

Postanowienia umów w sprawach zamówień publicznych na roboty budowlane dotyczące podwykonawstwa – przepisy ustawy, praktyczne stosowanie – mgr inż. Mirosław Żyznowski;

1. Wprowadzenie

2. Wątpliwa słuszność i racjonalność krajowych rozwiązań w zakresie podwykonawstwa (w tym także obligatoryjne postanowień) w porównaniu z podobnymi regulacjami w innych krajach

3. Brak jednoznaczności przepisów o podwykonawstwie, w tym „obligatoryjnych postanowień” oraz ich wyjątkowa uciążliwość we wdrażaniu zwłaszcza dla inwestora

3.1 Problem z ustaleniem rodzaju umów o roboty budowlanych, w których należy obowiązkowo stosować „ obligatoryjne postanowienia”

3.2 Problem z ustaleniem faktycznego zakresu „ obligatoryjnych postanowień”

3.3 Problem wyjątkowej pracochłonności i uciążliwości autoryzacji umów podwykonawców i dalszych podwykonawców.

3.4 Problem z ustaleniem niezbędnych zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy

3.5 Problem z podaniem zasad dotyczących zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami;

3.6 Problem w zakresie stosowania obligatoryjnych kar umownych za niedopełnienie obowiązków przez wykonawcę / podwykonawcy

4. Podsumowanie

1. Wprowadzenie

Podwykonawstwo jest „piętą achillesową procesu budowlanego”. Ta opinia wypowiedziana kiedyś przez amerykańskiego prawnika Justina Sweet’a jest stale aktualna. Każdy kto zajmuje się budownictwem wie, że problemy z podwykonawcami są na porządku dziennym. Pojawienie się podwykonawców podczas realizacji robót tworzy szereg ryzyk dla wszystkich uczestników procesu budowlanego. Okazuje się że przy takich realizacjach robót budowlanych największe ryzyko ponoszą z reguły sami podwykonawcy a zwłaszcza ci , którzy znajdują się na najniższych poziomach łańcucha podmiotów zaangażowanych do wykonania kontraktu, ponieważ to oni są narażeni ostatecznie najbardziej na ryzyko utraty płynności finansowej spowodowane zwłoką w płatnościach lub bankructwem .

W Polsce po fali bankructw firm budowlanych jakie miały miejsce w końcu lat dziewięćdziesiątych oraz początkach nowego tysiąclecia , podejmowano wielokrotnie próbę opracowania przepisów mających na celu ochronę podwykonawców w relacjach z inwestorem i wykonawcą podczas realizacji robót budowlanych,

Aktualnie istnieją w kraju trzy regulacje prawne porządkujące relacje inwestora z wykonawcami i jego podwykonawcami (rysunek nr 1) tj. przepisy:

1) ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych (Dz. U. z 2012 r., poz. 891)

Obowiązuje od dnia 3 sierpnia 2012 r., swoim zakresem obejmuje wyłącznie kontrakty realizowane na zamówienie GDDKIA; nie dotyczy zabezpieczania roszczeń podwykonawców, które powstaną w przyszłości, a jedynie niezapłaconych roszczeń, które są już wymagalne i wynikają z umów zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy

2) ustawy Kodeks cywilny

a) art. 647¹ § 5 – narzucające inwestorowi solidarną odpowiedzialność za płatności wobec podwykonawcy

b) art. 649¹ -649⁵ – obligujące inwestora do wystawienia gwarancji zapłaty do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia wynikającego z umowy oraz robót dodatkowych lub koniecznych do wykonania umowy

3) ustawy Prawo zamówień publicznych – w której m.in.:

1. Zdefiniowano „umowy o podwykonawstwo”.

2. Rozszerzono zakres informacji zamieszczanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. w odniesieniu do podwykonawstwa
3. Uregulowano zasady stosowania podwykonawstwa w zamówieniach publicznych.
4. Określono warunki realizacji zamówień na roboty budowlane o terminie wykonania dłuższym niż 12 miesięcy, służące zwiększeniu płynności wykonawców, podwykonawców i dalszych podwykonawców oraz gwarancji terminowej zapłaty wynagrodzenia podwykonawców i dalszych podwykonawców.
5. Określono zasady akceptacji umów o podwykonawstwo zamówień na roboty budowlane.
6. Wprowadzono obowiązek bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy.
7. Ustalono obligatoryjne postanowienia umowy o roboty budowlane dotyczące podwykonawstwa.

Ww. przepisy miały w opinii ustawodawcy na celu :

- 1) podnoszenie jakości świadczonych usług i robót budowlanych
- 2) obniżenie kosztów procesu budowlanego
- 3) przyspieszenie realizacji zobowiązań
- 4) ochronę drobnych przedsiębiorców w relacjach z wykonawcą i inwestorem

W świetle przepisów Kodeksu cywilnego, wykonawcy (w tym także podwykonawcy) mają prawo do zgłoszenia żądania (na każdym etapie procesu budowlanego, a nie jedynie na etapie zawierania umowy) udzielenia zabezpieczenia terminowej zapłaty umówionego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych. Zabezpieczeniem wierzytelności mogą być gwarancja bankowa, gwarancja ubezpieczeniowa i akredytywa bankowa. Udokumentowane koszty zabezpieczenia wierzytelności ponoszą w równych częściach obie strony, w myśl linii orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego. Żądanie wykonawcy (lub podwykonawcy) w przedmiocie uzyskania powyższego zabezpieczenia może być zgłoszone w każdym czasie do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia wynikającego z umowy oraz robót dodatkowych lub koniecznych do wykonania umowy zaakceptowanych na piśmie przez inwestora. Brak ustanowienia gwarancji, pomimo zgłoszonego żądania, stanowi przeszkodę w wykonaniu robót budowlanych z przyczyn dotyczących inwestora. W tymże przypadku, zgodnie z art. 649⁴ § 3 kc , inwestor nie może odmówić zapłaty wynagrodzenia mimo niewykonania robót budowlanych, jeżeli wykonawca był gotów je zrealizować, lecz doznał przeszkody z przyczyn dotyczących inwestora. Jednakże w takim przypadku inwestor może odliczyć to, co oszczędził wykonawca z powodu niewykonania robót budowlanych. W art. 649⁴ kc została przewidziana możliwość odstąpienia od umowy z winy inwestora ze skutkiem na dzień odstąpienia w przypadku niezyskania gwarancji w wyznaczonym terminie, nie krótszym jednak niż 45 dni.

Ustawodawca niestety w tym rozwiązaniu prawnym wyłączył możliwość żądania gwarancji zapłaty przez innych przedsiębiorców (dostawców materiałów lub usług, wynajmujących sprzęt niezbędny przy budowie, geodetów) biorących udział w bardzo szeroko pojętym procesie budowlanym.

