umów strony mogą jednoznacznie wskazać, że obowiązek osobistego wykonania obejmuje wszystkie obowiązki składające się na świadczenie³. Tego typu klauzule umowne wprowadzane są zwłaszcza do tych umów, w których świadczenie jednej ze stron sprowadza się do wykonania określonej usługi, gdzie dla zamawiającego zasadnicze znaczenie przy wyborze kontrahenta mają jego cechy osobiste, a osobisty charakter wykonania, nie wynika w sposób oczywisty z właściwości świadczenia. Chodzi tu będzie o dobrą renomę kontrahenta, co do jakości oraz rzetelności w zakresie spełnienia świadczeń.

Obowiązek osobistego wykonania zobowiązania może także wynikać wprost z przepisów ustawy. Przepisem takim jest niewątpliwie art. 738 KC, przewidujący zakaz powierzania wykonania zobowiązania osobie trzeciej. Przyjmujący zlecenie, co do zasady, obowiązany jest do osobistego świadczenia, przy czym w pełni dopuszczalne jest posługiwanie się pomocnikami, którzy pod jego kierownictwem i nadzorem spełnią niektóre ze świadczeń. Przyjmujący zlecenie może jednak powierzyć osobie trzeciej do samodzielnego wykonania zlecenie, o ile dopuszczalność zastępstwa wynika z umowy lub ze zwyczaju albo gdy zleceniobiorca jest do tego zmuszony przez okoliczności, względnie, gdy przewidują to przepisy szczególne. Przyjmujący zlecenie ma w tym wypadku obowiązek powiadomienia zleceniodawcy o osobie i danych kontaktowych swojego zastępcy. Powierzenie takie stosownie do

³ K. Zagrobelny, O obowiązku osobistego świadczenia przez dłużnika, PiP 2016, Nr 7, s. 35.

art. 738 § 1 KC określane jest jako substytucja dozwolona. W konsekwencji przyjmujący zlecenie ponosi wobec zleceniodawcy odpowiedzialność jedynie za winę w wyborze (*culpa in eligendo*). Skutkiem powierzenia wykonania zlecenia niezgodnie z art. 738 KC jest odpowiedzialność przyjmującego zlecenie za działania i zaniechania zastępcy jak za swoje własne. Obowiązek osobistego spełnienia świadczenia ciąży z mocy art. 840 KC także na przechowawcy. Przechowawca może powierzyć rzecz pieczy innej osoby (zastępcy), tylko wyjątkowo, kiedy zmuszony jest przez okoliczności. Ustanowienie zastępcy nakłada na przechowawcę obowiązek niezwłocznego zawiadomienia składającego o miejscu przechowywania rzeczy i osobie zastępcy. Oddanie rzeczy na przechowanie zastępcy, po spełnieniu wskazanych przesłanek, ogranicza odpowiedzialność przechowawcy za brak należytej staranności w wyborze zastępcy.

Obowiązek osobistego świadczenia może wynikać także z właściwości świadczenia. W tym wypadku obowiązek ten wynika z indywidualnych cech konkretnego dłużnika, które pozostają w ścisłym związku z przedmiotem świadczenia⁴. Chodzić tu może zarówno o szczególne umiejętności i zdolności konkretnego dłużnika np. w dziedzinie sztuki lub nauki, ale także o szczególne zaufanie jakim darzy wierzyciel oznaczonego dłużnika, które wiąże się z wykonaniem jego obowiązków. W doktrynie przedmiotu podkreśla się, że w tym wypadku cała wartość (sens) świadczenia dla wierzyciela opiera się właśnie na osobistym spełnieniu świadczenia przez dłużnika⁵.

Jeżeli nie zachodzi żaden ze wspomnianych powyżej wyjątków od zasady braku osobistego spełnienia świadczenia, dłużnik może posłużyć się przy wykonaniu zobowiązania osobami trzecimi, które będą działać zamiast lub obok dłużnika⁶. W przepisie art. 474 KC, regulującego odpowiedzialność dłużnika z tytułu posługiwania się osobami trzecimi ustawodawca wyraźnie rozróżnia osoby, przy pomocy których dłużnik wykonuje zobowiązanie i osoby, którym wykonanie zobowiązania powierza. W literaturze przedmiotu zakłada się, że kryterium rozróżnienia stanowi stopień aktywności dłużnika przy wykonaniu zobowiązania⁷. Do grupy pomocników zalicza się te osoby, które fak-

⁴ M. Gutowski, [w:] M. Gutowski (red.), Kodeks cywilny, t. II, Komentarz, Nb 11 do art. 356.

⁵ A. Brzozowski, [w:] K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny, t. I, Nb 9 do art. 356; M. Gutowski, [w:] M. Gutowski (red.), Kodeks cywilny, t. II, Komentarz, Legalis, Nb 11 do art. 356.

⁶ W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. IIIA, Legalis, pkt 2 do art. 474.

