



# **S**PORY BUDOWLANE

problemy rozliczeń z podwykonawcami

## Spis treści

<b>Czy podwykonawcy jest łatwiej? O skutkach nowelizacji art. 647<sup>1</sup> k.c. po dwóch latach od uchwalenia zmian</b>	
Paweł Mazur, Maciej Zych	3
<b>Gwarancja zapłaty czy gwarancja odstąpienia od umowy?</b>	
dr hab. Marcin Lemkowski	6
<b>Jak odzyskać pieniądze wypłacone bezpośrednio podwykonawcom?</b>	
Agata Józwiak	8
<b>Rozliczenia z podwykonawcami zamówień publicznych</b>	
Hanna Drynkorn	12
<b>Między młotem a kowadłem – pozycja generalnego wykonawcy w świetle przepisów o odpowiedzialności solidarnej inwestora</b>	
Maciej Zych	15
<b>Obsługa kontraktów budowlanych</b>	20

## Czy podwykonawcy jest łatwiej? O skutkach nowelizacji art. 647<sup>1</sup> k.c. po dwóch latach od uchwalenia zmian

PAWEŁ MAZUR, MACIEJ ZYCH

**Przepis art. 647<sup>1</sup> k.c. wprowadzający gwarancyjną odpowiedzialność inwestora za długi wykonawcy wobec podwykonawców został wprowadzony do polskiego porządku prawnego w 2003 r. W kwietniu 2017 r. ustawodawca gruntownie go znowelizował ustawą „o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności”. Po dwóch latach jej obowiązywania próbujemy odpowiedzieć na pytanie, czy tytuł ustawy odpowiada rzeczywistości i czy podwykonawca rzeczywiście ma większe szanse otrzymania zapłaty za swoją pracę.**

W obecnym stanie prawnym inwestor jest solidarnie z wykonawcą odpowiedzialny za zapłatę podwykonawcy, jeśli wykonawca zgłosił mu uprzednio tego podwykonawcę (lub jeśli podwykonawca zgłosił dalszego podwykonawcę) i wskazał zakres powierzonych mu robót, a inwestor nie zgłosił sprzeciwu w terminie 30 dni od daty dokonania zgłoszenia. Odrębne zgłoszenie nie jest konieczne, jeśli dany podwykonawca wraz z zakresem prac do wykonania został oznaczony w umowie z generalnym wykonawcą. Nie przewidywały tego wprost wcześniejsze przepisy, ale można było wyinterpretować z nich taki mechanizm.

Zmianą negatywną z perspektywy podwykonawców na pewno jest przesądzenie, że odpowiedzialność solidarna inwestora powstaje dopiero po zgłoszeniu. Orzecznictwo dotyczące poprzedniego stanu prawnego nierzadko dopuszczało przyjęcie wstecznego skutku zgody. Obecnie podwykonawca musi z ostrożności zakładać, że roboty prowadzone przed zgłoszeniem nie będą objęte ochroną.

Do niekorzystnych konsekwencji dla podwykonawców prowadzi także – choć pośrednio – zastąpienie wymogu „zgody” inwestora mechanizmem zgłoszenia, dopuszczającym zgłoszenie sprzeciwu. Na podstawie poprzedniego stanu prawnego istniało już ugruntowane orzecznictwo, zgodnie z którym zgoda inwestora mogła być wyrażona w dowolny sposób, także dorozumiany, co było bardzo korzystne dla podwykonawców, gdyż znacząco zwiększało ich szanse w procesie. Obecne brzmienie art. 647<sup>1</sup> k.c. zdaje się wykluczać takie

rozwiązanie, choć pojawiają się orzeczenia sądów powszechnych podtrzymujące – pomimo zmiany przepisów – poprzednią linię orzeczniczą.

Na plus z punktu widzenia podwykonawcy należy natomiast odnotować, że zgłoszenie może dotyczyć wszystkich robót budowlanych bez względu na kwalifikację prawną umowy, a także może pochodzić bezpośrednio od niego, a nie – jak poprzednio – wyłącznie od generalnego wykonawcy. Z drugiej jednak strony wymóg podania szczegółowego przedmiotu robót podwykonawcy nakłada na niego obowiązek precyzyjnego określenia zakresu prac już przed ich rozpoczęciem, co w praktyce bywa bardzo trudne (zwłaszcza w razie słabego przygotowania inwestycji).

Pewną niekonsekwencją ustawodawcy jest to, że – odmiennie niż w wypadku analogicznych przepisów dotyczących zamówień publicznych (art. 143c Prawa zamówień publicznych) – literalne brzmienie przepisu wyłącza z zakresu odpowiedzialności solidarnej inwestora dostawców materiałów oraz podmioty świadczące usługi ściśle powiązane z robotami budowlanymi, m.in. usługi projektowe czy prace geologiczne. Wprawdzie orzecznictwo sądów powszechnych coraz szerzej szeroko ujmuje pojęcie „podwykonawcy robót budowlanych” i nieraz obejmuje nim także dostawców materiałów budowlanych i usługodawców, ale jest ono bardzo zróżnicowane i mało przewidywalne. Szkoda, że ustawodawca nie rozstrzygnął tego problemu wprost, w treści ustawy, i nie ujednotocił zasad obowiązujących w sektorze publicznym i prywatnym.

Należy też zwrócić uwagę, że zgodnie z aktualnym brzmieniem art. 647<sup>1</sup> § 3 k.c. górną granicę odpowiedzialności inwestora wyznacza wynagrodzenie ustalone między wykonawcą a podwykonawcą, które nie może przekraczać wynagrodzenia przewidzianego dla wykonawcy za ten sam zakres prac w umowie z inwestorem. Oznacza to, że nawet jeśli podwykonawcy uda się w drodze negocjacji lub w postępowaniu sądowym podwyższyć umówione wynagrodzenie, to odpowiedzialność inwestora pozostanie na pierwotnym poziomie, chyba że inwestor zaakceptuje zgłoszenie rozszerzenia zakresu robót lub zmiany wynagrodzenia.

Można co prawda rozważać możliwość dochodzenia zapłaty przez podwykonawcę od inwestora za prace dodatkowe, nieobjęte zgłoszeniem, na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, ale to rozwiązanie nie gwarantuje sukcesu, a ponadto możliwe jest zasadniczo tylko wtedy, gdy za te prace inwestor nie zapłacił generalnemu wykonawcy.

