



ZWIĄZEK BANKÓW POLSKICH

KRZYSZTOF PIETRASZKIEWICZ

PREZES

Warszawa, dnia 3 lipca 2012 r.

Pan
Marek Ziółkowski
Przewodniczący
Komisja Gospodarki Narodowej
Senat RP

Szanowny Panie Przewodniczący,

W nawiązaniu do **projektu ustawy w sprawie spłaty niezaspokojonych należności przedsiębiorców za niektóre prace, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych** uprzejmie przekazuję Panu Przewodniczącemu uwagi sektora bankowego do przedmiotowego projektu oraz pragnę podkreślić, iż Związek Banków Polskich ocenia projektowane zmiany negatywnie.

W ocenie Związku Banków Polskich projekt ustawy należy uznać za negatywny i niekorzystny z punktu widzenia pewności obrotu gospodarczego oraz podmiotów, których regulacja ta dotyczy.

Mając na uwadze powyższe, przedstawiam poniżej szczegółowe uwagi oraz propozycje legislacyjne Związku Banków Polskich, z prośbą o ich rozważanie w toku dalszych prac legislacyjnych nad przedmiotowym projektem.

W pierwszej kolejności pozwolę sobie wskazać podstawowe uwagi do projektu ustawy. Projekt ten **narusza przepisy Konstytucji, w szczególności: zasadę równego traktowania** poprzez preferowanie określonych podmiotów biorących udział w procesie inwestycyjnym z pominięciem innych/obciążeniem części podmiotów wyłącznym ryzykiem finansowym związanym z procesem inwestycyjnym, proponowane rozwiązanie stanowi o znacznym uprzywilejowaniu podmiotów realizujących inwestycję w porównaniu do innych podmiotów, w tym podmiotów finansujących wykonawcę, ponadto interesy tych ostatnich w ogóle przez projekt nie są brane pod uwagę.

Projekt narusza także **zasadę ochrony praw nabytych jak i zasadę lex retro non agit**, gdyż ustawa ma zastosowanie do udzielonych już zamówień oraz zawartych już umów. Proponowane rozwiązanie pomimo, iż nie zawarte wprost w treści projektu, prowadzi do skorzystania przez zamawiającego z zabezpieczenia udzielonego przez instytucje finansowe, co powoduje m.in. że warunki wypłaty środków z zabezpieczenia należytego wykonania umowy miałyby się zmienić po jego udzieleniu i co więcej nastąpiłoby to bez woli stron stosunku podstawowego, tj. wykonawcy i instytucji finansujących.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego utrzymuje się konsekwentnie od początku orzekania jednolita linia rozumienia znaczenia zasady zakazu retroaktywnego działania ustanowionej normy. W orzeczeniu pełnego składu z dnia 30 listopada 1988 r. w sprawie K 1/88 Trybunał Konstytucyjny wyraził następujący pogląd: "Zasadę niedziałania prawa wstecz Trybunał rozumie szerzej, nie tylko jako zakaz stanowienia norm prawnych, które nakazywałyby stosować nowo ustanowione normy prawne do zdarzeń, które miały miejsce przed ich wejściem w życie i z którymi prawo nie wiązało dotąd skutków prawnych (zasada lex retro non agit we właściwym tego słowa znaczeniu), lecz 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 nowo ustanowionych, jeżeli reguły te wywołują ujemne prawne (a w konsekwencji społeczne) następstwa dla bezpieczeństwa prawnego i poszanowania praw nabytych." Trybunał podkreślał również wielokrotnie, że chociaż zasada nie retroakcji stanowi podstawową zasadę porządku prawnego to jednak nie ma charakteru absolutnego i może doznawać pewnych wyjątków. W wyroku z dnia 10 grudnia 2007 r., sygn. akt P 43/07 (podsumowującego dotychczasową linię) Trybunał wskazał, iż „zasada niedziałania prawa wstecz polega na tym, aby nie stanowić prawa, które nakazywałoby stosowanie nowo ustanowionych norm do sytuacji zaistniałych przed wejściem ich w życie. Odstępstwo od tej zasady dopuszczalne jest wtedy, gdy jest to konieczne w celu realizacji wartości konstytucyjnej, ocenionej jako ważniejsza od wartości chronionej zakazem retroakcji, a także jeżeli przemawia za tym konieczność realizacji innej zasady konstytucyjnej, a realizacja tej zasady nie jest możliwa bez wstecznego działania prawa. (...) Bezpośrednie działanie nowego prawa, chociaż wygodne dla ustawodawcy z punktu widzenia porządku prawnego, w praktyce niesie liczne zagrożenia w postaci naruszenia zasady zaufania obywatela czy też podmiotów gospodarczych do państwa, zasady ochrony praw nabytych czy też zasady nie retroakcji prawa, które to zasady wynikają z art. 2 Konstytucji”.

