

U S T A W A

z dnia

w sprawie spłaty niezaspokojonych należności przedsiębiorców za niektóre prace, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych

Art. 1. 1. Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad spłaca niezaspokojone przez wykonawcę należności główne 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, zwane dalej „należnościami”.

2. Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, zwany dalej „Generalnym Dyrektorem”, spłaca należności do wysokości równej kwocie zabezpieczenia, o którym mowa w art. 147 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.¹⁾) – ze środków pochodzących z Krajowego Funduszu Drogowego.

3. 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 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623, z późn. zm.²⁾), wszczętych lub udzielonych przez Generalnego Dyrektora 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.

Art. 2. 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.³⁾) 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.⁴⁾) spełniającego wymagania dla mikroprzedsiębiorcy, małego lub średniego przedsiębiorcy, który zawarł umowę z wykonawcą udzielonego zamówienia publicznego;

- 2) wykonawca – wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych oraz każdy z podmiotów, które wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane.

Art. 3. 1. Przedsiębiorca może zgłosić Generalnemu Dyrektorowi należność, która przysługuje mu od wykonawcy:

- 1) który zalega z zapłatą za zrealizowane i odebrane prace co najmniej 30 dni albo
- 2) 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 2009 r. Nr 175, poz. 1361, z późn. zm.⁵⁾).

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

- 1) kopię przedłożonego wykonawcy wezwania do zapłaty należności, którego termin upłynął bezskutecznie, oraz
- 2) kopię pozwu wniesionego przeciwko wykonawcy o zapłatę należności albo kopię zgłoszenia wierzytelności w postępowaniu upadłościowym, oraz
- 3) kopię umowy zawartej między wykonawcą a przedsiębiorcą.

3. Po dokonaniu weryfikacji zgłoszenia, o którym mowa w ust. 1, Generalny Dyrektor może ogłosić, a w przypadku gdy zgłoszone należności przekroczą 3% wartości zamówienia publicznego ogłasza, w dzienniku o zasięgu ogólnokrajowym o otwarciu dwumiesięcznego terminu na dokonywanie zgłoszeń. Po upływie tego terminu Generalny Dyrektor sporządza listę przedsiębiorców spełniających warunki, o których mowa w ust. 2 i 7, i zawiadamia przedsiębiorców o umieszczeniu ich na liście.

4. W przypadku gdy kwota określona w art. 1 ust. 2 nie wystarcza na zaspokojenie wszystkich należności umieszczonych na liście, o której mowa w ust. 3, kwoty, w jakiej należności te mogą być zaspokojone, są ustalane proporcjonalnie do wysokości każdej z nich.

5. Przedsiębiorcom umieszczonym na liście, o której mowa w ust. 3, na poczet należności jest wypłacana zaliczka, niezwłocznie po doręczeniu przez nich:

1) dokumentu uprawdopodobniającego należność co najmniej nieprawomocnym nakazem zapłaty wydanym w postępowaniu nakazowym albo

2) spisu wierzycieli, o którym mowa w art. 23 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze, obejmującego należność

– w wysokości nie większej jednak niż 50% kwoty ustalonej zgodnie z ust. 4.

6. Kwota należności ustalona zgodnie z ust. 4, pomniejszona o kwotę zaliczki, jest wypłacana po przedstawieniu przez przedsiębiorcę dokumentów potwierdzających, że należność jest:

1) stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu albo

2) objęta ugodą zawartą przed sądem w sprawie między przedsiębiorcą i wykonawcą, opatrzoną klauzulą wykonalności, albo

3) umieszczona na zatwierdzonej przez sędziego komisarza liście wierzytelności albo uzupełniającej liście wierzytelności.

7. Do dokumentów, o których mowa w ust. 2, 5 i 6, przedsiębiorca dołącza oświadczenie, iż należności wymienione w tych dokumentach wynikają ze zrealizowanych i odebranych prac związanych z realizacją zamówienia publicznego oraz że nie są objęte gwarancją udzieloną przez wykonawcę lub nie zostały zaspokojone na podstawie innych przepisów. Oświadczenie składa się pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań. Składający oświadczenie jest obowiązany do zawarcia w nim klauzuli następującej treści: „Jestem świadomy odpowiedzialności karnej za złożenie nieprawdziwego oświadczenia.”. Klauzula ta zastępuje pouczenie o odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań.