Te podmioty nie były też objęte przepisami art. 647¹ § 5 , które narzucają inwestorowi solidarną odpowiedzialność za płatności wobec podwykonawcy realizującego roboty budowlane. Choć rozliczenie za wykonane prace budowlane następuje między inwestorem a wykonawcą, który jest zobowiązany do wynagrodzenia podwykonawców, to w przypadku zaistnienia trudności w wyegzekwowaniu przez podwykonawcę należności od wykonawcy, może on żądać zapłaty również od inwestora. Warunkiem koniecznym do powstania odpowiedzialności solidarnej po stronie zarówno inwestora, jak i wykonawcy, jest wyrażenie zgody przez inwestora za pracę danego podwykonawcy. Sąd Najwyższy w składzie 7 sędziów, stwierdził, iż: „Do zgody wymaganej przez art. 647¹ § 2 i 3 k.c. nie stosuje się art. 63 § 2 k.c. Zgoda ta może być wyrażona przez każde zachowanie, które ujawnia ją w sposób dostateczny (art. 60 k.c.); niezależnie od tego zgodę uważa się za wyrażoną w razie ziszczenia się przesłanek określonych w art. 647¹ § 2 zdanie drugie k.c.”

Dla obecnie zawieranych umów o zamówienie publiczne na roboty budowlane nadrzędne znaczenie mają jednak przepisy znowelizowanej ustawy Pzp.

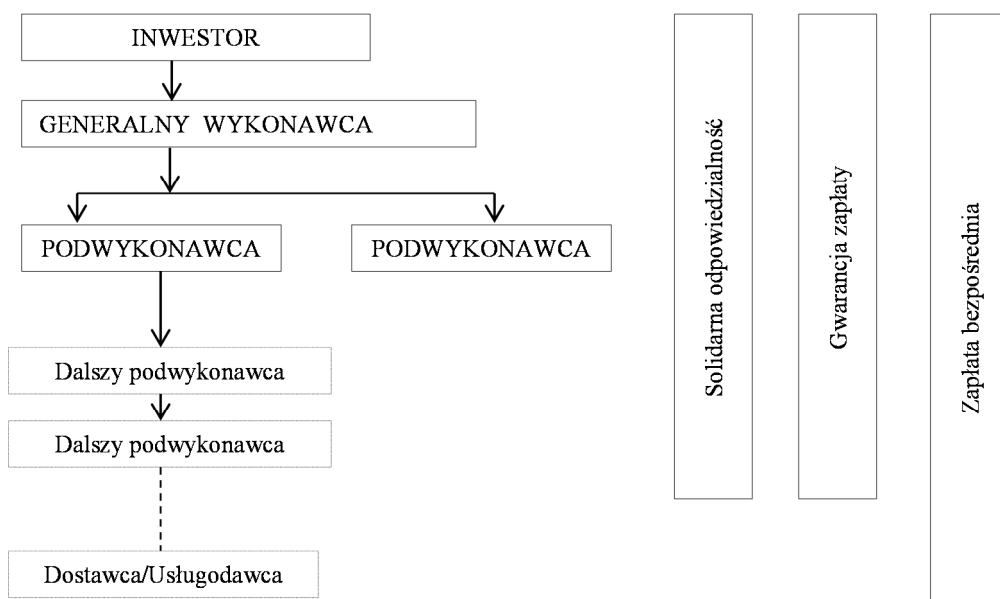
Przepisy Kodeksu cywilnego mają zastosowanie do zamówień publicznych tylko w taki zakresie w jakim nie kolidują one z prawem zamówień publicznych. Zgodnie z art. 143c ust 8 u Pzp przepisy art. 143a-143d nie naruszają praw i obowiązków zamawiającego, wykonawcy, podwykonawcy i dalszego podwykonawcy wynikających z przepisów art. 647¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny.

Ustawa Pzp nie wyłącza też zastosowania instytucji gwarancji zapłaty. A więc z mocy art. 139 u Pzp wykonawca może wystąpić do zamawiającego z żądaniem udzielenia takiej gwarancji.

Natomiast w pozostałym zakresie, w szczególności w sprawach zapewnienia bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawców oraz dalszych podwykonawców, wynikających z zawartych umów o podwykonawstwo, mają zastosowanie właśnie przepisy nowelizacji Pzp. Nowe rozwiązania prawne miały umożliwić uzyskanie od inwestora bezpośredniej zapłaty dla innych rodzajów podwykonawców biorących udział w wykonaniu robót np. dostawców materiałów budowlanych, firmy wynajmujące sprzęt budowlany.

Ich wdrażanie pokazuje jednak, że inwestor publiczny, jest tym któremu przepisy te sprawiają więcej problemów niż korzyści. Obciążono go bowiem odpowiedzialnością za cudze długi oraz zobowiązano do pracochłonnego opracowania i badania zapisów umów o podwykonawstwo.

Rys nr 1 Rodzaje krajowych rozwiązań prawnych mających na celu zabezpieczeń płatności wobec podwykonawców



2. **Wątpliwa słuszność i racjonalność krajowych rozwiązań** w zakresie podwykonawstwa (w tym także obligatoryjne postanowień) w porównaniu z podobnymi regulacjami w innych krajach

Ocena funkcjonowania przepisów dot. „obligatoryjnych postanowień” wymaga w pierwszej kolejności oceny całości przyjętych w ustawie rozwiązań prawnych. Czy w ogóle było konieczne obarczenie inwestor publicznego odpowiedzialnością za płatności podwykonawców i tworzenie aż tylu obowiązków dla niego. I czy przyjęte w kraju regulacje rzeczywiście :

- 1) kompleksowo i skutecznie chronią rynek budowlany przed patologiami podczas rozliczenia robót budowlanych i czy powinny obowiązywać nadal w aktualnej formie i czy
- 2) gwarantują płynność i bezkonfliktowość rozliczeń z podwykonawcami i są bezpieczne dla wszystkich stron realizujących zamówienia publiczne na roboty budowlane, jak pierwotnie zapewniał ustawodawca

Odpowiedź na tak postawione pytanie nie wydaje się korzystna dla rozwiązań krajowych jeśli porównamy je z podobnymi w innych krajach oraz uwzględnimy dotychczasowe doświadczenia z okresu, od kiedy są one wdrażane .

