

## Rozdział 2. Rodzaje umów o roboty budowlane

### 2.1. Uwagi wstępne

W związku z realizowaną inwestycją budowlaną inwestor musi zawrzeć z uczestnikami procesu budowlanego szereg odpowiednich umów. Jedną z nich jest **umowa o roboty budowlane** zawierana z wykonawcą całości lub części inwestycji. Zawarcie umowy o roboty budowlane może nastąpić w wyniku złożenia oferty bezpośrednio wybranemu wykonawcy bądź, co ma miejsce najczęściej, wykonawcy wyłonionemu w wyniku przetargu lub konkursu ofert. Umowa o roboty budowlane jest umową nazwaną i z zachowaniem pewnych różnic ma charakter prawny umowy o dzieło. W przedwojennym Kodeksie zobowiązań umowa o roboty budowlane nie była wyodrębniona z umowy o dzieło. Osobno umowa o roboty budowlane została uregulowana po II wojnie światowej w Kodeksie cywilnym i funkcjonowała tylko pomiędzy jednostkami gospodarki społecznej. Gdy jedna ze stron umowy była jednostką nieuspołecznioną, zastosowanie do takiej umowy miały przepisy o umowie o dzieło. Stan ten utrzymywał się do 1990 r. W ramach nowelizacji Kodeksu cywilnego, ustawą z 28.7.1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 55, poz. 321 ze zm.), wyłączono regulację tylko dla obrotu uspołecznionego, uchylono ogólnie obowiązujące warunki umów o roboty budowlane oraz pozostawiono odrębne przepisy Kodeksu regulujące umowę o roboty budowlane. W wyniku tej nowelizacji stronami umowy stali się wszyscy inwestorzy oraz podmioty wykonujące roboty budowlane lub remonty budynków. Z częściowego odesłania zawartego w art. 656 § 1 KC wyprowadzono stwierdzenie, że między umową o dzieło a umową o roboty budowlane istnieje związek. Jednakże zgodnie ze stanowiskiem dominującym zarówno w orzecznictwie sądowym, jak i nauce prawa, zawarty w art. 656

§ 1 KC katalog odesłań do przepisów o umowie o dzieło jest katalogiem zamkniętym. Umowa o roboty budowlane jest uregulowana w art. 647 i n. KC i powinna uwzględniać obowiązujące przepisy z zakresu Prawa budowlanego. W myśl orzeczenia SN z 25.3.1998 r. (I CKN 653/97, OSNC 1998, Nr 12, poz. 207), zasadniczym kryterium rozróżnienia umowy o dzieło od umowy o roboty budowlane jest ocena realizowanej inwestycji stosownie do wymagań Prawa budowlanego oraz wielkość rozmiarów danej inwestycji. Zgodnie z wyrokiem SA w Katowicach z 28.5.2003 r. (I ACa 1376/02, OSA w Katowicach 2006, Nr 1, poz. 4), kryterium odróżnienia umowy o roboty budowlane od umowy o dzieło nie jest oznaczenie stron umowy (inwestor – wykonawca czy wykonawca – podwykonawca), lecz rozmiar przedsięwzięcia, zastosowanie dokumentacji projektowej, przekazanie terenu budowy (lub jej wyodrębnionej części). Ponadto, zdaniem SN umowa o roboty budowlane odzwierciedla obraz przedsięwzięcia o większych rozmiarach, zindywidualizowanych właściwościach zarówno fizycznych, jak i użytkowych, i co istotne poza nielicznymi wyjątkami, towarzyszy temu wymóg projektowania i zinstytucjonalizowany nadzór.

Jak słusznie zauważył SN w wyroku z 12.10.2011 r. (II CSK 63/2011, niepubl.) określenie umowy jako umowy o roboty budowlane zwykle nie stanowi problemu, jeżeli jej przedmiot dokładnie odpowiada definicji obiektu budowlanego zawartej w PrBud, a roboty polegają na pracach w niej określonych. Możliwe jest jednak, że przedmiotem umowy nie jest wykonanie całego obiektu budowlanego lecz jego części albo prac, których rezultatem nie jest wykonanie całego obiektu ani nawet jego dającej się wyodrębnić części, a które jednak składają się na wykonanie obiektu, stanowiąc część składową finalnego rezultatu. Nie można więc uznać, że w umowie o roboty budowlane chodzi wyłącznie o wykonanie określonego obiektu budowlanego. Świadczenie z umowy o roboty budowlane może być zatem spełniane częściowo.

