

WYROK
z dnia 18 czerwca 2013 r.
Sygn. akt K 37/12*

W imieniu Rzeczypospolitej Polskiej

Trybunał Konstytucyjny w składzie:

Mirosław Granat – przewodniczący
Leon Kieres – sprawozdawca
Małgorzata Pyziak-Szafnicka
Stanisław Rymar
Andrzej Rzepliński,

protokolant: Grażyna Szałygo,

po rozpoznaniu, z udziałem wnioskodawcy oraz Sejmu i Prokuratora Generalnego, na rozprawie w dniu 18 czerwca 2013 r., wniosku Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej o zbadanie zgodności:

- 1) art. 1, art. 3 i art. 4 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych (Dz. U. poz. 891) z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 32 oraz z art. 2, art. 20 i art. 22 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej,
- 2) art. 5 ust. 3 ustawy powołanej w punkcie 1 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 ustawy powołanej w punkcie 1 z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 32 ust. 1 i art. 31 ust. 3 oraz z art. 2 Konstytucji,

o r z e k a:

1. Art. 1 ust. 1 i art. 3 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych (Dz. U. poz. 891) są zgodne z art. 64 ust. 2 w związku z art. 32 ust. 1 oraz z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

2. Art. 4 pkt 1 ustawy powołanej w punkcie 1 w zakresie, w jakim za przedsiębiorcę uznaje przedsiębiorcę spełniającego wymagania tylko dla mikroprzedsiębiorcy, małego lub średniego przedsiębiorcy, jest niezgodny z art. 64 ust. 2 w związku z art. 32 ust. 1 oraz z art. 2 Konstytucji.

3. Art. 5 ust. 3 ustawy powołanej w punkcie 1 jest zgodny z art. 2 i art. 32 ust. 1 w związku z art. 64 ust. 2 Konstytucji.

4. Art. 12 ustawy powołanej w punkcie 1 w zakresie, w jakim dotyczy wykonawcy, wobec którego ogłoszono upadłość przed wejściem w życie tej ustawy, jest niezgodny z art. 2 Konstytucji.

* Sentencja została ogłoszona dnia 9 lipca 2013 r. w Dz. U. poz. 792.

Ponadto p o s t a n a w i a:

na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, z 2000 r. Nr 48, poz. 552 i Nr 53, poz. 638, z 2001 r. Nr 98, poz. 1070, z 2005 r. Nr 169, poz. 1417, z 2009 r. Nr 56, poz. 459 i Nr 178, poz. 1375, z 2010 r. Nr 182, poz. 1228 i Nr 197, poz. 1307 oraz z 2011 r. Nr 112, poz. 654) **umorzyć postępowanie w pozostałym zakresie.**

UZASADNIENIE

I

1. Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej (dalej: wnioskodawca) we wniosku z 7 sierpnia 2012 r., złożonym w trybie art. 191 ust. 1 pkt 1 Konstytucji, zwrócił się do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie zgodności:

a) art. 1, art. 3 i art. 4 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych (Dz. U. poz. 891; dalej: u.s.n.n.p. lub ustawa o spłacie) z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 32 oraz z art. 2, art. 20 i art. 22 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej,

b) art. 5 ust. 3 u.s.n.n.p. z art. 2 i art. 32 ust. 1 w związku z art. 64 ust. 2 Konstytucji,

c) art. 12 w związku z art. 3, art. 14 i art. 15 u.s.n.n.p. z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 32 ust. 1 i art. 31 ust. 3 oraz z art. 2 Konstytucji.

W ocenie wnioskodawcy, ustawodawca przyjął wadliwe środki działania i nieprawidłowo wyznaczył zakres stosowania ustawy o spłacie w celu ochrony praw majątkowych przedsiębiorców, którzy jako podwykonawcy wykonali roboty budowlane w ramach zamówień publicznych na budowę dróg publicznych. Zamiast „doprowadzić do jednolitego rozwiązania” powstałej na skutek często błędnie zdiagnozowanej przez podmiot udzielający zamówienia publicznej sytuacji, będącej również konsekwencją niestosowania właściwych zabezpieczeń i klauzul kontraktowych przewidzianych przez obowiązujące przepisy, „ograniczył się do regulacji fragmentarycznych”, co z kolei implikuje niedopuszczalne konstytucyjnie różnicowanie podwykonawców.

Rozwijając ten wątek, wnioskodawca wskazał, że ograniczony krąg podmiotów objętych zakwestionowaną ustawą oraz jej epizodyczny i retroaktywny charakter, przy jednoczesnym braku nagłych, niedających się przewidzieć okoliczności uzasadniających wprowadzone rozwiązania, skutkują zastrzeżeniami co do zgodności jej przepisów z art. 64 ust. 1 i 2 oraz art. 32 Konstytucji. Wierzytelności, jako majątkowe prawa podmiotowe, podlegają równej dla wszystkich ochronie konstytucyjnej, a odstępstwa od tego standardu powinny być przekonująco uzasadnione. Cechą relewantną, decydującą o ustaleniu kręgu podmiotów podobnych, zasługujących na taką samą ochronę prawną, jest status przedsiębiorcy (podwykonawcy), który dysponuje niezaspokojonymi należnościami wynikającymi ze zrealizowanych prac i usług świadczonych w ramach udzielonego zamówienia publicznego na roboty budowlane w zakresie dróg publicznych. Tymczasem podmiotowy i przedmiotowy zakres ustawy o spłacie (tj. art. 1 ust. 1, art. 3 i art. 4 u.s.n.n.p.) uprzywilejowuje tylko jedną grupę wierzycieli, wykorzystując przypadkowo dobrane kryteria:

a) inwestora – którym jest Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad (dalej: GDDKiA), ale już nie np. jednostka samorządu terytorialnego;

b) stopień powiązania z wykonawcą głównym – ustawa o spłacie dotyczy jedynie podwykonawców, których łączy z wykonawcą bezpośrednia relacja kontraktowa, nie obejmuje natomiast dalszych podwykonawców;

c) „rozmiar” przedsiębiorcy ustalany na podstawie średniorocznego zatrudnienia i rocznego obrotu netto, co eliminuje z kręgu beneficjentów tzw. dużych przedsiębiorców;

d) wymóg zabezpieczenia należytego wykonania umowy w rozumieniu art. 147 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm.; dalej: p.z.p.), które w obowiązującym stanie prawnym ma charakter fakultatywny, a swe źródło w czynności prawnej zamawiającego.

Wnioskodawca stwierdził, że: „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)”. Ochrona wolności działalności gospodarczej wiąże się, jeśli nie z nakazem równouprawnienia, to z zakazem arbitralnej dyskryminacji przedsiębiorców. Elementem tej wolności jest bowiem m.in. swoboda konkurencji z innymi podmiotami oraz uczestnictwo w obrocie na równych prawach.

W przekonaniu wnioskodawcy, gradacja przyjętych kryteriów różnicujących przedsiębiorców powoduje, że nawet wśród najwięcej określonej grupy podmiotów, do których może znaleźć zastosowanie ustawa o spłacie, dojdzie do nieuzasadnionych odstępstw od zasady równego traktowania. Jest to zróżnicowanie niepozostające w związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, w tym zasadą sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji). Wręcz przeciwnie, jak twierdzi wnioskodawca, sprawiedliwe traktowanie wszystkich podmiotów znajdujących się w takiej samej sytuacji (posiadających niezaspokojone należności wynikające z realizacji robót budowlanych) nie tylko nie wyklucza równego ich traktowania, ale wręcz takie traktowanie nakazuje.

W odniesieniu do art. 5 ust. 3 u.s.n.n.p. wnioskodawca podniósł zarzuty naruszenia wywodzonej z art. 2 Konstytucji zasady określoności przepisów prawa, która jest składową szerszej kategorii – zasad poprawnej legislacji, a także równości wobec prawa oraz równej dla wszystkich ochrony własności i innych praw majątkowych (art. 32 ust. 1 w związku z art. 64 ust. 2 Konstytucji). Arbitralne – w ocenie wnioskodawcy – powiązanie skutków prawnych ustawy o spłacie z granicą 3% wartości zamówienia powoduje, że beneficjenci tej regulacji mogą znaleźć się w różnym położeniu w zależności od tego, czy tak ustalony próg został przekroczony, a jeśli pułap 3% nie zostanie przekroczony – w zależności od tego, czy GDDKiA zdecyduje się ogłosić otwarcie terminu na dokonywanie zgłoszeń. Ponadto art. 5 ust. 3 u.s.n.n.p. wprowadza jeszcze inny element niepewności. Dowolność działania GDDKiA nie jest ograniczona żadnymi warunkami czy przepisami szczegółowymi, w sytuacji gdy jego decyzja ma istotne znaczenie dla możliwości dochodzenia niezaspokojonych należności przez podwykonawców. Zakwestionowany przepis nie daje wreszcie odpowiedzi na szereg pytań, m.in.: w jaki sposób przedsiębiorcy będący beneficjentami ustawy dowiedzą się o otwarciu 21-dniowego terminu zgłaszania niezaspokojonych należności, jeśli nie przekraczają one 3% wartości zamówienia, od jakiego zdarzenia jest liczony wspomniany termin oraz jak można zweryfikować jego upływ.

Wnioskodawca zwrócił uwagę, że art. 12 u.s.n.n.p. – stanowiący, iż zabezpieczenie pieniężne należytego wykonania umowy wniesione na podstawie art. 147 ust. 1 p.z.p. nie wchodzi w skład masy upadłości – wprowadza wyjątek od ogólnej reguły wynikającej z art. 62 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. z 2009 r. Nr 175, poz. 1361, ze zm.). Jego zdaniem, wyłączenie to nie jest rekompensowane; nie

zostały również wskazane żadne wartości konstytucyjne, które by za nim przemawiały. W tym wypadku chodzi zaś o „odzyskiwanie” wierzytelności w ramach postępowania upadłościowego, a więc o „interesy majątkowe” podlegające konstytucyjnej ochronie. Tym samym rozwiązanie to godzi w zasady wynikające z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 32 ust. 1 i art. 31 ust. 3 Konstytucji. Negatywne konsekwencje zaskarżonej regulacji potęguje jeszcze jej retroaktywny charakter. W efekcie współstosowania art. 12, art. 14, art. 15 oraz art. 3 i art. 5 ust. 1 pkt 2 u.s.n.n.p. wyłączenie wniesionego w pieniądzu zabezpieczenia należytego wykonania umowy dotyczy bowiem także masy upadłości już ukształtowanej przed wejściem w życie ustawy o spłacie, przez co zaskarżone przepisy zmieniają na niekorzyść sytuację dotychczasowych wierzycieli wykonawcy robót budowlanych.

2. Marszałek Sejmu w piśmie procesowym z 7 marca 2013 r. wniósł o stwierdzenie, że:

a) art. 1 ust. 1 w związku z art. 4 i art. 3 u.s.n.n.p., są zgodne z art. 64 ust. 2 w związku z art. 32 ust. 1 i art. 2 oraz art. 20 i art. 22 Konstytucji;

b) art. 5 ust. 3 zdanie pierwsze u.s.n.n.p. w zakresie, w jakim nie obliguje Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad do ogłoszenia o otwarciu 21-dniowego terminu dokonywania zgłoszeń, w sytuacji, w której zgłoszone należności nie przekroczyły 3% wartości zamówienia publicznego, jest zgodny z art. 2 oraz nie jest niezgodny z art. 32 ust. 1 w związku z art. 64 ust. 2 Konstytucji;

c) art. 12 w związku z art. 14 i art. 15 u.s.n.n.p. w zakresie, w jakim dotyczy wykonawcy, wobec którego ogłoszono upadłość przed dniem wejścia w życie ustawy, jest niezgodny z art. 2 oraz art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 31 ust. 3 i art. 32 ust. 1 Konstytucji;

d) art. 12 w związku z art. 14 i art. 15 u.s.n.n.p. w zakresie, w jakim dotyczy wykonawcy, wobec którego ogłoszono upadłość po dniu wejścia w życie ustawy, jest zgodny z art. 2 oraz art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 31 ust. 3 i art. 32 ust. 1 Konstytucji.

W pozostałym zakresie Marszałek Sejmu wniósł o umorzenie postępowania na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.; dalej: ustawa o TK).

Marszałek Sejmu dokonał analizy formalnej wniosku, w wyniku czego uznał, że postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym jest niedopuszczalne w odniesieniu do art. 1 ust. 2, art. 5 ust. 3 zdanie drugie oraz art. 5 ust. 3 zdanie pierwsze w części dotyczącej obowiązku ogłoszenia przez GDDKiA otwarcia 21-dniowego terminu zgłaszania należności i art. 3 (ujmowanego związkowo z art. 12, art. 14 i art. 15) u.s.n.n.p., ponieważ wnioskodawca albo w ogóle nie sformułował wobec tych przepisów zarzutów konstytucyjnych, albo zarzutów tych nie uzasadnił, do czego obliguje go art. 32 ust. 1 pkt 3-4 ustawy o TK. Jednocześnie Marszałek Sejmu „podał pod rozwagę Trybunału Konstytucyjnego” celowość umorzenia postępowania w zakresie badania zgodności art. 1, art. 3 i art. 4 u.s.n.n.p. z art. 32 ust. 2 i art. 64 ust. 1 Konstytucji, sugerując, że wspomniane przepisy konstytucyjne są w tym wypadku nieadekwatnymi wzorcami kontroli.

Następnie Marszałek Sejmu, powołując się m.in. na polską i niemiecką naukę prawa, scharakteryzował ustawę o spłacie jako ustawę incydentalną (szczególną, specustawę), lokując ją w szerszym kontekście zagadnień konstytucyjnego systemu źródeł prawa oraz zasady swobody regulacyjnej ustawodawcy. W jego przekonaniu: „(...) uprawnienie parlamentu do stanowienia tego typu ustaw, zwłaszcza współcześnie, w okresie dynamicznych zmian i w obliczu poważnych perturbacji społecznych, gospodarczych, nie jest kwestionowane – zarówno w polskim, jak i zagranicznym orzecznictwie, piśmiennictwie oraz praktyce ustrojowej (...). Brak natomiast, zwłaszcza w warunkach polskich, wyraźnej zarysowanej koncepcji pojęcia i systematyki tej kategorii ustaw, a także odpowiedzi na pytanie o dopuszczalne granice ich stanowienia oraz

możliwość i kryteria oceny ich konstytucyjności”. Marszałek Sejmu wyjaśnił ponadto, że – wbrew sugestii wnioskodawcy – ustawa o spłacie nie stanowi i już w założeniu nie miała stanowić uniwersalnego rozwiązania problemu tzw. zatorów płatniczych (czy to w ogóle, czy w sferze budownictwa w szczególności). Regulacja ta nie wyklucza też przygotowania określonych rozwiązań kompleksowych, które minimalizowałyby negatywne skutki tego typu sytuacji dla całego łańcucha podwykonawców uczestniczących w realizacji tzw. inwestycji celu publicznego. Celem kwestionowanej ustawy było poprawienie, w relatywnie szybki i efektywny sposób, krytycznej sytuacji finansowej wielu małych i średnich przedsiębiorców, dotkniętych skutkami wstrzymania wypłat przez generalnych wykonawców robót budowlanych zamawianych przede wszystkim przez GDDKiA.