W przypadku przedsiębiorcy będącego osobą prawną, oświadczenie składa osoba uprawniona do reprezentowania takiego przedsiębiorcy.

8. W przypadku gdy kwota należności umieszczonych na liście, o której mowa w ust. 3, jest mniejsza niż kwota zabezpieczenia, o którym mowa w art. 147 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, Generalny Dyrektor może ponownie sporządzić listę przedsiębiorców, o której mowa w ust. 3. Przepisy ust. 1 – 7 stosuje się.

9. Niezaspokojone należności podlegają zaspokojeniu z majątku wykonawcy. W przypadku ogłoszenia upadłości wykonawcy Generalny Dyrektor zawiadamia sędziego komisarza o przedsiębiorcach, którym wypłacono należności, oraz o ich wysokości.

Art. 4. 1. Generalnemu Dyrektorowi przysługuje wobec wykonawcy roszczenie o zwrot środków wypłaconych na podstawie ustawy.

2. Generalnemu Dyrektorowi przysługuje wobec przedsiębiorcy roszczenie o zwrot zaliczki, o której mowa w art. 3 ust. 5, w przypadku gdy należność nie została potwierdzona dokumentami określonymi w art. 3 ust. 6.

3. Kwoty odzyskane zgodnie z ust. 1 i 2 Generalny Dyrektor przekazuje niezwłocznie na rachunek Krajowego Funduszu Drogowego.

Art. 5. 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.

Art. 6. 1. W zakresie niezbędnym do przeznaczania, zgodnie z art. 1 ust. 2, środków Krajowego Funduszu Drogowego na spłaty należności oraz w zakresie niezbędnym do przekazywania, zgodnie z art. 4 ust. 3, odzyskanych kwot, Bank Gospodarstwa Krajowego opracuje projekt zmiany planu finansowego Krajowego Funduszu Drogowego, o którym mowa w art. 39n ust. 1 ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym (Dz. U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2571, z późn. zm.⁶⁾), na rok 2012, w terminie 14 dni od dnia wejścia w życie ustawy.

2. Projekt zmiany planu, o którym mowa w ust. 1, podlega, w terminie 30 dni od dnia wejścia w życie ustawy:

- 1) uzgodnieniu z:
 - a) ministrem właściwym do spraw transportu,
 - b) ministrem właściwym do spraw finansów publicznych w zakresie finansowym;
- 2) zaopiniowaniu przez ministra właściwego do spraw rozwoju regionalnego w zakresie środków przeznaczonych na realizację inwestycji finansowanych z programów operacyjnych ujętych w wykazie, o którym mowa w art. 122 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240, z późn. zm.⁷⁾).

3. Przepis art. 39n ust. 5 ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym stosuje się odpowiednio.

Art. 7. Przepisy art. 3 ust. 1 stosuje się także do wykonawców, w stosunku do których przesłanki określone w tym przepisie nastąpiły przed dniem wejścia w życie ustawy.

Art. 8. Ustawa wchodzi w życie z dniem ogłoszenia.

¹⁾ Zmiany tekstu jednolitego wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 2010 r. Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429.

²⁾ Zmiany tekstu jednolitego wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 2011 r. Nr 32, poz. 159, Nr 45, poz. 235, Nr 135, poz. 789, Nr 142, poz. 829, Nr 185, poz. 1092 i Nr 232, poz. 1377 oraz z 2012 r. poz. 472.

³⁾ Zmiany tekstu jednolitego wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 2010 r. Nr 239, poz. 1593 oraz z 2011 r. Nr 85, poz. 459, Nr 106, poz. 622, Nr 112, poz. 654, Nr 120, poz. 690, Nr 131, poz. 764, Nr 132, poz. 766, Nr 153, poz. 902, Nr 163, poz. 981, Nr 171, poz. 1016, Nr 199, poz. 1175, Nr 204, poz. 1195 i Nr 232, poz. 1378.

⁴⁾ Zmiany wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 2011 r. Nr 112, poz. 654, Nr 227, poz. 1367 i Nr 228, poz. 1368.

