

153/10/A/2006

WYROK

z dnia 27 listopada 2006 r.

Sygn. akt K 47/04*

W imieniu Rzeczypospolitej Polskiej

Trybunał Konstytucyjny w składzie:

Wiesław Johann – przewodniczący
Biruta Lewaszkiewicz-Petrykowska
Jerzy Stępień
Mirosław Wyrzykowski – sprawozdawca
Bohdan Zdziennicki,

protokolant: Grażyna Szałygo,

po rozpoznaniu, z udziałem wnioskodawcy oraz Sejmu i Prokuratora Generalnego, na rozprawie w dniu 27 listopada 2006 r., wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich o zbadanie zgodności:

ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane (Dz. U. Nr 180, poz. 1758) z art. 2, art. 22 i art. 32 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej,

o r z e k a:

I

1. Art. 1-3, art. 4 ust. 1-3, art. 5 ust. 3 oraz art. 6-8 ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane (Dz. U. Nr 180, poz. 1758) są zgodne z art. 2 i art. 32 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz nie są niezgodne z art. 22 Konstytucji.

2. Art. 4 ust. 4 ustawy powołanej w punkcie 1 jest niezgodny z art. 2 Konstytucji przez to, że różnicuje wysokość kosztów udzielonych gwarancji ponoszonych przez wykonawcę i zamawiającego.

3. Art. 5 ust. 1 i 2 ustawy powołanej w punkcie 1 jest niezgodny z art. 2 Konstytucji.

II

Art. 4 ust. 4 i art. 5 ust. 1 i 2 ustawy powołanej w części I w punkcie 1 tracą moc obowiązującą z dniem 30 czerwca 2007 r.

* Sentencja została ogłoszona dnia 1 grudnia 2006 r. w Dz. U. Nr 220, poz. 1613.

UZASADNIENIE:

I

1. Pismem z 14 grudnia 2004 r. Rzecznik Praw Obywatelskich wniósł o stwierdzenie, że ustawa z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane (Dz. U. Nr 180, poz. 1758; dalej: ustawa gwarancyjna) narusza zasady: wolności działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji), równości stron wobec prawa (art. 32 Konstytucji) oraz państwa prawnego (art. 2 Konstytucji), ze względu na niespełnienie wymogów poprawnej legislacji. Rzecznik Praw Obywatelskich zaskarżył ustawę w całości z powodu ścisłego powiązania art. 1-5, broniących interesów tylko jednej grupy podmiotów gospodarczych, a także z racji faktu, że art. 6 ustawy deklaruje, iż wykonywanie uprawnień przewidzianych przepisami ustawy nie narusza przepisów kodeksu cywilnego o wykonaniu zobowiązań i skutkach ich niewykonania, jednak postanowienia ustawy odchodzą od koncepcji umowy o roboty budowlane przyjętej w kodeksie cywilnym.

Uzasadniając wniosek, Rzecznik Praw Obywatelskich obszernie omówił motywy ustawodawcy przedstawione w uzasadnieniu projektu ustawy. Zgodził się, że „zatory płatnicze” są negatywnym zjawiskiem gospodarczym, uznał jednak, że wprowadzenie zaskarżonej ustawy spowodowało uprzywilejowanie jednej ze stron umowy. Ustawa gwarancyjna – w jego opinii – realizuje interesy pewnej grupy podmiotów gospodarczych, nie likwiduje jednak zatorów w stosunkach finansowo-gospodarczych wszystkich podmiotów uczestniczących w tym obrocie. Jego zdaniem rozwinięciem zasady równości wobec prawa jest art. 6 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 173, poz. 1807, ze zm.) stanowiący, iż podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych prawem. Odzwierciedleniem obu tych zasad konstytucyjnych jest art. 353¹ kodeksu cywilnego wyrażający fundamentalną zasadę swobody (wolności) umów. Cechą charakterystyczną stosunków cywilnoprawnych jest równość (równorzędność) stron oznaczająca, że żadna z nich (niezależnie czy jest osobą fizyczną, czy prawną) nie jest podporządkowana drugiej stronie. Tymczasem zaskarżona ustawa narzuca podmiotom określone postanowienia umowy. Rzecznik Praw Obywatelskich zwrócił uwagę, że w obrocie profesjonalnym (między przedsiębiorcami) – gdzie uczestnicy sami powinni dbać o właściwe ukształtowanie łączących ich stosunków zobowiązaniowych i zabezpieczenie swoich interesów – wykonawcy robót budowlanych nie stanowią (wbrew poglądom prezentowanym w ustawie) jednorodnej grupy uczestników procesów inwestycyjnych. Są wśród nich zarówno podmioty małe (rzemieślnicy), jak i firmy duże i prężne, specjalizujące się w wykonywaniu robót specjalistycznych. W opinii wnioskodawcy potrzeba ochrony tych pierwszych przed nieuczciwym postępowaniem kontrahentów jest warta dyskusji, ale szczególna ochrona drugiej grupy jest całkowicie zbędna. Biorąc pod uwagę, że inwestorem (zamawiającym) może być nieprofesjonalista – konsument (budujący np. dom mieszkalny na własne potrzeby), uznać trzeba, że nie ma podstaw do wzmocnienia pozycji profesjonalisty. Brak też przesłanek szczególnej ochrony wykonawców-przedsiębiorców kosztem innych profesjonalistów, a także kosztem konsumentów.

Ustawa gwarancyjna, mając wąski zakres przedmiotowy i posługując się radykalnymi instrumentami, ingeruje – zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich – w zasadę swobody umów i zasadę wolności gospodarczej.

Rzecznik Praw Obywatelskich skrótkowo omówił wzorce kontroli i uznał, że zaskarżona regulacja ani nie wystarcza do ochrony wykonawcy przed nieuczciwym

inwestorem, ani też nie wpłynie korzystnie na rozwój chronionej w ten sposób branży. Jednocześnie może jednak stać się niebezpiecznym narzędziem w ręku nierzetelnych wykonawców. Zarzucił on, że ustawa gwarancyjna posługuje się nieprecyzyjnymi pojęciami „wykonawcy” oraz „zamawiającego”, bo ustawodawca nie wziął pod uwagę, że w złożonych stosunkach inwestycyjnych ten sam podmiot może występować w różnych rolach. Jeżeli bowiem generalny wykonawca zleca wykonanie pewnych robót podwykonawcy, to jest on jednocześnie „wykonawcą” (głównego zamówienia) i „zamawiającym” (zamówienia „częstkowego”) w tym samym procesie inwestycyjnym. Ustawa nie precyzuje zaś, czy podwykonawca może żądać gwarancji zapłaty od generalnego wykonawcy, czy też od inwestora, co może niekorzystnie wpływać na realizację procesów inwestycyjnych, dobór kontrahentów i podział zadań inwestycyjnych.

W opinii wnioskodawcy pojęcie „gwarancji zapłaty” również nie zostało należycie zdefiniowane, bo na podstawie art. 2 ust. 1 ustawy gwarancyjnej można jedynie wnosić, że „dopuszczalne jest posłużenie się gwarancjami zawierającymi szereg skomplikowanych warunków ograniczających możliwość wypłaty na rzecz wykonawcy”, jednak wykładnia językowa pozostaje w sprzeczności z celami, jakie postawił sobie ustawodawca.

Artykuł 4 ust. 4 ustawy gwarancyjnej stanowi, że zwrotu kosztów udzielonych gwarancji dokonuje się „w wysokości powszechnie przyjętej”. Użycie przez ustawodawcę zwrotu niedookreślonego jest chybione, bo w obrocie – w braku podobnej regulacji – nie istniały wcześniej powszechnie przyjęte zasady zwrotu kosztów udzielonych gwarancji.

Zaskarżona ustawa uprzywilejowuje tylko jedną grupę przedsiębiorców, prowadzących działalność istotną dla gospodarczego rozwoju kraju, co jednak nie uzasadnia wprowadzania regulacji tak dalece ingerującej w stosunki gospodarcze. Zakres przedmiotowy ustawy gwarancyjnej wyznaczony jest przez pojęcie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118; dalej: prawo budowlane); ustalenie go wymaga znacznego wysiłku i związane jest z koniecznością odwołania się do kilkupoziomowych odesłań zawartych w słowniczku tej ustawy. Takie określenie zakresu przedmiotowego sprawia, że znajduje ona zastosowanie niemal do wszystkich umów o usługi budowlane i remontowe z wyjątkiem robót dotyczących tzw. tymczasowych obiektów budowlanych oraz bieżącej konserwacji obiektów budowlanych (niezawierającej się w pojęciu remontu). Powyższe oznacza, że zakres przedmiotowy ustawy jest zbyt szeroki w stosunku do jej celu, ponieważ problem nadmiernego ryzyka występuje przede wszystkim w wypadku umów o większej wartości. Wątpliwy jest natomiast sens stosowania ustawy do umów o drobne roboty remontowe, w których żądanie gwarancji będzie nieopłacalne. Zdaniem wnioskodawcy 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 minimalizacji usprawiedliwi ryzyko pogorszenia konkurencyjności.

Z art. 3 ustawy gwarancyjnej wynika, że nie można przez czynność prawną wyłączyć ani ograniczyć prawa do żądania gwarancji zapłaty, a wypowiedzenie umowy spowodowane jej żądaniem jest bezskuteczne. Jednocześnie jednak przepisy kodeksu cywilnego dotyczące umów o roboty budowlane (art. 647-658) i stosowane posiłkowo (na podstawie art. 656 k.c.) przepisy dotyczące umowy o dzieło operują instytucją „odstąpienia od umowy”, co nie jest równoznaczne z „wypowiedzeniem”.