Zasada lex retro non agit oraz zasada ochrony praw nabytych mają charakter zasad przedmiotowych, wyznaczających granice ingerencji władzy publicznej w sferę praw podmiotowych. Naruszenie tych zasad może uzasadniać zarzut niedopuszczalnego wkroczenia przez tę władzę w sferę konstytucyjnie chronionych praw lub wolności jednostki, co w konsekwencji prowadzi do stwierdzenia sprzecznego z porządkiem konstytucyjnym naruszenia tych praw lub wolności (jak stanowi, np. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 10 lipca 2000 r., SK 21/99). Zmieniając prawo, ustawodawca jest zobowiązany do szczególnej staranności. Musi realizować wymogi wynikające z zasad demokratycznego państwa prawnego dotyczące zmiany przepisów. W wyroku z dnia 17 marca 2008 r., sygn. akt K 45/01, Trybunał podkreślił, że ustawodawca ma obowiązek ustanowienia regulacji przejściowych i dostosowujących, żeby adresaci norm mogli zapoznać się z nową regulacją i zaadaptować do niej. W wypadku ingerencji w prawa nabyte jednostka powinna uzyskać rekompensatę za utracone prawo. Ustawodawca, ingerując w prawa nabyte, powinien wprowadzać rozwiązania prawne, które zawężają do niezbędnego minimum negatywne skutki

dla zainteresowanych i umożliwiają im dostosowanie się do nowej sytuacji, w szczególności przez wprowadzenie odpowiedniej *vacatio legis* lub ustanowienie przepisów przejściowych ułatwiających adresatom norm prawnych dostosowanie się do nowych regulacji (wyroki Trybunału Konstytucyjnego z: 19 marca 2001 r., K 32/00 i 23 marca 2006 r., K 4/06).

Kolejną kwestią wymagająca podniesienia jest przeniesienie całego ryzyka finansowego związanego z realizacją inwestycji drogowej na wykonawcę, a w konsekwencji na instytucje udzielające wykonawcy finansowania i zabezpieczenia należytego wykonania umowy – pod pozorem ochrony przedsiębiorców (w rozumieniu projektu ustawy), przy całkowitym pominięciu odpowiedzialności zamawiającego, który jako inwestor powinien współuczestniczyć w ryzykach związanych z inwestycją, szczególnie polegających na realizacji celu publicznego jakim jest budowa dróg, o czym stanowi uzasadnienie do projektu ustawy.

Zaproponowany projekt ustawy nie może znaleźć uznania w demokratycznym państwie prawa, w szczególności poprzez niedostrzeżenie, iż skutki wprowadzenia niniejszej regulacji oddziałują (pośrednio, bez bezpośredniego odniesienia) przede wszystkim na instytucje finansowe, których interesy w tym zakresie nie są wystarczająco chronione prawem. Nie akceptowalne jest również zmienianie przepisów prawa w taki sposób, aby do obowiązujących już umów oraz zabezpieczeń należytego wykonania umowy miały zastosowanie przepisy, które weszły w życie po ich zawarciu i po udzieleniu zabezpieczenia. Wydaje się, że projekt pośrednio zmierza do rozszerzenia zakresu udzielonych zabezpieczeń należytego wykonania umowy.

