



SEJM
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ
VI kadencja
Prezes Rady Ministrów
RM 10-113-09

Druk nr 2365
Warszawa, 21 września 2009 r.

Pan
Bronisław Komorowski
Marszałek Sejmu
Rzeczypospolitej Polskiej

Szanowny Panie Marszałku

Na podstawie art. 118 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. przedstawiam Sejmowi Rzeczypospolitej Polskiej projekt ustawy

- o zmianie ustawy - Kodeks cywilny.

W załączeniu przedstawiam także opinię dotyczącą zgodności proponowanej regulacji z prawem Unii Europejskiej.

Ponadto uprzejmie informuję, że do prezentowania stanowiska Rządu w tej sprawie w toku prac parlamentarnych został upoważniony Minister Sprawiedliwości.

Z poważaniem

(-) Donald Tusk

U S T A W A

z dnia

o zmianie ustawy – Kodeks cywilny

Art. 1. W ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.¹⁾) po art. 649 dodaje się art. 649¹ – 649⁵ w brzmieniu:

„Art. 649¹. § 1. Gwarancji zapłaty za roboty budowlane, zwanej dalej „gwarancją zapłaty”, inwestor udziela wykonawcy (generalnemu wykonawcy) w celu zabezpieczenia terminowej zapłaty umówionego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych.

§ 2. Gwarancją zapłaty jest gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa, a także akredytywa bankowa lub poręczenie banku udzielone na zlecenie inwestora.

§ 3. Strony ponoszą w równych częściach udokumentowane koszty zabezpieczenia wiarytelności.

Art. 649². § 1. Nie można przez czynność prawną wyłączyć ani ograniczyć prawa wykonawcy (generalnego wykonawcy) do żądania od inwestora gwarancji zapłaty za roboty budowlane.

§ 2. Odstąpienie inwestora od umowy spowodowane żądaniem wykonawcy (generalnego wykonawcy) przedstawienia gwarancji zapłaty jest bezskuteczne.

Art. 649³. § 1. Wykonawca (generalny wykonawca) robót budowlanych może w każdym czasie żądać od inwestora gwarancji zapłaty do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia wynikającego z umowy oraz robót dodatkowych lub koniecznych do wykonania umowy, zaakceptowanych na piśmie przez inwestora.

§ 2. Udzielenie gwarancji zapłaty nie stoi na przeszkodzie żądaniu gwarancji do łącznej wysokości określonej w § 1.

Art. 649⁴. § 1. Jeżeli wykonawca (generalny wykonawca) nie uzyska żądanej gwarancji zapłaty w wyznaczonym przez siebie terminie, nie krótszym niż 30 dni, uprawniony jest do odstąpienia od umowy z winy inwestora ze skutkiem na dzień odstąpienia.

§ 2. Brak żądanej gwarancji zapłaty stanowi przeszkodę w wykonaniu robót budowlanych z przyczyn dotyczących inwestora.

§ 3. Inwestor nie może odmówić zapłaty wynagrodzenia mimo niewykonania robót budowlanych, jeżeli wykonawca (generalny wykonawca) był gotów je wykonać, lecz doznał przeszkody z przyczyn dotyczących inwestora. Jednakże w wypadku takim inwestor może odliczyć to, co wykonawca (generalny wykonawca) oszczędził z powodu niewykonania robót budowlanych.

Art. 649⁵. Przepisy art. 649¹ – 649⁴ stosuje się do umów zawartych między wykonawcą (generalnym wykonawcą) a dalszymi wykonawcami (podwykonawcami).”.

Art. 2. Do umów o roboty budowlane zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe.

Art. 3. Traci moc ustawa z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane (Dz. U. Nr 180, poz. 1758 oraz z 2006 r. Nr 220, poz. 1613).

Art. 4. Ustawa wchodzi w życie po upływie 30 dni od dnia ogłoszenia.

¹⁾ Zmiany wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 1971 r. Nr 27, poz. 252, z 1976 r. Nr 19, poz. 122, z 1982 r. Nr 11, poz. 81, Nr 19, poz. 147 i Nr 30, poz. 210, z 1984 r. Nr 45, poz. 242, z 1985 r. Nr 22, poz. 99, z 1989 r. Nr 3, poz. 11, z 1990 r. Nr 34, poz. 198, Nr 55, poz. 321 i Nr 79, poz. 464, z 1991 r. Nr 107, poz. 464 i Nr 115, poz. 496, z 1993 r. Nr 17, poz. 78, z 1994 r. Nr 27, poz. 96, Nr 85, poz. 388 i Nr 105, poz. 509, z 1995 r. Nr 83, poz. 417, z 1996 r. Nr 114, poz. 542, Nr 139, poz. 646 i Nr 149, poz. 703, z 1997 r. Nr 43, poz. 272, Nr 115, poz. 741, Nr 117, poz. 751 i Nr 157, poz. 1040, z 1998 r. Nr 106, poz. 668 i Nr 117, poz. 758, z 1999 r. Nr 52, poz. 532, z 2000 r. Nr 22, poz. 271, Nr 74, poz. 855 i 857, Nr 88, poz. 983 i Nr 114, poz. 1191, z 2001 r. Nr 11, poz. 91, Nr 71, poz. 733, Nr 130, poz. 1450 i Nr 145, poz. 1638, z 2002 r. Nr 113, poz. 984 i Nr 141, poz. 1176, z 2003 r. Nr 49, poz. 408, Nr 60, poz. 535, Nr 64, poz. 592 i Nr 124, poz. 1151, z 2004 r. Nr 91, poz. 870, Nr 96, poz. 959, Nr 162, poz. 1692, Nr 172, poz. 1804 i Nr 281, poz. 2783, z 2005 r. Nr 48, poz. 462, Nr 157, poz. 1316 i Nr 172, poz. 1438, z 2006 r. Nr 133, poz. 935 i Nr 164, poz. 1166, z 2007 r. Nr 80, poz. 538, Nr 82, poz. 557 i Nr 181, poz. 1287, z 2008 r. Nr 116, poz. 731, Nr 163, poz. 1012, Nr 220, poz. 1425 i 1431 i Nr 228, poz. 1506 oraz z 2009 r. Nr 42, poz. 341, Nr 79, poz. 662 i Nr 131, poz. 1075.

UZASADNIENIE

I. Geneza opracowania projektu

Projekt stanowi realizację wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 listopada 2006 r., (w sprawie o sygn. K 47/04, Dz. U. Nr 220, poz. 1613).

W wymienionym wyżej wyroku Trybunał Konstytucyjny orzekł o niezgodności z art. 2 Konstytucji RP przepisów art. 4 ust. 4 i art. 5 ust. 1 i 2 ustawy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane.

II. Cel proponowanej regulacji

Celem opracowania niniejszego projektu jest potrzeba zapobiegania negatywnym zjawiskom w gospodarce, w szczególności nieregulowania przez inwestorów i wykonawców robót budowlanych należnej zapłaty za prace wykonane przez wykonawców i podwykonawców – w szczególności małych i średnich przedsiębiorców.

Na rynku świadczeń usług budowlanych występują coraz częściej przypadki nieregulowania lub nieterminowego regulowania należności za wykonane świadczenia dotyczące robót budowlanych, w szczególności wykonawcom występującym w procesie inwestowania w charakterze podwykonawców. Odnosi się to często do należności za roboty budowlane wykonywane przez małych i średnich przedsiębiorców, których kontrahentami są inwestorzy i wykonawcy (generalni wykonawcy), na ogół duże przedsiębiorstwa budowlane – spółki akcyjne lub z ograniczoną odpowiedzialnością, przedsiębiorstwa deweloperskie dysponujące znacznym kapitałem zakładowym, wytwórczym i finansowym. Taki status wzbudza zaufanie u mających z nimi współpracować małych i średnich przedsiębiorców. Okazuje się następnie, że potencjał ten jest niekiedy pozorny. Dość często zgłaszane są wnioski o wszczęcie postępowania układowego lub nawet ogłaszana jest upadłość tych inwestorów i wykonawców, a w konsekwencji – małych i średnich przedsiębiorców, którzy występują w realizowaniu robót przez wykonawcę jako podwykonawcy.

Procesy sądowe mające na celu odzyskanie zapłaty, która pokrywa z reguły nie tylko koszty robocizny, ale także materiałów kupionych na ogół z zaciągniętego kredytu bankowego, są długotrwałe, czasochłonne i kosztowne. W wielu wypadkach nie przynoszą spodziewanego efektu ze względu na brak możliwości wyegzekwowania zasądzonych należności.

Proponowana regulacja ma na celu zapobieganie takim zjawiskom, szkodliwym nie tylko dla podwykonawców, ale także dla gospodarki.

III. Przyjęta systematyka

Za wprowadzeniem proponowanych przepisów do Kodeksu cywilnego przemawia między innymi następujący pogląd Trybunału Konstytucyjnego: „Należałoby całościowo przeanalizować ten problem łącznie z zagadnieniem umiejscowienia przepisów o gwarancji terminowej zapłaty za roboty budowlane, całościowo dostosować terminologię do przyjętej w kodeksie cywilnym, (pkt III. 10, in fine cyt. uzasadnienia).

Taki sam pogląd wyraziła, działająca przy Ministrze Sprawiedliwości, Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego, dostrzegając, iż względy spójności systemowej przemawiają za uregulowaniem gwarancji zapłaty za roboty budowlane w tytule XVI Księgi trzeciej Kodeksu cywilnego.

IV. Regulacje szczegółowe

Projektowane przepisy mają charakter wprowadzie cywilnoprawny, jednak dyscyplinujący, dlatego w znacznej części nadano im, znany w cywilistyce, rygor przepisów bezwzględnie obowiązujących. Ogranicza to uznaniowość, a nawet spotykaną niekiedy dowolność kształtowania stosunków prawnych, przy czym nie narusza porządku prawnego.

W art. 649¹ projekt przyznaje uczestnikom budowlanego procesu inwestycyjnego uprawnienia do zgłoszenia żądania udzielenia zabezpieczenia wierzytelności wynikającej z umowy, na podstawie której dany podmiot uczestniczy w budowlanym procesie inwestycyjnym. Jednocześnie należałoby zastrzec, że żądanie podwykonawcy udzielenia zabezpieczenia należności przez wykonawcę nie wyłącza odpowiedzialności wykonawcy i inwestora wobec podwykonawcy, o której mowa w art. 647¹ § 5 Kodeksu cywilnego. Zabezpieczeniem wierzytelności będzie w szczególności gwarancja bankowa, gwarancja ubezpieczeniowa, akredytywa bankowa – a więc formy zabezpieczeń szeroko stosowane i ugruntowane w obrocie gospodarczym, zapewniające bezpieczeństwo i skuteczność czynności prawnych podejmowanych przez kontrahentów. Ograniczenie form zabezpieczeń z pominięciem np. weksli i zastawu wynika z ograniczenia możliwości ustanawiania przez uczestników procesu budowlanego zabezpieczeń potencjalnie nierzetelnych – bez rękojmi, jaką dają instytucje zaufania publicznego, jakimi są banki lub firmy ubezpieczeniowe.

Instytucje bankowe i ubezpieczeniowe wymienione w projektowanym art. 649¹ § 2 należy rozumieć w sposób określony w odpowiednich przepisach ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665, z późn. zm.) i ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz. U. Nr 124, poz. 1151, z późn. zm.).

Przepis § 3 w art. 649¹ wprowadza zasadę równego ponoszenia kosztów zabezpieczenia przez inwestora i żądającego gwarancji. Ponoszenie całych kosztów związanych z udzieleniem gwarancji przez inwestora wydaje się bowiem nieuzasadnione. Regulacja ta czyni ponadto zadość sugestii Trybunału Konstytucyjnego, który w uzasadnieniu powołanego wyżej wyroku wskazał, iż „skoro celem ustawowej regulacji jest zagwarantowanie realizacji określonej wartości, jaką jest terminowa zapłata za wykonanie robót budowlanych, to koszt takiej gwarancji powinien być rozłożony równo na strony umowy”.

Art. 649² wprowadza brak możliwości wyłączenia lub ograniczenia przez inwestora żądania gwarancji. Jednocześnie § 2 stanowi o bezskuteczności odstąpienia inwestora od umowy spowodowanej żądaniem gwarancji. Jest to jedna z kluczowych norm projektu zapewniająca osiągnięcie celów nowelizacji.

Art. 649³ wprowadza możliwość żądania gwarancji na każdym etapie procesu budowlanego.

W praktyce wykonawca będzie mógł zatem żądać od inwestora gwarancji – nie tylko przed przystąpieniem do realizacji kontraktu, lecz także w dowolnym czasie. Będzie to miało znaczenie wówczas, gdy wykonawca poweźmie uzasadnione wątpliwości co do kondycji finansowej inwestora bądź jego rzetelności. Udzielenie gwarancji (częściowej) nie będzie stanowiło przeszkody do żądania gwarancji do pełnej sumy zabezpieczenia roszczeń (§ 2). Wysokość gwarancji została skorelowana z wysokością ewentualnego wynagrodzenia wykonawcy, wynikającego z umowy bądź zaakceptowanych przez inwestora robót dodatkowych. Przepis ten zabezpieczy interesy finansowe żądającego gwarancji. Wprowadzenie w ustawie górnej granicy wysokości gwarancji zapobiegnie zaś dowolności w jej ustalaniu.

Art. 649⁴ ma na celu umożliwienie wykonawcy odstąpienia od umowy z winy inwestora w przypadku niezyskania gwarancji w wyznaczonym terminie. Termin ten jednak nie może być krótszy niż 30 dni. Termin ten powinien pozwolić inwestorowi na załatwienie niezbędnych formalności związanych z udzieleniem gwarancji.

Projektowany § 3 daje wykonawcy możliwość żądania wynagrodzenia na zasadzie analogicznej do określonej w art. 639 K.c. (umowa o dzieło).

Art. 649⁵ stanowi o stosowaniu przepisów projektu do umów zawieranych pomiędzy wykonawcą (generalnym wykonawcą) a dalszymi wykonawcami oraz pomiędzy wykonawcami a podwykonawcami. Wprowadzenie (kaskadowej) możliwości żądania gwarancji zapłaty przez głównych uczestników procesu budowlanego jest jedną z idei projektu, przesądzającą o jego skuteczności w praktyce. W procesie budowlanym rzadko bowiem mamy do czynienia z jednym wykonawcą, w większości przypadków w procesie tym występuje cały łańcuch nieznanych sobie wcześniej podwykonawców.

Art. 2 stanowiący, iż do umów o roboty budowlane zawartych przed dniem wejścia w życie projektowanej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, ma na celu zapewnienie pewności obrotu gospodarczego i stanowi zadość zasadzie – *lex retro non agit*.

Art. 3 deroguje ustawę z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji za roboty budowlane. Jest to konsekwencja wejścia w życie przedmiotowej nowelizacji Kodeksu cywilnego regulującej tę materię.

Art. 4 wprowadza niezbędne *vacatio legis*, umożliwiające adresatom norm zapoznanie się z nowymi regulacjami.

OCENA SKUTKÓW REGULACJI

1. Cel wprowadzenia ustawy

Celem opracowania niniejszego projektu jest potrzeba zapobiegania negatywnym zjawiskom w gospodarce, w szczególności nieregulowania przez inwestorów i wykonawców robót budowlanych należnej zapłaty za prace wykonane przez wykonawców i podwykonawców – w szczególności małych i średnich przedsiębiorców. Regulacje przyczynią się także do budowy przyjaznego otoczenia prawnego dla inwestycji związanych z rozbudową infrastruktury kraju w aspekcie UEFA EURO 2012.

2. Podmioty, na które oddziałuje projektowana regulacja

Niniejsza regulacja oddziałuje na szeroko pojęty krąg przedsiębiorców związanych z rynkiem usług budowlanych.

3. Konsultacje projektu

Projekt ustawy został skonsultowany z wszystkimi resortami, zainteresowanymi organami oraz organizacjami skupiającymi przedsiębiorców: Polską Konfederacją Pracodawców Prywatnych, Polskim Związkiem Pracodawców Budownictwa, Związkiem Banków Polskich oraz Polską Izbą Ubezpieczeń.

Polska Konfederacja Pracodawców Prywatnych oraz Polski Związek Pracodawców Budownictwa nie nadesłały odpowiedzi. Uwagi zgłosił Związek Banków Polskich oraz Polska Izba Ubezpieczeń. Uwaga obu tych instytucji dotycząca gwarancji nieodwołalnej, bezwarunkowej i płatnej na każde żądanie – została w pełni uwzględniona. Natomiast nie uwzględniono uwagi PIU, aby w K.c. uregulować instytucję gwarancji – jest ona uregulowana w prawie bankowym. Nie uwzględniono też zastrzeżeń PIU co do możliwości żądania gwarancji w każdym czasie obowiązywania umowy – w procesie budowlanym uczestniczy szereg podwykonawców na różnym etapie i nie można wykluczyć, że potrzeba żądania gwarancji powstanie na dalszym etapie prac budowlanych. PIU nie wskazała skutków finansowych regulacji projektu w zakresie rynku ubezpieczeń.

Nowelizacja została także zamieszczona na stronach internetowych Ministerstwa Sprawiedliwości.

Zainteresowanie pracami nad projektem, w trybie art. 7 ustawy z dnia 7 lipca 2005 r. o działalności lobbingsowej w procesie stanowienia prawa (Dz. U. Nr 169, poz. 1414, z późn. zm.), zgłosił Tadeusz Jurkiewicz, koordynator Obywatelskiej Inicjatywy Ustawodawczej Gwarancje Zapłaty, proponując rozszerzenie możliwości żądania gwarancji dla wszystkich uczestników procesu budowlanego, w tym wynajmujących sprzęt budowlany – w formie hipoteki budowlanej i gwarancji zapłaty.

Odnosząc się do tej propozycji należy podkreślić, że szczególnie pomiędzy inwestorem a wykonawcą i podwykonawcami zachodzą negatywne zjawiska związane z powstawaniem omówionych wyżej tzw. zatorów płatniczych. Inni przedsiębiorcy, występujący w procesie budowlanym w takim charakterze, jak: dostawcy materiałów lub usług, wynajmujący sprzęt niezbędny przy budowie, geodeci – mogą korzystać z zabezpieczenia terminowej zapłaty na zasadach ogólnych, żądając w konkretnych przypadkach odpowiedniego zabezpieczenia zapłaty.

Jeśli chodzi o propozycję hipoteki budowlanej, nie zdecydowano o wprowadzeniu takiej hipoteki z kilku powodów, między innymi ze względu na zagrożenie zwiększenia obciążeń hipotecznych nieruchomości, co utrudnia dochodzenie roszczeń przez wierzycieli niezabezpieczonych rzeczowo. Ponadto istnienie licznych hipotek na rzecz przedsiębiorców budowlanych mogłoby utrudnić uzyskanie finansowania inwestycji, gdyż banki znacznie ostrożniej udzielałyby kredytów zabezpieczonych na nieruchomościach, na których prowadzone są prace budowlane.

4. Skutki wprowadzenia projektu

1) wpływ regulacji na dochody i wydatki budżetu oraz sektora publicznego

Projektowana regulacja może spowodować skutki finansowe w szczególności dla dochodów wydatków budżetu i sektora publicznego, w przypadkach, w których udzielającymi gwarancji będą jednostki sektora finansów publicznych. Precyzyjne oszacowanie skutków finansowych nie jest jednak możliwe, albowiem brak jest danych pozwalających określić kwotę dla żądań gwarancji zapłaty za roboty budowlane, które byłyby wypłacane z budżetu państwa. Jednocześnie projektowana ustawa może zapobiec innym wydatkom powstającym obecnie. Problem nieregulowania należności przedsiębiorcom pociąga bowiem za sobą łańcuch poszkodowanych generujących koszty dla Skarbu Państwa.

2) wpływ na rynek pracy, konkurencyjność gospodarki i przedsiębiorczość, w tym na funkcjonowanie przedsiębiorstw, oraz sytuację i rozwój regionalny

Wprowadzenie w życie nowych regulacji powinno mieć pozytywny wpływ na sytuację i rozwój regionalny oraz na konkurencyjność zewnętrzną gospodarki, poprzez zwiększenie pewności i bezpieczeństwa obrotu gospodarczego związanego z szeroko pojętym rynkiem budowlanym. Ograniczenie działalności gospodarczej z braku środków obrotowych, a następnie upadłość przedsiębiorcy, jest dalszą konsekwencją zatorów płatniczych i niewypłacalności. Ograniczenie lub likwidacja działalności gospodarczej powoduje ograniczenie zatrudnienia – wzrost bezrobocia, a więc skutki najbardziej niekorzystne dla gospodarki. Wejście w życie projektowanych przepisów ma zapobiec tym zjawiskom. Przedstawione zjawiska, mające w poszczególnych wypadkach znaczenie mikroekonomiczne, zważywszy na coraz większą ich ilość, zaczynają nabierać znaczenia makroekonomicznego.

Projektowana nowelizacja nie jest objęta prawem Unii Europejskiej.



URZĄD
KOMITETU INTEGRACJI EUROPEJSKIEJ
SEKRETARZ

KOMITETU INTEGRACJI EUROPEJSKIEJ
SEKRETARZ STANU

Mikołaj Dowgielewicz

Min.MD/1068 /09/DP/ma

Warszawa, dnia 4 września 2009 r.

Pan Maciej Berek
Sekretarz Rady Ministrów

Opinia o zgodności z prawem Unii Europejskiej projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny sporządzona na podstawie art. 9 pkt 3 w zw. z art. 2 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 pkt 2a ustawy z dnia 8 sierpnia 1996 r. o Komitecie Integracji Europejskiej (Dz. U. Nr 106, poz. 494) przez Sekretarza Komitetu Integracji Europejskiej Mikołaja Dowgielewicza

Szanowny Panie Ministrze,

W związku z projektem ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (pismo z dnia 3.09.2009 r., nr RM-10-113-09), uprzejmie informuję, że nie zgłaszam uwag.

Jednocześnie pozwalam sobie wyrazić następującą opinię:

Projektowana regulacja nie jest objęta prawem Unii Europejskiej.

Z poważaniem,

PODSEKRETARZ STANU

Prof. Piotr Serajuk

Do uprzejmej wiadomości:

Pan Zbigniew Wrona
Podsekretarz Stanu
Ministerstwo Sprawiedliwości

WZÓR URZĘDOWEGO FORMULARZA ZGŁOSZENIA ZAINTERESOWANIA
PRACAMI NAD PROJEKTEM AKTU NORMATYWNEGO

**ZGŁOSZENIE
ZAINTERESOWANIA PRACAMI NAD PROJEKTEM - ZGŁOSZENIE ZMIANY
DANYCH***

Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (projekt Ministerstwa Sprawiedliwości z dnia 5 marca 2009 r.).
.....

(tytuł projektu - zgodnie z jego treścią udostępnioną w Biuletynie Informacji Publicznej
lub informacją zamieszczoną w programie prac legislacyjnych)

A. OZNACZENIE PODMIOTU ZAINTERESOWANEGO PRACAMI NAD PROJEKTEM

1. Nazwa/imię i nazwisko** Obywatelska Inicjatywa Ustawodawcza Gwarancje Zapłaty przy Stowarzyszeniu Dystrybutorów Maszyn Budowlanych, Polskiej Izbie Przemysłowo – Handlowej Budownictwa inż. Tadeusz Jurkiewicz

2. Siedziba/miejsce zamieszkania** ul. Poligonowa 4 41-711 Katowice

3. Adres do korespondencji i adres e-mail ul. Poligonowa 4 41-711 Katowice

**B. WSKAZANIE OSÓB UPRAWNIONYCH DO REPREZENTOWANIA PODMIOTU
WYMIENIONEGO W CZĘŚCI A W PRACACH NAD PROJEKTEM**

Lp.	Imię i nazwisko	Adres miejsca zameldowania na pobyt stały
1	inż. Tadeusz Jurkiewicz	
2	mec. Piotr Terlecki	
3	mec. Dr Paweł Kuglarz	
4	-----	
5	-----	

**C. OPIS POSTULOWANEGO ROZWIĄZANIA PRAWNEGO, ZE WSKAZANIEM
INTERESU BĘDĄCEGO PRZEDMIOTEM OCHRONY**

Zabezpieczenie należności w procesie budowlanym / inwestycyjnym/ dla wszystkich w nim uczestniczących na równych prawach – w formie hipoteki budowlanej i gwarancji zapłaty,

D. ZAŁĄCZONE DOKUMENTY

1	OIUGZ_zglosz_MS_Uwagi+Komentarze_do_projektu_090320_0907_22
2	Komentarz i poprawki OIUGZ projekt senacki druk nr 404 s

3	Odpowiedź OIUGZ na pismo Ministerstwa Sprawiedliwości DLP III 4268-3/08
4	Odpowiedź OIUGZ ma pismo Ministerstwa Sprawiedliwości DLP III 4105-9/08
5	HB OIUGZ propozycja i uzasadnienie
6	HB propozycja konstrukcji – dr Paweł Kuglarz
7	HB prawo niemieckie Ulatowski
8	GP Infor „Nowa fala upadłości”
9	GB „Kryzys weryfikuje prawo” dr. Paweł Kuglarz

E. Niniejsze zgłoszenie dotyczy uzupełnienia braków formalnych/zmiany danych
zgłoszenia dokonanego dnia**

(podać datę z części F poprzedniego zgłoszenia)

F. OSOBA SKŁADAJĄCA ZGŁOSZENIE

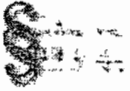
Imię i nazwisko	Data	Podpis
Tadeusz Jurkiewicz	20 lipca 2009 r.	<i>T. Jurkiewicz</i>

* Jeżeli zgłoszenie nie jest składane w trybie art. 7 ust. 6 ustawy treść: „ - Zgłoszenie zmiany danych” skreśla się.