Ustosunkowując się do konkretnych zarzutów wnioskodawcy, Marszałek Sejmu stwierdził, że ograniczenie zakresu zastosowania ustawy o spłacie do zamówień publicznych udzielanych przez GDDKiA było spowodowane „skalą problemów ujawnionych w połowie 2012 r. w związku z realizacją projektów inwestycyjnych, w których jako zamawiający występował GDDKiA”. Skoro ten właśnie stan rzeczy stanowił kontekst sytuacyjny, który przesądził o uchwaleniu ustawy o spłacie, należy brać go pod uwagę przy określaniu grupy podmiotów charakteryzujących się określoną cechą relewantną. Drugim argumentem przemawiającym za właśnie takim zakreśleniem zakresu zastosowania ustawy o spłacie był „brak porozumienia w ramach Komisji Wspólnej Rządu i Samorządu Terytorialnego (...), przy równoczesnej presji społecznej na rozwiązanie problemu”. Konsekwencją prawnego różnicowania podmiotów pełniących funkcję zarządcy drogi, a także inwestora w robotach budowlanych dotyczących jej budowy, przebudowy lub remontu, jest różnicowanie źródeł finansowania inwestycji. Z tej perspektywy rozwiązanie postulowane przez wnioskodawcę byłoby równoznaczne albo z koniecznością nałożenia obowiązku finansowania świadczeń spełnianych na rzecz podwykonawców przez organy samorządu terytorialnego pełniące funkcję zarządców dróg – co mogłoby wiązać się z zarzutem naruszenia zasady ich samodzielności oraz udziału w dochodach publicznych odpowiednio do przypadających im zadań, albo musiałoby pociągnąć za sobą zmianę zadań i kompetencji GDDKiA i Krajowego Funduszu Drogowego, nie dając przy tym gwarancji efektywnego funkcjonowania mechanizmu spłat (nie będąc inwestorem, GDDKiA nie byłby w stanie samodzielnie ocenić przesłanek wypłaty należności). Sposób wyznaczenia zakresu podmiotowego ustawy o spłacie, zakładający ograniczenie jej stosowania do podwykonawców zamówień publicznych realizowanych przez GDDKiA, jest ściśle związany z jej incydentalnym oraz uzupełniającym wobec mechanizmów kodeksowych charakterem. Warunkiem prawidłowego funkcjonowania systemu spłat jest bowiem koncentracja przez GDDKiA ról inwestora, podmiotu rozpatrującego zgłoszenia oraz dysponenta środków z Krajowego Funduszu Drogowego. Poszerzenie zakresu regulacji o innych zamawiających oznaczałoby w konsekwencji konieczność rekonstrukcji całego systemu i stawiało pod znakiem zapytania jure i faktyczną możliwość jego adresowania do postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy.

Według Marszałka Sejmu, zarzut naruszenia przez art. 1 ust. 1 w związku z art. 4 i art. 3 u.s.n.n.p. zasady równości podmiotów wobec prawa (art. 32 ust. 1 Konstytucji), zasady równej dla wszystkich ochrony własności i innych praw majątkowych (art. 64 ust. 2 Konstytucji) i gwarancji wolności działalności gospodarczej (art. 20 i art. 22 Konstytucji), ze względu na ograniczenie zakresu zastosowania ustawy wyłącznie do podmiotów (podwykonawców, dostawców materiałów budowlanych, sprzętu itd.) znajdujących się w bezpośrednich powiązaniach kontraktowych z wykonawcą (generalnym wykonawcą), jest nieprzekonujący. Po pierwsze, przeciwko odmiennemu rozwiązaniu przemawia ryzyko wielokrotnego spełnienia świadczenia przez inwestora (zamawiającego), po drugie zaś –

mechanizm prawny dostatecznie zabezpieczający roszczenia dalszych podwykonawców został przewidziany w art. 7 ust. 3 u.s.n.n.p., który uzależnia skorzystanie z pomocy na podstawie ustawy o spłacie od uprzedniego zaspokojenia przez przedsiębiorcę roszczeń podwykonawców albo przeznaczeniu na ten cel zaliczki uzyskanej od GDDKiA. „W ten sposób ustawodawca dąży zatem do osiągnięcia tego samego celu, a więc «udroźnienia» płatności w systemie wielostopniowego podwykonawstwa, bez generowania dodatkowych obciążeń dla zamawiającego. W opinii Sejmu, jest to rozwiązanie wystarczające dla zapewnienia realizacji *ratio* ustawy o spłacie, równie skuteczne, a bardziej ekonomiczne niż wariant alternatywny, zakładający poszerzenie kręgu beneficjentów”.

Marszałek Sejmu nie podzielił stanowiska wnioskodawcy, że art. 1 ust. 1 w związku z art. 4 u.s.n.n.p. w sposób sprzeczny z Konstytucją ogranicza zakres zastosowania ustawy o spłacie do mikro-, małych i średnich przedsiębiorców, wyłączając z kręgu jej beneficjentów dużych przedsiębiorców. Jego zdaniem, rozwiązania wprowadzające szczególne formy wsparcia dla kategorii mikro-, małych i średnich przedsiębiorców są zgodne z aksjologią konstytucyjną, a w szczególności sprzyjają wyrównywaniu szans, ochronie przed wykorzystywaniem przewagi rynkowej i nieuczciwymi praktykami rynkowymi. W sferze obrotu profesjonalnego znajdują one szczególną podstawę w zasadzie społecznej gospodarki rynkowej (art. 20 Konstytucji). Konstytucyjna afirmacja społecznej gospodarki rynkowej prowadzi nie tylko do silnego akcentowania zasady ochrony wolności przedsiębiorczości i prymatu własności prywatnej, lecz także do zgody na aktywność regulacyjną władz publicznych – zwłaszcza jeśli jej celem jest stymulowanie procesów gospodarczych oraz ograniczanie negatywnych zjawisk społecznych i ekonomicznych. Marszałek skonstatował również, że w praktyce obrotu gospodarczego przedsiębiorcy prowadzący działalność na dużą skalę, dysponujący znacznym kapitałem i zapleczem w postaci profesjonalnej obsługi prawnej, zazwyczaj skutecznie zabezpieczają swoje interesy, wykorzystując silną pozycję kontraktową i zasadę swobody umów.

Zarzut różnicowania podwykonawców według kryterium zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zdaniem Marszałka Sejmu, powinien być skierowany do powiązanych funkcjonalnie art. 3 i art. 2 u.s.n.n.p. Marszałek przyznał, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy składane na podstawie art. 147 ust. 1 p.z.p. ma w obowiązującym stanie prawnym charakter fakultatywny, zwrócił jednak uwagę, że część kontraktów drogowych, z którymi było związane wstrzymywanie wypłacania podwykonawcom należności z tytułu wykonanych i odebranych prac, została zawarta w procedurze wszczętej przed wejściem w życie ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591), kiedy zamawiający żądał od wykonawcy wniesienia zabezpieczenia obligatoryjnie. W związku z tym, „praktycznie wszystkie kontrakty drogowe w tym okresie były obwarowane obowiązkiem złożenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy”. Dodatkowym argumentem za zgodnością z Konstytucją zaskarżonego przepisu eksponowanym w piśmie Marszałka Sejmu jest konieczność zagwarantowania równowagi finansów publicznych, co również stanowi wartość konstytucyjną podlegającą ochronie.

Odrębnie Marszałek Sejmu ustosunkował się do zarzutu niezgodności art. 5 ust. 3 zdanie pierwsze u.s.n.n.p. w zakresie, w jakim przepis ten nie obliguje GDDKiA do ogłoszenia o otwarciu 21-dniowego terminu dokonywania zgłoszeń niezaspokojonych należności. Najpierw Marszałek sprecyzował, że zakwestionowany przepis różnicuje nie tyle skutki prawne, ile *modus procedendi* w zakresie zgłaszania należności przez niezaspokojonych podwykonawców i tworzenia listy należności, w zależności od tego, czy pierwsze zgłoszenie przekracza próg 3% wartości zamówienia publicznego. Przedsiębiorcy

zaliczeni do kręgu beneficjentów ustawy, zgodnie z art. 1 ust. 1, art. 3 i art. 4 u.s.n.n.p., mogą zatem przynajmniej w określonym przedziale czasowym znaleźć się w różnej sytuacji. Nie znaczy to jednak, że dochodzi do niekonstytucyjnego zróżnicowania ich sytuacji prawnej, czy naruszenia dyrektywy określoności przepisów prawa. Według Marszałka, pewien istnieć „próg nieistotności” zadłużenia wykonawcy względem kontrahentów; ze względu na daleko idące skutki zastosowania przepisów ustawy o spłacie nie sposób przyjąć, aby zgłoszenie jakiegokolwiek (każdej) niezaspokojonej wierzytelności, choćby o wartości symbolicznej w zestawieniu z wartością realizowanego zamówienia publicznego, uruchamiało wsparcie finansowe przez GDDKiA. Marszałek nie zaakceptował również tezy wnioskodawcy, że upoważnienie organu administracji do działania w ramach uznania (przyznania „marginesu oceny”) jest równoznaczne z dowolnością czy arbitralnością GDDKiA i narusza zasady poprawnej legislacji.

W odniesieniu do art. 12 u.s.n.n.p., na podstawie którego następuje wyłączenie wniesionego w pieniądzu zabezpieczenia należytego wykonania umowy z masy upadłości, Marszałek Sejmu podzielił wątpliwości wnioskodawcy w części dotyczącej wstecznego oddziaływania ustawy o spłacie. Uznał mianowicie, że gdy upadłość ogłoszono przed dniem jej wejścia w życie, zaskarżone przepisy są niezgodne z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 31 ust. 3 i art. 32 ust. 1 oraz z art. 2 Konstytucji. Wprawdzie nie sposób stwierdzić, że z chwilą ogłoszenia upadłości powstaje odrębne uprawnienie wierzycieli do zaspokojenia ich wierzytelności z masy upadłości w określonym stopniu, zaznaczył Marszałek, to jednak w tym wypadku dochodzi do „uszczipienia” ochrony praw majątkowych innych niż GDDKiA wierzycieli upadłego, którzy korzystali z konstytucyjnych gwarancji już w momencie wejścia w życie ustawy o spłacie.

W razie gdyby Trybunał Konstytucyjny podzielił zastrzeżenia wnioskodawcy, nie kwestionując przy tym zasadności i kierunku samej ustawy o spłacie, Marszałek Sejmu wniósł o zakresową formułę wyroku, aby była możliwa kontynuacja programu pomocy podwykonawcom poszkodowanym przez generalnych wykonawców realizujących zamówienia publiczne udzielone przez GDDKiA.

3. Prokurator Generalny w piśmie procesowym z 18 marca 2013 r. wniósł o orzeczenie, że:

a) art. 1 ust. 1 u.s.n.n.p. w zakresie, w jakim spłatę na rzecz przedsiębiorców niezaspokojonych przez wykonawcę należności uzależnia od zawarcia między tymi podmiotami umowy w związku z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane udzielonego przez GDDKiA, jest zgodny z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 32 oraz z art. 2 i art. 20 i art. 22 Konstytucji;

b) art. 3 u.s.n.n.p. w zakresie, w jakim spłatę na rzecz przedsiębiorców niezaspokojonych przez wykonawcę należności uzależnia od wniesienia przez tego wykonawcę na rzecz inwestora zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz niezwrócenia tego zabezpieczenia przez inwestora, zgodnie z art. 151 p.z.p., jest niezgodny z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 32 Konstytucji;

c) art. 4 pkt 1 u.s.n.n.p. w zakresie, w jakim spłatę na rzecz przedsiębiorców niezaspokojonych przez wykonawcę należności uzależnia od wielkości tych przedsiębiorców, jest niezgodny z art. 64 ust. 1 i 2 w związku z art. 32 Konstytucji;

d) art. 5 ust. 3 u.s.n.n.p. w zakresie, w jakim, w wypadku gdy zgłoszone należności nie przekraczają 3% wartości zamówienia publicznego, nie zobowiązuje GDDKiA do ogłoszenia w dzienniku o zasięgu ogólnokrajowym o otwarciu 21-dniowego terminu dokonywania zgłoszeń, jest niezgodny z art. 2 i art. 64 ust. 2 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji;

e) art. 12 w związku z art. 14 i art. 15 u.s.n.n.p. w zakresie, w jakim nakazuje, aby wniesione w pieniądzu zabezpieczenie należytego wykonania umowy zostało wyłączone z masy upadłości ogłoszonej przed wejściem w życie tej ustawy, jest niezgodny z 2 Konstytucji.

Ponadto, na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK, Prokurator Generalny wniósł o umorzenie postępowania w pozostałym zakresie.

Prokurator Generalny odnotował, że zarzuty wnioskodawcy nie dotyczą art. 1 ust. 2 i art. 4 pkt 2 u.s.n.n.p., co powoduje konieczność umorzenia postępowania w odniesieniu do tych przepisów. W dalszej części swego pisma, ustosunkowując się do *meritum* wniosku, Prokurator Generalny stwierdził natomiast, że przedmiotem sporu konstytucyjnego jest sposób określenia kręgu podmiotów podobnych, objętych dobrodziejstwem ustawy o spłacie, którzy zawarli umowę z wykonawcą w związku z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane udzielonego tylko przez GDDKiA. Z treści i celu analizowanej ustawy Prokurator Generalny wywiódł, że „za wspólną cechę istotną należy uznać posiadanie przez podmiot 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, jednak tylko takiego przedsiębiorcy, który zawarł umowę z wykonawcą w związku z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane udzielonego przez Dyrektora Generalnego [GDDKiA]”. Oczekiwanie innego zakreslenia kręgu beneficjentów ustawy o spłacie wynika, w ocenie Prokuratora Generalnego, z „mylnego, jak się wydaje, przekonania wnioskodawcy, że kryterium inwestora oraz kryterium bezpośredniego związania przedsiębiorcy-beneficjenta z wykonawcą udzielonego zamówienia publicznego są kryteriami różnicującymi podmioty podobne”. Podobnie jak Marszałek Sejmu, Prokurator Generalny uznał, że wystarczającą gwarancję dla dalszych wykonawców robót budowlanych (podwykonawców podwykonawców), aby również oni mogli skorzystać z ustawy o spłacie, tworzy przewidziany w art. 7 ust. 3 u.s.n.n.p. mechanizm uprzedniego zaspokojenia ich roszczeń albo przeznaczenie na ten cel zaliczki otrzymanej od GDDKiA.