⁷ W. Popiołek, [w:] K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny, t. II, Legalis, Nb 1 do art. 474; W. Borysiak, [w:] K. Osajda (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. IIIA, Legalis, pkt 2 do art. 474.

tycznie świadczą dłużnikowi pomoc w podejmowanych przez niego czynnościach związanych z wykonaniem zobowiązania. W tym wypadku dłużnik osobiście uczestniczy w wykonaniu zobowiązania, a pomocnicy sami (ewentualnie przy udziale dalszych pomocników) ułatwiają lub umożliwiają wykonanie zobowiązania przez dłużnika. W zależności od stopnia zależności pomocników od dłużnika, wyróżnia się, pomocników niesamodzielnych i samodzielnych. Do grona pomocników niesamodzielnych zalicza się te osoby, które wykonują czynności pod kierownictwem i nadzorem dłużnika. Do grupy pomocników samodzielnych zalicza się tych, którzy uczestnicząc w wykonaniu zobowiązania nie podlegają kierownictwu dłużnika. Jako przykład pomocników samodzielnych wskazuje się na podwykonawców oraz poddostawców⁸. Przy powierzeniu wykonania zobowiązania osobie trzeciej przyjmuje się natomiast, że aktywność dłużnika sprowadza się tylko i wyłącznie do powierzenia wykonania zobowiązania, w którego wykonaniu on po prostu nie uczestniczy. Upraszczając mówi się, że pomocnicy realizują świadczenie wraz z dłużnikiem, a osoby, którym dłużnika powierzył wykonanie zobowiązania zamiast niego⁹.

Pojęciem podwykonawstwa tradycyjnie określane jest w doktrynie stosunek łączący dłużnika z osobami, którymi posługuje się on w wykonaniu zobowiązania, dla którego źródłem jest umowa o dzieło, a także wyodrębniona w Kodeksie cywilnym umowa o roboty budowlane¹⁰. W pewnych przypadkach pojęcie podwykonawstwa używane jest w doktrynie przedmiotu także w stosunku do innych umów, które można zaliczyć do kategorii umów o rezultat usługi. Tytułem przykładu wskazać tu można chociażby na stosunek łączący przewoźnika z innym przewoźnikiem, któremu na podstawie art. 5 PrPrzew przewoźnik powierza wykonanie przewozu¹¹. Istota wyróżnianych w doktrynie umów o podwykonawstwo sprowadza się do tego, że świadczenie podwykonawcy stanowi jednocześnie część świadczenia wykonawcy, do którego jest on zobowiązany w ramach odrębnej umowy łączącej go z innym podmiotem. Występuje tu swoisty układ dwóch odrębnych stosunków zobowiązaniowych w pionie. W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę, że umowa o podwyko-

⁸ T. Pajor, *Odpowiedzialność*, s. 240.

⁹ Tamże, s. 243.

¹⁰ S. Buczkowski, [w:] S. Grzybowski (red.), *System Prawa Cywilnego*, t. III, cz. 2, PAN 1976, s. 423; R. Szostak, *Podwykonawstwo i jego znaczenie prawne w zamówieniach publicznych*, PZP 2013, Nr 1, s. 3.

¹¹ M. Stec, [w:] M. Stec (red.), *System Prawa Handlowego*, t. 5, s. 1687; D. Dąbrowski, [w:] D. Ambrożuk, D. Dąbrowski, K. Wesółowski, *Prawo przewozowe. Komentarz*, Warszawa 2014, Lex/el., pkt II.

nawstwo może zostać z punktu widzenia przedmiotowego zakwalifikowana jako umowa jednostkowa wchodząca w skład kompleksu umów, natomiast z punktu widzenia następstwa czasowego traktowana jest jako umowa wchodząca w ciąg umów¹². Podkreśla się tutaj jednocześnie, że zarówno pomiędzy umowami wchodzącymi w kompleks umów, jak i umowami tworzącymi ciąg umów zachodzi związek faktyczny i prawny¹³. Związek faktyczny w przypadku ciągu umów sprowadza się do następstwa czasowego, natomiast w przypadku kompleksu umów przejawia się we wspólnym celu realizowanym przez umowy wchodzące w skład danego kompleksu umów. Z kolei związek prawny w ciągach umów polega na tym, iż umowa wcześniejsza stanowi swoistą przyczynę umowy późniejszej. Wspólny cel stanowi jednocześnie dyrektywę interpretacyjną przy wykładni treści oświadczeń woli zawartych w umowie późniejszej oraz przy tłumaczeniu sposobu wykonania umowy. Podobnie, jeśli chodzi o umowy wchodzące w skład kompleksu umów, wspólny cel może stanowić regułę interpretacyjną treści oświadczeń woli składanych w umowach, jak i sposobu wykonywania umowy¹⁴.

