

Małgorzata Serwach

Pozycja prawna zamawiającego, wykonawcy oraz brokera w procesie inwestycyjnym w świetle najnowszych przepisów

W ostatnim czasie uchwalone zostały dwie nowelizacje prawa zamówień publicznych, istotne z punktu widzenia podmiotów uczestniczących w procesie inwestycyjnym, ale też brokerów ubezpieczeniowych. W szczególny sposób uregulowana została sytuacja prawna uczestników procesu inwestycyjnego oraz brokerów jako podmiotów, które uczestniczą w udzielaniu gwarancji zapłaty, opracowują postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia lub jako eksperci w zakresie ubezpieczeń uczestniczą w nowym trybie tzw. dialogu technicznego.

Autorka omawia umowę o roboty budowlane według przepisów kodeksu cywilnego oraz prawa zamówień publicznych, zwłaszcza w świetle najnowszych zmian, które weszły w życie w grudniu 2013 r. Przedstawia problematykę solidarnej odpowiedzialności zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy oraz rolę brokera w udzieleniu gwarancji zapłaty. Wskazuje na wątpliwości, jakie powstają w praktyce po wprowadzeniu omawianych rozwiązań oraz skutki najnowszych zmian prawa zamówień publicznych dla wszystkich uczestników procesu inwestycyjnego.

Słowa kluczowe: broker ubezpieczeniowy, prawo zamówień publicznych, proces inwestycyjny, solidarna odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcom, gwarancja zapłaty.

1. Uwagi wstępne

Praktyka ubezpieczeniowa dowodzi, że coraz częściej brokerzy zajmują się nie tylko pośrednictwem w zakresie zawierania umów ubezpieczenia, ale szeroko pojmowaną obsługą prawną swojego kontrahenta. W jej zakres wchodzi zarówno ocena działalności zawodowej czy gospodarczej określonego podmiotu, zarządzanie ryzykiem, consulting, jak i doradztwo prawnoubezpieczeniowe¹. Takie rozszerzenie zakresu oferowanych usług powoduje, że brokerzy zmuszeni są obecnie do sukcesywnego monitorowania zmian przepisów z zakresu ubezpieczeń, ale także z innych dziedzin prawa, stanowiska doktryny, orzecznictwa sądowego, które mogą mieć zasadnicze znaczenie dla oceny sytuacji konkretnego ubezpieczającego.

Wielu przedsiębiorców, w ramach prowadzonej działalności gospodarczej czy wykonywanych zadań, uczestniczy w procesie inwestycyjnym, organizując proces budowlany jako zamawiający lub przystępując do ogłoszonego postępowania jako potencjalny wykonawca. W ich przypadku niejednokrotnie będą

¹ Na temat zarządzania ryzykiem w poszczególnych ubezpieczeniach zob. szereg publikacji poświęconych tej problematyce (w:) *Ryzyko ubezpieczeniowe. Wybrane zagadnienia teorii i praktyki*, pod red. M. Serwach, Łódź 2013.

miały zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (p.z.p.)². Przepisy powołanej ustawy w ostatnim roku uległy zasadniczym zmianom, otwierając przed brokerami duże możliwości. Jednocześnie pretendując do roli doradcy prawnoubezpieczeniowego brokerzy muszą znać najnowsze rozwiązania ustawowe oraz wynikające z nich konsekwencje, bez tej wiedzy nie jest bowiem możliwe prawidłowe zarządzanie ryzykiem działalności ubezpieczającego.

2. Dialog techniczny

Pierwszą dość istotną z punktu widzenia brokerów ubezpieczeniowych zmianą jest wprowadzenie do prawa zamówień publicznych nowego trybu w postaci tzw. dialogu technicznego. Tryb ten ma pozwolić zamawiającemu na zasięgnięcie opinii eksperta w określonej dziedzinie, zwłaszcza gdy do przeprowadzenia prawidłowego postępowania konieczne jest uzyskanie wiadomości specjalnych. Bez wątpienia wiedza na temat ubezpieczeń ma taki specjalistyczny charakter. Zamawiający może zatem przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzić dialog techniczny, zwracając się o doradztwo lub udzielenie informacji w zakresie niezbędnym do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) lub określenia warunków konkretnej umowy. O zamiarze przeprowadzenia dialogu oraz jego przedmiocie zamawiający umieszcza informację na swojej stronie internetowej. Dialog techniczny, podobnie jak inne postępowania prowadzone w trybie zamówień publicznych, powinien być prowadzony w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie potencjalnych wykonawców oraz oferowanych przez nich rozwiązań. O przeprowadzeniu tego postępowania oraz jego wyniku zamawiający zobowiązany jest ponadto zamieścić informację w ogłoszeniu o zamówieniu, którego dotyczył dialog techniczny. Informacje te, wraz z podaniem danych podmiotów, które uczestniczyły w dialogu oraz o jego wpływie na opis przedmiotu zamówienia, SIWZ lub warunki umowy stanowią elementy protokołu.

