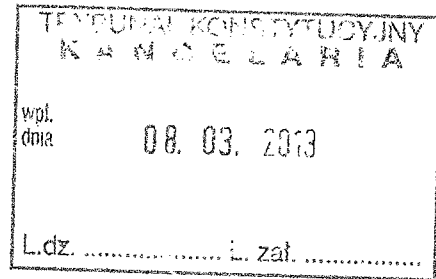




SEJM
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ
Sygn. akt K 37/12
BAS-WPTK-2267/12

Warszawa, dnia 7 marca 2013 r.



Trybunał Konstytucyjny

Na podstawie art. 34 ust. 1 w związku z art. 27 pkt 2 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.), w imieniu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej przedkładam wyjaśnienia w sprawie wniosku Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 7 sierpnia 2012 r. (sygn. akt K 37/12), jednocześnie wnosząc o stwierdzenie, że:

- 1) art. 1 ust. 1 w związku z art. 4 i art. 3 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych (Dz. U. z 2012 r. poz. 891), **są zgodne** z art. 64 ust. 2 w związku z art. 32 ust. 1 i art. 2 oraz art. 20 i art. 22 Konstytucji;
- 2) art. 5 ust. 3 zdanie 1 ustawy powołanej w punkcie 1, w zakresie, w jakim nie obliguje Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad do ogłoszenia o otwarciu 21-dniowego terminu na dokonywanie zgłoszeń, w sytuacji, w której zgłoszone należności nie przekroczyły 3% wartości zamówienia publicznego, **jest zgodny** z art. 2 oraz **nie jest niezgodny** z art. 32 ust. 1 w związku z art. 64 ust. 2 Konstytucji;
- 3) art. 12 w związku z art. 14 i art. 15 ustawy powołanej w punkcie 1, w zakresie, w jakim dotyczy wykonawcy, wobec którego ogłoszono upadłość przed dniem wejścia w życie ustawy, **jest niezgodny** z art. 2 oraz art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 31 ust. 3 i art. 32 ust. 1 Konstytucji;
- 4) art. 12 w związku z art. 14 i art. 15 ustawy powołanej w punkcie 1, w zakresie, w jakim dotyczy wykonawcy, wobec którego ogłoszono

upadłość po dniu wejścia w życie ustawy, **jest zgodny** z art. 2 oraz art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 31 ust. 3 i art. 32 ust. 1 Konstytucji.

Ponadto wnoszę o **umorzenie postępowania** w pozostałym zakresie na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym.

Uzasadnienie

I. Uwagi wstępne

1. Wnioskiem z 7 sierpnia 2012 r. Prezydent RP (dalej: wnioskodawca) wystąpił o kontrolę konstytucyjności szeregu przepisów ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych (Dz. U. z 2012 r. poz. 891; dalej: u.s.n.n., ustawa albo ustawa o spłacie), a mianowicie: art. 1, art. 3, art. 4, art. 5 ust. 3 zdanie 1 oraz art. 12 w związku z art. 3, art. 14 i art. 15.

2. Ustawa o spłacie została uchwalona z przedłożenia rządowego, w szybkim trybie uzasadnionym doraźnym charakterem regulacji. Projekt ustawy (druk sejmowy nr 451/VII kad.) został złożony do łaski marszałkowskiej 6 czerwca 2012 r. i skierowany do pracy w komisjach 11 czerwca 2012 r. Trzecie czytanie ustawy odbyło się na 17 posiedzeniu Sejmu 28 czerwca 2012 r. Senat przyjął ustawę bez poprawek na posiedzeniu 6 lipca 2012 r., a po podpisaniu przez Prezydenta RP została ona ogłoszona w Dzienniku Ustaw z 3 sierpnia 2012 r. i z tą samą datą – w myśl jej art. 15 – weszła w życie.

Ratio regulacji stanowiło przeciwdziałanie negatywnym konsekwencjom nieregulowania lub nieterminowego regulowania należności podwykonawców przez wykonawców (głównych wykonawców) zamówień publicznych z sektora budownictwa drogowego. W rezultacie wzrostu cen oraz braku możliwości renegotjacji kontraktów – głównie na budowę dróg krajowych i autostrad – w połowie 2012 r. doszło do ogłoszenia upadłości lub zagrożenia upadłością szeregu dużych przedsiębiorstw z tej branży. W tej sytuacji, wstrzymywanie przez wykonawców – mimo otrzymania przez nich zapłaty za roboty budowlane od zamawiającego – płatności za usługi wykonane przez podwykonawców groziło zapaścią całego sektora (zob. uzasadnienie projektu ustawy, s. 1-3).

3. Skonstruowany w ustawie o spłacie mechanizm służący zapobieganiu powstawania w budownictwie drogowym tzw. zatorów płatniczych polega na przyznaniu określonym kategoriom przedsiębiorców – którzy dysponują

niezaspokojonymi wierzytelnościami wobec kontrahenta, będącego generalnym wykonawcą zamówienia publicznego na roboty budowlane, udzielonego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad (GDDKiA) przed dniem wejścia w życie ustawy – uprawnienia do uzyskania spłaty ww. należności od GDDKiA. Ustawa określa zarówno przesłanki nabycia tego uprawnienia, jak i aspekty proceduralne jego wykonywania, oraz skutki dokonania spłaty należności w relacji między Skarbem Państwa – GDDKiA a wykonawcą.

4. Jak już wskazano, Prezydent RP wystąpił z wnioskiem o kontrolę konstytucyjności szeregu – aczkolwiek nie wszystkich – przepisów ustawy o spłacie, a mianowicie: art. 1, art. 3, art. 4, art. 5 ust. 3 oraz art. 12 w związku z art. 3, art. 14 i art. 15. Na podstawie uzasadnienia wniosku trudno sformułować jednoznaczną opinię co do intencji wnioskodawcy, w szczególności co do tego, czy jego celem jest całkowite wyrugowanie przedmiotowej regulacji z obrotu prawnego czy też wręcz przeciwnie – poszerzenie zakresu jej stosowania. Jak się wydaje, intencja działania wnioskodawcy oraz – w konsekwencji – ostateczny kształt zarzutów powinny zostać ustalone w toku postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym. Należy bowiem podkreślić, że przepisy kwestionowanej ustawy są od ponad pół roku wykonywane przez GDDKiA i wywołują określone – nie podlegające już wzruszeniu – skutki prawne. Tymczasem proste stwierdzenie niekonstytucyjności ww. zespołu przepisów, m.in. określających zakres podmiotowy i przedmiotowy ustawy o spłacie, skutkowałoby – niezależnie od deklaracji wnioskodawcy – niemożliwością dalszego stosowania przewidzianego w niej mechanizmu ochronnego (co do konsekwencji tego stanu rzeczy zob. niżej, pkt IV stanowiska).

II. Analiza formalnoprawna

1. Uwagi wstępne

1. W ramach analizy formalnoprawnej warto poddać rozważeniu Trybunału Konstytucyjnego ocenę dopuszczalności lub zasadności orzekania co do konstytucyjności niektórych przepisów ustawy o spłacie wskazanych w *petitum* wniosku z 7 sierpnia 2012 r. ewentualnie orzekania co do zgodności zakwestionowanych przepisów z niektórymi postanowieniami ustawy zasadniczej

przywołanymi w charakterze wzorców kontroli. Zgodnie bowiem z art. 32 ust. 1 pkt 2-4 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.; dalej: u. TK), wniosek albo pytanie prawne powinny odpowiadać wymaganiom dotyczącym pism procesowych oraz zawierać ponadto: określenie kwestionowanego aktu normatywnego lub jego części, sformułowanie zarzutu niezgodności kwestionowanego aktu normatywnego z Konstytucją, ratyfikowaną umową międzynarodową lub ustawą, oraz uzasadnienie postawionego zarzutu, z powołaniem dowodów na jego poparcie. Jak wskazuje w swoim orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny, obowiązek uzasadnienia wniosku (pytania prawnego, skargi konstytucyjnej) oznacza konieczność przywołania relewantnej argumentacji, która – przynajmniej potencjalnie – może uzasadniać przełamanie domniemania konstytucyjności przepisów prawa ustanowionych zgodnie z obowiązującą procedurą legislacyjną. W realizacji obowiązku skonkretyzowania i uzasadnienia zarzutu niekonstytucyjności wnioskodawcy (pytającego sądu, skarżącego) nie może zaś wyręczać Trybunał Konstytucyjny, który orzeka w granicach wyznaczonych przez żądania stron (art. 66 u. TK). W wypadku lub w zakresie, w jakim takiego uzasadnienia brak, konieczne jest umorzenie postępowania na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 u. TK ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

2. Równocześnie trzeba mieć na względzie stosowane w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym instrumenty, które umożliwiają częściową korektę zakresu zaskarżenia. Formułą taką jest – po pierwsze – zasada *falsa demonstratio non nocet*, zgodnie z którą właściwe znaczenie ma istota sprawy, a nie jej oznaczenie. Trybunał bada bowiem akt ustawodawczy tylko w części wskazanej przez wnioskodawcę w tym sensie, że przedmiotem badania czyni kwestionowaną treść normatywną wyrażoną wprost w przepisach tego aktu lub z tych przepisów wynikającą, co do której odnosi się zarzut niekonstytucyjności podniesiony przez wnioskodawcę. Jeżeli wnioskodawca kwestionowaną treść normatywną wiąże z pewnym redakcyjnie wyodrębnionym fragmentem ustawy, podczas gdy do zrekonstruowania tej treści trzeba wziąć pod uwagę także inny (niewskazany przez wnioskodawcę) fragment tej samej ustawy, to nic nie stoi na przeszkodzie, aby Trybunał Konstytucyjny poddał kontroli wszystkie przepisy ustawy, z których wynika kwestionowana przez wnioskodawcę treść normatywna (zob. wyroki TK z: 16 czerwca 1999 r., sygn. akt P 4/98; 19 marca 2001 r., sygn. akt K 32/00; 8 lipca

2002 r., sygn. akt SK 41/01; 14 lutego 2006 r., sygn. akt P 22/05; a ostatnio 13 listopada 2012 r., sygn. akt K 2/12). Po drugie – znaczenie takie może mieć również dookreślenie zakresu zaskarżenia, z którym wiąże się zarzut sformułowany w piśmie inicjującym postępowanie przed Trybunałem (zob. wyrok TK z 15 maja 2012 r., sygn. akt P 11/10 i cytowane tam wcześniejsze orzecznictwo).

2. Przedmiot kontroli

1. Pierwszym problemem, który Sejm poddaje rozważeniu Trybunału Konstytucyjnego, jest dopuszczalność orzekania w przedmiocie konstytucyjności art. 1 ust. 2 u.s.n.n. Artykuł 1 u.s.n.n. określa, w sposób ogólny, zakres normowania ustawy, z tym że ust. 1 czyni to w sposób pozytywny, zaś ust. 2 w sposób negatywny, stanowiąc iż: „Przepisy ustawy nie mają zastosowania do należności, które mogą być zaspokojone na podstawie art. 647¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.)”. W odniesieniu do tego ostatniego przepisu wnioskodawca nie formułuje żadnego zarzutu natury konstytucyjnej; uzasadnienie wniosku nie zawiera również choćby jednego zdania, które można byłoby potraktować jako uzasadnienie takiego zarzutu.

2. Odrębną grupę zarzutów wnioskodawca kieruje wobec art. 5 ust. 3 u.s.n.n. Ściśle rzecz biorąc, dotyczą one jednak wyłącznie zdania 1 tego ustępu i to tylko w zakresie, w jakim przepis ten nie obliguje Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad (dalej: Generalny Dyrektor) do ogłoszenia o otwarciu 21-dniowego terminu na dokonywanie zgłoszeń niezaspokojonych należności w sytuacji, w której zgłoszone już należności nie przekraczają 3% wartości zamówienia publicznego. W pozostałym zakresie wniosek nie zawiera ani wyraźnego sformułowania zarzutu niekonstytucyjności, ani też argumentacji na poparcie takiego – ewentualnego – zarzutu.

3. Odrębnym zagadnieniem jest określenie właściwego przedmiotu kontroli w odniesieniu do problemu konstytucyjnego wskazanego w pkt 3 *petitum* i uzasadnienia wniosku Prezydenta RP (wniosek, s. 18 i n.).

Po pierwsze – w świetle wywodów uzasadnienia dyskusyjna jest przede wszystkim istota podnoszonych w tej mierze zarzutów; przede wszystkim to, czy

wnioskodawca kwestionuje dopuszczalność regulacji skutkującej wyłączeniem określonego dobra majątkowego (tutaj: wniesione w pieniądzu zabezpieczenie należytego wykonania umowy) z masy upadłości upadłego (w ogóle), czy też dopuszczalność nadania jej charakteru retroaktywnego. Nawet jednak przy przyjęciu tego pierwszego założenia, nie powinno ulegać wątpliwości, że zarzuty wnioskodawcy dotyczą wyłącznie skutków ogłoszenia upadłości wykonawcy, którego niespłacone zobowiązania wobec podwykonawców zaspokaja GDDKiA, tj. przesłanki zgłoszenia należności, o której mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 *in principio* u.s.n.n. Wnioskodawca nie odnosi się natomiast do przesłanek stosowania tego szczególnego instrumentu wskazanych w art. 5 ust. 1 pkt 1 oraz art. 5 ust. 1 pkt 2 *in fine* u.s.n.n., tj. co najmniej 30-dniowej zaległości z zapłatą za odebrane prace oraz oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości ze względu na ubóstwo masy, na podstawie art. 13 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. z 2012 r. poz. 1112 ze zm.; dalej: p.u.n.).

Po drugie – dyskusyjny jest sens przywołania w tym punkcie wniosku, jako przepisu związkowego poddanego kontroli łącznie z art. 12, art. 14 i art. 15, artykułu 3 u.s.n.n. Jego treść, zgodnie z którą przepisy ustawy stosuje się do zamówień publicznych, co do których GDDKiA wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia lub udzielił zamówienia przed dniem jej wejścia w życie, wydaje się irrelevantna z punktu widzenia argumentacji przytaczanej przez wnioskodawcę. Jeżeli już mielibyśmy poszukiwać przepisu związkowego w stosunku do art. 12 i art. 14 u.s.n.n., to w roli tej powinien wystąpić raczej art. 5 u.s.n.n., do którego zresztą art. 14 u.s.n.n. wyraźnie odsyła (a ściśle rzecz biorąc – jak już wskazano – art. 5 ust. 1 pkt 2 *in fine* u.s.n.n.).

4. Reasumując, postępowanie w zakresie kontroli konstytucyjności art. 1 ust. 2, art. 5 ust. 3 zdanie 2, art. 5 ust. 3 zdanie 1 w części dotyczącej obowiązku ogłoszenia przez GDDKiA otwarcia 21-dniowego terminu na zgłaszanie należności oraz art. 3 u.s.n.n. (ujmowanego związkowo z art. 12, art. 14 i art. 15 u.s.n.n.), powinno ulec **umorzeniu** na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 u. TK ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku. Alternatywą byłaby korekta zakresu zaskarżenia w oparciu o zasadę *falsa demonstratio non nocet* (zob. wyżej, pkt II.1.2 stanowiska), bez konieczności wydawania tego typu formalnego rozstrzygnięcia. Do rozważenia składu orzekającego – po ewentualnym wyjaśnieniu tej kwestii w toku postępowania

– należy natomiast poddać to, czy kontrola konstytucyjności art. 12 w związku z art. 14 i art. 15 u.s.n.n. powinna obejmować te przepisy w pełnym zakresie, czy też wyłącznie w odniesieniu do sytuacji, w której ogłoszenie upadłości generalnego wykonawcy nastąpiło przed dniem wejścia w życie ustawy.

3. Wzorce kontroli

1. W ramach analizy formalnoprawnej wypada odnieść się do zasadności powoływania w charakterze wzorców kontroli – przede wszystkim w kontekście kontroli konstytucyjności art. 1, art. 3 i art. 4 u.s.n.n. – postanowień art. 32 ust. 2 i art. 64 ust. 1 Konstytucji. Bliższego rozważenia wymaga adekwatność przywołanych przepisów ustawy zasadniczej oraz spełnienie przez wnioskodawcę wymogu uzasadnienia zarzutu ich naruszenia.

2. Co do sposobu ujmowania art. 32 Konstytucji jako wzorca kontroli w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym trzeba nadmienić, że istotnie stanowisko sądu konstytucyjnego w tej mierze nie jest w pełni jednolite. Dominują orzeczenia, w których Trybunał (po części zapewne ze względu na zwiążanie treścią pisma inicjującego postępowanie) stara się precyzyjnie odnieść treść zarzutu do struktury i treści normatywnej poszczególnych jednostek redakcyjnych art. 32 Konstytucji, odmawiając nadania biegu lub umarzając postępowanie w pozostałym zakresie. Znane są jednak i takie judykaty, w których określa on art. 32 Konstytucji jako pewną „całość normatywną”, traktując go jako jednolity – przynajmniej do pewnego stopnia – wzorzec kontroli (zob. przykładowo wyrok TK z 28 maja 2002 r., sygn. akt P 10/01).

W opinii Sejmu, abstrahując od poznawczych walorów dyskusji na temat relacji pomiędzy poszczególnymi jednostkami redakcyjnymi art. 32 Konstytucji, praktyka szerokiego („holistycznego”) ujęcia wzorca kontroli z art. 32 Konstytucji nie znajduje podstaw w okolicznościach rozpatrywanej sprawy. Przesądza o tym przede wszystkim treść zarzutów wnioskodawcy. Sprowadzają się wszak one do podważenia niedozwolonego – jego zdaniem – zróżnicowania bezpośrednio przez treść ustanowionego prawa podwykonawców poszkodowanych przez działania generalnych wykonawców robót budowlanych polegające na nieregulowaniu w terminie należności z tytułu wykonanych prac. Co więcej, z praktycznego punktu

widzenia koncepcja, według której „dyskryminacja” w rozumieniu art. 32 ust. 2 Konstytucji może polegać również na stanowieniu norm prawnych, które w odmienny sposób traktują podmioty podobne (a więc na „nierówności wobec prawa” w rozumieniu art. 32 ust. 1 zdanie 1 Konstytucji) nie wnosi w procesie kontroli konstytucyjności żadnych nowych elementów. Innymi słowy, należałoby wówczas przyjąć, że niezgodność z art. 32 ust. 1 zdanie 1 Konstytucji oznacza zawsze – równocześnie i niejako automatycznie – sprzeczność z art. 32 ust. 2 Konstytucji.

