



Pan Stanisław Gogacz

Przewodniczący Komisji Ustawodawczej

Senat Rzeczypospolitej Polskiej

ul. Wiejska 6

00-902 Warszawa

Dotyczy: ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności (druk senacki nr 442, druki sejmowe nr 1185, 1339 i 1339-A).

Szanowny Panie Przewodniczący,

w związku z trwającymi pracami legislacyjnymi przekazuję opinię Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa do ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności (druk senacki nr 442, druki sejmowe nr 1185, 1339 i 1339-A, dalej „**Ustawa**”) dotyczącą nowej regulacji odpowiedzialności solidarnej inwestora i wykonawcy (generalnego wykonawcy) za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom i dalszym podwykonawcom. Jest to regulacja o bardzo istotnym znaczeniu dla funkcjonowania rynku budowlanego w Polsce. Zważywszy na bliskie terminy rozpatrzenia przez Senat wspomnianej ustawy poddajemy pod rozagę pilne uwzględnienie w dalszych pracach legislacyjnych przedstawionych poniżej uwag.

OPINIA

OCENA CELÓW I SKUTKÓW NOWELIZACJI

1. Potrzeby wprowadzenia regulacji, które obejmuje Ustawa, projektodawcy upatrują przede wszystkim w tym, że w aktualnym stanie prawnym dochodzenie wierzytelności, zwłaszcza przez przedsiębiorców z sektora MŚP, jest znacząco utrudnione, powodując szereg negatywnych konsekwencji (m.in. spadek produktywności). Projektodawcy zwracają uwagę, że największy problem w tym zakresie występuje w branży budowlanej (uzasadnienie do projektu Ustawy [dalej „**Uzasadnienie**”, s. 2), a jedną z przyczyn takiego stanu rzeczy, jest zdaniem projektodawców niejednolita praktyka orzecznicza sądów w stosowaniu regulacji art. 647¹ k.c.,

- umożliwiającej podwykonawcy otrzymanie zapłaty nie od wykonawcy, z którym zawarł umowę o roboty budowlane, lecz od inwestora (Uzasadnienie, s. 3).
2. Mając powyższe na względzie, projektodawcy za podstawowy cel Ustawy uznają wzmocnienie praw i gwarancji dla wierzycieli, w szczególności będących przedsiębiorcami z sektora MŚP (Uzasadnienie, s. 4). W odniesieniu do zagadnienia solidarnej odpowiedzialności inwestora i generalnego wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy (oraz tych podmiotów za zapłatę wynagrodzenia na rzecz dalszych podwykonawców) projektodawcy podnoszą, że realizacja ww. celu miałyby nastąpić przez wyważenie interesów i zapewnienie słusznej ochrony inwestorowi i podwykonawcy, jako uczestników procesu budowlanego, w związku z odpowiedzialnością inwestora za zobowiązania wykonawcy wobec podwykonawcy (Uzasadnienie, s. 4).
 3. W ocenie PZPB, zasadniczym mankamentem projektowanej nowelizacji jest **pominięcie w nowej regulacji art. 647¹ k.c. słusznych i zasługujących na ochronę interesów wykonawców (generalnych wykonawców)**. Chodzi tu zarówno o przedsiębiorców z sektora MŚP realizujących kontrakty na mniejszą skalę, często lokalnych, jak również o duże spółki giełdowe, realizujące inwestycje infrastrukturalne wielkich rozmiarów i o kluczowym znaczeniu w skali kraju. Regulacja art. 647¹ k.c. obejmuje bowiem nie tylko solidarną odpowiedzialność inwestora wobec podwykonawcy, ale również solidarną odpowiedzialność wykonawcy (generalnego wykonawcy) wobec dalszych podwykonawców, z którymi nie łączą go żadne stosunki umowne. Projekt ustawy nie uwzględnia tego elementu w dostatecznym stopniu, pomijając zależność podmiotów i wzajemnych relacji także na linii wykonawca (generalny wykonawca) – dalsi podwykonawcy.
 4. PZPB podziela założenie projektodawców, że w kontekście art. 647¹ k.c. interesy uczestników procesu budowlanego powinny zostać wyważone, jednak nie znajduje podstaw do pogorszenia sytuacji prawnej wykonawców (generalnych wykonawców) w porównaniu z dotychczasową regulacją. Warto zwrócić uwagę na fakt, że to na wykonawcy spoczywa odpowiedzialność względem inwestora za prawidłowe i terminowe wykonanie przedmiotu umowy o roboty budowlane. Ochrona podwykonawców nie powinna, w ocenie PZPB, sięgać tak daleko, że będzie ona wpływała negatywnie na wywiązywanie się przez wykonawców (generalnych wykonawców) z zobowiązań względem inwestora. Ustawa **w art. 1 wprowadza kilka rozwiązań, które PZPB identyfikuje jako oddziałujące negatywnie na sytuację prawną generalnych wykonawców, a także przebieg realizacji złożonych inwestycji budowlanych**. Do najważniejszych z nich należą:
 - (a) brak wyraźnej i niebudzącej wątpliwości podstawy prawnej odpowiedzialności solidarnej wykonawcy (generalnego wykonawcy) względem dalszych podwykonawców za zapłatę należnego im wynagrodzenia (ujętej obecnie § 3 i 5 art. 647 k.c.);
 - (b) wprowadzenie prawa swobodnego (tj. nie wymagającego żadnego uzasadnienia) sprzeciwu inwestora wobec powierzenia prac danemu podwykonawcy lub dalszemu