-
- ⁵⁾ Zmiany tekstu jednolitego wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 2010 r. Nr 155, poz. 1037, Nr 230, poz. 1509 i Nr 257, poz. 1724, z 2011 r. Nr 85, poz. 458, Nr 106, poz. 622, Nr 138, poz. 810, Nr 142, poz. 828, Nr 199, poz. 1175, Nr 205, poz. 1210, Nr 232, poz. 1377 i Nr 234, poz. 1391 oraz z 2012 r. poz. 173.
- ⁶⁾ Zmiany tekstu jednolitego wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 2004 r. Nr 273, poz. 2703, z 2005 r. Nr 155, poz. 1297 i Nr 172, poz. 1440, z 2006 r. Nr 12, poz. 61, z 2007 r. Nr 23, poz. 136 i Nr 99, poz. 666, z 2008 r. Nr 218, poz. 1391, z 2009 r. Nr 3, poz. 11, Nr 19, poz. 101, Nr 86, poz. 720, Nr 115, poz. 966, Nr 143, poz. 1164, Nr 157, poz. 1241 i Nr 223, poz. 1776 oraz z 2011 r. Nr 222, poz. 1321 i Nr 234, poz. 1387.
- ⁷⁾ Zmiany wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 2010 r. Nr 28, poz. 146, Nr 96, poz. 620, Nr 123, poz. 835, Nr 152, poz. 1020, Nr 238, poz. 1578 i Nr 257, poz. 1726 oraz z 2011 r. Nr 185, poz. 1092, Nr 201, poz. 1183, Nr 234, poz. 1386, Nr 240, poz. 1429 i Nr 291, poz. 1707.

UZASADNIENIE

Obowiązujące przepisy prawa w sposób niewystarczający chronią interesy przedsiębiorców w kontraktach na roboty budowlane realizowane w ramach zamówień publicznych.

Charakterystyczny dla inwestycji realizowanych przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad (GDDKiA) na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych jest fakt, iż konieczne jest poleganie na wiedzy, doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów niż wykonawca. Podmiot, który udostępnia swój potencjał, nie jest związany stosunkiem prawnym z zamawiającym – nie ma statusu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast budowa dróg publicznych to często kosztowne i skomplikowane inwestycje, których realizacja wymaga zaangażowania wielu podmiotów prowadzących działalność gospodarczą nie tylko z zakresu wykonywania robót budowlanych lecz również dostaw materiałów budowlanych, świadczenia usług i wszelkich innych czynności niezbędnych do realizacji zamówienia publicznego, w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, którego przedmiotem są roboty budowlane w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane.

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 działającej 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.

Budowa dróg jako jeden z celów publicznych ma fundamentalne znaczenie dla rozwoju kraju zarówno pod względem ekonomicznym, jak również ze względu na konieczność zapewniania społeczeństwu godnych warunków komunikacyjnych. Pomimo działań na rzecz stworzenia w Polsce bardziej 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. Na przestrzeni dziesięciu lat udział transportu samochodowego w przewozach towarów wzrósł trzykrotnie pomimo faktu, iż w tym samym okresie czasu rozwój infrastruktury

drogowej był znacznie wolniejszy. Przewiduje się, że do 2020 roku przewozy ładunków transportem drogowym będą wzrastać o 1,6 – 2,1% rocznie, a zapotrzebowanie na przewozy samochodowe ładunków polskiego handlu zagranicznego wzrośnie o 150 – 190%. Należy więc oczekiwać dalszej silnej presji na mocno już wyeksploatowaną i niedoinwestowaną sieć drogową w Polsce. Dostępność komunikacyjna Polski kształtuje się na poziomie 75% średniej dla UE-27. 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.

Mając na uwadze powyższe, proponowana regulacja ma na celu zapobieganie negatywnym skutkom finansowym niezrealizowania przez generalnego wykonawcę płatności na rzecz podwykonawców, szkodliwym nie tylko dla podwykonawców, ale także dla gospodarki kraju.

Realizacja zamówienia publicznego nie powinna odbywać się kosztem małych i średnich przedsiębiorców, których słabsza pozycja na rynku jest niejednokrotnie wykorzystywana przez ich kontrahentów.

