



RZECZPOSPOLITA POLSKA
Rzecznik Praw Obywatelskich

00-090 Warszawa
Al. Solidarności 77

Tel. centr. 551 77 00
Fax 827 64 53

Warszawa, dn. 14 grudnia 2004 r.

36687

RPO-465983-VI/04/BP

Trybunał Konstytucyjny
WARSZAWA

Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich

Na podstawie art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U. z 1997 r. Nr 102, poz. 643 ze zm.) i art. 16 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (tj. Dz.U. z 2001 r. Nr 14, poz. 147)

wnoszę o

stwierdzenie, że ustawa z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlanej (Dz.U. Nr 180, poz. 1758) narusza zasadę wolności działalności gospodarczej wyrażoną w art. 22 Konstytucji RP, a także zasadę równości stron wobec prawa wyrażoną w art. 32 Konstytucji RP oraz zasadę państwa prawnego (art. 2 Konstytucji RP) przez naruszenie zasady poprawnej legislacji

Uzasadnienie

O złożenie wniosku do Trybunału Konstytucyjnego wystąpił do Rzecznika Praw Obywatelskich Polski Związek Firm Deweloperskich.

Rzecznik Praw Obywatelskich uznał za zasadne zaskarżenie ustawy w całości, gdyż postanowienia zawarte w artykułach od 1 do 5 są ze sobą ściśle powiązane i naruszając zasadę wolności działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji RP) oraz zasadę równości wobec prawa (art. 32 ust. 1 Konstytucji RP) - bronią interesów tylko jednej grupy podmiotów gospodarczych. Wprawdzie art. 6 stanowi, iż wykonywanie

uprawnień przewidzianych przepisami niniejszej ustawy nie narusza przepisów Kodeksu cywilnego o wykonaniu zobowiązań i skutków ich niewykonania, lecz przepis ten należy traktować jedynie jako deklarację, albowiem postanowienia zaskarżonej ustawy odchodzą od koncepcji umów o roboty budowlane, przyjętej w Kodeksie cywilnym.

I. Ustawa z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane (Dz.U. z 2003 r. nr 180, poz. 1758) jest realizacją złożonego przez grupę posłów na Sejm RP projektu ustawy o gwarancjach płatności budowlanych (Druk Sejmu Nr 452) przyjętej przez Sejm RP mimo sprzeciwu Rządu RP oraz negatywnej opinii Senatu RP.

W uzasadnieniu projektu ustawy o gwarancji płatności budowlanych zgłaszający projekt wywodzili, że „celem ustawy jest wyeliminowanie nieuczciwych praktyk występujących na rynku usług budowlanych, polegających na powszechnym i permanentnym uchylaniu się od terminowego regulowania płatności za wykonane usługi. Praktyki te powodują narastanie zjawiska tzw. zatorów płatniczych, które uniemożliwiają prawidłowe funkcjonowanie przedsiębiorstw budowlanych, prowadząc do utraty ich płynności finansowej. Zjawisko to jest szczególnie groźne dla małych i średnich przedsiębiorstw, które nie dysponują wystarczającym kapitałem, umożliwiającym „kredytowanie nieuczciwego kontrahenta”.

Zdaniem Autorów zwłoka płatnicza inwestora oznacza często widmo bankructwa przedsiębiorcy budowlanego, a ochrona wykonawców budowlanych przewidziana przez obowiązujące przepisy okazuje się w obecnych warunkach społeczno-gospodarczych niewystarczająca.

Z ekonomicznego punktu widzenia wysokość odsetek ustawowych w zestawieniu z ceną kredytu nie zniechęca do pozostawiania w zwłoce. Z uwagi na niezbędne dla uzyskania kredytu przedstawienie odpowiedniego zabezpieczenia spłaty - zwłoka okazuje się niekiedy korzystniejsza od kredytu. Dlatego koniecznym działaniem uzupełniającym dla niniejszego projektu ustawy jest „podniesienie nominalnej stopy odsetek ustawowych”, bądź też określenie ich w sposób relatywny, w odpowiedniej wysokości ruchomej, np. wyższej o kilka punktów procentowych od stopy dyskonta. To ostatnie, niewątpliwie bardziej nowoczesne i elastyczniejsze rozwiązanie znajduje aktualnie powszechne zastosowanie w krajach Unii Europejskiej”.

Treść oskarżonej ustawy nie realizuje jednakże tego poglądu prezentowanego w uzasadnieniu.

