

Warszawa, 25 października 2021 r.

Sz. P.

Hubert Nowak
Prezes Urzędu Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17a,
02-676 Warszawa

Szanowny Panie Prezesie,

w imieniu Stowarzyszenia Prawa Zamówień Publicznych, na podstawie art. 471 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm. – „PZP”) zwracamy się z uprzejmą prośbą o wydanie opinii dotyczącej stosowania w trakcie realizacji umów w sprawach zamówień publicznych, których przedmiotem są roboty budowlane, instytucji przekazu (w rozumieniu postanowień art. 921(1) KC) wynagrodzenia należnego wykonawcy od zamawiającego w ciężar długu wykonawcy wynikającego z umowy o podwykonawstwo.

I. Uzasadnienie potrzeby wydania opinii

Instytucja przekazu uregulowana w art. 921(1) KC jest niezwykle rozpowszechniona w obrocie prawnym, w tym w szczególności w obrocie dwustronnie profesjonalnym. Dzięki podwójnemu upoważnieniu wynikającemu z przekazu instytucja ta znacząco przyspiesza obrót, prowadząc do umorzenia dwóch wierzytelności – osoba będąca wierzycielem w jednym stosunku i zarazem dłużnikiem w innym stosunku może w szczególności „przekazać” swojemu dłużnikowi spełnienie świadczenia do rąk swego wierzyciela, z tym skutkiem, że pierwszy z nich będzie upoważniony do spełnienia świadczenia zgodnie z przekazem, a drugi do jego przyjęcia¹.

Wskazane zalety przekazu spowodowały, iż jest on także dość powszechnie wykorzystywany w przypadku umów w sprawach zamówień publicznych, w tym w szczególności w przypadku umów o roboty budowlane. W ostatniej z przywołanych sytuacji przedmiotem przekazu jest wierzytelność służąca wykonawcy do zamawiającego o zapłatę wynagrodzenia należnego za wykonanie robót stanowiących przedmiot umowy w sprawie zamówienia publicznego.

¹ A. Janiak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część szczególna, wyd. II*, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, art. 921(1).

Przekaz następuje wówczas w ciężar długu obciążającego wykonawcę w związku z umową o podwykonawstwo, którą zawarł w celu realizacji zamówienia publicznego. W takim przypadku, za sprawą wykonania przekazu, umorzeniu ulegają dwie wierzytelności – wierzytelność wykonawcy do zamawiającego o zapłatę wynagrodzenia należnego na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wierzytelność podwykonawcy do wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia należnego mu na podstawie umowy o podwykonawstwo. Jednocześnie zamawiający zyskuje pewność, iż wykonawca opłacił podwykonawców, co ma dla niego samodzielne znaczenie prawne z uwagi na odpowiedzialność solidarną zamawiającego ponoszoną na podstawie art. 647(1) § 1 KC oraz z uwagi obowiązek weryfikacji faktu dokonywania przez wykonawcę zapłaty na rzecz podwykonawców, którymi wykonawca zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub z którymi zawarł przedłożoną zamawiającemu umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi.

Pomimo rozpowszechniania się w obrocie prawnym poddanym reżimowi zamówień publicznych instytucji przekazu zaczęły pojawiać się głosy na temat rzekomej sprzeczności tej instytucji z przepisami PZP w sprawie bezpośredniej zapłaty podwykonawcom (art. 465 i nast. PZP). Ewentualne zakwestionowanie dopuszczalności jej stosowania przyniesie niepowetowane szkody procesowi inwestycyjnemu. Płatność na podstawie przekazu poprawia przepływy finansowe wykonawców generalnych w trakcie realizacji umów. Zakwestionowanie dopuszczalności jego stosowania może przyczynić się do znaczącego pogorszenia cash – flow w następstwie przymuszenia wykonawców do wcześniejszego opłacania podwykonawców. Z kolei dla wielu podwykonawców bezpośrednia płatność od zamawiającego na podstawie przekazu jest ważną determinantą podjęcia współpracy z danym wykonawcą generalnym.