3. W charakterze jednego z wzorców kontroli wnioskodawca powołuje art. 64 ust. 1 Konstytucji – przy czym czyni tak dwukrotnie: w odniesieniu do art. 1, art. 3 i art. 4 u.s.n.n. oraz w odniesieniu do art. 12 w związku z art. 14 i art. 15 u.s.n.n. Ocena dopuszczalności rozpoznania zarzutu naruszenia tego przepisu, dokonywana przez pryzmat przytoczonej argumentacji, przedstawia się jednak odmiennie. Wypada zauważyć, że przywołanie art. 64 ust. 1 Konstytucji jest zasadne, jeżeli koresponduje z zarzutem naruszenia konstytucyjnego prawa do własności, innych praw majątkowych lub prawa do dziedziczenia – jednak w sferze innej niż zróżnicowanie „poziomu” ochrony tych praw, co jest przedmiotem regulacji ust. 2 tego przepisu. Innymi słowy, u podstaw oceny zgodności określonej regulacji ustawowej z art. 64 ust. 1 Konstytucji musi leżeć twierdzenie, że ustawodawca w sposób nieuprawniony ograniczył sferę możliwości postępowania składającą się na treść danego prawa majątkowego, uzależnił jego nabycie od nadmiernie restryktywnych przesłanek, doprowadził do sytuacji, w której jest ono pozbawione ekonomicznego lub jurydycznego sensu *etc.* Zarzuty tego typu – inna rzecz czy zasadnie – pojawiają się w kontekście art. 12 w związku z art. 14 i art. 15 u.s.n.n. (zob. niżej, pkt III.4 stanowiska). Natomiast w wypadku art. 1 (ust. 1) i art. 3 w związku z art. 4 u.s.n.n. wnioskodawca poddaje w wątpliwość zasadność uprzywilejowania, tj. przyznania szerszej ochrony, prawom obligacyjnym (wierzytelnościom) tylko niektórych podwykonawców robót budowlanych. Przedstawiona argumentacja koresponduje z treścią art. 64 ust. 2 Konstytucji, jest natomiast irrelevantna z punktu widzenia ust. 1 tego przepisu. Trudno zaś uznać za wystarczające lakoniczne stwierdzenie, iż: „Konstytucyjna gwarancja własności w art. 64 ust. 1 Konstytucji obejmuje, oprócz własności *sensu stricto* oraz innych praw majątkowych o charakterze bezwzględnym, także prawa o charakterze obligacyjnym, w tym wierzytelności” (wniosek, s. 6). Także dla samego

wnioskodawcy ust. 1 art. 64 Konstytucji wydaje się jedynie „łącznikiem” z ust. 2 tego artykułu, skoro już w następnym zdaniu uzasadnienia wskazuje: „Prawo to podlega zatem równej dla wszystkich ochronie zadeklarowanej w art. 64 ust. 2 Konstytucji” (*ibidem*).

4. Reasumując, Sejm poddaje rozważce Trybunału Konstytucyjnego potrzebę (celowość) **umorzenia** postępowania w zakresie badania zgodności art. 1, art. 3 i art. 4 u.s.n.n. z art. 32 ust. 2 i art. 64 ust. 1 Konstytucji – ze względu na niedopuszczalność (względnie zbędność) wydania wyroku. Odrębną kwestią, która w gruncie rzeczy także lokuje się w obrębie analizy formalnoprawnej, jest adekwatność niektórych z pozostałych wzorców kontroli. Z uwagi na stopień powiązania z zagadnieniami *stricto* merytorycznymi, problem ten zostanie jednak rozpatrzony w toku dalszych wywodów (zob. niżej, pkt III.2.3 stanowiska).

5. Odrębnym zagadnieniem jest sposób ujęcia wzorców kontroli z art. 20 i art. 22 Konstytucji. Uzasadnienie wniosku jest w tym kontekście niezwykle lakoniczne. W związku z treścią sformułowanych w tej mierze zarzutów można rozważyć, czy także te przepisy nie powinny być traktowane jako związkowe w stosunku do art. 32 ust. 1 Konstytucji.

III. Analiza merytoryczna

1. Artykuł 1 ust. 1 w związku z art. 4 i art. 3 ustawy o spłacie

1.1. Przedmiot kontroli i zarzuty wnioskodawcy

1. Jak już wskazano, wnioskodawca kwestionuje przede wszystkim zespół przepisów określających zakres podmiotowy i przedmiotowy ustawy o spłacie niektórych należności, tj. art. 1 (ust. 1), art. 3 i art. 4 tejże ustawy. Już w tym miejscu można jednak wskazać, że precyzyjne określenie przedmiotu i zakresu kontroli wymaga pewnego uściślenia.

Po pierwsze – bliższa analiza wskazuje, że zarzuty kierowane wobec art. 4 u.s.n.n., zawierającego tzw. słowniczek ustawowy, nie mają charakteru

samodzielnego. W opinii Sejmu, przepis ten należy uznać za związkowy wobec art. 1 ust. 1 u.s.n.n.

Po drugie – wnioskodawca formułuje zarzuty naruszenia art. 2, art. 20, art. 22, art. 32 ust. 1 i art. 64 ust. 2 Konstytucji wobec przywołanego wyżej zespołu przepisów *in toto* (traktowanego jako pewna całość). Również w tym wypadku trzeba stwierdzić, że niektóre z tych zarzutów – zwłaszcza w kontekście przytaczanej na ich poparcie argumentacji – dotyczą jedynie konkretnych jednostek redakcyjnych. I tak przykładowo zarzut niekonstytucyjnego zróżnicowania sytuacji pewnej grupy adresatów ze względu na wielkość przedsiębiorcy odnosi się w istocie wyłącznie do art. 1 ust. 1 w związku z art. 4 u.s.n.n., zaś analogiczny zarzut odwołujący się do kryterium istnienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy – tylko do art. 3 u.s.n.n. Dla uproszczenia, w toku dalszych rozważań ocena zarzutów wnioskodawcy zostanie dokonana łącznie. Z punktu widzenia treści orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego kwestia ta wymaga jednak starannego rozważenia, zwłaszcza gdyby Trybunał podzielił ostatecznie niektóre z zastrzeżeń wnioskodawcy (zob. w tej mierze także niżej, pkt IV stanowiska).

2. Pierwszy z zakwestionowanych przez wnioskodawcę przepisów, tj. art. 1 u.s.n.n., stanowi:

„1. Ustawa określa zasady spłaty przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad niezaspokojonych przez wykonawcę należności głównych przedsiębiorcy, który zawarł umowę z wykonawcą w związku z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane udzielonego przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, wyłącznie za zrealizowane i odebrane prace, zwanych dalej «należnościami».

2. Przepisy ustawy nie mają zastosowania do należności, które mogą być zaspokojone na podstawie art. 647¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.)”.

Uzupełniając tę regulację art. 3 u.s.n.n. przewiduje, że: „Przepisy ustawy stosuje się do zamówień publicznych w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, których przedmiotem są roboty budowlane w rozumieniu art. 3 pkt 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623, z późn. zm.), co do których Generalny Dyrektor wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia lub udzielił

zamówienia przed dniem wejścia w życie ustawy, o ile zabezpieczenie, o którym mowa w art. 147 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, nie zostało zwrócone wykonawcy zgodnie z art. 151 tej ustawy”.

Z kolei według ostatniego z przepisów należących do tej grupy, tj. art. 4 u.s.n.n.: „Użyte w ustawie określenia oznaczają:

- 1) przedsiębiorca – przedsiębiorcę w rozumieniu art. 104-106 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447, z późn. zm.) oraz usługodawcę w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 4 marca 2010 r. o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 47, poz. 278, z późn. zm.) spełniającego wymagania dla mikroprzedsiębiorcy, małego lub średniego przedsiębiorcy, który zawarł umowę z wykonawcą udzielonego zamówienia publicznego;
- 2) wykonawca – wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych oraz każdy z podmiotów, które wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane w rozumieniu art. 3 pkt 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane”.

3. Wnioskodawca wskazuje, że wskutek przyjętego sposobu regulacji zaskarżona ustawa znajduje zastosowanie jedynie do beneficjentów, którymi są: (a) mikroprzedsiębiorcy, mali przedsiębiorcy i średni przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 ze zm.; dalej: u.s.d.g.) oraz usługodawcy w rozumieniu ustawy z dnia 4 marca 2010 r. o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 47, poz. 278 ze zm.; dalej: u.ś.u.); (b) posiadający niezaspokojone należności, które wynikają z umów zawartych z wykonawcami zamówienia publicznego na roboty budowlane (w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych; t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.; dalej: p.z.p. oraz art. 3 pkt 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane; t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 ze zm.; dalej: p.b.) udzielonego przez GDDKiA przed dniem wejścia w życie ustawy (tj. przed 3 sierpnia 2012 r.); (c) pod warunkiem istnienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W odniesieniu do tej kategorii adresatów ustawodawca stworzył szczególny mechanizm umożliwiający „odzyskanie” w całości lub w części wierzytelności

przysługujących wobec wykonawców poprzez ich zaspokojenie przez GDDKiA (wniosek, s. 6).

4. W opinii wnioskodawcy, niezwykle ograniczony krąg podmiotów objętych zakwestionowaną regulacją oraz jej epizodyczny i retroaktywny charakter, przy jednoczesnym braku nagłych, niedających się przewidzieć okoliczności uzasadniających wprowadzone rozwiązania, skutkują zastrzeżeniami co do zgodności przywołanych przepisów z art. 64 ust. 1 i 2 oraz art. 32 ust. 1 Konstytucji. Wierzytelności, jako majątkowe prawa podmiotowe, podlegają równej dla wszystkich ochronie konstytucyjnej, a odstępstwa od tego standardu powinny być przekonująco uzasadnione. Cechą relewantną, decydującą o ustaleniu kręgu podmiotów podobnych, zasługujących na taką samą ochronę prawną, jest posiadanie statusu przedsiębiorcy (podwykonawcy), który dysponuje niezaspokojonymi należnościami wynikającymi ze zrealizowanych prac i usług świadczonych w ramach udzielonego zamówienia publicznego na roboty budowlane w zakresie dróg publicznych (wniosek, s. 8; w tym punkcie stanowisko wnioskodawcy nie jest jednak w pełni konsekwentne; zob. wniosek, s. 15). Tymczasem zespół przepisów określających podmiotowy i przedmiotowy zakres ustawy (tj. art. 1 ust. 1, art. 3 i art. 4 u.s.n.n.) uprzywilejowuje tylko jedną grupę wierzycieli, czyniąc to w dodatku w oparciu o nieprzekonujące, przypadkowo dobrane kryteria: (a) inwestora – którym jest GDDKiA, ale już nie np. jednostka samorządu terytorialnego (wniosek, s. 8-9); (b) stopień powiązania z wykonawcą głównym – ustawa dotyczy bowiem jedynie podwykonawców, których łączy z wykonawcą bezpośrednia relacja kontraktowa, nie obejmuje natomiast dalszych podwykonawców (wniosek, s. 10-11); (c) „rozmiar” przedsiębiorcy ustalany w oparciu o średnioroczne zatrudnienie i roczny obrót netto, co eliminuje z kręgu beneficjentów tzw. dużych przedsiębiorców (wniosek, s. 11-12); (d) wymóg istnienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w rozumieniu art. 147 p.z.p., które ma aktualnie charakter fakultatywny, a źródło w czynności prawnej zamawiającego (wniosek, s. 13).

5. Wnioskodawca stwierdza również, że: „Dyskryminacja lub uprzywilejowanie pewnych kategorii podmiotów gospodarczych niepozostające w odpowiedniej relacji do różnic w ich sytuacji faktycznej jako adresatów danych norm prawnych stanowi też ograniczenie, a tym samym naruszenie zasady wolności działalności

gospodarczej (art. 20 i art. 22 Konstytucji RP)”. Ochrona wolności działalności gospodarczej wiąże się, jeśli nie z nakazem równouprawnienia, to z zakazem arbitralnej dyskryminacji przedsiębiorców (wniosek, s. 13). Elementem tej wolności jest bowiem (m.in.) swoboda konkurencji z innymi podmiotami oraz uczestnictwo w obrocie na równych prawach.

Jak podkreśla dalej wnioskodawca: „Zastosowana gradacja przyjętych kryteriów powoduje, że nawet wśród najwięcej określonej grupy podmiotów, do których może znaleźć zastosowanie ustawa, dojdzie do nieuzasadnionego zróżnicowania” (wniosek, s. 14). Jest to zróżnicowanie nie pozostające w związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, w tym zasadą sprawiedliwości społecznej. Wręcz przeciwnie, w opinii inicjatora postępowania sprawiedliwe traktowanie wszystkich podmiotów znajdujących się w takiej samej sytuacji (posiadających niezaspokojone należności wynikające z realizacji robót budowlanych) nie tylko nie wyklucza równego ich traktowania, ale wręcz takie traktowanie nakazuje (wniosek, s. 15).

1.2. Wzorce kontroli

a) Zasada sprawiedliwości społecznej

1. Zgodnie z art. 2 Konstytucji: „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”. Do zasad szczegółowych, wyprowadzanych z tego przepisu należy m.in. – przywołana jako związkowy wzorzec kontroli – zasada sprawiedliwości społecznej.

2. Zasadę sprawiedliwości społecznej traktuje się w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przede wszystkim jako ogólną zasadę ustrojową. Niekiedy przyjmuje się też, że stanowi ona podstawę konkretnego prawa podmiotowego, podlegającego konstytucyjnej ochronie, tj. prawa do sprawiedliwego traktowania (zob. postanowienie TK z 9 stycznia 2007 r., sygn. akt SK 26/01). Model demokratycznego państwa prawa zakłada, że realizuje ono ideę sprawiedliwości społecznej, pojmowanej jako dążenie do zachowania równowagi w stosunkach społecznych i powstrzymania się od ukształtowania niesprawiedliwych, nieopartych na obiektywnych kryteriach, przywilejów dla wybranych grup podmiotów (zob. wyrok

TK z 12 kwietnia 2000 r., sygn. akt K 8/98). Zasada sprawiedliwości społecznej ma więc przeciwdziałać niesprawiedliwemu traktowaniu niektórych podmiotów lub ich grup, polegającemu na bardziej lub mniej korzystnym ukształtowaniu ich sytuacji prawnej względem innych i doprowadzić do słusznego wyważenia ich interesu. W tym sensie zasada sprawiedliwości społecznej ściśle łączy się z zasadą równości wobec prawa, w pewnych aspektach uzupełniając, w innych zaś – korygując skutki jej zastosowania.

b) Zasada wolności gospodarczej

1. Zgodnie z art. 20 Konstytucji: „Społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej”. Z kolei według art. 22 Konstytucji: „Ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny”.

2. Przywołane przepisy wyrażają nie tylko jedną z podstawowych zasad ustroju gospodarczego, ale wyznaczają także ogólną treść i granice dopuszczalnej ingerencji w wolność działalności gospodarczej, kwalifikowanej jako publiczne prawo podmiotowe (zob. przykładowo wyroki TK z: 10 kwietnia 2001 r., sygn. akt U 7/00; 2 grudnia 2002 r., sygn. akt SK 20/01; 28 stycznia 2003 r., sygn. akt K 2/02; 14 grudnia 2004 r., sygn. akt K 25/03).

W odniesieniu do zasady wolności gospodarczej Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie wskazywał, że: „z użycia w art. 20 i art. 22 Konstytucji zwrotu «wolność działalności gospodarczej» wynika, że chodzi o działalność jednostek (osób fizycznych) oraz instytucji «niepaństwowych» (czy też – szerzej rzecz ujmując – niepublicznych), które mają prawo samodzielnego decydowania o udziale w życiu gospodarczym, zakresie i formach tego udziału, w tym możliwie swobodnego podejmowania różnych działań faktycznych i prawnych, mieszczących się w ramach prowadzenia działalności gospodarczej. Chodzi tu więc o osoby fizyczne i inne podmioty, które korzystają z praw i wolności przysługujących człowiekowi i obywatelowi” (wyrok TK z 7 maja 2001 r., sygn. akt K 19/00).

3. Treść, znaczenie i wzajemną relację art. 20 i art. 22 Konstytucji doprecyzował Trybunał Konstytucyjny w przywoływanym już wyżej wyroku z 29 kwietnia 2003 r. (sygn. akt SK 24/02). Trybunał stwierdził wówczas m.in., że: „[...] art. 22 Konstytucji dotyczy – jak stwierdzono wcześniej – prawa podmiotowego o randze konstytucyjnej, jednakże to nie ten przepis ustanawia («statuuje» lub «powołuje do życia») wolność działalności gospodarczej. Czyni to bowiem przede wszystkim art. 20 Konstytucji, ale również – w sposób uzupełniający i dotyczący pewnych «wycinków» tej problematyki – inne normy konstytucyjne (np. art. 64 ust. 1 i art. 65 ust. 1 Konstytucji). Art. 22 Konstytucji dotyczy zaś wyłącznie kwestii dopuszczalności ograniczenia tej wolności. Można więc stwierdzić, że z przepisu tego wynika zatem tylko «prawo» do nieograniczania wolności działalności gospodarczej w sposób z nim sprzeczny, niezgodny z wymienionymi w nim warunkami. Sam ten przepis nie określa, jaka jest treść tej wolności i sfera działań, które są realizacją wolności działalności gospodarczej.

Powszechnie przyjmuje się, że – najogólniej rzecz ujmując – wolność działalności gospodarczej (wolność gospodarcza) obejmuje możliwość podejmowania i prowadzenia działalności, której zasadniczym celem jest osiągnięcie zysku. Chodzi tu więc o działalność, która ma z założenia zarobkowy charakter. Dodatkowym elementem jest pewna ciągłość czynności, działalność gospodarcza nie polega tylko na jednorazowej, ściśle ograniczonej w czasie aktywności. Wolność działalności gospodarczej polega na możliwości samodzielnego podejmowania decyzji gospodarczych, w tym przede wszystkim wyboru rodzaju (przedmiotu) działalności, i wyboru prawnych form ich realizacji. Patrząc z praktycznego punktu widzenia, w ramach rozpoczęcia i prowadzenia działalności gospodarczej mieści się przede wszystkim podejmowanie różnego rodzaju działań faktycznych (prowadzenie produkcji, handlu, usług itp.), ale są także i sytuacje, w których działalność gospodarcza polega przede wszystkim na dokonywaniu w sposób «zawodowy» określonych czynności prawnych [...].

Możliwość prowadzenia działalności gospodarczej według swego uznania ściśle związana jest nie tylko z założeniem przyjętym w art. 22 Konstytucji, działalność taka odbywa się w funkcjonalnym i instrumentalnym powiązaniu z gwarancjami, jakie wprowadzają inne normy konstytucyjne, przede wszystkim wynikające z art. 64 ust. 1 i 2 oraz art. 65 ust.1 Konstytucji”.

3. Z ugruntowanego orzecznictwa sądu konstytucyjnego wynika, że zakres znaczeniowy określenia „ważny interes publiczny” jest szerszy niż katalog wartości wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji jako materialne podstawy (przesłanki) dopuszczalności ograniczenia praw i wolności unormowanych w rozdziale II Konstytucji (zob. przykładowo wyroki TK z: 8 kwietnia 1998 r., sygn. akt K 10/97; 29 kwietnia 2003 r., sygn. akt SK 24/02). Tym niemniej, przy ocenie sposobu wyważenia przez ustawodawcę kolidujących ze sobą wartości zwykło się odwoływać do metodyki „testu proporcjonalności” wypracowanej na gruncie tego ostatniego przepisu. W rezultacie, „wymóg konieczności jest spełniony, jeżeli ustanowione ograniczenia są zgodne z zasadą proporcjonalności, to znaczy, że:

- 1) środki zastosowane przez prawodawcę muszą być w stanie doprowadzić do zamierzonych celów,
- 2) muszą być one niezbędne do ochrony interesu z którym są powiązane,
- 3) ich efekty muszą pozostawać w proporcji do ciężarów nakładanych na obywatela” (orzeczenie TK z 9 sierpnia 1998 r., sygn. akt K 28/97; pogląd ten został powtórzony m.in. w wyrokach z: 17 grudnia 2003 r., sygn. akt SK 15/02; 21 kwietnia 2004 r., sygn. akt K 33/03).