Omawiając pojęcie umowy o podwykonawstwo, należy zaznaczyć, że normatywna definicja tej umowy została zawarta w ustawie z 29.2.2004 r. – Prawo zamówień publicznych¹⁵. Zgodnie z art. 2 pkt 9b PrZamPubl, umową o podwykonawstwo jest umowa w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami. Przepis ten został dodany do prawa zamówień publicznych na mocy ustawy z 8.11.2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych¹⁶. Wprowadzenie tej definicji do prawa zamówień publicznych wiąże się z wprowadzeniem wielu zmian w prawie zamówień publicznych, których celem jest przeciwdziałanie zjawisku nieuregulowania lub nieterminowego regulowania należności za świadczenia wy-

¹² I. Weiss, Umowy sprzężone, w procesach budowlanych, [w:] W. Pyziół (red.), Studia z prawa gospodarczego i handlowego. Księga pamiątkowa ku czci Prof. Stanisława Włodyki, Kraków 1996, s. 511.

¹³ S. Włodyka, M. Spyra, [w:] M. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. V, Prawo umów handlowych, Warszawa 2017, s. 52 i nast.

¹⁴ Tamże, s. 54.

¹⁵ Tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.

¹⁶ Dz.U. z 2013 r. poz. 1473.

konane przez podmioty biorące udział w tej realizacji zamówień publicznych niemających statusu wykonawcy, tj. podwykonawców lub dalszych podwykonawców. Z definicji ustawowej umowy o podwykonawstwo wynika, że jest to umowa, która obejmuje wykonanie części świadczeń składających się na zamówienie publiczne, stanowiące umowę zawieraną przez zamawiającego i wykonawcę. Do umów o podwykonawstwo nie będą zaliczać się więc umowy, jakie wykonawca zawiera z innymi podmiotami w zakresie obsługi własnego przedsiębiorstwa, np. umowy o obsługę księgową, ubezpieczenia, o świadczenie usług telekomunikacyjnych i podobne¹⁷. W uzasadnieniu projektu tej ustawy wskazano, że: „w związku z powiązaniem przedmiotu umowy o podwykonawstwo z częścią zamówienia publicznego, do kategorii tego rodzaju umów będą kwalifikowane wyłącznie te umowy, których rezultatem będzie stanowił jednocześnie wykonanie zamówienia publicznego, podlegający następnie odbiorowi i ocenie, w zakresie należytego wykonania, przez zamawiającego”¹⁸. W doktrynie podnosi się jednak, że definicja ustawowa nie obejmuje wymogu poddania rezultatu świadczenia podwykonawcy odbiorowi i ocenie¹⁹. Z tego względu przyjmuje się, że umową o podwykonawstwo będzie taka umowa, zawierana przez wykonawcę zamówienia publicznego z osobą trzecią, której przedmiotem jest wykonanie niektórych z obowiązków wyróżnionych co do ilości lub co do rodzaju, które mieszczą się jednocześnie w zakresie świadczenia wykonawcy wobec zamawiającego²⁰. W odniesieniu do zamówień na roboty budowlane pojęcie umów o podwykonawstwo w rozumieniu prawa zamówień publicznych obejmuje także umowy zawierane przez podwykonawcę z dalszym podwykonawcą oraz pomiędzy dalszymi podwykonawcami. Nie sposób nie zauważyć, że definicja umowy o podwykonawstwo zawarta w prawie zamówień publicznych jest bardzo szeroka i zdecydowanie odbiega od tradycyjnego ujmowania umów o podwykonawstwo w rozumieniu Kodeksu cywilnego. Obejmuje swoim zakresem umowy zawierane przez wykonawcę z podmiotami świadczącymi różnego rodzaju usługi, nie tylko umowy o rezultat usługi, a także umowy z dostarczającymi wszelkiego rodzaju materiały i urządzenia.

¹⁷ M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, Lex/el., pkt 19 do art. 2.

¹⁸ Druk sejmowy VII kadencji Nr 1179, s. 5, uzasadnienie.

¹⁹ M. Stachowiak, [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo*, Lex/el., pkt 19 do art. 2.

²⁰ Tamże.

II. Pojęcie umowy o podwykonawstwo robót budowlanych

Specyfika umowy o roboty budowlane, w której przedmiot świadczenia wykonawcy stanowi z reguły duże i skomplikowane przedsięwzięcie inwestycyjne powoduje, że jego wykonanie przekracza stosunkowo często możliwości realizacji całości robót budowlanych przez jednego wykonawcę. Postępujący rozwój technologii stosowanych w procesach inwestycyjnych prowadzi bowiem do daleko idącej specjalizacji przedsiębiorców uczestniczących w procesach budowlanych. Stąd w przypadku dużych inwestycji budowlanych zachodzi konieczność powierzenia przez wykonawcę podwykonawcom części robót wchodzących w zakres jego świadczenia wynikającego z umowy o roboty budowlane zawartej z inwestorem²¹.