Projektowana regulacja dotyczyć będzie wszczętych przez GDDKiA postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz udzielonych zamówień publicznych na roboty budowlane przed dniem wejścia w życie projektowanej ustawy oraz o ile GDDKiA nadal dysponuje zabezpieczeniem, o którym mowa w art. 147 ustawy – Prawo zamówień publicznych. W odniesieniu do przedsiębiorców projektowana ustawa obejmie tych, którzy wykonali prace związane z realizacją tego zamówienia na podstawie umowy zawartej z wykonawcą i nie otrzymali od tego wykonawcy należnego wynagrodzenia. Ustawa nie zawiera katalogu umów jakie wykonawca może zawierać z przedsiębiorcami, uczestniczącymi w procesie realizacji zamówienia publicznego, w związku z tym uznaje się, iż ustawa dotyczyć będzie m.in. umów na roboty budowlane, dostawy wszelkiego rodzaju materiałów a także świadczenia wszelkich usług, które są związane z realizacją danego zamówienia publicznego.

Projekt uwzględnia zatem fakt, iż zamawiającego nie łączy z podwykonawcami stosunek prawny, a więc nie ma on możliwości bezpośredniego ukształtowania stosunków umownych z podwykonawcą i realizowania wynikających z nich zobowiązań.

Wobec powyższego ustawa ma na celu umożliwienie dokonania spłaty niezaspokojonych należności przedsiębiorców za niektóre prace, wynikające z realizacji wszczętych lub udzielonych przez GDDKiA zamówień publicznych. Rozwiązanie zastosowane w ustawie zapewni przedsiębiorcom, których prace zostały wykonane i odebrane, możliwość uzyskania należności nawet w sytuacji, gdy wykonawca będzie unikał dokonania płatności bądź zostanie postawiony w stan upadłości. Projekt ustawy określa warunki spłaty niezaspokojonych należności wskazanych w ustawie przedsiębiorców.

Projekt w art. 1 przewiduje, iż GDDKiA spłaca niezaspokojone przez wykonawcę należności główne przedsiębiorców, którzy zawarli umowę z wykonawcą w związku z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane udzielonego przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad (Generalnego Dyrektora), za zrealizowane i odebrane prace. Generalny Dyrektor spłaca należności do wysokości równej kwocie zabezpieczenia, o którym mowa w art. 147 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) – ze środków pochodzących z Krajowego Funduszu Drogowego. Przepis ten będzie stanowił podstawę do uwzględnienia środków na ten cel w kolejnych planach finansowych Krajowego Funduszu Drogowego. Na podstawie tego przepisu Krajowy Fundusz Drogowy będzie uprawniony do finansowania tego rodzaju wypłat i zabezpieczenia środków na ten cel.

Przepisy ustawy znajdują zastosowanie wobec zamówień publicznych w rozumieniu ustawy – Prawo zamówień publicznych, wszczętych lub udzielonych przez Generalnego Dyrektora przed dniem wejścia w życie ustawy, o ile zabezpieczenie, o którym mowa w art. 147 ustawy – Prawo zamówień publicznych nie zostało zwrócone wykonawcy zgodnie z art. 151 tej ustawy. W praktyce oznacza to, że należności przedsiębiorców będą wypłacane ze środków pochodzących z Krajowego Funduszu Drogowego do wysokości nieprzekraczającej kwoty zabezpieczenia,

o którym mowa w art. 147 ustawy – Prawo zamówień publicznych, jeśli zabezpieczenie to nie zostało jeszcze zwrócone wykonawcy.

Projekt ustawy w art. 2 definiuje pojęcia, którymi posługuje się ustawodawca.

Projekt ustawy definiuje pojęcie przedsiębiorcy wskazując, iż oznacza ono 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. Przywołane przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej definiują pojęcie mikroprzedsiębiorcy, małego oraz średniego przedsiębiorcy wskazując, iż zakwalifikowanie przedsiębiorcy do jednej z opisanych kategorii jest uzależnione od kryterium liczby zatrudnianych przez niego pracowników oraz osiągniętego rocznego obrotu netto. Za średniego przedsiębiorcę uważa się przedsiębiorcę, który w co najmniej jednym z dwóch ostatnich lat obrotowych zatrudniał średniorocznie mniej niż 250 pracowników. Należy zatem wskazać, iż projekt będzie dotyczył tych przedsiębiorców, którzy zatrudniają mniej niż 250 pracowników średniorocznie a więc również przedsiębiorców w rozumieniu art. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej czyli osoby fizyczne, osoby prawne i jednostki organizacyjne niebędące osobą prawną, którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonujące we własnym imieniu działalność gospodarczą bądź wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej, zatrudniających choćby jednego pracownika.

