

Projekt nowelizacji przepisów o gwarancji zapłaty za roboty budowlane w art. 649¹ i n. Kodeksu cywilnego

W dniu 6 lipca 2023 r. sejmowa Komisja Ochrony Środowiska, Zasobów Naturalnych i Leśnictwa pozytywnie zaopiniowała projekt ustawy o zmianie ustawy o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko oraz niektórych innych ustaw (Druk nr 3304, 3304-A z 23 maja 2023 r.). Projekt dotyczy w przeważającej mierze zagadnień z zakresu prawa administracyjnego. Znalazła się w nim jednak również zapowiedź nowelizacji art. 649¹ kodeksu cywilnego, zgodnie z którą wykonawcy umów o roboty budowlane nie będą mogli występować o udzielenie gwarancji zapłaty, gdy inwestorem jest Skarb Państwa. Projekt zawiera ponadto normę intertemporalną wyrażającą intencję nadania nowej regulacji skutku wstecznego, obejmując jej zastosowaniem „umowy o roboty budowlane zawarte przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, w odniesieniu do których wykonawca nie wystąpił z żądaniem przedstawienia gwarancji zapłaty za roboty budowlane przed tym dniem.” Proponowana nowelizacja i jej uzasadnienie nasuwają szereg wątpliwości.

Rafał Morek,
Jan Markiewicz,
Andrzej Girdwoyń

Autorzy są prawnikami kancelarii CMS

Artykuł został opublikowany na stronie SIDiR
pod adresem: <https://sidir.pl/art9102>

Art. 649¹ § 1 i n. k.c. przewidują uprawnienie wykonawcy robót budowlanych do żądania od inwestora udzielenia „gwarancji zapłaty za roboty budowlane”, w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, akredytywy bankowej lub poręczenia banku, „w celu zabezpieczenia terminowej zapłaty umówionego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych”. Projekt przewiduje wprowadzenie nowego § 1¹, wyłączającego stosowanie przepisów o gwarancji zapłaty za roboty budowlane „w przypadku, gdy inwestorem jest Skarb Państwa.” Za taką zmianą mają zgodnie z uzasadnieniem projektu przemawiać następujące argumenty.

Po pierwsze, wskazano, że art. 649¹ k.c. został wprowadzony do Kodeksu cywilnego w celu „zapobiegania negatywnym zjawiskom w gospodarce, w szczególności nieregulowania przez inwestorów i wykonawców robót budowlanych wynagrodzenia za wykonane prace”. Zdaniem projektodawców, w przypadku inwestora, jakim jest Skarb Państwa, ryzyko zaistnienia powyższego zjawiska nie występuje, bowiem Skarb Państwa jest „inwestorem wiarygodnym i dającym gwarancję wypłacalności”.

Po drugie, udzielenie wykonawcy gwarancji przez i[Non Breaking Space]wiąże się dla Skarbu Państwa z dodatkowymi kosztami. Wprawdzie bowiem art. 649¹ § 3 k.c. gwarantuje, że udokumentowane koszty zabezpieczenia wiarygodności strony ponoszą w równych częściach, to jednak „[w] praktyce koszty takie są ponoszone przez jednostkę sektora finansów publicznych, która następnie dochodzi zwrotu połowy kosztów od wykonawcy, co nie zawsze następuje szybko i czasem oznacza wieloletnie oczekiwanie na zakończeniu sporu sądowego.” W tym kontekście wyłączenie Skarbu Państwa z obowiązku udzielania gwarancji zapłaty autorzy Projektu uznali za „korzystne dla budżetu państwa”.

Po trzecie, w uzasadnieniu Projektu wskazano, że za nowelizacją art. 649¹ k.c. przemawia istnienie w polskim prawie prywatnym podobnych instrumentów zapewniających szczególną ochronę Skarbu Państwa (np. art. 749 k.p.c., który stanowi, że niedopuszczalne jest zabezpieczenie roszczeń pieniężnych przeciwko Skarbowi Państwa).