Z kolei o przepisie, który wyznacza zakres podmiotowy ustawy za pomocą kryterium zabezpieczenia należytego wykonania umowy, Prokurator Generalny wyraził pogląd, że przewidziany w nim wymóg „różnicuje przedsiębiorców, którzy podpisali umowy na roboty budowlane z wykonawcą, w zależności od warunku, którego spełnienie nie jest uzależnione od ich woli, lecz od działania (zaniechania) osób trzecich (wykonawców i inwestora)”. Znaczy to, zdaniem Prokuratora Generalnego, że „tego rodzaju zróżnicowanie podmiotów podobnych należy uznać za niedopuszczalne, ponieważ nie pozostaje ono w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią przepisów powołanej ustawy oraz nie służy realizacji tego celu i treści”, a ponadto jest nieproporcjonalne i dowolne (arbitralne). Zarazem Prokurator Generalny przyjął, że samo ograniczenie górnej granicy „finansowej odpowiedzialności GDDKiA” do wysokości środków pochodzących z zabezpieczenia nie budzi zastrzeżeń – stanowi zaś „wyraz gwarantowanej ustawodawcy swobody w kształtowaniu prawa”.

Prokurator Generalny za niezgodne z Konstytucją uznał także ograniczenie beneficjentów ustawy o spłacie do mikro-, małych i średnich przedsiębiorców, z pominięciem dużych przedsiębiorców. Jak stwierdził, zróżnicowanie podmiotów podobnych na podstawie kryterium wielkości przedsiębiorcy (liczby zatrudnionych przez niego pracowników) nie pozostaje w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią ustawy o spłacie.

Co do zasady Prokurator Generalny podzielił zastrzeżenia wnioskodawcy wyrażone wobec art. 5 ust. 3 u.s.n.n.p., przyznając, że przepis ten niezasadnie wiąże doniosłe skutki

prawne z granicą 3% wartości zamówienia publicznego. „Treść powołanego przepisu wskazuje na odmienne potraktowanie przez ustawodawcę przedsiębiorców w zależności od tego, w jakim stosunku procentowym do wartości zamówienia publicznego pozostają zgłoszone przez nich należności. (...) Skoro o wypłacenie zaliczki mogą się ubiegać jedynie przedsiębiorcy z listy, a sporządzenia takowej dla przedsiębiorców z mniejszym niż 3% udziałem należności w kwocie zamówienia publicznego obligatoryjnie nie przewidziano, to w przypadku tych przedsiębiorców przyznanie prawa do ubiegania się o zaliczkę uzależniono od swobodnej decyzji Dyrektora Generalnego [GDDKiA]. Jeżeli zatem celem wprowadzenia instytucji spłaty jest zapobieżenie negatywnym skutkom dla funkcjonowania przedsiębiorców, wynikającym z braku zaspokojenia ich należności (wymagalnych), w związku z realizacją udzielonych zamówień publicznych (...), to (...) zróżnicowanie przedsiębiorców na tych, których zgłoszone należności przekraczają 3% wartości zamówienia publicznego, oraz tych, których zgłoszone należności takiego progu procentowego nie przekraczają, nie pozostaje w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. oraz nie służy realizacji tego celu i treści”.

Zarzut niekonstytucyjności art. 12 u.s.n.n.p. Prokurator Generalny ocenił tylko w części dotyczącej „wyłączenia z masy upadłości zabezpieczenia wniesionego w pieniądzu w odniesieniu do tych wykonawców, w stosunku do których przesłanki określone w art. 5 ust. 1 [u.s.n.n.p.] nastąpiły przed dniem wejścia w życie ustawy”. Uczynił tak, ponieważ „tylko wtedy, gdy przesłanką zgłoszenia przez przedsiębiorcę należności przysługującej mu od wykonawcy jest ogłoszenie upadłości wobec wykonawcy, w następstwie zastosowania art. 12 w związku z art. 14 i art. 15 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r., może dojść do zmiany sytuacji już ukształtowanej, zatem do wstecznego zadziałania prawa”. Mając to na względzie, Prokurator Generalny przyjął, że przedmiotem badania konstytucyjności może być jedynie ta norma wywiedziona z art. 12, art. 14 i art. 15 u.s.n.n.p., „która nakazuje, aby wniesione w pieniądzu zabezpieczenie należytego wykonania umowy zostało wyłączone z masy upadłości także wtedy, gdy wobec wykonawcy ogłoszono upadłość przed dniem wejścia w życie analizowanej ustawy”. W części dotyczącej „związkowego” zaskarżenia art. 3 u.s.n.n.p. Prokurator Generalny wniósł o umorzenie postępowania.

Według Prokuratora Generalnego, zaskarżone przepisy, nakazujące wniesione w pieniądzu zabezpieczenie należytego wykonania umowy wyłączyć z masy upadłości, gdy upadłość ogłoszono przed wejściem w życie ustawy o spłacie, naruszają zakaz działania prawa wstecz. Nie istnieją przy tym żadne wartości konstytucyjne, które pozwalałyby w tym wypadku odstąpić od tej fundamentalnej gwarancji praw podmiotowych. Prokurator Generalny zaznaczył, że: „Skoro więc ustawodawca nie wskazał, jaka wyjątkowa sytuacja (wartość konstytucyjna oceniana jako nadrzędna [ważniejsza] w stosunku do wartości chronionej zakazem retroakcji) przemawia za odstąpieniem od zakazu działania prawa wstecz, to przewidziane w normie art. 12 w związku z art. 14 i art. 15 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. wyłączenie z masy upadłości zabezpieczenia wniesionego w pieniądzu w odniesieniu do tych wykonawców, wobec których ogłoszono upadłość przed dniem wejścia analizowanej ustawy w życie, tym bardziej narusza ten zakaz”. W tych warunkach ochrona wierzytelności przedsiębiorców, wynikających z realizacji zamówień publicznych na roboty budowlane, nie jest wartością konstytucyjnie nadrzędną w stosunku do możliwości odzyskania wierzytelności w ramach postępowania upadłościowego (wsteczne działanie nie jest w tym wypadku konieczne).

4. W pismach z 12 kwietnia 2013 r. i 16 maja 2013 r. – na podstawie art. 19 ust. 1 ustawy o TK – Trybunał Konstytucyjny zwrócił się do GDDKiA o informację o praktyce

realizowania ustawy o spłacie oraz sposobie wykonywania obowiązków nałożonych na GDDKiA przez tę ustawę, w szczególności o przedstawienie danych statystycznych dotyczących procesu spłat niezaspokojonych należności, a także o liczbie tzw. dużych przedsiębiorców, którzy zgłosili swoje należności GDDKiA lub mają niezaspokojone przez wykonawcę należności pieniężne za roboty budowlane wykonane w ramach zamówienia publicznego udzielonego przez GDDKiA.

W odpowiedzi GDDKiA przesłał do Trybunału Konstytucyjnego pisma z 16 maja 2013 r. i 31 maja 2013 r.

II

Na rozprawę 18 czerwca 2013 r. stawili się przedstawiciele wnioskodawcy oraz Sejmu i Prokuratora Generalnego. Uczestnicy postępowania podtrzymali stanowiska zajęte w pismach procesowych, a następnie odpowiedzieli na pytania członków składu orzekającego. Po uzyskaniu odpowiedzi, Trybunał Konstytucyjny uznał sprawę za dostatecznie wyjaśnioną i zamknął rozprawę.

III

Trybunał Konstytucyjny zważył, co następuje:

1. Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej (dalej: wnioskodawca) we wniosku z 7 sierpnia 2012 r., złożonym w trybie tzw. kontroli następczej, zakwestionował konstytucyjność kilku przepisów ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych (Dz. U. poz. 891; dalej: u.s.n.n.p. lub ustawa o spłacie).

Ustawa o spłacie została uchwalona z przedłożenia rządowego, w szybkim postępowaniu legislacyjnym motywowanym doraźnym charakterem regulacji. Projekt ustawy (druk sejmowy nr 451/VII kadencja) został wniesiony do Sejmu 6 czerwca 2012 r. i skierowany do prac w komisjach sejmowych 11 czerwca 2012 r. Trzecie czytanie odbyło się na 17 posiedzeniu Sejmu 28 czerwca 2012 r. Senat przyjął ustawę bez poprawek na posiedzeniu 6 lipca 2012 r., a po podpisaniu przez Prezydenta została ona ogłoszona w Dzienniku Ustaw z 3 sierpnia 2012 r. i tego dnia – zgodnie z jej art. 15 – weszła w życie.

Deklarowane w materiałach z prac ustawodawczych *ratio legis* odwoływało się do przeciwdziałania negatywnym konsekwencjom nieregulowania lub nieterminowego regulowania należności podwykonawców przez wykonawców (głównych wykonawców) zamówień publicznych z sektora budownictwa drogowego. W rezultacie wzrostu cen oraz braku możliwości renegotjacji kontraktów (głównie na budowę dróg krajowych i autostrad) w połowie 2012 r. doszło do ogłoszenia upadłości lub zagrożenia upadłości szeregu wiodących przedsiębiorstw z tej branży. W tej sytuacji wstrzymywanie przez wykonawców płatności za usługi wykonane przez podwykonawców, mimo otrzymania przez nich zapłaty za roboty budowlane od zamawiającego, groziło zapaścią całego sektora. Aby ograniczyć skutki tego zjawiska, w ustawie o spłacie wprowadzono doraźną procedurę zaspokojenia niektórych wierzytelności podwykonawców realizujących roboty budowlane, usługi lub dostawy w związku z zamówieniem publicznym udzielonym przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad (dalej: GDDKiA). Jak swe intencje wyjaśniał sam projektodawca: „Obowiązujące przepisy prawa w sposób niewystarczający chronią interesy przedsiębiorców w kontraktach na roboty budowlane realizowane w ramach zamówień publicznych. (...) W praktyce na rynku usług budowlanych występują coraz częściej przypadki nieregulowania lub nieterminowego regulowania należności za wykonane świadczenia dotyczące robót budowlanych, w szczególności wobec przedsiębiorców występujących w procesie inwestowania w charakterze podwykonawców.

Odnosi się to 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 sytuację finansową jako bardzo dobrą. Taki status wzbudza zaufanie u mających z nimi współpracować małych i średnich przedsiębiorców. Okazuje się jednak, że sytuacja finansowa tych firm nie jest tak korzystna jak spodziewali się tego podwykonawcy zawierający z nimi umowę w przeświadczeniu, że takie podmioty gospodarcze mają niezachwianą pozycję nie tylko na krajowym rynku budowlanym. Mają miejsce sytuacje gdy zgłaszane są wnioski o ogłoszenie upadłości wykonawców będących kontrahentami małych i średnich przedsiębiorców. Takie wydarzenia przyczyniają się do utraty płynności finansowej wielu podwykonawców i w konsekwencji prowadzą do zwolnień pracowników i ich upadłości. Należy zatem dostrzec, że opisane powyżej negatywne zjawisko gospodarcze wywiera wpływ nie tylko na przedsiębiorców realizujących zamówienia publiczne, lecz również na ich licznych pracowników, którzy także ponoszą konsekwencje dramatycznej sytuacji finansowej w jakiej zostaje postawiony ich pracodawca. W przypadku nieuregulowania przez wykonawcę należności na rzecz podwykonawców sytuacja prawna podwykonawców kształtuje się niekorzystnie. Obecnie wraz z upadłością wykonawcy realizującego zamówienie publiczne na roboty budowlane, przedsiębiorcy będący podwykonawcami muszą zadowolić się zaspokojeniem swoich roszczeń z masy upadłości. Wobec powyższego przedsiębiorcy nie mają pewności, czy po zakończeniu długotrwałych postępowań sądowych będą mogli wyegzekwować zasądzone od nierzetelnych dłużników należności z tytułu wykonanych prac wynikających z realizacji udzielonego zamówienia publicznego. Opóźnienia w spłacie należności przez wykonawców inwestycji drogowych niekorzystnie wpływają nie tylko na sytuację podwykonawców lecz również na sytuację strony publicznej – GDDKiA działającego jako *statio fisci* Skarbu Państwa. Zjawisko nieregulowania w terminie płatności na rzecz podwykonawców przyczynia się do opóźnień w realizacji umów zawartych przez GDDKiA i tym samym powoduje opóźnienie w realizacji celu publicznego jakim jest budowa dróg. Zatem jest to działanie niepożądane nie tylko z ekonomicznego punktu widzenia, lecz również ze względu na negatywny wpływ na szybkość realizacji tego celu a więc na wykonywanie obowiązku nałożonego przez ustawodawcę na państwo”.

W uzasadnieniu projektu ustawy odnotowano również szczególne znaczenie inwestycji drogowych jako rodzaju przedsięwzięć celu publicznego, podkreślając, że zapewnianie społeczeństwu godnych warunków komunikacyjnych jest wskaźnikiem rozwoju kraju zarówno pod względem ekonomicznym, jak i cywilizacyjnym. W ocenie projektodawcy: „Pomimo działań na rzecz stworzenia w Polsce zrównoważonego systemu transportowego, z większym udziałem kolei, transportu morskiego i śródlądowego w rynku przewozowym, należy oczekiwać, że transport drogowy zachowa swoją dominującą rolę. Transport drogowy, ze względu na swoją rolę w obsłudze przewozów ładunków, stanowi niezwykle istotny element gospodarki, w tym także element rynku pracy. (...) W interesie Polski jest jak najszybsze stworzenie sprawnych połączeń transportowych z resztą Europy za pomocą nowoczesnej sieci autostrad, dróg ekspresowych oraz innych dróg krajowych. Wyzwaniem jest również zapewnienie spójności terytorialnej kraju. Brak dobrej spójności terytorialnej sprzyja też utrzymywaniu się dużych różnic rozwojowych pomiędzy poszczególnymi częściami kraju. Ponadto należy podkreślić, że stan infrastruktury drogowej jest uważany za ważną barierę rozwoju przedsiębiorczości w Polsce. Ze względu na tranzytowe położenie Polski, szlaki komunikacyjne powinny odgrywać bardzo istotną rolę w obsłudze transportu międzynarodowego”.

Skonstruowany w ustawie o spłacie mechanizm zapobieżenia tzw. zatorom płatniczym w budownictwie drogowym polegał na przyznaniu określonym kategoriom

przedsiębiorców, którzy dysponowali niezaspokojonymi wierzytelnościami wobec kontrahenta będącego generalnym wykonawcą zamówienia publicznego na roboty budowlane udzielonego przez GDDKiA, uprawnienia do uzyskania spłaty tych należności od Skarbu Państwa. Ustawa określała przesłanki nabycia tego uprawnienia, procedurę jego realizacji oraz skutki dokonania spłaty należności w relacji między GDDKiA a wykonawcą.