Jeżeli strona twierdzi, że zawarta umowa jest umową o roboty budowlane w rozumieniu art. 647 KC powinna wykazać, że umowa zawiera cechy pozwalające na takie jej zakwalifikowanie. W razie niewykazania powyższego, prawidłowe jest uznanie, że strony łączą umowa o dzieło – wyr. SN z 18.5.2007 r., I CSK 51/07, Legalis.

Należy stwierdzić, iż aktualnie realizacja różnego rodzaju inwestycji jest na tyle skomplikowana i różnorodna, iż w praktyce niezwykle rzadko mamy do czynienia z sytuacją, gdy strony (inwestor i wykonawca) zawierają typową (nazwaną) umowę o roboty budowlane uregulowaną przepisami Kodeksu cywilnego, albowiem zakres zobowiązań stron jest znacznie szerszy niż tylko te wynikające z umowy o roboty budowlane.

W praktyce mamy do czynienia bardzo często z różnego rodzaju umowami typu „zaprojektuj i zbuduj”, „zbuduj”, a nawet „zaprojektuj, zbuduj, operuj i przekaz”. Zatem w rzeczywistości umowy takie stają się umowami nienazwanymi o cechach typowych dla kilku różnych rodzajów umów.

Zgodnie z brzmieniem art. 647 KC, 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. Ze względu na dość małą liczbę przepisów Kodeksu cywilnego stosowanych bezpośrednio do umowy o roboty budowlane oraz braku powszechnie obowiązujących ogólnych warunków umów, treść umowy o roboty budowlane mieści się w zakresie swobody kontraktowej umów. Oznacza to, że strony mogą dowolnie kształtować swoje prawa i obowiązki w zakresie stosunków umownych.

Inwestor może zawrzeć **umowę o generalne wykonawstwo** z wykonawcą, który zobowiązuje się do wykonania całości prac budowlanych, bądź **umowę o wykonawstwo częściowe** z wykonawcą na wykonanie określonego zakresu prac. Obaj ci wykonawcy mogą w stosownym zakresie korzystać z pomocy podwykonawców, na podstawie odrębnych **umów o podwykonawstwo**. Należy zaznaczyć, że wymienione wyżej rodzaje umowy nie zmieniają w sposób zasadniczy podstawowej treści umowy o roboty budowlane i art. 647 KC będzie miał zawsze zastosowanie, o ile zobowiązanie strony obejmuje wykonanie robót budowlanych.

Dodatkowo należy zaznaczyć, że zgodnie z art. 648 § 1 KC, umowa o roboty budowlane powinna być zawarta w formie pisemnej.

Jednakże brak zachowania formy pisemnej nie powoduje nieważności umowy. W wyroku z 1.4.1998 r. (II CKN 667/97, Legalis) SN uznał, że umowa o roboty budowlane może być zawarta również przez czynności konkludentne (*per facta concludentia*).

## 2.2. Umowa o generalne wykonawstwo

Duże firmy budowlane, posiadające potencjał i zaplecze wykonawcze, z reguły zainteresowane są realizowaniem prac budowlanych w zakresie generalnego wykonawstwa, tzn. wykonaniem całości robót budowlanych dotyczących danej inwestycji. Również dla inwestora system ten wydaje się najprostszy i najatrakcyjniejszy, ponieważ na generalnym wykonawcy spoczywa cała odpowiedzialność za końcowy efekt prac budowlanych. W takim przypadku generalny wykonawca, a nie inwestor, jest odpowiedzialny za zorganizowanie i koordynację całego procesu budowlanego, w tym również koordynację działalności innych podmiotów (dostawców i podwykonawców) biorących udział w realizacji inwestycji. Natomiast inwestor jest wyłącznie odpowiedzialny za dostarczenie generalnemu wykonawcy projektu inwestycji, placu budowy oraz zorganizowanie odbiorów i zapewnienie finansowania inwestycji. Bardzo często projekt inwestora jest wstępny lub niezupełny, wówczas generalny wykonawca odpowiedzialny jest również za uzupełnienie projektu w wymaganym przez prawo zakresie. W zależności od uzgodnionego przedmiotu umowy, generalny wykonawca może być zobowiązany do uzyskania pozwolenia na budowę w imieniu inwestora, a tym samym skompletowania wymaganej dokumentacji oraz wszystkich koniecznych pozwoleń i zgód w procesie budowlanym. Generalny wykonawca występuje na przekazanym mu przez inwestora placu budowy jako główny organizator i wykonawca robót budowlanych. Ma on obowiązek odpowiedniego przygotowania i zabezpieczenia organizacyjnego, a także technicznego placu budowy oraz zaplecza budowy. Przedstawicielem generalnego wykonawcy na placu budowy jest kierownik budowy – osoba pełniący szereg funkcji administracyjnoprawnych określonych w obowiązujących przepisach Prawa budowlanego.

