



Instytut Wymiaru Sprawiedliwości



Analiza metodologii powstawania
przestępstw ekonomicznych w sektorze zamówień
publicznych na przykładzie inwestycji drogowych
i energetycznych

dr Mariusz Miąsko



Prawo karne i kryminologia

Warszawa 2019

Spis treści

Słownik	7
Dział I. Wstępna analiza problematyki powstawania nieprawidłowości i przestępstw ekonomicznych w sektorze zamówień publicznych	11
Wstęp – ogólna charakterystyka sytuacji w sektorze budowy dróg i sektorze energetycznym	11
Raporty NIK	11
Ustalenia i doniesienia medialne	16
Dział II. Abstrakt <i>de lege lata</i> stanu prawnego w zakresie problematyki powstawania nieprawidłowości i przestępstw ekonomicznych w sektorze zamówień publicznych	17
Analiza aktualnego stanu prawnego, w tym w szczególności regulacji kodeksu cywilnego, prawa budowlanego, regulacji tzw. „specustawy autostradowej” z 2012 r.	17
Dział III. Eksplikacja schematów w zakresie problematyki powstawania nieprawidłowości i przestępstw ekonomicznych w sektorze zamówień publicznych	25
Rozdział 1. Analiza schematu struktury łańcucha inwestorsko-wykonawczego	25
Rozdział 2. Analiza ogólnego schematu nieprawidłowości występujących przy budowie dróg i w sektorze energetycznym	29
Rozdział 3. Analiza konstytutywnych źródeł problemów podwykonawców robót budowlanych	30
3.1. Schemat nieprawidłowości	30
a) Cechy dotyczące struktury organizacyjnej „słupa”	31
b) Cechy odnoszące się do interakcji „słupa” z GW	31
3.2. Rola Inwestora Zastępczego w procesie nieprawidłowości i przestępstwa autostradowych	33
Rozdział 4. Szczegółowa analiza schematów przestępczych oraz nieprawidłowości występujących przy budowie dróg i w sektorze energetycznym	34
4.1. Przejmowanie kontraktów na warunkach dumpingowych lub poniżej wartości kosztorysu inwestorskiego	34
4.2. Przejmowanie kontraktu o wartości niższej od sumy wartości zawartych kontraktów z podwykonawcami	36
4.3. Zaniechanie zgłoszenia podwykonawców Generalnemu Wykonawcy lub Inwestorowi	37

4.4. Odmowa wypłaty wynagrodzeń podwykonawcom	38
4.5. Ustanowienie systemu „słupów” celem realizacji interesów ekonomicznych GW	52
4.6. Wyłudzenia gwarancji bankowych i ubezpieczeniowych	53
4.7. Wyłudzenia podatku VAT	61
4.8. Działania na szkodę podwykonawców poprzez wstąpienie Generalnego Wykonawcę w rolę „wykonawcy zastępczego”	64
4.9. Podwyższanie wartości kontraktu poprzez „systemy motywacyjne” pracowników GW	64
4.10. Emisja bezpodstawnych kar umownych na przykładzie orzeczenia sądu w kontekście jednego z Głównych Wykonawców	66
4.11. Opóźnianie płatności celem osłabienia pozycji ekonomicznej podwykonawców i kredytowanie inwestycji ze środków podwykonawców	69
4.12. Potrącenia sprokurowanych „skont” od podwykonawców	71
4.13. Zawieranie tzw. ugód oraz porozumień na szkodę podwykonawców	72
4.14. Podejrzenie fałszowania dzienników budowy przez GW	73
4.15. Czerpanie korzyści przez GW z konglomeratu różnorodnych działań na szkodę podwykonawcy	75
4.16. Zmowa Cenowa Generalnych Wykonawców na przykładzie nagrania Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego	76
4.17. Utrudnienie dochodzenia roszczenia przed polskim sądem	76
4.18. Uniemożliwienie dochodzenia roszczeń z uwagi na wysoki wymiar wpisu sądowego	77
4.19. Uniemożliwianie rozliczeń podwykonawców poprzez generowanie opóźnień w realizacji odbiorów zrealizowanych inwestycji budowlanych	80
4.20. Generowanie zysków na podstawie bezprawnego przysporzenia kaucji gwarancyjnych podwykonawców	81
4.21. Procedowanie ukierunkowane na przedawnienie roszczeń podwykonawcy	82
4.22. Obciążanie podwykonawców przez GW na podstawie nieistniejących postanowień klauzul dotyczących kar umownych	83
4.23. Obciążenie podwykonawców wzrostem cen surowców i produktów	83
4.24. Przenoszenie przez GW obciążeń na podwykonawców za fikcyjną dostawę paliwa podwykonawcom	83
4.25. Podwójne fakturowanie tej samej roboty budowlanej lub usługi budowlanej przez GW oraz jego „słupa”	84
4.26. Metoda „domku do wysadzenia”	85
4.27. Generowanie rentowności kontraktu poprzez wymuszenia i groźby karalne	86
Rozdział 5. Identyfikacja oraz syntetyczna kompilacja schematów działań przestępczych na szkodę podwykonawców	86

Dział IV. Konstatacja w zakresie propozycji zawartych w rządowym projekcie Ustawy o zapobieganiu nadużyciom przy inwestycjach drogowych	89
Rozdział 1. Analiza i ocena uregulowań przygotowanego przez Ministerstwo Sprawiedliwości projektu Ustawy o zapobieganiu nadużyciom przy budowie dróg i autostrad	89
Dział V. Wykaz propozycji <i>de lege lata</i>, <i>de lege ferenda</i> oraz <i>de lege derogata</i> w zakresie problematyki powstawania nieprawidłowości i przestępstw ekonomicznych w sektorze zamówień publicznych	91
Rozdział 1. Analiza stanu prawnego w kontekście działań <i>de lege lata</i> , <i>de lege ferenda</i> , <i>de lege derogata</i>	91
Dział VI. Podsumowanie – analiza zasadności powołania Narodowego Koncernu Budowlanego w kontekście przeciwdziałania niepożądanym zjawiskom w sektorze zamówień publicznych	99

Słownik

- **ABW** – Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego
- **ETS** – Europejski Trybunał Sprawiedliwości
- **GDDKiA** – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, centralny urząd administracji rządowej w Polsce, obsługujący Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad (jako organ), powołany w Ministerstwie Infrastruktury (następnie w Ministerstwie Transportu i Budownictwa oraz w Ministerstwie Transportu) w celu zarządzania drogami krajowymi oraz autostradami i drogami ekspresowymi, a także realizacji budżetu państwa w tym zakresie. Centralny organ administracji rządowej o nazwie „Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad” utworzono 1 kwietnia 2002 r. na podstawie art. 4 ustawy z dnia 1 marca 2002 r. o zmianach w organizacji i funkcjonowaniu centralnych organów administracji rządowej i jednostek im podporządkowanych oraz o zmianie niektórych ustaw¹, z połączenia: Generalnej Dyrekcji Dróg Publicznych – urzędu państwowego podlegającego Ministrowi Transportu i Gospodarki Morskiej, utworzonego 31 stycznia 1986 r., na mocy rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 1985 r.² z przekształcenia Centralnego Zarządu Dróg Publicznych, działającego od 23 marca 1951 r. jako jednostki Ministerstwa Transportu Drogowego i Lotniczego, na podstawie uchwały nr 49 Rady Ministrów z dnia 26 lutego 1951 r.³. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad obsługuje i działa pod bezpośrednim kierownictwem Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, który jest centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach dróg krajowych. Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad podlega Centrala GDDKiA w Warszawie i 16 oddziałów terenowych, których obszar działania pokrywa się z województwami. Oddziały mają w swej strukturze Rejony Dróg Krajowych zarządzające drogami w terenie. Ponadto w skład

¹ Dz. U. Nr 25, poz. 253 ze zm.

² Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 1985 r. w sprawie powołania i zakresu działania Generalnej Dyrekcji Dróg Publicznych, organizacji i zakresu działania dyrekcji okręgowych dróg publicznych i jednostek im podległych oraz drogowej służby liniowej (Dz. U. z 1986 r. Nr 1, poz. 2 ze zm.).

³ Uchwała Nr 49 Rady Ministrów z dnia 26 lutego 1951 r. w sprawie tymczasowego statutu organizacyjnego Ministerstwa Transportu Drogowego i Lotniczego (M.P. Nr 24, poz. 310).

Generalnej Dyrekcji wchodzi Zespół ds. Historii Drogownictwa w Szczucinie zajmujący się ochroną zabytków drogownictwa⁴.

- **Generalny Dyrektor**, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad
- **GW** – Generalny Wykonawca
- **Inwestor** – podmiot, o którym mowa w art. 18 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane⁵. Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy, do obowiązków inwestora należy zorganizowanie procesu budowy, z uwzględnieniem zawartych w przepisach zasad bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, a w szczególności zapewnienie realizacji zadań, o których mowa w powołanym przepisie ustawy.
- **Kodeks cywilny, k.c.** – ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny.
- **Kodeks karny, k.k.** – ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny⁶
- **NIK** – Najwyższa Izba Kontroli
- **Procedura zgłaszania i rozpatrywania wniosków** – procedura zgłaszania i rozpatrywania wniosków w zakresie realizacji ustawy o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych. Procedura została przyjęta do stosowania przez Oddziały GDDKiA w dniu 30 sierpnia 2012 r.
- **Projekt ustawy autostradowej Ministerstwa Sprawiedliwości** – projekt ustawy o zapobieganiu nadużyciom w inwestycjach drogowych zaprezentowany podczas konferencji prasowej w lipcu 2018 r.⁷ przez Ministra Sprawiedliwości Zbigniewa Ziobro, Wiceministra Sprawiedliwości Marcina Warchoła, przedstawicieli Parlamentu RP, Poszkodowanych podwykonawców reprezentowanych przez Stowarzyszenie Uczestników Rynku Komunikacji Samochodowej i Transportu Drogowego „Najlepsza Droga”⁸ (konsultanta ze strony społecznej uregulowań projektu ustawy).
- **PSE** – Polskie Sieci Energetyczne, **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A.** (PSE S.A.) to jednoosobowa spółka Skarbu Państwa, związana z elektroenergetyką w Polsce, właściciel sieci najwyższych napięć (NN) w Polsce. Spółka została zawiązana dnia 2 sierpnia 1990 r. i zarejestrowana w dniu 28 września 1990 r. Z dniem 1 lipca 2004 r. powstała spółka **PSE-Operator S.A.** dzierżawiąca majątek sieciowy od spółki PSE S.A., przez co nastąpiło oddzielenie krajowego obrotu energią elektryczną od działalności przesyłowej. W styczniu 2013 r. spółka **PSE-Operator S.A.** zmieniła nazwę na **PSE S.A.** Spółka PSE SA z siedzibą w Konstancinie-Jeziornie, prowadzi działalność na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. **Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A.** to spółka-matka

⁴ https://pl.wikipedia.org/wiki/Generalna_Dyrekcja_Dr%C3%B3g_Krajowych_i_Autostrad (dostęp: 3.12.2018 r.).

⁵ T.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1202 ze zm.

⁶ T.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1600 ze zm.).

⁷ <https://www.gov.pl/attachment/e6b8ed4c-ff87-4541-8f38-fa8e1173acdd> (dostęp: 3.12.2018 r.).

⁸ <http://najlepszadroga.pl/> (dostęp: 3.12.2018 r.).

Grupy Kapitałowej PSE (GK PSE). Zakres relacji pomiędzy PSE S.A. a innymi spółkami Grupy Kapitałowej, określa umowa holdingowa dotycząca zasad ładu korporacyjnego⁹.

- **Solidarna Odpowiedzialność** – zasada określona w art. 647¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny¹⁰, zgodnie z którą zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę.
- **„Specustawa”, „specustawa autostradowa” lub „specustawa autostradowa z 2012 r.”** – ustawa z dnia 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych¹¹
- **SN** – Sąd Najwyższy
- **„Słup”, „Słup Generalnego Wykonawcy”** – podmiot (często pierwszy lub pierwszy i drugi podwykonawca – ale nie zawsze, współpracujący z GW na jego korzyść i na szkodę innych podmiotów np.: dalszych podwykonawców, TU, etc.
- **TK** – Trybunał Konstytucyjny
- **TSUE** – Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
- **TU** – Towarzystwo Ubezpieczeniowe
- **WPS** – wartość przedmiotu sporu przed sądem
- **Wykonawca** – oznacza wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych¹² oraz każdy z podmiotów, który wspólnie ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty budowlane w rozumieniu art. 3 pkt 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane, który zawarł umowę z GDDKiA.
- **Zabezpieczenie należytego wykonania umowy** – zabezpieczenie, o którym mowa w art. 147–151a ustawy Prawo zamówień publicznych. Służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.
- **Zorganizowana Grupa Przestępcza, Związek Przestępczy** – zgodnie z rozumieniem wynikającym z treści art. 258 § 1 Kodeksu karnego, zgodnie z którym: *Kto bierze udział w zorganizowanej grupie albo związku mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.*

⁹ https://pl.wikipedia.org/wiki/Polskie_Sieci_Elektroenergetyczne (dostęp: 3.12.2018 r.).

¹⁰ T.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1025 ze zm.

¹¹ T.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 837 ze zm.

¹² T.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.

Dział I. Wstępna analiza problematyki powstawania nieprawidłowości i przestępstw ekonomicznych w sektorze zamówień publicznych

Wstęp – ogólna charakterystyka sytuacji w sektorze budowy dróg i sektorze energetycznym

Raporty NIK

W 2017 roku opublikowane zostały przez NIK raporty odnoszące się do sytuacji w sektorze zamówień publicznych w obszarze drogownictwa:

Informacja o wynikach kontroli – REALIZACJA PROGRAMU BUDOWY DRÓG KRAJOWYCH NA LATA 2011–2015¹³ oraz Informacja o wynikach kontroli – ZABEZPIECZENIE INTERESU SKARBU PAŃSTWA I PODWYKONAWCÓW W UMOWACH NA REALIZACJĘ INWESTYCJI DROGOWYCH PROWADZONYCH PRZEZ GENERALNĄ DYREKCJĘ DRÓG KRAJOWYCH I AUTOSTRAD¹⁴.

Kontrola *REALIZACJI PROGRAMU BUDOWY DRÓG KRAJOWYCH NA LATA 2011–2015* została zrealizowana w 6 jednostkach, tj. w: Ministerstwie Infrastruktury i Budownictwa; Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad; czterech Oddziałach Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad realizujących przedsięwzięcia drogowe, finansowane ze środków publicznych, tj. Krajowego Funduszu Drogowego oraz środków z budżetu państwa. Kontrola obejmowała Program Budowy Dróg Krajowych na lata 2011–2015. Kontrola wykazała, że

(...) Problemem było (...) niewłaściwe planowanie inwestycji drogowych objętych Programem (...). Ponadto brakowało odpowiedniego przygotowania do realizacji inwestycji ujętych w planie na lata 2011–2015 (...). Z kontroli NIK wynika, że już na etapie opracowywania projektu Programu Budowy Dróg Krajowych na lata 2011–2015 nie ustalono kryteriów doboru zadań inwestycyjnych, a także nie dostosowano planowanego zakresu rzeczowego do możliwości finansowych¹⁵.

Kontrola *ZABEZPIECZENIA INTERESU SKARBU PAŃSTWA I PODWYKONAWCÓW W UMOWACH NA REALIZACJĘ INWESTYCJI DROGOWYCH PROWADZONYCH PRZEZ GENERALNĄ DYREKCJĘ DRÓG*

¹³ KIN.430.006.2016 Nr ewid. 163/2016/P/15/036/KIN, Warszawa, dnia 11 lipca 2017 r., <https://www.nik.gov.pl/plik/id,15499,vp,17982.pdf> (dostęp: 3.12.2018 r.).

¹⁴ KIN.430.001.2017 Nr ewid. 155/2017/P/16/030/KIN, Warszawa, dnia 8 stycznia 2018 r., <https://www.nik.gov.pl/plik/id,16542,vp,19074.pdf> (dostęp: 3.12.2018 r.), dalej: Informacja o wynikach kontroli z 8 stycznia 2018 r.

¹⁵ Oficjalna strona internetowa NIK, *NIK o Programie Budowy Dróg Krajowych na lata 2011–2015*, 05.12.2017, <https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/nik-o-programie-budowy-drog-krajowych-na-lata-2011-2015.html> (dostęp: 3.12.2018 r.).

KRAJOWYCH I AUTOSTRAD, z której raport opublikowano 8 stycznia 2018 r., wskazała na porażający wręcz zakres nieprawidłowości, skutkujących szkodą po stronie zarówno Skarbu Państwa, jak i podwykonawców realizujących inwestycje drogowe. Kontrolą objęto lata 2011–2016 (I półrocze), natomiast w przypadku części zagadnień, dotyczących w szczególności kształtowania zapisów umownych, analizowane były także dokumenty i dane z lat wcześniejszych.

Raport NIK stwierdza, iż:

(...) w okresie objętym kontrolą GDDKiA realizowała inwestycje drogowe na podstawie Programów wieloletnich pn. „Program Budowy Dróg Krajowych i Autostrad”. Pomimo (...) dużego wzrostu nakładów na zadania drogowe, w 2011 roku zaczęły uwidaczniać się problemy branży budowlanej – wielu firmom tego sektora nie udawało się zachować płynności finansowej. Skutkowało to opóźnieniami w regulowaniu przez wykonawców, którzy zawarli z GDDKiA umowy o realizację inwestycji drogowych, należności wobec podwykonawców i przedsiębiorców za wykonane prace oraz dostarczone usługi i materiały lub wręcz zaprzestanie regulowania swoich zobowiązań¹⁶.

I dalej:

W związku z powyższym, z uwagi na nałożone na Inwestora przez przepisy Kodeksu Cywilnego obowiązki, GDDKiA zobligowana była, zgodnie z zasadą solidarnej odpowiedzialności, do spłaty nieuregulowanych zobowiązań wykonawców, z którymi podpisała umowy. Przed wejściem w życie przepisów Specustawy, szczególną ochroną spośród podmiotów świadczących prace na rzecz wykonawców robót budowlanych nie byli natomiast objęci usługodawcy oraz dostawcy, z którymi umowę podpisał wykonawca. W związku z powyższym, ale przede wszystkim z uwagi na: – narastające problemy związane z nieregulowaniem przez wykonawców, którzy zawarli z GDDKiA umowy o realizację zamówień na roboty budowlane, płatności na rzecz podmiotów nie mających (np. z uwagi na charakter wykonywanych prac lub świadczonych usług lub fakt braku zgłoszenia przez wykonawcę) prawa do skorzystania z ochrony określonej w art. 647¹ § 5 k.c.; – fakt, że 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. Minister przygotował projekt ustawy mającej na celu spłacenie roszczeń przedsiębiorców przez Generalnego Dyrektora DKiA ze środków Krajowego Funduszu Drogowego, przy jednoczesnym przejęciu przez Skarb Państwa ryzyka związanego z odzyskiwaniem wypłaconych środków od wykonawców. Wejście w życie z dniem 3 sierpnia 2012 r. Specustawy, pozwoliło na rozpoczęcie przez GDDKiA procesu wypłat niezaspokojonych przez wykonawców należności przedsiębiorców.

W tym miejscu można zaznaczyć, iż raport nie oddaje do końca istoty problemu, pomijając kluczową okoliczność, iż „specustawa” nie zabezpiecza *de facto* interesów dalszych podwykonawców, którzy nie posiadali zapewnionej ustawowo zdolności zgłoszenia własnych roszczeń do Inwestora, ponieważ rzeczona „specustawa” udzieliła takiego uprawnienia wyłącznie Generalnemu Wykonawcy i pierwszemu podwykonawcy. Stąd też wartości rozliczonych

¹⁶ Informacja o wynikach kontroli z 8 stycznia 2018 r., s. 6

należności w trybie odpowiedzialności solidarnej na gruncie „specustawy” autostradowej jest stosunkowo niewielka. Przykładem może być kontrakt na budowę autostrady A-1 Kowal-Sójki, w ramach którego z kilkuset podwykonawców (usługodawców) prawdopodobnie nie został w trybie „specustawy” rozliczony ani jeden podmiot, wobec niezgłoszenia ich wierzytelności do GDDKiA w Łodzi. Dodatkowo nakłada się na to przyjęta przez GDDKiA interpretacja przepisów „specustawy”.