Ułatwieniem dla podwykonawcy jest natomiast to, że ustawodawca zrezygnował z przewidzianej uprzednio formy pisemnej pod rygorem nieważności dla umów między wykonawcą a podwykonawcami, który to rygor budził

zresztą wiele wątpliwości w praktyce. Obecnie forma pisemna służy wyłącznie celom dowodowym, które i tak nie stosują się w sporach między przedsiębiorcami. Można więc sobie wyobrazić, że podwykonawca zgłosi inwestorowi nieformalną (ustną lub dorozumianą) umowę na wykonanie robót dodatkowych czy zamiennych zawartą z generalnym wykonawcą. Jeżeli tylko oznaczy zakres prac i w ewentualnym procesie będzie w stanie udowodnić, że generalny wykonawca zlecił mu wykonanie robót, takie powództwo przeciwko inwestorowi nie będzie bez szans.

Sporym problemem praktycznym zarówno dla podwykonawcy, jak i generalnego wykonawcy jest arbitralność sprzeciwu wobec zatrudnienia podwykonawcy. Z uzasadnienia projektu nowelizacji wynika, że inwestor może zgłosić sprzeciw z jakiegokolwiek powodu i uchylić się w ten sposób od solidarnej odpowiedzialności. Praktyka na gruncie nowych przepisów pokazała, że inwestorzy chętnie korzystają z tej możliwości, zgłaszając sprzeciw często w ostatnich dniach terminu i kilkakrotnie w odniesieniu do tego samego zakresu robót. Rzecz jasna znacznie osłabia to pozycję podwykonawcy i stanowi dodatkowy argument za tym, aby w umowie z generalnym wykonawcą zabezpieczyć się na wypadek sprzeciwu inwestora. Należy liczyć na to, że pomimo odmiennego brzmienia przepisów, podobnie jak pod starym stanem prawnym, orzecznictwo wykształci wymóg, że skuteczny sprzeciw inwestora musi być uzasadniony – choć na ten moment trudno przesądzić, czy tak się stanie.

Podsumowując, wydaje się, że celem ustawodawcy nie było ułatwienie życia podwykonawcom, tylko zrównoważenie interesów inwestorów i podwykonawców oraz wyeliminowanie rozbieżności, które w poprzednim stanie prawnym pojawiały się zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie sądowym. Dotychczasowa praktyka wskazuje, że żadnego z tych celów nie udało się w pełni osiągnąć. Faktyczny skutek zmian ujawni się jednak dopiero w orzecznictwie, które może dokonać pewnej korekty przyjętego kierunku.

*Paweł Mazur, adwokat, Maciej Zych, adwokat, praktyka postępowań sądowych i arbitrażowych kancelarii Wardyński i Wspólnicy*

## Gwarancja zapłaty czy gwarancja odstąpienia od umowy?

DR HAB. MARCIN LEMKOWSKI

**Regulacja zawarta w art. 649<sup>1</sup> – 649<sup>5</sup> Kodeksu cywilnego ma służyć temu, aby udzielane na zlecenie inwestora zabezpieczenie w postaci gwarancji zapłaty za roboty budowlane zabezpieczało terminową zapłatę wynagrodzenia dla wykonawcy. Można jednak podejrzewać, że instrument ten w praktyce jest wykorzystywany w zupełnie innym celu.**

### Ustawowe prawo do zabezpieczenia

Ustawodawca decyduje się niekiedy, aby jednej ze stron umowy przyznać szczególne zabezpieczenie przysługujących jej roszczeń. Jest tak np. w przypadku umowy najmu – wynajmującemu dla zaspokojenia roszczeń o czynsz przysługuje tzw. zastaw ustawowy na rzeczach ruchomych najemcy wniesionych do przedmiotu najmu (art. 670 § 1 k.c.). Podobne rozwiązanie zastosowano w przypadku umowy o roboty budowlane – stroną, która może żądać zabezpieczenia, jest wykonawca, a gwarancji zapłaty musi udzielić inwestor (czy raczej – ujmując rzecz ściślej – bank lub ubezpieczyciel działający na jego zlecenie). Gwarancja ta ma zabezpieczać terminową zapłatę wynagrodzenia wykonawcy (art. 649<sup>1</sup> § 1 k.c.).

### Surowa sankcja

Ustawodawca określił w sposób szczególny sankcję, jaka wiąże się z niezyskaniem gwarancji zapłaty. Otóż zgodnie z art. 649<sup>4</sup> § 1 k.c., jeżeli wykonawca nie uzyska żądanej gwarancji zapłaty w wyznaczonym przez siebie terminie, nie krótszym niż 45 dni, uprawniony jest do odstąpienia od umowy z winy inwestora ze skutkiem na dzień odstąpienia. Uzyskanie gwarancji bywa przy tym w praktyce rozumiane nie tylko jako wystawienie listu gwarancyjnego przez gwaranta, ale nawet jako jego doręczenie wykonawcy, i to również przed upływem wyznaczonego terminu.

### Wysokie koszty

Zabezpieczenie w postaci udzielenia gwarancji bankowej jest zabezpieczeniem drogim. W wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 27 listopada 2006 r. w sprawie K 47/04 wskazano, że koszt gwarancji może wynosić nawet 6% wartości inwestycji. W literaturze widuje się nieco inne wartości: 2-4% rocznie. Niemniej i tak są to kwoty znaczne. Zważywszy, że inwestycje infrastrukturalne sięgają często dziesiątek czy setek milionów złotych, równie astrono-

miczne stają się tym samym koszty gwarancji. Ustawodawca zdecydował przy tym, że koszty te strony ponoszą po połowie (art. 649<sup>1</sup> § 3 k.c.), mimo że o ich powstaniu decyduje wyłącznie wykonawca i są one ponoszone wyłącznie w jego interesie.