Po czwarte, wprowadzone rozwiązanie ma służyć przeciwdziałaniu dostrzeganemu przez autorów Projektu zjawisku nadużywania przez wykonawców instytucji ujętej w art. 649¹ i n. k.c. do odstępowania przez wykonawców od zawartych umów o roboty budowlane. W tym kontekście wskazano, iż „zdarzają się przypadki, że wykonawca wykorzystuje gwarancję zapłaty niezgodnie z założonym celem. Wykonawca, widząc ryzyko, że inwestor odstąpi od umowy z jego winy, np. z powodu zwłoki w realizacji, i naliczy związane z tym kary, wykorzystując instrument gwarancji zapłaty, nie tylko może uniknąć ryzyka związanego z potencjalnymi karami, ale całkowicie odwrócić sytuację. Wykonawca zamiast płacić kary, może sam mieć roszczenia finansowe wobec inwestora.”

Wskazane motywy uzasadnienia projektu nowelizacji nasuwają istotne pytania i skłaniają do uwag polemicznych.

Gwarancja zapłaty powinna chronić „zapłatę terminową”, a gwarancja wypłacalności nie oznacza gwarancji zapłaty

O ile trudno polemizować z tezą, że Skarb Państwa jest „inwestorem wiarygodnym i dającym gwarancję wypłacalności”, to można kwestionować, czy w kontekście umawianej instytucji jest ona właściwie postawiona. Doświadczenie uczy bowiem, że „gwarancja wypłacalności” nie zawsze oznacza „gwarancję zapłaty”, zwłaszcza „terminowej”. Pytanie zaś, „kiedy” nastąpi zapłata, okazuje się w praktyce dla przedsiębiorców budowlanych nie mniej istotne od tego, „czy” w ogóle nastąpi.

Ciągłość i płynność finansowania (tzw. *cashflow*) jest kluczowa dla funkcjonowania przedsiębiorstw budowlanych. Produkcja budowlana jest kapitałochłonna, a bezzasadne byłoby

oczekiwanie, że wykonawcy będą finansować cudze inwestycje w toku ich realizacji ze środków własnych. Inwestycja wymaga bieżącego zasilania środkami pieniężnymi przez samego inwestora. Gwarancja zapłaty za roboty budowlane zabezpiecza dlatego nie tylko samą zapłatę umówionego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych, lecz także jej „terminowość”. Wynika to *verbis legis* z art. 649¹ § 1 k.c., zgodnie z którym gwarancja zapłaty ma chronić „terminową zapłatę umówionego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych”.

Warto przypomnieć, że motyw gwarancji terminowości zapłaty był istotnym elementem *ratio legis* ustawy z dnia 8 stycznia 2010 r., na mocy której przepisy o gwarancji zapłaty znalazły się w Kodeksie cywilnym. Podstawą tej nowelizacji stał się wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 27 listopada 2006 r., K 47/04, w który uznano za niezgodne z Konstytucją przepisy ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane (Dz.U. Nr 180, poz. 1758). Uzasadnienie projektu, nad którym pracuje obecnie Sejm, w ogóle się do tego orzeczenia nie odwołuje. Stawia to pod znakiem zapytania zgodność projektu z określonymi wówczas przez Trybunał standardami oceny konstytucyjności przepisów o gwarancji zapłaty za roboty budowlane.