** Niepotrzebne skreślić.

Pouczenie

1. Jeżeli zgłoszenie ma na celu uwzględnienie zmian zaistniałych po dacie wniesienia urzędowego formularza zgłoszenia (art. 7 ust. 6 ustawy z dnia 7 lipca 2005 r. o działalności lobbingowej w procesie stanowienia prawa (Dz. U. Nr 169, poz. 1414)) lub uzupełnienie braków formalnych poprzedniego zgłoszenia (§ 3 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 24 stycznia 2006 r. w sprawie zgłaszania zainteresowania pracami nad projektami aktów normatywnych (Dz. U. Nr 34, poz. 236)), w nowym urzędowym formularzu zgłoszenia należy wypełnić wszystkie konieczne rubryki, powtarzając również dane, które zachowały swoją aktualność.
2. Część B formularza wypełnia się w przypadku zgłoszenia dotyczącego jednostki organizacyjnej oraz w sytuacji, gdy osoba fizyczna, która zgłasza zainteresowanie pracami nad projektem aktu normatywnego, nie będzie uczestniczyła osobiście w tych pracach.
3. W części D formularza, stosownie do okoliczności, uwzględnia się dokumenty, o których mowa w art. 7 ust. 5 ustawy z dnia 7 lipca 2005 r. o działalności lobbingowej w procesie stanowienia prawa, a także pełnomocnictwa do wniesienia zgłoszenia lub do reprezentowania podmiotu w pracach nad projektem aktu normatywnego.
4. Część E formularza wypełnia się w przypadku uzupełnienia braków formalnych lub zmiany danych dotyczących wniesionego zgłoszenia.



Wydział III (!)

27.07.2009



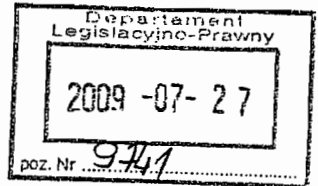
www.gwarancjezaplaty.mwtb.pl

Obywatelska Inicjatywa Ustawodawcza
w kwestii
Gwarancji Zapłaty w Procesie Budowlanym
dla Wszystkich Uczestniczących w Procesie Budowlanym

Ruda Śląska, 22 lipca 2009 r.

Sz. Pan Dariusz Kaniak
Dept. Prawno Legislacyjny
Ministerstwo Sprawiedliwości RP
Warszawa;

emailem / faksem / pocztą



DOT.: Projekt Ustawy MS „Gwarancje Zapłaty...” z 5 marca 2009 r.
Druk 090320

Szanowni Państwo,

*2009-07-27
DLP/11/268-3/09*

Serdecznie dziękuję za zaproszenie na do prac na przedmiotową ustawą i muszę przyznać bardzo konstruktywne kontakty. Widzimy i wierzymy, że działania Państwa idą w dobrym kierunku celem stworzenia zapisów prawnych zabezpieczających wszystkich Podmiotów uczestniczących w procesie budowlanym.

Myślimy, iż w naszej poprzedniej korespondencji wyłuszczyliśmy nasze i Środowiska stanowisko w tej materii. Rozumiemy, też że aktualne Państwa działania są elementem całościowego planu korekty sytuacji prawnej Zabezpieczeń Należności w procesie budowlanym / inwestycyjnym który obejmuje tak samą realizację jak i proces sprzedaży obiektu w przypadku Inwestora / Dewelopera, gdyż jak wiemy braki właściwych uregulowań prawnych w tym zakresie poczyniły szczególnie w ostatnim okresie wiele szkód i strat.

W załączeniu znajdziecie Państwo nasze Uwagi z komentarzami do Państwa propozycji / projektu Ustawy, które wierzymy będą pomocne w stworzeniu docelowego systemu aktów prawnym regulujących właściwie i jednoznacznie na równych prawach stosunki w procesach budowlanych, które jako bardzo dynamiczne tak pod względem czasowym jak i podmiotowym wymagają jasnych i klarownych reguł.

Rozumiemy też, że projekt uregulowania prawnego Gwarancji Zapłaty wpisuje się w całościowe rozwiązanie zagadnienia Zabezpieczenia Należności jakim jest ustanowienie Hipoteki Budowlanej nad którą jak wiemy pracuje Komisja Kodyfikacyjna w ramach prac nad zmianą / nowelizacją Kodeksu Cywilnego (druk 080227).

Należy dodatkowo zaznaczyć, iż wzorem prawa niemieckiego Ustawa „Gwarancje Zapłaty” jest i będzie uzupełnieniem proponowanej Hipoteki Budowlanej dla przypadku procesów budowlanych w których utworzenie Hipoteki Budowlanej dla

... / 2

*p. poln. D. Kaniak
27.07.09*

zabezpieczenia nieuregulowanych należności nie jest możliwe, dla przykładu procesy budowlane liniowe, obiekty rządowe czy tp.

Proponowane przez nas rozwiązanie jest sprawdzone i funkcjonalne, gdyż opiera się na funkcjonujących wzorach prawa niemieckiego, francuskiego jak i kanadyjskiego, co po odpowiednich adaptacjach do lokalnych warunków daje gwarancje sukcesu, tzn. realnego i równego w prawie zabezpieczenia dla Wszystkich Podmiotów Uczestniczących w procesach Budowlanych.

Myślimy, jesteśmy przekonani, że proponowane określenia precyzują tak podmiotowość Ustawy, eliminując nierówność wobec prawa (patrz art. 32 Konstytucji RP), jak i jasno regulują stosunki w procesie budowlanym.

Pragniemy zwrócić też uwagę iż jest dużym utrudnieniem niespójna dywersyfikacja nazewnictwa występująca w Prawie Budowlanym, Kodeksie Cywilnym i innych aktach związanych jak i potocznego myślenia. Dla przykładu potocznie używa się określenia „wykonawca” - ten który wykonuje jakieś prace w procesie budowlanym – zaś szczególnymi przypadkami „wykonawcy” są:

- Generalny Wykonawca - podmiot realizujący / koordynujący całość Procesu Budowlanego mający bezpośrednie relacje umowne o roboty budowlane, których efektem jest „obiekt” z Inwestorem / Zamawiającym;
- Podwykonawca - realizujący częściowe elementy Procesu Budowlanego, a jednocześnie będące pewną całością / elementem wydzielonym z „obiektem”, np. fundament - można traktować jako „obiekt”, lecz jest on częścią „obiektem” kompletnego jakim jest budynek.
- potocznie „wykonawcą” będzie też ten kto wykonuje prace ziemne / wykopy, wywóz i przywóz ziemi...); monter rusztowań, murarz, szklarz, itd.....

Innym poważnym kłopotem myślowym jest określenie „roboty budowlane” co w potocznym myśleniu jest wszystko co się robi / realizuje / wykonuje na budowie / w procesie budowlanym. Zaś w prawie określenie to jest jednoznaczne i dlatego stwarza duże trudności interpretacyjne innych uregulowań prawnych w tym dotychczasowej Ustawy „Gwarancje Zapłaty...” jak i art. 647.1 kc.

Szanowni Państwo, podsumowując myślimy, że przedstawione przez nas propozycje / sugestie i komentarze pozwolą na stworzenie przez Państwa projektu uregulowań prawnych na miarę dzisiejszego stanu świadomości demokratycznej i Państwa Obywatelskiego epoki Unii Europejskiej i czasów Globalizacji.

Pozostając do Państwa dyspozycji, wraz z naszym Zespołem Eksperckim, wierząc w owocną współpracę, łączę ukłony.

Z poważaniem

T. Jurkiewicz



inż. Tadeusz Jurkiewicz
koordynator / fundator OIU GZ
0600 209 893
032 209 44 56
tadejurkiewicz@hotmail.com
tade@fraco.com.pl



PIOTR TERLECKI
Kancelaria Prawna

Warszawa, dnia 21 lipca 2009 r.

Adresat:

Tadeusz Jurkiewicz
koordynator
„Obywatelskiej Inicjatywy Ustawodawczej
Gwarancje Zapłaty”

Szanowny Panie,

W odpowiedzi na Pańską wiadomość elektroniczną z dnia 12 lipca 2009 r. i prośbę o włączenie się w prace merytoryczne nad projektem nowelizacji ustawy o gwarancji za roboty budowlane, w załączeniu przesyłam swoje uwagi żywiąc nadzieję, że będą pomocne w słusznej inicjatywnie jaką Państwo podjęli.

Tym samym udzielam Państwu zgody na wykorzystanie poniżej załączonych materiałów w ramach inicjatywy ustawodawczej, nie przenosząc jednak tym samym swoich praw autorskich.

W związku z faktem, że w chwili obecnej równolegle toczą się prace Ministerstwa Sprawiedliwości („MS”) oraz Senatu dotyczące tej samej materii, poniżej zamieszczam opracowanie odnoszące się do obydwu projektów. Ze względu na fakt, iż proponowana przez MS implementacja przepisów obecnej ustawy do Kodeksu cywilnego, sprawi że nie będzie można (ze względu na systematykę kodeksu) rozszerzyć zakresu ochrony poza wykonawcę i podwykonawców, poniżej zamieszczam treść poprawek do projektu senackiego (który zakłada modyfikację obecnej ustawy) oraz odrębną propozycję .





PIOTR TERLECKI

Kancelaria Prawna

Powyższe propozycje są jednak oparte w głównej mierze na założeniach MS, z tą różnicą że proponuje się pozostawienie tych przepisów w ramach regulacji pozakodeksowej.

Do propozycji poprawek do projektu senackiego załączone zostaje także uzasadnienie, które w swojej treści odnosi się także do proponowanej ustawy o gwarancji zapłaty w inwestycjach budowlanych.

Postaram się także podjąć powyższy temat na łamach prasy fachowej.

Z poważaniem

Piotr Terlecki

Załączniki:

1. *Projekt ustawy o gwarancji zapłaty w inwestycjach budowlanych;*
2. *Uwagi do senackiego projektu ustawy o zmianie ustawy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane z uzasadnieniem.*





PIOTR TERLECKI

Kancelaria Prawna

ZAŁĄCZNIK NR 1

projekt ustawy o gwarancji zapłaty w inwestycjach budowlanych

Niniejszy projekt został sporządzony na podstawie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks cywilny przedłożonego przez Ministerstwo Sprawiedliwości w dniu 5 marca 2009 r. oraz projekt zmiany ustawy o księgach wieczystych i hipotecze oraz niektórych innych ustaw przygotowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości. Projekt powinien zawierać:

- uchylenie ustawy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane oraz implementowanie znowelizowanych rozwiązań do nowej ustawy o gwarancji zapłaty w inwestycjach budowlanych,
- na nowe rozwiązania składają się: wprowadzenie rozszerzonego zakresu podmiotowego (poprzez wprowadzenie pojęcia: „podmiot inwestycji budowlanej”), możliwości żądania gwarancji (obejmującej także roboty zlecone dodatkowo, niewprowadzone do umowy w postaci aneksu), możliwość wstrzymania robót oraz odstąpienia od umowy (uprawniony podmiot mógłby swobodnie wybrać z jakiej sankcji skorzystać – czy od razu odstąpić od umowy, czy wpięrw wstrzymać roboty, a potem dopiero odstąpić) po wyznaczeniu terminów inwestorowi (żeby uniknąć wątpliwości wprowadza się minimalne terminy określone w dniach);
- użycie pojęcia „podmiot inwestycji budowlanej” jest podyktowane chęcią odróżnienia go od pojęcia „uczestnik procesu budowlanego”, które na tle ustawy – Prawo budowlane ma odmienne znaczenie i spełnia inną funkcję;
- wprowadzenie nowej formy zabezpieczenia w postaci tzw. hipoteki budowlanej (rozszerzenie zakresu podmiotowego zastosowania ustawy spowoduje usunięcie wątpliwości co do niekonstytucyjności tego rozwiązania, podnoszonych w uzasadnieniu do druku sejmowego nr 1562).

Uzasadnienie odnośnie konkretnych rozwiązań można odnaleźć także w dokumencie odnoszącym się do projektu senackiego nowelizacji ustawy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane (Załącznik nr 2).

Z poważaniem

Piotr Terlecki

Copyright 2009 Piotr Terlecki. Wszelkie prawa zastrzeżone

3



ul. Długoszowska 61 | 01-445 Warszawa | REGON 141447054 | tel. 504-733-420 | piotr@terlecki.eu.pl
ul. Długoszowska 61 | 01-445 Warszawa | NIP 526-278-97-95 | fax. (22) 841-84-80 | biuro@terlecki.eu.pl



PIOTR TERLECKI

Kancelaria Prawna

projekt z dnia 12 lipca 2009 r.

USTAWA

z dnia 2009 r.

o gwarancji zapłaty w inwestycjach budowlanych

Art. 1

1. Niniejsza ustawa znajduje zastosowanie do podmiotów inwestycji budowlanych.
2. Podmiotem inwestycji budowlanej jest wykonawca, dalsi podwykonawcy, jak również każdy inny podmiot, który zawarł z nimi umowę dotyczącą bezpośrednio realizacji inwestycji budowlanej.
3. Podmiotem w rozumieniu ust. 2 powyżej jest osoba fizyczna, osoba prawna oraz jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną.
4. Na inwestycję budowlaną, o której mowa w ust. 2 powyżej, składają się wszelkie czynności prawne i faktyczne od momentu złożenia wniosku o wypis z miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego albo wniosek o wydanie decyzji lokalizacji inwestycji celu publicznego albo od momentu złożenia wniosku o wydanie decyzji o warunkach zabudowy, do momentu uzyskania pozwolenia na użytkowanie bądź zgłoszenia zakończenia budowy do właściwych władz.”

Art. 2

1. Gwarancji zapłaty w inwestycjach budowlanych, zwanej dalej „gwarancją zapłaty”, inwestor udziela podmiotowi inwestycji budowlanej w celu zabezpieczenia terminowej zapłaty.
2. Gwarancja zapłaty jest nieodwołalna, bezwarunkowa, płatna na pierwsze żądanie podmiotu inwestycji budowlanej oraz wykonalna na terenie Rzeczypospolitej Polskiej gwarancja bankowa





PIOTR TERLECKI

Kancelaria Prawna

lub ubezpieczeniowa, poręczenie banku, a także akredytywa bankowa udzielona na zlecenie inwestora.”

Art. 3

1. Nie można przez czynność prawną wyłączyć ani ograniczyć prawa podmiotu inwestycji budowlanej do żądania od inwestora gwarancji zapłaty.
2. Odstąpienie od umowy spowodowane żądaniem gwarancji zapłaty jest bezskuteczne.

Art. 4

1. Podmiot inwestycji budowlanej może w każdym czasie żądać od inwestora gwarancji zapłaty do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia wynikającego z jego umowy związanej z inwestycją i zaakceptowanej przez inwestora (bądź zawartej bezpośrednio z inwestorem). Przy czym umowę uznaje się za zaakceptowaną przez inwestora jeśli inwestor nie zgłosił do niej sprzeciwu w ciągu 14 dni od dnia przedłożenia mu jej (lub jej projektu).
2. Udzielenie gwarancji zapłaty nie stoi na przeszkodzie żądaniu gwarancji do łącznej wysokości określonej w § 1.
3. Strony ponoszą w równych częściach udokumentowane koszty zabezpieczenia wierzytelności.

Art. 5

1. Jeżeli podmiot inwestycji budowlanej nie uzyska żądanej gwarancji zapłaty w wyznaczonym przez siebie terminie, nie krótszym niż 20 dni, uprawniony jest do:
 - a) wstrzymania swojego świadczenia i wyznaczenia dodatkowego terminu inwestorowi, nie krótszego niż 7 dni po którym będzie uprawniony do odstąpienia od umowy z winy inwestora ze skutkiem na dzień odstąpienia, albo
 - b) natychmiastowego odstąpienia od umowy z winy inwestora ze skutkiem na dzień odstąpienia.
2. W przypadku wykonawców i podwykonawców brak żądanej gwarancji zapłaty stanowi przeszkodę w wykonaniu robót budowlanych z przyczyn dotyczących inwestora i uprawnia wykonawcę (generalnego wykonawcę) do żądania wynagrodzenia na zasadzie art. 639.





PIOTR TERLECKI

Kancelaria Prawna

3. W przypadku odstąpienia przez generalnego wykonawcę od umowy z przyczyn wskazanych w ust. 1 powyżej, wszelkie koszty związane z inwentaryzacją i oddaniem obiektu pokrywa inwestor.

Art. 6

W celu zabezpieczenia swojej wierzytelności, podmiot inwestycji budowlanej może uzyskać hipotekę przymusową na nieruchomości będącej własnością inwestora. Hipoteka na rzecz podmiotu inwestycji budowlanej może być wpisana na podstawie pisemnej umowy dotyczącej realizacji inwestycji budowlanej, zawartej bezpośrednio z inwestorem bądź zawartej za jego zgodą z wykonawcą lub dalszym podwykonawcą. Przy czym umowę uznaje się za zaakceptowaną przez inwestora jeśli nie zgłosi on do niej sprzeciwu w ciągu 14 dni od dnia przedłożenia mu jej (lub jej projektu).”

Art. 7

Do umów o roboty budowlane zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe.

Art. 8

Traci moc ustawa z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane (Dz. U. Nr 180, poz. 1758 oraz z 2006 r. Nr 220, poz. 1613).

Art. 9

Ustawa wchodzi w życie po upływie 30 dni od dnia ogłoszenia.





PIOTR TERLECKI

Kancelaria Prawna

ZAŁĄCZNIK NR 2

POPRAWKI

do senackiego projektu ustawy z dnia 15 stycznia 2009 r. o zmianie ustawy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane (Druk senacki nr 404)

Obywatelska Inicjatywa Ustawodawcza Gwarancje Zapłaty proponuje wprowadzenie do tekstu powyższego projektu senackiego ustawy następujące poprawki:

- 1) art. 1 w pkt 1 otrzymuje brzmienie:
„art. 1 otrzymuje brzmienie:
1. Niniejsza ustawa znajduje zastosowanie do podmiotów inwestycji budowlanych.
2. Podmiotem inwestycji budowlanej jest wykonawca, dalsi podwykonawcy, jak również każdy inny podmiot, który zawarł z nimi umowę dotyczącą bezpośrednio realizacji inwestycji budowlanej.
3. Podmiotem w rozumieniu ust. 2 powyżej jest osoba fizyczna, osoba prawna oraz jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną.
4. Na inwestycję budowlaną, o której mowa w ust. 2 powyżej, składają się wszelkie czynności prawne i faktyczne od momentu złożenia wniosku o wypis z miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego albo wniosek o wydanie decyzji lokalizacji inwestycji celu publicznego albo od momentu złożenia wniosku o wydanie decyzji o warunkach zabudowy, do momentu uzyskania pozwolenia na użytkowanie bądź zgłoszenia zakończenia budowy do właściwych władz.”





PIOTR TERLECKI

Kancelaria Prawna

- 2) art. 1 pkt 2 otrzymuje brzmienie:
„art. 2 ustawy otrzymuje brzmienie:
1. Gwarancji zapłaty za roboty budowlane, zwanej dalej „gwarancją zapłaty”, inwestor udziela podmiotowi inwestycji budowlanej w celu zabezpieczenia terminowej zapłaty.
2. Gwarancja zapłaty jest nieodwołalna, bezwarunkowa, płatna na pierwsze żądanie podmiotu inwestycji budowlanej oraz wykonalna na terenie Rzeczypospolitej Polskiej gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa, poręczenie banku, a także akredytywa bankowa udzielona na zlecenie inwestora.”
- 3) art. 1 pkt 3 otrzymuje brzmienie:
„art. 3 ustawy otrzymuje brzmienie:
1. Nie można przez czynność prawną wyłączyć ani ograniczyć prawa podmiotu inwestycji budowlanej do żądania od inwestora gwarancji zapłaty.
2. Odstąpienie od umowy spowodowane żądaniem gwarancji zapłaty jest bezskuteczne.”
- 4) Art. 1 pkt 4 otrzymuje brzmienie:
„art. 4 ustawy otrzymuje brzmienie:
1. Podmiot inwestycji budowlanej może w każdym czasie żądać od inwestora gwarancji zapłaty do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia wynikającego z jego umowy związanej z inwestycją i zaakceptowanej przez inwestora (bądź zawartej bezpośrednio z investorem). Przy czym umowę uznaje się za zaakceptowaną przez inwestora jeśli inwestor nie zgłosi do niej sprzeciwu w ciągu 14 dni od dnia przedłożenia mu jej (lub jej projektu).





PIOTR TERLECKI

Kancelaria Prawna

2. Udzielenie gwarancji zapłaty nie stoi na przeszkodzie żądaniu gwarancji do łącznej wysokości określonej w § 1.

3. Strony ponoszą w równych częściach udokumentowane koszty zabezpieczenia wierzytelności.”

5)

Dodaje się art. 1 pkt 5 o następującym brzmieniu:

„art. 5 ustawy otrzymuje brzmienie:

1. Jeżeli podmiot inwestycji budowlanej nie uzyska żądanej gwarancji zapłaty w wyznaczonym przez siebie terminie, nie krótszym niż 20 dni, uprawniony jest do:

a) wstrzymania swojego świadczenia i wyznaczenia dodatkowego terminu inwestorowi, nie krótszego niż 7 dni po którym będzie uprawniony do odstąpienia od umowy z winy inwestora ze skutkiem na dzień odstąpienia, albo

b) natychmiastowego odstąpienia od umowy z winy inwestora ze skutkiem na dzień odstąpienia.

2. W przypadku wykonawców i podwykonawców brak żądanej gwarancji zapłaty stanowi przeszkodę w wykonaniu robót budowlanych z przyczyn dotyczących inwestora i uprawnia wykonawcę (generalnego wykonawcę) do żądania wynagrodzenia na zasadzie art. 639.

3. W przypadku odstąpienia przez generalnego wykonawcę od umowy z przyczyn wskazanych w ust. 1 powyżej, wszelkie koszty związane z inwentaryzacją i oddaniem obiektu pokrywa inwestor.”





PIOTR TERLECKI

Kancelaria Prawna

6)

Dodaje się art. 1 pkt 6) o następującym brzmieniu:

„Dodaje się art. 5¹ do ustawy o następującym brzmieniu:

W celu zabezpieczenia swojej wierzytelności, podmiot inwestycji budowlanej może uzyskać hipotekę przymusową na nieruchomości będącej własnością inwestora. Hipoteka na rzecz podmiotu inwestycji budowlanej może być wpisana na podstawie pisemnej umowy dotyczącej realizacji inwestycji budowlanej, zawartej bezpośrednio z inwestorem bądź zawartej za jego zgodą z wykonawcą lub dalszym podwykonawcą. Przy czym umowę uznaje się za zaakceptowaną przez inwestora jeśli inwestor nie zgłosi do niej sprzeciwu w ciągu 14 dni od dnia przedłożenia mu jej (lub jej projektu).”

7)

Art. 2 otrzymuje brzmienie:

„Do umów o roboty budowlane zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe.”

8)

Dodaje się art. 3:

„Ustawa wchodzi w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia.”





PIOTR TERLECKI

Kancelaria Prawna

UZASADNIENIE

I. Uwagi o charakterze ogólnym

Na tle wyroku Trybunału Konstytucyjnego (dalej „TK”) z dnia 26 listopada 2006 r. (sygn. akt K 47/04) powróciła dyskusja na temat należytego zabezpieczenia roszczeń uczestników. W 2003 r. ustawodawca próbował już raz zaradzić temu problemowi poprzez wprowadzenie ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane (Dz.U. z 2006 r., Nr 220, poz. 1613, dalej jako „Ustawa”) art. 647¹ K.c. który w założeniu miał poprawić sytuację podwykonawców w ramach procesu budowlanego. Jednak szybko okazało się, że ww. regulację można ominąć, np. poprzez tzw. wykonawstwo zastępcze.

Proponowane przez Senat w projekcie zmiany są jednak bardzo zachowawcze na tle innych inicjatyw ustawodawczych prowadzonych równolegle (projekt Ministerstwa Sprawiedliwości dotyczący zmiany ustawy – Kodeks cywilny, który od marca 2009 r. został przekazany do uzgodnień międzyresortowych).

Zmiany senackie mają na ogół charakter redakcyjny i doprecyzowujący, oraz wprowadzają na nowo, zmodyfikowane zgodnie z zaleceniami merytorycznymi TK, przepisy art. 4 i art 5 nowelizowanej ustawy. Zmiany te co prawda spełniają minimalne wymogi wskazane przez TK, jednak nie wychodzą na przeciw problem praktycznym jakie na dzień dzisiejszy stawia rynek budowlany w Polsce.

