KANCELARIA SENATU
BIURO LEGISLACYJNE

Warszawa, dnia 3 lipca 2012 r.

Opinia
do ustawy o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych
(druk nr 148)

I. Cel i przedmiot ustawy

Ustawa określa zasady spłaty przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad (zwanego dalej „Generalnym Dyrektorem") niezaspokojonych przez wykonawcę należności głównych przedsiębiorcy, który zawarł umowę z wykonawcą w związku z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane udzielonego przez Generalnego Dyrektora. W myśl uzasadnienia do projektu ustawy „rozwiązanie zastosowane w ustawie zapewni przedsiębiorcom, których prace zostały **wykonane i odebrane**, możliwość uzyskania należności nawet w sytuacji, gdy wykonawca będzie unikał dokonania płatności bądź zostanie postawiony w stan upadłości".

Ustawa nie znajdzie zastosowania do należności, które mogą być zaspokojone w trybie art. 647^1 Kodeksu cywilnego.[1]

Ustawodawca określił maksymalną wartość należności, które będą mogły być spłacone w trybie omawianej ustawy. Zgodnie z art. 2, Generalny Dyrektor będzie spłacał należności do wysokości równej kwocie zabezpieczenia należytego wykonania umowy (art. 147 ustawy – Prawo zamówień publicznych). W przypadku gdy kwota ta nie będzie wystarczająca na zaspokojenie wszystkich należności kwoty, w jakiej należności te będą zaspokojone, będzie się ustalać proporcjonalnie do wysokości każdej z nich.

Przepisy ustawy będzie się stosować do zamówień publicznych, których przedmiotem są roboty budowlane w rozumieniu art. 3 pkt 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, co do których Generalny Dyrektor wszczął postępowanie o udzielenie

[1] W myśl art. 647^1 Kodeksu cywilnego, zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę.

zamówienia lub udzielił zamówienia przed dniem wejścia w życie ustawy, o ile zabezpieczenie należytego wykonania umowy, nie zostanie wcześniej zwrócone wykonawcy.

Uprawnionymi do skorzystania z dobrodziejstwa ustawy będą mikroprzedsiębiorcy, mali lub średni przedsiębiorcy, w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej oraz usługodawcy, w rozumieniu ustawy z dnia 4 marca 2010 r. o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej spełniający wymagania dla mikroprzedsiębiorcy, małego lub średniego przedsiębiorcy, którzy zawarli umowę z wykonawcą udzielonego zamówienia publicznego.

Przedsiębiorca będzie mógł zgłosić Generalnemu Dyrektorowi należność pod warunkiem, że wykonawca będzie zalegał z zapłatą za zrealizowane i odebrane prace co najmniej 30 dni albo sąd ogłosi upadłość wykonawcy albo sąd oddali wniosek o ogłoszenie upadłości wykonawcy. Przepisy ustawy stosować się będzie również do wykonawców, w stosunku do których przesłanki określone w poprzednim zdaniu nastąpiły przed dniem wejścia w życie ustawy.

Należności będą spłacane ze środków pochodzących z Krajowego Funduszu Drogowego.

W opiniowanej ustawie ustawodawca określił: warunki, jakie muszą być spełnione, aby Generalny Dyrektor mógł spłacić należność wykonawcy, zasady dokonywania przez przedsiębiorców zgłoszeń należności i zasady dokonywania wypłaty kwoty należności (w tym sposób ustalenia wysokości kwoty, która będzie wypłacona). W ustawie przewidziano również instytucję zaliczki na poczet należności, określono zasady jej wypłacania oraz wskazano, w jakim przypadku Generalnemu Dyrektorowi będzie przysługiwało wobec przedsiębiorcy roszczenie o zwrot zaliczki.

W przypadku wypłacenia należności ze środków pochodzących z Krajowego Funduszu Drogowego Generalnemu Dyrektorowi przysługiwać będzie wobec wykonawcy **roszczenie o zwrot środków wypłaconych na podstawie ustawy**.

Odzyskane od wykonawcy albo przedsiębiorcy (w przypadku zwrotu zaliczki) kwoty Generalny Dyrektor będzie obowiązany przekazać niezwłocznie na rachunek Krajowego Funduszu Drogowego.

W związku z realizacją omawianej ustawy Bank Gospodarstwa Krajowego zostanie obowiązany do opracowania, w terminie 14 dni od dnia wejścia w życie ustawy, projektu zmiany planu finansowego Krajowego Funduszu Drogowego na rok 2012.

Ustawa wejdzie w życie z dniem ogłoszenia.

