

Gwarancja zapłaty za roboty budowlane – problemy zamawiającego

Ustanowienie gwarancji zapłaty za roboty budowlane ma chronić wykonawcę przed nieuregulowaniem lub nieterminowym uiszczaniem zapłaty za roboty budowlane przez inwestorów. Regulacja uprawniająca do żądania zabezpieczenia nie chroni jednak zamawiającego przed nadużyciami ze strony wykonawców.

AGNIESZKA ZABOROWSKA
MICHAŁ SĘKOWSKI

Przepisy Kodeksu Cywilnego regulują kwestię zabezpieczenia roszczeń wykonawcy o terminową zapłatę umówionego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych przez inwestora. Instytucja gwarancji zapłaty

znajduje również zastosowanie do roszczeń z tego samego tytułu, lecz przysługujących dalszemu wykonawcy (podwykonawcy) względem generalnego wykonawcy.¹

Wykonawca ma możliwość żądania od inwestora udzielenia zabezpieczenia, które będzie miało formę gwarancji zapłaty za roboty budowlane (dalej: gwa-



AGNIESZKA ZABOROWSKA
Adwokat, specjalista w procesie udzielania i realizacji zamówień publicznych, w tym w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC



MICHAŁ SĘKOWSKI
Partner, radca prawny w GWW Grynhoff i Partnerzy Radcowie Prawni i Doradcy Podatkowi. Posiada wieloletnie doświadczenie w doradztwie przy realizacji projektów infrastrukturalnych.

¹ Przed wejściem w życie nowych przepisów przedmiotowa instytucja była uregulowana w ustawie z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane (Dz.U. z 2003 r., nr 180, poz. 1758). Jednakże, na mocy wyroku z dnia 27 listopada 2006 r. (sygn. akt K 47/04; Dz.U. z 2006 r., nr 220, poz. 1613), Trybunał Konstytucyjny orzekł o niezgodności art. 4 ust. 4 oraz art. 5 ust. 1 i ust. 2 powołanej ustawy z Konstytucją. W związku z faktem, iż z dniem 30 czerwca 2007r. wyżej wskazane przepisy utraciły moc obowiązującą, powstała konieczność opracowania nowych regulacji, które (za sugestią Trybunału Konstytucyjnego) zostały wprowadzone do Kc.

rancja zapłaty). Przepis Kc stanowiący o prawie wykonawcy do wystąpienia z żądaniem uzyskania gwarancji zapłaty od inwestora ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Inwestor nie ma podstaw do odmowy udzielenia takiego zabezpieczenia. Zamawiający nie ma również możliwości wyłączenia lub ograniczenia prawa żądania ustanowienia gwarancji zapłaty za roboty budowlane np. odpowiednimi postanowieniami umownymi. Inwestor ma jedynie prawo wyboru formy, w jakiej ustanowi on gwarancję zapłaty (spośród: gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, a także akredytywy bankowej lub poręczenia banku udzielonego na zlecenie inwestora).

Na możliwość żądania ustanowienia omawianego zabezpieczenia nie ma wpływu źródło pochodzenia środków, z których finansowane są roboty budowlane (mogą być to zarówno środki prywatne, jak i finanse publiczne). Powyższe dotyczy również sytuacji, gdy inwestorem jest podmiot udzielający zamówień publicznych, o którym mowa w art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a po stronie którego brak jest ryzyka niewypłacalności. Możliwość żądania udzielenia gwarancji nie jest wyłączona nawet w sytuacji, gdy roboty budowlane są realizowane w sposób nienależyty lub nieterminowy. W niniejszym artykule, autorzy odnieśli się jedynie do aspektów umów na roboty budowlane zawartych pomiędzy inwestorem publicznym (rozumianym jako zamawiający, o którym mowa w art. 3 Pzp), a generalnym wykonawcą (wykonawcą). Dalsza analiza pomija zatem kwestie związane z problemami napotkanymi przez inwestora działającego w sektorze prywatnym.