W tych okolicznościach wnioskodawca wystąpił o kontrolę zgodności z Konstytucją kilku głównych przepisów ustawy o spłacie, a mianowicie: art. 1, art. 3, art. 4, art. 5 ust. 3 oraz art. 12 w związku z art. 3, art. 14 i art. 15. Na podstawie uzasadnienia wniosku Trybunał Konstytucyjny uznał, że intencją wnioskodawcy nie było wyeliminowanie ustawy o spłacie z obrotu prawnego, ale doprecyzowanie procedur i zmiana jej zakresu zastosowania, a mówiąc ściśle – objęcie dobrodziejstwem ustawy o spłacie dodatkowych kategorii podmiotów, które *de lege lata* zostały pozbawione możliwości korzystania z przewidzianych w niej środków ochronnych.

2. Ustawa o spłacie ma charakter incydentalny. Przewidziane w niej mechanizmy prawne zaspokojenia wierzytelności podwykonawców robót budowlanych zostały uruchomione tylko jeden raz i po dopełnieniu wszystkich czynności, w tym zwrocie GDDKiA środków wypłaconych na jej podstawie (regres wobec wykonawców robót budowlanych), staną się „nieaktywnym” elementem systemu prawa, niemającym zastosowania *pro futuro*. Celem regulacji było rozwiązanie problemu społecznego, który ujawnił się w związku z realizacją zamówień publicznych na budowę dróg, polegającego na – jak dowodził podmiot inicjujący procedurę ustawodawczą – masowych niewypłacalnościach przedsiębiorców świadczących usługi, dostawy lub roboty budowlane w roli podwykonawców (kontrahentów wykonawców, którym GDDKiA udzielił zamówienia publicznego), co wpływało negatywnie na obrót gospodarczy, rentowność przedsiębiorstw, rynek pracy i zdolność organów państwa do realizacji inwestycji celu publicznego (dróg publicznych). Chęć ograniczenia następstw tak zdefiniowanego problemu społecznego, z jednej strony, była deklarowanym uzasadnieniem interwencji ustawodawcy, z drugiej zaś – punktem odniesienia treści norm prawnych, które doraźnie „przełamały” ogólne zasady dotyczące prowadzenia przedsięwzięć infrastrukturalnych.

Ustawodawca osadził ustawę o spłacie w ściśle określonym kontekście, w którym miały funkcjonować jej normy, wydzielając w ten sposób zamknięty zbiór stanów faktycznych poddanych szczególnej regulacji. Specjalny charakter ustawy o spłacie wyrażał się zarówno jej celem, u którego podstaw legła decyzja polityczna ustawodawcy o konieczności interwencji państwa na rynku budownictwa drogowego (motywowana ponadstandardowym, wykraczającym poza ramy ryzyka w działalności gospodarczej nieregulowaniem długów przez przedsiębiorców oraz przyjętą metodą wyodrębnienia podmiotów uprawnionych według wykreowanych na jej użytek kryteriów), jak i wyjątkową procedurą uiszczenia należności podwykonawców. Innymi słowy, incydentalność ustawy o spłacie w zasadniczym stopniu przesądziła jej konstrukcję normatywną, w tym także tłumaczyła ograniczenie zakresu zastosowania oraz szczególne traktowanie określonych grup podwykonawców. Nie można jednak wyprowadzać z tego konkluzji, że ustawodawca miał pełną swobodę doboru konkretnych środków prawnych oraz określenia adresatów regulacji. Incydentalność ustawy nie uchylała bowiem obowiązku respektowania norm konstytucyjnych, które determinują kształt ustaw również o takiej specyfice. Wyjątkowość sytuacji społeczno-gospodarczej i jej potencjalne dalsze negatywne następstwa pozwalały natomiast ustawodawcy stworzyć dodatkowe kryterium różnicujące podmioty, które było usprawiedliwione wyjątkową sytuacją faktyczną

podwykonawcy. W innych warunkach kryterium to należałoby uznać za sprzeczne z zasadą równości wobec prawa i zakazem dyskryminacji, a reakcję ustawodawcy za niedopuszczalną (por. np. wyrok TK z 6 marca 2001 r., sygn. K 30/00, OTK ZU nr 2/2001, poz. 34, dotyczący epizodycznej ustawy o likwidacji skutków powodzi, która miała miejsce w lipcu 1997 r., oraz wyrok TK z 6 marca 2013 r., sygn. Kp 1/12, OTK ZU nr 3/A/2013, poz. 25, dotyczący zmiany ustawy o przygotowaniu finałowego turnieju Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej UEFA EURO 2012).

Jedną z konsekwencji wydania ustawy incydentalnej był więc uprzedni obowiązek wyodrębnienia kategorii podmiotów podobnych, charakteryzujących się w jakimś stopniu cechą konstytuującą samo *ratio* ustawy, czyli w badanym wypadku – mówiąc ogólnie – przynależnością do grupy podmiotów znajdujących się w trudnej sytuacji ekonomicznej w związku z tzw. zatorami płatniczymi. Między celem ustawy incydentalnej a jej zakresem zastosowania musiało istnieć *iunctim*, możliwe do racjonalnego wykazania w świetle istoty problemu społecznego, jego skali oraz płynących z niego zagrożeń dla wartości chronionych konstytucyjnie. Na kryterium rozstrzygające o zakresie zastosowania ustawy incydentalnej miały wpływ również inne czynniki, takie jak charakter mechanizmu prawnego, którym ustawodawca zamierzał posłużyć się, aby rozwiązać problem społeczny, czy potwierdzony stan finansów publicznych bądź przyczyny (źródła) negatywnych zjawisk, które skłoniły władzę ustawodawczą do działania. Te i inne okoliczności ograniczające potencjalne pole oddziaływania ustawy incydentalnej podlegają ocenie konstytucyjnej *a casu ad casum*, w realiach danej sprawy.

3. Zgodnie z art. 1 ust. 2 u.s.n.n.p., ustawa o spłacie nie ma zastosowania do należności, które mogą być zaspokojone na podstawie art. 647¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, ze zm.; dalej: k.c. lub kodeks cywilny). Spłata podwykonawców przez GDDKiA stanowi mechanizm subsydiarny względem solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy powstającej na zasadach ogólnych. Z ochrony gwarantowanej przez ustawę o spłacie podwykonawcy mogą korzystać wówczas, gdy – niezależnie od przyczyn takiego stanu rzeczy – nie dysponują roszczeniami płynącymi z art. 647¹ i art. 649¹-649⁵ k.c. Jak trafnie wskazuje się w piśmiennictwie, należy wykluczyć możliwość skorzystania przez przedsiębiorcę z procedur ustawy o spłacie również w wypadku, gdy zobowiązanie Skarbu Państwa jako dłużnika solidarnego względem przedsiębiorcy wygasło, na przykład wskutek zwolnienia z długu lub odnowienia (zob. P. Duma, B. Lackoroński, J. Łagowska, *Spłata niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych. Komentarz*, Lex 2013, komentarz do art. 1, teza 45).

Mechanizm zaspokajania należności określony w ustawie o spłacie ma więc charakter nie tylko epizodyczny, ale również uzupełniający względem obowiązujących środków ochrony podwykonawców robót budowlanych przed skutkami nieregulowania lub nieterminowego regulowania przysługujących im należności. Niewątpliwym *novum* ustawy o spłacie jest natomiast objęcie jej zakresem przedmiotowym nie tylko prac wykonanych w ramach umowy o roboty budowlane (obowiązujące art. 647¹ i art. 649¹-art. 649⁵ k.c. regulują wyłącznie tę problematykę), ale również należności za usługi i dostawy, które zostały ukształtowane na innej podstawie niż kodeksowa umowa o roboty budowlane.

4. Celem zakwestionowanej ustawy, o czym już wspomniano, jest spłata konkretnych, z danego miejsca i czasu, wymagalnych wierzytelności pieniężnych podwykonawców. Nie jest to pierwsza reakcja ustawodawcy na tzw. zatory płatnicze podczas realizacji robót budowlanych. W latach ubiegłych, w zasadniczo tożsamych co do istoty okolicznościach faktycznych, ustawodawca podejmował interwencje legislacyjne, próbując zaradzić narastającym problemom gospodarczym i społecznym, które

przejawiały się między innymi systemowymi opóźnieniami spłat należności za wykonane prace oraz bankructwami firm podwykonawczych (usługowych i budowlanych). Badana ustawa jest kolejną odsłoną zjawiska znanego i dokładnie opisanego na podstawie doświadczeń z przeszłości. Dotychczasowa aktywność prawodawcza doprowadziła m.in. do:

a) dodania do kodeksu cywilnego art. 647¹ poświęconego umowom z podwykonawcami zawieranimi w ramach umowy o roboty budowlane; przepis ten wprowadzał między innymi solidarną odpowiedzialność inwestora i podwykonawcy za zapłatę wynagrodzenia dla podwykonawcy (zob. art. 1 pkt 35 ustawy z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. Nr 49, poz. 408; zob. też wyrok TK z 15 grudnia 2009 r., sygn. P 105/08, OTK ZU nr 11/A/2009, poz. 168);

b) uchwalenia ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane (Dz. U. Nr 180, poz. 1758, ze zm.), już nieobowiązującej (zob. wyrok TK z 27 listopada 2006 r., sygn. K 47/04, OTK ZU nr 10/A/2006, poz. 153);

c) dodania do kodeksu cywilnego art. 649¹–art. 649⁵ regulujących instytucję gwarancji zapłaty za roboty budowlane, w tym również dla podwykonawcy robót (ustawa z dnia 8 stycznia 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, Dz. U. Nr 40, poz. 222).

Z analiza przepisów zaskarżonej ustawy wynika wniosek, że przewidziany w niej system spłaty należności został pomyślany jako mechanizm w pewnym sensie samobilansujący się, a więc z ekonomicznego punktu widzenia możliwie neutralny dla finansów publicznych. Konstrukcja ustawy o spłacie zakładała bowiem, że w dłuższej perspektywie czasowej Skarb Państwa (GDDKiA działający jako *statio fisci*) „odzyska” środki wyasygnowane z Krajowego Funduszu Drogowego na spłatę należności podwykonawców. W tym celu został ustanowiony m.in. specjalny regres (art. 11 u.s.n.n.p.) oraz nastąpiło wyłączenie zabezpieczeń pieniężnych złożonych w procedurze zamówień publicznych z masy upadłości (art. 12 u.s.n.n.p.). U podstaw uprzywilejowania wierzyciela publicznego (GDDKiA) leżały jednak istotne argumenty. Wynikały one przede wszystkim z tego, że GDDKiA został ustawowo zobowiązany do spłaty należności podwykonawców zamiast innego dłużnika (wykonawcy zamówienia publicznego); miał działać na rzecz interesu publicznego, zdefiniowanego przez ustawodawcę pod wpływem nadzwyczajnych okoliczności faktycznych. W toku prac legislacyjnych rozważano również taki wariant ustawy o spłacie, który polegał na zaspokojeniu należności podwykonawców wprost z zabezpieczeń należytego wykonania umowy wniesionego w procedurze zamówień publicznych przez wykonawcę (czyli nie ze środków z Krajowego Funduszu Drogowego). Zarzucono jednak ten pomysł ze względu na ryzyko jego niezgodności z Konstytucją (zob. wypowiedź Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej na posiedzeniu sejmowej Komisji Infrastruktury, Biuletyn z 38. posiedzenia Komisji Infrastruktury w dniu 12 czerwca 2012 r., s. 4-5).

W powyższym kontekście należy odnotować, że – po pierwsze – GDDKiA spłaca należności podwykonawców tylko do wysokości kwoty zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia publicznego (art. 147 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm.; dalej: p.z.p.), a więc w ramach kwot pieniężnych zgromadzonych na rachunku bankowym wskazanym przez zamawiającego (GDDKiA) albo kwot wynikających z gwarancji bankowych czy innych form zabezpieczeń (zob. art. 148 p.z.p.), i tylko pod warunkiem, że zabezpieczenie to zostało uprzednio rzeczywiście wniesione i nie zostało zwrócone na podstawie art. 151 p.z.p. (por. art. 2 i art. 3 *in fine* u.s.n.n.p.). Po drugie, listy przedsiębiorców-wierzycieli (podwykonawców), których sporządzenie determinuje wypłatę zaliczki i pozostałej części należności, również są układane z uwzględnieniem pułapu zabezpieczeń (art. 5 ust. 4, art.

9 u.s.n.n.p.). Po trzecie wreszcie, GDDKiA dysponuje wobec wykonawcy wspomnianym już „roszczeniem o zwrot środków wypłaconych na podstawie ustawy” (art. 12 u.s.n.n.p.), co oznacza, że chodzi o środki nie wyższe niż kwota zabezpieczenia wniesionego na mocy art. 147 p.z.p.

5. Ocena zgodności z Konstytucją zaskarżonych przepisów musi uwzględniać specyfikę gałęzi prawa, która stała się przedmiotem interwencji ustawodawcy. Złożony układ zależności prawa prywatnego, opartego przede wszystkim na zasadzie swobody umów w sferze stosunków obligacyjnych, jest szczególnie wrażliwy na zmiany wprowadzane automatycznie, z mocy samego prawa. Wprawdzie Trybunał Konstytucyjny dopuszcza, że „ustawodawca powodowany wyraźnym i przemożnym interesem społecznym (publicznym)” ingeruje w treść ukształtowanych stosunków prawnych, które niosą rozwiązania prawne niekorzystne dla części adresatów tak ustanowionych norm prawnych, niemniej zastrzega również przy tym, że wypadki takie należy zawsze traktować jako wyjątkowe, a „swoboda ustawodawcy w tym zakresie jest ograniczona zasadami i przepisami konstytucyjnymi oraz obowiązkiem poszanowania wartości chronionych przez te zasady i przepisy” (zob., zamiast wielu, wyrok TK z 17 grudnia 1997 r., sygn. K 22/96, OTK ZU nr 5-6/1997, poz. 71).

Także w tej sprawie Trybunał Konstytucyjny podtrzymał swój dotychczasowy pogląd, że ustawodawca może tylko w szczególnych, uzasadnionych nadzwyczajnymi okolicznościami sytuacjach wkraczać w sferę stosunków regulowanych umowami prawa cywilnego, a zmiany tego rodzaju w żadnym razie nie powinny zaskakiwać tych, których interesów dotyczą.

6. Wstępnym zagadnieniem formalnym wniosku, wymagającym rozstrzygnięcia, był przedmiot kontroli poddany pod rozagę Trybunału Konstytucyjnego. Wnioskodawca zaskarżył art. 1 ust. 2 u.s.n.n.p., stanowiący że: „Przepisy ustawy nie mają zastosowania do należności, które mogą być zaspokojone na podstawie art. 647¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, ze zm.)”. W uzasadnieniu wniosku nie zostały jednak wysunięte żadne zarzuty pod adresem tego przepisu; wnioskodawca nie nawiązuje do jego treści bądź brzmienia choćby akcydentalnie, jako pośredniej podstawy wnioskowań czy linii argumentacyjnej. *Nota bene* regulacja ta (sama w sobie, bez powiązania z jakąś szczegółową instytucją „specprocedury”) nie rodzi kontrowersji – jej celem jest delimitacja systemów zaspokajania należności podwykonawców unormowanych w kodeksie cywilnym (na zasadach ogólnych) i w ustawie o spłacie (*lex specialis*). Podobnie, wnioskodawca nie sformułował żadnego zarzutu konstytucyjnego wobec objętego zakresem zaskarżenia art. 4 pkt 2 u.s.n.n.p., na potrzeby ustawy o spłacie definiującego pojęcie wykonawcy. Biorąc powyższe pod uwagę, postępowanie w odniesieniu do art. 1 ust. 2 i art. 4 pkt 2 u.s.n.n.p. zostało umorzone na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 32 ust. 1 pkt 4 ustawy o TK ze względu na niedopuszczalność wyrokowania.