Wskazani powyżej przedsiębiorcy będą objęci ochroną, o której mowa w projekcie, jeśli zawrą umowę z wykonawcą udzielonego zamówienia publicznego.

Omawianą definicję stworzono na potrzeby niniejszego projektu ustawy w celu objęcia zakresem działania projektu nie tylko przedsiębiorców realizujących prace budowlane lecz również innych przedsiębiorców, którzy zawierają umowy w związku z realizacją zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane.

Należy zauważyć, iż w art. 647¹ § 5 ustawy Kodeksu cywilnego stanowiącym, iż „Zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną

odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę.” używane jest pojęcie podwykonawcy. Umowami o podwykonawstwo w rozumieniu art. 647¹ § 5 k.c. nie są umowy zawierane przez wykonawcę z dostawcą maszyn i urządzeń potrzebnych do wykonania robót budowlanych, jak też umowy zawierane przez wykonawcę z dostawcą materiałów budowlanych.

Natomiast w omawianym projekcie wprowadzono mechanizm ochrony obejmujący szerszy krąg podmiotowy niż ten, który wynika z ww. art. 647¹ § 5 ustawy – Kodeks cywilny. W celu uniknięcia wątpliwości interpretacyjnych posłużono się nowym pojęciem, które obejmować będzie nie tylko podwykonawców robót budowlanych lecz również dostawców maszyn i urządzeń potrzebnych do wykonania robót budowlanych a także innych przedsiębiorców, którzy spełniać będą kryteria wskazane w ustawie a więc zawrą umowę z wykonawcą (generalnym wykonawcą) a wykonywane przez nich prace będą miały związek z realizacją zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane.

Proponowane rozwiązania legislacyjne polegające na umożliwieniu przedsiębiorcy, który zawarł umowę z wykonawcą w związku z realizacją zamówienia publicznego, uzyskania spłaty ze środków Krajowego Funduszu Drogowego niezaspokojonych przez wykonawcę należności głównych nie stanowi pomocy publicznej, która podlegałaby notyfikacji Komisji Europejskiej. W tym względzie należy wskazać, że spłata należności dla przedsiębiorców odnosi się wyłącznie do zrealizowanych i odebranych prac, a więc dotyczy należności, co do których przedsiębiorcy nabyli już roszczenie, a które pośrednio pochodzą ze środków publicznych (przekazanych bezpośrednio wykonawcy i które powinny być przekazane przedsiębiorcom z tytułu zrealizowania i oddania prac). Ponadto, zgodnie z art. 4 ust. 1 projektu ustawy, Generalnemu Dyrektorowi przysługuje wobec wykonawcy roszczenie o zwrot środków wypłaconych na podstawie projektowanej ustawy. Z tego powodu należy uznać, że poprzez powyższe uprawnienie Generalnego Dyrektora nie jest przewidziane uszczuplenie środków publicznych. W związku z powyższym nie ma transferu środków publicznych do przedsiębiorców.

Pojęcie wykonawcy, którym w projekcie posługuje się ustawodawca oznacza wykonawcę oraz każdego z wykonawców, którzy w oparciu o art. 23 ustawy – Prawo zamówień publicznych mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem w przypadku zawarcia umowy z konsorcjum, każdy

z konsorcjantów realizujących zamówienie publiczne traktowany jest jak wykonawca w rozumieniu niniejszej ustawy.

Art. 3 projektowanej ustawy stanowi, że w przypadku niezrealizowania przez wykonawcę wypłat należności przedsiębiorcom za zrealizowane i odebrane prace wykonawcze, przedsiębiorca ma prawo do pisemnego zgłoszenia GDDKiA tego faktu. Ustawa określa zatem przesłanki, które muszą zaistnieć aby przedsiębiorca był uprawniony do zgłoszenia tego faktu GDDKiA, wskazując iż wykonawca musi zalegać z zapłatą za zrealizowane i odebrane prace co najmniej 30 dni albo w stosunku do wykonawcy ogłoszono upadłość bądź sąd oddalił wniosek o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 13 ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze. Do pisemnego zgłoszenia przedsiębiorca załącza kopię wezwania do zapłaty kierowane do wykonawcy oraz kopię pozwu wniesionego przeciwko wykonawcy o zapłatę należności albo kopię zgłoszenia wierzytelności w postępowaniu upadłościowym stanowiące dowód na to, iż przedsiębiorca podjął kroki w celu wyegzekwowania należności od wykonawcy. Dla udowodnienia, że zgłaszane należności wynikają z danego zamówienia publicznego przedsiębiorca obowiązany będzie także do dołączenia kopii umowy zawartej z wykonawcą.