### **Jak korzysta praktyka**

Na początku kwietnia w naszej kancelarii odbyło się seminarium zatytułowane „Podwykonawca, generalny wykonawca i inwestor: wspólna budowa, różne interesy. Prawne problemy rozliczeń z podwykonawcami?”. Zapytaliśmy jego uczestników, czy w praktyce spotykają się z gwarancjami zapłaty. Dowiedzieliśmy się, że owszem, wykonawcy czy podwykonawcy – bo oni też mają takie prawo w relacji do generalnego wykonawcy, co wynika z art. 649<sup>5</sup> k.c. – korzystają z tej regulacji, jednakże sporadycznie. Właściwie nie zdarza się przy tym, żeby gwarancji zażądano na samym początku współpracy, w momencie, w którym umowa została zawarta. Wykonawca nie ma powodu, by wątpić od samego początku, że jego kontrahent odmówi mu terminowej zapłaty, a dodatkowo nie chce ponosić połowy kosztu tego zabezpieczenia, który, jak już wskazano, może sięgać milionów złotych. Nie może wobec tego dziwić, że wykonawcy nie korzystają od razu z uprawnienia, które daje im do dyspozycji ustawodawca.

### **Umowa swoje, budowa swoje**

Rzeczywistość ma jednak to do siebie, że stosunkowo szybko to, co dzieje się faktycznie na budowie, zaczyna coraz bardziej odbiegać od ustaleń umownych. Harmonogramy stają się nieaktualne nie tylko pod kątem czasowym, ale także przedmiotowym. Pojawiają się prace dodatkowe, zamiennie, występują nieprzewidziane wcześniej okoliczności. Wynika to choćby z tego, że projekt, choćby najlepszy, jest tylko projektem i zawsze przegra w konfrontacji z życiem, które okazuje się bogatsze od najdoskonalszych rysunków, założeń czy obliczeń. W rezultacie interesy stron na wielu budowach bardzo szybko zaczynają się ścierać: wykonawca nie chce podejmować dalszych prac w obawie przed brakiem ich zatwierdzenia i następnie zapłaty, pojawiają się opóźnienia, kończy się zaufanie, a zaczyna wymiana korespondencji zmierzająca do zabezpieczenia w przyszłości jak najlepszej pozycji prawnej.

### **Opcja atomowa**

Często dopiero w takiej sytuacji wykonawca uzmysławia sobie, że ma przecież w ręce bardzo skuteczne narzędzie, nazywane niekiedy wręcz „opcją atomową”: może zażądać przedstawienia gwarancji zapłaty nie po to, aby zabezpieczyć terminową płatność wynagrodzenia, ale po to, aby mieć dobrą, niepodważalną podstawę do odstąpienia od umowy i tym samym zakończe-

nia nieudanej, skomplikowanej inwestycji. I właśnie w takich momentach, co wynika także z analizy orzecznictwa, najczęściej pojawia się wezwanie do przedłożenia gwarancji zapłaty w terminie 45 dni, a 46-tego dnia inwestorowi składane jest oświadczenie o odstąpieniu od umowy na podstawie art. 649<sup>4</sup> § 1 k.c. W sytuacji konfliktu inwestor, nawet mając taką możliwość, przeważnie nie decyduje się na pozyskanie gwarancji zapłaty, dlatego że obawia się, że zostanie ona od razu zrealizowana przez wykonawcę, mimo sporu między stronami.

### **Czy o to chodziło?**

Oczywiście z kilku wypowiedzi przedstawiciela sektora budowlanego, nawet popartych dostępnym orzecznictwem, nie można jeszcze wyciągać wniosku, że gwarancja zapłaty nie jest wykorzystywana zgodnie z przypisywanym jej celem. Potrzebne są dalsze badania, także ilościowe, pozwalające zweryfikować trafność tej hipotezy. Można jednak podejrzewać, że często w żądaniu gwarancji zapłaty bardziej niż o zapłatę chodzi o gwarancję odstąpienia od umowy i taki stan bliski jest obejściu prawa (art. 58 § 1 k.c.), zwłaszcza jeśli wykonawca nie mógłby powołać się na inną podstawę odstąpienia od umowy niż ta z art. 649<sup>4</sup> § 1 k.c. Po przeprowadzeniu wspomnianych badań ustawodawca winien rozważyć, czy obecnie istniejące rozwiązania nie wymagają zmiany, zwłaszcza jeśli chodzi o przewidzianą sankcję za nieprzedłożenie zabezpieczenia.

*dr hab. Marcin Lemkowski, adwokat, praktyka postępowań sądowych i arbitrażowych kancelarii Wardyński i Wspólnicy*

## **Jak odzyskać pieniądze wypłacone bezpośrednio podwykonawcom?**

AGATA JÓŹWIAK

**Ustawodawca przyznał podwykonawcom duży poziom ochrony. Postanowienia o odpowiedzialności solidarnej są surowe dla inwestora i często w praktyce oznaczają ryzyko podwójnej płatności za to samo: raz na rzecz wykonawcy, a drugi raz na rzecz podwykonawcy. Inwestor powinien więc zapewnić sobie możliwość odzyskania od generalnego wykonawcy kwot wypłaconych bezpośrednio podwykonawcom.**

Inwestor, generalny wykonawca i podwykonawcy mają wspólny cel – ukończenie inwestycji. Najczęściej niestety w tym miejscu kończą się elementy, które ich łączą. Wspólny cel dezaktualizuje się często w toku budowy,



w szczególności przy poważnym konflikcie stron. W procesie budowlanym ścierają się bowiem istotne interesy jego uczestników, co często prowadzi do powstawania sporów.

Sposób i szybkość ich rozwiązania zależą w głównej mierze od dobrej woli stron. Aby jednak nie polegać tylko na niej, należy się odpowiednio i to zawczasu zabezpieczyć. Inwestor jako gospodarz budowy ma w tym szczególny udział. To on przecież odpowiada za przygotowanie umowy o roboty budowlane i powinien ukształtować ją tak, aby dawała mu odpowiednią ochronę, ale nie była dla wykonawców pułapką. Może to pozwolić na uniknięcie problemów z ukończeniem inwestycji i tym samym długoletnich procesów przynoszących dużą niepewność. Najsprawniej przebiegają projekty, w których uczestniczą podmioty otwarte na dialog i polubowne załatwianie spraw.