Swoboda wykonawcy w umowie o roboty budowlane w zakresie powierzenia wykonania części lub całości świadczenia wynikającego z umowy łączącej wykonawcę z inwestorem nie budził żadnych wątpliwości, do czasu wprowadzenia do Kodeksu cywilnego art. 647¹ KC, tj. do czasu nowelizacji kodeksu dokonanej ustawą z 14.2.2003 r.²² W doktrynie przedmiotu wręcz podkreślano, że położenie nacisku w definicji ustawowej umowy o roboty budowlane na oddanie obiektu, a nie wykonanie robót budowlanych wskazuje, że ze względu na cel tej umowy całkowicie obojętne jest, czy wykonawca będzie wykonywał roboty osobiście czy też powierzy ich część albo całość podwykonawcom²³. Ten stan rzeczy uległ zasadniczej zmianie po wprowadzeniu art. 647¹ § 1 KC w brzmieniu nadanym nowelizacją kodeksu z 2003 r. W pierwotnym brzmieniu przepis ten przewidywał bowiem wymóg określenia przez strony umowy o roboty budowlane zakresu robót, które wykonawca (generalny wykonawca) będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców. Literalna wykładnia przepisu sugerowała, że w każdej umowie o roboty budowlane strony powinny były określić zakres robót budowlanych, które wykonawca zobowiązuje się wykonać osobiście, a także tych, które zamierzał powierzyć podwykonawcom. Wskazanie zakresu robót, które wykonawca może powierzyć podwykonawcom nie zaliczano do elementów przedmiotowo istot-

²¹ J.A. Strzępka, [w:] J. Rajski (red.), System Prawa Prywatnego, t. 7, Warszawa 2018, s. 504; *tenże*, [w:] P. Stec (red.), System Prawa Handlowego, t. 5, s. 1477.

²² Ustawa z 14.2.2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 49, poz. 408).

²³ J. Okolski, Stosunki umowne w procesie inwestycyjnym, Warszawa 1976, s. 100.

nych umowy o roboty budowlane, a co za tym idzie jego brak nie prowadził do nieważności umowy. Uwzględniając ochronny cel ustawowego wymogu określenia zakresu robót powierzanych podwykonawcom w umowie pomiędzy inwestorem i wykonawcą, przyjęć należało, że brak w umowie postanowienia wskazującego zakres robót, które mogą zostać powierzone podwykonawcom oznaczał, że wykonawca podjął się wykonania robót osobiście²⁴. W przypadku powierzenia wykonawstwa robót budowlanych podwykonawcom, pomimo braku stosownego postanowienia w umowie, inwestor mógł skorzystać z uprawnień przysługujących mu na mocy art. 636 KC, który znajduje zastosowanie do stosunku wynikającego z umowy o roboty budowlane na podstawie odesłania zawartego w art. 656 KC (tak też SA w Katowicach w wyr. z 9.10.2013 r.²⁵). Odnotować jednak należy, że zarówno w doktrynie przedmiotu, jak i orzecznictwie sądowym prezentowane też było odmienne stanowisko, że brak określenia zakresu robót, które mogą być powierzone podwykonawcom oznacza, że strony zrezygnowały z tego ograniczenia, a co za tym idzie wykonawca nie jest zobowiązany do osobistego wykonawstwa²⁶. W wyroku SA w Łodzi z 9.3.2016 r.²⁷ w uzasadnieniu stwierdzono, że z art. 647 i 647¹ KC nie wynika obowiązek osobistego świadczenia robót budowlanych przez wykonawcę, a w konsekwencji, jeżeli to ustawowe uprawnienie nie zostanie wyłączone w treści umowy o roboty budowlane, to wykonawca ma prawo do zawarcia umowy z kolejnym podwykonawcą.

W wyniku nowelizacji Kodeksu cywilnego dokonanej ustawą z 7.4.2017 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności²⁸, brzmienie art. 647¹ KC uległo zmianie. Obecnie obowiązujący art. 647¹ KC, nie przewiduje wymogu określania w umowie o roboty budowlane zakresu prac, które wykonawca może powierzyć podwykonawcy. Oznacza to, że tak jak w poprzednim stanie prawnym (przed wejściem w życie art. 647¹ KC), wykonawca decyduje o tym, czy będzie spełniał świadczenie osobiście czy też bę-

²⁴ J.A. Strzépka, E. Zielińska, Umowa o roboty budowlane w znowelizowanym Kodeksie cywilnym – odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy, MoP 2012, Nr 21, s. 975; J. Jęrzykowski, K. Koźmińska, Zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę (generalnego) umowy z podwykonawcą, R. Pr. 2005, Nr 5, s. 58; B. Lackoroński, [w:] K. Osajda (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. IIIA, Legalis, pkt VI przed art. 647¹; A. Golidiszewicz, [w:] A. Kidyba (red.), Umowy w obrocie gospodarczym, Warszawa 2015, s. 88.

²⁵ Wyr. SA w Katowicach z 9.10.2013 r., I ACa 553/13, niepubl.

²⁶ P. Drapała, [w:] J. Gudowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. III, cz. 2, Warszawa 2017, s. 783.

