

Warszawa, dnia 20 grudnia 2002 r.

Opinia prawna
do poselskiego projektu ustawy o gwarancji płatności budowlanych (druk
sejmowy nr 452 - wersja sprawozdanie podkomisji).

Część I - uwagi wstępne

W projekcie używa się pojęć „wykonawca robót budowlanych” oraz „zamawiający”. W kodeksie cywilnym w art. 647 używa się pojęć „wykonawcy” i „inwestora”. Domniemuje się racjonalność ustawodawcy (w tym przypadku projektodawcy), należy więc zakładać, że przez użycie niekodeksowych pojęć projektodawca zamierza inaczej określić krąg podmiotów uprawnionych i zobowiązanych. W obrocie gospodarczym przy wykonywaniu robót budowlanych występują co najmniej następujące podmioty (wyliczenie nie jest wyczerpujące);

- inwestor,
- inwestor zastępczy,
- generalny wykonawca,
- wykonawca,
- podwykonawca.

Zgodnie z art. 4 projektu wykonawca robót budowlanych może żądać gwarancji

od zamawiającego. Dla wykonawcy albo generalnego wykonawcy zamawiającym jest inwestor albo inwestor zastępczy. Dla podwykonawcy zamawiającym jest generalny wykonawca albo wykonawca. Oznacza to, że podwykonawca może żądać gwarancji od wykonawcy bądź generalnego wykonawcy, a wykonawca albo generalny wykonawca od inwestora albo od inwestora zastępczego.

Takie rozumienie przepisów projektu oznacza, że w niektórych przypadkach procedura wydawania gwarancji może być bardzo długa, co rozwinę dalej omawiając kwestię proporcjonalności.

Być może jednak przez „zamawiającego” projektodawca rozumie wyłącznie „inwestora”, a przez „wykonawcę” jedynie wykonawcę bezpośredniego wykonującego obiekt na podstawie umowy zawartej z inwestorem, ale już nie podwykonawców. Za takim rozumieniem tego pojęcia przemawia sformułowanie użyte w art. 5 ust. 1 projektu, gdzie mowa o oddaniu obiektu zamawiającemu. Podwykonawca na ogół nie oddaje obiektu a jedynie wykonane przez siebie dzieło, wykonane roboty elektryczne, posadzki, przyłącza itp.. Wątpliwości co do intencji projektodawcy nie byłoby, gdyby w art. 5 ust. 1 użyto sformułowania „oddania obiektu albo robót zamawiającemu”.

Redakcja jak w projekcie sprawia, że nie jest całkiem jasne, kto jest uprawniony do żądania gwarancji.

Część II uwagi co do zgodności z Konstytucją.

Projekt w art. 4 ogranicza wolność prowadzenia działalności gospodarczej, bo nakłada na zamawiających obowiązek uzyskania gwarancji płatności. Zgodnie z art. 22 Konstytucji RP ograniczenie wolności prowadzenia działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Należy więc ocenić, czy interes chroniony ustawą jest interesem publicznym i czy ten interes publiczny jest na tyle ważny, że uzasadnia ograniczenie wolności prowadzenia działalności gospodarczej.

Wydaje się nie budzić wątpliwości, że terminowe płacenie należności w obrocie gospodarczym jest dobrem publicznym. Odpowiedź na drugie pytanie jest bardziej skomplikowana i wymaga ustalenia;

- 1) czy ograniczenia nałożone projektem są niezbędne z punktu widzenia postawionego celu ?,

- 2) czy korzyści odnoszone przez podmioty chronione są proporcjonalne do obciążeń ponoszonych przez podmioty zobowiązane ?
- 3) czy przyjęte przez ustawodawcę (w tym przypadku przez projektodawcę) rozwiązania są skuteczne, czy prowadzą do zamierzonego celu ?