3. Umowa o roboty budowlane w świetle przepisów kodeksu cywilnego. Gwarancja ubezpieczeniowa jako tzw. gwarancja zapłaty

Zasadnicze znaczenie mają zmiany wprowadzone 24 grudnia 2013 r. Przed ich omówieniem niezbędne jest jednak przedstawienie problematyki umowy o roboty budowlane oraz pozycji prawnej uczestników procesu budowlanego, które zainicjowały wprowadzenie zasygnalizowanej nowelizacji. Zgodnie z brzmieniem art. 647 k.c. „Przez umowę o roboty budowlane wykonawca

² Tekst jedn. Dz. U. 2013, poz. 907. Wskazane w ustawie progi nakazujące stosowanie jej przepisów z zakresu prawa zamówień publicznych do prowadzonych inwestycji są na tyle niskie, że większość z nich prowadzonych jest obecnie we wskazanym trybie. Niezależnie od tego, nawet „mały” przedsiębiorca, który uczestniczy w takim procesie inwestycyjnym, musi akceptować fakt, że pośrednio także do niego będą miały zastosowanie zasady, wynikające z prawa zamówień publicznych.

Pozycja prawna zamawiającego, wykonawcy oraz brokera w procesie inwestycyjnym

zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia”³. Umowa o roboty budowlane ma charakter umowy konsensualnej, wzajemnej, odpłatnej, a wynikające z jej treści zobowiązanie wykonawcy ma charakter zobowiązania rezultatu. Przedmiotem omawianej umowy jest obiekt, który zgodnie z jej postanowieniami ma zostać przekazany inwestorowi⁴. Kodeks cywilny nie definiuje pojęcia „obiekt”, natomiast przepisy prawa budowlanego wskazują na obiekt budowlany⁵. Zgodnie z brzmieniem art. 3 prawa budowlanego, przez obiekt budowlany należy rozumieć budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, budowlę stanowiącą całość techniczno-użytkową oraz obiekt małej architektury.

W praktyce wyróżnia się kilka wariantów umowy o roboty budowlane. Zasadnicze znaczenie przypisuje się jednak umowie o generalne wykonawstwo obiektu budowlanego, zawieranej przez inwestora z przedsiębiorstwem podejmującym się zorganizowania procesu inwestycyjnego. Najwięcej zastrzeżeń praktycznych powstaje jednak w związku z umowami o wykonanie robót budowlanych lub montażowych, zawieranych przez generalnego wykonawcę z podwykonawcami (umowa o podwykonawstwo). Kolejny rodzaj umowy o roboty budowlane stanowi umowa o wykonanie częściowe, zawierana przez inwestora z tzw. wykonawcą częściowym, co stanowi tę konsekwencję, że funkcję organizatora procesu budowlanego nadal pełni inwestor. Najbardziej rozbudowaną formę stanowi umowa o realizację inwestycji budowlanej nazywana niekiedy kontraktem „pod klucz”, w którym wykonawca przejmuje na siebie szereg obowiązków leżących po stronie inwestora, zobowiązując się do dostarczenia gotowej w pełni rozliczonej inwestycji. W nauce prawa wskazuje się dodatkowo na umowy zawierane z deweloperami oraz kontrakty o tzw. zastępstwo inwestycyjne, chociaż kluczowa z punktu widzenia prowadzonych rozważań jest umowa o podwykonawstwo, której nieprawidłowe wykonanie rodzi wiele problemów dla wszystkich uczestników procesu budowlanego.

Kodeks cywilny reguluje ponadto zasadnicze obowiązki stron umowy o roboty budowlane. Do obowiązków inwestora należą: dostarczenie wykonawcy dokumentacji projektowej, chyba że strony umówią się na model umowy nazywa-

³ Na temat umowy o roboty budowlane zob. P. Drapała, *Umowa o roboty budowlane*, PP 2003, nr 8; A. Karnicka-Kawczyńska, J. Kawczyński, *Umowa o roboty budowlane*, Pr.Sp. 1999, nr 7–8; A. Strzępka, B. Śagan, E. Zielińska, *Prawo umów budowlanych*, Warszawa 2001; J.A. Strzępka, *Umowa o roboty budowlane*, (w:) *System prawa prywatnego*, t. 7, Warszawa 2004.

⁴ Zgodnie z brzmieniem art. 658 k.c. „Przepisy umowy o roboty budowlane stosuje się odpowiednio do umowy o wykonanie remontu budynku lub budowli”. Przyjmuje się, że remont jest pojęciem węższym i obejmuje prace na istniejącym obiekcie. W znaczeniu tego pojęcia będą się mieścić także przebudowa oraz modernizacja.

⁵ Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, tekst jedn. Dz. U. 2013, poz. 1409.

ny potocznie „zaprojektuj i buduj”⁶. Zamawiający ma ponadto obowiązek przekazania lub udostępnienia placu budowy (ewentualnie maszyn i urządzeń zgodnie z postanowieniami umowy), odebrania obiektu lub wykonanych robót (tzw. odbiory częściowe) oraz zapłaty umówionego wynagrodzenia⁷. Wykonawca zobowiązany jest natomiast do sprawdzenia dostarczonej mu dokumentacji projektowej, wykonania obiektu zgodnie z projektem, zasadami wiedzy technicznej, z obowiązującymi normami i warunkami technicznymi, a następnie do zabezpieczenia placu budowy i oddania do użytku gotowego obiektu w sposób i w terminie określonym w umowie⁸.