Podstawowe założenie projektu ustawy, polegające na tym, iż w okresie posiadania przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad zabezpieczenia należytego wykonania umowy spłaca on należności przedsiębiorców (w rozumieniu projektu ustawy) do wysokości równej kwocie zabezpieczenia z Krajowego Funduszu Drogowego, a następnie Generalnemu Dyrektorowi przysługuje wobec wykonawcy roszczenie o zwrot środków wypłaconych na podstawie ustawy, rodzi uzasadnione przypuszczenie, że ostatecznie zamawiający zaspokoi swoje roszczenia z zabezpieczenia należytego wykonania umowy (wskazując na rozszerzenie jego zakresu). Takie rozwiązanie jest niezgodne z zawartymi umowami pomiędzy zamawiającym i wykonawcami, wykonawcami i instytucjami udzielającymi zabezpieczenia oraz samym celem udzielenia takiego zabezpieczenia, które ma chronić stosunek prawny pomiędzy zamawiającym i wykonawcą, a nie pomiędzy wykonawcą i podwykonawcami, dostawcami i innymi usługodawcami. Przedmiotowa regulacja ustawowa – pomimo, jak wcześniej już wskazano, braku bezpośredniej regulacji – **w konsekwencji przenosi całe ryzyko związane z niespłacaniem należności przedsiębiorców na instytucje finansowe udzielające zabezpieczenia, praktycznie bez możliwości uzyskania zaspokojenia roszczeń regresowych tych instytucji wynikających z zabezpieczenia od niewypłacalnych wykonawców oraz braku możliwości podnoszenia przez instytucje finansowe jakichkolwiek roszczeń i zarzutów w stosunku do zamawiającego** (z uwagi na bezwarunkowy charakter udzielanych zabezpieczeń). Nie można zaakceptować regulacji, która zmierza do zaspokojenia roszczeń pewnej określonej grupy społecznej kosztem innych uczestników procesu inwestycyjnego, którzy bardzo często ponoszą w ramach takich przedsięwzięć o wiele większe ryzyko, a w konsekwencji straty, aniżeli podwykonawcy, dostawcy i inni usługodawcy.

Nie akceptowalnym jest w demokratycznym państwie prawa regulowanie tak ważnej społecznie kwestii w sposób budzący wiele wątpliwości interpretacyjnych i dających możliwości odmiennych interpretacji, w szczególności w zakresie określenia sposobu uzyskania ostatecznego zwrotu środków wypłaconych z Krajowego Funduszu Drogowego. Zaproponowane regulacje nie wprowadzają rozwiązań problemów związanych z niewypłacalnością wykonawców, a mają na celu jedynie zaspokojenie interesów i ochronę tylko jednej grupy uczestników procesu inwestycyjnego, co rodzi uzasadnioną obawę wprowadzenia jeszcze większych niejasności i powstania nowych problemów dla innych uczestników przedsięwzięcia.

W projekcie ustawy nie uwzględnia się, iż przedsiębiorcy, niezależnie od ich wielkości, powinni wykazywać należytą staranność przy zawieraniu umów z wykonawcami i winni zabezpieczyć swoje interesy na wypadek braku płatności ze strony wykonawcy. Podmioty biorące udział w inwestycjach drogowych są profesjonalistami, a zatem za zasadne należy uznać, by dbając o swoje interesy powinny zachować procedurę, o której mowa w przepisach Kodeksu cywilnego dotyczących uzyskania zgody inwestora. Nie ma przy tym znaczenia czy jest to małe, średnie czy mikro przedsiębiorstwo. Procedura jest jednakowa dla wszystkich. Kwestia zaufania do dużych podmiotów (sp. z o.o. czy SA), wbrew temu, o czym stanowi uzasadnienie projektu, nie powinna mieć kluczowego znaczenia. Brak zachowania powyższej procedury obciąża podmiot gospodarczy. Nie zachowując procedury podmiot taki ponosi ryzyko braku zapłaty.