- podwykonawcy, przy czym sprzeciw taki skutkuje wyłączeniem odpowiedzialności solidarnej inwestora wobec tych podmiotów,
- (c) nieuzasadnione i znacząco przedłużające proces inwestycyjny wydłużenie terminu na zgłoszenie sprzeciwu przez inwestora z 14 do 30 dni;
 - (d) rezygnacja z wymogu dochowania formy pisemnej pod rygorem nieważności dla umów zawieranych przez generalnego wykonawcę z podwykonawcami oraz umów zawieranych przez podwykonawców z dalszymi podwykonawcami.
5. *Ratio legis* wprowadzenia do k.c. regulacji art. 647¹ stanowiło zapewnienie ochrony podwykonawcom, którzy w wyniku bezprawnych działań swoich kontrahentów popadali w problemy finansowe, niejednokrotnie kończące się upadłością lub likwidacją. PZPB dostrzega to, że niewywiązywanie się z zobowiązań do zapłaty wynagrodzenia za wykonane roboty, często pomimo otrzymania od inwestora wynagrodzenia przypadającego na tę część robót, stanowi istotny problem, a regulacje prawne powinny zapewniać podwykonawcy niezbędną ochronę.
6. Ustawa wychodzi naprzeciw oczekiwaniom, z jednej strony, podwykonawców, przewidując szereg ułatwień względem aktualnego stanu prawnego oraz znacząco poprawiając ich pozycję prawną względem wykonawcy i inwestora. Polepszenie sytuacji prawnej podwykonawców wynika m.in. z wprowadzenia w nowym art. 647¹ § 1 k.c. możliwości dokonywania samodzielnego zgłoszenia swoich prac bezpośrednio inwestorowi, braku konieczności przedłożenia inwestorowi projektu umowy z wykonawcą (generalnym wykonawcą) oraz związanej z tym dokumentacji projektowej (często będącej przecież już w posiadaniu inwestora), a także uproszczenie procedury zgłoszenia.
7. Z drugiej strony, Ustawa wprowadza rozwiązania jednoznacznie korzystne z perspektywy inwestora, jak kwotowe ograniczenie odpowiedzialności jego odpowiedzialności wobec podwykonawców i dalszych podwykonawców oraz uprawnienie do składania (swobodnego) sprzeciwu wobec powierzenia danych prac określonego podwykonawcy.
8. Przyjęcie powyższych rozwiązań polepszających sytuację prawną inwestora i podwykonawców nastąpiło jednoczenie kosztem pogorszenia sytuacji wykonawców (generalnych wykonawców) oraz obciążenia ich dodatkowymi ryzykami prawnymi i ekonomicznymi. Pominięcie słusznego interesu wykonawców (generalnych wykonawców) wynika zresztą wprost z Uzasadnienia (s. 4), co zdaniem PZPB należy ocenić jednoznacznie negatywnie w szczególności, że ustawowa instytucja dłużnika solidarnego (dotycząca w ramach regulacji art. 647¹ k.c. głównie inwestora i wykonawcy [generalnego wykonawcy]) nie może różnicować ich pozycji i zakresu odpowiedzialności, co proponowana Ustawa jednak czyni.

OCENA SZCZEGÓŁOWYCH ELEMENTÓW NOWEGO ART. 647¹ K.C.

