

SZCZEGÓLNE USTAWOWE ZABEZPIECZENIA OTRZYMANIA NALEŻNEGO ŚWIADCZENIA PRZEZ WYKONAWCĘ

Andrzej Urbański

Trudna sytuacja na rynku robót budowlanych w latach 2000-2003, przejawiająca się w szczególności zjawiskiem zatorów płatniczych w relacjach inwestor – generalny wykonawca oraz generalny wykonawca – podwykonawcy, skłoniła ustawodawcę do podjęcia działań mających na celu wzmocnienie pozycji wykonawców.

Prace legislacyjne

Pierwszą z szeregu inicjatyw w tym zakresie była ustawa z 14.2.2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 49, poz. 408). Jak wskazano w uzasadnieniu projektu (Druk sejmowy nr 888/IV) na rynku świadczeń usług budowlanych występowały coraz częściej przypadki nieregulowania lub nieterminowego regulowania należności za wykonane świadczenia dotyczące robót budowlanych, w szczególności wykonawcom występującym w procesie inwestowania w charakterze podwykonawców. Odnosiło się to często do należności za roboty budowlane wykonywane przez małych i średnich przedsiębiorców, których kontrahentami są wykonawcy (generalni wykonawcy), na ogół duże przedsiębiorstwa budowlane - spółki akcyjne lub z ograniczoną odpowiedzialnością lub przedsiębiorstwa deweloperskie dysponujące znacznym kapitałem zakładowym, wytwórczym i finansowym. Z uwagi na powyższe, przedmiotowa nowelizacja dodała do kodeksu cywilnego nowy art. 647¹ stanowiący w szczególności, iż (i) inwestor musi wyrazić zgodę na zawarcie umowy przez wykonawcę z podwykonawcą; (ii) inwestor oraz wykonawca odpowiadają solidarnie za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. Przepisy art. 647¹ KC mają charakter *iuris cogentis* i nie mogą być modyfikowane odmiennym postanowieniem umownym stron (art. 647¹ § 6 KC).

Drugą z inicjatyw ustawodawczych w tym zakresie (będącą inicjatywą poselską) była ustawa z 9.7.2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane (Dz.U. Nr 180 poz. 1758), dalej GwarBudU. Dawała ona uprawnienie wykonawcy do żądania od inwestora zabezpieczenia zapłaty wynagrodzenia w postaci gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, a także akredytywy bankowej lub poręczenia banku udzielone wykonawcy robót budowlanych na zlecenie zamawiającego.

Przedmiotowa ustawa od momentu rozpoczęcia nad nią prac budziła dość poważne wątpliwości co do jej zgodności z konstytucją. Ostatecznie, wyrokiem z 27.11.2006 r. (sygn. K 47/04) Trybunał Konstytucyjny orzekł, iż art. 4 ust. 4 przedmiotowej ustawy jest niezgodny z art. 2 Konstytucji przez to, że różnicuje wysokość kosztów udzielonych gwarancji ponoszonych przez wykonawcę i zamawiającego. Ponadto

Trybunał Konstytucyjny uznał, iż art. 5 ust. 1 i 2 ustawy (określający uprawnienia wykonawcy do wstrzymania wykonywania robót oraz do odstąpienia od umowy) jest niezgodny z art. 2 Konstytucji RP. Zgodnie z powyższym wyrokiem, przepisy uznane za niezgodne z Konstytucją RP utraciły moc obowiązującą 30.6.2007 r.

Stosowanie uchylonej ustawy

Na skutek powyższego wyroku TK rozpoczęły się prace legislacyjne nad udoskonaleniem powyższych przepisów. Z uwagi na sugestie zawarte w uzasadnieniu wyroku TK z 27.11.2006 r. oraz z uwagi na stanowisko Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego zdecydowano się na uchylenie GwarBudU i wprowadzenie dotychczasowych przepisów tej ustawy (po dokonaniu ich modyfikacji zgodnie z wyrokiem TK) do KC (poprzez dodanie nowych artykułów o numerach od 649¹ do numeru 649⁵). Przedmiotowa zmiana, dokonana ustawą z 8.1.2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz.U. nr 40 poz. 22) weszła w życie 17.4.2010 r.