W dalszej części uzasadnienie wywodzi, że „przysługujące wykonawcy w obowiązującym stanie prawnym roszczenie o zapłatę zaległych należności może być zrealizowane jedynie na drodze sądowej. Doprowadzenie do egzekucji z majątku dłużnika wiąże się z niewspółmiernym nakładem środków i czasu, a ponadto okazuje się w praktyce mało skuteczne. Zmusza to przedsiębiorców budowlanych do zawierania porozumień z nieuczciwymi kontrahentami, w których rezygnują z części należnego im wynagrodzenia w zamian za bezzwłoczne uiszczenie reszty. Tego typu sytuacje świadczą

o zaburzeniu podstawowej przesłanki właściwego funkcjonowania prawa cywilnego, jaką jest równorzędność stron stosunku prawnego. W porównaniu do surowej odpowiedzialności za jakość wykonanej usługi lub dzieła, odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia pozostaje iluzoryczna. Z uwagi na przyjętą zasadę zapłaty po wykonaniu dzieła lub usługi pozycja zamawiającego jest silniejsza, ponieważ do końca wykonania umowy, wraz z ewentualnymi poprawkami, dysponuje on wystarczającym środkiem nacisku na wykonawcę w postaci groźby odmowy uiszczenia wynagrodzenia za nienależyte wykonanie umowy. Tak więc ratio legis jest dostarczenie przedsiębiorcy budowlanemu instrumentu prawnego, który przywracałby naruszoną równowagę stron, a zarazem uniemożliwiałby nadużywanie przez zamawiającego swojej dominującej pozycji przetargowej. W obecnych warunkach gospodarczych przedsiębiorca budowlany nie jest w stanie uzyskać korzystnego dla siebie zabezpieczenia właściwego wykonania umowy przez zamawiającego na etapie negocjacji i zawierania kontraktu. Dlatego uprawnienie do żądania gwarancji budowlanej wprowadza się jako prawo bezwzględnie obowiązujące (*ius cogens*), stanowiące wyjątek od zasady swobody umów, czyli prawo niezależne od woli stron" (cyt. za uzasadnieniem projektu ustawy).

Wprowadzenie ustawowej gwarancji płatności budowlanych ma więc na celu -w zamiarze ustawodawcy - poprawę sytuacji przetargowej wykonawcy i zdjęcie z niego ryzyka niewypłacalności zamawiającego, ale także dostarczenie mu narzędzia ochrony przed nieuczciwymi kontrahentami. Według oceny stopnia ryzyka oraz solidności kontrahenta wykonawca decyduje o chwili żądania i wysokości gwarancji. Możliwość wystąpienia z żądaniem w każdym czasie pozwala wykonawcy pominąć kwestię gwarancji na etapie negocjacji kontraktu i reagować stosownie do okoliczności i swojej woli. Określenie wysokości gwarancji ma umożliwić wykonawcy uzyskanie wystarczającego zabezpieczenia kwoty wynagrodzenia i ewentualnych kosztów związanych z jego dochodzeniem. Z drugiej strony uprawnienie wykonawcy do jednostronnego decydowania o czasie i wysokości gwarancji nie powinno prowadzić do żądań wygórowanych i niczym nieuzasadnionych. Temu ma zapobiec ustanowienie limitu gwarancji oraz obciążenie wykonawcy zwrotem kosztów gwarancji w części, w jakiej otrzymał należne wynagrodzenie.

Ustawodawca zakłada, iż przy obciążeniu kosztami innych zabezpieczeń, jakich zazwyczaj domaga się od wykonawcy zamawiający, perspektywa dodatkowego ponoszenia kosztów gwarancji płatności budowlanych, będzie zapobiegać przedwczesnemu bądź zbędnemu szafowaniu żądaniami gwarancji. Zwrot kosztów w powszechnie przyjętej wysokości ma uniezależnić obciążenie wykonawcy od indywidualnych właściwości bądź działań zamawiającego, mających wpływ na koszty gwarancji. „Egzekucja” obowiązku ustanowienia gwarancji płatności budowlanych pozostaje w rękach wykonawcy. Zaproponowane - jak piszą Posłowie - uregulowania zostały oparte, w pewnej mierze, na rozwiązaniach przyjętych w niedawnej nowelizacji

niemieckiego Kodeksu Cywilnego (BGB). Założenia projektu są ponadto zbieżne z aktualnym kierunkiem prawodawstwa Unii Europejskiej (tj. dyrektywą Rady Unii Europejskiej z dnia 29 czerwca 2000 r. w sprawie zwalczania opóźnionych płatności w obrocie handlowym (2000/30/FC). Poselski projekt ustawy o gwarancji płatności budowlanych - o treści ograniczonej do pierwotnej - w czasie prac Sejmu RP - ujęty został w ustawie o gwarancji zapłaty za roboty budowlane i o tej nazwie ustawę uchwalono w dniu 9 lipca 2003 r.

Od początku procesu legislacyjnego projekt ustawy budził liczne sprzeciwy i zastrzeżenia. Rzecznik Praw Obywatelskich otrzymał wnioski o wystąpienie do Trybunału Konstytucyjnego o uznanie przepisów tej ustawy za naruszające wzorzec Konstytucji RP od Polskiego Związku Firm Deweloperskich.