Nie ulega wątpliwości, że podstawowym obowiązkiem inwestora jest zapłata umówionego wynagrodzenia. Wynagrodzenie to może mieć postać wynagrodzenia ryczałtowego lub kosztorysowego, od czego uzależniona jest przede wszystkim możliwość żądania zmiany jego wysokości, zwłaszcza w razie konieczności przeprowadzenia prac dodatkowych. Podyktowana doświadczeniami ostatnich inwestycji (budowa autostrad, stadionów, kwestia autostrady A2 i chińskiej firmy „K”, która opuściła plac budowy nie rozliczając się ze swoimi kontrahentami) konieczność zabezpieczenia terminowej wypłaty należności oraz rozliczenia się przez generalnego wykonawcę z podwykonawcami stała się podstawowym celem zmian przepisów, przeprowadzanych w ostatnim czasie w zakresie procesu inwestycyjnego. Pierwszym zaproponowanym przez ustawodawcę rozwiązaniem było wprowadzenie do kodeksu cywilnego tzw. gwarancji zapłaty (art. 649¹ k.c. i n.)⁹.

Gwarancją zapłaty może być gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa, a także akredytywa bankowa lub poręczenie banku, przy czym rolą brokera będzie pomoc w uzyskaniu odpowiedniej gwarancji ubezpieczeniowej (gwarancja bezwarunkowa, na pierwsze żądanie)¹⁰. Gwarancji zapłaty inwestor udziela wykonawcy (generalnemu wykonawcy) w celu zabezpieczenia terminowej zapłaty umówionego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych. Gwarancja ma jednak chronić wykonawcę i dalszych podwykonawców nie tylko przed uchYLENIEM SIĘ inwestora od zapłaty należnego im wynagrodzenia, ale też przed nieterminowością w jej realizacji. Zakres gwarancji wyznaczony jest wysokością umówionego wynagrodzenia, obejmuje zarówno wynagrodzenie określone w pierwotnej umowie, jak i wynagro-

⁶ W modelu tym wykonawca ma obowiązek dostarczenia kompletnej dokumentacji projektowej, a następnie wykonania inwestycji na jej podstawie.

⁷ W przypadku prowadzenia inwestycji przez podmioty zobowiązane do stosowania przepisów prawa zamówień publicznych, inwestor nazywany jest zamiennie zamawiającym.

⁸ Jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja, teren budowy, maszyny lub urządzenia nie nadają się do prawidłowego wykonania robót albo jeżeli zajdą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca powinien niezwłocznie zawiadomić o tym inwestora (art. 651 k.c.).

⁹ W dniu 16 kwietnia 2010 r. weszła w życie ustawa z dnia 8 stycznia 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 40, poz. 222) wprowadzająca gwarancję zapłaty. Gwarancja zapłaty polega na zobowiązaniu gwaranta do zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej beneficjentowi gwarancji, którym jest wykonawca lub dalszy wykonawca.

¹⁰ W ten sposób broker może uczestniczyć przy udzielaniu gwarancji ubezpieczeniowej jako zabezpieczenia należytego wykonania umowy o roboty budowlane oraz gwarancji ubezpieczeniowej jako gwarancji zapłaty należnego wynagrodzenia.

Pozycja prawna zamawiającego, wykonawcy oraz brokera w procesie inwestycyjnym

dzenie z tytułu robót dodatkowych¹¹. W przypadku wzrostu wynagrodzenia wykonawca może żądać udzielenia mu większej gwarancji zapłaty. Może ona polegać na zwiększeniu kwoty pierwotnie udzielonej gwarancji lub ustanowieniu nowej. Podmiotem ustanawiającym zabezpieczenie i ponoszącym wstępne koszty z tego tytułu jest inwestor; dopiero po ustaleniu globalnych kosztów zabezpieczenia ma on możliwość przedstawienia wykonawcy dokumentów potwierdzających ich wysokość wraz z żądaniem zwrotu połowy ich wysokości¹².

4. Solidarna odpowiedzialność generalnego wykonawcy oraz zamawiającego za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcom

Praktyka procesu inwestycyjnego wykazała jego podstawową wadę w postaci braku możliwości skutecznego uzyskania przez podwykonawców należnego im wynagrodzenia. Skutek ten był widoczny przy dużych przedsięwzięciach, gdy „mniejsi przedsiębiorcy” nie mieli odpowiedniego zaplecza, aby samodzielnie przystąpić do postępowania prowadzonego w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonując zatem określone prace, a niekiedy ich większość, pozabawieni byli wynagrodzenia w sytuacji, gdy generalny wykonawca nie rozliczył się z nimi z przeprowadzonej inwestycji¹³. Nie pomogły w tym zakresie regulacje odnoszące się do gwarancji zapłaty, ze względu na konieczność ponoszenia połowy kosztów jej udzielenia, wykonawcy nie występowali bowiem o takie gwarancje lub ograniczali jej zakres tylko do należnego im wynagrodzenia.