Z powyższych względów, mając na uwadze autorytet i pozycję ustrojową Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zaopiniowanie wskazanego zagadnienia prawnego posiada niedającą się przecenić doniosłość praktyczną.

II. Uzasadnienie dotyczące istoty zagadnienia prawnego mającego być przedmiotem opinii

II.1. Przekaz jako przedmiot regulacji ustawowej

Instytucja przekazu jest unormowana w KC. Przekaz nie jest natomiast normowany w przepisach PZP. Zgodnie z art. 921(1) KC kto przekazuje drugiemu (odbiorcy przekazu) świadczenie osoby trzeciej (przekazanego), upoważnia tym samym odbiorcę przekazu do przyjęcia, a przekazanego do spełnienia świadczenia na rachunek przekazującego. W świetle regulacji kodeksowej przekaz nie jest umową, lecz jednostronną czynnością prawną. Jak orzekł Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20 lipca 2020 r. (sygn. akt V CSK 131/19): *Przekaz, na gruncie kodeksu cywilnego, jest jednostronną czynnością prawną przekazującego.*

Odbiorca przekazu nie składa w ramach tej czynności prawnej oświadczenia woli, a uzyskuje upoważnienie do przyjęcia świadczenia od przekazanego (art. 921(1) k.c.). Powyższej konkluzji nie zmienia okoliczność, że przekaz może być elementem szerszej umowy, w której strony złożą jeszcze inne oświadczenia.

W konstrukcji prawnej przekazu występują trzy podmioty: (a) przekazujący, (b) przekazany oraz (c) odbiorca przekazu. Dla zafunkcjonowania przekazu warunkiem koniecznym jest istnienie dwóch stosunków prawnych. Pierwszy ma miejsce pomiędzy przekazującym a odbiorcą przekazu (stosunek waluty). Drugi zachodzi między przekazującym a przekazanym (stosunek pokrycia). W ramach stosunku waluty przekazujący jest dłużnikiem, a odbiorca przekazu jest wierzycielem. Z kolei stosunek pokrycia to relacja prawna między przekazującym a przekazanym. W ramach tego stosunku prawnego przekazany jest dłużnikiem, a przekazujący wierzycielem. W przypadku przekazu dotyczącego płatności dokonywanych na rzecz podwykonawców stosunkiem waluty jest umowa o podwykonawstwo, zaś stosunkiem pokrycia – umowa w sprawie zamówienia publicznego. Przekazującym jest wykonawca, przekazanym – zamawiający, zaś odbiorcą przekazu – podwykonawca. Jako odbiorca przekazu podwykonawca odbiera od przekazanego (zamawiającego) świadczenie, które uiszcza on na rachunek przekazującego.

Przekaz oparty jest na konstrukcji podwójnego upoważnienia², co jednoznacznie artykułuje definicja legalna z art. 921(1) KC, stanowiąc, kto przekazuje drugiemu (odbiorcy przekazu) świadczenie osoby trzeciej (przekazanego), upoważnia tym samym: odbiorcę przekazu do przyjęcia i przekazanego do spełnienia świadczenia na rachunek przekazującego. Oparcie przekazu na konstrukcji upoważnienia powoduje, że przekaz nie jest czynnością prawną zobowiązującą ani rozporządzającą³. Dla skuteczności przekazu przekazany musi w dalszym ciągu zdarzeń spełnić świadczenie na rzecz odbiorcy przekazu, a odbiorca przekazu musi to świadczenie przyjąć.