W procesie rozliczania podwykonawców szczególne znaczenie będzie miała postawa generalnego wykonawcy. Inwestor działający poza reżimem zamówień publicznych powinien więc starannie dobrać partnera, z którym będzie współpracował czasami nawet kilka lat. Istotne jest, aby poza doświadczeniem i odpowiednim przygotowaniem generalny wykonawca był w dobrej kondycji finansowej. Problemy finansowe generalnego wykonawcy mogą przynieść inwestorowi wiele trudności (w przebiegu inwestycji oraz w rozliczaniu podwykonawców).

### **Problemy z regresem**

Możliwość dochodzenia regresu od wykonawcy nie jest jednolicie ujmowana w orzecznictwie i doktrynie. Najsurowsze stanowisko mówi, że bez odrębnych zastrzeżeń umownych, na podstawie samego Kodeksu cywilnego, tego regresu nie ma. Pojawiają się też głosy, że inwestorowi należny jest zwrot połowy tego, co zapłacił podwykonawcom. Najkorzystniejsze dla inwestora stanowisko daje mu możliwość pełnego zwrotu świadczonych na rzecz podwykonawców kwot.

Aby uniknąć ryzyka związanego z tymi rozbieżnościami, najlepiej wprost wyrazić możliwość zwrotu w umowie. Można dodatkowo zastrzec, że generalny wykonawca ma obowiązek zwrócić inwestorowi także inne koszty poniesione w związku z roszczeniami podwykonawców, np. koszty postępowania sądowego, odsetki, koszty obsługi prawnej dotyczącej roszczenia podwykonawcy itd. Pozwoli to przerzucić na wykonawcę ryzyko prowadzenia sporu z podwykonawcą i da inwestorowi większy komfort przy ocenie roszczeń podwykonawcy.

## **Potrącenie ustawowe a potrącenie umowne**

Dobrym instrumentem odzyskiwania kwot wypłaconych bezpośrednio podwykonawcom będzie także potrącenie, które także warto wyraźnie przewidzieć w umowie. Oczywiście będzie ono możliwe, jeśli inwestor nie wypłacił jeszcze generalnemu wykonawcy całości wynagrodzenia. Zgodnie z Kodeksem cywilnym możliwość potrącenia zachodzi dopiero, gdy przedstawione do potrącenia roszczenie (roszczenie inwestora) jest już wymagalne. Oznacza to, że inwestor dokonuje potrącenia wobec generalnego wykonawcy dopiero po bezpośredniej zapłacie na rzecz podwykonawców. Trzeba też pamiętać o zachowaniu formalności i przesłaniu oświadczenia o potrąceniu do wykonawcy. Skutek potrącenia nastąpi dopiero z chwilą doręczenia wykonawcy tego dokumentu.

Aby przyspieszyć możliwość potrącenia, warto rozważyć wprowadzenie w umowie modyfikacji do ustawowych zasad tej instytucji. W tym przypadku jednak należy być bardzo ostrożnym, ponieważ można narazić się na zarzut bezskuteczności postanowień umownych. Dla inwestora korzystne będzie zastrzeżenie, że potrącenie jest możliwe już w momencie zgłoszenia mu roszczenia przez podwykonawców.

## **Wyścig wierzycieli**

Jeśli inwestor decyduje się na potrącenie, nie powinien zwlekać z jego dokonaniem. Może okazać się, że wynagrodzenie generalnego wykonawcy (z którym inwestor chce potrącić kwoty wypłacone bezpośrednio podwykonawcom) zostanie zajęte przez komornika, prowadzącego egzekucję na rzecz innych wierzycieli generalnego wykonawcy. W takiej sytuacji inwestor ma obowiązek wypłacić komornikowi wynagrodzenie przysługujące generalnemu wykonawcy i sam nie może już z niego skorzystać. Komornik przekaże je następnie innemu wierzycielowi.

Inne podmioty mogą zatem wyprzedzić inwestora i uniemożliwić mu potrącenie, czyli zaspokojenie swojej wierzytelności. Sytuacja wygląda inaczej, jeśli inwestor dokonany przez siebie potrąceniem wyprzedzi zajęcie egzekucyjne. Wtedy inwestor musi tylko oświadczyć komornikowi, że zajmowana wierzytelność nie istnieje, ponieważ doszło do jej wygaśnięcia w drodze potrącenia. Problemy te będą bardzo prawdopodobne w sytuacji generalnego wykonawcy mającego problemy finansowe (brak majątku, utrata płynności finansowej, liczne postępowania sądowe i egzekucyjne w toku). Do inwestorów w takich sytuacjach lawinowo trafiają komornicze zajęcia wynagrodzenia generalnego wykonawcy. Opieszałość inwestora w potrącaniu może mieć więc nieodwracalne i bardzo dolegliwe dla niego skutki.

### **Kaucja gwarancyjna i ryzyko jej zajęcia przez komornika**

Przydatnym instrumentem jest też tzw. kaucja gwarancyjna (5% wartości każdej podlegającej zapłacie faktury zatrzymywana przez inwestora na poczet m.in. roszczeń podwykonawców). Są to pieniądze, którymi inwestor faktycznie dysponuje i łatwo z nich skorzystać.

Niejednolicie jednak w praktyce ujmowana jest możliwość egzekucyjnego zajęcia zatrzymanej przez inwestora kaucji. Komornicy często powołują się na jej charakter prawny i twierdzą, że stanowi ona część należnego wykonawcy wynagrodzenia, które stanie się wymagalne dopiero w przyszłości (gdy zaktualizują się przesłanki zwrotu kaucji). Dlatego też przyjmują dopuszczalność egzekucyjnego zajęcia kaucji. Takie zajęcie pozbawi inwestora tego środka zabezpieczenia, czego należy mieć świadomość.

### **Gwarancja bankowa (ubezpieczeniowa) zabezpieczy regres**

Skuteczniejszym instrumentem w odzyskiwaniu kwot wypłaconych podwykonawcom będzie więc gwarancja bankowa albo ubezpieczeniowa. Poza roszczeniami z tytułu rękojmi czy gwarancji powinna obejmować także roszczenia o zwrot bezpośrednich płatności. Inwestor powinien zadbać, aby była to oczywiście gwarancja bezwarunkowa, płatna na pierwsze żądanie, podzielna, zawarta u renomowanego podmiotu, o odpowiedniej sumie oraz okresie obowiązywania. Wykonawca powinien mieć obowiązek jej przedłużania oraz uzupełniania do umówionej sumy, jeśli inwestor z niej skorzysta przed upływem okresu jej obowiązywania.