Swoistego rodzaju remedium na wskazane niedogodności miało stanowić rozwiązanie przyjęte w nowelizacji kodeksu cywilnego z 14 lutego 2003 r.¹⁴, wprowadzającej nowe unormowanie art. 647¹ k.c. Powołany przepis wprowadził solidarną odpowiedzialność inwestora oraz wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy. Rozwiązanie to okazało się nad wyraz niekorzystne dla inwestorów, których nie zwalniała z odpowiedzialności zapłata wynagrodzenia swojemu kontrahentowi. W konsekwencji mogli być zobowiązani do zapłaty podwójnego świadczenia. Mechanizm powstania solidarnej odpowiedzialności został określony w art. 647¹ k.c. W § 1 powołanego przepisu wprowadzony został obowiązek wskazania w umowie o roboty budowlane zakresu robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców¹⁵. Kluczowy § 2 art. 647¹ k.c. przewiduje natomiast szczególny tryb, w jakim może być

¹¹ Żądanie wykonawcy powinno mieć formę pisemną, podmiot ten nie ma jednak prawa do wskazania rodzaju i postaci gwarancji.

¹² Przepisy kodeksu cywilnego nie rozstrzygają, jakie są skutki niedokonania przez wykonawcę zapłaty połowy kosztów. Czy jest to przeszkoda w jej ustanowieniu?

¹³ W praktyce niejednokrotnie występowały takie sytuacje, w których do postępowania przetargowego prowadzonego w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych przystępowały podmioty w ogóle nie dysponujące kapitałem ludzkim ani maszynami lub urządzeniami niezbędnymi do wykonywania robót budowlanych, lecz jedynie zajmujące się organizacją procesu budowlanego i zawieraniem umów z podwykonawcami oraz dostawcami maszyn, materiałów, urządzeń.

¹⁴ Dz. U. Nr 49, poz. 408. Nowelizacja weszła w życie 24 kwietnia 2003 r.

¹⁵ W nauce prawa cywilnego rozwiązanie to interpretowano jako wprowadzenie zasady osobiste-go wykonania umowy o roboty budowlane przez wykonawcę, od którego można było odstąpić wymieniając w treści umowy zakres robót, który będzie prowadzony przez podwykonawców. Przeciwnie, wydaje się, że przepis ten potwierdził możliwość wykonania umowy o roboty budowlane osobiście lub za pomocą innych osób (podwykonawców).

wyrażona zgoda na zawarcie umowy z podwykonawcą. Uzyskanie zgody wymaga uprzedniego przedstawienia inwestorowi umowy lub jej projektu wraz z częścią dokumentacji dotyczącą przekazanych robót. Jeżeli inwestor w terminie 14 dni od przedstawienia mu umowy lub jej projektu nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń przyjmuje się, że wyraził milczącą zgodę na zawarcie takiej umowy. Sprzeciw powinien się odnosić do warunków proponowanej umowy, a zastrzeżenia – do poszczególnych jej postanowień. Analogiczny mechanizm ma zastosowanie w sytuacji, gdy podwykonawca zamierza zawrzeć umowę z dalszym podwykonawcą. Zgoda powinna być wówczas wyrażona zarówno przez inwestora, jak i przez wykonawcę. Zgodnie z poglądem wyrażonym przez Sąd Najwyższy w wyroku z 29 kwietnia 2008 r., brak zgody inwestora nie ma wpływu na ważność umowy wykonawcy z podwykonawcą, a jedynie decyduje o tym, że umowa ta nie rodzi solidarnej odpowiedzialności inwestora za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy¹⁶.

Samo wprowadzenie solidarnej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy nie budziło takich zastrzeżeń jak zmieniające się stanowisko judykatury. W pierwszym okresie obowiązywania omawianej regulacji, sądy przyjmowały bowiem literalną jej wykładnię uznając, że solidarna odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy powstaje dopiero wtedy, gdy inwestor został poinformowany o konkretnym podwykonawcy i treści umowy z nim zawartej, przy czym informacja ta powinna być przekazana przez generalnego wykonawcę¹⁷. Negatywne doświadczenia wielu przedsiębiorców, którzy nie byli zgłaszani i nie uzyskiwali należnego im wynagrodzenia spowodowały, że orzecznictwo uznało, że do powstania solidarnej odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia wystarczy wiedza zamawiającego o podwykonawcy, która może pochodzić z różnych źródeł. Najpełniejszym wyrazem tej koncepcji jest wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 26 kwietnia 2013 r.¹⁸, w którym czytamy: *„Inwestor może wyrazić wolę na zawarcie umowy przez wykonawcę z podwykonawcą w sposób dorozumiany, na przykład przez tolerowanie obecności podwykonawcy na placu budowy, dokonywanie wpisów w jego dzienniku budowy, odbieranie wykonanych przez niego robót oraz dokonywanie przez niego innych czynności. W tej sytuacji nie jest konieczne przedstawienie inwestorowi ani umowy z podwykonawcą, czy też jej projektu, ani odpowiedniej części dokumentacji”*¹⁹. Jeżeli inwestor wyraża zgodę w sposób czynny, to wie co robi i nie jest już potrzebny żaden „mechanizm obronny”²⁰.

¹⁶ III CZP 6/08, Biuletyn Sądu Najwyższego 2008, nr 4, poz. 8.