Ustawa z dnia 9.7.2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane

GwarBudU weszła w życie 7.11.2003 r. Data ta ma istotne znaczenie, albowiem przepisów ustawy nie stosuje się do umów zawartych przed tą datą. Jednocześnie, zgodnie z art. 2 ustawy z 8.1.2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz.U. nr 40 poz. 222) do umów o roboty budowlane zawartych przed dniem wejścia w życie powyższej nowelizacji KC (wprowadzającej do KC nowe artykuły o numerach od 649¹ do numeru 649⁵) stosuje się przepisy dotychczasowe.

Oznacza to, iż pomimo utraty mocy GwarBudU jej przepisy nadal będą miały zastosowanie do umów zawartych pomiędzy 7.11.2003 r. a 17.4.2010 r.

W związku z prezentowanymi powyżej zagadnieniami intertemporalnymi pojawia się pytanie, czy o przepisach właściwych dla umów zawieranych z podwykonawcą decyduje data zawarcia umowy pomiędzy inwestorem i wykonawcą czy też data zawarcia umowy podwykonawczej. Wydaje się, iż to drugie z rozwiązań należy uznać za bardziej prawidłowe albowiem systematyka zarówno GwarBudU jak i art. 649¹–649⁵ KC wskazuje, iż roszczenie o udzielenie gwarancji zapłaty przysługuje wyłącznie pomiędzy stronami umowy o roboty budowlane (bez względu czy jest to umowa o generalne wykonawstwo, wykonawstwo czy też podwykonawstwo) i brak jest podstaw do tak silnego wiązania umowy podwykonawczej z umową zawieraną pomiędzy inwestorem a wykonawcą (generalnym wykonawcą), że data tej pierwszej miała decydować o przepisach właściwych dla drugiej.

PRZYKŁAD

X Sp. z o.o. (inwestor) zawarł w dniu 5 stycznia 2010 r. umowę o generalne wykonawstwo Y Sp. z o.o. (generalny wykonawca). Następnie, w dniu 20 kwietnia 2010 r. Y Sp. z o.o. zawarł umowę z Z Sp. z o.o. o podwykonawstwo. W przypadku

żądania Y Sp. z o.o. wobec X Sp. z o.o. o udzielenie gwarancji zapłaty właściwe będą przepisy ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane, zaś w przypadku takiego samego żądania skierowanego wobec Y Sp. z o.o. przez Z Sp. z o.o. właściwe będą przepisy art. 649¹ KC - 649⁵ KC.

Zakres nowelizacji

GwarBudU zgodnie z jej art. 1 ma zastosowanie do umów, których przedmiotem jest wykonywanie robót budowlanych w rozumieniu prawa budowlanego. Zgodnie z art. 3 pkt 7 PrBud przez pojęcie „roboty budowlane” należy przez rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego.

Inwestor a zamawiający

Jedną z podstawowych wątpliwości dotyczących zakresu stosowania przedmiotowej ustawy było ustalenie, czy jej postanowienia mają zastosowanie wyłącznie w relacjach pomiędzy inwestorem (określanego w umowie jako zamawiający) a wykonawcą czy też również w relacjach wykonawca – podwykonawca. Zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy wykonawca robót budowlanych może w każdym czasie żądać od zamawiającego gwarancji zapłaty do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia, wynikającego z umowy oraz ze zleceń dodatkowych. Ustawodawca używa zatem odmiennej terminologii niż w tytule XVI kodeksu cywilnego (art. 647–658 KC), gdzie posługuje się pojęciami „inwestor” oraz „wykonawca”. Termin „zamawiający” jest jednak używany w terminologii umowy o dzieło (art. 627– art. 646 KC), której podtypem jest umowa o roboty budowlane.

Co do zasady, w procesie budowlanym występować mogą następujące podmioty: inwestor, inwestor zastępczy, generalny wykonawca, wykonawca i podwykonawca. Natomiast według art. 4 ust. 1 ustawy „wykonawca robót budowlanych” może żądać gwarancji od „zamawiającego”. Należy jednak pamiętać, iż dla wykonawcy (generalnego wykonawcy) zamawiającym jest inwestor (inwestor zastępczy), a dla podwykonawcy zamawiającym jest wykonawca (generalny wykonawca) lub inny podwykonawca.