Związek ten składał wcześniej w tej materii wnioski do Trybunału Konstytucyjnego, jednakże Trybunał postanowieniem z dnia 10 października 2003 r. sygn. Tw 11/03 odmówił nadania biegu sprawie przyjmując, że Związek nie posiada legitymacji do składania wniosków do Trybunału Konstytucyjnego. Również stanowisko Rządu wobec poselskiego projektu ustawy - o gwarancjach płatności budowlanych - przekazane w dniu 8 czerwca 2002 r. Marszałkowi Sejmu RP przez b. Prezesa Rady Ministrów Pana Leszka Millera - było negatywne.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Prezes Rady Ministrów wywodził, że dostrzegając negatywne skutki zjawiska tzw. zatorów płatniczych Rada Ministrów uważa, iż rozwiązanie tego problemu w sposób zaproponowany przez autorów projektu ustawy prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania podmiotów gospodarczych. Projekt ustawy obejmuje bowiem ochroną tylko sektor budowlany, tymczasem aby zadośćuczynić konstytucyjnej zasadzie równości podmiotów należałoby objąć podobną ochroną inwestorów, biorąc pod uwagę, że w licznych przypadkach przedsiębiorstwa budowlane nie przekazują - w terminach umownych - inwestycji, co zwiększa jej koszty, zalegają z usuwaniem wad i usterek, często zaś przerywają roboty budowlane z różnych zresztą powodów. Także inne kategorie usług oraz inne sektory gospodarki powinny być objęte analogiczną ochroną.

Wprowadzenie jednak do powszechnego zastosowania rozwiązań analogicznych do zaproponowanych przez projektodawców ustawy jest nierealne z przyczyn systemowych oraz finansowych. Ponadto rażącym przykładem nierównego traktowania podmiotów jest fakt, że projekt ustawy nie przewiduje równoległej ochrony składania kaucji inwestorowi jako zabezpieczenia przed ryzykiem nierzetelnego wywiązywania się wykonawcy ze zobowiązań umownych.

Także Senat RP - oceniając przyjętą przez Sejm RP ustawę o gwarancji zapłaty za roboty budowlane - uchwałą z dnia 8 sierpnia 2003 r. zaproponował jej odrzucenie.

W uzasadnieniu Senat RP podniósł, że zdając sobie sprawę z istniejących zatorów płatniczych w branży budowlanej i potrzeby rozwiązania problemów w tym

sektorze, Izba oparła swoją decyzję na przekonaniu, iż ustawa o gwarancji zapłaty za roboty budowlane nie uzdrowi sytuacji, bowiem nie wywoła skutków zamierzonych przez jej projektodawców. Z ustawy tej nie będą, zdaniem Senatu, korzystali wykonawcy będący małymi i średnimi przedsiębiorcami, dla których żądanie gwarancji zapłaty w trakcie realizacji umowy mającej za przedmiot roboty budowlane stworzyłoby realne zagrożenie, iż zostaną wyeliminowani z rynku tracąc szansę na kolejne zamówienie. Ustawa, wbrew jej założeniom, promowałaby podmioty najsilniejsze w branży budowlanej, co spowodowałoby wzrost kosztów na rynku usług budowlanych, z jednoczesną korzyścią dla banków udzielających poręczeń i gwarancji. Ponadto prawo żądania gwarancji zapłaty na każdym etapie realizacji umowy, w wyznaczonym przez wykonawcę terminie, mogłoby stać się narzędziem w ręku nierzetelnych wykonawców skierowanym przeciwko zamawiającym, nawet terminowo regulującym zobowiązania.

Senat zwrócił uwagę, iż problemy, którym zaradzić miałyby ustawa o gwarancjach zapłaty za roboty budowlane, dotyczą całej gospodarki, stąd nie jest celowe regulowanie jednego tylko fragmentu rynku, tworzenie szczególnej sytuacji prawnej dla umów mających za przedmiot tylko roboty budowlane. Co więcej, taka szczególna ochrona jednego rodzaju podmiotów obrotu gospodarczego, budzi wątpliwości co do zgodności z konstytucyjną zasadą równości podmiotów wobec prawa. Zastrzeżenia konstytucyjne mogą również, zdaniem Izby, pojawić się na tle zgodności ustawy z zasadą wolności działalności gospodarczej, w związku z ustawową ingerencją w swobodę zawieranych umów w ramach prowadzenia tej działalności.

Senat uznał, iż poprawa sytuacji na rynku usług budowlanych może nastąpić jedynie w przypadku wzrostu popytu na usługi budowlane, a tego uchwalona przez Sejm ustawa nie spowoduje. Ponadto istnieją, zdaniem Izby, instrumenty prawne, które są wystarczające, by uchronić wykonawcę przed nieuczciwym inwestorem.

