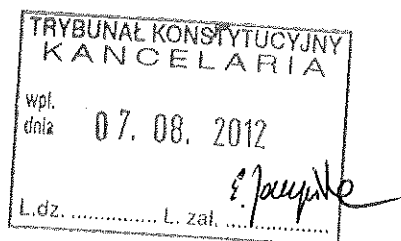




Prezydent
Rzeczypospolitej Polskiej

Warszawa, dnia 7 sierpnia 2012 r.



Trybunał Konstytucyjny
Warszawa

Wniosek

Na podstawie art. 191 ust. 1 pkt 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej wnoszę o zbadanie zgodności z Konstytucją ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych (Dz. U. Poz. 891).

Ustawie tej zarzucam niezgodność:

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 z art. 2 Konstytucji.

U z a s a d n i e n i e

Sejm w dniu 28 czerwca 2012 r. uchwalił ustawę o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych. Ustawa została uchwalona z przedłożenia rządowego (druk nr 451 z dnia 6 czerwca 2012 r.). Została ona ogłoszona w Dzienniku Ustaw Poz. 891 w dniu 3 sierpnia 2012 r. i tego samego dnia weszła w życie. Przedmiotem ustawy jest wprowadzenie doraźnej regulacji, której beneficjentami są niektórzy przedsiębiorcy, a mianowicie mikroprzedsiębiorcy, mali przedsiębiorcy i średni przedsiębiorcy – w rozumieniu art. 104-106 ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 z późn. zm.; zwanej dalej „u.s.dz.g.”), a także usługodawcy, w rozumieniu art. 2 ust.1 pkt 2 ustawy z 4 marca 2010 r. o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U z 2010 r. Nr 47, poz. 278 z późn. zm.; zwana dalej „u.ś.u.t.RP”). Ustawa określa zasady spłaty przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad (zwanego dalej „Generalnym Dyrektorem” lub „GDDKiA”) niezaspokojonych przez wykonawcę należności głównych przedsiębiorcy, który zawarł umowę z wykonawcą w związku z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane udzielonego przez Generalnego Dyrektora.

Ustawa ma zastosowanie do zamówień publicznych, dotyczących robót budowlanych, objętych wszczętym przez Generalnego Dyrektora przed dniem wejścia w życie ustawy postępowaniem lub udzielonym już przezeń zamówieniem, pod warunkiem niedokonania uprzednio zwrotu na rzecz wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy (w rozumieniu art.147 ustawy z 29 stycznia 2012 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz.759 z późn. zm.; zwanej dalej „P.z.p.”), do którego wysokości mogą być spłacane należności przez Generalnego Dyrektora, ze środków Krajowego Funduszu Drogowego.

Zawarte w ustawie definicje (przedsiębiorcy i wykonawcy) ograniczają krąg podmiotów, czyli zakres podmiotowy regulacji, do z jednej strony wykonawców, którzy mają bezpośrednio zawartą umowę z Generalnym Dyrektorem (udzielone zamówienie publiczne), z drugiej do beneficjentów, czyli mikroprzedsiębiorców,

małych i średnich przedsiębiorców w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz usługodawców w rozumieniu ustawy o świadczeniu usług na terytorium RP, posiadających umowę z wykonawcą „udzielonego zamówienia publicznego”.

Odnotować przy tym należy, iż nie jest to pierwsza reakcja ustawodawcy na występujące na masową skalę zjawisko niewywiązywania się wykonawców ze zobowiązań względem podwykonawców. Taką interwencję stanowiło uchwalenie w 2007 r. ustawy wprowadzającej do Kodeksu cywilnego art. 647¹ porządkującego tę materię.

Przyjęty zakres regulacji może budzić istotne wątpliwości natury prawnokonstytucyjnej. Zastrzeżenia w tym przedmiocie zgłaszane były już na etapie uzgodnień międzyresortowych przez Rządowe Centrum Legislacji jak i w późniejszych etapach procesu legislacyjnego przez służby prawne Sejmu i Senatu.

Odnosząc się do zgłaszanych już na etapie prac parlamentarnych wątpliwości co do zgodności z Konstytucją przyjętych w ustawie rozwiązań, zdecydowałem się o poddaniu ich, w trybie kontroli następczej, ocenie Trybunału Konstytucyjnego.