Rzecznik Praw Obywatelskich uznał, że art. 4 i art. 5 ustawy gwarancyjnej ingerują zasadniczo w zasadę swobody umów (art. 353¹ k.c.), wyrażającą się w tym, że treść umownych stosunków prawnych (zwłaszcza zobowiązaniowych) ustalana jest na podstawie woli stron. Strony umowy mogą swobodnie kształtować jej treść, a ustawa

stosowana jest tylko posiłkowo, o ile strony nie uregulowały danego zagadnienia w umowie. Tymczasem ustawa gwarancyjna wyłącza, w określonym zakresie, autonomię woli stron. Równocześnie ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „gwarancji zapłaty”, więc byłoby dopuszczalne posłużenie się przez zamawiających gwarancjami warunkowymi, dokumentowymi, na podstawie których wypłata kwoty gwarancji będzie uzależniona od zaistnienia szeregu skomplikowanych przesłanek itp. W opinii wnioskodawcy realna jest też „wojna na gwarancje” między inwestorami a wykonawcami, bo rynek usług budowlanych jest rynkiem inwestora, co wynika z małego popytu. Inwestorzy żądać będą od wykonawców gwarancji bankowych „dobrego wykonania robót” na kwoty nie mniejsze niż „gwarancja zapłaty”, co będzie redukować ochronę wprowadzoną nowym uregulowaniem, wywołując zarazem znaczny wzrost kosztów inwestycji i działalności firm budowlanych. Skutkiem zaskarżonej regulacji będzie też zmniejszenie skali inwestycji. Wnioskodawca uznał, że projektodawcy ustawy gwarancyjnej pozostawali w przekonaniu, iż uzyskanie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej wymaga tylko złożenia odpowiedniego wniosku i uiszczenia prowizji. Tymczasem banki i firmy ubezpieczeniowe warunkują udzielenie gwarancji ustanowieniem wysokich zabezpieczeń majątkowych, a że znaczna część inwestycji finansowana jest kredytami, to wielu inwestorów nie pokona bariery dodatkowych zabezpieczeń.

Rzecznik Praw Obywatelskich podkreślił, że na polskim rynku znaczącymi inwestorami są państwo oraz samorządy terytorialne, a przy znanych powszechnie problemach budżetowych i w perspektywie inwestycji modernizacyjnych, finansowanych ze środków UE, można się spodziewać negatywnego oddziaływania ustawy gwarancyjnej również w tym zakresie.

2. Pismem z 17 maja 2005 r. stanowisko w sprawie przedstawił Prokurator Generalny, wnosząc o uznanie ustawy gwarancyjnej za niezgodną z art. 2 i art. 22 Konstytucji oraz za zgodną z art. 32 Konstytucji. Za punkt wyjścia obrał ocenę zaskarżonej regulacji pod kątem zasad przyzwoitej legislacji, bo tylko ustalenie, że jej treść jest zrozumiała i pozwala na egzekwowanie przyznanych praw i obowiązków umożliwia dalszą kontrolę pod kątem naruszenia innych norm.

W jego opinii, choć art. 1 ustawy gwarancyjnej za podstawowe kryterium przyjmuje przedmiot umowy (wykonywanie robót budowlanych), nie zaś jej rodzaj (może to być zatem nie tylko umowa o roboty budowlane czy wykonanie remontu budynku, ale też umowa o dzieło, gdy jej treścią jest wykonywanie robót budowlanych), a pojęcie „robót budowlanych” nie zostało sprecyzowane i wymaga odwołania się do kilkupoziomowych odesłań w prawie budowlanym, to jednak spełnia on konstytucyjne wymagania prawidłowej legislacji.

Również art. 2 ustawy gwarancyjnej nie narusza zasad poprawnej legislacji, bo technika odesłania do obowiązujących instytucji prawnych nie jest wadliwa. Zarzut braku należytej definicji pojęcia „gwarancji zapłaty” jest nieuzasadniony, ponieważ przepis jasno określa cel udzielenia gwarancji zapłaty i wymienia nazwy ustawowo określonych instytucji prawnych, znajdujących zastosowanie do zabezpieczenia zapłaty za wykonanie robót budowlanych. Fakt, że nie odwołuje się do konkretnych ustaw regulujących te zagadnienia, a jedynie wymienia rodzaje gwarancji (bankowe: gwarancję, akredytywę i poręczenie oraz gwarancję ubezpieczeniową) nie stanowi o niekonstytucyjności regulacji.

Artykuł 3 ust. 1 ustawy gwarancyjnej także nie budzi wątpliwości Prokuratora Generalnego, bo – w odniesieniu do zakazu wyłączenia (ograniczenia) czynnością prawną uprawnienia do żądania gwarancji zapłaty – naruszenie normy konstytucyjnej miałoby miejsce, gdyby w umowie o roboty budowlane wykonawca zobowiązał się

do niekorzystania z instytucji gwarancji zapłaty lub przyjął zasady korzystania z niej, ale na innych warunkach, niż określono ustawowo.

Prokurator Generalny uznał natomiast za zasadne wątpliwości związane z art. 3 ust. 2 ustawy gwarancyjnej. Jego zdaniem czynność prawna, której celem jest rozwiązanie uprzednio zawartej umowy, powinna być dostosowana zarówno do niej, jak i do wywołanych nią skutków. Forma rozwiązania umowy musi wynikać z jej natury (właściwości), stąd w przepisach k.c. występuje instytucja wypowiedzenia (zobowiązań bezterminowych o charakterze ciągłym – art. 365¹ k.c.) oraz alternatywna instytucja odstąpienia od umowy (w wypadku zobowiązań o charakterze terminowym i jednorazowym). Zdaniem Prokuratora Generalnego instytucja wypowiedzenia stosunku zobowiązaniowego nie ma zastosowania do umów o roboty budowlane, bo ze swojej istoty mają one charakter terminowy i jednorazowy (choć proces inwestycyjny jest rozciągnięty w czasie), a właściwym sposobem zakończenia stosunku zobowiązaniowego, wynikającego z tego rodzaju umowy byłaby instytucja odstąpienia (art. 657 k.c.). Wykładnia językowa przepisu (zawierającego termin „wypowiedzenie”) prowadzi do wadliwego wniosku, że „bezskuteczność” nie nastąpi w wypadku odstąpienia od umowy. Dopiero zasady wykładni systemowej pozwoliłoby nadać omawianemu przepisowi treść zgodną nie tylko z intencją ustawodawcy, ale i z naturą stosunku prawnego, wynikającą z umowy o roboty budowlane. Tym samym stwierdzić trzeba uchybienie ustawodawcy, który posługując się określeniem niewłaściwym dla danej dziedziny stosunków zobowiązaniowych, wprowadził stan niepewności adresatów przepisu (zamawiających wykonanie robót budowlanych) co do dotkniętej bezskutecznością formy jednostronnej czynności prawnej, której celem jest rozwiązanie zawartej umowy. Taki sposób stanowienia prawa koliduje z zasadą jego precyzji (jednoznaczności), należącą do kanonu poprawnej legislacji.

Zastrzeżenia Prokuratora Generalnego wzbudza też art. 4 ustawy gwarancyjnej, z którego wynika, że uprawnienie do żądania gwarancji zapłaty przysługuje tylko wykonawcy robót budowlanych; uprawnienie to nie zostało natomiast przewidziane w odniesieniu do podwykonawcy (co może prowadzić do rozszerzającej wykładni przepisu), chociaż również on może – w myśl art. 647¹ k.c. – wystąpić wobec zamawiającego roboty budowlane z żądaniem zapłaty wynagrodzenia. niesprecyzowane jest również pojęcie „zleceń dodatkowych”, które sugerowałoby instytucję umowy zlecenia (uregulowaną w art. 734-751 k.c.), gdyby nie przymiotnik „dodatkowe”, wskazujący na powiązanie z „główną” umową o roboty budowlane. Chodzi tu więc zapewne o zmiany czy uzupełnienia tej umowy, nazwane „zleceniami dodatkowymi”. Powyższe oznacza, że ustawodawca posłużył się określeniem niewłaściwym dla danej dziedziny stosunków zobowiązaniowych, czym naruszył zasadę przyzwoitej legislacji. Z art. 4 ust. 2 ustawy gwarancyjnej wynika, że udzielenie gwarancji zapłaty nie ma charakteru jednorazowego, gdyż „nie stoi na przeszkodzie żądaniu dalszych gwarancji”, aż do łącznej wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia wynikającego z umowy oraz zleceń dodatkowych. Wątpliwości mogą powstać w sytuacji odwrotnej – gdy roszczenie zabezpieczone gwarancją ulegnie zmniejszeniu, a z uwagi na jej formę i treść nie zawsze będzie to skutkowało „automatycznym” zmniejszeniem wielkości zabezpieczenia. Z art. 4 ust. 3 i 4 ustawy gwarancyjnej wynika, że zamawiający może domagać się zwrotu faktycznie poniesionych kosztów udzielenia gwarancji (w wypadku gdy terminowo zapłaci za roboty budowlane), ustalonych pomiędzy zamawiającymi a gwarantem, lecz zwracana powinna być kwota „w wysokości powszechnie przyjętej”, nieprzekraczającej jednak 2% kwoty gwarantowanej. Odwołanie do powszechnie przyjętej wysokości zwrotu kosztów udzielania gwarancji byłoby dopuszczalne, gdyby w obrocie istniały zasady zwrotu. Ponadto w sytuacji wprowadzenia do porządku prawnego nowej

instytucji prawnej – gwarancji zapłaty za roboty budowlane – trudno powoływać się na powszechnie przyjętą praktykę, która powstać mogłaby dopiero po długotrwałym okresie stosowania nowej instytucji. Znaczy to – zdaniem Prokuratora Generalnego – że przepis ten nie spełnia przesłanki dostatecznej określoności, przez co godzi w art. 2 Konstytucji.