Umowa o generalne wykonawstwo może przyjąć rozszerzoną formę **umowy o generalną realizację inwestycji**. W takim przypadku generalny realizator – wykonawca inwestycji zobowiązuje się względem inwestora do kompleksowego wykonania inwestycji budowlanej „pod klucz”. Oznacza to, iż spoczywa na nim również obowiązek sporządzenia dokumentacji projektowej inwestycji, przeprowadzenia procesu budowlanego do końca oraz montażu i instalacji uzgodnionych maszyn i urządzeń, a także dokonania rozruchów tych maszyn i urządzeń, przeszkolenia personelu oraz przekazania inwestorowi gotowego do działania obiektu.

Z punktu widzenia praktyki, umowy o generalne wykonawstwo, nakładające na profesjonalnego wykonawcę jak najwięcej obowiązków, które inwestor będzie mógł egzekwować przy pomocy odrębnie zatrudnionego przez siebie nadzoru inwestorskiego – przedstawiciela inwestora, wydają się najlepszym rozwiązaniem dla obu stron. Podstawowym warunkiem powodzenia w doborze właściwego generalnego wykonawcy jest zorganizowanie przez inwestora przetargu na wyłonienie oferty najlepszego, spośród co najmniej kilku konkurujących ze sobą wykonawców. W przypadku zamówienia podlegającego przepisom ustawy z 29.1.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), taki przetarg jest obowiązkowy. W przypadku zamówienia prywatnego, zorganizowanie przetargu wśród potencjalnych wykonawców nie powinno powodować kłopotów, a efekty jego mogą być bardzo istotne dla pomyślnej realizacji inwestycji.

Często przy bardzo dużych inwestycjach, ze względu na zakres prac i ich złożoność, w roli generalnego wykonawcy występuje kilka firm budowlanych działających wspólnie jako **konsorcjum** na podstawie odrębnej umowy konsorcjalnej. W takim przypadku bardzo ważne dla inwestora jest zapoznanie się z podziałem obowiązków między konsorcjantami i zakresem ich odpowiedzialności względem osób trzecich – czy członkowie konsorcjum odpowiadają solidarnie, czy też każdy członek konsorcjum odpowiada wyłącznie za zakres wykonanych przez siebie prac. Te kwestie powinna regulować szczegółowo umowa konsorcjum, która powinna być udostępniona do wglądu inwestorowi.

W związku ze zmianami Kodeksu cywilnego, które obowiązują od 1.6.2017 r., wszedł w życie przepis – art. 647<sup>1</sup>, zgodnie z którym w umowie o roboty budowlane zawartej między inwestorem a wykonawcą (generalnym wykonawcą) strony ustalają szczegółowy zakres robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub przy pomocy wskazanych w umowie podwykonawców bądź zgłoszonych oddzielnie na piśmie. Oznacza to, że generalny wykonawca ma obowiązek określić na początku inwestycji, jaki dokładnie zakres prac budowlanych będzie wykonywał własnymi siłami, a jaki przez swoich podwykonawców. Wydaje się, że przy dużych projektach dokładne ustalenie takich zakresów nie zawsze będzie łatwe lub możliwe, ponieważ zależy to od oceny ofert poszczególnych podwykonawców złożonych na konkretne zakresy prac budowlanych, również już w trakcie realizacji inwestycji.