Najciekawsze europejskie rozwiązania prawne, które można tu przytoczyć, jako materiał porównawczy dla krajowych przepisów, stanowią:

1) niemiecka ustawa o zabezpieczeniu roszczeń za roboty budowlane (Bauforderungssicherungsgesetz)

2) angielskie regulacje dotyczące Project Bank Account – wprowadzające obowiązek tworzenia specjalnych kont dla projektów budowlanych z sektora publicznego – tzw. Projektowego Konta Bankowego

3) hiszpańska ustawa o podwykonawstwie – LEY 32/2006

4) francuska ustawa o podwykonawstwie - La loi 75-1334 du 31 décembre 1975 a organisé au profit des sous-traitants tout un système de protections qui comporte des variantes selon que le marché principal est un marché public ou privé

Polskie przepisy znacząco nawiązują do regulacji francuskich, które również przewidują solidarną odpowiedzialność inwestora za płatności wobec podwykonawców

W opinii autora referatu w grupie wyżej wymienionych przepisów na szczególną uwagę zasługuje regulacja niemiecka, która nie wprowadza solidarnej odpowiedzialności inwestora za płatności wobec podwykonawców.

Niemiecka ustawa o zabezpieczeniu roszczeń za roboty budowlane (Bauforderungssicherungsgesetz) ma na celu zabezpieczenie przede wszystkim roszczenia podwykonawców za wykonane roboty budowlane. Pieniądze na prowadzenie budowy (tzw. Baugeld) otrzymuje główny wykonawca od inwestora. Podwykonawca rozlicza się tylko z głównym wykonawcą. Ustawa powyższa nakłada na głównego wykonawcę obowiązek rozporządzania tymi pieniędzmi tylko w celu pokrycia roszczeń osób, które na podstawie umów o dzieło, o świadczeniu usług albo umowy sprzedaży, uczestniczą w budowie danego obiektu. Główny wykonawca nie może otrzymane od inwestora pieniądze wykorzystać do innych celów. Wykorzystanie tych środków finansowych do innych celów jest na podstawie orzeczenia Trybunału Związkowego (Bundesgerichtshof, Az.: VII ZR 169/09) tylko wtedy dozwolone, jeżeli faktury wszystkich podwykonawców zostały zapłacone. Główny wykonawca ma pozycję powiernika w stosunku do podwykonawców, jeżeli chodzi o rozporządzanie pieniędzmi otrzymanymi od inwestora. To prowadzi do tego, że główny wykonawca zobowiązany jest do prowadzenia osobnego konta powierniczego, na które wpłacane są pieniądze od inwestora. Zabezpiecza to roszczenia podwykonawców przy ogłoszeniu upadłości głównego wykonawcy. Poza tym ustawa nakłada na głównego wykonawcę ciężar dowodu odnośnie celu wykorzystania pieniędzy, a więc w razie sporu sądowego główny wykonawca musi udowodnić, że pieniądze zostały wydane zgodnie z ich przeznaczeniem. Niewykorzystanie środków finansowych na cele pokrycia kosztów konkretnej budowy, pociąga za sobą osobistą odpowiedzialność cywilną głównego wykonawcy- zarządu firmy Inwestor niemiecki nie musi zatem bać się, że podwykonawca (realizujący roboty, usługi, dostawy) wystąpi wobec niego z roszczeniami o zapłatę zaległego wynagrodzenia, bo to jest wyłącznie problem nieuczciwego wykonawcy. Poza tym nie jest on obciążony odpowiedzialnością za decyzje wykonawcy o konieczności zaangażowania podwykonawców i nie jest obciążony żmudną pracą w zakresie rozliczeń z podwykonawcami.

Angielskie regulacje Project Bank Account - podobnie jak niemieckie przepisy wprowadzają także obowiązek utworzenia specjalnego konta bankowego dla realizowanego kontraktu publicznego, które administratorem może być samodzielnie zamawiający (single model) lub zamawiający z wykonawcą (dual model). Na koncie administratora zostaje zdeponowana kwota środków odpowiadająca cenie najkorzystniejszej ekonomicznie ofercie, z której płacone są bezpośrednio i w jednakowym czasie zobowiązania wobec autoryzowanych podwykonawców. Podobnie jak w rozwiązaniu niemieckim środki zgromadzone na koncie są objęte ochroną i nie mogą być wykorzystywane przez np. syndyków w przypadku upadłości podmiotów związanych z realizacją kontraktu.

W ocenie Brytyjczyków standard PBA daje wysoki poziom bezpieczeństwa płatności oraz ich

płynności. PBA umożliwia także efektywniejsze zarządzanie przepływami co prowadzi do uzyskania oszczędności podczas ostatecznego rozliczenia kontraktu
Brytyjczycy szacują iż, standard PBA- przynosi ca. 2, 5 % oszczędności kwoty kontraktu budowlanego. Oszczędności te wynikają z eliminowania potencjalnych zatorów płatniczych w łańcuchu wykonawców.

Ciekawostką rozwiązań hiszpańskich jest możliwość zlecenia lub oddelegowania wykonania zadań wyłącznie do trzeciego stopnia podmiotów będących podwykonawcami. Dlatego też na tym poziomie kończy się odpowiedzialność inwestora za płatności wobec podwykonawców. Warto też wspomnieć, że ustawa nakłada również obowiązek posiadania Księgi Podwykonawców (*Libro de Subcontratacion*), gdzie będą zamieszczane informacje dotyczące wszystkich podwykonawców na danej budowie, umożliwiające ścisłą kontrolę podwykonawstwa.

Analizując doświadczenia innych krajów oraz polskie problemy na rynku budowlanym nie ma wątpliwości, iż w krajowym systemie zamówień publicznych powinny istnieć jakieś rozwiązania prawne chroniące podwykonawców.

Porównanie krajowych rozwiązań z podobnymi regulacjami w Niemczech, czy Anglii rodzi jednak przekonanie, że nasze regulacje są gorsze i tylko teoretycznie gwarantują inwestorowi publicznemu skuteczne uregulowanie relacji z podwykonawcami. Rozwiązania tamtych krajów nie obciążają inwestora odpowiedzialnością za długi wykonawcy czy podwykonawców albo ograniczają jej zakres do węższego kręgu podwykonawców uczestniczących w realizacji kontraktu. Większość tych rozwiązań przenosi proces prowadzenia rozliczeń całkowicie lub w znaczącej części na wykonawcę, wzmacniając jego finansową odpowiedzialność w przypadku bankructwa czy pojawienia się zatorów płatniczych w łańcuchu podwykonawców, których on ostatecznie zatrudnia, aby wykonali jego zobowiązania wobec inwestora.