II. Przebieg prac legislacyjnych

Sejm uchwalił ustawę na 17. posiedzeniu w dniu 28 czerwca 2012 r. Projekt ustawy był przedłożeniem rządowym. W trakcie prac w Sejmie m.in.:

1) wyłączono z reżimu ustawy należności, które mogą być zaspokojone w trybie art. 647^1 Kodeksu cywilnego;
2) zmieniono katalog dokumentów, które będzie należało dołączyć do zgłoszenia należności;
3) z 2 miesięcy do 21 dni skrócono termin na dokonywanie zgłoszeń w przypadku, o którym mowa w art. 5 ust. 3;
4) zmieniono katalog dokumentów, których doręczenie Dyrektorowi Generalnemu będzie warunkiem wypłaty przedsiębiorcy zaliczki na poczet należności;
5) zmieniono katalog dokumentów, których doręczenie Dyrektorowi Generalnemu będzie warunkiem wypłaty przedsiębiorcy kwoty należności; przyjęto m.in., iż w przypadku jeżeli przedsiębiorca wykonywał prace związane z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane przy pomocy innych podmiotów, do dokumentu, o którym mowa w art. 5 ust. 1, będzie on musiał dołączyć oświadczenie, że nie zalega wobec tych podmiotów z zapłatą za zrealizowane i odebrane prace albo, że zaliczka na poczet nalezności została przekazana na zaspokojenie roszczeń tych podmiotów;
6) dodano regulację, w myśl której na wniosek przedsiębiorcy złożony po upływie 30 dni od dnia obwieszczenia i ogłoszenia w Monitorze Sądowym i Gospodarczym o przekazaniu listy wierzytelności sędziemu-komisarzowi, sędzia-komisarz w terminie nie dłuższym niż 14 dni od chwili złożenia wniosku, udzieli pisemnej informacji, czy wobec wierzytelności stanowiącej przedmiot wniosku zgłoszono sprzeciw;
7) zmodyfikowano katalog przesłanek skutkujących powstaniem wobec przedsiębiorcy roszczenia o zwrot zaliczki;
8) jednoznacznie wskazano, że przepisy ustawy stosować się będzie również do wykonawców, w stosunku do których przesłanki określone w art. 5 ust. 1 nastąpiły przed dniem wejścia w życie ustawy.

Uchwalając ustawę Sejm miał świadomość, iż uchwalona ustawa może budzić wątpliwości natury konstytucyjnej oraz, że może być niezgodna z prawem Unii Europejskiej.

Wątpliwości dotyczące zgodności projektu ustawy z prawem unijnym zostały wyrażone w dołączonej do projektu opinii Ministra Spraw Zagranicznych o zgodności z prawem Unii Europejskiej projektu ustawy w sprawie spłaty niezaspokojonych należności przedsiębiorców za niektóre prace, wynikających z realizacji udzielonych zamówień

publicznych.[2] Minister Spraw Zagranicznych podniósł w swojej opinii, że kontekście faktu, iż środki na spłatę niezaspokojonych przez wykonawcę należności są środkami państwowymi, „przewidziane w projekcie rozwiązanie może budzić wątpliwość w zakresie uprzywilejowania pozycji pewnej grupy przedsiębiorców". Minister Spraw Zagranicznych podkreślił, iż przyjęte rozwiązanie, jako korzyść selektywna, dostępne dla ściśle określonej grupy podmiotów, może zostać uznane za pomoc państwa w rozumieniu art. 107 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.[3] W odniesieniu do projektu ustawy zawartego w sprawozdaniu sejmowej Komisji Infrastruktury (druk sejmowy nr 521) opinia Ministra Spraw Zagranicznych nie uległa zmianie.

III. Uwagi ogólne

Wobec faktu, iż uchwalona ustawa, co do przyjętej w niej filozofii oraz kręgu beneficjentów, odpowiada temu co przewidziano w projekcie, aktualne pozostają zastrzeżenia do zgodności z prawem Unii Europejskiej przyjętych rozwiązań. Nie ulega wątpliwości, że na gruncie ustawy mamy do czynienia z uprzywilejowaniem pewnej grupy podmiotów, i że to uprzywilejowanie łączy się z wygenerowaniem określonych zasobów państwowych (środki Krajowego Funduszu Drogowego). Można próbować bronić tezy, że przyjęte rozwiązanie nie zakłóca i nie grozi zakłóceniem konkurencji i w konsekwencji, jako takie, nie jest niezgodne z rynkiem wewnętrznym, niemniej ostatecznej oceny w tym zakresie dokona Komisja Europejska. W przypadku gdy dojdzie ona do wniosku, iż że przyznana pomoc nie jest zgodna z rynkiem wewnętrznym, podejmie stosowane działania na podstawie art. 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. W tym miejscu warto wspomnieć o opinii Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 29 maja 2012 r. [4] dotyczącej projektu opiniowanej ustawy. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w konkluzji opinii stwierdziła, iż „projektowane rozwiązanie stanowi pomoc publiczną w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE" oraz wskazała, że w analizowanym przypadku „możliwe wydaje się zastosowanie przepisów rozporządzenia Komisji (WE) nr 1998/2006 z dnia

---

[2] Zob. opinia MSZ z dnia 5 czerwca 2012 r. – druk sejmowy nr 451.