Nie należy jednak podzielić zapatrywania MS, aby uchylić obecnie obowiązującą ustawę o gwarancji zapłaty za roboty budowlane i implementować całość regulacji do przepisów Kodeksu cywilnego dotyczących umowy o roboty budowlane. Tego typu działanie sprawiłoby, że ustawa musiałaby ograniczyć się jedynie do wykonawcy i





podwykonawców, co nie pozwoliłoby na rozszerzenie zakresu podmiotowej ochrony ustawowej.

W związku z powyższym zaleca się zmodyfikowanie obecnej ustawy bądź zastąpienie jej nową, np. o nazwie: „ustawa o gwarancji zapłaty w inwestycjach budowlanych”.

II. Uwagi szczegółowe do projektu senackiego

Zmiany proponowane w Ustawie przez Senat można podzielić zasadniczo na dwa rodzaje: (1) zmian o charakterze techniczno-prawnym, oraz (2) zmiany o charakterze merytorycznym.

(1) Zmiany w art. 2 ust. 2, art. 3 ust. 2, art. 4 ust. 1, art. 4 ust. 3 Ustawy mają charakter praktycznie wyłącznie redakcyjny i usuwają terminy niezgodne z tymi, których ustawodawca używa w Kodeksie cywilnym – po pierwsze pojęcie „zlecenia robót”, po drugie pojęcie „wypowiedzenia umowy”. Są to zmiany jak najbardziej słuszne, bowiem dzisiejsze brzmienie ustawy wprowadza chaos pojęciowy na tle ogólnych norm prawa cywilnego – umowa o roboty budowlane ma charakter umowy rezultatu, a nie starannego działania, w związku z czym nie może tutaj być mowy ani o „zleceniu” ani o „wypowiedzeniu umowy”. Pojęcia te mogą odnosić się do umowy zlecenia uregulowanej w Kodeksie cywilnym – wypowiedzieć (skutek *ex nunc*) można jedynie umowy o charakterze ciągłym (najem, zlecenie), natomiast odstąpienie od umowy, mające charakter *ex tunc* i może być zastosowane jedynie w odniesieniu do umów rezultatu (umowa o dzieło, umowa o roboty budowlane). Senat wprowadza także spójne z K.c. pojęcie „inwestora”.

(2) Jedynie zmiana przewidywana w art. 5 Ustawy ma na celu wykonanie merytorycznych uwag TK, który podniósł dwa główne zarzuty w odniesieniu do Ustawy (oba dotyczące użycia pojęć „niedookreślonych”):





PIOTR TERLECKI

Kancelaria Prawna

- użycie pojęcia „powszechnie przyjętej wysokości kosztów udzielenia gwarancji”;
- użycie pojęcia „odpowiedni termin”.

Pierwszy z powyższych zarzutów należy uznać za jak najbardziej prawidłowy, natomiast drugi na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego (dalej „SN”) oraz poglądów doktryny, nie budzi tak daleko idących wątpliwości, bowiem np. zgodnie z wyrokiem SN z 14 maja 1979 (sygn. II CR 131/79, opubl. w OSNC 1980/2/23) odnoszącym się do gwarancji przy umowie sprzedaży: „*odpowiednim terminem do wykonania przez gwaranta jego obowiązków jest okres niezbędny w normalnym toku postępowania do dokonania naprawy lub wymiany rzeczy, nie zaś okres wynikający z możliwości faktycznych gwaranta*”. W wyroku z 5 stycznia 2000 r. Sąd Apelacyjny w Katowicach (sygn. I ACa 817/99, opubl. w Pr.Gosp. 2001/1/53) dotyczący wyznaczenia terminu przy odstąpieniu ustawowym stwierdził, iż: „*ów termin powinien umożliwić drugiej stronie realizację świadczenia, w spełnieniu którego pozostaje w zwłoce. Aby uchronić dłużnika przed wyznaczeniem mu terminów nierealnych, w których nawet przy dołożeniu należytej, usilnej staranności nie mógłby wywiązać się ze swego obowiązku, ustawodawca stanowi, że chodzi tu o termin odpowiedni, realny w sensie obiektywnym.*”

W związku z powyższym Senat w swoim projekcie zaproponował sztywne określenie terminów do art. 5 Ustawy, przewidując gradację uprawnień wykonawcy:

- po co najmniej 30 dniach może wstrzymać roboty;
- natomiast po kolejnych 7 odstąpić od umowy (co jest istotne odstąpienie takie będzie dokonane z przyczyn leżących po stronie Inwestora, ale nie będzie miało związku z brakiem świadczenia pieniężnego, co skutkuje w możliwości efektywnego zastrzeżenia kary umownej na rzecz Wykonawcy, w przeciwieństwie do sytuacji odstąpienia z przyczyny nieplacenia





PIOTR TERLECKI

Kancelaria Prawna

należności). Istotne jest także wyraźne nawiązanie do art. 639 K.c., który uprawnia wykonawcę do żądania wynagrodzenia za wykonaną dotychczas pracę.

Co do zmian o charakterze redakcyjnym, należy uznać je za konieczne ze względu na potrzebę ujednoczenia pojęć używanych w K.c. i Ustawie, oraz wyrugowania ewidentnych błędów legislatora odnośnie użycia pojęcia „wypowiedzenie” odnośnie umowy o roboty budowlane.

Natomiast jeśli chodzi o kwestię zmian o charakterze merytorycznym, to należy zwrócić uwagę na to, iż:

- zmiana w **art. 4 ust. 1** nie uwzględnia realiów rynkowych – większość robót dodatkowych jest zlecana pozaumownie, a nie w drodze aneksu, tak więc nie powinno się usuwać postanowienia „oraz ze zleceń dodatkowych”, tylko doprecyzować je poprzez określenie: „oraz robót dodatkowych zaakceptowanych na piśmie przez inwestora koniecznych do wykonania umowy”.
- w **art. 4 ust. 3** należałoby podzielić po równo koszty gwarancji pomiędzy zainteresowane podmioty w zakresie płatności terminowych (takie rozwiązanie jest w poprawce senackiej oraz w projekcie rządowym).
- w **art. 5 ust. 1** można dodać na końcu zdanie: „Wszelkie koszty związane z inwentaryzacją i oddaniem obiektu pokrywa inwestor”. Stworzyłoby to dodatkową sankcję w stosunku do nierzetelnego inwestora, oraz mechanizm uniknięcia dodatkowych kosztów przez generalnego wykonawcę (zlikwidowanie budowy na danym etapie może być bardziej kosztowne niż w planowanym pierwotnie terminie).





PIOTR TERLECKI

Kancelaria Prawna

III. Rozszerzenie zakresu podmiotów objętych ochroną oraz wprowadzenie hipoteki budowlanej

Proponuje się jednocześnie rozszerzenie zakresu podmiotów objętych ochroną ustawy oraz wprowadzenie instytucji tzw. hipoteki budowlanej. Powyższe posunięcie legislacyjne jest uzasadnione ze względu na chęć zwiększenia zabezpieczenia wierzytelności podmiotów uczestniczących w ramach procesów inwestycyjnych w budownictwie, jak również uniknięciem zarzutów o niekonstytucyjności tego typu rozwiązania z uwagi na zbyt wąską grupę beneficjentów. Wprowadzenie hipoteki budowlanej było pierwotnie przewidziane w projekcie ustawy o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz niektórych innych ustaw przygotowanym przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego, jednak w ostatecznej wersji w ramach prac parlamentarnych zrezygnowano z niej ze względu na ww. zarzut niekonstytucyjności, brzmienie art. 13 ust. 2 Prawa upadłościowego i naprawczego oraz kwestie utrudnienia w uzyskiwaniu kredytowania inwestycji przez banki (uzasadnienie zawarte w druku sejmowym nr 1562, s. 25-26).

Odnosnie zarzutu niekonstytucyjności, należy stwierdzić, że dużo bardziej racjonalne pod względem legislacyjnym jest zmodyfikowanie pierwotnej wersji poprzez rozszerzenie zakresu podmiotowego beneficjentów takiego zabezpieczenia, niż usunięcie instytucji jako takiej. Na marginesie należy zwrócić uwagę, że instytucja ta jest z powodzeniem wykorzystywana w ustawodawstwach państw zachodnich, tj. jak choćby Kanada, czy Niemcy.

Co do zarzutu odnośnie pokrzywdzenia innych wierzycieli inwestora w przypadku możliwości ustanowienia takiej hipoteki i tym samym oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 13 ust. 2 pr. upadł. i napr., należy stwierdzić, co następuje:





- po pierwsze, sąd może, a nie musi zastosować ww. przepis (ma więc on charakter fakultatywny i sąd stosuje go w oparciu o kompleksową analizę przedłożonego materiału dowodowego);
- praktycznie wszyscy potencjalni wierzyciele inwestora będą objęci zakresem hipoteki budowlanej według proponowanych zmian;
- po trzecie, na chwilę bieżącą praktycznie wszystkie inwestycje budowlane są objęte hipotekami banków je finansującymi.

Co do argumentu o charakterze ekonomicznym, jakoby banki, w związku z wprowadzeniem tego typu zabezpieczenia, ograniczyły kredytowanie inwestycji budowlanych, należy stwierdzić, iż celem ustawodawcy nie jest chronienie interesów konkretnych grup interesu, ale tworzenie takich ustaw, które mają służyć m.in. bezpieczeństwu obrotu. W związku z powyższym wprowadzenie hipoteki budowlanej wyeliminuje z rynku te inwestycje, które nie posiadają wystarczającego uzasadnienia ekonomicznego, jak również wystarczającego zabezpieczenia finansowego ze strony inwestora. Na dzień dzisiejszy obecna regulacja pozwala niejednokrotnie na przeprowadzanie procesu inwestycyjnego kosztem podmiotów, które biorą w nim udział pośrednio, tj. np. dostawcy materiałów, maszyn budowlanych, czy dalsi podwykonawcy.

Co do rozwiązań merytorycznych, wprowadza się jedno generalne pojęcie podmiotu inwestycji budowlanej, którą jest de facto każdy podmiot partycypujący w tym procesie od momentu uzyskania wypisu z miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego (ewentualnie decyzji lokalizacyjnej bądź decyzji o warunkach zabudowy) do momentu uzyskania pozwolenia na użytkownię (ewentualnie zgłoszenia





PIOTR TERLECKI

Kancelaria Prawna

zakończenia budowy). Powyższe cezury mają charakter obiektywny i wynikają z przepisów Prawa budowlanego oraz Prawa o zagospodarowaniu przestrzennym.

Pozostałe zmiany merytoryczne stanowią zmodyfikowaną wersję (zgodnie z założeniami niniejszego dokumentu) projektów Ministerstwa Sprawiedliwości (ustawy o zmianie ustawy – kodeks cywilny) oraz pierwotnego brzmienia projektu ustawy o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz niektórych innych ustaw (przygotowanej przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego).

W związku z powyższym, proponowane poprawki do projektu są uzasadnione.

Projekt i uzasadnienie sporządził:

Piotr Terlecki



Data publikacji: 15 05 2009 r.

SENAT
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ
VII KADENCJA

Warszawa, dnia 13 maja 2009 r. **Druk nr 404 S**

**SPRAWOZDANIE
KOMISJI USTAWODAWCZEJ**

oraz

KOMISJI GOSPODARKI NARODOWEJ

**o projekcie ustawy o zmianie ustawy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane
(druk nr 404)**

Marszałek Senatu w dniu 17 grudnia 2008 r. skierował do Komisji Ustawodawczej oraz Komisji Gospodarki Narodowej projekt ustawy o zmianie ustawy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane w celu rozpatrzenia go w pierwszym czytaniu.

Komisje na wspólnych posiedzeniach w dniach 22 kwietnia oraz 12 maja 2009 r. rozpatrzyły w pierwszym czytaniu przedstawiony przez wnioskodawców projekt ustawy i wnoszą o przyjęcie bez poprawek załączonego projektu ustawy oraz projektu uchwały w sprawie wniesienia do Sejmu tego projektu ustawy.

W załączeniu przekazujemy informację o pozostawaniu projektu ustawy poza zakresem prawa Unii Europejskiej.

Przewodniczący Komisji Przewodniczący Komisji
Gospodarki Narodowej Ustawodawczej
(-) Jan Wyrowiński (-) Piotr Zientarski

Data publikacji: 15-05-2009

projekt

U C H W A Ł A

SENATU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

z dnia

w sprawie wniesienia do Sejmu projektu ustawy o zmianie ustawy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane

Na podstawie art. 118 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Senat wnosi do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej projekt ustawy o zmianie ustawy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane.

Jednocześnie upowładnia senatora Marka Trzcińskiego do reprezentowania Senatu w pracach nad projektem.

-UWAGA OIUGZ**tekst czerwony - tekst do zamiany / usunięcia****+ OIUGZ+ tekst zielony – uwagi, komentarze, sugestie OIUGZ do zamiany**
tekst kasztanowy – cytaty tekstów źródłowych

proj ek t

USTAWA

z dnia

o zmianie ustawy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane**+ OIUGZ+ ... roboty w procesie budowlanym**

z uwagi na fakt iż Proces Budowlany składa się z robót budowlanych w rozumieniu kodeksu cywilnego „Tytuł XVI. UMOWA O ROBOTY BUDOWLANE Art. 647. ⁽²⁰⁰⁾ Przez umowę o roboty budowlane 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.”

i Prawa Budowlanego - Robotami budowlanymi wg Ustawy Prawo budowlane nazywa się budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego.

jak i robót wykonywanych na podstawie innych umów (nazwanych i nienazwanych – jak umowa najmu, usługi, o dzieło..) których efektem nie jest „oddanie przewidzianego w umowie obiektu” gdyż „obiekt” to w rozumieniu Prawa Budowlanego jest:

„ Obiektem budowlanym wg definicji przedstawionych w Prawie budowlanym nazywa się:

- a) budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi,*
- b) budowlę stanowiącą całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami,*
- c) obiekt małej architektury.”*

a bez tych robót „obiekt” nie mógłby powstać a więc nie mógłby być oddany do użytku..

Art. 1.

W ustawie z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane (Dz. U. Nr 180, poz. 1758 oraz z 2006 r. Nr 220, poz. 1613) wprowadza się następujące zmiany:

1) w art. 2 ust. 2 otrzymuje brzmienie:

"2. Gwarancją zapłaty jest gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa, a także akredytywa bankowa lub poręczenie banku udzielone wykonawcy robót budowlanych na zlecenie inwestora.";

= OIUGZ = wykonawcy robót w Procesie Budowlanym (dalej nazwany „wykonawca”, na podstawie umowy na zlecenie Inwestora / Zamawiającego

2) w art. 3 ust. 2 otrzymuje brzmienie:

"2. Odstąpienie od umowy spowodowane żądaniem gwarancji zapłaty jest bezskuteczne";

3) w art. 4:

a) ust. 1 otrzymuje brzmienie:

"1. Wykonawca robót budowlanych może w każdym czasie żądać od inwestora gwarancji zapłaty do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia wynikającego z umowy."

= OIUGZ = wykonawcy robót w Procesie Budowlanym (dalej nazwany „wykonawca”, na podstawie umowy na zlecenie Zamawiającego

b) ust. 3 otrzymuje brzmienie:

"3. Inwestor / + OIUGZ+ Zamawiający może żądać zwrotu kosztów udzielonych gwarancji zapłaty w części, w jakiej dokonał terminowej zapłaty za wykonanie robót budowlanych."

4) art. 5 otrzymuje brzmienie:

"Art. 5. 1. Jeżeli wykonawca nie uzyska gwarancji zapłaty w wyznaczonym przez siebie terminie, nie krótszym niż 30 dni, bądź też gwarancja zostanie udzielona w wysokości niższej niż żądana przez wykonawcę, wówczas jest on uprawniony do wstrzymania się od wykonywania robót i oddania obiektu inwestorowi.

2. Po wyznaczeniu na piśmie dodatkowego, nie krótszego niż 7 dni, terminu do udzielenia gwarancji zapłaty i jego bezskutecznym upływie, wykonawca uprawniony jest do odstąpienia od umowy z winy inwestora.

3. Brak wystarczającej gwarancji zapłaty stanowi przeszkodę w wykonywaniu robót **budowlanych** z przyczyn dotyczących inwestora i uprawnia wykonawcę do żądania wynagrodzenia na podstawie art. 639 Kodeksu cywilnego."

= OIUGZ = wykonawcy robót w Procesie Budowlanym (dalej nazwany „wykonawca”, na podstawie umowy na zlecenie Zamawiającego

Art. 2.

Ustawa wchodzi w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia.

UZASADNIENIE

1. Ustawa wykonująca wyrok Trybunału Konstytucyjnego

Projektowana ustawa stanowi wykonanie obowiązku dostosowania systemu prawa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 listopada 2006 r. (sygn. akt K 47/04), stwierdzającego niezgodność art. 4 ust. 4 oraz art. 5 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane (Dz. U. Nr 180, poz. 1758 oraz z 2006 r. Nr 220, poz. 1613) z Konstytucją.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 Konstytucji, orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego mają moc powszechnie obowiązującą i są ostateczne.

Sentencja orzeczenia opublikowana została w Dz. U. z 2006 r., Nr 220, poz. 1613 (dzień publikacji wyroku – 1 grudnia 2006 r.). Pełny tekst orzeczenia wraz z uzasadnieniem zamieszczony został w OTK Z.U. z 2006 r., Nr 10A, poz. 153.

2. Przedmiot i istota rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego

2.1. Trybunał Konstytucyjny orzekł o niezgodności z Konstytucją art. 4 ust. 4 oraz art. 5 ust. 1 i 2 ustawy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane.

2.2. Ustawą z dnia 9 lipca 2003 r. do porządku prawnego została wprowadzona instytucja gwarancji zapłaty za roboty budowlane. Zgodnie z wolą ustawodawcy, instytucja gwarancji zapłaty stanowić ma zabezpieczenie roszczeń wykonawcy robót budowlanych w stosunku do inwestora o zapłatę wynagrodzenia z tytułu zrealizowanych robót. Cel wprowadzenia tej instytucji wyrażał się przede wszystkim w dążeniu do wyeliminowania nieuczciwych praktyk stosowanych przez inwestorów, którzy zwlekali z zapłatą za zrealizowane roboty budowlane, co kolei nierzadko prowadziło do utraty płynności finansowej przedsiębiorców świadczących usługi budowlane.

Uznany przez Trybunał Konstytucyjny za niezgodny z Konstytucją art. 4 ust. 4 ustawy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane stanowił, że inwestorowi przysługuje od

2 % wykonawcy zwrot kosztów udzielonej gwarancji zapłaty za roboty budowlane, w wysokości powszechnie przyjętej, nieprzekraczającej jednak 2% gwarantowanej kwoty.

Stwierdzając niezgodność tego przepisu z Konstytucją Trybunał zakwestionował dopuszczalność posłużenia się w tym przypadku pojęciem „powszechnie przyjętej wysokości kosztów udzielenia gwarancji”. Trybunał wskazał, że instytucja gwarancji zapłaty jest instytucją nową w systemie prawa i nie występuje w tym zakresie żadna powszechnie przyjęta praktyka w zakresie wysokości kosztów udzielenia gwarancji przez bank. Zdaniem Trybunału, określona w powyższy sposób wysokość kosztów podlegających zwrotowi nie spełnia tym samym wymogu dostatecznej określoności przepisów prawnych, co prowadzi do sprzeczności z art. 2 % Konstytucji (zasada demokratycznego państwa prawnego). Jako niezgodne z Konstytucją Trybunał uznał również ograniczenie maksymalnej wysokości kosztów udzielenia gwarancji, podlegających zwrotowi, do 2% gwarantowanej kwoty. Trybunał wskazał, że w praktyce koszty udzielenia gwarancji wynoszą ok. 4-6% wysokości gwarantowanej kwoty, co oznacza, że koszty udzielenia gwarancji każdorazowo obciążają również inwestora, nawet gdy należycie wywiąże się on ze swoich obowiązków wobec wykonawcy. Prowadzi to, w ocenie Trybunału, do nierównomiernego obciążenia stron umowy kosztami i ryzykiem i jej zawarcia, czyniąc przedmiotową regulację niezgodną z konstytucyjną zasadą państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji). 2.3. Drugi z przepisów zakwestionowanych przez Trybunał Konstytucyjny – art. 5 ust. 1-2 ustawy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane – przyznawał wykonawcy możliwość odstąpienia od umowy z winy inwestora w przypadku, gdyby inwestor nie przedstawił w wyznaczonym terminie odpowiedniej gwarancji. Trybunał uznał, że użyte w tym przepisie pojęcia „wystarczająca gwarancja” oraz „odpowiedni termin” są niedookreślone, pozwalając na pełną uznaniowość wykonawcy robót budowlanych tak w przedmiocie określenia wysokości gwarancji, jak i terminu jej udzielenia. Czyni to przedmiotowy przepis niezgodnym z konstytucyjnym nakazem dostatecznej określoności przepisów prawnych (art. 2 Konstytucji).

3. Cele i zakres projektowanej ustawy

Mając na uwadze konieczność wykonania wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 listopada 2006 r., kierując się brzmieniem sentencji wyroku oraz motywami jego 3 uzasadnienia, proponuje się wprowadzenie następujących zmian w ustawie z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane.

3.1. W odniesieniu do art. 5 ust. 1 i 2 ustawy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane Trybunał Konstytucyjny wskazał nie dopuszczalność posłużenia się w tym przepisie pojęciem „odpowiedni termin”. Z treści uzasadnienia do wyroku można wyprowadzić wskazówkę, że minimalny termin na złożenie gwarancji zapłaty przez inwestora winien zostać określony w dniach, przy czym termin ten winien uwzględniać możliwość wystąpienia dni wolnych od pracy, świąt itp. W tym kontekście Trybunał wskazał, że 10-dniowy termin może być w wielu przypadkach zbyt krótki. W związku z powyższym

projekt, w art. 5 ust. 1, zakłada wprowadzenie 30-dniowego terminu na złożenie gwarancji przez inwestora. Termin ten może być przy tym dłuższy - wyznaczenie

terminu dłuższego niż minimalny termin określony w ustawie leży w gestii wykonawcy. Natomiast termin dodatkowy, o którym mowa w art. 5 ust. 2, określono na 7 dni. Długość tego terminu należy uznać za adekwatną jeśli uwzględnić, że termin wyznaczony w art. 5 ust. 1 jest stosunkowo długi.

3.2. W uzasadnieniu do wyroku Trybunał wskazał, że niektóre pojęcia oraz konstrukcje prawne wprowadzone w ustawie o gwarancji zapłaty za roboty budowlane nie są spójne z odnośnymi pojęciami i konstrukcjami występującymi w kodeksie cywilnym. W tym

zakresie Trybunał wskazał na następujące kwestie. Po pierwsze, w art. 3 ust. 2 ustawy o gwarancji zapłaty wskazano jako sposób rozwiązania umowy o roboty budowlane wypowiedzenie umowy. Jest to sposób zakończenia stosunków zobowiązaniowych właściwy dla zobowiązań o charakterze ciągłym, w związku z tym Trybunał wskazał, że w przypadku umowy o roboty budowlane sposobem rozwiązania tej umowy powinno być odstąpienie. Stosowna zmiana została wprowadzona w przedłożonym projekcie. Po drugie, art. 4 ust. 1 posługiwał się pojęciem zleceń dodatkowych. Użycie pojęcia zlecenia w tym kontekście Trybunał uznał za niewłaściwe, bowiem zdaje się ono wskazywać, że przedmiotem jest zlecenie w rozumieniu kodeksu cywilnego (art. 734-751). Tymczasem chodzi o wszelkie dodatkowe prace, które nie były objęte pierwotną umową, a do wykonania których wykonawca zobowiązał się już po zawarciu umowy. Mając na względzie, że wszelkie zmiany dokonane w treści pierwotnej umowy o roboty budowlane stają się jej integralną częścią, przez sformułowanie „wykonawca może żądać od zamawiającego gwarancji zapłaty do wysokości roszczenia z tytułu wynagrodzenia, wynikającego z umowy” należy rozumieć zarówno uprawnienie do żądania wynagrodzenia wynikającego z umowy pierwotnej, jak i wynagrodzenia wynikającego ze zmian wprowadzonych w trakcie obowiązywania tej umowy. Stąd w projekcie proponuje się skreślenie w art. 4 ust. 1 słów: „oraz ze zleceń dodatkowych”. Po trzecie, na oznaczenie stron umowy o roboty budowlane kodeks cywilny (art. 647 i n.) używa określeń „wykonawca” i „inwestor”, podczas gdy w ustawie o gwarancji zapłaty za roboty budowlane użyto określeń odpowiednio „wykonawca” i „zamawiający”.

W związku z powyższym, w przedkładanym projekcie pojęcie "zamawiający" zostało zastąpione pojęciem „inwestor” (art. 2 ust. 2, art. 4 ust. 1 i 3, art. 5 ust. 1-3).