¹⁷ Nie miało znaczenia prawnego przekazanie tej informacji przez samego podwykonawcę lub informacja nie poparta odpowiednimi dokumentami, w szczególności umową lub jej projektem.

¹⁸ I ACa 109/13.

¹⁹ Dlatego – zdaniem Sądu Apelacyjnego – inwestor nie musi znać treści całej umowy (jej projektu), wystarczająca jest znajomość tych elementów, które konkretyzują daną umowę i decydują o zakresie solidarnej odpowiedzialności inwestora z wykonawcą za wynagrodzenie podwykonawcy. Elementami tymi są przede wszystkim zakres prac powierzonych zindywidualizowanemu podmiotowo podwykonawcy oraz jego wynagrodzenie, w szczególności sposób jego ustalenia czy też jego dochodzenia.

²⁰ Takie stanowisko wyraził Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 7 maja 2013 r., V ACa 81/13.

Pozycja prawna zamawiającego, wykonawcy oraz brokera w procesie inwestycyjnym

Ugruntowanie się stanowiska judykatury, uznającego roszczenia podwykonawców za zasadne w szerokim zakresie, w myśl niepisanej zasady – *podmiot, który wykonywał prace na rzecz inwestora powinien uzyskać zapłatę* – spowodowała, że solidarna odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia stała się realnym zagrożeniem zmuszającym inwestora do podwójnej zapłaty nie tylko w razie niewypłacalności wykonawcy czy ogłoszenia jego upadłości, ale też uchylania się przez ten podmiot od rozliczenia inwestycji z kontrahentami bez wyraźnej przyczyny. Panaceum na te problemy ma stanowić przeprowadzona pod koniec ub. roku nowelizacja przepisów prawa zamówień publicznych.

5. Umowa o roboty budowlane po nowelizacji przepisów prawa zamówień publicznych

Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 8 listopada 2013 r. wprowadza zasadnie zmiany w zakresie odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcom, a przede wszystkim nakłada nowe obowiązki na zamawiającego – inwestora²¹. Ustawodawca wprowadził też legalną definicję umowy o podwykonawstwo. Uznał, że jest to umowa zawarta w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawarta między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami. Należy zauważyć, że powołana definicja znacznie rozszerza kwalifikację kodeksową, która solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcom przewiduje jedynie w odniesieniu do umowy o roboty budowlane.

Jednocześnie ustawodawca potwierdził uprawnienie wykonawcy do powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom. Przewidział jednak możliwość ograniczenia wprowadzania na plac budowy zbyt dużej grupy takich podmiotów. Zamawiający może zatem: 1) zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi oraz prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją w ramach zamówienia na dostawy; 2) żądać wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy. W pierwszym przypadku istotne zastrzeżenia budzi określenie „*kluczowych części zamówienia*”, które stanowi *novum* w prawie zamówień publicznych i nie zostało przez ustawodawcę wyjaśnione. W praktyce mogą zatem powstawać wątpliwości, które części, na podstawie jakiego kryterium wyodrębnione, spełniają ww. warunek. Obowiązek osobistego wykonania umowy zostaje zresztą w znaczny sposób ograniczony poprzez wprowadzenie możliwości powołania się przez wykonawcę na zasoby innego podmiotu²². Analogiczna sytuacja występuje w drugim przypadku, gdy zamawiający może żądać wskazania części zamówienia, której

²¹ Dz. U. 2013, poz. 1473. Powołana nowelizacja weszła w życie 24 grudnia 2013 r.

²² W takim przypadku, zgodnie z art. 36a ust. 3 p.z.p., nie będzie skuteczne. Możliwość powołania się na zasoby innego podmiotu przewiduje art. 26 ust. b p.z.p. Zgodnie z tym przepisem wyko-

wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy. Obowiązek ten może być zniewelowany przez podanie nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby podmiot ten może się w każdym czasie powołać. Dopuszczalna jest również zmiana lub rezygnacja z podmiotu, na którego zasoby wykonawca uprzednio się powołał, co w znaczny sposób ogranicza uprawnienia zamawiającego i czyni je mało skutecznymi. W takim przypadku wprowadzone bowiem zostało jedynie dodatkowe zastrzeżenie, że proponowany inny podwykonawca musi spełniać wszystkie warunki w stopniu nie mniejszym niż wymagane w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

Biorąc udział w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia publicznego broker musi ponadto uwzględnić, jakie nowe postanowienia powinny być zawarte w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Od grudnia 24 grudnia 2013 r.²³ SIWZ musi zawierać informację o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, jeżeli zamawiający (biorąc pod uwagę opisane powyżej zasady) dokonuje takiego zastrzeżenia, a w przypadku zamówień na roboty budowlane:

- wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, a których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu,
- informacje o umowach o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi niepodlegające – z uwagi na wartość lub przedmiot tych dostaw lub usług – obowiązkowi przedkładania zamawiającemu²⁴.

nawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1. Art. 22 ust. 1 precyzuje, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; 2) posiadania wiedzy i doświadczenia; 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

²³ Z tym dniem weszła w życie omawiana nowelizacja. Z tym, że do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych po dniu wejścia w życie ustawy, w następstwie postępowania o udzielenie zamówień publicznych wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy, stosuje się przepisy dotychczasowe (art. 2).