[3] Zgodnie z art. 107 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, z zastrzeżeniem innych postanowień przewidzianych w Traktatach, wszelka pomoc przyznawana przez Państwo Członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiejkolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna z rynkiem wewnętrznym w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi.

[4] Zob. http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/45041/45066/45068/dokument36628.pdf?lastUpdateDay=02.07.12&lastUpdateHour=12%3A41&userLogged=false&date=Monday%2C+2+July+2012.

15 grudnia 2006 r. w sprawie stosowania art. 87 i 88 Traktatu do pomocy *de minimis*". Niemniej w związku z tym, iż w „projekcie brak jest jakichkolwiek danych dotyczących skali oraz wielkości zaległych zobowiązań" – zdaniem Pani Prezes – nie jest możliwa ocena, „czy zastosowanie przepisów o pomocy *de minimis* pozwoli na osiągnięcie zamierzonego celu".

Abstrahując od zastrzeżeń dotyczących zgodności ustawy z prawem unijnym, należy zwrócić uwagę na przyjęte w uzasadnieniu założenie, że realizacja opiniowanej ustawy nie będzie miała wpływu na budżet państwa i nie uszczupli środków publicznych. Wydaje się one ryzykowne. Wnioskodawcy wskazują, iż uszczupleniu środków publicznych zapobiegnie roszczenie regresowe Generalnego Dyrektora wobec wykonawcy, o zwrot środków wypłaconych na podstawie ustawy. Niemniej wydaje się mało prawdopodobne, że Generalny Dyrektor odzyska od wykonawców całość środków wypłaconych przedsiębiorcom.

Dokonując analizy ustawy należy zastanowić się również nad zgodnością z Konstytucją jej postanowień.

Zgodnie z art. 32 ust. 1 Konstytucji wszyscy są wobec prawa równi i mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne, przy czym w myśl ust. 2 tego artykułu **nikt nie może być dyskryminowany w życiu** politycznym, społecznym lub **gospodarczym z jakiejkolwiek przyczyny**. W doktrynie prawa konstytucyjnego podkreśla się, że zasada równości oznacza, że jednakowe **prawa** i obowiązki dotyczyć będą wszystkich podmiotów należących do tych samych kategorii, przy czym ich wyróżnienie nie będzie arbitralne, lecz oparte na usprawiedliwionych kryteriach możliwych do zaakceptowania w demokratycznym państwie prawnym.[5]

Istotę tej zasady ujmuje podobnie Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie. [6] W świetle orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego z zasady równości wynika:

1) nakaz jednakowego traktowania równych i podobnego traktowania podobnych;
2) dopuszczalność uzasadnionych zróżnicowań;
3) konieczność wiązania równości z zasadą sprawiedliwości.

---

[5] P. Winczorek: *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, s. 50.

[6] J. Oniszczuk: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, s. 269 i 270.

Trybunału Konstytucyjnego podkreśla, iż z zasady równości wynika nakaz jednakowego traktowania podmiotów w obrębie określonej klasy (kategorii), co oznacza, że wszystkie podmioty charakteryzujące się w równym stopniu daną cechą istotną (relewantną) powinny być potraktowane równo, a więc według jednakowej miary, bez zróżnicowań, zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących.[7] Jednocześnie Trybunał Konstytucyjny niejednokrotnie zwracał uwagę, że nierówne traktowanie podmiotów podobnych nie musi oznaczać dyskryminacji lub uprzywilejowania, a w konsekwencji niezgodności z art. 32 Konstytucji. [8] Konieczna jest bowiem ocena kryterium, na podstawie którego dokonano zróżnicowania, gdyż każde odstępstwo od nakazu równego traktowania podmiotów podobnych musi zawsze znajdować podstawę w odpowiednio przekonujących argumentach.