Założenia i cel ustawy

W rekonstrukcji celu jaki przyświecał ustawodawcy przy tworzeniu i uchwaleniu opiniowanej ustawy niezbędna jest analiza argumentacji podniesionej w uzasadnieniu projektu ustawy zawartego w druku sejmowym. Już w pierwszym akapicie uzasadnienia z druku nr 451 zwrócono uwagę że: „obowiązujące przepisy prawa w sposób niewystarczający chronią interesy przedsiębiorców w kontraktach na roboty budowlane realizowane w ramach zamówień publicznych”. Dalej wskazano, iż inwestycje drogowe realizowane przez Generalnego Dyrektora na podstawie P.z.p. cechują się koniecznością polegania na wiedzy, doświadczeniu, potencjale technicznym lub zdolnościach finansowych innych podmiotów niż wykonawca. Ustawodawca uchwalając przedmiotową ustawę dostrzegł również, że budowa dróg publicznych to skomplikowane i kosztowne inwestycje, których realizacja wymaga zaangażowania wielu podmiotów prowadzących działalność gospodarczą nie tylko z zakresu wykonywania robót budowlanych, których to nie obejmuje ochrona

przewidziana w art. 647¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.; zwany dalej „k.c.”). Ponadto ustawodawca uzasadniał konieczność wprowadzenia uchwalonej regulacji tym, że budowa dróg jako jeden z celów publicznych ma fundamentalne znaczenie dla rozwoju kraju pod względem ekonomicznym oraz ze względu na konieczność zapewnienia społeczeństwu godnych warunków komunikacji. W ten sposób ustawodawca wskazywał na prymat inwestycji drogowych w stosunku do innych zadań infrastrukturalnych mających na celu rozwój systemu transportowego. Jak wskazano w uzasadnieniu: „W interesie Polski jest jak najszybsze stworzenie sprawnych połączeń transportowych z resztą Europy za pomocą nowoczesnych sieci autostrad, dróg ekspresowych oraz innych dróg krajowych”, puentując dalej, że: „proponowana regulacja ma na celu zapobieganie negatywnym skutkom finansowym niezrealizowania przez generalnego wykonawcę płatności na rzecz podwykonawców (...)”. Zapobieganie negatywnym skutkom ma się odbywać poprzez umożliwienie dokonania spłaty niezaspokojonych należności przedsiębiorców za niektóre prace, wynikające z zamówień publicznych.

Wstępne założenia co do celu wprowadzanej regulacji były zatem zbieżne z tymi jakie przyświecały ustawodawcy przy dodawaniu w Kodeksie cywilnym art. 647¹. Przypomnieć należy, że Trybunał Konstytucyjny podkreślił w uzasadnieniu orzeczenia uznającego zgodność z Konstytucją art. 647¹ k.c., iż jego uchwalenie „było reakcją ustawodawcy na masowo występujące i dolegliwe zjawisko niewywiązywania się przez wykonawców z ich zobowiązań względem podwykonawców” (wyrok z 15 grudnia 2009 r., sygn. P 105/08).

Zmiana, podczas prac nad projektem ustawy, wstępnie przyjętych założeń, w których zdiagnozowano obszar stosunków społecznych wymagających interwencji ustawodawcy, doprowadziła do znacznego ograniczenia zakresu jej oddziaływania, czyniąc z niej akt o charakterze epizodycznym skierowanym do wąskiej grupy przedsiębiorców, którego realizacja potrwa jednak kilka lat.

De facto ustawa ma zastosowanie tylko do zamówień 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. Poza tym krąg przedsiębiorców został zawężony tylko do tych z nich, 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, 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.

Niezależnie od powyższego, przyjęte przez ustawodawcę rozwiązania mogą budzić także wątpliwości co do zgodności z zasadami udzielania pomocy publicznej, wynikającymi z prawa Unii Europejskiej.

Ustawodawca zamiast doprowadzić do jednolitego rozwiązania powstałej na skutek, często błędnie zdiagnozowanej przez GDDKiA sytuacji, będącej również konsekwencją braku stosowania przez podmiot publiczny, możliwych w ramach istniejących przepisów, właściwych zabezpieczeń i klauzul kontraktowych, ograniczył się do regulacji fragmentarycznych. Implikuje to zróżnicowanie podwykonawców.