### **2.3. Umowa o wykonawstwo częściowe**

W przypadku gdy inwestor decyduje się na niepowoływanie generalnego wykonawcy dla całej inwestycji (co może mieć podłoże ekonomiczno-finansowe), musi on powołać wykonawców częściowych dla poszczególnych zakresów prac, np. prac budowlanych, instalacyjnych, mechanicznych, wykończeniowych bądź poszczególnych etapów/faz inwestycji. Bardzo ważny w umowie o wykonawstwo częściowe staje się precyzyjny podział zakresu prac oraz obowiązków między poszczególnymi wykonawcami częściowymi. Na inwestorze spoczywa podstawowy obowiązek zapewnienia właściwej organizacji i koordynacji prac wykonywanych przez poszczególnych wykonawców. Takim koordynatorem prac wykonawców może zostać np. wykonawca największego zakresu prac na placu budowy lub inspektor nadzoru inwestorskiego. W zamian za koordynację, koordynator powinien otrzymać oddzielne wynagrodzenie, w praktyce wahające się między 5% a 10% wartości koordynowanych prac. Jeżeli inwestor zamierza koordynować prace budowlane osobiście, musi się liczyć z ryzykiem opóźnień w dostawach i „przeszkadzaniem sobie nawzajem” w wykonywaniu prac przez poszczególnych wykonawców. Co więcej, istnieje poważne ryzyko uszkodzenia prac już wykonanych

przez innego wykonawcę. W takim przypadku dochodzi również do rozproszenia odpowiedzialności między kilkoma podmiotami i bardzo trudno jest przypisać odpowiedzialność za ewentualne zniszczenia konkretnemu wykonawcy, ponieważ poszczególni wykonawcy najczęściej zasłaniają się twierdzeniem, że „tak już było” i to nie oni są odpowiedzialni za daną szkodę. Z tych względów bardzo istotnego znaczenia nabiera właściwa koordynacja wykonawców częściowych. Tego rodzaju ryzyko nie występuje w umowie o generalne wykonawstwo, ponieważ generalny wykonawca jest odpowiedzialny względem inwestora za całość prac.

Również w przypadku wyłonienia wykonawców częściowych zalecane jest zorganizowanie przez inwestora przetargu na wyłonienie oferty najlepszego, spośród co najmniej kilku konkurujących ze sobą wykonawców.

## **2.4. Umowa o podwykonawstwo**

Zarówno w przypadku zatrudnienia przez inwestora generalnego wykonawcy, jak i wykonawcy częściowego należy się liczyć z faktem, że część prac zostanie wykonana przez podwykonawców. Podwykonawcy są bezpośrednio zatrudnieni przez wykonawcę i względem niego ponoszą odpowiedzialność. Może się zdarzyć, że inwestor sam wskazuje wykonawcy podwykonawcę, którego wykonawca powinien zatrudnić do określonego zakresu prac (tzw. podwykonawca mianowany). Jednakże, w większości przypadków wykonawcy wybierają podwykonawców sami. W praktyce pojawiły się spore wątpliwości dotyczące podmiotowego i przedmiotowego zakresu ochrony odpowiedzialnością solidarną inwestora. Dwa orzeczenia SN tłumaczą w sposób istotny tę kwestię – po pierwsze w wyroku z 17.10.2008 r. (I CSK 106/08, Legalis) SN stwierdził, że inwestor odpowiada solidarnie wobec podwykonawcy na podstawie dotychczasowego art. 647<sup>1</sup> § 5 KC tylko wtedy, gdy rezultat świadczenia podwykonawcy stał się składnikiem obiektu stanowiącego przedmiot świadczenia wykonawcy w ramach umowy o roboty budowlane. W dniu 18.6.2015 r. (III CSK 370/14, Legalis) SN wyraźnie stwierdził, że producent betonu lub asfaltu może być zakwalifikowany

jako podwykonawca korzystający z ochrony odpowiedzialności solidarnej inwestora.

W związku ze zmianami do Kodeksu cywilnego obowiązującymi od 1.6.2017 r. (zmiany te zostały wprowadzone na mocy ustawy z 7.4.2017 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności, Dz.U. z 2017 r. poz. 933 ze zm.) wszedł w życie nowy art. 647<sup>1</sup>, zgodnie z którym inwestor odpowiada solidarnie z wykonawcą (generalnym wykonawcą) za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu wykonanych przez podwykonawcę robót budowlanych jeżeli szczegółowy zakres robót budowlanych podwykonawcy został zgłoszony inwestorowi przez wykonawcę lub podwykonawcę na piśmie pod rygorem nieważności przed przystąpieniem do wykonywania tych robót przez podwykonawcę. Inwestor ma prawo złożyć podwykonawcy i wykonawcy sprzeciw w terminie 30 dni od daty otrzymania ww. zgłoszenia. Złożenie takiego sprzeciwu na piśmie pod rygorem nieważności wobec wykonywania robót przez podwykonawcę spowoduje brak odpowiedzialności solidarnej inwestora z wykonawcą (generalnym wykonawcą). Zgłoszenie podwykonawcy, o którym mowa powyżej nie jest wymagane jeżeli inwestor i wykonawca określili w umowie o roboty budowlane zawartej w formie pisemnej pod rygorem nieważności, szczegółowy przedmiot robót budowlanych wykonywanych przez konkretnego i oznaczonego podwykonawcę. Wysokość odpowiedzialności solidarnej inwestora została ograniczona do wysokości wynagrodzenia ustalonego w umowie między podwykonawcą a wykonawcą względnie do wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy za roboty budowlane wynikającego z umowy o roboty budowlane zawartej z inwestorem.