Mechanizm ten jest inkorporowany bezpośrednio w treść art. 22 Konstytucji. Ustawodawca nie może bowiem „ustanawiać ograniczeń przekraczających pewien stopień uciążliwości, a zwłaszcza zapoznających proporcje pomiędzy stopniem naruszenia uprawnień jednostki a rangą interesu publicznego, który ma w ten sposób podlegać ochronie” (tak wydane przed wejściem w życie Konstytucji z 2 kwietnia 1997 r., ale w dalszym ciągu aktualne orzeczenie TK z 26 kwietnia 1995 r., sygn. akt K 11/94). W innym miejscu Trybunał Konstytucyjny wskazywał na konieczność „uwzględnienia przy ograniczaniu praw jednostki zasady wymagającej odpowiedniego wyważenia wagi interesu publicznego, któremu służy ograniczenie danego prawa i wagi interesów naruszonych przez takie ograniczenie” (wyrok TK z 26 kwietnia 1999 r., sygn. akt K 33/98). Pogląd taki dominuje również w piśmiennictwie (zob. L. Garlicki, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. IV, Warszawa 2005, komentarz do art. 22, s. 15).

c) Zasada równości wobec prawa

1. Zgodnie z art. 32 ust. 1 Konstytucji: „Wszyscy są wobec prawa równi. Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne”. Z kolei według ust. 2 tego artykułu: „Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny” (co do zasadności powoływania art. 32 ust. 2 Konstytucji zob. wyżej, pkt II.3.2 stanowiska).

2. Konstytucyjna zasada równości wyraża nakaz, aby wszystkie podmioty prawa (adresaci norm prawnych), charakteryzujące się daną cechą istotną w równym stopniu, były traktowane równo, a więc według jednakowej miary – bez zróżnicowań zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących.

Trybunał Konstytucyjny stoi na stanowisku, że: „Równość oznacza akceptację różnego traktowania przez prawo różnych podmiotów (adresatów norm prawnych), bo równe traktowanie przez prawo tych samych podmiotów pod pewnym względem oznacza z reguły różne traktowanie tych samych podmiotów pod innym względem. [...] różne traktowanie przez prawo określonych grup (klas) podmiotów powinno być jednak uzasadnione w tym sensie, że musi być oparte na uznanych kryteriach oceny klasyfikacji różnicującej podmioty prawa. Równość wobec prawa to także zasadność wybrania tego, a nie innego kryterium zróżnicowania podmiotów (adresatów) prawa. Oznacza ono uznanie tej, a nie innej cechy, za istotną, a tym samym uzasadnioną w regulowanej dziedzinie (materii). Kryteria różnicowania sytuacji prawnej obywateli zależą od wielu okoliczności, w tym od tego, jakie dobra są przedmiotem podziału” (orzeczenie TK z 9 marca 1988 r., sygn. akt U 7/87; zob. także wyroki TK z: 6 maja 1998 r., sygn. akt K 37/97; 20 października 1998 r., sygn. akt K 7/98; 4 stycznia 2000 r., sygn. akt K 18/99; 18 grudnia 2000 r., sygn. akt K 10/00). Kluczowe znaczenie dla oceny zgodności przepisów ustawy z art. 32 ust. 1 Konstytucji zawsze ma więc ustalenie „cechy istotnej”, bo przesądza ona o uznaniu porównywalnych podmiotów za podobne lub odmienne (zob. L. Garlicki, [w:] *Konstytucja ...*, *op. cit.*, red. L. Garlicki, t. III, komentarz do art. 32, s. 7). W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podkreśla się przy tym, że kryteria różnicujące powinny mieć „uzasadniony charakter” albo „znajdować podstawę w przekonujących argumentach”. Argumenty te muszą mieć charakter relewantny, proporcjonalny i pozostawać w jakimś związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi,

uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych (zob. orzeczenia TK z: 3 września 1996 r., sygn. akt K 10/96; 12 grudnia 1994 r., sygn. akt K 3/94; 23 października 1995 r., sygn. akt K 4/95; wyrok TK z 24 października 2001 r., sygn. akt SK 22/01).

3. Konstytucyjna zasada równości nie ma charakteru bezwzględnego i w pewnych sytuacjach możliwe jest ustanowienie od niej wyjątków. Tym niemniej, regulacje prawne, których celem lub skutkiem jest odejście od jednakowego traktowania podmiotów podobnych powinny spełniać wspomniany wyżej test istotności i proporcjonalności, a także posiadać uzasadnienie w świetle innych norm konstytucyjnych.

d) Zasada równej ochrony własności i innych praw majątkowych

1. Przepis art. 64 ust. 2 Konstytucji stanowi: „Własność, inne prawa majątkowe oraz prawo dziedziczenia podlegają równej dla wszystkich ochronie prawnej”.

2. Postanowienie art. 64 ust. 2 pozostaje w ścisłym związku zarówno z ust. 1 tego artykułu, jak i ogólną regulacją zasady równości z art. 32 ust. 1 Konstytucji (zob. wyrok TK z 28 października 2003 r., sygn. akt P 3/03). Jak już wskazano, zasada równości oznacza nakaz jednakowego traktowania podmiotów równych i podobnego traktowania podmiotów podobnych. Istotą zaś art. 64 ust. 2 Konstytucji jest podkreślenie, że: „ochrona własności i innych praw majątkowych nie może być różnicowana z uwagi na charakter podmiotu danego prawa. Wyalienowanie od elementów podmiotowych ma zapewnić obiektywizację nakazu zapewnienia równej ochrony własności (innych praw majątkowych)” (zob. wyrok TK z 25 lutego 1999 r., sygn. akt K 23/98). Dyrektywę równej ochrony prawnej własności i innych praw majątkowych należy odnosić zarówno do sfery pozytywnych, jak i negatywnych obowiązków ustawodawcy, związanych z realizacją norm art. 21 ust. 1 i art. 64 ust. 1 Konstytucji. Poza zakresem regulacji analizowanego postanowienia znajdują się natomiast inne niż „ochrona” aspekty kształtowania treści i sposobu korzystania z własności i innych praw majątkowych (zob. L. Garlicki, [w:] *Konstytucja...*, *op. cit.*, red. L. Garlicki, t. III, komentarz do art. 64, s. 16).

1.3. Analiza zgodności

a) Rekonstrukcja treści normatywnej art. 1 ust. 1 w związku z art. 4 oraz art. 3 ustawy o spłacie

1. Dla pełnej rekonstrukcji normy wystawionej w art. 1 ust. 1 oraz art. 3 i art. 4 u.s.n.n. konieczne jest uwzględnienie przywołanych w nich przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej oraz ustawy z dnia 4 marca 2010 r. o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

2. Przywołane w art. 4 u.s.n.n. przepisy art. 104-106 u.s.d.g. są miarodajne dla określenia kategorii przedsiębiorców (podwykonawców), którzy mogą skorzystać ze szczególnego trybu zaspokajania należności. Zgodnie z art. 104 u.s.d.g.: „Za mikroprzedsiębiorcę uważa się przedsiębiorcę, który w co najmniej jednym z dwóch ostatnich lat obrotowych:

- 1) zatrudniał średniorocznie mniej niż 10 pracowników oraz
- 2) osiągnął roczny obrót netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz operacji finansowych nieprzekraczający równowartości w złotych 2 milionów euro, lub sumy aktywów jego bilansu sporządzonego na koniec jednego z tych lat nie przekroczyły równowartości w złotych 2 milionów euro”.

Według art. 105 u.s.d.g.: „Za małego przedsiębiorcę uważa się przedsiębiorcę, który w co najmniej jednym z dwóch ostatnich lat obrotowych:

- 1) zatrudniał średniorocznie mniej niż 50 pracowników oraz
- 2) osiągnął roczny obrót netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz operacji finansowych nieprzekraczający równowartości w złotych 10 milionów euro, lub sumy aktywów jego bilansu sporządzonego na koniec jednego z tych lat nie przekroczyły równowartości w złotych 10 milionów euro”.

Natomiast art. 106 u.s.d.g. stanowi: „Za średniego przedsiębiorcę uważa się przedsiębiorcę, który w co najmniej jednym z dwóch ostatnich lat obrotowych:

- 1) zatrudniał średniorocznie mniej niż 250 pracowników oraz
- 2) osiągnął roczny obrót netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz operacji finansowych nieprzekraczający równowartości w złotych 50 milionów euro, lub

sumy aktywów jego bilansu sporządzonego na koniec jednego z tych lat nie przekroczyły równowartości w złotych 43 milionów euro”.

Mający analogiczne znaczenie art. 2 ust. 1 pkt 2 u.ś.u. przewiduje natomiast: „Użyte w ustawie określenia oznaczają: [...] usługodawca:

- a) osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, z innego państwa członkowskiego, nieprowadzącą działalności gospodarczej, która czasowo oferuje lub świadczy usługę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej,
- b) przedsiębiorcę z innego państwa członkowskiego, który wykonuje działalność gospodarczą zgodnie z obowiązującymi w tym państwie przepisami, a na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej czasowo oferuje lub świadczy usługę,
- c) osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która posiada siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, nieprowadzącą działalności gospodarczej, oferującą lub świadczącą usługę”.

Z kolei przywołany w art. 4 pkt 2 u.s.n.n. przepis art. 2 pkt 11 p.z.p. stanowi: „Ilekoć w ustawie jest mowa o: [...] wykonawcy – należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego”.

3. Odrębną grupę przepisów, do których odsyła ustawa o spłacie, stanowią te, których uwzględnienie jest konieczne dla określenia jej zakresu przedmiotowego. Jest to przede wszystkim przywołany w art. 3 u.s.n.n. przepis art. 2 pkt 13 p.z.p., zgodnie z którym: „Ilekoć w ustawie jest mowa o: [...] zamówieniach publicznych – należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane”. Z kolei według miarodajnego w tej mierze art. 3 pkt 7 p.b.: „Ilekoć w ustawie jest mowa o: [...] robotach budowlanych - należy przez to rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego” (w praktyce dla określenia zakresu desygnatów tego pojęcia trzeba uwzględnić również definicje zawarte w art. 3 pkt 1, 2, 3, 6, 7a, 8 p.b.).

Zawierający ogólną regulację problematyki zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia (i również wzmiankowany w art. 3 u.s.n.n.) art. 147 p.z.p.

przewiduje w ust. 1, że: „Zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zwanego dalej «zabezpieczeniem»”, zaś w ust. 2, że: „Zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy”. Z kolei normujący zasady zwrotu zabezpieczenia art. 151 p.z.p. stanowi:

„1. Zamawiający zwraca zabezpieczenie w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez zamawiającego za należyte wykonane.

2. Kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady nie może przekraczać 30 % wysokości zabezpieczenia.

3. Kwota, o której mowa w ust. 2, jest zwracana nie później niż w 15. dniu po upływie okresu rękojmi za wady”.

4. Rekonstruując na tej podstawie rzeczywistą (pełną) treść normatywną art. 1 ust. 1 w związku z art. 4 i art. 3 u.s.n.n. oraz określony przez te przepisy podmiotowy i przedmiotowy zakres stosowania ustawy o spłacie, należy stwierdzić, co następuje (podzielając zresztą, co do zasady, ustalenia dokonane w tej mierze przez wnioskodawcę).

Po pierwsze – ustawa reguluje zasady spłaty niezaspokojonych należności głównych za zrealizowane i odebrane prace, przypadających od wykonawcy (w rozumieniu art. 2 pkt 11 p.z.p.), który w trybie określonym przepisami p.z.p. zawarł z GDDKiA umowę, której przedmiotem są roboty budowlane (w rozumieniu art. 3 pkt 7 p.b.). Pośrednio oznacza to, że ustawę stosuje się wyłącznie do zamówień publicznych obejmujących roboty budowlane związane z budową, przebudową lub remontem dróg krajowych, o ile nie są to drogi znajdujące się w zarządzie innych podmiotów – w tym wypadku chodzi przede wszystkim o drogi krajowe znajdujące się w obrębie miast na prawach powiatów, których zarządcą jest prezydent miasta, o ile nie mają one statusu drogi ekspresowej lub autostrady (zob. art. 19 ust. 2 i 5 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych; t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 19, poz. 115 ze zm.; dalej: u.d.p.).

Po drugie – beneficjentami ustawy są kontrahenci wykonawcy (generalnego wykonawcy), których łączy z nim bezpośrednia relacja kontraktowa, pozostająca w związku z realizacją ww. zamówienia publicznego. Nie ma znaczenia chwila nawiązania współpracy. Istotne jest natomiast to, że komentowana ustawa, w przeciwieństwie do dotychczas funkcjonujących mechanizmów ograniczania

negatywnych skutków tzw. zatorów płatniczych, pozwala na sanowanie sytuacji finansowej nie tylko grupy ściśle rozumianych podwykonawców robót budowlanych, świadczących na rzecz wykonawców – kontrahentów GDDKiA określone usługi na podstawie umów o roboty budowlane, umów podwykonawstwa czy też umów o dzieło (problem charakteru prawnego ww. więzi kontraktowych jest zresztą sporny), ale również dostawców materiałów budowlanego, sprzętu, siły roboczej *etc.* (zob. P. Duma, B. Lackoroński, J. Łagowska, *Splata niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z udzielonych zamówień publicznych. Komentarz*, LEX el., komentarz do art. 1, uw. 8), których jedynie w uproszczeniu na potrzeby dalszych rozważań przyjdzie określać jako „podwykonawców”.

Po trzecie – krąg beneficjentów ustawy obejmuje jedynie mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców (w rozumieniu art. 104-106 u.s.d.g.) oraz usługodawców (w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt u.ś.u.). Wyłączono z niego natomiast tzw. dużych przedsiębiorców, niespełniających przesłanek wskazanych w ww. regulacjach – a więc tych, którzy w ciągu ostatnich 2 lat obrotowych zatrudniali średniorocznie co najmniej 250 pracowników, osiągnęli roczny obrót netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz operacji finansowych przekraczający równowartość w złotych 50 milionów euro, lub których suma aktywów bilansu sporządzonego na koniec jednego z tych lat przekroczyła równowartość w złotych 43 milionów euro (*arg. a contrario ex art. 106 u.s.d.g.*).

Po czwarte – zastosowanie analizowanego mechanizmu spłaty należności jest możliwe wyłącznie wówczas, jeżeli postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego zostało wszczęte przez GDDKiA przed dniem wejścia w życie ustawy (a więc przed 3 sierpnia 2012 r.), niezależnie od tego, kiedy została zawarta sama umowa. Dodatkowym warunkiem jest jednak uprzednie ustanowienie przez wykonawcę (i brak zwrotu na jego rzecz) zabezpieczenia należytego wykonania umowy (w rozumieniu art. 147 i 151 p.z.p.), co jest związane z ustaloną w art. 2 u.s.n.n. górną granicą „interwencji” GDDKiA.

5. Skutkiem zakwalifikowania danego podmiotu do grupy przedsiębiorców będących beneficjentami ustawy jest – jak już wskazano – możliwość zaspokojenia należności przypadających wobec generalnego wykonawcy przez inwestora – GDDKiA, ze środków Krajowego Funduszu Drogowego. Po spełnieniu określonych w niej przesłanek – tj. po dokonaniu przez przedsiębiorcę prawidłowego formalnie

zgłoszenia, sporządzeniu przez GDDKiA listy należności oraz przedstawieniu dokumentów potwierdzających istnienie zaległości (zob. art. 5-8 u.s.n.n.), pomiędzy przedsiębiorcą, jako wierzycielem, i Skarbem Państwa – GDDKiA, jako dłużnikiem, powstaje stosunek cywilnoprawny o charakterze obligacyjnym, którego przedmiotem jest świadczenie pieniężne polegające na zapłacie przez Skarb Państwa – GDDKiA określonej kwoty należności głównej na rzecz przedsiębiorcy. W pewnym uproszczeniu można więc stwierdzić, że Skarb Państwa – GDDKiA odpowiada na podstawie ustawy o spłacie za dług cudzy, będący długiem wykonawcy (zob. P. Duma, B. Lackoroński, J. Łagowska, *Splata...*, komentarz do art. 1, uw. 35). Z kolei skutkiem spełnienia świadczenia na rzecz podwykonawcy jest powstanie roszczenia regresowego Skarbu Państwa – GDDKiA wobec wykonawcy (art. 11 ust. 1 u.s.n.n.; co do problemu charakteru prawnego tego roszczenia zob. P. Duma, B. Lackoroński, J. Łagowska, *Splata...*, komentarz do art. 11, uw. 184).

b) Ustawa o spłacie jako przykład ustawy incydentalnej

1. Ustawa o spłacie stanowi przykład tzw. ustawy incydentalnej (szczególnej, specustawy). Wyraża się to w jej epizodycznym charakterze będącym konsekwencją faktu, że ma ona zastosowanie w zamkniętym zbiorze stanów faktycznych, wyznaczonych w jej art. 3 (co w wielu wypadkach błędnie określa się mianem „retroaktywności” ustawy; w tej kwestii zob. przykładowo wyrok TK z 20 stycznia 2009 r., sygn. akt P 40/07). Co do zasady, uprawnienie parlamentu do stanowienia tego typu ustaw, zwłaszcza współcześnie, w okresie dynamicznych zmian i w obliczu poważnych perturbacji społecznych, gospodarczych *etc.*, nie jest kwestionowane – zarówno w polskim, jak i zagranicznym orzecznictwie, piśmiennictwie oraz praktyce ustrojowej (zob. H. Schneider, *Gesetzgebung*, wyd. 3, Heidelberg 2002, s. 22 i n. oraz s. 142 i n.). Brak natomiast, zwłaszcza w warunkach polskich, wyraźnie zarysowanej koncepcji pojęcia i systematyki tej kategorii ustaw, a także odpowiedzi na pytanie o dopuszczalne granice ich stanowienia oraz możliwość i kryteria oceny ich konstytucyjności.

2. Warto w tym kontekście odwołać się do rozwiązań, jakie w kwestii ustaw szczególnych (incydentalnych) wypracowały inne systemy prawne, w szczególności prawo niemieckie, na tle którego problem ten był żywo dyskutowany w latach 60-tych

i 70-tych ubiegłego wieku. Uwzględniając ograniczenia wynikające z braku precyzyjnej siatki pojęciowej, można wskazać, że w ramach zbiorczej kategorii, którą jesteśmy skłonni określać – do pewnego stopnia intuicyjnie – jako ustawy incydentalne (specustawy), doktryna niemiecka wyróżnia tzw. ustawy jednostkowe (ustawy incydentalne *sensu stricto*, niem. *Einzelfallgesetze*, *Einzelgesetze* albo *Individualgesetze*), ustawy-środki (niem. *Maßnahmegesetze* albo *Anlassgesetze*) oraz ustawy wykonawcze (niem. *Vollziehungsgesetze*). Kategorie te nie pozostają w stosunku do siebie w relacji rozłączności; odrębną kwestią jest też to, czy w każdym z ww. wypadków mamy do czynienia z tzw. ustawami epizodycznymi albo okresowymi (niem. *Zeitgesetze*).

Do istoty ustaw incydentalnych należy to, że przyznają one zwolnienia lub przywileje stanowiące odstępstwo od ogólnie obowiązujących regulacji prawnych (zob. H. Schneider, *Gesetzgebung...*, s. 30). Niemiecka konstytucja zakazuje *expressis verbis* operowania tego typu środkami wyłącznie w zakresie ograniczania praw podstawowych (art. 19 ust. 1 zdanie 1 niemieckiej ustawy zasadniczej); należy jednak zaznaczyć, że w dotychczasowej praktyce Federalny Trybunał Konstytucyjny (dalej: FTK) nie stwierdził jeszcze niekonstytucyjności tego typu ustawy z uwagi na naruszenie przywołanego przepisu. W pozostałym zakresie dopuszczalność posługiwania się techniką ustaw incydentalnych jest kwestią otwartą (zob. wyrok FTK z 7 maja 1969 r., sygn. akt 2 BvL 15/67, BVerfGE 25, 371 wydany w tzw. sprawie „*lex Rheinstahl*”). Zachodząca *prima facie* sprzeczność tej konstrukcji z postulatami pewności i bezpieczeństwa prawnego oraz zasadą zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa jest przewyższana przez wskazanie, że stanowi ona zazwyczaj reakcję na sytuacje wymykające się wcześniejszym przewidywaniom. Z kolei potencjalna sprzeczność z zasadą równości jest sprowadzana do pytania o to, czy w konkretnym przypadku rzeczywiście istnieje szczególna sytuacja wymagająca incydentalnej, wyjątkowej reakcji ustawodawcy (zob. H. Schneider, *Gesetzgebung...*, s. 33: „[...] bietet jedoch Gleichheitsprinzip keine wirksame Schranke vor Einzelfallgesetzen, denn es gestattet ja gerade, dass etwas Einmaliges und Einzigartiges seiner Besonderheit entsprechend behandelt wird. Die Frage ist nur, ob im gegebenen Falle wirklich eine solche Besonderheit vorliegt, dass eine generelle Einordnung willkürlich und eine Einzelfallanordnung angemessen erscheint. In dem Maß, in dem das Einzelfallgesetz Ausdruck von ratio – nicht bloß von voluntas – ist, fügt es sich dem rechtstaatlichen Ordnungsgefüge ein”).