Zaproponowane w projekcie wyłączenie możliwości żądania udzielenia gwarancji zapłaty przez Skarb Państwa jako inwestora pogorszy sytuację wykonawców, niezależnie od – przyjmowanego niezmiennie od lat – aksjomatu wypłacalności Skarbu Państwa. Jeżeli Skarb Państwa jako inwestor z jakichkolwiek przyczyn odmówi dokonania zapłaty – np. powołując się na potrącenie wynagrodzenia wykonawcy z karami umownymi lub wierzytelnościami wzajemnymi (które mogą być sporne) – wykonawca straci nadzieję na otrzymanie swojej należności w inny sposób niż na koniec wieloletniego procesu sądowego. Koszty wykonanych a nieopłaconych prac będą przez ten czas obciążać wykonawcę. Jakkolwiek w razie wygranej procesu wykonawca może liczyć na odsetki za opóźnienie, to częstokroć nie kompensują one rozmaitych negatywnych następstw zakłócenia przepływów pieniężnych. Zatory płatnicze mogą prowadzić do „reakcji łańcuchowych”, a nawet wywoływać fale upadłości przedsiębiorców (na co trafnie zwracała uwagę m.in. Najwyższa Izba Kontroli w raporcie pt. „Zabezpieczenie interesu Skarbu Państwa i podwykonawców w umowach na realizację inwestycji drogowych prowadzonych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad” z 2018 r.).

Teza o konieczności zwalczania zjawiska nadużywania gwarancji zapłaty za pomocą zmian legislacyjnych jest wątpliwa

Z uzasadnienia projektu wynika, że nowelizacja ma na celu przeciwdziałanie zjawisku „nadużywania” przez wykonawców instytucji z art. 649¹ k.c., tj. posługiwania się żądaniem ustanowienia gwarancji zapłaty jako orężem w sporze z inwestorem, w tym wykorzystywaniem nieotrzymania wymaganej gwarancji jako podstawy do odstąpienia od umowy.

Twierdzenie o zjawisku nadużywania prawa i konieczności jego zwalczania w drodze interwencji ustawodawcy nie wydaje się

zasadne. *Po pierwsze*, nie zostało potwierdzone jakimikolwiek danymi empirycznymi, badaniami czy chociażby orzecznictwem sądowym. *Po drugie*, udzielenie gwarancji zapłaty z art. 649¹ § 1 k.c. nie jest dla wykonawcy bezpłatne. Koszty ustanowienia gwarancji są jednym z powodów, dla których wielu wykonawców rezygnuje z korzystania z tego instrumentu. *Po trzecie*, samo wystąpienie wykonawcy do inwestora o udzielenie mu gwarancji zapłaty nie daje podstawy do odstąpienia od Umowy. Podstawa taka pojawia się dopiero wówczas, gdy inwestor nie dostarczy wykonawcy gwarancji w terminie (nie krótszym niż 45 dni) lub też, gdy dostarczona gwarancja nie spełnia wymagań ustawowych. Innymi słowy, to w gruncie rzeczy od inwestora zależy, czy brak należytej reakcji na żądanie udzielenia gwarancji zapłaty nie spowoduje powstania po stronie wykonawcy podstawy do odstąpienia od umowy. *Po czwarte*, trudno traktować w kategoriach „nadużycia” skorzystanie przez wykonawcę z uprawnień, które wynika ex lege na wypadek niewykonania ustawowego obowiązku przez inwestora. W rzadkich zaś sytuacjach, gdy zachowanie wykonawcy jest sprzeczne z zasadą „czystych rąk”, przybiera charakter szykany lub innego działania, których żądanie gwarancji zapłaty odrywa się od przeznaczenia tej instytucji, inwestor – Skarb Państwa może z powodzeniem poszukiwać ochrony na drodze sądowej, za pomocą istniejących instytucji, takich jak art. 5 k.c.

Zasada równego traktowania podmiotów prawa cywilnego

Projekt deklaruje, że proponowana nowelizacja „nie narusza równości wobec prawa”. Jego uzasadnienie bynajmniej nie rozwiewa jednak wątpliwości co do zgodności proponowanego rozwiązania z zasadą równego traktowania podmiotów prawa cywilnego.

Przepisy kodeksu cywilnego dotyczące umowy o roboty budowlane nie różnicują de lege lata praw i obowiązków stron na podstawie kryterium podmiotowych. Wykonawca może żądać gwarancji zapłaty – *lege non distinguente* – zarówno od prywatnych jak i publicznych inwestorów. Odpowiednio, obowiązek przedłożenia gwarancji zapłaty na żądanie wykonawcy obciąża tak samo wszystkich inwestorów. Projektowana nowelizacja ma zmienić ten stan stawiając Skarb Państwa w lepszej sytuacji niż wszystkich innych inwestorów – zarówno publicznych jak i prywatnych.