Problem tkwi w ich szybkim i skutecznym stosowaniu, a nie w tworzeniu specjalnych gwarancji dla wybranych branż, tym bardziej, że od dnia 1 stycznia 2004 r. zacznie obowiązywać ustawa z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz.U. Nr 139, poz. 1323), która jako dotycząca wszystkich uczestników obrotu gospodarczego, w większym stopniu realizuje cel, zakładany przez ustawę odrzuconą przez Senat, a ustawa z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane - traci rację bytu.

II. Niewątpliwie tzw. „zatory płatnicze” są negatywnym zjawiskiem gospodarczym, które było sygnalizowane przez Rzecznika Praw Obywatelskich w jego wystąpieniach. Jednakże wprowadzenie do obrotu prawnego zaskarżonej regulacji o gwarancji zapłaty za roboty budowlane spowodowało zmianę pozycji prawnej podmiotów uczestniczących w tego rodzaju obrocie, prowadzącą do uprzywilejowania jednej strony umowy. Jest to więc ustawa realizująca interesy grupy podmiotów gospodarczych, nie likwidująca natomiast

zatorów w stosunkach finansowo-gospodarczych wszystkich podmiotów uczestniczących w tym obrocie.

Obrót gospodarczy funkcjonuje w oparciu o wzorce określone w Konstytucji RP, a rozwinięte w poszczególnych ustawach. Są to przede wszystkim: zasada gospodarki rynkowej (art. 20 Konstytucji RP) oparta na wolności gospodarczej oraz na zasadzie swobody umów (art. 353¹ K.c.).

Zasada równości wobec prawa (art. 32 Konstytucji RP) stanowi z kolei, że wszyscy są wobec prawa równi. Rozwinięcie tej zasady nastąpiło w art. 6 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2004 r. Nr 173, poz. 1807). Przepis ten stanowi, iż podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa. Odzwierciedleniem powołanych powyżej zasad konstytucyjnych jest treść art. 353¹ Kodeksu cywilnego wyrażająca fundamentalną zasadę swobody (wolności) umów.

Dla stosunków cywilnoprawnych, regulowanych prawem cywilnym, charakterystyczna jest zasada równości (równorzędności) stron, co oznacza, że żadna ze stron, niezależnie od tego, czy jest osobą fizyczną, czy osobą prawną, nie jest podporządkowana drugiej stronie.

Ustawodawca, znosząc w 1990 r. nierówność (uprzywilejowanie) pewnych grup podmiotów stosunków cywilnoprawnych (jednostek gospodarki społecznej), dokonał wewnętrznego zróżnicowania obrotu dokonywanego przez poszczególne podmioty, dzieląc go na profesjonalny i nieprofesjonalny, wyróżniając w tym pierwszym obrót dwustronnie i jednostronnie profesjonalny.

Jak słusznie zauważa prof. Ewa Łętowska (Podstawy prawa cywilnego st. 27 i 28, Wyd. Ecostar 1994) „(...) tak wielkie znaczenie w warunkach gospodarki rynkowej przydaje się regulacji cywilnoprawnej, dającej wiele miejsca swobodzie umów tj. możliwości kształtowania transakcji samych stronom” (...) Prawo cywilne jest oparte na równości stron względem siebie i względem prawa. Równość zaś i brak podległości względem innego obywatela jest jednym z atrybutów demokracji. Prawo cywilne jest prawem „rozsądnego kompromisu” zatem „ustawodawca musi wyważyć proporcje między najczęściej pozostającymi ze sobą w sprzeczności interesami stron”.

Zaskarżona ustawa deformuje obowiązujący system. Narzuca ona postanowienia umowy określonym podmiotom obrotu. W odniesieniu do obrotu profesjonalnego (między przedsiębiorcami), w którym jego uczestnicy sami powinni dbać o właściwe ukształtowanie łączących je stosunków zobowiązaniowych i zabezpieczeń swoich interesów - wykonawcy robót budowlanych nie stanowią - wbrew poglądom prezentowanym w ustawie - jednorodnej grupy uczestników procesów inwestycyjnych. Są wśród nich podmioty bardzo małe (rzemieślnicy), ale także firmy bardzo duże i prężne, specjalizujące się w wykonywaniu specjalistycznych robót. O ile można by zastanawiać się nad potrzebą

ochrony tych pierwszych przed nieuczciwym postępowaniem ich kontrahentów, o tyle szczególna ochrona drugiej grupy nie znajduje uzasadnienia. W stosunku wykonawca - podwykonawca, także wykonawca występuje w roli zamawiającego i nie powinien mieć silniejszej pozycji rynkowej od swojego kontrahenta. Inwestorem (zamawiającym) nie musi być przedsiębiorca, może nim być nieprofesjonalista - konsument (budowa domu mieszkalnego na własne potrzeby). Brak więc podstaw dla usytuowania profesjonalisty w pozycji silniejszego podmiotu. Nie sposób także wskazać ważnych przesłanek uzasadniających szczególną ochronę wykonawców -przedsiębiorców kosztem innych profesjonalistów, a także - co jest rozwiązaniem szczególnie rażącym - kosztem konsumentów.