Analizując art. 5 ust. 1 ustawy gwarancyjnej, Prokurator Generalny wskazał, że prawo wstrzymania się od wykonywania robót i oddania obiektu zamawiającemu przysługuje, gdy wykonawca wprawdzie uzyskał gwarancję zapłaty, lecz jest ona niewystarczająca. Ustawodawca nie sprecyzował jednak, co oznacza „wystarczająca gwarancja zapłaty”, skutkiem czego ocenę tej kwestii pozostawił swobodnemu uznaniu wykonawców robót budowlanych. „Szttywno” została ustalona tylko maksymalna jej wysokość – „ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia”. W drodze wykładni można więc jedynie ustalić, że przez niewystarczającą gwarancję zapłaty rozumieć należy gwarancję w wysokości niższej niż żądana przez wykonawcę. Brak precyzji przepisu potęgowany jest niedookreślonością „odpowiedniego terminu”, wyznaczanego zamawiającemu przez wykonawcę. Pozostawienie mu oceny, jaki termin będzie „odpowiedni”, trzeba uznać za rozwiązanie wadliwe, zwłaszcza w kontekście skutków związanych z jego niedotrzymaniem przez zamawiającego. To samo zastrzeżenie dotyczy art. 5 ust. 2 ustawy, uprawniającego wykonawcę do wyznaczenia „dodatkowego terminu” udzielenia gwarancji zapłaty i skutków jego bezskutecznego upływu. Zarzut braku precyzji odnosi się także do art. 5 ust. 3 ustawy, zawierającego ogólne sformułowanie „wystarczającej gwarancji”, której brak stanowi przeszkodę w wykonywaniu robót budowlanych. Powyższe wątpliwości skłoniły Prokuratora Generalnego do uznania niekonstytucyjności art. 5 ustawy gwarancyjnej.

W opinii Prokuratora Generalnego, choć art. 6-8 ustawy gwarancyjnej nie budzą wątpliwości legislacyjno-prawnych, to – skoro istnieją podstawy kwestionowania konstytucyjności jej kluczowych przepisów – trzeba się zgodzić z zarzutem, że ustawa w całości nie spełnia wymagań poprawności, precyzji i jasności.

Prokurator Generalny podzielił także wątpliwości Rzecznika Praw Obywatelskich w zakresie naruszenia zasady wolności działalności gospodarczej, wyrażonej w art. 22 Konstytucji. Jak wynika z uzasadnienia projektu, ustawa została uchwalona w interesie i dla ochrony wykonawców robót budowlanych (dla dostarczenia przedsiębiorcom budowlanym instrumentu przywracającego równowagę stron i zarazem uniemożliwiającego nadużywanie przez zamawiającego jego dominującej pozycji przetargowej). Niemniej przyznanie wykonawcy prawa żądania gwarancji zapłaty, którego nie można wyłączyć ani ograniczyć, wyklucza możliwość zrzeczenia się przezeń skorzystania z tego prawa (zarówno w umowie, jak i w drodze jednostronnej czynności prawnej). Ustawa ingeruje więc w prawo stron do swobodnego wyboru form służących realizacji umowy, a w wypadku gdy stroną jest podmiot prowadzący działalność gospodarczą – w wolność działalności gospodarczej. Prokurator Generalny uznał, że nawet gdyby sfera usług budowlanych – jako dziedzina znacząca w gospodarce społecznej – wymagała szczególnej regulacji, podyktowanej ochroną ważnego interesu publicznego, to i tak należałoby uznać, iż ustawodawca naruszył zasadę proporcjonalności. Wybrał bowiem metodę nieprowadzącą do uzyskania równowagi praw stron umowy, na co wskazuje porównanie uprawnień i obowiązków wykonawcy z uprawnieniami i obowiązkami zamawiającego: wykonawca nie może zrzec się prawa do skorzystania z gwarancji zapłaty (ani w umowie, ani przez jednostronną czynność prawną); może on żądać od zamawiającego gwarancji zapłaty w ciągu całego procesu inwestycyjnego („w każdym czasie”) i w ustalonej przez siebie wysokości (do maksymalnej granicy). Wprowadza to po stronie zamawiającego stan niepewności co do warunków realizacji umowy. W wypadku, gdy wykonawca nie uzyska wystarczającej gwarancji zapłaty, może wobec zamawiającego zastosować „sankcje”

w postaci wstrzymania robót i wstrzymania oddania obiektu zamawiającemu, a także odstąpienia od umowy z winy zamawiającego, łącznie z żądaniem wynagrodzenia na podstawie art. 639 k.c. Jednocześnie zamawiający, mogąc wybrać formę gwarancji, związany jest wyznaczanym przez wykonawcę terminem jej udzielenia (pod rygorem sankcji po bezskutecznym jego upływie). Dodatkowo zamawiający nie może odstąpić od umowy po zażądaniu przez wykonawcę gwarancji, gdyż odstąpienie tym faktem spowodowane jest bezskuteczne. Analiza uprawnień i obowiązków wykonawcy i zamawiającego prowadzi do wniosku, że uprawnienia tego pierwszego w żaden sposób nie są równoważone jakimikolwiek uprawnieniami zamawiającego. Chociaż ustawa gwarancyjna została uchwalona w celu ochrony interesów wykonawców, to nie powinna chronić ich bez poszanowania minimum praw drugiej strony stosunku zobowiązaniowego (zamawiającego). Zamiarem ustawodawcy było wyeliminowanie nieuczciwych praktyk zamawiających, jednak adresatami ustawy są wszyscy korzystający z usług budowlanych, w tym ci, którzy wcześniej realizowali zawarte umowy w sposób zgodny z obowiązującym prawem.

W opinii Prokuratora Generalnego efekty działania ustawy są nieproporcjonalne do ciężarów nakładanych na zamawiających, ustalanych właściwie dowolnie przez wykonawców zarówno co do czasu, wielkości, terminu, jak i oceny prawidłowości ich poniesienia. Nie została także spełniona przesłanka niezbędności, konieczna dla dochowania zasady proporcjonalności. W krótkim czasie uchwalone zostały dwie ustawy – z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. Nr 139, poz. 1323, ze zm.; dalej: u.t.z.h.) i ustawa gwarancyjna, które miały spełnić podobny cel. U.t.z.h. miała stać się remedium na zatory płatnicze we wszystkich dziedzinach gospodarki, przeciwdziałając pogłębiającej się skłonności dłużników do zalegania z zapłatą i nadmiernego wydłużania jej terminów w obrocie gospodarczym. Jednak jeszcze podczas jej *vacationis legis* – bez dokonania oceny skuteczności – uchwalono ustawę zaskarżoną. Choć u.t.z.h. ma węższy zakres (dotyczy wyłącznie umów zawieranych w związku z wykonywaną przez strony działalnością gospodarczą lub zawodową), to jednak dotyczy – w pewnym zakresie – tego samego zagadnienia.

Powyższa argumentacja prowadzi Prokuratora Generalnego do wniosku, że ustawa gwarancyjna w zakresie, w jakim odnosi się do podmiotów prowadzących działalność gospodarczą, narusza art. 22 Konstytucji, przez to, że wprowadza nadmierne ograniczenie wolności działalności gospodarczej.

Prokurator Generalny nie zgodził się natomiast z zarzutem naruszenia przez ustawodawcę zasady równości, bo sam status przedsiębiorcy nie jest cechą istotną, na podstawie której można byłoby wszystkie osoby prowadzące działalność gospodarczą – bez względu na jej rodzaj – zakwalifikować do tej samej klasy podmiotów. Adresatami ustawy gwarancyjnej są dwie oddzielne grupy podmiotów, charakteryzujące się różnymi cechami – zamawiający usługi budowlane i wykonujący je, a żadna z tych grup nie została zróżnicowana. Bez względu bowiem na to, czy są one osobami fizycznymi czy prawnymi, wykonują określony zawód, czy też prowadzą działalność gospodarczą, traktowane są – w ramach swej grupy podmiotów (kategorii, do której należą), w sposób jednakowy.

3. Pismem z 28 marca 2006 r. stanowisko w sprawie przedstawił Marszałek Sejmu, wnosząc o stwierdzenie zgodności: art. 1, art. 2, art. 3 ust. 1, art. 6, art. 7 i art. 8 ustawy gwarancyjnej z art. 22 Konstytucji oraz ogółu jej przepisów z art. 32 Konstytucji, a także o stwierdzenie niezgodności art. 3 ust. 2, art. 4 i art. 5 ustawy gwarancyjnej z art. 22 Konstytucji i ogółu jej przepisów ustawy z art. 22 Konstytucji.

Zdaniem Marszałka Sejmu nie ma podstaw uznania, że art. 1 ustawy gwarancyjnej nie spełnia konstytucyjnych wymagań prawidłowej legislacji. Choć pojęcie

„roboty budowlane” nie zostało zdefiniowane w samej ustawie, można jednak – na gruncie prawa budowlanego – ustalić, co się pod tym pojęciem kryje.

Wprawdzie wymienione w art. 2 ust. 2 ustawy pojęcia „gwarancja bankowa”, „gwarancja ubezpieczeniowa”, „akredytywa bankowa” i „poręczenie banku” nie zostały zdefiniowane, a ustawa nie odwołuje się do konkretnych ustaw regulujących te instytucje, jednak zastosowanej techniki legislacyjnej odesłania nie sposób uznać za nieprawidłową.