Po złożeniu takiego wniosku przez przedsiębiorcę GDDKiA będzie obowiązana do jego weryfikacji. W przypadku gdy weryfikacja zakończy się oceną pozytywną, GDDKiA będzie mogła, a w przypadku gdy zgłoszone należności przekroczą 3% wartości zamówienia publicznego będzie obowiązana do ogłoszenia w dzienniku o zasięgu ogólnokrajowym, iż rozpoczął się bieg dwumiesięcznego terminu, w którym pozostali przedsiębiorcy mogą skorzystać z przysługującego im na mocy ustawy uprawnienia i zgłosić fakt, że wykonawca nie wywiązał się wobec nich z zobowiązań. Przedsiębiorcy ci obowiązani są do dołączenia takich samych dokumentów jak przedsiębiorca, który zainicjował proces. Ponadto przedsiębiorcy zobligowani są do dołączenia oświadczenia, iż należności wymienione w ww. dokumentach wynikają ze zrealizowanych i odebranych prac związanych z realizacją zamówienia publicznego oraz, że nie są objęte gwarancją udzieloną przez wykonawcę lub nie zostały zaspokojone na podstawie innych przepisów. Oświadczenie składa się pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań. Składający oświadczenie jest obowiązany do zawarcia w nim klauzuli następującej treści: „Jestem świadomy odpowiedzialności karnej za złożenie nieprawdziwego oświadczenia.”. Klauzula ta

zastępuje pouczenie o odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań. W przypadku przedsiębiorcy będącego osobą prawną, oświadczenie składa osoba uprawniona do reprezentowania takiego przedsiębiorcy. Po upływie dwóch miesięcy od dnia rozpoczęcia zbierania zgłoszeń przedsiębiorców Generalny Dyrektor sporządza listę wszystkich przedsiębiorców, którzy spełniają warunki uprawniające ich do odzyskania niezaspokojonych należności. Następnie Generalny Dyrektor zobligowany jest do zawiadomienia przedsiębiorców o fakcie umieszczenia ich na liście. W sytuacji gdy po sporządzeniu listy okaże się, że suma wszystkich zgłoszonych należności przekracza kwotę, którą strona publiczna może na podstawie projektowanej ustawy przeznaczyć dla przedsiębiorców, Generalny Dyrektor ustala proporcje, w jakich należności te mogą być zaspokojone. Fakt umieszczenia przedsiębiorcy na liście uprawnia przedsiębiorcę do uzyskania zaliczki w wysokości do 50% ustalonej przez Generalnego Dyrektora kwoty. Warunkiem wypłaty zaliczki będzie dostarczenie przez przedsiębiorcę dokumentu uprawdopodobniającego należność co najmniej nieprawomocnym nakazem zapłaty wydanym w postępowaniu nakazowym albo spisu wierzycieli, o którym mowa w art. 23 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze, obejmującego informację o należności.

Jeżeli przedsiębiorca nie zdecyduje się na skorzystanie z możliwości uzyskania zaliczki obowiązany będzie do dostarczenia prawomocnego orzeczenia sądu albo ugody zawartej przed sądem w sprawie między przedsiębiorcą a wykonawcą, opatrzonej klauzulą wykonalności, albo zatwierdzoną przez sędziego komisarza listę wierzytelności albo uzupełniającą listę wierzytelności. Po dostarczeniu ww. dokumentów oraz złożeniu stosownego oświadczenia o odpowiedzialności karnej przedsiębiorca uprawniony będzie do uzyskania zatwierdzonych przez Generalnego Dyrektora należności. Natomiast w sytuacji gdy przedsiębiorca uzyskał już zaliczkę, po dostarczeniu stosownych dokumentów, uzyska pozostałą część kwoty ustalonej przez Generalnego Dyrektora. W przypadku gdy kwota wypłacona w pierwszej kolejności jest mniejsza od kwoty, którą na podstawie przepisów projektowanej ustawy strona publiczna będzie mogła przeznaczyć dla przedsiębiorców, Generalny Dyrektor będzie uprawniony do powtórzenia wszystkich czynności zmierzających do ponownego ustalenia listy przedsiębiorców, którzy uprawnieni będą do zaspokojenia swoich

należności. Aktualne pozostają wszystkie wymogi stawiane przedsiębiorcom, opisane powyżej.

