

Sposoby zabezpieczenia należytego wykonania umowy o roboty budowlane

Każdemu inwestorowi budowlanemu zależy na terminowym i zgodnym z projektem wykonaniu prac budowlanych, a w sytuacji, gdy wykonanie nastąpiło nieprawidłowo, na szybkim usunięciu wad i usterek. Dlatego niezwykle istotne jest zamieszczenie w umowie o roboty budowlane odpowiednich klauzul zabezpieczających należyte wykonanie tej umowy oraz ułatwiających dochodzenie roszczeń w przypadku, gdy druga strona się z niej nie wywiąże.

Aby zminimalizować ryzyko związane z nieprawidłowym wykonaniem umowy, należy wyczerpująco opisać w umowie obowiązki każdej ze stron. Precyzyjne określenie wzajemnych zobowiązań zdecydowanie ułatwi dochodzenie roszczeń w przypadku, gdy jedna ze stron się z nich nie wywiąże. Generalne zasady dochodzenia roszczeń w wypadku nienależytego wykonania umowy zostały umieszczone w Kodeksie cywilnym. Jednak dochodzenie roszczeń przed sądem wymaga zazwyczaj przeprowadzenia skomplikowanego postępowania dowodowego. Dlatego aby zaoszczędzić czas oraz pieniądze, warto określić umowne formy zabezpieczeń.

Gwarancja bankowa jest obecnie jedną z najpopularniejszych form zabezpieczenia. Stanowi ona pisemne zobowiązanie Banku do zapłacenia określonej sumy pieniężnej w przypadku, gdy strona umowy nie wypełni określonych w gwarancji zobowiązań. Beneficjent gwarancji nabywa uprawnienia do żądania wypłaty dopiero w momencie niezrealizowania zobowiązania w ramach stosunku podstawowego. Wyróżnia się gwarancję na pierwsze żądanie (gwarancja bezwarunkowa) oraz gwarancję dokumentową (warunkową). Istota gwarancji bezwarunkowej polega na tym, że wypłata sumy gwarancyjnej powinna nastąpić automatycznie. Bank-gwarant w takim wypadku nie może badać, czy zaistniały przyczyny uzasadniające realizację jego zobowiązań i czy stosunek podstawowy został zrealizowany. Natomiast przy gwarancji warunkowej obowiązek zapłaty sumy gwarantowanej uzależnia się od spełnienia określonych przesłanek, np. przedłożenia wskazanych w umowie dokumentów.

Gwarancje bankowe można także podzielić ze względu na przedmiot zabezpieczenia. Najważniejszymi rodzajami gwarancji

z punktu widzenia inwestorów są Gwarancja należytego (dobrego) wykonania umowy (kontraktu) (ang. Performance Bond, Performance Guarantee) oraz Gwarancja wykonania zobowiązań z tytułu rękojmi (ang. Guarantee for Warrantly Obligations).

Największą zaletą gwarancji jest, że w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy uprawniony otrzymuje należną mu kwotę praktycznie natychmiast – bez konieczności prowadzenia długiego i kosztownego procesu sądowego. Minusem tej formy zabezpieczenia jest stosunkowo wysoki koszt jego ustanowienia, gdyż za udzielenie gwarancji banki pobierają prowizję. Wysokość prowizji uzależniona jest od wielu czynników i najczęściej stanowi procent od wartości sumy gwarancyjnej, którą bank zobowiązuje się zapłacić na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Alternatywą dla gwarancji bankowej jest gwarancja ubezpieczeniowa, która z reguły jest nieco tańsza.

Powszechnie stosowanym sposobem zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest zastrzeżenie kary umownej. Umieszczenie takiego postanowienia na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, jest o tyle wygodnie dla inwestora, że nie musi on wykazywać, że w związku z nieprawidłowym lub nieterminowym wykonaniem prac, poniósł on jakąkolwiek szkodę – wystarczy udokumentować (wykazać) sam fakt niewykonania zobowiązania przez dłużnika (np. opóźnienie w zakończeniu prac). Aby uniknąć zapłaty kary umownej, to wykonawca będzie musiał udowodnić, że zdarzenie, na które powołuje się inwestor, nie nastąpiło.

Kolejnym ze sposobów zabezpieczenia inwestora szeroko stosowanych w umowach o roboty budowlane jest kaucja gwarancyjna. Kaucja gwarancyjna zwykle polega albo na

wpłaceniu przez wykonawcę określonej sumy pieniężnej na konto inwestora albo na zatrzymaniu przez inwestora części należnego wykonawcy wynagrodzenia (np. 10% z każdej faktury). Jeżeli wykonawca należycie wywiąże się ze swoich obowiązków, kaucja zostanie mu zwrócona w całości. Niezwykle ważne jest, aby w umowie dokładnie określić, kiedy inwestor będzie uprawniony do zatrzymania kaucji oraz w jakiej części. Należy także sprecyzować, czy kaucja zostanie zwrócona w wartości nominalnej czy z uwzględnieniem odsetek.

Inwestor może także zastrzec w umowie prawo zawieszenia płatności lub odstąpienia od umowy na wypadek, gdy pomimo wezwania wykonawca wykonuje prace ze znacznym opóźnieniem lub w sposób niezgodny z umową lub poleceniem inwestora. W przypadku gdy strony nie umieszczają odpowiednich zapisów w umowie, zastosowanie będą miały odpowiednie przepisy Kodeksu cywilnego, które dopuszczają odstąpienie od umowy w przypadku gdy wykonawca opóźnia się z rozpoczęciem lub zakończeniem prac tak dalece, że nie jest prawdopodobne, że zdoła je wykonać w umówionym czasie lub jeżeli wykonawca wykonuje prace w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową a inwestor wezwał go uprzednio do zmiany sposobu wykonania i wyznaczył mu tym celu odpowiedni termin.