Ponadto, zaproponowany projekt ustawy może spowodować, że instytucje finansowe nie będą w przyszłości zainteresowane udzielaniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub koszt udzielenia takiego zabezpieczenia znacznie wzrośnie z uwagi na rozszerzenie kręgu podmiotów, których roszczenia pośrednio będą mogły być zaspokojone z takiego zabezpieczenia, zmieniający tym samym sam cel zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Z jednej strony w uzasadnieniu projektu wskazuje się budowę dróg jako jeden z celów publicznych, posiadającym fundamentalne znaczenie dla rozwoju kraju zarówno pod względem ekonomicznym, jak również ze względu na konieczność zapewniania społeczeństwu godnych warunków komunikacyjnych, a transport drogowy zachować ma swoją dominującą rolę, z drugiej zaś wprowadza rozwiązanie, które spowoduje niemożliwość wykonania inwestycji drogowych z uwagi na brak bądź trudności w uzyskaniu finansowania inwestycji drogowych. Żadna inwestycja drogowa nie może obyć się bowiem bez finansowania ze strony instytucji finansowych.

Dodatkowo, w ocenie skutków regulacji nie uwzględniono wszystkich podmiotów biorących udział w procesie inwestycyjnym w zakresie budowy dróg, na które projektowany akt prawny oddziałuje oraz nie określono skutków i ryzyk związanych z przedmiotową regulacją dla wszystkich podmiotów.

W nawiązaniu do przedstawionych uwag, pozwalam sobie **zaproponować następujące zmiany do projektu ustawy.**

1. W pierwszej kolejności proponuje się opracowanie rozwiązania polegającego na stworzeniu podmiotu, np.: funduszu, który objąłby akcje wykonawców, przeprowadził ich restrukturyzację, w ramach którego rozliczone zostałyby płatności na rzecz podwykonawców, dostawców i innych usługodawców, przy wykorzystaniu zabezpieczeń udzielonych przez Bank Gospodarstwa Krajowego.

W ramach takiego podmiotu udział mogłyby brać również instytucje finansowe, które przekazałyby na określonych zasadach, środki finansowe pozwalające na rozliczenie podwykonawców, dostawców i innych usługodawców.

2. W drugiej kolejności rozważyć również należy (mając na uwadze kwestie związane z ograniczeniami wynikającymi z pomocy publicznej) możliwość podziału ryzyka związanego z roszczeniami podwykonawców, dostawców i innych usługodawców. Instytucje finansowe ponosiłyby przyjęte na siebie ryzyko rozliczenia roszczeń zamawiającego i podwykonawców kwalifikowanych – na obecnych zasadach, roszczenia pozostałych podmiotów zostałyby zaspokojone w części np.: przez Skarb Państwa.

Jednocześnie proponuje się rozważenie, mając na uwadze kwestie związane z ograniczeniami wynikającymi z pomocy publicznej, wprowadzenie pewnych ulg dla podwykonawców, dostawców i innych usługodawców w zakresie zobowiązań publicznoprawnych przez określony czas.

3. W chwili obecnej należy przyjąć indywidualne podejście do każdej z zawartych umów dotyczących realizacji inwestycji drogowych. Powinny zostać one poddane wnikliwej analizie. Ich realizacja oraz możliwość rozliczenia podwykonawców powinna stanowić przedmiot rozmów pomiędzy ich stronami, z aktywnym udziałem zamawiającego oraz instytucji finansowych, które w chwili obecnej taką aktywność przejawiają i biorą udział w rozmowach mających na celu dalszą realizację zawartych umów, pomimo problemów finansowych wykonawców i ich bezpośredniego oddziaływania na instytucje finansowe.