W piśmiennictwie podkreśla się przy tym, że stanowisko niemieckiego ustrojodawcy jest znaczenie bardziej restryktywne wobec konstrukcji ustaw incydentalnych niż w innych porządkach prawnych (*ibidem*, s. 34).

W podobnym tonie wypowiada się Federalny Trybunał Konstytucyjny wskazując, że z punktu widzenia jej dopuszczalności i kwalifikacji wielkość grupy adresatów, której dotyczy regulacja, nie ma znaczenia, o ile została ona wyodrębniona na podstawie właściwych kryteriów i poddana – jako taka – jednakowym regułom (zob. uchwałę FTK z 7 lipca 1971 r., sygn. akt 1 BvR 775/66, BVerfGE 31, 264: *„Die Größe der von der Vorschrift betroffenen Gruppe spielt für die Zulässigkeit der Regelung keine Rolle, solange die Gruppe sachgerecht abgegrenzt und in sich gleichartigen Regeln unterworfen ist“*). Dopuszczalność przyjęcia regulacji incydentalnej może i powinna być uzasadniona przez odpowiednio istotne powody, których ocena należy – co do zasady – do parlamentu, co FTK podkreślał w znanym orzeczeniu w sprawie *„Südumfahrung Stendal“*, dotyczącym również konkretnej inwestycji infrastrukturalnej (zob. uchwałę FTK z 17 lipca 1996 r., sygn. akt 2 BvF 2/93, BVerfGE 95, 1: *„Das Parlament darf durch Gesetz eine solche Entscheidung nur dann an sich ziehen, wenn hierfür im Einzelfall gute Gründe bestehen, etwa weil die schnelle Verwirklichung des Vorhabens von besonderer Bedeutung für das Gemeinwohl ist. Insofern steht dem Gesetzgeber ein Beurteilungs- und Einschätzungsspielraum zu“*).

Jeszcze szerszy zakres swobody ustawodawcy niemiecka doktryna prawa wiąże z kategorią tzw. ustaw-środków (niem. *Maßnahmegesetze* lub *Anlassgesetze*), definiowanych jako ustawy warunkowane sytuacyjnie (niem. *situationsgebundene*) nie tylko w sferze motywów czy uzasadnienia, ale także – bezpośrednio – treści (zob. E. Fohrstoff, *Über Maßnahmegesetze*, [w:] *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, München 1955, s. 221 i n.; K. Ballerstedt, *Über wirtschaftliche Maßnahmegesetze*, [w:] *Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler unter Mitwirkung von Freunden und Kollegen*, Karlsruhe 1957, s. 369 i n.). Według stałego orzecznictwa Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, ustawy-środki są dopuszczalne i nie podlegają bardziej rygorystycznym wymaganiom niż ustawy „zwykłe” („ogólne”, niem. *Rechtsgesetze*), regulujące określoną materię w dłuższej perspektywie czasowej. Innymi słowy, jest to kategoria „konstytucyjnie irrelevantna” (zob. przykładowo przywoływany już wyżej wyrok FTK z 7 maja 1969 r., sygn. akt 2 BvL 15/67). Z kolei w piśmiennictwie

podkreśla się, że w nowoczesnym państwie demokratycznym tego typu technika regulacyjna jest wręcz niezbędna (zob. H. Schneider, *Gesetzgebung...*, s. 143 i cyt. tam orzecznictwo FTK).

3. Problem stanowienia tzw. specustaw dostrzega się także w polskiej doktrynie i praktyce ustrojowej, zwłaszcza w kontekście wkraczania ustawodawcy w sferę stosunków gospodarczych. Przykładami mogą być związane z transformacją gospodarczą i modernizacją kraju ustawy dotyczące przygotowania i realizacji inwestycji infrastrukturalnych określonego typu (zob. przykładowo: ustawę z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowywania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych; t.j. Dz. U. z 2008 r. Nr 193, poz. 1194 ze zm.; dalej: u.z.p.i.; ustawa z dnia 12 lutego 2009 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie lotnisk użytku publicznego; Dz. U. Nr 42, poz. 340 ze zm.; ustawę z dnia 8 lipca 2010 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie budowli przeciwpowodziowych; Dz. U. Nr 143, poz. 963; ustawa z dnia 24 kwietnia 2009 r. o inwestycjach w zakresie terminalu regazyfikacyjnego skroplonego gazu ziemnego w Świnoujściu; Dz. U. Nr 843, poz. 700 ze zm.), restrukturyzacją określonych dziedzin gospodarki (zob. przykładowo ustawę z dnia 28 listopada 2003 r. o restrukturyzacji górnictwa węgla kamiennego w latach 2008-2015; Dz. U. Nr 210, poz. 2037 ze zm.; ustawę z dnia 7 września 2007 r. o funkcjonowaniu górnictwa węgla kamiennego w latach 2008-2015; Dz. U. Nr 192, poz. 1379 ze zm.; ustawę z dnia 17 lutego 2006 r. o dotacji przeznaczonej dla niektórych podmiotów; Dz. U. Nr 64, poz. 416 ze zm.; ustawę z dnia 19 grudnia 2008 r. o postępowaniu kompensacyjnym w podmiotach o szczególnym znaczeniu dla polskiego przemysłu stoczniowego; Dz. U. Nr 233, poz. 1569 ze zm.), bądź też – co szczególnie istotne z analizowanego punktu widzenia – usuwaniem skutków zdarzeń nadzwyczajnych (zob. przykładowo: ustawę z dnia 17 lipca 1997 r. o stosowaniu szczególnych rozwiązań w związku z likwidacją skutków powodzi, która miała miejsce w lipcu 1997 r.; Dz. U. Nr 80, poz. 491 ze zm.; ustawę z dnia 24 czerwca 2010 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z usuwaniem skutków powodzi z maja i czerwca 2010 r.; Dz. U. Nr 123, poz. 83).

W doktrynie wskazuje się, że do cech szczególnych ustaw incydentalnych należą: specyficjnie ujęte zakresy zastosowania i normowania, rola (funkcja) oraz relacja do adekwatnych merytorycznie ustaw, które nie mają takiego charakteru (zob.

J. Ciapała, *Stanowienie tak zwanych „specustaw” w świetle polskiej Konstytucji z 2 kwietnia 1997 r. w tym w kontekście zasady społecznej gospodarki rynkowej i zasady ochrony wolności gospodarczej*, niepublikowany materiał konferencyjny, Warszawa 18 stycznia 2013 r.), bądź też: konkretny cel, z góry wyznaczony czas obowiązywania, zamknięty zakres zastosowania i pierwszeństwo w stosunku do regulacji ogólnych (zob. S. Wronkowska-Jaśkiewicz, *„Ustawa incydentalna” w systemie źródeł prawa polskiego*, niepublikowany materiał konferencyjny, Warszawa 18 stycznia 2013 r.). W odniesieniu do kategorii ustaw-środków podkreśla się natomiast, że prawodawca posługuje się z reguły normami generalnymi i abstrakcyjnymi, ale ich zakres stosowania jest określony w taki sposób, że mają one w praktyce zastosowanie w konkretnej sytuacji, której prawdopodobieństwo powtórzenia się jest często niewielkie (zob. K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 131). Instrument ten aprobuje się z zastrzeżeniem jego wyjątkowości oraz konieczności wnikliwego uzasadnienia przyczyn stosowania (zob. J. Ciapała, *Stanowienie...*, s. 1).

4. Podsumowując dotychczasowe uwagi można stwierdzić, że kategoria tzw. ustaw incydentalnych (specustaw), mimo szeregu zastrzeżeń formułowanych pod adresem konkretnych, zaliczanych do niej aktów prawnych, ma dzisiaj stałe miejsce w polskiej (i nie tylko) praktyce ustrojowej. Oczywiście, każda tego typu „punktowa” i doraźna regulacja destabilizuje w pewnym stopniu system prawny, a nadmierne korzystanie z prerogatyw do stanowienia ustaw incydentalnych – zwłaszcza gdyby miały one obejmować obszerne sfery stosunków społeczno-gospodarczych podważając *de facto* rolę ustaw „ogólnych” – należy uznać za niewłaściwe. Poza dyskusją pozostaje także wątpliwa w wielu wypadkach jakość legislacyjna tych ustaw, procedowanych zazwyczaj pod presją czasu. Tym niemniej, niepodważalny wydaje się fakt, że w obliczu konkretnych, poważnych problemów społecznych ustawodawca nie powinien pozostawać bezczynny i może korygować lub uzupełniać regulację ogólną, która – z takich czy innych względów – nie jest w stanie doprowadzić do zadowalających rezultatów.

Z punktu widzenia kontroli konstytucyjności ustaw incydentalnych, w tym zwłaszcza tzw. ustaw-środków, istotne wydają się dwie hipotezy, które stanowią oś argumentacji niniejszego stanowiska, zwłaszcza w pkt III.1. Obydwie zasadzają się

na spostrzeżeniu, że ustawy tego typu są determinowane celowo i warunkowane przez wystąpienie określonej sytuacji faktycznej.

Po pierwsze – można rozważać, czy kontrola konstytucyjności ustaw incydentalnych nie powinna obejmować również – czy to samodzielnie czy też w ramach analizy proporcjonalności przedsięwziętych środków – prawidłowości rozpoznania przez ustawodawcę istoty problemu i skutków konkretnego stanu faktycznego, wymagających tego typu doraźnej interwencji. Jak się wydaje, metodyka oceny powinna być w tym zakresie nieco inna niż w wypadku ustaw „ogólnych” („typowych”), w odniesieniu do których sąd konstytucyjny przyjmuje założenie względnej swobody ustawodawcy, uznając że nie jest kompetentny do oceny ich celowości, racjonalności i merytorycznej trafności (zob. przykładowo: orzeczenie TK z 24 lutego 1997 r., sygn. akt K 19/96 oraz wyroki TK z: 29 maja 1996 r., sygn. akt K 22/95; 19 lipca 2007 r., sygn. akt K 11/06).

Po drugie – cechę sytuacyjnego zdeterminowania ustaw incydentalnych należy brać pod uwagę także przy ocenie ich zgodności ze wzorcami kontroli odwołującymi się do zasady równości (w szczególności art. 32 i art. 64 ust. 2 Konstytucji). Co do zasady, metodyka tej oceny nie będzie odbiegać od przyjmowanej ogólnie (zob. wyżej, pkt III.2. stanowiska). Zasadne wydaje się jednak określanie grupy podmiotów charakteryzujących się określoną cechą relewantną, stanowiących punkt odniesienia dla tego typu oceny, nie tylko w oparciu o kryteria czysto jurydyczne, ale z uwzględnieniem konkretnych okoliczności faktycznych, które przesądziły o doraźnej interwencji ustawodawcy. W przeciwnym razie, na płaszczyźnie oceny konstytucyjności ustawy incydentalnej tracilibyśmy z pola widzenia jej szczególną cechę, tj. związek z konkretnym kontekstem sytuacyjnym, w efekcie czego większości z nich można byłoby zapewne postawić zarzut zbyt wąskiego zakresu normowania, niezgodnego z przepisami ustawy zasadniczej odwołującymi się do paradygmatu równości wobec prawa.

5. Niezależnie od powyższych uwag trzeba podkreślić, że wbrew sugestii wynikającej z pisma wnioskodawcy, ustawa o spltacie nie stanowi i już w założeniu nie miała stanowić uniwersalnego rozwiązania problemu tzw. zatorów płatniczych – czy to w ogóle, czy w sferze budownictwa w szczególności. Regulacja ta nie wyklucza też przygotowania określonych rozwiązań kompleksowych, które minimalizowałyby negatywne skutki tego typu sytuacji dla całego łańcucha

podwykonawców uczestniczących w realizacji tzw. inwestycji celu publicznego. Inicjatywa taka jest zresztą przygotowywana pod auspicjami Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (zob. wypowiedź Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej, S. Nowaka, na posiedzeniu Komisji Infrastruktury 12 maja 2012 r.). Celem kwestionowanej ustawy było poprawienie – w relatywnie szybki i efektywny sposób – krytycznej sytuacji finansowej wielu małych i średnich przedsiębiorców, dotkniętych skutkami wstrzymania wypłat przez generalnych wykonawców robót budowlanych zamawianych przede wszystkim przez GDDKiA. Biorąc pod uwagę liczbę zgłoszeń, które wpłynęły do GDDKiA od sierpnia 2012 r. do stycznia 2013 r. (523 zgłoszeń), należy stwierdzić, że cel ten udało się, przynajmniej w części, zrealizować. Można też zaryzykować tezę, że nie byłoby to możliwe w drodze proponowanej przez wnioskodawcę kompleksowej regulacji działającej wyłącznie *pro futuro*.

c) Spłata podwykonawców przez GDDKiA jako mechanizm subsydiarny wobec art. 647¹ i art. 694¹-694⁵ k.c.

1. Z punktu widzenia oceny konstytucyjności zakwestionowanych przepisów, a ściślej rzecz biorąc – sposobu określenia kręgu beneficjentów ustawy o spłacie, istotne znaczenie ma nie tylko fakt, że wprowadzony przez nią mechanizm zaspokajania należności ma charakter „incydentalny”, ale również to, że uzupełnia on jedynie istniejące w momencie wejścia ustawy w życie środki ochrony podwykonawców robót budowlanych przed skutkami nieregulowania lub nieterminowego regulowania przysługujących im należności. Aktualnie wynikają one przede wszystkim z art. 647¹ oraz art. 649⁵ k.c.; w tym pierwszym wypadku wskazuje zresztą na to wyraźnie art. 1 ust. 2 u.s.n.n. (poza zakresem dalszych rozważań pozostają środki znajdujące się w dyspozycji stron, zgodnie z zasadą swobody kontraktowania).

2. Przywołany w art. 1 ust. 2 u.s.n.n. przepis art. 647¹ k.c. stanowi:

„§ 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.

§ 2. Do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora. Jeżeli inwestor, w terminie 14 dni od przedstawienia mu przez wykonawcę umowy z podwykonawcą lub jej projektu, wraz z częścią dokumentacji dotyczącą wykonania robót określonych w umowie lub projekcie, nie zgłosi na piśmie sprzeciwu lub zastrzeżeń, uważa się, że wyraził zgodę na zawarcie umowy.

§ 3. Do zawarcia przez podwykonawcę umowy z dalszym podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora i wykonawcy. Przepis § 2 zdanie drugie stosuje się odpowiednio.

§ 4. Umowy, o których mowa w § 2 i 3, powinny być dokonane w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

§ 5. Zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę.

§ 6. Odmienne postanowienia umów, o których mowa w niniejszym artykule, są nieważne”.

Zważywszy na praktykę zawierania umów o roboty budowlane w systemie wykonawstwa generalnego, a także stosunkowo liberalne przesłanki solidarnej odpowiedzialności inwestora (zob. przykładowo wyrok SN z 26 czerwca 2008 r., sygn. akt II CSK 80/08; wyrok SA w Gdańsku z 10 sierpnia 2005 r., sygn. akt I ACa 390/05), trzeba uznać art. 647¹ k.c. za podstawowy w praktyce instrument ochrony podwykonawców przed skutkami niewykonania lub nieterminowego wykonania zobowiązania pieniężnego generalnego wykonawcy. Gramatyczna i celowościowa wykładnia art. 1 ust. 2 u.s.n.n. wskazuje natomiast, że mechanizm spłaty należności przez GDDKiA ma charakter uzupełniający. Wejdzie on w grę w odniesieniu do tych podwykonawców, co do których – z różnych przyczyn – nie zostały spełnione przesłanki solidarnej odpowiedzialności inwestora z art. 647¹ k.c. (z reguły podmiotów mniejszych, których udział w realizacji przedsięwzięcia nie był przedmiotem uzgodnień zamawiającego i generalnego wykonawcy) oraz wspomnianych już wyżej dostawców materiałów budowlanych, sprzętu *etc.* Potwierdza to także statystyka: na ponad 530 mln zł, które GDDKiA wypłaciła podmiotom współpracującym przy realizacji kontraktów drogowych od 1 stycznia 2011 r., ponad 466 mln zł to kwoty wypłacone na podstawie art. 647¹ § 5 k.c.,

podczas gdy środki przekazane na podstawie ustawy o spłacie przekroczyły 64 mln zł (stan na 7 stycznia 2013 r.).

3. Z kolei art. 694¹-694⁴ k.c. przyznają wykonawcy (generalnemu wykonawcy), w celu zabezpieczenia terminowej zapłaty umówionego wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych, prawo żądania udzielenia gwarancji zapłaty za roboty budowlane w postaci gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, a także akredytywy bankowej lub poręczenia banku udzielonego na zlecenie inwestora. Zgodnie z art. 694⁵ k.c., przepisy art. 649¹-649⁴ k.c. stosuje się również – *mutatis mutandis* – do umów zawartych między wykonawcą (generalnym wykonawcą) a dalszymi wykonawcami (podwykonawcami). Także ten środek ochrony interesów podwykonawców jest alternatywny (priorytetowy) w stosunku do mechanizmu przewidzianego w ustawie o spłacie. Zgodnie bowiem z art. 8 ust. 1 u.s.n.n.: „Do dokumentów, o których mowa w art. 5 ust. 2, art. 6 i art. 7 ust. 1 [składających się na zgłoszenie należności, a następnie wymaganych do dokonania spłaty – uwaga własna], przedsiębiorca dołącza oświadczenie, iż należności wymienione w tych dokumentach wynikają ze zrealizowanych i odebranych prac związanych z realizacją zamówienia publicznego oraz że nie są objęte gwarancją udzieloną przez wykonawcę lub nie zostały zaspokojone”.

d) Zarzut różnicowania podwykonawców według kryterium inwestora (zamawiającego)

1. Przed przystąpieniem do analizy właściwego zarzutu – niekonstytucyjnego różnicowania określonej grupy adresatów przez przyjęcie niemiarodajnego, zdaniem wnioskodawcy, kryterium inwestora wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – wypada odnieść się do podnoszonych, na marginesie głównego toku uzasadnienia wniosku, wątpliwości co do zasadności szczególnego traktowania podwykonawców robót budowlanych, w szczególności w zakresie inwestycji drogowych. Zarówno w kontekście uwarunkowań społeczno-gospodarczych, praktyki legislacyjnej ostatnich lat, jak i wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego, wątpliwości takie należy uznać za chybione. Poczynione w tym zakresie ustalenia mogą okazać się istotne także przy analizie proporcjonalności środków wprowadzanych przez ustawę o spłacie.