ŻĄDANIE ZABEZPIECZENIA

Wystąpienie z żądaniem udzielenia gwarancji zapłaty może nastąpić na każdym etapie procesu budowlanego. Zgodnie z art. 649³ § 1 Kc „wykonawca (generalny wykonawca) robót budowlanych może w każdym czasie żądać od inwestora gwarancji zapłaty do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia wynikającego z umowy oraz robót dodatkowych lub koniecznych do wykonania umowy, zaakceptowanych na piśmie przez inwestora”.

Tym samym, przepisy Kc uzależniają ustanowienie zabezpieczenia od zawarcia umowy, a nie rozpoczęcia realizacji robót budowlanych lub stanu ich zaawansowania.

Już w dniu zawarcia umowy o roboty budowlane wykonawca będzie mógł zażądać zabezpieczenia swoich roszczeń. Taką możliwość mają również wykonawcy realizujący projekty w systemie „zaprojektuj i wybuduj”, również te podmioty mogą wystąpić z żądaniem ustanowienia gwarancji zapłaty zaraz po zawarciu umowy – mimo, że faktycznie można by to uznać za nieuzasadnione. Roboty budowlane przy tego typu inwestycjach rozpoczynają się bowiem po kilku, a nawet kilkunastu miesiącach od zawarcia umowy. Niezależnie od tego to zawarcie umowy determinuje, możliwość żądania ustanowienia gwarancji zapłaty.

Prawo wykonawcy wystąpienia z zadaniem ustanowienia zabezpieczenia zaraz po zawarciu umowy nie oznacza że wniosek wykonawcy o ustanowienie gwarancji zapłaty nie może zostać również zgłoszony, w bardzo już zaawansowanym stanie inwestycji, przy czym nie stoi temu na przeszkodzie okoliczność, że wykonawca uzyskał już zdecydowaną większość wynagrodzenia.

TERMIN NA USTANOWIENIE GWARANCJI

Ustawodawca określił, iż inwestor ma maksymalnie 45 dni na wywiązanie się ze swojego obowiązku. Odpowiedź na pytanie – czy żądanie przedstawiania gwarancji zapłaty w krótszym terminie jest skuteczne i czy rodzi obowiązek przedstawienia gwarancji w terminie wskazanym w żądaniu (gdy jest on krótszy od terminu przewidzianego w Kc) wydaje się dość oczywista, tj.: żądanie wykonawcy udzielenia gwarancji zapłaty w terminie krótszym niż 45 dni będzie bezskuteczne.

Przy czym, błędnie wskazany przez wykonawcę termin na ustanowienie gwarancji nie oznacza, że 45 dniowy termin nie rozpoczął swojego biegu. Wręcz przeciwnie, w ocenie autorów, data doręczenia pierwszego żądania ustanowienia gwarancji jest da-

tą, w której rozpoczyna swój bieg 45 dniowy termin, w którym inwestor jest zobowiązany przedstawić zabezpieczenie.

Należy mieć przy tym na uwadze, że ustawodawca określił, iż inwestor ma maksymalnie 45 dni na ustanowienie gwarancji zapłaty w przypadku gdy Wykonawca nie wskazuje na termin późniejszym. Wykonawca może bowiem żądać udzielenia gwarancji w terminie późniejszym (np. 70 czy 100 dni). Dlatego też w przypadku, gdy we wniosku nie sprecyzowano, w jakim terminie żąda się przekazania gwarancji zapłaty – warto wezwać wykonawcę do doprecyzowania wniosku o udzielenie gwarancji zapłaty w zakresie maksymalnego terminu na doręczenie przez inwestora gwarancji zapłaty (nie krótszym niż 45 dni). Termin dłuższy niż 45-dniowy może okazać się szczególnie korzystny finansowo dla inwestora przy inwestycjach, w których dopiero rozpoczęto przygotowania do robót budowlanych.