ZAPAMIĘTAJ

W mojej opinii przepisy GwarBudU należy stosować zarówno w umowach pomiędzy inwestorem a wykonawcą (generalnym wykonawcą) jak również w umowach o roboty budowlane pomiędzy wykonawcą (generalnym wykonawcą) a dalszymi wykonawcami (podwykonawcami). Po pierwsze, przyjmując zasadę racjonalnego działania ustawodawcy należy założyć, iż użycie pojęcia „zamawiający” zamiast pojęcia „inwestor” miało na celu oderwanie od terminologii KC używanej w związku z umową o roboty budowlane i w ten sposób objęcie zakresem działania ustawy również relacji wykonawca – podwykonawcy.

Po drugie, dokonując wykładni systemowej oraz celowościowej należy stwierdzić, iż z punktu widzenia charakteru stosunków prawnych relacje inwestor–generalny wykonawca oraz generalny wykonawca – podwykonawca są bardzo podobne (co do zasady w każdym z tych przypadków umowa łącząca strony jest umową o roboty budowlane). Brak jest zatem podstaw do różnicowania obu tych sytuacji faktycznych. Ponadto, mając na uwadze cel ustawodawcy (ochronę przedsiębiorców budowlanych – zwłaszcza małych i średnich – przed znaczącymi opóźnieniami w płatnościach) należy stwierdzić, iż zjawisko to szczególnie dotyka rynku umów podwykonawczych.

Art.647¹ KC

W tym miejscu należy odnieść się do wzmiankowanej powyżej ustawy z 14.2.2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 49, poz. 408) dodającej do KC art. 647¹ wprowadzający zasadę, iż inwestor oraz wykonawca odpowiadają solidarnie za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. Powyższe może rodzić pytanie, czy podwykonawca – strona umowy o roboty budowlane, zawartej z wykonawcą (generalnym wykonawcą), może kierować roszczeniem o udzielenie gwarancji zapłaty wyłącznie przeciwko wykonawcy (czyli podmiotowi, z którym zawarł umowę o roboty budowlane w zakresie podwykonawstwa) czy też również wobec inwestora oraz innych podmiotów w tzw. „łańcuszku” pomiędzy inwestorem a takim podwykonawcą (dotyczy to tych wszystkich przypadków, gdy stroną umowy z podwykonawcą nie jest podmiot związany więzami umownymi z inwestorem, lecz sam również jest podwykonawcą). Analiza całości postanowień ustawy prowadzi jednak do wniosku, iż roszczenie o udzielenie gwarancji zapłaty może być podnoszone wyłącznie między stronami umowy. Wynika to chociażby z tego, iż fakt nieudzielenia gwarancji zapłaty stanowi przeszkodę w wykonywaniu robót budowlanych z przyczyn dotyczących zamawiającego i uprawnia wykonawcę do żądania wynagrodzenia na podstawie art. 639 KC (art. 5 ust 3 ustawy). Oczywiście jest, iż uprawnienie takie może powstać wyłącznie pomiędzy stronami umowy.

PRZYKŁAD

X Sp. z o.o. (inwestor) zawiera umowę o generalne wykonawstwo budynku z Y Sp. z o.o. (generalny wykonawca). Y Sp. z o.o. w zakresie wykonania robót fundamentowych zawarł umowę z Z Sp. z o.o. (podwykonawca). Możliwość zawarcia przez Y Sp. z o.o. umowy o podwykonawstwo w zakresie robót fundamentowych była przewidziana przez umowę o generalne wykonawstwo a X Sp. z o.o. wyraził zgodę na zawarcie tej umowy z Z Sp. z o.o. Po zawarciu umowy Z Sp. z o.o. wystosował wezwanie do X Sp. z o.o. o udzielenie gwarancji zapłaty w rozumieniu ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane. X Sp. z o.o. odpowiedział, iż roszczenie to może być kierowane przez Z Sp. z o.o. wyłącznie przeciwko Y Sp. z o.o. Stanowisko X Sp. z o.o. należy uznać za prawidłowe.

Ewentualne udzielenie w powyższym stanie faktycznym gwarancji zapłaty przez generalnego wykonawcę na rzecz podwykonawcy nie powoduje ustania odpowiedzialności solidarnej inwestora oraz generalnego wykonawcy wobec podwykonawcy za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy zgodnie z regułami art. 647¹ KC.

