

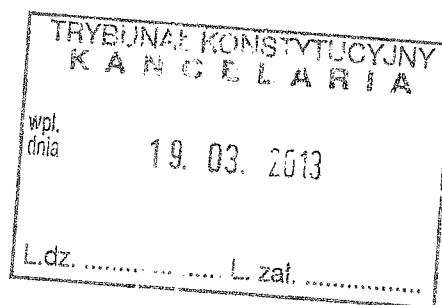


RZECZPOSPOLITA POLSKA  
PROKURATOR GENERALNY

Warszawa, dnia 18 marca 2013 r.

PG VIII TK 99/12

K 37/12



### TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

W związku ze złożonym, na podstawie art. 191 ust. 1 pkt 1 Konstytucji, wnioskiem Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej o zbadanie zgodności następujących 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):

”1. art. 1, art. 3 i art. 4 - z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 32 oraz z art. 2 i art. 20 i 22 Konstytucji,

2. art. 5 ust. 3 - z art. 2 i art. 32 ust. 1 w związku z art. 64 ust. 2 Konstytucji,

3. art. 12 w związku z art. 3, art. 14 i art. 15 - z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 32 ust. 1 i art. 31 ust. 3 oraz art. 2 Konstytucji”

- na podstawie art. 27 pkt 5 w związku z art. 33 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.) -

**przedstawiam następujące stanowisko:**

1) art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji

udzielonych zamówień publicznych (Dz. U. z 2012 r., poz. 891), w zakresie, w jakim splotę na rzecz przedsiębiorców niezaspokojonych przez wykonawcę należności uzależnia od zawarcia pomiędzy tymi podmiotami umowy w związku z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane udzielonego przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, jest zgodny z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 32 oraz z art. 2 i art. 20 i 22 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej;

2) art. 3 ustawy powołanej w pkt 1, w zakresie, w jakim splotę na rzecz przedsiębiorców niezaspokojonych przez wykonawcę należności uzależnia od wniesienia przez tego wykonawcę na rzecz inwestora zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz niezwrócenia tego zabezpieczenia przez inwestora zgodnie z art. 151 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), jest niezgodny z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 32 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej;

3) art. 4 pkt 1 ustawy powołanej w pkt 1, w zakresie, w jakim splotę na rzecz przedsiębiorców niezaspokojonych przez wykonawcę należności uzależnia od wielkości tych przedsiębiorców, jest niezgodny z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 32 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej;

4) art. 5 ust. 3 ustawy powołanej w pkt 1, w zakresie, w jakim, w przypadku gdy zgłoszone należności nie przekraczają 3% wartości zamówienia publicznego, nie zobowiązuje Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad do ogłoszenia w dzienniku o zasięgu ogólnokrajowym o otwarciu 21-dniowego terminu na dokonywanie zgłoszeń, jest niezgodny z art. 2 i art. 64 ust. 2 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej;

5) art. 12 w związku z art. 14 i art. 15 ustawy powołanej w pkt 1, w zakresie, w jakim nakazuje, aby wniesione w pieniądzu zabezpieczenie należytego wykonania umowy zostało wyłączone z masy upadłości ogłoszonej przed

wejściem w życie tej ustawy, jest niezgodny z 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej;

6) na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.) postępowanie w pozostałym zakresie podlega umorzeniu.

### Uzasadnienie

Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej (dalej: Prezydent lub Wnioskodawca) wniósł o zbadanie zgodności z Konstytucją art. 1, art. 3, art. 4, art. 5 ust. 3 oraz art. 12 w związku z art. 3, art. 14 i art. 15 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: ustawa z dnia 28 czerwca 2012 r.].

Na wstępie Wnioskodawca przypomniał, że pierwotnie ustawa z dnia 28 czerwca 2012 r. miała obejmować szeroką grupę przedsiębiorców mających niezaspokojone należności za niektóre wykonane prace, wynikające z zamówień publicznych w sferze inwestycji drogowych.

Tymczasem, jak wskazał Prezydent, kwestionowana ustawa „ma zastosowanie tylko do zamówień publicznych udzielonych przez jeden podmiot dotyczących realizacji robót budowlanych w zakresie inwestycji drogowych w ramach, co do zasady, jednej kategorii dróg - dróg krajowych. Ponadto krąg przedsiębiorców ograniczony będzie stosowaniem ustawy tylko do umów o roboty budowlane w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623, z późn. zm.) i tylko do przypadków, w których zamawiający zażądał od wykonawcy wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy i nie zostało ono zwrócone wykonawcy zgodnie z art. 151 P.z.p. (chodzi o ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, tekst jednolity - Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm. - przyp.

wł.). Poza tym krąg przedsiębiorców został zawężony tylko do tych, których łączył stosunek zobowiązaniowy z głównym wykonawcą. Przedsiębiorcy, realizujący jako podwykonawcy inwestycje drogowe, których zamawiającym jest np. jednostka samorządu terytorialnego, czy też inny podmiot wykonujący zadania publiczne wyłączeni są spod działania ustawy. Wyłączone są także wszelkie inne niż drogowe inwestycje celu publicznego (stadionowe, kolejowe, lotniskowe, przeciwpowodziowe). Z dobrodziejstwa ustawy nie mogą również skorzystać mniejsi przedsiębiorcy, którzy także pracowali na rzecz wykonania inwestycji zainicjowanej przez Generalnego Dyrektora (Dróg Krajowych i Autostrad - przyp. wł.), ale na podstawie umów zawartych z tzw. dużymi podwykonawcami zamówienia publicznego (kolejni w systemie podwykonawców). Ustawa zawiera instrument chroniący ich, jednak ma on charakter względny” (uzasadnienie wniosku, s.4-5).

Odnosnie zarzutu niezgodności art. 1, art. 3 i art. 4 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 32 oraz z art. 2 i art. 20 i 22 Konstytucji, Prezydent wskazał, że przyjęte w tych przepisach rozwiązania - przez to, że obejmują bardzo ograniczony krąg podmiotów, przy jednoczesnym braku nagłych, niedających się przewidzieć okoliczności uzasadniających wprowadzenie tego rodzaju ograniczeń - mogą budzić istotne wątpliwości co do ich zgodności z, wynikającą z art. 64 ust. 1 i 2 Konstytucji, zasadą równej dla wszystkich ochrony własności i innych praw majątkowych.

Zakres podmiotowy ustawy został bowiem ograniczony do mikroprzedsiębiorców, małych przedsiębiorców i średnich przedsiębiorców, w rozumieniu art. 104-106 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, tekst jednolity - Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 ze zm. (dalej: u.s.dz.g), oraz usługodawców, 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 ze zm. (dalej: u.ś.u.t.RP), ale tylko tych, którzy posiadają niezaspokojone należności wynikające z umów zawartych z wykonawcami

zamówienia publicznego na roboty budowlane udzielonego wyłącznie przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad (dalej: Dyrektor Generalny) [art. 1 i art. 4 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r.]. Ponadto dodatkowym warunkiem uruchomienia określonej w ustawie z dnia 28 czerwca 2012 r. instytucji spłaty - nadmiernie, w ocenie Prezydenta, ograniczającym jej zakres podmiotowy - jest wniesienie przez wykonawcę na rzecz inwestora zabezpieczenia należytego wykonania umowy i niezwrócenie tego zabezpieczenia przez inwestora (art. 3 ustawy).

Zdaniem Wnioskodawcy, zarzut ten jest wzmocniony przez epizodyczny i retroaktywny charakter ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r.

Jak dowodzi Wnioskodawca, „[w] stosunku do wyżej określonej grupy przedsiębiorców podwykonawców ustawodawca stworzył mechanizm umożliwiający odzyskanie w całości bądź w części przysługujących im względem wykonawców wierzytelności poprzez ich zaspokojenie przez Generalnego Dyrektora. Jest to szczególna regulacja, która poza ogólnymi środkami ochrony prawnej umożliwiającymi dochodzenie i ewentualne odzyskanie wynikających ze stosunków obligacyjnych wierzytelności, daje podstawę dla wybranej grupy podmiotów do ubiegania się o zaspokojenie swoich wierzytelności od podmiotu niebędącego stroną stosunku prawnego, z którego te wierzytelności wynikają” (uzasadnienie wniosku, s. 6).

Dalej Prezydent, w oparciu o orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, określił zasadnicze elementy, zawartej w art. 64 ust. 1 i 2 Konstytucji, zasady równej ochrony własności i innych praw majątkowych oraz zasady równości wobec prawa, wyrażonej w art. 32 ust. 1 Konstytucji, podkreślając, że zasada równej ochrony własności i innych praw majątkowych jest traktowana przez Trybunał jako jedno ze szczególnych odniesień ogólnej zasady równości wobec prawa.

Nawiązując do powołanego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, Wnioskodawca za cechę istotną (relewantną), charakteryzującą przedsiębiorców

(podwykonawców), na gruncie ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r., uznał posiadanie statusu przedsiębiorcy (podwykonawcy) mającego niezaspokojone należności wynikające ze zrealizowanych prac i usług świadczonych w ramach udzielonego zamówienia publicznego na roboty budowlane w zakresie dróg publicznych.

Następnie Wnioskodawca wymienił, przewidziane w kwestionowanej ustawie, ograniczenia tak określonego kręgu podmiotów posiadających wspólną cechę relewantną.

W Jego ocenie, pierwsze ograniczenie ustawodawca wprowadził w oparciu o kryterium inwestora, który w ramach dokonanego zamówienia publicznego wyłonił wykonawcę robót budowlanych (Dyrektor Generalny).

Wnioskodawca wskazał, że „[u]zasadnieniem dla wprowadzenia tego kryterium jest, jak się wydaje, skala i charakter inwestycji realizowanych przez GDDKiA (Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad - przyp. wł.) wiążących się z poleganiem na wiedzy, doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów niż wykonawca. GDDKiA jest bowiem zarządcą dróg krajowych, których katalog określa art. 5 ustawy o drogach publicznych. Drogi krajowe należą niewątpliwie do tej kategorii dróg, których budowa wiąże się z udziałem dużej liczby podmiotów zaangażowanych w proces inwestycyjny, gdzie sytuacje patologiczne związane z niepłaceniem należności podwykonawcom siłą rzeczy występują w większym nasileniu. Należy jednak zauważyć, że podobne cechy skomplikowania logistycznego oraz struktury wykonawczej dotyczą także innych inwestycji budowlanych w zakresie budowy dróg, również tych realizowanych przez inne podmioty ze sfery publicznej, choćby samorząd terytorialny. Faktem notoryjnie znanym jest okoliczność istnienia problemów niezaspokojonych należności, także w stosunku do podwykonawców realizujących inwestycje drogowe, gdzie zamawiającym jest inny niż GDDKiA inwestor. Nie powinno to więc stanowić powodu do

faworyzowania przedsiębiorców realizujących drogi krajowe i dyskryminowania tych, którzy wykonują tego samego rodzaju prace, tyle że związane z realizacją drogi zaliczanej do niższej kategorii, czy nawet tej samej ale o innym inwestorze” (uzasadnienie wniosku, s. 8-9).

Jak podkreślił Wnioskodawca, „[s]kala prac, wartość inwestycji, liczba biorących udział w danej inwestycji przedsiębiorców (podwykonawców), co w ocenie ustawodawcy, uzasadnia wprowadzenie kryterium zróżnicowania w postaci inwestora jakim jest GDDKiA nie powinny stanowić wartości samych w sobie, które uzasadniałyby zróżnicowanie podwykonawców. Trudno doszukać się racjonalnego związku między tym kryterium a celem kwestionowanej regulacji ustawowej, którym jest możliwość uzyskania niezaspokojonych należności za roboty budowlane związane z realizacją dróg publicznych” (uzasadnienie wniosku, s. 9).

Drugim ograniczeniem, w oparciu o które ustawodawca zróżnicował przedsiębiorców (podwykonawców), jest, zdaniem Prezydenta, stopień powiązania tych podmiotów z wykonawcą głównym w ramach inwestycji będącej realizacją udzielonego przez Dyrektora Generalnego zamówienia publicznego na roboty budowlane.

Prezydent wskazał, że „[p]otencjalnymi beneficjentami ustawy są tylko ci z przedsiębiorców, których wierzytelności z tytułu zrealizowanych i odebranych prac wynikają z umowy zawartej z wykonawcą udzielonego zamówienia, a więc tego, który ma zawartą umowę z GDDKiA. Ustawa uprzywilejowuje przedsiębiorców bezpośrednio związanych z wykonawcą zamówienia publicznego (pierwszych w systemie podwykonawców). Mniejsi przedsiębiorcy, którzy biorą udział w realizacji inwestycji, ale na podstawie umów zawartych z dalszymi w systemie powiązań wykonawcami (większymi podwykonawcami) zamówienia publicznego nie mogą już liczyć na dobrodziejstwa ustawy. Ustawodawca zdając sobie sprawę, iż wprowadzone kryterium prowadzi do zróżnicowania przedsiębiorców (podwykonawców),

wykonujących roboty i usługi nawet na tym samym odcinku prowadzonej inwestycji, wprowadził, w trakcie procesu legislacyjnego, mechanizm umożliwiający choć częściowe zaspokojenie wierzytelności podwykonawców realizujących roboty na rzecz przedsiębiorców będących beneficjentami ustawy (art. 7 ust. 3 ustawy). Jest to jednak tylko pośrednia możliwość zaspokojenia wierzytelności uzależniona od działań podjętych przez przedsiębiorcę. Podnoszonym w trakcie procesu legislacyjnego argumentem przeciw rozszerzeniu zakresu ustawy o wszystkich podwykonawców biorących udział w procesie inwestycyjnym zainicjowanym przez GDDKiA, była potencjalna możliwość zapłaty dwa razy za te same roboty. Należy jednak zauważyć, iż podobny problem występuje na tle art. 647<sup>1</sup> k.c. stanowiącego dla ustawodawcy punkt odniesienia uzasadniającego wprowadzenie zakwestionowanej regulacji jako swoistego rodzaju jego uzupełnienie. W świetle konstrukcji wynikającej z powołanego przepisu ustawodawca przyjął jednak, że roszczenie regresowe stanowi odpowiedni środek wyrównywania przez inwestora ewentualnego uszczerbku wynikającego z podwójnej zapłaty za to samo zadanie” (uzasadnienie wniosku, s. 10).

Wnioskodawca podkreślił również, że w trakcie prac legislacyjnych nie został wykazany racjonalny związek między ograniczeniem kręgu przedsiębiorców - beneficjentów ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. tylko do tych, których wierzytelności z tytułu zrealizowanych i odebranych prac wynikają z umowy zawartej z wykonawcą udzielonego zamówienia, a więc tych, którzy mają zawartą umowę z GDDKiA, a celem kwestionowanej regulacji, jakim jest możliwość uzyskania niezaspokojonych należności. Zdaniem Prezydenta, kryterium tego ograniczenia nie znajduje też usprawiedliwienia w zasadzie sprawiedliwości społecznej, ponieważ wyłącza z grona beneficjentów ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. „przedsiębiorców z końca podwykonawców, którzy najczęściej bezpośrednio wykonywali prace



związane z realizacją tej samej inwestycji drogowej” (uzasadnienie wniosku, s. 11).

Kolejnym, przewidzianym w ustawie z dnia 28 czerwca 2012 r. kryterium różnicowania przedsiębiorców jest, w ocenie Wnioskodawcy, wielkość przedsiębiorcy, ustalana w oparciu o średnioroczne zatrudnienie oraz roczny obrót netto.