Mimo, iż 45 dni na przekazanie gwarancji zapłaty wydaje się być terminem stosunkowo długim dla inwestora prywatnego, o tyle dla inwestora zmuszonego do stosowania PZP, termin ten w praktyce może okazać się zbyt krótki. Należy bowiem pamiętać, że uzyskanie takiego zabezpieczenia musi być zgodne z ustawą Pzp. Zamawiający powinni przewidywać konieczność uzyskania gwarancji zapłaty – w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na usługi bankowe/ubezpieczeniowe na dany rok rozliczeniowy (zgodnie z art. 32 i nast. Pzp).

Skutki uchybienia 45-dniowego terminu, autorzy opisali w dalszej części artykułu.

WYSOKOŚĆ ZABEZPIECZENIA – WYNAGRODZENIE „PODSTAWOWE”

Zgodnie z przepisem art. 649³ § 1 Kc gwarancja zapłaty może zostać udzielona „do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia wynikającego z umowy o roboty budowlane oraz robót dodatkowych lub koniecznych do wykonania umowy”.

Wynagrodzenie to musi być jednak zaakceptowane na piśmie przez inwestora. Takie rozwiązanie ma na celu

zabezpieczenie interesów finansowych żądającego gwarancji. Wprowadzenie górnej wysokości żadanego zabezpieczenia ma na celu zapobiegnięcie dowolności i nadużyciom po obu stronach umowy. Jak wskazujemy w dalszej części artykułu – regulacje ustawowe nie stanowią kompleksowej ochrony zamawiającego – przed nadmiernymi i często nieuzasadnionymi żądaniami wykonawców.

Treść art. 649³ § 1 Kc wskazuje, że wykonawca na prawo żądać ustanowienia zabezpieczenia do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia wynikającego z umowy o roboty budowlane. Przykładowo, jeżeli wynagrodzenie umowne wynosi 200 000,00 zł, to żądana suma gwarancyjna (w zakresie wynagrodzenia „podstawowego”) nie może być wyższa niż 200 000,00 zł.

Powstaje tu zasadnicze pytanie – w jakiej wysokości powinna zostać ustanowiona suma gwarancyjna, jeżeli umowa na roboty budowlane została już w jakiejś części zrealizowana i rozliczona.

Ponadto budzi wątpliwość czy w takiej sytuacji, inwestor zobowiązany będzie zastosować się do wniosku o ustanowienie gwarancji zapłaty odpowiednio do wartości całego wynagrodzenia wykonawcy – a nieuwzględnienie wniosku będzie dawało podstawę do odstąpienia od umowy przez wykonawcę?

Przy udzieleniu odpowiedzi na powyższe pytania z pomocą przychodzi jeden z wyroków Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 26 marca 2014 r.² Sąd orzekł w nim, że powód (wykonawca – przyp. autorów) nie miał podstaw do odstąpienia umowy z winy inwestora z uwagi na doręczenie wykonawcy gwarancji zapłaty która w ocenie wykonawcy zawierała wadę polegającą na nieprawidłowym oznaczeniu terminu jej ważności.

W uzasadnieniu do przytoczonego orzeczenia Sąd wskazał: „Dlatego też oceny czy udzielona gwarancja była gwarancją „żądaną” w rozumieniu art. 649⁴ § 1

² Sygn. akt I ACa 24/14.

Kc czy też dawała podstawy do odstąpienia od umowy z winy inwestora dokonać należy w oparciu o wszystkie okoliczności sprawy, w szczególności jakiej gwarancji wykonawca się domagał, jak przebiegała dotychczasowa współpraca, mając przede wszystkim na uwadze treść art. 354 § 2 Kc zgodnie z którym na powódzie jako na wierzycielu spoczywał także obowiązek współdziałania z pozwanym przy wykonaniu przez niego zobowiązania w sposób zgodny z treścią zobowiązania, a także w sposób odpowiadający celowi społeczno-gospodarczemu zobowiązania oraz zasadom współżycia społecznego.”