Także art. 3 ust. 1 formułujący zakaz wyłączenia lub ograniczenia uprawnienia do żądania gwarancji zapłaty za roboty budowlane nie budzi wątpliwości Marszałka Sejmu. Jego zastrzeżenia wzbudza natomiast art. 3 ust. 2 w zakresie, w jakim stanowi o bezskuteczności wypowiedzenia umowy o roboty budowlane. Kodeks cywilny odróżnia bowiem instytucję wypowiedzenia (zobowiązań bezterminowych o charakterze ciągłym) od instytucji odstąpienia od umowy (zobowiązań o charakterze terminowym i jednorazowym). Użycie terminu „wypowiedzenie” prowadzi do wadliwego wniosku, że przewidziana w przepisie „bezskuteczność” nie nastąpi w wypadku odstąpienia od umowy, a to wprowadza wśród adresatów stan niepewności co do dotkniętej bezskutecznością formy jednostronnej czynności prawnej, której celem jest rozwiązanie umowy.

Marszałek Sejmu podważył poprawność art. 4 ustawy gwarancyjnej, nieprecyzującego pojęcia „zleceń dodatkowych”. Samo pojęcie sugeruje kodeksową instytucję umowy zlecenia, jednak przymiotnik „dodatkowe” wskazuje powiązanie z umową główną. Płyne stąd wniosek, że ustawodawca posłużył się określeniem niewłaściwym dla danej dziedziny stosunków zobowiązaniowych, czym naruszył zasadę przyzwoitej legislacji. Ustęp 2 art. 4 stanowi, że udzielenia gwarancji można żądać kilkakrotnie, aż do łącznej wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia, jednak wątpliwości powstają w sytuacji odwrotnej – gdy roszczenie zabezpieczone gwarancją ulegnie zmniejszeniu, a z uwagi na jej formę i treść nie zawsze skutkować to będzie „automatycznym” zmniejszeniem wysokości zabezpieczenia. Ustępy 3 i 4 tegoż przepisu odnoszą się do zwrotu kosztów udzielonych gwarancji przez wykonawcę w części, w jakiej zamawiający dokonał terminowej zapłaty. Po pierwsze zamawiający nie może się domagać zwrotu kosztów w wysokości faktycznie przez niego poniesionych, po drugie zaś użyte określenie „w wysokości powszechnie przyjętej” nacechowane jest brakiem precyzji, ponieważ w obrocie gospodarczym żadne zasady nie istnieją, bo ustawa gwarancyjna wprowadza do porządku prawnego nową instytucję i nie można powoływać się na powszechnie przyjętą praktykę. W związku z powyższym przepisy te nie spełniają – w opinii Marszałka Sejmu – przesłanki dostatecznej określoności i przez to są sprzeczne z art. 2 Konstytucji.

Marszałek Sejmu podobnie ocenił art. 5 ustawy gwarancyjnej, zwracając uwagę na niedookreśloność terminu wyznaczanego przez wykonawcę zamawiającemu. Pozostawienie mu oceny co do uznania danego terminu za odpowiedni, w kontekście sankcji za jego niedotrzymanie, jest wadliwe. To zastrzeżenie odnosi się również do terminu dodatkowego, o którym mowa w ust. 2 tego przepisu. Zarzut braku precyzji Marszałek Sejmu odniósł również do ust. 3, zawierającego sformułowanie „wystarczająca gwarancja”.

Zdaniem Marszałka Sejmu art. 6, art. 7 i art. 8 ustawy gwarancyjnej nie budzą wątpliwości pod względem naruszenia art. 2 Konstytucji.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia zasady ograniczenia wolności działalności gospodarczej, Marszałek Sejmu uznał, że ustawa gwarancyjna ingeruje w prawo stron umowy do swobodnego wyboru form prawnych służących jej realizacji, ponieważ wykonawca nie może zrzec się prawa do skorzystania z instytucji gwarancji zapłaty i może żądać od zamawiającego (w każdym czasie i w wyznaczonym przez siebie terminie)

gwarancji w ustalonej przez siebie wysokości (do maksymalnej granicy). Powyższe wprowadza stan niepewności zamawiającego co do warunków realizacji umowy. Uprawnienia wykonawców robót budowlanych nie są ponadto równoważone uprawnieniami zamawiających, więc ustawa gwarancyjna narusza art. 22 Konstytucji.

Co do zarzutu naruszenia zasady równości, Marszałek Sejmu wskazał, że wnioskodawca upatruje jej naruszenia w uprzywilejowaniu tylko jednej grupy przedsiębiorców – wykonawców robót budowlanych. W świetle dorobku orzeczniczego i doktrynalnego trudno przyjąć, by bycie przedsiębiorcą było cechą, na podstawie której wszystkie osoby prowadzące działalność gospodarczą – bez względu na jej rodzaj – miały być zaliczane do tej samej grupy podmiotów. Ustawa skierowana jest do dwóch grup podmiotów – zamawiających usługi budowlane oraz wykonawców tych usług, a każda z tych grup – w swym zakresie – traktowana jest jednakowo, wobec czego nie ma podstaw uznania, że ustawa gwarancyjna narusza art. 32 Konstytucji.

II

Na rozprawie w dniu 27 listopada 2006 r. uczestnicy postępowania podtrzymali zajęte w pismach stanowiska.

III

Trybunał Konstytucyjny zważył, co następuje:

1. Na wstępie Trybunał Konstytucyjny rozważył kwestię zakresu zaskarżenia. Rzecznik Praw Obywatelskich zaskarżył całą ustawę z dnia 9 lipca 2003 r. o gwarancji zapłaty za roboty budowlane (Dz. U. Nr 180, poz. 1758; dalej: ustawa gwarancyjna), choć konkretne zarzuty postawił art. 1-5. W tej sytuacji, choć Trybunał Konstytucyjny podzielił tylko część zastrzeżeń wnioskodawcy, to wypowiedzieć się musi o wszystkich jej przepisach.

2. Nowa instytucja gwarancji zapłaty za roboty budowlane wprowadzona została do porządku prawnego odrębną ustawą, mimo funkcjonowania, od zarania obowiązującego kodeksu cywilnego, odrębnego typu umowy o roboty budowlane (księga III, tytuł XVI k.c.). Technika taka jest wprawdzie dopuszczalna, jednakże niewątpliwie lepiej by było, gdyby problem ten został uregulowany w kodeksie cywilnym w ramach umowy o roboty budowlane. Zapewniałoby to większą spójność systemu.

Ustawa gwarancyjna uchwalona została z inicjatywy poselskiej (druk sejmowy nr 452/IV) wbrew woli Rady Ministrów (w uzasadnieniu stanowiska podkreślano, że dojdzie do naruszenia zasady równego traktowania podmiotów gospodarczych, bo projekt obejmuje ochroną tylko sektor budowlany, a analogiczną ochroną powinny być objęte także inne kategorie usług oraz inne sektory gospodarki; ponadto podobną ochroną należałoby objąć inwestorów narażonych na nieterminowe przekazywanie inwestycji przez wykonawców, czy na zaleganie z usuwaniem wad i usterek) i przy negatywnej opinii Senatu (z ustawy nie będą korzystały małe i średnie przedsiębiorstwa najbardziej narażone na nieuczciwość kontrahentów, bo groziłoby im to eliminacją z rynku; ustawa spowodowałaby wzrost kosztów usług budowlanych, z jednoczesną korzyścią dla banków; prawo żądania gwarancji na każdym etapie realizacji umowy mogłoby stać się narzędziem nierzetelnych wykonawców; zatory płatnicze dotyczą całej gospodarki, więc niecelowe jest regulowanie tylko fragmentu rynku).

Projektodawcy ustawy 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 [powodującym] narastanie zjawiska tzw. zatorów płatniczych, które uniemożliwiają prawidłowe funkcjonowanie przedsiębiorstw budowlanych, prowadząc do utraty ich płynności finansowej”. W ich opinii zwłoka płatnicza inwestora oznacza często widmo bankructwa przedsiębiorcy budowlanego, a ochrona wykonawców budowlanych przewidziana obowiązującymi wcześniej przepisami była niewystarczająca, m.in. dlatego, że wysokość odsetek ustawowych w zestawieniu z ceną kredytu nie zniechęcała do pozostawania w zwłoce (zwłoka była niekiedy korzystniejsza od kredytu). Przysługujące wykonawcy roszczenie o zapłatę zaległych należności mogło być realizowane jedynie na drodze sądowej, co wiązało się z niewspółmiernym nakładem środków i czasu, i w praktyce było mało skuteczne, prowadząc przedsiębiorców budowlanych do zawierania z nieuczciwymi kontrahentami porozumień, w których rezygnowali oni z części wynagrodzenia w zamian za bezzwłoczne uiszczenie reszty. Projektodawcy wskazywali na zaburzenie równorzędności stron stosunku prawnego, ponieważ w porównaniu do surowej odpowiedzialności za jakość wykonanej pracy, odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia pozostawała iluzoryczna. *Ratione legis* było więc dostarczenie przedsiębiorcy budowlanemu instrumentu prawnego – uniemożliwiającego nadużywanie przez zamawiającego jego dominującej pozycji przetargowej – w postaci bezwzględnie obowiązującego (*ius cogens*) uprawnienia do żądania gwarancji budowlanej, będącego wyjątkiem od zasady swobody umów.