NIK (...) negatywnie ocenia dokonaną przez GDDKiA interpretację i stosowanie zapisów Specustawy, które bezzasadnie ograniczyły krąg podmiotów mogących ubiegać się o wypłatę należności oraz stworzyły bezpodstawne utrudnienia w dochodzeniu przez przedsiębiorców swoich roszczeń. W konsekwencji doprowadziło to do niezasadnego obniżenia wypłat na łączną kwotę 1 045,7 tys. zł, potencjalnego niewypłacenia kwoty ponad 40 000 tys. zł oraz narażeniem przedsiębiorców na poniesienie kosztów związanych z wszczęciem i prowadzeniem wymaganego niezasadnie przez GDDKiA postępowania upadłościowego wtórnego. Do wystąpienia nieprawidłowych działań w tym zakresie przyczynił się brak skutecznego nadzoru nad GDDKiA ze strony ministra właściwego ds. transportu. W ocenie Najwyższej Izby Kontroli:

1. Podlegające koordynacji Centrali GDDKiA umowy na roboty budowlane, zawierane przez Oddziały GDDKiA (dotyczące zadań ujętych w Programie Budowy Dróg Krajowych na lata 2008–2012), w ograniczonym zakresie zawierały zapisy zabezpieczające interes Skarbu Państwa na wypadek niezrealizowania przez wykonawcę płatności na rzecz podwykonawców. Przedmiotowe umowy **nie dawały GDDKiA uprawnień do sprawowania monitoringu rzetelności dokonywania przez wykonawców płatności na rzecz podwykonawców. Nie zawierały również zapisów pozwalających na prawidłową identyfikację podmiotów realizujących prace w ramach zamówienia publicznego.** W ocenie NIK, odpowiednio wcześnie uzyskanie wiedzy na temat zatorów płatniczych, pozwoliłoby na wykorzystywanie bezpieczniejszych i pewniejszych dla Inwestora narzędzi odzyskiwania środków finansowych wypłaconych na rzecz podwykonawców na podstawie art. 647 [1] § 5 k.c. Skutkiem tego był fakt, że z tytułu art. 647 [1] § 5 Kodeksu cywilnego do GDDKiA roszczenia **złożyło 362 niezgłoszonych podwykonawców na łączną kwotę ponad 234 mln złotych.** W większości przypadków jako przyczyna nieuwzględnienia w podpisywanych kontraktach, ryzyka nierzetelnego dokonywania płatności na rzecz podwykonawców, wskazywany był brak tego rodzaju problemów we wcześniej realizowanych kontraktach. Tymczasem ustalenia kontroli wskazują, że już w 2008 r. GDDKiA miała wiedzę o częstych przypadkach przedkładania przez podwykonawców robót wezwań do zapłaty, związanych z Solidarną Odpowiedzialnością zamawiającego za zobowiązania Generalnego wykonawcy. W ocenie NIK rzetelnie wykonana analiza potencjalnych zagrożeń związanych z uruchomieniem mechanizmów określonych w art. 647 [1] § 5 Kodeksu Cywilnego, powinna doprowadzić do opracowania i wdrożenia – we wszystkich realizowanych projektach – skutecznych mechanizmów kontrolnych procesu regulowania zobowiązań przez wykonawców i zachowania maksymalnej dyscypliny przy realizacji zadań (...)¹⁷.

¹⁷ Informacja o wynikach kontroli z 8 stycznia 2018 r., s.10–11.

I dalej:

4. Istnieje wysokie ryzyko, że z uwagi na dokonaną przez Centralę GDDKiA interpretację zapisów Specustawy, nie dokonano spłaty wszystkich należności przedsiębiorców, którzy zawarli umowy z wykonawcami w związku z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane udzielonego przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad. W ocenie NIK w opracowanej przez Centralę Procedurze Spłaty Należności nieprawidłowo zastosowano przepisy Specustawy: [str. 39–41]
 - a. art. 2 – poprzez zawarcie w pkt 4 Procedury zapisu zmniejszającego wysokość limitu wypłat dla przedsiębiorców ze względu na zwrócenie przez GDDKiA na rzecz wykonawcy części zabezpieczenia należytego wykonania umowy, czym w ocenie NIK bezpodstawnie ograniczono ustawowe uprawnienia przedsiębiorców do otrzymania spłaty należności. Skutkiem tego było niezasadne obniżenie wypłat dla 17 przedsiębiorców, o łączną kwotę 1 045,7 tys. zł;
 - b. art. 1 ust. 2, poprzez zawarcie w pkt 1 Procedury zapisu, zgodnie z którym ustawa nie ma zastosowania w stosunku do przedsiębiorców będących podwykonawcami robót budowlanych. W ocenie NIK taka interpretacja ww. przepisu Specustawy stwarza nieuzasadnioną różnicę w sposobie rozstrzygania o roszczeniach podwykonawców robót budowlanych oraz pozostałych przedsiębiorców, na niekorzyść tych pierwszych. W ocenie NIK mogło to doprowadzić do niewypłacenia z tego powodu kwoty ok. 36 mln zł należności.

I dalej:

5. Przyjęte przez GDDKiA mechanizmy realizacji przepisów Specustawy w niektórych przypadkach stwarzały bezpodstawne utrudnienie w dochodzeniu przez przedsiębiorców swoich należności z uwagi na nieprawidłowe zastosowanie: [str. 41–43]
 - a. art. 7 ust. 1 pkt 3 Specustawy, poprzez ustalenie w pkt 19 ppkt 3 Procedury oraz przyjęcie przez GDDKiA w praktyce przy rozpatrywaniu zgłoszeń należności na podstawie tej ustawy – zasady, zgodnie z którą całość należności wypłacana jest przedsiębiorcy po dostarczeniu sądowego odpisu listy wierzytelności wydanego jedynie w polskim postępowaniu upadłościowym, co skutkowało pozbawieniem należytej ochrony prawnej podwykonawców świadczących prace na rzecz wykonawcy zagranicznego. Ponadto konsekwencją ww. błędnej interpretacji przepisów Specustawy było również bezpodstawne niewypłacenie 14 przedsiębiorcom kwoty w łącznej wysokości 4 847,5 tys. zł oraz narażeniem 97 przedsiębiorców na poniesienie kosztów związanych z wszczęciem i prowadzeniem wymaganego bezprawnie przez GDDKiA postępowania upadłościowego wtórnego,
 - b. art. 7 ust. 3 i art. 8 ust. 1 ustawy, poprzez bezpodstawne określenie w pkt 20 Procedury wymogu, aby oświadczenia przedsiębiorców, o których mowa w tych przepisach, były składane przez nich osobiście lub z podpisem notarialnie poświadczonym. W ocenie NIK Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad nie jest uprawniona do stosowania wobec przedsiębiorców wymagań, które nie wynikają wprost z przepisów ustawy, nawet ze względu na przyjęcie celowości dodatkowych warunków”.

Opisane powyżej nieprawidłowości stwierdzone przez NIK mają swoją kontynuację także po emisji przywołanego raportu.

Egzemplifikację tej sytuacji stanowi odmowa wypłaty należności podwykonawcom A-1 odcinek Kowal – Sójki, gdzie GDDKiA Oddział Łódź, odmawiając wypłaty podwykonawcom, powołała się na powyżej wskazane wymagania, zdaniem NIK stawiane w sposób bezpodstawny.

NIK wskazuje także na ogromną skalę nieprawidłowości w rozliczaniu podwykonawców, w konsekwencji czego Skarb Państwa zmuszony był do rozliczenia w imieniu GW ogromnych kwot wobec poszkodowanych podwykonawców:

W ocenie NIK istnieje bardzo wysokie ryzyko, że odzyskanie części środków finansowych wypłaconych przedsiębiorcom, z uwagi na sytuację finansową wykonawców (upadłość podmiotów z jednocześnie niewystarczającą do zaspokojenia zobowiązań masą upadłościową) nie będzie możliwe. Do 30 czerwca 2017 r. z tytułu Specustawy wypłacono przedsiębiorcom 297 249,99 tys. zł. W trakcie rozpatrywania pozostawały zgłoszenia w wysokości 18 276,38 tys. zł. Odzyskano od generalnych wykonawców dla KFD środki z tytułu dokonanych wypłat dla przedsiębiorców w wysokości 85 584,36 tys. zł, tj. niespełna 29% kwoty przyznanej przedsiębiorcom. Ustalenia kontroli wskazują, że w przypadku 5 kontraktów o największej kwocie pozostałych do odzyskania środków finansowych wypłaconych w trybie Specustawy (łącznie 201 702,8 tys. zł), w odniesieniu do przynajmniej 3 istnieje wysokie ryzyko braku możliwości ich skutecznego dochodzenia. [str. 48–50]¹⁸.

Wskutek nieprawidłowości w procesie inwestycyjnym oraz braku nadzoru Inwestora, Skarb Państwa musiał wypłacić podwykonawcom (w zastępstwie Generalnych Wykonawców i ich „słupów”) bardzo poważne środki finansowe.

Łączna kwota środków wypłaconych z tytułu solidarnej odpowiedzialności (ok. 1,13 mld zł) i Specustawy (ok. 0,3 mld zł) (...) NIK zwraca jednak uwagę, że ostateczną wielkość przedmiotowych wydatków będzie można określić po zakończeniu toczących się postępowań sądowych, w których z roszczeniami wystąpili zarówno wykonawcy, podwykonawcy jak i przedsiębiorcy¹⁹.

Można wyrazić opinię, iż Raport NIK oddaje zaledwie ułamkową część problemu, ponieważ nie uwzględnia w ogóle skali nierozliczonych podwykonawcom należności z tytułu np.:

- fikcyjnie wymierzonych kar umownych, potrąconych z należnościami głównymi,
- sprokurowanych naliczonych „skont” od przyspieszonych wypłat należności,
- bezpodstawnie wstrzymanych zwrotów kaucji gwarancyjnych,
- sprokurowanych porozumień i ugód pomiędzy GW a podwykonawcami,
- przypadków nierozliczenia przez Inwestora podwykonawców nie zgłoszonych przez GW,
- wielu innych okoliczności wskazanych dokładnie w dalszej części niniejszej analizy.

¹⁸ Informacja o wynikach kontroli z 8 stycznia 2018 r., s. 12.

¹⁹ Informacja o wynikach kontroli z 8 stycznia 2018 r., s. 13.

Ustalenia i doniesienia medialne

1. W sierpniu 2010 ABW zatrzymała dwie osoby z kierownictwa katowickiego oddziału GDDKiA pod zarzutem korupcji trwającej od 1998 do 2007 roku^{20 21}. Również w 2010 roku pod zarzutem korupcji i pomocy w zмовie handlowej²² zatrzymany został dyrektor oddziału warszawskiego²³.
2. W 2009 roku ABW ustaliła, że kontrolerzy GDDKiA podmieniali próbki asfaltu pobierane do badań, które były jednym z warunków odbioru nowych odcinków drogi od wykonawcy. Proceder odbywał się przy współpracy dyrektora laboratorium oraz dyrektora śląskiego oddziału Dyrekcji²⁴. Według GDDKiA patologie miały miejsce do 2009 r., kiedy pobierano jedynie 700 próbek, w 2013 jest ich ponad 60 tys.
3. Wykonawcy wielokrotnie zarzucali GDDKiA „niewłaściwe przygotowanie budowy i brak należytej weryfikacji dokumentacji na etapie jej przygotowywania”, co skutkuje wypowiedzeniem umów przez wykonawców i opóźnienia w budowach^{25 26}.
4. W 2014 NIK po kontroli sześciu oddziałów GDDKiA wskazała na liczne nieprawidłowości w łódzkim oddziale: zaniedbania w umowach z wykonawcami, spory kompetencyjne ze służbami ratowniczymi oraz przypadku „oczywistego konfliktu interesów”. m.in. zasiadanie w komisjach przetargowych krewnych wykonawców, przyjmowanie przez pracowników GDDKiA zleceń od firm, które wygrywały przetargi i formalnie były wykonywane „poza godzinami pracy” a w rzeczywistości niejednokrotnie były realizowane w czasie pracy i przy użyciu samochodów należących do Generalnej Dyrekcji²⁷.

²⁰ Sąd nie aresztował dyrektora z GDDKi, TVP Info, 4.08.2010 r., <https://www.tvp.info/2302600/polska/sad-przeciw-aresztowaniu-szefa-gddkia/> (dostęp: 3.12.2018 r.).

²¹ Heniek bierze zbyt oficjalnie. Chyba go wyp**li, TVN24, <https://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/heniek-bierze-zbyt-oficjalnie-chyba-go-wyp-li,193273.html> (dostęp: 3.12.2018 r.).

²² M. Jałoszewski, O drogowcu, co tylko pomagał kolegom. Proces menedżerów oskarżonych w zмовie drogowej, „Gazeta Wyborcza”, 5.08.2014 r., http://wyborcza.pl/1,75398,16428477,O_drogowcu__co_tylko_pomagal_kolegom__Proces_menedzerow.html (dostęp: 3.12.2018 r.).

²³ W. Surmacz, V. Krasnowska-Saustowicz, Kossak za drogi, Forbes <https://www.forbes.pl/wiadomosci/kossak-za-drogi/ygqzhl8> (dostęp: 3.12.2018 r.).

²⁴ Autostrady złodziei, Wirtualna Polska, 1.03.2013 r., <https://finanse.wp.pl/autostrady-zlodziei-6114809468815489a> (dostęp: 3.12.2018 r.).

²⁵ Zagraniczni ambasadorzy skarżą się w resorcie na GDDKiA, Forsal.pl, 13.06.2013 r., <https://forsal.pl/artykuly/711174,zagraniczni-ambasadorzy-skarza-sie-w-resorcie-na-gddkia.html> (dostęp: 3.12.2018 r.).

²⁶ FCC Construcccion wycofuje się z kontraktu na budowę obwodnicy miejscowości Szczuczyn, Forsal.pl, 14.06.2013 r., <https://forsal.pl/artykuly/710973,fcc-construcccion-wycofuje-sie-z-kontraktu-na-budowe-obwodnicy-miejscowosci-szczuczyn.html> (dostęp: 3.12.2018 r.).

²⁷ NIK o utrzymaniu i remontach dróg, oficjalna strona internetowa NIK, 21.08.2015 r., <https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/nik-o-utrzymaniu-i-remontach-drog.html> (dostęp: 3.12.2018 r.).

Dział II. Abstrakt *de lege lata* stanu prawnego w zakresie problematyki powstawania nieprawidłowości i przestępstw ekonomicznych w sektorze zamówień publicznych

Analiza aktualnego stanu prawnego, w tym w szczególności regulacji kodeksu cywilnego, prawa budowlanego, regulacji tzw. „specustawy autostradowej” z 2012 r.

W porządku prawnym, co do zasady, funkcjonuje schemat generujący nieprawidłowości w procesie rozliczania podwykonawców, oparty *de facto* na założeniu, iż generalny wykonawca lub pierwszy podwykonawca są „sędziami we własnej sprawie” w kwestiach oceny prawidłowości oraz terminowości wykonania robót i usług budowlanych. Aktualnie do rozliczeń pomiędzy Generalnym Wykonawcą a podwykonawcami dochodzi na podstawie protokołów odbiorów sporządzanych przez pracowników Generalnego Wykonawcy lub jego „słupa”, a nie np. przez niezależny podmiot (np.: urzędnika inwestora GDDKiA lub PSE).

W konsekwencji istnieją co do zasady trzy alternatywne tryby pozwalające odzyskać należności przez podwykonawców:

- a) roszczenie w trybie odpowiedzialności solidarnej z art. 647¹ k.c., ale jedynie za roboty budowlane;
- b) roszczenie w trybie odpowiedzialności solidarnej w trybie tzw. „specustawy” autostradowej z 2012 r., ale jedynie za usługi i dostawy (jednak uprawnienie ubiegania się o rozliczenie przez inwestora przysługuje jedynie pierwszemu podwykonawcy, a nie dalszym podwykonawcom, który może, ale często nie rozlicza się z dalszymi podwykonawcami w trybie instytucji „zaliczki”);
- c) powództwo do sądu przeciwko GW.

Powyższe procedury, posiadają wszakże szereg niedoskonałości, które warto w tym miejscu po krótku zasygnalizować.

Czyniąc rozważania na temat konstrukcji płynącej z art. 647¹ k.c. należy zaznaczyć, że został on znowelizowany aż ośmiokrotnie i poczynione ustalenia w tym miejscu będą odnosiły się jedynie do ostatniej warstwy treściowej rzeczowego przepisu, który stanowi w § 1, iż *inwestor odpowiada solidarnie z wykonawcą (generalnym wykonawcą) za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy:*

1. z tytułu wykonanych przez niego **robót budowlanych**,
2. których szczegółowy przedmiot został **zgłoszony inwestorowi** przez wykonawcę lub podwykonawcę,

3. **przed przystąpieniem do wykonywania** tych robót,
4. chyba że w ciągu trzydziestu dni od dnia doręczenia inwestorowi zgłoszenia inwestor złożył podwykonawcy i wykonawcy **sprzeciw wobec wykonywania tych robót przez podwykonawcę**. § 2. Zgłoszenie, o którym mowa w § 1, nie jest wymagane, jeżeli inwestor i wykonawca określili w umowie, zawartej w formie pisemnej pod rygorem nieważności, szczegółowy przedmiot robót budowlanych wykonywanych przez oznaczonego podwykonawcę.
5. § 3. *Inwestor ponosi odpowiedzialność za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia w wysokości ustalonej w umowie między podwykonawcą a wykonawcą,*
6. **chyba że ta wysokość przekracza wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy za roboty budowlane**, których szczegółowy przedmiot wynika odpowiednio ze zgłoszenia albo z umowy, o których mowa w § 1 albo 2.
7. W takim przypadku odpowiedzialność inwestora za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia jest **ograniczona do wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy za roboty budowlane**, których szczegółowy przedmiot wynika odpowiednio ze zgłoszenia albo z umowy, o których mowa w § 1 albo 2.
8. § 4. **Zgłoszenie oraz sprzeciw**, o których mowa w § 1, wymagają zachowania **formy pisemnej** pod rygorem nieważności. § 5. Przepisy § 1-4 stosuje się odpowiednio do solidarnej odpowiedzialności inwestora, wykonawcy i podwykonawcy, który zawarł umowę z dalszym podwykonawcą, za zapłatę wynagrodzenia dalszemu podwykonawcy.
9. § 6. **Postanowienia umowne sprzeczne z treścią § 1-5 są nieważne.**

Można krytycznie odnieść się do poszczególnych niedoskonałości przedmiotowych uregulowań.

- *Prima facie*, uregulowanie ogranicza się jedynie do odpowiedzialności solidarnej inwestora za *roboty budowlane* i nie daje możliwości dochodzenia roszczeń przez podwykonawców, którzy zrealizowali usługi i dostawy związane z procesem budowy dróg i autostrad – np. dostarczyli beton, asfalt, sprzęt, catering, odzież itp. Podmioty te zostały pozbawione ochrony w zakresie prawnej, co czyni dyferencjację w prawach przysługujących różnym podmiotom tej samej inwestycji, budząc wątpliwości co do konstytucyjności przedmiotowego uregulowania w obliczu nierównego traktowania podmiotów procesu inwestycyjnego;
- po wtóre, proceder niektórych nieuczciwych Generalnych Wykonawców oraz niektórych pierwszych podwykonawców opiera się właśnie na niezgłaszaniu podwykonawców do inwestora. W takim przypadku co do zasady ochrona prawna wynikająca z przedmiotowego uregulowania przestaje zabezpieczać niezgłoszonych Inwestorowi podwykonawców. W różny sposób przejawia się praktyka Inwestorów w takiej sytuacji. Znane są przypadki, gdy przedstawiciele Inwestora nie podejmowali w takich okolicznościach żadnych działań. Innym razem Inwestor ograniczał

się jedynie do pisemnego wezwania i upomnienia oraz wymierzenia sankcji (omówione w dalszej części analizy) wobec GW, które jednak nie skutkowało w praktyce zdolnością do rozliczenia podwykonawcy w trybie rzeczzonego przepisu.

Istnieją także przypadki, w których w razie braku zgłoszenia podwykonawcy, Inwestor wzywa Generalnego Wykonawcę do rozliczenia podwykonawcy w trybie art. 647¹ k.c. (na podstawie uprawdopodobnienia wykonania robót np. poprzez przedłożenie dokumentacji fotograficznej). W takim jednak przypadku Inwestor sam nie reguluje należności w trybie odpowiedzialności solidarnej, a jedynie wzywa GW do jej uregulowania. Skuteczność takiego wezwania jest czysto iluzoryczna, ponieważ GW nie ma żadnego obowiązku zastosować się do wezwania Inwestora, np. GDDKiA. W takiej sytuacji jedyną szansą na rozliczenie podwykonawców pozostaje wyrok sądowy w długotrwałym i kosztownym procesie sądowym.

Ostatecznie w celu otrzymania wynagrodzenia za wykonaną pracę podwykonawca musi ponosić koszt wpisu sądowego i procesu, zgłosić środki dowodowe poświadczające, iż wykonał roboty lub że w ogóle przebywał na budowie. Podczas inwestycji drogowych kluczowym determinantem jest czas, na osi którego przedsiębiorstwo budowlane generuje bardzo poważne koszty. W omawianych sytuacjach, podwykonawca po wykonaniu robót musi następnie udowodnić w procesie sądowym, iż przebywał na budowie.

Można w tym obszarze odnieść się do dwóch kwestii: a) kosztów wpisu sądowego i kosztów procesowych oraz b) ciężaru dowodu.

Obecna konstrukcja stanowi dowód silnej asymetrii w traktowaniu podmiotów procesu inwestycyjnego. Generalny Wykonawca lub jego „słup” – pierwszy podwykonawca, czerpią jedynie beneficja z zaniechania zgłoszenia podwykonawcy, który fizycznie wykonał roboty budowlane, natomiast podwykonawca, dochodząc własnych praw, musi dokonać wpisu sądowego (który choć ograniczony do 100 tys. zł, stanowi realną barierę dla podwykonawcy, który posiada bieżące koszty stałe i jednocześnie nie otrzymał wynagrodzenia za roboty już poniesione) oraz przedłożyć środki dowodowe na okoliczność realizacji inwestycji.

