

OPINIA
KRAJOWEJ RADY SĄDOWNICTWA

z dnia 20 lipca 2012 r.

w przedmiocie rządowego projektu ustawy w sprawie spłaty niezaspokojonych należności przedsiębiorców za niektóre prace, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych.

Krajowa Rada Sądownictwa po zapoznaniu się z tekstem przedstawionego jej do zaopiniowania rządowego projektu ustawy w sprawie spłaty niezaspokojonych należności przedsiębiorców za niektóre prace, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych opiniuje projekt negatywnie.

Krajowa Rada Sądownictwa dostrzegając problem nieregulowania lub nieterminowego regulowania należności podmiotów zaangażowanych w charakterze podwykonawców w realizację procesów inwestycyjnych, zauważa że jest to zjawisko szersze, którego nie można sprowadzać li tylko do procesu budowy dróg publicznych. Reakcją na ów niekorzystny stan rzeczy nie może być z pewnością doraźna, wrywkowa i źle przygotowana inicjatywa ustawodawcza, której przejawem, zdaniem Rady, jest przedłożony jej do zaopiniowania projekt ustawy w sprawie spłaty niezaspokojonych należności przedsiębiorców za niektóre prace, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych

Projektowana ustawa, zgodnie z zamysłem projektodawcy, ma umożliwić mikro, małym oraz średnim przedsiębiorcom uzyskanie od Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad spłaty niezaspokojonych należności, jakie przysługują im wobec wykonawcy zamówienia publicznego na roboty budowlane, udzielonego przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad.

Już tak sformułowane *ratio legis* projektowanej ustawy, zdaniem Rady, budzi poważne zastrzeżenia natury konstytucyjnej. Beneficjentem jej zapisów miałyby być bowiem wyselekcjonowana grupa przedsiębiorców - mikro, mali i średni przedsiębiorcy, natomiast poza zakresem jej normatywnego oddziaływania pozostałoby duży przedsiębiorcy, a przecież nie budzi wątpliwości stwierdzenie, że to nie wielkość prowadzonego przez przedsiębiorcę przedsiębiorstwa decyduje o jego kondycji finansowej. W tym kontekście trudno oprzeć się wrażeniu, że zapisy art. 1 ust 1 w zw. z art. 2 pkt 1 projektu pozostają w sprzeczności z art. 32 i 64 Konstytucji RP, które wyrażają zasadę równości wszystkich wobec prawa, zakazu dyskryminacji kogokolwiek w życiu gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny, oraz równej dla wszystkich ochrony praw majątkowych.

W uzasadnieniu projektu wskazano, iż projektowana regulacja nie będzie miała wpływu na budżet państwa z uwagi na wyposażenie Generalnego Dyrektora w roszczenie do wykonawców o zwrot środków wypłaconych na podstawie projektowanej ustawy. Godzi się w tym miejscu zauważyć, że zgodnie z treścią art. 1 ust 2 projektu, Generalny Dyrektor będzie dokonywał spłaty zgłoszonych należności ze środków pochodzących z Krajowego Funduszu Drogowego. Wyposażenie zatem Generalnego Dyrektora w roszczenie zwrotne o wypłaconą należność do wykonawcy nie daje żadnej gwarancji ochrony środków publicznych, zwłaszcza w sytuacji gdyby wykonawca był niewypłacalny.

W tym też kontekście do wyrażenia zasadniczych wątpliwości, co do sensu proponowanego rozwiązania, skłania określona przez projektodawcę graniczna wartość spłacanych przez Generalnego Dyrektora należności, którą to projektodawca ustalił w wysokości udzielonego zamawiającemu przez wykonawcę zabezpieczenia, o którym mowa w art. 147 ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.). Propozycja ta jest o tyle niezrozumiała, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy z art. 147 powołanej ustawy, pozostaje bez związku z roszczeniami kontrahentów wykonawcy, bez względu na to czy zostałyby one zaspokojone przez zamawiającego na zasadach określonych w projekcie. Zamawiający nie będzie mógł zatem przeznaczyć środków uzyskanych z zabezpieczenia należytego wykonania umowy, ponieważ odbyłoby się to kosztem niepokrycia szkód wyrządzonych mu przez wykonawcę. Przewidziane w związku z tym w ustawie wyłączenie przedmiotu zabezpieczenia z masy upadłości wykonawcy (art. 5 projektu) niewiele tu zmienia, gdyż nie prowadzi do zmiany istoty i charakteru samego zabezpieczenia. O możliwości realizacji roszczenia zwrotnego przez Generalnego Dyrektora z udzielonego zabezpieczenia projekt ustawy zresztą nie wspomina.