III. Ustawa z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz.U. Nr 139 poz. 1323) miała stać się remedium na zatory płatnicze we wszystkich dziedzinach gospodarki. Szereg jej przepisów wprowadza ograniczenia swobody umów, takie jak: określenie ustawowych terminów płatności, ustanowienie wysokich odsetek w przypadku opóźnienia w płatności.

Ustawa z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych zastąpiła ustawę z dnia 6 września 2001 r. o terminach zapłaty w obrocie gospodarczym, Dz.U. z 2001 r. Nr 129, poz. 1443. Obie te ustawy były wzorowane na Dyrektywie Wspólnoty Europejskiej o zwalczaniu opóźnień w płatnościach w umowach handlowych z 29 czerwca 2000 r., która weszła w życie dnia 8 sierpnia 2000 r. (Dziennik Urzędowy nr L 200 z dnia 8 sierpnia 2000 r.).

Celem uchwalenia powołanej ustawy, a także poprzedzającej ją ustawy o terminach zapłaty w obrocie gospodarczym było zdyscyplinowanie stron transakcji handlowych w zakresie stosowania krótkich terminów zapłaty po dostarczeniu towarów lub wykonaniu usług, a także w przypadku ustawy o terminach zapłaty w obrocie gospodarczym - ochrona interesów małych przedsiębiorców. Należy jednak zauważyć, że pomimo, iż ustawa nie dotyczy jedynie małych przedsiębiorców, lecz wszystkich przedsiębiorców, to jej przepisy wprowadzają mechanizmy chroniące również interesy tych uczestników obrotu gospodarczego, którym słaba pozycja ekonomiczna utrudnia, a nawet uniemożliwia wynegocjowanie z partnerem warunków umów chroniących w równym stopniu interesy obu stron.

Ustawa o terminach zapłaty w transakcjach handlowych miała być według zamierzenia ustawodawcy regulacją przeciwdziałającą niekorzystnej dla gospodarki, pogłębiającej się skłonności dłużników do zalegania z zapłatą i nadmiernego wydłużania terminów zapłaty w obrocie gospodarczym. Zgodnie z zasadą wolności umów, wyrażoną w przepisie art. 353¹ Kodeksu cywilnego, strony mogą jednak ułożyć treść stosunku prawnego według swojej woli. Zasada ta jednak często jest nadużywana przez podmioty silniejsze ekonomicznie, zastrzegające w umowach długie terminy zapłaty za wzajemne

świadczenie niepieniężne, co powoduje powstanie często trudności finansowych, prowadząc nawet do niewypłacalności ich kontrahentów.

Założeniem tej ustawy było więc stworzenie warunków, aby opóźnienie w zapłacie nie było dla dłużnika atrakcyjnym sposobem finansowania własnej działalności.

Z kolei ustawa o gwarancjach zapłaty za roboty budowlane w założeniach ustawodawcy miała do spełnienia określone w uzasadnieniu cele, jednocześnie mając węższy zakres przedmiotowy i posługując się bardziej radykalnymi instrumentami. Ingeruje ona bowiem w zasadę swobody umów i zasadę wolności gospodarczej.

Z wyrażonej w art. 2 Konstytucji RP zasady państwa prawnego wynika nakaz przestrzegania przez ustawodawcę zasad „poprawnej legislacji”. Nakaz ten jest funkcjonalnie związany z zasadami pewności i bezpieczeństwa prawnego oraz ochrony zaufania do państwa i prawa. Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie podkreślał w swoim orzecznictwie, iż powołane zasady mają szczególnie doniosłe znaczenie w sferze wolności i praw człowieka i obywatela. Dlatego jako naruszenie wymagań konstytucyjnych Trybunał oceniał także niejasne i nieprecyzyjne formułowanie przepisu, które powoduje niepewność jego adresatów co do ich praw i obowiązków. Ustawodawca nie może poprzez niejasne formułowanie tekstu przepisów pozostawiać organom mającym je stosować nadmiernej swobody przy ustalaniu w praktyce zakresu podmiotowego i przedmiotowego ograniczeń konstytucyjnych wolności i praw jednostki. Założenie to można określić ogólnie jako zasadę określoności ustawowej ingerencji w sferę konstytucyjnych wolności i praw jednostki. Kierując się tą zasadą Trybunał Konstytucyjny reprezentuje stanowisko, iż przekroczenie pewnego poziomu niejasności przepisów prawnych stanowić może samoistną przesłankę stwierdzenia ich niezgodności zarówno z przepisem wymagającym regulacji ustawowej określonej dziedziny (np. ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych wolności praw, art. 31 ust. 3 zdanie 1 Konstytucji), jak z wyrażoną w art. 2 Konstytucji zasadą państwa prawnego” (wyrok TK z 30 października 2001 r., K 33/00, OTKZU nr 7/2001, s. 1105).