9. Przepis art. 647¹ k.c. w brzmieniu nadanym art. 1 Ustawy wykazuje braki, które należy zakwalifikować jako **wady legislacyjne**, a nadto w pozostałej części wywoływać będzie szereg

wątpliwości interpretacyjnych, z których co najmniej część wydaje się być niezamierzona przez projektodawców. Proponowany przepis w takim brzmieniu będzie w przyszłości generował istotne problemy w zakresie jego wykładni, co odbije się negatywnie w sferze prawnej wszystkich uczestników procesu budowlanego, wymuszając dodatkowo kolejną falę orzecznictwa sądów, które z ww. wątpliwościami interpretacyjnymi będą musiały się borykać. W efekcie zamiast przeciąć powstałe wątpliwości proponuje się rozwiązanie, które niestety będzie je generować.

BRAK WYRAŻNEJ PODSTAWY PRAWNEJ SOLIDARNEJ ODPOWIEDZIALNOŚCI WYKONAWCY (GENERALNEGO WYKONAWCY) ZA ZAPŁATĘ WYNAGRODZENIA NALEŻNEGO DALSZEMU PODWYKONAWCY

10. W obecnym stanie prawnym podstawę odpowiedzialności solidarnej wykonawcy (generalnego wykonawcy) wraz z inwestorem za zapłatę wynagrodzenia należnego dalszemu podwykonawcy stanowi art. 647¹ § 5 k.c. Powstanie wspomnianej odpowiedzialności solidarnej wykonawcy jest zgodnie z art. 647¹ § 3 k.c. uzależnione od **zgody wykonawcy** na powierzenie przez podwykonawcę oznaczonych prac określonemu dalszemu podwykonawcy. W oparciu o mechanizm zgody wykonawca decyduje o przyjęciu na siebie odpowiedzialności solidarnej za zapłatę oznaczonego wynagrodzenia należnego danemu podwykonawcy, z którym nie łączy go żaden stosunek obligacyjny.
11. Nowe brzmienie art. 647¹ k.c. nadane art. 1 Ustawy obarczone jest wadą legislacyjną polegającą na braku wyraźnej podstawy odpowiedzialności solidarnej wykonawcy (generalnego wykonawcy) wraz z inwestorem za zapłatę wynagrodzenia należnego dalszemu podwykonawcy (pominięcie dotychczasowych § 5 i § 3 art. 647¹ k.c., przy jednoczesnym braku wprowadzenia innych równoważnych norm). Zawarty w Ustawie art. 647¹ § 5 k.c. w brzmieniu „*przepisy § 1–4 stosuje się odpowiednio do solidarnej odpowiedzialności inwestora, wykonawcy i podwykonawcy, który zawarł umowę z dalszym podwykonawcą, za zapłatę wynagrodzenia dalszemu podwykonawcy*”, jest wyłącznie przepisem odsyłającym (technicznym), przy czym **odsyła do odpowiedzialności solidarnej wykonawcy (generalnego wykonawcy), która nie została w nowym przepisie art. 647¹ k.c. w ogóle uregulowana.**
12. Ustawa nie zmienia fundamentalnych zasad prawa cywilnego, tj. skuteczności umów jedynie w relacjach *inter partes*. Przypisanie podmiotom prawa cywilnego odpowiedzialności za cudzy dług jest wyjątkiem, wymaga wyraźnego uregulowania ustawowego, które nie może być poddawane wykładni rozszerzającej (*exceptiones non sunt extendendae*). Tymczasem art. 647¹ k.c. w nowym brzmieniu nie zawiera normy, który wzorem obecnie obowiązujących § 5 i § 3 przesądzałby o istnieniu i przesłankach powstania odpowiedzialności solidarnej wykonawcy wobec dalszych podwykonawców (tj. podmiotów, z którymi wykonawcę nie łączą stosunki obligacyjne). Powyższe prowadzi do wniosku, że odesłanie zawarte w Ustawie w § 5 jest w odniesieniu do wykonawcy (generalnego wykonawcy) treściowo puste, wobec faktu, iż żaden z paragrafów 1-4 art. 647¹ k.c. w nowym brzmieniu nie stanowi o solidarnej odpowiedzialności wykonawcy (generalnego wykonawcy) względem dalszego podwykonawcy. W tym zakresie