Prawo skorzystania z gwarancji powinno przysługiwać inwestorowi już w momencie zgłoszenia roszczenia przez podwykonawcę, a nie dopiero po jego zaspokojeniu. Inwestor może zapewnić sobie także prawo do wcześniejszego zaakceptowania warunków gwarancji oraz jej przedłużenia na koszt wykonawcy, jeśli ten nie wykona swojego obowiązku i nie zapewni jej ciągłości. Pomocna w mobilizowaniu generalnego wykonawcy do przedłużania gwarancji może też być kara umowna za brak przedłużenia w określonym terminie.

### **Gwarancja ad hoc**

Gwarancja bankowa czy ubezpieczeniowa może okazać się także przydatna, gdy podwykonawca zgłosił swoje roszczenie inwestorowi, jednak inwestor nie może go merytorycznie rozstrzygnąć. Będzie tak na przykład, gdy ocena roszczenia wymaga wiadomości specjalnych, przeanalizowania złożonego problemu opóźnień inwestycji. W takich sytuacjach często generalni wykonawcy pod presją zawieszonych płatności na ich rzecz godzą się na dostarczenie nowej gwarancji bankowej zabezpieczającej inwestora przed tym kon-

kretnym roszczeniem podwykonawcy. Gwarancja taka powinna opiewać co najmniej na łączną kwotę roszczenia głównego z odsetkami za okres trzech lat oraz przewidywanymi kosztami sądowymi. Jej okres obowiązywania powinien być co najmniej trzyletni, czyli co najmniej odpowiadać okresowi przedawnienia roszczenia podwykonawcy. Rozwiązanie to zapewnia utrzymanie płynności rozliczeń z generalnym wykonawcą i tym samym sprzyja ukończeniu inwestycji. Jednocześnie pomaga przerzucić na niego ryzyko przegranej w procesie z podwykonawcą.

*Agata Józwiak, radca prawny, praktyka postępowań sądowych i arbitrażowych kancelarii Wardyński i Wspólnicy*

## Rozliczenia z podwykonawcami zamówień publicznych

HANNA DRYNKORN

**Prawo zamówień publicznych przewiduje autonomiczne względem Kodeksu cywilnego zasady rozliczeń z podwykonawcami. Regulacje obowiązują niezależnie od siebie, lecz do umów zawieranych w reżimie zamówień publicznych są one stosowane równolegle.**

Zasady rozliczeń z podwykonawcami w obu wskazanych regulacjach pod wieloma względami są ze sobą zbieżne, jednak Prawo zamówień publicznych jest bardziej szczegółowe. W wielu miejscach reguluje ono te kwestie, które w kontraktach prywatnych pozostają w gestii stron, co stawia w lepszej pozycji tę stronę, która jest w stanie lepiej zabezpieczyć swoje interesy umowne.

### Krąg podwykonawców

Jednym z podstawowych problemów rozliczeń z podwykonawcami umów niepodlegających reżimowi zamówień publicznych jest ustalenie kręgu podwykonawców objętych solidarną odpowiedzialnością inwestora. Przepis bowiem tej kwestii nie rozstrzyga, a orzecznictwo nie jest jednolite. Więcej na ten temat piszemy w artykule „Czy podwykonawcy jest łatwiej? O skutkach nowelizacji art. 647<sup>1</sup> k.c. po dwóch latach od uchwalenia zmian”.

Problem ten nie występuje natomiast w odniesieniu do rozliczeń z podwykonawcami zamówień publicznych. Sama ustawa precyzuje, że wszyscy podwykonawcy zamówień o roboty budowlane powinni być co do zasady traktowani na równi. Zostało to potwierdzone w niedawnym wyroku Sądu Najwyższego z 20 września 2018 r. (IV CSK 457/11). Sąd wskazał w nim, że byłoby nieuzasadnione aksjologicznie odmienne traktowanie podwykonaw-

ców zamówień na roboty budowlane, gdyż niezależnie od tego, czy wykonują oni roboty budowlane, usługi czy dostawy, ich prace wspólnie składają się na przedmiot zamówienia. Sąd Najwyższy wyjaśnił więc, że stosowanie ustawowej ochrony na gruncie prawa zamówień publicznych zależy od przedmiotu umowy między zamawiającym a wykonawcą (zamówienie publiczne na roboty budowlane), a nie od przedmiotu umów podwykonawczych. Sprowadza się to właśnie do braku różnicowania sytuacji podwykonawców niezależnie od tego, co wykonują w ramach głównego przedmiotu zamówienia.

### **Mechanizm bezpośredniej płatności**

Prawo zamówień publicznych przewiduje także mechanizm bezpośredniej płatności, który w kontraktach prywatnych obowiązuje tylko wówczas, gdy strony uregulują to w umowie.

Zgodnie z art. 143c p.z.p. jeśli wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane uchyła się od obowiązku zapłaty, zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty na rzecz podmiotu, który nie uzyskał wymagalnego wynagrodzenia.

Przepis ten dotyczy dwóch grup podwykonawców oraz dalszych podwykonawców:

- podwykonawców, z którymi wykonawca zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane,
- podwykonawców umów, których przedmiotem są dostawy lub usługi.

Warunkiem objęcia tych ostatnich mechanizmem bezpośredniej płatności jest to, że taka umowa została przedłożona zamawiającemu. Umowa na dostawy lub usługi nie musi być natomiast zaakceptowana przez zamawiającego, bo ustawa nie przewiduje nawet procedury akceptacji tego typu umów. Przepis ten nie dotyczy jednak podwykonawców, o których istnieniu zamawiający nigdy się nie dowiedział, co może odnosić się np. do podwykonawców z umów o małych wartościach (poniżej 0,5% wartości zamówienia) lub podwykonawców wykonujących prace z zakresu, co do którego zamawiający wskazał w SIWZ brak obowiązku przedkładania umów na dostawy czy usługi.