W pkt 3 *petitum* wniosku, jako tzw. związkowy przedmiot kontroli, zostały wskazane: art. 3 (wyznacza zakres zastosowania ustawy; przepis ten jest również samodzielnym przedmiotem kontroli w pkt 1 *petitum*), art. 14 (przesądza o wstecznym działaniu ustawy) i art. 15 u.s.n.n.p. (przepis końcowy o wejściu w życie ustawy z dniem ogłoszenia). Regulacje te są tłem podstawowego unormowania w tej konfiguracji, jakim jest art. 12 u.s.n.n.p., dotyczący wyłączenia z masy upadłości zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Z uzasadnienia wniosku, jak również z treści wymienionych wcześniej przepisów „związkowych”, wynika jednak, że właściwym przedmiotem kontroli powinien być wyłącznie art. 12 u.s.n.n.p., który jest nie tylko osią rozważań konstytucyjnych, ale

także to właśnie do niego należy odnieść zarzuty i wzorce konstytucyjne przywołane przez wnioskodawcę. Tym samym, bez uszczerbku dla intencji wnioskodawcy, nie było potrzeby włączania do przedmiotu kontroli określonych w pkt 3 *petitum* wniosku art. 3, art. 14 i art. 15 u.s.n.n.p., które – podobnie zresztą jak szereg innych przepisów ustawy – w oczywisty sposób zostały uwzględnione w trakcie analizy prawnej. Tym samym postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym w części odnoszącej się do przepisów „związkowych” z pkt 3 *petitum* wniosku zostało umorzone na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy o TK ze względu na zbędność wydania wyroku. Doprecyzowanie przedmiotu kontroli było w tym wypadku celowe również z uwagi na ewentualny skutek derogacyjny rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego i związaną z nim konieczność precyzyjnego wyznaczenia zakresu utraty mocy obowiązującej ustawy w postaci tzw. sentencji zakresowej.

Wzorcami kontroli konstytucyjności art. 1, art. 3 i art. 4 u.s.n.n.p. wnioskodawca uczynił wolność działalności gospodarczej określoną w art. 20 i art. 22 Konstytucji, a także zasadę ochrony prawa własności i innych praw majątkowych statuowaną w art. 64 ust. 1 Konstytucji. W odniesieniu do tej grupy przepisów wnioskodawca nie sformułował jednak szczegółowych zarzutów wraz z przytoczeniem odrębnych (samodzielnych) argumentów na rzecz niekonstytucyjności ustawy, ale ograniczył się do stwierdzenia, że zasada równości podmiotów wobec prawa i zakaz dyskryminacji mają zastosowanie również w życiu gospodarczym. Twierdzenie to – skądinąd trafne – zostało poparte ogólnym odwołaniem do literatury przedmiotu i cytatem z jednego z wyroków Trybunału Konstytucyjnego; wnioskodawca nie skonfrontował natomiast, a co za tym idzie – nie umotywował, istoty niezgodności art. 1, art. 3 i art. 4 u.s.n.n.p. z zasadą wolności działalności gospodarczej. Podobnie w uzasadnieniu wniosku nie znalazła się szczegółowa argumentacja odnośnie do naruszenia prawa własności (innych praw majątkowych); wnioskodawca skupił się na analizie przepisów ustawy z punktu widzenia równej ochrony praw majątkowych, która wynika przede wszystkim z art. 64 ust. 2 Konstytucji. Dlatego Trybunał Konstytucyjny umorzył postępowanie w tym zakresie (w odniesieniu do wzorców, którymi były art. 20, art. 22 i art. 64 ust. 1 Konstytucji, ujęte w pkt 1 *petitum* wniosku) na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 32 ust. 1 pkt 4 ustawy o TK, ze względu na niedopuszczalność wyrokowania.

Trybunał Konstytucyjny podzielił zapatrywanie Marszałka Sejmu, że szerokie („holistyczne”) ujęcie wzorca kontroli, którym chciano uczynić art. 32 Konstytucji, nie ma podstaw w okolicznościach rozpatrywanej sprawy. Przesądza o tym przede wszystkim treść zarzutów. Sprowadzają się one – mówiąc w pewnym uproszczeniu – do zakwestionowania kryteriów wyodrębniania beneficjentów ustawy o spłacie. W tym wypadku odwoływanie się do „dyskryminacji” w rozumieniu art. 32 ust. 2 Konstytucji, aby wykazać odmienne potraktowanie przez ustawodawcę podmiotów podobnych, nie wnosi w procesie kontroli konstytucyjności dodatkowych wartości. Dlatego Trybunał Konstytucyjny umorzył postępowanie w części dotyczącej art. 32 ust. 2 Konstytucji jako wzorca kontroli art. 1, art. 3 i art. 4 u.s.n.n.p.

Z kolei w odniesieniu do art. 12 u.s.n.n.p. wnioskodawca skoncentrował się przede wszystkim na ocenie zgodności tego przepisu z perspektywy art. 2 Konstytucji, czyli w aspekcie, w jakim dotyczy wykonawcy, którego upadłość ogłoszono przed wejściem w życie ustawy o spłacie. Reszta norm konstytucyjnych została wskazana akcesoryjnie, w celu wzmocnienia argumentacji nawiązującej do zakazu retroakcji. Trybunał Konstytucyjny, respektując zamysł wnioskodawcy, przyjął, że wzorcem kontroli art. 12 u.s.n.n.p. będzie samodzielnie art. 2 Konstytucji. W pozostałym zakresie postępowanie zostało umorzone ze względu na zbędność wyrokowania.

7. Rządowy projekt ustawy (druk sejmowy nr 451/VII kadencja) zakładał finansowanie należności podwykonawców ze środków pochodzących z Krajowego Funduszu Drogowego, który jest zasilany między innymi dochodami z opłaty paliwowej i dotacjami budżetowymi (por. np. art. 39b ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym; Dz. U. z 2012 r. poz. 931, ze zm.). Pomoc była udzielana zatem z szeroko rozumianych „zasobów” państwowych, gromadzonych w formie funduszu pozabudżetowego. Z kolei ustawowa gwarancja spłaty należności przez GDDKiA stanowiła dla podwykonawców (przedsiębiorców) korzyść, której w zwykłych warunkach obrotu gospodarczego i używając powszechnie dostępnych środków prawnych (czyli bez „specustawy”), nie uzyskaliby w zbliżonej postaci. Zagadnienia te były szczegółowo analizowane zarówno w toku rządowej procedury legislacyjnej, jak i później – w trakcie prac ustawodawczych w Sejmie i Senacie. Trybunał Konstytucyjny odnotował tę problematykę, pozostawiając ją jednak poza zakresem swych rozważań ze względu na zakres wniosku i sformułowane w nim argumenty odwołujące się do zupełnie innego kontekstu zaskarżonych przepisów.

8. Przedmiot zaskarżenia tworzył trzy wzajemnie uwarunkowane grupy zagadnień. Pierwsza grupa obejmowała przepisy wyznaczające zakres zastosowania ustawy, zarówno pod względem podmiotowym, jak i przedmiotowym, w tym definicje ustawowe (art. 1 ust. 1, art. 3 i art. 4 pkt 1 u.s.n.n.p.). Tę grupę wnioskodawca skonfrontował z konstytucyjnymi zasadami: równej ochrony praw majątkowych o charakterze obligacyjnym (art. 64 ust. 2, art. 32 ust. 1 Konstytucji) oraz sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji). Druga grupa dotyczyła kwestii proceduralnych, wyznaczających elementy trybu zaspokojenia roszczeń podwykonawców (art. 5 ust. 3 u.s.n.n.p.). Zdaniem wnioskodawcy, odnoszący się do tej materii przepis nie spełniał wymogów dostatecznej określoności (art. 2 Konstytucji) oraz naruszał zasadę równej ochrony praw majątkowych (art. 32 ust. 1 i art. 64 ust. 2 Konstytucji). Ostatnia, trzecia grupa zagadnień, to problematyka szeroko pojętego regresu wobec dłużników (wykonawców, generalnych wykonawców), zamiast których Skarb Państwa spełnił świadczenie (chodzi przede wszystkim o wyłączenie z masy upadłości niektórych składników mienia – art. 12 u.s.n.n.p.). Wnioskodawca uznał, że unormowanie to naruszało zakaz retroakcji (art. 2 Konstytucji) oraz w sposób nieproporcjonalny i sprzeczny z zasadą równości ingerowało w prawo własności (art. 64 ust. 1-2 w związku z art. 32 ust. 1 i art. 31 ust. 3 Konstytucji).

Pierwszy z zakwestionowanych przez wnioskodawcę przepisów, to jest art. 1 ust. 1 u.s.n.n.p., stanowił, że: „Ustawa określa zasady spłaty przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad niezaspokojonych przez wykonawcę należności głównych przedsiębiorcy, który zawarł umowę z wykonawcą w związku z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane udzielonego przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, wyłącznie za zrealizowane i odebrane prace, zwanych dalej «należnościami»”. Dopelniający tę regulację art. 3 u.s.n.n.p. przewidywał zaś, że: „Przepisy ustawy stosuje się do zamówień publicznych w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, których przedmiotem są roboty budowlane w rozumieniu art. 3 pkt 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623, z późn. zm.), co do których Generalny Dyrektor wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia lub udzielił zamówienia przed dniem wejścia w życie ustawy, o ile zabezpieczenie, o którym mowa w art. 147 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, nie zostało zwrócone wykonawcy zgodnie z art. 151 tej ustawy”. Z kolei według art. 4 pkt 1 u.s.n.n.p.: „Użyte w ustawie określenia oznaczają: 1) przedsiębiorca – przedsiębiorcę w rozumieniu art. 104–106 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2010 r. Nr

220, poz. 1447, z późn. zm.) oraz usługodawcę w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 4 marca 2010 r. o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 47, poz. 278, z późn. zm.) spełniającego wymagania dla mikroprzedsiębiorcy, małego lub średniego przedsiębiorcy, który zawarł umowę z wykonawcą udzielonego zamówienia publicznego (...)."

Drugą grupę zagadnień wnioskodawca wiązał z treścią art. 5 ust. 3 u.s.n.n.p., stanowiącego, że: „Po dokonaniu weryfikacji zgłoszenia, o którym mowa w ust. 1 [należności], Generalny Dyrektor może ogłosić, a w przypadku gdy zgłoszone należności przekroczą 3% wartości zamówienia publicznego ogłasza, w dzienniku o zasięgu ogólnokrajowym o otwarciu 21-dniowego terminu na dokonywanie zgłoszeń. Po upływie tego terminu Generalny Dyrektor sporządza listę przedsiębiorców spełniających warunki, o których mowa w ust. 2 i art. 8, i zawiadamia przedsiębiorców o umieszczeniu ich na liście”.

I wreszcie ostatni przepis, który stał się przedmiotem zaskarżenia w tym postępowaniu, to wspomniany już wcześniej art. 12 u.s.n.n.p., zgodnie z którym: „Jeżeli zabezpieczenie, o którym mowa w art. 147 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, zostało wniesione w pieniądzu, nie wchodzi w skład masy upadłości”.

9. Ustawa o spłacie ma zastosowanie do zamówień publicznych, co do których postępowanie zostało wszczęte jeszcze przed jej wejściem w życie lub które zostały wtedy udzielone (art. 3 u.s.n.n.p.). Jak stanowi art. 14 u.s.n.n.p., ustawę stosuje się ponadto do wykonawców, w stosunku do których przesłanki wymagalności roszczeń podwykonawców także nastąpiły przed jej wejściem w życie. Wymagalne należności podwykonawców, które mogą być zgłaszane GDDKiA, to z kolei te, z których zapłatą wykonawca zalegał co najmniej 30 dni, albo które pochodziły od wykonawcy, wobec którego ogłoszono upadłość albo sąd oddalił wniosek o ogłoszenie upadłości, ponieważ majątek niewypłacalnego dłużnika nie wystarczał na zaspokojenie kosztów postępowania. Przywołane regulacje przesadzają o co najmniej retrospektywnym skutku zaskarżonej ustawy, która odnosi się do ukształtowanych przed dniem jej wejścia w życie stosunków obligacyjnych, z których wynikają – wciąż istniejące – wzajemne prawa i obowiązki stron umów, w tym wymagalne roszczenia pieniężne. Chodzi przy tym nie tylko o podstawowe z punktu widzenia zakresu zaskarżenia umowy o roboty budowlane czy inne umowy ściśle związane z udziałem w realizacji zamówienia publicznego przez podwykonawców (np. dostawy czy usługi), ale również szereg umów dodatkowych, takich jak gwarancje bankowe, umowy ubezpieczenia, poręczenia itd., których stroną są podmioty nieobjęte zakresem działania zaskarżonej ustawy, a na które ustawa ta wywiera refleks prawny, niekiedy modyfikując ich treść. Istotą mechanizmu ustawowego jest bowiem stworzenie podstawy do zaspokojenia przez podwykonawców wierzytelności od podmiotu, który nie był stroną stosunku prawnego, z którego te wierzytelności wynikały, a następnie ustanowienie dla tegoż podmiotu (GDDKiA działającego za Skarb Państwa) specjalnej ścieżki zwrotu środków wypłaconych na mocy ustawy (*privilegia fisci*).

Wnioskodawca dowodził, że art. 1 ust. 1, art. 3 i art. 4 pkt 1 u.s.n.n.p., wyznaczające zakres zastosowania ustawy, są niezgodne z zasadą równej ochrony praw majątkowych o charakterze obligacyjnym. Wyliczał przy tym kilka kryteriów różnicujących podwykonawców, których – w jego ocenie – nie uzasadniają żadne wartości konstytucyjne, i które nie służą realizacji celu ustawy o spłacie. Należy zgodzić się z wnioskodawcą, że tylko część podmiotów *prima facie* znajdujących się w podobnej sytuacji faktycznej, legitymujących się cechą, jaką w tym wypadku jest status przedsiębiorcy (podwykonawcy) mającego niezaspokojone, wymagalne roszczenia pieniężne za wykonane roboty budowlane, dostawy lub usługi w ramach zamówienia publicznego Skarbu Państwa na budowę dróg publicznych, otrzyma na mocy ustawy

pomoc ze środków publicznych. Natomiast pozostała część została pozostawiona poza systemem doraźnej spłaty należności. Trybunał Konstytucyjny uznał, że incydentalny charakter ustawy o spłacie wyklucza oczekiwanie uniwersalności i zupełności uregulowania, jakie można wysuwać pod adresem kompleksowych unormowań poświęconych określonym dziedzinom życia, co jednak nie zmienia faktu, że od ustawodawcy trzeba także w takim wypadku wymagać, aby swą interwencją objął wszystkie podmioty podobne, wyodrębnione wszakże również według kryteriów uwzględniających nadzwyczajność sytuacji, w której działał ustawodawca, oraz biorących pod uwagę inne relewantne konstytucyjnie okoliczności mogące mieć wpływ na zakres zastosowania regulacji.