²⁴ Zgodnie z art. 143a ust. 3 p.z.p. w przypadku zamówień na roboty budowlane, których termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy, jeżeli umowa przewiduje zapłatę:

1) wynagrodzenia należnego wykonawcy w częściach – warunkiem zapłaty przez zamawiającego drugiej i następnych części należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane jest przedstawienie dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom (dalszym podwykonawcom), biorącym udział w realizacji odebranych robót budowlanych;

2) całości wynagrodzenia należnego wykonawcy po wykonaniu całości robót budowlanych – zamawiający jest obowiązany przewidzieć udzielanie zaliczek, przy czym udzielanie kolejnych zaliczek przez zamawiającego wymaga przedstawienia dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom (dalszym podwykonawcom), biorącym udział w realizacji części zamówienia, za którą zaliczka została wypłacona.

W pierwszym przypadku zamawiający może wskazać w SIWZ procentową wartość ostatniej części wynagrodzenia, która nie może wynosić więcej niż 10% wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Pozycja prawna zamawiającego, wykonawcy oraz brokera w procesie inwestycyjnym

Najwięcej zastrzeżeń budzi jednak regulacja odnosząca się do treści umowy o podwykonawstwo. Najnowsze regulacje ustawowe wymagają bowiem zamieszczenia w takiej umowie kilku postanowień, które mają charakter katalogu koniecznego oraz otwartego (art. 143d p.z.p.). Umowa o roboty budowlane zawiera bowiem w szczególności postanowienia dotyczące:

- 1) obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, a także projektu jej zmiany oraz poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane (jej zmian)

Wykonawca ma obecnie obowiązek przedstawienia zamawiającemu w pierwszej kolejności projektu umowy, a następnie jej kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Zamawiający może zgłosić zastrzeżenia do projektu lub sprzeciw do samej umowy. Nie może jednak uczynić tego dowolnie, upoważniają go do tego dwa powody: wymienione wyraźnie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz w sytuacji, gdy konkretna umowa przewiduje termin zapłaty wynagrodzenia dłuższy niż 30 dni;

- 2) wskazania terminu na zgłoszenie przez zamawiającego zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane (projektu jej zmiany) lub sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane

Z powołanego postanowienia *expressis verbis* wynika, że przyczyny, które będą upoważniały w przyszłości zamawiającego do złożenia sprzeciwu lub zastrzeżeń muszą być przez niego przewidziane i wprowadzone do treści SIWZ, ale termin, w którym może je złożyć powinien być określony w treści umowy o podwykonawstwo. Nie zostało również wyjaśnione, czy powinien zostać wprowadzony ten sam termin dla zgłoszenia zastrzeżeń i sprzeciwu, czy też może być różny²⁵;

- 3) obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartych umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi

Kwestia konieczności przedkładania do akceptacji umów o dostawy oraz usługi jest dość zaskakująca. Przede wszystkim w konkretnej inwestycji może występować wielu dostawców oraz usługodawców. Obowiązek analizowania wszystkich umów mógłby doprowadzić o swoistego rodzaju „sparaliżowania” procesu inwestycyjnego. Z tego zapewne powodu ustawodawca przewidział, że wykonawca lub podwykonawca (dalszy podwykonawca) zamówienia na roboty budowlane musi przedłożyć zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy, której przedmiotem są dostawy lub usługi (w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia), z wyłączeniem umów o wartości mniej-

²⁵ Zamawiający może bowiem uznać, że dla przeanalizowania projektu umowy potrzebuje więcej czasu i większa liczba osób będzie zaangażowana w jego ocenę (osoba z działu zamówień publicznych, radca prawny). W przypadku poświadczonej kopii umowy wystarczy porównanie zgodności projektu z umową już zawartą.

ARTYKUŁY I ROZPRAWY

szej niż 0,5% wartości zamówienia publicznego oraz umów, których przedmiot został wskazany przez zamawiającego w SIWZ jako niepodlegający niniejszemu obowiązkowi. Wyłączenie to nie dotyczy podwykonawstwa o wartości większej niż 50 000 zł. Zamawiający może określić niższą wartość, od której będzie zachodził obowiązek przedkładania umowy o dostawy i usługi, nie ma jednak takiego uprawnienia w zakresie podwyższenia kwotowej granicy. Tymczasem dostawa o wartości powyżej 50 000 zł w przypadku inwestycji kilku lub kilkunastotysięcznych i milionowych ma zupełnie różne znaczenie. W dużych inwestycjach może się okazać, że obowiązek akceptacji umowy będzie się odnosił do całego szeregu „drobnych” umów. Rozwiązanie to jest o tyle zastanawiające, że solidarna odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcom, podobnie jak dyspozycja art. 647¹ k.c., odnosi się jedynie do umów o roboty budowlane;

- 4) zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, uwarunkowanej przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom;
- 5) terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy

Termin ten został określony ustawowo. Zgodnie z brzmieniem art. 143b ust. 2 p.z.p. termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej dostawy, usługi lub roboty budowlanej. Potencjalna możliwość wprowadzenia do wszystkich umów jednakowego terminu 30 dni może jednak doprowadzić do tego, że płatności te nie będą mogły być realizowane;

- 6) zasad zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami

Wskazane postanowienie wprowadza zbyt szeroko ujęty interwencjonizm zamawiającego, który musi określić nie tylko treść własnej umowy z wykonawcą, ale też zasady zawierania umów podwykonawców z dalszymi podwykonawcami. Takie rozwiązanie prowadzi do tego, że zamawiający będzie określał zasady umów, których nie jest stroną, co w przypadku wykonawców zagranicznych może rodzić pytanie o celowość i zasadność takiej ingerencji w stosunek umowny. Niezależnie od tego, sprowadza zamawiającego do roli organizatora całego procesu inwestycyjnego, chociaż rolę taką powinien odgrywać generalny wykonawca.