Można więc nie bez racji przychylić się do opinii podwykonawców, iż komentowana konstrukcja prawna chroni interes jedynie jednej ze stron procesu budowlanego, ponieważ oparta jest na dość naiwnym założeniu, iż podmioty działające w złej wierze będą traktowały z poszanowaniem podwykonawców, zgłaszając ich do Inwestora.

Tymczasem podmioty działające w złej wierze z gruntu nie przestrzegają obowiązku zgłoszenia podwykonawców, skutkiem czego podwykonawcy nie przysługuje prawo do dochodzenia roszczeń od Inwestora. Zaniechanie zgłoszenia podwykonawców ma oczywiście skutki czysto praktyczne dla GW i ich „słupów”, ponieważ podmiot niezgłoszony do Inwestora najczęściej finalnie nie posiada formalnych odbiorów robót (nie można dokonać odbiorów od podmiotu, którego formalnie nie ma na budowie), a w konsekwencji podwykonawca pozbawiony jest możliwości wystawienia faktury za wykonane przez siebie roboty, co uniemożliwia mu wystąpienie po rozliczenie do Inwestora o rozliczenie w trybie art. 647¹ k.c.

Z takiej sytuacji niejednokrotnie korzyści czerpali Generalni Wykonawcy lub ich „słupy”:

- GW nie musi spodziewać się szybkiej egzekucji za wykonane przez podwykonawcę roboty, ponieważ podwykonawca musi uprzednio przeprowadzić najczęściej kilkuletni proces sądowy, wyczerpując tok instancji, na który *nota bene* istnieje prawdopodobieństwo, że nie będzie go stać;
- środki dowodowe na okoliczność wykonanych robót musi złożyć powód (podwykonawca dochodzący własnych racji przed sądem), który wobec okoliczności braku zgłoszenia do dziennika budowy i braku odbiorów, nie posiada żadnych formalnych dowodów z dokumentów i może oprzeć swoje roszczenia wyłącznie na środkach dowodowych z zeznań świadków – skrajnie odmiennych ze strony powoda i pozwanego,
- w konsekwencji GW, który nie rozliczył się z podwykonawcami **nie musi spodziewać się regresu** ze strony Inwestora za należności rozliczone przez Inwestora na rzecz podwykonawców w trybie art. 647¹ k.c.
- kolejna niedoskonałość konstrukcji art. 647¹ k.c. polega na fakcie, iż *Inwestor ponosi odpowiedzialność za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia do wysokości ustalonej w umowie między podwykonawcą a wykonawcą, chyba że ta wysokość przekracza wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy za roboty budowlane*. W praktyce podwykonawca nie może otrzymać od Inwestora należności w kwocie wartości prac, które zrealizował, lecz jedynie w kwocie wartości kontraktu GW (za ten konkretny wycinek prac).

Mankament przedmiotowego uregulowania wynika z faktu, iż często Generalni Wykonawcy nabywają prawa do realizacji inwestycji albo po cenie kosztorysowej, albo w ogóle poniżej wartości kosztorysu inwestorskiego (czasami nawet 50% wartości kosztorysowej). W takiej sytuacji oczywiste jest, że wartości kontraktów podwykonawców będzie opiewała na wyższe kwoty niż wartość GW lub jego „słupa”, którzy opierają własny kontrakt na działaniach w złej wierze (opisanych w dalszej części raportu).

W konsekwencji obecna konstrukcja komentowanego przepisu stanowi przejaw dyskryminacji podwykonawców, którzy po realizacji pełnowartościowego kontraktu, nie mogą w wielu przypadkach oczekiwać rozliczenia od Inwestora w pełnym wymiarze. Obecna konstrukcja nie jest jednak przypadkowa i teoretycznie ma na celu zapobieganie „podstawianiu” przez Generalnych Wykonawców własnych „słupów” do dalszych ogniw procesu inwestorskiego, celem zawyżania wartości kontraktów i ich rozliczania bezpośrednio od Inwestora w trybie odpowiedzialności solidarnej, co pozwalałoby na obchodzenie procedury przetargowej.

W konsekwencji jednak takiego uregulowania podmiotami poszkodowanymi są uczniwi podwykonawcy, nie mogący w niektórych przypadkach liczyć na rozliczenie z Inwestorem w pełnej wartości zrealizowanego kontraktu. Także i ten przepis powinien zostać poddany działaniom *de lege ferenda*;

- można natomiast pozytywnie ocenić uregulowanie płynące z treści § 6 rzeczono go artykułu, iż *postanowienia umowne sprzeczne z treścią § 1–5 są nieważne*. Niestety można także zaobserwować próby obchodzenia i tego zakazu, poprzez zawieranie z podwykonawcami ugód i porozumień, na mocy których podwykonawcy zrzekają się niektórych należności w zamian za wypłatę części wynagrodzenia z pominięciem procesu sądowego. Opierając się na wykładni prawa pierwszego stopnia można bronić poglądu, iż Inwestor odpowiada za nierozliczenie GW do pełnej wartości, a wszelkie ustalenia odmienne są z mocy prawa nieważne. Omawiany przepis stanowi wprost, iż *inwestor odpowiada solidarnie z wykonawcą (generalnym wykonawcą) za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu wykonanych przez niego robót budowlanych*.

Z treści przepisu wynika, iż podwykonawcy przysługuje należność w pełnej kwocie i nie ma prawnej możliwości wypłacenia przez Inwestora w trybie odpowiedzialności solidarnej zaledwie części należności za wykonane roboty budowlane, ponieważ zgodnie z treścią komentowanego przepisu, postanowienie takie byłoby nieważne z mocy prawa.

Kolejne poważne ograniczenie zabezpieczenia interesów podwykonawców robót budowlanych wynika z treści art. 647¹ § 1, który ogranicza zdolność dochodzenia roszczeń w trybie odpowiedzialności solidarnej jedynie do robót: *których szczegółowy przedmiot został zgłoszony inwestorowi przez wykonawcę lub podwykonawcę przed przystąpieniem do wykonywania tych robót*.

Przedmiotowy zapis istotnie ogranicza zdolność dalszego podwykonawcy do skutecznego dochodzenia wynagrodzenia za realizację tzw. robót dodatkowych, których konieczność przeprowadzenia wynika w trakcie realizacji zlecenia. Ponadto, § 3 tego przepisu stanowi, że:

Inwestor ponosi odpowiedzialność za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia w wysokości ustalonej w umowie między podwykonawcą a wykonawcą, chyba że ta wysokość przekracza wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy za roboty budowlane, których szczegółowy przedmiot wynika odpowiednio ze zgłoszenia albo z umowy, o których mowa w § 1 albo 2. W takim przypadku odpowiedzialność inwestora za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia jest ograniczona do wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy za roboty budowlane, których szczegółowy przedmiot wynika odpowiednio ze zgłoszenia albo z umowy, o których mowa w § 1 albo 2.

Dalszy podwykonawca niejednokrotnie posiada zaledwie iluzoryczną zdolność dla oceny, czy poprzednie ogniwo w łańcuchu budowlanym ujęło przedmiotowy zakres robót we własnym zakresie kontraktu lub zgłoszenia. To bowiem, co może być dla dalszego podwykonawcy „robotą dodatkową” zaakceptowaną nawet przez jego bezpośredniego kontrahenta, może równie dobrze nie mieścić się w zakresie robót pierwszego podwykonawcy. Rzecz w tym, iż w toku prac budowlanych dalszy podwykonawca niejednokrotnie nie ma sposobu uzyskania takiej wiedzy, a oczekiwanie, aby podwykonawca dokonywał zgłoszenia każdej realizowanej przez siebie roboty u Inwestora, zakładając, iż być może nie znajduje się ona w zakresie robót

określonych kontraktem pomiędzy Inwestorem a GW lub GW a pierwszym podwykonawcą, wydaje się nadmierne.

W tym zatem zakresie omawiany przepis wymagałby nowelizacji, ponieważ w praktyce uniemożliwia ono rozliczenie podwykonawcy przez Inwestora, jeśli ani GW, ani jego podwykonawca nie dokonał zgłoszenia np. dodatkowego zakresu robót budowlanych Inwestorowi.

Można zauważyć, że GW w takiej sytuacji może nie posiadać interesu w zgłoszeniu dodatkowego zakresu robót budowlanych, a podwykonawca może nie dysponować świadomością o tym fakcie, co skutecznie ogranicza zdolność podwykonawcy do rozliczenia należności przez Inwestora w trybie odpowiedzialności solidarnej.

Czyniąc rozważania na temat konstrukcji płynącej z uregulowań tzw. „specustawy” autostradowej z 2012 r., należy zaznaczyć, że w jeszcze mniejszym stopniu zabezpiecza ona interesy wszystkich podwykonawców i, niezależnie do działań *de lege ferenda*, powinna stanowić przedmiot skargi konstytucyjnej do TK. Specustawa w założeniu miała wypełniać lukę w przepisach wynikającą ze zdolności rozliczenia podwykonawców dróg i autostrad w trybie art. 647¹ k.c. jedynie w zakresie „robót budowlanych”. Stąd też przewiduje ona możliwość rozliczenia usług i dostaw z pominięciem „robót budowlanych” rozliczanych w trybie uregulowań Kodeksu cywilnego. Konstrukcja „specustawy” opiera się na założeniu, iż w przypadku nierozliczenia należności przez Generalnego Wykonawcę, GW lub pierwszy podwykonawca może zgłosić należności do Inwestora, a następnie w trybie „zaliczki” rozliczyć z tych środków w pierwszej kolejności dalszych podwykonawców. Przedmiotowa konstrukcja oparta została na nieuzasadnionym, wyidealizowanym założeniu, iż GW i często jego „słup” – pierwszy podwykonawca, będą posiadali interes prawny do rozliczenia dalszych podwykonawców i zgłoszenia ich wierzytelności do Inwestora.

Założenie było o tyle absurdalne, że po zgłoszeniu wierzytelności przez GW lub pierwszego podwykonawcę, Inwestor nabywał uprawnienia do zwrotu tychże należności wprost od GW. Tak więc ani działający w złej wierze GW ani jego „słup” – pierwszy podwykonawca, nie mieli interesu prawnego do dokonania przedmiotowych zgłoszeń.

Przywołane przykłady GW i ich „słupów” wskazują, iż źródłem niezgłoszenia podwykonawców były rozbieżny cel ekonomiczny oraz interes GW i ich „słupów” względem interesu dalszych podwykonawców. Dodatkowo w sytuacji, gdy przedsiębiorstwo jest już we władztwie syndyka, występuje dodatkowo swoisty konflikt interesów i ról, ponieważ syndyk nie ma interesu przyjęcia na listę wierzytelności i ich zgłoszenia do GDDKiA w sytuacji pełnej świadomości, iż skutkować to będzie roszczeniem regresowym GDDKiA do podmiotu zarządzanego przez syndyka, co może wpłynąć na pogorszenie sytuacji przedsiębiorstwa znajdującego się w upadłości. Tymczasem warto zaznaczyć, iż cały proces uruchamiania instytucji „specustawy” ma co do zasady miejsce właśnie w fazie niewypłacalności GW lub pierwszego podwykonawcy – a więc często w fazie postępowania upadłościowego.

„Specustawa” nie zabezpiecza więc w wystarczającym stopniu interesu dalszych podwykonawców, co wyśmienicie obrazuje raport NIK, wskazujący, iż w omawianym trybie rozliczono zaledwie około 300 mln zł²⁸. „Specustawa” wymaga pilnej nowelizacji. Dwie próby nowelizacji zmierzające do umożliwienia realizacji zgłoszeń przez podwykonawców poczyniło Stowarzyszenie Uczestników Rynku Komunikacji Samochodowej i Transportu Drogowego „Najlepsza Droga”.

Można wyrazić pogląd, że zapisy „specustawy” są obarczone wadą niekonstytucyjności i należałoby w przedmiotowym zakresie zaskarżyć je do TK. Zaskakujący może być fakt, iż przedmiotowa „specustawa” była już przedmiotem skutecznej Skargi Konstytucyjnej z inicjatywy Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, który „upomniał się” o interes dużych podmiotów. Warto bowiem zauważyć, że „specustawa” pierwotnie dawała uprawnienie zgłaszania roszczeń do GDDKiA wyłącznie małym i średnim podmiotom i dopiero w wyniku skargi Prezydenta RP objęła swym zakresem zdolność zgłaszania i rozliczania także dużych podmiotów/koncernów.

W konsekwencji podmiotami uprawnionymi do skorzystania z rozliczeń od Inwestora zostały tzw. „duże przedsiębiorstwa” budowlane (duże przedsiębiorstwa GW i „pierwszych podwykonawców”) **a całkowicie pominięto dalszych podwykonawców, którym nadal nie udzielono uprawnienia do możliwości wnioskowania o rozliczenie bezpośrednio u Inwestora.**

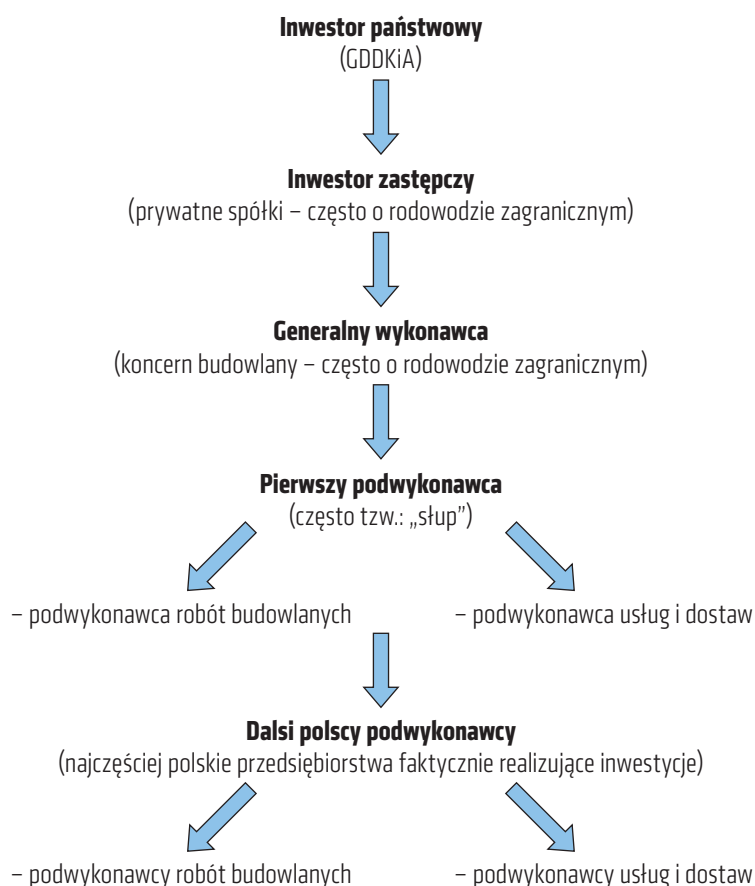
Ad extremum, szczegółowa analiza stanu prawnego obowiązującego od 20 lat pozwala odnieść wrażenie, iż obowiązujące konstrukcje prawne są asymetryczne i niekorzystne wobec podwykonawców zarówno na gruncie uregulowań „specustawy”, jak i Kodeksu cywilnego.

²⁸ Informacja o wynikach kontroli z 8 stycznia 2018 r., s. 13.

Dział III. Eksplicacja schematów w zakresie problematyki powstawania nieprawidłowości i przestępstw ekonomicznych w sektorze zamówień publicznych

Rozdział 1. Analiza schematu struktury łańcucha inwestorsko-wykonawczego

Struktura łańcucha inwestorsko-wykonawczego – ogólny Schemat Łańcucha Budowlanego Sektora Inwestycji Drogowych i Autostradowych:



- nadzór inwestorski nad realizacją procesu inwestycyjnego budowy dróg krajowych i autostrad.

Inwestor zastępczy – Inwestor zastępczy to podmiot działający na zlecenie inwestora, a do jego zadań należy w szczególności:

- a) przejęcie na siebie obowiązków inwestora bezpośredniego,
- b) występowanie wobec osób trzecich, np. władz administracyjnych,
- c) po podpisaniu osobnej umowy o roboty budowlane może on także zostać wykonawcą robót budowlanych.

Inwestor zastępczy powinien współdziałać z inwestorem bezpośrednim. Do jego obowiązków należy informowanie inwestora o przebiegu inwestycji.

Generalny Wykonawca – „Przedsiębiorstwo działające na zlecenie inwestora, którego zadania obejmują kompleksową realizację inwestycji w zakresie prac budowlanych i montażowych. Prace są wykonywane na podstawie umowy o generalne wykonawstwo w określonych terminach i w stopniu niezbędnym do skutecznego wystąpienia z wnioskiem o wydanie pozwolenia na użytkowanie obiektu. Wynagrodzenie obejmuje sumę wartości brutto prac wszystkich podwykonawców i marżę generalnego wykonawcy”^{29 30}. W niektórych przypadkach instytucja Generalnego Wykonawcy bywa określana w różnorodny sposób – np. w tzw.: „specustawie autostradowej”, nazywa się go w art. 1 ust.1 po prostu „wykonawcą”³¹.

- **Pierwszy Podwykonawca** – na gruncie ustawy o zamówieniach publicznych³² nazywany jest po prostu „wykonawcą”, lecz z uwagi na jego nadrzędną (pierwotną) relację z Generalnym Wykonawcą, potocznie nazywany jest pierwszym podwykonawcą. Jak wskazuje A. Prigan i S. Kim,

[z]godnie z art. 1 ust. 1 pkt 9b p.z.p. umowa o podwykonawstwo to umowa w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawarta między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami. Na tle tego przepisu można wyróżnić trzy charakterystyczne cechy umowy podwykonawstwa: pisemność, odpłatność i jej przedmiot, czyli świadczenie stanowiące część zamówienia publicznego. Przedmiotem umowy o podwykonawstwo są usługi, dostawy lub roboty budowlane będące częścią zamówienia publicznego.³³

²⁹ Źródło: B. Bińczycki, *Generalny wykonawca*, [w:] *Leksykon zarządzania*, red. M. Romanowska i in., Warszawa 2004, s. 144.

³⁰ B. Bińczycki, *Definicja generalnego wykonawcy Generalny wykonawca*, Researchgate.net, styczeń 2004 r., https://www.researchgate.net/publication/280010598_Definicja_generalnego_wykonawcy_Generalny_wykonawca (dostęp: 3.12.2018 r.).

³¹ Ustawa z dnia 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych

³² Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.).

³³ *Definicja podwykonawstwa w zamówieniach publicznych*, codozasady.pl, 22.05.2014 r., <http://www.codozasady.pl/definicja-podwykonawstwa-w-zamowieniach-publicznych/> (dostęp: 3.12.2018 r.).

Pierwszy podwykonawca na gruncie „specustawy autostradowej z 2012 r., określony został odmiennym określeniem – jako *przedsiębiorca, który zawarł umowę z wykonawcą*. Pierwszy podwykonawca może świadczyć zarówno roboty budowlane *sensu stricto*, jak również usługi (np. dźwigowe, sprzętowe) i dostawy (np. asfaltu, betonu, odzieży roboczej, cateringu).

- **Pierwszy Podwykonawca, tzw.: „Słup”** – czasami pierwszego podwykonawcę określa się mianem „słupa” generalnego wykonawcy. **W żadnym wypadku nie można jednak zakładać, że każdy pierwszy podwykonawca pełni funkcję „słupa generalnego wykonawcy”.**

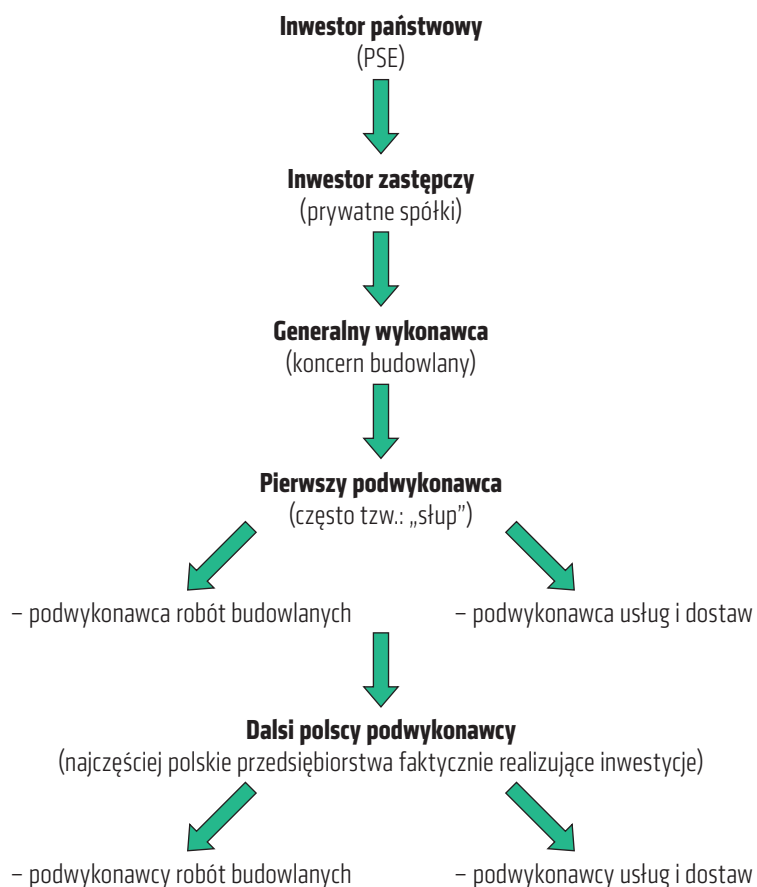
Przed poczynieniem oceny, iż pierwszy podwykonawca jest „słupem” Generalnego Wykonawcy, należy dokonać badania cech, roli i relacji, a także konkretnych działań, podejmowanych przez pierwszego podwykonawcę. Czasami bowiem pierwsi podwykonawcy są ofiarami bezprawnych działań Generalnych Wykonawców, a nie współuczestnikami krzywdzącego dalszych podwykonawców procederu. Cechy definiujące pierwszego podwykonawcę jako „słupa” generalnego wykonawcy zostały przedstawione w dalszej części opracowania.