Z uzasadnienia projektu jasno wynika, że celem projektodawców (uwzględnionym przez ustawodawcę) było poprawienie sytuacji przetargowej wykonawców i zdjęcie z nich ryzyka niewypłacalności zamawiających, czy też ogólniej – ochrona wykonawców przed nieuczciwymi kontrahentami. Wykonawca miał podejmować decyzję, oceniając stopień ryzyka oraz solidność kontrahenta, a możliwość wystąpienia z żądaniem w każdym czasie pozwalała mu pominąć kwestię gwarancji na etapie negocjacji kontraktu i reagować stosownie do okoliczności. Ustawodawca założył, iż perspektywa obciążania wykonawcy kosztami zabezpieczeń poniesionymi przez zamawiającego zapobiegać będzie przedwczesnemu bądź zbędnemu szafowaniu żądaniami gwarancji.

3. Rzecznik Praw Obywatelskich w *petitum* wniosku wzorcami kontroli uczynił art. 2, art. 22 i art. 32 ust. 1 Konstytucji, a w uzasadnieniu dodatkowo odwołał się do art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Zasadnicze zarzuty polegały na naruszeniu zasad przyzwoitej legislacji, wynikających z art. 2 Konstytucji i będących wielokrotnie przedmiotem rozważań Trybunału Konstytucyjnego. Nakaz przestrzegania przez ustawodawcę zasad poprawnej legislacji jest funkcjonalnie związany z zasadami pewności i bezpieczeństwa prawnego oraz ochrony zaufania do państwa i prawa, a same zasady obejmują między innymi wymóg dostatecznej określoności przepisów, które winny być formułowane w sposób precyzyjny i jasny oraz poprawny pod względem językowym. Wymóg jasności oznacza zaś obowiązek tworzenia przepisów klarownych i zrozumiałych dla adresatów, którzy mogą oczekiwać od racjonalnego ustawodawcy stanowienia norm niebudzących wątpliwości co do treści nakładanych obowiązków i przyznawanych praw. Precyzja przepisu winna przejawiać się w konkretności obowiązków i praw, by ich treść była oczywista i pozwalała na ich wyegzekwowanie. Zasady poprawnej legislacji obejmują również podstawowy z punktu widzenia procesu prawotwórczego etap formułowania celów, które mają zostać osiągnięte przez ustanowienie określonej normy prawnej. Stanowią one podstawę oceny,

czy sformułowane ostatecznie przepisy prawne w prawidłowy sposób wyrażają wysławianą normę oraz czy nadają się do realizacji zakładanego celu. Trybunał Konstytucyjny wskazywał też wielokrotnie, że przekroczenie pewnego poziomu niejasności przepisów prawnych stanowić może samoistną przesłankę stwierdzenia ich niekonstytucyjności.

Z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wywieść można trzy zasadnicze założenia istotne dla oceny zgodności treści określonego przepisu prawa z wymaganiami poprawnej legislacji. Po pierwsze, każdy przepis przyznający prawa lub nakładający obowiązki winien być sformułowany w sposób pozwalający na jednoznaczne ustalenie, kto, kiedy i w jakiej sytuacji mu podlega. Po wtóre, powinien być na tyle precyzyjny, by możliwe były jego jednolita wykładnia i jednolite stosowanie. Po trzecie, winien być tak skonstruowany, by zakres jego stosowania obejmował tylko te sytuacje, w których działający racjonalnie ustawodawca istotnie zamierzał wprowadzić regulację tworzącą prawa lub obowiązki (zob. wyrok z 24 lutego 2003 r., sygn. K 28/02, OTK ZU nr 2/A/2003, poz. 13).

Mimo powyższych stwierdzeń Trybunał Konstytucyjny przypomina, że podkreślał już w swym orzecznictwie, że skoro Konstytucja nakłada na prawodawcę obowiązek stanowienia prawa zgodnego z wymaganiami o tak generalnym charakterze, jak demokratyczne państwo prawne czy zaufanie obywatela do państwa, to nakazuje to Trybunałowi Konstytucyjnemu interweniować tylko w tych wypadkach, gdy ustawodawca przekroczy zakres swej swobody regulacyjnej w sposób na tyle drastyczny, że naruszenie wspomnianych klauzul konstytucyjnych stanie się ewidentne, prowadząc do naruszenia praw i wolności obywateli, czy podmiotów gospodarczych.

W związku z powyższym Trybunał Konstytucyjny, nawet dzieląc zastrzeżenia wnioskodawcy co do legislacyjnej poprawności poszczególnych przepisów ustawy gwarancyjnej, każdorazowo musi ustalić, czy legislacyjna wadliwość prowadzi do naruszenia praw lub wolności. Musi przy tym brać pod uwagę stan z chwili orzekania, a zatem stan, w którym zaskarżona ustawa funkcjonuje w obrocie prawnym ponad trzy lata, co pozwala ocenić jej wpływ na sytuację obywateli i podmiotów gospodarczych.

4. Przechodząc do oceny poszczególnych przepisów ustawy gwarancyjnej pod kątem wyżej zdefiniowanych wymagań, stwierdzić należy, co następuje:

Artykuł 1 ustawy gwarancyjnej stanowi, że stosuje się ją do umów, których przedmiotem jest wykonywanie robót budowlanych w rozumieniu przepisów prawa budowlanego. Znajduje więc ona zastosowanie w każdym wypadku, gdy przedmiotem umowy są roboty budowlane i niezależnie od rodzaju tej umowy. Rzecznik Praw Obywatelskich postawił przepisowi zarzut niesprecyzowania pojęcia robót budowlanych.

Odwołując się do doktryny oraz wcześniejszych orzeczeń, Trybunał Konstytucyjny podkreśla, że stosowanie odesłań jest normalną techniką prawodawczą, podyktowaną takimi względami jak zwięzłość tekstu, zapewnienie niesprzeczności (z zachowaniem możliwości regulacji wyjątkowej) i różnorodność szczebla aktów prawnych regulujących to samo zagadnienie (por. W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1979, s. 320, por. też S. Wronkowska, M. Zieliński, *Komentarz do Zasad techniki prawodawczej*, Warszawa 2004, s. 35). Artykuł 1 ustawy gwarancyjnej to klasyczny przykład ustanowienia odesłania w celu uniknięcia dwukrotnego powtarzania tych samych unormowań. Dopuszczalność posłużenia się taką techniką wynika jasno z § 4 ust. 3 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz. U. Nr 100, poz. 908; dalej: z.t.p.), zgodnie z którymi „W ustawie można odsyłać do przepisów (...) innej ustawy”.

W ocenie Trybunału Konstytucyjnego odesłanie sformułowane w art. 1 ustawy o gwarancji zapłaty za roboty budowlane czyni zadość wskazanym wyżej wymaganiom. Choć pełne zrekonstruowanie treści pojęcia „roboty budowlane” na gruncie prawa budowlanego (jego art. 3 pkt 7 nawiązuje do pkt 6, 7a i 8) istotnie wymaga pewnego wysiłku, nie jest jednak niemożliwe, wobec czego powtarzanie definicji w ustawie gwarancyjnej byłoby nie tylko zbędne, ale i błędne w kontekście § 4 ust. 1 z.t.p. („Ustawa nie może powtarzać przepisów zamieszczonych w innych ustawach”). Tym samym mimo konieczności odwołania się przy rekonstruowaniu definicji pojęcia robót budowlanych do wielopoziomowych odesłań zawartych w słowniczku prawa budowlanego, art. 1 ustawy gwarancyjnej uznać trzeba za zgodny z art. 2 Konstytucji.

W art. 2 ust. 2 ustawy gwarancyjnej określone zostały formy, w jakich gwarancja może być udzielona. Są nimi: gwarancja bankowa, gwarancja ubezpieczeniowa, akredytywa bankowa oraz poręczenie banku. Choć – jak zarzuca wnioskodawca – ustawa nie zawiera definicji powołanych instytucji prawnych, ani też odesłania do konkretnych ustaw, jednak Trybunał Konstytucyjny przychylił się do stanowiska Prokuratora Generalnego, że zastosowanie techniki legislacyjnej, poprzez odesłanie do funkcjonujących w systemie prawnym instytucji nie może być postrzegane *per se* jako naruszenie zasad prawidłowej legislacji.

Bardziej uzasadnione wątpliwości związane są z terminologią ustawy gwarancyjnej. Ustawodawca bowiem dla oznaczenia stron umowy gwarancyjnej posłużył się terminami „wykonawca robót budowlanych” oraz „zamawiający”, podczas gdy kodeks cywilny – w art. 647 – stronami umowy o roboty budowlane czyni „wykonawcę” i „inwestora”. Rodzi się przeto podstawowe pytanie o znaczenie i zakres użytych określeń. Należy przypomnieć, że: po pierwsze zgodnie z § 9 z.t.p. „W ustawie należy posługiwać się określeniami, które zostały użyte w ustawie podstawowej dla danej dziedziny spraw, w szczególności w ustawie określanej jako «kodeks» lub «prawo»”, po wtóre zaś – w myśl § 10 z.t.p. – „Do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami”. W konsekwencji, zakładając racjonalność ustawodawcy, uznać trzeba, że skoro użył on odmiennych niż w kodeksie cywilnym oznaczeń stron umowy, to inaczej określił krąg podmiotów uprawnionych i zobowiązanych z umowy gwarancyjnej, niż dzieje się to w wypadku umowy o roboty budowlane. Powszechnie wiadomo, że – choć nie jest to wyliczenie wyczerpujące – w procesie budowlanym występować mogą następujące podmioty: inwestor, inwestor zastępczy, generalny wykonawca, wykonawca i podwykonawca. Natomiast według art. 4 ust. 1 ustawy gwarancyjnej „wykonawca robót budowlanych” może żądać gwarancji od „zamawiającego”. Termin „zamawiający” mieści się w terminologii przyjętej w umowie o dzieło (art. 627-646 k.c.), której podtypem jest niewątpliwie umowa o roboty budowlane i do której ta ostatnia w niektórych kwestiach się odwołuje (art. 656 § 1 k.c.) Problem jednak tkwi w tym, że dla wykonawcy (generalnego wykonawcy) zamawiającym jest inwestor (inwestor zastępczy), a dla podwykonawcy zamawiającym jest wykonawca (generalny wykonawca). Znaczy to, że podwykonawca może żądać gwarancji od wykonawcy (generalnego wykonawcy), a wykonawca (generalny wykonawca) od inwestora albo od inwestora zastępczego. Wynika stąd wniosek, że w niektórych wypadkach procedura uzyskania gwarancji może być bardzo długa i skomplikowana. Oczywiście nie można wykluczyć, że przez „zamawiającego” ustawodawca rozumiał wyłącznie „inwestora”, a przez „wykonawcę” – jedynie „wykonawcę bezpośredniego” (wykonującego obiekt na podstawie umowy zawartej z inwestorem), z pominięciem podwykonawców. Przemawiałby za tym art. 5 ust. 1 ustawy, stanowiący o oddaniu obiektu zamawiającemu (ponieważ z zasady podwykonawca nie oddaje obiektu, lecz konkretne dzieło „częstkowe”, np. instalację wodno-kanalizacyjną). Mimo powyższych obiekcji