= OIUGZ= pojęcie „Zamawiający winno pozostać ekwiwalentnie z „Inwestorem” gdyż:

- **w procesie budowlanym występuje faktycznie „Zamawiający” nie zawsze będący „Inwestorem” – typowy przypadek zlecenia robot np. transportu ziemi z wykopów przez wykonawcę robót fundamentowych**

- z reguły „Inwestor” jest „Zamawiającym” w umowie z Generalnym Wykonawcą; zaś ten już jest „Zamawiającym” w stosunku do Podwykonawcy (w cytowanym przypadku – roboty fundamentowe -) a ten zaś jest „Zamawiającym” w stosunku do wykonawcy robót w procesie budowlanym (*nie zaś robót budowlanych w rozumieniu zapisów kodeksu cywilnego – art. 647 kc*) itd....

„Tytuł XVI. UMOWA O ROBOTY BUDOWLANE

Art. 647. (200) Przez umowę o roboty budowlane 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.”

4. Konsultacje

Minister Sprawiedliwości oraz Minister Infrastruktury poinformowali, że administracja rządowa przygotowała projekt nowelizacji kodeksu cywilnego, zastępującej całkowicie ustawę o gwarancji zapłaty za roboty budowlane. Co do zasady zbieżna jest ona z propozycją Komisji Ustawodawczej Senatu. Projekt rządowy jest jednak obecnie na etapie przed uzgodnieniami międzyresortowymi.

Polski Związek Pracodawców Budownictwa również zaproponował nowelizację kodeksu cywilnego, jako sposób wykonania wyroku.

Izba Architektów RP zaproponowała, by nowelizację ustawy poszerzyć o przepisy umożliwiające stosowanie tej ustawy również w odniesieniu do projektantów, jako uczestników procesu budowlanego, dzięki czemu projektanci mogliby korzystać z gwarancji zapłaty. Propozycja ta wykraczałaby jednak poza wykonanie orzeczenia Trybunału, w rozumieniu art. 85c Regulaminu Senatu.

= t = ale art. 85 a poz. 3 daje tę możliwość !!!!

„Dział IXa⁵⁸⁾

Wykonywanie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego

Art. 85a.

1. Marszałek Senatu kieruje orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego:

- 1) o niezgodności ustawy lub jej części,
- 2) o zgodności ustawy lub jej części, z którego treści wynika potrzeba dokonania zmian w ustawie,

3) sygnalizujące uchybienia i luki w prawie, których usunięcie jest niezbędne dla zapewnienia spójności systemu prawnego Rzeczypospolitej Polskiej

do Komisji Ustawodawczej, zlecając jej zbadanie konieczności podjęcia działań ustawodawczych w tym zakresie.

2. Kierując orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego do Komisji, Marszałek Senatu wyznacza jej termin na rozpatrzenie sprawy. Przewodniczący Komisji może wystąpić do Marszałka Senatu o przedłużenie tego terminu.

3. Po rozpatrzeniu sprawy Komisja:

1) składa do Marszałka Senatu wnioski o podjęcie inicjatywy ustawodawczej wraz z projektem ustawy wykonującej orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego albo

2) informuje Marszałka Senatu o przyczynach niezłożenia wniosku o podjęcie inicjatywy ustawodawczej.

Art. 85b.

Marszałek Senatu może zwrócić się do właściwych organów państwa z wnioskiem o podjęcie współpracy w celu wykonania orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego.

57) W brzmieniu ustalonym przez art. 1 pkt 9 uchwały Senatu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 24 maja 2006 r. wymienionej w odnośniku 7.

58) Dodany przez art. 1 pkt 3 uchwały Senatu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 9 listopada 2007 r. wymienionej w odnośniku 9.

- 41 -

Art. 85c.

Projekt, o którym mowa w art. 85a ust. 3 pkt 1, oraz wnioski o wprowadzenie poprawek do tego projektu mogą obejmować wyłącznie zmiany zmierzające do wykonania orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego oraz ich niezbędne konsekwencje. „

+ OIUGZ+ Ustawa winna się odnosić w równym stopniu do

WSZYSTKICH UCZESTNICZĄCYCH w Procesie Budowlanym /

realizacji robót budowlanych / gdyż w przeciwnym razie jest

niekonstytucyjna i działa wbrew art. 32 Konstytucji RP.

Dodatkowo należy stwierdzić, iż Umowa o Roboty Budowlane nie

może być wykonana robót na bazie i bez udziału innych form

umownych, jak np. umowa wynajmu sprzętu, usług, dostawy.

/ Art. 32.

1. Wszyscy są wobec prawa równi. Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne.

2. Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny.

*/ „ 1. Zasada równości wobec prawa jest jednym z fundamentów demokratycznego porządku prawnego odnoszącym się zarówno do sfery stanowienia, jak i stosowania prawa. Idea ta bezspornie stanowi ważny element obowiązującej w Polsce koncepcji praw, wolności i obowiązków człowieka i obywatela, jest bowiem jedną z podstawowych zasad państwa prawnego. Zasada równości jest współcześnie zawarta w konstytucji większości krajów demokratycznych (np. konstytucja Francji - art. 2, Niemiec - art. 3, Grecji - art.4, Włoch - art. 3, Portugalii - art. 13, Hiszpanii - art. 14, Holandii - art. 1), jak również w aktach prawa międzynarodowego dotyczących wolności i praw człowieka i obywatela. I tak np. Powszechna Deklaracja Praw Człowieka głosi w art. 1, iż "wszyscy ludzie rodzą się wolni i równi w swej godności i swych prawach...", a art. 26 Międzynarodowego Paktu Praw Osobistych i Politycznych stanowi, iż "wszyscy są równi wobec prawa i są uprawnieni bez żadnej dyskryminacji do jednakowej ochrony prawnej. Jakakolwiek dyskryminacja w tym zakresie powinna być ustawowo zakazana". Również w Konstytucji RP, wśród podstawowych zasad tworzących konstytucyjny system wolności i praw, znajdziemy obok zasady godności człowieka i wolności, zasadę równości. Konstytucja RP w art. 32 ust. 1 formułuje ogólną zasadę równości, stanowiącą *lex generalis* wobec pozostałych norm konstytucyjnych dotyczących zasady równości. Wśród norm konkretyzujących zasadę ogólną jest m.in. norma art. 32 ust. 2, zakazujący dyskryminacji w życiu politycznym, społecznym, gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny (zob. np. M. Masternak-Kubiak, Prawo do równego traktowania, [w:] Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP, pod red. B. Banaszaka i A. Preisnera, Warszawa 2002).*

Zawarte w art. 32 ust. 1 postanowienie nakazujące "równe traktowanie każdego" wyraża zasadę obowiązującą zwłaszcza w procesie tworzenia prawa, czyli wydawania ustaw i innych norm prawnych. Przepisy stanowionego prawa nie mogą zawierać postanowień dyskryminujących lub przyznających przywileje.

W świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego należy wręcz stwierdzić, iż "równość w prawie" oznacza nakaz jednakowego traktowania podmiotów i sytuacji podobnych.

Wszystkie podmioty prawa (sytuacje) charakteryzujące się w równym stopniu daną cechą istotną (relewantną) powinny być traktowane równo, a więc według jednakowej miary, bez różnicowań zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących. (por. np. wyroki Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K. 7/98, OTK ZU nr 6/1998, poz. 96 i SK 6/01, OTK ZU nr 5/2001, poz. 121, oraz w sprawie K 6/89, OTK 1989, s. 107-108. Zob. też K. Działocha, Równość wobec prawa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego w Polsce, [w:] Zasada równości w orzecznictwie trybunałów konstytucyjnych, pod red. J. Trzecińskiego, Wrocław 1990 r., s. 149-150; L. Garlicki, Zasada równości i zakaz dyskryminacji w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, [w:] Obywatel - jego wolności i prawa, Warszawa 1998 r., s. 65-66; J. Falski, Ewolucja wykładni zasady równości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, Państwo i Prawo 2000 r., nr 1, s. 52-53).

Konstytucja nie określa precyzyjnie zakresu podmiotów korzystających z zasady równości. Poprzednia regulacja konstytucyjna w art. 67 ust. 2 określając krąg podmiotów korzystających z zasady równości używała pojęcia "obywatele". W związku z powyższym, pod rządami ówczesnych regulacji konstytucyjnych Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że zasada równości ma zastosowanie tylko w ocenie podmiotów będących obywatelami, tj. osób fizycznych. (zob. np. orzeczenie TK z 27 czerwca 1995 r., K. 4/94, OTK z 1995, cz. I, poz. 16, s. 181). Podkreślić jednak należy, iż obecna Konstytucja RP posługuje się terminem "wszyscy". Z użytego przez ustrojodawcę terminu należy wnioskować, iż dotyczy on "wszystkich", czyli ogółu osób, a zatem zarówno osób fizycznych, jak i prawnych (zob. np. rozważania prof. L. Garlickiego zawarte w uwadze 14 komentarza do art. 32, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, tom III, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2003).

Należy zauważyć, iż zasada równości odnosi się do zakazu różnicowania sytuacji prawnej adresatów danej normy, czyli ma ona charakter podmiotowy."

Cytat z Opinie i Ekspertyzy nr 25 OE-25/2005

dr Ryszard Balicki Katedra Prawa Konstytucyjnego Uniwersytetu Wrocławskiego

Opinia prawna w sprawie zgodności z Konstytucją RP ustawy z dnia 4 marca 2005 r. o ochronie wypłaty wynagrodzeń osób zatrudnionych w samodzielnych publicznych zakładach opieki zdrowotnej (druk sejmowy nr 3768) – patrz niżej ...

<http://www.senat.gov.pl/k5/dok/opinia/2005/0025.htm>

= OIUGZ = Ponieważ : Wyrażone w materiale opinie odzwierciedlają jedynie poglądy autora. © Copyright by Kancelaria Senatu, Warszawa 2004

Wszelkie prawa zastrzeżone. Żadna część ani całość opracowania nie może być bez zgody wydawcy - Kancelarii Senatu - reprodukowana, użyta do innej publikacji oraz przechowywana w jakiegokolwiek bazie danych.

TRZEBA KONIECZNIE UZYSKAĆ ZGODĘ SENATU NA UŻYCIE TEJ EKSPERTYZY DO UZASADNIENIA

5. Skutki finansowe wykonania projektowanej ustawy
Ustawa nie powoduje skutków finansowych dla budżetu państwa.

6. Oświadczenie o zgodności z prawem Unii Europejskiej

Projektowana ustawa jest zgodna z prawem Unii Europejskiej.

.....
T ł o c z o n o z p o l e c e n i a M a r s z a ł k a S e n a t u
.....

<http://www.senat.gov.pl/k5/dok/opinia/2005/0025.htm>

Opinie i Ekspertyzy nr 25

OE-25/2005

dr Ryszard Balicki

Katedra Prawa Konstytucyjnego

Uniwersytetu Wrocławskiego

Opinia prawna w sprawie zgodności z Konstytucją RP ustawy z dnia 4 marca 2005 r. o ochronie wypłaty wynagrodzeń osób zatrudnionych w samodzielnych publicznych zakładach opieki zdrowotnej

(druk sejmowy nr 3768)

Opinia niniejsza ma w szczególności odpowiedzieć na pytanie "czy przepis art. 4 ustawy z druku sprawozdania sejmowej Komisji Zdrowia nr 3768 jest zgodny z Konstytucją RP?"

1. Zasada równości wobec prawa jest jednym z fundamentów demokratycznego porządku prawnego odnoszącym się zarówno do sfery stanowienia, jak i stosowania prawa. Idea ta bezspornie stanowi ważny element obowiązującej w Polsce koncepcji praw, wolności i obowiązków człowieka i obywatela, jest bowiem jedną z podstawowych zasad państwa prawnego. Zasada równości jest współcześnie zawarta w konstytucji większości krajów demokratycznych (np. konstytucja Francji - art. 2, Niemiec - art. 3, Grecji - art.4, Włoch - art. 3, Portugalii - art. 13, Hiszpanii - art. 14, Holandii - art. 1), jak również w aktach prawa międzynarodowego dotyczących wolności i praw człowieka i obywatela. I tak np. Powszechna Deklaracja Praw Człowieka głosi w art. 1, iż "wszyscy ludzie rodzą się wolni i równi w swej godności i swych prawach...", a art. 26 Międzynarodowego Paktu Praw Osobistych i Politycznych stanowi, iż "wszyscy są równi wobec prawa i są uprawnieni bez żadnej dyskryminacji do jednakowej ochrony prawnej.

Jakakolwiek dyskryminacja w tym zakresie powinna być ustawowo zakazana". Również w Konstytucji RP, wśród podstawowych zasad tworzących konstytucyjny system wolności i praw, znajdziemy obok zasady godności człowieka i wolności, zasadę równości. Konstytucja RP w art. 32 ust. 1 formułuje ogólną zasadę równości, stanowiącą *lex generalis* wobec pozostałych norm konstytucyjnych dotyczących zasady równości. Wśród norm konkretyzujących zasadę ogólną jest m.in. norma art. 32 ust. 2, zakazujący dyskryminacji w życiu politycznym, społecznym, gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny (zob. np. M. Masternak-Kubiak, *Prawo do równego traktowania*, [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, pod red. B. Banaszaka i A. Preisnera, Warszawa 2002).

Zawarte w art. 32 ust. 1 postanowienie nakazujące "równe traktowanie każdego" wyraża zasadę obowiązującą zwłaszcza w procesie tworzenia prawa, czyli wydawania ustaw i innych norm prawnych. Przepisy stanowionego prawa nie mogą zawierać postanowień dyskryminujących lub przyznających przywileje.

W świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego należy wręcz stwierdzić, iż "równość w prawie" oznacza nakaz jednakowego traktowania podmiotów i sytuacji podobnych. Wszystkie podmioty prawa (sytuacje) charakteryzujące się w równym stopniu daną cechą istotną (relewantną) powinny być traktowane równo, a więc według jednakowej miary, bez różnicowań zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących. (por. np. wyroki Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K. 7/98, OTK ZU nr 6/1998, poz. 96 i SK 6/01, OTK ZU nr 5/2001, poz. 121, oraz w sprawie K 6/89, OTK 1989, s. 107-108. Zob. też K. Działocha, *Równość wobec prawa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego w Polsce*, [w:] *Zasada równości w orzecznictwie trybunałów konstytucyjnych*, pod red. J. Trzczińskiego, Wrocław 1990 r., s. 149-150; L. Garlicki, *Zasada równości i zakaz dyskryminacji w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Obywatel - jego wolności i prawa*, Warszawa 1998 r., s. 65-66; J. Falski, *Ewolucja wykładni zasady równości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Państwo i Prawo 2000 r., nr 1, s. 52-53).

Konstytucja nie określa precyzyjnie zakresu podmiotów korzystających z zasady równości. Poprzednia regulacja konstytucyjna w art. 67 ust. 2 określając krąg podmiotów

korzystających z zasady równości używała pojęcia "obywatele". W związku z powyższym, pod rządami ówczesnych regulacji konstytucyjnych Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że zasada równości ma zastosowanie tylko w ocenie podmiotów będących obywatelami, tj. osób fizycznych. (zob. np. orzeczenie TK z 27 czerwca 1995 r., K. 4/94, OTK z 1995, cz. I, poz. 16, s. 181). Podkreślić jednak należy, iż obecna Konstytucja RP posługuje się terminem "wszyscy". Z użytego przez ustrojodawcę terminu należy wnioskować, iż dotyczy on "wszystkich", czyli ogółu osób, a zatem zarówno osób fizycznych, jak i prawnych (zob. np. rozważania prof. L. Garlickiego zawarte w uwadze 14 komentarza do art. 32, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, tom III, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2003).

Należy zauważyć, iż zasada równości odnosi się do zakazu różnicowania sytuacji prawnej adresatów danej normy, czyli ma ona charakter podmiotowy.

2. Uchwalona przez Sejm RP w dniu 4 marca 2005 r. ustawa o ochronie wypłaty wynagrodzeń osób zatrudnionych w samodzielnych publicznych zakładach opieki zdrowotnej jest aktem szczególnym z uwagi na wiele okoliczności. I tak np.:

- ustawa dotyczy tylko jednego, ściśle określonego kręgu adresatów (osób zatrudnionych w samodzielnych publicznych zakładach opieki zdrowotnej),
- ustawa ma charakter epizodyczny, sam ustawodawca określa w art. 5 datę wygaśnięcia mocy obowiązującej ustawy na dzień 31 grudnia 2005 r.,
- ustawa ma wejść w życie już w dniu ogłoszenia (bez *vacatio legis*),
- ustawa została uchwalona w bardzo szybkim tempie (świadczą o tym może np. fakt, iż poselski projekt ustawy został zgłoszony 18 lutego 2005 r., 1 marca został skierowany do Komisji Zdrowia, 2 marca odbyło się pierwsze czytanie a już 4 marca ustawa została przyjęta - bez głosów sprzeciwu - przez Sejm RP).

Podane powyżej specyficzne cechy omawianej ustawy, i to właściwie każdy z osobna, mogą być podnoszone jako zarzut co do racjonalności uchwalenia takiej regulacji prawnej.

3. Analiza postanowień ustawy może prowadzić do uzasadnionych wątpliwości co do jej zgodności z postanowieniami Konstytucji RP. Wąsko zarysowany krąg adresatów ustawy bezspornie rodzi wątpliwości co do jego zgodności z art. 32. Na podstawie

omawianej ustawy dochodzi bowiem do nieuprawnionego zróżnicowania sytuacji prawnej osoby zatrudnionej, gdzie jedynym kryterium różnicującym jest miejsce pracy (a w praktyce jego forma prawna). W tej sytuacji dochodzi również do naruszenia zasady równości rozumianej jako równe prawa wszystkich podmiotów gospodarczych funkcjonujących na rynku usług medycznych (preferencje dla podmiotów publicznych i zróżnicowanie ich sytuacji w odniesieniu do pozostałych podmiotów).

Podkreślić należy, iż ustawa ma być stosowana "w przypadku prowadzenia egzekucji" (art. 3 ust. 1) lub też jak określa to art. 2 gdy "toczy się postępowanie egzekucyjne".

Dokonywana jest więc ingerencja ustawodawcy w toczące się już procedury prawne, a w konsekwencji naruszone zostaną prawa wierzycieli. Po ewentualnym wejściu w życie ustawy możliwość wyegzekwowania prawnie stwierdzonych należności ulegnie znacznemu ograniczeniu. Oczywiście Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie w swych orzeczeniach potwierdzał stanowisko, iż prawodawca może nowelizować prawo, także na niekorzyść obywateli czy podmiotów gospodarczych. Jednak swoboda prawodawcy w kształtowaniu materialnych treści nowych uregulowań jest w swoisty sposób "równoważona" obowiązkiem szanowania proceduralnych aspektów zasady demokratycznego państwa prawnego, a w szczególności szanowania "zasad przyzwoitej legislacji". Zasady te wymagają m.in., by przy stanowieniu nowych unormowań przyjmowane były regulacje przejściowe, uwzględniające ochronę tzw. interesów w toku (wyrok z 5 stycznia 1999 r., *K. 27/98*, OTK ZU Nr 1/1999, s. 7-8). W orzeczeniu z 3 grudnia 1996 r., którego aktualność nie może być kwestionowana na gruncie nowych regulacji konstytucyjnych Trybunał stwierdził, że "w demokratycznym państwie prawnym stanowienie i stosowanie prawa nie może być pułapką dla obywatela, a obywatel powinien mieć możliwość układania swoich spraw w zaufaniu, iż nie naraża się na niekorzystne skutki swoich działań i decyzji, niemożliwe do przewidzenia w chwili podejmowania tych decyzji i działań" (*K. 25/95*, OTK ZU Nr 6/1996, s. 501).

Przyjęta przez Sejm ustawa narusza również zasadę przyzwoitej legislacji, stanowiącą element demokratycznego państwa prawnego - art. 2 konstytucji (zob. np. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 24 lutego 2003 r. w sprawie *K 28/02*).

W miejsce zawartych w ustawie "niekonwencjonalnych" sposobów ochrony praw pracowniczych (np. art. 4, stwierdzający, iż do prowadzenia egzekucji z rachunku bankowego nie stosuje się postanowień regulujących zasady prowadzenia takich egzekucji i zawartych w kodeksie postępowania cywilnego) należy - jeżeli taka jest wola ustawodawcy - przeprowadzić nowelizację odpowiednich przepisów kpc. Miejscem dla postanowień regulujących szczegółowo materię prowadzenia egzekucji z rachunku bankowego jest kpc. Ewentualna nowela winna jednak respektować wszelkie normy demokratycznego państwa prawnego.

4. Reasumując analiza postanowień uchwalonej przez Sejm RP ustawy o ochronie wypłaty wynagrodzeń osób zatrudnionych w samodzielnych publicznych zakładach opieki zdrowotnej prowadzi do wniosku, iż ustawa ta narusza postanowienia Konstytucji RP i jako taka winna zostać przez Senat RP odrzucona.

marzec 2005 r.

Wyrażone w materiale opinie odzwierciedlają jedynie poglądy autora.

Š Copyright by Kancelaria Senatu, Warszawa 2004

Wszelkie prawa zastrzeżone. Żadna część ani całość opracowania nie może być bez zgody wydawcy - Kancelarii Senatu - reprodukowana, użyta do innej publikacji oraz przechowywana w jakiegokolwiek bazie danych.



www.gwarancjezaplaty.mwtb.pl

Obywatelska Inicjatywa Ustawodawcza

w kwestii

Gwarancji Zapłaty w Procesie Budowlanym dla Wszystkich Uczestniczących w Procesie Budowlanym

Ruda Śląska, 13 czerwca 2009 r.

Dept. Prawno Legislacyjny

emailem / faksem / pocztą

Sz. Pan Minister Sprawiedliwości
mgr Andrzej Czuma
Ministerstwo Sprawiedliwości RP
Warszawa;

DOT.: DLP III 4268 – 3 /08 Gwarancje Zapłaty

Szanowni Państwo,

Serdecznie dziękuję za odpowiedź, muszę przyznać bardzo konstruktywną. Widzimy i wierzymy, że działania Państwa idą w dobrym kierunku cele stworzenia zapisów prawnych zabezpieczających wszystkich

Pragniemy jednak zwrócić uwagę na kilka faktów, gdyż pomijanie ich może zaburzyć osiągnięcie zamierzonego i oczekiwanego przez Przedsiębiorców celu.

Pierwszą uwagą jest fakt iż prace nad nowelizacją „Ustawy – Gwarancje Zapłaty” są prowadzone na różnych szczeblach administracyjnych i parlamentarnych i nie widać w tych działaniach żadnej koordynacji, co po pierwsze „rozwadnia” działania i może doprowadzić do rozbieżnych rozwiązań. Jak wiemy to pracują nad „tematem” – Państwo, Komisja Ustawodawcza Senatu – druk senacki Nr.404, Komisja Budownictwa / Infrastruktury Sejmu, Ministerstwo Infrastruktury, Trójstronny Zespół ds. Budownictwa... . Jednocześnie Państwa list jest właściwie pierwszą merytoryczną odpowiedzią na głos Inicjatywy Gwarancje Zapłaty reprezentującej szerokie grono Uczestniczących w Procesie Budowlanym, których prawa do zabezpieczenia należności nigdzie dotychczas nie były realnie uwzględnione / *patrz listy popierające w załączeniu* /.

Poza tym uważamy, że „temat” zabezpieczeń w procesie budowlanym winien być potraktowany kompleksowo na bazie istniejących ustanowień prawnych (w tym art. 647.1. k. c.) dla przyspieszenia procedury nowelizacji, przez ich taką modyfikację by spełniały zabezpieczenie na wszelkie możliwe scenariusze „zatorów płatniczych” występujące w Procesach Budowlanych, i to tak między ich Uczestnikami PB jak i Odbiorcami (Klientami) PB co w aktualnym stanie prawnym jest zasadniczą luką,

gdyż brak odpowiedniego zabezpieczenia (Rachunku Powierniczego, którego projekt ustawy leży na „półkach” u Państwa) powoduje, że w przypadku np. upadłości dewelopera Klient / Odbiorca obiektu traci „wszystko” a nawet „więcej” gdyż często inwestycja taka jest często życiowym aktem inwestycyjnym danego Klienta - co ma między innymi miejsce w aktualnym stanie gospodarki / patrz załącznik /.

Jednocześnie pragniemy zwrócić uwagę na fakt iż rozważana aktualnie przez Państwa nowelizacja Ustawy „Gwarancje Zapłaty” w dalszym ciągu nie spełni oczekiwań i założeń Ustawodawcy z 2003 - go roku, jak i Państwa, gdyż analiza Państwa listu wskazuje na Państwa głębokie przeświadczenie o konieczności prawidłowego rozwiązania tej tak ważnej dla gospodarki kwestii lecz proponowane rozwiązania są nie adekwatne. Nie znamy do końca ostatniej wersji Państwa propozycji, przekazanej do uzgodnień międzyresortowych (wierzymy, że dostaniemy go do konsultacji jako czynnik społeczny) lecz spróbujemy w tym miejscu wykazać elementy uniemożliwiające realizację właściwych zabezpieczeń w PB tylko przez te „ustawę”.