W tym fragmencie uzasadnienia wniosku Prezydent stwierdził, że „[u]stawa z kręgu potencjalnych beneficjentów wyłącza tzw. dużych przedsiębiorców ustalanych w oparciu o kryteria wskazane w art. 104-106 u.s.dz.g. Uzasadnieniem dla wprowadzenia różnicowania przedsiębiorców w oparciu o wskazane wyżej kryteria ma być okoliczność podniesiona na str. 1 uzasadnienia (uzasadnienia projektu ustawy w sprawie spłaty niezaspokojonych należności przedsiębiorców za niektóre prace, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych, Sejm VII kadencji, druk nr 451 - przyp. wł.), stanowiąca że przypadki nieregulowania należności za wykonane świadczenia odnoszą się często do: <należności za roboty budowlane wykonywane przez małych i średnich przedsiębiorców, których kontrahentami są generalni wykonawcy, na ogół duże przedsiębiorstwa budowlane - spółki akcyjne lub z ograniczoną odpowiedzialnością przedstawiające swoją sytuację finansową jako bardzo dobrą. Taki status wzbudza zaufanie u mających z nimi współpracować małych i średnich przedsiębiorców>.

Z powyższego wynika, że problem zalegania ze spłatą należności za wykonane roboty, czy usługi dotyczy głównie relacji głównego wykonawcy (wykonawcy w rozumieniu kwestionowanej ustawy) i jego podwykonawców (co do zasady przedsiębiorców w rozumieniu ustawy). Przy czym za tego dużego przedsiębiorcę w uzasadnieniu wskazano zwłaszcza głównych wykonawców. Zauważyć należy, że ustawa i wykreowany w niej mechanizm nastawiony jest nie na pomoc głównym, dużym wykonawcom, lecz przedsiębiorcom będącym ich kontrahentami. Niezrozumiałe jest zatem i

nieznajdujące zarazem żadnego aksjologicznego uzasadnienia wyłączenie z tej grupy tzw. dużych przedsiębiorców (podwykonawców)” [tamże].

Prezydent wskazał, że z przepisów ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. wynika gorsze traktowanie dużych przedsiębiorców niż „mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców” (w rozumieniu art. 104-106 u.s.dz.g.). Jaskrawym tego przykładem jest upadłość generalnych wykonawców, ponieważ wówczas beneficjenci ustawy otrzymają „zaspokojenie z Krajowego Funduszu Drogowego natomiast duzi przedsiębiorcy otrzymają należności w wysokości wynikającej z podziału masy lub układu. Beneficjenci ustawy będą zatem otrzymywali zapłatę niezależnie od podziału masy lub układu. Będzie to widoczne zwłaszcza w sytuacji, gdzie zabezpieczenie należytego wykonania umowy zostało wniesione w pieniądzu i z uwagi na dyspozycję art. 12 ustawy zostanie wyłączone z masy upadłości. Nieuregulowanie należności ma tak samo destrukcyjny wpływ zarówno na małego jak i na dużego przedsiębiorcę. Zwykle bowiem skala wykonanych robót, a zarazem ich wartość jest znacznie większa w przypadku dużego przedsiębiorcy, niż w odniesieniu do mniejszego podwykonawcy” (uzasadnienie wniosku, s. 12).

W konkluzji tej części wywodów Prezydent stwierdził, że „[o]pisane wyżej kryterium różnicowania podmiotów charakteryzujących się tą samą cechą relewantną pozostaje w sprzeczności z celem i treścią poddanej ocenie Trybunału Konstytucyjnego regulacji. Różnicowanie to trudno jest uznać za mieszczące się w granicach proporcji do wagi naruszanego interesu rozumianego tutaj m. in. jako potrzeby zniwelowania skutków braku zapłaty należności. Nie znajduje również uzasadnienia, a przynajmniej takowe nie zostało wskazane, w innych wartościach i zasadach konstytucyjnych” (tamże).

Prezydent dodał, że „gdyby nawet odnieść zasadę równości tylko do tych z mikro, małych i średnich przedsiębiorców, których niezaspokojone należności wynikają z umów zawartych z wykonawcą realizującym zamówienie publiczne na roboty budowlane udzielone przez Generalnego Dyrektora, to

również w tej grupie dochodzi do zróżnicowania przedsiębiorców. Kryterium tego zróżnicowania stanowi przewidziany w art. 3 ustawy, określającym jej zakres przedmiotowy, wymóg istnienia tzw. zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o którym mowa w art. 147 P.z.p. Obowiązek wniesienia przez wykonawcę zabezpieczenia nie ma źródła w ustawie, lecz w czynności prawnej zamawiającego, polegającej na stosownym sformułowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Żądanie wniesienia zabezpieczenia jest fakultatywne. Do czasu znowelizowania, na podstawie ustawy z dnia 5 listopada 2009 r., ustawa - Prawo zamówień publicznych przewidywała trzy przypadki obligatoryjnego żądania zabezpieczenia. W aktualnym stanie prawnym żądanie zabezpieczenia jest każdorazowo fakultatywne.

Na wszelkie zdarzenia mające związek z istnieniem bądź brakiem zabezpieczenia należytego wykonania umowy żadnego wpływu nie mają przedsiębiorcy (podwykonawcy), a w sytuacjach określonych w art. 151 P.z.p. również Dyrektor Generalny.

Wydaje się, że wprowadzone przez ustawodawcę kryterium nie pozostaje w żadnym racjonalnym związku z celem regulacji ustawowej. Nie zostało także wykazane uzasadnienie na gruncie systemu wartości wyrażonego w Konstytucji” (uzasadnienie wniosku, s. 13).

Na zakończenie krytyki art. 1, art. 3 i art. 4 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r., i niezależnie od podniesionych już argumentów, Prezydent zauważył, iż „w kontekście powołanych zasad konstytucyjnych oraz przyjętych przez projektodawcę założeń, w tym wskazania art. 647<sup>1</sup> k.c. jako stanowiącego odniesienie dla zakwestionowanej regulacji, uzasadniona jest jej ocena również w szerszej płaszczyźnie oddziaływania na podwykonawców realizujących inne niż drogowe inwestycje publiczne. Co do zasady wykonawcy realizujący prace związane z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane to podmioty podobne. Wyłaniane są one w ramach procedury określonej w P.z.p. Często są to podmioty o tym samym profilu działalności wykonujące tożsame

prace, czy usługi dla tych samych firm, które realizują inwestycje drogowe. Realizowane przez nie inwestycje celu publicznego w postaci: infrastruktury kolejowej, budowy stadionów, lotnisk, urządzeń przeciwpowodziowych, są nie mniej ważne, niż budowa dróg.

Tymczasem ustawodawca wprowadzone przez zakwestionowaną ustawę ewidentne uprzywilejowanie pewnej grupy przedsiębiorców, polegające na ich wyłączeniu spod ogólnego trybu dochodzenia należności, w tym spod działania przepisów prawa upadłościowego i naprawczego - uzasadnia świadczeniem przez nich prac i usług w ramach realizacji inwestycji drogowych” (uzasadnienie wniosku, s. 15-16).

Odnosnie zarzutu niezgodności art. 5 ust. 3 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. z art. 2 i art. 32 ust. 1 w związku z art. 64 ust. 2 Konstytucji, Prezydent stwierdził, że w powołanym przepisie dochodzi do arbitralnego powiązania określonych skutków prawnych z granicą 3% wartości zamówienia publicznego.

Jak wskazał Prezydent, „podmioty będące beneficjentami tej ustawy mogą się znaleźć w różnym położeniu w zależności od tego czy wartość 3% zostanie przekroczone i czy Generalny Dyrektor w razie jej nieprzekroczenia zechce ogłosić otwarcie terminu na dokonywanie zgłoszeń. Takie rozwiązanie może prowadzić do dyferencjacji podmiotów podobnych bez uzasadnienia znajdującego oparcie w wartościach i normach konstytucyjnych, a tym samym naruszać konstytucyjną zasadę równości i równej ochrony praw majątkowych (art. 32 ust. 1 w związku z art. 64 ust. 2)” [uzasadnienie wniosku, s. 16].

Zdaniem Prezydenta, analizowany przepis ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. wprowadza ponadto do regulacji ustawowej „element niepewności występujący zawsze, jeżeli organ władzy publicznej coś może ale nie musi i kiedy jego uznanie zależy od wystąpienia warunku przyszłego, którego spełnienie nie jest pewne. Innymi słowy Generalny Dyrektor będzie podejmował arbitralną decyzję w tym przedmiocie. Przy czym arbitralność taka nie będzie ograniczona żadnym przepisem. W myśl art. 6 ustawy sporządzenie listy

przedsiębiorców jest jednym z warunków wypłaty zaliczki na poczet spłacanej należności, natomiast art. 7 przesądza, że kwota należności będzie wypłacana wyłącznie przedsiębiorcom wpisanym na listę. W konsekwencji przyjętych rozwiązań może dojść do sytuacji, w której należność przedsiębiorcy o wartości mniejszej niż 3% wartości zamówienia publicznego, mimo spełnienia przesłanek określonych w art. 1 ust. 1, art. 3 i art. 5 ust. 1, nie zostanie spłacona przez Generalnego Dyrektora”, a jednocześnie kwestionowana regulacja „nie daje jasnej odpowiedzi na pytania: w jaki sposób przedsiębiorcy będący beneficjentami przedmiotowej ustawy dowiedzą się o ogłoszeniu przez Generalnego Dyrektora 21-dniowego 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?

Tym samym art. 5 ust. 3 zawiera treść niedookreśloną co narusza wywiedzioną przez Trybunał Konstytucyjny z zasady demokratycznego państwa prawnego zasadę dostatecznej określoności norm prawnych, wynikającą z art. 2 Konstytucji” (uzasadnienie wniosku, s. 17).

W końcowym fragmencie uzasadnienia wniosku Prezydent przedstawił argumenty przemawiające za niezgodnością art. 12 w związku z art. 3, art. 14 i art. 15 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 32 ust. 1 i art. 31 ust. 3 oraz art. 2 Konstytucji.

Z tej grupy przepisów zasadniczą krytyką Prezydenta został objęty art. 12, wskazujący, że w skład masy upadłości nie wchodzi wniesione przez wykonawcę w pieniądzu zabezpieczenie należytego wykonania umowy, o którym mowa w art. 147 Prawa zamówień publicznych.

Prezydent, stwierdzając, że w powołanym przepisie został wprowadzony wyjątek od, wyrażonej w art. 62 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe i naprawcze (tekst jednolity - Dz. U. z 2009 r. Nr 175, poz. 1361

ze zm.) [dalej: Prawo upadłościowe i naprawcze], zasady, iż w skład masy upadłości wchodzi cały majątek upadłego, i to bez względu na to, gdzie się znajduje i jaką ma postać, zauważył, że „[w]prowadzenie odstępstw od dotychczas obowiązujących reguł jest oczywiście możliwe, ale musi być dokonane z uwzględnieniem zasad obowiązujących w demokratycznym państwie prawnym. Chodzi tu zwłaszcza o wywiedzione przez Trybunał Konstytucyjny z zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji) zasady nieretroakcji prawa oraz zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa, a także nakaz ochrony interesów w toku” (uzasadnienie wniosku, s. 18).

Wnioskodawca przypomniał, że „[j]akkolwiek ustawa weszła w życie z dniem ogłoszenia (art. 15), bez zachowania standardowego, 14-dniowego *vacatio legis*, w rzeczywistości przewidziała wyraźnie swoją moc wsteczną stanowiąc: <Przepisy ustawy stosuje się także do wykonawców, w stosunku do których przesłanki określone w art. 5 ust. 1 nastąpiły przed dniem wejścia w życie ustawy> (art. 3 w związku z art. 14 ustawy). Wyłączenie zabezpieczenia w pieniądzu z masy upadłościowej dotyczy zatem sytuacji już ukształtowanej (określonej masy upadłości) przed wejściem w życie ustawy. Rozwiązanie takie narusza wyrażoną w art. 2 Konstytucji zasadę niedziałania prawa wstecz. Zasada ta nakazuje <by nie stanowić norm prawnych, które nakazywałyby stosować nowo ustanowione normy prawne do zdarzeń (rozumianych *sensu largo*), które miały miejsce przed wejściem w życie nowo ustanowionych norm prawnych i z którymi prawo nie wiązało dotąd skutków prawnych normami tymi przewidzianych> (wyrok TK z 22 sierpnia. 1990 r., sygn. K 7/90).

Wyłączenie zabezpieczenia w pieniądzu z masy upadłościowej, mając zastosowanie do zdarzeń zaistniałych przed wejściem w życie opiniowanej ustawy, modyfikuje sytuację podmiotów, których sytuacja prawna była odmienna. W trakcie procesu legislacyjnego nie zostały wskazane zasady i

wartości konstytucyjne przemawiające za wprowadzeniem takiej regulacji” [uzasadnienie wniosku, s. 19].

Prezydent zwrócił uwagę, że „[o]dzyskanie wierzytelności objęte jest także ochroną przewidzianą w art. 64 ust. 1 i 2 Konstytucji RP dla prawa własności i innych praw majątkowych. Ustrojodawca świadomie gwarantuje w nim nie tylko ochronę już posiadanej w sposób przez nikogo niekwestionowany własności, ale także ochronę prawa do otrzymania własności dobra lub do ustalenia tej własności w razie konfliktu, a także prawo do pobierania pożytków z własności”, oraz że „[w] kontekście wprowadzonych w art. 12 ustawy ograniczeń w określaniu masy upadłościowej, a tym samym ograniczeń w możliwościach odzyskiwania wierzytelności w ramach postępowania upadłościowego należy przywołać następujący pogląd Trybunału Konstytucyjnego: <Na ustawodawcy zwykłym spoczywa (...) nie tylko obowiązek pozytywny ustanowienia przepisów i procedur udzielających ochrony prawnej prawom majątkowym, ale także obowiązek negatywny powstrzymania się od przyjmowania regulacji, które owe prawa mogłyby pozbawić ochrony prawnej lub też ochronę tę ograniczyć> (wyrok z 2 czerwca 1999 r., sygn. K 34/98)” [uzasadnienie wniosku, s. 20-22].

Na zakończenie krytyki pod adresem art. 12 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. i przepisów z nim związanych Prezydent stwierdził, że „[o]graniczenie ochrony prawnej podmiotów uprawnionych do zaspokojenia swoich wierzytelności z masy upadłości nie zostało również uzasadnione realizacją wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji wartości. Nie zostały także wykazane warunki ograniczenia praw konstytucyjnych - proporcjonalność i konieczność w państwie demokratycznym” (uzasadnienie wniosku, s. 22).

**Problem zgodności art. 1, art. 3 i art. 4 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 32 oraz z art. 2 i art. 20 i 22 Konstytucji.**

Przepisy art. 1-4 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. brzmią:

„Art. 1. 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. 647<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.).

(...)

Art. 3. 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.

Art. 4. 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.”.

W ocenie Prezydenta, zaskarżone w tej grupie przepisy ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. naruszają konstytucyjny standard równej ochrony praw majątkowych przez to, że nadmiernie ograniczają krąg beneficjentów mechanizmu spłaty przez Dyrektora Generalnego niezaspokojonych należności, przy czym za cechę relewantną Wnioskodawca przyjmuje posiadanie przez beneficjenta ustawy statusu przedsiębiorcy (podwykonawcy) mającego niezaspokojone należności wynikające ze zrealizowanych prac i usług świadczonych w ramach udzielonego zamówienia publicznego na roboty budowlane w zakresie dróg publicznych.