Przechodząc na grunt ustawy o spłacie, należy stwierdzić, że przesłanki zaspokojenia roszczeń pieniężnych podwykonawców, delimitujące zakres podmiotowy regulacji, są rozbudowane i określone przy okazji normowania różnych zagadnień, w tym problematyki proceduralnej. Co do zasady GDDKiA spłaca (warunki te muszą być spełnione łącznie):

a) niezaspokojone przez wykonawcę „należności główne” podwykonawcy (zob. art. 1 u.s.n.n.p.), a więc już np. nie odsetki czy należności wynikające z tzw. dodatkowych zastrzeżeń umownych;

b) należności podwykonawcy, który zawarł umowę bezpośrednio z wykonawcą zamówienia publicznego (chodzi o umowę wykonawcy z pierwszym podwykonawcą w potencjalnym szeregu dalszych podwykonawców) – zob. art. 1 ust. 1 i art. 4 pkt 1 *in fine* u.s.n.n.p.;

c) należności za prace „zrealizowane i odebrane” (zob. art. 1 ust. 1 u.s.n.n.p.);

d) należności niezaspokojone (które nie „mogą być zaspokojone”) na podstawie art. 647¹ k.c. (zob. art. 1 ust. 2 u.s.n.n.p. oraz funkcjonalnie związany z tą regulacją art. 8 ust. 1 *in fine* u.s.n.n.p.);

e) należności podwykonawcy z zamówienia publicznego udzielonego wykonawcy przez GDDKiA (zob. art. 1 ust. 1 u.s.n.n.p.);

f) należności podwykonawcy z zamówienia publicznego w rozumieniu art. 2 pkt 13 p.z.p. (umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane) na roboty budowlane w rozumieniu art. 3 pkt 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623, ze zm.), co do których GDDKiA wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia lub udzielił zamówienia przed dniem wejścia w życie ustawy (zob. art. 3 u.s.n.n.p.);

g) należności podwykonawcy z zamówienia publicznego, w związku z którym została zawarta dodatkowa umowa zabezpieczenia należytego wykonania umowy między inwestorem a wykonawcą (art. 147 p.z.p.), i zabezpieczenie to nie zostało zwrócone (zob. art. 3 u.s.n.n.p.);

h) należności podwykonawców, którzy spełniają warunki przewidziane dla mikroprzedsiębiorców, małych lub średnich przedsiębiorców w rozumieniu art. 104–106 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447, ze zm.) oraz usługodawców w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 4 marca 2010 r. o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 47, poz. 278, ze zm.) spełniających wymagania dla mikro-, małego lub średniego przedsiębiorcy, który zawarł umowę z wykonawcą udzielonego zamówienia publicznego (kwalifikacja podwykonawców na podstawie liczby zatrudnionych pracowników i wysokości rocznego obrotu netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz operacji finansowych) – zob. art. 4 pkt 1 u.s.n.n.p.;

i) należności wymagalne w rozumieniu przyjętym na użytek ustawy, to znaczy te, z zapłatą których wykonawca zalega co najmniej 30 dni, lub należności od wykonawcy, wobec którego ogłoszono upadłość albo sąd oddalił wniosek o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 13 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. z 2012 r. poz. 1112, ze zm.; dalej: p.u.n.) – zob. art. 5 ust. 1 u.s.n.n.p.;

j) należności podwykonawców, którzy nie zalegają z zapłatą za zrealizowane i odebrane prace swoim podwykonawcom albo którzy przekazali na spłatę tych należności zaliczkę otrzymaną od GDDKiA (art. 7 ust. 3 *in fine* u.s.n.n.p.);

k) należności nieobjęte „gwarancją udzieloną przez wykonawcę” (zob. art. 8 ust. 1 *in fine* u.s.n.n.p.).

10. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał, że zasada równości wobec prawa, wyrażona w art. 32 ust. 1 Konstytucji, polega na tym, że wszystkie podmioty prawa (adresaci norm prawnych) charakteryzujące się daną cechą istotną (relewantną) w równym stopniu, mają być traktowane równo, a więc bez zróżnicowań zarówno dyskryminujących, jak i faworyzujących. Pogląd ten, sformułowany już w orzeczeniu TK z 9 marca 1988 r., sygn. U 7/87 (OTK w 1988 r., poz. 1, s. 14), był wielokrotnie powoływany w późniejszym orzecznictwie (zob. m.in. orzeczenie z 28 listopada 1995 r., sygn. K 17/95, OTK ZU nr 3/1995, poz. 18; a wśród nowszych wyroki TK z: 28 maja 2002 r., sygn. P 10/01, OTK ZU nr 3/A/2002, poz. 35; 26 kwietnia 2005 r., sygn. P 3/04, OTK ZU nr 4/A/2005, poz. 41; 28 marca 2007 r., sygn. K 40/04, OTK ZU nr 3/A/2007, poz. 33). Z art. 32 ust. 1 Konstytucji wynika także akceptacja niejednolitego traktowania przez prawo podmiotów niemających istotnej cechy wspólnej (zob. np. powołane już orzeczenia TK w sprawach o sygn. U 7/87 i K 17/95 oraz wyroki TK z: 16 grudnia 1997 r., sygn. K 8/97, OTK ZU nr 5-6/1997, poz. 70, 17 maja 1999 r., sygn. P 6/98, OTK ZU nr 4/1999, poz. 76, 23 czerwca 1999 r., sygn. K 30/98, OTK ZU nr 5/1999, poz. 101).

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego utrwalone jest również stanowisko, że fundamentalny charakter zasady równości w demokratycznym państwie prawnym nie wyklucza możliwości uznania za zgodne z Konstytucją odmiennego traktowania podmiotów podobnych; równość wobec prawa nie ma bowiem charakteru absolutnego. Wszelkie odstępstwa od nakazu równego traktowania podmiotów podobnych muszą jednak być przekonująco uargumentowane. Argumenty te, jak ujął to Trybunał w orzeczeniu z 3 września 1996 r., sygn. K 10/96 (OTK ZU nr 4/1996, poz. 33), powinny mieć: „(...) po pierwsze, charakter relewantny, a więc pozostawać w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią przepisów, w których zawarta jest kontrolowana norma, oraz służyć realizacji tego celu i treści. Innymi słowy, wprowadzane zróżnicowania muszą mieć charakter racjonalnie uzasadniony. Nie wolno ich dokonywać według dowolnie ustalonego kryterium. Po drugie, argumenty te muszą mieć charakter proporcjonalny, a więc waga interesu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów normy, musi pozostawać w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych. Po trzecie, argumenty te muszą pozostawać w jakimś związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmienne traktowanie podmiotów podobnych (...) jedną z takich zasad konstytucyjnych jest zasada sprawiedliwości społecznej” (zob. także wyroki TK z: 4 lutego 1997 r., sygn. P 4/96, OTK ZU nr 1/1997, poz. 3; 24 lutego 1999 r., sygn. SK 4/98, OTK ZU nr 2/1999, poz. 24; 24 kwietnia 2006 r., sygn. P 9/05, OTK ZU nr 4/A/2006, poz. 46).

Zasada równości wobec prawa w przyjętym rozumieniu łączy się z pojęciem sprawiedliwości społecznej, które ma charakter wielopłaszczyznowy i obejmuje zarówno problematykę formalnoprawną, nakazując równe traktowanie podmiotów równych, jak i

zagadnienia prawa materialnego, sprowadzające się do nakazu realizacji i ochrony innych wartości konstytucyjnych (o relacjach między zasadą równości wobec prawa i zasadą sprawiedliwości społecznej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego zob. np., zamiast wielu, wyrok TK z 12 lipca 2012 r., sygn. P 24/10, OTK ZU nr 7/A/2012, poz. 79). Z punktu widzenia kontekstu niniejszego zaskarżenia i argumentów podniesionych przez wnioskodawcę, szczególne znaczenie w sprawie ma ten aspekt zasady sprawiedliwości społecznej, który nawiązuje do zakazu arbitralności regulacji prawnych, ich nieproporcjonalnego charakteru oraz nieuzasadnionego traktowania podmiotów charakteryzujących się daną cechą istotną. W tym sensie zasady równości wobec prawa i sprawiedliwości społecznej w znacznym stopniu nakładają się na siebie i są ze sobą ściśle powiązane (zob. cytowane wcześniej orzeczenie TK z 3 września 1996 r., sygn. K 10/96; w tym kierunku także np. wyroki TK z: 13 grudnia 2007 r., sygn. SK 37/06, OTK ZU nr 11/A/2007, poz. 157; 13 kwietnia 1999 r., sygn. K 36/98, OTK ZU nr 3/1999, poz. 40).

Także art. 64 ust. 2 Konstytucji, który stanowi, że: „Własność, inne prawa majątkowe oraz prawo dziedziczenia podlegają równej dla wszystkich ochronie prawnej”, pozostaje w ścisłym związku z ogólną regulacją równości podmiotów wobec prawa (zob. wyrok TK z 28 października 2003 r., sygn. P 3/03, OTK ZU nr 8/A/2003, poz. 82). Istotą art. 64 ust. 2 Konstytucji jest podkreślenie, że: „(...) ochrona własności i innych praw majątkowych nie może być różnicowana z uwagi na charakter podmiotu danego prawa. (...) Wyalienowanie od elementów podmiotowych ma zapewnić obiektywizację nakazu zapewnienia równej ochrony własności (innych praw majątkowych)” (zob. wyrok TK z 25 lutego 1999 r., sygn. K 23/98, OTK ZU nr 2/1999, poz. 25). Dyrektywę równej ochrony prawnej własności i innych praw majątkowych należy odnosić zarówno do sfery pozytywnych, jak i negatywnych obowiązków ustawodawcy, związanych z realizacją norm art. 21 ust. 1 i art. 64 ust. 1 Konstytucji. Gwarancjami konstytucyjnymi są objęte również prawa majątkowe o charakterze obligacyjnym (zob. wyrok TK z 26 lutego 2003 r., sygn. K 30/02, OTK ZU nr 2/A/2003, poz. 16).

11. Zarzut dotyczący kryterium inwestora, który w ramach zamówienia publicznego wyłonił wykonawcę robót budowlanych, oraz wątpliwość, czy ustawodawca może sektorowo wspierać tylko jedną, wybraną dziedzinę gospodarki związaną z zamówieniami publicznymi (czyli budowę dróg publicznych), jest zbyt daleko idący. Trybunał Konstytucyjny nie podzielił w tej mierze poglądu wnioskodawcy. Incydentalny charakter regulacji i jej podstawowy cel, jakim jest przeciwdziałanie negatywnym skutkom tzw. zatorów płatniczych powstałych w związku z budową dróg publicznych (w zasadzie jednej z ich kategorii: dróg krajowych), w ramach zamówień publicznych udzielanych przez GDDKiA, uzasadnia ograniczenie oddziaływania ustawy o spłacie tylko do tego właśnie wyjątkowego problemu społeczno-gospodarczego o znacznych rozmiarach, jak również daje podstawy do zawężenia jej zastosowania do rodzaju inwestora, który w tym wypadku jest jednocześnie i zamawiającym (*ergo* dysponentem – w ramach kompetencji ustawowych – środków ma inwestycje drogowe), i zarządcą dróg (zob. art. 18 ust. 1, art. 19 ust. 2 pkt 1, art. 20 pkt 3 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, Dz. U. z 2013 r. poz. 260, ze zm.; z zastrzeżeniami określonymi w kolejnych przepisach tej ustawy, stanowiących między innymi, że w granicach miast na prawach powiatu zarządcą dróg publicznych, z wyjątkiem autostrad i dróg ekspresowych, jest prezydent miasta). Przyjęcie powyższych rozwiązań mieści się w granicach swobody regulacyjnej ustawodawcy, do którego politycznego uznania należy również decyzja co do potrzeby i celowości interwencji na rynku inwestycji drogowych przez wydanie ustawy.

Znaczenie inwestycji drogowych dla gospodarki narodowej, w tym skutecznego ich realizowania, w swoich orzeczeniach podkreślał dotąd również Trybunał

Konstytucyjny. W wyroku z 6 czerwca 2006 r. (sygn. K 23/05, OTK ZU nr 6/A/2006, poz. 62) stwierdził m.in., że: „Przyspieszenie rozwoju sieci dróg krajowych jest warunkiem nadrobienia zaległości w tym zakresie występujących między Polską a większością krajów europejskich oraz podstawą do długotrwałego rozwoju ekonomicznego i cywilizacyjnego kraju”. Z kolei w wyroku z 16 października 2012 r. (sygn. K 4/10, OTK ZU nr 9/A/2012, poz. 106) zaznaczył, że budowa sieci bezpiecznych dróg w Polsce jest celem publicznym o zasadniczej doniosłości nie tylko dla rozwoju gospodarczego i cywilizacyjnego kraju, ale także dla życia i zdrowia wszystkich obywateli; jest sprawą dobra wspólnego. Stanowisko to pozostaje aktualne. Rozwój i modernizacja infrastruktury drogowej stanowią jeden z priorytetowych celów publicznych, którego osiągnięcie nie byłoby możliwe w sytuacji nagłej zapaści polskiego sektora budownictwa drogowego.

