KU 31/14

Warszawa, dnia 13 stycznia 2014 r.

MINISTER FINANSÓW

FR3/0310/WOC/2014 | RD-2248

Pan
Piotr Zientarski
Przewodniczący
Komisji Ustawodawczej
Senat Rzeczypospolitej Polskiej

W odpowiedzi na pismo z dnia 13 grudnia 2013 r., nr BPS/KU-034/522/4/13, dotyczące projektu ustawy o spłacie niektórych niezaspokojonych należności dużych przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych, stanowiący inicjatywę ustawodawczą Komisji Ustawodawczej Senatu Rzeczypospolitej Polskiej (druk senacki nr 522), Minister Finansów wyraża następujący pogląd.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w systemie prawa funkcjonuje ustawa z dnia 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych (Dz. U. poz. 891, z późn. zm.), zwana dalej „ustawą o spłacie" lub „ustawą". Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 18 czerwca 2013 r. w sprawie sygn. akt K 37/12 orzekł m.in., iż:

1) art. 4 pkt 1 ww. ustawy w zakresie, w jakim za przedsiębiorcę uznaje przedsiębiorcę spełniającego wymagania tylko dla mikroprzedsiębiorcy, małego lub średniego przedsiębiorcy, jest niezgodny z art. 64 ust. 2 w związku z art. 32 ust. 1 oraz z art. 2 Konstytucji oraz, że
2) art. 12 ww. ustawy w zakresie, w jakim dotyczy wykonawcy, wobec którego ogłoszono upadłość przed wejściem w życie tej ustawy, jest niezgodny z art. 2 Konstytucji.

W celu dostosowania przepisów ustawy o spłacie do powyższego wyroku Minister Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej przygotował projekt ustawy o zmianie ww. ustawy. Projekt przekazany został do uzgodnień międzyresortowych przy piśmie z dnia 26 listopada 2013 r. nr DP-2kz-020-185/2013.

ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa | tel.: +48 22 694 33 00 | fax: +48 22 694 52 68 | e-mail: sekretariat.FR@mofnet.gov.pl

Wobec powyższego może budzić wątpliwość potrzeba podjęcia przedmiotowej inicjatywy ustawodawczej. Także kształt tejże inicjatywy może budzić zastrzeżenia. Niejasne są mianowicie powody, dla których przybrała ona postać odrębnej ustawy nie zaś zmiany obowiązującej ustawy o spłacie. Zdaniem Ministra Finansów brak jest uzasadnienia dla istnienia w systemie prawa dwóch odrębnych ustaw regulujących te same zagadnienia, a różniących się jedynie zakresem podmiotowym. Zatem kwestie związane z przeciwdziałaniem negatywnym konsekwencjom nieregulowania lub nieterminowego regulowania należności podwykonawców przez wykonawców (głównych wykonawców) zamówień publicznych z sektora budownictwa drogowego powinna kompleksowo regulować jedna ustawa. Ponadto takie rozwiązanie pozwoli uniknąć wątpliwości interpretacyjnych związanych np. ze stosowaniem w praktyce art. 6 omawianego projektu, zawierającego odesłanie do stosowania ustawy o spłacie, w zakresie nieuregulowanym w projektowanej ustawie.

Wymaga także zauważenia, że obowiązująca ustawa o spłacie wprowadziła kryterium uzależniające spłatę należności podwykonawców od uprzedniego zabezpieczenia zamówienia publicznego przez wykonawcę na podstawie art. 147 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i niezwrócenia go zgodnie z art. 151 tej ustawy. Zabezpieczenie to odgrywa główną rolę z punktu widzenia koncepcji całego mechanizmu zaspokajania roszczeń. Z jednej strony jest technicznym parametrem stworzonym na użytek ustawy, wyznaczającym kwotowy limit pomocy finansowej dla podwykonawców (należności są spłacane do wysokości równej kwocie zabezpieczenia ze środków Krajowego Funduszu Drogowego – art. 2, art. 5 ust. 4 i art. 9), z drugiej zaś – określa przesłankę przesądzającą o nadaniu podwykonawcy uprawnienia do skorzystania z preferencyjnych procedur spłaty jego należności, czyli stanowi kryterium dostępu do określonych dóbr gwarantowanych publicznoprawnie (na mocy ustawy). Ograniczenie zakresu zastosowania ustawy o spłacie według kryterium zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jak zauważył Trybunał Konstytucyjny w przywołanym na wstępie wyroku, zostało podyktowane koniecznością poszukiwania mechanizmu prawnego adekwatnie oddającego sytuację Skarbu Państwa, który został zobligowany ustawowo do spełnienia świadczenia pieniężnego zamiast osoby trzeciej, a więc spłaty cudzego długu w celu realizacji interesu publicznego, jakim było przeciwdziałanie tzw. zatorom płatniczym podczas realizacji inwestycji drogowych. Spłata należności podwykonawców znaczy de facto dwukrotne spełnienie świadczenia za prace budowlane przez podmiot udzielający zamówienia publicznego, zakładając, że Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad (dalej GDDKiA) uiściła wynagrodzenie wykonawcom (głównym wykonawcom), a następnie ich podwykonawcom. Do czasu zaspokojenia roszczeń regresowych Skarb Państwa przyjął więc na siebie szczególną odpowiedzialność, która z kolei została opatrzona przez ustawodawcę