uznać trzeba, że wskazane wątpliwości nie zagrażają realizacji konstytucyjnych praw podmiotów gospodarczych, czego dowodzi trzyletnie funkcjonowanie ustawy w obrocie prawnym, a zatem orzeczenie o niekonstytucyjności przepisu nie jest konieczne.

Artykuł 3 ust. 1 ustawy gwarancyjnej ustanawia zakaz wyłączenia albo ograniczenia prawa do żądania gwarancji zapłaty przez czynność prawną, a zgodnie z ust. 2 wypowiedzenie umowy z powodu żądania gwarancji zapłaty jest bezskuteczne. O ile ust. 1 przepisu nie wzbudza wątpliwości legislacyjno-prawnych, o tyle – co do ust. 2 – stwierdzić trzeba, że art. 657 k.c. jako właściwą formę zakończenia stosunku zobowiązaniowego, jakim jest umowa o roboty budowlane, przewiduje odstąpienie od umowy, nie zaś wypowiedzenie. Jak klarownie wykazał wnioskodawca, posłużenie się w tym przepisie terminem „wypowiedzenie” jest sprzeczne z samą istotą umowy o roboty budowlane, bo instytucja wypowiedzenia ma zastosowanie do zobowiązań bezterminowych, o charakterze ciągłym, a nie do zobowiązań terminowych i jednorazowych, do których niewątpliwie należy umowa o roboty budowlane. Co więcej, w art. 5 ust. 2 ustawy ustawodawca użył już sformułowania „odstąpienie”, a to dodatkowo wzmacnia wątpliwości co do posłużenia się w art. 3 ust. 2 terminem „wypowiedzenie”. Trybunał Konstytucyjny stwierdza jednak, że ten ewidentny błąd legislacyjny, choć kompromitujący ustawodawcę, również nie godzi w prawa podmiotów gospodarczych, świadcząc co najwyżej o braku intelektualnej dyscypliny ustawodawcy, co trudno uznać za niezgodne z art. 2 Konstytucji.

Wnioskodawca twierdzi, że art. 4 ustawy gwarancyjnej nie reguluje kwestii możliwości wystąpienia z żądaniem gwarancji zapłaty przez podwykonawcę, gdy tymczasem podwykonawstwo jest w branży budowlanej nadzwyczaj rozpowszechnione i obejmuje zarówno zlecanie wyspecjalizowanym firmom wykonania np. poszczególnych instalacji, jak i podpisywanie – zamiast zatrudniania pracowników – umów z jednoosobowymi „firmami” (zwane „samozatrudnieniem”). Niemniej jednak trzeba zauważyć, że sytuacja podwykonawców nie bywa szczegółowo ustawowo regulowana w odniesieniu do żadnych umów i że – w wypadku wykonywania robót budowlanych – ich interesy chroni, przynajmniej w pewnym stopniu, art. 647¹ k.c., obowiązujący od 24 kwietnia 2003 r., a więc od ponad pół roku przed wejściem w życie ustawy gwarancyjnej. Wobec tego trudno dopatrywać się sprzeczności przepisu art. 4 – jako całości – z zasadami przyzwoitej legislacji.

Na marginesie należy wskazać pewne legislacyjne mankamenty omawianego przepisu. Z art. 4 ust. 1 wynika uprawnienie do żądania przez wykonawcę robót budowlanych gwarancji zapłaty w każdym czasie, do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia, wynikającego z umowy oraz ze zleceń dodatkowych. Za uzasadnioną trzeba uznać wątpliwość co do jasności przepisu w zakresie użycia sformułowania „zleceń dodatkowych”. Przyjęta konstrukcja nie precyzuje, czy chodzi o odrębne umowy zlecenia, czy też – jak można przypuszczać – o zmiany umowy, jedynie nazwane „zleceniami dodatkowymi”. Ustawodawca posłużył się określeniem nieprecyzyjnym, a jednocześnie niezbyt właściwym dla omawianego rodzaju stosunków zobowiązaniowych. W rzeczywistości chodzi zapewne o aneksy, rozszerzające zakres robót, czyli po prostu o prace dodatkowe nieobjęte pierwotną umową. Zgodzić się trzeba także z wnioskodawcą, gdy twierdzi, że zmniejszenie roszczenia zabezpieczonego gwarancją, nie zawsze – z uwagi na jej formę i treść – będzie skutkować „automatycznym” zmniejszeniem wielkości zabezpieczenia. Wszystkie te mankamenty, choć źle świadczą o precyzji ustawodawcy, nie wpływają – same przez się – na realizację praw obywateli, a zatem nie wymagają orzeczenia o niezgodności zawierających je przepisów z Konstytucją, co oczywiście nie zwalnia ustawodawcy od obowiązku ich poprawienia.

Artykuł 4 ust. 3 i 4 łącznie normują zagadnienie zwrotu zamawiającemu kosztów udzielonych gwarancji w części, w jakiej terminowo zapłacił on za wykonanie robót budowlanych; przepis przewiduje, że zwrotu kosztów udzielonych gwarancji dokonuje się w wysokości powszechnie przyjętej, nieprzekraczającej 2% gwarantowanej kwoty. O ile sam ust. 3 nie budzi zastrzeżeń natury legislacyjnej, o tyle ust. 4 musi być uznany za nieprecyzyjny i niejasny, ponieważ odwołuje się do „powszechnie przyjętej” wysokości zwrotu kosztów, ustanawiając jedynie górny pułap – 2% gwarantowanej kwoty. Skoro instytucja „gwarancji budowlanej” była nowością normatywną, dopiero wprowadzaną do porządku prawnego, to legislacyjnie niewłaściwe było odwołanie się do powszechnie przyjętej praktyki. Było ono również całkowicie nieracjonalne, bo trudno za takowe uznać odwołanie do czegoś, co jeszcze nie istnieje. Tego rodzaju całkowita niejasność co do kwoty zwrotu kosztów niewątpliwie miała istotny wpływ na prawa obywateli i z tego względu musi zostać uznana za sprzeczną z art. 2 Konstytucji.

Artykuł 4 ust. 4 ustawy gwarancyjnej łamie ponadto zasady sprawiedliwości, o których mowa w art. 2 Konstytucji. Ogranicza bowiem wysokość zwrotu kosztów udzielonych gwarancji do 2% gwarantowanej kwoty, gdy tymczasem – jak wiadomo Trybunałowi Konstytucyjnemu – koszty te realnie oscylują w granicach 4-6% gwarantowanej kwoty. Znaczy to, że w pewnych sytuacjach koszt udzielonej gwarancji obciąża zamawiającego – również tego, który terminowo wywiązał się ze swych zobowiązań – w znacząco większym stopniu niż wykonawcę, który gwarancji zażądał. Takie uregulowanie musi zostać uznane za niezgodne z Konstytucją. Ryzyko stron umowy winno być rozłożone równomiernie. Tym bardziej stwierdzić trzeba, że koszty ryzyka, które nie zmaterializowało się w postaci opóźnienia płatności należności za wykonane roboty budowlane, także powinny być rozłożone równo. Nie ma podstaw różnicowania na niekorzyść strony zobowiązanej, nie istnieją powody, dla których terminowa realizacja świadczenia pieniężnego miałyby być dla inwestora związana z kosztami wyższymi, niż te obciążające stronę żądającą gwarancji. Skoro celem ustawowej regulacji jest zagwarantowanie realizacji określonej wartości, jaką jest terminowa zapłata za wykonanie robót budowlanych, to koszt takiej gwarancji powinien być rozłożony równo na strony umowy.