Uprawnienie do żądania gwarancji zapłaty zdefiniowane jest w art. 2 oraz art. 4 ustawy. Wynika z nich, iż wykonawca robót budowlanych może w każdym czasie żądać od zamawiającego gwarancji zapłaty do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia, wynikającego z umowy oraz ze zleceń dodatkowych (art. 4 ust 1 ustawy). Jednocześnie, art. 2 ust. 2 ustawy gwarancją zapłaty w jej rozumieniu jest gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa, a także akredytywa bankowa lub poręczenie banku udzielone wykonawcy robót budowlanych na zlecenie zamawiającego wykonanie tych robót.

Ponieważ instytucje gwarancji bankowej oraz ubezpieczeniowej została już opisane w niniejszej publikacji w tym miejscu pozwolę sobie na krótkie omówienie dwóch pozostałych instrumentów prawnych wskazanych w powoływanym przepisie.

Akredytywa

Zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy z 29.8.1997 r. – Prawo bankowe (tekst jednolity: Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 ze zm.), dalej PrBank akredytywą dokumentową jest pisemne zobowiązanie banku wobec osoby trzeciej do dokonania płatności określonej kwoty pieniężnej na rzecz beneficjenta akredytywy, w razie spełnienia przez beneficjenta wszystkich warunków określonych w akredytywie. Ustawowa definicja akredytywy dokumentowej nie różni się istotnie od definicji gwarancji bankowej. Różnica polega na tym, że w wypadku akredytywy bank zobowiązany jest do zapłaty w razie przedstawienia dowodów wykonania świadczenia wzajemnego, zaś w wypadku gwarancji bankowej w razie niewykonania (lub nienależytego wykonania) świadczenia zabezpieczonego. Zgodnie z art. 85 ust. 2 PrBank akredytywa dokumentowa musi w szczególności zawierać: nazwę i adres zleceniodawcy i beneficjenta, kwotę i walutę akredytywy, termin ważności akredytywy oraz opis dokumentów, po których przedstawieniu beneficjent jest uprawniony do żądania wypłaty w ramach akredytywy.

Poręczenie bankowe

Do poręczenia bankowego stosuje się przepisy kodeksu cywilnego (tytuł XXXII księgi trzeciej, art. 876–887 KC) z tą różnicą, że świadczenie banku ma zawsze charakter pieniężny (art. 84 prawa bankowego). W przypadku stosowania ustawy o gwarancji zapłaty w umowach o roboty budowlane świadczenie zabezpieczone (czyli świadczenie zamawiającego) ma również charakter pieniężny. Poręczenie ma charakter zabezpieczenia akcesoryjnego (art. 879 § 1 KC) co oznacza, iż o zakresie zobowiązania poręczyciela rozstrzyga zakres zobowiązania dłużnika. W umowie

poręczenia nie musi być określona granica odpowiedzialności poręczyciela – odpowiada on zawsze dokładnie tak jak dłużnik za którego poręczył (wyjątkiem jest tylko poręczenie za dług przyszły – art. 878 § 1 KC).

Wyjątek ten nie będzie miał jednak zastosowania w wypadku poręczenia udzielanego na podstawie ustawy, ponieważ poręczyciel (bank) poręcza tu za dług istniejący, tzn. wynikający z zawartej już umowy. Poręczyciel ma też prawo do podniesienia wszystkich zarzutów przysługujących zleceniodawcy udzielenia poręczenia (art. 883 § 1 KC). Jeżeli zatem żądanie zapłaty zgłoszone przez wykonawcę jest np. przedwczesne poręczyciel może odmówić zapłaty z powołaniem się na te okoliczności. Zgodnie z art. 881 KC odpowiedzialność poręczyciela ma charakter odpowiedzialności solidarnej, tzn. uprawniony (wykonawca) może wybrać, czy dochodzić wykonania zobowiązania od poręczyciela czy też dłużnika głównego (zamawiającego). Należy jednak pamiętać, iż powyższy przepis dopuszcza możliwość modyfikacji tej zasady, np. zdefiniowanie odpowiedzialności poręczyciela jako odpowiedzialności subsydiarnej tzn., iż przesłanką skutecznego żądania zapłaty w stosunku do poręczyciela będzie np. wykazanie bezskuteczności egzekucji lub niewypłacalności dłużnika w stosunku podstawowym.