W kwestii znaczenia inwestycji drogowych dla rozwoju gospodarczego kraju – w tym także jako uzasadnienia dla wprowadzania szczególnych rozwiązań ustawodawczych, a nawet ograniczania praw i wolności innych osób – można przywołać wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego zawarte w wyroku z 6 czerwca 2006 r. (sygn. akt K 23/05) oraz w wyroku pełnego składu z 16 października 2012 r. (sygn. akt K 4/10), w których oceniał on zgodność z Konstytucją przepisów ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych. W pierwszym z przywołanych orzeczeń Trybunał zaakceptował *ratio*, jakim jest przyspieszenie procesu budowy tych dróg, zwłaszcza dróg szybkiego ruchu oraz obwodnic miast. Trybunał wskazał, że: „Przyspieszenie rozwoju sieci dróg krajowych jest warunkiem nadrobienia zaległości w tym zakresie występujących między Polską a większością krajów europejskich oraz podstawą do długotrwałego rozwoju ekonomicznego i cywilizacyjnego kraju”. Z kolei w sprawie o sygn. akt K 4/10 Trybunał stwierdził m.in., że budowa dróg o odpowiednim standardzie jest kwestią dobra wspólnego i ma charakter celu priorytetowego, a ogólna procedura wyłączenia, określona w ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2010 r. Nr 102, poz. 651 ze zm.) nie może stanowić trybu pozyskiwania nieruchomości na ten cel, gdyż paraliżowałaby realizację inwestycji drogowych. Jako czynnik wpływający na ocenę dwukrotnego przedłużenia obowiązywania ustawy Trybunał wziął również pod uwagę zły stan sieci drogowej w Polsce.

Rozwój i modernizacja infrastruktury drogowej stanowią zatem legitymowany cel publiczny, którego realizacja jest determinowana m.in. rozwiązaniami przyjętymi w decyzji nr 1692/96 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 lipca 1996 r. w sprawie wspólnotowych wytycznych dotyczących rozwoju transeuropejskiej sieci transportowej (Dz. Urz. UE L 228 z 9 września 1996 r., s. 1) oraz związana z wykorzystaniem funduszy europejskich na budowę dróg w latach 2007-2013 i 2014-2020. Co oczywiste, osiągnięcie tego celu nie byłoby możliwe w sytuacji nagłej zapaści polskiego sektora budownictwa drogowego.

2. Ograniczenie zakresu zastosowania przepisów ustawy o spltacie do zamówień publicznych udzielanych wyłącznie przez GDDKiA jest niewątpliwie jednym z podstawowych zagadnień, które wymagają rozważenia w kontekście oceny jej konstytucyjności. O ile wyodrębnienie kategorii zamówień publicznych na roboty

budowlane obejmujące budowę, remont lub modernizację dróg krajowych (w tym autostrad) znajduje – jak już wskazano – uzasadnienie w stopniu ich skomplikowania oraz znaczeniu dla rozwoju gospodarczego i cywilizacyjnego kraju, o tyle posłużenie się kryterium podmiotowym inwestora (zamawiającego) skutkuje – na co trafnie zwraca uwagę wnioskodawca – zróżnicowaniem możliwości ochrony interesów podwykonawców uczestniczących w robotach budowlanych nawet w obrębie tej samej kategorii dróg, o ile są to drogi niebędące autostradami lub drogami ekspresowymi, usytuowane – odpowiednio – w granicach miast na prawach powiatu i poza nimi (zob. art. 5, art. 19 ust. 1 i 5 oraz art. 20 pkt 3 u.d.p.).

2. Za wprowadzeniem ww. rozwiązania, odmiennego od koncepcji pierwotnie rozważanej w toku prac prowadzonych w Ministerstwie Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej, przytaczano w procesie legislacyjnym dwa argumenty o charakterze w gruncie rzeczy faktycznym, a nie jurydycznym. Argumentem pierwszym i podstawowym była skala problemów ujawnionych w połowie 2012 r. w związku z realizacją projektów inwestycyjnych, w których jako zamawiający występował GDDKiA. Skoro ten właśnie stan rzeczy stanowił kontekst sytuacyjny, który przesądził o uchwaleniu ustawy o spółacie, w świetle zaproponowanej koncepcji oceny konstytucyjności ustaw incydentalnych (zob. wyżej, pkt III.1.3.b stanowiska), należy brać go pod uwagę przy określaniu grupy podmiotów charakteryzujących się określoną cechą relewantną. Drugim argumentem, przemawiającym przeciwko objęciu kwestionowaną regulacją także zamówień publicznych dotyczących inwestycji drogowych, w których zamawiającymi są organy samorządu terytorialnego, był brak porozumienia w ramach Komisji Wspólnej Rządu i Samorządu Terytorialnego (zob. wypowiedź Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej, S. Nowaka, na posiedzeniu sejmowej Komisji Infrastruktury 12 maja 2012 r.), przy równoczesnej presji społecznej na rozwiązanie problemu. Oczywiście, trzeba mieć świadomość, że doniosłość ww. argumentów może być uznana za ambiwalentną, przede wszystkim w zależności od przyjętej koncepcji oceny konstytucyjności ustaw incydentalnych (ustaw-środków).

3. Przyjmując, że zarzuty wnioskodawcy nie dotyczą samego mechanizmu spłaty należności niezaspokojonych przez generalnego wykonawcę kontraktu, ale wyłącznie sposobu określenia kręgu beneficjentów ustawy, powyższą argumentację

można uzupełnić o racje natury jurystycznej, które – jak można sądzić – były również jedną z przyczyn trudności w uzgodnieniu stanowiska w ramach Komisji Wspólnej Rządu i Samorządu Terytorialnego. Konsekwencją zróżnicowania podmiotów pełniących funkcję zarządcy drogi, a zgodnie z art. 20 pkt 3 u.d.p. oraz art. 1 ust. 2 u.z.p.i. – także inwestora w robotach budowlanych dotyczących jej budowy, przebudowy lub remontu, jest zróżnicowanie źródeł finansowania inwestycji. Zgodnie z art. 3 ust. 1-3 ustawy z dnia 16 grudnia 2005 r. o finansowaniu infrastruktury transportu lądowego (Dz. U. Nr 267, poz. 2251 ze zm.), zadania w zakresie budowy, przebudowy, remontu, utrzymania i ochrony dróg oraz zarządzania nimi finansowane są przez: a) ministra właściwego do spraw transportu za pośrednictwem Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad albo drogowych spółek specjalnego przeznaczenia w odniesieniu do dróg krajowych; b) samorząd województwa w odniesieniu do dróg wojewódzkich; c) samorząd powiatowy w odniesieniu do dróg powiatowych; d) samorząd gminny w odniesieniu do dróg gminnych; jednakże w granicach miast na prawach powiatu zadania w zakresie finansowania, budowy, przebudowy, remontu, utrzymania, ochrony i zarządzania drogami publicznymi, z wyjątkiem autostrad i dróg ekspresowych, finansowane są z budżetów tych miast. Tryb i zasady finansowania budowy dróg krajowych, w tym autostrad, ze środków Krajowego Funduszu Drogowego (dalej: KFD), określa ustawa z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 931 ze zm.; dalej: u.a.p.). W myśl art. 1 ust. 1a u.a.p., nie dotyczy to jednak dróg krajowych w miastach na prawach powiatu, które są finansowane z budżetów tych miast (zob. także art. 42 ust. 10 ustawy z dnia 13 listopada 2003 r. o dochodach jednostek samorządu terytorialnego; t.j. Dz. U. z 2008 r. Nr 88, poz. 539 ze zm. oraz § 1 i n. rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 27 marca 2009 r. w sprawie udzielania dotacji celowych dla jednostek samorządu terytorialnego na przebudowę, budowę lub remonty dróg powiatowych i gminnych; Dz. U. Nr 53, poz. 435 ze zm.).

Zróżnicowanie źródeł finansowania budowy dróg stwarza – w perspektywie ewentualnego poszerzenia kręgu beneficjentów ustawy o spłacie, zwłaszcza w trakcie roku budżetowego – dodatkowe problemy. Koncepcja subsydiarnego wobec art. 647¹ k.c. mechanizmu spłaty niezaspokojonych należności podwykonawców przez GDDKiA, działającego jako inwestor (zamawiający), byłaby w tym ujęciu nie do przyjęcia. Rozwiązanie postulowane przez wnioskodawcę

oznaczałoby konieczność nałożenia obowiązku finansowania świadczeń spełnianych na rzecz podwykonawców przez organy samorządu terytorialnego pełniące funkcję zarządców dróg – co mogłoby wiązać się z zarzutem naruszenia zasady ich samodzielności (art. 165 Konstytucji) oraz udziału w dochodach publicznych odpowiednio do przypadających im zadań (art. 167 Konstytucji). Alternatywa, w postaci powierzenia tego zadania GDDKiA, musiałaby się wiązać ze zmianą zadań i kompetencji tego organu oraz przeznaczenia środków z Krajowego Funduszu Drogowego (zob. art. 38f ust. 1 u.a.p.), nie dając przy tym gwarancji efektywnego funkcjonowania mechanizmu spłat. Z przyczyn prakseologicznych GDDKiA, nie będąc inwestorem, nie byłaby bowiem w stanie samodzielnie ocenić przesłanek wypłaty należności.

4. Reasumując tę część rozważań trzeba stwierdzić, że sposób wyznaczenia zakresu podmiotowego ustawy o spłacie, zakładający ograniczenie jej stosowania do podwykonawców zamówień publicznych realizowanych przez GDDKiA, jest ściśle związany z jej incydentalnym oraz uzupełniającym wobec mechanizmów kodeksowych charakterem. Równocześnie, jest on determinowany przez przyjęty w ustawie (możliwy w tym momencie do zrealizowania) sposób zabezpieczenia interesów określonej grupy podwykonawców, którego zresztą wnioskodawca nie kwestionuje „jako takiego”. Warunkiem prawidłowego funkcjonowania systemu spłat jest bowiem koncentracja przez GDDKiA ról inwestora, podmiotu rozpatrującego zgłoszenia oraz dysponenta środków z Krajowego Funduszu Drogowego. Poszerzenie zakresu regulacji o innych zamawiających oznaczałoby w konsekwencji konieczność rekonstrukcji całego systemu i stawiało pod znakiem zapytania jurydyczną i faktyczną możliwość jego adresowania do postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy.

Z powyższych względów można uznać za dyskusyjną tezę wnioskodawcy, iż cechą relewantną, która powinna decydować o zaliczeniu do kręgu beneficjentów tego typu regulacji, jest wyłącznie status podwykonawcy (w ogóle czy też podwykonawcy inwestycji tzw. celu publicznego) posiadającego niezaspokojone należności wobec generalnego wykonawcy. Jeszcze raz trzeba podkreślić, że założenie takie niewątpliwie należałoby brać pod uwagę w razie przygotowywania projektu ogólnej („typowej”) i prospektywnej regulacji, zmierzającej do ograniczenia ryzyka powstawania tzw. zatorów płatniczych w stosunkach podwykonawstwa przy

realizacji inwestycji celu publicznego. Incydentalna regulacja przyjęta w ustawie o spłacie stanowi natomiast reakcję na już zaistniałą sytuację faktyczną.

e) Zarzut zróżnicowania podwykonawców według kryterium stopnia powiązań kontraktowych z generalnym wykonawcą inwestycji

1. Nieprzekonujący jest zarzut naruszenia przez art. 1 ust. 1 w związku z art. 4 oraz art. 3 u.s.n.n. zasady równości (art. 32 ust. 1 Konstytucji), zasady równej dla wszystkich ochrony własności i innych praw majątkowych (art. 64 ust. 2 Konstytucji) i gwarancji wolności działalności gospodarczej (art. 20 i art. 22 Konstytucji) ze względu na ograniczenie zakresu zastosowania ustawy wyłącznie do podmiotów (podwykonawców, dostawców materiałów budowlanych, sprzętu *etc.*) znajdujących się w bezpośrednich powiązaniach kontraktowych z wykonawcą (generalnym wykonawcą) i równoczesne wykluczenie z kręgu jej beneficjentów dalszych podwykonawców (w przyjętym wyżej, szerokim znaczeniu tego słowa).

2. Przeciwno rozwiązaniu alternatywnemu, za którym – jak się wydaje – optuje wnioskodawca, przemawia przede wszystkim ryzyko wielokrotnego spełnienia świadczenia przez inwestora (zamawiającego). Biorąc pod uwagę, że odpowiedzialność zamawiającego miałaby we wskazanym modelu alternatywnym dotyczyć dalszych podwykonawców bez jakiegokolwiek ograniczenia ilościowego, ryzyko to należy uznać za poważne, dopuszczalność wywodzenia obowiązku spełnienia – po raz kolejny – świadczenia za prace, za które zamawiający już zapłacił generalnemu wykonawcy, wyłącznie z konstytucyjnej zasady równości – za dyskusyjną. Także w tym kontekście warto pamiętać, że mechanizm spłat należności przez GDDKiA ma charakter uzupełniający wobec jego odpowiedzialności na podstawie art. 647¹ k.c., stąd też nieograniczone poszerzanie kręgu beneficjentów ustawy, którzy mogą wystąpić bezpośrednio do GDDKiA ze zgłoszeniem przysługujących im należności, mogłoby zostać uznane za rozwiązanie stanowiące wyłom w przyjętej koncepcji regulacyjnej. Odwołanie się przez wnioskodawcę do tego przepisu i powstających na jego podstawie roszczeń regresowych jest w tym kontekście niezrozumiałe (wniosek, s. 10). Istotnie, roszczenia regresowe (wobec generalnego wykonawcy) powstaną także w konsekwencji dokonywania spłat na podstawie u.s.n.n. (zob. zwłaszcza art. 11 ust. 1 u.s.n.n.). W analizowanym wypadku

idzie jednak o to, aby uniknąć sytuacji „krzyżowania się” roszczeń podwykonawców o spłatę niezaspokojonych należności wobec GDDKiA oraz roszczeń regresowych kierowanych przez GDDKiA wobec tych samych podwykonawców (nie zaś generalnego wykonawcy) z tytułu spłaty „dalszych” należności, przysługujących wobec nich dalszym podwykonawcom.

3. Problem uwzględnienia sytuacji dalszych podwykonawców był sygnalizowany w toku prac parlamentarnych. Ze względów, o których była już mowa, został on jednak rozwiązany przez przyjęcie art. 7 ust. 3 u.s.n.n., którego nie zawierał pierwotny projekt ustawy, a który stanowi: „Jeżeli przedsiębiorca wykonywał prace związane z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane przy pomocy innych podmiotów, do dokumentu, o którym mowa w ust. 1, dołącza oświadczenie, że nie zalega wobec tych podmiotów z zapłatą za zrealizowane i odebrane prace albo że zaliczka, o której mowa w ust. 6, została przekazana na zaspokojenie roszczeń tych podmiotów”. W piśmiennictwie jednoznacznie podkreśla się, że przywołany przepis wymaga, aby pieniądze uzyskane przez przedsiębiorcę z tytułu zaliczki na podstawie art. 6 u.s.n.n. były w pierwszej kolejności przeznaczone na zaspokojenie roszczeń podmiotów, za pomocą których wykonywał on prace związane z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane. Zaniechanie wykonania tego obowiązku powoduje, że przedsiębiorca nie będzie mógł złożyć oświadczenia określonego w art. 7 ust. 3 u.s.n.n., a w konsekwencji – będzie musiał zwrócić pobraną zaliczkę. Obowiązek zwrotu zaliczki, w przypadku gdy nie zostanie ona przeznaczona na cel określony w art. 7 ust. 3 u.s.n.n., zabezpiecza pośrednio interesy kontrahentów przedsiębiorców, będących najczęściej dalszymi podwykonawcami robót budowlanych (P. Duma, B. Lackoroński, J. Łagowska, *Spłata...*, komentarz do art. 7, uwaga 141).

W ten sposób ustawodawca dąży zatem do osiągnięcia tego samego celu, a więc „udrożnienia” płatności w systemie wielostopniowego podwykonawstwa, bez generowania dodatkowych obciążeń dla zamawiającego. W opinii Sejmu, jest to rozwiązanie wystarczające dla zapewnienia realizacji *ratio* ustawy o spłacie, równie skuteczne, a bardziej ekonomiczne niż wariant alternatywny, zakładający poszerzenie kręgu beneficjentów. Tytułem przykładu: przyjmijmy, że uzgodniona z generalnym wykonawcą wartość zamówienia wynosi 100, wartość robót wykonywanych przez jego podwykonawcę wynosi 80 (z czego niezaspokojone

należności wynoszą 60), zaś wartość robót wykonywanych przez dalszego podwykonawcę wynosi 50 (z czego niezaspokojone należności wynoszą 40). W modelu przyjętym w ustawie o spłacie inwestor (zamawiający) będzie zobowiązany do spełnienia świadczenia w wysokości 160 (100 + 60), oczywiście pod warunkiem, że pierwszy podwykonawca nie zalega ze spłatą należności wobec dalszych podwykonawców. W modelu alternatywnym obciążenia finansowe zamawiającego wynosiłyby natomiast 200 (100 + 60 + 40), prowadząc, z ekonomicznego punktu widzenia i ze stanowiska podwykonawców, do tego samego efektu końcowego. W praktyce trzeba oczywiście uwzględnić również dodatkowe koszty i ryzyko związane z egzekwowaniem roszczeń regresowych, zwłaszcza od podmiotów znajdujących się w niestabilnej sytuacji finansowej.

4. Nieprzyznanie dalszym podwykonawcom możliwości żądania spłaty niezaspokojonych należności za wykonane prace objęte udzielonym zamówieniem publicznym bezpośrednio do GDDKiA może budzić pewne wątpliwości, jeżeli podwykonawcą pozostającym w bezpośredniej relacji kontraktowej w stosunku do generalnego wykonawcy jest podmiot kwalifikowany jako tzw. duży przedsiębiorca, który nie spełnia przesłanek wskazanych w art. 104-106 u.s.d.g. i nie jest beneficjentem ustawy (co również *per se* nie nasuwa poważniejszych zastrzeżeń konstytucyjnych – zob. niżej, pkt III.1.3.g stanowiska). W tej bowiem sytuacji subsydiarny (pośredni) mechanizm ochrony interesów dalszych podwykonawców inkorporowany w art. 7 ust. 3 u.s.n.n. nie znajdzie zastosowania (tak: wniosek, s. 12). Jak się jednak wydaje, są to wątpliwości o charakterze prakseologicznym, związane z oceną stopnia realizacji *ratio* ustawy, nie przekładające się na ocenę konstytucyjności jej konkretnych rozwiązań. Również Trybunał Konstytucyjny zaaprobował formułę względnej swobody ustawodawcy w stanowieniu ustaw, uznając że nie jest kompetentny do oceny ich celowości, racjonalności i merytorycznej trafności, a nawet wskazując, że Konstytucja nie zakazuje ustawodawcy zwykłemu podejmowania działań nieracjonalnych czy bezzasadnych, które będą podlegać ocenie suwerena w procesie wyborczym (zob. przykładowo: orzeczenia TK z: 24 lutego 1997 r., sygn. akt K 19/96; 29 maja 1996 r., sygn. akt K 22/95; oraz wyrok TK z 19 lipca 2007 r., sygn. akt K 11/06).

f) Zarzut różnicowania podwykonawców według kryterium rozmiaru przedsiębiorstwa

1. Nie można podzielić – i to z kilku powodów – zarzutu sprzeczności art. 1 ust. 1 w związku z art. 4 u.s.n.n. z zasadą równości (art. 32 ust. 1 Konstytucji), zasadą równej dla wszystkich ochrony własności i innych praw majątkowych (art. 64 ust. 2 Konstytucji) i gwarancjami wolności działalności gospodarczej (art. 20 i art. 22 Konstytucji) z uwagi na ograniczenie zakresu zastosowania ustawy o splate wyłącznie do mikro-, małych i średnich przedsiębiorców w rozumieniu art. 104-106 u.s.d.g. albo – innymi słowy – ze względu na wyłączenie z kręgu jej beneficjentów tzw. dużych przedsiębiorców.