Przepis o bezpośredniej płatności budził spore wątpliwości w orzecznictwie. Do niedawna powszechnie przyjmowano, że wynika z niego jedynie „uprawnienie zamawiającego do dokonania bezpośredniej zapłaty wraz z obowiązkiem skorzystania z tej kompetencji”. Przy takim ujęciu podwykonawcy nie przysługiwało roszczenie do zamawiającego o zapłatę niewypłaconego przez wykonawcę wynagrodzenia, mimo że podwykonawca teoretycznie objęty był mechanizmem bezpośredniej zapłaty. Sąd Najwyższy stanowczo zaprzeczył

prawidłowości takiego stanowiska we wspomnianym już wyroku z 20 września 2018 r. (IV CSK 457/11), wskazując, że art. 143 c p.z.p. jest samodzielną podstawą prawną odpowiedzialności zamawiającego, a więc obejmuje z mocy ustawy także dostawców materiałów i usług i w konsekwencji kreuje po ich stronie roszczenie w tym zakresie. SN podkreślił także, że odpowiedzialność ta jest odpowiedzialnością solidarną. Takie stwierdzenie bazuje na nowelizacji Prawa zamówień publicznych, która potwierdziła taki charakter odpowiedzialności zamawiającego (nowelizacja wprowadzona ustawą z 7 kwietnia 2017 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wiarygodności).

### **Procedura wypłaty wynagrodzenia podwykonawcy**

Przed dokonaniem bezpośredniej płatności na rzecz podwykonawców zamawiający musi przeprowadzić swoiste „postępowanie wyjaśniające” dotyczące zasadności ich roszczeń. Przede wszystkim musi umożliwić wykonawcy zgłoszenie pisemnych uwag dotyczących zasadności takich roszczeń. Zamawiający wyznacza termin na zgłoszenie uwag i informuje o tym wykonawcę. Termin na zgłoszenie uwag nie może być krótszy niż siedem dni od dnia doręczenia wykonawcy informacji o tym terminie.

Jeśli wykonawca zgłosi uwagi, zamawiający, zgodnie z przepisem art. 143 c ust. 5 p.z.p., może uznać roszczenie podwykonawcy za zasadne lub niezasadne i odpowiednio dokonać bezpośredniej płatności lub nie. Jeśli istnieją zasadnicze wątpliwości co do wysokości należnej zapłaty lub podmiotu, któremu płatność się należy, zamawiający może także złożyć żadaną przez podwykonawcę kwotę do depozytu sądowego.

Ustawa nie określa, jakie dokumenty powinni przedstawić zarówno podwykonawca wykazujący swoje uprawnienie do otrzymania bezpośredniej płatności od zamawiającego, jak i wykonawca kwestionujący tę należność. Nie ma w tym zakresie także ugruntowanego orzecznictwa. Dlatego też do wniosku o zapłatę skierowanego do zamawiającego trzeba dołączyć jak najbardziej wyczerpującą dokumentację, która będzie mogła stanowić przeciwwagę dla ewentualnych zastrzeżeń wykonawcy. Należy przedstawić dowody prawidłowego wykonania robót oraz np. fakturę dotyczącą wykonanej umowy.

### **Konsekwencje zaniedbania rozliczeń z podwykonawcami**

Prawo zamówień publicznych przewiduje szereg możliwych działań zamawiającego po dokonaniu bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawców. Najbardziej naturalnym następstwem bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawcy będzie stosowane również na gruncie umów niepodlegających reży-

mowi zamówień publicznych potrącenie z wynagrodzenia wykonawcy kwoty wypłaconej podwykonawcy.

Prawo zamówień publicznych przewiduje jednak również dwie dodatkowe sankcje, jakie mogą w takim przypadku spotkać wykonawcę. Zamawiającemu przysługuje w takim przypadku ustawowe prawo do naliczenia kary umownej (art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p.). Kolejną sankcją jest fakultatywne odstąpienie od umowy przez zamawiającego w przypadku wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty lub zapłaty na sumę większą niż 5% wartości umowy zawartej z wykonawcą (art. 143c ust. 7 p.z.p.). Fakultatywność oznacza w tym przypadku, że skorzystanie z uprawnienia do odstąpienia od umowy leży w gestii zamawiającego. Może on, lecz nie musi z niego skorzystać w razie wskazanych przewinień wykonawcy w zakresie rozliczeń z podwykonawcami. Odstąpienie od umowy jest jednak możliwe tylko w przypadku faktycznego dokonania bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawców, nie będzie więc miało zastosowania, gdy zamawiający złoży odpowiednią kwotę do depozytu sądowego

*Hanna Drynkorn, praktyka infrastruktury, transportu, zamówień publicznych i PPP kancelarii Wardyński i Wspólnicy*

## **Między młotem a kowadłem – pozycja generalnego wykonawcy w świetle przepisów o odpowiedzialności solidarnej inwestora**

MACIEJ ZYCH

**Od czasu wprowadzenia do Kodeksu cywilnego, a później również do Prawa zamówień publicznych, przepisów o solidarnej odpowiedzialności inwestora za zapłatę należną podwykonawcom robót budowlanych, generalni wykonawcy znajdują się w swoistym potrzasku – między koniecznością nadzoru i dyscyplinowania podwykonawców a presją inwestora, by ich rozliczać.**

**Takie rzeczy tylko u nas**

Choć firmy budowlane dłużej działające w Polsce – zarówno rodzime, jak i zagraniczne – już dobrze przyzwyczały się do tego mechanizmu, to warto tytułem wstępu przypomnieć, że solidarna odpowiedzialność inwestora wobec podwykonawców (art. 647<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego i art. 143c Prawa zamówień

publicznych) to rozwiązanie w zasadzie unikalne dla polskiego porządku prawnego; podobne rozwiązania rzadko spotykane są w innych państwach. Wśród zagranicznych inwestorów czy wykonawców dopiero wchodzących na nasz rynek wywołuje on co najmniej głębokie zdziwienie, a nawet szok.

Nic więc dziwnego, że zdarzają się (choć coraz rzadziej) próby wyłączenia tego reżimu, m.in. przez wybór obcego prawa dla umów (pod)wykonawczych. Co do zasady są one jednak skazane na niepowodzenie. Przepisy o odpowiedzialności solidarnej mają charakter bezwzględnie obowiązujący, a z perspektywy prawa prywatnego międzynarodowego najpewniej należałoby je uznać za tzw. przepisy wymuszające swoje zastosowanie, obowiązujące niezależnie od prawa rządzącego umową.