Obarczenie tymi działaniami wykonawcę jest racjonalniejsze niż polskie rozwiązanie, gdyż to wykonawca dysponuje znacznie większą wiedzą merytoryczną i ekonomiczną na temat procesu budowlanego niż inwestor. Ma też do takiego działania odpowiednio przygotowane zespoły fachowców. Angażowanie zaś zamawiającego w sprawy odpowiedzialności za rozliczenie robót między podwykonawcami jest tworzeniem „mętnej wody” po to, aby co, niektórym było łatwej „skoczyć na publiczną kasę”

3. Brak jednoznaczności przepisów o podwykonawstwie oraz ich wyjątkowa uciążliwość we wdrażaniu zwłaszcza dla inwestora

Z praktyki wdrażania nowych regulacji dotyczących podwykonawstwa wynika że dla przeciętnego inwestora przepisy te nie są wystarczająco bezpieczne, ponieważ są niejednoznaczne i nie regulują bezproblemowo kwestii podwykonawstwa. Narażają go na możliwość naruszenia dyscypliny finansów, gdyż inwestor na ich podstawie nie ma możliwości bezbłędnego określenia niezbędnych uwarunkowań płynnego i bezkonfliktowego rozliczenia danego kontraktu budowlanego z wykonawcą i podwykonawcami oraz dalszymi podwykonawcami. Sprzyjają także manipulacjom i powstawaniu nowych nadużyć na rynku budowlanym.

Zdaniem wielu inwestorów regulacje te są jak „szwajcarski ser”, niestety mimo szczytnych deklaracji nadal niekompletne, chaotyczne i powierzchowne. Realizowane kontrakty na nowych zasadach ujawniają, że pryncypialne postępowanie inwestora na podstawie wyłącznie ustawowych regulacji tworzy tylko niebezpieczną iluzję, że ustawodawca chroni interesy podmiotów realizujących umowę przed trudnościami podczas rozliczenia zamówień publicznych na roboty budowlane. Niedoświadczony inwestor, który ogranicza się do uregulowania w umowie o roboty budowlane tylko tego co bezpośrednio wynika z przepisów ustawy, może łatwo wpaść w pułapkę ponoszenia odpowiedzialności finansowej za płatności nie związane kontraktem. (o czym dalej). Podwykonawcy też do końca nie mogą się czuć bezpiecznie przy tych rozwiązaniach. Okazuje się, że mogą oni być narażeni na opóźnienia w płatnościach w wyniku stosowania w umowach przez

generalnych wykonawców klauzul umownych uzależniających wypłatę wynagrodzenia podwykonawcy od uprzedniego uzyskania wynagrodzenia od inwestora, których zakaz stosowania niezbyt jednoznacznie wynika z przepisów. A co nie zakazane zostało przez niektórych wykonawców uznane za dozwolone i nadal praktykowane pomimo wyroków sądowych.

Niestety pomimo pojawienia się wielu dodatkowych regulacji inwestor nadal musi radzić sobie sam z problemami związanymi z podwykonawstwem.

Z ww. względów wśród ekspertów padają głosy, że aktualne przepisy u Pzp dotyczące podwykonawstwa należy jak najszybciej anulować lub poddać gruntownej nowelizacji.

Pogląd, iż w ogóle należy zaniechać regulacji bezpośrednich płatności wobec podwykonawców w u Pzp opiera się także na tym, że znowelizowana dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych nie narzuciła obligatoryjnego rozwiązania problemu płatności wobec podwykonawstwa. Nie było potrzeby zatem konieczności jak mówią niektórzy być po raz kolejny „świętszym od papieża” i wdrażać regulacje do których nie był zmuszony postanowieniami dyrektywy.

Przepisy art. 71 ust. 3 i 7 ww. dyrektywy przewidują bowiem fakultatywną możliwość określenia w prawie krajowym mechanizmu przekazywania bezpośrednio podwykonawcy przez zamawiającego płatności należnych za świadczenia realizowane dla głównego wykonawcy, lecz mechanizmu tego bliżej nie definiują.

Oznacza to, że rozwiązywanie tych kwestii można było pozostawić na poziomie regulacji kodeksu cywilnego (do których pojawiło się spore orzecznictwo wyjaśniające co ustawodawca miał na myśli tworząc te regulacje).

Za pomysłem odstąpienia od istniejących przepisów nowelizacji mocno przemawia także fakt, że przepisy te zwiększają znacząco dotychczasowy zakres obowiązków inwestora publicznego realizującego roboty budowlane, rozszerzając m.in. listę umów o podwykonawstwo, które wymagają inwestorskiej akceptacji. Obok weryfikowania umów podwykonawczych na roboty budowlane dochodzi inwestorowi aktualnie konieczność autoryzowania umów podwykonawczych na dostawy i usługi, dla których płatności też są objęte ochroną. Wykonanie tych działań wymaga od inwestora zabezpieczenia odpowiednich środków finansowych oraz stworzenie zespołu niezbędnych fachowców.

Badanie umów podwykonawców pod rygorami nowej ustawy Pzp staje się zatem wyjątkowo uciążliwie, gdyż inwestor publiczny jako niefachowiec ma bardzo ograniczone możliwości kompetencyjne, czasowe i organizacyjne do pełnego zbadania uprawnień, referencji i wszelkich innych aspektów, które musi brać pod uwagę przed podjęciem decyzji, gdy wyraża zgodę na daną umowę wykonawcy. Tym bardziej że w czasie procesu inwestycyjnego generalny wykonawca, którego on wybiera, może skorzystać z kilkunastu lub kilkudziesięciu podwykonawców.

Zasoby kadrowe i finansowe inwestora angażowane są w nieproporcjonalnym zakresie do korzyści jakie on z nowych przepisów uzyskuje.

3.1 Problem z ustaleniem rodzaju umów o roboty budowlanych, w których należy obowiązkowo stosować „obligatoryjne postanowienia”

Niestety wszystkie zarzuty natury ogólnej dotyczące nowelizacji można także odnieść w szczególności do regulacji o „obligatoryjnych postanowieniach”. Przepisy te jak w soczewce skupiają w sobie wszystkie wady (i wątpliwe zalety) nowych regulacji. Przepisy te potwierdzają fakt, że inwestor natrafia na niebagatelną robotę próbując interpretować ten przepis i skutecznie go wdrażać w życie.

Pierwszą trudność stanowi problem ustalenia zakresu umów o roboty budowlane, których te przepisy dotyczą. Przyjmując kodeksowe rozumienie tego pojęcia, które samo narzuca się w tym przypadku, można pominąć wiele rodzajów umów, które kryją się pod pojęciem zamówienia publicznego na roboty budowlane.

Przyjęcie założenie, że ustawodawca używając terminu umowy o roboty budowlane ma na myśli wyłącznie umowy zdefiniowane przepisami art. 647 Kc. oznacza objęcie przepisem tylko umów, w których „wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego

zgodnie z projektem i z 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”.