12. Zasadniczy zarzut wnioskodawcy był związany z kryterium uzależniającym spłatę należności podwykonawców od uprzedniego zabezpieczenia zamówienia publicznego przez wykonawcę na podstawie art. 147 p.z.p. i niezwrócenia go zgodnie z art. 151 tej ustawy. Zabezpieczenie to odgrywa główną rolę z punktu widzenia koncepcji całego mechanizmu zaspokajania roszczeń. Z jednej strony jest technicznym parametrem stworzonym na użytek ustawy, wyznaczającym kwotowy limit pomocy finansowej dla podwykonawców (należności są spłacane do wysokości równej kwocie zabezpieczenia ze środków Krajowego Funduszu Drogowego – art. 2 u.s.n.n.p., zob. też art. 5 ust. 4 i art. 9 u.s.n.n.p.), z drugiej zaś – określa fundamentalną przesłankę przesądzącą o nadaniu podwykonawcy uprawnienia do skorzystania z preferencyjnych procedur spłaty jego należności, czyli stanowi kryterium dostępu do określonych dóbr gwarantowanych publicznieprawnie (na mocy ustawy). O ile w pierwszym wypadku kwestia ustalenia maksymalnej kwoty regulowania należności mogłaby być rozwiązana za pomocą różnych metod (w tym również przez wskazanie w ustawie konkretnych szacunkowych kwot, jako wielkości zrelatywizowanych do wysokości zabezpieczeń będących w dyspozycji zamawiającego), a więc z konstytucyjnego punktu widzenia ma znaczenie drugoplanowe, o tyle samo istnienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jako pozytywna przesłanka zaspokojenia roszczeń podwykonawców, niewątpliwie może być osnową wątpliwości na tle konstytucyjnej zasady równej ochrony praw majątkowych. Oba zagadnienia zostały przy tym powiązane ze sobą w ten sposób, że ewentualne wyeliminowanie któregośkolwiek z przepisów będących ich podstawą uniemożliwiłoby stosowanie ustawy o spłacie w ogóle i wymagało interwencji ustawodawcy w celu opracowania całkiem nowej koncepcji regulowania należności (albo brakowałoby normy określającej maksymalną kwotę pomocy ze strony GDDKiA, albo część podwykonawców nie mogłoby uzyskać spłaty należności, bo odpowiedni wykonawcy nie mieliby „kwoty zabezpieczenia” – zob. art. 2 w związku z art. 3 *in fine* u.s.n.n.p.).

W tym stanie rzeczy Trybunał Konstytucyjny stwierdził co następuje. Zabezpieczenie jest rodzajem kaucji przekazywanej przez wykonawcę (jako dłużnika) zamawiającemu (jako wierzycielowi) w celu ewentualnego zabezpieczenia roszczeń, które mogą powstać w związku z zawartą umową. Ustanowienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy wymaga odrębnego porozumienia między zamawiającym i wykonawcą. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, pomimo że przepisy w pewnych okolicznościach wymagają, aby zamawiający żądał od wykonawcy wniesienia zabezpieczenia, to jednak nie jest ono nigdy elementem konstrukcyjnym umowy w sprawie zamówienia publicznego, lecz odrębnym zobowiązaniem o niesamoistnym charakterze (zob. np. J. Jerzykowski, *Komentarz do art. 147 ustawy – Prawo zamówień publicznych*, [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Lex 2012, teza 2). Zgodnie z art. 147 ust. 2 p.z.p., zabezpieczenie

służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania oraz nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ustawowe określenie celu zabezpieczenia wskazuje, że dotyczy ono wszelkiego rodzaju roszczeń zamawiającego w związku z niewykonaniem zobowiązania przez wykonawcę. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy ma przy tym zawsze charakter pieniężny. To, że ustawa przewiduje możliwość wniesienia zabezpieczenia w innych formach niż pieniądź, nie zmienia tej kwalifikacji, gdyż zamawiający w efekcie wniesienia zabezpieczenia w innej formie niż pieniądź i tak uzyskuje roszczenie o świadczenie pieniężne (zapłatę) skierowane odpowiednio do: gwarantów, poręczycieli, zastawców czy też dłużników wekslowych (zob. J. Jerzykowski, dz. cyt., pkt 5). W obowiązującym stanie prawnym obowiązek wniesienia przez wykonawcę zabezpieczenia nie ma źródła w ustawie, lecz w czynności prawnej zamawiającego polegającej na stosownym sformułowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zob. np. art. 36 ust. 1 pkt 15 p.z.p.).

Zarzut niekonstytucyjnego zróżnicowania podwykonawców według irrelevantnego, zdaniem wnioskodawcy, kryterium istnienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, został skierowany w istocie wobec art. 3 u.s.n.n.p. Rozwiązanie to jest funkcjonalnie związane z treścią art. 2 u.s.n.n.p., którego wnioskodawca nie zakwestionował, a zgodnie z którym GDDKiA spłaca należności podwykonawców do wysokości równej kwocie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, o którym mowa w art. 147 p.z.p. Bez wątplenia wyłączenie z zakresu zastosowania ustawy o spłacie sytuacji, w których zamawiający nie zażądał zabezpieczenia należytego wykonania umowy, bądź też zabezpieczenie to zostało zwrócone na podstawie art. 151 p.z.p., ogranicza potencjalne pole jej oddziaływania. Trzeba jednak zwrócić uwagę, że część kontraktów drogowych, na tle których miała miejsce praktyka wstrzymywania wypłat podwykonawcom należności z tytułu wykonanych i odebranych prac, została zawarta w procedurze wszczętej przed wejściem w życie ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591). Zgodnie z art. 147 ust. 3 p.z.p. w brzmieniu obowiązującym przed 22 grudnia 2009 r., zamawiający obligatoryjnie żądał od wykonawcy wniesienia zabezpieczenia, jeżeli:

a) wartość zamówienia na roboty budowlane była równa lub przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p. (aktualnie: 5 mln euro; zob. rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, Dz. U. Nr 282, poz. 1649; poprzednio były to kwoty: 4 845 000 euro – zob. rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, Dz. U. Nr 224, poz. 1795 oraz 5 150 000 euro – zob. rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, Dz. U. Nr 241, poz. 1762);

b) wartość zamówienia na dostawy lub usługi była równa lub przekraczała wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro (z wyjątkiem umów kredytu i pożyczki);

c) umowa miała zostać zawarta na okres dłuższy niż 4 lata, z wyjątkiem umów, o których mowa w art. 142 ust. 4 i art. 143 p.z.p. (tj. umów kredytu i pożyczki, rachunku bankowego i ubezpieczenia zwartych na okres nie dłuższy niż 5 lat, umów o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, zawieranych na czas nieoznaczony umów dostawy wody, gazu i ciepła z właściwej sieci oraz licencji na oprogramowanie komputerowe).

Sposób ustalenia wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego określa art. 150 p.z.p. Zgodnie z tym przepisem, wysokość zabezpieczenia ustala się w stosunku procentowym do ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy, jeżeli w ofercie podano cenę jednostkową lub ceny jednostkowe. Według art. 150 ust. 2 p.z.p., zabezpieczenie ustala się w wysokości od 2% do 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

Ograniczenie zakresu zastosowania ustawy o spłacie według kryterium zabezpieczenia należytego wykonania umowy zostało podyktowane koniecznością poszukiwania mechanizmu prawnego adekwatnie oddającego sytuację Skarbu Państwa, który został zobligowany ustawowo do spełnienia świadczenia pieniężnego zamiast osoby trzeciej, a więc spłaty cudzego długu w celu realizacji interesu publicznego, jakim było przeciwdziałanie tzw. zatorom płatniczym podczas realizacji inwestycji drogowych. Spłata należności podwykonawców znaczy *de facto* dwukrotne spełnienie świadczenia za prace budowlane przez podmiot udzielający zamówienia publicznego, zakładając, że GDDKiA uiścił wynagrodzenie wykonawcom (głównym wykonawcom), a następnie ich podwykonawcom. Do czasu zaspokojenia roszczeń regresowych Skarb Państwa przyjął więc na siebie szczególną odpowiedzialność, która z kolei została opatrzona przez ustawodawcę szeregiem gwarancji i zabezpieczeń prawnych, niezbędnych również ze względu na konstytucyjną powinność dbania o dobro wspólne, w tym o równowagę finansową państwa. Jednym z nich było wyłączenie z zakresu podmiotowego ustawy o spłacie tych należności, które nie miały nominalnego „pokrycia” w zabezpieczeniach należytego wykonania umowy, a więc tych, których późniejsze zaspokajanie – z punktu widzenia wierzyciela publicznego – było obarczone relatywnie wyższym ryzykiem. W warunkach, gdy stan finansów publicznych wyklucza wyasygnowanie specjalnych środków na „akcję kredytowania” spłat należności z szeroko pojętych zasobów budżetowych, ustawodawca – nie chcąc pozostawać bezczynnym – zdecydował się wspomóc podwykonawców w stopniu możliwym w istniejących realiach społeczno-ekonomicznych. W ten sposób Trybunał Konstytucyjny wyjaśnił, dlaczego dostęp do pomocy finansowej na podstawie ustawy o spłacie został powiązany z mającym tylko pośredni związek z jej *ratio legis* warunkiem zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Trybunał Konstytucyjny nie kwestionuje zasadności i trafności wyboru konkretnego środka działania przez ustawodawcę, chyba że potwierdzi jego nieproporcjonalną uciążliwość, nieadekwatność do zamierzonego celu czy inną niewątpliwą wadę konstytucyjną. W tym wypadku, działając w złożonych i nadzwyczajnych okolicznościach faktycznych, które wymagały doraźnych instrumentów, ustawodawca nie wykroczył poza przysługującą mu swobodę regulacyjną.

Zważywszy powyższe uwagi, Trybunał uznał, że art. 3 u.s.n.n.p. jest zgodny z art. 64 ust. 2 w związku z art. 32 ust. 1 oraz z art. 2 Konstytucji.

13. Wątpliwości wnioskodawcy wzbudził podział beneficjentów ustawy o spłacie według kryterium rodzaju podwykonawcy. Ustawodawca przyjął, że do GDDKiA roszczenia mogą zgłaszać jedynie ci przedsiębiorcy, którzy zatrudniają pewną liczbę pracowników i mają określoną wysokość rocznego obrotu netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz operacji finansowych (ustawa ma zastosowanie do podwykonawców będących tzw. mikro-, małymi i średnimi przedsiębiorcami).

Wyróżnienie przedsiębiorców według kryteriów ekonomicznych (średniego zatrudnienia oraz wielkości przychodu) jest znane polskiemu prawu i – co do zasady – może spełniać również funkcje istotne konstytucyjnie. Organy władzy publicznej mają ogólny obowiązek działania na rzecz rozwoju przedsiębiorczości przez tworzenie

korzystnych warunków do podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej, w szczególności wspierania mikro- oraz małych i średnich przedsiębiorców, jako najliczniejszej i szczególnie istotnej grupy podmiotów dla gospodarki narodowej oraz rynku pracy. W tym celu ustawodawca może ustanowić m.in. prawne mechanizmy wyrównywania warunków prowadzenia działalności gospodarczej przez odpowiednią regulację obciążeń publicznoprawnych, finansowanie preferencyjnych programów pomocowych, szkoleń czy doradztwa. Różnicowanie przedsiębiorców według kryterium ekonomicznego ma jednak granice. W szczególności nie powinno prowadzić do arbitralnych przywilejów w stosunku do innych podmiotów prowadzących działalność gospodarczą.

Wnioskodawca trafnie zauważył, że w świetle celów ustawy „rozmiar” podwykonawcy powinien mieć znaczenie drugoplanowe, a wykluczenie z jej zakresu zastosowania dużych przedsiębiorców może okazać się przeciwnie skuteczne także ze względów społecznych i gospodarczych (upadłość dużego przedsiębiorcy może znacznie oddziaływać na rynek pracy i zdolności gospodarcze jego kooperantów). Istotną cechą podwykonawców nie jest bowiem poziom zatrudniania i wysokość obrotów handlowych, ale przede wszystkim sytuacja ekonomiczna, w jakiej znaleźli się za sprawą niezaspokojonych świadczeń pieniężnych za pracę wykonaną w związku z realizacją zamówienia publicznego na budowę dróg publicznych. Inne, pośrednie kryteria ograniczające możliwość zaspokojenia należności mają w tym wypadku znaczenie o tyle, o ile znajdują uzasadnienie w normach konstytucyjnych i są relewantne z perspektywy celu ustawy o spłacie. Wyjaśnienia przedstawicieli Rady Ministrów udzielane w toku prac legislacyjnych w Sejmie i Senacie, przywołane również w pisemnym stanowisku Marszałka Sejmu, z których wynika, że ustanawianie preferencji dla mikro-, małych i średnich przedsiębiorstw jest „często stosowane w systemie prawnym” i opiera się na podobnych założeniach co regulacje „wyrównujące szanse” w prawie konsumenckim („w sensie formalnym mamy do czynienia z równoprawnymi stronami, ale nie ma mowy o równości w sensie ekonomicznym”), oraz że przedsiębiorstwa te mają „mniejsze możliwości właściwego rozeznania ryzyka przy podejmowaniu decyzji gospodarczych” i dysponują słabszą obsługą prawną i doradczą (zob. wypowiedź Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej na posiedzeniu sejmowej Komisji Infrastruktury, Biuletyn z 41. posiedzenia Komisji Infrastruktury w dniu 26 czerwca 2012 r., s. 22), przyjmując nawet, że opisują rzeczywistość obrotu gospodarczego, nie dają podstaw do stworzenia odrębnego kryterium różnicującego te podmioty w relacji do tzw. dużych przedsiębiorców (również profesjonalnych podmiotów obrotu gospodarczego). W tym wypadku chodzi bowiem nie o stosunki prawne występujące między różnego rodzaju kategoriami przedsiębiorców (podmiotami prawa prywatnego) i kształtowanie ich zależności w taki sposób, żeby ograniczać przewagę rynkową czy nieuczciwe praktyki gospodarcze podmiotu „silniejszego”, ale o sposób zgodnego z Konstytucją ukształtowania za pomocą ustawy relacji zachodzącej między przedsiębiorcą, który ubiega się o spłatę należności ze środków Krajowego Funduszu Drogowego, a organem władzy publicznej (GDDKiA), który dysponuje tymi środkami w celu realizacji interesu publicznego, jakim jest ograniczenie tzw. zatorów płatniczych podczas budowy dróg.

Z tych powodów Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że art. 4 pkt 1 u.s.n.n.p. w zakresie, w jakim za przedsiębiorcę uznaje przedsiębiorcę spełniającego wymagania tylko dla mikroprzedsiębiorcy, małego lub średniego przedsiębiorcy, jest niezgodny z art. 64 ust. 2 w związku z art. 32 ust. 1 oraz z art. 2 Konstytucji.

14. Trybunał Konstytucyjny rozważył, jakie znaczenie dla realizacji celu ustawy o spłacie ma wyłączenie z jej zakresu podmiotowego podwykonawców, którzy są dopiero

kolejni w tzw. łańcuchu podwykonawców świadczących usługi, dostawy lub roboty budowlane. Zdaniem wnioskodawcy, ich niezaspokojone należności powstały w związku z tym samym mechanizmem „zatorów płatniczych” podczas budowy dróg, a dodatkowo są to podmioty, które najczęściej faktycznie (rzeczywiście) jako ostatnie w szeregu kontrahentów wykonywały prace w procesie inwestycyjnym. Na tym tle kryterium stopnia powiązania podwykonawcy z wykonawcą w ramach zamówienia publicznego, warunkujące wypłatę należności, zostało przez wnioskodawcę określone jako nietrafne i tworzące niedopuszczalne konstytucyjnie zróżnicowanie podmiotów podobnych.