4. Regulowane w projekcie ustawy zagadnienia wymagają również zmian systemowych, odnoszących się do całego procesu inwestycyjnego, począwszy od procedury i kryteriów wyboru wykonawców przy tego typu przedsięwzięciach, treści umów pomiędzy Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad i wykonawcami, wymaganych gwarancji, w szczególności gwarancji płatności wykonawców na rzecz podwykonawców, skończywszy na możliwości i zasadach zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy.

5. Ustawodawca zamiast pośrednio przerzucać ryzyko związane z niewypłacalnością wykonawców na instytucje finansowe, których interesy nie są wystarczająco chronione prawem, winien dokonać zmian w obowiązujących już przepisach, które dawałyby ochronę płatności wynagrodzenia dla uczestników procesu inwestycyjnego.

Zmianie powinien ulec m.in. art. 647¹ § 5 Kodeksu cywilnego poprzez rozszerzenie podmiotów, w stosunku do których zamawiający będzie solidarnie odpowiedzialny. Zakresem tego przepisu powinni być objęci nie tylko podwykonawcy, ale także dostawcy maszyn, urządzeń potrzebnych do wykonania robót budowlanych oraz materiałów budowlanych i inni usługodawcy. Taka regulacja zapewni tym uczestnikom ochronę przedsięwzięcia w sytuacji niewypłacalności wykonawcy. Będą oni uprawnieni do wystąpienia z roszczeniem do zamawiającego – dłużnika solidarnego. Przy takiej zmianie art. 647¹ § 5 Kodeksu cywilnego zostanie wprowadzony mechanizm ochrony obejmujący szerszy krąg podmiotowy niż obecnie, bez konieczności wprowadzania w tym zakresie nowej, proponowanej ustawy.

6. Zabezpieczenie interesów podwykonawców, dostawców i innych usługodawców może nastąpić poprzez wprowadzenie ustawowego obowiązku przedkładania przez wykonawców

gwarancji płatności na rzecz podwykonawców, dostawców i innych usługodawców. Pozwoli to na zaspokojenie roszczeń tych podmiotów w przypadku braku płatności ze strony wykonawcy, przy jednoczesnej świadomości konieczności takiej płatności ze strony instytucji finansowych, które udzielą takich gwarancji.

W nawiązaniu do powyższego pozwalam sobie przekazać Panu Przewodniczącemu propozycje legislacyjne zmian projektu ustawy oraz innych ustaw w zakresie niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych.

W projekcie ustawy o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych postuluje się wprowadzenie następujących zmian:

1. Postuluje się uzupełnienie art. 1 projektu ustawy o zapis, który wprowadzałby możliwość zastosowania ustawy jedynie do zamówień udzielonych po wejściu w życie ustawy, jak i umów zawartych także po wejściu jej w życie.

Treść propozycji:

Art.1

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

2. Ponadto, w art. 5 ust. 2 pkt 3 projektu ustawy postuluje się wprowadzenie po słowach: kopię umowy zawartej, słów: po dniu wejścia w życie ustawy.

Treść propozycji

Art. 5 ust.2 pkt 3

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

- 3) *kopię umowy zawartej **po dniu wejścia w życie ustawy** między wykonawcą a przedsiębiorcą.*
3. W kontekście art.5 ust. 3 wskazać należy, iż doprecyzowania wymaga kwestia weryfikacji zgłoszenia, gdyż nie są znane kryteria tej weryfikacji, nie został określony także czas, w którym powinna się dokonać, jak i nie określono czasu, jaki posiada Generalna Dyrekcja na wypłatę środków po zweryfikowaniu dokumentów.
4. W art. 8 postuluje się wprowadzenie po słowach: związanych z realizacją zamówienia publicznego, słów: po wejściu w życie ustawy.

Treść propozycji

Art. 8

Do dokumentów, o których mowa w art. 5 ust. 2, art. 6 i art. 7 ust. 1, przedsiębiorca dołącza oświadczenie, iż należności wymienione w tych dokumentach wynikają ze zrealizowanych i

odebranych prac związanych z realizacją zamówienia publicznego po dniu wejścia w życie ustawy oraz że nie są objęte gwarancją udzieloną przez wykonawcę lub nie zostały zaspokojone.