²⁷ Wyr. SA w Łodzi z 9.3.2016 r., I ACa 1340/15, Legalis.

²⁸ Dz.U. z 2017 r. poz. 933 ze zm.

dzie korzystał z podwykonawców. Z art. 647¹ § 2 KC można jednak wprowadzić wniosek, że wykonawca i inwestor mogą określić szczegółowy przedmiot robót budowlanych wykonywanych przez oznaczonego podwykonawcę, zarówno w umowie o roboty budowlane, jak i w odrębnej (dodatkowej) umowie²⁹. Na gruncie obowiązującego brzmienia art. 647¹ KC możliwe jest także zastrzeżenie w umowie o roboty budowlane, że wykonawca zobowiązuje się do wykonania całego świadczenia osobiście. Zgodnie z art. 356 KC obowiązek osobistego spełnienia świadczenia może wynikać z woli stron stosunku zobowiązaniowego. Przy takim zastrzeżeniu w umowie o roboty budowlane inwestor, stwierdzając sprzeczne z umową powierzenie wykonania robót budowlanych podwykonawcy, może na podstawie art. 636 KC wezwać wykonawcę do zmiany sposobu wykonania, wyznaczając w tym celu odpowiedni termin, a po jego bezskutecznym upływie od umowy odstąpić albo powierzyć wykonanie obiektu innej osobie na koszt i niebezpieczeństwo wykonawcy. Wspomnieć należy, że w wyroku SN z 14.11.2008 r.³⁰, podkreślono, że sprzeczność z umową, w rozumieniu art. 636 KC, to także wykonywanie dzieła, wbrew umownemu obowiązkowi, przez osoby trzecie. Jednocześnie Sąd Najwyższy podkreślił, że sprzeczność z umową obejmuje nie tylko takie naruszenie sposobu wykonywania dzieła, które prowadzi do wadliwości dzieła, ale także takie sprzeczności, które nie zagrażają umówionemu rezultatowi.

Tak jak wspomniano powyżej specyfika realizacji inwestycji budowlanych, które stanowią zwykle duże i skomplikowane przedsięwzięcia oraz postępująca specjalizacja wymaga zaangażowania wielu wykonawców. Z tego też względu w budowlanym procesie inwestycyjnym wykształciły się różne systemy organizacji stosunków umownych jego uczestników. Zaangażowanie wielu wykonawców wymaga określonej organizacji oraz koordynacji ich działań. W związku z powyższym w praktyce stosunkowo popularne są systemy wykonawstwa budowlanego, w których właściwą organizację zapewnia układ stosunków zobowiązaniowych ułożonych w pionie. Zarówno w systemie generalnego wykonawstwa, jak i systemie generalnej realizacji inwestycji zamawiający (inwestor) zawiera jedną umowę, w której wykonawca (generalny wykonawca) zobowiązuje się do wykonania i oddania gotowej inwestycji, przyjmując na siebie odpowiedzialność za rezultat. Ponieważ wykonanie całości

²⁹ E. Zielińska, [w:] M. Habdas, M. Fras (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. IV, Warszawa 2017, s. 304; B. Lackoroński, [w:] K. Osajda (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. IIIA, Legalis, pkt 15.

³⁰ Wyr. SN z 14.10.2008 r., V CSK 182/08, niepubl.

inwestycji zwykle przekracza możliwości jednego podmiotu, generalny wykonawca, a także generalny realizator inwestycji angażuje wielu podwykonawców. Umowa o podwykonawstwo stanowi odrębną od umowy zawartej pomiędzy zamawiającym (inwestorem) a generalnym wykonawcą, chociaż jest z nią związana. Uwzględniając to, że podwykonawcy także mogą angażować dalszych podwykonawców, pojęciem umowy o podwykonawstwo robót budowlanych należy objąć, także te umowy zawierane na kolejnych poziomach powiązań umownych pomiędzy wykonawcami biorącymi udział w wykonawstwie budowlanym. Wyraźnie wskazuje to też ustawodawca w przepisie art. 647¹ § 5 KC. Z punktu widzenia cywilnoprawnego podwykonawcy są osobami, z których pomocą generalny wykonawca lub podwykonawca wykonuje zobowiązanie wynikające z innej umowy.