Za niekonstytucyjne kryteria różnicowania podmiotów podobnych, wyodrębnionych w oparciu o wymienioną cechę relewantną, Wnioskodawca uznaje:

- kryterium inwestora (inwestorem, zatem podmiotem udzielającym zamówienia publicznego, może być tylko GDDKiA);
- kryterium bezpośredniego związania przedsiębiorcy-beneficjenta z wykonawcą udzielonego zamówienia publicznego (beneficjentami mogą być jedynie przedsiębiorcy pierwsi w systemie podwykonawców);
- kryterium wielkości przedsiębiorcy ustalonej w oparciu o średnioroczne zatrudnienie oraz roczny obrót netto (beneficjentami mogą być jedynie mikroprzedsiębiorcy oraz mali lub średni przedsiębiorcy, w rozumieniu art. 104-106 u.s.dz.g.);
- kryterium wpłacenia przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o którym mowa w art. 147 Prawa zamówień publicznych, i niezwrócenia tego zabezpieczenia przez inwestora zgodnie z art. 151 tej ustawy.

Na wstępie rozważań merytorycznych należy podnieść, że powołane w tej części wniosku Prezydenta przepisy ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. zawierają różną treść normatywną.

Art. 1 określa zakres przedmiotowy ustawy. Przepis ten wskazuje jednocześnie cel, jaki ustawodawca zamierza osiągnąć. Celem tym jest spłata 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.

Art. 3 wskazuje, do jakich zamówień publicznych przepisy ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. mają zastosowanie. Przepis ten ogranicza zastosowanie ustawy między innymi **tylko do tych zamówień publicznych, w których wniesiono zabezpieczenie (art. 147 Prawa zamówień publicznych, dalej: P.z.p.) i nie zostało ono zwrócone wykonawcy (art. 151 P.z.p.)**.

Z kolei art. 4 zawiera definicje przedsiębiorcy (pkt 1) i wykonawcy (pkt 2). W definicji przedsiębiorcy krąg beneficjentów mechanizmu spłaty niezaspokojonych należności ograniczono do **mikroprzedsiębiorców, małych i średnich przedsiębiorców, w rozumieniu art. 104-106 u.s.dz.g.**

Powyższe wskazuje na to, że, w kontekście zarzutów Wnioskodawcy, każdy z zaskarżonych przepisów (art. 1, art. 3, art. 4) zawiera autonomiczne, wynikające z zakresu regulowanej materii, kryteria ograniczające krąg beneficjentów ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r.

Oznacza to, iż problematyka zgodności z Konstytucją każdego z powołanych przepisów powinna być rozpatrywana odrębnie.

**Ocena zgodności art. 1 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 32 oraz z art. 2 i art. 20 i 22 Konstytucji.**

Przed przystąpieniem do rozważań merytorycznych należy zauważyć, iż przepis art. 1 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. składa się z dwóch jednostek redakcyjnych.

W ust. 1 tego przepisu wskazuje się, o czym wcześniej była mowa, że analizowana 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.

Z kolei ust. 2 w art. 1 analizowanej ustawy zawiera wyłączenie stosowania jej przepisów w stosunku do należności, które mogą być zaspokojone na podstawie art. 647<sup>1</sup> k.c.

Przepis art. 647<sup>1</sup> k.c. brzmi:

„Art. 647<sup>1</sup> § 1. W umowie o roboty budowlane, o której mowa w art. 647, zawartej między investorem 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 dotyczącej 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.”.

Przepis art. 647<sup>1</sup> k.c. został dodany ustawą z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy - Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 49, poz. 408), która weszła w życie z dniem 24 kwietnia 2003 r. Celem wprowadzenia tego przepisu „była ochrona podwykonawców przed nierzetelnymi kontrahentami, którzy powierzają im wykonanie zobowiązania wynikającego z umowy o roboty budowlane i nie płacą im wynagrodzenia. W takiej sytuacji podwykonawca, w świetle ogólnych zasad, miałby roszczenie wyłącznie względem swojego kontrahenta. W związku z tym, że podwykonawcy robót budowlanych mieli znaczne trudności w dochodzeniu roszczenia o zapłatę wynagrodzenia od ich kontrahentów, ustawodawca umożliwił im dochodzenie roszczenia o zapłatę wynagrodzenia także względem inwestora i wykonawcy, którzy z mocy art. 647<sup>1</sup> § 5 KC ponoszą solidarną odpowiedzialność z kontrahentem podwykonawcy za zapłatę wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane” (K. Osajda, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Wydawnictwo C. H. BECK, Warszawa 2012 r., [http://legalis/akt.do?link=KOM.PAP\[ \]10679584.150052238](http://legalis/akt.do?link=KOM.PAP[ ]10679584.150052238)).

Odnosząc ten przepis do przepisów ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r., K. Osajda podniósł: „Alternatywny względem art. 647<sup>1</sup> KC system ochrony mający zastosowanie m.in. do wąskiej kategorii podwykonawców robót budowlanych powstał na podstawie przepisów ustawy z 28.6.2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych (Dz. U. z 2012 r. poz. 891).

Należności, które mogą być zaspokojone na podstawie art. 647<sup>1</sup> KC, są wyłączone z przedmiotowego zakresu zastosowania ustawy z 28.6.2012 r. Stąd uzasadnione jest uznanie regulacji zawartej w tej ustawie za alternatywę względem art. 647<sup>1</sup> KC” (op. cit.).

Należy jednak stwierdzić, iż zarzuty Wnioskodawcy nie odnoszą się do ust. 2 w art. 1, lecz **ograniczają się wyłącznie do ust. 1** w tym przepisie, co jednocześnie powoduje, że, w zakresie obejmującym ocenę konstytucyjności art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r., postępowanie w niniejszej sprawie podlega umorzeniu na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643 ze zm.) [dalej: ustawa o Trybunale Konstytucyjnym] - wobec niedopuszczalności orzekania.

Zarzut naruszenia wskazanych przepisów Konstytucji Prezydent połączył z wyodrębnieniem podmiotów podobnych w oparciu o posiadanie przez te podmioty statusu przedsiębiorcy (podwykonawcy) mającego niezaspokojone należności wynikające ze zrealizowanych prac i usług świadczonych w ramach udzielonego zamówienia publicznego na roboty budowlane w zakresie dróg publicznych.

Przy takim określeniu kręgu podmiotów podobnych zarzut Wnioskodawcy sprowadza się w istocie do zakwestionowania zróżnicowania podmiotów podobnych przez objęcie dobrodziejstwem ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. tylko tych przedsiębiorców, którzy **zawarli umowę z wykonawcą** w związku z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane **udzielonego tylko przez Dyrektora Generalnego**. W tym przypadku mamy do czynienia, jak przekonuje Wnioskodawca, z dwoma niedopuszczalnymi na gruncie Konstytucji kryteriami zróżnicowania podmiotów podobnych - kryterium inwestora, którym może być tylko GDDKiA, oraz kryterium bezpośredniego związania przedsiębiorcy-beneficjenta z wykonawcą udzielonego zamówienia publicznego zawartą umową, co oznacza, że

beneficjentami ustawy mogą być jedynie przedsiębiorcy pierwsi w systemie podwykonawców.

Jako podstawowy wzorzec kontroli art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. Wnioskodawca wskazał art. 64 ust. 1 Konstytucji, gwarantujący każdemu prawo własności, innych praw majątkowych oraz prawo dziedziczenia, a także art. 64 ust. 2 Konstytucji, przyznający równą ochronę tych praw, zaś jako wzorce pomocnicze - art. 32 Konstytucji, wyrażający zasadę równości wobec prawa (ust. 1) i zakaz dyskryminacji (ust. 2), oraz, wywodzoną z art. 2 Konstytucji, zasadę sprawiedliwości społecznej. Ponadto - jako pomocniczy wzorzec kontroli - Wnioskodawca wskazał art. 20 i art. 22 Konstytucji, które łącznie proklamują wolność działalności gospodarczej.

Konstytucyjne wzorce: równej ochrony praw majątkowych, równości wobec prawa oraz sprawiedliwości społecznej stanowiły przedmiot licznych odniesień Trybunału Konstytucyjnego.

Trybunał wskazywał na wzajemne relacje zachodzące pomiędzy tymi zasadami, między innymi, w wyrokach: z dnia 16 listopada 2010 r., w sprawie sygn. akt K 2/10 (OTK ZU seria A nr 9/2010, poz. 102) oraz z dnia 30 kwietnia 2012 r., w sprawie sygn. akt SK 4/10 (OTK ZU seria A nr 4/2012, poz. 42).

W uzasadnieniu wyroku z dnia 30 kwietnia 2012 r. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że art. 64 ust. 2 Konstytucji „*wyraża zasadę równej ochrony własności oraz innych praw majątkowych. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie wskazywał na znaczenie gwarancji zawartych w tym przepisie. Art. 64 ust. 2 Konstytucji poddaje ochronie zarówno prawo własności w rozumieniu prawa cywilnego jak i inne prawa majątkowe. Należą do nich w szczególności prawa majątkowe wynikające z zawartych umów cywilnoprawnych. Norma ta w odniesieniu do praw majątkowych stanowi doprecyzowanie zasady równości wyrażonej w art. 32 ust. 1 Konstytucji. Orzecznictwo Trybunału wskazuje, że istotą tej zasady jest zakaz różnicowania ochrony praw majątkowych ze względu na charakter podmiotu danego prawa (...). Gwarancja ochrony nie jest*

*jednolita dla wszelkich kategorii praw majątkowych. Jej różny zakres wynika z treści i konstrukcji poszczególnych praw. A równość ochrony powinna być odnoszona do praw tej samej kategorii (...). Jednocześnie, jak wielokrotnie wskazał Trybunał, art. 64 ust. 2 Konstytucji nie tylko nawiązuje do zasady równości, ale też daje wyraz ogólnemu stwierdzeniu, że wszystkie prawa majątkowe muszą podlegać ochronie prawnej (...).*

*Jako związkowy wzorzec skarżący przywołuje zasadę sprawiedliwości społecznej wyrażoną w art. 2 Konstytucji. Zasada sprawiedliwości społecznej powinna być pojmowana <jako dążenie do zachowania równowagi w stosunkach społecznych i powstrzymywanie się od kreowania nieusprawiedliwionych, niepopartych obiektywnymi wymogami i kryteriami przywilejów dla wybranych grup obywateli> (wyrok TK z 12 kwietnia 2000 r., sygn. K 8/98, OTK ZU nr 3/2000, poz. 87).*

*W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego zatem sprawiedliwość społeczna jest wiązana z zasadą równości. Obie zasady w znacznym stopniu nakładają się na siebie. Zasada sprawiedliwości społecznej nakazuje w szczególności, aby równo traktować podmioty prawa charakteryzujące się daną istotną cechą. Sprawiedliwość jest przeciwieństwem arbitralności, wymaga bowiem, aby zróżnicowanie poszczególnych podmiotów pozostawało w odpowiedniej relacji do różnic w ich sytuacji (...). Wprowadzanie zróżnicowania podmiotów prawa może okazać się dopuszczalne na gruncie zasady równości wówczas, gdy służy realizacji sprawiedliwości społecznej. Konsekwencją tego jest stwierdzenie, że zróżnicowanie niesprawiedliwe jest zakazane (...). Ze względu na związek z konstytucyjną zasadą równości można wskazać na analogiczne relacje z art. 64 ust. 2 Konstytucji, a więc zasada sprawiedliwości społecznej stanowi wzmocnienie równej ochrony praw majątkowych” (op. cit.).*

Szerzej o zasadzie równości wobec prawa Trybunał Konstytucyjny wypowiedział się, na przykład, w powołanym wcześniej wyroku z dnia 16 listopada 2010 r., w sprawie sygn. akt K 2/10, stwierdzając w uzasadnieniu tego

orzeczenia, że „[z]godnie z dotychczasowym dorobkiem Trybunału Konstytucyjnego, zasada równości wobec prawa polega na tym, aby wszystkie podmioty prawa (adresaci norm prawnych), charakteryzujące się daną cechą istotną (relewantną) w równym stopniu były traktowane równo, bez dyskryminowania i faworyzowania (...).

Trybunał wskazywał, że przy ocenie regulacji prawnej z punktu widzenia zasady równości należy rozważyć, czy można wskazać wspólną cechę istotną uzasadniającą równe traktowanie podmiotów prawa, biorąc pod uwagę treść i cel danej regulacji prawnej. Zgodnie z poglądami wyrażonymi w doktrynie, ciężar dowodu, że wprowadzone różnicowanie podmiotów posiadających wspólną cechę istotną spełnia wymienione wyżej wymogi, spoczywa na organie państwowym, który ustanowił zakwestionowany akt prawotwórczy (...).

Zasada równości zakłada jednocześnie różne traktowanie podmiotów różnych, tj. podmiotów, które nie posiadają wspólnej cechy istotnej. Równość wobec prawa to zasadność wyboru takiego, a nie innego kryterium różnicowania.

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie stwierdzał, że fundamentalny charakter zasady równości w demokratycznym państwie prawnym nie wyklucza możliwości uznania za zgodne z Konstytucją odmiennego traktowania podmiotów podobnych. Warunkiem koniecznym wprowadzenia wyjątków jest jasno sformułowane kryterium, na podstawie którego dokonywane jest zróżnicowanie. Równocześnie kryterium to można w świetle zasad i wartości konstytucyjnych uzasadnić odpowiednio przekonującymi argumentami (...).

Ewentualne wyjątki od zasady równości powinny odpowiadać następującym wymaganiom:

1) zróżnicowania muszą mieć charakter relewantny, tzn. pozostawać w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią przepisów, w których zawarta jest kontrolowana norma oraz służyć realizacji tego celu i treści. To znaczy, że wprowadzane odstępstwa od zasady równości muszą mieć charakter



*racjonalnie uzasadniony. Nie wolno dokonywać zróżnicowania według dowolnie ustalonego kryterium;*

*2) zróżnicowania muszą być proporcjonalne, tzn. waga interesu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów normy, musi pozostawać w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych;*

*3) muszą pozostawać w związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych (...).*

*Podsumowując, Trybunał Konstytucyjny przypomina, iż zasada równości - mimo, że jest jedną z przewodnich zasad kształtujących status jednostki w Rzeczypospolitej - nie ma charakteru bezwzględnego i w pewnych sytuacjach może podlegać ograniczeniu” (op. cit.).*

Odnośnie natomiast wzorców kontroli z art. 20 i art. 22 Konstytucji, Trybunał Konstytucyjny, w uzasadnieniu wyroku z dnia 3 lipca 2012 r., w sprawie sygn. akt K 22/09 (OTK ZU seria A nr 7/2012, poz. 74), stwierdził, że „[w]olność działalności gospodarczej jest publicznym prawem podmiotowym polegającym na swobodzie podmiotu prywatnego podjęcia oraz wykonywania działalności, której zasadniczym celem jest osiągnięcie zysku. Stanowiący wzorzec kontroli w niniejszej sprawie art. 22 Konstytucji dotyczy kwestii dopuszczalności ograniczenia tej wolności. Przepis ten formułuje dwójakiego rodzaju przesłanki wprowadzenia ograniczeń wolności działalności gospodarczej. W płaszczyźnie materialnej wymaga, aby ograniczenia te znajdowały uzasadnienie w <ważnym interesie publicznym>, zaś w płaszczyźnie formalnej, aby były wprowadzone w drodze ustawy” (op. cit.).

Biorąc pod uwagę powołane orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego należy podnieść, że zasadnicze znaczenie dla oceny zgodności z Konstytucją art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. w zakwestionowanym przez

Wnioskodawcę zakresie ma wyodrębnienie wspólnej cechy istotnej uzasadniającej równe traktowanie podmiotów prawa, biorąc pod uwagę treść i cel tej ustawy.