Zasady te powinny być przestrzegane szczególnie restryktywnie, gdy chodzi o przepisy ograniczające wolności i prawa człowieka i obywatela. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego nakaz „respektowania przez ustawodawcę zasad poprawnej legislacji, stanowiących element zasady demokratycznego państwa prawnego, wynika z faktu, że zasady te obejmują m.in. wymaganie określoności przepisów, które muszą być formułowane w sposób poprawny, precyzyjny i jasny, a standard ten wymagany jest zwłaszcza, gdy chodzi o ochronę praw i wolności” (wyrok z 22 maja 2002 r., K. 6/02 OTK ZU nr 3/A/2002, poz. 33, s. 448).

W konsekwencji za naruszenie zasad państwa prawnego uznać należy „stanowienie przepisów niejasnych, wieloznacznych, które nie pozwalają obywatelowi na przewidzenie konsekwencji prawnych jego zachowań”.

Z kolei art. 22 Konstytucji RP stanowi, iż ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Przepis ten jest uzupełnieniem postanowień zawartych w art. 20 Konstytucji RP, jest bowiem nawiązaniem do wyrażonej tam zasady wolności działalności gospodarczej, obejmującej wolność wyboru rodzaju działalności gospodarczej oraz wolność wykonywania wybranej sfery tej działalności.

Przepis ten zakłada dopuszczalność ograniczenia wolności działalności gospodarczej, lecz jednocześnie formułuje przesłanki, od których spełnienia zależy dopuszczalność zastosowania ograniczenia. Pierwszą z przesłanek jest zastosowanie drogi ustawowej; drugą - to motyw ograniczenia - jest ono dopuszczalne tylko ze względu na ważny interes publiczny. Nie ma żadnych innych uwarunkowań, które by pozwalały wprowadzić tego rodzaju ograniczenia.

Zasada proporcjonalności daje wyraz przekonaniu, że stopień intensywności ingerencji w sytuację prawną jednostki musi znajdować uzasadnienie w randze promowanego w ten sposób interesu publicznego. Innymi słowy, ograniczenie praw jednostki musi być ekwiwalentne wobec celu, któremu służy dana regulacja, musi to więc być ograniczenie racjonalne (tak K. Wojtyczek, *Granice...*, s. 136), por. także M. Wyrzykowski, *Legislacja - demokratyczne państwo prawa.....w pracy zbiorowej*.

Tworzenie prawa w demokratycznym państwie prawnym, wyd. Sejm 1992 r. Zaskarżona regulacja nie jest ani wystarczająca do ochrony wykonawcy przed nieuczciwym inwestorem, ani nie wpłynie korzystnie na rozwój chronionej w ten sposób branży. Może natomiast stać się niebezpiecznym narzędziem w ręku nierzetelnych wykonawców.

Art. 31 ust. 3 Konstytucji RP określa przesłanki ustanowienia ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności. Stanowi on, iż ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanowione tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Właśnie w tej konstytucyjnej reglamentacji zawarta jest istota zasady proporcjonalności.

Zaskarżona ustawa w wyraźny sposób narusza powołane wyżej zasady.

Ustawa o gwarancjach zapłaty na roboty budowlane posługuje się nieprecyzyjnymi pojęciami. Analizując pojęcie „wykonawcy” oraz „zamawiającego” ustawodawca nie wziął pod uwagę, że w złożonych stosunkach inwestycyjnych ten sam podmiot może występować w różnych rolach. Jeżeli więc generalny wykonawca zleca wykonanie pewnych robót podwykonawcy, to staje się on jednocześnie „wykonawcą” i „zamawiającym” w tym samym procesie inwestycyjnym. Ustawa nie daje odpowiedzi na pytanie, czy w takiej sytuacji podwykonawca może żądać gwarancji zapłaty od generalnego wykonawcy, czy też od inwestora. Niejasność przepisów ustawy może tym

samym niekorzystnie wpłynąć na realizację procesów inwestycyjnych, dobór kontrahentów, podział zadań inwestycyjnych, itp.

Pojęcie „gwarancji zapłaty” również nie zostało zdefiniowane w zaskarżonej ustawie w sposób wystarczający. Na podstawie art. 2 ust. 1 ustawy można jedynie wnosić, że dopuszczalne jest posłużenie się gwarancjami zawierającymi szereg skomplikowanych warunków ograniczających możliwość wypłaty na rzecz wykonawcy. Językowa wykładnia tego przepisu stoi jednak w sprzeczności z celami, jakie postawił sobie ustawodawca, uchwalając przedmiotową ustawę.

Art. 4 ust. 4 stanowi, że zwrotu kosztów udzielonych gwarancji dokonuje się w „wysokości powszechnie przyjętej”, nieprzekraczającej 2% gwarantowanej kwoty.