W przypadku, w którym przedsiębiorca nie zaspokoi wszystkich zgłoszonych przez siebie należności, pozostałą ich część może dochodzić na zasadach ogólnych z majątku wykonawcy.

Ustawa nakłada dodatkowy obowiązek na Generalnego Dyrektora, który będzie obowiązany zawiadomić sędziego komisarza o fakcie wypłacenia przedsiębiorcom należności, z którymi zalegał wykonawca w odniesieniu do którego ogłoszono upadłość. Mechanizm ten ma na celu zabezpieczenie przed sytuacją, w której przedsiębiorca będzie dążył do zaspokojenia tej samej części należności z kilku źródeł.

W projektowanym art. 4 przewidziano, iż Generalnemu Dyrektorowi przysługiwać będzie wobec wykonawcy oraz przedsiębiorcy roszczenie o zwrot środków wypłaconych na podstawie ustawy. Wobec wykonawców roszczenie to obejmować będzie środki wypłacone przedsiębiorcom, natomiast wobec przedsiębiorców roszczenie obejmować będzie niesłusznie wypłacone zaliczki. Odzyskane kwoty Generalny Dyrektor będzie niezwłocznie przekazywać na rachunek Krajowego Funduszu Drogowego. Środki te analogicznie jak środki, o których mowa w art. 1 ust. 2, będą uwzględniane w kolejnych planach finansowych Krajowego Funduszu Drogowego.

W projektowanym art. 5 ustanowiono wyłączenie z masy upadłości zabezpieczenia należytego wykonania umowy jeżeli zostało wniesione w pieniądzu, tak aby mogło zostać przeznaczone na uregulowanie zaległych należności przedsiębiorców.

W celu zapewnienia środków na wypłaty na rzecz przedsiębiorców wskazanych w projekcie ustawy ustawodawca nałożył na Bank Gospodarstwa Krajowego obowiązek opracowania projektu zmiany planu finansowego Krajowego Funduszu Drogowego na rok 2012 uwzględniającego konieczność zapewnienia omawianych środków. Przy uzgadnianiu projektu zmiany planu finansowego zastosowano tryb analogiczny do wskazanego w art. 39n ust. 3 ustawy o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym. Plan finansowy Krajowego Funduszu Drogowego będzie stanowić podstawę dokonywania ze środków Krajowego Funduszu Drogowego wypłat na rzecz przedsiębiorców.

Projekt przewiduje, iż zgłoszenia należności Generalnemu Dyrektorowi może dokonać również przedsiębiorca, który zawarł umowę z wykonawcą, w stosunku do którego przesłanki określone w tym przepisie nastąpiły przed dniem wejścia w życie ustawy.

Zaproponowano aby ustawa wchodziła w życie z dniem ogłoszenia.

Projekt przekazano do zaopiniowania Komisji Wspólnej Rządu i Samorządu Terytorialnego.

Projektowana ustawa nie zawiera przepisów technicznych w rozumieniu rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz. U. Nr 239, poz. 2039, z późn. zm.), w związku z tym nie podlega notyfikacji.

Przedmiotowy projekt, stosownie do § 11a *uchwały nr 49 Rady Ministrów z dnia 19 marca 2002 r. – Regulamin pracy Rady Ministrów* (M. P. Nr 13, poz. 221, z późn. zm.) został udostępniony w Biuletynie Informacji Publicznej Rządowego Centrum Legislacji.

Projekt ustawy, zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 7 lipca 2005 r. o działalności lobbingowej w procesie stanowienia prawa (Dz. U. Nr 169, poz. 1414, z późn. zm.) został udostępniony na stronach urzędowego informatora teleinformatycznego Biuletynu Informacji Publicznej. Żaden podmiot nie zgłosił zainteresowania pracami nad przedmiotowym projektem zgodnie z przepisami ww. ustawy.

Projekt jest ujęty w Wykazie prac legislacyjnych Rady Ministrów.

Przedmiotowy projekt nie jest sprzeczny z obowiązującymi regulacjami Unii Europejskiej w tym zakresie.