- **Dalszy podwykonawca** – na gruncie ustawy o zamówieniach publicznych nazywany jest po prostu „wykonawcą”, lecz z uwagi na jego podrzędną (dalszą) relację z Generalnym Wykonawcą, potocznie nazywany jest dalszym, kolejnym, subsydiarnym podwykonawcą. Niezasadne może być założenie, iż dalszy podwykonawca nie pełni roli „słupa” generalnego wykonawcy. Znany jest przypadek, w którym to drugi podwykonawca Generalnego wykonawcy został uznany prawomocnym wyrokiem karnym za „słupa”³⁴. Dalszy podwykonawca może bowiem stanowić kluczowe ogniwo np. w zмовie cenowej polegającej na zawyżaniu wartości np.: surowców, kruszyw itp., celem wymuszenia na inwestorze renegotjacji pierwotnych warunków kontraktowych zaoferowanych przez inwestora w procesie przetargu. Dalszy podwykonawca może świadczyć zarówno roboty budowlane *sensu stricto* jak również usługi (np. dźwigowe, sprzętowe) i dostawy (np. asfaltu, betonu, odzieży roboczej, cateringu).

³⁴ Zob.: Prawomocny wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 11 lipca 2018 r., IV Ka 1259/17, LEX nr 2563055.

Rozdział 2. Analiza ogólnego schematu nieprawidłowości występujących przy budowie dróg i w sektorze energetycznym

Ogólny Schemat Łańcucha Budowlanego Sektoru Energetycznego



Rozdział 3. Analiza konstytutywnych źródeł problemów podwykonawców robót budowlanych

3.1. Schemat nieprawidłowości

- **inwestor państwowy** – brak wystarczającego nadzoru
- **inwestor zastępczy** – niejednokrotnie reprezentuje interesy generalnych wykonawców bardziej aniżeli interesy Inwestora i polskich podwykonawców
- **generalny wykonawca** – ustanawia „słupa” jako pierwszego podwykonawcę
- **„słup”** – pełni rolę „tarczy” ochronnej dla GW oraz prokuruje okoliczności korzystne dla GW:
 - a. nie rozlicza podwykonawców, prokurując okoliczności uniemożliwiające regres inwestora do GW;
 - b. świadomie nie zgłasza podwykonawców do inwestora (GDDKiA) celem uniknięcia regresu Inwestora do GW;
 - c. opóźnia wejście na roboty lub opóźnia zakończenie prac lub etapów prac dla uzyskania środków z gwarancji ubezpieczeniowych GW;
 - d. odmawia podwykonawcom realizacji „odbiorów końcowych robót”, uniemożliwiając emisję faktur przez podwykonawców, celem uniknięcia regresu Inwestora do GW;
 - e. wymierza kary umowne za fikcyjne naruszenia podczas realizacji kontraktu;
 - f. odmawia zgłoszenia robót dodatkowych do inwestora (GDDKiA), celem uniknięcia regresu Inwestora do GW;
 - g. emituje „puste” faktury za roboty już zafakturowane (ze wskazaniem realizacji robót w innych miarach) z zamiarem malwersacji podatkowych;
 - h. wchodzi z GW w zmwę ukierunkowaną np.: na zawyżenie wartości i wypłatę zawyżonych gwarancji ubezpieczeniowych/bankowych.

Można w tym miejscu dokonać pogłębionej oceny roli poszczególnych ogniw w procesie nieprawidłowości lub przestępstw procesu inwestycyjnego sektora zamówień publicznych w obszarze budowy dróg krajowych i autostrad oraz obszarze energetycznym.

W pierwszej jednak kolejności zasadne wydaje się zdefiniowanie instytucji „słupa” generalnego wykonawcy. Bardzo często bezzasadnie definiuje się każdego pierwszego podwykonawcę jako „słupa” Generalnego Wykonawcy, mylnie kierując zarzuty (w tym także karne) do ofiary procesu inwestycyjnego, a nie do ich faktycznych sprawców.

A limine należy odrzucić założenie, że każdy pierwszy podwykonawca generalnego wykonawcy, który nie posiada zdolności do rozliczania dalszych podwykonawców jest słupem.

Jaki więc katalog kwantyfikatorów pozwala dokonać rozróżnienia poszkodowanego podwykonawcy, nie posiadającego zdolności do rozliczenia dalszych podwykonawców od „słupa” Generalnego Wykonawcy, nierozliczającego dalszych podwykonawców?

Zasadniczo na potrzeby niniejszego opracowania wyekstrahowano cechy, mogące świadczyć, iż danego pierwszego podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę można zdefiniować jako „słupa” generalnego wykonawcy.

Wskazać można dwa katalogi cech:

a) cechy odnoszące się do struktury organizacyjnej „słupa”,

b) cechy odnoszące się do interakcji „słupa” z GW.

a) Cechy dotyczące struktury organizacyjnej „słupa”:

1. **Specyficzna struktura organizacyjna „słupa”** – najczęściej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, z minimalnym kapitałem, najczęściej ograniczającym się do 5000 zł, bez zdolności kapitałowych, pozbawiona zasobów osobowych, technicznych lub *know how* koniecznych do realizacji inwestycji drogowej;
2. **Specyficzna sytuacja majątkowa „słupa”** – najczęściej nie dysponuje żadnym lub prawie żadnym majątkiem, z którego możliwe byłoby zaspokojenie roszczeń wobec podwykonawców. Cechą charakterystyczną jest brak jakiegokolwiek sprzętu służącego do realizacji inwestycji (nierzadko o wartości kilkudziesięciu mln zł);
3. **Specyficzna sytuacja kadrowa „słupa”** – można zauważyć, iż klasyczny „słup” dysponuje okrojona kadrą osobową pracowników, czasami sprowadzającą się do Prezesa Zarządu i księgowości;
4. **Specyficzna zmultiplikowana rola Prezesa Zarządu w strukturze „słupów”** – warto dokonać oceny, czy Prezes Zarządu danego podmiotu pełni przedmiotową funkcję także w innych podmiotach o podobnej strukturze organizacyjnej, kapitałowej, osobowej itp.

b) Cechy odnoszące się do interakcji „słupa” z GW:

1. **Interakcja pomiędzy „słupem” a generalnym wykonawcą** – „słup” powstaje lub zostaje wprowadzony do procesu realizacji inwestycji z woli lub w ścisłej interakcji z generalnym wykonawcą. Inicjatywa ustanowienia słupa leży po stronie generalnego wykonawcy, który organizuje oraz czerpie korzyści z działania „słupa”;
2. **Funkcja „tarczy ochronnej” słupa wobec GW** – w sytuacji, gdy GW przyjmuje do realizacji kontrakty na warunkach dumpingowych lub poniżej wartości kosztorysu inwestorskiego, jedną z form uzyskania rentowności kontraktu przez GW jest nierozliczenie się z podwykonawcami – „słup” pełni wówczas funkcję „tarczy ochronnej” dla GW. Za proces nierozliczenia się z podwykonawcami odpowiada „słup”, natomiast opinia GW pozostaje co do zasady nieposzlakowana;
3. **Funkcja ochronna przed regresem z robót budowlanych, poprzez zaniechanie zgłaszania podwykonawców do GW i Inwestora** – rola „słupa” sprowadza się do zaniechania w interakcji z GW, realizacji obowiązkowych zgłoszeń

podwykonawców „słupa” do GW i Inwestora (GDDKiA). Skutkuje to uniemożliwieniem wystawienia faktur za wykonane roboty budowlane, ale przede wszystkim uniemożliwia skuteczne dochodzenia roszczeń poszkodowanych podwykonawców do Inwestora w trybie odpowiedzialności solidarnej (art. 647¹ k.c.), co ma na celu uniemożliwienie regresu Skarbu Państwa/Inwestora (np.: GDDKiA) do koncernu Generalnego Wykonawcy;

4. **Funkcja ochronna przed regresem poprzez zaniechanie zgłoszenia podwykonawców świadczących usługi i dostawy do realizacji inwestycji drogowych** – rola „słupa” w tym przypadku sprowadza się do zaniechania w interakcji z GW, realizacji zgłoszenia do GDDKiA wierzytelności własnych, uniemożliwiających rozliczenie poszkodowanych podwykonawców w trybie tzw. „specustawy autostradowej” z 2012 r. Celem takiego działania jest ochrona GW przed regresem ze strony GDDKiA wartości należności wypłaconych podwykonawcom świadczącym usługi i dostawy;
5. **Funkcja podmiotu generującego podstawy prawne do poza płatniczej metody rozliczeń pomiędzy GW i „słupem”** – realizacja kompensat na podstawie fikcyjnie sprokurowanych kar umownych pomiędzy Generalnym Wykonawcą i jego „słupem”. Ma na celu sprokurowanie stanu (np.: sztucznego opóźnienia w realizacji kontraktu), w którym możliwa będzie emisja wobec „słupa” *de facto* fikcyjnej kary umownej, która następnie zostanie skompensowana z należnościami pomiędzy GW a jego „słupem” za już wykonane etapy robót. Celem takiego stanu jest uzyskania dwóch korzyści po stronie GW:
 - a. „słup” formalnie i w otocze legalnego działania pozbywa się należnych mu środków finansowych, które musiałyby przeznaczyć na wynagrodzenie dla podwykonawców i formalnie „legalnie” staje się niewypłacalny wobec podwykonawców, uzyskując jednocześnie zdolność do ogłoszenia upadłości, skutkującej uniknięciem konieczności rozliczenia podwykonawców,
 - b. obejmuje tarczą ochronną GW, zabezpieczając go przed odpowiedzialnością regresową ze strony GDDKiA;
6. **Funkcja podmiotu wspierającego wyłudzenia gwarancji bankowych i ubezpieczeniowych** – polegająca na świadomym i zamierzonym działaniu w interakcji z GW, ukierunkowanym na spełnienie przesłanek wskazanych w ogólnych warunkach ubezpieczenia, celem wyłudzenia gwarancji na korzyść GW (istnieje także druga funkcja omówiona szczegółowo w dalszej części analizy);
7. **Funkcja podmiotu wspierającego wyłudzenia podatku VAT** – poprzez emisję zmultiplikowanych faktur za wykonanie tych samych prac, ale ze wskazaniem odmiennych miar rozliczonego materiału, dla uniemożliwienia skutecznego rozpoznania podstawy emisji faktur;

8. **Funkcja w celu wyłudzenia, poprzez podmiannę dotychczasowego pierwszego podwykonawcy na „słupa”** – polegająca na wymianie pierwszego wykonawcy (nie słupa) na nowego pierwszego podwykonawcę „słupa” w sytuacji realizacji części znacznej części inwestycji przez dotychczasowego pierwszego wykonawcę – za kwotę należną pierwotnemu pierwszemu podwykonawcy.

3.2. Rola Inwestora Zastępczego w procesie nieprawidłowości i przestępstwa autostradowych

Można wyrazić pogląd, iż proceder nieprawidłowości oraz przestępstw byłby trudniejszy przy inaczej sprawowanym nadzorze inwestorskim.

Zasadniczo nadzór inwestorski sprawowany jest przez:

- a) Inwestora (np.: GDDKiA, PSE),
- b) Inwestora Zastępczego.

Jak wskazuje raport NIK, zawodzi zarówno jedna, jak i druga forma nadzoru. Odrębną kwestią jest, dlaczego Inwestor osobiście nie sprawuje nadzoru. Pewne wątpliwości może nasuwać już sama konstrukcja stosowana w procesie nadzoru nad inwestycjami. W wielu przypadkach nadzór inwestorski nad inwestycjami realizowanymi przez GW, posiadający rodowód kapitałowy (akcyjny) w innych krajach, sprawują inwestorzy zastępczy (formalnie prywatne spółki), także posiadający zagraniczny rodowód osobowy i kapitałowy.

Koncepcja sprawowania nadzoru inwestorskiego nad zagranicznymi koncernami, nie przez Inwestora, lecz przez inny zagraniczny podmiot lub podmiot o zagranicznym rodowodem, może nasuwać zastrzeżenia. Należałoby raczej postulować przejęcie bezpośredniego nadzoru przez Inwestora (GDDKiA/PSE), który odpowiadałby samodzielnie za organizację procesu budowlanego, bez inwestora zastępczego.

Rozdział 4. Szczegółowa analiza schematów przestępczych oraz nieprawidłowości występujących przy budowie dróg i w sektorze energetycznym

4.1. Przejmowanie kontraktów na warunkach dumpingowych lub poniżej wartości kosztorysu inwestorskiego³⁵

Jednym z podstawowych źródeł problemów skutkujących nierozliczeniem poszkodowanych podwykonawców, jest przystępowanie przez GW do przetargów z ofertą dumpingową – oszacowana na poziomie kosztorysu inwestorskiego przygotowanego przez Inwestora (GDDKiA lub PSE), lub wręcz znacząco poniżej poziomu kosztorysu inwestorskiego^{36 37}.

Przykłady zaniżania oferty przetargowej, poniżej kosztorysu inwestorskiego:

Lp.	Inwestycje	Oferta GW	Wartość Kosztorysowa GDDKiA ³⁸	Luka inwestycyjna
1	Umocnienie brzegu morza w Darłowie	75, 8 mln zł	187 mln zł	- 111,2 mln zł
2	S-5 Kaczkowo – Krzešno	244,5 mln zł	361 mln zł	- 116,5 mln zł
3	A-2 Stryków Konotopa, Odcinek A	1.097 mld zł	1.07 mld zł	- 270 mln zł
4	A-4 Rzeszów Centralny – Rzeszów Wschód	184 mln zł	221,5 mln zł	- 37,5 mln zł
5	A-2 Stryków Konotopa, Odcinek E	425,5 mln zł	669 mln zł	- 243,5 mln zł
6	A-1 Czerniewice Brzezie	500 mln zł	714 mln zł	- 214 mln zł
7	A-1 Brzezie Kowal	643,5 mln zł	870 mln zł	- 226,5 mln zł
8	Węzeł Karczemki w ciągu Obwodnicy Trójmiasta	186,6 mln zł	271,5 mln zł	- 84,8 mln zł
9	Węzeł Radzikowskiego – Kraków	150 mln zł	250 mln zł	- 100 mln zł
10	Utrzymanie A-1 na odcinku węzła Sośnica	51,5 mln zł	95,5 mln zł	- 44 mln zł
11	Obwodnica Augustowa	659 mln zł	1 mld zł	- 341 mln zł

Zgoda GDDKiA na przejęcie przez GW kontraktu z luką w finansowaniu inwestycji generuje dalsze skutki w postaci potrzeby poszukiwania przez GW źródeł finansowania inwestycji, a następnie źródeł zarabkowania i może być w niektórych przypadkach dowodem planowania przestępstwa ekonomicznego.

A *limine* konstrukcja, w której oferent może złożyć ofertę poniżej wartości wynikającej z kosztorysu inwestorskiego GDDKiA lub PSE, powinna dyskwalifikować oferenta, jako

³⁵ NIK o budowie autostrad: Przeanalizujcie błędy z przeszłości, by uniknąć kryzysu, TVP Info, 24.04.2018 r., <https://www.tvp.info/36930214/nik-o-budowie-autostrad-przeanalizujcie-bledy-z-przeszlosci-by-uniknac-kryzysu> (dostęp: 3.12.2018 r.)

³⁶ Informacja o wynikach kontroli z 8 stycznia 2018 r., s. 25.

³⁷ GDDKiA, realizując inwestycje drogowe, nie zabezpieczyła interesu Skarbu Państwa – „(...) w postępowaniach przetargowych prowadzonych przez GDDKiA głównym kryterium wyboru wykonawcy była cena, co przy braku prawidłowej weryfikacji składanych oferty spowodowało, że przetarg wygrywali wykonawcy składający bardzo niskie, czasami wręcz nierealne oferty cenowe. Zdarzało się, że przedsiębiorcy byli skłonni zrealizować inwestycje drogowe poniżej 50 proc. wartości kontraktu (...), GDDKiA realizując inwestycje drogowe nie zabezpieczyła interesu Skarbu Państwa, oficjalna strona NIK, 24.04.2018 r., <https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/inwestycje-drogowe-zabezpieczenie-interesu-skarbu-panstwa-i-podwykonawcow.html> (dostęp: 24.04.2018 r.).

³⁸ Minimalna wartość gwarantująca zdaniem Inwestora możliwość realizacji inwestycji (w opinii wykonawców zwykle w kwocie zbyt niskiej dla zdolności realizacji Inwestycji).

podmiot z góry niewiarygodny, nie gwarantujący bądź to realizacji całej inwestycji, bądź nie dający gwarancji rozliczenia się z podwykonawcami. Trudno bowiem zakładać, aby co do zasady jakikolwiek prywatny generalny wykonawca, przystępował do realizacji przetargu li tylko z pobudek altruistycznych.

Stanowisko takie potwierdzają wyniki międzynarodowych badań (*Underestimating Costs in Public Works Projects Errors or Lie*)³⁹ wskazujące, iż statystycznie w 9 na 10 inwestycji budowy infrastruktury drogowej Inwestorzy niedoszacowują wartości kosztów inwestycji. Tym bardziej nie ma możliwości, aby rentowny i bezpieczny dla wszystkich ogniw łańcucha budowlanego był kontrakt zawierający lukę w finansowaniu inwestycji. Oferty takie co do zasady powinny z gruntu być eliminowane w procesie przetargu.

Bezpośrednią konsekwencją zaniżenia wartości kontraktów są poczynania Generalnych wykonawców ukierunkowane na uzupełnieniu luki finansowania inwestycji poprzez:

- ustanawianie systemu „słupów” i nierozliczanie podwykonawców,
- wyłudzenie środków z gwarancji należytego wykonania,
- wymierzanie kar umownych na podstawie fikcyjnych podstaw,
- naliczanie „skont” ze sprokurowanego przez generalnych wykonawców zapotrzebowania na pilną wypłatę podwykonawcom należności,
- emisję fikcyjnych faktur, celem wyłudzenia podatku,
- korumpowanie przedstawicieli Inwestora,
- opóźnianie terminów odbiorów celem wydłużenia okresu płatniczego i kredytowania inwestycji ze środków podwykonawców,
- zawieranie wymuszonych ugód i porozumień i kompensowaniu należności podwykonawców z fikcyjnie wymierzonymi karami umownymi,
- fałszowanie dzienników budowy,
- podmianie materiału budowlanego na tańszy,
- realizowanie zмовы cenowej pomiędzy Generalnymi Wykonawcami,
- *de facto* szantażowanie ekonomiczne państwa polskiego oraz inwestora w celu dopłaty środków finansowych poza trybem przetargowym,
- oddziaływanie na środowisko polityczne wszystkich szczebli,
- uniemożliwianie z przyczyn formalnych dochodzenia przez podwykonawców roszczeń w trybie odpowiedzialności solidarnej za roboty budowlane w celu przeciwdziałania regresowi GDDKiA i PSE do Generalnych Wykonawców,
- uniemożliwianie z przyczyn formalnych dochodzenia przez podwykonawców roszczeń w trybie „specustawy autostradowej” z 2012 r. za usługi i dostawy w celu przeciwdziałania regresowi GDDKiA i do Generalnych Wykonawców,

³⁹ Zob.: B. Flyvbjerg, M. Holm, S. Buhl, *Underestimating Costs in Public Works Projects: Error or Lie?*, "Journal of the American planning...", 2002 r., s. 25.