Odnosząc powyższe uwagi do analizowanej ustawy może pojawić się wątpliwość, czy ustawodawca równo potraktował wszystkich przedsiębiorców, którzy zawarli umowę z wykonawcą w związku z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane udzielonego przez Generalnego Dyrektora? Pojawiają się też inne pytania. Czy szczególne potraktowanie mikroprzedsiębiorcy, małego i średniego przedsiębiorcy oraz usługodawcy spełniającego wymagania dla mikroprzedsiębiorcy, małego i średniego przedsiębiorcy jest uzasadnione i racjonalne? Czy nie należałoby objąć reżimem ustawy wszystkich przedsiębiorców, których działalność doprowadziła do tego, że określone prace związane z realizacją zamówienia publicznego zostały zrealizowane i odebrane? Szukając odpowiedzi na te i inne pojawiające się, chociażby w opiniach partnerów społecznych, pytania (wątpliwości) ustawodawca powinien mieć na względzie, iż zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego [9] dopuszczalne jest odstąpienie od nakazu równego traktowania o ile:

1) wprowadzone zróżnicowania mają charakter racjonalnie uzasadniony; nie są dokonane według dowolnie ustalonego kryterium;
2) są proporcjonalne, a więc waga interesu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów normy, pozostaje w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych;
3) pozostają w jakimś związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych.

---

[7] Zob. wyrok TK z dnia 5 listopada 1997 r., sygn. K. 22/97, OTK ZU Nr 3-4/1997.

[8] Zob. wyrok TK z dnia 12 maja 1998 r., sygn. U. 17/97, OTK ZU Nr 3/1998.

[9] Zob. wyrok TK z dnia 18 stycznia 2000 r., sygn. K. 17/99, OTK ZU Nr 1/2000.

Zastanowić należałoby się również nad zgodnością ustawy z art. 64 ust. 2 Konstytucji, w myśl którego własność, **inne prawa majątkowe** oraz dziedziczenie podlegają równej dla wszystkich ochronie prawnej. Przepis ten pozostaje w nierozerwalnym związku z analizowanym powyżej art. 32 ust. 1 Konstytucji.[10]

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego nie może budzić wątpliwości, że w pojęciu „innych praw majątkowych" z art. 64 ust. 2 Konstytucji mieszczą się nie tylko prawa majątkowe o charakterze bezwzględnym, ale też prawa o charakterze obligacyjnym, w tym wierzytelności.[11] Opiniowana ustawa - wprowadzając dodatkową gwarancję ochrony wierzytelności jedynie tych przedsiębiorców, którzy są bezpośrednimi podwykonawcami, wykonawcy realizującego zamówienie publiczne na roboty budowlane (pierwszymi w „łańcuszku" podwykonawców) oraz jedynie tych, którzy są mikroprzedsiębiorcami, małymi lub średnimi przedsiębiorcami – może pozostawać w sprzeczności z powołanym przepisem. Trybunał Konstytucyjny, w świetle art. 64 ust. 2 Konstytucji, wskazuje na dwa podmiotowe aspekty równej ochrony praw majątkowych. Po pierwsze ochrona taka przysługuje każdemu, bez względu na cechy osobowe czy inne przymioty. Po drugie, ochrona praw majątkowych musi być równa dla wszystkich podmiotów. W rezultacie prawo majątkowe powinno podlegać jednakowej ochronie bez względu na to komu przysługuje [12], a odstąpienie od tej zasady może być uzasadnione jedynie wobec spełnienia warunków niezbędności, przydatności i proporcjonalności ograniczenia wywiedzionych z art. 31 ust. 3 Konstytucji.[13]

IV. Uwagi szczegółowe

1) art. 1 ust. 1 i art. 2 – zgodnie z § 154 ust. 2 Zasad techniki prawodawczej skrót pojęcia złożonego powinien być wprowadzony w przepisach ogólnych aktu (odrębnej jednostce redakcyjnej zawierającej skróty) albo w tym przepisie aktu, w którym po raz pierwszy zostało użyte skracane określenie złożone. W analizowanej ustawie ustawodawca zdecydował się na drugą z dopuszczalnych technik, niemniej nie uczynił tego właściwie.

---

[10] Zob. wyrok TK z dnia 26 maja 2010 r., sygn. P 29/08 oraz wyrok TK z dnia 18 października 2011 r., sygn. SK 2/10.

[11] Zob. wyrok TK z dnia 10 marca 2009 r., sygn. P 80/08, OTK ZU Nr 3/A/2009.

[12] Zob. wyrok TK z dnia 19 grudnia 2002 r., sygn. K 33/02, OTK ZU Nr 7/A/2002 oraz wyrok TK z dnia 13 czerwca 2011 r., sygn. SK 41/09.