- Zasadniczym elementem jest fakt, iż w Polsce aktualnie i chyba jeszcze długo nie ma możliwości dla małej firmy a nawet średniej uzyskać gwarancji ubezpieczeniowej czy bankowej wg światowych standardów, a więc bez blokowania zabezpieczanych kwot, lecz na bazie analizy wiarygodności finansowej firmy. Brak ten jest zasadniczą przeszkodą, gdyż w Procesie Budowlanym większość wykonawców, podwykonawców jak i uczestniczących jak Państwo określenie „stronom umowy o roboty budowlane / *tyle że nie w rozumieniu art. 647 k c – patrz wyjaśnienie poniżej /*”, nie uzyska takiego zabezpieczenia i nie będzie mogło go udzielić nie mając „gotówki” na swoim koncie;
- Innym elementem jest fakt, że podział kosztów za udzieloną gwarancję winien być przy jej udzielaniu w pełni ponoszony przez udzielającego, a ewentualnie w trakcie realizacji, umowy w przypadku płatności zgodnych z umową być refundowany przez zabezpieczanego,
/ oczywiście dywagacje na temat tych kosztów te jak i ich podziału są fikcją i tylko „zaciemniają” obraz gdyż wartość prowizji za udzielenie gwarancji jest funkcją finansowej wiarygodności ubezpieczanego/;
- udzielenie gwarancji winno być **obligatoryjne** w krótkim czasie po otrzymaniu takiego zapytania, a nie fakultatywne i rozciągnięcie w czasie, gdyż szczególnie w przypadku już rozpoczętych robót długi czas reakcji może doprowadzić nawet do nierealności takiej gwarancji;
- wprowadzenie „straszaka”, możliwości od umowy... Nie zafunkcjonowało już w istniejącej Ustawie, gdyż jako że Procesy Budowlane są bardzo dynamiczne praktyczne odstąpienie od umowy w czasie jej trwania jest totalną stratą poniesionych nakładów, a to z uwagi na kłopotliwy proces dowodowy i dochodzeniowy roszczeń;
- w formie jaka jest propozycja Ustawy jest w dalszym ciągu niekonstytucyjna, (patrz art. 32 Konstytucji RP), gdyż uprzywilejowuje TYLKO dwie grupy Podmiotów z Procesu Budowlanego – Wykonawców i Podwykonawców – nie mówi o ekwiwalentnym zabezpieczeniu dla Inwestora / Zamawiającego jak też nie mówi wprost o innych Uczestniczących w Procesie Budowlanym *nie związanych umową o roboty budowlane a innymi nazwanymi lub nienazwanymi umowami, jak umowa najmu, o dzieło czy tp.*

Tak więc podsumowując koniecznym jest „przepracowanie” propozycji tak by stworzony akt prawny miał szansę zasadniczo naprawić istniejący stan rzeczy.

Dlatego też ponawiamy nasz głos w kwestii wprowadzenia procedury Hipoteki Budowlanej uzupełnionej Gwarancjami Zapłaty, na wzór rozwiązań w ustawodawstwie niemieckim (art. 648 i 648 „A” BGB) – nawiasem mówiąc Ustawa „Gwarancje Zapłaty z lipca 2003 r. była wzorowana na tym akcie, jednak twórcy nie zwrócili uwagi na fakt, że jest ona wtórnym aktem dla Hipoteki Budowlanej, dla zabezpieczenia praw do należności w Procesach Budowlanych gdzie nie ma możliwości zastosowania zabezpieczenia Hipoteką Budowlaną (np. budynki rządowe... czy inwestycje infrastrukturalne) / patrz art. „obce prawa” i HB prawo niemieckie; Ulatowski /. Szczególnie, że Członkowie Komisji Kodyfikacyjnej Sejmu mimo „niegdysiejszych” / wcześniejszych wątpliwości potwierdzili swoje uznanie dla rozwiązania kwestii zabezpieczenia należności procedurą Hipoteki Budowlanej wraz z Gwarancjami Zapłaty dla Procesów Budowlanych w których nie ma zastosowania zabezpieczenie Hipoteką (np. procesy infrastrukturalne...).

I tutaj postaramy się wykazać walory takiego zapisu prawnego, gdyż jest ono :

- bezstronne, równe dla WSZYSTKICH uczestniczących w Procesie Budowlanym począwszy od Inwestora / Zamawiającego a skończywszy na ostatnim uczestniczącym w Procesie Budowlanym na bazie umowy cywilno – prawnej;
- jest obligatoryjne po spełnieniu warunków:
 - zawarcia umowy cywilno – prawnej,
 - zgłoszenia tej umowy Inwestorowi / Zamawiającemu;i niezależne od „woli” Inwestora / Zamawiającego, gdyż wyrażenie zgody wymagane w art. 647.1 k. c. jest ingerencją w realizację umowy często w sposób fikcyjny omijaną;
- nie **stanowi dla NIKOGO żadnego kosztu** na etapie realizacji zabezpieczenia w przypadku regulowania należności zgodnie z umową;
- daje Inwestorowi / Zamawiającemu możliwość zatrzymania należnych niepotwierdzonych kwot, co jest zasadniczym zabezpieczeniem, gdyż kwoty te są do dyspozycji po wyjaśnieniu jakichś istniejących niedomówień przy realizacji umowy. Jednocześnie ZABEZPIECZA Inwestora / Zamawiającego przed „podwójną płatnością” możliwą przy korzystaniu z art. 647.1. k. c. przez stworzenie narzędzia kontrolnego realizacji płatności, czyli „listy zgłoszeń” i „listy potwierżeń” / patrz załącznik „Procedura Hipoteki Budowlanej”/;

I tu pragniemy dodatkowo wyjaśnić, iż nie jest prawdą iż wprowadzenie Hipoteki Budowlanej „może zwiększyć zagrożenie zwiększenia obciążeń hipotecznych”, gdyż wpis do ksiąg wieczystych wynikający z realizacji Hipoteki Budowlanej może nastąpić DOPIERO w przypadku braku wypłaty należnych kwot w Procesie Budowlanym, dopiero po okresie 1+6 miesięcy po jego zakończeniu, co nie powinno mieć miejsca gdyż procedura Hipoteki Budowlanej właśnie daje szansę Inwestorowi/ Zamawiającemu na kontrolę przepływu należności i zatrzymanie niepotwierdzonych zapłat dla „kolejnych” uczestniczących w ciągu Procesu Budowlanego /patrz *Procedura Hipoteki Budowlanej w załączeniu*/. Tak więc Inwestor / Zamawiający ma bezpośrednią kontrolę nad realizacją płatności dla kolejnych uczestniczących w ciągu Procesu Budowlanego czym unika ryzyka już wspomnianej wyżej „podwójnej” płatności możliwej w przypadku realizacji zabezpieczenia wynikającej z art. 647.1 k.c.;

Dlatego podsumowując pragniemy zwrócić uwagę jeszcze na fakt lingwistyczny planowanych zapisów prawnych, tak by wyeliminować pomyłki interpretacyjne, a mianowicie:

- należy wyeliminować z zapisów określenia:



www.gwarancjezaplaty.mwtb.pl

Obywatelska Inicjatywa Ustawodawcza

w kwestii

Gwarancji Zapłaty w Procesie Budowlanym dla Wszystkich Uczestników Procesu Budowlanego

inż. Tadeusz Jurkiewicz
41 – 711 Ruda Śląska, ul. Poligonowa 4
tel.: 032 209 44 56 / 0600 209 893

Ruda Śląska, 22 listopada 2008 r.

Departament Prawno Legislacyjny
Ministerstwo Sprawiedliwości
Warszawa

DOT.: DI.P II – 4105 – 9 / 08

Szanowni Państwo,

Serdecznie dziękuję za odpowiedź i postaram się ustosunkować do argumentów jakie Państwo przedstawiacie w Waszym liście.

Po pierwsze pragne potwierdzić, nawiązując do ostatniego akapitu Państwa listu iż złożyłem odnośny formularz o dopuszczenie do uczestnictwa w pracach nad przedmiotowa ustawą (w załączeniu), do Państwa nawiasem mówiąc również pocztą elektroniczną, ale niestety zostałem odsyłany „od Kajfasza do Annasza”, nie chcę wierzyć, że celem „zmylenia” a tylko przez bezduszne działania administracyjne.

Trzeba zrozumieć, iż wszystko co robię w tej sprawie jest społeczne i kosztem czasu i pieniędzy kradzionego Firmie którą zarządzam. Ale do rzeczy.

W odpowiedzi na Państwa argumetację pragnę wyrazić nasze (Obywatelskiej Inicjatywy Ustawodawczej Gwarancje zapłaty) zdanie, a mianowicie:

- wnoszę na początku uwagę, iż nie będąc prawnikiem nie wypowiadam się do treści prawniczych lecz jedynie merytorycznych, gdyż znając dobrze rozwiązania funkcjonujące w świecie w tym w UE, uważam, że polskie rozwiązania powinny być co najmniej takie same, albo lepsze, uzupełnione o braki tych już istniejących; -

- a) aktualny projekt ustawy zupełnie nie daje żadnych możliwości gwarancji uczestniczającym w procesie budowlanym, nawet tym UPZYWILEJOWANYM artykułem 647.1 Wykonawcom i Podwykonawcom;
- b) uważamy, że opinia Sądu Najwyższego (której niestety nie znamy), na którą się Państwo powołujecie wysuwa bezsadane argumenty, wynikające najprawdopodobniej z niepełnego zgłębienia istoty Hipoteki Budowlanej, gdyż:

- proponowane zabezpieczenie tzw Hipoteką Budowlaną odnosi się / obejmuje **Wszystkich Uczestniczących** w Procesie Budowlanym co reprezentuje co najmniej 85 % Podmiotów gospodarczych;
- uczestniczący w procesie budowlanym i ich działania w procesie budowlanym wyróżniają się od innych działań rynkowych tym, że efekty tych działań są zanikowe i zmieniające się bardzo dynamicznie, niemożliwe do zabezpieczenia w inny sposób rynkowy;
 - zanikowe, gdyż w krótkim czasie stają się nie do odzyskania, jak już są wbudowane (okna), czy też np. usunięte z miejsca PB (wywóz ziemi, rusztowania) a więc, żadna inna forma zabezpieczenia nie może zafunkcjonować;
- Proponowana HB nie wyróżnia żadnego Podmiotu (jak to czyni art. 647.1 k.c.) lecz zabezpiecza w równym stopniu i na równych prawach Wszystkich, tzn:
 - inwestora;
 - wykonawców;
 - podwykonawców;
 - dostawców usług, sprzętu;
 - wynajmu sprzętu;
 - dostawców materiałów;
 - profesjonalistów;**tzn. wszystkich**, którzy uczestniczą w tzw. wartości dodanej do Inwestycji / nieruchomości, czym jest Proces Budowlany w wyniku którego nieruchomość nabiera dodatkowej wartości;

/ również i dostawcy energii elektrycznej na potrzeby Procesu Budowlanego, projektanci zieleni na potrzeby Procesu Budowlanego (Wartości Dodanej) przez procedure HB uzyskują prawo do tego zabezpieczenia, a więc równego zabezpieczenia z innymi Przedsiębiorcami/

Odnosimy się teraz kolejno do Państwa argumentacji (str. 2 przedostatnia alinea):

- ad. 1, nie ma zwiększenia obciążeń hipotecznych jeśli Proces Budowlany jest „wyplacony” – tzn. że nie ma żadnych zaległych należności i Wszyscy Uczestniczący w PB zostali wypłaceni.
- należności hipoteczne powstają **dopiero po zakończeniu** Procesu Budowlanego, w wyniku wyroku / orzeczenia Sądu na podstawie udokumentowanego spełnienia warunków nabycia prawa do HB, czym jest zgłoszenia udziału w PB (patrz Procedury HB w załączeniu);
- ad.2. zaistnienie hipoteki może nastąpić tylko po zakończeniu Procesu Budowlanego, po okresie karencji (7-em miesięcy), pozostawionego dla wyjaśnienia spornych kwestii, na podstawie prawomocnego wyroku Sądu i tylko dla nieuregulowanych należności. Tak więc nie wpływa w żaden sposób na zdolność kredytową Inwestora;
- nawet jeśli Inwestycja jest realizowana ze środków finansowych przyszłych Klientów, jeśli wszystkie należności są należycie na bieżąco wypłacone i uregulowane to nie ma żadnego ryzyka ich utraty gdyż w trakcie realizacji Procesu Budowlanego jest stała kontrola przepływu należności ;
- / przeciwnie w aktualnej sytuacji ryzyko utraty wpłat przez Klientów jest bardzo duże, gdyż nie ma takiej kontroli i Deweloper płacąc niesolidnemu Generalnemu Wykonawcy naraża te środki na utratę/*
- ad.3. Stwierdzenie „ istnienie licznych hipotek...” jest bezzasadne, gdyż jak już wyżej przedstawiliśmy, nie ma „hipotek” jak należności są uregulowane;
- ad. 4. stwierdzenie „*nia ma żadnych przeszkód, by wykonawca lub podwykonawca ustanowił zawarcie umowy od ustanowienia odpowiedniego zabezpieczenia...*” jest również bezpodstawne, gdyż praktyka wskazuje, że Zlecający unikają udzielenia jakiegokolwiek zabezpieczenia. Nawet z egzekwowaniem zapisów art. 647.1. kc czy byłej Ustawy o Gwranacjach Zapłaty zawsze były / są kłopoty, bo te zapisy są fakultatywne. Zaś uzyskanie ubezpieczenia należności w Firmach ubezpieczeniowych przez małego / średniego Przedsiębiorcę (poniżej 5 – ciu mln PLN) w Polsce jest niemożliwe;
- Zaś żądanie wpisu z art. 747 pkt 2 k.p.c. jest iluzoryczne i raczej tylko teoretyczne.

ad. 5. Proponowane uregulowanie nie jest w żadnym wypadku preferującym jakąkolwiek, partykularną grupę przedsiębiorców, gdyż przeciwnie do art. 647.1. k.c. odnosi się do Wszystkich Uczestniczących w Procesie Budowlanym na równych prawach, w tym i do Inwestora (czego nie dają żadne inne zapisy), nie zaś jak to jest aktualnie w zapisie z art. 647.1. k.c. dającym uprawnienia do faktycznie niedziałających gwarancji **TYLKO** Wykonawcom i Podwykonawcom, co jest napewno sprzeczne z zapisami konstytucyjnymi.

Jeśli chodzi o argumentację dotyczącą dostawców energii, to jest to argument bezzasadny, gdyż: dostawcy ci w proponowanym rozwiązaniu HB również korzystają z równoważnego zabezpieczenia mając dodatkowo inny silny element, jakiego nie ma np. dostawca okien, czy też usług transportowych wywozu ziemi z wykopów czy wynajmu rusztowań, że może w każdej chwili zatrzymać dostawę energii. A będąc faktycznie monopolistą przez zagrożenie odstąpienia od umowy zmusza odbiorcę / Zlecającego do regulowania należności na bieżąco.

Zaś zagrożenie odstąpienia od umowy w trakcie wykonania zadania umownego przez np. dostawcę usług jest faktycznie nierealne przy już zaangażowanych środkach w jego realizację, a jednocześnie bez konsekwencji dla Zlecającego, gdyż ten nieregulując należności „wymieni” wykonawcę zadania właściwie i praktycznie bez żadnych dla siebie konsekwencji.

Nawiązując do stwierdzenia, dotyczącego drugiego mego wystąpienia odnośnie Gwarancji Zapłaty, pragnę zauważyć, iż rozważanie kwestii Gwarancji Zapłaty w oderwaniu od ustanowienia Hipoteki Budowlanej będzie / jest nieefektywne (co pokazał istniejący do niedawna stan rzeczy), gdyż, jak to jest w prawie niemieckim zapis / akt Gwarancje Zapłaty jest uzupełnieniem aktu Hipoteki Budowlanej w zakresie gdzie ustanowienie Hipoteki budowlanej jest niemożliwe (patrz Procesy Budowlane liniowe, budynki rządowe...), zaś zasady funkcjonowania procedury kontrolne są identyczne.

Szanowni Państwo myślę, że błąd w powszechnym zrozumieniu sedna procedury Hipoteki Budowlanej leży w słowie „Hipoteka”, które jest praktycznie słowem / procedurą nową (dotychczas / 15 lat wstecz prawie nieużywanym) a faktycznie jest procedurą wyjątkowo prostą i „czystą”. Jest faktycznie Hipoteką Kaucyjną, która się przeradza w Hipotekę Zwykłą w momencie powstania wierzytelności = niezapłaconia należności w Procesie Budowlanym.

Innym przybliżeniem myślowym jest „Weksel”, który jest zobowiązaniem i może być zrealizowany przez wykup czyli uregulowanie należności lub na podstawie orzeczenia sądu, który analizuje tylko wiarygodność weksla nie zaś jego przedmiotowość.

Pragnę jeszcze na koniec podkreślić zasadność stworzenia realnych zabezpieczeń na bazie proponowanych rozwiązań na konkretnych i typowych przykładach z życia Przedsiębiorcy Uczestniczącego w Procesie Budowlanym. Jeden jest opisany w załączniku, zaś drugi tego samego Przedsiębiorcy, prostszy, bo należność z „weksla” i uzyskane orzeczenie jest niewykonalne gdyż Dłużnik jest nałogowym Dłużnikiem i ma aktualnie około 15 – tu spraw roszczeń komorniczych a dalej funkcjonuje wykonując roboty między innymi w Elektrowni Opole (gdzie przecież trzeba się wykazać między innymi wiarygodnością) przypuszczalnie dalej nie płacąc kolejnym podwykonawcom / dostawcom, czego by nie mógł robić przy istnieniu procedury Hipoteki Budowlanej.

Podsumowując, pragnę jeszcze raz podkreślić iż proponowane rozwiązanie zabezpieczenia należności w Procesach Budowlanych procedurą Hipoteki Budowlanej jest rozwiązaniem uniwersalnym, dającym równoważne zabezpieczenie Wszystkim Uczestniczącym w Procesie Budowlanym w tym i Inwestorowi.

Zabezpieczenie to nie podnosi kosztów Procesu Budowlanego, nie hamuje ani też nie blokuje działań kredytotwórczych Inwestora.

Wręcz przeciwnie procedura Hipoteki Budowlanej reguluje:

- relacje Inwestor / Generalny Wykonawca / Rzeszta Uczestniczących w PB;
- stwarza narzędzie kontroli obiegu finansów w PB, zabezpieczając Inwestora przed ryzykiem podwójnej zapłaty;
- zapewnia bezpieczeństwo należności dla Wszystkich Uczestniczących w PB na równych prawach.

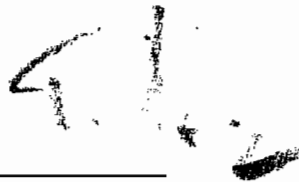
Po prostu przy zastosowaniu procedury zabezpieczenia należności Hipoteką Budowlaną nie opłaca się nie płacić / nie regulować swoich należności w przeciwieństwie do aktualnego stanu który nawet stwarza ku temu dobre warunki.

Wierząc, że powyższa argumentacja pozwoliła wyjaśnić wiele kwestii, liczę iż zostaną one przez Państwa powtórnie przeanalizowane i wprowadzone w życie ku dobru Polskich Przedsiębiorców.

Oczekując nowości, przekazuję moje wyrazy szacunku.

Z poważaniem

T. Jurkiewicz



inż. Tadeusz Jurkiewicz
koordynator OIU GZ
0600 209 893
032 209 44 56
tadejurkiewicz@hotmail.com

Załącznik. Dla Informacji:

- a) procedura funkcyjowania Hipoteki Budowlanej
- b) typowy przypadek nieregulowania należności przy aktualnym stanie prawnym;
- c) charakterystyka Hipoteki Budowlanej
- d) **Zgłoszenie Uczestnictwa w pracach na Ustawę**



**Inicjatywa Ustawodawcza
w kwestii
Gwarancji Zapłaty w Procesie Budowlanym
dla Wszystkich Uczestniczących w Procesie Budowlanym**

Propozycja i uzasadnienie

**AKTUALNY STAN PRAWNY ZABEZPIECZEŃ
W PROCESIE BUDOWLANYM**

**STATUS PRAWNY FIRM WYKONAWCZYCH W PROCESIE
INWESTYCYJNYM ANNO DOMINI 2008**

Lata 2004-2005 kojarzą się przede wszystkim z przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej i perspektywami rozwoju w przyszłości, ale dla przedsiębiorców i inwestorów branży budowlanej to powrót do przeszłości. W dniu 1 stycznia 2004 weszła w życie trzecia z ustaw istotnie wpływających na sytuację prawną firm tej branży - ustawa o terminach zapłaty w transakcjach handlowych. Od 7 listopada 2003 obowiązuje ustawa o gwarancjach zapłaty za roboty budowlane a od 24 kwietnia 2003 nowelizacja przepisów kodeksu cywilnego dotycząca umowy o roboty budowlane. Zwłaszcza ta ostatnia ustawa wprowadzająca solidarną odpowiedzialność inwestora i wykonawcy za zobowiązania wobec podwykonawców to swoisty powrót do przeszłości. Nowa regulacja wzbudziła wielkie nadzieje i zachęciła ona rzesze małych firm podwykonawców do występowania przeciw wielkim inwestorom z żądaniem zapłaty, której nie uiszcili wykonawcy. Zasadnicze pytanie jakie powstaje, to czy nie jest to złudna nadzieja. Analiza ustawy prowadzi do szeregu wątpliwości.

1. Czy dostawca to wykonawca?

Wprowadzona regulacja redukuje znaczenie umów o generalne wykonawstwo ograniczając ich swobodę w wyborze podwykonawców czy wręcz zmuszając generalnych wykonawców do osobistego wykonywania umowy. Jest to konsekwencja konieczności wyrażenia zgody na powierzenie robót budowlanych podwykonawcom. Mianowicie do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora, a jeśli ten podwykonawca zawiera dalsze umowy podwykonawstwa, to wymagana jest zgoda inwestora i głównego wykonawcy, którego łączy umowa z inwestorem (art. 647¹ § 2 i 3 k.c.). Wątpliwości budzi zarówno też zakres zgody jak i forma. Powstaje pytanie czy zgoda ma obejmować treść całej umowy, czy też wystarczy zaakceptowanie istotnych postanowień umowy (*essentialia negotii*).? Często w praktyce w trakcie procesu inwestycyjnego zachodzi konieczność dostosowania

umowy z podwykonawcami do zmieniającego się zakresu prac. W pierwszym przypadku nawet drobna zmiana umowy może wymagać zgody inwestora, który z jednej strony może żądać zmian zakresu prac a z drugiej strony odmawiać akceptacji zmiany umowy. Czy przepisy te należy jednak stosować do umów o generalną realizację inwestycji? Kolejna kwestia : czy dostawcy i usługodawcy (np. firmy ochroniarskie) też są podwykonawcami? Czy zachowana została procesowa równość stron?

Zgodnie z art. 647¹ § 2 kc zgoda ma być wyrażona na piśmie pod rygorem nieważności a odnośnie sprzeciwu nie zastrzeżono już tego rygору. W procesie inwestor mógłby więc w pewnych sytuacjach udowodniać, że wyraził sprzeciw i powoływać np. świadków a wykonawcy nie będzie przysługiwało analogiczne prawo odnośnie zgody inwestora.

3.A jak zamówi gmina ?

Nasuwa się dalej pytanie : jaka jest relacja pomiędzy wynikającym z ustawy o gwarancjach płatności prawem żądania przez wykonawcę gwarancji zabezpieczenia terminowej zapłaty za wykonane roboty a ograniczeniami wynikającymi z ustawy o zamówieniach publicznych ? Uzasadniona wydaje się interpretacja, zgodnie z którą w przypadku, gdy zamawiającym jest np. gmina wykonawca ma prawo żądać gwarancji a gmina nie ma prawa jej przyznać.

4.Jaki okres przejściowy ?

Przepis art. 647¹ § 6 stanowi, że nieważne są "odmienne postanowienia umów o których mowa w niniejszym artykule" a więc np. w sprawie zgody.

W myśl przepisów przejściowych nowych przepisów nie stosuje się do umów zawartych przed 24 kwietnia 2003 r. Co jednak w przypadku, gdy umowa o generalne wykonawstwo została zawarta przed tą datą a umowy z podwykonawcami po tej dacie. Czy inwestor będzie odpowiadał solidarnie, chociaż przy zawieraniu umowy o generalne wykonawstwo nie obowiązywała ta zasada odpowiedzialności ?

Generalnie wprowadzone przepisy budzą takiego rodzaju wątpliwości interpretacyjne, że zakres ryzyka dla wszystkich uczestników procesu budowlanego przekracza rozsądne rozmiary i zmusza do szukania rozwiązań alternatywnych.

Deklarowaną intencją ustawodawcy w 2003 – cim roku było wzmocnienie pozycji słabszej strony czyli drobnego podwykonawcy a konsekwencja może być wyeliminowanie ich z rynku, bo wielki inwestor w obawie przed odpowiedzialnością zażąda dodatkowych i drogich gwarancji.

Sytuacja taka wymaga poważnych zmian legislacyjnych wprowadzających efektywny system zabezpieczeń dla wszystkich uczestników procesu budowlanego i optymalizujących.

OCENA SKUTKÓW AKTUALNYCH REGULACJI PRAWNYCH

1. Cel ustawy.

Głównym celem ustawy winna być ochrona w równym stopniu wszystkich uczestniczących w procesie budowlanym przed skutkami nieterminowej zapłaty za wykonane roboty oraz podniesienie stopnia odpowiedzialności stron kontraktu przez zniesienie dyktatu inwestora i generalnego wykonawcy w stosunkach z pozostałymi uczestniczącymi w realizacji procesu budowlanego . Aktualne wybiórcze traktowanie wykonawców i podwykonawców

narusza konstytucyjną zasadę równości traktowania podmiotów wobec prawa i godzi w zasadę konkurencyjności na rynku inwestycyjnym.