1. Zarzut niezgodności 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.

Skarżona ustawa daje podstawę do wyodrębnienia podmiotów gospodarczych (beneficjentów), wobec których znajduje zastosowanie jako pomocna w spłacie należności im przysługujących (wierzytelności). Są to: mikroprzedsiębiorcy, mali przedsiębiorcy, średni przedsiębiorcy w rozumieniu art. 104-106 u.s.dz.g, oraz

usługodawcy w rozumieniu art.4 ust.1 pkt 2 u.ś.u.t.RP, którzy posiadają niezaspokojone należności wynikające z umów zawartych z wykonawcami zamówienia publicznego na roboty budowlane udzielonego przez Generalnego Dyrektora (art. 1 i art. 4 pkt 1 i 2 ustawy), pod warunkiem istnienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy (art. 3 ustawy).

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 nie będącego stroną stosunku prawnego, z którego te wierzytelności wynikają.

Z uwagi na bardzo ograniczony krąg podmiotów objętych zakwestionowaną ustawą oraz jej epizodyczny i retroaktywny charakter, przy jednoczesnym braku nagłych, nie dających się przewidzieć okoliczności uzasadniających wprowadzone rozwiązania, przyjęte regulacje 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. Konstytucyjna gwarancja własności w art. 64 ust. 1 Konstytucji obejmuje, oprócz własności *sensu stricto* oraz innych praw majątkowych o charakterze bezwzględnym, także prawa o charakterze obligacyjnym, w tym wierzytelności. Prawo to podlega zatem równej dla wszystkich ochronie zadeklarowanej w art. 64 ust. 2 Konstytucji. W wyroku z 19 grudnia 2002 r. (sygn. K 33/02) Trybunał Konstytucyjny wskazał na dwa aspekty ochrony konstytucyjnej praw majątkowych z punktu widzenia podmiotowego. Po pierwsze, ochrona taka przysługuje każdej osobie, bez względu na cechy osobowe czy inne szczególne przymioty. Po drugie, ochrona praw podmiotowych musi być równa dla wszystkich tych podmiotów. Obowiązkiem ustawodawcy jest nie tylko tworzenie przepisów udzielających ochrony prawom majątkowym, lecz także obowiązek powstrzymania się od przyjmowania regulacji, które owe prawa mogłyby pozbawić ochrony lub ją ograniczyć. W płaszczyźnie podmiotowej zasada wyrażona w art. 64 ust. 2 Konstytucji

oznacza zakaz różnicowania intensywności ochrony pomiędzy podmiotami prawa prywatnego, osobami fizycznymi, podmiotami prawa publicznego czy też państwem.

Art. 64 ust. 2 Konstytucji trzeba ponadto traktować jako jedno ze szczegółowych odniesień ogólnej zasady równości do poszczególnych dziedzin życia. Z tego względu musi on być interpretowany i stosowany w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji, co podkreślił Trybunał Konstytucyjny między innymi w wyroku z 2 czerwca 1999 r. (sygn. K 34/98).

Zgodnie z art. 32 ust. 1 wszyscy są wobec prawa równi i wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne. Zgodnie z art. 32 ust. 2, nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiejkolwiek przyczyny. W swoim orzecznictwie Trybunał Konstytucyjny wskazał, że art. 32 Konstytucji stanowi całość normatywną (zob. wyrok w sprawie o sygn. P 10/01, pkt 4).

W myśl tego przepisu żadne kryterium nie może stanowić podstawy do zróżnicowań niesprawiedliwych, dyskryminujących określone podmioty.

Jeżeli prawodawca różnicuje podmioty prawa, które charakteryzują się wspólną cechą istotną, to wprowadza odstępstwo od zasady równości. Takie odstępstwo nie musi jednak oznaczać naruszenia art. 32 Konstytucji. Jest ono dopuszczalne, jeżeli zostały spełnione następujące warunki:

- 1) kryterium różnicowania pozostaje w racjonalnym związku z celem i treścią danej regulacji;
- 2) waga interesu, któremu różnicowanie ma służyć, pozostaje w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku wprowadzonego różnicowania;
- 3) kryterium różnicowania pozostaje w związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych.

Prawodawca, nakładając obowiązki lub przyznając określone uprawnienia, nie może jednak określać kręgu podmiotów objętych tymi obowiązkami lub uprawnieniami w sposób dowolny. Ustanowione obowiązki oraz przyznane uprawnienia powinny - w miarę możliwości - obejmować wszystkie podmioty

charakteryzujące się daną wspólną cechą istotną z punktu widzenia danej regulacji prawnej. Jednocześnie wszelkie odstępstwa od zakazu różnicowania podmiotów podobnych muszą mieścić się w granicach wyznaczonych przez przedstawione wyżej kryteria dopuszczalnego różnicowania tych podmiotów.