5. Ponadto, w art. 9 projektu ustawy, stanowiącym o możliwości ponownego sporządzenia listy przedsiębiorców, także nie wskazano czasu, w jakim należy to wykonać, w związku z czym postuluje się uściślenie tej kwestii.
6. Ponadto, nie wskazano w projekcie ustawy procedury rozpoczęcia naboru zgłoszeń, o których mowa w art. 5 ust. 3, dlatego powstaje pytanie czy w nawiązaniu do art. 6 ust.1 projektu ustawy Generalna Dyrekcja nie rozpocznie przedmiotowej procedury do czasu aż Bank Gospodarstwa Krajowego nie opracuje projektu zmian planu finansowego Krajowego Funduszu Drogowego oraz w związku z art. 13 ust. 2 nie zostanie on uzgodniony oraz zaopiniowany przez właściwych ministrów Powstaje zatem pytanie czy w przypadku równoległego trwania tych procesów czy można wypłacać zaliczkę, o której mowa w art. 6 projektu ustawy, zanim plan zostanie przyjęty.
7. Ponadto, celem opracowania zmian systemowych odnoszących się do całego procesu inwestycyjnego, postuluje się dodanie do projektu ustawy art. 13a oraz 13b o następującej treści:

Treść propozycji

Art.13a.

Agencja Rozwoju Przemysłu, na zasadach określonych w odrębnych przepisach, jest odpowiedzialna za przeprowadzanie procesów restrukturyzacyjnych wykonawców oraz dokończenie przez nich realizacji zamówień publicznych, których przedmiotem są roboty budowlane.

Art.13b

1. Agencja Rozwoju Przemysłu w uzgodnieniu z ministrem właściwym do spraw gospodarki, ministrem właściwym do spraw finansów publicznych, ministrem właściwym do spraw rozwoju regionalnego oraz Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad opracuje w terminie ... od dnia wejścia w życie ustawy i przedłoży Radzie Ministrów strategię obejmującą proponowane kierunki działań polegające na stworzeniu funduszu, który objąłby akcje wykonawców, przeprowadził ich restrukturyzację, w ramach którego rozliczone zostałyby płatności na rzecz podwykonawców, dostawców i innych usługodawców, przy wykorzystaniu zabezpieczeń udzielonych przez Bank Gospodarstwa Krajowego.

2. Zawarta w art. 13b ust. 1 koncepcja powinna dotyczyć zmian systemowych, odnoszących się do całego procesu inwestycyjnego, począwszy od procedury i kryteriów wyboru wykonawców, treści umów pomiędzy Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad i wykonawcami, wymaganych gwarancji, w szczególności gwarancji płatności wykonawców

na rzecz podwykonawców i możliwości oraz zasad zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy.

8. Postuluje się także dodanie **Przepisów końcowych**, które wprowadzą proponowaną regulację na okres przejściowy (próbny) o następującym brzmieniu:

Art.15.

Ustawa ma dwuletnią moc obowiązującą od dnia wejścia w życie.

9. Postuluje się także modyfikację obecnej treści art.647¹ § 5 w ustawie Kodeks cywilny w następujący sposób:

Treść propozycji

Art.647¹ § 5

Zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę, dostawcę maszyn, urządzeń potrzebnych do wykonania robót budowlanych oraz materiałów budowlanych, jak i innych usługodawców.

Przekazując powyższe uwagi i propozycje chciałbym prosić Pana Przewodniczącego o przychylne rozpatrzenie przedstawionych uwag i udzielenie poparcia w toku prac legislacyjnych mając na uwadze nadrzędny postulat aktywnego działania na rzecz tworzenia dobrego prawa.

Ł. Wyżęmi szecunku
Ł. Wyżęmi