3. Wpływ na sektor finansów publicznych, w tym budżet państwa i budżety jednostek samorządu terytorialnego.

Wejście w życie ustawy nie spowoduje wpływu na budżet państwa oraz budżety samorządów.

4. Wpływ uchwalenia ustawy na rynek pracy.

Wejście w życie ustawy wpłynie korzystnie na funkcjonowanie przedsiębiorstw budowlanych, a tym samym bezpośrednio na rynek pracy, ponieważ w odniesieniu do inwestorów będących jednostkami sektora finansów publicznych (dominująca grupa inwestorów) istotnym problemem jest brak stałej płynności finansowej umożliwiającej terminową zapłatę wynagrodzenia wykonawcom. Wykonawcy zanim uzyskają zapłatę pozostają bez środków finansowych na wypłatę wynagrodzeń swoim pracownikom i podwykonawcom, a także dla przystąpienia do kolejnych robót budowlanych

5. Wpływ uchwalenia ustawy na konkurencyjność gospodarki i przedsiębiorczość, w tym na funkcjonowanie przedsiębiorstw.

Wejście w życie ustawy wpłynie korzystnie na funkcjonowanie przedsiębiorstw budowlanych, zapewniając równowagę pomiędzy wszystkimi stronami procesu budowlanego.

6. Wpływ uchwalenia ustawy na sytuację i rozwój regionalny.

Uchwalenie ustawy nie wprowadza dodatkowych regulacji związanych z rozwojem regionalnym.

**Argumentacja powstania / utworzenia zabezpieczenia typu
Hipoteka Budowlana**

HIPOTEKA BUDOWLANA – ZALETY

- Pełny zakres uprawnionych do skorzystania, obejmujący nie tylko wykonawców robót budowlanych;
- Zabezpieczenie powstaje bez potrzeby uzyskiwania zgody inwestora – wystarczy sama inicjatywa uprawnionego podmiotu;
- Odpowiedzialność ma charakter rzeczowy a nie osobisty;
(komentarz - lepsza ochrona na wypadek bankructwa inwestora/ płatnika bądź zbycia nieruchomości).

OCHRONA INWESTORA

- Prawo do zatrzymania wypłaty części wynagrodzenia dla generalnego wykonawcy w kwocie wynikającej ze zgłoszeń otrzymanych od podmiotów realizujących Proces Budowlany (prace, usługi i dostawy).
- Prawo zatrzymania wygasa w momencie uzyskania potwierdzenia dokonania zapłaty (należnym podmiotom).
- W przypadku braku potwierdzenia, inwestor / płatnik, na skutek ostrzeżenia o skorzystaniu z prawa do Hipoteki Budowlanej, może sam uregulować należności wobec podwykonawców i innych podmiotów kompensując wypłatę ze swoim zobowiązaniem w stosunku do Generalnego wykonawcy z kwot wstępnie zatrzymanych, a zarejestrowanych w „liście złożonych Umów”.

Ochrona Podmiotu Uczestniczącego w Procesie Budowlanym

- a) Równość Podmiotów zgłoszonych umów;
- b) Zapewnienie środków finansowych na spełnienie zgłoszonych umów, nawet w przypadku niewiarygodności generalnego wykonawcy;
- c) Ograniczenie czasu realizacji roszczenia;
- d) Kontrola obiegu należności;
- e) Rozłożenie odpowiedzialności za należności w równym stopniu na wszystkie podmioty realizujące proces budowlany;

***Procedura Hipoteki Budowlanej ujednocila stan prawny i merytoryczny
Wszystkich Podmiotów Uczestniczących w Procesie Budowlanym bez względu
na sposób nazwania zawartej umowy (patrz roboty budowlane,.... umowa o
dzieło...umowa wynajmu....);***

***Procedura Hipoteki Budowlanej stwarza zdrową sytuację i stosunki pomiędzy
Uczestniczącymi Podmiotami w Procesie Budowlanym.***

***Po prostu nie opłaca się nie płacić, gdyż dając proste procedury kontrolne pozwala
zapewnić środki na prawidłową realizację Procesu Budowlanego eliminując patologie, uniki
i sztucznie stworzone sytuacje niemożności zapłaty.***

KOMENTARZ do proponowanych zmian dotyczących Gwarancji Zapłaty:

- A) Ustanowienie aktu obowiązującego Wszystkie strony w Procesie Budowlanym jest szybkie do realizacji / uchwalenia, gdyż utrzymuje „duch” legislacyjny podjęty w 2003-cim roku a jednocześnie potwierdzony przez zalecenia Trybunału Konstytucyjnego zawartych w wyroku z dnia 27 listopada 2006 roku, w sprawie o sygn. K 47/04 w którym uznano za niezgodne z Konstytucją RP przepisy art. 4 ust. 4 i art. 5 ust. 1 i 2 ustawy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane,
- B) *Reguluje stosunki umowne **na równych prawach między Wszystkimi Uczestniczącymi w Procesie Budowlanym**, a w szczególności w Procesach Budowlanych gdzie inne formy zabezpieczeń (patrz proponowana niżej Hipoteka Budowlana – która nie może być ustanowiona na obiektach użyteczności publicznej, m drogach itd, jak też na obiektach rządowych) nie są możliwe do realizacji;*
- C) Ustanowienie Hipoteki Budowlanej jako **OBOWIĄZKOWEJ** do przestrzegania „Procedury” kontroli Procesu Budowlanego, a w szczególności kontroli obiegu należności (patrz pkt. „d” – powyżej) uniemożliwi nieuzasadnione wypłaty i zabezpieczy środki przewidziane w Procesie Budowlanym dla danego Uczestnika, bez szkody dla Zamawiającego / Płatnika / Inwestora
- D) Procedura Hipoteki Budowlanej uzupełniona Gwarancjami Zapłaty dla Procesów Budowlanych dla których „założenie” Hipoteki jest niemożliwe rozkłada ryzyko na obie strony Procesu Budowlanego, tzn na Zamawiającego i Realizującego;
- E) Procedura Hipoteki Budowlanej ujednotwica stan prawny Wszystkich Podmiotów Uczestniczących w Procesie Budowlanym bez względu na sposób nazwania zawartej umowy (patrz roboty budowlane,.... umowa o dzieło...);
- F) Proponowane rozwiązanie Gwarancji Zapłaty spełnia tendencje i uzupełnia proponowaną dalej procedurę Hipoteki Budowlanej, dając pełne Zabezpieczenie dla Wszystkich uczestniczących w Procesie Budowlanym wnoszącym wkład / wartość dodaną do nieruchomości;
- G) Proponowane rozwiązanie zabezpieczenia należności w formie Hipoteki Budowlanej nie podnosi kosztów Procesu Budowlanego podnosi zaś standart jego realizacji jak i stopień pewności „dobrego” zakończenia Procesu Budowlanego.

PROPOZYCJE ZMIAN W USTAWIE O KSIĘGACH WIECZYSTYCH I HIPOTECE

– HIPOTEKA BUDOWLANA

II. w ustawie z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (Dz. U. z 2001 r. Nr 124, poz. 1361, z późn. zm.):

Zgodnie z Propozycją zmian Ustawy o księgach wieczystych Komisji Proponuje się wprowadzenie w ustawie z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (Dz. U. z 2001 r. Nr 124, poz. 1361, z późn. zm.) w art. 110.1 Hipoteki Budowlanej – instytucji zabezpieczającej w równym stopniu należności wszystkich biorących udział w procesie budowlanego.

1) Hipoteka budowlana stanowiłaby rodzaj hipoteki kaucyjnej, z pierwszeństwem przed hipoteką ustanowioną na tej samej nieruchomości.

HIPOTEKA BUDOWLANA - ZAKRES PODMIOTOWY UPRAWNIONYCH.

Przedsiębiorcy / Podmioty uczestniczące w Procesie Budowlanym i mający bezpośredni wkład w tworzenie wartości dodanej do nieruchomości:

- *Wykonawcy i podwykonawcy robót budowlanych, montażowych, instalatorskich itp..*
- *Dostawcy materiałów budowlanych.*
- *Profesjoniści (Architekt, Inżynier, Geodeta, Menager Projektu, Inżynier budowy....)*
- *Dostawcy usług (transport....)*
- *Dostawcy usług wynajmu sprzętu, narzędzi ...*
- *Inne podmioty mające udział w tworzeniu wartości dodanej do nieruchomości.*

- CECHY HIPOTEKI BUDOWLANEJ

- *Hipoteka przymusowa – uzyskiwana bez zgody właściciela nieruchomości.*
- *Hipoteka kaucyjna – określenie górnej granicy kwoty należności przewidzianej w umowie.*
- *Hipoteka wspólna – jedna hipoteka przysługująca wielu podmiotom na równych prawach.*
- *Hipoteka uprzywilejowana w stosunku do wcześniej ustanowionych hipotek zwykłych.*

- OGRANICZENIA DLA POWSTANIA HIPOTEKI BUDOWLANEJ

- *Hipoteką Budowlaną można będzie zabezpieczyć należności za roboty/usługi/dostawy już dokonane i odebrane (bądź częściowo odebrane) na podstawie dokonanego „zgłoszenia Umowy”.*
- *Inwestor musi być właścicielem nieruchomości bądź musi być upoważniony przez właściciela do dysponowania nieruchomością dla celów Procesu Budowlanego. /*

2) Byłaby ustanawiana na nieruchomości (odpowiednio - na prawie użytkownika wieczystego), której dotyczy proces budowlany. Hipoteką Budowlaną można by obciążyć tylko do wartości dodanej w wyniku procesu budowlanego.

/KWU - „której wartość wzrosnie...” nie jest określeniem precyzyjnym, gdyż wartość realna inwestycji faktycznie nie musi wzrosnąć proporcjonalnie do włożonego kosztu Procesu Budowlanego, ale nieruchomość w wyniku Procesu Budowlanego faktycznie uzyskuje wartość dodaną równą kosztowi zrealizowanego Procesu Budowlanego (PB).

Suma zgłoszonych umów nie musi być równa kosztowi PB, i tylko te zgłoszone Umowy mogą być zabezpieczone / nabywają prawa do zabezpieczenia przez Hipotekę Budowlaną/

3) Wniosek o jej ustanowienie mógłby skutecznie złożyć każdy biorący udział w procesie budowlanym dotyczącym tej nieruchomości, którego należności nie zostały uregulowane. Zabezpieczałaby ona ich należności wynikające z umów, na podstawie których uczestniczą oni w procesie budowlanym.

- pisemne zgłoszenie umowy jest warunkiem bezwzględnym i wystarczającym do skorzystania z prawa zabezpieczenia przez HB
- zgłoszenie umowy daje prawo Inwestorowi / Płatnikowi do zatrzymania do rozliczenia niezapłaconych kwot / zapłaconych kwot / przez zgłaszającego /KWU - to uprawnienie zabezpiecza Inwestora / Płatnika przed „nieuprawnionym” wykorzystaniem środków finansowych Procesu Budowlanego, tzn zabezpiecza przed „podwójną zapłatą” jak to jest możliwe w wyniku niewłaściwego stosowania (bez kontroli) art. 647⁽¹⁾ .

Tworzenie na bieżąco „ listy zgłoszeń” i „listy płatności” pozwala na realną kontrolę obiegu należności i zapewnia środki za wykonane roboty, nawet w wypadku bieżących rozbieżności w ocenie ich należności.

Procedura ta zapewnia, iż przewidziane umownie w Procesie Budowlanym środki finansowe trafią napewno do ich realizatora /

4) zgłoszenie prawa do Hipoteki Budowlanej wygasałoby z mocy prawa z upływem -7- iu (1 +6) miesięcy od dnia zakończenia wykonywania umowy, z której wynikała wierzytelność nią zabezpieczona. W przypadku wszczęcia sporu o zapłatę stanowiłoby ono zabezpieczenie prawa do roszczenia

5) *Hipoteka Budowlana i jej zapis w księgach wieczystych następowałby po 7- iu (1 + 6) miesiącach od zakończenia Procesu Budowlanego w wyniku standardowej procedury sądowej.*

Procedura HB przewiduje:

- *do 30 dni od zakończenia Procesu Budowlanego na Notarialne Zgłoszenie Prawa (NZP) do wpisu HB na podstawie notarialnego Oświadczenia „Zgłoszonej Umowy” o zaległościach;*
- *180 dni na uregulowanie należności w wyniku zgłoszenia j/w.*
- *po upływie 180-ciu dni i nieuregulowaniu należności, tzn niewycofaniu NZP Zgłaszający Umowę może wystąpić do sądu o wpis do ksiąg wieczystych pozostałej do uregulowania należności;*
- *po czym sąd prawomocnym wyrokiem ustanawia Hipotekę na rzecz Zgłaszającego Umowę w wysokości należności;*

*Dla wyjaśnienia, procedura kontrolna Procesu Budowlanego / inwestycji zabezpieczonych przez HB jak i tych jej nie podlegających, jak inwestycje liniowe, rządowe....), winna być obowiązująca dla Wszystkich Procesów Budowlanych, zapisana w **Pocedurach Obowiązujących przy Realizacji Procesu Budowlanego**, a w szczególności finansowanych ze środków publicznych, a polegać ma ona na:*

1. utworzeniu listy zgłoszonych umów
2. utworzeniu listy płatności zgłoszonych umów
 - 2.1. uzyskanie potwierdzeń / oświadczeń o uregulowanych należnościach;
 - 2.2. na bieżąco (w tej samej liście) rejestr zatrzymanych do rozliczenia kwot wynikłych z różnicy między kwotą zgłoszoną i potwierdzoną płatnością;

w efekcie Procesu Budowlanego bez zaległości kwoty z listy Zgłoszeń i Płatności winny być zgodne, a kwoty Zatrzymane równe zero. Zaś w przypadku różnicy i jakiejś kwoty w kolumnie „Zatrzymane do rozliczenia”, kwota ta fizycznie jest w posiadaniu Inwestora / Płatnika i pozostaje łącznie 7-em miesięcy na jej rozliczenie.

Zabezpiecza to tak Zgłaszającego Umowę jak i Inwestora / Płatnika, a rozbieżności zostaną / winny być wyjaśnione w określonym i realnym czasie po zakończeniu Procesu Budowlanego, bez uciekania się do procedur sądowych.

Jeśli ten czas nie będzie wystarczający, to procedura po 210 dniach wkracza w proces sądowego uznania należności, przez dokonanie prawomocnym wyrokiem sądowym wpisu należności do Hipoteki nieruchomości.

UZASADNIENIE

Uchylenie ustawy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane, która stanowiła szczególnie instrument chroniący wykonawców robót budowlanych, powoduje konieczność uregulowania problemu zabezpieczania wynagrodzenia wykonawców robót budowlanych innymi przepisami. Problem opóźnień w regulowaniu należności za wykonane roboty budowlane nadal występuje. Konieczne jest zapewnienie ochrony Podmiotu Uczestniczącego w Procesie Budowlanym przed skutkami nieterminowej zapłaty za wykonane roboty budowlane, bądź przed skutkami upadłości inwestora, oraz podniesienie stopnia odpowiedzialności obu stron kontraktu przez zniesienie dyktatu inwestora / generalnego wykonawcy w stosunkach innymi Podmiotami Uczestniczącymi w PB. W odniesieniu do inwestorów będących jednostkami sektora finansów publicznych, których upadłości ogłosić nie można, istotnym problemem jest brak stałej płynności finansowej umożliwiającej terminową zapłatę wynagrodzenia wykonawcom. Wykonawcy zanim uzyskają zapłatę pozostają bez środków finansowych na wypłatę wynagrodzeń swoim pracownikom i podwykonawcom, a także dla przystąpienia do kolejnych robót budowlanych. Zaś na podstawie uzyskanej Gwarancji Zapłaty dany Podmiot będzie mógł łatwiej uzyskać kredyt czy inny sposób finansowania robót (jak np. Faktoring).

Co więcej, problem ten dotyka także innych, niż wykonawcy, podmiotów biorących udział w procesie budowlanym, takich jak profesjonaliści, dostawcy materiałów budowlanych czy usług jak i wynajmu sprzętu (otwarta lista Podmiotów Uczestniczących w Procesie Budowlanym)

Wobec tego zachodzi potrzeba wprowadzenia przepisów regulujących w sposób szczególny i realny instytucję zabezpieczania wierzytelności podmiotów biorących udział w procesie budowlanym, który należy pojmować jako złożone działania o określonym czasie rozpoczęcia i zakończenia prowadzące do zaprojektowania i wykonania obiektu,

Na uwagę zasługuje, iż także Trybunał Konstytucyjny widział potrzebę obowiązywania ustawy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane: „Istotnym czynnikiem wpływającym na ocenę konstytucyjności ustawy gwarancyjnej jest dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2000/35/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. w sprawie zwalczania opóźnień w płatnościach w transakcjach handlowych (Dz. Urz. UE L 200; dalej: dyrektywa). (...)

Ze względu na cel – przeciwdziałanie opóźnieniom zapłaty – ustawa gwarancyjna także może być uznana za wyraz woli ustawodawcy implementacji dyrektywy, w zakresie

stosunków w niej uregulowanych. Choć sama dyrektywa nie przewiduje gwarancji jako instrumentu ochrony wierzyciela, to zezwala państwom członkowskim zachować lub wprowadzać przepisy czy instytucje korzystniejsze dla wierzyciela od przewidzianych dyrektywą, a za takie można uznać rozwiązania przyjęte w kwestionowanej ustawie. Stąd również ustawa gwarancyjna, oprócz ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, realizuje cele prawa wspólnotowego w zakresie zwalczania opóźnień w płatnościach.” (pkt III.8 uzasadnienia wyroku TK z dnia 26 listopada 2006 roku, sygn. K 47/04).

Za wprowadzeniem proponowanych przepisów do Kodeksu cywilnego przemawia pogląd Trybunału Konstytucyjnego „Należałoby całościowo przeanalizować ten problem łącznie z zagadnieniem umiejscowienia przepisów o gwarancji terminowej zapłaty za roboty zrealizowane w procesie budowlanym, całościowo dostosować terminologię do przyjętej w kodeksie cywilnym” (pkt III.10, in fine cyt. uzasadnienia). Podobne stanowisko wyraziło Rządowe Centrum Legislacji do opinii do projektu ustawy o zmianie ustawy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane (pismo z dnia 4 czerwca 2007 roku i 11 lipca 2007 roku, znak RCL 10-110/07 „(...) Rządowe Centrum Legislacji stoi na stanowisku, że niedopuszczalnym jest wprowadzenie w projektowanej ustawie zmian do instytucji regulowanej w akcie o podstawowym znaczeniu dla danej dziedziny (w tym przypadku – Kodeks cywilny).”.

Także prof. dr hab. Jacek Gołaczyński – członek Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości – w swej opinii z dnia 15 czerwca 2007 roku do projektu ustawy napisał: „(...) względy spójności systemowej przemawiają za uregulowaniem gwarancji zapłaty za roboty budowlane w tytule XVI Księgi trzeciej Kodeksu cywilnego.”.

Proponuje się wprowadzenie do Kodeksu cywilnego pojęć:

- biorący udział w procesie budowlanym – profesjonalista, wykonawca robót, podwykonawca, dostawca materiałów budowlanych, dostawca usług i wynajmu sprzętu budowlanego i inne Podmioty,
- proces budowlany – złożone działania o określonym czasie rozpoczęcia i zakończenia prowadzące do zaprojektowania i wykonania obiektu,

Proponuje się wprowadzenie **otwartego katalogu zabezpieczeń wiarytelności** wynikających z umów zawartych przez biorących udział w procesie budowlanym.

Proponowane przepisy przyznawałyby uprawnienie do żądania udzielenia zabezpieczenia, w stopniu podstawowym regulowałyby terminy, w jakich żądanie to miałyby być spełnione oraz skutków niedotrzymania tych terminów przez mającego dać zabezpieczenie.

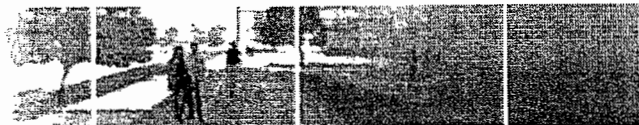
W podobnym kierunku zmierza propozycja wprowadzenia w ustawie o księgach wieczystych i hipoteki instytucji „**Hipoteki Budowlanej**”. Ponieważ miałyby ona

zabezpieczać wierzytelność o nieoznaczonej wysokości byłaby ona rodzajem hipoteki kaucyjnej. Z tym, że zabezpieczałaby ona wyłącznie wierzytelności wynikające z umów zawartych przez biorących udział w procesie budowlanym na podstawie dokonanego zgłoszenia Umowy.

Hipoteka ta byłaby bardzo silnym i niezależnym sposobem zabezpieczenia należności dla wszystkich biorących udział w procesie budowlanym. W szczególności należy zaznaczyć iż Procedura nabycia praw do HB reguluje w równy i prosty sposób stosunki finansowe Podmiotów uczestniczących w Procesie Budowlanym na różnych szczeblach i okresach jego realizacji (patrz **Pocerdury Obowiązujące przy Realizacji Procesu Budowlanego – do opracowania na bazie istniejących procedur**).

Obywatelska Inicjatywa Ustawodawcza Gwarancje Zapłaty





51

<https://www.pwz.pl/strona/gwarancja-zaplatty-mwib.pl>

Inicjatywa Ustawodawcza w kwestii Gwarancji Zapłaty w Procesie Budowlanym dla Wszystkich Uczestników Procesu Budowlanego

Hipoteka na nieruchomości, na której realizowana jest inwestycja budowlana
(tzw. „hipoteka budowlana”)

Propozycja konstrukcji

1. Zakres podmiotowy uprawnionych

Zakres ten powinien być stosunkowo szeroki (szerszy niż ten, który przewidują aktualnie obowiązujące unormowania, tj. art. 6471 k.c.¹ oraz ustawa o gwarancji zapłaty za roboty budowlane²). Uprawnienie do uzyskania zabezpieczenia hipotecznego powinno przysługiwać także innym uczestnikom procesu budowlanego (jak np. dostawca materiałów budowlanych, producentów tych materiałów), czyli podmiotom nie mającym statusu „wykonawcy” lub „podwykonawcy”. Krąg uprawnionych nie może być jednak zbyt szeroki. Zasadniczo powinien on obejmować tych wierzycieli, na których ciąży **szczególne** (tj. wynikające ze specyfiki inwestycji budowlanej) **ryzyko**. Chodzi tu o ryzyko, które z reguły nie występuje w przypadku innych należności z uwagi na możliwość skorzystania przez wierzyciela z ogólnych instrumentów prawa cywilnego (np. prawo do odstąpienia od umowy). Skonstruowanie zbyt szerokiego kręgu uprawnionych do uzyskania hipoteki może rodzić zarzut naruszenia konstytucyjnej zasady równości wobec prawa.

2. Przedmiot obciążenia

Nieruchomość, na której następuje realizacja inwestycji budowlanej. Z reguły nieruchomość ta stanowić będzie własność inwestora.

3. Rodzaj hipoteki/data jej powstania

Hipoteka budowlana byłaby **hipoteką przymusową** (zob. art. 109 u.k.w.³). Rozwiązanie to jest zbliżone do obowiązującego w prawie niemieckim. Nie jest to hipoteka ustawowa, tj. powstająca *ex lege*, czyli bez jej wpisu do ksiąg wieczystych. Taki rodzaj hipoteki („hipoteki legalnej”) przewidziano w Kanadzie (Quebec). Hipoteka przymusowa powstaje (tak jak umowna) z chwilą jej wpisu do księgi wieczystej (dokonanej na wniosek uprawnionego, zob. niżej). Istotą tego

¹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. nr 16 poz. 93, ze zm.).

² Ustawa z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane (Dz. U. z dnia 23 października 2003 r. nr 180 poz 1758).

³ Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (tekst jedn. Dz. U. 2001 r. Nr 124 poz. 1361).

rodzaju hipoteki jest możliwość jej uzyskania bez zgody właściciela nieruchomości obciążanej (tu: inwestora).

Hipoteka budowlana byłaby **hipoteką kaucyjną** (w dacie jej powstania z reguły nie jest wiadoma łączna kwota niespłaconych należności, które mają zostać zabezpieczone; zob. art. 102 u.k.w.) oraz hipoteką „**wspólną**”, tj. przysługującą wszystkim uczestnikom procesu budowlanego, którzy skorzystali z prawa do uzyskania zabezpieczenia hipotecznego. Między poszczególnymi uczestnikami nie obowiązywałaby zasada pierwszeństwa wpisu; byłoby to ich wspólne prawo.