powołany przepis nie spełnia wymogów prawidłowej legislacji. Art. 647¹ § 5 k.c. w zawartym w Ustawie brzmieniu może bowiem uzasadniać interpretację, zgodnie z którą wykonawcy (generalni wykonawcy) ponoszą w każdym przypadku odpowiedzialność solidarną za zapłatę przez podwykonawców wynagrodzenia dalszym podwykonawcom, a także za zapłatę przez dalszych podwykonawców wynagrodzenia kolejnym podwykonawcom bez konieczności wystąpienia jakichkolwiek przesłanek powstania takiej odpowiedzialności, w tym bez możliwości zgłoszenia przez wykonawcę sprzeciwu wobec zatrudnienia na którymkolwiek szczeblu dalszego podwykonawcy lub określenia należnego mu wynagrodzenia. Ponadto ta odpowiedzialność wykonawcy nie będzie podlegać żadnym ograniczeniom co do kwot ani zakresu. Wspomniana wada legislacyjna powoduje, iż art. 647¹ k.c. w zawartym w Ustawie brzmieniu będzie rodził dla wykonawców (generalnych wykonawców) bardzo istotne ryzyka prawne i ekonomiczne w zakresie roszczeń dalszych podwykonawców na wszystkich szczeblach. Zważywszy, iż jednocześnie Ustawa znosi wymóg dochowania formy pisemnej pod rygorem nieważności dla umów zawieranych z dalszymi podwykonawcami, skala możliwych ryzyk dla generalnych wykonawców, (którzy po prostu nie będą o nich, przy proponowanym brzemieniu Ustawy, wiedzieć) - jest trudna do przecenienia.

BRAK WYMAGU WSKAZANIA W UMOWIE GŁÓWNEJ ZAKRESU ROBÓT, KTÓRE BĘDĄ WYKONYWANE PRZEZ PODWYKONAWCĘ

13. Negatywnie należy również ocenić rezygnację z wymogu określenia w umowie głównej zakresu robót, które będą wykonywane przez podwykonawcę. W sytuacji, gdy nowy art. 647¹ k.c. dopuszcza zgłoszenie inwestorowi określonego podwykonawcy już w trakcie realizacji umowy głównej (w której zresztą konieczne jest określenie szczegółowego przedmiotu robót wykonywanych za pomocą określonego podwykonawcy), to *de facto* do samego końca realizacji inwestycji pomiędzy stronami nie będzie pewności co do tego, które roboty zostaną wykonane przez podwykonawców, a które przez wykonawcę (generalnego wykonawcę). Z jednej strony, może to rodzić dla wykonawców (generalnych wykonawców) trudności w zawieraniu umów z podwykonawcami, z drugiej zaś podwykonawcy zostaną pozbawieni możliwości dochodzenia zapłaty wynagrodzenia od inwestora.

ZGŁOSZENIE PODWYKONAWCY

14. Zgodnie z nowym brzmieniem art. 647¹ § 1 k.c. solidarna odpowiedzialność inwestora powstaje, jeżeli „**szczegółowy przedmiot został zgłoszony inwestorowi przez wykonawcę lub podwykonawcę przed przystąpieniem do wykonywania tych robót**”. PZPB zwraca uwagę na dwie istotne wątpliwości interpretacyjne wynikające z takiego brzmienia. Po pierwsze, sformułowanie „**szczegółowy przedmiot robót**” jest nieprecyzyjne i niedookreślone, co rodzić będzie spory, co do dochowania wystarczającego stopnia **szczegółowości zgłoszenia**, które zawsze może być interpretowane i podważane, a ponadto wiąże się z tym pytanie – kto, kiedy i na jakiej podstawie będzie decydował, czy przedmiot został przedstawiony wystarczająco „szczegółowo”. Po drugie, że brak jest uregulowania skutków zgłoszenia podwykonawcy po

przystąpieniu do wykonywania przez niego robót. Brak doprecyzowania tej kwestii budzi poważne wątpliwości PZPB, w szczególności co do sankcji naruszenia ww. obowiązku i jej zakresu podmiotowego. W porównaniu z dotychczasową regulacją tej kwestii („część dokumentacji dotycząca wykonania robót”) obecna propozycja jest istotnym pogorszeniem stanu prawnego zarówno pod względem merytorycznej „czytelności” takiego rozwiązania, jak i jego jakości legislacyjnej i językowej („szczegółowy” może być „opis przedmiotu” a nie sam „przedmiot”).