W aktualnym stanie prawnym ponieważ nie jest już wymagane przedstawienie inwestorowi umowy z podwykonawcą przez wykonawcę, a wyłącznie szczegółowego zakresu prac podwykonawcy przed przystąpieniem podwykonawcy do wykonywania takich prac, oznacza, to, że prace nieobjęte takim szczegółowym zakresem prac podwykonawcy nie będą objęte reżymem solidarnej odpowiedzialności inwestora. Oczywiście, objęte będą reżymem odpowiedzialności solidarnej inwestora te prace podwykonawcy, które zostały wskazane jako prace podwykonawcy w „umowie głównej”, czyli



umowie łączącej inwestora z wykonawcą. Oznacza to, że muszą zostać opisane szczegółowo w stosunku do konkretnego inwestora (art. 647<sup>1</sup> § 2 KC).

Inwestor może złożyć sprzeciw na piśmie wobec wykonywania prac przez podwykonawcę w terminie 30 dni od dnia doręczenia mu zgłoszenia przez wykonawcę dotyczącego szczegółowego zakresu prac podwykonawcy.

Ograniczenie odpowiedzialności – zgodnie z art. 647<sup>1</sup> § 3 KC wysokość ewentualnej odpowiedzialności inwestora względem podwykonawcy za zapłatę jest ograniczona do kwoty wynagrodzenia ustalonego w umowie między podwykonawcą a wykonawcą nie więcej jednak niż wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy za dane roboty budowlane wynikające ze szczegółowego zakresu prac podwykonawcy.

Przepisy art. 647<sup>1</sup> § 1–4 KC stosuje się odpowiednio do solidarnej odpowiedzialności inwestora, wykonawcy i podwykonawcy, który zawarł umowę z dalszym podwykonawcą, za zapłatę wynagrodzenia dalszemu podwykonawcy.

Zgodnie z § 6 tego artykułu postanowienia umowne sprzeczne z treścią § 1–5 tego artykułu są nieważne.

Wcześniej (od 24.4.2003 r.) obowiązywał art. 647<sup>1</sup> § 2, zgodnie z którym do zawarcia umowy o roboty budowlane z podwykonawcą była wymagana zgoda inwestora. Przez długi czas polskie sądy stały na stanowisku, że zgoda inwestora powinna być wyrażona na piśmie, a nie w sposób dorozumiany. Jednakże w wyroku z 30.5.2006 r. (IV CSK 61/06, OSNC 2007, Nr 3, poz. 44) oraz w wyroku z 20.6.2007 r. (II CSK 108/07, Biul. SN 2007, Nr 11, s. 14), SN wyraził pogląd, że wystarczy jeśli inwestor wiedział o treści umowy i dokumentacji z innych źródeł, a nawet jeśli wskazują na to okoliczności trwającego przez dłuższy czas procesu inwestycyjnego. Jeżeli inwestor, w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu wraz z częścią dokumentacji dotyczącej wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy. Inwestor może wyrazić zgodę zarówno przed zawarciem umowy między wykonawcą a podwykonawcą, jak i po jej zawarciu. Jednakże do chwili wyrażenia zgody przez