4. Tryb i podstawa uzyskania wpisu hipoteki

Prawo do uzyskania hipoteki budowlanej wynikałoby z samej ustawy. Uprawniony („uczestnik inwestycji budowlanej”) musiałby złożyć do sądu wnioski o wpis hipoteki. Podstawą uzyskania wpisu byłaby **umowa zawarta między uczestnikami procesu budowlanego**. Umowa ta powinna zawierać określone składniki (obligatoryjna treść takiej umowy byłaby prawnie ustalona). Umowa ta musiałaby zostać zawarta z podpisem notarialnie poświadczonym; wymóg taki wynika z art. 31 ust. 1 u.k.w. jako warunek dotyczący formy dokumentu stanowiącego podstawę wpisu hipoteki do księgi wieczystej. Żądanie wpisu do księgi wieczystej mogłoby zostać ograniczone określonym terminem.

Sąd z urzędu powinien badać czy podmiotem żądającym uzyskania wpisu jest uprawnionym („uczestnikiem procesu budowlanego”), a umowa stanowiąca podstawę wpisu zawiera obligatoryjną treść. W razie braku przeszkód prawnych sąd dokonywałby wpisu – w relacji do każdego (kolejnego) uczestnika inwestycji budowlanej. Dany uczestnik nie uzyskiwałby swej własnej hipoteki, lecz byłby „dopisywany” do wierzycieli figurujących już w księdze wieczystej jako uprawnionych z tytułu hipoteki (wspólnej) ciężającej na obciążonej nieruchomości.

5. Obowiązek zawiadomienia inwestora; prawo sprzeciwu

Inwestor powinien mieć możliwość kontroli osób, których wierzytelność została zabezpieczona hipoteką (na jego nieruchomości). Stąd powinien zostać wprowadzony obowiązek każdego uczestnika inwestycji budowlanej do zawiadomienia inwestora o złożeniu wniosku o wpis hipoteki do sądu oraz przedłożenia mu umowy stanowiącej podstawę wpisu. Zawiadomienie to powinno nastąpić wraz ze złożeniem wskazanego wniosku, względnie niezwłocznie po nim.

Rozważenia wymaga przyznanie inwestorowi prawa złożenia sprzeciwu wobec wpisu hipoteki obciążającej jego nieruchomość. Sprzeciw taki mógłby jednak zostać wniesiony w ustawowo określonych przypadkach oraz w krótkim (np. 7 dniowym) terminie. Po upływie tego terminu sąd dokonywałby wpisu hipoteki. Wniesienie sprzeciwu oznaczałoby konieczność sądowego rozstrzygnięcia sporu co do jego zasadności.

6. Wygaśnięcie hipoteki

Hipoteka budowlana wygaśłaby w przypadku, gdy w określonym terminie od zakończenia inwestycji budowlanej (np. kilka miesięcy), nie zostałby złożony wniosek o wszczęcie egzekucji z nieruchomości obciążonej tą hipoteką, a także we wszystkich przypadkach, w których wygasa zwykła hipoteka (w szczególności w razie wygaśnięcia wierzytelności zabezpieczonej).

Opracowanie: Mec. Paweł Kuglarz, sekretarz Rady Naukowej Polsko-Niemieckiego Centrum Prawa Bankowego UJ, radca prawny i partner w kancelarii Beiten Burkhardt P.Daszkowski, tel.+48 225837100, Pawel.Kuglarz@bblaw.com

Organizacja: Koordynator Obywatelskiej Inicjatywy Ustawodawczej Gwarancje Zapłaty,
inż. Tadeusz Jurkiewicz, tel.+ 48 600 209 893, tel/ fax 48 32 209 44 56,
41 – 711 Ruda Śląska, ul. Poligonowa 4 ; tadejurkiewicz@hotmail.com

Możliwości zabezpieczeń i gwarancji przy wykonaniu umowy o dzieło w Niemczech

1. Gwarancja zaliczkowa
2. Hipoteka rzemieślnicza – § 648
3. Gwarancja płatnicza – § 648a
4. Ochrona pieniędzy budowlanych – § 1 GSB
5. Odpowiedzialność poręczycielska zleceniodawcy za pensję minimalną – § 1a AEntG
6. Zabezpieczenia gwarancyjne
7. Podsumowanie

0049 8926024296
8926026448
mec. Witold Ulatowski

1. Gwarancja zaliczkowa

Rozpoczęcie kontraktu dla wykonawcy jest związane z regułą z dużymi nakładami finansowymi. W szczególności opłaty za zezwolenia na pracę, ubrania robocze, narzędzia oraz materiały muszą być często sfinansowane przez wykonawcę przed rozpoczęciem prac na kontrakcie budowlanym.

Gwarancja zaliczkowa

- Możliwości negocjacyjne
- Możliwości ekonomiczne
- Sytuacja przetargowa
- Argumenty za:
 - ◆ Pensja minimalna
 - ◆ Kasa urlopowa
 - ◆ Opłaty za zezwolenia

Wykonawca musi ponadto liczyć się z tym, że pierwsze dwa miesiące pracy na budowie musi sfinansować z własnych środków. Mając na uwadze ten fakt wykonawca finansuje z reguły budowę zleceniodawcy w daleko idącym zakresie.

W ramach negocjacji handlowych przy zawarciu kontraktu należy to uwzględnić w szczególności aspekcie ryzyka upadłościowego zleceniodawcy. W ramach negocjacji kontraktowych z reguły istnieją możliwości wynegocjowania zaliczki na rozpoczęcie kontraktu. Zleceniodawca na ogół zdaje sobie sprawę z faktu, że wykonawca ma ograniczoną płynność finansową. Uzyskanie zaliczki choćby na opłatę zezwoleń na pracę zasadniczo polepszy sytuację wykonawcy przy

rozpoczęciu prac budowlanych.

W sytuacji kiedy w niemieckim budownictwie w okresie roku odnotowano 8 000 upadłości warto negocjować inną formę zaliczki – mianowicie stałą zaliczkę na okres trwania kontraktu opartą o gwarancję bankową wykonawcy. Poważny kontrahent będzie skłonny rozważyć taką możliwość, uzyskując w ten sposób gwarancję dobrego wykonania. Należy również uwzględnić fakt, że po wejściu polski do Unii zleceniodawca jest zobowiązany uznać gwarancję polskiego banku. Często jednak polskie banki lub firmy ubezpieczeniowe współpracują z niemieckim i są w stanie wystawić również gwarancję potwierdzoną przez niemiecki bank.

W przypadku wynegocjowania odpowiedniej regulacji kontraktowej i uzyskania gwarancji bankowej w wyniku dokonanej przedpłaty zleceniodawcy powstaje zabezpieczenie płatnicze gotówkowe na czas trwania kontraktu. Tego typu rozwiązanie handlowe gwarantuje większe bezpieczeństwo płatnicze przy realizacji kontraktu.

2. Hipoteka rzemieślnicza – § 648

Jeżeli wykonawca buduje na nieruchomości zleceniodawcy, ma prawo wpisu hipoteki zabezpieczeniowej do księgi wieczystej zleceniodawcy (§ 648 BGB). Zabezpieczenie może nastąpić jedynie do wartości już wykonanych prac.

Istnieje również możliwość dokonania wpisu w drodze postępowania zabezpieczeniowego nawet bez wiedzy zleceniodawcy- właściciela nieruchomości. Wpis taki powoduje z reguły, że zleceniodawca od razu jest dużo bardziej gotowy do podejmowania rozmów związanych z uregulowaniem należności.

3. Gwarancja płatnicza – § 648a

Jest to dzisiaj najważniejszy instrument prawny zabezpieczenia roszczeń przez wykonawcę. Przepis kodeksu cywilnego § 648a BGB przewiduje możliwość dla wykonawcy rozwiązania kontraktu w przypadku nieprzedłożenia gwarancji bankowej przez zleceniodawcę. Ustawa przewiduje, że gwarancja może być przedłożona w różnej formie, np. w formie

4. Ochrona pieniędzy budowlanych – § 1 GSB

Jeżeli zleceniodawca uzyskał od inwestora wynagrodzenie sfinansowane przez bank i zabezpieczone w formie hipoteki lub długu ziemskiego, wynagrodzenie to jest chronione nawet w przypadku upadłości zleceniodawcy, który ma obowiązek udokumentować wykorzystanie pieniędzy na przewidziany cel. W tym zakresie za wykorzystanie tych pieniędzy odpowiadają wszystkie osoby fizyczne nimi dysponujące. Do nich zaliczany jest zarząd spółki, prokurenci, inne osoby wykonujące usługę budowlaną w oparciu o Baugeld.

Udokumentowanie wykorzystania Baugeldu może nastąpić tylko na podstawie specjalnej książki do Baugeldu. Ponieważ z reguły nikt jej nie prowadzi, zleceniodawca lub osoba odpowiedzialna nie będzie potrafiła udokumentować rozdysponowania pieniędzy na budowie.

5. § 1a AEntG odpowiedzialność poręczycielska zleceniodawcy za pensję minimalną

Zleceniodawca odpowiada za zapłatę pensji minimalnej pracowników fizycznych budowlanych wykonawcy na podstawie § 1a AEntG, pod warunkiem, że są wykonywane przez zleceniobiorcę przeważnie roboty budowlane i zleceniodawca zlecił również prace budowlane, to wówczas powstaje jego odpowiedzialność za pensję netto dla pracowników fizycznych wykonawcy.

Odpowiedzialność poręczycielska zleceniodawcy za pensję minimalną

- Zakres obowiązywania w budownictwie
- Co robić, gdy zleceniodawca nie płaci a pracownicy się buntują
- Możliwości ochrony dla przedsiębiorcy przed i po upadłości
- Sposoby reagowania na zagrożenia na dużej budowie w Niemczech

§ 1a AEntG jest jednym z najskuteczniejszych środków nacisku na zleceniodawcę jeżeli ten nie jest gotów zapłacić pensji pracowników w terminie. Ostatecznie żaden zleceniodawca nie chce stanąć w sytuacji, w której 20 czy 30 pracowników złoży przeciwko niemu pozwy do sądów pracy. Możliwości jego obrony z punktu widzenia prawnego są niewiel-

kie. W szczególności nie może zarzucić pracownikom, że jakość wykonanej usługi jest niezadowalająca.

W dotychczasowych procesach prowadzonych na tej podstawie zawsze udawało się uzyskać wynagrodzenie dla pracowników. Należy przypominać również, że taka sama odpowiedzialność zleceniodawcy istnieje wobec kasy urlopowej ULAK. Podobna odpowiedzialność istnieje wobec ubezpieczyciela społecznego, również zagranicznego, tzn: ZUS na podstawie przepisu § 28e SGB IV.

W tej sytuacji na podstawie przepisów istnieje możliwość uratowania dużej części roszczenia potrzebnej w szczególności do pokrycia kosztów pracowniczych. Jeżeli więc zleceniodawca wypowie kontrakt, a sytuacja dowodowa dotycząca roszczeń jest trudna, warto przemyśleć zastosowanie tych przepisów.

6. Zabezpieczenia gwarancyjne

Z reguły strony ustalają w umowie o dzieło, że zleceniodawca ma prawo zatrzymać kwotę 5% z sumy rachunku końcowego na okres pięciu lat na poczet roszczeń gwarancyjnych. Zabezpieczenie to może być jednak zwolnione za pomocą gwarancji bankowej lub konta bankowego na dwie osoby, tzw. sperrkonta. Wiele firm nie wykorzystuje tych możliwości, a zleceniodawca ogłasza w przeciągu okresu pięcioletniej gwarancji upadłość i kwota gwarancyjna przepada. Aby uniknąć tego typu problemów, można zaważać zleceniodawcę do stworzenia sperrkonta w odpowiednim terminie, a w przypadku niedotrzymania terminu zagrozić wymagalnością zapłaty bez konieczności przedkładania zabezpieczeń. Taka możliwość wynika z § 17 Nr 6 ust. 3 VOB/B.

Również przedłożenie gwarancji bankowej w zamian za wypłatę zabezpieczenia na konto wykonawcy stanowi zabezpieczenie dla wykonawcy i pomimo kosztów jest to lepsze rozwiązanie niż ryzyko utraty całej sumy. W tym zakresie należy wskazać, że zleceniodawcy często załączają do umowy gotową treść gwarancji bankowej i oczekują, że bank wykonawcy taką gwarancję wystawi. Jednak należy wskazać, że wiele tego typu wzorów jest nieważne. W szczególności są dzisiaj nieskuteczne gwarancje na pierwsze żądanie (auf erstes Anfordern). W takim przypadku bank też nie ma prawa zapłacić na podstawie takiej prawnie niedopuszczalnej gwarancji. W tym zakresie należałoby sprawdzić treść już dzisiaj wystawionych gwarancji.

7. Podsumowanie

Wbrew panującej wśród wielu firm opinii, istnieją skuteczne metody nacisku na zleceniodawcę, w celu zabezpieczenia roszczeń. Warto je stosować w praktyce i w zależności od sytuacji wykorzystywać właściwe środki, aby w danej sytuacji uniknąć ryzyka utraty wypracowanego wynagrodzenia.

Zabezpieczenie płatności zgodnie z § 648a BGB

- Umowa o dzieło
- Prawo do żądania zabezpieczenie
- Wielkość zabezpieczenia
- Forma zabezpieczenia
 - ◆ Gwarancja bankowa
 - ◆ Poręczenie firmy ubezpieczeniowej
 - ◆ Cesja na zabezpieczenie
 - ◆ Inne formy gwarancji płatnościowej

Skutki nieprzedłożenia gwarancji z § 648 a

- Skutki finansowe dla wykonawcy:
 - ◆ Rozwiązanie umowy
 - ◆ Wynagrodzenie za kontrakt
- Skutki w upadłości zleceniodawcy po przedłożeniu
 - ◆ Zabezpieczenie roszczeń przed syndykiem
- Możliwości obrony zleceniodawcy
 - ◆ Tylko w przypadku zawartej umowy gwarancyjnej – gwarancja wykonania

poręczenia bankowego lub dokonanego przez firmę ubezpieczeniową. Może też być wybrana inna forma np. cesja roszczeń wobec zleceniodawcy publicznego, jeśli wykonawca wyrazi zgodę.

Wykonawca musi zawiadomić zleceniodawcę o przedłożeniu gwarancji w wyznaczonym terminie. Po jego upływie może wyznaczyć zleceniodawcy drugi termin i oświadczyć, że po jego upływie uważa umowę za rozwiązaną, jeśli gwarancja nie zostanie przedłożona. Po upływie wyznaczonego terminu umowa jest uważana za rozwiązaną z mocy ustawy.

Zakres obowiązywania § 648a

- Przed odbiorem
- Po odbiorze
- Konsekwencje nie przedłożenia w wyznaczonym terminie
- Termin ponowny
- Prawo do wstrzymania świadczenia usługi
- Rozwiązanie kontraktu z mocy ustawy

Zleceniodawca jest zobowiązany wypłacić odszkodowanie w formie pozostałego wynagrodzenia po potrąceniu zaoszczędzonych kosztów.

Wysokość kwoty gwarancyjnej nie jest ustawowo uregulowana, niewątpliwie jest jednak dopuszczalne zawiązanie do przedłożenia gwarancji w wysokości nawet 20% wartości kontraktu. Gwarancja może zostać zażądana przez wykonawcę w każdym etapie realizacji kontraktu. Nawet po dokonaniu odbioru istnieje możliwość żądania gwarancji. Wskazane jest to szczególnie przy usuwaniu usterek, gdy niezapłacone rachunki opiewają na wysoką kwotę.

Roszczenie to ma charakter ustawowy i nie może być wykluczone w umowie. Opłaty za wystawioną gwarancję ponosi wykonawca. Częstą odpowiedzią na zawiązanie dokonane przez wykonawcę do przedłożenia gwarancji z § 648a BGB jest zawiązanie zleceniodawcy do przedłożenia gwarancji wykonawstwa przez wykonawcę. Nie zawsze jest to jednak żądanie uzasadnione. Uzasadnienie takiego zawiązania jest możliwe tylko, jeżeli umowa taką gwarancję przewiduje lub na podstawie umowy, w której § 17 Nr 1 VOB/B ma zastosowanie w zawartej umowie istnieje odpowiednia regulacja. Jeżeli prace są wykonane i nastąpił odbiór, brak jest podstawy do żądania takiej gwarancji.

Tak więc bez jednoznacznej regulacji zleceniodawca nie może wymagać od wykonawcy gwarancji dobrego wykonania. Wykonawca może jednak w każdej chwili domagać się przedstawienia zabezpieczenia w rozumieniu § 648a BGB. Uzyskanie takiej gwarancji chroni wykonawcę przed niewypłacalnością zleceniodawcy.



Wnioski

Zarówno zakres kontroli, jak i ich częstotliwość wskazują na szczególnie zainteresowanie państwa niemieckiego stworzeniem faktycznych podstaw do pobierania opłat socjalnych w Niemczech. W tym zakresie firmy powinny być odpowiednio przygotowane do przeprowadzenia kontroli. Z reguły wydaje się, że nie stanowi to większego problemu dla przedsiębiorstwa polskiego, aby przy oddelegowywaniu pracowników przestrzegać zatrudnienia przynajmniej na okres dziewięciomiesięczny.

Wskazane jest, aby pracownik w kraju pozostawał zatrudniony przez długi okres kilkumiesięczny lub stały w swoim zakładzie produkcyjnym, aby po odpowiednim okresie pobytu w kraju umożliwić mu ewentualnie powrót na delegację do Niemiec.

Tęgo typu forma zatrudnienia gwarantuje, że pracownik jest w firmie zatrudniony na stałe i również wykonuje pracę na terenie kraju, a więc jest zatrudniony w zakładzie macierzystym i związany ze swoim pracodawcą więzami stałymi.

Jednocześnie następuje dużo intensywniejsze związanie pracownika z firmą, który jest w firmie na stałym etacie i w tym zakresie może dalej pracować na rzecz przedsiębior-

stwa. Tęgo typu pracownik z reguły nie podejmuje działań na szkodę firmy. Jest to więc stosunkowo korzystna forma utworzenia więzi pomiędzy pracodawcą a pracownikiem.

Obrona firmy w oparciu o prawo europejskie może okazać się w niektórych sytuacjach trudna ze względu na to, że postępowanie karne jest związane z szeregiem sankcji w trakcie jego trwania, które często mogą wyrządzić w przedsiębiorstwie szkody trudne do naprawienia.

W związku z tym firma – myśląc w sposób przewidujący o przyszłości – nawet w obliczu prawnej dopuszczalności pewnych konstrukcji prawnych nie powinna z nich korzystać.

Podsumowanie

Niefachowe lub niestaranne przygotowanie oddelegowania pracowników do Niemiec wiąże się z wieloma trudnościami i wcześniej lub później z kontrolami urzędów celnych i wszczęciem dochodzeń przeciwko osobom odpowiedzialnym w spółce za jej działalność. W interesie przedsiębiorstwa jest zatem oddelegowanie pracowników na zasadach zgodnych z prawem. Szczególna staranność w tym zakresie jest nieodzowna, gdyż w przeciwnym przypadku konsekwencje mogą być nieobliczalne.

Niemieckie obyczaje handlowe

W Niemczech obowiązują nieco odmienna niż w Polsce wzory zachowań i postępowania osób, tzw. „standardy kulturowe” przekładające się na obyczaje handlowe w biznesie. Podczas gdy w Polsce kładzie się większy nacisk na kontakty interpersonalne, Niemcy preferują z kolei sferę problemową. W życiu zawodowym Niemców kwestie rzeczowe, tj. przedmiot sprawy (do załatwienia) są decydujące. Rzeczowość i fachowość są tu preferowanymi i cennymi u partnera zachowaniami; w przeciwnym razie trudno oczekiwać od partnera niemieckiego wzajemności w postaci szacunku i dobrych osobistych stosunków. We wzajemnej komunikacji Niemcy preferują formę pisemną, przed ustną.

W Niemczech sporyka się mnogość różnego rodzaju reguł postępowania, przepisów, zarządzeń i norm prawnych. Niemcy trzymają się ich z upodobaniem widząc w tym gwarancję na uniknięcie niepotrzebnych błędów i strat oraz na osiągnięcie optimum. Stąd Niemiec jest z reguły dobrze zorganizowany; wszystko planuje, strukturyzuje i ujmuje w harmonogram działań. Do tego dochodzi jeszcze dokładne wykonywanie wszelkich decyzji i poleceń. Stąd m. in. bierze się wysoka ocena (m. in. i w Polsce) marki „Made in Germany” i niemieckiej jakości. Obowiązkowości Niemców towarzyszy też duża lojalność wobec pracodawcy.

Niemcy wysoko cenią sobie czas. Stąd precyzyjne planowanie zadań i wykonywanie obowiązków, koncentracja na rzeczach istotnych, podstawowych. Często pracują oni powoli, co rodzi podejrzenie o powolność, jednak systematycznie, krok po kroku. Starają się oni przy tym nie rozprastać, lecz koncentrują się w swojej pracy na rzeczach istotnych, podstawowych. Punktualność, terminowość, niezawodność u partnera są tu w wysokiej cenie i budują wzajemne zaufanie. W razie nieprzewidzianych zakłóceń i zmian partner niemiecki lubi o tym wcześniej wiedzieć. Terminy zawodowe (ale i prywatne) są bezwzględnie wiążące.

Niemcy z zasady rozgraniczają sferę zawodową od prywatnej. Kontakty zawodowe przekładają się tu na sferę prywatną tylko w określonych sytuacjach (np. w razie uznania partnera za osobistego przyjaciela). Niemcy mają w Polsce opinię pewnych siebie. Tacy przynajmniej chcą być też Niemcy w kontaktach zawodowych, kompetentni i pewni siebie. Starają się oni przy tym hamować swoje uczucia i emocje, czemu z kolei upust dają sobie w życiu prywatnym. Normą w Niemczech jest, aby formalizować działania zawodowe, tj. kanalizować ważne rzeczy w określone procedury i harmonogramy. Stąd wielość różnego rodzaju narad, odpraw i dyskusji, protokołów, sprawozdań itp.

Z opracowania „Rynek niemiecki – poradnik dla eksporterów i inwestorów” WEH Ambasady RP w Berlinie

Zabezpieczenie Należności w Procesie Budowlanym w / g obcych Ustawodawstw

Różnorodność uczestniczących Podmiotów Gospodarczych, Specyfika samego Procesu Budowlanego, waga samego Procesu Budowlanego w Gospodarce nakłada na wszystkich Uczestników Procesu Budowlanego, a jednocześnie i na Ustawodawcę szczególnego traktowania prowadzonych działań i dostrzegania momentów mogących hamować prawidłową realizację Procesu Budowlanego a tym samym działalność Podmiotów Uczestniczących i zależnych od Procesu Budowlanego.

Dlatego też w wielu ustawodawstwach (francuskim, niemieckim, szwajcarskim, kanadyjskim czy amerykańskim) Proces Budowlany / jego Uczestnicy jest objęty specjalnymi uregulowaniami prawnymi które dając ochronę, pozwalają na uważną merytoryczną realizację zadań, bez skupiania swej uwagi na poszukiwanie specjalnych zabezpieczeń i stratę czasu na odzysk należności, co ma miejsce w aktualnym stanie rzeczy Wszystkich / bez wyjątku Uczestników procesu Budowlanego.

Tak trzeba nazwać „po imieniu” iż dążenia Ustawodawcy polskiego przy tworzeniu i modyfikacji ustawodawstwa przez wprowadzenie art. 647⁽¹⁾ do Kodeksu Cywilnego Cywilnego Ustawy o Gwarancjach Inwestorskich szły i idą w dobrym kierunku gdyż w wielu państwach (Niemcy⁽¹⁾, Francja⁽²⁾, Szwajcaria⁽³⁾, USA⁽⁴⁾, Kanada⁽⁵⁾) takie ustawowe zabezpieczenia istnieją. Dodatkowo, w przeciwieństwie do naszego Ustawodawstwa zapewniają to zabezpieczenie „z mocy prawa”, a nie jak u nas fakultatywnie, mówiąc „... może...” co oczywiście w efekcie nie jest żadnym zabezpieczeniem.

Wszystkie wymienione poniżej ustawodawstwa opierają się na pojęciu „L'hypothèque de garantie d'artisan de construction” - co w tłumaczeniu brzmi „**hipoteczna gwarancja rzemieślników budownictwa**”, i obejmuje ona Wszystkich Uczestników Procesu Budowlanego.

Istotą tego typu zabezpieczenia jest, że Każdy kto przystępuje do Procesu Budowlanego, przez fakt podpisania umowy bezpośrednio lub pośrednio z właścicielem Nieruchomości (Inwestora) uzyskuje (po spełnieniu odpowiednich formalności polegających głównie na informacji o tym fakcie Inwestora) zabezpieczenie swojego wkładu w tę Wartość Dodaną. Mówiąc prościej Każdy (Generalny Wykonawca, Podwykonawcy, Dostawcy materiałów i Usług, Producenci Materiałów, Profesjonaliści) kto uczestniczy w Procesie Budowlanym ma być zapłacony za włożony wkład (pracę, dostawę), a zabezpieczeniem tej należności jest Prawo do Hipoteki tej części Wartości Dodanej tzn. wykonanego projektu. Jedynym warunkiem nabycia tego prawa jest poinformowanie Inwestora (z kopią do Generalnego Wykonawcy...) o istnieniu Umowy i określeniu jej zakresu (rzeczowego i finansowego). Spełnienie tego warunku jest **konieczne i wystarczające** by w razie nie otrzymania pełnej, należnej płatności uzyskać zabezpieczenie w formie hipotecznej (Hipoteki Kaucyjnej) na Nieruchomości w której Wkład został zrobiony.