Problem nieuwzględnienia sytuacji dalszych podwykonawców był sygnalizowany w toku prac parlamentarnych, co spowodowało dodanie do ustawy o spłacie art. 7 ust. 3 u.s.n.n.p., który stanowi: „Jeżeli przedsiębiorca wykonywał prace związane z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane przy pomocy innych podmiotów, do dokumentu, o którym mowa w ust. 1, dołącza oświadczenie, że nie zalega wobec tych podmiotów z zapłatą za zrealizowane i odebrane prace albo że zaliczka, o której mowa w ust. 6, została przekazana na zaspokojenie roszczeń tych podmiotów”. W piśmiennictwie podkreśla się, że przepis ten wymaga, aby pieniądze uzyskane przez przedsiębiorcę z tytułu zaliczki na podstawie art. 6 u.s.n.n.p. były w pierwszej kolejności przeznaczone na zaspokojenie roszczeń podmiotów, za pomocą których wykonywał prace związane z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane. Zaniechanie wykonania tego obowiązku powoduje, że przedsiębiorca nie będzie mógł złożyć oświadczenia określonego w art. 7 ust. 3 u.s.n.n.p., a w konsekwencji będzie musiał zwrócić pobraną zaliczkę. Obowiązek zwrotu zaliczki, w wypadku gdy nie zostanie ona przeznaczona na cel określony w art. 7 ust. 3 u.s.n.n.p., zabezpiecza pośrednio interesy kontrahentów przedsiębiorców, będących najczęściej dalszymi podwykonawcami robót budowlanych (zob. P. Duma, B. Lackoroński, J. Łagowska, dz. cyt., komentarz do art. 7, teza 141). W ten sposób ustawodawca dążył do „udroźnienia” płatności w systemie wielostopniowego podwykonawstwa, nie generując dodatkowych obciążeń dla zamawiającego, oraz nie tworząc nowych kosztów i ryzyka związanego z egzekwowaniem roszczeń regresowych, zwłaszcza od podmiotów znajdujących się w niestabilnej sytuacji finansowej, dla wierzyciela publicznego (GDDKiA). Zamysłem ustanowienia art. 7 ust. 3 u.s.n.n.p. było zatem osiągnięcie tego samego celu, co objęcie zakresem ustawy o spłacie dalszych podwykonawców.

Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że mechanizm prawny uzależniający możliwość skorzystania przez podwykonawcę ze środków Krajowego Funduszu Drogowego od tego, aby wcześniej zaspokoił on roszczenia pieniężne swoich podwykonawców, w zasadniczym stopniu niweluje zarzuty niekonstytucyjności wysunięte przez wnioskodawcę. Dlatego art. 1 ust. 1 u.s.n.n.p. należy uznać za zgodny z art. 64 ust. 2 w związku z art. 32 ust. 1 oraz z art. 2 Konstytucji.

15. Wnioskodawca skierował zarzuty konstytucyjne również wobec art. 5 ust. 3 u.s.n.n.p. Przepis ten normuje elementy procedury spłaty należności. Przewiduje, że po dokonaniu weryfikacji zgłoszenia należności przez podwykonawcę GDDKiA „może ogłosić, a w przypadku gdy zgłoszone należności przekroczą 3% wartości zamówienia publicznego ogłasza, w dzienniku o zasięgu ogólnokrajowym o otwarciu 21-dniowego terminu na dokonywanie zgłoszeń”. Po upływie tego terminu GDDKiA sporządza listę przedsiębiorców spełniających przesłanki ustawowe do otrzymania spłaty należności i zawiadamia podwykonawców o umieszczeniu ich na liście. Wątpliwości wnioskodawcy wzbudziło „arbitralne powiązanie określonych skutków prawnych z granicą 3% wartości zamówienia” oraz zróżnicowanie podwykonawców ze względu na to, czy w danym

wypadku zgłoszone należności będą wyższe niż ustawowy pułap. W powyższym zakresie Trybunał Konstytucyjny nie podzielił argumentacji wnioskodawcy.

Zaskarżony przepis ustanawia jednakowe reguły dostępu do pomocy ze środków Krajowego Funduszu Drogowego dla wszystkich uprawnionych podwykonawców. Prawodawca przesądził – co mieściło się w zakresie jego dopuszczalnej swobody regulacyjnej – że mechanizmy ustawowe zostaną uruchomione obligatoryjnie, jeśli podwykonawcy zgłoszą GDDKiA należności (długi) danego wykonawcy o wartości przekraczającej 3% udzielonego mu zamówienia publicznego. Osiągnięcie tego limitu warunkuje więc, co do zasady, automatyczne stosowanie przepisów ustawy i możliwość zaspokojenia roszczeń podwykonawców. Jednakże w sytuacji, gdy wspomniany limit nie zostanie przekroczony (co oznacza, że długi wykonawcy wobec podwykonawców nie przybrały znacznego rozmiaru), art. 5 ust. 3 u.s.n.n.p. stanowi, że w gestii GDDKiA leży podjęcie decyzji o uruchomieniu procedur ustawowych, co znaczy, że teoretycznie ustawa o spłacie może w ogóle nie zostać zastosowana. Przyjmując takie rozwiązanie, ustawodawca ważył kolidujące ze sobą interesy, których jednocześnie nie można zrealizować w pełni. Nakazują one – z jednej strony – chronić słuszne roszczenia podwykonawców o zapłatę wszystkich należności, niezależnie od ich wysokości, z drugiej natomiast – racje wykonawców, dla których względnie nieznaczne czy wręcz symboliczne zadłużenie w danym momencie nie rozstrzyga jeszcze o trwałej niewypłacalności oraz braku woli regulacji długów (często stanowi konsekwencję ryzyka w obrocie gospodarczym i ma charakter krótkoterminowy), a wpisanie na publicznie dostępną listę dłużników przewidzianą w art. 5 ust. 3 u.s.n.n.p. pośrednio może mieć nieodwracalne, dalekosiężne, negatywne skutki dla renomy, wiarygodności i rentowności przedsiębiorcy. Dlatego ustawodawca zdecydował się wprowadzić próg zadłużenia wykonawcy, jako element determinujący stosowanie ustawy, a zarazem – po przekroczeniu trzyprocentowego wskaźnika albo podjęcia stosownej decyzji przez GDDKiA – przesądził, że będą regulowane wszystkie należności wpisane na listę przedsiębiorców, niezależnie od ich wysokości (bez limitu co do ich wartości, ale niekiedy z redukcjami – zob. art. 5 ust. 4 u.s.n.n.p.). Nie ulega również wątpliwości, że aż do momentu, gdy GDDKiA ogłosi w dzienniku o zasięgu ogólnokrajowym otwarcie 21-dniowego terminu dokonywania zgłoszeń, podwykonawcy mogą zgłaszać swoje roszczenia pieniężne w każdym czasie (zob. P. Duma, B. Lackoroński, J. Łagowska, dz. cyt., komentarz do art. 5, teza 103).

Biorąc zatem pod uwagę zakres zarzutów wnioskodawcy w odniesieniu do art. 5 ust. 3 u.s.n.n.p., należy stwierdzić, że przepis ten jest zgodny z zasadą równości wobec prawa, zwłaszcza z perspektywy równej ochrony praw majątkowych podwykonawców (art. 32 ust. 1 w związku z art. 64 ust. 2 Konstytucji). Nie budzi również zastrzeżeń z perspektywy konstytucyjnej zasady określoności prawa (art. 2 Konstytucji); jego treść jest klarowna, a skutki – choć w niektórych przejawach rygorystyczne – adekwatne do celu i incydentalnego charakteru ustawy o spłacie. Tym bardziej nie można przypisać mu charakterystycznego dla orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego „kwalifikowanego” charakteru niejasności, który warunkuje stwierdzenie niekonstytucyjności danego unormowania (zob., zamiast wielu, wyrok TK z: 3 grudnia 2002 r., sygn. P 13/02, OTK ZU nr 7/A/2002, poz. 90).

16. Ostatnia grupa zarzutów wnioskodawcy koncentruje się na art. 12 u.s.n.n.p. i przewidzianym w nim wyłączeniu z masy upadłości zabezpieczenia należytego wykonania umowy zawartej w ramach zamówienia publicznego (art. 147 p.z.p.), które zostało wniesione w pieniądzu. Przepis ten pomniejsza *ex lege* fundusz masy upadłości dłużnika (wykonawcy) w warunkach, gdy roszczenia majątkowe jego innych wierzycieli,

nieobjętych ustawową procedurą regulowania należności, powstały lub są wręcz wymagalne przed wejściem w życie ustawy o spłacie. Ze względu na preferencyjne potraktowanie przez ustawodawcę Skarbu Państwa (działającego za Skarb Państwa GDDKiA), część wierzycieli wykonawcy będzie mogła zaspokoić swoje roszczenia w niższym stopniu albo na innych, mniej korzystnych warunkach, niż w sytuacji, gdyby zaskarżony przepis nie obowiązywał.

Zgodnie z art. 61 p.u.n., z dniem ogłoszenia upadłości (tj. z dniem wydania postanowienia w sprawie ogłoszenia upadłości) majątek upadłego staje się masą upadłości, która służy zaspokojeniu wierzycieli upadłego. Masa ta podlega szczególnym rygorom zarządu (zob. art. 61 i n. oraz art. 75 i n. p.u.n.); działają wobec niej również mechanizmy stabilizujące, których celem jest zapobieganie dalszemu uszczuplaniu masy (zob. art. 81 oraz art. 91 i n. p.u.n.) albo nawet restytucja skutków czynności prawnych dokonanych z pokrzywdzeniem wierzycieli (zob. art. 127 i n. p.u.n.). Z kolei art. 62 *in principio* p.u.n. stanowi, że w skład masy upadłości wchodzi, co do zasady, cały majątek należący do upadłego w dniu ogłoszenia upadłości oraz nabyty przez niego w toku postępowania upadłościowego. Jak jednak celnie odnotowuje Marszałek Sejmu, reguła ta nie ma charakteru bezwzględnie. Wyjątki od niej przewidują zarówno przepisy prawa upadłościowego i naprawczego (zwłaszcza art. 63, art. 64, art. 65, art. 66, art. 67, art. 425² ust. 1 i 2, art. 442, art. 477, art. 477¹, art. 488 ust. 1 p.u.n.), jak i przepisy szczególne pomieszczone poza tą ustawą. Na przykład można wskazać art. 36 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o listach zastawnych i bankach hipotecznych (Dz. U. z 2003 r. Nr 99, poz. 919, ze zm.) czy art. 165 *in fine* ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (Dz. U. z 2010 r. Nr 34, poz. 189, ze zm.). We wszystkich wymienionych wypadkach ustawodawca, kierując się określonymi względami społecznymi, gospodarczymi lub jureidycznymi, zdecydował o wyłączeniu niektórych składników majątkowych z masy upadłości bądź o utworzeniu odrębnej masy upadłości, z której pierwszeństwo zaspokojenia przysługuje pewnemu, wężej określönemu kręgowi adresatów (beneficjentów). Podobny skutek powoduje także wyłączenie wniesionego w pieniądzu zabezpieczenia należytego wykonania umowy (właściwie przedmiotu takiego zabezpieczenia, czyli określönnej sumy pieniężnej) z masy upadłości wykonawcy na podstawie art. 12 u.s.n.n.p.

Trybunał Konstytucyjny przypomniał, że z art. 2 Konstytucji wynika kierunkowy zakaz retroakcji funkcjonalnie powiązany z zasadą ochrony zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa (zob. np. wyroki TK z: 24 października 2000 r., sygn. K 12/00, OTK ZU nr 7/2000, poz. 255; 9 czerwca 2003 r., sygn. SK 12/03, OTK ZU nr 6/A/2003, poz. 51; 10 grudnia 2007 r., sygn. P 43/07, OTK ZU nr 11/A/2007, poz. 155; 13 listopada 2012 r., sygn. K 2/12, OTK ZU nr 10/A/2012, poz. 121). W tej sprawie nie wystąpiły okoliczności, które uzasadniałyby odstępnie od tych reguł. Wprawdzie nie można przekonująco utrzymywać, że z ogłoszeniem upadłości powstaje odrębne uprawnienie wierzycieli do zaspokojenia ich wierzytelności z masy upadłości w określönym stopniu, to jednak nie można też zaprzeczyć, że *de lege lata* art. 12 u.s.n.n.p. przewiduje mechanizm zmiany wielkości masy upadłości z mocą wsteczną potencjalnie na niekorzyść wierzycieli upadłego przedsiębiorcy innych niż GDDKiA (zob. art. 14 w związku art. 5 ust. 1 pkt 2 *in principio* u.s.n.n.p.). Dotyczy to przede wszystkim sytuacji, gdy masa upadłości została ukształtowana jeszcze przed wejściem w życie ustawy o spłacie, a mimo to na podstawie zaskarżönego przepisu zostanie uszczuplona o zabezpieczenie należytego wykonania umowy wniesione w pieniądzu. Dlatego Trybunał Konstytucyjny uznał, że art. 12 u.s.n.n.p. w zakresie, w jakim dotyczy wykonawcy, wobec którego ogłoszono upadłość przed wejściem w życie ustawy, jest niezgodny z art. 2 Konstytucji.

17. Trybunał Konstytucyjny uznał, że zakres podmiotowy art. 4 pkt 1 u.s.n.n.p. został ukształtowany niewłaściwie, ponieważ ustawodawca nie uwzględnił w nim wszystkich podmiotów podobnych, które – zgodnie z konstytucyjnymi zasadami równości wobec prawa i sprawiedliwości społecznej – powinny być traktowane jednakowo. Taka formuła orzeczenia Trybunału nie tworzy odrębnej podstawy dochodzenia roszczeń o spłatę niezaspokojonych należności przez tzw. dużych przedsiębiorców od GDDKiA (podwykonawców nieobjętych zakresem art. 4 pkt 1 u.s.n.n.p.), ani nie uzasadnia ewentualnego wznawiania bądź unieważniania toczących się postępowań przewidzianych w ustawie o spłacie. Przeciwno takiemu skutkowi przemawiają m.in. – po pierwsze – incydentalny charakter ustawy o spłacie, która ma zastosowanie tylko do stanów faktycznych określonych w jej art. 3 i nie przewiduje żadnych procedur „sanacyjnych” dla podmiotów nieobjętych jej pierwotnym zakresem działania (które mogłyby zostać zainicjowane po wydaniu orzeczenia Trybunału o niezgodności przepisu). Po drugie zaś, wyrok Trybunału nie ma skutku prawotwórczego, a więc samoistnie nie uzupełnia pominięcia prawodawczego w art. 4 pkt 1 u.s.n.n.p. Z tego powodu powinien być on przede wszystkim przedmiotem zainteresowania ustawodawcy, na którym spoczywa obowiązek dostosowania ustawy o spłacie do standardów konstytucyjnych.

Rozstrzygnięcie Trybunału nie wpływa również na możliwość kontynuowania pomocy finansowej dla tych podwykonawców, którzy już uzyskali bądź otrzymują środki pieniężne na podstawie ustawy o spłacie.

Z powyższych względów Trybunał Konstytucyjny orzekł jak w sentencji.