Podkreślić należy, iż sam przekaz nie rodzi stosunku zobowiązaniowego. Z czynności prawnej przekazu nie wynika żaden stosunek prawny między przekazanym a odbiorcą przekazu, na podstawie którego odbiorca przekazu mógłby żądać spełnienia określonego w przekazie świadczenia. Do nawiązania stosunku prawnego między przekazanym a odbiorcą przekazu dochodzi dopiero wówczas, gdy przekazany przyjmie przekaz, o czym przesądza art. 921(2) § 2 KC. Przyjęcie przekazu (akcept) stanowi zatem odrębną od przekazu jednostronną czynność prawną zobowiązującą przekazanego, której treścią jest zobowiązanie się przekazanego wobec odbiorcy przekazu do spełnienia przekazanego świadczenia. Temu

² Vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2016 r. (sygn. akt II CSK 186/15);

³ W wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 14 grudnia 2005 r. (sygn. akt I ACa 494/05) wskazano, że „przekaz nie jest czynnością prawną zobowiązującą ani rozporządzającą, a tylko upoważniająca”. Z kolei w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1951 r. (sygn. akt C 416/51) podkreślono, że „przekaz jest czynnością prawną jednostronną, z której nie wynika zobowiązanie odbiorcy przekazu do skorzystania z niego.”

obowiązkowi przekazanego odpowiada stosowne roszczenie odbiorcy przekazu powstające po dokonaniu akceptu.

II.2. Przekaz jako instrument zapłaty

W obrocie gospodarczym przekaz jest używany jako instrument zapłaty – wierzytelność przekazującego wynikająca ze stosunku pokrycia jest wykorzystywana do zapłaty jego długu wynikającego ze stosunku waluty (tzw. przekaz w dług). Rozwiązanie to upraszcza i przyspiesza obrót prawny, gdyż w wyniku jednej płatności przekazanego (dokonywanej w następstwie akceptu przekazu) następuje umorzenie dwóch zobowiązań. Ta zaleta przekazu powoduje, iż na jego konstrukcji opiera się szereg instytucji takich jak weksel, czek, polecenie przelewu czy też akredytywa.

Dzięki podwójnemu upoważnieniu będącemu charakterystyczną cechą przekazu zyskał on popularność także w procesie inwestycyjnym jako instrument zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy od wykonawcy generalnego bezpośrednio ze środków pieniężnych uiszczanych przez inwestora tytułem zapłaty na rzecz wykonawcy generalnego. W przypadku procesu inwestycyjnego jest to wręcz pożądanym przez inwestorów sposobem uiszczania zapłaty na rzecz podwykonawców, gdy poprzez przekaz części wynagrodzenia należnego wykonawcy generalnemu w jego dług wynikający z umowy podwykonawczej inwestor (jako przekazany) zyskuje pewność, iż dług ten zostanie umorzony w efekcie jego zaspokojenia. Tym samym zyskuje pewność, iż w związku z zapłatą wynagrodzenia należnego podwykonawcy na podstawie umowy podwykonawczej wierzytelność ta wygaśnie, a tym samym ustanie odpowiedzialność solidarna inwestora wynikająca z art. 647(1) § 1 KC. Z drugiej strony sami podwykonawcy są zainteresowani otrzymywaniem zapłaty poprzez przekaz, mając świadomość, iż to właśnie inwestor dysponuje środkami na sfinansowanie robót.

Z tych powodów klauzule kontraktowe stanowiące o przekazie podwykonawcom części wynagrodzenia wykonawcy generalnego w ciężar jego długu z umowy podwykonawczej są na porządku dziennym tak w umowach wykonawstwa generalnego, jak i w umowach podwykonawczych. Jak zauważył Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z dnia 4 stycznia 2017 r. (sygn. akt I ACa 543/16): *Zapis w umowie o roboty budowlane zawartej pomiędzy generalnym wykonawcą a inwestorem, tak samo pomiędzy generalnym wykonawcą a podwykonawcą, o sposobie rozliczenia zobowiązań wykonawcy z podwykonawcami poprzez zapłatę bezpośrednio przez inwestora na rzecz podwykonawców w ten sposób, że zapłata przez inwestora bezpośrednio do rąk podwykonawcy zwalnia generalnego wykonawcę z długu u podwykonawcy (ze stosunku waluty), jest de facto przekazem w dług. (...) Oświadczenie generalnego wykonawcy robót o regulowaniu płatności z tytułu jego wierzytelności bezpośrednio na rachunek bankowy podwykonawcy, skierowane do inwestora, jest*

oświadczeniem o przekazie. Generalny wykonawca w tych relacjach staje się przekazującym, inwestor - przekazany, a podwykonawca - odbiorcą przekazu.⁴