Oceniając regulację prawną 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.

W oparciu o dokonaną w pierwszej części wniosku rekonstrukcję założeń i celu, jaki przyświecał ustawodawcy przy tworzeniu i uchwaleniu skarżonej ustawy, można ustalić cechy istotne (relewantne) charakteryzujące przedsiębiorców (podwykonawców), do których należą: 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.

Pojęcie „dróg publicznych” zostało zdefiniowane w ustawie z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 19, poz. 115, z późn. zm.). Drogi publiczne ze względu na funkcje w sieci drogowej dzielą się na następujące kategorie: 1) drogi krajowe; 2) drogi wojewódzkie; 3) drogi powiatowe; 4) drogi gminne. Ulice leżące w ciągu tych dróg należą do tej samej kategorii co te drogi (art. 2 ust. 1 ustawy o drogach publicznych).

1) Pierwsze ograniczenie tak określonego katalogu podmiotów posiadających wspólną cechę relewantną ustawodawca wprowadził w oparciu o kryterium inwestora, który w ramach dokonanego zamówienia publicznego wyłonił wykonawcę robót budowlanych. Inwestorem tym jest Generalny Dyrektor. Uzasadnieniem dla wprowadzenia tego kryterium jest, jak się wydaje, skala i charakter inwestycji realizowanych przez GDDKiA 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. W tym miejscu wskazać należy, że co do zasady, zarządcą dróg krajowych jest Generalny Dyrektor. W art. 19 ust. 3, 5 i 8 ustawy o drogach publicznych określone zostały jednak wyjątki od tej zasady. W kontekście rozpatrywanej sprawy jest istotne to, że w granicach miast na prawach powiatu zarządcą wszystkich dróg publicznych, a więc również i krajowych z wyjątkiem autostrad i dróg ekspresowych, jest prezydent miasta. Do zarządcy drogi należy między innymi pełnienie funkcji inwestora (por. art. 20 ustawy o drogach publicznych). Zatem nawet w ramach inwestycji obejmujących budowę tego samego rodzaju dróg zaliczanych do dróg krajowych, w zależności od tego kto jest inwestorem, jedni przedsiębiorcy będą mogli się ubiegać o spłatę niespłaconych należności, a drudzy nie.

Skala 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.

2) Drugie z wprowadzonych przez ustawodawcę ograniczeń, w oparciu o które ustawodawca zróżnicował przedsiębiorców (podwykonawców), to ich stopień powiązania z wykonawcą głównym, w ramach inwestycji będącej realizacją udzielonego przez Dyrektora Generalnego zamówienia publicznego na roboty budowlane. Potencjalnymi 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. 647¹ k.c. stanowiącego dla ustawodawcy punkt odniesienia uzasadniający 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 (por. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 2006 r. sygn. akt III CZP 36/06).

Nie został, w trakcie prac legislacyjnych, wykazany racjonalny związek między wskazanym kryterium a celem kwestionowanej regulacji, którym jest możliwość uzyskania niezaspokojonych należności. Kryterium to nie znajduje również usprawiedliwienia w zasadzie sprawiedliwości społecznej. Wyłącza ono bowiem z grona beneficjentów ustawy przedsiębiorców z końca podwykonawców, którzy najczęściej bezpośrednio wykonywali prace związane z realizacją tej samej inwestycji drogowej, w ramach której podwykonawcy będący kontrahentami wykonawcy głównego, będą mogli zaspokoić swoje wierzytelności.

3) Kolejne z zastosowanych przez ustawodawcę kryteriów zróżnicowania przedsiębiorców dotyczy rodzaju przedsiębiorcy ustalanego w oparciu o rozmiar przedsiębiorcy (średnioroczne zatrudnienie oraz roczny obrót netto). Ustawa 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 zróżnicowania przedsiębiorców w oparciu o wskazane wyżej kryteria ma być okoliczność podniesiona na str. 1 uzasadnienia, 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 sytuacją 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).