2. W pierwszej kolejności trzeba wskazać, że rozwiązania wprowadzające szczególne formy wsparcia dla kategorii mikro-, małych i średnich przedsiębiorców są zgodne z aksjologią konstytucyjną. Zdaniem Sejmu, podobnie jak wyraźnie wymienione w Konstytucji zadania państwa w zakresie ochrony pracowników, lokatorów, konsumentów, użytkowników i najemców (art. 24, art. 66, art. 75, art. 76), działania zakładające wyrównywanie szans, ochronę przed wykorzystywaniem przewagi rynkowej i nieuczciwymi praktykami rynkowymi stanowią istotny komponent zasady sprawiedliwości społecznej wywodzonej z art. 2 Konstytucji. W sferze obrotu profesjonalnego znajdują one szczególną podstawę w zasadzie społecznej gospodarki rynkowej (art. 20 Konstytucji). Konstytucyjna afirmacja społecznej gospodarki rynkowej prowadzi nie tylko do silnego akcentowania zasady ochrony wolności przedsiębiorczości i prymatu własności prywatnej, lecz także do zgody na aktywność regulacyjną władz publicznych – zwłaszcza jeśli jej celem jest stymulowanie pewnych procesów gospodarczych oraz ograniczanie negatywnych zjawisk społecznych i ekonomicznych.

3. Z powyższymi stwierdzeniami zbiega się obserwacja, iż w praktyce obrotu gospodarczego przedsiębiorcy prowadzący działalność na dużą skalę, dysponujący znacznym kapitałem i zapleczem w postaci profesjonalnej obsługi prawnej, zazwyczaj skutecznie zabezpieczają swoje interesy, wykorzystując silną pozycję kontraktową i zasadę swobody umów. Odwołując się do wskazywanego przez wnioskodawcę przypadku upadłości generalnego wykonawcy (wniosek, s. 12) można

podać, tytułem przykładu, chociażby konsekwencje ustanowienia zabezpieczenia w postaci hipoteki lub zastawu rejestrowego (zob. art. 345 i 346 p.u.n.). Uzyskanie tego typu efektów jest w zdecydowanej większości wypadków nieosiągalne dla mniejszych podmiotów, co pośrednio potwierdza konieczność wprowadzania przez ustawodawcę szczególnych instrumentów ochrony (zob. przykładowo art. 649¹ i n. k.c., zwłaszcza art. 649⁵ k.c.).

W analizowanej sytuacji znaczenie podstawowe ma jednak to, że w wypadku umów o roboty budowlane realizowanych w systemie podwykonawstwa grupa tzw. dużych przedsiębiorców korzysta – w zdecydowanej większości wypadków – z ochrony gwarantowanej już przez art. 647¹ k.c. Tezę tę potwierdza przedstawione wyżej saldo wypłat realizowanych przez GDDKiA na podstawie przepisów k.c. i u.s.n.n. (zob. wyżej, pkt III.1.3.c stanowiska). Wnioskodawca nie przedstawił zresztą dowodów, że w praktyce jest inaczej i że pominięcie ww. kategorii podmiotów w przepisach art. 1 ust. 1 w zw. z art. 4 u.s.n.n. skutkuje nie tylko wykluczeniem ich z kręgu beneficjentów ustawy, ale także brakiem jakiegokolwiek ochrony przed nieterminowym wykonywaniem zobowiązań pieniężnych przez generalnego wykonawcę. Tymczasem, zgodnie z przyjętą przez ustawodawcę koncepcją uzupełniającego charakteru ochrony zapewnianej przez ustawę o spłacie, dublowanie ww. instrumentów prawnych byłoby pozbawione sensu.

g) Zarzut różnicowania podwykonawców według kryterium istnienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy

1. Jak już wskazano (zob. wyżej, pkt III.1.1 stanowiska), zarzut niekonstytucyjnego różnicowania podwykonawców według irrelevantnego, zdaniem wnioskodawcy, kryterium istnienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, kieruje się w istocie wobec art. 3 u.s.n.n. Rozwiązanie to jest funkcjonalnie związane z treścią art. 2 u.s.n.n., którego wnioskodawca nie zakwestionował, a zgodnie z którym GDDKiA spłaca należności podwykonawców do wysokości równej kwocie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o którym mowa w art. 147 p.z.p. Podobnie, jak w wypadku zarzutu różnicowania podwykonawców ze względu na kryterium inwestora (zamawiającego; zob. wyżej, pkt III.1.3.d stanowiska), jego analiza nie prowadzi do jednoznacznych konkluzji. Także tutaj można jednak

wskazać na racje – po części o charakterze faktycznym, po części zaś *stricte* jurydycznym – które mogą przemawiać za takim rozwiązaniem.

2. Istotnie, wyłączenie z zakresu zastosowania ustawy o splacie sytuacji, w których zamawiający nie zażądał zabezpieczenia należytego wykonania umowy, bądź też zabezpieczenie to zostało zwrócone na podstawie art. 15 1 p.z.p., ogranicza potencjalne pole jej oddziaływania. Wydzźwięk tego zarzutu osłabia jednak analiza faktycznych uwarunkowań procesu udzielania zamówień publicznych w zakresie inwestycji drogowych.

Przede wszystkim, część kontraktów drogowych, na tle których miała miejsce praktyka wstrzymywania wypłacania podwykonawcom należności z tytułu wykonanych i odebranych prac, została zawarta w procedurze wszczętej pod rządami p.z.p. sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591; dalej: ustawa zmieniająca z 5 listopada 2009 r.). Zgodnie z art. 147 ust. 3 p.z.p. w brzmieniu obowiązującym przed 22 grudnia 2009 r., zamawiający obligatoryjnie żądał od wykonawcy wniesienia zabezpieczenia, jeżeli:

- 1) wartość zamówienia na roboty budowlane była równa lub przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p. (aktualnie: 5 mln euro; zob. rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej; Dz. U. Nr 282, poz. 1649; poprzednio były to kwoty: 4.845.000 euro – zob. rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich; Dz. U. Nr 224, poz. 1795 oraz 5.150.000 euro – zob. rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich; Dz. U. Nr 241, poz. 1762);

- 2) wartość zamówienia na dostawę lub usługę była równa lub przekraczała wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10.000.000 euro (z wyjątkiem umów kredytu i pożyczki);
- 3) umowa miała zostać zawarta na okres dłuższy niż 4 lata, z wyjątkiem umów, o których mowa w art. 142 ust. 4 i art. 143 p.z.p. (tj. umów kredytu i pożyczki, rachunku bankowego i ubezpieczenia zwartych na okres nie dłuższy niż 5 lat, umów o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, zawieranych na czas nieoznaczony umów dostawy wody, gazu i ciepła z właściwej sieci oraz licencji na oprogramowanie komputerowe).

Z uwagi na powyższe rozstrzygnięcie ustawowe, praktycznie wszystkie kontrakty drogowe w tym okresie były obwarowane obowiązkiem złożenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Praktyka ta utrzymała się jednak i po wejściu w życie ustawy zmieniającej z 5 listopada 2009 r. Przesądziła o tym nie tylko utrwalona pragmatyka postępowania, ale przede wszystkim okoliczności faktyczne, w szczególności znaczna liczba przypadków wadliwości wykonanych robót.

Sposób ustalenia wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego określa art. 150 p.z.p. Zgodnie z tym przepisem, wysokość ww. zabezpieczenia ustala się w stosunku procentowym do ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe. Według art. 150 ust. 2 p.z.p., zabezpieczenie ustala się w wysokości od 2% do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

3. Nawet gdyby abstrahować od ww. uwarunkowań faktycznych procesu udzielania zamówień publicznych przez GDDKiA, można wskazać istotny argument przemawiający za przyjęciem rozwiązania wysłowionego w art. 3 u.s.n.n. w postaci dążenia do zabezpieczenia interesów inwestora publicznego, a pośrednio – dbałością o stan równowagi budżetowej. Ta ostatnia wartość jest nie tylko legitymowana konstytucyjnie (zob. art. 1, art. 31 ust. 3, art. 216 i art. 220 Konstytucji), lecz także uznana w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego za usprawiedliwiającą zmianę prawa na niekorzyść adresatów (zob. wyroki TK z: 17 grudnia 1997 r., sygn. akt K 22/96; 20 listopada 2001 r., sygn. akt SK 15/01; 9 kwietnia 2002 r., sygn. akt K 21/01; 9 marca 2004 r., sygn. akt K 12/02; 31 stycznia

2006 r., sygn. akt K 23/03; 13 grudnia 2004 r., sygn. akt K 20/04; 24 listopada 2009 r., sygn. akt SK 36/07 oraz wyrok pełnego składu TK z 20 stycznia 2010 r., sygn. akt Kp 6/09). Z kolei względem na ochronę interesów inwestora publicznego ma w analizowanym wypadku znaczenie szczególne o tyle, że mechanizm spłat niezaspokojonych należności podwykonawców bazuje – jak wskazano – na szczególnej odpowiedzialności Skarbu Państwa i zakłada dwukrotne spełnienie świadczenia za te same *de facto* prace. Skala obowiązków nakładanych na Skarb Państwa – GDDKiA uzasadnia intensyfikację ochrony jego interesów.

W piśmiennictwie wskazano wprawdzie, że: „W związku z tym [...], że zgodnie z art. 147 ust. 2 p.z.p. zabezpieczenie udzielone przez wykonawcę służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, co do zasady nie ma ono wpływu na możliwość i zakres zaspokojenia roszczenia regresowego mogącego powstać względem wykonawcy na podstawie art. 11 ust. 1 [...] ustawy. W konsekwencji wydaje się, że głównym celem art. 2 [...] ustawy jest zapewnienie GDDKiA możliwości określenia maksymalnej kwoty spłaty należności przedsiębiorców przez Skarb Państwa – GDDKiA, którzy zawarli umowy w związku z realizacją określonego zamówienia publicznego na roboty budowlane. Skoro zakres zabezpieczenia wniesionego na podstawie art. 147 p.z.p. nie ma wpływu na możliwość odzyskania przez Skarb Państwa – GDDKiA pieniędzy wypłaconych przedsiębiorcom na podstawie komentowanej ustawy, nie ma funkcjonalnych argumentów mogących przemawiać za istnieniem związku pomiędzy zmianami zakresu tego zabezpieczenia po jego wniesieniu a maksymalną kwotą, jaka może być wypłacona przedsiębiorcom na podstawie komentowanej ustawy” (P. Duma, B. Lackoroński, J. Łagowska, *Spłata...*, komentarz do art. 2, uw. 61). Już z czysto konstrukcyjnego punktu widzenia nie jest to jednak pogląd bezdyskusyjny (zob. niżej, pkt III.3.3.2 stanowiska). Ponadto, sytuacja Skarbu Państwa – GDDKiA jest w tym wypadku korzystniejsza o tyle, że w wypadku wystąpienia przez wykonawcę z roszczeniem o zwrot zabezpieczenia należytego wykonania umowy, może on przedstawić do potrącenia wzajemną wierzytelność z tytułu roszczenia regresowego powstałego na podstawie art. 11 ust. 1 u.s.n.n. Istnienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy polepsza wreszcie, jak się wydaje, sytuację bilansową Krajowego Funduszu Drogowego: wpływy uzyskane przez GDDKiA, m.in. z tytułu zatrzymania zabezpieczenia należytego wykonania umowy, są bowiem zaliczane w poczet przychodów tego Funduszu (art. 39b ust. 1 pkt 9 lit. c u.a.p.).

h) Konkluzja

Reasumując, zdaniem Sejmu art. 1 ust. 1 w związku z art. 4 oraz art. 3 u.s.n.n. są zgodne z art. 64 ust. 2 w związku z art. 32 ust. 1 i art. 2 oraz art. 20 i art. 22 Konstytucji

2. Artykuł 5 ust. 3 zdanie 1 ustawy o spłacie niektórych należności

2.1. Przedmiot kontroli i zarzuty wnioskodawcy

1. Odrębną grupę zarzutów wnioskodawca kieruje wobec art. 5 ust. 3 u.s.n.n., a ściśle rzecz biorąc (zob. wyżej, pkt II.2 stanowiska) wobec art. 5 ust. 3 zdanie 1 u.s.n.n. i to jedynie w zakresie, w jakim przepis ten nie obliguje Generalnego Dyrektora do ogłoszenia o otwarciu 21-dniowego terminu na dokonywanie zgłoszeń niezaspokojonych należności.

2. Przywołany wyżej przepis art. 5 ust. 3 u.s.n.n., łącznie z nieobjętymi zakresem zaskarżenia postanowieniami ust. 1, ust. 2 i ust. 4, stanowi:

„1. Przedsiębiorca może zgłosić Generalnemu Dyrektorowi należność, która przysługuje mu od wykonawcy:

- 1) który zalega z zapłatą za zrealizowane i odebrane prace co najmniej 30 dni albo
- 2) wobec którego ogłoszono upadłość albo sąd oddalił wniosek o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 13 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. z 2009 r. Nr 175, poz. 1361, z późn. zm.).

2. Zgłoszenia, o którym mowa w ust. 1, dokonuje się w formie pisemnej. Do zgłoszenia dołącza się:

- 1) pisemne oświadczenie wykonawcy o uznaniu należności przedsiębiorcy albo
- 2) kopie:
 - a) doręczonego wykonawcy wezwania do zapłaty należności, którego termin upłynął bezskutecznie,
 - b) pozwu wniesionego przeciwko wykonawcy o zapłatę należności albo zgłoszenia wierzytelności w postępowaniu upadłościowym,
 - c) umowy zawartej między wykonawcą a przedsiębiorcą.

3. Po dokonaniu weryfikacji zgłoszenia, o którym mowa w ust. 1, Generalny Dyrektor może ogłosić, a w przypadku gdy zgłoszone należności przekroczą 3% wartości zamówienia publicznego ogłasza, w dzienniku o zasięgu ogólnokrajowym o otwarciu 21-dniowego terminu na dokonywanie zgłoszeń. Po upływie tego terminu Generalny Dyrektor sporządza listę przedsiębiorców spełniających warunki, o których mowa w ust. 2 i art. 8, i zawiadamia przedsiębiorców o umieszczeniu ich na liście.

4. W przypadku gdy kwota określona w art. 2 nie wystarcza na zaspokojenie wszystkich należności umieszczonych na liście, o której mowa w ust. 3, kwoty, w jakiej należności te mogą być zaspokojone, są ustalane proporcjonalnie do wysokości każdej z nich”.

3. Zdaniem wnioskodawcy, art. 5 ust. 3 u.s.n.n. narusza wywodzoną z art. 2 Konstytucji zasadę określoności prawa, która stanowi element dyrektywy prawidłowej legislacji, a także zasady: równości wobec prawa (art. 32 ust. 1 Konstytucji) oraz równej dla wszystkich ochrony własności i innych praw majątkowych (art. 64 ust. 2 Konstytucji). Arbitralne – w jego ocenie – powiązanie określonych skutków prawnych z granicą 3% wartości zamówienia powoduje, że beneficjenci ustawy mogą znaleźć się w różnym położeniu w zależności od tego, czy ww. próg został przekroczony, a jeżeli sytuacja taka nie będzie miała miejsca – w zależności od tego, czy Generalny Dyrektor zdecyduje ogłosić otwarcie terminu dla dokonywania zgłoszeń (wniosek, s. 16). Ponadto, art. 5 ust. 3 u.s.n.n. wprowadza do regulacji ustawowej element niepewności. Arbitralność działania Generalnego Dyrektora nie jest ograniczona żadnymi warunkami ani też przepisami szczegółowymi, podejmowana przez niego decyzja ma zaś istotne znaczenie dla możliwości dochodzenia niezaspokojonych należności przez GDDKiA. Zakwestionowany przepis nie daje wreszcie odpowiedzi na szereg pytań, m.in.: w jaki sposób przedsiębiorcy będący beneficjentami ustawy dowiedzą się o otwarciu 21-dniowego terminu na zgłaszanie niezaspokojonych należności, w sytuacji kiedy nie przekraczają one 3% wartości zamówienia, od jakiego zdarzenia jest liczony ww. termin, jak można zweryfikować upływ ww. terminu etc. (wniosek, s. 17).

2.2. Wzorce kontroli

a) Zasada poprawnej legislacji

1. Wywodzona z art. 2 Konstytucji zasada określoności jest elementem zasad prawidłowej (poprawnej, przyzwoitej, rzetelnej) legislacji. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wskazywano, że zasady prawidłowej legislacji: „[...] obejmują między innymi wymóg dostatecznej określoności przepisów, które powinny być formułowane w sposób precyzyjny i jasny oraz poprawny pod względem językowym. Wymóg jasności oznacza obowiązek tworzenia przepisów klarownych i zrozumiałych dla ich adresatów, którzy od racjonalnego ustawodawcy oczekiwać mogą stanowienia norm prawnych niebudzących wątpliwości co do treści nakładanych obowiązków i przyznawanych praw. Związana z jasnością precyzja przepisu winna przejawiać się w konkretności nakładanych obowiązków i przyznawanych praw, tak by ich treść była oczywista i pozwalała na ich wyegzekwowanie. Zasady poprawnej legislacji obejmują również podstawowy, z punktu widzenia procesu prawotwórczego, etap formułowania celów, które mają zostać osiągnięte przez ustanowienie określonej normy prawnej. Stanowi to podstawę oceny, czy sformułowane ostatecznie przepisy prawne w prawidłowy sposób wyrażają wystawianą normę oraz czy nadają się do realizacji zakładanego celu” (wyrok pełnego składu TK z 16 grudnia 2009 r., sygn. akt Kp 5/08; por. także wyrok TK z 24 lutego 2003 r., sygn. akt K 28/02).

2. Zasady przyzwoitej legislacji mają szczególnie doniosłe znaczenie w sferze praw i wolności obywatela. Niejasne i nieprecyzyjne sformułowanie przepisu prawnego rodzi niepewność jego adresatów co do treści praw i obowiązków, zwłaszcza gdy stwarza dla organów stosujących przepis nazbyt dużą swobodę (a nawet dowolność) interpretacji, które – w zakresie tych zagadnień, które ustawodawca uregulował w sposób niejasny i nieprecyzyjny – mogą prowadzić do wcielania się w rolę prawodawcy lub jego zastępowania. Z tego względu ustawodawca nie może poprzez niejasne formułowanie treści przepisów pozostawiać organom mającym je stosować nadmiernej swobody przy ustalaniu ich zakresu podmiotowego i przedmiotowego. Przekroczenie pewnego poziomu niejasności przepisów prawnych stanowić może samoistną przesłankę stwierdzenia ich

niezgodności z wyrażoną w art. 2 Konstytucji zasadą państwa prawnego (por. wyrok TK z 24 lutego 2003 r., sygn. akt K 28/02).

Z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wywieść można trzy zasadnicze założenia istotne dla oceny zgodności treści określonego przepisu prawa z wymaganiami poprawnej legislacji. Po pierwsze, każdy przepis przyznający prawa lub nakładający obowiązki powinien być sformułowany w sposób pozwalający na jednoznaczne ustalenie, kto, kiedy i w jakiej sytuacji mu podlega. Po wtóre, powinien być na tyle precyzyjny, by możliwe były jego jednolita wykładnia i stosowanie. Po trzecie, winien być tak skonstruowany, by zakres jego stosowania obejmował tylko te sytuacje, w których działający racjonalnie ustawodawca istotnie zamierzał wprowadzić regulację tworzącą prawa lub obowiązki (zob. wyroki TK z: 27 listopada 2006 r., sygn. akt K 47/04 oraz 5 grudnia 2007 r., sygn. akt K 36/06).