Przepisy tytułu XVI księgi trzeciej kodeksu cywilnego znajdują zatem zastosowanie tylko do przypadków umów, w których wykonawca (generalny wykonawca) na podstawie umowy o roboty budowlane oddaje inwestorowi obiekt (art. 647 k.c.) lub wykonuje remont takiego obiektu (art. 658 k.c.). Powstaje zatem pytanie czy użycie „terminu umowa o roboty budowlane” wyklucza także inne umowy o roboty budowlane lub o dzieło, których przedmiotem nie jest obiekt a wyłącznie „roboty budowlane”. Jak by nie patrzeć na ww. problem wydaje się, iż przepisy o „obligatoryjnych postanowieniach” nie dotyczą:

- 1) umowy o wykonanie robót, do których opis robót nie wynika z projektów, do których mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego w zakresie umowy dzieło
- 2) umowy o zaprojektowanie i wykonanie robót
- 3) umowy o realizację obiektu budowlanego
- 4) umowy o wykonanie zamówień publicznych złożonych z np. z robót budowlanych i usług, których nie da się zaliczyć do klasycznej umowy określonej w kodeksie cywilnym

Dopuszczenie takiej interpretacji prowadzi do konieczności zadania pytania, czy zasadne jest wyłączenie z tej regulacji umów, w których przedmiot umowy opisuje się za pomocą innych dokumentów niż projekty, zwłaszcza, że umowy te mogą dotyczyć znacznych wartości.

Nie objęcie regulacją umów projektuj buduj czy umów o realizację obiektu powoduje, że pomija się umowy o znacznej wartości do których właśnie takie regulacje chyba najbardziej pasują.

Wydaje się, iż nie jest także dobrym pomysłem uznanie także, że w każdej bez wyjątku w umowie o roboty budowlane o wartości powyżej 30 tys euro muszą być wszystkie wskazane zapisy.

Jeśli w ogóle przepisy o „obligatoryjnych postanowieniach” miałyby dalej obowiązywać to należy rozważyć ich stosowanie do innego zakresu umów, Może np. do zamówień publicznych na roboty budowlane o wartości powyżej progu, od którego uzależnione jest publikowanie ogłoszenia o zamówieniu w Unii Europejskiej.

Brak precyzji ustawodawcy, co do ustalenia zakresu stosowania „obligatoryjnych postanowień” już dziś prowadzi do tego, że część inwestorów publicznych nie rozpoznając jednoznacznie zakresu obowiązywania tych przepisów stosuje je do wszystkich umów o zamówienie publiczne na roboty budowlane bez wyjątku. Albo odwrotnie uważa pryncypialnie że może je stosować tylko do umów opisanych w art. 647 kodeksu cywilnego. Niestety każde z tych podejść ma swoje wady.

Kolejną trudnością we wdrażaniu przepisów dotyczących „obligatoryjnych postanowień” jest ich zakres i stopień uszczegółowienia.

3.2 Problem z ustaleniem faktycznego zakresu „obligatoryjnych postanowień”

Przepisy o „obligatoryjnych postanowieniach” regulują niestety tylko niewielka część problemów związanych z podwykonawstwem dotyczących wyłącznie uwarunkowań rozliczenia się inwestora z podwykonawcami. Okazuje się, że wskazana przez ustawodawcę lista obligatoryjnych klauzul nie stanowi wystarczającego minimum, aby inwestor zapewnił bezpieczny i bezkonfliktowy przebieg procesu budowlanego podczas rozliczenia z wykonawcą i jego podwykonawcami.

Katalog obowiązkowych (minimalnych) postanowień umowy o roboty budowlane podany w art. 143d ust. 1 ustawy Pzp, które obligują zamawiającego do doprecyzowania postanowień w zakresie podwykonawstwa, jest wyjątkowo mizerny. Niewiele w nim także szczegółowych merytorycznych wymagań, ponieważ zawiera tylko:

- 1) obowiązek przedkładania, przez wykonawcę, zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, a także projektu jej zmiany, oraz potwierdzonego za zgodność z oryginałem, przez przedkładającego, odpisu zawartej umowy o podwykonawstwo, której

przedmiotem są roboty budowlane, i jej zmian;

2) wskazanie terminu na zgłoszenie przez zamawiającego zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane i do projektu jej zmiany, lub sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do jej zmian;

3) obowiązek przedkładania, przez wykonawcę, zamawiającemu potwierdzonych za zgodność z oryginałem, przez przedkładającego, odpisów zawartych umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, oraz ich zmian;

4) podanie zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, uwarunkowanej przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom;

5) ustalenie terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy;

6) podanie zasad dotyczących zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami;

7) ustanowienie sankcji, w szczególności wysokości kar umownych, z tytułu:

a) braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom,

b) nie przedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany,

c) nie przedłożenia potwierzonego za zgodność z oryginałem, przez przedkładającego, odpisu umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany,

d) braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty.

Przepisy te szokują powtórzeniem „oczywistych oczywistości” a pominięciem „istotnych istotności”. Trzy pierwsze zobowiązania dla zamawiającego, wynikające z art. 143d, są już zapisane w ustawie, i nie ma potrzeby o nich pisać po raz kolejny. Zobowiązanie zaś zamawiającemu do podanie zasad dotyczących umów o podwykonawcach oraz zasad zapłaty wymagalnego wynagrodzenia wykonawcy stanowi dla inwestora marną pomoc przy kształtowaniu warunków relacji z wykonawcą w zakresie podwykonawstwa o czym szczegółowiej w punktach referatu dotyczących problemów z ustaleniem tych zasad.

Cały przepis o „obligatoryjnych postanowieniach” jest zbyt ogólnikowy i dlatego powinien być pominięty jako niepotrzebne powtórzenie wcześniejszych regulacji lub znacząco uszczegółowiony o wiele zagadnień dotyczących relacji inwestora z wykonawcą i podwykonawcami zarówno w obszarze rozliczeń jak też innych kwestii.

Aby przekonać się jak wiele brakuje tym regulacjom w odniesieniu tylko do problemów związanych z wynagrodzeniem dla podwykonawców należy porównać zakres regulacji ustawowych z wzorem umowy w sprawie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych dotyczących obiektu liniowego, który zaleca UZP jako praktyczny przykład zastosowania „obligatoryjnych postanowień”. Strach pomyśleć ile konfliktowych sytuacji wystąpi w praktyce w kwestiach rozliczeń, które ustawodawca w ogóle nie uregulował. W umowach o podwykonawstwo jest wiele trudnych do uregulowania kwestii, które mogą wiązać się wysokością należnego wynagrodzenia odnoszących się do zakresu realizowanego przedmiotu zamówienia, jego jakości i wadliwego wykonania. Wysokość wynagrodzenia podwykonawcy dla umów dotyczących robót/ usług/ dostaw w zakresie wielu specjalistycznych branż może być zależna od wielu czynników, których nie da się przewidzieć i uregulować z góry.