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na sposób kwalifikacji przedsiębiorców według wielkości. Jednym z podstawowych kryteriów tej kwalifikacji jest poziom zatrudnienia. Duży przedsiębiorca będzie zatem potencjalnie zatrudniał większą liczbę pracowników niż mały czy średni. Problemy finansowe związane z brakiem zapłaty przez wykonawcę głównego należności wynikających ze zrealizowanych i odebranych prac jeszcze w większym stopniu odbijają się na rynku pracy niż jego mniejszych konkurentów.

Gorsze traktowanie dużych przedsiębiorców z całą siłą ujawni się w razie upadłości generalnych wykonawców. 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.

Niezaspokojenie należności przysługujących dużym przedsiębiorcom nieuchronnie pociągnie za sobą konsekwencje dla ich własnych kontrahentów. Kontrahentami tymi są często mikro, mali i średni przedsiębiorcy, którzy z uwagi na mechanizm określony w art. 7 ust. 3 zaskarżonej ustawy mogliby, w przypadku zaliczenia tzw. dużych przedsiębiorców do kręgu beneficjentów ustawy, liczyć na choć częściowe zaspokojenie swoich wierzytelności.

Opisane 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.

4) Ponadto, 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.

Dyskryminacja lub uprzywilejowanie pewnych kategorii podmiotów gospodarczych niepozostające w odpowiedniej relacji do różnic w ich sytuacji faktycznej jako adresatów danych norm prawnych stanowi też ograniczenie, a tym samym naruszenie zasady wolności działalności gospodarczej (art. 20 i art. 22 Konstytucji RP). W literaturze prawniczej aprobuje się połączenie ochrony wolności działalności gospodarczej nie tyle z nakazem równouprawnienia podmiotów gospodarczych, co z zakazem ich arbitralnej dyskryminacji (por. *J. Ciapała*, Konstytucyjna wolność działalności gospodarczej w Rzeczypospolitej Polskiej, Szczecin 2009, s. 268). Również Trybunał Konstytucyjny zwraca uwagę, że na konstytucyjną wolność działalności gospodarczej składa się nie tylko swoboda

podejmowania, wykonywania i zakończenia działalności gospodarczej, lecz także swoboda konkurencji z innymi podmiotami. Przedsiębiorcy uczestniczą w obrocie gospodarczym na równych prawach. Dlatego też wszelkie zróżnicowanie w tym zakresie, jeśli jest wprowadzane przez ustawodawcę, nie może przybierać cech dyskryminacji, gdyż ta ogranicza wolność konkurencji. W szczególności w tym ujęciu zakaz dyskryminacji (art. 32 ust. 2 Konstytucji) dotyczy życia gospodarczego. W świetle konstytucyjnej zasady równości nie wolno tworzyć prawa różnicującego sytuację prawną podmiotów, których sytuacja faktyczna jest taka sama (wyrok z 26 marca 2007 r., sygn. K 29/06). O tym, że do takiego zróżnicowania w ramach prowadzonej przez przedsiębiorców działalności gospodarczej może dojść, świadczy wypowiedź przedstawiciela Rządu Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej podczas debaty senackiej odbytej w dniu 5 lipca 2012 r., który odpowiadając na zadawane przez senatorów pytania stwierdził m. in., że: „Tak naprawdę celem tej ustawy jest zasilenie tego systemu pewnymi środkami, które pozwolą nawet nie poprawić płynności, lecz doprowadzić do płynności podmiotów uczestniczących czy współuczestniczących w ramach realizacji inwestycji”.

W świetle powyższego zakwestionowana w pkt 1 *petitum* wniosku regulacja, budzi wątpliwości w zakresie spełnienia warunków uzasadniających odstępstwo od równego traktowania podmiotów w istocie podobnych, którymi są podwykonawcy mający niezaspokojone należności wynikające ze zrealizowanych prac i usług świadczonych w ramach udzielonego zamówienia publicznego na roboty budowlane w zakresie dróg publicznych.

Zastosowana gradacja przyjętych kryteriów powoduje, że nawet wśród najwęższej określonej grupy podmiotów, do których może znaleźć zastosowanie ustawa, dojdzie do nieuzasadnionego zróżnicowania.