3. Równocześnie w orzecznictwie Trybunału podkreślano, że: „[...] niejasność przepisu może uzasadniać stwierdzenie jego niezgodności z Konstytucją, o ile jest tak daleko posunięta, iż wynikających z niej rozbieżności nie da się usunąć za pomocą zwyczajnych środków mających na celu wyeliminowanie niejednorodności w stosowaniu prawa. Pozbawienie mocy obowiązującej określonego przepisu z powodu jego niejasności winno być traktowane jako środek ostateczny, stosowany dopiero wtedy, gdy inne metody usuwania skutków niejasności treści przepisu, w szczególności przez jego interpretację w orzecznictwie sądowym, okażą się niewystarczające. Z reguły niejasność przepisu powodująca jego niekonstytucyjność musi mieć charakter «kwalifikowany», przez wystąpienie określonych dodatkowych okoliczności z nią związanych, które nie mają miejsca w każdym przypadku wątpliwości co do rozumienia określonego przepisu. Dlatego tylko daleko idące, istotne rozbieżności interpretacyjne albo już występujące w praktyce, albo – jak to ma miejsce w przypadku kontroli prewencyjnej – takie, których z bardzo wysokim prawdopodobieństwem można się spodziewać w przyszłości, mogą być podstawą stwierdzenia niezgodności z Konstytucją określonego przepisu prawa. Ponadto skutki tych rozbieżności muszą być istotne dla adresatów i wynikać z niejednorodnego stosowania lub niepewności co do sposobu stosowania. Dotykać one winny prawnie chronionych interesów adresatów norm prawnych i występować w pewnym nasileniu” (wyrok TK z 3 grudnia 2002 r., sygn. akt P 13/02; por. także wyroki TK z: 7 listopada 2006 r., sygn. akt SK 42/05 oraz 25 maja 2009 r., sygn. akt SK 54/08).

b) Zasada równości wobec prawa oraz zasada równej dla wszystkich ochrony własności i innych praw majątkowych

Co do znaczenia pozostałych postanowień Konstytucji przywołanych w charakterze wzorców kontroli art. 5 ust. 3 zdanie 1 u.s.n.n. – tj. art. 32 ust. 1 oraz art. 64 ust. 2 wystawiających odpowiednio zasadę równości wobec prawa oraz zasadę równej dla wszystkich ochrony własności i innych praw majątkowych – zob. uwagi zamieszczone wyżej, w pkt III.1.2 stanowiska.

2.3. Analiza zgodności

1. W pierwszej kolejności, dla zrekonstruowania pełnej normy prawnej zawartej w zakwestionowanym art. 5 ust. 3 zdanie 1 u.s.n.n., konieczne jest sięgnięcie do przywoływanych w nim przepisów art. 2 i art. 8 u.s.n.n. Pierwszy z nich stanowi: „Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, zwany dalej «Generalnym Dyrektorem», spłaca należności do wysokości równej kwocie zabezpieczenia, o którym mowa w art. 147 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [...] – ze środków pochodzących z Krajowego Funduszu Drogowego”. Z kolei art. 8 u.s.n.n. przewiduje:

„1. Do dokumentów, o których mowa w art. 5 ust. 2, art. 6 i art. 7 ust. 1, przedsiębiorca dołącza oświadczenie, iż należności wymienione w tych dokumentach wynikają ze zrealizowanych i odebranych prac związanych z realizacją zamówienia publicznego oraz że nie są objęte gwarancją udzieloną przez wykonawcę lub nie zostały zaspokojone.

2. Oświadczenia, o których mowa w ust. 1 i art. 7 ust. 3, składa się pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań. Składający oświadczenie jest obowiązany do zawarcia w nim klauzuli następującej treści: «Jestem świadomy odpowiedzialności karnej za złożenie nieprawdziwego oświadczenia». Klauzula ta zastępuje pouczenie o odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań.

3. W przypadku przedsiębiorcy będącego osobą prawną, oświadczenia, o których mowa w ust. 1 i art. 7 ust. 3, składa osoba uprawniona do reprezentowania takiego przedsiębiorcy”.

2. Zarzuty podnoszone przeciwko art. 5 ust. 3 zdanie 1 u.s.n.n. nie zasługują na poparcie. Istotnie, zakwestionowany przepis różnicuje, do pewnego stopnia, jeżeli nie skutki prawne, to *modus procedendi* w zakresie zgłaszania należności przez niezaspokojonych podwykonawców i tworzenia listy tychże, w zależności od tego, czy pierwsze zgłoszone należności przekraczają próg 3% wartości zamówienia publicznego. W pierwszym wypadku Generalny Dyrektor jest bowiem zobowiązany do ogłoszenia o otwarciu terminu do zgłaszania pozostałych niezaspokojonych należności w dzienniku krajowym o zasięgu ogólnopolskim, natomiast w drugim – ma jedynie taką możliwość, nie zaś obowiązek. Przedsiębiorcy zaliczeni do kręgu beneficjentów ustawy zgodnie z art. 1 ust. 1, art. 3 i art. 4 u.s.n.n. mogą zatem – przynajmniej w określonym przedziale czasowym – znaleźć się w różnej sytuacji. W opinii Sejmu, nie oznacza to jednak niekonstytucyjnego zróżnicowania ich sytuacji prawnej (w ogóle czy też ujmowanej w perspektywie zasad ochrony przysługujących im wierzytelności), ani też naruszenia dyrektywy określoności przepisów prawa, czy też szerzej – zasady przyzwoitej (poprawnej, rzetelnej) legislacji. Przemawiają za tym trojakiemu rodzaju argumenty.

3. Mając na uwadze określony w ustawie mechanizm tworzenia listy przedsiębiorców uprawnionych do zaspokojenia należności w tym szczególnym trybie, zakładający współdziałanie Generalnego Dyrektora oraz przedsiębiorców dysponujących takimi należnościami, jednakowoż inicjowany w każdym wypadku przez samych beneficjentów, można postawić tezę, że ustawodawca powinien wręcz – tak, jak to uczynił w kwestionowanym art. 5 ust. 3 u.s.n.n. – określić pewien „próg nieistotności”, z którego przekroczeniem wiąże się obowiązek podjęcia przez GDDKiA dalszych działań. Ze względu na daleko idące skutki zastosowania przepisów ustawy nie sposób przyjąć, aby zgłoszenie jakiegokolwiek (każdej) niezaspokojonej wierzytelności, choćby o wartości symbolicznej w zestawieniu z wartością realizowanego zamówienia publicznego, miało w sposób bezwzględny uruchamiać ciąg czynności, których ostatecznym rezultatem jest stworzenie listy przedsiębiorców spełniających warunki, o których mowa w art. 2 i art. 8 u.s.n.n., uprawnionych najpierw do wypłaty zaliczek (art. 6 u.s.n.n.), a następnie do zaspokojenia ze środków wypłacanych przez GDDKiA (art. 7 u.s.n.n.; por. w tej mierze wypowiedź zastępcy dyrektora Departamentu Dróg i Autostrad w Ministerstwie Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej, A. Krupy, na

posiedzeniu sejmowej Komisji Infrastruktury 27 czerwca 2012 r.). Zbliżony mechanizm ustawodawca stosuje także w ramach tradycyjnie uznanych procedur odzyskiwania należności, jak np. w prawie upadłościowym (zob. art. 12 ust. 1 *in fine* p.u.n.).

Wątpliwości zgłoszone przez wnioskodawcę wobec art. 5 ust. 3 zdanie 1 u.s.n.n. mogłyby być uznane za wartość dyskusji, gdyby skutki braku ogłoszenia, o którym mowa w tym przepisie, były definitywne (niepodlegające zmianie lub wzruszeniu) albo niezależne od woli i działania zainteresowanych podmiotów. Tak jednak nie jest. Teoretycznie (zob. niżej, pkt III.2.3.5 stanowiska), w razie niedokonania przez Generalnego Dyrektora ogłoszenia we wskazanym tam trybie, 21-dniowy termin do dokonywania zgłoszeń niezaspokojonych należności nie rozpocznie biegu; ustawa nie zawiera w tej mierze żadnej alternatywy. W tym kontekście niezrozumiałą jest zarzut wnioskodawcy, według którego: „kwestionowany przepis nie daje jasnej odpowiedzi na pytania: w jaki sposób przedsiębiorcy będący beneficjentami przedmiotowej ustawy dowiedzą się o ogłoszeniu przez Generalnego Dyrektora 21 [dniowego – uwaga własna] terminu przewidzianego w art. 5 ust. 3 ustawy na dokonywanie zgłoszeń niezaspokojonych należności, w sytuacji gdy zgłoszone należności nie przekroczą 3% wartości zamówienia publicznego? Od jakiego zdarzenia, czynności będzie liczony ten termin? Jak przedsiębiorca będzie mógł zweryfikować upływ terminu na dokonanie zgłoszenia?” (wniosek, s. 17). Dopóki Generalny Dyrektor nie ogłosi o otwarciu terminu w ww. sposób, dopóty przedsiębiorcy mają prawo zgłaszać należności w każdym czasie (zob. P. Duma, B. Lackoroński, J. Łagowska, *Splata...*, komentarz do art. 5, uw. 103). Ponadto, z uwagi na treść art. 9 u.s.n.n., w dotychczasowej praktyce stosowania ustawy przez GDDKiA ww. termin nie jest traktowany jako termin zawity (wniosku takiego nie narzuca także żaden inny przepis ustawy o spłacie). Stąd, jeżeli łączna wartość należności umieszczonych na (pierwszej) liście w rozumieniu art. 5 ust. 3 u.s.n.n. jest mniejsza niż kwota zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a równocześnie wpłyną dalsze, pozytywnie zweryfikowane zgłoszenia, Generalny Dyrektor ogłasza o otwarciu terminu do dokonywania zgłoszeń, które znajdują się na (kolejnej) liście należności.

Powyższe wskazuje, że regulacja art. 5 ust. 3 zdanie 1 u.s.n.n. nie różnicuje ochrony prawnej wierzytelności przysługujących podwykonawcom robót budowlanych zamawianych przez GDDKiA. Zróżnicowany – i to wyłącznie w pewnym

stopniu – jest sposób inicjowania procedury warunkującej nabycie uprawnienia do zaspokojenia tejże wierzytelności przez GDDKiA. Fakt, iż dyferencjacja ta nie ma charakter bezwzględny ani nie wywołuje nieodwracalnych skutków prawnych powoduje, że w opinii Sejmu art. 32 ust. 1 w związku z art. 64 ust. 2 Konstytucji trudno uznać za w pełni adekwatne wzorce kontroli.

4. Nie można zaakceptować tezy wnioskodawcy, że użycie sformułowania „Generalny Dyrektor może ogłosić [...] o otwarciu 21-dniowego terminu na dokonywanie zgłoszeń” dyskwalifikuje przepis art. 5 ust. 3 zdanie 1 u.s.n.n. jako niezgodny z wymaganiami określoności prawa i prawidłowej legislacji. Technika formułowania w tej konwencji norm kompetencyjnych nie należy do rzadkości, a pozostawienie organowi administracji publicznej czy sądowi określonej sfery swobody decyzyjnej jest zabiegiem celowym z prakseologicznego punktu widzenia. Jedynie tytułem przykładu można przywołać ponownie art. 12 ust. 1 p.u.n. („Sąd może oddalić wniosek o ogłoszenie upadłości”), art. 12 ust. 3 p.u.n. („sąd [...] może zezwolić na wszczęcie przez dłużnika postępowania naprawczego”), art. 16 i art. 17 p.u.n. („Sąd może zmienić sposób prowadzenia postępowania”) czy też szereg przepisów z zakresu prawa i postępowania administracyjnego, w tym gospodarczego. Formuła, wedle której „organ może” dokonać określonej czynności konwencjonalnej lub faktycznej jest uznawana za klasyczny przejaw upoważnienia do działania w ramach uznania, zwłaszcza administracyjnego (zob. J. Borkowski, *Decyzja administracyjna*, Łódź – Zielona Góra 1998, s. 80; Z. Duniewska, *Istota i granice dyskrecjonalnej władzy administracyjnej w świetle standardów europejskich*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1999, t. LIX, s. 24; M. Matczak, *Kompetencja organu administracji publicznej*, Kraków 2004, s. 32 i n.; M. Mincer, *Uznanie administracyjne*, Toruń 1983, s. 29 i n.; A. Nałęcz, *Uznanie administracyjne a reglamentacja działalności gospodarczej*, Warszawa 2010, s. 43; a w starszej literaturze fundamentalną pracą J. Starościaka, *Swobodne uznanie władz administracyjnych*, Warszawa 1948). Przyznanie organowi władzy publicznej określonego marginesu oceny, a nawet władzy dyskrecjonalnej, w tego typu wypadkach nie oznacza dowolności czy arbitralności działania. Wykonując ww. upoważnienie, organ administracji publicznej powinien dochować wszelkich wymogów nałożonych na niego przez przepisy o postępowaniu administracyjnym: wnikliwie zbadać stan faktyczny sprawy, ocenić ich konsekwencje prawne i na tej podstawie podjąć

określoną decyzję. Konstrukcję taką akceptuje również Trybunał Konstytucyjny, akcentując jedynie fakt, iż kompetencja do podjęcia określonej czynności lub decyzji w ramach uznania administracyjnego lub dyskrecjonalnej swobody sędziowskiej nie może być domniemywana (zob. przykładowo wyroki TK z: 30 października 2001 r., sygn. akt K 33/00; 24 lutego 2003 r., sygn. akt K 28/02).

Arbitralność działania GDDKiA w zakresie dokonywania ogłoszenia o otwarciu 21-dniowego terminu do zgłaszania niezaspokojonych należności wyklucza również system środków prawnych, które przysługują zainteresowanym przedsiębiorcom. Także decyzje podjęte w ramach uznania administracyjnego podlegają bowiem kontroli (zob. przykładowo: M. Mincer, *Uznanie...*, s. 146 i n.; A. Nałęcz, *Uznanie...*, s. 96 i n., a w starszej literaturze J. Starościak, *Swobodne...*, s. 117 i n.), a zgłoszenie należności wszczyna postępowanie administracyjne (zob. P. Duma, B. Lackoroński, J. Łagowska, *Splata...*, komentarz do art. 5, uw. 85)

5. Bezzasadność zarzutów wnioskodawcy potwierdza także praktyka stosowania ustawy o splacie. Według informacji przedstawionych przez GDDKiA, Generalny Dyrektor – dążąc do zapewnienia jak najszerszej ochrony interesów wszystkich beneficjentów ustawy – ogłasza o otwarciu 21-dniowego terminu na dokonywanie zgłoszeń innych niezaspokojonych należności w każdym wypadku dokonania pierwszego, prawidłowego formalnie zgłoszenia – także wówczas, jeżeli jego wartość nie przekracza 3% wartości zamówienia publicznego. Na marginesie trzeba również podkreślić, że nawet gdyby ww. praktyka była odmienna, przedsiębiorcy, którzy spełniają przesłanki z art. 1 ust. 1 i art. 3 w związku z art. 4 u.s.n.n., mogliby porozumieć się co do łącznego dokonania zgłoszeń, które ww. próg przekroczą.

6. W rezultacie trzeba stwierdzić, że art. 5 ust. 3 zdanie 1 u.s.n.n., w zakresie wskazanym w *petitum*, **jest zgodny** z wywodzoną z art. 2 Konstytucji i stanowiącą element zasady prawidłowej legislacji regułą określoności przepisów prawnych oraz **nie jest niezgodny** z art. 32 ust. 1 w związku z art. 64 ust. 2 Konstytucji.

3. Artykuł 12 w związku z art. 14 i art. 15 ustawy o spłacie niektórych należności

3.1. Przedmiot kontroli i zarzuty wnioskodawcy

1. Jak już wskazano (zob. pkt II.2.3 stanowiska), zarzuty zaliczone do trzeciej grupy odnoszą się do przepisu normującego konsekwencje stosowania mechanizmu spłaty należności podwykonawców w wypadku ogłoszenia upadłości wykonawcy, ujętego w powiązaniu z przepisami określającymi czasowy zakres stosowania ustawy, tj. art. 12 w związku z art. 14 i art. 15 u.s.n.n.

Artykuł 12 u.s.n.n. stanowi: „Jeżeli zabezpieczenie, o którym mowa w art. 147 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, zostało wniesione w pieniądzu, nie wchodzi w skład masy upadłości”. Z kolei według art. 14 u.s.n.n.: „Przepisy ustawy stosuje się także do wykonawców, w stosunku do których przesłanki określone w art. 5 ust. 1 [tj. zaległość w zapłacie za zrealizowane i odebrane prace wynosząca co najmniej 30 dni, ogłoszenie upadłości albo oddalenie wniosku o ogłoszenie upadłości z uwagi na tzw. ubóstwo masy – uwaga własna] nastąpiły przed dniem wejścia w życie ustawy”, zaś zgodnie z art. 15 u.s.n.n.: „Ustawa wchodzi w życie z dniem ogłoszenia”.

2. Wnioskodawca podnosi, że art. 12 u.s.n.n. wprowadza wyjątek od ogólnej reguły wynikającej z art. 62 p.u.n. Jego zdaniem, wyłączenie to nie jest rekompensowane w żaden sposób; nie zostały również wskazane żadne wartości konstytucyjne, które by za nim przemawiały (wniosek, s. 18). W omawianym wypadku chodzi o „odzyskiwanie” wierzytelności w ramach postępowania upadłościowego, a więc niewątpliwie o interesy podlegające konstytucyjnej – i to „intensywnej” – ochronie. Rozwiązanie to godzi zatem w zasady wynikające z art. 64 ust. 1 i ust. 2 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji, z naruszeniem reguł proporcjonalności i konieczności w państwie demokratycznym wyrażone przez art. 31 ust. 3 Konstytucji (wniosek, s. 20-21).

Negatywne konsekwencje zaskarżonej regulacji potęguje jej retroaktywny charakter. Jak wskazuje wnioskodawca, w efekcie współstosowania art. 12, art. 14, art. 15 oraz art. 3 i art. 5 ust. 1 pkt 2 u.s.n.n. wyłączenie wniesionego w pieniądzu zabezpieczenia należytego wykonania umowy dotyczy także sytuacji (określonej masy upadłości) już ukształtowanej przed dniem wejścia w życie ustawy o spłacie

(wniosek, s. 19). Mając zastosowanie do zdarzeń zaistniałych przed wejściem w życie ustawy, regulacja ta modyfikuje zatem sytuację podmiotów, która do tej pory była odmienna.

3.2. Wzorce kontroli

a) Zasada zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa

1. Z cytowanego wyżej (zob. pkt III.1.2 stanowiska) art. 2 Konstytucji wyprowadzana jest również zasada zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa, zwana także niekiedy zasadą lojalności.

2. Treścią ww. zasady jest zakaz „zastawiania przez przepisy prawne pułapek, formułowania obietnic bez pokrycia bądź nagłego wycofywania się przez państwo ze złożonych obietnic lub ustalonych reguł postępowania” (W. Sokolewicz [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa 2007, tom V, komentarz do art. 2, s. 34). Była ona rozwijana w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, który uznając ją za wartość konstytucyjną o szczególnym znaczeniu w stosunkach między państwem a obywatelem (zob. wyrok TK z 18 grudnia 2002 r., sygn. akt K 43/01), wyprowadza z niej szereg konkretnych nakazów i zakazów skierowanych do ustawodawcy, m.in.:

- nakaz ochrony praw słusznie nabytych i ochrony interesów będących w toku (zob. wyrok TK z 13 kwietnia 1999 r., sygn. akt K 36/98);
- nakaz zachowania odpowiedniej *vacatio legis*, bowiem adresat normy musi mieć zapewniony czas na przystosowanie się do zmienionej sytuacji prawnej i na podjęcie odpowiednich decyzji co do dalszego postępowania (zob. przykładowo wyroki TK z: 15 grudnia 1997 r., sygn. akt K 13/97; 4 stycznia 2000 r., sygn. akt K 18/99; 10 grudnia 2002 r., sygn. akt K 27/02);
- rygorystyczny, choć nie absolutny zakaz stosowania retroakcji;
- zakaz stanowienia przepisów, które by ograniczały katalog praw, mających podstawę w Konstytucji lub służących ich realizacji (zob. wyrok pełnego składu TK z 3 października 2001 r., sygn. akt K 27/01);

- obowiązek ustawodawcy umożliwienia jednostce układania swoich spraw w zaufaniu, iż nie naraża się ona na prawne skutki, których nie mogła przewidzieć w momencie podejmowania decyzji i działań, oraz w przekonaniu, że jej działania podejmowane pod rządami obowiązującego prawa i wszelkie związane z tym następstwa będą także i później uznawane przez porządek prawny (zob. wyroki TK z: 21 grudnia 1999 r., sygn. akt K 22/99; 7 lutego 2001 r., sygn. akt K 27/00; 2 kwietnia 2007 r., sygn. akt SK 19/06).