Ad 1) Udowodnienie niezbędności proponowanych rozwiązań spoczywa na projektodawcy, a miejscem właściwym wydaje się uzasadnienie do projektu. Udowodnienia wymaga nie potrzeba likwidacji tzw. zatorów płatniczych ale potrzeba a nawet niezbędność zaproponowanego sposobu ich zlikwidowania, tj. niezbędność wprowadzenia gwarancji płatności. Projektodawca powinien przekonać, że bez wprowadzenia gwarancji osiągnięcie celu jest niemożliwe albo nadmiernie utrudnione.

Wydaje się, że dla oceny niezbędności proponowanych rozwiązań przydatna byłaby pogłębiona analiza przyczyn powstawania zatorów płatniczych. Być może zakres takiej analizy należałoby poszerzyć i ustalić przyczyny nie tylko powstawania zatorów płatniczych, ale ustalić przyczyny braku płynności finansowej wielu wykonawców budowlanych. Przyczynami tymi wydają się być; spowolnienie rozwoju gospodarczego, mała efektywność wymiaru sprawiedliwości, brak dyscypliny w wydatkowaniu środków publicznych, niewielka różnica pomiędzy odsetkami ustawowymi a oprocentowaniem kredytu, zasady ustalania podatku VAT i PDOP. Jeżeli tak jest, to należałoby szukać sposobów na poprawienie pracy sądów i komorników, poprawienie dyscypliny wydatkowania środków publicznych, należałoby ponownie przeanalizować zasadność stosowania zasady memoriałowej przy ustalaniu zobowiązań podatkowych. Nie ma też przeszkód w podwyższeniu odsetek ustawowych tak, aby zaleganie z płatnościami stało się nieopłacalne. Można też sięgnąć po dobrowolne rozwiązania jakim jest upowszechnienie umów faktoringu.

Sądzę, że konieczność ograniczenia wolności prowadzenia działalności gospodarczej w sposób zaproponowany w projekcie nie została w dostatecznym stopniu uzasadniona i budzi wątpliwości.

Ad 2) Korzyści finansowe odnoszone przez ogół wykonawców z gwarancji płatności mogą być bardzo łatwo zmniejszone albo nawet zlikwidowane przez odpowiednią redakcją umów. Wystarczy w umowie powiększyć kaucję gwarancyjną, która składa wykonawca. Dotyczy to zwłaszcza drobnych przedsiębiorców, których nie

stać na dobrą obsługę prawną ani na długie negocjowanie umowy. Korzyści dla pojedynczego wykonawcy wydają się bardziej realne. W przypadku skorzystania z gwarancji płatności jego wynagrodzenie ulegnie co prawda zmniejszeniu ale będzie pewne.

Po stronie obciążeń, po stronie kosztów projektowanej regulacji trzeba zauważyć wzrost kosztów inwestycji. Będzie on równy kosztom udzielonych gwarancji albo nawet od nich większy, a zgodnie z art. 4 ust. 4 projektu koszty udzielenia gwarancji mogą być większe niż 2% kosztów inwestycji określonych w umowie lub umowach z wykonawcą. Po stronie obciążeń należy też zapisać możliwość wystąpienia przedłużenia wykonywania inwestycji spowodowanego żądaniami gwarancji. Zilustruję to krótkim przykładem. Jeżeli wykonawca układający glazurę zażąda gwarancji zapłaty od wykonawcy budynku, to bank A, przed udzieleniem gwarancji podwykonawcy, zażąda zapewne uprzedniego udzielenia gwarancji dla wykonawcy całego budynku, a tej często udzielać będzie inny bank, bank B. Bank B przed udzieleniem kolejnej gwarancji będzie chciał sprawdzić kondycję finansową inwestora zastępczego i inwestora, co w niektórych przypadkach może być bardzo trudne i czasochłonne. Do czasu uzyskania gwarancji wykonawcy będą mogli powstrzymać się od wykonywania robót. Zapewne będą też i takie nieliczne przypadki, że inwestor będący dobrym klientem banku załatwi gwarancję w ciągu jednego dnia. Jeżeli natomiast inwestor będzie należał do sfery finansów publicznych, to mogą powstać trudności z uzyskaniem gwarancji. Np. w budżecie przewidziano kwotę 50 milionów zł. na budowę obiektu, a wykonawca zgodnie z art. 4 ust. 1 domaga się gwarancji w wysokości 55 milionów. Na jakiej podstawie bank miałby dać gwarancję na 55 milionów skoro wiadomo, że inwestorowi nie wolno wydać więcej niż 50 ?