[13] Zob. wyrok TK z dnia 12 stycznia 1999 r., sygn. P 2/98, OTK ZU Nr 1, poz. 2 oraz wyrok TK z dnia 3 października 2000 r., sygn. K 33/99, OTK ZU Nr 6/200. poz. 188.

Skrót pojęcia „Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad” powinien być wprowadzony w art. 1 ust. 1, a nie w art. 2.

Propozycja poprawki:

- w art. 1 w ust. 1 wyraz „niezaspokojonych” zastępuje się wyrazami „, zwany dalej „Generalnym Dyrektorem” niezaspokojonych” oraz skreśla się użyte po raz drugi wyrazy „Dróg Krajowych i Autostrad”,
- w art. 2 skreśla się wyrazy „Dróg Krajowych i Autostrad, zwany dalej „Generalnym Dyrektorem”,”;

2) art. 1 ust. 1 – w przepisie tym ustawodawca stanowi, że spłata przez Generalnego Dyrektora będzie dotyczyła wyłącznie należności za **zrealizowane i odebrane** prace. Sformułowanie to może sugerować, iż przedmiotem umów z wykonawcą, o których mowa w tym przepisie, są wyłącznie roboty budowlane, co – wobec treści art. 1 ust. 2 i uzasadnienia do projektu ustawy – wydaje się niewłaściwe. Należy zwrócić uwagę, iż dodanie ust. 2 (w trakcie prac w Sejmie) do art. 1 spowodowało, iż jedynym trybem dochodzenia zapłaty wynagrodzenia **za roboty budowlane** wykonane przez podwykonawcę pozostanie tryb wskazany w art. 647^1 § 5. Oznacza to w praktyce, że beneficjentami opiniowanej ustawy nie będą przedsiębiorcy wykonujący roboty budowlane, ale podmioty, które zawarły w związku z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane umowy niebędące umowami o roboty budowlane (np. „dostawcy” maszyn i urządzeń potrzebnych do wykonywania robót budowlanych). Mając powyższe na względzie, należy zastanowić się na czym miałyby polegać realizacja i odbiór prac w odniesieniu do umów niebędacych umowami o roboty budowlane; np. czy udostępnienie maszyny (urządzenia) jest pracą i czy taka praca podlega odbiorowi (czy z faktu udostępnienia maszyny/urządzenia sporządza się protokół odbioru?). Wydaje się, że ze względu na przedmiot umów, o których mowa w art. 1 ust. 1, ustawodawca powinien stanowić raczej o należnościach za zrealizowane (wykonane) umowy, aniżeli o należnościach za zrealizowane i odebrane prace. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby z treści umowy pomiędzy przedsiębiorcą a wykonawcą wynikało, iż umowę uważa się za zrealizowaną (wykonaną) dopiero po dokonaniu odbioru (podpisaniu protokołu odbioru).

Ponadto analizując art. 1 ust. 1 pod kątem zgodności z Zasadami techniki prawodawczej dotyczącymi formułowania i oznaczania jednostek redakcyjnych aktu normatywnego można dojść do wniosku, iż przepis ten wymaga modyfikacji również w tym aspekcie. Zdaniem Biura Legislacyjnego fragment przepisu wskazujący, że spłata

będzie dotyczyła wyłącznie należności za zrealizowane i odebrane prace, powinien być traktowany jako wyznaczenie zakresu przedmiotowego od strony negatywnej (w przeciwieństwie do pozostałej części przepisu, która wyznacza zakres przedmiotowy od strony pozytywnej). W związku z tym, iż formułując art. 1 ust. 2 ustawodawca zdecydował, że negatywny aspekt zakresu przedmiotowego będzie określony odrębnym przepisem, należałoby wskazany wyżej fragment art. 1 ust. 1 zamieścić w odrębnej jednostce redakcyjnej. W proponowanym poniżej art. … zastosowano technikę analogiczną do tej, którą posłużono się w art. 2.

Mając na względzie konieczność wyeliminowania wątpliwości interpretacyjnych oraz zapewnienia spójności i komunikatywności ustawy, należałoby rozważyć przyjęcie niżej zaproponowanych poprawek.

Propozycja poprawek:

- w art. 1 w ust. 1 skreśla się wyrazy „, wyłącznie za zrealizowane i odebrane prace,”;
- przed art. 2 dodaje się art. … w brzmieniu:

  „Art. ... Generalny Dyrektor spłaca należności wyłącznie za zrealizowane umowy.”;
- w art. 7 w ust. 3 wyrazy „i odebrane prace” zastępuje się wyrazami „umowy”;
- w art. 8 w ust. 1 wyrazy „i odebranych prac” zastępuje się wyrazami „umów”;

W przypadku nieprzyjęcia poprawki proponowanej w pkt 5 tej części opinii, odpowiedniej zmianie ulegnie również art. 5 ust. 1 pkt 1.