- realizację fikcyjnych potrąceń należności z fikcyjnymi karami umownymi pomiędzy GW i „słupem” – pierwszym podwykonawcom, celem wydrenowania ekonomicznego „słupa” i w konsekwencji nierozliczenia dalszych podwykonawców,
- wstrzymywanie odbiorów, celem uniemożliwienia podwykonawcom emisji faktur i zwrócenia się o rozliczenie do Inwestora, a w konsekwencji celem uniemożliwienia wystąpienia przez Inwestora z regresem do GW,
- nakłanianie do wydłużenia czynności formalnych, celem doprowadzenia do przedawnienia roszczeń podwykonawców,
- odmawianie wypłaty odsetek w całości lub w części,
- prokurowanie procesów sądowych w sprawach oczywistych, celem opóźnienia realizacji płatności,
- odmowę zwrotu kaucji za należyte wykonanie inwestycji,
- naliczanie podwykonawcom opłat za wykorzystanie lub dzierżawę urządzeń (np.: rusztowań), które nie są własnością GW,
- naliczanie fikcyjnych opłat za paliwo do maszyn, które w ogóle nigdy nie były wykorzystywane na danych odcinkach robót,
- zlecanie frontu robót dodatkowych, nie objętych kosztorysem inwestorskim i odmowie wypłaty wynagrodzenia za te prace i usługi,
- kradzież paliwa podwykonawców,
- kradzież sprzętu podwykonawców z odcinków budowy,
- niezgłaszanie podwykonawców do Inwestora,
- wymierzanie kar umownych za zerwanie kontraktów przez podwykonawców, pomimo, iż do zerwania dochodziło z powodu braku płatności przez Generalnych Wykonawców, etc.

Oczywiście lista działań podejmowanych przez GW na szkodę podwykonawców jest zapewne dalece niekompletna, ale oddaje główne metody finansowania niedoszacowanych kontraktów pozyskanych w drodze zaniżonych ofert przetargowych. Pokazuje to mnogość niekorzystnych skutków zaniżania wartości przetargów przez GW, co powinno *a priori* dyskwalifikować oferenta stanowiącego potencjalne źródło zagrożenia dla zdolności realizacji inwestycji, zagrożenie dla podwykonawców, zagrożenie dla ładu i porządku prawnego i źródło potencjalnego prokurowania sytuacji korupcyjnych.

4.2. Przejmowanie kontraktu o wartości niższej od sumy wartości zawartych kontraktów z podwykonawcami

Czasami ma miejsce sytuacja, w której GW co prawda wygrywa przetarg na podstawie oferty cenowej wyższej od wartości wynikającej z kosztorysu inwestorskiego, lecz jednocześnie nie posiadając zdolności do realizacji inwestycji, zawiera z podwykonawcami kontrakty, których

suma wynagrodzeń nie jest zabezpieczona spodziewanymi przychodami z kontraktu z inwestorem. Przykładem takiej sytuacji może być realizacja inwestycji na „Zakopiance”⁴⁰. Z góry można w takim przypadku założyć, że wystąpią mechanizmy, o których mowa w pkt. a)⁴¹.

Należy jednak zwrócić uwagę na kwestię możliwego planowania przestępstwa przez GW na szkodę podwykonawców, państwa lub innych podmiotów. W sytuacji, w której GW zawiera kontrakty z podwykonawcami o sumie wyższej od wartości oferty przetargowej złożonej Inwestorowi, *a priori* należy zakładać możliwość wystąpienia jednego ze schematów:

- nierozliczenie się z podwykonawcami (wprost lub przez generowanie skont, generowanie fikcyjnych kar umownych, potrącenia nienależnych kar, odmowy realizacji odbiorów robót, rolowanie płatności, etc.)
- wyłudzenie gwarancji należytego wykonania prac,
- założenie, iż w na końcowym etapie inwestycji GW uzyska od Inwestora pokrycie kosztów realizacji inwestycji w drodze procesu sądowego,
- podwykonawcy wystąpią do Inwestora z roszczeniem w trybie odpowiedzialności solidarnej na podstawie art. 647¹ k.c. (co jednak co do zasady może okazać się bezskuteczne wobec ograniczenie odpowiedzialności Skarbu Państwa do kwoty wartości kontraktu lub jego etapów).

Ewidentnie omawiana okoliczność powinna być oceniana negatywnie oraz interpretowana jako podejrzenie planowania przestępstwa ekonomicznego.

4.3. Zaniechanie zgłoszenia podwykonawców Generalnemu Wykonawcy lub Inwestorowi

Można wskazać kilka powodów niezgłaszania przez GW i „słupów” GW podwykonawców do inwestora:

- *Prima facie*, podwykonawca niezgłoszony nie może wystąpić do Inwestora o rozliczenie w trybie odpowiedzialności solidarnej,
- Następstwem powyższego jest zabezpieczenie się w ten sposób GW przed regresem ze strony Inwestora (GDDKiA PSE), ponieważ uniemożliwienie rozliczenia podwykonawcy w trybie odpowiedzialności solidarnej przez Inwestora skutkuje zabezpieczeniem GW przed regresem, co stanowi niemalże doskonały model nadużyć na szkodę podwykonawców, przy minimalnym ryzyku ze strony GW lub „słupa” GW,
- Konsekwencją, jest większa kontrola, a wręcz swoiste władztwo nad niezgłoszonym podwykonawcą, którego los jest uzależniony od woli GW lub jego „słupa”, ponieważ

⁴⁰ Podwykonawcy Astaldi nie zablokują zakopianki, Wyborcza.pl, 10.10.2018 r., <http://krakow.wyborcza.pl/krakow/7,44425,24025137,podwykonawcy-astaldi-nie-zablokuja-zakopianki.html> (dostęp: 3.12.2018 r.).

⁴¹ Podwykonawcy Astaldi nie zablokują zakopianki..., Problem jednak w tym, że umowy Astaldi z podwykonawcami są wyższe niż kontrakt na budowę linii kolejowej. Jak podają dziennikarze radia ESKA, podwykonawcy chcą dostać pieniądze, na które podpisali umowy z Astaldi, ale PKP PLK nie chce zapłacić więcej, niż mieli obiecane Włosi.

podmiot niezgłoszony co do zasady formalnie nie uczestniczy w procesie realizacji budowy, a więc dyskusyjna jest możliwość realizacji formalnych odbiorów jego robót, dostaw i usług, co generuje kłopoty z wystawieniem faktur i uznaniem robót i usług oraz dostaw, co z kolei uniemożliwia ubieganie się o rozliczenie bezpośrednio do Inwestora w trybie art. 647¹ k.c. i „specustawy autostradowej” z 2012 r.

W wyniku ostatnich nowelizacji prawa, przewidziano system kar za niezgłoszenie podwykonawców w trakcie realizacji procesu inwestycyjnego, jednak doświadczenie z ostatnich miesięcy pokazuje, iż nowe obostrzenia nie stanowią wystarczającego determinantu dla zadośćuczynienia wyidealizowanym uregulowaniom, w których pokładano zbyt daleko idące oczekiwania.

4.4. Odmowa wypłaty wynagrodzeń podwykonawcom

Warto dokonać możliwie szczegółowego omówienia metod i źródeł odmowy wypłaty podwykonawcom należności przez GW. Z całą pewnością wymienione poniżej źródła nie stanowią enumeratywnego katalogu nadużyć. Można zaobserwować różnorodne podstawy odmowy wypłaty należności podwykonawcom, zarówno wysublimowane, jak też wręcz banalne przykłady działań przestępczych:

– Odmowa wypłaty oparta na twierdzeniu, iż do wypłaty już doszło;

Jedną z najmniej wysublimowanych form działań na szkodę podwykonawców jest odmowa wypłaty należności przez GW na podstawie niczym nieopartego twierdzenia o rzekomym uprzednim rozliczeniu się z podwykonawcą. W takim przypadku GW przez wiele miesięcy lub nawet lat odmawia rozliczenia powołując się na rzekome rozliczenie, bez wskazania jakichkolwiek dowodów potwierdzenia zapłaty w formie przelewu, gotówki, lub kompensaty.

– Odmowa odbiorów robót budowlanych;

Kolejną metodą skutkującą niezdolnością podwykonawcy do rozliczenia się z GW za wykonane roboty, usługi i dostawy jest odmowa realizacji odbiorów całości lub części etapów robót budowlanych. Da się wyodrębnić następujące formy odmowy realizacji odbiorów:

- a. permanentna (trwała – często trwająca kilka lat), nacechowana nastawieniem trwałej odmowy wypłaty należności wobec podwykonawców;
- b. krótkookresowa (najpopularniejsza i wręcz powszechna forma, trwająca najczęściej do kilku miesięcy), nacechowana rolowaniem płatności oraz permanentnym kredytowaniem inwestycji przez GW ze środków podwykonawców. Jest to szczególnie destrukcyjna i uciążliwa dla podwykonawców branży budowlanej forma finansowania budowy poprzez podwykonawców, oparta na realizacji

zamierzonych opóźnień w realizacji odbiorów. Warto zauważyć, iż pozornie niedługi okres przesunięcia realizacji odbiorów np. o 1-2 miesiące, generuje dla podwykonawców ogromne koszty oraz obciążenia.

Dla przykładu można przedstawić koszt realizacji usługi ładowarką:

20 litrów (spalenia koparki w ciągu 1 godz.) $\times$ 5 zł (koszt paliwa) = 100 zł na godzinę $\times$ minimum 10-12 godzin pracy w ciągu doby = 1200 zł na dzień plus koszt kwatery dla operatora, wynagrodzenia pracownika, delegacji, paliwa na dojazdy operatora z kwatery na budowę, obsługi technicznej maszyny itp.

Tak więc koszt samego paliwa to minimum 25-30 000 zł na miesiąc + wskazane powyżej koszty dodatkowe. Koszt samego paliwa za okres np. 5 miesięcy kredytowania wykonawcy stanowi kwotę minimum 125 000 w przeliczeniu na zaledwie jedną maszynę (przy założeniu 10 godzin pracy na dzień, gdy w większości przypadków wymiar pracy wynosi po 12 godzin).

W praktyce oznacza to, że GW, stale rolując płatności, realizują inwestycję *de facto* w ogromnej mierze ze środków podwykonawców. Jest to niesłychanie destruktywny proceder, skutkujący zatorami płatniczymi wobec dalszych podwykonawców, ale także niezdolnością rozbudowy przedsiębiorstw podwykonawców. Można wręcz zaryzykować tezę, iż rolowanie płatności może stanowić formę kontroli rozwoju polskich podwykonawców.

- Uniemożliwienie rozliczenia w trybie art. 647¹ k.c. za roboty budowlane

Jedną z obserwowanych metod działania GW lub ich „słupów” stanowi odmowa realizacji zgłoszenia podwykonawcy do Inwestora, występująca kumulatywnie z odmową odbioru roboty, bądź też rozłącznie dla każdego z tych elementów. Działanie takie może mieć na celu uniknięcie skutecznego regresu ze strony Inwestora (GDDKiA/PSE) do GW. Zarówno brak odbioru robót, jak i brak zgłoszenia podwykonawcy do Inwestora, co do zasady uniemożliwiają skuteczne zgłoszenie się z roszczeniem do Inwestora w trybie art. 647¹ k.c.

Zgodnie z procedurą „specustawy” dla rozliczenia należności poszkodowanych podwykonawców wystarczy, aby:

1. usługi/zlecenia zostały zrealizowane i odebrane;
2. wierzytelności zostały wpisane na listę wierzytelności i zgłoszone przez pierwszego podwykonawcę do GDDKiA;
3. wierzytelności zostały uznane przez głównego wykonawcę;
4. złożony został wniosek o rozliczenie wraz z wymaganą dokumentacją.

Dodatkowo realizacja robót budowlanych musi zostać odebrana przez GW lub jego „słupa”, bez czego *de facto* niemożliwa jest emisja faktury przez podwykonawcę.

Można więc zauważyć całkowite władztwo GW lub jego „słupa” nad podwykonawcami, ponieważ do od woli GW lub jego słupa zależy, czy:

- a) zgłosi podwykonawcę do Inwestora,
- b) zleci zakres robót np. dodatkowych uzgodniony z Inwestorem,

- c) dokona odbioru robót, umożliwiającego wystawienie faktury przez podwykonawcę,
- d) sprokuruje spór sądowy zawieszając płatność aż do jego rozstrzygnięcia,
- e) potrąci należności za wykonane roboty lub usługi z rzekomymi, fikcyjnymi karami umownymi pomiędzy GW i jego „słupem”, pozostawiając podwykonawców bez zdolności dochodzenia roszczeń od ich Zleceniodawcy.

W szczególnie niekorzystnej sytuacji postawiony jest podwykonawca podczas realizacji odbiorów robót, ponieważ GW występuje w charakterze „sędziego we własnej sprawie”. Uniemożliwienie podwykonawcy wykazania spełnienia którejkolwiek z powyższych przesłanek skutecznie uniemożliwia dochodzenie roszczeń przez podwykonawcę w trybie odpowiedzialności solidarnej. To zaś niejako zabezpiecza interes GW przed ewentualnym regresem ze strony Inwestora. Finalnie rysuje się obraz konstrukcji, w której GW może bezkarnie przedłużać proces odbiorów wedle własnego uznania, kredytując realizację inwestycji ze środków podwykonawców i jednocześnie poniekąd kontrolując zachowania podwykonawcy, bez nawet najmniejszego zagrożenia, iż do rozliczenia dojdzie w trybie odpowiedzialności solidarnej Inwestora, co skutecznie uniemożliwia regres do GW. Taka konstrukcja prawna stanowi źródło patologii podczas realizacji budów.

Zupełnie odrębnym modelem stosowanym przez GW lub ich „słupa”, uniemożliwiania podwykonawcom rozliczania się w trybie odpowiedzialności solidarnej i przeciwdziałania regresowi, jest sprokurowanie sporu sądowego z najróżniejszych – często irracjonalnych powodów (np.: fikcyjnych kar umownych za nieistniejące opóźnienia, brak odbiorów robót etc.). W takim przypadku generalni wykonawcy dostrzegali, iż możliwe jest zrolowanie płatności w majestacie prawa, poprzez sprokurowanie wymaganego sporu sądowego. W tej sytuacji Inwestor (np. GDDKiA/PSE), wstrzymuje się z rozliczeniem należności wykonawcy/podwykonawcy, aż do zakończenia sporu sądowego. Praktyka ta powoduje wstrzymanie płatności dla podwykonawcy w chwili stwierdzenia sporu sądowego, aż do jego prawomocnego zakończenia, co pozwala GW lub jego „słupowi” rolować płatności i kredytować się ze środków podwykonawcy, nawet przez kilka lat.

Piątą metodą uniemożliwienia rozliczenia podwykonawcy przez Inwestora w trybie odpowiedzialności solidarnej, zabezpieczającą GW przez regresem do jego majątku ze strony Inwestora, jest dokonanie rozliczeń pomiędzy GW a „słupem” w formie potrąceń należności przysługujących „słupowi” za wykonane roboty z rzekomymi karami umownymi, przysługującymi GW. W takim przypadku, Inwestor (GDDKiA) odmawia wypłaty należności podwykonawcy w trybie odpowiedzialności solidarnej argumentując, iż GW nie posiada żadnej zaległości wobec pierwszego podwykonawcy (np.: „słupa”), a więc Inwestor przyjmuje wygodne dla siebie stanowisko, iż nie może dokonać rozliczenia podwykonawcy, wobec braku zaległości GW do pierwszego podwykonawcy. Inwestor przyjmuje retorykę narzuconą przez GW i jego „słupa”, bez wnikania w istotę sprawy, sprowadzającą się do faktu, iż pomiędzy podmiotami nie doszło do przepływu środków finansowych, a więc dalsi podwykonawcy nie

mieli z czego zostać zaspokojeni za swoje roboty budowlane. Powszechnie stosowana formuła „rozliczenia się” pomiędzy GW a pierwszym podwykonawcą, jest z gruntu fałszywa i stanowi przejaw manipulacji informacją.

Konkludując, istnieje przynajmniej pięć powszechnie stosowanych metod ograniczających zdolność skorzystania przez podwykonawców z dobrodziejstwa odpowiedzialności solidarnej Inwestora, co w praktyce całkowicie pozostawia podwykonawców na łasce GW lub jego „słupa”. Przedmiotowa konstrukcja prawna wymaga pilnej rekonfiguracji dla uzyskania symetrii w relacjach na osi GW – podwykonawca.

– Uniemożliwienie rozliczenia w trybie „specustawy autostradowej” za usługi i dostawy

Równie patologiczna jest sytuacja w odniesieniu do rozliczeń podwykonawców, którzy nie realizowali robót budowlanych, lecz świadczyli dostawy usług (np. sprzętowych, nadzoru BHP) o dostaw (np.: betonu, kruszyw, cementu, cateringu, odzieży roboczej, paliw etc.).

Także i w tym przypadku jedną z obserwowanych metod działania GW lub ich „słupów” jest odmowa realizacji zgłoszenia podwykonawcy do Inwestora, występująca kumulatywnie z odmową odbioru roboty, bądź też rozłącznie dla każdego z tych elementów. Podobnie jak w przypadku analizy art. 647¹ k.c., działanie takie może mieć na celu uniknięcie skutecznego regresu ze strony Inwestora (GDDKiA) do GW. Zarówno brak odbioru robót, jak i brak zgłoszenia podwykonawcy do Inwestora, co do zasady uniemożliwiają skuteczne zgłoszenie się z roszczeniem do Inwestora w trybie „specustawy autostradowej” z 2012 r., ponieważ jej postanowienia *expressis verbis* wyrażają konieczność zgłoszenia podwykonawcy Inwestorowi dla skuteczności rozliczania podwykonawców, a ponadto co gorsze dla podwykonawców, zgłoszenia rozliczenia opartego na zasadzie odpowiedzialności solidarnej w trybie „specustawy” mogą dokonać do GDDKiA wyłącznie GW i pierwszy podwykonawca. Kuriozalność tego uregulowania może budzić zdumienie wobec faktu, że zdolność zawnioskowania o rozliczenie należności może właściwie zawnioskować każdy, tylko nie podmioty, które realnie realizują inwestycje własnymi środkami.

Na gruncie uregulowań „specustawy autostradowej”, poza faktem występowania nieprawidłowości związanych z odmową odbiorów, sprokurowanymi procesami etc., które zostały opisane już wcześniej, dochodzą dodatkowe metody stosowane przez GW lub ich „słupa”, uniemożliwiające rozliczenie podwykonawców przez GDDKiA i zmierzające do uniknięcia regresu do GW ze strony GDDKiA.

Dlatego też w przypadku „specustawy autostradowej” można dostrzec jeszcze większe władztwo GW lub jego „słupa” nad podwykonawcami, niżli to ma miejsce w przypadku rozliczenia w trybie art. 647¹ k.c., ponieważ dodatkowo od woli GW lub jego słupa zależy, czy **zgłosi wiarygodność** przysługującą dalszym podwykonawcom do GDDKiA w celu ich zaspokojenia.

Praktyka pokazuje jednak, iż GW i pierwszy podwykonawca nie muszą posiadać interesu prawnego w zgłoszeniu wierzytelności do GDDKiA, ponieważ:

- a) zgłaszając wierzytelność narażają się na regres ze strony GDDKiA do GW,
- b) syndyk masy upadłości GW, nie ma interesu prawnego (a wręcz przeciwnie), aby zwiększać poziom zadłużenia upadłego podmiotu, uznając wierzytelności podwykonawców i wpisując je na listę wierzytelności.

W konsekwencji trudno jest spodziewać się pozytywnych skutków dla podwykonawców świadczących usługi i dostawy, co zresztą obrazuje wyśmienie raport NIK z 2018 r., z którego wynika, iż w trybie „specustawy” rozliczono zaledwie około 300 mln zł, czyli kilkakrotnie mniej niż w trybie art. 647¹ k.c.⁴²

W tym miejscu można wyodrębnić szereg przyczyn obiektywnych uniemożliwiających rozliczenie podwykonawców przez GDDKiA, jak również przyczyny, które można zdefiniować jako subiektywne.

Do przyczyn obiektywnie uniemożliwiających rozliczenie podwykonawców na mocy „specustawy autostradowej” można zaliczyć fakt, iż:

- a) zarząd pierwszego podwykonawcy, „słupa” GW, zaprzestał fizycznej realizacji powinności statutowych i brak było organu posiadającego zdolność do reprezentacji spółki, więc nie mogło nastąpić zgłoszenie wierzytelności dalszych podwykonawców,
- b) należało więc sądownie ustanowić kuratora dla pierwszego podwykonawcy,
- c) następnie należało sądownie ustanowić syndyka pierwszego podwykonawcy,
- d) następnie należało sądownie ustanowić likwidatora pierwszego podwykonawcy,
- e) należało zatrudnić księgową do weryfikacji zasadności zgłoszenia,
- f) należało wpisać wierzytelności poszkodowanych podwykonawców na listę wierzytelności GW (przełamując w tym zakresie opór syndyka GW),
- g) należało odszukać dokumentację w archiwach pierwszego podwykonawcy,
- h) należało zatwierdzić wierzytelności podwykonawców przez Likwidatora pierwszego podwykonawcy,
- i) należało zgłosić wierzytelności przez Likwidatora pierwszego podwykonawcy do GDDKiA wraz z poleceniem rozliczenia ich bezpośrednio do rąk poszczególnych poszkodowanych podwykonawców,
- j) należało zgłosić wierzytelności do Syndyka GW jako głównego wykonawcy,
- k) należało przekonać Syndyka GW, aby odnalazł dokumentację – potwierdzającą odbiór prac wykonanych przez poszkodowanych podwykonawców,
- l) należało uzyskać sądowe zatwierdzenie wierzytelności (zajęło to łącznie kilka rozpraw) na liście masy upadłego GW,
- m) należało złożyć pełnomocnictwa i wnioski do Oddziału GDDKiA.