Z perspektywy treści i celu analizowanej ustawy, za wspólną cechę istotną należy uznać posiadanie przez podmiot statusu przedsiębiorcy (podwykonawcy), mającego niezaspokojone należności wynikające ze zrealizowanych prac i usług świadczonych w ramach udzielonego zamówienia publicznego na roboty budowlane w zakresie dróg publicznych, jednak tylko takiego przedsiębiorcy, **który zawarł umowę z wykonawcą w związku z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane udzielonego przez Dyrektora Generalnego.**

Powyższe oznacza, iż krąg przedsiębiorców charakteryzujących się w równym stopniu daną cechą istotną (relewantną), uzasadniającą równe ich traktowanie w zakresie ochrony prawa podmiotowego, jakim jest niezaspokojona wierzytelność, powinien być węższy od kręgu tych przedsiębiorców jako podmiotów podobnych, wskazanego przez Wnioskodawcę. Wnioskodawca, o czym wcześniej była mowa, za cechę relewantną uznał bowiem posiadanie przez podmiot statusu przedsiębiorcy (podwykonawcy), mającego niezaspokojone należności wynikające ze zrealizowanych prac i usług świadczonych w ramach udzielonego zamówienia publicznego na roboty budowlane w zakresie dróg publicznych.

Poszerzenie kręgu beneficjentów ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. wynika z mylnego, jak się wydaje, przekonania Wnioskodawcy, że kryterium inwestora oraz kryterium bezpośredniego związania przedsiębiorcy-beneficjenta z wykonawcą udzielonego zamówienia publicznego są kryteriami różnicującymi podmioty podobne. Tymczasem przepis art. 1 ust. 1 - jako przepis ogólny a jednocześnie początkowy tej ustawy - nie różnicuje podmiotów podobnych, lecz dopiero je określa poprzez wskazanie, o czym wcześniej była mowa, celu regulacji.

Inaczej mówiąc, ściśle określony inwestor (Dyrektor Generalny) oraz ograniczenie działania ustawy jedynie do przedsiębiorców pierwszych w systemie podwykonawców poprzez warunek związania ich umową z wykonawcą, to na gruncie ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. kolejne cechy istotne (relewantne) uzasadniająca równe traktowanie podmiotów prawa, a nie cechy różnicujące podmioty podobne (cechy irrelewantne).

Na konieczność zawężenia - w porównaniu do przyjmowanego przez Wnioskodawcę - kręgu podmiotów podobnych (beneficjentów) wskazuje też treść pozostałych przepisów analizowanej ustawy.

W art. 2 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. jest mowa o spłacie niezaspokojonych wierzytelności przez Dyrektora Generalnego ze środków pochodzących z Krajowego Funduszu Drogowego.

Krajowy Fundusz Drogowy został utworzony w Banku Gospodarstwa Krajowego, a jego zadaniem jest przede wszystkim gromadzenie środków finansowych na budowę i przebudowę dróg krajowych. Środki Funduszu mogą być przeznaczone na finansowanie budowy i przebudowy dróg krajowych, realizowanych przez Dyrektora Generalnego. Wypłat z funduszu dokonuje Bank Gospodarstwa Krajowego, na wniosek Dyrektora Generalnego, na rzecz spółek lub wykonawców robót w wysokości i terminach wynikających z umów (art. 39, art. 39a pkt 1, art. 39f ust. 1 pkt 1 i art. 39k ust. 1 ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym, tekst jednolity - Dz. U. z 2012 r. poz. 931 ze zm.; dalej: ustawa o autostradach płatnych i KFD).

Krajowy Fundusz Drogowy dysponuje środkami publicznymi (*vide* – art. 39b ustawy o autostradach płatnych i KFD).

Gdyby więc intencją ustawodawcy było poszerzenie kręgu beneficjentów ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. o przedsiębiorców, którzy zawarli umowę z wykonawcą w związku z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane udzielonego przez inwestora innego niż Dyrektor

Generalny (np. z organem samorządu terytorialnego), to źródłem „zastępczego” finansowania niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców nie mogłyby być środki, którymi dysponuje Krajowy Fundusz Drogowy.

Problem ten był podnoszony w trakcie prac nad projektem ustawy (*vide* - Sejm VII kadencji, druk nr 451).

Na posiedzeniu Komisji Infrastruktury Sejmu, na którym przeprowadzono pierwsze czytanie rządowego projektu ustawy w sprawie spłaty niezaspokojonych należności przedsiębiorców za niektóre prace, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych (druk 451) Minister Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej stwierdził, że „Generalna Dyrekcja wprost ze środków publicznych z Krajowego Funduszu Drogowego będzie brała na siebie konieczność (...) i możliwość regulowania tego rodzaju płatności w zastępstwie nierzetelnego bądź upadłego wykonawcy” oraz że „tą wąską ustawą wprowadzamy odpowiedzialność szczególną Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad za niezaspokojone przez wykonawcę należności głównego przedsiębiorcy” (sprawozdanie stenograficzne z 38. posiedzenia Komisji Infrastruktury w dniu 12 czerwca 2012 r., Biuletyn nr 612/VII, s. 3).

Z kolei na posiedzeniu Komisji Infrastruktury Sejmu, na którym rozpatrywano sprawozdanie podkomisji nadzwyczajnej o rządowym projekcie ustawy w sprawie spłaty niezaspokojonych należności przedsiębiorców za niektóre prace, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych (druk 451), poseł S. Żmijan ujawnił, że w trakcie prac podkomisji nad tym projektem przedmiotem dyskusji była między innymi „kwestia, czy ustawa ma objąć wszystkie inwestycje budowlane, czy tylko drogowe realizowane z Krajowego Funduszu Drogowego, dla których zamawiającym jest Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad. Podkomisja ostatecznie rozstrzygnęła tak tę kwestię, że przepisy ustawy odnoszą się tylko do inwestycji infrastrukturalnych realizowanych w oparciu o ustawę - Prawo zamówień publicznych, których zamawiającym jest Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i

Autostrad. BOWIEM tym instrumentem finansowym, z którego byłyby realizowane te należności, jest Krajowy Fundusz Drogowy” (sprawozdanie stenograficzne z 41. posiedzenia Komisji Infrastruktury w dniu 26 czerwca 2012 r., Biuletyn nr 658/VII, s. 6).

Warto dodać, że w uzasadnieniu do rządowego projektu ustawy w sprawie spłaty niezaspokojonych należności przedsiębiorców za niektóre prace, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych (druk 451) wskazano, iż spłata należności dla przedsiębiorców odnosi się wyłącznie do zrealizowanych i odebranych prac, a więc dotyczy należności, co do których przedsiębiorcy nabyli już roszczenie, a **które pośrednio pochodzą ze środków publicznych (przekazanych bezpośrednio wykonawcy i które powinny być przekazane przedsiębiorcom z tytułu zrealizowania i oddania prac)** [podkr. wł.]” (s. 6).

Na konieczność zawężenia - w porównaniu do przyjmowanego przez Wnioskodawcę - kręgu podmiotów podobnych (beneficjentów) ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. wskazują też przepisy art. 5, art. 7 i art. 8 tej ustawy, które regulują procedurę zgłoszeń Dyrektorowi Generalnemu należności przysługujących przedsiębiorcom od wykonawcy, wymieniają wymagane w tej procedurze dokumenty, w tym określają treść i formę niezbędnych oświadczeń.

W tym przypadku chodzi o zawężenie kręgu beneficjentów w oparciu o kryterium bezpośredniego związania przedsiębiorcy-beneficjenta z wykonawcą udzielonego zamówienia publicznego (beneficjentami mogą być jedynie przedsiębiorcy pierwsi w systemie podwykonawców).

Zgodnie z powołanymi przepisami, przedsiębiorca ubiegający się o spłatę niezaspokojonych należności musi przedstawić Dyrektorowi Generalnemu szereg dokumentów oraz oświadczeń, które obligatoryjnie podlegają weryfikacji przez Dyrektora Generalnego, w tym kopię umowy zawartej z wykonawcą (art. 5 ust. 2 pkt 2 lit. c ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r.).

Prawidłowa weryfikacja przedstawionych przez przedsiębiorcę dokumentów oraz oświadczeń jest natomiast możliwa do przeprowadzenia dlatego, że treść tych dokumentów Dyrektor Generalny może porównać z treścią umowy, jaką on sam zawarł z wykonawcą.

Tego rodzaju weryfikacja jest możliwa także wówczas, gdy przedsiębiorca (podwykonawca) ubiegający się o spłatę niezaspokojonych należności, który zawarł umowę z wykonawcą, zleci następnie wykonie prac z tej umowy innemu przedsiębiorcy (kolejnemu podwykonawcy) [vide - art. 7 ust. 3 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r.], o czym szerzej w dalszej części niniejszego stanowiska.

Jeżeli natomiast przedsiębiorca (podwykonawca) ubiegający się o spłatę niezaspokojonych należności, który zawarł umowę z wykonawcą, zleci następnie wykonie prac z tej umowy innemu przedsiębiorcy (kolejnemu podwykonawcy), zaś ten inny przedsiębiorca kolejny raz zleci te prace następnemu przedsiębiorcy (podwykonawcy trzeciemu w kolejności), prawidłowa weryfikacja przez Dyrektora Generalnego jako inwestora zrealizowania zleconych prac przez tego trzeciego podwykonawcę (oraz, ewentualnie, kolejnych podwykonawców) jest praktycznie niemożliwa, zważywszy choćby na prawo do zawierania pomiędzy przedsiębiorcami także ustnych umów na roboty budowlane.

Na innego rodzaju niebezpieczeństwa związane z nadmiernym poszerzeniem zakresu podmiotowego ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. zwracano uwagę w trakcie prac nad projektem kwestionowanej ustawy, gdy na posiedzeniu Komisji Infrastruktury Sejmu w dniu 26 czerwca 2012 r. została zgłoszona poprawka (ostatecznie jej nie przyjęto), zgodnie z którą projektowanym mechanizmem spłat niezaspokojonych należności mieliby być objęci wszyscy podwykonawcy udzielonego zamówienia publicznego, a nie tylko ci, którzy zawarli umowę z wykonawcą.

Odnosząc się do tej poprawki, podsekretarz stanu w Ministerstwie Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej stwierdził, że „przyjęcie tej poprawki podważa całą konstrukcję projektu i musiałyby być przebudowane. Ale ma również inne konsekwencje. Tak na przykład przyjęcie tej poprawki uchyla nasz argument, że nie mamy do czynienia z pomocą publiczną, ponieważ w tym przypadku trudno mówić o roszczeniu zwrotnym wobec wykonawcy ze strony Generalnego Dyrektora za wpłacenie środków. Mamy bowiem do czynienia z podmiotami, między którymi nie ma żadnych relacji prawnych” oraz że „konstrukcja ustawy oparta jest na tym, że podwykonawcy zgłaszają się do Generalnego Dyrektora przedstawiając określone dokumenty, które mogą podlegać weryfikacji dzięki temu, że Generalny Dyrektor posiada informacje pozwalające na dokonanie takiej czynności. Natomiast tutaj wchodzimy tak daleko w głąb istniejącej sieci powiązań, że właściwie Generalny Dyrektor nie będzie w stanie dokonać prawidłowej weryfikacji i cały ten mechanizm ulegnie całkowitemu zatarciu. Tak, że naszym zdaniem, rozszerzenie tak daleko idące zakresu podmiotowego podważa sens tej regulacji w takim kształcie” (sprawozdanie stenograficzne z 41. posiedzenia Komisji Infrastruktury w dniu 26 czerwca 2012 r., op. cit., s. 18-19).

Trzeba mieć na uwadze, że intencją proponowanego we wspomnianej wyżej poselskiej poprawce poszerzenia zakresu podmiotowego komentowanej ustawy o wszystkich podwykonawców zamówienia publicznego na roboty budowlane udzielonego przez Dyrektora Generalnego było wsparcie finansowe (choćby częściowe) przedsiębiorców będących dalszymi ogniwami w łańcuchu podmiotów wykonujących tego rodzaju roboty, których pozycja w tym łańcuchu jest najsłabsza. W debacie sejmowej nad tą poprawką padał argument o braku możliwości wyegzekwowania przez owych dalszych podwykonawców należności za wykonane prace w ramach realizacji zamówienia publicznego w oparciu o inne procedury z uwagi na częsty brak („zniknięcie”) podmiotu

zlecającego (przedsiębiorcy bliższego wykonawcy w łańcuchu podwykonawców).

Postulaty poszerzenia podmiotowego zakresu ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. częściowo realizowane są poprzez wymogi procedury ubiegania się o spłatę niezaspokojonych należności.

Jednym z wymaganych w tej procedurze dokumentów, w sytuacji gdy przedsiębiorca wykonywał prace związane z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane przy pomocy innych podmiotów, jest bowiem - składane pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań - **oświadczenie, że zgłaszający należność przedsiębiorca nie zalega wobec tych podmiotów z zapłatą za zrealizowane i odebrane prace albo że zaliczka, o której mowa w art. 6 tej ustawy, została przekazana na zaspokojenie roszczeń tych podmiotów** (art. 7 ust. 3 i art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r.).

Tego rodzaju oświadczenie stanowi, jak się wydaje, wystarczającą gwarancję tego, że z dobrodziejstwa ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. będą mogli skorzystać nie tylko ci przedsiębiorcy, którzy zawarli umowę z wykonawcą w związku z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane udzielonego przez Dyrektora Generalnego, ale też - pośrednio - przedsiębiorcy, którzy wykonywali prace zlecone im przez tych przedsiębiorców (podwykonawcy podwykonawców).

Tym samym rozwiązany zostaje problem wsparcia finansowego przynajmniej tych przedsiębiorców, którzy są kolejnym - drugim po przedsiębiorcach, którzy zawarli umowę z wykonawcą - ogniwem w łańcuchu podwykonawców realizujących przedmiotowe zamówienia publiczne.

Reasumując tę część rozważań należy stwierdzić, że przewidziane w ustawie z dnia 28 czerwca 2012 r. wymogi: aby zamówienie publiczne na roboty budowlane zostało udzielone przez jednego inwestora - Dyrektora Generalnego



oraz aby występowało bezpośrednie związanie umow przedsiębiorcy-beneficjenta z wykonawc udzielonego zamówienia publicznego, to wspólnne cechy istotne uzasadniające równe traktowanie przedsiębiorców (cechy relewantne), a nie - jak przekonuje Wnioskodawca - kryteria róźnicujce podmioty podobne.

Powyższe oznacza, że przepis art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. jest zgodny z art. 64 ust. 1 i 2 Konstytucji, poniewaź gwarantuje przedsiębiorcom ochronę prawa do spłaty niektórych niezaspokojonych naleźności oraz przyznaje równą ochronę tych praw.

Oznacza to w konsekwencji zgodność tego przepisu z art. 2, art. 32, art. 20 i art. 22 Konstytucji, jako wzorcami pomocniczymi.

Na marginesie tej części rozwaźań naleźy odnieść się do stwierdzenia Wnioskodawcy, że, zgodnie z pierwotnym celem, który ustawa z dnia 28 czerwca 2012 r. miała realizować, jej beneficjentami powinni zostać przedsiębiorcy (podwykonawcy), których niezaspokojone naleźności wynikały ze wszystkich zamówień publicznych, a nie tylko zamówień publicznych na roboty budowlane.

Stwierdzenia tego nie można traktować w kategoriach zarzutu, skoro sam Wnioskodawca krąg podmiotów podobnych na gruncie ustawy z dnia 28 czerwca 2012 , o czym wczęniej była mowa, sformułowł inaczej, znacznie go zawęźajc.

Niemniej naleźy stwierdzić, że podmiotowo-przedmiotowy zakres kwestionowanej przez Wnioskodawcę ustawy był tematem dyskusji na etapie prac sejmowych nad jej projektem.

Na posiedzeniu Komisji Infrastruktury Sejmu Minister Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej, podsumowując tę dyskusj, wyjaśniał, że „[z]decydowłiśmy się (...) ograniczyć tę ustawę do problemu relacji w obrębie odpowiedzialności Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad. Czyli nie

rozciągamy całości odpowiedzialności czy <solidarnej współodpowiedzialności>. Bo to nie jest wprost solidarna odpowiedzialność w myśl rozumienia Kodeksu cywilnego. My tutaj tą ustawą specjalną regulujemy bardzo specyficzną relację nieobjętą dzisiaj przez polskie prawo solidarną odpowiedzialnością.