3) art. 1 ust. 2 – mając na względzie, iż podstawą solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę jest art. 647^1 § 5 (a nie cały art. 647^1) oraz kierując się określonymi w Zasadach techniki prawodawczej zasadami formułowania odesłań zewnętrznych, należałoby uściślić odesłanie sformułowane w art. 1 ust. 2.

   Propozycja poprawki:

   w art. 1 w ust. 2 wyrazy „art. 647^1” zastępuje się wyrazami „art. 647^1 § 5”;

4) art. 1 ust. 2 - zaproponowana niżej poprawka wyłącza przepis zawarty w art. 1 w ust. 2 do osobnego artykułu. W trakcie prac w Sejmie zmieniono technikę zastosowaną w projekcie i rozbito art. 1 na oddzielne artykuły. Niestety nie uczyniono tego konsekwentnie. W tym przypadku należałoby uwzględnić również przepisy § 55 ust. 3 i 4

Zasad techniki prawodawczej, które statuują warunki, jakie powinny być spełnione, aby poprawnie dokonać podziału artykułu na ustępy. Przepis art. 1 ust. 2 tych wymagań nie spełnia.

Propozycja poprawki:

w art. 1 skreśla się oznaczenie ust. 1, a dotychczasowy ust. 2 oznacza się jako art. 1a;

5) art. 5 ust. 1 pkt 1 – w związku z tym przepisem nasuwa się wątpliwość, czy przedsiębiorca będzie mógł zgłosić Generalnemu Dyrektorowi należność, która przysługuje mu od wykonawcy, w przypadku gdy wykonawca zalega z zapłatą za zrealizowane i odebrane prace co najmniej 30 dni **temu przedsiębiorcy**, czy **jakiemukolwiek przedsiębiorcy**. Wydaje się, iż wolą ustawodawcy jest, aby przepis stanowił o zaległości w stosunku do przedsiębiorcy zgłaszającego należność. Mając na uwadze wyeliminowanie potencjalnych wątpliwości interpretacyjnych proponuje się przyjęcie niżej sformułowanej poprawki. W poprawce przyjęto, iż – w świetle przepisów ogólnych – oczywiste jest, że zgłoszenie dotyczy należności za zrealizowane i odebrane prace.

   Propozycja poprawki:

   w art. 5 w ust. 1 w pkt 1 wyrazy „zapłatą za zrealizowane i odebrane prace” zastępuje się wyrazami „jej zapłatą”;

6) art. 5 ust. 3 – z przepisu tego wynika, że Generalny Dyrektor będzie ogłaszał o otwarciu terminu na dokonywanie zgłoszeń oraz sporządzał listę przedsiębiorców wyłącznie w przypadku, gdy zgłoszone należności przekroczą 3% wartości zamówienia publicznego. W pozostałych przypadkach decyzja Generalnego Dyrektora o otwarciu terminu i sporządzeniu listy wierzycieli będzie fakultatywna. Innymi słowy Generalny Dyrektor będzie podejmował arbitralną decyzję w tym przedmiocie. Przy czym arbitralność taka nie bedzie 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.

W analizowanym przypadku dojdzie do sytuacji, w której arbitralna, niepodlegająca weryfikacji decyzja Generalnego Dyrektora będzie przesądzać o realizacji ustawy.

Analizując art. 5 ust. 3 rodzi się również pytanie, czy zgłoszenie **jednej** należności o wartości przekraczającej 3 % wartości zamówienia będzie skutkowało ogłoszeniem o otwarciu terminu na dokonywanie zgłoszeń i sporządzeniem listy wierzycieli, czy też nie. Literalne brzmienie przepisu może prowadzić do wniosku, iż zgłoszenie tylko jednej należności, bez względu na jej wartość, nie oznacza, iż do sporządzenia listy przedsiębiorców dojdzie. Taka interpretacja skutkuje, tym iż w przypadku gdy wykonawca ma tylko jednego wierzyciela, któremu zalega ze spłatą należności (albo tylko jeden wierzyciel zgłosi należność), wierzyciel ten (przedsiębiorca) nie będzie mógł liczyć na spłatę należności przez Generalnego Dyrektora.