Wprowadzenie zróżnicowania musi bowiem pozostawać w związku z innymi wartościami, zasadami czy też normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych, w tym zwłaszcza w zasadzie sprawiedliwości społecznej. Powołana zasada pozostając w ścisłym związku z zasadą równości wobec prawa nakazuje w szczególności by równo traktować podmioty prawa

charakteryzujące się daną istotną cechą. Wprowadzanie zróżnicowania podmiotów prawa jest dopuszczalne na gruncie zasady równości, jeżeli służy realizacji sprawiedliwości społecznej. Konsekwencją tego jest stwierdzenie, że zróżnicowanie niesprawiedliwe jest zakazane (por. orzeczenie z 3 września 1996 r., sygn. K 10/96, wyrok z 28 marca 2007 r., sygn. K 40/04).

W uzasadnieniu jednego z orzeczeń Trybunał Konstytucyjny podkreślił: „Poszczególne kategorie podmiotów powinny być traktowane równo, tzn. według jednakowej miary, bez różnicowań dyskryminujących i faworyzujących, tylko wówczas gdy u podłoża określonych regulacji prawnych leży jednakowa sytuacja faktyczna tych kategorii podmiotów” (wyrok z 11 grudnia 1996 r., sygn. K 11/96).

Taka sytuacja wydaje się mieć miejsce ma miejsce w rozpatrywanym przypadku, w którym w jednakowej sytuacji znajdują się wszystkie podmioty posiadające niezaspokojone należności wynikające z realizacji robót budowlanych w ramach zamówień publicznych. Sprawiedliwe ich traktowanie nie tylko nie wyklucza równego ich traktowania, ale wręcz takie traktowanie nakazuje.

Abstrahując od powyższego, w kontekście powołanych zasad konstytucyjnych oraz przyjętych przez projektodawcę założeń, w tym wskazania art. 647¹ 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.

W mojej ocenie, zachodzą istotne wątpliwości, co do tak określonego kryterium różnicowania, zwłaszcza w kontekście omówionej wyżej zasady sprawiedliwości społecznej, w myśl której żadne kryterium nie może stanowić cechy relewantnej jako podstawy dla różnicowań niesprawiedliwych, dyskryminujących określone podmioty. Z taką sytuacją, w moim odczuciu, mamy do czynienia w rozpatrywanej sprawie.

2. Zarzut niezgodności art. 5 ust. 3 – z art. 2 i art. 32 ust. 1 w związku z art. 64 ust. 2 Konstytucji.

Nie mniej istotną rolę, co przepisy określające zakres zastosowania ustawy, odgrywa przepis art. 5 ust. 3 określający jej techniczne wykonanie. W przepisie tym ustawodawca pozostawił Generalnemu Dyrektorowi do swobodnego uznania ogłoszenie w dzienniku ogólnopolskim otwarcia terminu na dokonywanie zgłoszeń, o ile zgłoszone należności nie przekroczą 3% wartości zamówienia publicznego. Gdy zaś przekroczą tę granicę ogłoszenie takie staje się obligatoryjne. Arbitralne powiązanie określonych skutków prawnych z granicą 3% wartości zamówienia publicznego budzi wątpliwości konstytucyjne.

Po pierwsze, podmioty będące beneficjentami tej ustawy mogą się znaleźć w różnym położeniu w zależności od tego czy wartość 3% zostanie przekroczona i czy Generalny Dyrektor w razie jej nie przekroczenia 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). Dodatkowo potwierdza to wypowiedź Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej podczas debaty senackiej odbytej w dniu 5 lipca 2012 r., który odpowiadając na zadawane przez senatorów pytania stwierdził: „To, ile podmiotów skorzysta z tej regulacji, zależy, że tak powiem, od chwili, w której generalny dyrektor zdecyduje się albo będzie zobowiązany, jeżeli tych zgłoszeń będzie więcej, ogłosić wezwanie do zgłaszania się zainteresowanych podmiotów. I wtedy wszyscy ci, którzy mają umowy z generalnym wykonawcą i spełnią dodatkowe warunki formalne – muszą wykonać prace, które im powierzono,

muszą mieć odpowiednią dokumentację itp. mogą się zgłosić i skorzystać z dobrodziejstw tej ustawy. My w trakcie analiz skupialiśmy się raczej na tym, czy limit, który wprowadziliśmy, odwołujący się do poziomu zabezpieczenia w poszczególnych kontraktach, nie zostanie przekroczony. Naszym zdaniem w zdecydowanej większości przypadków nie zostanie przekroczony. Ta sytuacja cały czas jest dynamiczna – jedne podmioty uzyskują zaspokojenie na bieżąco, inne mogą się pojawić dopiero w chwili, kiedy to ogłoszenie zostanie opublikowane”.