§ 2. Regulacja prawna umowy o podwykonawstwo robót budowlanych

Umowa o podwykonawstwo robót budowlanych znajduje wyraz normatywny w art. 647¹ KC, który przewiduje odpowiedzialność solidarną inwestora i wykonawcy (generalnego wykonawcy) za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy. Celem wprowadzonego w ramach regulacji umowy o roboty budowlane rozwiązania była ochrona podwykonawców robót budowlanych. Jak wynika z uzasadnienia rządowego projektu tej regulacji, jej celem było zapobieganie negatywnemu zjawisku nieregulowania lub nieterminowego regulowania należności podwykonawców robót budowlanych przez generalnych wykonawców³¹. Problem w zasadzie sprowadzał się do zawierania przez inwestorów umów z generalnymi wykonawcami, którzy po wykonaniu umów przez podwykonawców ogłaszali upadłość, co w efekcie prowadziło do tego, że podwykonawcy w wielu wypadkach nie otrzymywali należnego wynagrodzenia albo odzyskiwali tylko niewielką jego część. Zaproponowanym remedium na to zjawisko ma być odpowiedzialność solidarna inwestora i generalnego wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy, a także podwykonawcy za zapłatę wynagrodzenia dalszemu podwykonawcy. W uzasadnieniu projektu podkreślono jednocześnie, że odpowiedzialność solidarna dotyczy całości zobowiązań

³¹ Druk sejmowy IV kadencji Nr 888, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/888/\\$file/888.PDF](http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/888/$file/888.PDF).

nia i jest niezależna od czyjejkolwiek winy. Instrumentem chroniącym interesy inwestora jest wymóg uzyskania akceptacji inwestora na zawarcie przez wykonawcę (generalnego wykonawcę) umowy z podwykonawcą, a także umowy zawieranej pomiędzy podwykonawcą i dalszym podwykonawcą.

Wprowadzenie solidarnej odpowiedzialności inwestora i generalnego wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy zostało bardzo krytycznie ocenione w doktrynie przedmiotu³². Podnoszono przede wszystkim to, że dokonana nowelizacja narusza zasady prawidłowego rozkładu ryzyka w umowie o roboty budowlane, a co za tym idzie zaburza zasadę formalnej równości stron stosunku zobowiązaniowego. Przyjęcie solidarnej odpowiedzialności inwestora za zobowiązania generalnego wykonawcy w stosunku do podwykonawcy jest odstępstwem od zasady skuteczności zobowiązań tylko pomiędzy stronami stosunku umownego³³. Ponadto stanowi wyłom od przyjętych w kodeksie zasad powierzania wykonania świadczenia przez jedną ze stron stosunku zobowiązaniowego osobom trzecim.

Przepis art. 647¹ KC uległ zasadniczej zmianie dokonanej ustawą z 7.4.2017 r.³⁴ Z uzasadnienia projektu ustawy wynika, że celem nowelizacji art. 647¹ KC jest wyważenie interesów zarówno inwestora, jak i podwykonawcy, a także zapewnienie ich ochrony w związku z solidarną odpowiedzialnością inwestora za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy³⁵. Motywem, który skłonił ustawodawcę do zmiany komentowanego przepisu były wątpliwości interpretacyjne pojawiające się w jego stosowaniu, które znalazły swoje odzwierciedlenie w niejednolitym orzecznictwie sądowym.

Regulacja art. 647¹ KC nie jest jedyną, która ma na celu ochronę podwykonawców wykonawców budowlanych. Szczególny reżim ochrony podwykonawców wprowadziła ustawa z 28.6.2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych³⁶. Regulacja ta z założenia miała mieć zastosowanie

³² P. Drapala, Umowa o roboty budowlane, PPH 2003, Nr 8, s. 11; E. Zielińska, J.A. Strzępka, Umowa, s. 1 i nast.; A. Brzozowski, Solidarna odpowiedzialność inwestora i wykonawcy (generalnego wykonawcy) za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom w świetle art. 647¹ k.c., [w:] M. Pyziak-Szafnicka (red.), Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora A. Szpunara, Warszawa 2004, s. 309 i nast.; A. Pułka, Odpowiedzialność solidarna w umowie o roboty budowlane za zapłatę wynagrodzenia, PS 2009, Nr 7–8, s. 94 i nast.

³³ Tak też w uzasadnieniu wyr. SN z 17.2.2011 r., IV CSK 293/10, niepubl.

³⁴ Ustawa z 7.4.2017 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności (Dz.U. z 2017 r. poz. 933 ze zm.).

³⁵ Druk sejmowy VIII kadencji Nr 1185, s. 4.

³⁶ Tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 580.

do mikroprzedsiębiorców, małych lub średnich przedsiębiorców, którzy zawarli umowy z wykonawcami w związku z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane, ale udzielonego wyłącznie przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad. Z przedmiotowego zakresu ustawy wyłączone zostały w art. 1 ust. 2 tej ustawy należności, które mogą zostać zaspokojone na podstawie art. 647¹ KC. Podkreślić należy, że pierwotnie określony zakres podmiotowy ustawy został zmieniony. W wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 18.6.2013 r.³⁷ stwierdzono bowiem niezgodność art. 4 ust. 1 ustawy z Konstytucją RP w zakresie, w jakim za przedsiębiorcę uznaje się przedsiębiorcę spełniającego wymagania tylko dla mikroprzedsiębiorcy, małego lub średniego przedsiębiorcy. Obecnie ustawa z 28.6.2012 r. ma zastosowanie do jakichkolwiek przedsiębiorców, bez względu na ich wielkość. Istotne jednak jest to, że zakresem przedmiotowym ustawy objęte są tylko zamówienia publiczne w rozumieniu art. 2 pkt 13 PrZamPubl, których przedmiotem są roboty budowlane w rozumieniu art. 3 pkt 7 ustawy z 7.7.1994 r. – Prawo budowlane³⁸, co do których Generalny Dyrektor wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia lub udzielił zamówienia przed dniem wejścia w życie ustawy, tj. do 2.8.2012 r., o ile zabezpieczenie, o którym mowa w art. 147 PrZamPubl, nie zostało zwrócone wykonawcy zgodnie z art. 151 tej ustawy. Ustawa chroni podwykonawców w zamówieniach na roboty budowlane, ale nie zawęża ochrony tylko i wyłącznie do podwykonawców robót budowlanych. Wystarczające jest tylko to, że umowy o podwykonawstwo pozostają w związku z zamówieniem na roboty budowlane.