3.3 Problem wyjątkowej pracochłonności i uciążliwości autoryzacji umów podwykonawców i dalszych podwykonawców

W celu zapewnienia terminowej płatności wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom zamówień publicznych „obligatoryjne postanowienia” narzucają na zamawiającego dokonanie autoryzacji szeregu umów o podwykonawstwo tj. co najmniej

1) projektów umów o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane

- 2) zawartych umów o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane
- 3) zmian zawartych umów o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane
- 4) zawartych umów o podwykonawstwo na usługi i dostawy
- 5) zmian zawartych umów o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane

W przypadku podwykonawstwa robót budowlanych, zamawiający będzie nie tylko badał zgodność przewidzianego w niej terminu płatności wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, ale również sprawdzał spełnienie przez podwykonawców lub dalszych podwykonawców warunków podmiotowych określonych dla wykonawcy, a także oceniał spełnianie przez umowę o podwykonawstwo wymagań określonych w siwz. W przypadku umów na dostawy i usługi wyjątkowy uciążliwy jest nakaz sprawdzania umów od wartości 50 tys zł

Autoryzacja ww. listy umów wymaga w praktyce w wielu przypadkach zajęcia stanowiska na piśmie.

Konieczność merytorycznej oceny ww. listy umów oraz stworzenie do niej potężnej ilości „papierologii” stanowi nakład pracy, który dla przeciętnego inwestora publicznego stanowi istotną barierę w sprawnym i szybkim prowadzeniu procesu budowlanego. A przecież jednym z podstawowych celów tych rozwiązań miało być obniżenie kosztów i przyspieszenie realizacji zobowiązań.

Dlatego też albo inwestora czeka mozolna benedyktyńska praca nad umowami podwykonawców albo korzystanie z instytucji „milczącej zgody”, która jak potwierdza praktyka kończy się dla inwestora sporami. Świadczy o tym orzecznictwo sądowe zapadłe na gruncie podobnych rozwiązań z art. 647¹ § 1 kodeksu cywilnego, ujawnia wiele przypadków podwójnej zapłaty wynagrodzenia przez zamawiającego za te same roboty zarówno na rzecz wykonawcy jak i podwykonawcy, właśnie w sferze zamówień publicznych (o czym pisał prof. dr hab. R. Szostak w ekspertyzie opracowanej na potrzeby oceny projektu nowelizacji) Zamawiający nie zawsze jest w pełni świadomy konsekwencji udzielenia takiej milczącej zgody.

Część inwestorów uważa także, że niejednoznacznie określono „obligatoryjnych postanowieniach” rodzaje umów na dostawy/ usługi, których obowiązek autoryzacji dotyczy. W praktyce są wątpliwości, czy obowiązkiem tym są objęte umowy podwykonawstwa w zakresie przeszkolenia załogi, czy usługi transportu pracowników. Dlatego też część inwestorów usiłuje żądać znacznie szerszy zakres umów o podwykonawstwo w usługach i dostawach niż to wynika z przepisów. Albo nie rozumiejąc przepisów zaniechać żądania umów, które należą poddać autoryzacji.

3.4 Problem z ustaleniem niezbędnych zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy

Lakoniczne wskazanie w „obligatoryjnych postanowieniach”, iż inwestor ma obowiązek podania w umowie o roboty budowlane zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy rodzi po stronie zamawiającego same problem, gdyż nie ma on zbytnio pojęcia jak szczegółowo powinien on te kwestie uregulować. Przede wszystkim nie wie jak zabezpieczać się przed lukami prawnymi jakie nowe regulacje ze sobą niosą.

Efektom „istniejących w przepisach dziur” są próby wymuszania przez podwykonawców wypłacenia im wynagrodzenia przewyższające wartość umowy z wykonawcą (suma gwarantowanego wynagrodzenia podwykonawcy jest wyższa od wartości umowy podstawowej), gdy zamawiający udzieli zgody na umowę lub umowy podwykonawcze, które gwarantowałyby mu takie wynagrodzenie. Możliwość wystąpienia takich przypadków w praktyce potwierdza odpowiedź prezesa UZP (znak : UZP/DP/O/026/723/14/) udzielona na interpelację poselską Pana Tadeusza Dziuby Zgodnie z treścią tej interpelacji „zamawiający nie jest uprawniony do wniesienia pisemnego zastrzeżenia do projektu umowy o podwykonawstwo w przypadku przedłożenia mu do akceptacji projektu umowy o podwykonawstwo o wartości przekraczającej wartość udzielonego wykonawcy w tym zakresie zamówienia, o ile nie zawrze uprzednio w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagań dotyczących umów o podwykonawstwo ograniczających odpowiedzialność zamawiającego z tego tytułu. Niestety obligatoryjne postanowienia podane w ustawie nie wymuszają na zamawiającym uregulowanie takich sytuacji.

W odpowiedzi na interpelację prezes UZP sugeruje, aby zamawiający mógł się zabezpieczyć przed takim przypadkiem musi niestety sam przewidzieć konieczność ujęcia w treści wymagań dotyczących umów o podwykonawstwo postanowień przewidujących, iż zamawiający zgłosi pisemne zastrzeżenie w stosunku do projektu umowy o podwykonawstwo na roboty budowlane, której wartość ze względu na wartość poprzednio zaakceptowanych umów o podwykonawstwo przedłożonych mu do akceptacji, spowodowałaby konieczność dokonania płatności bezpośrednich za wykonanie robót budowlanych, w związku z treścią art. 143c ust. 1 ustawy Pzp za wykonanie robót budowlanych w wysokości przekraczającej wartość udzielonego w tym zakresie zamówienia.

Prezes UZP wyjaśnia dalej, że *„zgodnie z art. 143c ust. 7 ustawy Pzp, w przypadku dokonania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy (por. art. 143c ust. 1 ustawy Pzp), zamawiający potrąca kwotę wypłaconego wynagrodzenia z wynagrodzenia należnego wykonawcy. Tym samym, zamawiający w przypadku dokonania bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo na roboty budowlane w przypadku uchylecia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę zamówienia na roboty budowlane (por. art. 143c ust. 1 ustawy Pzp), jest zobowiązany potrącić kwotę wypłaconego wynagrodzenia z wynagrodzenia należnego wykonawcy. W sytuacji, w której suma wartości zaakceptowanych przez zamawiającego umów o podwykonawstwo na roboty budowlane przekraczałyby wysokość wynagrodzenia wykonawcy, wynikającą z tytułu zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego, zamawiający nie miałby możliwości potrącania stosownych kwot z wynagrodzenia należnego wykonawcy. W konsekwencji, zamawiający jest zobowiązany do dokonywania bezpośrednich płatności za roboty budowlane wykonane na podstawie zaakceptowanych umów o podwykonawstwo, tylko do wysokości nieprzekraczającej wartości udzielonego zamówienia.”* Zdaniem Prezesa UZP, zamawiający może także rozważyć sformułowanie postanowień ograniczających odpowiedzialność zamawiającego wobec podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy z tytułu płatności bezpośrednich za wykonanie robót budowlanych, w przypadku różnic w cenach jednostkowych za wykonane roboty pomiędzy cenami jednostkowymi określonymi umową o podwykonawstwo, a cenami jednostkowymi określonymi umową zawartą między zamawiającym, a wykonawcą.”