Postanowienie, które wymaga szczegółowego omówienia odnosi się do kar umownych. Ustawodawca przewidział, że kary muszą one zostać naliczone z kilku tytułów:

- braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom,
- nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany,
- nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany,

Pozycja prawna zamawiającego, wykonawcy oraz brokera w procesie inwestycyjnym

- braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty.

Powołane rozwiązanie budzi uzasadnione wątpliwości co do samego charakteru wprowadzanych kar. Obowiązek ich zastrzeżenia oznacza bowiem, że nabierają one obecnie bardziej charakteru kar ustawowych niż umownych, chociaż bez wyraźnego wskazania ich wysokości. Wprowadzenie kary umownej w razie braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty jest ponadto sprzeczne z jej istotą. Bezsporne jest, że kara umowna może być zastrzeżona jedynie w razie niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązku niepieniężnego. W ten sposób pełni ona, podobną do odsetek (w przypadku zobowiązań pieniężnych), funkcję stymulującą do prawidłowego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Postanowienie art. 143 ust. 7 pkt a p.z.p. prowadzi do wniosku, że wykonawca, który nie płaci wynagrodzenia w terminie będzie ponosił podwójną sankcję: obowiązek zapłaty odsetek podwykonawcy oraz kary umownej zamawiającemu. Niezależnie od tego powstaje pytanie, czy kara umowna powinna być naliczona w tej samej czy też w różnej wysokości w przypadku braku zapłaty oraz przekroczenia terminu i czy wskazane okoliczności muszą być zawinione przez wykonawcę czy też mogą być od niego niezależne²⁶. Nieprzedłożenie zamawiającemu w terminie projektu umowy, jej zmiany lub poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo może ponadto spowodować, że wykonawca jeszcze przed przystąpieniem do realizacji inwestycji będzie zobowiązany do zapłaty określonych kar, a ich liczba (wraz z karami wprowadzanymi dotychczas za nieterminowość, wady obiektu, odstąpienie od umowy itd.) może prowadzić do tego, że umowa o roboty budowlane zawierana w trybie zamówień publicznych będzie w praktyce obwarowana największą liczbą kar umownych, co w pośredni sposób może ograniczyć konkurencję lub prowadzić do niewypłacalności wielu przedsiębiorców²⁷.

6. Tryb bezpośredniej zapłaty przez zamawiającego wynagrodzenia należnego podwykonawcy

Przewidziany przez ustawodawcę mechanizm „rozliczenia inwestycji” jest bardzo skomplikowany. Jak wcześniej wskazano, wykonawca ma obowiązek przedstawienia zamawiającemu do akceptacji projektu umowy o podwykonawstwo, jego zmianę, kopię zawartej umowy (w terminie 7 dni), a także umowy o dostawę i usługi (chyba, że ze względu na ich wartość nie podlegają obowiązkowi przedkładania zamawiającemu, o czym podmiot ten informuje w SIWZ). Następnie zamawiający może w terminie określonym w umowie o podwykonawstwo zgłosić na piśmie zastrzeżenia lub sprzeciw z powodu niespełnienia wymagań określonych w SIWZ. Brak zastrzeżeń czy sprzeciwu traktowany jest jako akceptacja przedstawionych umów. Znaczenie tych czynności

²⁶ Odsetki są bowiem należne już w przypadku tzw. opóźnienia zwykłego.

²⁷ Dodatkowo, konieczność wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy lub konieczność dokonania bezpośrednich zapłat na sumę większą niż 5% wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego może stanowić podstawę do odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego (art. 143c ust. 7 p.z.p.).

widoczne jest jednak dopiero w momencie, gdy wykonawca uchyla się od obowiązku zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy. W takim przypadku zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawcy. Bezpośrednia zapłata obejmuje wyłącznie należne wynagrodzenie bez odsetek i dotyczy tylko tych należności, które powstały po zaakceptowaniu przez zamawiającego umowy o podwykonawstwo. Aby poznać stanowisko drugiej strony, przed dokonaniem przelewu, zamawiający powinien umożliwić wykonawcy zgłoszenie pisemnych uwag dotyczących zasadności bezpośredniej zapłaty w terminie nie krótszym niż 7 dni. W przypadku zgłoszenia takich uwag zamawiający ma trzy możliwości, może:

- nie dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy (dalszemu podwykonawcy), jeżeli wykonawca wykaże niezasadność takiej zapłaty;
- złożyć do depozytu sądowego kwotę potrzebną na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy w przypadku istnienia zasadniczej wątpliwości zamawiającego co do wysokości należnej zapłaty lub podmiotu, któremu płatność się należy;
- dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia, jeżeli podwykonawca wykaże zasadność takiej zapłaty²⁸.