inwestora umowa zawarta z podwykonawcą nie wywołuje skutków prawnych. Należy zwrócić uwagę na orzeczenie SN z 28.6.2006 r. (III CZP 36/06, Biul. SN 2006, Nr 6, s. 6), zgodnie z którym: „skuteczność zgody inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy o wykonanie zadań wchodzących w zakres umowy o roboty budowlane wymaga przedstawienia mu umowy z podwykonawcą lub jej projektów oraz odpowiedniej dokumentacji”. Podobnie orzekł SN w wyroku z 15.11.2006 r. (V CSK 256/06, Legalis): „Stwierdzenie solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy (art. 647<sup>2</sup> § 5 KC) wymaga przyjęcia założenia o potrzebie zapewnienia inwestorowi minimum ochrony prawnej. Umowa bądź jej projekt musi zostać inwestorowi «przedstawiona», a nie tylko «doreczona». Równie ważne jest przedstawienie inwestorowi dokumentacji robót powierzonych podwykonawcy. Dopiero po dopełnieniu tego wymogu powstaje odpowiedzialność solidarna inwestora i wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy”. Odmienny pogląd został wyrażony przez SN w wyroku z 20.6.2007 r. (II CSK 108/07, Biul. SN 2007, Nr 11, s. 14): „Zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą (art. 647<sup>1</sup> § 2 KC) może być wyrażona w każdy sposób (art. 60 KC) bez konieczności przedstawiania inwestorowi umowy z podwykonawcą lub jej projektu z odpowiednią dokumentacją”. Powyższe rozbieżności w orzecznictwie SN dotyczące art. 647<sup>1</sup> KC skłoniły Prezesa SN do skierowania pytania prawnego:

- 1) Czy przedstawienie inwestorowi umowy z podwykonawcą (lub jej projektu) oraz odpowiedniej dokumentacji jest konieczną przesłanką skuteczności zgody inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy z podwykonawcą o wykonanie zadań wchodzących w zakres umowy o roboty budowlane (art. 647 KC), warunkującej zastosowanie art. 647<sup>1</sup> § 5 KC?;
- 2) Czy zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy z podwykonawcą (i odpowiednio na zawarcie przez podwykonawcę umowy z kolejnym podwykonawcą) o wykonanie zadań wchodzących w zakres umowy o roboty budowlane musi być wyrażona w formie pisemnej pod rygorem nieważności (art. 63 § 2 KC w zw. z art. 647<sup>1</sup> § 4 KC), czy też może być wyrażona przez każde zachowanie (art. 60 KC)?

Pytanie to zostało rozstrzygnięte przez SN (7) w uchw. z 29.4.2008 r., III CZP 6/08, OSNC 2008, Nr 11, poz. 121. Sąd Najwyższy stwierdził, że **do zgody wymaganej przez art. 647<sup>1</sup> § 2 i 3 KC nie stosuje się art. 63 § 2 KC**. Zgoda ta może być wyrażona przez **każde zachowanie**, które ujawnia ją w sposób dostateczny (art. 60 KC). Niezależnie od tego, zgodę uważa się za wyrażoną w razie ziszczenia się przesłanek określonych w art. 647<sup>1</sup> § 2 zd. 2 KC. Oznacza to, po pierwsze, że zgoda, o której mowa w art. 647<sup>1</sup> § 2 KC, jest specyficzną konstrukcją prawną zbudowaną na potrzeby umowy o roboty budowlane. Nie reguluje jej art. 63 lecz art. 647<sup>1</sup> KC, który w § 2 i 3 określa sposób jej udzielenia, w § 5 – skutki jej udzielenia, a w § 6 – nadaje omawianym przepisom charakter norm bezwzględnie obowiązujących. Po drugie, zgoda inwestora na umowę między wykonawcą a podwykonawcą właśnie dlatego, że nie podpada pod rygory art. 63 § 2 KC, może być wyrażona w dowolny sposób, należycie ją ujawniający (art. 60 KC). Jeżeli zatem ogólne zasady wykładni oświadczeń woli pozwalają na stwierdzenie, że inwestor wyraził zgodę na konkretną umowę (jej projekt), z której wynika zakres jego odpowiedzialności solidarnej, to okoliczność ta będzie wystarczająca dla uznania skuteczności tej zgody.