szeregiem gwarancji i zabezpieczeń prawnych, niezbędnych również ze względu na konstytucyjną powinność dbania o dobro wspólne, w tym o równowagę finansową państwa. Jednym z nich było wyłączenie z zakresu podmiotowego ustawy o spłacie tych należności, które nie miały nominalnego „pokrycia" w zabezpieczeniach należytego wykonania umowy, a więc tych, których późniejsze zaspokajanie – z punktu widzenia wierzyciela publicznego – było obarczone relatywnie wyższym ryzykiem. W warunkach, gdy stan finansów publicznych wyklucza wyasygnowanie specjalnych środków na „akcję kredytowania" spłat należności z szeroko pojętych zasobów budżetowych, ustawodawca – nie chcąc pozostawać bezczynnym – zdecydował się wspomóc podwykonawców w stopniu możliwym w istniejących realiach społeczno-ekonomicznych. Trybunał Konstytucyjny wskazał, iż w tym wypadku, działając w złożonych i nadzwyczajnych okolicznościach faktycznych, które wymagały doraźnych instrumentów, ustawodawca nie wykroczył poza przysługującą mu swobodę regulacyjną i uznał, że art. 3 ww. ustawy jest zgodny z art. 64 ust. 2 w związku z art. 32 ust. 1 oraz z art. 2 Konstytucji. Jednocześnie Trybunał wskazał, że wprawdzie zakres podmiotowy art. 4 pkt 1 ww. ustawy został ukształtowany niewłaściwie, ponieważ ustawodawca nie uwzględnił w nim wszystkich podmiotów podobnych, które – zgodnie z konstytucyjnymi zasadami równości wobec prawa i sprawiedliwości społecznej – powinny być traktowane jednakowo, to jednak taka formuła orzeczenia Trybunału nie tworzy odrębnej podstawy dochodzenia roszczeń o spłatę niezaspokojonych należności przez tzw. dużych przedsiębiorców od GDDKiA (podwykonawców nieobjętych zakresem art. 4 pkt 1), ani nie uzasadnia ewentualnego wznawiania bądź unieważniania toczących się postępowań przewidzianych w ustawie o spłacie. Przeciwko takiemu skutkowi przemawiają, zdaniem Trybunału, m.in. – po pierwsze – incydentalny charakter ustawy o spłacie, która ma zastosowanie tylko do stanów faktycznych określonych w jej art. 3 i nie przewiduje żadnych procedur „sanacyjnych" dla podmiotów nieobjętych jej pierwotnym zakresem działania (które mogłyby zostać zainicjowane po wydaniu orzeczenia Trybunału o niezgodności przepisu). Po drugie zaś, wyrok Trybunału nie ma skutku prawotwórczego, a więc samoistnie nie uzupełnia pominięcia prawodawczego w art. 4 pkt 1 ww. ustawy.