Wydaje się, że w sytuacjach spornych zamawiający będzie wykazywał tendencję do składania należności do depozytu sądowego, co może wywołać ten skutek, że ani wykonawca, ani jego podwykonawca nie uzyskają świadczenia do czasu zakończenia sporu. Zniweluje to jedno z podstawowych założeń omawianej nowelizacji (uzyskanie wynagrodzenia przez podmioty, które faktycznie realizowały inwestycję); lub przeciwnie, spowoduje, że w interesie obu podmiotów będzie porozumienie się, aby uniknąć złożenia przedmiotu świadczenia do depozytu sądowego²⁹.

Wprowadzając skomplikowany mechanizm kontroli treści umów o podwykonawstwo oraz ich zatwierdzania przez zamawiającego ustawodawca nie wziął jednak pod uwagę zasadniczego problemu, jaki powstaje w czasie procesu inwestycyjnego, gdy wykonawca wprowadza na plac budowy określone podmioty nie informując o tym inwestora ani nie przedstawiając do akceptacji zawartych z nimi umów. Praktyki tego rodzaju, stanowiące prawdziwą „plagę” procesu inwestycyjnego, zapewne obecnie też nie zostaną zaniechane. Powstaje zatem uzasadnione pytanie, jaka jest sytuacja prawna takich podmiotów. Mogłoby się wydawać, że prawo zamówień publicznych stanowi w tym zakresie *lex specialis* w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego. Przeciwno takiemu założeniu przemawia jednak nie tylko bezwzględnie obowiązujący charakter art. 647¹ k.c., ale przede wszystkim postanowienia art. 143c ust. 8 p.z.p. Z jego treści wynika,

²⁸ W przypadku dokonania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy (dalszemu podwykonawcy), zamawiający potrąca kwotę wypłaconego wynagrodzenia z wynagrodzenia należnego wykonawcy.

²⁹ Na uwagę zasługuje ponadto, że nie każda wątpliwość uzasadnia złożenie przedmiotu świadczenia do depozytu sądowego, ale „zasadnicza wątpliwość” co do wysokości należnej zapłaty (i z taką sytuacją możemy mieć najczęściej do czynienia) lub co do podmiotu, któremu płatność się należy.

Pozycja prawna zamawiającego, wykonawcy oraz brokera w procesie inwestycyjnym

że przepisy art. 143a–143d p.z.p. nie naruszają praw i obowiązków zamawiającego, wykonawcy, podwykonawcy i dalszego podwykonawcy wynikających z przepisów art. 647¹ k.c. W konsekwencji podwykonawca, którego umowa nie podlegała zatwierdzeniu przez zamawiającego, może wystąpić z roszczeniem o zapłatę należnego mu wynagrodzenia do inwestora, powołując się na jego solidarną odpowiedzialność wprowadzoną przepisami kodeksu cywilnego. Utrzymanie się dotychczasowego orzecznictwa sądowego w tym zakresie może zatem oznaczać, że na zamawiającego jako inwestora nałożonych zostało szereg dodatkowych obowiązków, które w wielu przypadkach nie ustrzegą tego podmiotu przed koniecznością zapłaty podwójnego wynagrodzenia. Jednocześnie nie tylko podwykonawca, ale też wykonawca może być pozbawiony należnego mu wynagrodzenia (w razie złożenia wynagrodzenia do depozytu sądowego), a dodatkowo wielokrotnie nakładane kary za naruszenie warunków umowy mogą prowadzić do niewypłacalności lub upadłości tego podmiotu. Być może otwiera się w ten sposób nowa możliwość dla brokerów: zapewnienia pełnego ubezpieczenia swojego kontrahenta lub zapewnienia mu odpowiedniej gwarancji ubezpieczeniowej.

dr Małgorzata Serwach

Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji³⁰

Position of an Ordering Party, Contractor and Broker in the Investment Process in the Light of the Most Recent Legal Changes

Two amendments to the public procurement law relevant from the point of view of the entities involved in the investment process as well as insurance brokers have been adopted recently. The specific way of regulation has been applied to the legal situation of the investment process participants and brokers as entities taking part in guaranteeing the payment, drawing up the provisions of the Terms of Reference or acting as insurance experts in the new mode of the so-called technical dialogue.

The author discusses the construction works agreement under the provisions of the Civil Code and the law of public procurement, especially in the light of the latest changes, which came into force in December 2013. She presents the issue of joint and several liability of the ordering party for the payment of remuneration to subcontractors as well as the broker's role in the payment guarantee. Furthermore, having emphasized the doubts that arise in practice after the implementation of the discussed solutions, she shows the effects of the most recent amendments to the public procurement law for all participants in the investment process.

Keywords: insurance broker, public procurement law, investment process, joint and several liability for the payment of remuneration to subcontractors, payment guarantee.

³⁰ Autorka jest ponadto pracownikiem Uniwersytetu Medycznego w Łodzi.