Powyższa analiza prowadzi do wniosku, że ustawodawca dopuszcza możliwość różnicowania sytuacji prawnej wierzycieli nie tylko w związku z takim a nie innym określeniem zakresu przedmiotowego i podmiotowego ustawy, ale również w zależności od wartości zgłoszonych należności oraz, być może, liczby zgłoszonych należności. Rozwiązanie takie rodzi uzasadnione wątpliwości co do jego zgodności z Konstytucją (tj. art. 32 i art. 64 ust. 2).[14]

Mając na względzie powyższe uwagi oraz dążąc do wyeliminowania wątpliwości konstytucyjnych należałoby rozważyć poprawkę, która spowoduje, iż lista przedsiębiorców będzie sporządzana obligatoryjnie, bez względu na ich wartość i liczbę zgłoszeń.

Propozycja poprawki:

w art. 5 w ust. 3 skreśla się wyrazy „może ogłosić, a w przypadku gdy zgłoszone należności przekroczą 3% wartości zamówienia publicznego";

7) art. 6 pkt 2 – w przepisie tym ustawodawca stanowi, iż jednym z dokumentów uprawniających do otrzymania zaliczki na poczet należności, jest spis wierzycieli, o którym mowa w art. 23 ust. 1 pkt 3 ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, obejmujący należność. Zgodnie z art. 23 ust. 1 przywołanej ustawy, spis wierzycieli dołączany jest **wyłącznie** do wniosku dłużnika o ogłoszenia upadłości. W przypadku wniosku o ogłoszenie upadłości, który zgłasza wierzyciel, takiego spisu ustawodawca nie

[14] O przesłankach poprawności konstytucyjnej, które ustawodawca musi wziąć pod uwagę naruszając zasadę równości i zasadę równej dla wszystkich ochrony praw majątkowych piszę w III części niniejszej opinii.

wymaga. W związku z powyższym nasuwa się pytanie, w jaki sposób przedsiębiorca moze wejść w posiadanie dokumentu będącego częścią wniosku dłużnika o ogłoszenie upadłości, a co więcej czy w ogóle jest możliwe, aby dysponował on oryginałem spisu wierzycieli (oryginał spisu wierzycieli dołączony jest do wniosku dłużnika; art. 5 ust. 2 pkt 2 stanowi o kopiach dokumentów). Analiza opiniowanej ustawy oraz ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze prowadzi do wniosku, że jeden z alternatywnych warunków wypłaty zaliczki, sformułowany w art. 6 pkt 2, jest niemożliwy do zrealizowania;

8) art. 7 ust. 1 pkt 2 – w związku z tym, iż ugoda między przedsiębiorcą, a wykonawcą może być zawarta również w inny sposób niż przed sądem (mediator, sąd polubowny), należałoby ten fakt uwzględnić w art. 7 ust. 1 pkt 2. W przeciwnym razie może dojść do sytuacji, w której ugoda zawarta przed mediatorem albo ugoda zawarta przed sądem polubownym, opatrzona klauzulą wykonalności, nie będzie stanowiła tytułu wypłaty kwoty należności. Warto przy tym pamiętać, iż ugoda zawarta przed mediatorem, po jej zatwierdzeniu przez sąd, ma moc prawną ugody zawartej przed sądem. Podobnie jest w przypadku ugody zawartej przed sądem polubownym.
   Propozycja poprawki:
   w art. 7 w ust. 1 w pkt 2 skreśla się wyrazy „zawartej przed sądem”;

9) art. 8 ust. 1 – w związku z tym przepisem nasuwa się wątpliwość co ustawodawca ma na myśli stanowiąc o należnościach nieobjętych gwarancją. Wydaje się, iż chodzi o gwarancję zapłaty za roboty budowlane, o której mowa w art. 649^1 § 1 ustawy – Kodeks cywilny. Jeżeli trafna jest ta interpretacja, w celu wyeliminowania wątpliwości interpretacyjnych, należałoby uchwalić niżej zaproponowaną poprawkę.
   Propozycja poprawki:
   w art. 8 w ust. 1 po wyrazie „gwarancją” dodaje się wyrazy „zapłaty za roboty budowlane, o której mowa w art. 649^1 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny”;

10) art. 8 ust. 1 – w myśl tego przepisu do dokumentów, o których mowa w art. 5 ust. 2, art. 6 i art. 7 ust. 1, przedsiębiorca będzie obowiązany dołączyć oświadczenie, iż należności wymienione w tych dokumentach wynikają ze zrealizowanych i odebranych prac związanych z realizacją zamówienia publicznego oraz że nie są objęte gwarancją udzieloną przez wykonawcę **lub** nie zostały zaspokojone. Posłużenie się spójnikiem