Z punktu widzenia zasad przyzwoitej legislacji wątpliwości konstytucyjne budzi treść art. 5 ust. 1 i 2 ustawy gwarancyjnej, w którym ustawodawca uzależnił kontynuowanie robót i oddanie zamawiającemu obiektu przez wykonawcę od uzyskania w „odpowiednim” wyznaczonym przezeń terminie (względnie w jakimś terminie dodatkowym – ust. 1 i 2) „wystarczającej” (ust. 1 i 3) gwarancji zapłaty. O ile ustawa dokładnie określa maksymalną kwotę gwarancji (do wysokości ewentualnego roszczenia z tytułu wynagrodzenia), o tyle nie precyzuje w żaden sposób choćby jej kwoty minimalnej, przez co określenie braku „wystarczającej gwarancji” staje się całkowicie niejasne. Pozostaje ono zależne od woli wykonawcy (dobrej lub złej), gdy tymczasem ustawodawca restrykcyjnie określił skutki udzielenia gwarancji „niewystarczającej”, [stanowiąc, że jest ona przesłanką żądania wynagrodzenia na podstawie art. 639 k.c.] traktując, poprzez odesłanie do art. 639 k.c., fakt udzielenia „niewystarczającej” gwarancji na równi (co do skutków) z przeszkodą powstałą „z przyczyn dotyczących zamawiającego” i uniemożliwiającą wykonawcy wykonywanie prac mimo jego gotowości w tym zakresie (art. 639 k.c.). W przepisie brak również bliższych wskazań pozwalających na ustalenie, jaki wyznaczany przez wykonawcę termin musi być uznany za „odpowiedni”. Wprawdzie określenie „odpowiedni termin” jest stosowane w kodeksie cywilnym (np. art. 491 § 1 k.c.) i nie budzi tam wątpliwości, jednakże ze względu na naturę umowy o roboty budowlane, a zwłaszcza niejednokrotnie wysoki koszt inwestycji, wydaje się, że pewne bliższe wskazówki wiążące długość terminu z wysokością sumy ewentualnej gwarancji byłyby wskazane. Pozwoliłoby to zapobiec wyznaczaniu

terminów nierealnych czy też określonych w złej wierze przez wykonawcę dążącego do uwolnienia się od umowy. W związku z tym Trybunał Konstytucyjny uznaje za niezgodne z art. 2 Konstytucji te postanowienia art. 5 ust. 1 i 2 ustawy gwarancyjnej, które w sposób nieprecyzyjny określają wysokość i terminy uzyskania gwarancji („wystarczająca gwarancja”, „odpowiedni, wyznaczony przez siebie termin”, „dodatkowy termin”). Unormowanie to może być nadużywane i godzić w uzasadnione interesy zamawiających. Ustawodawca najwyraźniej nie wziął pod uwagę faktu, że oprócz niesolidnych zamawiających w obrocie występują również niesolidni wykonawcy, a konstrukcja przepisu wręcz zachęca do „uwalniania się” – na koszt zamawiających – od umów, których wykonawca z jakichś powodów nie chce albo nie może należycie wykonać (bo np. otrzymał inne bardziej intratne zlecenie albo zorientował się, że zaproponowane niskie wynagrodzenie, dzięki któremu wygrał przetarg, nie zapewni mu zadowalającego zysku). Zgodnie z art. 5 ust. 1 i 2 możliwe jest na przykład następujące działanie nierzetelnego wykonawcy: 20 grudnia żąda on gwarancji zapłaty, wyznaczając „odpowiedni” termin na 30 grudnia. 31 grudnia wyznacza na piśmie, „dodatkowy” termin – 3 stycznia roku następnego, a w razie nieustanowienia przez zamawiającego „wystarczającej” gwarancji (w zasadzie niemożliwego w okresie świąteczno-noworocznym), 4 stycznia schodzi z placu budowy, żądając wynagrodzenia w trybie określonym w ust. 3 (analogiczne możliwości oferują tzw. długie weekendy).

Skoro art. 5 ust. 1 i 2 nie spełnia podstawowego wymogu określoności, Trybunał Konstytucyjny uznaje go za niezgodny z art. 2 Konstytucji. Jednocześnie nadmienia, że art. 5 ust. 3 ustawy gwarancyjnej, choć stosuje to samo niejasne pojęcie „wystarczającej gwarancji”, zostanie – w wypadku należytej interwencji ustawodawcy w treść ustępów poprzedzających – „sanowany”. Trybunał Konstytucyjny wskazuje, że zarzut, iż stosowanie art. 639 k.c. prowadzi do konieczności zapłaty za budowę, mimo jej niewykonania, wynika z niedokładnej lektury tego przepisu kodeksu cywilnego, który – w zdaniu 2 – wyraźnie stanowi, że „zamawiający może odliczyć to, co przyjmujący zamówienie zaoszczędził z powodu niewykonania robót”. Jeśli więc wykonawca nie kupił materiałów, nie wprowadził maszyn na budowę i nie pracował, to nie należy mu się wynagrodzenie (jeśli jednak zaangażował się i swych pracowników, a gwarancji w wyznaczonym terminie nie otrzymał, to może odstąpić od umowy i żądać zapłaty).

Trybunał Konstytucyjny stwierdza, że art. 6-8 ustawy gwarancyjnej nie budzą wątpliwości legislacyjno-prawnych.

5. Trybunał Konstytucyjny zgadza się ze stanowiskiem Prokuratora Generalnego, że punktem wyjścia merytorycznej oceny jakiegokolwiek przepisu jest uprzednie uznanie go za poprawny z legislacyjnego punktu widzenia. Tylko bowiem ustalenie, że treść przepisu jest jasna, zrozumiała i pozwala na egzekwowanie przyznanych praw i obowiązków, umożliwia dalszą kontrolę pod kątem naruszenia innych norm Konstytucji. Skoro więc Trybunał Konstytucyjny orzekł o niezgodności z art. 2 Konstytucji art. 4 ust. 4 i art. 5 ust. 1 i 2, to za zbędną uznaje ocenę tych przepisów w aspekcie pozostałych powołanych przez wnioskodawcę wzorców kontroli.

6. Odnosząc się do zarzutu niezgodności ustawy gwarancyjnej z art. 22 Konstytucji, Trybunał Konstytucyjny stwierdza, że w świetle uzasadnienia wniosku zarzut ów dotyczy w istocie tylko art. 3, art. 4 i art. 5 ustawy gwarancyjnej. Skoro jednak *petitum* wniosku obejmuje całą ustawę, to zachodzi konieczność rozstrzygnięcia w tym aspekcie o wszystkich jej przepisach, które nie łamią zasad wynikających z art. 2 Konstytucji (czyli z wyjątkiem art. 4 ust. 4 i art. 5 ust. 1-2).

Trybunał Konstytucyjny zajmuje stanowisko, że zasada swobody umów w świetle Konstytucji rozpatrywana być powinna w pierwszej kolejności w powiązaniu z zasadą ochrony wolności człowieka (art. 31 ust. 1 Konstytucji) i zakazem zmuszania kogokolwiek do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje (art. 31 ust. 2 zdanie drugie Konstytucji). Podstawą takiego założenia jest nie tylko geneza zasady swobody kontraktowania. Chodzi tu przede wszystkim o to, że zasada swobody umów jest normą należącą do dziedziny prawa prywatnego, dotyczy bowiem stosunków prawnych między podmiotami prawa cywilnego, a więc osobami fizycznymi i osobami prawnymi. Związek zasady swobody umów z konstytucyjną gwarancją ochrony wolności człowieka polega na tym, że obowiązek poszanowania wolności Konstytucja nakłada na wszystkie podmioty stosunków prawnych, także podmioty występujące w obrocie cywilnoprawnym. Zgodnie z art. 31 ust. 2 Konstytucji każdy jest obowiązany szanować wolności i prawa innych. Zasada swobody umów nie ma zaś charakteru normy prawa publicznego, tj. – mówiąc bardzo ogólnie – nie dotyczy wyłącznie relacji państwa lub innego podmiotu prawa publicznego, występującego z pozycji władczej, w stosunku do innych podmiotów stosunków prawnych. Odnosi się ona także do stosunków między podmiotami prawa prywatnego. Dlatego zasada swobody umów nie powinna być traktowana jako pochodna „klasycznych” praw wolnościowych (wolności człowieka i obywatela), dotyczących relacji władz publicznych i jednostek w niektórych sferach życia, ale ogólnej konstytucyjnej proklamacji wolności człowieka.

Można tu odwołać się również do argumentów prawnoporównawczych, wskazując, że w Republice Federalnej Niemiec przyjmuje się, iż zasada swobody umów wynika z proklamowanego w art. 2 Ustawy Zasadniczej z 1949 r. prawa do swobodnego rozwoju swej osobowości oraz nienaruszalności wolności każdej osoby.

Traktowanie swobody umów jako pochodnej jedynie wolności prowadzenia działalności gospodarczej jest zdaniem Trybunału Konstytucyjnego nietrafne. Zasada swobody umów nie jest pochodną zasady wolności gospodarczej przede wszystkim z uwagi na odmienny zakres przedmiotowy i podmiotowy obu zasad. Zasada swobody umów w rozumieniu konstytucyjnym dotyczy z założenia wszystkich umów zawieranych przez jednostki (osoby fizyczne i podmioty zrównane z nimi, jeśli chodzi o korzystanie z wolności i praw człowieka i obywatela). Natomiast zasada wolności działalności gospodarczej dotyczy podmiotów prowadzących (lub zamierzających prowadzić) działalność gospodarczą i umów zawieranych w ramach takiej działalności i dla niej typowych. Wprawdzie trudno zaprzeczyć pewnemu związkowi między swobodą umów a wolnością działalności gospodarczej, niemniej, patrząc z konstytucyjnego punktu widzenia, należy stwierdzić, że wolność działalności gospodarczej może być realizowana za pomocą instrumentów prawnych stanowiących element innej wolności lub prawa o randze konstytucyjnej. Wolność działalności gospodarczej manifestować się bowiem może także w działaniach, które – patrząc pod kątem ochrony konstytucyjnej – stanowią realizację innych wolności i praw poręczonych przez Konstytucję. Pojmowana ogólnie swoboda umów jest bowiem przede wszystkim konsekwencją proklamacji ochrony wolności człowieka. Tak więc na płaszczyźnie konstytucyjnej to przede wszystkim art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji reguluje problematykę, która w sferze prawa cywilnego jest objęta zakresem swobody umów. Powyższe prowadzi do wniosku, że żaden z przepisów ustawy gwarancyjnej nie jest niezgodny z art. 22 Konstytucji.