Roszczenie a status strony umowy o roboty budowlane

Odnosząc się do wcześniej poczynionych uwag należy stwierdzić, iż gwarancji zapłaty na podstawie GwarBudU przysługuje wyłącznie stronie umowy o roboty budowlane. W praktyce ma to dwie istotne konsekwencje. Po pierwsze, nie można zgłosić takiego roszczenia przed zawarciem umowy, np. w okresie negocjacji. Po drugie, w wezwaniu do udzielenia takiego wezwania należy wskazać umowę w oparciu o którą wykonawca podnosi roszczenie o udzielenie gwarancji zapłaty. Należy w tym miejscu zauważyć, iż ustawodawca nie zachował konsekwencji co do określania formy wymaganej dla umowy o roboty budowlane. O ile bowiem ogólny przepis art. 648 KC stanowi, iż umowa o roboty budowlane powinna być zawarta na piśmie (forma *ad probationem*), to jednak art. 647¹ § 4 KC stanowi, iż tzw. umowy podwykonawcze (tzn. umowy zawierane przez wykonawcę (generalnego wykonawcę) z podwykonawcami oraz ew. dalsze umowy zawierane przez takich podwykonawców z kolejnymi podwykonawcami) muszą być zawierane w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Oznacza to, iż w piśmie zawierającym żądanie udzielenia gwarancji zapłaty należy zdefiniować umowę, w oparciu o którą roszczenie takie jest podnoszone.

Charakter roszczenia wykonawcy

Charakter roszczenia o udzielenie gwarancji zapłaty powoduje, iż uprawniony z tego tytułu (wykonawca) może formułować roszczenie w sposób ogólny – tzn. może domagać się gwarancji zapłaty w formie określonej przez ustawę oraz w wysokości z niej wynikającej w oparciu o warunki umowy (należy w tym momencie

przypomnieć, iż zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy, gwarancji zapłaty można żądać do wysokości roszczenia z tytułu wynagrodzenia wynikającego oraz z tytułu zleceń dodatkowych). Wybór sposobu udzielenia gwarancji zapłaty oraz szczegółów dotyczących jej udzielenia (w granicach dopuszczalnych ustawą) pozostaje w sferze uznania zamawiającego i wykonawcy nie może w nią ingerować.

PRZYKŁAD

X Sp. z o.o. (wykonawca) zażądał od Y Sp. z o.o. (zamawiającego) gwarancji zapłaty w formie gwarancji bankowej. Y Sp. z o.o. przedstawił gwarancję ubezpieczeniową. X Sp. z o.o. uznał, iż nie doszło do należytego spełnienia jego żądania. Y Sp. z o.o. argumentował jednak, iż udzielił gwarancji zapłaty w jednej z form przewidzianych w art. 2 ust. 2 ustawy a stanowisko wykonawcy co do wyboru instytucji przewidzianych tym przepisem nie jest dla niego wiążące. Stanowisko Y Sp. z o.o. należy uznać za prawidłowe.

PRZYKŁAD

X Sp. z o.o. (wykonawca) zażądał od Y Sp. z o.o. (zamawiającego) gwarancji zapłaty w formie gwarancji bankowej udzielonej przez wskazany bank – A S.A. Y Sp. z o.o. przedstawił jednak gwarancję udzieloną przez inny bank. Postępowanie Y Sp. z o.o. należy uznać za dopuszczalne.

Roszczenie z tytułu ustawy a dotychczasowe postanowienia umowne dotyczące zabezpieczeń

Odnieść się także należy do sytuacji, gdy strony w pierwotnym brzmieniu umowy o roboty budowlane ustanowią określony sposób zabezpieczenia dla wykonawcy co do otrzymania wynagrodzenia. Rodzi się wówczas pytanie, czy i wówczas wykonawcy przysługuje roszczenie o żądanie gwarancji zapłaty zgodnie z postanowieniami ustawy? W moim przekonaniu zależy to od rodzaju oraz zakresu zabezpieczeń przyznanych na podstawie ustawy. Jeżeli w postanowieniach umowy zapisano jako formę zabezpieczenia dla wykonawcy jedną z form przewidzianą w art. 2 ust. 2 ustawy (tzn. gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa, a także akredytywa bankowa lub poręczenie banku) oraz w zakresie przewidzianym przez art. 4 ust. 1 ustawy (do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia, wynikającego z umowy oraz ze zleceń dodatkowych) wówczas żądanie dodatkowej gwarancji zapłaty w oparciu o przepisy ustawy jest niedopuszczalne, albowiem cel zakładane przez ustawodawcę (zapewnienie wykonawcy określonego poziomu zabezpieczenia wypłaty wynagrodzenia za pomocą instrumentów bankowych) został już przez strony a priori osiągnięty poprzez odpowiednie ukształtowanie stosunku umownego. Jeżeli jednak strony przewidziały wprawdzie w umowie określone zabezpieczenie otrzymania przez wykonawcę wynagrodzenia, ale w innej postaci niż przewidziana przez ustawę (np. poręczenie innego podmiotu niż bank albo weksel) lub wprawdzie w formie przewidzianej w ustawie ale w niższej