15. Jeżeli określenie szczegółowego przedmiotu robót budowlanych wykonywanych przez oznaczonego podwykonawcę nie nastąpi w umowie - czy to głównej, czy w formie aneksu, czy też w ramach odrębnej umowy (§ 2 projektowanego art. 647¹ k.c.), a sytuacje takie z pewnością nie będą rzadkością – wykonawca (generalny wykonawca) lub podwykonawca (Uzasadnienie, s. 46) będą zmuszeni skorzystać z trybu zgłoszenia, o którym mowa w § 1. Skoro jednak przepis ten wprowadza konieczność dokonania zgłoszenia „*przed przystąpieniem do wykonywania (...) robót*”, należy postawić następujące pytania, co do skutków zgłoszenia już po ich rozpoczęciu. **Czy w takim przypadku solidarna odpowiedzialność inwestora w ogóle powstanie?** Jeżeli zanegujemy taki skutek, to jaką sankcją będzie obciążone zgłoszenie po przystąpieniu do wykonywania robót przez podwykonawcę? Podobnie, w przypadku odpowiedzi pozytywnej. **Czy inwestor będzie odpowiadał za roboty wykonane przed dokonaniem zgłoszenia, względnie przed upływem terminu do złożenia sprzeciwu (jeżeli upłyne on bezskutecznie)?** Wątpliwości tyczą się zatem również zakresu odpowiedzialności inwestora. Ponadto w łańcuchu uwzględniającym występowanie dalszego podwykonawcy może powstać problem dokonania zgłoszenia w różnym czasie i, w efekcie, potencjalnie różnego zakresu odpowiedzialności inwestora i wykonawcy (generalnego wykonawcy).
16. Na powyższe pytania i wątpliwości art. 647¹ k.c. w brzmieniu nadanym Ustawą nie odpowiada, wymagając – zdaniem PZPB – w tym zakresie doprecyzowania.

30-DNIOWY TERMIN NA SPRZECIW INWESTORA

17. Art. 647¹ § 1 k.c. w brzmieniu nadanym Ustawą wydłuża termin na zgłoszenie sprzeciwu z 14 do 30 dni. Projektodawcy w uzasadnieniu podnoszą, iż rozwiązanie to „*nie hamuje obrotu i uwzględnia autonomię woli uczestników procesu budowlanego oraz dynamikę zmian i potrzeb jakie mogą zaistnieć nie tylko w przed zawarciem umowy o roboty budowlane, ale także w trakcie jej wykonywania*” (Uzasadnienie, s. 46).
18. PZPB nie podziela tej oceny. Wydłużenie terminu do 30 dni będzie oddziaływało negatywnie na przebieg procesu budowlanego, zwłaszcza w przypadku umów w formule „*buduj*”. Po zgłoszeniu danego podwykonawcy konieczne będzie **wstrzymywanie przez niego prac przez okres do 30 dni**, bowiem w przeciwnym razie w przypadku zanegowania zgłoszonego podwykonawcy przez inwestora (zgłoszenia sprzeciwu) wykonawca (generalny wykonawca) będzie narażony na sankcje kontraktowe np. kary umowne (w tym karę umowną wymaganą np. Ustawą Prawo Zamówień Publicznych za dopuszczenie do wykonywania prac przez

podwykonawcę, którego umowa nie została zatwierdzona przez inwestora), co siłą rzeczy będzie rodziło kolejne komplikacje, a już tym bardziej wobec tego, że proponowana zmiana nie przewiduje konieczności przedkładania inwestorowi do zatwierdzenia umów z podwykonawcami robót budowlanych, mijając się w tym zakresie przepisami Ustawy Prawo zamówień publicznych). Dodatkowo ww. okres 30 dni będzie multiplikowany, gdyż rzadko się zdarza, by wykonawca (generalny wykonawca) mógł zgłosić wszystkich podwykonawców w jednym czasie.