Użycie przez ustawodawcę zwrotu niedookreślonego w tym przepisie jest chybione. Byłoby ono właściwe, gdyby rzeczywiście istniały w obrocie powszechnie przyjęte zasady zwrotu kosztów udzielonych gwarancji. Takich zasad jednak nie wprowadzono, można więc przypuszczać, iż to sformułowanie wywoła komplikacje w obrocie.

IV. Zaskarżona ustawa uprzywilejowuje tylko jedną grupę przedsiębiorców. Wprawdzie są to przedsiębiorcy prowadzący działalność istotną dla gospodarczego rozwoju kraju to jednak brak jest wystarczającego uzasadnienia do wprowadzania tak daleko ingerującej w stosunku gospodarcze regulacji dla jednej grupy przedmiotów gospodarczych.

Zakres przedmiotowy zaskarżonej ustawy wyznaczony jest przez pojęcie robót budowlanych w rozumieniu ustawy prawo budowlane (Dz.U. z 2000 r., nr 106, poz. 1126 z późn. zm.). Jego definiowanie wymaga odwołania się do kilkupoziomowych odesłań zawartych w słowniczku prawa budowlanego. Zgodnie z art. 3 pkt 7 pr. bud. robotami budowlanymi jest budowa oraz prace polegające na montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego, pojęcie roboty budowlane odsyła więc do kryterium „rodzaju czynności” (budowa, montaż, remont, rozbiórka) oraz kryterium przedmiotu czynności (obiekt budowlany). Zgodnie z art. 3 pkt 6 prawa budowlanego budową jest wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowa, rozbudowa, nadbudowa oraz przebudowa obiektu budowlanego. Zgodnie zaś z art. 3 pkt 8 prawa budowlanego remontem jest wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a nie stanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.

Takie określenie zakresu przedmiotowego ustawy sprawia, że znajduje ona zastosowanie niemal do wszystkich umów o usługi budowlane i remontowe. Nie podpadają pod nią jedynie roboty dotyczące tzw. tymczasowych obiektów budowlanych oraz bieżące konserwacje obiektów budowlanych, które nie podpadają pod pojęcie remontu. Powoduje to, że zakres przedmiotowy ustawy jest zbyt szeroki w stosunku do jej

celu. Problem „nadwyżki ryzyka” daje o sobie bowiem znać przede wszystkim w przypadku umów o większej wartości. Wątpliwy jest natomiast sens zastosowania ustawy do umów o drobne roboty remontowe. W tych przypadkach żądanie gwarancji będzie również nieopłacalne z ekonomicznego punktu widzenia. To wolny rynek powinien wymusić na wykonawcach ocenę ryzyka i spowodować, że będą oni decydowali się na żądanie udzielenia gwarancji tylko tam, gdzie ryzyko nieotrzymania zapłaty będzie na tyle istotne, że dążenie do jego zminimalizowania usprawiedliwiłoby ryzyko pogorszenia konkurencyjności, związanej z żądaniem gwarancji zapłaty (tak.T.Spyra, lex/el.2004. Komentarz do art. 2 ustawy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane).

Ustawodawca podjął głęboką interwencję w uprawnienia do swobodnego kształtowania treści umów z jednoczesnym uprzywilejowaniem jednej grupy podmiotów.

Zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane, gwarancji zapłaty za roboty budowlane udziela się w celu zabezpieczenia terminowej zapłaty za wykonanie robót budowlanych. Gwarancją zapłaty jest gwarancja bankowa lub ubezpieczeniowa, a także akredytywa bankowa lub poręczenie bankowe udzielone wykonawcy robót budowlanych na zlecenie zamawiającego wykonanie tych robót (art. 2 ust. 2 ustawy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane).

Art. 3 ust. 1 ustawy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane stanowi natomiast, iż nie można przez czynność prawną wyłączyć ani ograniczyć prawa do żądania gwarancji zapłaty. Ponadto w myśl art. 3 ust. 2 tej ustawy wypowiedzenie umowy spowodowane żądaniem gwarancji zapłaty jest bezskuteczne. Ustawa wprowadza zatem kategoryczny zakaz wyłączenia lub ograniczenia prawa do żądania gwarancji w drodze czynności prawnych. Przewiduje również sankcję bezskuteczności, w przypadku wypowiedzenia umowy przez zamawiającego z powodu żądania udzielenia zabezpieczenia przez wykonawcę. Problem polega jednak na tym, że przepisy Kodeksu cywilnego dotyczące umów o roboty budowlane (art. 647-658) jak też stosowane posiłkowe w tym zakresie na podstawie art. 656 K.c. przepisy dotyczące umowy o dzieło nie znają instytucji „wypowiedzenia” jako prawnej formy zakończenia łączącego strony stosunku prawnego. Przepisy te przewidują możliwość odstąpienia od umowy, co nie jest tożsame z „wypowiedzeniem”.