My tą ustawą mówimy, że w sytuacji kiedy zamawiającym jest Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, wówczas ma ona prawo regulować należności w stosunku do podwykonawców. Nie regulujemy spraw generalnych związanych ze sferą zamawiających, którzy działają na podstawie ustawy - Prawo zamówień publicznych. Dlatego również i to budziło wątpliwości natury konstytucyjnej, jak i budziło wątpliwości Komisji Wspólnej Rządu i samorządu, samorzady prosiły o więcej czasu. Stąd rozdzielamy te dwa projekty.

Jesteśmy gotowi pracować również nad drugim projektem, który będzie komplementarny względem nowej ustawy - Prawo zamówień publicznych, która jest przygotowywana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Ustawa ta będzie regulowała szerszą niż do tej pory solidarną odpowiedzialność szeroko rozumianej strony publicznej za zamówienia udzielane w oparciu o ustawę - Prawo zamówień publicznych. Stąd drugie moje wyjaśnienie dotyczące tego, dlaczego wąsko, a nie szeroko traktujemy problem, choć początkowo planowaliśmy to uregulować generalnie” (sprawozdanie stenograficzne z 38. posiedzenia Komisji Infrastruktury w dniu 12 czerwca 2012 r., op. cit., s. 3).

Trzeba dodać, że w dniu 17 stycznia 2013 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych skierował pod obrady Rady Ministrów projekt ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych, którego rozwiązania, jak się w tym projekcie zakłada, mają służyć, między innymi, wzmocnieniu ochrony słusznych praw podwykonawców uczestniczących w procesie realizacji zamówień publicznych, w szczególności zapewnieniu terminowej oraz pełnej wypłaty należnego im wynagrodzenia (*vide* - uzasadnienie projektu

zamieszczone na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, w zakładce „prace legislacyjne - ustawy”).

**Ocena zgodności art. 3 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 32 oraz z art. 2 i art. 20 i 22 Konstytucji.**

Art. 3 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r., o czym wcześniej była mowa, wprowadza szereg ograniczeń przedmiotowego zakresu ustawy, w tym wymóg, aby zabezpieczenie należytego wykonania umowy, o którym mowa w art. 147 P.z.p., nie zostało zwrócone wykonawcy zgodnie z art. 151 P.z.p. Do tego też zakresu normatywnego art. 3 analizowanej ustawy ogranicza się zarzut Wnioskodawcy.

Dla przypomnienia - Wnioskodawca zauważa, iż w obowiązującym stanie prawnym żądanie zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest każdorazowo fakultatywne, gdyż obowiązek wniesienia przez wykonawcę zabezpieczenia nie ma źródła w ustawie, lecz w czynności prawnej zamawiającego, polegającej na stosownym sformułowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, i dodaje, że na wszelkie zdarzenia mające związek z istnieniem bądź brakiem zabezpieczenia należytego wykonania umowy żadnego wpływu nie mają przedsiębiorcy, a w sytuacjach określonych w art. 151 P.z.p. również Dyrektor Generalny.

Z argumentacją Prezydenta trudno się nie zgodzić.

P. Granecki wskazuje, że prawo zamawiającego do żądania zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o jakim mowa w art. 147 P.z.p., służy „zabezpieczeniu roszczeń zamawiającego na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Ustawa z 5.11.2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591), która weszła w życie 22.12.2009 r., zniósła ustawowy nakaz żądania przez zamawiającego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Usunięcie z art. 147 ustawy ust. 3 i 4

spowodowało, że zamawiający nie jest już zobowiązany, ale uprawniony, do żądania wniesienia przez wykonawcę takiego zabezpieczenia. (...)

Dla wykonawcy obowiązek wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy wynika z postanowień siwz (specyfikacja istotnych warunków zamówienia - przyp. wł.). Ustawa wyznacza zakres uprawnień zamawiającego i w ramach tych uprawnień zamawiający może żądać zabezpieczenia. **Obowiązek wniesienia zabezpieczenia powstaje wówczas, gdy zamawiający zamieści odpowiednie postanowienie w siwz (podkr. wł.).** Oczywiście dotyczy on tylko wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą i który został zaproszony do podpisania umowy.

Zgodnie z Interpretacją Prezesa UZP <Należności jakie mogą być pokryte środkami z zabezpieczenia należytego wykonania umowy> opublikowaną na stornie UZP: <zamawiający może pokryć środkami z zabezpieczenia należytego wykonania umowy należności, których dochodzenie jest dozwolone przepisami prawa lub postanowieniami umowy, jako sposobu naprawienia szkody spowodowanej niewykonaniem lub nienależyтым wykonaniem zamówienia, w tym również wykonania zastępczego czy zapłaty zastrzeżonej w umowie sumy (kary umownej)>.

**Zabezpieczenie pełni rolę gwarancyjną, a jednocześnie dyscyplinującą wykonawcę. Charakter gwarancyjny przejawia się w tym, że po pierwsze, zabezpieczenie podlega zwrotowi po należyтым wykonaniu zobowiązania wykonawcy, po drugie, jego zatrzymanie przez zamawiającego związane jest wyłącznie z roszczeniami z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (podkr. wł.).** Ustawa nie określa terminu wniesienia zabezpieczenia. Możliwe jest określenie w specyfikacji na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 15 PrZamPubl szczegółowych wymagań dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w tym także terminu jego wniesienia najpóźniej w dniu podpisania umowy w sprawie zamówienia. Zdaniem Autora niedopuszczalne jest wniesienie zabezpieczenia

już po podpisaniu umowy. Wniosek taki wynika z obowiązku, jaki ciąży na zamawiającym, prowadzenia postępowania z należytą starannością. (...)

W obecnym stanie prawnym zamawiający nie jest zobowiązany do żądania zabezpieczenia, a skorzystanie z tego uprawnienia będzie zależało od woli zamawiającego. Podejmując decyzję o żądaniu wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający powinien brać pod uwagę przede wszystkim potencjalne ryzyko (i skutki) związane w niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia, jak również i to, że żądanie zabezpieczenia może wiązać się ze wzrostem cen ofert. (...)

W uzupełnieniu powyższych rozważań należy wskazać, że zamawiający może tylko i wyłącznie ustanowić zabezpieczenie, które zostało zakreślone w art. 147-151 PrZamPubl. Ustawodawca nie przewidział możliwości ustanowienia innego zabezpieczenia (por. wyr. KIO z 14.7.2009 r., KIO/UZP 812/09, KIO/UZP 833/09)” [komentarz P. Graneckiego do art. 147 P.z.p. (w) P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wydawnictwo C. H. BECK, Warszawa 2012, [http://legalis/akt.do?link=KOM.PAP\[\]13074717.135051043](http://legalis/akt.do?link=KOM.PAP[]13074717.135051043)).

W kontekście braku obowiązku żądania przez inwestora od wykonawcy wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy wątpliwości musi budzić uzależnienie uruchomienia instytucji spłaty, określonej w ustawie z dnia 28 czerwca 2012 r., od trwania tego zabezpieczenia w momencie wystąpienia ze zgłoszeniem, o którym mowa w art. 5 tej ustawy.

Przewidziany w art. 3 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. wymóg (trwanie zabezpieczenia) różnicuje bowiem przedsiębiorców, którzy podpisali umowy na roboty budowlane z wykonawcą, w zależności od warunku, którego spełnienie nie jest uzależnione od ich woli, lecz od działania (zaniechania) osób trzecich (wykonawców i inwestora).

Jeżeli za podmioty podobne, objęte dobrodziejstwem ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r., uznamy przedsiębiorców, którzy zawarli umowę z wykonawcą

w związku z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane udzielonego przez Dyrektora Generalnego, to tego rodzaju zróżnicowanie podmiotów podobnych należy uznać za niedopuszczalne, ponieważ nie pozostaje ono w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią przepisów powołanej ustawy oraz nie służy realizacji tego celu i treści.

Ponadto zróżnicowanie to nie jest proporcjonalne oraz nie pozostaje w związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych.

Jednak przede wszystkim wprowadzane odstępstwo od zasady równości nie zostało racjonalnie uzasadnione, co powoduje, że kryterium trwania zabezpieczenia jest kryterium ustalonym dowolnie.

Wydaje się, że ustawodawca wyszedł z założenia, iż przedsiębiorcy, którego wierzytelności wykonawca nie zaspokoił, nie jest potrzebna pomoc publiczna w sytuacji, gdy „zadłużony” wobec niego wykonawca odzyskał od inwestora przedmiot zabezpieczenia. Nie wiadomo przy tym, czy zwrot zabezpieczenia, którego przedmiotem są na przykład pieniądze, należy traktować tak samo jak zwrot kwoty zabezpieczenia, pomniejszonej o kwotę stanowiącą zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady (*vide* - art. 151 ust. 1 i 2 P.z.p.).

Jeżeli jednak ustawodawca, z jednej strony, zdecydował się na udzielenie konkretnej pomocy określonym kategoriom przedsiębiorców, to jednocześnie, z drugiej strony, nie może uchylać się od tej pomocy zakładając (w wielu przypadkach przecież błędnie), że zwrot zabezpieczenia automatycznie spowoduje wywiązanie się wykonawcy (choćby częściowo) z obowiązku wypłaty przedsiębiorcom (podwykonawcom) zaległych należności za zrealizowane i wykonane prace.

Wszak wykonawcy mogli zlecić wykonanie prac większej liczbie podwykonawców, a poza tym ich zobowiązania płatnicze mogą wynikać nie tylko z wykonywania robót budowlanych, objętych ustawą z dnia 28 czerwca

2012 r. Oznacza to, że nie tylko kolejność zaspokojenia wierzycieli, ale też ich wybór będzie uzależniony od woli wykonawcy, a skoro tak, to pomimo zwrotu przez inwestora na rzecz wykonawcy przedmiotu zabezpieczenia przed zgłoszeniem, o którym mowa w art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r., w gronie przedsiębiorców pominiętych przez tychże wykonawców mogą znaleźć się i tacy, którzy spełniają pozostałe warunki określone w tej ustawie.

Nie można też zapominać o ściśle określonej funkcji zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

P. Granecki wskazuje, że „[z]godnie z treścią przepisu art. 147 ust. 2 PrZamPubl w obecnym brzmieniu zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania oraz nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zabezpieczenie będzie zatem służyć w szczególności pokryciu następujących roszczeń o zapłatę: odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (art. 471 KC), odszkodowania z tytułu zwłoki w wykonaniu umowy wzajemnej (art. 491 § 1 KC), odszkodowania z tytułu niemożności świadczenia, za którą wykonawca ponosi odpowiedzialność (art. 493 § 1 KC), odszkodowania z tytułu szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania z umowy wzajemnej (art. 494 KC), kary umownej (art. 483 § 1 KC), kary stanowiącej określoną kwotę pieniężną, zastrzeżonej przez strony na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania, niezależnie od powstania szkody. Z uwagi na treść art. 151 ust. 3 PrZamPubl zabezpieczenie służy także pokryciu roszczeń z tytułu rękojmi za wady w tych stosunkach prawnych, w których dochodzi do powstania odpowiedzialności z tytułu rękojmi. Zamawiający utracił zatem uprawnienie do wykorzystywania instytucji zabezpieczenia należytego wykonania umowy celem zabezpieczenia roszczeń z tytułu gwarancji. W przypadku gdy - pomimo tego - zamawiający określi w siwz, a następnie w postanowieniach przyszłej umowy, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy służyć ma do zabezpieczenia roszczeń nie tylko z tytułu rękojmi, ale także gwarancji jakości, to zdaniem

Autora postanowienie to w zakresie odnoszącym się do zabezpieczenia roszczeń przysługujących zamawiającemu z tytułu odpowiedzialności gwarancyjnej należałoby uznać za nieważne na podstawie art. 58 KC” (komentarz P. Graneckiego do art. 147 P.z.p. (w) P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, op. cit.).

Warto też zwrócić uwagę na to, jak kwestia wymaganego zabezpieczenia była rozumiana na etapie prac nad projektem ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r.

Otóż na posiedzeniu Komisji Infrastruktury Sejmu Minister Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej wyjaśniał: „Z grubsza powiem w ten sposób, że przyjęliśmy takie założenie, i od razu jest to informacja dla tych państwa, którzy śledzili postęp prac nad tym projektem: odeszliśmy od pierwotnego pomysłu, aby bezpośrednio z zabezpieczenia, które jest w ręku strony publicznej i może być uruchomione na wypadek, mówię o zabezpieczeniu należytego wykonania, może być uruchomione na żądanie strony zamawiającej. Odeszliśmy od tego, aby z tego zabezpieczenia regulować wprost płatności dla podwykonawców. W opinii wielu prawników – konstytucjonalistów, byłoby to naruszenie umów wcześniej zawartych i stanowiłoby podstawę do zakwestionowania tego rodzaju wypłat. Stąd w ustawie mówimy, że Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad dysponuje środkami z Krajowego Funduszu Drogowego do wysokości zabezpieczenia, o którym mówi się w innych przepisach prawa, czyli do wysokości zabezpieczenia gwarancji należytego wykonania. Zatem Generalna Dyrekcja wprost ze środków publicznych z Krajowego Funduszu Drogowego będzie brała na siebie konieczność potrzeby i możliwość regulowania tego rodzaju płatności w zastępstwie nierzetelnego bądź upadłego wykonawcy, mówiąc tak skrótowo” (sprawozdanie stenograficzne z 38. posiedzenia Komisji Infrastruktury w dniu 12 czerwca 2012 r., op. cit., s. 3).



Odnosząc się do zacytowanego wyżej poglądu P. Graneckiego oraz wypowiedzi ministra, należy stwierdzić, że ograniczenie górnej granicy finansowej odpowiedzialności Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad „w zastępstwie nierzetelnego bądź upadłego wykonawcy” **do wysokości** środków pochodzących z zabezpieczenia nie budzi wątpliwości. Przyjęcie takiego założenia stanowi bowiem wyraz gwarantowanej ustawodawcy swobody w kształtowaniu prawa.

Skoro jednak środki pochodzące z zabezpieczenia nie mogą być traktowane jako źródło pokrycia wierzytelności podwykonawców wobec wykonawców z tytułu zrealizowania i odebrania prac, o których mowa w ustawie z dnia 28 czerwca 2012 r., to uzależnienie spłaty tych wierzytelności, czy nawet ich części, od trwania zabezpieczenia w chwili, określonego w art. 5 ust. 1 tej ustawy, zgłoszenia, nie znajduje uzasadnienia.

Niezależnie bowiem od uruchomienia instytucji spłaty przewidzianej w ustawie z dnia 28 czerwca 2012 r., jak również niezależnie od skuteczności roszczeń, przewidzianych w art. 11 ust. 1 tej ustawy (regresowych), Dyrektor Generalny będzie musiał zwrócić na rzecz wykonawcy przedmiot zabezpieczenia, jeżeli tylko zostaną spełnione warunki, o których mowa w art. 151 P.z.p.

Reasumując tę część rozważań należy stwierdzić, że art. 3 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r., w zakresie, w jakim spłatę niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych, uzależnia od wniesienia przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy i niezwrócenia tego zabezpieczenia wykonawcy przez zamawiającego zgodnie z art. 151 P.z.p., jest niezgodny z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 32 Konstytucji RP.

W tej sytuacji za zbędną należy uznać kontrolę zgodności tego przepisu z art. 2, art. 20 i art. 22 Konstytucji.