Nie można nie zauważyć, że banki nie mają obowiązku udzielania gwarancji. Żądanie przez wykonawcę gwarancji zapłaty w czasie wykonywania robót może postawić zamawiającego w bardzo trudnej sytuacji także wobec banku, bo on musi uzyskać gwarancję, a bank nie musi jej wydać.

Projektowane rozwiązanie wprowadza niepewność co do stosunku prawnego łączącego strony umowy. Pomimo prawidłowo zawartej umowy zamawiający do końca trwania robót nie będzie wiedział jaki jest zakres jego obowiązków wobec wykonawcy, nie będzie też miał pewności co do kosztów budowy. Sądzę, że pewność prawa, w tym przypadku prawa umownego, jest wartością godną ochrony. Z

punktu widzenia pewności prawa lepszym rozwiązaniem byłoby wprowadzenie gwarancji obowiązkowej.

Na gruncie przepisów ustawy możliwe są też różnego rodzaju nadużycia. Zgodnie z art. 4 ust. 1 projektu żądanie gwarancji zapłaty nie jest uzależnione od terminu ani okoliczności. Możliwa jest więc sytuacja, że wykonawca, któremu w terminie zapłacono już za 95 % wykonanych przez niego robót zażąda gwarancji zapłaty na pozostałe 5%. Rzeczywistą przyczyną wystąpienia z żądaniem gwarancji zapłaty będzie nie obawa o otrzymanie reszty wynagrodzenia, ale niska jakość wykonanych przez wykonawcę prac i zamiar zmuszenia zamawiającego do ich przyjęcia.

Kolejne pole do nadużyć daje art. 5 projektu. Zgodnie z tym przepisem termin uzyskania gwarancji określa wykonawca. Nie jest on zobowiązany brać pod uwagę sytuacji zamawiającego. Może więc, wzięwszy uprzednio znakomitą większość umówionego wynagrodzenia, wyznaczyć krótki termin na dostarczenie mu gwarancji płatności i bardzo krótki termin dodatkowy, o którym mowa w ust. 2 i po ich upływie odstąpić od umowy, a wszystko po to, żeby uniknąć konieczności usuwania usterek. Zaproponowane rozwiązanie wydaje się szczególnie niebezpieczne w przypadku wykonywania robót budowlanych o dużym stopniu specjalizacji, gdy liczba potencjalnych ich wykonawców jest niewielka, a także w przypadku robót wykonywanych na rzecz małych przedsiębiorców. Często finansują oni inwestycje z bieżących dochodów i nie mają wyrobionej tzw. wiarygodności kredytowej. Z kolei niewielka kwota gwarancji zapłaty i, co za tym idzie, niewielki zarobek banku może powodować, że bank nie będzie zainteresowany w udzieleniu gwarancji.

Sądzę, że żądanie gwarancji zapłaty powinno być uzależnione od okoliczności, np. od niezapłacenia przez zamawiającego którejś z części wynagrodzenia w umówionym terminie. Rozwiązania zaproponowane w projekcie nie czynią, moim zdaniem, zadość wymogowi proporcjonalności; ryzyka i niedogodności nałożone na zamawiających będą nieproporcjonalnie duże w stosunku do korzyści odnoszonych przez wykonawców.

ad. 3) Jeżeli celem regulacji jest likwidacja albo istotne ograniczenie zatorów płatniczych w budownictwie, to zaproponowane rozwiązania mogą okazać się w miarę skuteczne. Jeżeli natomiast za cel regulacji uznać poprawę kondycji przed-

siębiorstw budowlanych, to w skuteczność proponowanych rozwiązań można wątpić.