Szczególną regulacją w zakresie umów z podwykonawcami zamówień publicznych na roboty budowlane zawiera prawo zamówień publicznych. W wyniku nowelizacji prawa zamówień publicznych dokonanej ustawą z 8.11.2013 r.³⁹, dodano nowe przepisy, które w istocie przewidują system ochrony podwykonawców w umowach stanowiących zamówienia publiczne na roboty budowlane. Jak wskazano w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej, wprowadzenie nowych rozwiązań dotyczących umów o podwykonawstwo w zamówieniach publicznych służyć ma wzmocnieniu bezpieczeństwa prawidłowej realizacji zamówień publicznych, wyborowi wykonawców mających odpowiedni potencjał do realizacji zamówień publicznych, wzmocnienie

³⁷ Wyr. TK z 18.6.2013 r., K 37/12, OTK-A 2013, Nr 5, poz. 60, Legalis.

³⁸ Tekst jedn. Dz.U. z 2018 r. poz. 1202 ze zm.

³⁹ Ustawa z 8.11.2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 1473).

niu ochrony słusznych praw podwykonawców uczestniczących w procesie realizacji zamówień publicznych, w szczególności zapewnienia terminowej oraz pełnej wypłaty należnego im wynagrodzenia, ograniczeniu ryzyka pojawiania się sporów na etapie realizacji zamówień publicznych oraz zapewnieniu odpowiedniej jakości realizacji zamówień publicznych, przez powierzenie ich podwykonawcom dającym gwarancję prawidłowego wykonania podzlecanych robót⁴⁰. Pierwotnie wprowadzona dodatkowa ochrona podwykonawców zamówień publicznych na roboty budowlane nie naruszała, zgodnie z jednoznacznie brzmiącym art. 143c ust. 8 PrZamPubl w poprzednim brzmieniu, praw i obowiązków zamawiającego, wykonawcy, podwykonawcy i dalszego podwykonawcy, wynikających z art. 647¹ KC. Tym samym w odniesieniu do umów stanowiących zamówienie publiczne na roboty budowlane równolegle zastosowanie znajdowała zarówno regulacja art. 647¹ KC oraz regulacja zawarta w art. 143a–143d PrZamPubl. Ustawą z 7.4.2017 r.⁴¹ nadano nowe brzmienie nie tylko art. 647¹ KC, ale także dokonano zmiany art. 143c ust. 8 PrZamPubl. Obecnie przepis ten przewiduje, że do solidarnej odpowiedzialności zamawiającego, wykonawcy, podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy z tytułu wykonanych robót stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy prawa zamówień publicznych nie stanowią inaczej. W uzasadnieniu projektu ustawy podniesiono, że taki sposób sformułowania art. 143c ust. 8 PrZamPubl nawiązuje do konstrukcji przyjętej w art. 139 ust. 1 PrZamPubl. Wprowadzona zmiana przepisu art. 143c ust. 8 PrZamPubl nie wyłącza odpowiedzialności solidarnej inwestora za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy, a co za tym idzie nadal równolegle obowiązuje ochrona podwykonawców przewidziana zarówno w art. 647¹ KC, jak i w przepisach prawa zamówień publicznych⁴². Dodatkową ochroną w zamówieniach publicznych objęty jest szerszy krąg podwykonawców. W art. 2 ust. 9b PrZamPubl przyjęto szeroką definicję

⁴⁰ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, Druk sejmowy VII kadencji, Nr 1179.

⁴¹ Powołana w przyp. 28.