OCENA SKUTKÓW REGULACJI

1. Podmioty, na które oddziałuje akt normatywny

Projekt oddziałuje na podmioty realizujące inwestycje w zakresie dróg publicznych uczestniczące w realizacji zamówień publicznych na roboty budowlane. Tymi podmiotami są – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, wykonawcy oraz podmioty, które zawarły umowy z wykonawcą w związku z realizacją zamówienia publicznego.

2. Konsultacje społeczne

Projekt ustawy został udostępniony w Biuletynie Informacji Publicznej Rządowego Centrum Legislacji.

3. Wpływ regulacji na sektor finansów publicznych, w tym budżet państwa i budżety jednostek samorządu terytorialnego

Projektowana regulacja nie będzie miała wpływu na budżet państwa i budżety jednostek samorządu terytorialnego. Zgodnie z projektowaną regulacją, Generalnemu Dyrektorowi przysługuje wobec wykonawcy roszczenie o zwrot środków wypłaconych na podstawie projektowanej ustawy. Z tego powodu należy uznać, że poprzez powyższe uprawnienie przyznane Generalnemu Dyrektorowi nie jest przewidziane uszczuplenie środków publicznych.

4. Wpływ regulacji na rynek pracy

Zabezpieczenie wypłat należności w przypadku braku takich wypłat przez wykonawcę zapewni stabilizację zatrudnienia, gdyż przedsiębiorca posiadając będzie środki na wypłatę należności dla pracowników. Regulacja pozytywnie wpłynie na rynek pracy poprzez zwiększenie bezpieczeństwa stabilności funkcjonowania przedsiębiorstw.

5. Wpływ regulacji na konkurencyjność gospodarki i przedsiębiorczość, w tym na funkcjonowanie przedsiębiorstw

Regulacja wpłynie na funkcjonowanie przedsiębiorstw poprzez zmniejszenie groźby upadłości w razie braku otrzymania należności od wykonawców za zrealizowane umowy.

6. Wpływ regulacji na sytuację i rozwój regionalny

Regulacja pośrednio oddziaływać będzie na rozwój regionalny. Zapewnienie terminowej realizacji płatności powinno się przyczynić do terminowej realizacji inwestycji, które mają znaczenie dla sytuacji i rozwoju regionalnego.



Warszawa, 5 czerwca 2012 r.

Minister
Spraw Zagranicznych

DPUE - 920 - 591 - 12/ml/eg/kma/4

SM-1068

dot.: RM-10-52-12 z 05.06.2012 r.

Pan
Maciej Berek
Sekretarz Rady Ministrów

opinia o zgodności z prawem Unii Europejskiej projektu ustawy w sprawie spłaty niezaspokojonych należności przedsiębiorców za niektóre prace, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych wyrażona na podstawie art. 13 ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej (Dz. U. z 2007 r. Nr 65, poz. 437 z późn. zm.) przez ministra właściwego do spraw członkostwa Rzeczypospolitej Polskiej w Unii Europejskiej

Szanowny Panie Ministrze,

w związku z przedłożonym projektem ustawy pozwalam sobie wyrazić poniższą opinię:

Z art. 1 ust. 2 projektowanej ustawy wynika, że środki na spłatę niezaspokojonych przez wykonawcę należności pochodzą z Krajowego Funduszu Drogowego, a więc ze środków państwowych. W tym kontekście przewidziane w projekcie rozwiązanie może budzić wątpliwości w zakresie uprzywilejowania pozycji pewnej grupy przedsiębiorców. Jako korzyść selektywna, dostępna dla ściśle określonej grupy podmiotów może ona zostać uznana za pomoc państwa w rozumieniu art. 107 TFUE. Konieczne jest w tym zakresie zasięgnięcie opinii Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

W konkluzji stwierdzam, że projekt ustawy nie jest sprzeczny z prawem UE, z zastrzeżeniem powyższej uwagi.

Z poważaniem

Do wiadomości:

Pan Sławomir Nowak
Minister Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej

Pani Małgorzata Krasnodębska-Tomkiel
Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Sporządziła: Marta Laszuk, 455 53 41 *M.Laszuk*

Współpraca: Ewa Gromnicka

Akceptowała: Katarzyna Majcher

Z up. Ministra Spraw Zagranicznych

SEKRETARZ STANU

Piotr Serafin
Piotr Serafin