Projektodawcy nie kryją, że uzasadnieniem nowelizacji jest ochrona interesów fiskalnych Skarbu Państwa, który nie będzie zobowiązany ponosić części kosztów ustanowienia gwarancji (rozwiązanie ma być „korzystne dla budżetu państwa”), czy ochrona Skarbu Państwa przed ryzykiem odstąpienia wykonawcy od umowy (z zastrzeżeniem, że proponowane rozwiązanie legislacyjne niekoniecznie realnie niweluje to ryzyko).

Nasuwa się jednak pytanie, dlaczego beneficjentem tych (czy to realnych, czy domniemanych) korzyści nie miałyby być oprócz Skarbu Państwa także jednostki samorządu terytorialnego, czy inne podmioty, które ze Skarbem Państwa dzielą przymiot zagwarantowanej prawem wypłacalności (art. 6 Prawa

upadłościowego) mający uzasadniać preferencyjne traktowanie Skarbu Państwa jako inwestora na gruncie art. 649¹ § 1 k.c.?

Trudno też doszukać się solidnych podstaw różnicowania sytuacji Skarbu Państwa i innych państwowych osób prawnych (art. 44¹ § 1 k.c.), a nawet spółek, które Skarb Państwa kontroluje jako akcjonariusz lub wspólnik. O ile bowiem wyłączenie zdolności upadłościowej w art. 6 Prawa upadłościowego nie obejmuje np. spółek Skarbu Państwa o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa narodowego, to z perspektywy uczestników obrotu takie podmioty nie podlegają ryzyku upadłości w stopniu równym, co podmioty prywatne. Można dlatego wyobrazić sobie kwestionowanie żądań udzielenia gwarancji zapłaty w odniesieniu do umów o roboty budowlane zawartych przez takich inwestorów.

Wreszcie, zgodnie z art. 649⁵ k.c., art. 649¹-649⁴ k.c. stosuje się do umów zawartych między wykonawcą (generalnym wykonawcą) a dalszymi wykonawcami (podwykonawcami). Projekt nie odpowiada wprost na pytanie, w jaki sposób uprzywilejowanie Skarbu Państwa wpłynie na stosunki prawne między generalnym wykonawcą a podwykonawcami. Czy wykonawca – pozbawiony możliwości uzyskania gwarancji zapłaty od Skarbu Państwa – sam nadal będzie obowiązany ustanowić analogiczne gwarancje na rzecz dalszych wykonawców? Motywy uzasadnienia skłaniają do udzielenia na tak postawione pytanie odpowiedzi pozytywnej, lecz zagadnienie to budzi wątpliwości, które mogą długo czekać na rozstrzygnięcie w orzecznictwie.

Zmiana rozkładu ryzyka i równowagi kontraktowej w odniesieniu do umów w trakcie realizacji

Zagadnienia związane z gwarancjami terminowej zapłaty wynagrodzenia stanowią istotny element oceny ryzyka kontraktowego związanego z realizacją inwestycji. Projekt nowelizacji budzi dlatego dodatkowe zastrzeżenia m.in. z perspektywy norm intertemporalnych. Odjęcie wykonawcy uprawnień do żądania gwarancji zapłaty – już w toku realizacji zamówienia – doprowadzi do nieprzewidywanej przez strony przy zawieraniu umowy ingerencji ustawodawcy w treść stosunku zobowiązaniowego, a w rezultacie – do naruszenia istniejącej, konsensualnie ukształtowanej, równowagi kontraktowej między wykonawcą i zamawiającym. Innymi słowy, dla wykonawcy, który ma zostać pozbawiony możliwości uzyskania gwarancji zapłaty już po zawarciu umowy, taka zmiana nie ma charakteru neutralnego, również w wymiarze ekonomicznym.