⁴² J. Jerzykowski, [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018, Lex/el., pkt 8 do art. 143c; J.E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018, Lex/el., pkt 6 do art. 143c; I. Skubiszak-Kalinowska, [w:] I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany 2018, Lex/el., pkt 23 do art. 143c; odmiennie B. Lackoroński, [w:] K. Osajda (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, t. IIIA, Legalis, pkt 100 do art. 647¹; M. Jaworska, [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, M. Jaworska (red.), Warszawa 2019, Legalis, pkt 8 i nast. do art. 143c; M. Sieradzka, [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz, M. Sieradzka (red.), Warszawa 2018, Legalis pkt 6.

umów o podwykonawstwo, którą objęci zostali także podwykonawcy, którzy świadczą usługi oraz dostawy w rozumieniu prawa zamówień publicznych⁴³. Dodatkowo wskazać należy, że w świetle przepisów art. 143a–143d PrZam-Publ zakresem szczególnej regulacji objęci zostali podwykonawcy zamówień publicznych na roboty budowlane, a pojęcie to obejmuje nie tylko umowy o roboty budowlane. Zgodnie z przyjętą w ustawie definicją, zawartą w art. 2 pkt 8 PrZamPubl zakres pojęcia „roboty budowlane” obejmuje wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 2c PrZamPubl lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Przy interpretacji pojęcia „zamówienia na roboty budowlane” powołać się należy na wyrok ETS z 18.1.2007 r. w sprawie *Jean Auroux*⁴⁴, gdzie uznano, że zamówieniem na roboty budowlane jest sprzedaż nieruchomości po zrealizowaniu obiektu budowlanego, o ile jego realizacja przebiegała zgodnie z wytycznymi zamawiającego. Zbliżony pogląd wyrażony też został w wyroku SN z 16.9.2009 r.⁴⁵ Podsumowując, szczególnym reżimem ochrony podwykonawców w zamówieniach publicznych objęci są nie tylko podwykonawcy umów o roboty budowlane, ale także innych umów, które mieszczą się w bardzo szerokim zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane.

Zgodnie z art. 143c ust. 1 PrZamPubl zamawiający dokonuje bezpośrednio 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. Jednocześnie w ust. 3 tego przepisu wyraźnie przewidziano ograniczenie wysokości bezpośredniej zapłaty tylko do należnego wynagrodzenia, bez odsetek, należnych podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy. Bezpośrednia płatność wynagrodzenia dotyczy

⁴³ P. *Drapała*, Odpowiedzialność zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy robót budowlanych w świetle Prawa zamówień publicznych, PZP 2015, Nr 1, s. 4 i 5; *tenże*, Ochrona roszczeń podwykonawców – mankamenty legislacyjne i wątpliwości w zakresie wykładni art. 143a–143d PrZamPubl, PZP 2016, Nr 1, s. 20; W. *Wyrzykowski*, Pojęcie podwykonawstwa w budowlanych zamówieniach publicznych, PZP 2016, Nr 1, s. 148.

⁴⁴ Wyr. Trybunału Sprawiedliwości z 18.1.2007 r., C-220/05, Dz.Urz. UE C 56, s. 4.

⁴⁵ Wyr. SN z 16.9.2009 r., II CSK 104/09, Legalis.

tylko i wyłącznie należności powstałych po zaakceptowaniu przez zamawiającego umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub po przedłożeniu zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi. Warunkiem bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy robót budowlanych jest zaakceptowanie przez niego projektu umowy z podwykonawcą. Inaczej niż na gruncie ochrony wynikającej z art. 647¹ KC, akceptacja umowy z podwykonawcą ma nastąpić przed jej zawarciem. W przypadku umów z dalszymi podwykonawcami zamawiającemu powinna zostać dodatkowo przedłożona zgoda wykonawcy. Po przedłożeniu zamawiającemu projektu umowy z podwykonawcą robót budowlanych, zamawiając w terminie wskazanym w umowie stanowiącej zamówienie publiczne na roboty budowlane (tj. w umowie z wykonawcą) zgłasza na piśmie zastrzeżenia do projektu umowy o podwykonawstwo robót budowlanych, po pierwsze, gdy nie spełnia ona wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, po drugie, gdy przewiduje termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy dłuższy niż 30 dni od przedłożenia faktury lub rachunku potwierdzającego wykonanie robót budowlanych. Niezgłoszenie w formie pisemnej zastrzeżeń do przedłożonego projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie wskazanym w umowie z wykonawcą, uważane jest za akceptację projektu umowy przez zamawiającego. W art. 143b ust. 5 PrZamPubl wprowadzono obowiązek wykonawcy, a także podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy zamówienia na roboty budowlane, do przedłożenia zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia. W przypadku, gdy umowa ta nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub przewiduje dłuższy niż 30 dni termin zapłaty, zamawiający powinien zgłosić w formie pisemnej sprzeciw w terminie wskazanym w umowie z wykonawcą, stanowiącej zamówienie na roboty budowlane. Niezgłoszenie takiego sprzeciwu traktowane jest jako akceptacja umowy z podwykonawcą. Złagodzone wymagania ustawodawca przewidział natomiast w stosunku do podwykonawców zamówień na roboty budowlane, których przedmiotem są dostawy i usługi. W tym wypadku wprowadzono bowiem warunek przedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej umowy o podwykonawstwo, w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia. Wyjątkiem są tu jednak umowy o podwykonawstwo o wartości niższej niż 0,5% wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz umowy, których przedmiot został wskazany przez zamawia-