### **Czy przepisy rzeczywiście chronią?**

Tak (formalnie) silna ochrona podwykonawców przez ustawodawcę to oczywiście nie przypadek. Przepisy o solidarnej odpowiedzialności wprowadzono do polskiego prawa w czasach – niestety cyklicznie powracającego – kryzysu polskiego sektora budowlanego, aby zapobiec fali upadłości podwykonawców na skutek zatorów płatniczych po stronie generalnych wykonawców, a czasem ich własnych bankructw.

Warto jednak zauważyć, że pomimo deklarowanego celu przepisy o solidarnej odpowiedzialności inwestora często pełnią w rzeczywistości inną rolę: lewara w negocjacjach z generalnym wykonawcą lub sposobu na ominięcie go przy rozliczeniach. Tym samym zmniejszają skuteczność narzędzi dyscyplinowania i nadzoru posiadanych przez generalnego wykonawcę, takich jak kary umowne czy wstrzymanie płatności. Nie można też tego – raczej incydentalnego – skutku regulacji oceniać całkiem negatywnie, ponieważ w pewnym sensie wyrównuje on pozycje podwykonawców oraz generalnych wykonawców. Zdarza się też oczywiście, że solidarna odpowiedzialność inwestora pełni przewidzianą dla siebie funkcję ochrony przed niewypłacalnością. Tak jest w przypadku częstszych w ostatnim czasie zejść z budowy przez generalnego wykonawcę bez rozliczenia podwykonawców czy upadłości.

### **Czego boi się GW?**

W braku statystyk trudno spekulować, która z funkcji jest w praktyce pełniona częściej. Jednak z perspektywy generalnego wykonawcy wizja solidarnej odpowiedzialności to przede wszystkim zagrożenie, przed którym musi się uchronić – i nie zmieniła tego ostatnia nowelizacja art. 647<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego.

Istnienie odpowiedzialności solidarnej inwestora stawia generalnego wykonawcę poniekąd między młotem a kowadłem. Z jednej strony musi zabiegać



o oświadczenia o niezaleganiu od podwykonawcy, aby samemu uzyskać pełne wynagrodzenie od inwestora, ale z drugiej strony ma interes w nadzorze i dyscyplinowaniu podwykonawców, choćby po to, aby uniknąć zarzutów co do czasu i jakości wykonania prac ze strony inwestora. Często tych przeciwnych względów nie da się pogodzić.

Na etapie realizacji kontraktu w interesie generalnego wykonawcy jest przede wszystkim zapewnienie, aby podwykonawcy nie zostało wypłacone wynagrodzenie za prace, których jakość jest kwestionowana, ani żeby wypłata nie została dokonana z pominięciem roszczeń wzajemnych generalnego wykonawcy wobec danego podwykonawcy. Oczywiście płatność bezpośrednia nie pozbawia generalnego wykonawcy roszczeń wobec podwykonawcy, ale utrudnia ich wyegzekwowanie.

### **Konsekwencje trudne do odwrócenia**

Warto przeanalizować konsekwencje przykładowego czarnego scenariusza, w którym generalny wykonawca najpierw dokonuje potrącenia swojego roszczenia, np. o karę umowną, z roszczeniem podwykonawcy o wynagrodzenie, a mimo to cała – niepominięszona o potrącenie – transza wynagrodzenia jest wypłacana podwykonawcy przez inwestora. Niezależnie od motywów kierujących inwestorem (może być to np. niewiedza, odmienna ocena sytuacji, relacje z uczestnikami procesu budowlanego), sytuacja ta rodzi kilka pytań.

Po pierwsze, czy generalny wykonawca może w takiej sytuacji żądać zapłaty pełnej kwoty wynagrodzenia od inwestora?

Jeżeli tylko w rzeczywistości potrącenie było skuteczne, tzn. inwestor popełnił błąd, dokonując płatności bezpośredniej, to w sensie prawnym generalny wykonawca zachowuje roszczenie o zapłatę całości należnego sobie wynagrodzenia. Skuteczne potrącenie jest bowiem prawnie równoznaczne w skutkach z zapłatą – w pewnym sensie jest to szczególna postać zapłaty, gdzie „walutą rozliczeniową” jest wzajemne roszczenie. Jeśli więc generalny wykonawca dokonuje ważnego potrącenia, to podwykonawca jest w tej części zaspokojony, a inwestor zwolniony z odpowiedzialności. Płatność bezpośrednia przez inwestora to w takiej sytuacji nienależne świadczenie, które nie rodzi żadnego regresu inwestora wobec generalnego wykonawcy, a więc nie może prowadzić do pomniejszenia należnego mu wynagrodzenia.

Generalny wykonawca mógłby z powodzeniem dochodzić swoich racji w sądzie, zwłaszcza że miałby bardzo korzystny rozkład ciężaru dowodu. Musiałby udowodnić tylko to, że wykonano prace, za które należy się wynagrodzenie, co powinno być niesporne, skoro inwestor za nie zapłacił podwykonawcy. Na inwestorze spoczywałby natomiast nielatwy z jego perspektywy

ciężar dowodzenia, że kara umowna nałożona przez generalnego wykonawcę była bezzasadna lub że potrącenie było nieważne z przyczyn formalnych.

Pytanie jednak, czy można uniknąć zwykle czasochłonnego procesu, np. dokonując potrącenia tej samej wierzytelności z kolejną transzą wynagrodzenia podwykonawcy, licząc na to, że tym razem uda się przekonać inwestora do swoich racji – choćby dlatego, że zebrano więcej materiału dowodowego albo nadrabiając błąd inwestora wynikający z niewiedzy.

Niestety, odpowiedź jest negatywna, co wynika z wcześniejszych uwag – skoro potrącenie było skuteczną zapłatą, to doprowadziło też do umorzenia wierzytelności o karę umowną. Jej ponowne potrącenie byłoby jak ponowne żądanie zapłaty tej samej należności. Co gorsza, nie można też potrącić roszczenia o zwrot nadpłaty, tj. nienależnego świadczenia, bo to przysługuje w takiej sytuacji tylko inwestorowi.

Co więc można zrobić? Jeśli generalny wykonawca ma (bardzo) dobre relacje z inwestorem, może, na przykład, przekonać go do cesji roszczenia o zwrot nadpłaty, co pozwoli na jej rozliczenie przy kolejnej transzy wynagrodzenia dla podwykonawcy poprzez potrącenie.