⁴² Informacja o wynikach kontroli z 8 stycznia 2018 r., s. 13.

Warto zaznaczyć, że w praktyce cały powyżej wskazany proces trwał kilka lat i finalnie po jego pozytywnej realizacji zakończył się fiaskiem, wskutek odmowy wypłaty należności ze strony GDDKiA z kilku przyczyn omówionych dalej.

Oprócz wymienionych już przyczyn obiektywnie uniemożliwiających rozliczenie podwykonawców na mocy „specustawy autostradowej”, można wymienić także przyczyny podnoszone przez GDDKiA, które w ocenie jej przedstawicieli uniemożliwiają rozliczenie podwykonawców. Przyczyny te określono jako subiektywne, gdyż opierają się na dokonanej przez Inwestora interpretacji, nierzadko nasuwającej uzasadnione wątpliwości. Dlatego warto dokonać ich szczegółowej analizy i oceny. Wśród tych cech należy wymienić, iż:

- a) pierwszą podstawą odmowy rozliczenia podwykonawców był zarzut rzekomego naruszenia unijnych uregulowań prawnych dotyczących „pomocy publicznej” i dopiero wykazanie we współpracy (korespondencji) z MSZ, iż rozliczenie wierzytelności nie stanowi „pomocy publicznej”, pozwoliło po dłuższym czasie zmienić optykę GDDKiA na przedmiotową sprawę,
- b) GDDKiA podniosła zarzut rzekomego przedawnienia roszczenia podwykonawców,
- c) GDDKiA zażądała cesji wierzytelności z pierwszego podwykonawcy na dalszych podwykonawców,
- d) GDDKiA zakwestionowała zgłoszenie Likwidatora „słupa”,
- e) GDDKiA uwarunkowała wypłatę należności podwykonawcom od skuteczności egzekucji GDDKiA w trybie regresu z majątku GW,
- f) GDDKiA uwarunkowała wypłatę od wcześniejszego wyroku sądowego, nakazującego GDDKiA jej realizację,
- g) GDDKiA uwarunkowała rozliczenie należności od wcześniejszego zgłoszenia podwykonawców do Inwestora,
- h) GDDKiA odmówiła rozliczenia, wskazując także na okoliczność, iż GW i pierwszy podwykonawca („słup”), dokonali pomiędzy sobą potrącenia kwoty należności z kwotą kary umownej.

Zanim dojdzie do omówienia poszczególnych zarzutów podnoszonych przez GDDKiA, można zaznaczyć, że ostatecznie głównym powodem odmowy wypłaty podwykonawcom należności przez GDDKiA było powołanie się na brak nierozliczonych należności pomiędzy GW a jego „słupem” – pierwszym podwykonawcą, ponieważ GW dokonał potrącenia należności pierwszego podwykonawcy z kwotą wynikającą z kar umownych naliczonych pierwszemu podwykonawcy.

Analizując metody uniemożliwienia rozliczenia poszkodowanych podwykonawców, można zaobserwować różnorakie działania uniemożliwiające odpowiedzialność solidarną GDDKiA i regres do GW, nie tylko ze strony generalnego wykonawcy oraz jego „słupa” ale także ze strony GDDKiA. Warto o nich wspomnieć ze względów dydaktycznych i doktrynalnych.

– **Zarzut „pomocy publicznej”**

GDDKiA oraz Ministerstwo Transportu (aktualnie Ministerstwo Infrastruktury) podnosiło niedopuszczalność rozliczenia podwykonawców w trybie „specustawy autostradowej” z uwagi na zarzut rzekomego naruszenia unijnych przepisów prawnych dotyczących zakazu „pomocy publicznej” przez państwo polskie. W związku z powyższym Stowarzyszenie Uczestników Rynku Komunikacji Samochodowej i Transportu Drogowego „Najlepsza Droga” (dalej: Stowarzyszenie URKSiTD „Najlepsza Droga”) przygotowało opinię, skierowaną do Ministerstwa Transportu oraz Ministerstwa Spraw Wewnętrznych w sprawie ewentualnej „pomocy publicznej” w przypadku wypłaty zaległych należności dla podwykonawców budujących drogi krajowe oraz autostrady, w której podnoszono, iż wypłata należności na rzecz poszkodowanych podwykonawców nie stanowi przejawu „pomocy publicznej” państwa dla przedsiębiorców.

Warto w tym miejscu odnieść się do przedmiotowej problematyki, w kontekście ewentualnych prac nowelizujących „specustawę autostradową” z 2012 r. lub nowelizacji art. 647¹ k.c. lub w kontekście planów wejścia w życie projektu ustawy o zapobieganiu nadużyciom w inwestycjach drogowych, ponieważ w przeszłości Ministerstwo Transportu podnosiło, iż wypłata przedsiębiorcom należności za roboty i usługi stanowi przejaw „pomocy publicznej” skutkującej obowiązkiem notyfikacji przez Komisję Europejską przepisów, na podstawie których państwo polskie planuje dokonać rozliczenia poszkodowanych podwykonawców.

Z uwagi na liczne postulaty *de lege ferenda*, wyrażone w ramach niniejszego opracowania, właściwe wydaje się odniesienie do problematyki pomocy publicznej na gruncie prawa unijnego. Należy bowiem ocenić, czy naprawdę zaspokojenie słuszných roszczeń podwykonawców stanowi w istocie „pomoc publiczną” – tak jak ją rozumie legislator europejski? Aby odpowiedzieć na to pytanie *prima facie* należy odwołać się do definicji tej pomocy, bo też ona tak naprawdę wszystko wyjaśnia.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską⁴³ wsparcie dla podmiotów prowadzących działalność gospodarczą podlega przepisom dotyczącym pomocy publicznej, o ile jednocześnie spełnione są następujące przesłanki:

1. udzielane jest ono przez Państwo lub ze środków publicznych,
2. podmiot uzyskuje przysporzenie na warunkach korzystniejszych od oferowanych na rynku,
3. ma charakter selektywny (uprzywilejowuje określone podmioty albo produkcję określonych towarów),
4. grozi zakłóceniem lub zakłóca konkurencję oraz wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi UE.

⁴³ Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (TWE), Dz.Urz. UE 2006 C 321E.

Natychmiast można dostrzec, iż wszystkie 4 przywołane przesłanki muszą być spełnione kumulatywnie, a nie jedynie rozłącznie i wybiórczo. Po tej oczywistej, lecz jednak kluczowej konstatacji, należy odnieść się do poszczególnych przesłanek. W odniesieniu do pierwszej z wymienionych przesłanek, *clara non sunt interpretanda*, ponieważ przedmiotem wydatkowania są bezapelacyjnie środki publiczne. W odniesieniu do drugiego kwantyfikatora, należy nadmienić, iż wypłata należności poszkodowanym podwykonawcom nie stanowi przysporzenia, lecz w istocie jest zaległą zapłatą, a więc uiszczenie długu przez dłużnika (którym w tym przypadku faktycznie jest państwo) nie stanowi przejawu wypłaty środków mających dla przedsiębiorcy charakter dodatkowy i nieekwiwalentny (tj.: nieoparty na świadczonej przez niego usłudze lub dodatkowo ją wyceniające ponad umowne ustalenia i wartość rynkową). W odniesieniu do trzeciej przesłanki należy zaznaczyć, iż zapłata za już wykonane roboty nie jest jakkolwiek formą uprzywilejowania. Inny punkt widzenia oznaczałby, że ta zapłata za wykonaną usługę jest sama w sobie uprzywilejowaniem. Natomiast komentując czwartą przesłankę, można zauważyć, iż przywrócenie elementarnych zasad pewności obrotu gospodarczego, poprzez zapłatę należności podwykonawcom nie zakłóca konkurencji ani nie wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi UE. Ten ostatni punkt wymaga dodatkowego rozwinięcia. Otóż pomoc publiczna dlatego jest przedmiotem szczególnego zainteresowania instytucji unijnych, iż zakłóca funkcjonowanie wolnego rynku dóbr i usług.

Każdy podmiot prowadzący działalność gospodarczą styka się z konkurencją na rynku. Jeśli otrzyma pomoc ze strony państwa, staje się beneficjentem pomocy publicznej. Zgodnie z orzecznictwem ETS sytuacja taka zachodzi wówczas, gdy skutek udzielenia pomocy dochodzi do wzmocnienia przedsiębiorstwa (w porównaniu do innych konkurentów na rynku), co ogranicza wolność gospodarczą konkurentów, zmniejsza się ich udział w rynku, konkurenci „wypadają” z niego. Co do skali nie ma znaczenia, czy działalność przedsiębiorcy ma charakter lokalny, czy też regionalny⁴⁴.

Można w tym miejscu zadać kilka pytań retorycznych:

- czy otrzymanie zapłaty za wykonane roboty i usługi budowlane prowadzi do wzmocnienia przedsiębiorcy względem innych konkurentów? Otóż zapłata za już wykonaną robotę budowlaną lub usługę i dostawę sama w sobie nie wzmacnia jakiejkolwiek zdolności konkurencyjnej. Podwykonawca nie otrzyma bowiem żadnego dodatkowego przysporzenia w stosunku do kwoty ustalonej kontraktem. Ponadto, ponieważ podwykonawca otrzyma rzeczzone wierzytelności po wielomiesięcznej, a często wieloletniej zwłoce (na dodatek bez jakichkolwiek karnych odsetek, ponieważ „specustawa autostradowa” nie przewiduje prawa do wypłaty podwykonawcom odsetek), to faktyczna siła nabywcza i *de facto* wartość należności będzie mniejsza od nominalnej;

⁴⁴ Orzeczenie ETS z dnia 24 lipca 2003 r. w sprawie C-280/00 Altmark Trans GmbH, LEX nr 164070.

- czy otrzymanie zapłaty przez podwykonawcę, oznacza zmniejszenie udziału innych podmiotów w rynku, z „wypadnięciem” z niego włącznie? Z całą stanowczością można ocenić, iż fakt wypłaty nie ma dla innych przedsiębiorstw jakiegokolwiek znaczenia, a kontekst pytania (nieuchronny z uwagi na rolę pomocy publicznej w prawie i praktyce UE) jest w tym przypadku wręcz absurdalny. Generalnie przesłanka zakłócenia przez pomoc publiczną konkurencji jest interpretowana przez TSUE niezwykle szeroko i sama wartość udzielonej pomocy posiada drugorzędne znaczenie, decyduje konkretny kontekst sytuacyjny, prowadzący chociażby potencjalnie do zakłócenia konkurencji. Stwierdza się, że *gdy pomoc wzmacnia pozycje przedsiębiorstwa w porównaniu z jego konkurentami* to oznacza to automatycznie naruszenie zasad konkurencji⁴⁵.

Podobnych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej można przytoczyć więcej, jednak wydaje się to zbędne, ponieważ jasna i oczywista jest intencja prawa i orzecznictwa europejskiego, z której wynika, iż wydatkowanie środków publicznych nie może w sposób sztuczny, uznaniowy (bez względu na to, jak szlachetny ma cel) zakłócać reguł wolnego rynku i konkurencji poprzez faworyzowanie określonych podmiotów gospodarczych. Tymczasem powyżej przywołane okoliczności nie mają nic wspólnego z zapłatą za już wykonane i odebrane prace, wykonywane w oparciu o zawarte umowy i spełniające wszelkie formalne wymogi. Zapłata zaległych należności nie stanowi naruszenia zasad konkurencji, lecz właśnie przeciwnie, przywraca elementarną pewność obrotu gospodarczego.

Ostateczny wniosek z tej analizy wydaje się być oczywisty, iż zapłata zaległych należności dla podwykonawców pracujących przy budowie autostrad nie stanowi przejawu pomocy publicznej w rozumieniu przepisów i orzecznictwa UE. W związku z powyższym nie zachodzą żadne okoliczności mogące uniemożliwić wypłatę podwykonawcom przez Skarb Państwa zaległych należności za realizację dróg krajowych oraz autostrad z tytułu zaistnienia „pomocy publicznej”. Przedmiotowe stanowisko spotkało się z uznaniem Ministerstwa Spraw Zagranicznych⁴⁶.

– Uzależnienie wypłaty od doręczenia cesji wierzytelności

GDDKiA Oddział w Łodzi uwarunkowała rozliczenie należności podwykonawców w trybie „specustawy autostradowej” między innymi od dostarczenia przez podwykonawców cesji wierzytelności z pierwszego podwykonawcy na dalszych podwykonawców, powołując się między innymi na pisemne stanowisko Dyrektora Biura Prawnego GDDKiA w Warszawie.

⁴⁵ Orzeczenie TS z dnia 21 marca 1990 r., C-142/87 Belgia przeciwko Komisji, Zb. Orz. I 1990 s. 959. Podobnie w przypadku orzeczenia TS z dnia 17 września 1980 r., 730/79 Philips Morris przeciwko Komisji, Zb. Orz. 1980, s. 2671.

⁴⁶ Pismo – stanowisko Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 23 kwietnia 2014 r., sygn. DPUE.920.1085.2013/7/ egz.msz dot. sygn. RM-10-36-14 z 15-04.2014 r., w którym MSZ podziela stanowisko zaprezentowane w opinii przedstawionej przez Stowarzyszenie URKSiTD „Najlepsza Droga”, iż postanowienia „specustawy” nie naruszają uregulowań unijnych w zakresie pomocy publicznej.

Należy zaznaczyć, iż ani postanowienia „specustawy”, ani tym bardziej oczekiwania Biura Prawnego GDDKiA w Warszawie w żadnym razie nie potwierdzają konieczności (obligu) dokonania cesji wierzytelności pierwszego podwykonawcy na dalszych podwykonawców w celu realizacji rozliczenia przez GDDKiA. Można wyrazić pogląd, iż na gruncie normatywnym takie oczekiwanie GDDKiA jest niczym nieuzasadnione i jest wprost sprzeczne zarówno z uregulowaniami „specustawy autostradowej”, jak i stanowiskiem Dyrektora Biura Prawnego GDDKiA w Warszawie, w którym wskazano, że *należy (...) pamiętać o konieczności uzyskania stosownych upoważnień od likwidatora (...) wraz z ewentualnymi dokumentami cesji*. Można więc zauważyć, iż Biuro Prawne GDDKiA w Warszawie podniosło jedynie konieczność uzyskania bądź to *stosownych upoważnień od likwidatora*, bądź to *ewentualnie* czyli alternatywnie (lub – alternatywa łączna) – *dokumentów cesji*. Poszkodowani podwykonawcy mieli dostarczyć zgodę likwidatora na wypłatę wierzytelności bezpośrednio na rzecz poszkodowanych podwykonawców skupionych w Stowarzyszeniu „Najlepsza Droga” **lub** dokumenty cesji wierzytelności z pierwszego podwykonawcy na poszkodowanych podwykonawców. Poszkodowani podwykonawcy spełnili ten w dniu 28.04.2015 r. Wskazanego bowiem dnia do GDDKiA w Łodzi wpłynęła zgoda od Likwidatora firmy pierwszego podwykonawcy na rozliczenie poszkodowanych podwykonawców, wpisanych na listę wierzytelności wraz z jednoczesną dyspozycją, aby wobec kończącego się postępowania likwidacyjnego GDDKiA dokonało rozliczenia bezpośrednio na rzecz podwykonawców. Na taką dyspozycję wskazuje już sam tytuł pisma Likwidatora: „(...) wniosek o wypłatę świadczeń bezpośrednio na rzecz wierzycieli”. Przywołany wniosek Likwidatora stanowi dalej:

(...) wnoszę o wypłatę wymienionych wierzytelności bezpośrednio na rzecz wierzycieli i dalej: z racji na trwające postępowanie w przedmiocie likwidacji (...) które (...) może zostać w każdej chwili zakończone, wnoszę o uznanie dalszych przyszłych zgłoszeń przez podmioty świadczące roboty, usługi i dostawy na rzecz (...) [pierwszego podwykonawcy].

W świetle powyższego oczywiste jest, iż Likwidator wyraźnie zawniósł o rozliczenie bezpośrednio na rzecz poszkodowanych podwykonawców zarówno wierzytelności wpisanych na listę wierzytelności, jak także wierzytelności zgłoszonych do GDDKiA w przyszłości.

Wymogu cesji wierzytelności z pierwszego podwykonawcy („przedsiębiorcy” który zawarł umowę z głównym „wykonawcą”) na podwykonawców absolutnie nie stawia „specustawa autostradowa”. Po prostu w ustawie brak takiej dyspozycji. GDDKiA w Łodzi nie ma zatem żadnej normatywnej kompetencji do żądania od podwykonawców dokumentu cesji. Można wykonywać, iż w oficjalnym piśmie Dyrektora Biura Prawnego GDDKiA w Warszawie tylko dlatego jest mowa o ewentualnej cesji, iż pierwszy podwykonawca był w stanie likwidacji i dla pełnej jasności sytuacji (choć nie ma takiego ustawowego obowiązku) Dyrektor Biura Prawnego GDDKiA w Warszawie wskazał, iż wymagane jest potwierdzenie, iż Likwidator w ogóle akceptuje fakt rozliczenia poszkodowanych podwykonawców.

Elementem koniecznym do rozliczenia przedmiotowych wierzytelności było sądowe wpisanie wierzytelności poszkodowanych podwykonawców na listę GW, co spełniono w lipcu 2017 r., o czym GDDKiA w Łodzi zostało poinformowane. Następnie do GDDKiA wpłynęły wnioski od poszkodowanych podwykonawców o rozliczenie przedmiotowych wierzytelności w trybie przewidzianym w „specustawie”. Dlatego też Biuro Prawne GDDKiA w Warszawie wspomina o możliwości dostarczenia przez poszkodowane podmioty **ewentualnej** cesji, ponieważ czysto teoretycznie nie można wykluczyć, iż z różnych powodów niektórzy podwykonawcy będą dysponowali cesją. Ale sama w sobie „specustawa” nie stawia wymagania „aż” dostarczenia cesji wierzytelności i domaganie się jej od podwykonawców można uznać za bezpodstawne.

– **Uzależnienie wypłaty od skuteczności regresu do generalnego wykonawcy**

GDDKiA podniosło także zarzut o niedopuszczalności rozliczenia podwykonawców w trybie „specustawy autostradowej” w sytuacji braku zdolności odzyskania należności w trybie regresu do GW (który jest w upadłości). Warto więc dokonać weryfikacji dopuszczalności rozliczenia przedmiotowej wierzytelności wobec poszkodowanych polskich podwykonawców, realizujących prace przy budowie autostrad w sytuacji ewentualnej niemożliwości odzyskania ekwiwalentnych środków od głównego wykonawcy (w „specustawie” nazywanego „wykonawcą”). Wbrew tezę stawianym przez GDDKiA w Łodzi można stwierdzić, iż w kontekście wykładni językowej uregulowań art. 11 ust. 1 „specustawy autostradowej”, brak jest zależności pomiędzy spełnieniem wypłaty świadczeń wobec poszkodowanych podwykonawców a skutecznością egzekucji ekwiwalentnych środków od głównego wykonawcy. Rzeczony przepis stanowi: *Generalnemu Dyrektorowi przysługuje wobec wykonawcy roszczenie o zwrot środków wypłaconych na podstawie ustawy*. Przedmiotowe uregulowanie odnosi się jedynie do **uprawnienia** GDDKiA do dochodzenia roszczeń od głównego wykonawcy i absolutnie nie uzależnia od jej skuteczności zasadności wypłaty świadczeń wobec podwykonawców.

Taką interpretację wzmacnia także treść art. 5. 1. *Przedsiębiorca może zgłosić Generalnemu Dyrektorowi należność, która przysługuje mu od wykonawcy: ust. 2) wobec którego ogłoszono upadłość albo sąd oddalił wniosek o ogłoszenie upadłości (...)*. Oczywiście wydaje się, że skoro sąd ogłasza upadłość głównego wykonawcy, to podmiot taki nie daje żadnych gwarancji zabezpieczenia roszczeń GDDKiA wynikających z art. 11 ust. 1 „specustawy autostradowej”, a mimo to nadal ustawodawca wprost przewidział w takiej sytuacji możliwość rozliczenia poszkodowanych dalszych podwykonawców, pomimo braku możliwości zaspokojenia własnych roszczeń przez GDDKiA. Można to rozumieć w ten sposób, że ustawodawca racjonalnie ocenił, iż w części przypadków w ogóle nie będzie możliwości odzyskania należności, ale ze względów społecznych, etycznych, moralnych i ekonomicznych przewidział możliwość rozliczenia przez GDDKiA przedmiotowych wierzytelności w trybie specjalnie do tego uchwalonej ustawy, aby doszło do wypłaty należności, których podwykonawcy nie otrzymali. Można w tym miejscu zaznaczyć niejako na marginesie, iż poszkodowani podwykonawcy występują

w trybie „specustawy” o rozliczenie należności, od których Skarb Państwa pobrał podatki, co też ma swój wydźwięk.

Można ocenić, iż przedmiotowe zagadnienie na gruncie normatywnym zostało uregulowane w sposób jednoznaczny i nie sposób zgodzić się z argumentacją GDDKiA, odmawiającą rozliczenia przedmiotowych należności z podniesieniem przywołanego zarzutu.