19. Wypada także odnotować, że art. 647¹ k.c. w brzmieniu nadanym art. 1 Ustawy nie operuje pojęciem „zgody”, a jedynie „**sprzeciwu**” jako przesłanki uwolnienia się inwestora od solidarnej odpowiedzialności, wobec czego brak jest podstaw do stosowania w tym zakresie art. 63 § 1 k.c. To z kolei rodzi wątpliwości co do aspektu czasowej skuteczności sprzeciwu, (*ex nunc*, czy *ex tunc*). W szczególności wypada postawić pytanie, **czy sprzeciw działa ze skutkiem wstecznym, a zatem odnosi się do prac wykonanych przez podwykonawcę po zgłoszeniu, a przed oświadczeniem sprzeciwu?** Kwestia ta ma znaczenie zwłaszcza dla sygnalizowanych wyżej kar umownych zastrzeganych przez inwestorów za posługiwanie się przez wykonawców (generalnych wykonawców) podwykonawcami bez zatwierdzonych umów.
20. Ponadto, nowy art. 647¹ k.c. nie daje jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, **czy w przypadku, gdy inwestor ostatecznie nie zgłosi sprzeciwu, a w okresie 30 dni podwykonawca przystąpi do wykonywania robót, to będzie można uznać, że wykonawca (podwykonawca) posługiwał się w tym okresie „niezatwierdzonym” podwykonawcą** (którego umowa nie została zatwierdzona)? O „definitywnym” zatwierdzeniu można bowiem mówić dopiero po upływie przedmiotowego terminu. Choć wyrażone w Uzasadnieniu stanowisko, iż mamy do czynienia z „domnianiem” zgody, skłania do udzielenia odpowiedzi negatywnej, to jednak art. 647¹ k.c. w nowym brzmieniu – wbrew wymogom poprawności legislacyjnej – nie jest w tym zakresie precyzyjny i nie rozstrzyga tej kwestii.

SPRZECIW

21. Jak była o tym mowa, nowy art. 647¹ k.c. przewiduje, iż co do zasady inwestor będzie ponosił odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy, o ile nie wniesie skutecznie sprzeciwu (§ 1). Jakkolwiek wydaje się, że skuteczność sprzeciwu jest uzależniona od jego doręczenia tak wykonawcy, jak i podwykonawcy, a doręczenie tylko jednemu z nich czyni sprzeciw nieskutecznym, **to jednak wątpliwości budzi charakter 30-dniowego terminu i sankcje związane z jego niedotrzymaniem przez inwestora.** Ustawodawca nie określa bowiem, czy po upływie 30 dni uprawnienie inwestora do zgłoszenia sprzeciwu wygasa oraz tego, czy po tym terminie należy przyjmować fikcję braku sprzeciwu. Wskazać także należy na niespójność konstrukcji tego przepisu – z jednej strony ma on służyć, jak należy mniemać, powstaniu bądź nie powstaniu odpowiedzialności solidarnej po stronie Inwestora (w tym drugim wariantcie – w przypadku wniesienia przez niego sprzeciwu), z drugiej zaś przepis

stanowi, iż sprzeciw dotyczy „*wykonywania tych robót przez podwykonawcę*”, co należy odczytywać tak, że sprzeciw nie będzie oznaczać braku zgody na finansowe warunki współpracy z danym podwykonawcą, ale będzie sprzeciwem na generalne dopuszczenie tego podwykonawcy do realizacji robót, co stanowić będzie ograniczenie związane z art. 474 k.c., a to chyba nie jest celem tego uregulowania.

OZNACZENIE ZAKRESU ROBÓT PODWYKONAWCY W UMOWIE MIĘDZY INWESTOREM I WYKONAWCĄ

22. Jak wynika z § 2 nowego art. 647¹ k.c., a co potwierdza Uzasadnienie (s. 45-46), szczegółowy przedmiot robót budowlanych wykonywanych przez oznaczonego podwykonawcę może być oznaczony w odrębnej umowie, zawartej już w trakcie realizacji umowy głównej. O ile nie będzie to aneks do umowy głównej, będziemy mieli do czynienia z odrębną umową, stanowiącą *de facto* umowę o odpowiedzialność, w każdym razie - stanowiącą warunek *sine qua non* powstania solidarnej odpowiedzialności inwestora. Rozwiązanie to budzi wątpliwości przede wszystkim w odniesieniu do reżimu zamówień publicznych, a mianowicie **podstawy prawnej, w oparciu o którą publiczni zamawiająca mieliby zawierać takie umowy, bez jednoczesnego ich narażania się na naruszenie przepisów Ustawy Prawo Zamówień Publicznych lub dyscypliny finansów publicznych.** Można mieć bowiem uzasadnioną wątpliwość, czy w przypadku takiej odrębnej umowy (o odpowiedzialność) nie będzie ona wykraczała poza zakres przedmiotu zamówienia na gruncie przepisów ww. ustaw.