Na marginesie warto zwrócić uwagę, że rozpatrując wzajemne rozliczenia na linii generalny wykonawca – podwykonawca – inwestor bardzo duże znaczenie ma dokładna sekwencja wydarzeń. Gdyby bowiem powyższy scenariusz różnił się tylko tym szczegółem, że potrącenie kary umownej przez generalnego wykonawcę nastąpiłoby już po dokonaniu płatności bezpośredniej przez inwestora, to generalny wykonawca zachowałby prawo do żądania zapłaty kary od podwykonawcy, ale prawdopodobnie nie miałby roszczenia o wynagrodzenie do inwestora – zakładając, że inwestor sam dokonałby skutecznego potrącenia roszczenia regresowego w kwocie dokonanej zapłaty bezpośredniej.

### **Lepiej zapobiegać niż leczyć**

Najlepiej jednak, o ile to możliwe, unikać bezpośredniej płatności przez inwestora na poczet spornych roszczeń podwykonawcy.

Już na etapie zawierania umowy z inwestorem generalny wykonawca powinien zapewnić sobie bezwzględne prawo do wypowiedzenia się w stosunku do każdego żądania płatności bezpośredniej oraz obowiązek informowania go o roszczeniach podwykonawców przez inwestora przed dokonaniem zapłaty. Inwestorzy w praktyce zwykle sami o to dbają, ponieważ jest to w ich własnym interesie, niemniej powinno zostać zabezpieczone zapisem umownym.

Jeśli na etapie realizacji powstaje konieczność potrącenia kar umownych podwykonawcy, to generalny wykonawca powinien starannie ewidencjonować dowody ich należności oraz upewnić się, że zarzuty wobec podwykonawcy są wprost formułowane w oficjalnej korespondencji i to najlepiej przed wystąpieniem przezeń z roszczeniem bezpośrednim. Wszystko to jest konieczne, aby nie podważać wiarygodności roszczeń generalnego wykonawcy w oczach inwestora, a w dłuższej perspektywie – w oczach sądu.

Ważna jest również odpowiednia selekcja roszczeń do potrącenia. Jeśli generalnemu wykonawcy zależy na powstrzymaniu ewentualnej płatności bezpośredniej, powinien powoływać się na roszczenia najłatwiejsze w weryfikacji. Zwykle takim najpewniejszym narzędziem jest kara umowna za opóźnienie w sensie ścisłym, tzn. niezależne od winy. Z kolei na przeciwległej szali są roszczenia oparte o kwestie jakościowe, a więc wady wykonywanych robót. Aby takie żądanie nie budziło wątpliwości inwestora, wskazane jest zlecenie niezależnej ekspertyzy technicznej, która oczywiście przed sądem nie zastąpi opinii biegłego, ale na etapie realizacji kontraktu musi wystarczyć. Najslabsze jako instrument powstrzymania płatności bezpośredniej są roszczenia niezwiązane z inwestycją, z uwagi na brak wiedzy inwestora na ten temat oraz brak jego własnego interesu w zdyscyplinowaniu podwykonawcy w tym zakresie.

### **Czy coś się zmieni?**

Nic nie wskazuje na to, aby – poza korektami jak te wprowadzone nowelizacją z 2017 r. – mechanizm solidarnej odpowiedzialności inwestora czekały poważne zmiany, a tym bardziej aby miał on zniknąć z polskiego prawa. Z tego powodu uczestnikom procesu budowlanego – w tym postawionym w trudnej sytuacji generalnym wykonawcom – pozostaje przystosować się do sytuacji, tak aby świadomie i skutecznie ograniczać związane z nią ryzyka.

*Maciej Zych, adwokat, praktyka postępowań sądowych i arbitrażowych kancelarii War-dyński i Wspólnicy*

## Obsługa kontraktów budowlanych

Przygotowujemy i opiniujemy umowy o roboty budowlane, umowy podwykonawcze, umowy o prace projektowe, umowy o nadzór autorski, umowy o sprawowanie nadzoru inwestorskiego oraz umowy z inżynierem kontraktu. Weryfikujemy także na rzecz banków umowy służące wykonaniu inwestycji budowlanych pod kątem ryzyk finansowych (np. umowa z generalnym wykonawcą, umowa z inżynierem kontraktu).

Zapewniamy pomoc prawną przy negocjowaniu warunków kontraktowych pomiędzy stronami umowy oraz z instytucjami finansującymi, również w celu zoptymalizowania rozwiązań kontraktowych.

Doradzamy przy wylanianiu wykonawców umowy o roboty budowlane lub przygotowywaniu postępowań o udzielenie zamówienia na roboty budowlane w reżimie zamówień publicznych, w tym weryfikujemy oferty wykonawców.

Zajmujemy się także kompleksowym doradztwem prawnym związanym z zarządzaniem kontraktami budowlanymi oraz bieżącą obsługą prawną w trakcie prowadzenia robót, między innymi dokonujemy analiz prawnych okoliczności wpływających na odpowiedzialność uczestników procesu inwestycyjnego. Wspieramy wykonawców i inwestorów w postępowaniach administracyjnych w procesie budowlanym, między innymi w celu uzyskania pozwoleń i decyzji administracyjnych. Bierzemy udział w negocjacjach z organizacjami pozarządowymi w zakresie wpływu inwestycji na środowisko.

Doradzamy wykonawcom i inwestorom w zakresie zgłaszania roszczeń oraz weryfikacji roszczeń w trakcie wykonywania kontraktów. Oferujemy pełną obsługę prawną w sporach pomiędzy stronami kontraktu budowlanego oraz w sporach z inżynierem kontraktu. Reprezentujemy strony przed Komisją Rozjemczą, a także zapewniamy zastępstwo procesowe w ramach sporów sądowych i arbitrażowych w sprawach o roboty budowlane, ze szczególnym uwzględnieniem sporów w ramach warunków kontraktowych FIDIC.

**Wardyński i Wspólnicy**

Al. Ujazdowskie 10, 00-478 Warszawa

Tel.: 22 437 82 00, 22 537 82 00

Faks: 22 437 82 01, 22 537 82 01

E-mail: [warsaw@wardynski.com.pl](mailto:warsaw@wardynski.com.pl)