II.3. Przekaz a regulacja PZP

Przepisy PZP nie regulują przekazu (jednostronna czynność prawna), a jedynie umowę w sprawie zamówienia publicznego. Jak stanowi literalnie art. 8 ust. 1 PZP, do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zauważyć należy także, iż przepisy PZP o umowach nie regulują (choćby pośrednio) czynności akceptu przekazu przez zamawiającego (jako przekazanego).

Dokonanie przekazu nie stoi również w sprzeczności z przepisami o bezpośredniej zapłacie 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 (art. 465 ust. 1 PZP). Przesłanką dokonywania zapłaty na rzecz ww. grup podwykonawców jest (jak stanowi art. 465 ust. 1 PZP) uchylene się przez wykonawcę od obowiązku zapłaty. Zamawiający zatem dokonuje bezpośredniej tylko wówczas, gdy nie wykonawca nie uiszcza na rzecz podwykonawcy należnego mu wynagrodzenia wynikającego z umowy o podwykonawstwo. Tak długo jak wykonawca reguluje powyższe należności, tak długo przepis art. 465 ust. 1 PZP w ogóle nie znajduje zastosowania.

PZP nie normuje sposobu dokonania zapłaty przez wykonawcę wynagrodzenia należnego podwykonawcy na podstawie umowy o podwykonawstwo. W praktyce zapłata ta następuje zazwyczaj bezpośrednio ze środków pieniężnych wykonawcy jako dłużnika. Nie ma jednakże żadnych przeszkód prawnych, aby zapłata na rzecz podwykonawcy nastąpiła nie przez dłużnika (w omawianym przypadku – wykonawcę), lecz przez osobę trzecią, która będzie dokonywać zapłaty w ciężar długu wykonawcy. Pamiętać należy, w takim przypadku wierzyciela (w omawianym przypadku – podwykonawcę) obciąża wręcz obowiązek przyjęcia takiego świadczenia. Zgodnie z art. 356 § 2 KC jeżeli wierzytelność pieniężna jest wymagalna, wierzyciel nie może odmówić przyjęcia świadczenia od osoby trzeciej, chociażby działała bez wiedzy dłużnika. W praktyce zresztą podwykonawca nie ma powodu odmawiania przyjęcia zapłaty uiszczanej mu przez osobę trzecią – przeciwnie jego interes realizuje się wówczas, gdy otrzymuje zapłatę. Osobą trzecią, o której mowa w art. 356 § 2 KC, może być każdy, kto

⁴ Niepubl. zamieszczony w Systemie Informacji Prawnej LEX.

jest zobowiązany wobec dłużnika do świadczenia pieniężnego, a zatem także przekazany, o ile dokona akceptu, o którym mowa w art. 921(2) § 1 KC.