Krajowa Rada Sądownictwa wskazuje także na brak konsekwencji ze strony projektodawcy, który w uzasadnieniu do projektu określił znacznie szerszy krąg podmiotów objętych działaniem ustawy, niż to wynika z jej zapisów. W uzasadnieniu do projektu wskazano, iż z dobrodziejstw ustawy skorzystają zwłaszcza ci przedsiębiorcy, którzy nie mogą być uznani za podwykonawców w rozumieniu art. 647¹ § 5 k.c. i co za tym idzie nie mogą skorzystać z ochrony przewidzianej tą regulacją. Chodzić będzie zatem, zdaniem projektodawcy, w szczególności o dostawców maszyn i urządzeń potrzebnych do wykonywania robót budowlanych czy dostawców materiałów budowlanych. Jeśli jednak zważyć, że realizowane przez Generalnego Dyrektora należności mają wynikać ze „zrealizowanych i odebranych prac”, to poważne wątpliwości budzi możliwość stosowania pojęcia „pracy” do świadczenia dostawcy czy zwłaszcza wynajmującego (np. maszyn czy urządzeń). Na tej też podstawie należy uznać, iż projektowana ustawa obejmie swym zakresem znacznie węższą grupę usługodawców, lub tych przedsiębiorców, którzy zawarli z wykonawcą umowę o dzieło.

Rada zwraca ponadto uwagę na błędy konstrukcyjne rozwiązań proponowanych w projekcie. W art. 3 ust 5 projektu przewidziano, iż przedsiębiorcy wpisanemu na liście sporządzonej przez Generalnego Dyrektora, o której mowa art. 3 ust 3 projektu, zostanie wypłacona zaliczka na poczet należności o ile przedstawi spis wierzycieli, o którym mowa w art. 23 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r., Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz.U. z 2009 r. Nr 175, poz. 1361, z późn. zm.). Należy zauważyć, że spis wierzycieli jest

dokumentem, który wraz z wnioskiem o ogłoszenie upadłości przedkłada tylko dłużnik. Wierzyciel składający wniosek o ogłoszenie upadłości swojego dłużnika nie ma obowiązku dołączenia do wniosku takiego dokumentu, co jest racjonalne zważywszy na fakt, iż wierzyciel takim dokumentem zasadniczo nie dysponuje. Spełnienie zatem przez przedsiębiorcę - wierzyciela wspomnianej przesłanki uzyskania zaliczki będzie w istocie niemożliwe.

Podobny w swym charakterze zarzut można zgłosić wobec przesłanki uzyskania kwoty należności przewidzianej w art. 3 ust. 6 pkt 2. W powołanej regulacji mowa jest bowiem o konieczności przedstawienia ugody zawartej przed sądem w sprawie między przedsiębiorcą i wykonawcą, opatrzonej klauzulą wykonalności. W tym miejscu wypada nadmienić, że ugoda może być również zawarta przed mediatorem czy sądem polubownym i jeśli zostanie zatwierdzona przez sąd to uzyskuje moc prawną ugody zawartej przed sądem. Brak uwzględnienia w projekcie tej okoliczności może skutkować brakiem wypłaty należności, co do których przedsiębiorca zawarł z wykonawcą ugodę przed mediatorem czy sądem polubownym, nawet gdyby taka ugoda została opatrzona klauzulą wykonalności.

W uzasadnieniu brak także odniesienia się przez projektodawcę do zapisu art. 1 ust 1 projektu, iż Generalny Dyrektor spłaca jedynie należności główne przedsiębiorcy. Jeśli traktować literalnie ów zapis to przedsiębiorca byłby pozbawiony możliwości realizacji na warunkach określonych ustawą świadczeń ubocznych takich jak chociażby odsetki.

Z uwagi na fakt, iż ustawę stosuje się tylko do należności wynikających z umów zawartych z wykonawcami zamówień publicznych udzielonych przez Generalnego Dyrektora przed wejściem w życie ustawy lub wszczętych przed tym dniem, brak przewidzianego w ustawie *vacatio legis* może budzić kolejny zarzut o braku jej konstytucyjności.