Równocześnie, w judykaturze Trybunału Konstytucyjnego eksponowano, że ochrona zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa oraz ochrona praw nabytych nie wykluczają stanowienia regulacji mniej korzystnych dla jednostki i nie zakazują ograniczania lub znoszenia tych praw. Odstąpienie od zasady zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa jest dopuszczalne, jeżeli przemawiają za tym inne zasady, normy lub wartości konstytucyjne. Do wartości takich należy m.in. zapewnienie równowagi budżetowej w państwie, czy też dbałość o stabilność finansową w systemie ubezpieczenia społecznego (zob. wyrok TK z 31 stycznia 2006 r., sygn. akt K 23/03). Prawodawca, wprowadzając zmiany w systemie prawnym, powinien jednak preferować rozwiązania najmniej uciążliwe dla jednostki i ustanawiać regulacje, które ułatwią adresatom dostosowanie się do nowej sytuacji (zob. przykładowo wyrok TK z 16 czerwca 2003 r., sygn. akt K 52/02).

b) Zasada proporcjonalności

1. W myśl art. 31 ust. 3 Konstytucji: „Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”.

2. Analiza orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wskazuje, że zasada proporcjonalności określa dopuszczalny zakres ograniczeń korzystania z konstytucyjnych praw i wolności, wymagając ustalenia, czy kwestionowana norma spełnia trzy wymagania: przydatności, konieczności i proporcjonalności w ścisłym znaczeniu tego słowa. Ustanowione ograniczenia spełniają wymóg

proporcjonalności, jeżeli wprowadzona regulacja ustawodawcza jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków (zasada przydatności), jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana (zasada konieczności), a jej efekty pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (zasada proporcjonalności w znaczeniu ścisłym; zob. wyroki TK z: 11 kwietnia 2006 r., sygn. akt SK 57/04; 11 kwietnia 2000 r., sygn. akt K 15/98). Przesłanka proporcjonalności w znaczeniu ścisłym oznacza dla ustawodawcy obowiązek wyboru najmniej dolegliwego środka realizacji określonego interesu (wartości) podlegającego konstytucyjnej ochronie. Ocena, czy przesłanki te zostały spełnione, wymaga zatem w każdym konkretnym przypadku skonfrontowania wartości i dóbr chronionych daną regulacją z tymi, które w jej efekcie podlegają ograniczeniu.

c) Prawo do własności i innych praw majątkowych

1. Zgodnie z art. 64 ust. 1 Konstytucji: „Każdy ma prawo do własności, innych praw majątkowych oraz prawo dziedziczenia”. Pewne wzmianki o zasadzie ochrony własności i innych praw majątkowych zostały poczynione już wyżej, przy okazji analizy zasady równej dla wszystkich ochrony własności (zob. pkt III.1.2 stanowiska). Uwagi poniższe mają więc charakter skrótowy i jedynie uzupełniający.

2. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego na tle art. 64 Konstytucji ugruntowany jest pogląd, że: „na ustawodawcy pozytywnym spoczywa nie tylko obowiązek pozytywny stanowienia przepisów i procedur udzielających ochrony prawnej prawom majątkowym, ale także obowiązek negatywny powstrzymania się od przyjmowania regulacji, które owo prawo mogłyby pozbawia ochrony prawnej lub też ochronę tę ograniczać” (zob. wyroki TK z: 13 kwietnia 1999 r., sygn. akt K 36/98; 29 czerwca 2004 r., sygn. akt P 20/02; 21 grudnia 2005 r., sygn. akt SK 10/05, czy też 20 kwietnia 2009 r., sygn. akt SK 55/08). Ochrona zapewniana własności i innym majątkowym prawom podmiotowym, zgodnie z art. 64 ust. 1 oraz art. 21 ust. 1 Konstytucji, musi być realna. Kryterium weryfikacji tej cechy jest skuteczność realizacji określonego prawa podmiotowego w konkretnym otoczeniu systemowym, w którym ono funkcjonuje (zob. orzeczenia powołane powyżej oraz wyroki TK z: 25 lutego 1999 r., sygn. akt K 23/98; 12 stycznia 2000 r., sygn. akt P 11/98; 19 grudnia

2002 r., sygn. akt K 33/02 oraz 20 stycznia 2004 r., sygn. akt SK 26/03). Z drugiej strony, Trybunał Konstytucyjny podkreśla, że ochrona własności i innych praw majątkowych nie ma charakteru absolutnego, a jej ograniczenia są dopuszczalne z zachowaniem warunków przewidzianych w art. 31 ust. 3 oraz art. 64 ust. 2 i ust. 3 Konstytucji, tj. na podstawie ustawy i z poszanowaniem zasad równości oraz proporcjonalności.

3.3. Analiza zgodności

1. W myśl art. 61 p.u.n., z dniem ogłoszenia upadłości (tj. z dniem wydania postanowienia w przedmiocie ogłoszenia upadłości) majątek upadłego staje się masą upadłości, która służy zaspokojeniu wierzycieli upadłego. Masa ta podlega szczególnym rygorom zarządu (zob. art. 61 i n. oraz art. 75 i n. p.u.n.); działają również wobec niej mechanizmy stabilizujące, których celem jest zapobieganie dalszemu uszczuplaniu masy (zob. art. 81 oraz art. 91 i n. p.u.n.) albo nawet restytucja skutków czynności prawnych dokonanych z pokrzywdzeniem wierzycieli (zob. art. 127 i n. p.u.n.).

Zgodnie z art. 62 *in principio* p.u.n., w skład masy upadłości wchodzi, co do zasady, cały majątek należący do upadłego w dniu ogłoszenia upadłości oraz nabyty przez niego w toku postępowania upadłościowego. Już na wstępie trzeba jednak zaznaczyć, że reguła powyższa nie ma charakteru bezwzględnego. Wyjątki od niej przewidują zarówno inne przepisy p.u.n. – zwłaszcza art. 63, art. 64, art. 65, art. 66, art. 67, art. 425¹ ust. 1 i 2, art. 442, art. 477, art. 477¹, art. 488 ust. 1 p.u.n. – jak i przepisy szczególne pomieszczone poza tą ustawą. Tytułem przykładu można wskazać dawny art. 35 ust. 1 (zastąpiony przez art. 442 p.u.n.) czy też obecny art. 36 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o listach zastawnych i bankach hipotecznych (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 99, poz. 919 ze zm.), art. 23 c ust. 1 w związku z art. 23b ust. 1 ustawy z dnia 29 czerwca 1995 r. o obligacjach (t.j. Dz. U. z 2001 r. Nr 120, poz. 1300 ze zm.), art. 165 *in fine* ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 34, poz. 189 ze zm.). We wszystkich wymienionych wypadkach ustawodawca, kierując się określonymi względami społecznymi, gospodarczymi lub jurydycznymi, zdecydował o wyłączeniu niektórych składników majątkowych z masy upadłości, bądź o utworzeniu odrębnej masy upadłości, z której pierwszeństwo zaspokojenia przysługuje pewnemu, węższej

określonymu kręgowi adresatów (beneficjentów). W praktyce do zbliżonych skutków prowadzi – mimo braku formalnego wyłączenia lub wyodrębnienia w masie upadłości rzeczy i praw obciążonych prawami zastawniczymi – reguła art. 336 ust. 1 p.u.n., zgodnie z którą sumy uzyskane z likwidacji rzeczy, wierzytelności i praw obciążonych hipoteką, zastawem, zastawem rejestrowym, zastawem skarbowym i hipoteką morską przeznaczają się na zaspokojenie wierzycieli, których wierzytelności były zabezpieczone na tych rzeczach lub prawach z zachowaniem innych przepisów ustawy (przede wszystkim art. 345 i art. 346 p.u.n.), a dopiero kwoty pozostałe po zaspokojeniu tych wierzytelności wchodzi do funduszy masy upadłości.

2. Podobnie, jak w wymienionych wyżej wypadkach, skutkiem art. 12 u.s.n.n. jest następujące *ex lege* wyłączenie wniesionego w pieniądzu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a ściślej rzecz biorąc – przedmiotu takiego zabezpieczenia, a więc określonej sumy pieniężnej, z masy upadłości generalnego wykonawcy (zob. P. Duma, B. Lackoroński, J. Łagowska, *Splata...*, komentarz do art. 12, uw. 201 i 202). Jak się wydaje, z argumentami przedstawionymi przeciwko takiej konstrukcji – ujmowanej w sposób ogólny, a więc w oderwaniu od czasowych aspektów jej stosowania – można jednak polemizować.

Po pierwsze – trudno uznać, aby na etapie poprzedzającym formalne wszczęcie postępowania upadłościowego sytuację prawną wierzycieli można było zakwalifikować jako „interesy w toku”. Ochrona zapewniana przysługującym im prawom majątkowym ma – na tym etapie – charakter całkowicie potencjalny (nie sposób zresztą twierdzić, że nawet z chwilą ogłoszenia upadłości po stronie wierzycieli powstaje odrębne uprawnienie do zaspokojenia ich wierzytelności z masy upadłości w określonym stopniu; skutku takiego nie można wiązać także z dalszymi etapami postępowania, w szczególności ze sporządzeniem spisu inwentarza, planu likwidacji masy upadłości, projektu listy wierzytelności czy też planu podziału funduszy masy upadłości, ale dopiero z zatwierdzeniem listy wierzytelności – art. 260 p.u.n. oraz planu podziału funduszy masy upadłości – art. 351 p.u.n.).

Po drugie – trzeba mieć na uwadze to, że w analizowanej sytuacji GDDKiA występuje z reguły w potrójnej roli: inwestora (zamawiającego), podmiotu odpowiedzialnego za niezaspokojone należności na rzecz podwykonawców na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. oraz podmiotu zaspokajającego inne niezaspokojone należności wobec podwykonawców na podstawie przepisów ustawy. Innymi słowy,

w skład masy upadłości upadłego wykonawcy wchodzi już środki majątkowe wypłacone przez GDDKiA tytułem zapłaty za zrealizowane i odebrane prace (których część stanowią należności wobec podwykonawców, a których wypłata została z kolei wstrzymana przez wykonawcę). Niezależnie od tego, GDDKiA spłacając – na podstawie art. 647¹ § 5 k.c. lub art. 6 i n. u.s.n.n. – należności wobec podwykonawców, wstępuje w prawa zaspokojonego wierzyciela (art. 518 § 1 k.c. w związku z art. 647¹ § 5 k.c. oraz art. 11 ust. 1 u.s.n.n.). Nie powoduje to *per se* zmniejszenia się ogólnej sumy wierzytelności przysługujących wobec upadłego (niewypłacalnego) dłużnika, ale wpływa na sposób określenia kręgu wierzycieli. Tym samym za dyskusyjną można uznać tezę, że GDDKiA powinna być traktowana w sposób identyczny, jak pozostali wierzyciele, co ma przemawiać za zakazem wprowadzania jakiegokolwiek zróżnicowania ich sytuacji prawnej. Pewnego rodzaju uprzywilejowanie, wynikające z art. 12 u.s.n.n., ma – chociażby częściowo – rekompensować dodatkowe obowiązki nałożone na GDDKiA na podstawie odrębnych przepisów prawa.

Po trzecie – zakres obowiązków finansowych GDDKiA i przypadająca jej rola swego rodzaju gwaranta zaspokojenia roszczeń o zapłatę za wykonane i odebrane prace przysługujących podwykonawcom uzasadnia (do pewnego stopnia) traktowanie preferencyjne – o ile oczywiście nie powoduje to istotnej ingerencji w prawa pozostałych wierzycieli i nie pozbawia ich ochrony prawnej wynikającej m.in. z przepisów p.u.n. Analiza ekonomiczna stosunków prawnych istniejących między GDDKiA (jako zamawiającym) a wykonawcą oraz między tymi podmiotami a podwykonawcami wskazuje jednak, że w badanej sprawie sytuacja taka nie ma miejsca. Generalnie rzecz biorąc, do pogorszenia – chociażby w minimalnym zakresie – sytuacji wierzycieli generalnego wykonawcy innych niż podwykonawcy wykonanych robót budowlanych dochodziłoby jedynie wówczas, gdyby stopień zaspokojenia należności podwykonawców przez GDDKiA był wyższy niż stopień zaspokojenia w toku postępowania upadłościowego. Z drugiej strony, należy pamiętać, że motywem przemawiającym za wprowadzeniem takiego systemu rozwiązań jest dążenie do zapewnienia efektywnej ochrony podwykonawcom wykonanych i odebranych prac budowlanych. Z wyżej wskazanych względów w rozpatrywanym wypadku trudno również dopatrzeć się naruszenia zasady proporcjonalności.

Po czwarte – sytuację, w której generalny wykonawca nie zaspokaja wymagalnych roszczeń podwykonawców z tytułu zrealizowanych i odebranych prac można, jak się wydaje, traktować w sposób analogiczny (zbliżony) do nienależytego wykonania umowy, co uzasadniałoby skorzystanie z ww. zabezpieczenia udzielanego na podstawie art. 147 p.z.p. Jak się wydaje, można w tym zakresie stosować *per analogiam* ustalenia poczynione przez orzecznictwo w odniesieniu do art. 647¹ k.c. Tytułem przykładu można przywołać wyrok Sąd Najwyższy z 17 września 2008 r. (sygn. akt III CSK 119/08), zgodnie z którym: „Niewykonanie przez jednego ze współwykonawców (konsorcjantów) umowy zawartej z podwykonawcą stanowi jednocześnie nienależyte wykonanie umowy zawartej z inwestorem i jako takie rodzi odpowiedzialność kontraktową. Szkoda wierzyciela (inwestora) polega w takiej sytuacji na wystąpieniu uszczerbku spowodowanego koniecznością spełnienia na rzecz podwykonawcy świadczenia, do którego spełnienia zobowiązany był wykonawca (art. 647¹ § 1 k.c.). Roszczenie odszkodowawcze (w konkretnej sytuacji regresowe) kierowane jest przeciwko drugiej stronie umowy. Jeżeli zaś po tej stronie umowy występuje więcej niż jeden podmiot, a ustawa przewiduje solidarną odpowiedzialność wykonawców (art. 141 p.z.p.), roszczenie odszkodowawcze kierowane jest przeciwko wszystkim”. Jak się wydaje, porozumienie stron w sprawie ustanowienia zabezpieczenia (zawierane jako odrębna umowa lub stanowiące element umowy o udzielenie zamówienia publicznego) może wprost przewidywać taką ewentualność.

3. Z wnioskodawcą wypada natomiast zgodzić się co do oceny zgodności normy wywodzonej z art. 12 w związku z art. 14 i art. 15 u.s.n.n. z przywołanymi wzorcami kontroli, tj. art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 31 ust. 3 i art. 32 ust. 1, a przede wszystkim art. 2 Konstytucji, w zakresie, w jakim dotyczy ona wykonawcy, którego upadłość ogłoszono przed dniem wejścia w życie ustawy. Jak już wskazano, z art. 2 Konstytucji wynika kierunkowy, chociaż nie bezwzględny, zakaz retroakcji (zob. wyżej, pkt III.3.2.1 stanowiska oraz, przykładowo, wyroki TK z: 24 października 2000 r., sygn. akt K 12/00; 9 czerwca 2003 r., sygn. akt SK 12/03; 10 grudnia 2007 r., sygn. akt P 43/07; 13 listopada 2012 r., sygn. akt K 2/12), funkcjonalnie i strukturalnie powiązany z zasadą ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa. W analizowanym zakresie brak czytelnych powodów upoważniających do odstąpienia od tych reguł. Wprawdzie, jak już wskazano powyżej, nie sposób

stwierdzić, że z chwilą ogłoszenia upadłości po stronie wierzycieli powstaje odrębne uprawnienie do zaspokojenia ich wierzytelności z masy upadłości w określonym stopniu (jak się wydaje, skutku takiego nie można wiązać nawet z dalszymi etapami postępowania, w szczególności z ustaleniem listy wierzytelności czy też sporządzeniem planu podziału funduszy masy upadłości). Tym niemniej, w analizowanym wypadku mamy niewątpliwie do czynienia z sytuacją „w toku”. Tymczasem stopień ochrony udzielanej przez przepisy p.u.n. wierzytelnościom wierzycieli innych niż GDDKiA zostaje uszczuplony i to w sposób, z którym w momencie wszczęcia postępowania (a nawet w jego toku) wierzyciele ci nie mogli się liczyć.

4. Odrębną kwestią jest to, czy w praktyce zakwestionowany przepis art. 12 u.s.n.n. w ogóle znajdzie zastosowanie. Wartość zamówień publicznych w zakresie robót budowlanych dotyczących inwestycji drogowych, zwłaszcza udzielanych przez GDDKiA, jest bowiem tak duża, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy w pieniądzu nie jest aktualnie praktykowane. Z reguły zastępuje je gwarancja bankowa, gwarancja ubezpieczeniowa, poręczenie banku, spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, poręczenia udzielane przez podmioty wymienione w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 42, poz. 275 ze zm.) lub inne formy zabezpieczeń wskazane w art. 148 p.z.p. Obserwację tę potwierdzają informacje przedstawione Sejmowi przez GDDKiA.

5. Reasumując należy uznać, że art. 12 w związku z art. 14 i art. 15 u.s.n.n., w zakresie, w jakim dotyczy wykonawcy, wobec którego ogłoszono upadłość przed dniem wejścia w życie ustawy, **jest niezgodny** z art. 2 oraz art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 31 ust. 3 i art. 32 ust. 1 Konstytucji. W pozostałej części, tj. w zakresie, w jakim dotyczy wykonawcy, wobec którego ogłoszono upadłość po dniu wejścia w życie ustawy, art. 12 w związku z art. 14 i art. 15 u.s.n.n. **jest zgodny** z art. 2 oraz art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 31 ust. 3 i art. 32 ust. 1 Konstytucji.

IV. Pozostałe wnioski Sejmu

1. Sejm postuluje przede wszystkim wystąpienie przez skład orzekający Trybunału Konstytucyjnego do GDDKiA z wnioskiem o przedstawienie aktualnej informacji o praktyce stosowania ustawy o spłacie i sposobie wykonywania obowiązków nałożonych na ten organ na podstawie jej przepisów.

2. W razie gdyby Trybunał podzielił w pewnej mierze zastrzeżenia wnioskodawcy, nie kwestionując przy tym zasadności i kierunku samej regulacji ustawowej, Sejm wnosi o rozważenie możliwości użycia zakresowej formuły wyroku – na tyle elastycznej, aby była możliwa kontynuacja programu pomocy podwykonawcom poszkodowanym przez generalnych wykonawców realizujących zamówienia publiczne udzielone przez GDDKiA i równoczesne podjęcie prac legislacyjnych zmierzających do stworzenia regulacji prawnej zgodnej z indykacjami Trybunału Konstytucyjnego.

MARSZAŁEK SEJMU



Ewa Kopacz