Z powyższego uzasadnienia daje się wywieść wniosek, iż przy ocenie wadliwości ustanowionego zabezpieczenia należy wziąć pod uwagę cel jego udzielenia (tj. zabezpieczenie terminowej wypłaty wynagrodzenia).

W ocenie autorów taka wykładnia zasługuje na pełną aprobatę i pozwala uzasadnić założenie, że zabezpieczenie udzielone w wysokości odpowiadającej jeszcze niewypłaconej kwocie wynagrodzenia (a nie nominalnego wynagrodzenia określonego w umowie o roboty budowlane) nie będzie stanowić o wadliwości zabezpieczenia. Należy je bowiem ocenić i w tym kierunku powinny zmierzać wyroki sądów powszechnych, jako działanie prawidłowe i zgodne z celem omawianej instytucji. W sytuacji bowiem, gdy gwarancja zabezpiecza roszczenia wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia (bez ewentualnych roszczeń odszkodowawczych, z tytułu kar umownych etc.) to racjonalne wydaje się założenie, że niezasadne byłoby zabezpieczenie wykraczające poza zakres przysługujących wykonawcy roszczeń.

WZROST WYNAGRODZENIA „PODSTAWOWEGO”

Mimo, iż w systemie zamówień publicznych, rzadko zdarza się, iż zamawiający dopuszczają możliwość zwiększenia wynagrodzenia (zgodnie z art. 144 ust. 1 Pzp) – warto zaznaczyć, że w sytuacji wzrostu wynagrodzenia wykonawcy – już po udzieleniu „pierwotnej” gwarancji, wykonawca może zażądać zwiększenia sumy gwarancyjnej.

W praktyce będzie to polegało na zawarciu aneksu do pierwotnej gwarancji zapłaty, na mocy którego zmie-

niona zostanie suma gwarancyjna, bądź na ustanowieniu dodatkowej/kolejnej gwarancji.

Roszczenie dodatkowe

Treść art. 649³ § 1 Kc wskazuje jednoznacznie, że wysokość gwarancji nie może być wyższa niż ewentualne roszczenie z tytułu wynagrodzenia wykonawcy. Tym samym, gwarancja zapłaty nie odnosi się do wartości roszczeń przysługujących wykonawcy przykładowo z tytułu kar umownych lub należnych odsetek.

WYSOKOŚĆ ZABEZPIECZENIA – WYNAGRODZENIE „DODATKOWE”

Okoliczność, że wysokość gwarancji odnosi się do wartości wynagrodzenia, nie stoi na przeszkodzie temu, że gwarancja może obejmować również wynagrodzenie za wykonanie robót dodatkowych lub innych robót koniecznych do wykonania umowy.

Zgodnie z art. 649³ § 1 Kc wykonawca może bowiem żądać zabezpieczenia wynagrodzenia wynikającego z “robót dodatkowych i koniecznych”. Będzie to jednakże możliwe tylko wtedy, gdy takie roboty zostały zaakceptowane przez inwestora na piśmie. W trakcie realizacji robót budowlanych typową sytuacją jest konieczność wykonania nieprzewidzianych wcześniej w umowie prac.

W inwestycjach, których realizacja była poprzedzona procedurą o udzielenie zamówienia publicznego – w ocenie autorów – pisemne zatwierdzenie robót koniecznych lub dodatkowych powinno odbyć się poprzez udzielenie tzw. zamówienia dodatkowego (art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp) lub tzw. zamówienia uzupełniającego (art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp). Tym samym, niewystarczające będzie stwierdzenie np. przez inżyniera lub adnotacja w dzienniku budowy, że należy wykonać roboty „dodatkowe lub konieczne”.