Po drugie, art. 5 ust. 3 wprowadza 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.

Ponadto kwestionowany przepis nie daje jasnej odpowiedzi na pytania: w jaki sposób przedsiębiorcy będący beneficjentami przedmiotowej ustawy dowiedzą się o ogłoszeniu przez Generalnego Dyrektora 21 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.

3. Zarzut niezgodności art. 12 w związku z art. 3, art. 14 i art. 15 – z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 31 ust. 3 i art. 2 Konstytucji.

W art. 12 skarżonej ustawy wprowadzono zasadę głoszącą, że nie wchodzi w skład masy upadłości wniesione przez wykonawcę w pieniądzu zabezpieczenie należytego wykonania umowy, o którym mowa w art. 147 P.z.p. Ustawodawca odstąpił zatem od wyrażonej w art. 62 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. z 2009 r. Nr 175, poz. 1361, z późn. zm.) zasady, że w skład masy upadłości wchodzi cały majątek upadłego i to bez względu na to gdzie się znajduje i jaką ma postać.

Wprowadzenie 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 przezeń prawa, a także nakaz ochrony interesów w toku.

Jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny zasada zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa „opiera się na wymaganiu pewności prawa, a więc takim zespole cech przysługujących prawu, które zapewniają jednostce bezpieczeństwo prawne; umożliwiają jej decydowanie o swoim postępowaniu na podstawie pełnej znajomości przesłanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych, jakie jej działania mogą pociągnąć za sobą.” (wyrok z 14 czerwca 2000r., sygn. P 3/00). Ustawodawca narusza omawianą zasadę wtedy, gdy jego rozstrzygnięcie jest dla adresatów prawa zaskoczeniem. Chodzi tu zdaniem Trybunału Konstytucyjnego o pewność prawa rozumianą jako pewność tego, iż w oparciu o obowiązujące prawo adresaci norm prawnych mogą kształtować swoje stosunki życiowe. Jednostka ma prawo oczekiwać, że regulacja prawna nie zostanie zmieniona na jej niekorzyść w sposób arbitralny. Ustawodawca nie może w sposób dowolny kształtować treści obowiązujących norm.

Wyłączenie to nie jest rekompensowane w żaden sposób, nie zostały przy tym wskazane żadne wartości konstytucyjne za nim przemawiające. Taka regulacja budzi zastrzeżenia w świetle wynikających z art. 2 Konstytucji zasad zaufania do państwa i

stanowionego przezeń prawa. Regulacje prawne powinny zapewniać jednostce nie tylko bezpieczeństwo prawne, lecz także w pełni zakładać przewidywalność co do tego, w jakim stopniu ich realizacja może wpływać na ukształtowanie ich pozycji prawnej w poszczególnych sytuacjach prawnych.

Z zasadą demokratycznego państwa prawnego łączy się też zasada ochrony interesów w toku zapewniająca ochronę jednostki w sytuacjach, w których rozpoczęła ona określone przedsięwzięcia na gruncie dotychczasowych przepisów. Interesy w toku podlegają bardziej intensywniej ochronie, jeżeli prawodawca ustanowił regulacje prawne dotyczące ściśle określonych rodzajów przedsięwzięć (wyrok z 25 czerwca 2002 r. sygn. K 45/01 i wyrok z 8 stycznia 2009 r., sygn. P 6/07). W omawianym przypadku chodziłoby o odzyskiwanie wierzytelności w ramach postępowania upadłościowego, a więc bez wątpienia o interesy podlegające intensywniej ochronie.

Jakkolwiek ustawa weszła w życie z dniem ogłoszenia (art. 15), bez zachowania standardowego, 14-dniowego *vacatio legis*, w rzeczywistości przewidziała wyrażnie 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 ich 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.

Odzyskanie wierzytelności objęte jest także ochroną przewidzianą w art. 64 ust. 1 i 2 Konstytucji RP dla prawa własności i praw majątkowych. Ustrojodawca świadomie gwarantuje w nim nie tylko ochronę już posiadanej, w sposób przez nikogo niekwestionowanej 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. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego „zagwarantowanie ochrony własności jest konstytucyjną powinnością państwa i stanowi wartość wyznaczającą kierunek interpretacji zarówno art. 64 Konstytucji, jak i unormowań zawartych w ustawodawstwie zwykłym” (tak *J. Oniszczyk*, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego na początku XXI w., Kraków 2004, s. 314).