wysokości (np. gwarancja bankowa w wysokości połowy roszczenia o wynagrodzenie) wówczas roszczenie wykonawcy będzie nadal dopuszczalne w całości (w pierwszej sytuacji przewidzianej powyżej) lub w części (druga sytuacja opisana powyżej- wówczas wykonawcy będzie przysługiwało roszczenie o udzielenie gwarancji zapłaty co do tej części wynagrodzenia na którą nie opiewa gwarancja bankowa przedstawiona w oparciu o postanowienia umowne).

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 27.11.2006 r. (sygn. K 47/04)

ZAPAMIĘTAJ

Jak już wzmiankowano we wprowadzeniu do niniejszego podrozdziału wyrokiem z 27.11.2006 r. (sygn. K 47/04) Trybunał Konstytucyjny orzekł, iż art. 4 ust. 4 przedmiotowej ustawy jest niezgodny z art. 2 Konstytucji RP przez to, że różnicuje wysokość kosztów udzielonych gwarancji ponoszonych przez wykonawcę i zamawiającego. Ponadto Trybunał Konstytucyjny uznał, iż art. 5 ust. 1 i 2 ustawy (określające uprawnienia wykonawcy do wstrzymania wykonywania robót oraz do odstąpienia od umowy) jest niezgodny z art. 2 Konstytucji. Zgodnie z powyższym wyrokiem przepisy uznane za niezgodne z Konstytucją utraciły moc obowiązującą z 30.6.2007 r.

W związku z powyższym pojawia się pytanie o możliwość stosowania ustawy po dniu wejścia w życie przedmiotowego wyroku. Analiza treści ustawy po utracie mocy obowiązywania przez wskazane powyżej przepisy prowadzi w moim mniemaniu do następujących wniosków.

Po pierwsze uchylenie art. 4 ust. 4 powoduje, iż zagadnienie kosztów związanych z uzyskaniem gwarancji zapłaty reguluje kompleksowo art. 4 ust. 3 ustawy. Jego wykładnia prowadzi do wniosku, iż koszty uzyskania zabezpieczenia ponosi zamawiający, przy czym może on domagać się ich zwrotu w części w jakiej dokonał terminowej zapłaty. Pozwala to na konkluzję, iż w momencie uzyskiwania gwarancji zamawiający nie może żądać od wykonawcy środków na poczet kosztów gwarancji. Jego roszczenie o ich zwrot staje się wymagalne, gdy uiszczy on w terminie stosowną część wynagrodzenia. Zapłata ta musi jednak nastąpić w terminie przepisanej umową. Jeżeli część wynagrodzenia została uiszczona w terminie a co do części zamawiający opóźnił się z przyczyn za które ponosi odpowiedzialność roszczenie o zwrot kosztów uzyskania gwarancji zapłaty staje się wymagalne jedynie w tej części w jakiej zapłata nastąpiła w terminie.