OKRES OBOWIĄZYWANIA GWARANCJI ZAPŁATY

Przepisy Kc nie określają wymaganego terminu ważności gwarancji zapłaty. Przepis art. 649¹ § 1

Kc wskazuje, że „gwarancji zapłaty za roboty budowlane, zwanej dalej „gwarancją zapłaty”, inwestor udziela wykonawcy (generalnemu wykonawcy) w celu zabezpieczenia terminowej zapłaty umówionego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych”.

Przepisy te mają na celu zapobieganie negatywnym zjawiskom występującym w obrocie gospodarczym. W szczególności chodzi o sytuacje nieregulowania lub nieterminowego uiszczania przez zamawiających należności za prace wykonane przez wykonawców – głównie małych i średnich przedsiębiorstw. Racjonalne jest więc założenie, że termin ważności gwarancji zapłaty powinien odpowiadać przynajmniej przewidywanemu terminowi ostatniej płatności za roboty realizowane w ramach umowy.

KONSEKWENCJA NIEDOCHOWANIA TERMINU NA USTANOWIENI

Brak ustanowienia gwarancji zapłaty w wyznaczonym przez wykonawcę terminie (nie krótszym niż 45 dni) stanowi zawinioną przez inwestora przeszkodę w realizacji robót, co uprawnia wykonawcę do powstrzymania się z wykonywaniem robót do czasu otrzymania gwarancji zapłaty.

Zgodnie z art. 649⁴ § 1 Kc, jeżeli wykonawca nie uzyska żądanej gwarancji zapłaty w wyznaczonym przez siebie terminie (nie krótszym niż 45 dni) uprawniony będzie do odstąpienia od umowy z winy inwestora. Ustawodawca przewidział przy tym, że skutek odstąpienia następuje w dniu jego skutecznego złożenia. Nie jest to zatem skutek *ex tunc*.

W razie odstąpienia od umowy przez wykonawcę przysługuje mu prawo do wypłaty wynagrodzenia mimo niewykonania robót (tych, które nie zostały wykonane z powodu odstąpienia). W takich okolicznościach inwestor może odliczyć jednak to, co wykonawca zaoszczędził nie wykonując pozostałych robót. Tym samym, zamawiający pomimo wypłaty całości wynagrodzenia na rzecz wykonawcy (z uwzględnieniem ustawowego potrącenia), będzie zobowiązany do przeprowadzenia kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wybór nowego wy-

konawcy robót budowlanych, a w konsekwencji zapłaty wynagrodzenia następnemu wykonawcy, który „dokończy” roboty budowlane.³

Skutki takiej sytuacji są oceniane w dwojaki sposób. W ocenie autorów należy opowiedzieć się za poglądem, że niezależnie od tego czy nieudzielenie gwarancji zapłaty nastąpiło z winy inwestora, uprawnienie do odstąpienia od umowy następuje z powodu samego upływu terminu na ustanowienie gwarancji zapłaty, a sytuacja ta będzie traktowana jako zawiniona przez inwestora.⁴

Nieprawidłowy wydaje się autorom pogląd, zgodnie z którym odwołanie się w przepisie art. 649⁴ § 1 Kc do winy inwestora oznacza, że prawo do odstąpienia od umowy nie będzie przysługiwało wykonawcy w przypadku gdy inwestor wykaże brak winy w nieuzyskaniu gwarancji zapłaty ze strony inwestora, a jedynie w sytuacji gdy nieudzielenie gwarancji w terminie jest przez inwestora zawinione.⁵

KOSZTY USTANOWIENIA GWARANCJI ZAPŁATY

Na podstawie art. 649¹ § 3 Kc strony ponoszą w równych częściach udokumentowane koszty zabezpieczenia wiarygodności. Brak ograniczenia przez ustawodawcę o jakie koszty chodzi – w ocenie autorów – prowadzi do wniosku, że zamawiający może dochodzić zwrotu połowy wszelkich kosztów (w tym koszt przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi bankowe/ubezpieczeniowe związane z uzyskaniem zabezpieczenia). Jedynym warunkiem ustawodawcy jest – udokumentowanie poniesionych kosztów.