**Ocena zgodności art. 4 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 32 oraz z art. 2 i art. 20 i 22 Konstytucji.**

Przed podjęciem rozważań merytorycznych należy zauważyć, iż przepis art. 4 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. składa się z dwóch jednostek redakcyjnych. W pierwszej (pkt 1) zawarto, sformułowaną na użytek ustawy, definicję przedsiębiorcy, zaś w drugiej (pkt 2) - przyjęto, także na użytek tej ustawy, definicję wykonawcy.

Dla przypomnienia - zarzuty Wnioskodawcy pod adresem powołanego przepisu sprowadzają się do kwestionowania zakresu definicji przedsiębiorcy, a nie wykonawcy.

Powyższe oznacza, że konstytucyjną kontrolą wywołaną wnioskiem Prezydenta można objąć jedynie pkt 1 w art. 4 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r.

Wobec tego, w zakresie obejmującym ocenę konstytucyjności pkt 2 w art. 4 tej ustawy postępowanie podlega umorzeniu na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

Wnioskodawca uważa, iż ograniczenie kręgu przedsiębiorców - beneficjentów ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. tylko do grona przedsiębiorców spełniających wymagania dla mikroprzedsiębiorców oraz małych i średnich przedsiębiorców, w rozumieniu art. 104-106 u.s.dz.g., narusza powołane wzorce konstytucyjnej kontroli, dlatego że ustawa z dnia 28 czerwca 2012 r. i wykreowany w niej mechanizm (pominięcie dużych przedsiębiorców) nastawiony jest na pomoc tylko niektórym przedsiębiorcom będącym kontrahentami wykonawców, co nie znajduje żadnego aksjologicznego uzasadnienia.

Ten zarzut Wnioskodawcy jest trafny.

W uzasadnieniu projektu ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. wskazuje się, że „[w] praktyce na rynku usług budowlanych występują coraz częściej przypadki nieregulowania lub nieterminowego regulowania należności za

wykonane świadczenia dotyczące robót budowlanych, w szczególności wobec przedsiębiorców występujących w procesie inwestowania w charakterze podwykonawców. Odnosi się to często do należności za roboty budowlane wykonywane przez małych i średnich przedsiębiorców, których kontrahentami są generalni wykonawcy, na ogół duże przedsiębiorstwa budowlane - spółki akcyjne lub z ograniczoną odpowiedzialnością, przedstawiające swoją sytuację finansową jako bardzo dobrą. Taki status wzbudza zaufanie u mających z nimi współpracować małych i średnich przedsiębiorców. Okazuje się jednak, że sytuacja finansowa tych firm nie jest tak korzystna jak spodziewali się tego podwykonawcy zawierający z nimi umowę w przeświadczeniu, że takie podmioty gospodarcze mają niezachwianą pozycję nie tylko na krajowym rynku budowlanym. Mają miejsce sytuacje gdy zgłaszane są wnioski o ogłoszenie upadłości wykonawców będących kontrahentami małych i średnich przedsiębiorców. Takie wydarzenia przyczyniają się do utraty płynności finansowej wielu podwykonawców i w konsekwencji prowadzą do zwolnień pracowników i ich upadłości. Należy zatem dostrzec, że opisane powyżej negatywne zjawisko gospodarcze wywiera wpływ nie tylko na przedsiębiorców realizujących zamówienia publiczne, lecz również na ich licznych pracowników, którzy także ponoszą konsekwencje dramatycznej sytuacji finansowej w jakiej zostaje postawiony ich pracodawca. W przypadku nieuregulowania przez wykonawcę należności na rzecz podwykonawców sytuacja prawna podwykonawców kształtuje się niekorzystnie. Obecnie wraz z upadłością wykonawcy realizującego zamówienie publiczne na roboty budowlane, przedsiębiorcy będący podwykonawcami muszą zadowolić się zaspokojeniem swoich roszczeń z masy upadłości. Wobec powyższego przedsiębiorcy nie mają pewności, czy po zakończeniu długotrwałych postępowań sądowych będą mogli wyegzekwować zasądzone od nierzetelnych dłużników należności z tytułu wykonanych prac wynikających z realizacji udzielonego zamówienia publicznego” (uzasadnienie projektu ustawy w sprawie spłaty niezaspokojonych

należności przedsiębiorców za niektóre prace, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych, Sejm VII kadencji, druk nr 451, s. 1).

Z kolei, jakich konkretnie przedsiębiorców dotyczy ustawa z dnia 28 czerwca 2012 r., zostało wyjaśnione na s. 5 uzasadnienia jej projektu. Stwierdza się tam, że przepisy art. 104-106 u.s.dz.g. „definiują pojęcie mikroprzedsiębiorcy, małego oraz średniego przedsiębiorcy wskazując, iż zakwalifikowanie przedsiębiorcy do jednej z opisanych kategorii jest uzależnione od kryterium liczby zatrudnianych przez niego pracowników oraz osiągniętego rocznego obrotu netto. Za średniego przedsiębiorcę uważa się przedsiębiorcę, który w co najmniej jednym z dwóch ostatnich lat obrotowych zatrudniał średniorocznie mniej niż 250 pracowników. Należy zatem wskazać, iż projekt będzie dotyczył tych przedsiębiorców, którzy zatrudniają mniej niż 250 pracowników średniorocznie a więc również przedsiębiorców w rozumieniu art. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej czyli osoby fizyczne, osoby prawne i jednostki organizacyjne niebędące osobą prawną, którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonujące we własnym imieniu działalność gospodarczą bądź wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej, zatrudniających choćby jednego pracownika”.

Trzeba odnotować, że na niebezpieczeństwo naruszenia Konstytucji przez wprowadzenie ograniczenia zakresu podmiotowego ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. tylko do mikro, małych i średnich przedsiębiorców zwracano uwagę już w trakcie prac nad projektem tej ustawy.

Na posiedzeniu Komisji Infrastruktury w dniu 26 czerwca 2012 r., legislator M. K. stwierdziła: „Chcielibyśmy zgłosić uwagę generalną. Ona jest uwagą systemową, podobnie jak nasza poprzednia. Otóż ograniczając pomoc, jaką przewiduje ta ustawa, tylko do mikro, małych i średnich przedsiębiorców, mogą się państwo narazić, a ściślej rzecz biorąc, ustawodawca, na zarzut naruszenia artykułu 64 ustęp 2 konstytucji, który statuuje zasadę równej ochrony

praw majątkowych. Prawem majątkowym, zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, jest także wierzytelność przedsiębiorcy, którą ta ustawa ma chronić.

Równocześnie w naszej ocenie trudno jest wskazać przesłanki, dla których to rozróżnienie, a więc odmówienie ochrony dużym przedsiębiorcom, znajduje uzasadnienie w przesłankach, które są wymienione w artykule 31 ust. 3 konstytucji, które pozwalają na takie ograniczenie” (sprawozdanie stenograficzne z 41. posiedzenia Komisji Infrastruktury w dniu 26 czerwca 2012 r., op. cit., s. 17).

Odnosząc się do tego zarzutu, Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej stwierdził, że „w systemie prawnym bardzo często w wielu miejscach i w wielu ustawach, występują preferencje dla małych i średnich przedsiębiorstw. Prawo jest dla czuwającego, a ustawodawca zakłada, że w przypadku dużych przedsiębiorstw mają one znacznie większe możliwości właściwego rozeznania ryzyka, dysponują wyspecjalizowaną obsługą prawną, wyspecjalizowaną siecią firm doradczych, z których korzystają na co dzień.

I stąd w celu ochrony słabszego podmiotu, w wielu ustawach przewidziane są pewne, można powiedzieć preferencje, a można też powiedzieć wyrównanie szans dla podmiotów mniejszych i średnich. I jest to powszechna zasada zarówno w prawie unijnym, jak i w prawie polskim. Podobnie zresztą jak występuje ochrona konsumentów oparta na podobnym założeniu, że w sensie formalnym mamy do czynienia z równoprawnymi stronami, ale nie ma mowy o równoprawności w sensie ekonomicznym. Dlatego prawo stosuje tutaj pewne preferencje” (sprawozdanie stenograficzne z 41. posiedzenia Komisji Infrastruktury w dniu 26 czerwca 2012 r., op. cit., s. 17-18).

Z powyższego wynika, że z dobrodziejstwa przedmiotowej ustawy nie będą mogli skorzystać przedsiębiorcy zatrudniający średniorocznie (co najmniej

w jednym z dwóch ostatnich lat obrotowych) 250 lub więcej niż 250 pracowników.

Tymczasem, jak słusznie podnosi Wnioskodawca, skoro jednym z podstawowych kryteriów kwalifikacji przedsiębiorców jest poziom zatrudniania, to duży przedsiębiorca będzie potencjalnie zatrudniał większą liczbę pracowników niż mały czy średni. Oznacza to, że problemy finansowe dużego przedsiębiorcy, związane z brakiem zapłaty przez wykonawcę głównego należności wynikających ze zrealizowanych i odebranych prac, w jeszcze większym stopniu odbiją się na rynku pracy niż problemy finansowe mniejszych przedsiębiorców.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że zróżnicowanie podmiotów podobnych w oparciu o kryterium wielkości przedsiębiorcy (ilości zatrudnionych pracowników) nie pozostaje w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. oraz nie służy realizacji tego celu i treści.

W konsekwencji, art. 4 pkt 1 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. w zakresie, w jakim spłatę niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych, uzależnia od wielkości przedsiębiorcy, jest niezgodny z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 32 Konstytucji RP.

W tej sytuacji za zbędną należy uznać kontrolę zgodności tego przepisu z art. 2, art. 20 i art. 22 Konstytucji.

**Ocena zgodności art. 5 ust. 3 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. z art. 2 i art. 32 ust. 1 w związku z art. 64 ust. 2 Konstytucji.**

Zdaniem Prezydenta, w art. 5 ust. 3 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. dochodzi do arbitralnego powiązania określonych skutków prawnych z granicą 3% wartości zamówienia publicznego.

Wnioskodawca stwierdza też, że kwestionowany przepis zawiera treść niedookreśloną, ponieważ nie udziela odpowiedzi na trzy istotne pytania, a mianowicie:

- w jaki sposób przedsiębiorcy będący beneficjentami ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. dowiedzą się o ogłoszeniu przez Dyrektora Generalnego 21-dniowego terminu przewidzianego w art. 5 ust. 3 tej ustawy na dokonywanie zgłoszeń niezaspokojonych należności, w sytuacji gdy zgłoszone należności nie przekroczą 3% wartości zamówienia publicznego?;

- od jakiego zdarzenia bądź czynności będzie liczony ten termin?;

- jak przedsiębiorca będzie mógł zweryfikować upływ terminu na dokonanie zgłoszenia?

Poza art. 64 ust. 2 i art. 32 ust. 1 Konstytucji (te wzorce kontroli zostały omówione we wstępnej części niniejszego stanowiska), jako dodatkowy wzorzec kontroli art. 5 ust. 3 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. Wnioskodawca wskazał, wywodzoną z art. 2 Konstytucji, zasadę określoności przepisów prawa.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, nakaz określoności przepisów prawa *„znajduje swoje źródło w zasadzie demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji), stanowiąc jedną z dyrektyw poprawnej legislacji; ma zastosowanie w wypadku wszelkich regulacji, kształtujących pozycję prawną obywatela (zob. zamiast wielu: wyroki TK: z 28 października 2009 r., Kp 3/09, OTK ZU nr 9/A/2009, poz. 138, pkt III 6.1.; z 3 grudnia 2009 r., Kp 8/09, OTK ZU nr 11/A/2009, poz. 164, pkt III 5.1.). W wyroku w sprawie Kp 3/09 (...) Trybunał, orzekając w pełnym składzie, stwierdził, że na ustawodawcy ciąży obowiązek tworzenia przepisów prawa możliwie najbardziej określonych zarówno pod względem ich treści, jak i formy. Trybunał orzekł też o konieczności przeprowadzenia testu określoności prawa, który powinien być odnoszony do kontrolowanej regulacji. Na test ten składa się: 1) precyzyjność regulacji prawnej, 2) jasność przepisu oraz 3) jego legislacyjna poprawność. Precyzyjność (precyzja) <winna przejawiać się w*

*konkretności nakładanych obowiązków i przyznawanych praw, tak by ich treść była oczywista i pozwalała na wyegzekwowanie> (wyrok z 21 marca 2001 r., K. 24/00, OTK ZU nr 3/2001, poz. 51, pkt III 18). Jasność przepisu oznacza jego klarowność i zrozumiałość dla adresatów, którzy mają prawo oczekiwać od racjonalnego ustawodawcy tworzenia norm prawnych niebudzących wątpliwości co do treści nakładanych obowiązków i przyznawanych praw (...). Poprawność przepisu oznacza natomiast jego właściwą konstrukcję z punktu widzenia językowego i logicznego i jest warunkiem podstawowym, pozwalającym na ocenę przepisu w aspekcie pozostałych kryteriów - jasności i precyzyjności (tamże). Podczas konstytucyjnej kontroli określoności danej regulacji konieczne jest przeprowadzenie wskazanego testu, a następnie odniesienie we właściwej proporcji do charakteru badanej regulacji (...). W tym ostatnim aspekcie znaczenie ma rodzaj regulowanej materii, kategoria adresatów, do których przepisy są kierowane, oraz stopień ingerencji proponowanych regulacji w konstytucyjne wolności i prawa” (uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 lipca 2011 r., sygn. K 11/10, OTK ZU seria A nr 6/2011, poz. 60).*

Przepis art. 5 ust. 3 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. brzmi:

„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.”.

Treść powołanego przepisu wskazuje na odmienne potraktowanie przez ustawodawcę przedsiębiorców w zależności od tego, w jakim stosunku procentowym do wartości zamówienia publicznego pozostają zgłoszone przez nich należności.



Jeżeli należności te przekroczą 3% wartości zamówienia publicznego, Dyrektor Generalny ma obowiązek ogłosić w dzienniku o zasięgu ogólnokrajowym o otwarciu 21-dniowego terminu na dokonywanie zgłoszeń. W przypadku zaś, gdy należności nie przekroczą wymaganego progu procentowego, ogłoszenie w dzienniku o zasięgu ogólnokrajowym o otwarciu 21-dniowego terminu na dokonywanie zgłoszeń **nie jest** dla Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad **obligatoryjne**.

Niemniej najistotniejsze wydają się być konsekwencje ogłoszenia w dzienniku o zasięgu ogólnokrajowym o otwarciu 21-dniowego terminu na dokonywanie zgłoszeń.

Otóż w efekcie tego ogłoszenia, po upływie 21-dniowego terminu Dyrektor Generalny sporządza listę przedsiębiorców spełniających warunki z ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. i powiadamia o tym zainteresowanych, **co jest równoznaczne z nabyciem przez nich prawa do ubiegania się o wypłacenie zaliczki**, o której mowa w art. 6 tej ustawy.

Jednocześnie obowiązku sporządzania przez Dyrektora Generalnego tego rodzaju listy ustawodawca nie przewidział dla przedsiębiorców w przypadku, **gdy zgłoszone przez nich należności nie przekroczą 3% wartości zamówienia publicznego**.

Skoro o wypłacenie zaliczki mogą się ubiegać jedynie przedsiębiorcy z listy, a sporządzenia takowej dla przedsiębiorców z mniejszym niż 3-procentowy udziałem należności w kwocie zamówienia publicznego **obligatoryjnie** nie przewidziano, to w przypadku tych przedsiębiorców przyznanie prawa do ubiegania się o zaliczkę uzależniono od swobodnej decyzji Dyrektora Generalnego.