alternatywy łącznej „lub” skutkuje tym, iż *de facto* przedsiębiorca może złożyć jedno z trzech oświadczeń: **pierwsze** – iż należności wymienione w tych dokumentach wynikają ze zrealizowanych i odebranych prac związanych z realizacją zamówienia publicznego oraz że nie są objęte gwarancją udzieloną przez wykonawcę **i** nie zostały zaspokojone, **drugie** – że należności nie zostały zaspokojone i **trzecie** – że należności wymienione w tych dokumentach wynikają ze zrealizowanych i odebranych prac związanych z realizacją zamówienia publicznego oraz że nie są objęte gwarancją udzieloną przez wykonawcę. Jak się wydaje, pozostawienie przedsiębiorcy swobody co do określenia treści oświadczenia nie jest zgodne z intencją prawodawcy. Zapewne chodziło o to, aby oświadczenie przedsiębiorcy „potwierdzało”: związek należności ze zrealizowanymi i odebranymi pracami, fakt nieobjęcia należności gwarancją zapłaty oraz fakt, iż należności, których dotyczy procedura, nie zostały zaspokojone.

Propozycja poprawki:

w art. 8 w ust. 1 wyraz „lub” zastępuje się wyrazem „i”;

11) art. 14 – w przepisie tym ustawodawca potwierdza, iż 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. Wydaje się, iż wynika to już dostatecznie z art. 3, który przewiduje, iż ustawa znajdzie zastosowanie do zamówień publicznych, co do których Generalny Dyrektor wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia lub udzielił zamówienia przed dniem wejścia w życie ustawy. Nie budzi wątpliwości, iż z punktu widzenia tego, czy stosować się będzie przepisy ustawy, czy też nie, decydujące znaczenie będzie miał moment wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a nie przesłanki podmiotowe. W przypadku gdyby ustawodawca zamierzał wyłączyć z reżimu ustawy wykonawców, o których mowa w art. 14, uczyniłby to wprost przepisem ograniczającym zakres podmiotowy ustawy albo tak sformułował przesłanki podmiotowe, o których mowa w art. 5 ust. 1, że jasne byłoby, że wykonawcy, o których mowa w art. 14, nie spełniają tych przesłanek, a więc należności tych wykonawców nie mogą być spłacone przez Generalnego Dyrektora. Przyjmując ten tok rozumowania należy stwierdzić, iż art. 14 nie ma żadnej wartości normatywnej i jako taki nie powinien znaleźć się w ustawie.

Propozycja poprawki:

skreśla się art. 14;

12) art. 15 – ustawodawca przewidział, iż ustawa wejdzie w życie z dniem ogłoszenia. Oznacza to, że zrezygnowano z jakiegokolwiek okresu *vacatio legis*. W związku z tym należy zastanowić się, czy rezygnacja z okresu dostosowawczego, spełnia warunki poprawności konstytucyjnej. Niezachowanie odpowiedniego vacatio legis może skutkować naruszeniem zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji). W myśl orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, nakaz zachowania odpowiedniego *vacatio legis*, nie jest wartością absolutną. To znaczy w pewnych, uzasadnionych koniecznością ochrony innych wartości konstytucyjnych przypadkach, okres dostosowawczy można skrócić, a nawet z niego zrezygnować. Pomocny przy dokonywaniu oceny poprawności przepisu o wejściu w życie może być art. 4 ustawy z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych. Przepis ten przewiduje, iż w przypadku jeżeli **ważny interes państwa** wymaga natychmiastowego wejścia w życie aktu normatywnego i **zasady demokratycznego państwa prawnego** nie stoją temu na przeszkodzie, dniem wejścia w życie może być dzień ogłoszenia tego aktu w dzienniku urzędowym. W związku z powyższym należałoby rozważyć, czy w przypadku opiniowanej ustawy przesłanki wymienione w przywołanym przepisie są spełnione. Niespełnienie chociaż jednej z nich spowoduje, iż przepis o wejściu w życie trzeba będzie uznać za niekonstytucyjny. Zgadzając się z tezą, iż z punktu widzenia przedsiębiorców ustawa powinna wejść w życie jak najszybciej, nie można nie wziąć pod uwagę art. 2 Konstytucji oraz przytoczonego przepisu ustawy o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych. Wydaje się, że modyfikacja przepisu o wejściu w życie i wprowadzenie, choć minimalnego, okresu *vacatio legis* nie powinny oznaczać uszczerbku dla interesów adresatów ustawy. W związku z tym proponuje się przyjęcie niżej sformułowanej poprawki.

   Propozycja poprawki:

   w art. 15 wyrazy „z dniem ogłoszenia” zastępuje się wyrazami „po upływie 14 *(ew. 7)* dni od dnia ogłoszenia”.

Jakub Zabielski
Główny legislator