Jak zatem widać, przepisy KC o przekazie i dokonywanie zapłaty na rzecz podwykonawców z wykorzystaniem tej instytucji w żadnym stopniu nie stoją w kolizji z przepisami PZP o bezpośredniej zapłacie. Druga z przywołanych regulacji znajduje zastosowanie tylko wówczas, gdy podwykonawca nie otrzyma należnej mu zapłaty. Z kolei przekaz jest wykorzystywany właśnie do tego, aby takiej zapłaty efektywnie dokonać. Tym samym dokonywanie zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom od wykonawcy z wykorzystaniem instrumentu przekazu w najpełniejszym stopniu wpisuje się w mechanizmy ochrony podwykonawców przed skutkami uchylania się wykonawcy od zapłaty na ich rzecz. Doprowadzając to efektywnego uzyskania zapłaty przez podwykonawcę, przekaz wywołuje ten skutek, że zamawiający nie jest zmuszany do wszczynania czasochłonnej i w pewnym stopniu ryzykownej dla niego procedury bezpośredniej zapłaty (art. 465 ust. 4 – 6 PZP). Płacąc bowiem podwykonawcom jako przekazany, zamawiający zyskuje pewność, iż otrzymali oni należne im wynagrodzenie, co w sensie prawnym skutkuje odpadnięciem przesłanki „uchylania się” od zapłaty przez wykonawcę, o której mowa w art. 465 ust. 1 PZP. Dodatkowo, w stosunku do podwykonawców realizujących roboty budowlane, zamawiający (analogicznie jak każdy inny inwestor) poprzez zapłatę na podstawie przekazu doprowadza do odpadnięcia przesłanki swojej odpowiedzialności solidarnej ponoszonej na podstawie art. 647(1) § 1 KC.

II.4. Przekaz a potrącenie wzajemnej wierzytelności zamawiającego

Zastosowanie przekazu nie narusza prawa zamawiającego do wierzytelności wzajemnych potrącenia (art. 498 § 1 KC) służących mu w stosunku do wykonawcy (w praktyce głównie kar umownych lub odszkodowań z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania). Nie można zapominać, że podstawą obowiązku zapłaty obciążającego przekazanego (w omawianym przypadku – zamawiającego) nie jest sam przekaz (art. 921(1) KC), ale dopiero jego akcept (art. 921(2) § 1 KC). Tak długo, dopóki zamawiający nie dokona akceptu przekazu bądź faktycznie nie zapłaci, tak długo nie stanie się zobowiązany na podstawie przekazu w stosunku do odbiorcy przekazu.

Poza tym należy mieć na uwadze przekazaniu w drodze przekazu podlega świadczenie (w omawianym przypadku – kwota pieniężna wynikająca z wierzytelności o zapłatę) w postaci istniejącej w chwili akceptu dokonywanego przez przekazanego. Jeżeli zatem przed akceptem zamawiający dokonana potrącenia wierzytelności służących mu w stosunku do wykonawcy z wierzytelnością wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia należnego na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego, to na zasadzie art. 498 § 2 KC wierzytelności te umorzają się nawzajem do wysokości wierzytelności niższej.

III. Konkluzje

Przepisy o przekazie i dokonywanie na ich podstawie zapłaty podwykonawcom nie stoi w jakiegokolwiek sprzeczności z regulacjami PZP odnoszącymi się do bezpośredniej zapłaty 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 (art. 465 ust. 1 PZP).

Przekaz, jako instrument zapłaty, zmierza wręcz do tego, aby roszczenia podwykonawców o zapłatę wynagrodzenia należnego im na podstawie umowy o podwykonawstwo uzyskiwały realne (efektywne) zaspokojenie. W tym aspekcie zastosowanie przekazu przynosi korzyści wszystkim interesariuszom. Podwykonawca, jak już podkreślono to powyżej, otrzymuje efektywnie należną mu zapłatę. Zamawiający z kolei zyskuje pewność, iż zapłata podwykonawcy została dokonana, co zwalnia go z konieczności wszczynania procedury bezpośredniej zapłaty, o której mowa w art. 465 PZP, a w odniesieniu do podwykonawców realizujących roboty budowlane także z solidarnej odpowiedzialności ponoszonej w stosunku do nich na podstawie art. 647(1) § 1 KC. Przekaz jest wreszcie korzystny także dla wykonawcy. Z jego sprawą może dokonywać płatności na rzecz swoich podwykonawców w sposób uproszczony, bez konieczności bezpośredniego angażowania własnych środków pieniężnych.

W imieniu Stowarzyszenia Prawa Zamówień Publicznych:

Aldona Kowalczyk
Prezes Zarządu

Anna Specht-Schampera
Członek Zarządu

Jarosław Jerzykowski
Członek Komisji Rewizyjnej