W opinii niektórych ekspertów zalecenia Prezesa UZP są nie niemożliwe do praktycznego zastosowania, gdyż ich wdrażanie prowadziłoby do sytuacji, w których wynagrodzenie podwykonawców nie miałoby związku z zakresem zleczanych robót.

W przepisach o zasadach zapłaty brak jest także rozwiązań prawnych gwarantujących równoczesną płatność wykonawcy i podwykonawcy za wykonane roboty tak jak to ma miejsce w przypadku rozwiązań brytyjskich, które eliminują konieczność wypłaty wynagrodzenia ze środków własnych wykonawcy. Szkoda, że w przepisach o „obligatoryjnych postanowieniach” nie ma nakazu do wprowadzania do umów z podwykonawcami postanowień zakazujących generalnemu wykonawcy uzależnienia zapłaty częściowego wynagrodzenia podwykonawcy od uprzedniego uzyskania wynagrodzenia od inwestora.

Dlatego też aktualnie powszechną praktyką generalnych wykonawców jest forsowanie w umowach z podwykonawcami klauzul, które mają na celu wyeliminowanie ryzyka wypłaty wynagrodzenia podwykonawcom przed otrzymaniem za wykonane przez nich prace wynagrodzenia od inwestora. Niebezpieczne dla rozliczeń inwestora z podwykonawcą jest także pominięcie w „obligatoryjnych postanowieniach regulacji przeciwdziałających ustalaniu przez inwestorów/ wykonawców / podwykonawców zaniżonych kwot zaliczek nieadekwatnych do wkładu pracy strony, która ma z tej zaliczki finansować swoją część zamówienia. Brak ustawowo narzuconego minimalnego poziomu zaliczek w umowach o roboty budowlane stanowi istotną lukę w stworzonym obecnie systemie sprzyja bowiem wystąpieniu utraty płynności finansowej wykonawcy i podwykonawców.

Ustalanie przez inwestora niskich kwot zaliczek staje się obecnie powszechną praktyką jako panaceum na bieżące trudności w płynnym finansowaniu zadań budowlanych ze budżetu jednostek publicznych. Niektórzy inwestorzy w ferworze szukania wszędzie oszczędności, w ogóle pomijają w umowie z wykonawcą możliwość wypłaty obowiązkowych zaliczek pomimo, przyjęcia rozliczenie na podstawie tylko jednej faktury i realizacji kontraktu w okresie dłuższym niż 12 miesięcy. (świadkiem takiego

dziania inwestora był autor referatu). Okazuje się więc , że inwestorzy nie respektują nawet oczywistych obowiązków wobec wykonawcy/ podwykonawcy. Taki stan rzeczy budzi obawy, jakie zagrożenia jeszcze mogą kryć te przepisy.

Manipulacyjnemu stosowaniu przepisów o podwykonawstwie sprzyja również niejednoznaczność pojęć użytych do określenia warunków bezpośredniej zapłaty. Zgodnie z regulacją ustawową zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia , w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę zamówienia na roboty budowlane. Termin dotyczący „uchylania się” jest bardzo wieloznaczny i różnie interpretowany przez organy orzekające. Bez ustalenia zakresu znaczeniowego terminu „uchylania się” wykonawcy od zapłaty nie możliwe jest jednoznaczne ustalenie okoliczności warunkujących zobowiązanie zamawiającego do dokonania bezpośredniej zapłaty wobec podwykonawców.

W przepisach o „obligatoryjnych postanowieniach” przydałoby się umieszczenie zobowiązania dla zamawiającego wskazania minimalnego zakresu czynności jakie musi wykonać podwykonawca, aby doprowadzić do uzyskania bezpośredniej płatności.

Co najmniej powinno się wskazać podwykonawcy, że jego wynagrodzenie musi być wymagalne tj. uwarunkowane wykonaniem świadczenia zgodnie z umową oraz dokonaniem odbioru , względnie przekazaniem do odbioru oraz upłynięciem np. 30-dniowego (lub innego wyznaczonego) terminu na dokonanie płatności oraz przy wystąpieniu braku płatności podwykonawcy wezwaniem wykonawcy ponownie do dokonania płatności w dodatkowym terminie.

Dopiero brak reakcji wykonawcy na to wezwanie można uznać jako uchylenie się od płatności.

Natomiast przywilej zamawiającego udzielania zaliczek wykonawcom, kontraktów trwających dłużej niż 12 miesięcy bez wskazania maksymalnych poziomów kwot dla zaliczek , może zagrozić interesom publicznym, tym bardziej że dopuszcza się możliwość pobranej zaliczki na materiały i urządzenia, nie tyle w związku z odbiorem przedmiotu zamówienia, ile w związku z samym dostarczeniem materiałów i urządzeń na teren budowy, przed realnym sprawdzeniem ich jakości.

Z punktu widzenia inwestora publicznego istotną kwestią nie poruszona w ogólnie w ramach przepisów o podwykonawstwie są ewentualne trudności związane z rozliczaniem kontraktów finansowych z UE

3.5 Problem z podaniem zasad dotyczących zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami;

Obowiązek określenia przez zamawiającego obligatoryjnych warunków, jakie ma spełniać umowa z podwykonawcą jest wyjątkowo trudny , ponieważ na etapie przygotowywania zamówienia (w zasadzie do momentu złożenia oferty) zamawiający nie zna jeszcze zakresu zamówienia, jaki wykonawca zamierza zlecić podwykonawcy. Prowadzić to może do sytuacji, w której po zawarciu umowy z wykonawcą wystąpi konieczność wprowadzania zmian do umowy, których realizacja będzie utrudniona ze względu na zapisy art. 144 u Pzp. Dodatkowo inwestor publiczny jako nie fachowiec musi wziąć na siebie nadzorowanie spójnością wielu umów podwykonawczych. W praktyce może się okazać, że zaniecha tych działań narażając się na manipulacje poszczególnych podwykonawców, którzy skupiając się tylko na jednej własnej umowie będą mieli przewagę w relacji z zapracowanym i skończonym wielością zadań inwestorem. . Przeciętny inwestor nie dysponuje aktualnie wystraszającymi zasobami kadrowi i nawet finansowymi aby zarządzać procesem budowlanym na taką skalę jak oczekuje od niego ustawodawca. Problematyka umów o podwykonawstwo dotyczy poza robotami budowlanymi jeszcze usług i dostaw, których umowy mają swoją specyfikę branżową. Znajomość specyfiki tych branż w kontekście choćby kontrolowania warunków umownych dla takich przypadków na pewno przekracza kompetencje inwestora.