– Uzależnienie wypłaty od wyroku sądowego

GDDKiA w Łodzi wyraziło także stanowisko, iż dla skuteczności rozliczenia poszkodowanych podwykonawców w trybie „specustawy autostradowej” powinni wystąpić przeciwko GDDKiA do sądu. Jednak na gruncie uregulowań „specustawy” absolutnie nie ma takiej potrzeby, jeśli tylko poszkodowani podwykonawcy wypełnili przesłankę z art. 7 ust. 1 pkt 3). Poszkodowanym podwykonawcom:

jest wypłacana kwota należności na podstawie: listy wierzytelności pod warunkiem niezłożenia w stosunku do danej wierzytelności sprzeciwu, o którym mowa w art. 256 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe lub zatwierdzonej przez sędziego-komisarza listy wierzytelności.

Sąd wpisał przedmiotowe wierzytelności na listę wierzytelności głównego wykonawcy i zostały do GDDKiA przedłożone dokumenty, o których mowa w art. 5, 6, 7 „specustawy autostradowej” a podwykonawcy złożyli oświadczenie o odpowiedzialności karnej za składanie nieprawdziwych oświadczeń w trybie 8 ust. 1. Można więc wyrazić stanowisko, iż w takiej sytuacji GDDKiA posiada ustawowy obowiązek wypłaty przedmiotowych świadczeń podwykonawcom. Jest tak, ponieważ w przywołanym wcześniej uregulowaniu legislator użył frazy:

jest wypłacana kwota należności, a więc legislator wykorzystał zdanie oznajmujące asetyczne imperatywne, wydające wprost dyspozycje określonego działania (wypłaty) organowi (GDDKiA) po spełnieniu przesłanek wskazanych w ART. 5, 6, 7 „specustawy”.

– Uzależnienie wypłaty od potwierdzenia zgłoszenia podwykonawców do inwestora

Kolejnym argumentem podnoszonym przez GDDKiA Oddział w Łodzi, przemawiającym za odmową rozliczenia poszkodowanych podwykonawców w trybie „specustawy autostradowej”, jest brak zgłoszenia dalszych podwykonawców przez pierwszego podwykonawcę lub GW do Inwestora (GDDKiA).

Podnieść jednak należy, iż w trybie „specustawy autostradowej”, trudno dostrzec uwarunkowanie rozliczenia wierzytelności dla podwykonawców od wcześniejszego zgłoszenia ich usług i dostaw do GDDKiA, jak ma to miejsce w przypadku art. 647¹ k.c. Podnoszenie tej kwestii jest więc niezasadne.

Warto poddać jeszcze raz szczegółowej i pogłębionej analizie stanowisko GDDKiA w tym zakresie⁴⁷. W rzeczonym pisemnym stanowisku GDDKiA podnosi się, iż (...) *uznaje się, że ustawa dotyczyć będzie między innymi umów o roboty budowlane (...)*. Należy wyraźnie zaznaczyć, iż „specustawa autostradowa” nie odnosi się do wypłaty należności z tytułu robót budowlanych, lecz : w związku z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane, co stanowi zasadniczą różnicę, ponieważ rozliczenie z tytułu „robót budowlanych” na które GDDKiA wyraziła zgodę, są regulowane w trybie art. 647¹ k.c. Oznacza to, iż w trybie „specustawy” regulowane są należności **nie** z tytułu „robót budowlanych”, na które GDDKiA wyraziła zgodę, lecz z tytułu **usług, dostaw sprzętu itp.**

Takie stanowisko potwierdza orzeczenie Sądu Najwyższego⁴⁸. Z niezrozumiałych względów, w jednym ze stanowisk GDDKiA Oddział w Łodzi, odwołano się do uzasadnienia tegoż wyroku, wskazując że:

Z uwagi na przyjęty w art. 1 ust. 2 u.s.n.p. ograniczony podmiotowy zakres ochrony prawnej przedsiębiorców, jego rozszerzająca wykładnia, mająca prowadzić wbrew zamiarowi ustawodawcy do objęcia ustawą także przedsiębiorców, którzy jako podwykonawcy zawarli umowy z podmiotami niebędącymi stronami umów ze Skarbem Państwa – GDDKiA, stanowiłoby obejście ustawy.

Tymczasem w przywołanym orzeczeniu o rozliczenie należności do GDDKiA wystąpił nie pierwszy, lecz dalszy podwykonawca i to na dodatek z tytułu robót budowlanych. Natomiast w sprawie, której dotyczyło przywołane stanowisko GDDKiA, o wypłatę należności do GDDKiA wystąpił Likwidator pierwszego podwykonawcy i to na dodatek z tytułu usług, a nie robót budowlanych. Prosty z tego wniosek, że Sąd Najwyższy słusznie w przywołanej sprawie oddalił powództwo powoda (dalszego podwykonawcy) i orzeczenie to ma się nijak do drugiej sytuacji, w której to likwidator wystąpił w imieniu pierwszego podwykonawcy do GDDKiA o rozliczenie wierzytelności poszkodowanych podwykonawców. Tak więc przywołanie rzeczonego orzeczenia SN jest mylne.

Reasumując, można wyrazić ocenę, iż poszkodowani podwykonawcy przez kilka lat bardzo dużym nakładem starań i determinacji ze względów czysto proceduralnych (niezależnych od woli poszkodowanych ani GDDKiA) wypełniali przesłanki wynikające ze „specustawy” i przesłanki wyraźnie wskazane w pismach z GDDKiA w Łodzi oraz Biura Prawnego GDDKiA w Warszawie i po kilku latach finalnie nie tylko doprowadzili do spełnienia wszystkich elementów składowych, wskazanych w „specustawie”, ale dodatkowo spełnili wymagania wskazane w oficjalnym stanowisku GDDKiA w Łodzi oraz Biura Prawnego GDDKiA w Warszawie. Pomimo tego nie doszło do rozliczenia przedmiotowych wierzytelności.

⁴⁷ Wyrażone w piśmie z dnia 04.07.2018r – załącznik nr 3 w akapicie pierwszym, w zdaniu trzecim.

⁴⁸ Zob.: orzeczenie Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej z dnia 26 kwietnia 2017 r., I CSK 408/16, LEX nr 2334894.

Powyższy przypadek wyśmienicie obrazuje ułomność konstrukcji „specustawy autostradowej”. Uwidocznione zostały wszystkie jej niedoskonałości, do których należą przede wszystkim:

- brak zdolności zgłoszenia wierzytelności,
- brak interesu GDDKiA w rozliczeniu podwykonawców za pośrednictwem pierwszego podwykonawcy w sytuacji świadomości, iż GDDKiA nie może dokonać egzekucji środków w trybie regresu od GW.

W takiej sytuacji istnieje wyraźne zainteresowanie Inwestora (GDDKiA) terminową realizacją inwestycji przez podwykonawców dostaw i usług finansowanych z prywatnych środków podwykonawców, istnieje zainteresowanie Urzędu Skarbowego pobraniem danin publicznych od podwykonawców nawet od nierozliczonych wartości faktur, ale brak jest symetrii w zainteresowaniu GDDKiA do rozliczenia podwykonawców. Sytuacja taka musi zostać oceniona jako silnie patologiczna i zaleca się podjęcie pilnych działań *de lege ferenda* w przedmiotowym obszarze.

Krytyczną ocenę takiego stanu rzeczy wyraziła także Najwyższa Izba Kontroli⁴⁹. Z raportu z kontroli wynika, iż:

(...) NIK **negatywnie ocenia** dokonaną przez GDDKiA interpretację i stosowanie zapisów Specustawy, które bezzasadnie ograniczyły krąg podmiotów mogących ubiegać się o wypłatę należności oraz stworzyły bezpodstawne utrudnienia w dochodzeniu przez przedsiębiorców swoich roszczeń. (...) NIK twierdzi dalej, iż: „Istnieje wysokie ryzyko, że z uwagi na dokonaną przez Centralę GDDKiA interpretację zapisów Specustawy, nie dokonano spłaty wszystkich należności przedsiębiorców, którzy zawarli umowy z wykonawcami w związku z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane udzielonego przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad. W ocenie NIK w opracowanej przez Centralę Procedurze Spłaty Należności **nieprawidłowo zastosowano przepisy Specustawy**: [str. 39-41]

- a. art. 2 – poprzez zawarcie w pkt 4 Procedury zapisu zmniejszającego wysokość limitu wypłat dla przedsiębiorców ze względu na zwrócenie przez GDDKiA na rzecz wykonawcy części zabezpieczenia należytego wykonania umowy, czym w ocenie NIK bezpodstawnie ograniczono ustawowe uprawnienia przedsiębiorców do otrzymania spłaty należności. Skutkiem tego było niezasadne obniżenie wypłat dla 17 przedsiębiorców, o łączną kwotę 1 045,7 tys. zł;
5. Przyjęte przez GDDKiA mechanizmy realizacji przepisów Specustawy w niektórych przypadkach stwarzały bezpodstawne utrudnienie w dochodzeniu przez przedsiębiorców swoich należności z uwagi na **nieprawidłowe zastosowanie**: [str. 41-43] (...) art. 7 ust. 3 i art. 8 ust. 1 ustawy, poprzez bezpodstawne określenie w pkt 20 Procedury wymogu, aby oświadczenia przedsiębiorców, o których mowa w tych przepisach, były składane przez nich osobiście lub z podpisem notarialnie poświadczonym.
W ocenie NIK Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad nie jest uprawniona do stosowania wobec przedsiębiorców wymagań, które nie wynikają wprost z przepisów ustawy, nawet ze względu na przyjęcie celowości dodatkowych warunków.

⁴⁹ Zob.: Informacja o wynikach kontroli z 8 stycznia 2018 r.,

Z treści raportu wprost wynika, iż GDDKiA bezpodstawnie ogranicza uprawnienia podwykonawców do wypłaty należności w trybie „specustawy autostradowej” z 2012 r., dokonując nadinterpretacji uregulowań na szkodę podwykonawców.

4.5. Ustanowienie systemu „słupów” celem realizacji interesów ekonomicznych GW

Kwestia ustanawiania oraz funkcjonowania „słupów” przez Generalnych Wykonawców nie stanowi przedmiotu teoretycznych rozważań od chwili uprawomocnienia się wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie⁵⁰, który *de facto* potwierdził istnienie mafii autostradowej, oceniając, iż jeden z wiodących koncernów budowlanych organizował i mógł czerpać korzyści z organizacji systemu „słupów”, działających na szkodę podwykonawców. Sąd Okręgowy w Warszawie rozstrzygnął w prawomocnym wyroku karnym na korzyść poszkodowanego podwykonawcy. Wyroki sądów pierwszej i drugiej instancji były w pełni zbieżne. Jak orzekł Sąd Okręgowy, Artur M. (przedstawiciel spółki „słupa” Generalnego Wykonawcy), oszukał firmę podwykonawcy na 143 tys. Sprawa toczyła się przy udziale prokuratora, lecz z prywatnego aktu oskarżenia poszkodowanego. Interesujące jest, że prokuratura pierwotnie przedmiotową sprawę **umorzył**, pomimo, iż sąd nakazywał jej prowadzenie śledztwa. Sąd w uzasadnieniu wyartykułował, iż koncern GW wiedział, iż firma skazanego Artura M. nie posiadała zdolności do realizacji inwestycji autostradowych, a więc była przykładem „słupa” odpowiedzialnego jedynie za redystrybucję usług i zleceń z **zamiarem kierunkowym nie rozliczenia się z podwykonawcami**.

W ocenie sądu, GW posiadał świadomość przestępstwa, którego dopuszczał się „słup” na szkodę podwykonawcy. Sąd stwierdził, iż:

[t]rudno dać wiarę zapewnieniom dyrektora B., że firma będąca generalnym wykonawcą robót budowlanych i stale nadzorująca postęp prac na tym odcinku budowy autostrady A..., nie wiedziała kto faktycznie i jakie prace wykonywał na jej własnej budowie (...) nie budzi wątpliwości Sądu Okręgowego, iż B. S.A. dysponował wiedzą, że roboty zlecone na podstawie umowy o wykonanie robót drogowych firmie (...) sp. z o.o., są faktycznie wykonywane przez podwykonawców.

Sąd Okręgowy w pełni podzielił w tym zakresie stanowisko Sądu Rejonowego:

Rację ma także Sąd Rejonowy, że w tym przypadku beneficjentem tego proceduru pozostaje generalny wykonawca tj. B. S.A. Odmawiając zapłaty firmie B., która faktycznie wybudowała nasypy drogowe na tym odcinku autostrady i powoływanie się na brak wiedzy o istnieniu takiego podwykonawcy, B. S.A. uzyskał przecież korzyść majątkową.

⁵⁰ Zob.: Prawomocny wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga, dnia z 11 lipca 2018 r., VI Ka 1259/17.

Tak więc Sądy obu instancji potwierdziły w uzasadnieniu wyroku, iż korzyści z procederu ustanawiania „słupów” działających na szkodę podwykonawców czerpał GW.

Nie tylko Sąd Rejonowy, ale także Sąd Okręgowy wskazują na B. S.A. jako beneficjenta korzyści z działalności „słupa”: Gołosłowne są zapewnienia oskarżonego o uczciwości i braku wiedzy, co do tego, że płatności nie będą realizowane, gdyż jest to standardowe zachowanie słupów, czyli figurantów wykorzystanych w celu obciążenia ich pełną odpowiedzialnością finansową, ale zarazem zupełnie niewypłacalnych. Na podstawie doświadczenia życiowego oraz znanych metod współczesnej przestępczości ekonomicznej nie można wykluczyć, że oskarżony realizował czynności przynoszące korzyść majątkową osobom trzecim, a w tym przypadku beneficjentem pozostaje generalny wykonawca B. S.A. Sędzia dodała także, że GW i jej pracownik Grzegorz D. mydlili oczy, a pracownicy koncernu pozorowali działania, które finalnie okazywały się ze szkodą dla podwykonawcy.

Orzeczenie sądu karnego można ocenić za przełomowe, ponieważ stanowi formalną – sądową egzemplifikację instytucji „słupa” Generalnego Wykonawcy. Prawdopodobnie po raz pierwszy w historii działań ukierunkowanych na zwalczanie tzw.: mafii autostradowej, sądy wyartykułowały, iż GW wiedział o działaniach przestępczych wobec podwykonawców i czerpał z nich korzyści.

Pomimo prawomocnego wyroku skazującego, podwykonawca od ponad 7 lat nadal nie otrzymał wynagrodzenia ani od GW ani od jego „słupów” w kwocie: a) 143 tys. należność główna za wykonane roboty budowlane; b) 15 tys. zł kosztów procesowych; c) koszty zastępstwa procesowego 2 tys. zł; d) odsetki od 2011 r. około 103 tys. zł; e) zadośćuczynienie za walkę z przestępczym układem przez 7 lat.

4.6. Wyłudzenia gwarancji bankowych i ubezpieczeniowych

W sierpniu 2018 r. Prokuratura Warszawa-Śródmieście⁵¹ podjęła śledztwo w sprawie podejrzenia wyłudzeń gwarancji bankowych przez pierwszego podwykonawcę na korzyść Generalnego Wykonawcy. Śledztwo zostało wznowione po prawomocnym skazaniu wyrokiem osoby uznanej przez Sąd karny za „słupa” Generalnego Wykonawcy. Śledztwo zostało wszczęte w sprawie:

spowodowania (...) na terenie budowy autostrady A – (...) zdarzenia będącego podstawą do wypłaty odszkodowania z tytułu umowy ubezpieczenia z (...) 2010r przez S. Sp. z o.o. (...) z „E. S.A.” polegającego na niewykonaniu umowy z (...) 2010 roku nr (...) o wykonanie robót drogowych, zawartej pomiędzy B. S.A. (...) a S. Sp. z o.o. zmienionej aneksem z (...) 2011r a następnie uzyskania od (...) Towarzystwa Ubezpieczeniowego nienależnego odszkodowania w kwocie 1 000 000 zł tj. o czyn z art. 298 kk. w zw. z art. 286 kk, w zw. z art. 294 kk w zw. z art. 11 kk.

⁵¹ Pod sygn. PR 4 Ds.645.2017.TD.

Zeznania świadków oraz analiza dokumentacji może wskazywać, iż istnieją co najmniej dwa modele wyłudzenia środków finansowych poprzez instrumenty gwarancji ubezpieczeniowych:

- a) „słup” w porozumieniu z Generalnym Wykonawcą np. opóźnia rozpoczęcie lub zakończenie realizacji robót budowlanych lub odstępuje od realizacji części kontraktu, spełniając przesłanki do wypłaty odszkodowania;
- b) „słup”, występując o polisę, wprowadza w błąd Towarzystwo Ubezpieczeniowe co do zamiaru realizowania inwestycji drogowej lub energetycznej w sytuacji, gdy nie posiada fizycznie żadnej zdolności realizacji kontraktu, wobec braku zasobów finansowych, osobowych, sprzętowych, organizacyjnych etc.

Dla wyłudzenia odszkodowania w oczekiwanej przez podmioty kwocie, podejmowanych może być szereg czynności dodatkowych, o których warto wspomnieć.

Schemat wyłudzenia świadczenia z polisy ubezpieczeniowych można podzielić na kilka etapów:

1. Etap Pierwszy: poświadczenie nieprawdy, co do zdolności realizacji inwestycji dla uzyskania polisy

Można stwierdzić, że niejednokrotnie pierwszy podwykonawca, uzyskując od ubezpieczyciela tzw. „gwarancję należytego wykonania kontraktu”, już w momencie zawarcia umowy z GW poświadcza nieprawdę co do zdolności wykonania przedmiotu umowy.

Warto w tym miejscu zaznaczyć, iż warunkiem zawarcia polisy ubezpieczeniowej jest najczęściej złożenie oświadczenia przez pierwszego podwykonawcę GW, iż w ogóle posiada zdolność realizacji inwestycji budowlanej. W interesie TU nie leży zawieranie umowy ubezpieczenia inwestycji z podmiotem, który nie posiada zdolności realizacji zlecenia, narażając TU na pewną stratę.

Dlatego też pierwszy podwykonawca, potrzebując zabezpieczenia, tj. „gwarancji należytego wykonania” w postaci polisy dla zawarcia kontraktu z GW, oświadcza (często niezgodnie z prawdą), iż posiada zdolność do realizacji inwestycji drogowej.

2. Etap drugi: Podwyższenie wartości ubezpieczenia (ochrony)

W tym momencie kluczowym aspektem, na który warto zwrócić uwagę, jest wartość kontraktu. Należy bowiem zauważyć, iż kwota ubezpieczenia jest ściśle skorelowana z wartością kontraktu. W sprawie będącej przedmiotem przywołanego postępowania S. Sp z o.o. podpisuje umowę kontraktową bezpośrednio z Prezesem GW na 12 milionów złotych. Przy takiej wartości kontraktu S. Sp. z o.o. otrzymuje polisę na 1 mln złotych. Zawarcie kontraktu niższej wartości z automatu obniżyłoby kwotę zabezpieczenia z polisy, co może wyjaśniać, dlaczego GW przekazał pierwszemu podwykonawcy nieposiadającemu zdolności do realizacji kontraktrealizację inwestycji o wartości 12 mln zł.

3. Etap trzeci: Generalny Wykonawca akceptuje zabezpieczenie z de facto zawyżonej wartości polisy pierwszego podwykonawcy, uzyskanej wskutek poświadczenia nieprawdy co do zdolności realizacji inwestycji

Generalny Wykonawca zawarł kontrakt ze swoim „pierwszym podwykonawcą”, a następnie akceptuje jego polisę ubezpieczeniową, pomimo, iż pierwszy podwykonawca wbrew oświadczeniu nie posiadał w owym czasie zdolności do realizacji inwestycji budowlanej (z uwagi na brak środków osobowych i sprzętowych do jej realizacji). Pierwszy podwykonawca nie posiadał w owym czasie nawet umowy z drugim podwykonawcą (uznanym przez sąd za „słupa”), więc tym bardziej nie posiadał także umów z dalszymi podwykonawcami, którzy faktycznie i fizycznie wykonali inwestycję. Zachodzi więc uzasadnione podejrzenie, iż podwykonawca Generalnego Wykonawcy, po podpisaniu umowy na realizację inwestycji, a następnie zawierając umowę z ubezpieczycielem, dopuścił się wyłudzenia ochrony od ubezpieczyciela, po czym finalnie dopuścił się wyłudzenia kwot gwarancji na rzecz osoby trzeciej (koncernu Generalnego Wykonawcy). Działania takie mogą wskazywać na zamiar kierunkowy – czyli początkowo zawarcie umowy ochrony przedmiotu, do którego wykonania nie ma zdolności, a następnie realizacja w sposób prowadzący do wypłaty odszkodowania przez ubezpieczyciela na korzyść Generalnego Wykonawcy. Szczególnie widać to, jeżeli w momencie zawarcia kontraktu pomiędzy GW i jego pierwszym podwykonawcą, w chwili uzyskania polisy „gwarancji należytego wykonania kontraktu” pierwszy podwykonawca jeszcze nie posiada fizycznej zdolności do realizacji inwestycji (nie posiada ani własnego sprzętu ani nie posiada umów z podwykonawcami na realizację inwestycji).