BRAK WYMAGU FORMY PISEMNEJ POD RYGOREM NIEWAŻNOŚCI DLA UMÓW ZAWIERANYCH PRZEZ WYKONAWCÓW (GENERALNYCH WYKONAWCÓW) Z PODWYKONAWCAMI ORAZ PRZEZ PODWYKONAWCÓW Z DALSZYMI PODWYKONAWCAMI

23. Jednoznacznie negatywnie ocenić należy rezygnację z wymogu formy pisemnej umowy pod rygorem nieważności dla umów pomiędzy wykonawcą (generalnym wykonawcą), a podwykonawcą oraz podwykonawcą i dalszym podwykonawcą (brak odpowiednika obecnie obowiązującego przepisu § 4 - por. s. 48 Uzasadnienia). Jest to tym bardziej niezrozumiałe, że sami projektodawcy dostrzegają, iż forma ta „**zwiększa pewność co do treści postanowień uzgodnionych przez strony i znacznie ogranicza trudności dowodowe w ewentualnym procesie sądowym**” (Uzasadnienie, s. 48 *in fine*). Niespełna 14 lat obowiązywania art. 647¹ k.c. w obecnym brzmieniu dowiodło niewątpliwych korzyści wynikających z wprowadzenia formy pisemnej pod rygorem nieważności, do których należy zaliczyć zwłaszcza pewność obrotu w relacjach z podwykonawcami, eliminowanie nadużyć i ułatwienia na płaszczyźnie procesowej. Co istotne, projektodawcy w żaden sposób nie uzasadnili rezygnacji z dotychczas funkcjonującego rozwiązania, a w szczególności nie wskazali potrzeby oraz przyczyn dokonania korekty legislacyjnej, jak również obranego kierunku nowelizacji w omawianym zakresie.
24. Należy wyrazić głębokie obawy o praktyczne konsekwencje wprowadzenie tej zmiany. Obecnie obowiązujący wymóg formy pisemnej umowy pod rygorem nieważności dla wszelkich umów

zawieranych z podwykonawcami powoduje, iż wszelkie roszczenia o wynagrodzenie dochodzone przez podwykonawców i dalszych podwykonawców solidarnie od inwestorów i wykonawców (generalnych wykonawców) winny wynikać z umowy zawartej we wspomnianej formie. Rezygnacja z wymogu dochowania tej formy naraża inwestorów, a przede wszystkim wykonawców (generalnych wykonawców) na ryzyko dochodzenia przez podwykonawców i dalszych podwykonawców roszczeń o wynagrodzenie opartych na innych dokumentach niż umowa (np. faktury wystawione jednostronnie przez podwykonawców w relacjach między nimi). Komentowana zmiana otwiera pole do ewentualnych nadużyć ze strony podwykonawców i dalszych podwykonawców, konsekwencją których będzie wzrost ilości procesów sądowych, w tym także z udziałem inwestorów - jako potencjalnych dłużników solidarnych.

OGRANICZENIE ODPOWIEDZIALNOŚCI INWESTORA DO „WYNAGRODZENIA NALEŻNEGO WYKONAWCY”