Żądanie zwrotu kosztów ustanowienia gwarancji zapłaty powinno nastąpić w formie pisemnego wezwania do zapłaty, które w przypadku braku

³ Podobnie: J. Mazurkiewicz, Gwarancja zapłaty w umowie o roboty budowlane wyd. el. ABC nr 124043.

⁴ Tak: Komentarz do Kodeksu cywilnego, red. Osajda, 2015, wyd. 11.

⁵ Tak: Komentarz do Kodeksu cywilnego, red. Gniewek, 2014, wyd. 6.

reakcji ze strony wykonawcy będą mogły być dochodzone w ewentualnym procesie sądowym o zapłatę

Roszczenie o zwrot połowy kosztów udzielenia gwarancji może być też potrącone z innymi należnościami przysługującymi wykonawcy w stosunku do zamawiającego (np. z wynagrodzenia wynikającego z umowy w sprawie zamówienia publicznego).

Warto zastrzec, że niewystąpienie o zwrot połowy kosztów ustanowienia gwarancji zapłaty, może stanowić naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zgodnie bowiem z art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych niepobranie lub niedochodzenie należności Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej jednostki sektora finansów publicznych albo pobranie lub dochodzenie tej należności w wysokości niższej niż wynikająca z prawidłowego obliczenia – stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

BRAK ZWROTU KOSZTÓW

Wystąpienie zamawiającego z żądaniem refinansowania kosztów zabezpieczenia wiarygodności przez wykonawcę następuje dopiero po ustanowieniu gwarancji zapłaty i ustaleniu całkowitych kosztów zabezpieczenia. Przepisy dotyczące gwarancji zapłaty nie rozstrzygają bezpośrednio kwestii, jakie są skutki niedokonania przez wykonawcę zwrotu połowy kosztów udzielenia zabezpieczenia. Powstaje zatem pytanie czy inwestor może wstrzymać się z ustanowieniem gwarancji zapłaty.

Wydaje się, że zamawiający nie może uzależniać udzielenia gwarancji zapłaty od zapłacenia przez wykonawcę połowy przewidywanych kosztów związanych z jej udzieleniem. Innymi słowy, inwestor jest zobowiązany do udzielenia gwarancji zapłaty niezależnie od tego, czy wykonawca zwróci zamawiającemu koszty ustanowienia takiego zabezpieczenia.

Można jednak spotkać pogląd odmienny od prezentowanego przez autorów, zgodnie z którym niedokona-

nie zapłaty połowy kosztów gwarancji stanowi przeszkodę w jej ustanowieniu leżącą po stronie wykonawcy i nie uzasadnia jego odstąpienia od umowy na podstawie art. 649⁴ § 1 i 2 Kc.⁶

Taki pogląd – w ocenie autorów – jest nieuzasadniony, bowiem przepisy Kc nie uzależniają ustanowienia zabezpieczenia od zwrotu połowy kosztów poniesionych przez inwestora. W praktyce zwrot ten następuje dopiero po określeniu łącznej wysokości środków, a ich określenie możliwe jest dopiero po ustanowieniu gwarancji. Zatem kolejność podejmowanych działań jest narzucana niejako przez przepisy Kc.

Przed wszystkim jednak przepisy Kc wprost wskazują, że zamawiający nie ma możliwości wyłączenia oraz ograniczenia prawa wykonawcy do żądania gwarancji zapłaty (art. 649² § 1 Kc). Wobec takiego ustawowego zakazu autorzy uważają, że niemożliwe jest uzależnianie ustanowienia gwarancji zapłaty od zwrotu połowy kosztów przez wykonawcę.

⁶ Tak: Tomasz Sokółowski, Komentarz do art. 649 (1) Kodeksu cywilnego, wyd./el. LEX 2014.

*To miejsce czeka na
Twoją reklamę!
Zadzwoń, napisz!*

tel. (22) 610 10 99
e-mail: redakcja@zpdoradca.pl