ZAPAMIĘTAJ

Po drugie, utrata mocy obowiązującej przez art. 5 ust. 1 i 2 ustawy (określające uprawnienia wykonawcy do wstrzymania wykonywania robót oraz do odstąpienia od umowy) powoduje, iż jedynym uprawnieniem jakie posiada wykonawca w przypadku nieprzedstawienia przez zamawiającego gwarancji zapłaty zgodnie z

ustawą jest uprawnienie do żądania wynagrodzenia na podstawie art. 639 KC. Zgodnie z tym przepisem zamawiający nie może odmówić zapłaty wynagrodzenia mimo niewykonania dzieła, jeżeli przyjmujący zamówienie był gotów je wykonać, lecz doznał przeszkody z przyczyn dotyczących zamawiającego. W takim wypadku zamawiający może jednak odliczyć to, co przyjmujący zamówienie oszczędził z powodu niewykonania dzieła. Przepis art. 639 KC przewiduje swoiste wynagrodzenie za niewykonanie umowy z przyczyn dotyczących zamawiającego. Wynagrodzenie z art. 639 KC oblicza się w ten sposób, iż odliczając od kwoty przewidywanego w umowie wynagrodzenia kwotę odpowiadającą kosztom, jakie wykonawca musiałby ponieść w razie wykonania dzieła. Przyjąć należy, że do kosztów tych należą wszelkie koszty pracy i materiałów, które musiałby zakupić wykonawca. Z brzmienia tego przepisu wynika bowiem wyraźnie, że wykonawcy przysługuje jedynie różnica pomiędzy całością kosztów, które musiałby ponieść a wynagrodzeniem (utracony zysk) (tak właśnie: T. Spyra, Komentarz do art. 5 GwarBudU).

Z praktycznego punktu widzenia największe trudności w związku z utratą mocy obowiązującej przez niektóre przepisy ustawy na podstawie orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego związane są z zagadnieniem wyznaczenia stosownego terminu do przedstawienia gwarancji zapłaty. Wprawdzie nieobowiązujący art. 5 ust. 1 ustawy również nie wykazywał się precyzją w tym zakresie stanowiąc, iż termin ma być „odpowiedni” (co było jednym z zarzutów poczynionym przez Trybunał Konstytucyjny) to jednak po wejściu w życie przedmiotowego orzeczenia brak było jakichkolwiek wskazówek ustawowych co do długości terminu. Wydaje się, iż z praktycznego punktu widzenia najlepiej przyjąć termin z nowo prowadzonego art. 649⁴ § 1 KC i wyznaczać go jako termin co najmniej czterdziestopięciodniowy.

Wzór wezwania do przedstawienia gwarancji zapłaty (na potrzeby umowy o roboty budowlane zawartej przed 17.4.2010 r.)

Warszawa, dnia __

Do: _____

WEZWANIE DO PRZEDSTAWIENIA GWARANCJI ZAPŁATY

Działając w imieniu (dane wykonawcy) w związku z zawartą w dniu(data zawarcia umowy) umowa o roboty budowlane dotyczącą (rodzaj obiektu objętego umową) („**Umowa**”) działając na podstawie art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane („**Ustawa**”) w związku z art. 2 ustawy z dnia 8 stycznia 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 40, poz. 22) niniejszym wzywam Państwa do przedstawienia gwarancji zapłaty w rozumieniu Ustawy w postaci gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, akredytywy bankowej

lub poręczenia banku na kwotę równowartości przysługującego nam wynagrodzenia na podstawie Umowy to jest (kwota zabezpieczenia).

Dokument będący gwarancją zapłaty w rozumieniu Ustawy powinien zostać nam doręczony w terminie 45 /czterdziestu dni/ dni od dnia doręczenia niniejszego pisma pod rygorem skutków prawnych przewidzianych w Ustawie.

Ustawa z dnia z dnia 8 stycznia 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny

Jak już zostało wspomniane powyżej, orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 listopada 2006 r. (sygn. K 47/04) spowodowało konieczność dokonania stosownych zmian prawnych odnośnie sposobu uregulowania zagadnienia gwarancji płatności pomiędzy stronami umów o roboty budowlane. Zadanie to zostało zrealizowane przez ustawę z dnia 8 stycznia 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 40, poz. 22) która weszła w życie 17.4.2010 r. Zgodnie z art. 2 ustawy z 8.1.2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 40, poz. 22) do umów o roboty budowlane zawartych przed dniem wejścia w życie powyższej nowelizacji KC stosuje się przepisy dotychczasowe, czyli przepisy ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane.

Zabieg legislacyjny polegający na przeniesieniu do KC materii regulowanej dotychczas przez ustawę z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane należy ocenić pozytywnie, gdyż pozwala na uregulowanie w kodeksie cywilnym całości rozwiązań dotyczących umowy o roboty budowlane.