Zastosowanie przedstawionych powyżej umownych sposobów zabezpieczeń powinno w znaczący sposób zminimalizować ryzyko powstania szkody po stronie inwestora wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań wykonawcy. Jednak należy mieć na uwadze, że jest to jedynie katalog przykładowy, gdyż postanowienia rzeczywiście zastosowane w umowie powinny przede wszystkim odpowiadać charakterowi danej inwestycji oraz potrzebom stron.

*Emilia May
Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych
Miller, Canfield, W. Babicki, A. Chelchowski
i Wspólnicy Sp.k.*

Ways to ensure proper performance of building works contracts

Every construction investor pays great attention to carry out construction work in a timely manner and in accordance with the design; in the event of improper performance of construction work, investors naturally want to remove defects or failures, if any, as promptly as reasonably possible. Therefore, it is vital to include in the building works contracts clauses ensuring proper performance thereof. Such clauses can be also used to enforce claims from the contract if the other party fails to comply with its obligations.

With a view to minimising the risk related to improper performance of a building works contract, responsibilities of the parties must be clearly defined in the contract. A precise definition of mutual obligations will greatly facilitate enforcement of claims if either of the parties fails to comply with its obligations under the contract. General rules for enforcement of claims arising out of improper performance of contracts are stipulated in the Civil Code. However, the enforcement of claims before the court usually involves a complicated hearing of evidence. Therefore, in order to save time and money, it is worthwhile to define contractual forms of security.

A bank guarantee is currently one of the most popular forms of security. A bank guarantee is a written obligation on the part of the bank to pay a specific amount of money if a party to the contract fails to perform its obligations specified in the guarantee. The beneficiary of the guarantee acquires the right to request guarantee payment only when the obligation arising from the prime legal relationship has not been complied with. There are two types of guarantees: the first demand guarantee (unconditional guarantee) and the document guarantee (conditional guarantee). The first demand guarantee means that the guarantee amount should be paid immediately. In this case, the guarantor bank may not investigate if there exist any reasons to substantiate performance of its obligations or whether the prime relationship has been successfully completed or not. Regarding the conditional guarantee, the obligation to pay the guarantee amount is dependent on

meeting specific criteria, e.g. submission of documents specified in the contract.

Bank guarantees can be also classified according to the type of security. From the investor viewpoint, there are two key types of guarantees: the performance bond (or performance guarantee) and the guarantee for warranty obligations.

The key advantage of the guarantee is that in the event of non-performance or improper performance of the contract, the party entitled under the guarantee receives the due amount virtually immediately, without the need for lengthy and costly court proceedings. However, the guarantee's drawback is that it is relatively expensive to establish as banks charge a commission for providing guarantees. The amount of the commission depends on a large number of factors, and it is generally expressed as a percentage of the guarantee amount which the bank agrees to pay in the event of non-performance or improper performance of the obligation. A suretyship is an alternative to a bank guarantee; it is typically a less expensive solution.

The right to demand payment of contractual penalties is a commonly used measure to ensure proper performance of agreements. Inclusion of the relevant provisions in a contract to safeguard against non-performance or improper performance of a contractual obligation is convenient to investors in that they are not required to demonstrate that they have suffered any damage through improper or delayed performance of the works – it is sufficient to document (demonstrate) just the mere fact that the debtor failed to per-

form its obligation (e.g. a delay in completing the work). To avoid paying contractual penalties, contractors will need to prove that the event claimed by the investor has not occurred.

Another measure to secure the investor in the area of broadly-defined building works contracts is a guarantee deposit. A guarantee deposit usually involves a contractor paying a specified amount to the investor's account or the investor keeping a part of the fee payable to the contractor (e.g. 10% of the amount of each invoice). If the contractor meets its obligations in a due manner, the deposit is returned in full. It is highly important to define in the contract when the investor will be authorised to keep the deposit and what portion thereof can be kept. It should be also clarified whether the deposit will be returned in the nominal value or with accrued interest.

The investor may also stipulate in the contract the right to suspend payments or withdraw from the contract if the contractor falls substantially behind schedule or performs the work in breach of the contract or not in line with the investor's instructions. If the parties do not include the relevant provisions in the contract, the applicable provisions of the Civil Code will apply, under which a party to the contract may withdraw from it if the contractor delays starting or finishing the work to such a degree that it is unlikely to complete it within the set timeframe or if the contractor performs the work in a defective manner or in breach of the contract, whereas the investor has previously called upon the contractor to modify the way the contract is performed and has set a suitable timeframe to comply with this request.

If the above contractual security measures are used, they should greatly minimise the risk of loss to which the investor is exposed in consequence of non-performance or improper performance of contractual obligations by the contractor. However, it should be borne in mind that the instruments referred to above are just examples and what provisions are actually used in a contract should, in the first place, correspond to the project's nature and the needs of the parties to the agreement.

*Emilia May
Kancelaria Adwokatow i Radcow Prawnych
Miller, Canfield, W. Babicki, A. Chelchowski
i Wspolnicy Sp.k.*