Zobligowanie zamawiającego do ustalenia zasad dotyczących zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami; bez wskazania konkretnego praktycznego wzorca, co w takich zasadach należy ująć, jest pustym „frazesem prawnym”. Sprawne i skuteczne nadzorowanie przez

inwestora publicznego (z reguły niedoświadczonego uczestnika procesu budowlanego) wszystkich umów o podwykonawstwo w obecnym systemie rozwiązań prawnych jest nie możliwe. Jest bardzo prawdopodobne, że postępowania zlecone wg nowych regulacji będą częściej narażone na zarzuty naruszenia przez inwestora dyscypliny finansów publicznych. Chyba ustawodawca przecenił kompetencje i możliwości inwestorów jako zarządców cudzych zobowiązań tj. zobowiązań wykonawców wobec podwykonawców, z którymi on nie ma żadnych bezpośrednich stosunków umownych.

Za prawidłowość w tym racjonalność relacji wykonawcy z podwykonawcami nie powinien odpowiadać inwestor.

3.6 Problem w zakresie stosowania obligatoryjnych kar umownych za niedopełnienie obowiązków przez wykonawcę / podwykonawcy.

Inwestorzy wdrażając przepisy o obligatoryjnych „karach umownych” mają trudności z interpretacji przepisów odnoszących się do ustanowienia kary umownej z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcą. Zgodnie z obowiązującym orzecznictwem **instytucja kary umownej może być stosowana wyłącznie do zobowiązań niepieniężnych** (w znaczeniu szerokim). Wszystkie więc zastrzeżenia kar umownych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania pieniężnego będą z mocy prawa nieważne. Takie rozwiązanie ma na celu zapobieganie obchodzenia zakazu ustalania odsetek umownych powyżej poziomu tzw. odsetek maksymalnych, poprzez zastrzeżenie kary umownej za niewykonanie zobowiązań pieniężnych, co wynika z postanowienia Sądu Najwyższego- Izba Cywilna z dnia 24 lipca 2009 r. (sygn. II CNP 16/2009).

Dlatego też, niezbędnym dla prawidłowego stosowania tego przepisy jest, aby postanowienie umowne przewidujące kary umowne za zwłokę w zapłacie wynagrodzenia, strony rozumiały jako zastrzeżenie odsetek umownych, a nie kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie świadczenia pieniężnego, co oczywiście powinno być w umowie jednoznacznie zapisane, bo w przypadku braku tej jednoznaczności sąd może uznać nieważność takich postanowień. Nieskuteczne zastrzeżenie w umowie o zamówienie publiczne obligatoryjnej kary umownej stanowić będzie naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Wdrażanie tego przepisu rodzi także pytanie, w jakich wysokościach należy ustalać kwotę kar umownych z tytułu niedostarczenia zawartych umów czy umów ze zmianami.

Kara umowna stanowi przecież surogatu odszkodowania, jest zabezpieczeniem stron przed negatywnymi skutkami nierzetelności kontrahenta.

Jak zatem ustalić wysokość potencjalnych szkód w tych przypadkach, które powinny być tu objęte rekompensatą, aby kara była nie wygórowana a jednocześnie w zabezpieczała interesy inwestora publicznego. Na rynku budowlanym brak jest doświadczeń w tym zakresie, ponieważ tytuły takich kar dotychczas nie występowały. W ogóle powstaje pytanie, czy są te kary konieczne, bo jest wątpliwość, czy takie działanie podwykonawców w ogóle wyrządza szkodę zamawiającemu. Poza tym chyba Ustanowienie tych kar stanowi więc chyba niepotrzebny rygoryzm.

Problemem dla inwestora może być także skuteczne ściąganie kar umownych z ww. tytułów zwłaszcza w przypadku umów o podwykonawstwo na usługi lub dostawy. Wykonawcy aktualnie nagminnie nie respektują tego obowiązku, gdyż nie bardzo rozumieją w jakim zakresie muszą te umowy przedstawiać do autoryzacji. Podobnie inwestor także na gruncie obecnych rozwiązań prawnych może nie być pewny co, do których umów obowiązuje naliczenie kar umownych, jeśli nie zostaną one mu dostarczone do autoryzacji w ciągu 7 dni po dacie ich zawarcia. Niedochodzenie z kolei należności z tytułu kar umownych przez zamawiającego stanowi naruszenie dyscypliny finansów.

Podsumowanie

Oceniając regulacje dotyczące „obligatoryjnych postanowień” należy stwierdzić że obecnej formie są one mało przydatne w praktyce.

Przyjęte rozwiązania :

- 1) nadmiernie obciążające niedoświadczonych inwestorów odpowiedzialnością za płatności podwykonawców , który mogą narażać ich na zobowiązania wykraczające poza wartość świadczenia należnego wykonawcy
- 2) narzucają na inwestora kosztochłonne procedury autoryzacji umów podwykonawców
- 3) w nieuzasadniony sposób odciążają wykonawcę od odpowiedzialności finansowej za angażowanie przez niego podwykonawców istotnie zaburzając prawidłowe rozłożenie ryzyka między stronami kontraktu na roboty budowlane
- 4) tworzą gąszcz niejednoznacznych, mało kompleksowych przepisów wprowadzających więcej bałaganu niż ładu w realizację procesu budowlanego,
- 5) nie gwarantują wymaganego w praktyce poziomu płynności i bezpieczeństwa płatności wobec podwykonawców i dalszych podwykonawców.

Wydaje się, że w Polsce tworząc prawo o podwykonawcach zapomina się całkowicie , że inwestor powierza wykonanie wszystkich lub większości czynności związanych z realizację budowlaną generalnym wykonawcom, którymi są wyspecjalizowane firmy a nie inwestor, którym często jest podmiotem po raz pierwszy stykającym się z procesem budowlanym zwłaszcza w zamówieniach publicznych. Z założenia to oni powinni znajdować się w sytuacji o ekonomicznej zapewniającej właściwą obsługę swoich zobowiązań .

Ustawodawca powinien chyba bardziej się koncentrować na tworzeniu przepisów umożliwiających inwestorowi skuteczniejsze badanie możliwości finansowych wykonawców biorących udział w zamówieniach publicznych niż przymuszać go do zapłaty długów wykonawców/ podwykonawców oraz obarczać go nadzorem za całą procedurę rozliczenia cudzych zobowiązań.

Uczynienie z inwestora odpowiedzialnym za płatności podwykonawców stanowi marnotrawienie publicznego grosza i wbrew pozorom nie stworzyło bezpieczniejszych podstaw do prowadzenia procesu budowlanego. Przeciwnie wykonawcy i podwykonawcy zaczynają te przepisy nadużywać kosztem inwestora.