W świetle ustaleń Trybunału Konstytucyjnego art. 64 ust. 2 Konstytucji trzeba ponadto traktować jako jedno ze szczegółowych odniesień ogólnej zasady równości do poszczególnych dziedzin życia. Z tego względu musi on być interpretowany i stosowany w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji (tak m.in. we wskazanym wyżej wyroku z dnia 2 czerwca 1999 r. (sygn. K 34/98)). Tutaj zauważyć należy, że podmioty uprawnione na mocy ustawy otrzymują zapłatę niezależnie od podziału masy lub układu. Zgodnie z ustawą zabezpieczenie należytego wykonania umowy wniesione w pieniądzu zostaje wyłączone na mocy ustawy z masy upadłości.

Z powyższego wynika, że podmiot zagrożony w realizacji swoich uprawnień może żądać od państwa nie tylko nieingerowania w sferę jego uprawnień, lecz nawet zachowań pozytywnych służących ich ochronie. Zachowania takie zabezpieczając interesy podmiotowe, równocześnie realizują interes publiczny, jakim jest przestrzeganie prawa i tym samym prawa podmiotowe uzyskują wymiar obiektywny, zasad leżących u podstaw całego systemu prawa. Można ich dochodzić na drodze sądowej i są podstawą roszczenia procesowego – np. w ramach postępowania upadłościowego. Należy tu dodać, że „według (...) przeważającego poglądu prawami podmiotowymi w rozumieniu zespołu uprawnień są tylko takie uprawnienia, które połączone są z roszczeniem w sensie procesowym” (*S. Jarosz-Żukowska*, Konstytucyjna zasada ochrony własności, Kraków 2003, s. 73).

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).

Ograniczenie 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.

Jedna z głównych płaszczyzn problemu konstytucyjnego w rozpatrywanej sprawie sprowadza się przede wszystkim do oceny, czy i w jakim stopniu uchwalona ustawa służy realizacji zasady sprawiedliwości społecznej odczytywanej przez pryzmat związanej z nią nierozzerwalnie zasady równości wobec prawa i zasady równej dla wszystkich ochrony własności i innych praw majątkowych. Przeprowadzona powyżej analiza prawna w tym aspekcie daje podstawy do formułowania istotnych wątpliwości konstytucyjnych pod adresem ocenianej ustawy.

W mojej ocenie niejednokrotne potraktowanie przedsiębiorców współpracujących z wykonawcami realizującymi inwestycje budowlane w ramach udzielonego zamówienia publicznego wraz z jednoczesnym uprzywilejowaniem wybranej, wyjątkowo potraktowanej grupy i pominięciem pozostałych przedsiębiorców realizujących nawet tego samego rodzaju prace i usługi w ramach choćby jednego przedsięwzięcia inwestycyjnego, pozostaje w sprzeczności z przedstawionym wyżej rozumieniem zasady sprawiedliwości społecznej. Dojść może zatem do paradoksalnej sytuacji, w której w ramach jednej inwestycji, realizowanej w związku z udzielonym przez Generalnego Dyrektora zamówieniem publicznym, spośród przedsiębiorców (podwykonawców) świadczących tego samego

rodzaju prace, czy usługi jedni będą mogli skorzystać z dobrodziejstwa ustawy, a drudzy nie.

Zróżnicowanie to jest tym bardziej nieuzasadnione w świetle planowanego i możliwego do stworzenia w przyszłości innego adekwatnego mechanizmu prawnego, zapewniającego efektywną oraz równą ochronę przedsiębiorców. Dostrzegając negatywne skutki, jakie wiążą się z brakiem otrzymania przez podwykonawców należnej im za wykonane i zrealizowane prace zapłaty i związane z tym problemy, natury zarówno ekonomicznej, jak i Społecznej, a co za tym idzie potrzebę szybkiej interwencji ustawodawczej, uważam jednak, że prawodawca tworząc bardzo wąski krąg beneficjentów zakwestionowanej ustawy nie wykazał, że rozwiąże je w sposób spójny i całościowy.

Ze względu na podniesione wyżej wątpliwości wnoszę o zbadanie przez Trybunał Konstytucyjny zgodności z Konstytucją wskazanych w *petitum* wniosku przepisów ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych.



Bronisław Komorowski