To właśnie moment zawarcia umowy (a w niektórych przypadkach – złożenia wiążącej oferty czy otwarcia ofert), a nie data wystąpienia z żądaniem ustanowienia gwarancji zapłaty (jak przewiduje projekt), powinien być uznany za miarodajny z punktu widzenia oceny respektowania zasady nieretroakcji prawa cywilnego wyrażonej m.in. w art. 3 k.c. Pozbawiony gwarancji zapłaty wykonawca mógłby oferty w ogóle nie złożyć albo złożyć ją z inną ceną ofertową.

Niezależnie od wątpliwości dotyczących „retroaktywności” proponowanej nowelizacji, budzi ona zastrzeżenia natury ekonomicznej *pro futuro*. Ocena ryzyka kontraktowego przekłada

się na wycenę i wartość ofert składanych przez potencjalnych wykonawców. Jak wiadomo, ryzyko „podbija” cenę. Pogarszając *ex lege* sytuację wykonawców wobec Skarbu Państwa, nowelizacja może ograniczać ich „apetyt” na obieganie się o zamówienia skarbowe, doprowadzić do zwiększenia cen ofertowych i skłaniać do poszukiwania możliwości ubiegania się o realizację zamówień innych inwestorów.

Ratio legis i skutki

Argumenty przedstawione w uzasadnieniu projektu nowelizacji art. 649¹ k.c. budzą szereg wątpliwości i zastrzeżeń. Motywy te w niepełny sposób przedstawiają ratio legis wprowadzenia instytucji gwarancji zapłaty za roboty budowlane do Kodeksu cywilnego w 2010 r. W projekcie przyjęto mianowicie, że celem instytucji określonej w art. 649¹-649⁴ k.c. jest ochrona wykonawcy (i odpowiednio podwykonawców) przed niewypłacalnością inwestora. Pominięto tym samym ważny motyw regulacyjny, zgodnie z którym omawiane przepisy mają chronić wykonawców również przed nieterminowym realizowaniem płatności przez inwestorów albo nierealizowaniem takich płatności w ogóle i zmuszaniem kontrahentów do wieloletniego upominania się o swoje wierzytelności na drodze sądowej.

Niepełne zrekonstruowanie celu instytucji gwarancji zapłaty skutkowało przyjęciem nietrafnego założenia, że jeśli w kontekście robót budowlanych realizowanych na rzecz Skarbu Państwa nie występuje ryzyko niewypłacalności inwestora, to nigdy nie zaistnieją powody, by wykonawca występował względem takiego inwestora z żądaniem zapłaty. Kolejnym elementem tego wadliwego rozumowania było przyjęcie, że skoro obecnie w obrocie prawnym wykonawcy występują przeciwko i[*Non Breaking Space*]o udzielenie gwarancji zapłaty, to – w świetle „braku” realnych przesłanek występowania z takimi żądaniami – żądania wykonawców stanowią li tylko instrumentalne i nieuzasadnione wykorzystanie uprawnienia przyznanego im przez ustawodawcę mocą art. 649¹ § 1 k.c. Uprawnienie takie można więc, kierując się motywami uzasadnienia projektu, odebrać wykonawcom, nie naruszając ich praw i nie zaburzając równowagi kontraktowej między wykonawcami a Skarbem Państwa.

Takie motywy proponowanej nowelizacji są wadliwe, bo oparte na nieprawidłowych założeniach. W konsekwencji, zaproponowane przepisy nie usprawnią działania nowelizowanych regulacji. Mogą natomiast stworzyć nowe problemy, z którymi będzie się mierzyć sądownictwo. Niezależnie zaś od zastrzeżeń natury prawnej, mogą skutkować zmniejszeniem podaży ze strony uczestników rynku i wyższymi ofertami w przetargach, w których inwestorem jest Skarb Państwa. W konsekwencji, zarówno prawny jak i ekonomiczny sens proponowanej nowelizacji wydaje się wątpliwy.