Uwzględniając zatem powyższe, może budzić wątpliwości zasadność projektowanego rozwiązania, zgodnie z którym kwoty, o których mowa w art. 5 i art. 6 ust. 2 projektu będą mogły być wypłacane ze środków Krajowego Funduszu Drogowego. Skutkowałoby to „naruszeniem" kryterium zabezpieczenia, którego nie zanegował Trybunał oraz uszczupleniem środków Funduszu, przy braku, jak zauważył Trybunał, odrębnej podstawy dochodzenia roszczeń o spłatę niezaspokojonych należności przez tzw. dużych przedsiębiorców od GDDKiA (podwykonawców nieobjętych zakresem art. 4 pkt 1) oraz wznawiania bądź

unieważniania toczących się postępowań przewidzianych w ustawie o spłacie. Nie można także pominąć faktu, że realizacja proponowanego rozwiązania (art. 5, art. 6 ust. 2 i art. 7 projektu) mogłaby zostać uznana za udzielenie tzw. pomocy publicznej. Obowiązujące natomiast rozwiązania legislacyjne, polegające na umożliwieniu przedsiębiorcy, który zawarł umowę z wykonawcą w związku z realizacją zamówienia publicznego, uzyskania spłaty ze środków Krajowego Funduszu Drogowego niezaspokojonych przez wykonawcę należności głównych nie stanowi pomocy publicznej, która podlegałaby notyfikacji Komisji Europejskiej. Jak czytamy w uzasadnieniu do ustawy o spłacie spłata należności dla przedsiębiorców odnosi się bowiem 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). Ponadto, zgodnie z art. 4 ust. 1 projektu ustawy, Generalnemu Dyrektorowi GDDKiA (dalej Generalny Dyrektor) przysługuje wobec wykonawcy roszczenie o zwrot środków wypłaconych na podstawie projektowanej ustawy. Z tego powodu ustawodawca uznał, że poprzez powyższe uprawnienie Generalnego Dyrektora nie jest przewidziane uszczuplenie środków publicznych i w związku z powyższym nie ma transferu środków publicznych do przedsiębiorców.

Niezależnie od powyższego Minister Finansów pragnie zauważyć, że:

1) projekt w art. 2 nie precyzuje ponadto, których wymagań dla mikroprzedsiębiorcy, małego lub średniego przedsiębiorcy nie spełniać ma przedsiębiorca bądź usługodawca w celu zaliczenia do „dużych przedsiębiorców" (brak jest wskazania przepisu regulującego te wymogi). Jeżeli chodzi wyłącznie o wymagania określone w art. 104-106 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2013 r. poz. 672, z późn. zm.) należałoby to potwierdzić w treści projektu.

2) regulacja projektowanego art. 4 nie bierze pod uwagę, iż należności spłacane są do wysokości równej kwocie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o którym mowa w art. 147 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.). Projekt w art. 4 ust. 1 stanowi o zaspokojeniu należności dużych przedsiębiorców w pełnej wysokości, pomijając kwestię ww. limitu kwoty zabezpieczenia.

3) w art. 4 ust. 2 projektu jest mowa o proporcjonalnym zaspokajaniu należności dużych przedsiębiorców w przypadku, gdy należności mniejszych przedsiębiorców były zaspokojone w części w kwotach proporcjonalnych na podstawie dotychczasowych przepisów. Natomiast zgodnie z ustawą o spłacie należności z 2012 r. kwoty spłat

poszczególnych należności są ustalane proporcjonalnie do wysokości każdej z nich jedynie w przypadku, gdy kwota zabezpieczenia nie wystarcza do zaspokojenia wszystkich zgłoszonych i umieszczonych na liście należności.

4) o ile ustawa o spłacie określa w art. 5 szczegółowe warunki zgłoszenia Generalnemu Dyrektorowi należności przysługujących przedsiębiorcy od wykonawcy, o tyle przedłożony projekt w art. 3 nie określa żadnych warunków. Przy czym stosowanie odesłania z art. 6 przedstawionego projektu, tj. „w zakresie nieuregulowanym w ustawie do spłaty należności dużych przedsiębiorców stosuje się przepisy ustawy o spłacie należności..." wydaje się zabiegiem technicznie wątpliwym.

5) wskazanie Krajowego Funduszu Drogowego jako źródła pokrycia należności dużych przedsiębiorców w przypadkach, w których znajdywał zastosowanie art. 12 ustawy o spłacie o wyłączeniu zabezpieczenia wniesionego w pieniądzu ze składu masy upadłości, bez wskazania limitu wypłat, o którym mowa w art. 2 ustawy o spłacie, budzi poważne wątpliwości.

6) skutki finansowe wprowadzenia w życie projektowanych przepisów powinny być określone bardziej precyzyjnie, ze wskazaniem konkretnych wartości i możliwych źródeł poniesienia ewentualnych zwiększeń wydatków.

W zastępstwie Ministra Finansów
SEKRETARZ STANU
Janusz Cichoń