Zmiany do KC miały na celu wprowadzenie możliwości kontrolowania przez inwestora, kto faktycznie wykona zlecone roboty budowlane i czy taki wybrany podwykonawca daje rękojmię prawidłowego wykonania prac. W jednym z ostatnich swoich orzeczeń z 18.6.2015 r. (III CSK 370/14, Legalis) SN kierując się wykładnią funkcjonalną (a nie literalną) wskazał, że bez znaczenia jest kto przedstawia projekt umowy o podwykonawstwo, może to również zrobić sam podwykonawca i to już po wykonaniu prac. Dalej idąc SN stwierdził w innym orzeczeniu, że jeżeli inwestor zrezygnował z wglądu do dokumentacji lub z żądania informacji od wykonawcy, skuteczność jego zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą nie jest uzależniona od przedstawienia umowy lub jej projektu oraz wiedzy o jej postanowieniach – wyr. SN z 24.1.2014 r., V CSK 124/13, MoP 2014, Nr 24, s. 1309.

W doktrynie uważa się, że sprzeciw zgłoszony przez inwestora na piśmie, zgodnie z art. 647<sup>1</sup> § 2 KC, powoduje definitywną nieważność całej umowy zawartej z podwykonawcą, a wyrażony wobec

projektu umowy z podwykonawcą powoduje wyłączenie możliwości przekształcenia go w skuteczną umowę. Z kolei zgłoszone przez inwestora zastrzeżenia stanowią dla wykonawcy wskazówkę, które postanowienia umowy lub projektu należy zmienić, aby stały się skuteczne (tak *P. Drapała*, Umowa o roboty budowlane, PPH 2003, Nr 8, s. 11).

Jednakże zgodnie z wyrokiem SN z 30.5.2006 r. (IV CSK 61/06, OSNC 2007, Nr 3, poz. 44) oraz z art. 647<sup>1</sup> § 2 KC, zgoda inwestora na zawarcie przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą nie musi być wyrażona w szczególnej formie, co oznacza, że zgodnie z ogólną regułą wyrażoną w art. 60 KC może ona wynikać w sposób dorozumiany także z zachowania, które dostatecznie ujawnia wolę inwestora. Udzielenie zgody nie musi nastąpić przed zawarciem umowy z podwykonawcą, gdyby bowiem tak było, ustawodawca nie użyłby w art. 647<sup>1</sup> § 2 KC sformułowania „umowa z podwykonawcą lub jej projekt”, co oznacza, że wprost dopuszcza się także udzielenie zgody po zawarciu umowy. Zgoda, o której mowa, nie ma zresztą w ogóle charakteru czynności, od której uzależniona jest skuteczność czy ważność umowy z podwykonawcą, okoliczność bowiem czy dłużnik wykonuje zobowiązanie sam, czy też posługuje się do tego celu innymi osobami, stosunkowo rzadko ma znaczenie z punktu widzenia interesu wierzyciela. W wypadku umowy o roboty budowlane, zgoda inwestora, o której mowa w art. 647<sup>1</sup> § 2 KC, warunkuje jedynie solidarną odpowiedzialność inwestora za zobowiązanie z tytułu wynagrodzenia należnego podwykonawcy.

**Z punktu widzenia wykonawcy zlecającego**, najważniejszym aspektem w umowie z podwykonawcą jest nałożenie na niego takich samych (a nawet zwiększonych, o ile to konieczne) obowiązków wynikających z podstawowej umowy o roboty budowlane. Chodzi o proporcjonalne dostosowanie do zakresu prac podwykonawcy zabezpieczeń dobrego wykonania, gwarancji bankowych, ubezpieczenia i kar umownych. Umowa z podwykonawcą powinna być w zasadzie „kopia” umowy głównej. Co do samego zakresu i budowy, umowa z podwykonawcą jest podobna do głównej umowy o roboty budowlane i wszystkie wskazówki dotyczące umowy o roboty budowlane mają do niej zastosowanie.

**Z punktu widzenia podwykonawcy**, najważniejsze jest zagwarantowanie przez zlecającego prace terminowego regulowania wymagalnych płatności. W praktyce bardzo często zdarza się, że inwestor reguluje płatności z wykonawcą, a ten nie reguluje płatności ze swoimi podwykonawcami w ustalonym terminie bądź uchyla się od regulowania zobowiązań. Ponadto w interesie podwykonawcy leży, aby umowa z nim odzwierciedlała wszystkie postanowienia umowy głównej, a w szczególności postanowienia dotyczące prawa do wstrzymania prac w przypadku istotnego opóźnienia płatności, prawa odstąpienia od umowy itp. Bardzo często tych postanowień brakuje w umowie o podwykonawstwo, co powinno stanowić sygnał ostrzegawczy dla podwykonawcy, skutkujący problemami z rozliczeniem płatności za wykonane przez niego prace.