Zgodnie zaś z art. 4 ust. 1 ustawy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane wykonawca robót budowlanych może w każdym czasie żądać od zamawiającego gwarancji zapłaty do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia, wynikającego z umowy oraz ze zleceń dodatkowych. Udzielenie gwarancji zapłaty nie stoi na przeszkodzie żądaniu dalszych gwarancji do wymienionej wyżej wysokości (art. 4 ust. 2 ustawy). Jeśli wykonawca nie uzyska wystarczającej gwarancji zapłaty w odpowiednim, wyznaczonym przez siebie terminie, uprawniony jest do wstrzymania się od wykonywania robót i oddania obiektu zamawiającemu (art. 5 ust. 1 ustawy). Po wyznaczeniu na piśmie dodatkowego terminu do udzielenia gwarancji zapłaty i jego bezskutecznym upływie

wykonawca uprawniony jest do odstąpienia od umowy z winy zamawiającego (art. 5 ust. 2 ustawy). Ponadto brak wystarczającej gwarancji zapłaty stanowi przeszkodę w wykonywaniu robót budowlanych z przyczyn dotyczących zamawiającego i uprawnia wykonawcę do żądania wynagrodzenia na podstawie art. 639 Kc (art. 5 ust. 3 ustawy).

Treść powołanych przepisów ustawy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane nie pozostawia wątpliwości, że ingerują one w sposób głęboki w zasadę swobody umów. Zasada ta z pewnością jest zasadą o randze ustawowej (art. 353¹ Kc). Wyraża się ona w tym, że treść umownych stosunków prawnych (zwłaszcza zaś stosunków zobowiązaniowych) powinna być ustalana na podstawie woli stron umowy. Strony mogą więc swobodnie kształtować treść umowy, a ustawa znajduje zastosowanie jedynie posiłkowe, jeśli strony nie uregulowały danego zagadnienia w umowie. Tymczasem w niniejszej sprawie doszło do wyłączenia, w określonym zakresie zasady autonomii woli stron umowy, skoro art. 3 ust. 1 ustawy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane nie można przez czynność prawną wyłączyć ani ograniczyć prawa do żądania gwarancji zapłaty.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wskazuje się co prawda, że zasada swobody umów nie została wyrażona w Konstytucji wprost jako zasada konstytucyjna, jednakże Trybunał Konstytucyjny dostrzega znaczenie konstytucyjne tej zasady. W wyroku z dnia 29 kwietnia 2003 r. (sygn. akt SK 24/02, OTK z 2003 r., Nr 4/1, poz. 33) Trybunał stwierdził, że „(...) z art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji w sposób najpełniejszy wynika, że nie wolno nikogo zmuszać do zawarcia umowy lub zakazywać mu zawarcia umowy, ani zmuszać do wyboru określonego kontrahenta, ani narzucać mu jej konkretnych postanowień, o ile przepisy prawa nie stanowią inaczej”.

Ustawodawca nie zdefiniował także pojęcia „gwarancji zapłaty”. Wydaje się więc dopuszczalne posłużenie się przez zamawiających gwarancjami warunkowymi, gwarancjami dokumentowymi, na podstawie których wypłata kwoty gwarancji będzie uzależniona od spełnienia się szeregu skomplikowanych przesłanek.

Realna wydaje się też „wojna na gwarancje” między inwestorami a wykonawcami. Obecnie rynek usług budowlanych jest rynkiem inwestora, co wynika z małego popytu na te usługi. Inwestorzy, zwłaszcza silni, instytucjonalni, żądać będą od wykonawców gwarancji bankowych „dobrego wykonania robót” na kwoty nie mniejsze niż „gwarancja zapłaty”. Będzie to redukować w istotny sposób ochronę wprowadzoną nowym uregulowaniem wywołując zarazem znaczny wzrost kosztów inwestycji i kosztów działalności firm budowlanych.

Skutkiem zaskarżonej regulacji będzie też z pewnością istotne zmniejszenie skali inwestycji. Analizując poszczególne przepisy odnosi się wrażenie, że projektodawcy pozostawali w przekonaniu, iż aby uzyskać gwarancję bankową lub ubezpieczeniową wystarczy złożyć odpowiedni wniosek i uiścić prowizję. Tymczasem doświadczenie pokazuje, że banki i firmy ubezpieczeniowe warunkują udzielenie gwarancji od

ustanowienia wysokich zabezpieczeń majątkowych. Znaczna część większych inwestycji finansowana oparta jest o kredyt. Dla wielu inwestorów bariera dodatkowych zabezpieczeń może okazać się nie do pokonania.

Należy także podnieść, że znaczącymi inwestorami na polskim rynku są państwo oraz samorządy terytorialne. Przy znanych powszechnie problemach budżetowych, a także w perspektywie realizacji inwestycji modernizacyjnych, finansowanych ze środków akcesyjnych można spodziewać się negatywnego oddziaływania w tym zakresie przyjętym w ustawie rozwiązań.

Dlatego też ze względów przedstawionych wyżej złożenie niniejszego wniosku było w pełni uzasadnione.

/-/