Podsumowując rozważania co do konstytucyjności projektu należy stwierdzić, że odpowiedź na pierwsze pytanie, to jest na pytanie o niezbędność projektowanego ograniczenia wolności prowadzenia działalności gospodarczej jest negatywna. Odpowiedź na drugie pytanie, na pytanie o proporcjonalność korzyści i kosztów jest także negatywna. Odpowiedź na trzecie pytanie, na pytanie o skuteczność projektowanego rozwiązania jest w zasadzie pozytywna. Dla uznania, że projektowane rozwiązanie jest zgodne z konstytucją niezbędne są jednak pozytywne odpowiedzi na wszystkie trzy pytania. Tym samym skłaniam się do poglądu, że art. 4 projektu jest niezgodny z art. 22 Konstytucji RP.

Zgodnie z art. 5 ust. 1 i 2 wykonawca, który nie otrzymał gwarancji, może, po bezskutecznym upływie dodatkowego terminu, powstrzymać się od wykonywania robót, nie wydawać obiektu zamawiającemu i odstąpić od umowy. Nie wydawać obiektu, to znaczy zatrzymać go w swym posiadaniu. Nie jest jasne jak długo wykonawca może czynić to legalnie ?

Zaproponowane rozwiązanie może prowadzić do naruszenia prawa własności, a tym samym może być uznane za sprzeczne z art. 21 ust. 1 Konstytucji RP.

Część III - uwagi do poszczególnych przepisów projektu

Na odmienność pojęć użytych w projekcie od pojęć znanych kodeksowi cywilnemu wskazałem w części I.

1. do art. 4

Niefortunne wydaje się użycie słowa „ewentualnego” w ustępie 1. Lepsze byłoby sformułowanie „do wysokości nie zapłaconego wynagrodzenia wynikającego z umowy ...itd.”

Wadliwa jest redakcja ust. 4. Przepis dotyczy tylko tej części kosztów gwarancji zapłaty, którą wykonawca jest zobowiązany zwrócić zamawiającemu. Nie wiadomo jednak, co to jest wysokość powszechnie przyjęta, bo gwarancje zapłaty są, a raczej będą, rozwiązaniem nowym. O wysokości powszechnie przyjętej będzie można mówić dopiero po kilku latach stosowania ustawy.

2. do art. 5

Przepis prowadzi do kolizji z art. 635 kc. Jeżeli wykonawca opóźni się z rozpoczęciem albo zakończeniem robót i jednocześnie zażąda gwarancji płatności, której nie otrzyma w terminie, to obie strony będą uprawnione do odstąpienia od umowy.

Przepis wręcz zachęca do oszustw na szkodę zamawiającego. Najprostszym wydaje się;

- w dniu 20 grudnia zażądać gwarancji zapłaty,
- termin dostarczenia gwarancji zapłaty wyznaczyć na 30 grudnia,
- 31 grudnia wyznaczyć na piśmie, tj. poprzez wpis w dzienniku budowy, dodatkowy termin na 3 stycznia roku następnego,
- 4 stycznia zejść z placu budowy i następnie żądać wynagrodzenia w trybie określonym w ust. 3

Kolejnymi dogodnymi terminami są Wielkanoc i weekend majowy. Wybranie właściwego terminu daje nieomal pewność, że zamawiający, a zwłaszcza zamawiający będący drobnym przedsiębiorcą, nie zdaży załatwić gwarancji zapłaty.

Podsumowanie.

Projekt wydaje się wadliwy. Projektodawca jakby zapomniał, że oprócz niesolidnych zamawiających w obrocie występują także niesolidni wykonawcy.

p.s. w opinii nie powtarzam uwag krytycznych zamieszczonych w stanowisku rządu i w uprzednio sporządzonych opiniach do projektu.

Sporządził: Piotr Krawczyk