25. Nowy art. 647¹ § 3 stanowi: *„Inwestor ponosi odpowiedzialność za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia w wysokości ustalonej w umowie między podwykonawcą a wykonawcą, chyba że ta wysokość przekracza wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy za roboty budowlane, których szczegółowy przedmiot wynika odpowiednio ze zgłoszenia albo z umowy, o których mowa w § 1 albo 2. W takim przypadku odpowiedzialność inwestora za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia jest ograniczona do wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy za roboty budowlane, których szczegółowy przedmiot wynika odpowiednio ze zgłoszenia albo z umowy, o których mowa w § 1 albo 2”*. W ocenie PZPB, także i ta regulacja nasuwa poważne wątpliwości.
26. Odpowiedzialność inwestora powinna być ograniczona do wysokości wynagrodzenia za dane prace (powierzone podwykonawcy) ustalonej w umowie między inwestorem, a wykonawcą (generalnym wykonawcą). Chodzi zatem o ograniczenie kwotowe obowiązujące bez względu na dokonywane stopniowe wypłaty tego wynagrodzenia. Tymczasem posłużenie się sformułowaniem *„do wysokości wynagrodzenie należnego wykonawcy za roboty budowlane”* powierzone danemu podwykonawcy skłaniać może do uznania, iż z chwilą wypłaty przez inwestora na rzecz wykonawcy części lub całości wynagrodzenia za te prace odpowiedzialność solidarna inwestora odpowiednio ulega ograniczeniu lub wręcz wygasa (brak wówczas *„należnego wykonawcy wynagrodzenia”*). Powstaje także dalsza wątpliwość, czy chodzi o wynagrodzenia należne w chwili zgłoszenia danego podwykonawcy, upływu terminu 30 dni na sprzeciw, czy też w chwili wystąpienia przez podwykonawcę z roszczeniem wobec inwestora. Brak precyzji w tym przepisie będzie rodził kolejne spory interpretacyjne i doprowadzi do wydłużenia czasu dochodzenia roszczeń przez podwykonawców (wbrew celowi Ustawy). Kolejna wątpliwość powstaje wówczas, gdy przyjmiemy za podstawę oceny ustalone w umowie pomiędzy inwestorem a wykonawcą (generalnym wykonawcą) wynagrodzenie ryczałtowe, które nie będzie zawierać jego *„rozbicia”* na wynagrodzenia za poszczególne rodzaje robót. Nasuwa się pytanie – wedle jakich kryteriów oceniany będzie wtedy limit wynagrodzenia dla poszczególnych podwykonawców?



BRAK SPÓJNOŚCI POMIĘDZY PRZEPISAMI K.C. ORAZ USTAWĄ PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

27. Ustawa przewiduje nowelizację przepisu art. 143c ust. 8 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych, wedle którego: „*Do solidarnej odpowiedzialności zamawiającego, wykonawcy, podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy z tytułu wykonanych robót budowlanych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*”.

Tymczasem przepisy art. 143a-143d Ustawy Prawo Zamówień Publicznych zawierają szereg regulacji szczególnych względem art. 647¹ k.c. w odniesieniu do „zatrudniania” podwykonawców, znacznie odbierających od rozwiązań, które mają zostać wprowadzone art. 1 Ustawy. Będzie to prowadziło do powstania swoistej „hybrydy” regulacji w zakresie solidarnej odpowiedzialności inwestora w reżimie zamówień publicznych, przy czym sam projektodawca w Uzasadnieniu nie jest w stanie odpowiedzieć, w jakim stopniu nowy art. 647¹ k.c. wpłynie na regulacje Ustawy Prawo Zamówień Publicznych. W obecnym stanie prawnym można mówić o pewnej koherencji pomiędzy art. 647¹ k.c., a ww. przepisami Ustawy Prawo Zamówień Publicznych. W sytuacji zaś, gdy ten pierwszy zostaje poddany gruntownej zmianie, pozostawienie bez zmian przepisów Ustawy Prawo Zamówień Publicznych może prowadzić do poważnych trudności interpretacyjnych, przekładając się na aspekt praktyczny realizacji umów zawieranych w oparciu o Ustawę Prawo Zamówień Publicznych.

28. Należy wskazać na następujące przykłady braku spójności między nowym art. 647¹ k.c., a art. 143a-143d Ustawy Prawo Zamówień Publicznych: **(i)** na gruncie Ustawy Prawo Zamówień Publicznych zgoda inwestora na zawarcie umowy z podwykonawcą nie jest domniemywana *a priori* (odmiennie art. 1 Ustawy - s. 45-46 Uzasadnienia), **(ii)** wymagane jest przedłożenie projektu umowy z podwykonawcą (odmiennie niż na gruncie nowego art. 647¹ k.c.), **(iii)** Ustawa Prawo Zamówień Publicznych posługuje się pojęciami „zastrzeżeń” i „sprzeciwu”, a także **(iv)** utrzymuje instytucję (fikcję) tzw. milczącej zgody. Te kilka przykładów dowodzi, że rozstrzygnięcie, w jakim zakresie nowy art. 647¹ k.c. uzupełnia ww. regulacje Ustawy Prawo Zamówień Publicznych, jawi się jako wysoce problematyczne i może uwikłać zamawiających publicznych w wieloletnie i skomplikowane procesy sądowe.

Jan Styliński

Prof. dr hab. Przemysław Drapała

prezes zarządu

Przewodniczący Grupy Ekspertkiej PZPB ds.
legislacyjno - prawnych



POLSKI ZWIĄZEK
PRACODAWCÓW BUDOWNICTWA