Jeżeli zatem celem wprowadzenia instytucji spłaty jest zapobieżenie negatywnym skutkom dla funkcjonowania przedsiębiorców, wynikającym z braku zaspokojenia ich należności (wymagalnych), w związku z realizacją udzielonych zamówień publicznych, o których mowa w analizowanej ustawie, a

celowi temu służą przecież zaliczki na poczet tych należności, **wypłacane niezwłocznie** po dostarczeniu jedynie dwóch dokumentów (*vide* - art. 6 pkt 1 i 2 oraz art. 11 ust. 2 ustawy), to wynikające z art. 5 ust. 3 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. różnicowanie przedsiębiorców na tych, których zgłoszone należności przekraczają 3% wartości zamówienia publicznego, oraz tych, których zgłoszone należności takiego progu procentowego nie przekraczają, nie pozostaje w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. oraz nie służy realizacji tego celu i treści.

Ponadto od sporządzenia listy uprawnionych przedsiębiorców uzależnia się dalsze skutki prawne.

Zgodnie bowiem z art. 9 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r., „[w] przypadku gdy kwota należności umieszczonych na liście, o której mowa w art. 5 ust. 3, jest mniejsza niż kwota zabezpieczenia, o którym mowa w art. 147 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, Generalny Dyrektor może ponownie sporządzić listę przedsiębiorców, o której mowa w art. 5 ust. 3. Przepisy art. 5-8 stosuje się.”.

Tak więc przepis art. 9 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. nie znajdzie zastosowania do przedsiębiorców z mniejszym niż 3-procentowy udziałem należności w kwocie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy lista tych przedsiębiorców nie zostanie sporządzona, a nie zostanie sporządzona wówczas, gdy Dyrektor Generalny nie ogłosi w dzienniku o zasięgu ogólnokrajowym o otwarciu 21-dniowego terminu na dokonywanie zgłoszeń.

Ponadto, w przedstawionej sytuacji za trafne należy uznać wątpliwości Wnioskodawcy, wyrażone w sformułowanych przez Niego trzech pytaniach, zacytowanych na wstępie tej części rozważań.

Trzeba odnotować, że na niebezpieczeństwo naruszenia Konstytucji przez kwestionowany przepis zwracano uwagę już w trakcie prac nad projektem ustawy.

Na posiedzeniu Komisji Infrastruktury w dniu 26 czerwca 2012 r., legislator Ł. N. stwierdził: „Na temat ustępu 3 chciałem parę zdań powiedzieć. Chodzi o kwestie tego ogłoszenia w dzienniku o zasięgu ogólnokrajowym o otwarciu dwumiesięcznego terminu na dokonywanie zgłoszeń (ostatecznie przyjęto termin 21-dniowy - przyp. wł.). Ustęp 3 przyjęty przez podkomisję brzmi w ten sposób, że po dokonaniu weryfikacji zgłoszenia, o którym mowa w ustępie 1, Generalny Dyrektor może ogłosić co do zasady o otwarciu tego dwumiesięcznego terminu. A zobligowany do tego jest tylko wtedy, gdy zgłoszone należności przekroczą 3% wartości zamówienia publicznego. Otwarcie tego terminu, naszym zdaniem, jest ważne z punktu widzenia dalszych przepisów artykułu 5, gdyż w zdaniu drugim tego ustępu 3 mowa jest o liście przedsiębiorców, która jest sporządzona po upływie tego terminu. A sporządzenie listy przedsiębiorców warunkuje, naszym zdaniem, wypłatę zaliczki z ustępu 5. Konsekwencja tego jest nie tylko w ustępie 5, ale jest również w ustępie 11.

Dlatego też zwracamy się z pytaniem do rządu czy nasze obawy są zasadne, bo rzeczywiście wydają się być zasadnymi. Może trzeba byłoby doprecyzować ustęp 3 w taki sposób że Generalny Dyrektor będzie zobligowany do tego, ażeby takie ogłoszenie o otwarciu terminu dokonywać zawsze, a nie tylko wtedy, kiedy należności przekroczą 3%” (sprawozdanie stenograficzne z 41. posiedzenia Komisji Infrastruktury w dniu 26 czerwca 2012 r., op. cit., s. 25).

Odnosząc się do tego zarzutu, Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej stwierdził, że „jeśli chodzi o uwagę Biura Legislacyjnego, to ona ma charakter nie tyle legislacyjny, ile merytoryczny. Ja może wyjaśnię jakie jest *ratio* takiego rozwiązania. Mianowicie ogłoszenie w dzienniku o zasięgu ogólnokrajowym otwarcia terminu na dokonywanie zgłoszeń z punktu widzenia generalnego wykonawcy jest czynem o ogromnych konsekwencjach. Ponieważ to jest w zasadzie

komunikat, że tenże przedsiębiorca nie reguluje swoich zobowiązań, a mamy tu do czynienia z podmiotami giełdowymi. Ale nie tylko takie podmioty mogą od razu znaleźć poważne kłopoty na swojej drodze. Dlatego uważaliśmy, że w sytuacji jeżeli zgłaszane należności nie przekraczają 3% wartości zamówienie publicznego, to być może ten problem uda się rozwiązać stosunkowo szybko. Fakultatywność pozostawiliśmy Generalnemu Dyrektorowi, który by ocenił sytuację czy problem należności nie przekraczającej pewnej skali uda się załatwić bez uruchomienia mechanizmu, który może być ogromnie niebezpieczny dla firmy, której dotyczy.

Natomiast oczywiście, jeżeli zgłaszane należności przekraczają 3% wartości zamówienia publicznego, to sytuacja jest odmienna. Trwały dyskusje, jaki próg przyjąć. Ale uznaliśmy, że 3% to jest już próg wystarczający. Trudno, trzeba już ponieść te konsekwencje. Bo jeżeli na taką kwotę zalega przedsiębiorca z należnościami, to musi się liczyć z tym, że to stanie się publicznym newsem, a to ogłoszenie się pojawi. Takie jest uzasadnienie tego typu regulacji. Naszym zdaniem jest ona dość klarowna. Bo oczywiście jeżeli nie nastąpi uruchomienie całego mechanizmu, to wszystkie pozostałe instytucje tego projektu nie mają zastosowania” (sprawozdanie stenograficzne z 41. posiedzenia Komisji Infrastruktury w dniu 26 czerwca 2012 r., op. cit., s. 26).

Reasumując należy stwierdzić, że art. 5 ust. 3 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r., w zakresie, w jakim - w przypadku, gdy zgłoszone należności nie przekraczają 3% wartości zamówienia publicznego - nie zobowiązuje Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad do ogłoszenia w dzienniku o zasięgu ogólnokrajowym o otwarciu 21-dniowego terminu na dokonywanie zgłoszeń, nie zapewnia równej ochrony praw majątkowych przedsiębiorców objętych dobrodziejstwem powołanej ustawy, przez co jest niezgodny z art. 64 ust. 2 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji. Przepis ten nie zawiera też jasnych,

zrozumiałych dla jego odbiorców treści, co powoduje jego niezgodność również z art. 2 Konstytucji.

**Ocena zgodności art. 12 w związku z art. 3, art. 14 i art. 15 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 32 ust. 1 i art. 31 ust. 3 oraz art. 2 Konstytucji.**

Wnioskodawca twierdzi, że, skoro - zgodnie z art. 14 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. - przepisy tej ustawy stosuje się także do wykonawców, w stosunku do których przesłanki umożliwiające spłatę niezaspokojonych należności wystąpiły przed dniem wejścia ustawy w życie, to określone w art. 12 tejże ustawy wyłączenie zabezpieczenia w pieniądzu z masy upadłości, przez to, że **dotyczy sytuacji już ukształtowanej** (określonej masy upadłości), narusza wymóg niedziałania prawa wstecz, zasadę zaufania do państwa i stanowionego przezeń prawa oraz nakaz ochrony interesów w toku (art. 2 Konstytucji).

Zdaniem Prezydenta, regulacja, ograniczająca ochronę prawną podmiotów uprawnionych do zaspokojenia swoich wierzytelności z masy upadłości, nie została też uzasadniona realizacją wartości wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Przepisy art. 12 oraz art. 14 i 15 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. brzmią następująco:

„Art. 12. 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.

(...)

Art. 14. Przepisy ustawy stosuje się także do wykonawców, w stosunku do których przesłanki określone w art. 5 ust. 1 nastąpiły przed dniem wejścia w życie ustawy.

Art. 15. Ustawa wchodzi w życie z dniem ogłoszenia.”.

Treść art. 3 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. została przedstawiona we wcześniejszym fragmencie niniejszego stanowiska.

Zarzut Wnioskodawcy dotyczy w istocie uregulowania problematyki zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a ściślej - jednej z wielu form tego zabezpieczenia, to jest zabezpieczenia w pieniądzu (*vide* - art. 148 P.z.p.).

Wydaje się, iż zarzut ten należy rozpatrywać tylko jako dotyczący wprowadzonego wyłączenia z masy upadłości zabezpieczenia wniesionego w pieniądzu w odniesieniu do tych wykonawców, w stosunku do których przesłanki określone w art. 5 ust. 1 nastąpiły przed dniem wejścia w życie analizowanej ustawy, za czym przemawia określenie w *petitum* wniosku przedmiotu zaskarżenia jako normy wywiezionej z art. 12 w **związku z art. 14 i art. 15** ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r.

Jednocześnie wskazany - jako przepis pozostający w związku z art. 12 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. - art. 14 tej ustawy, który nakazuje wsteczne działanie jej przepisów, wprost odwołuje się do art. 5 ust. 1 i zawartych w tym przepisie przesłanek zgłoszenia.

W związku z tym należy wskazać, że przesłankami zgłoszenia przedsiębiorcy, o których mowa w art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r., są:

- 1) zaleganie wykonawcy z zapłatą za zrealizowane i odebrane prace co najmniej 30 dni albo
- 2) ogłoszenie upadłości wobec wykonawcy albo
- 3) oddalenie przez sąd wniosku o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 13 Prawa upadłościowego i naprawczego.

Jednak tylko w przypadku ogłoszenia upadłości wobec wykonawcy przed wejściem w życie ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. masa upadłości będzie ukształtowana przed wejściem w życie tej ustawy (*vide* - art. 61 Prawa upadłościowego i naprawczego), a - w następstwie zastosowania art. 14 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. - jej wielkość może być zmieniona z mocą wsteczną.

Inaczej mówiąc - tylko wtedy, gdy przesłanką zgłoszenia przez przedsiębiorcę należności przysługującej mu od wykonawcy jest ogłoszenie upadłości wobec wykonawcy, w następstwie zastosowania art. 12 w związku z art. 14 i art. 15 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r., może dojść do zmiany sytuacji już ukształtowanej, zatem do wstecznego zadziałania prawa.

Mając to na względzie należy dojść do wniosku, że przedmiotem badania konstytucyjności w przedmiotowej sprawie może być jedynie ta norma wywiedziona z art. 12, art. 14 i art. 15 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r., która nakazuje, aby wniesione w pieniądzu zabezpieczenie należytego wykonania umowy zostało wyłączone z masy upadłości także wtedy, gdy wobec wykonawcy ogłoszono upadłość przed dniem wejścia w życie analizowanej ustawy.

Dodatkowo trzeba podnieść, że wskazywanie w tym przypadku przez Wnioskodawcę na związek powołanych wyżej przepisów ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. także z art. 3 tej ustawy nie znajduje uzasadnienia. Przepis art. 3 określa bowiem ogólnie sytuacje, do których przepisy analizowanej ustawy mają zastosowanie, i nie odnosi się wprost do wstecznego „zadziałania” art. 12, nakazującego wyłączenie z masy upadłości zabezpieczenia należytego wykonania umowy wniesionego w pieniądzu.

Mając powyższe na uwadze należy dojść do wniosku, że ocena konstytucyjności ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. w zakresie jej art. 3 oraz w zakresie wykraczającym poza normę nakazującą, aby wniesione w pieniądzu zabezpieczenie należytego wykonania umowy zostało wyłączone z masy upadłości, gdy upadłość ogłoszono przed wejściem w życie zaskarżonej ustawy, podlega umorzeniu - wobec niedopuszczalności wydania wyroku - na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym.

Na wstępie rozważań merytorycznych należy zauważyć, iż treść art. 12 w związku z art. 14 i art. 15 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. oznacza, że

ustawodawca nakazuje kwalifikować według norm zawartych w tej ustawie zdarzenia zaistniałe przed wejściem tych norm w życie.

Powyższe powoduje konieczność oceny tego rodzaju rozwiązania przede wszystkim w aspekcie wywodzonego z, wynikającej z art. 2 Konstytucji, zasady demokratycznego państwa prawnego wymogu niedziałania prawa wstecz, powiązanego z zasadą zaufania do państwa i stanowionego przezeń prawa oraz nakazem ochrony interesów w toku.

Wymóg niedziałania prawa wstecz, zasada zaufania do państwa i stanowionego przezeń prawa oraz nakaz ochrony interesów w toku, stanowił przedmiot licznych wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego.

W uzasadnieniu wyroku z dnia 10 października 2001 r., sygn. akt K. 28/01, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że *„[s]formułowana jeszcze w prawie rzymskim i konsekwentnie respektowana w całym rozwoju europejskiej - w tym również polskiej - myśli prawniczej zasada lex retro non agit wywodzona jest obecnie z art. 2 obowiązującej Konstytucji. Była ona przedmiotem wielokrotnego zainteresowania Trybunału Konstytucyjnego, który poświęcił jej wiele miejsca w swym orzecznictwie, dlatego też - na potrzeby sprawy niniejszej - za wystarczające uznać należy przytoczenie jedynie treści najistotniejszych.*

*Już w pierwszym orzeczeniu (z 28 maja 1986 r., sygn. U 1/86, OTK w latach 1986-1995, T. I, poz. 2) Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że zasada niedziałania prawa wstecz jest dyrektywą postępowania organów prawodawczych, polegającą na zakazie stanowienia norm prawnych, które <nakazywałyby stosować nowoustanowione normy prawne do zdarzeń (...), które miały miejsce przed wejściem w życie nowo ustanowionych norm prawnych>. Nadanie normom mocy wstecznej następuje gdy <ustawodawca nakazuje kwalifikować według norm nowych zdarzenia zaistniałe przed wejściem tych norm w życie>. Trybunał Konstytucyjny podkreślił ponadto, że retroaktywność ustawy zachodzi również wówczas, gdy konstruowana jest fikcja prawna obowiązywania ustawy przed dniem jej wejścia w życie (...). Istotne*



znaczenie ma konstatacja zawarta w orzeczeniu z 30 listopada 1988 r. (sygn. K. 1/88...), w myśl której zakaz stanowienia prawa obowiązującego z mocą wsteczną rozumiany być musi także <jako zakaz stanowienia intertemporalnych reguł, które mają określić treść stosunków prawnych powstałych pod rządami dawnych norm, a trwających w okresie wejścia w życie norm nowoustanowionych>. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego zasada niedziałania prawa wstecz stanowi istotny składnik zasady zaufania obywateli do państwa, a <ustawa działa z mocą wsteczną, kiedy początek jej stosowania pod względem czasowym ustalony został na moment wcześniejszy, aniżeli ustawa stała się obowiązująca (została nie tylko uchwalona lecz także prawidłowo ogłoszona w organie publikacyjnym)>; treścią tej zasady jest <zakaz nadawania mocy wstecznej, zwłaszcza przepisom normującym prawa i obowiązki obywateli, jeżeli prowadzi to do pogorszenia ich sytuacji w stosunku do stanu poprzedniego> (orzeczenie z 29 stycznia 1992 r., sygn. K. 15/91, OTK w latach 1986-1995, T. III, poz. 8). [...]

Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał, że zasada nieretroaktywności prawa nie ma charakteru absolutnego i w szczególnie uzasadnionych przypadkach może być naruszona, wskazywał jednak, że jej złamanie możliwe jest jedynie w sytuacjach wyjątkowych, a przemawiać za tym musi inna zasada prawnokonstytucyjna. Trybunał Konstytucyjny stwierdził między innymi, że <szczególne okoliczności> winny być rozumiane jako <sytuacje nadzwyczaj wyjątkowe, gdy ze względów obiektywnych zachodzi potrzeba dania pierwszeństwa określonej wartości chronionej bądź znajdującej swoje oparcie w przepisach Konstytucji RP> (K 15/91...). Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego odstępstwo od tej zasady dopuszczalne jest zwłaszcza wtedy, gdy <jest to konieczne dla realizacji wartości konstytucyjnej, ocenionej jako ważniejsza od wartości chronionej zakazem retroakcji> (wyrok z 31 stycznia 2001 r., OTK ZU Nr 1/2001, poz. 5), a także <jeżeli przemawia za tym konieczność realizacji innej zasady konstytucyjnej, a jednocześnie realizacja tej

*zasady nie jest możliwa bez wstecznego działania prawa*> (wyrok z 7 lutego 2001 r., OTK ZU Nr 2/2001, poz. 29)” [OTK ZU seria A nr 7/2001, poz. 212].

Z kolei w uzasadnieniu wyroku (wydanego w pełnym składzie Trybunału) z dnia 19 listopada 2008 r., sygn. Kp 2/08, Trybunał Konstytucyjny, rozważając istotę zasady zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, stwierdził - powołując się także na wcześniejsze orzecznictwo - że „*da się (tę zasadę - przyp. wł.) przedstawić jako zakaz zastawiania przez przepisy prawne pułapek, formułowania obietnic bez pokrycia, bądź nagłego wycofywania się przez państwo ze złożonych obietnic lub ustalonych reguł postępowania; jako niedopuszczalność kreowania organom państwowym możliwości nadużywania swojej pozycji wobec obywatela (...). <Zasada zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa opiera się na pewności prawa, a więc takim zespole cech przysługujących prawu, które zapewniają jednostce bezpieczeństwo prawne; umożliwiają jej decydowanie o swoim postępowaniu w oparciu o pełną znajomość przesłanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych, jakie jej działania mogą pociągnąć za sobą. Jednostka winna mieć możliwość określenia zarówno konsekwencji poszczególnych zachowań i zdarzeń na gruncie obowiązującego w danym momencie systemu, jak też oczekiwać, że prawodawca nie zmieni ich w sposób arbitralny. Bezpieczeństwo prawne jednostki związane z pewnością prawa umożliwia więc przewidywalność działań organów państwa, a także prognozowanie działań własnych>* - stwierdził Trybunał w wyroku z 14 czerwca 2000 r. (sygn. P. 3/00, OTK ZU nr 5/2000, poz. 138)” [OTK ZU seria A nr 9/2008, poz. 157].

O konieczności zabezpieczenia „interesów w toku” na tle zasady zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa, Trybunał Konstytucyjny wypowiedział się, między innymi, w uzasadnieniu wyroku z dnia 8 grudnia 2011 r., sygn. P 31/10, w którym stwierdził, że „*Trybunał wielokrotnie podejmował rozważania na temat wymagań, jakie Konstytucja*

*narzuca wprowadzaniu w życie nowych przepisów, zwłaszcza intertemporalnych, w zakresie, w jakim zawierają one rozwiązania mniej korzystne dla ich adresatów. Zmiana obowiązującego prawa, która pociąga za sobą niekorzystne skutki dla sytuacji prawnej podmiotów, powinna być dokonywana zasadniczo z zastosowaniem techniki przepisów przejściowych, a co najmniej odpowiedniej vacatio legis. Sytuacja prawna osób dotkniętych nową regulacją winna być poddana takim przepisom przejściowym, by mogły mieć one czas na dokończenie przedsięwzięć podjętych na podstawie wcześniejszej regulacji w przeświadczeniu, że będzie ona miała charakter stabilny. Zasada zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa nakazuje ustawodawcy należyte zabezpieczenie „interesów w toku”, a zwłaszcza należyłą realizację uprawnień nabytych na podstawie poprzednich przepisów (podkr. wł.) [...].*

*W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego odnaleźć można wiele szczegółowych implikacji tej zasady. Powinna być ona tym silniej respektowana, im dłuższa jest w danej sferze życia perspektywa czasowa podejmowanych działań (...). Niedopuszczalne jest to, aby najpierw namawiać obywateli do pewnego rozwiązania, a następnie traktować osoby, które „dały się na to nabrać”, gorzej niż osoby, które zignorowały zachęty ustawodawcy (...). Prawodawca narusza wartości, znajdujące się u podstaw omawianej zasady, <wtedy, gdy jego rozstrzygnięcie jest dla jednostki zaskoczeniem, bo w danych okolicznościach nie mogła go przewidzieć, szczególnie zaś wtedy, gdy przy jego podejmowaniu prawodawca mógł przypuszczać, że gdyby jednostka przewidywała zmianę prawa, byłaby inaczej zadecydowała o swoich sprawach> (wyrok z 14 czerwca 2000 r., sygn. P 3/00, OTK ZU nr 5/2000, poz. 138)” [OTK ZU seria A nr 10/2011, poz. 114].*

W kontekście powołanego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, wątpliwości Wnioskodawcy co do zgodności z Konstytucją normy zawartej w

art. 12 w związku z art. 14 i art. 15 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. należy uznać za słuszne.

Na możliwość niezgodności tej normy z Konstytucją wskazywano już w trakcie prac legislacyjnych nad projektem ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r.

Na posiedzeniu Komisji Infrastruktury w dniu 26 czerwca 2012 r., legislator M. K. stwierdziła, że „[m]amy zastrzeżenia konstytucyjne. One były już zgłoszone na etapie prac podkomisji nadzwyczajnej, natomiast jesteśmy zobligowani je powtórzyć. Zarzut jest podobny jak w przypadku definicji przedsiębiorcy w artykule 4, a więc naruszenia zasady równej ochrony praw majątkowych. Ponieważ na podstawie przepisu artykułu 7 (obecnie art. 12 - przyp. wł.) zabezpieczenie, które zostało wniesione w pieniądzu, nie będzie wchodziło w skład masy upadłości. W związku z tym prawa wierzycieli, którzy będą uczestnikami postępowania upadłościowego, zostają w ten sposób ograniczone, ponieważ jakąś część majątku upadłego będziemy z niej wyłączać. Generalnie, każde ograniczenie praw i wolności powinno być uzasadnione przesłankami, o których jest mowa w artykule 31 ustęp 3 konstytucji. My takiego uzasadnienia tutaj nie znajdujemy. I to w zasadzie tyle. Nie mamy propozycji redakcji, natomiast sygnalizujemy, że taki przepis może być uznany za niekonstytucyjny” (sprawozdanie stenograficzne z 41. posiedzenia Komisji Infrastruktury w dniu 26 czerwca 2012 r., op. cit., s. 31).

W świetle powołanego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego nie ulega wątpliwości, że zaskarżona norma, nakazująca, aby wniesione w pieniądzu zabezpieczenie należytego wykonania umowy zostało wyłączone z masy upadłości, gdy upadłość ogłoszono przed wejściem w życie ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r., łamie zasadę niedziałania prawa wstecz.

Dlatego też konieczne jest rozważenie, czy w omawianej sprawie zachodzi sytuacja, w której odstępstwo od zasady niedziałania prawa wstecz jest dopuszczalne.

Rozważenia wymaga więc, czy odstępstwo od tej zasady, polegające na wyłączeniu z masy upadłości już ukształtowanej zabezpieczenia należytego wykonania umowy wniesionego w pieniądzu, jest konieczne dla realizacji wartości konstytucyjnej, ocenionej jako ważniejsza od wartości chronionej zakazem retroakcji, oraz czy za tego rodzaju odstępstwem przemawia konieczność realizacji innej zasady konstytucyjnej, a jednocześnie realizacja tej zasady nie jest możliwa bez wstecznego działania prawa (na konieczność weryfikacji - „w szczególności” - obu tych przesłanek przy ocenie dopuszczalności naruszenia zasady nieretroaktywności Trybunał Konstytucyjny zwracał uwagę w powołanym wyroku z dnia 10 października 2001 r., sygn. akt K. 28/01).

Ukształtowanie się masy upadłości podmiotu upadłego w trybie i na zasadach określonych w Prawie upadłościowym i naprawczym umożliwia odzyskanie wierzytelności (prawa podmiotowego) w ramach postępowania upadłościowego.

W kontekście art. 12 w związku z art. 14 i 15 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r., możliwość odzyskania wierzytelności w ramach postępowania upadłościowego jest jednocześnie wartością chronioną zakazem retroakcji.

Z kolei ustawa z dnia 28 czerwca 2012 r. umożliwia odzyskanie (przynajmniej częściowe) wierzytelności przedsiębiorców (prawa podmiotowego), wynikających z realizacji zamówień publicznych na ściśle określone roboty budowlane i dla realizacji tego celu łamie wspomniany zakaz retroakcji.

Zarówno w jednym, jak i w drugim przypadku, mamy więc do czynienia z realizacją, wyrażonej w art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 32 Konstytucji, zasady równej ochrony praw majątkowych.

Jednak Konstytucja nie różnicuje tej ochrony w zależności od źródła powstania prawa majątkowego (wierzytelności).

W tych warunkach ochrona wierzytelności przedsiębiorców, wynikających z realizacji zamówień publicznych na ściśle określone roboty budowlane, **nie jest w ujęciu Konstytucji wartością nadrzędną** w stosunku do wartości, jaką jest możliwość odzyskania wierzytelności w ramach postępowania upadłościowego.

Stwierdzić zatem należy, iż w opisanym wyżej przypadku brak jest przesłanki nadzwyczajnego odstąpienia od zakazu naruszenia zasady nieretroaktywności.

Dodatkowy, przemawiający za tym stwierdzeniem, argument wynika z projektu komentowanej ustawy, który nie zawiera uzasadnienia dla wprowadzenia rozwiązania przewidzianego w jej art. 12 w związku z art. 14 i art. 15.

Za tego rodzaju uzasadnienie nie można bowiem uznać stwierdzenia, że „[w] projektowanym art. 5 (obecnie art. 12 - przyp. wł.) ustanowiono wyłączenie z masy upadłości zabezpieczenia należytego wykonania umowy jeżeli zostało wniesione w pieniądzu, **tak aby mogło zostać przeznaczone na uregulowanie zaległych należności przedsiębiorców** (podkr. wł.)” [uzasadnienie projektu ustawy w sprawie spłaty niezaspokojonych należności przedsiębiorców za niektóre prace, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych, Sejm VII kadencji, druk nr 451, s. 9].

Cytowany wyżej fragment uzasadnienia projektu nie wyjaśnia bowiem, z jakich szczególnych powodów ustawodawca wyłączył zabezpieczenie w pieniądzu **także z masy upadłości już ukształtowanej**.

Skoro więc ustawodawca nie wskazał, jaka wyjątkowa sytuacja (wartość konstytucyjna oceniana jako nadrzędna [ważniejsza] w stosunku do wartości chronionej zakazem retroakcji) przemawia za odstąpieniem od zakazu działania prawa wstecz, to przewidziane w normie art. 12 w związku z art. 14 i art. 15 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. wyłączenie z masy upadłości zabezpieczenia wniesionego w pieniądzu w odniesieniu do tych wykonawców, wobec których

ogłoszono upadłość przed dniem wejścia analizowanej ustawy w życie, **tym bardziej narusza ten zakaz.**

Drugą przesłanką umożliwiającą odstępianie od zasady niedziałania prawa wstecz jest konieczność realizacji innej zasady konstytucyjnej, przy jednoczesnym braku możliwości realizacji tej zasady bez wstecznego działania prawa.

Na wstępie tej części rozważań należy zauważyć, iż środki pochodzące z, wniesionego przez wykonawcę na żądanie inwestora, zabezpieczenia, o czym wcześniej była mowa (s. 39), służą pokryciu roszczeń inwestora z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy zawartej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą w sprawie zamówienia publicznego, **a nie pokryciu wierzytelności podwykonawców przez wykonawcę.**

Jednak zasadnicze znaczenie ma tutaj określenie celu analizowanej ustawy. Celem tego aktu jest bowiem udzielenie, pod pewnymi warunkami, pomocy finansowej przedsiębiorcom określonej kategorii **ze środków pochodzących nie od wykonawców** (zwrócone pieniądze z zabezpieczenia należytego wykonania umowy w dalszym ciągu stanowią własność wykonawcy), **lecz z podlegających zwrotowi (roszczenie regresowe) środków publicznych**, którymi dysponuje Dyrektor Generalny.

Powyższe oznacza, że wprowadzie mechanizm zaspokojenia należności przedsiębiorców (ich wierzytelności) wobec wykonawców, wynikających z realizacji zamówień publicznych na ściśle określone roboty budowlane, służy, o czym wcześniej była mowa, realizacji zasad wynikających z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 32 Konstytucji, to do uruchomienia tego mechanizmu (realizacji wspomnianych zasad konstytucyjnych) nie jest konieczne wsteczne działanie prawa w opisanym zakresie.

Zatem i w tym przypadku zachodzi brak przesłanki uzasadniającej odstępianie od zasady nieretroaktywności.

Należy jednocześnie podkreślić, nawiązując do tego, o czym wcześniej była mowa, że - wprowadzając, określone w art. 12 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r., wyłączenie z masy upadłości - ustawodawca jednocześnie nie przewidział normy gwarantującej, że środki pochodzące z zabezpieczenia w pieniądzu mogą zostać przekazane jedynie tym przedsiębiorcom, ujawnionym w postępowaniu upadłościowym, którzy mają niezaspokojone przez wykonawcę - właściciela tych środków należności wynikające z realizacji zamówień publicznych na roboty budowlane udzielonych przez Dyrektora Generalnego.

Oznacza to, że środki pochodzące z zabezpieczenia należytego wykonania umowy wniesionego w pieniądzu w przypadku ich zwrotu zasila aktywa wykonawcy i będzie on mógł nimi swobodnie dysponować.

Ponadto wierzyciele upadłego wykonawcy mogą już wcześniej zostać zaspokojeni z całości majątku upadłego, w tym także z kwoty stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania umowy (na roboty drogowe) wniesionego w pieniądzu przed wejściem w życie ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r., co może powodować cały szereg daleko idących konsekwencji dla postępowania upadłościowego, wobec późniejszego zmniejszenia masy upadłości z mocą wsteczną.

Reasumując należy przyjąć, iż przepis art. 12 w związku z art. 14 i art. 15 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r., w zakresie, w jakim nakazuje, aby wniesione w pieniądzu zabezpieczenie należytego wykonania umowy zostało wyłączone z masy upadłości ogłoszonej przed wejściem w życie tej ustawy, jest niezgodny z 2 Konstytucji.

Powyższe powoduje, że kontrola zgodności art. 12 w związku z art. 14 i art. 15 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r., w określonym wyżej zakresie, z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 32 ust. 1 i art. 31 ust. 3 Konstytucji jest zbędna, co oznacza, że postępowanie w tym względzie podlega umorzeniu na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym.



Na marginesie należy podnieść, że wyłączenia z masy upadłości zostały określone w art. 63 prawa upadłościowego i naprawczego oraz że **katalog tych wyłączeń jest zamknięty.**

W tej sytuacji wprowadzenie kolejnego wyłączenia z masy upadłości jest rozwiązaniem asystemowym, prowadzącym do dekompozycji zasad wspólnego dochodzenia w postępowaniu upadłościowym roszczeń wierzycieli od niewypłacalnych dłużników będących przedsiębiorcami.

Z tych względów, wnoszę jak na wstępie.

z upoważnienia  
Prokuratora Generalnego  
Robert Hermand  
Zastępca Prokuratora Generalnego