Co do zasady uregulowania z nowododanych do KC art. 649¹ do numeru 649⁵ stanowią powtórzenie regulacji zawartych w ustawie z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane. Celem uniknięcia powtórzeń w niniejszej jednostce redakcyjnej ograniczono się do wskazania różnic w porównaniu z poprzednio obowiązującym stanem prawnym.

Po pierwsze, ustawodawca ujedynolicił terminologię i art. 649¹–649⁵ KC używają terminologii takiej samej jak tytule XVI księgi trzeciej kodeksu cywilnego („inwestor” oraz „wykonawca (generalny wykonawca)”). Jednocześnie, celem uniknięcia wątpliwości co do stosowania powyższych regulacji również w relacjach pomiędzy wykonawcą a podwykonawcami, możliwość zastosowania tych przepisów w tym zakresie została przewidziana wprost przez art. 649⁵ KC.

Po drugie, art. 649¹ § 3 KC stanowi, iż koszty zabezpieczenia wierzytelności strony ponoszą w częściach równych. W mojej ocenie różnica oznacza nie tylko zmianę proporcji partycypacji stron w kosztach uzyskania gwarancji zapłaty, ale również, iż w przypadku odmowy poniesienia tych kosztów w połowie przez wykonawcę inwestor ma prawo, na zasadzie art. 488 § 2 KC, odmówić wydania gwarancji zapłaty.

Po trzecie, w przypadku objęcia gwarancją zapłaty również wynagrodzenia z tytułu robót dodatkowych ustawodawca doprecyzował, iż umowy takie, celem objęcia ich gwarancją zapłaty muszą być zaakceptowane przez inwestora na piśmie.

Po czwarte, najważniejszą zmianą wprowadzoną przez nowelizację jest wyznaczenie, iż żądanie przedstawienia gwarancji zapłaty musi się wiązać z wyznaczeniem terminu na spełnienie żądania nie krótszego jednak niż 45 dni (art. 649⁴ § 1 KC).

Uprawnienia wykonawcy

Zgodnie z art. 649⁴ KC wykonawca otrzymał następujące uprawnienia wobec inwestora na wypadek, gdy inwestor nie przedstawia gwarancji zapłaty zgodnie z żądaniem:

- odstąpienie od umowy z winy inwestora;
- konieczność zapłaty wynagrodzenia pomimo niewykonania robót z uwagi na doznaną przeszkodę z przyczyn dotyczących inwestora z jednoczesną koniecznością odliczenia tego wszystkiego co wykonawca zaoszczędził z powodu niewykonania robót.

Zagadnienia intertemporalne

Jak już uprzednio zaznaczałem postanowienia art. 649¹–649⁵ KC można stosować wyłącznie do umów zawartych od 17.4.2010 r. W przypadku umów zawartych przed tą datą, ale nie wcześniej niż 7.11.2003 r. zastosowanie mają przepisy GwarBudU. Natomiast w przypadku umów zawartych przed 7.11.2003 r. żadne z powyższych rozwiązań nie znajduje zastosowania.

Wzór wezwania do przedstawienia gwarancji zapłaty (na potrzeby umów o roboty budowlane zawarte po 17.4.2010 r.)

Warszawa, dnia __

Do: _____

WEZWANIE DO PRZEDSTAWIENIA GWARANCJI ZAPŁATY

Działając w imieniu (dane wykonawcy) w związku z zawartą w dniu(data zawarcia umowy) umowa o roboty budowlane dotyczącą (rodzaj obiektu objętego umową) („Umowa”) działając na podstawie art. 649³ KC niniejszym

wzywam Państwa do przedstawienia gwarancji zapłaty w rozumieniu powyższego przepisu w postaci gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, akredytywy bankowej lub poręczenia banku na kwotę równoważącą przysługującego nam wynagrodzenia na podstawie Umowy - to jest (kwota zabezpieczenia).

Dokument będący gwarancją zapłaty w rozumieniu Ustawy powinien zostać nam doręczony w terminie /45/ dni od dnia doręczenia niniejszego pisma pod rygorem skutków prawnych przewidzianych w Ustawie.

Jednocześnie wnosimy o niezwłoczne poinformowanie nas o kosztach uzyskania gwarancji zapłaty i umożliwienie ich weryfikacji celem partycypacji w tychże kosztach zgodnie z art. 649¹ § 3 KC