Trzeba podkreślić, iż Procedura ta również zabezpiecza Inwestora, gdyż daje mu narzędzie kontrolne dokonywanych wypłat, zabezpieczając przed „podwójną płatnością” jaka jest możliwa w aktualnym stanie Ustawodawstwa w Polsce, gdyż ani art. 647⁽¹⁾ K.C. ani Ustawa o Gwarancjach nie przewiduje żadnej procedury kontrolnej.

Posiłkując się rozwiązaniem Kanadyjskim, ostatnio, bo w 1994 roku wprowadzonym do Nowego Kodeksu Cywilnego w krótkich słowach można opisać tę Procedurę jak następuje na przykładzie typowego projektu.

Inwestor, bądź Manager działający w imieniu Inwestora, zleca wykonanie określonego zakresu robót w projekcie wykonanym przez Profesjonalistów (Architekt, Inżynier...) Generalnemu Wykonawcy. Ten zaś kolejno zleca kolejne roboty Podwykonawcom, Dostawcom a w efekcie kolejnym Podwykonawcom; Dostawcom jak i Producentom. W efekcie podpisanych Umów, Wszyscy którzy chcą skorzystać z prawa Zabezpieczenia Hipotecznego (Hipoteki Kaucyjnej) muszą o fakcie podpisania Umowy poinformować w sposób formalny (listem poleconym – tzw. Doniesienie Umowy) Inwestora. Ten tworząc listę Zgłoszeń tworzy listę kontrolną Zabezpieczonych Należności. Następnie przy kolejnych wypłatach (fakturach) otrzymuje od Generalnego Wykonawcy potwierdzenia (solenne poświadczenia) otrzymanych należności (zapłat częściowych). W wypadku braku takiego oświadczenia Inwestor posiada prawo zatrzymania sum niepotwierdzonych. Po zakończeniu robót, przy końcowym rozliczeniu kontraktu Generalny Wykonawca przedkłada Inwestorowi kompletną listę wypłat należności. Inwestor porównując Listę Zgłoszeń i Listę Poświadczeń posiada kontrolę obiegu płatności. W wypadku niezgodności posiada zatrzymane wcześniej należności. Dla Wszystkich którzy zgłosili Umowę a nie zostali w pełni uhonorowani (zapłaćeni) pozostaje 30-ci dni po zakończeniu budowy na uregulowanie zaległości. W przypadku dalszego nieuregulowania należności, Poszkodowani składają / zgłaszają do ksiąg wieczystych (aktem notarialnym) swoje prawo do nieuregulowanej części zapłaty. I tym razem Procedura przewiduje okres sześciu miesięcy na uregulowanie „zaszłości”. W przypadku dalszego braku (do sześciu miesięcy) uregulowania należności Poszkodowany składa wniosek do Sądu o wpis należności do Hipoteki Nieruchomości i na podstawie wyroku Sądu następuje oficjalny / typowy wpis do Hipoteki.

Jak widać z tego krótkiego i obrazowego przedstawienia Procedury, jest ona prosta, przejrzysta i nieinwazyjna, i pozwala Wszystkim skupić się na prawidłowej realizacji Umowy, przy pełnym zabezpieczeniu swych należności.

Przedstawiona Procedura w niczym nie hamuje i nie jest w niezgodzie z „wolnym” obrotem gospodarczym, ani też nie jest w niezgodzie z „równym” traktowaniem Wszystkich przez prawo, argumenty jakie użył w swoim wystąpieniu w Gazecie Prawnej (Gazety Prawnej Nr 83 (1448) czwartek 28 kwietnia 2005 r.) pan Minister Sprawiedliwości. Nie wpływa też na zaburzenie Informatycznego Systemu Ksiąg Wieczystych (inny

argument podnoszony przez Pana Ministra), gdyż wpis do Ksiąg wieczystych następuje dopiero po uzyskaniu wyroku Sądowego (procedury typowej).

Podsumowując, należy stwierdzić, że proponowana Procedura jest optymalnym i m jedynym pewnym narzędziem Zabezpieczenia Należności w Procesie Budowlanym, gdyż Uczestnicy Procesu Budowlanego wkładając swoją pracę, materiały, usługi robią to tylko w dobrej wierze na podstawie Umowy, która często nie jest respektowana szczególnie w kwestii płatności.

W innych dziedzinach gospodarki / obrotu towarowego istnieją możliwe zabezpieczenia, które nie sprawdzają się w Procesie Budowlanym, który jest działaniem dynamicznym i często włożony wkład jest nie do odzyskania. Nie ma możliwości w Procesie Budowlanym zabezpieczyć swych należności przez zastaw czy tp. formy, a istniejące inne zabezpieczenia jak np. weksel nie dają realnego zabezpieczenia przed „nieuczciwym” płatnikiem.

Obecne ustanowienia prawne dla branży budowlanej w Polsce:

■ Ustawa z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane (Dz.U. nr 180, poz. 1758 z późn. zm.) – przewiduje ona, że wykonawcy **mogą żądać** gwarancji bankowych lub ubezpieczeniowych lub poręczeń na zabezpieczenie swoich należności za wykonane dla inwestora roboty budowlane.

Z przepisów tych nie mogą jednak skorzystać projektanci i dostawcy materiałów budowlanych i usług ani producenci

■ Art. 647¹ kodeksu cywilnego –

§ 1. W umowie o roboty budowlane, o której mowa w art. 647, zawartej między inwestorem a wykonawcą (generalnym wykonawcą), strony ustalają zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców

/przepis ten reguluje odpowiedzialność solidarną inwestora i wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez tylko podwykonawców./

Także z tego rozwiązania nie mogą korzystać projektanci i dostawcy materiałów usług ani producenci.

1. Ustanowienia obcych prawodawstw:

(1). CODE CIVIL ALLMANDE § 648

Hypothèque de garantie de l'entrepreneur de construction

(1) L'entrepreneur d'un bâtiment ou d'une partie particulière d'un bâtiment peut exiger l'octroi d'une hypothèque de garantie au terrain à construire du commettant pour ses exigences du contrat. Si le travail est pas encore parfait, il peut exiger l'octroi de l'hypothèque de garantie pour une partie de la rémunération correspondant au travail effectué et pour les affichages non compris dans la rémunération.

/ tłumaczenie : Kodeks Cywilny Niemiecki § 648

Hipoteka gwarantująca przedsiębiorcę budowlanego

*(1) **Przedsiębiorca Budowlany lub inny Uczestnik Procesu Budowlanego może żądać zapisu gwarancji hipotecznej na teren budowlany związany z Umową. Jeśli roboty nie są jeszcze zakończone, może wymagać zabezpieczenia hipotecznego na niezapłaconą część należności za wykonane roboty /***

ŹRÓDŁO: <http://dejure.org/dienste/internet?217.160.60.235/BGBL/bgbllf/b100014f.pdf>
http://www.kanzleimitrecht.de/aktuell/sr_34.htm
<http://www.bornheim-kollegen.de/rechtsinformationen.php3?artikelid=257&kategorieid=14>

(2). CODE CIVIL FRANÇAIS Article 1799

Les maçons, charpentiers, serruriers et autres ouvriers qui font directement des marchés à prix fait, sont astreints aux règles prescrites dans la présente section : ils sont entrepreneurs dans la partie qu'ils traitent.

/ tłumaczenie : Kodeks Cywilny Francuski art. 1799

Murarze, cieśle, ślusarze i inni pracujący którzy wykonują bezpośrednio roboty umowne, podlegają regułom opisanym w niniejszym rozdziale; i są przedsiębiorcami budowlanymi w rozumieniu niniejszego

Źródło: <http://www.adminet.com/jo/codes.html>
<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnCode?&commun=&code=CCIVILL0.rcv>

(3). Code Civile Suisse Art. 837

II. Avec inscription

1. Cas

¹ Peuvent requérir l'inscription d'une hypothèque légale:

3. les artisans et entrepreneurs employés à des bâtiments ou autres ouvrages, sur l'immeuble pour lequel ils ont fourni des matériaux et du travail ou du travail seulement, en garantie de leurs créances contre le propriétaire ou un entrepreneur.

² L'ayant droit ne peut renoncer d'avance à ces hypothèques légales.

/ tłumaczenie : Kodeks Cywilny Szwajcarski Art. 837

¹ *Mogą uzyskać wpis Hipoteki ustawowej :*

3 rzemieślnicy i przedsiębiorcy budowlani wykonujący roboty budowlane i inne na nieruchomości dla których dostarczyli materiały i robociznę lub też tylko robociznę jako gwarancję należności od właściciela lub wykonawcy.

² *mający to prawo hipoteki ustawowej nie może z niego zrezygnować/*

(4). USA - contractor/ mechani's lien le privilège du mécanicien

Une réclamation légale placée sur les immobiliers par quelqu'un qui est argent dû pour le travail, les services ou les approvisionnements a contribué à la propriété afin de l'améliorer. Les réclamants typiques de privilège sont les entrepreneurs, les sous-traitants et les fournisseurs généraux des matériaux de construction. Un réclamant du privilège de la mécanique peut poursuivre pour avoir les immobiliers vendus à l'enchère et pour récupérer la dette du montant. Puisque la propriété avec un privilège là-dessus ne peut pas être facilement vendue jusqu'à ce que le privilège soit satisfait (payé au loin), les propriétaires ont une grande incitation pour payer leurs factures.

/ tłumaczenie : *legalna reklamacja należności, złożona na nieruchomości, przez kogoś kto posiada wierzycelność za roboty, usługi czy dostawy, które użyte były dla podniesienia wartości nieruchomości. Typowa reklamacja przywileju jest dokonywana przez przedsiębiorców budowlanych, pod wykonawców i dostawców materiałów budowlanych. Reklamujący z tytułu przywileju mechanika może doprowadzić do sprzedaży nieruchomości dla odzyskania należności. Ponieważ nieruchomość obciążona takim przywilejem nie może być łatwo sprzedana do momentu jak należność z tytułu przywileju nie zostanie uregulowana przez właściciela, procedura ta ma ważną rolę inicjującą płatności należności./*

Źródło:

<http://translate.google.com/translate?hl=fr&sl=en&u=http://dictionary.law.com/default2.asp%3Fselecte%3D1232%26bold%3D%257C%257C%257C%257C&prev=/search%3Fq%3Dmechanic%2Blien%26hl%3Dfr%26lr%3D>

(5). Kanada / Quebec – Hipoteka Legalna - Code Civil **CHAPITRE TROISIÈME**
DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE

2726. L'hypothèque légale en faveur des personnes qui ont participé à la construction ou à la rénovation d'un immeuble ne peut grever que cet immeuble. Elle n'est acquise qu'en faveur des architecte, ingénieur, fournisseur de matériaux, ouvrier, entrepreneur ou sous-entrepreneur, à raison des travaux demandés par le propriétaire de l'immeuble, ou à raison des matériaux ou services qu'ils ont fournis ou préparés pour ces travaux. Elle existe sans qu'il soit nécessaire de la publier.
1991, c. 64, a. 2726.

/ *tłumaczenie* : **Kanada - Kodeks Cywilny Rozdział trzeci – Hipoteka Ustawowa**

2726. Hipoteka Ustawowa dla osób uczestniczących w budowie lub renowacji nieruchomości może być tylko ustanowiona na tej nieruchomości. Może ona być ustanowiona dla architektów, inżynierów, dostawców materiałów, pracowników, przedsiębiorców budowlanych i podwykonawców pod wykonawców wyniku zamówionej roboty przez właściciela nieruchomości, lub materiałów, usług dostarczonych do wykonania tych robót. Istnieje ona bez konieczności publikacji (wpisu – przyp. tłumacza)

2727. L'hypothèque légale en faveur des personnes qui ont participé à la construction ou à la rénovation d'un immeuble subsiste, quoi qu'elle n'ait pas été publiée, pendant les trente jours qui suivent la fin des travaux.

Elle est conservée si, avant l'expiration de ce délai, il y a eu inscription d'un avis désignant l'immeuble grevé et indiquant le montant de la créance. Cet avis doit être signifié au propriétaire de l'immeuble.

/ *tłumaczenie* : **2727. Hipoteka Ustawowa dla osób uczestniczących w budowie lub renowacji nieruchomości może być tylko ustanowiona na tej nieruchomości istnieje również w przypadku nie opublikowania w ciągu trzydziestu dni po zakończeniu robót.**

Jest ona w mocy, jeśli przed upływem tego terminu (30-tu dni – przyp. Tłumacza) , zostało dokonane zgłoszenie potwierdzające przedmiotową nieruchomość wskazując kwotę należności. To zgłoszenie winno być przekazane / potwierdzone właścicielowi nieruchomości./

Źródło www.vaillancourtguertin.com/hypothequelégale.pdf

Literatura:

Informacje o Kodeksach Cywilnych: http://lexinter.net/Legislation/codes_civils_dans_le_monde.htm
<http://www.bbl.admin.ch/internet/themen/00288/index.html?lang=fr>
<http://www.iww.de/quellenmaterial/abruf.php3?051413>
<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnCode?&commun=&code=CCIVILLO.rcv>
<http://www.dr-hoek.de/startseite.asp>
http://www.oav.ch/Question/12_00.html
<http://www.google.com/search?hl=fr&q=L%27hypothèque+de+garantie+d%27artisan+de+construction&btnG=Recherche+Google&lr=>

Nomenklatura:

- > **hypothèque légale > L'hypothèque de garantie d'artisan de construction**
- > leverandors lien > penhor do empreiteiro > Het retentierecht van aannemer
- > lien di appaltatore > Das Zurückbehaltungsrecht von Bauunternehmer
- > droit de rétention de l'entrepreneur > **privilege du contracteur >**
- > gravamen de contratista > privilege of the contracteur > **contractor / mechanic's lien**

Dodatkowe informacje: inż. Tadeusz Jurkiewicz, 0 600 209 893.

Tel / fax 032 209 4456 ; email: tadejurkiewicz@hotmail.com

40 - 711 Ruda Śląska, ul. Poligonowa 4

<http://www.gwarancjezaplaty.mwtb.pl/>



[INFOR.pl](#) | [wiadomości e-GP24.pl](#) | [Wieszjak.pl](#) | [Prawnik.pl](#)
zaloguj się do eGP

Gazeta Prawna - największy dziennik gospodarczy

w pisz frazę,

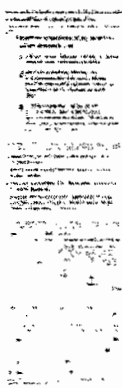
BUDOWNICTWO | Dekoniunktura na rynku nieruchomości

Nadchodzi nowa fala upadłości firm deweloperskich

W I półroczu zbankrutowało 27 deweloperów, ale do sądów wpłynęło aż pięć razy więcej wniosków. O 40 proc. wzrosła liczba zleceń windykacji wierzytelności budowlanych. Najszybciej kłopoty branży odbiją się na nowych firmach deweloperskich i podwykonawcach.



W I półroczu zbankrutowało 27 deweloperów, ale do sądów wpłynęło aż pięć razy więcej wniosków



Deweloperzy w obliczu kryzysu

Deweloperzy zwolnili tempo inwestycji. Niektórzy, zwłaszcza nowi, którzy pojawili się na rynku trzy, cztery lata temu, przeinwestowali w zakupach nieruchomości, bo liczyli na dalszy wzrost ich wartości w tempie 25 proc. rocznie. Wykonawcy nie doszacowali biznesplanów, nie uwzględnili wzrostu kosztów energii i robocizny. Dekoniunktura na rynku nieruchomości dotyczy przede wszystkim budownictwa mieszkaniowego. Na rynku powierzchni biurowych i magazynowych sytuacja jest stabilna. Jednak konsekwencje przełożą się na całą branżę budowlaną i materiałów budowlanych oraz firmy powiązane z nimi.

Deweloperzy tracą rentowność

Ekspert ostrzegają przed nową falą upadłości firm deweloperskich. Ich liczba po raz pierwszy od pięciu lat przestała spadać. W I półroczu odnotowano 27 upadłości deweloperów, ale liczba faktycznych bankructw jest znacznie wyższa. Pięć razy więcej wniosków o otwarcie postępowania upadłościowego, składanych do sądu

przez wierzycieli lub dłużników, zwracanych jest z powodu braków formalnych i umorzeń lub oddalanych - głównie ze względu na brak majątku. Wiele firm małych i średnich zamyka działalność, nie prowadząc procesu upadłościowego przed sądem.

Kryzys na rynku nieruchomości wynika przede wszystkim ze zbyt wysokich cen, które w latach 2004-2007 w wielu regionach kraju wzrosły nawet o 200 proc.

- Początek roku wykazał wyraźnie, że szybkie wzrosty cen nieruchomości z poprzednich lat nie okazały się trwałe i należą do przeszłości. Doszło do stabilizacji i urealnienia cen - mówi Ewa Perkowska, dyrektor handlowy Budimeksu Nieruchomości.

W efekcie wzrostu konkurencji, korekty cen oraz spadku sprzedaży rentowność działalności deweloperskiej obniżyła się i zapewne będzie maleć przez najbliższy rok.

Analitycy rynku już teraz odnotowują wydłużone wskaźniki rotacji zobowiązań i należności. Należy liczyć się z tym, że jeszcze w tym roku zatory płatnicze zablokują branżę, liczba niewypłacalnych firm będzie rosła.

- Zalecamy ostrożne podejście do kredytowania odbiorców odroczone terminami płatności, zwłaszcza tych nieznanymi i niesprawdzonymi. Zalecałabym rzetelne sprawdzenie moralności płatniczej klienta oraz bazy niewypłacalnych kontrahentów, a także ustanowienie dodatkowych zabezpieczeń - mówi Hanna Kobus, szefowa departamentu oceny ryzyka Atradius w Polsce.

Najtrudniej podwykonawcom

Jako pierwsze kryzys w branży dotyka małe firmy wykonawcze, gdyż na nich kumulują się opóźnienia w płatnościach na wcześniejszych etapach budowlanej produkcji. Niewielkie firmy są też bardziej wrażliwe na opóźnienia płatności.

- W większym niż dotychczas stopniu deweloperzy opóźniają płatności generalnym wykonawcom, kredytuja się ich kosztem, a ci postępują analogicznie wobec swoich podwykonawców - mówi Zbigniew Korzeniewski, zastępca dyrektora działu windykacji Euler Hermes Zarządzanie Ryzykiem.

Analiza należności Euler Hermes pokazuje, że zaczyna odwracać się dotychczasowy spadkowy trend liczby przeterminowanych należności. Dodatkowo wzrasta liczba windykowanych wierzytelności budowlanych.

- W porównaniu z ubiegłym rokiem obecnie notujemy o ok. 40 proc. więcej zleceń windykacyjnych, przy czym ich wartość jest o ok. 40-50 proc. wyższa - mówi Zbigniew Korzeniewski.

Wynika to z większej ilości transakcji o wyższej wartości, a także z rosnącej liczby przeterminowanych płatności.

- W dodatku ponownie - bo tak było już jak w czasie recesji sześć, siedem lat temu - mamy do czynienia ze zjawiskiem wyłudzeń w branży budowlanej oraz stalowej - dodaje Zbigniew Korzeniewski.

Firmy będą się zamykać

Choć trwa właśnie czas budowlanych zniw, przedsiębiorcy budowlani mają do realizacji znacznie mniej inwestycji, niż przewidywali. Przez to do każdego przetargu staje kilkudziesięciu, a nie kilku oferentów. Firmy wykonawcze, aby minimalizować straty związane z nakładami poniesionymi na zakup sprzętu i zatrudnienie pracowników oraz choć częściowo amortyzować poniesione inwestycje, wolą stosować dumping cenowy i realizować przedsięwzięcia, niż beczynnie czekać na poprawę sytuacji w branży.

- Dla funkcjonowania firm deweloperskich kluczowe znaczenie będzie miała sytuacja na rynkach finansowych. Wzrośnie zapotrzebowanie na kredyty budowlane, ale banki zapewne nie tylko podniosą oprocentowanie kredytów, ale także wymogi dotyczące wkładu własnego, wysokości przedsprzedaży czy standingu deweloperów - mówi Kazimierz Kirejczyk, prezes firmy doradczej Reas.

Jednak wraz z wyhamowaniem dynamiki produkcji budowlano-montażowej wiele słabszych firm będzie musiało wstrzymać działalność, sprzedać majątek lub się przebrnąć.

- To ostatnie rozwiązanie wśród wielu firm można zaobserwować już teraz. Sądzę, że w przyszłym roku statystyki pokażą, jak obniżenie tempa rozwoju gospodarczego, spadek dynamiki produkcji i cen w branży budowlanej, w tym nieruchomości mieszkaniowych, wpłynęły na ten rynek - mówi Marcin Siwa, dyrektor ds. oceny ryzyka Coface Poland.

SZERSZA PERSPEKTYWA

W Hiszpanii wzrost w branży budowlanej trwał od 1994 do 2006 roku, generował rocznie 18 proc. PKB oraz 20 proc. nowych miejsc pracy. Wyhamowanie wzrostu konsumpcji indywidualnej od 2006 roku oznaczało coraz większą nadpodaż oddanych do użytku mieszkań (w ciągu ostatnich trzech lat corocznie jest to 700 tys. wobec zapotrzebowania rynku na 400 tys.), co powoduje wydłużanie się średniego czasu sprzedaży mieszkania (od początku inwestycji) z 2 lat w 2004 roku do 3,5 roku obecnie. Problemy deweloperów ze zbyt wielu mieszkań, spadek ich cen oraz mniejsza liczba nowych inwestycji spowodowały powstawanie od 2006 roku zatorów płatniczych. Najwięcej bankructw jest wśród średnich firm, a kulminacja opóźnień w płatnościach i upadłościach ma dopiero nastąpić.

OPINIE - ANDRZEJ OSIŃSKI

dyrektor departamentu analiz Dun and Bradstreet Poland

Aby świadomie podjąć decyzję o współpracy z danym przedsiębiorstwem i poznać aktualną kondycję potencjalnego kontrahenta, należy przede wszystkim dokonać analizy moralności płatniczej podmiotu. Mierzy ona średnie terminy płatności zobowiązań firmy w cyklach miesięcznych, przez co pozwala na bieżąco oceniać jej kondycję finansową. Jest przy tym miernikiem prawdopodobieństwa upadłości firmy. Stan moralności płatniczej jest odzwierciedleniem płynności finansowej firmy, która jeśli zostanie długotrwale zachwiana (zła moralność płatnicza utrzymuje się przez wiele miesięcy), prowadzi nieuchronnie do upadku firmy.

ROBERT CHOJNACKI - prezes redNet Consulting

Spowolnienie na rynku mieszkaniowym obserwujemy od połowy ubiegłego roku. Spadek tempa sprzedaży mieszkań doprowadził do obniżenia cen zarówno na pierwotnym, jak i wtórnym rynku. W niektórych regionach kraju w ostatnich trzech latach ceny wzrosły nawet dwukrotnie. Teraz klienci wstrzymują się z decyzją o zakupie mieszkania, licząc na istotne przeceny. W efekcie urealniły się już ceny materiałów budowlanych, będą musiały też spaść koszty usług budowlanych. Dla klientów to raj. Mogą negocjować ceny zakupu mieszkań, warunki umowy oraz płatności. Wreszcie na rynku deweloperskim dostępne są mieszkania gotowe do wprowadzenia się od zaraz. Klient nie jest już skazany na kupowanie dziury w ziemi i pięknych wizualizacji.

GP RADZI

Chcę kupić mieszkanie, które deweloper dopiero buduje. Czy uzyskam gwarancję, że pieniądze nie przepadną?


Tak

Można negocjować niższą pierwszą wpłatę, np. na poziomie 10 proc. Inną opcją jest założenie tzw. rachunku powierniczego. Polega on na tym, że wpłacamy pieniądze do banku na nieoprocentowany rachunek, z którego są one przelewane w terminach przewidzianych w umowie, np. w miarę postępu prac. To gwarancja dla dewelopera, że dostanie pieniądze za zbudowane mieszkanie. Z kolei klient ma pewność, że jego pieniądze nie zostaną przeznaczone na sfinansowanie innej budowy niż jego własnego mieszkania. Dobrze też uzależnić wpłatę ostatniej transzy, np. 20 proc., od uregulowania wszelkich kwestii własności nieruchomości.

Czy można sprawdzić stan prawny nieruchomości. Czy to zabezpieczy mnie na wypadek upadłości dewelopera?

Tak

Przede wszystkim trzeba sprawdzić, w dziale II księgi wieczystej działki, jaki tytuł prawny ma do niej deweloper. Trzeba też zajrzeć do działu III KW, w którym znajdziemy informacje o tym, czy jakieś inne podmioty mają jakiegokolwiek prawa albo roszczenia do nieruchomości. W dziale IV będzie też informacja, czy na działce są ustanowione zabezpieczenia w postaci hipoteki. Najlepiej przy okazji zawierania umowy z deweloperem uzyskać jego zgodę na wpisanie w IV dziale KW naszego roszczenia o wybudowanie lokalu i przeniesienie jego własności na naszą rzecz. W razie upadłości takie zapisane roszczenie będzie zaspokajane w pierwszej kolejności.

Autor: [Bianka Jaworska](#) 

Źródło: GP

Artykuł z dnia: 2008-07-25