7. Ostatnim wzorcem kontroli powołanym przez Rzecznika Praw Obywatelskich jest art. 32 ust. 1 Konstytucji statuujący zasadę równości, której podstawową treścią jest nakaz jednakowego traktowania podmiotów charakteryzujących się cechą relewantną (istotną). Chociaż *petitum* wniosku obejmuje całą ustawę gwarancyjną (co narzucałoby

konieczność rozstrzygnięcia w tym aspekcie o wszystkich jej przepisach), to aktualność zachowują ustalenia zawarte w punkcie 6 *in principio* niniejszego uzasadnienia.

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego zarzut naruszenia zasady równości w odniesieniu do całej ustawy postawiony jest w fałszywej perspektywie. Porównywanie sytuacji wierzyciela i dłużnika w jakimkolwiek zobowiązaniu jest nieporozumieniem, bo z natury rzeczy pozycja każdego z nich jest inna. Podążając tropem uzasadnienia wniosku, należałoby uznać, że wszystkie przepisy o zobowiązaniach, różnicujące uprawnienia i obowiązki stron, naruszają art. 32 Konstytucji. Jest tymczasem oczywiste, że ustawodawca, właśnie dla zachowania równowagi pomiędzy stronami umowy, powinien chronić tę z nich, która – wbrew zasadzie zobowiązań wzajemnych (czyli świadczeń „z ręki do ręki”) – musi świadczyć jako pierwsza. Przykładowo: hotelarzowi przysługuje ustawowe prawo zastawu na „rzeczach wniesionych” przez gościa hotelowego (art. 850 k.c.), co jednak nie oznacza naruszenia zasady równości. Nie wydaje się natomiast, by instytucjonalnej ochrony potrzebowała strona, której zobowiązanie polega na zapłacie za to, co już otrzymała. Tak więc, wbrew sugestiom płynącym z uzasadnienia wniosku, nie ma potrzeby normowania ustawowych gwarancji dla inwestora, bo on – z definicji – płaci tylko za dostarczone materiały i za roboty wykonane. Nie oznacza to rzecz jasna, że strony nie mogą zawrzeć w umowie postanowień zabezpieczających interesy zamawiającego (np. ustanawiających kary umowne za nieterminowe oddanie obiektu), i w praktyce zawsze takie występują. W tym kontekście można wręcz przyjąć, że gwarancje budowlane stanowią pewną przeciwwagę dla zabezpieczeń, z których może skorzystać inwestor (a ponieważ kara umowna nie może dotyczyć zobowiązania pieniężnego – zobowiązania zamawiającego do zapłaty należności – ustawodawca przyznał wykonawcom robót budowlanych prawo żądania gwarancji budowlanej).

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego trafne jest stanowisko Prokuratora Generalnego, że sam status przedsiębiorcy nie jest cechą istotną, uzasadniającą zakwalifikowanie wszystkich osób prowadzących działalność gospodarczą – bez względu na jej rodzaj – do tej samej klasy podmiotów. Trudno dopatrzeć się naruszenia zasady równości w swoim, w gruncie rzeczy zresztą wątpliwym, uprzywilejowaniu tylko jednej grupy przedsiębiorców – wykonawców robót budowlanych. Sugerowałoby to bowiem, że wszyscy przedsiębiorcy, podejmujący działalność gospodarczą w dowolnej branży tworzą zwartą i jednolitą kategorię „podmiotów podobnych” i z tego względu powinni być zawsze przez ustawodawcę traktowani w sposób jednakowy, bez różnicowań faworyzujących albo dyskryminujących. Nie ulega wątpliwości, że adresatem ustawy gwarancyjnej jest pewna grupa podmiotów uczestniczących w procesie budowlanym (nie zaś wszystkie podmioty uczestniczące w obrocie gospodarczym jako takim), jednak Trybunał Konstytucyjny nie dostrzega w tym fakcie różnicowania godzącego w konstytucyjną zasadę równości. W świetle argumentacji Prokuratora Generalnego trudno dopatrzeć się naruszenia tej zasady w przyznaniu prawa do gwarancji tylko wykonawcom robót budowlanych (a nie np. wytwórcom dowolnego asortymentu towaru czy przedsiębiorcom wykonującym masowe zamówienia krawieckie).

W świetle powyższego Trybunał Konstytucyjny uznaje przepisy ustawy gwarancyjnej, co do których nie orzekł o ich niezgodności z art. 2 Konstytucji – za zgodne z art. 32 ust. 1 Konstytucji.

8. Istotnym czynnikiem wpływającym na ocenę konstytucyjności ustawy gwarancyjnej jest dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2000/35/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. w sprawie zwalczania opóźnień w płatnościach w transakcjach handlowych (Dz. Urz. UE L 200; dalej: dyrektywa). Bezpośrednim wyrazem jej implementacji do polskiego porządku prawnego jest ustawa z dnia 12 czerwca 2003 r.

o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. Nr 139 poz. 1323, ze zm.; dalej: u.t.z.h.). Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego można jednak przyjmować, że ochrona wykonawców robót budowlanych przewidziana u.t.z.h. nie wystarczy – wbrew tezie uzasadnienia wniosku – dla zrealizowania celów kwestionowanej ustawy (zagadnienie to wymagałoby szczegółowej analizy rynku usług budowlanych, której Trybunał Konstytucyjny, w braku instrumentarium zarówno prawnego, jak i fachowego, dokonać nie może). Ze względu na cel – przeciwdziałanie opóźnieniom zapłaty – ustawa gwarancyjna także może być uznana za wyraz woli ustawodawcy implementacji dyrektywy, w zakresie stosunków w niej uregulowanych. Choć sama dyrektywa nie przewiduje gwarancji jako instrumentu ochrony wierzyciela, to zezwala państwom członkowskim zachować lub wprowadzać przepisy czy instytucje korzystniejsze dla wierzyciela od przewidzianych dyrektywą, a za takie można uznać rozwiązania przyjęte w kwestionowanej ustawie. Stąd również ustawa gwarancyjna, oprócz ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, realizuje cele prawa wspólnotowego w zakresie zwalczania opóźnień w płatnościach.

Model instytucjonalny gwarancji budowlanej ukształtowany zaskarżoną ustawą odpowiada niemieckiej regulacji zawartej w § 648a kodeksu cywilnego (dalej: BGB) dotyczącym zabezpieczenia robót budowlanych (Bauhandwerkversicherung). Przepis ten wprowadzono, mimo że § 648 BGB przewidywał już wcześniej hipotekę ustawową przedsiębiorcy budowlanego na gruncie, na którym jest prowadzona inwestycja budowlana, i mimo, że Niemcy mają odrębne uregulowania realizujące dyrektywę. Zbliżoną konstrukcję gwarancji terminowej zapłaty za wykonanie robót budowlanych przyjął ustawodawca francuski (art. 1799-1 k.c. franc.).

9. Wobec faktu, że instytucja gwarancji budowlanych funkcjonuje w obrocie prawnym od dłuższego czasu, Trybunał Konstytucyjny uznaje, że „natychmiastowa” – z dniem ogłoszenia wyroku w Dzienniku Ustaw – utrata mocy wskazanych w sentencji przepisów ustawy gwarancyjnej mogłaby w pewnych wypadkach zakłócić procesy inwestycyjne i być niekorzystna dla obrotu prawnego. Dlatego też – na podstawie art. 190 ust. 3 Konstytucji – określa termin utraty mocy obowiązującej uznanych za niekonstytucyjne przepisów art. 4 ust. 4 oraz art. 5 ust. 1 i 2 ustawy na 30 czerwca 2007 r.

10. Skutkiem tego wyroku ustawodawca powinien ponownie przeanalizować całą instytucję gwarancji zapłaty za roboty budowlane. Jest to bardzo ważne w kontekście negatywnych konsekwencji jej funkcjonowania, znanych – jak dowiódł Rzecznik Praw Obywatelskich – organom państwa. Konieczność takiej analizy jest szczególnie uzasadniona w odniesieniu do umów o „publiczne” roboty budowlane, w których zamawiającymi są państwo i samorząd terytorialny (w tym umów finansowanych ze źródeł zagranicznych), a przedmiotem – duże inwestycje infrastrukturalne (mosty, drogi, wielopoziomowe skrzyżowania, oczyszczalnie ścieków itp.). W wypadku takich umów wykorzystanie przez nierzetelnego wykonawcę choćby mechanizmu przedstawionego w punkcie 4 *in fine* uzasadnienia prowadzi do ponownego uruchamiania długotrwałych procedur przetargowych, może też spowodować utratę środków na realizację inwestycji (np. tzw. środków unijnych, których „kalendarz wykorzystania” jest bardzo ściśle określony i skrupulatnie egzekwowany) oraz – co również istotne – znaczne utrudnienia życiowe wielu obywateli (związane np. z nadmiernie przedłużającą się przebudową arterii komunikacyjnej).

Należałoby całościowo przeanalizować ten problem łącznie z zagadnieniem umiejscowienia przepisów o gwarancji terminowej zapłaty za roboty budowlane, całościowo dostosować terminologię do przyjętej w kodeksie cywilnym, zastosować prawidłową formę

zakończenia stosunku zobowiązaniowego (art. 3 ust. 2 ustawy gwarancyjnej) i prawidłowo ukształtować art. 4 ust. 1 ustawy, zastępując mylące pojęcie zleceń dodatkowych.

Z tych względów Trybunał Konstytucyjny orzekł jak na wstępie.