Spełnienie tych przesłanek stanowi natomiast warunek *sine qua non* do zawarcia umowy „gwarancji należytego wykonania kontraktu”. Co do zasady, dla wyliczenia kosztu ubezpieczenia pojedynczego kontraktu procedura zawarcia ubezpieczenia wymaga sporządzenia indywidualnej oceny ryzyka. TU dla jej wykonania potrzebuje szczegółowego opisu przedmiotu i zakresu kontraktu, czasu realizacji, wartości inwestycji, wskazania miejsca realizacji, danych dotyczących podwykonawców i zakresu ich prac, zakresu odpowiedzialności stron kontraktu, wymaganego zakresu i okresu ubezpieczenia.

Ponadto TU wymaga informacji o ubezpieczonym np. dotyczących obrotów, doświadczeniu, szkodowości, a czasami także dostępu do treści kontraktu lub jego projektu.

Skoro więc pierwszy podwykonawca GW nie dysponuje umowami z dostawcą sprzętu ani z dalszymi podwykonawcami, można wyciągnąć wniosek, iż działa z zamiarem wyłudzenia „ochrony” od ubezpieczyciela.

4. Etap czwarty – obniżenie wartości kontraktu (która wcześniej została fikcyjnie zawyżona dla uzyskania wyższego zabezpieczenia z polisy), przy pozostawieniu nadal wartości zabezpieczenia z polisy na poprzednim poziomie

W tym miejscu dochodzi do kluczowego etapu wyłudzenia należności z polisy ubezpieczeniowej. Otóż po zawarciu kontraktu na 12 milionów i otrzymaniu polisy zabezpieczającej w kwocie 1 mln zł, pierwszy podwykonawca S. sp. z o.o. i GW sporządzają aneks do pierwotnego kontraktu o wartości 12 mln zł i **ograniczają wartość kontraktu do wartości zaledwie około 3 mln zł, jednak zabezpieczenie z polisy nadal zabezpiecza do kwoty 1 mln zł (!)**

5. Etap piąty: sprokurowanie podstawy do wypłaty środków z polisy – w tym przypadku wstąpienie Generalnego Wykonawcy w rolę wykonawcy zastępczego swojego własnego pierwszego podwykonawcy i naliczenie kar umownych

Jako że pierwszy podwykonawca (*nota bene* posiadający kapitał spółki w wymiarze zaledwie 5000 zł) od początku nie posiadał zdolności do realizacji kontraktu o wartości ponad 12 mln zł, w jego miejsce (po sporządzeniu aneksu kontraktu) do realizacji kontraktu przystąpił osobiście Generalny Wykonawca. W związku z niewywiązywaniem się przez pierwszego podwykonawcę z realizacji kontraktu, GW naliczał kary umowne (które następnie stały się podstawą do rozliczenia z polisy na 1 mln zł).

W tym miejscu można zwrócić uwagę na jeszcze jedną, pozornie poboczną, ale istotną okoliczność. GW, wstępując w ogniwo pierwszego podwykonawcy jako wykonawca zastępczy, *de facto* musiałby pełnić rolę podmiotu, który występuje w relacji z dalszymi podwykonawcami, którzy faktycznie (fizycznie) wykonują roboty i świadczą usługi. Aby tego uniknąć, pierwszy podwykonawca, zawiera kontrakt z drugim „słupem”. Formalnie to właśnie drugi „słup” nie rozlicza należności podwykonawcom, choć faktycznie „sugestia” zapotrzebowania na realizację umów z podwykonawcami wypływa ze strony wykonawcy zastępczego (czyli *de facto* GW).

6. Etap szósty: wypłata należności wartości polisty na rzecz koncernu Generalnego Wykonawcy z tytułu wyczerpania przesłanej gwarancji należytego wykonawcy, wskutek nierealizowania kontraktu przez pierwszego podwykonawcę w zakresie wynikającym z kontraktu

Należy zwrócić uwagę na koincydencję zdarzeń i ról poszczególnych osób i podmiotów.

1. Prezes koncernu podpisuje kontrakt z podwykonawcą o wysokiej wartości, legitymując zdolność pierwszego podwykonawcy do uzyskania wysokiej wartości ubezpieczenia,
2. Pierwszy podwykonawca poświadcza nieprawdę w kontrakcie stanowiącym podstawę emisji polisy przez TU o rzekomej zdolności do zrealizowania kontraktu i zawiera umowę ubezpieczenia o wysokiej wartości,

3. Pierwszy podwykonawca i GW podpisują aneks w celu zmniejszenia wartości kontraktu przy jednoczesnym pozostawieniu wysokiej wartości polisy opiewającej na 1 milion zł,
4. GW wprowadza w miejsce pierwszego podwykonawcy wykonawstwo zastępcze Generalnego Wykonawcy na odcinek pierwszego podwykonawcy i nalicza kary umowne, a następnie odpowiada za wyegzekwowanie odszkodowania z polisy.

Aby jeszcze dokładniej zobrazować powyżej opisaną w sposób syntetyczny patologiczną relację biznesową, warto zagłębić się w szczegóły kontraktów oraz dokumentacji.

Treść kontraktu w przedmiotowej sprawie stanowiła:

27. § 10, ust. 3 WO przyjmuje brzmienie:

Wykonawca oświadcza, że treść kontraktu w zakresie przekazanej dokumentacji projektowej w części dotyczącej Przedmiotu umowy jest mu znana. Wykonawca przejmuje na siebie ogół ryzyk i odpowiedzialności jakie na podstawie kontraktu Zamawiający przyjął na siebie względem Inwestora, w odniesieniu do tej części przedmiotu Kontraktu która jest przedmiotem niniejszej umowy. Dlatego też w stosunkach wynikających z niniejszej Umowy, Zamawiającemu przysługiwały będą względem Wykonawcy wszelkie uprawnienia, z jakich skorzysta Inwestor względem Zamawiającego.

Przywołany zapis został ujęty w umowie, którą Generalny Wykonawca podpisał z nowopowstałą spółką reprezentowaną przez osobę nie mającą żadnego doświadczenia w procesie budowy dróg czy autostrad.

Ponieważ nowopowstały pierwszy podwykonawca nie dysponował niemalże żadnym doświadczeniem budowlanym, a miał otrzymać od GW kontrakt na ponad 12 mln zł (celem, jak twierdzi prokuratura, nabycia wysokiej wartości gwarancji ubezpieczeniowej) i zostać zgłoszony do Inwestora (GDDKiA), więc sprokurowano „legendę” potwierdzającą rzekome doświadczenie poprzez wskazanie udziałowca pierwszego podwykonawcy, cudzoziemca, który od wielu lat zajmuje się produkcją złotego sera za granicą, ale przed wpisaniem podwykonawcy do KRS stał się posiadaczem 5% udziałów w łotewskiej spółce S., wyspecjalizowanej w projektowaniu i budowie konstrukcji stalowych. Co prawda łotewska spółka nie dysponowała żadnym doświadczeniem w budowie dróg, ale przynajmniej mogła wykazać jakikolwiek związek z branżą budowlaną.

W zawartej umowie przerzucono na pierwszego podwykonawcę również koszty geodezji, laboratorium drogowego, kosztów koordynatora BHP, Ubezpieczenia budowy, których względem Zamawiającego wymagał Inwestor. Na tę okoliczność w umowie tej został zawarty zapis:

46. § 23 ust. 2

Ubezpieczenie budowy w zakresie całości robót kontraktowych zapewnia Zamawiający. Wykonawca zwróci Zamawiającemu koszty ubezpieczenia w wysokości 0,1% płatności na rzecz Wykonawcy, zaś w przypadku przedłużenia realizacji prac lub zwiększenia ich wartości- z najbliższych płatności.

Choć 0,1% płatności w zapisie nie wydaje się dużą sumą, to w efekcie końcowym stanowi zobowiązanie wobec B. S.A z tytułu wystawionych faktur na ponad 5 tys. zł

W praktyce może to jednak oznaczać, że koszty ubezpieczenia inwestycji pokrywał *de facto* pierwszy podwykonawca a nie GW (wbrew zapisowi, iż ubezpieczenie budowy w całości pokrywa Zamawiający).

Nie sposób odnieść wrażenia, że rola pierwszego podwykonawcy sprowadzała się do podmiotu służącego drenażowi ekonomicznemu na potrzeby wygenerowania gwarancji ubezpieczeniowej oraz umożliwienia jej konsumpcji.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na zapisy kontraktu:

Wysokość kwot ubezpieczenia GW określono następująco:

Celem zabezpieczenia ewentualnych roszczeń Zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy Wykonawca dostarczy Zamawiającemu w terminie 14 dni roboczych od dnia podpisania Umowy, bezwarunkową, nieodwołalną gwarancję bankową lub gwarancję wiarygodnego towarzystwa ubezpieczeniowego (dalej „GWARANCJA”) zaakceptowaną uprzednio przez Zamawiającego, **na kwotę stanowiącą 10% wartości wynagrodzenia umownego brutto, płatną na pierwsze żądanie**, z terminem ważności do upływu 30 dni po dacie odbioru końcowego całości Inwestycji będącej przedmiotem Kontraktu przez Inwestora. Gwarancja wystawiona według wzoru zgodnego z Załącznikiem NR 9 do Umowy Stanowi Integralna część Umowy.

Jak można przeczytać, kontrakt pomiędzy GW a jego pierwszym podwykonawcą został sporządzony w taki sposób, aby uzasadniał potrzebę uzyskania przez podwykonawcę wysokiego zabezpieczenia udzielonego „przez wiarygodne towarzystwo ubezpieczeniowe”. W konsekwencji po otrzymaniu przez podwykonawcę wysokiej kwoty gwarancji, strony ujawniły kolejny zapis kontraktu obniżający jego wartość.

Aby przedstawiciele pierwszego podwykonawcy mogli sprostać postanowieniom zawartym w umowie:

Wykonawca zobowiązuje się przedłożyć Zamawiającemu do wglądu oryginały dokumentów ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej (np. polis, certyfikatów) w związku z prowadzoną działalnością i posiadanym mieniem, obejmującego swoim zakresem również prace prowadzone na podstawie niniejszej umowy, wraz z warunkami ubezpieczenia. **Dokumenty te wykonawca powinien przedłożyć zamawiającemu najpóźniej w dniu podpisania Umowy.**

GW i jego podwykonawca najprawdopodobniej zawarli kontrakt zanim uzyskali polisę, ponieważ było nieprawdopodobne, aby broker wynegocjował korzystne warunki z TU w przypadku nowopowstałej spółki na wysoką wartość polisy (1 mln zł) bez podpisanego wielomilionowego kontraktu z wiarygodnym kontrahentem.

Tymczasem na stronie 11 umowy wskazano:

7. Załączniki do niniejszej umowy stanowią:

(...) Załącznik nr 11 – Kopie polis ubezpieczeniowych oraz kopie dowodów
Wpłat na polisy potwierdzone za zgodność z Oryginałem przez
Zamawiającego (...)

Należy zaznaczyć, że jest bardzo mało prawdopodobne, aby powyższa informacja była prawdziwa. Analiza całego materiału świadczy o czymś dokładnie odmiennym. Najprawdopodobniej pierwszy podwykonawca nie dysponował polisą ubezpieczeniową zawierając umowę z GW. Otrzymał ją dopiero później, właśnie po podpisaniu zawyżonego do 12 mln zł kontraktu, który stanowił podstawę wystawienia polisy na 1 mln zł, który to kontrakt został po uzyskaniu polisy obniżony do 3 mln zł.

Z dalszych dokumentów opisywanego przypadku wynika, że już miesiąc po zawarciu umowy sporządzono i dołączono do niej nowy załącznik nr 5.1., w którym zakres Rzeczowo-Finansowy ograniczono do kwoty 3 632 145,09 zł (z pierwotnej sumy 12 933 510,93 zł). Aneks formalnie zmieniający umowę w tym zakresie zawarto 6 miesięcy po podpisaniu umowy.

Działanie takie pozwala wnioskować, że strony umowy, działając wspólnie i w porozumieniu, ustalając kwotę umowy na 12 933 510,93 zł w celu przedłożenia jej Towarzystwu Ubezpieczeniowemu działały z zamiarem uzyskania przez przedstawicieli pierwszego podwykonawcy, wysokiej sumy zabezpieczenia z ubezpieczenia OC (na 1 mln zł). Następnie strony operowały już w dalszej części kontraktem na podstawie drugiego Załącznika nr 5.1, opiewającego na 3 mln zł.

Warto też dodać, że uzyskanie tej polisy formalnie i tak nie spełniało warunku wynikającego z kontraktu zawartego przez GW z pierwszym podwykonawcą:

Celem zabezpieczenia ewentualnych roszczeń Zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy Wykonawca dostarczy Zamawiającemu (...) gwarancję bankową lub gwarancję wiarygodnego towarzystwa ubezpieczeniowego (...) na kwotę stanowiącą 10% wartości wynagrodzenia umownego brutto (...).

Przestawiona przez pierwszego podwykonawcę polisa (suma zabezpieczenia 1 mln zł), nie spełniała zatem tego wymogu [wartość kontraktu: 12 933 145,09 zł + VAT 2 974 623,37 = 15 907 768,46 zł $\times 10\%$ = **1 590 776,85 zł**].

Zastanawiające jednak, że GW wykazuje się wobec pierwszego podwykonawcy nadzwyczajną wyrozumiałością i nie kwestionuje zaniżonej (choć wymaganej kontraktem) procentowej wartości kwoty? Może to zatem wskazywać, że kwota ta jest i tak zawyżona w stosunku do kwoty brutto faktycznie planowanego zlecenia, która znana jest stronom już miesiąc po zawarciu umowy (wtedy sporządzają załącznik Zakres Rzeczowo-Finansowy, który ogranicza pierwotną wartość robót), a „formalnie” zostanie ujawniona w aneksie do umowy sporządzonym pół roku po jej zawarciu.

Co jednak istotne, TU nie zostaje przedstawiona druga (niższa) wartość kontraktu z Załącznika nr 5.1. W takim przypadku najprawdopodobniej TU odmówiłoby wydania polisy o wartości zabezpieczenia 1 mln zł, lecz udzieliłoby polisy o wartości poniżej 500 tys. zł, według następującego algorytmu: $3\,632\,145,09\text{ zł} + \text{VAT } 835\,393,37 = \underline{4\,467\,538,46\text{ zł}} \times 10\% = \underline{446\,753,85\text{ zł}}$.

Jednak taka wartość nie odpowiadałaby najwyraźniej celowi stron kontraktu, który został oszacowany na 1 000 000 zł.

Metody działania opisane wyżej wskazują na symptomy działania z góry ukierunkowanego na działania wspólne i w porozumieniu, na szkodę towarzystw ubezpieczeniowych i faktycznych podwykonawców. Można wysnuć z powyższego przypuszczenie, iż Generalny Wykonawca, jak i podwykonawca, doskonale wiedzą, że wykonanie umowy z warunkami w niej przedstawionymi jest z góry ukierunkowane na zamiar oszustwa.

GW przeniósł wszystkie swoje koszty, tj. związane z geodezją, polisą i inne, na podwykonawcę, który z niskich marż wynikających z umowy nie jest w stanie ich pokryć, sam podwykonawca jest pozbawiony kapitału, **a jedynym możliwym do zrealizowania zyskiem księgowanym na pozostałe przychody operacyjne jest zysk z wypłaty odszkodowania OC oraz niezapłacone prace dostawców sprzętu.**

W podsumowaniu można zwrócić uwagę na zestawienie następujących zapisów umowy:

Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty kary umownej:

- 1) Za niedotrzymanie terminu zakończenia robót objętych przedmiotem Umowy lub terminów wykonania etapów /elementów robót określonych w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym – w wysokości 1% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień opóźnienia;
- 2) w razie odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność Wykonawca, a także w razie odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę z przyczyn niezależnych od Zamawiającego – w wysokości 10 % wynagrodzenia brutto umowy.

Celem zabezpieczenia ewentualnych roszczeń Zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy Wykonawca dostarczy Zamawiającemu (...) gwarancję wiarygodnego towarzystwa ubezpieczeniowego (...) na kwotę stanowiącą 10 % wartości wynagrodzenia umownego brutto (...).

Z zestawienia tych zapisów nasuwa się wniosek, że suma polisy kontraktowej ma pokryć w całości nałożoną karę umowną, a z uwagi na to, że polisa w wyniku sprokuirowanego zabiegu jest dwukrotnie wyższa niż 10 % wymaganej kwoty, to może dodatkowo pokryć jeszcze inne wyreżyserowane koszty. Wpływy z odszkodowań mogą stanowić zyski nadzwyczajne przedsiębiorstwa.

W konsekwencji opracowano konstrukcję, w ramach której na rzecz GW wygenerowana została korzyść finansowa z gwarancji ubezpieczeniowej o wartości 1 mln zł, pierwszy podwykonawca został wydrenowany finansowo, a kary umowne zostały rozliczone z należnościami za obniżoną wartość kontraktu. W efekcie dalsi podwykonawcy, którzy faktycznie wykonali roboty i usługi, nie otrzymali wynagrodzenia i *de facto* nie mogli skutecznie zwrócić się o rozliczenie do GDDKiA w trybie art. 647¹ k.c. lub w trybie „specustawy autostradowej” z 2012 r., ponieważ formalnie rzecz ujmując doszło do „rozliczenia” należności pomiędzy GW z jego pierwszym podwykonawcą.

Przyjmując retorykę prezentowaną np. przez GDDKiA w Łodzi, w takim przypadku, gdy doszło do formalnego rozliczenia GW i jego pierwszego podwykonawcy, niedopuszczalne jest rozliczenie dalszych podwykonawców. W konsekwencji GW jest zabezpieczony przed regresem ze strony GDDKiA z tytułu nierozliczonych wierzytelności wobec podwykonawców, którzy faktycznie wykonali roboty budowlane.

4.7. Wyłudzenia podatku VAT

Proceder wyłudzeń podatku VAT w związku z realizacją inwestycji budowy dróg jest już znany organom ścigania przestępstw. W przedmiotowym zakresie został wydany komunikat Rzecznika Prasowego Prokuratury Apelacyjnej dotyczący aktu oskarżenia AP V Ds 65/13 w sprawie zorganizowanej grupy przestępczej, zajmującej się wystawianiem nierzetelnych faktur VAT, uszczuplaniem należności podatkowych i praniem brudnych pieniędzy. Wynika z niego, iż:

w dniu 31 grudnia 2013 roku, prokurator Wydziału V do Spraw Przestępczości Zorganizowanej i Korupcji Prokuratury Apelacyjnej w Gdańsku, skierował do Sądu Okręgowego w Gdańsku akt oskarżenia Ap V Ds 65/13, przeciwko 11 /jedenastu/ oskarżonym, w tym przeciwko 5 /pięciu/ o działanie w zorganizowanej grupie przestępczej. W akcie oskarżenia prokurator zarzucił popełnienie w okresie od sierpnia 2006 r. do 24 lutego 2010 r. w Gdańsku, 65 /sześćdziesięciu pięciu/ przestępstw, w tym między innymi:

- wystawianie dokumentów w postaci fikcyjnych protokołów odbioru robót budowlanych i poświadczanie w tych dokumentach nieprawdy o wykonaniu prac budowlanych, ich przebiegu i odbiorze; łącznie w toku śledztwa zabezpieczono 359 tego typu dokumentów,
- **wystawianie faktur VAT, za usługi budowlane, które w rzeczywistości nie zostały wykonane** przez podmioty gospodarcze, które wystawiły te faktury; łącznie w toku śledztwa zabezpieczono 370 tego typu faktur, na łączną kwotę **36 808 349,65 zł**,
- **„pranie brudnych pieniędzy”, przez obrót na rachunkach bankowych środkami pieniężnymi będącymi rzekomą zapłatą za fikcyjnie wykonane roboty budowlane.**

Łącznie pomiędzy różnymi rachunkami bankowymi, zarówno firmowymi, jak i prywatnymi, oskarżeni przelali **43 798 676,15 zł**, przy czym wykonując wielokrotne dalsze przelewy, a także wypłaty i wpłaty gotówkowe, podejmowali czynności mające na celu udaremnienie i znaczne utrudnienie stwierdzenia przestępnego pochodzenia i miejsca przechowania tych pieniędzy.

W końcowej fazie oskarżenia, w większości wypłacili te środki płatnicze, w gotówce. Tego rodzaju działania, finalnie miały na celu uniknięcie zapłaty i uniemożliwienie wyegzekwowania należnego Skarbowi Państwa podatku VAT, w łącznej kwocie **4 652 571,64 zł**.

- **składanie deklaracji podatkowych VAT-7, w których wartość należnego Skarbowi Państwa podatku VAT obniżano, wykorzystując nierzetelne faktury dokumentujące niewykonane w rzeczywistości roboty budowlane.**

Tego rodzaju deklaracje podatkowe VAT-7, które składali rzeczywisci wykonawcy robót budowlanych, dotyczyły podatku VAT w kwocie **4 652 571,64 zł** i ta kwota stanowi wartość uszczuplenia podatkowego Skarbu Państwa.

Śledztwo w sprawie uzasadnionego podejrzenia doprowadzenia „G.” SA, do niekorzystnego rozporządzenia mieniem wielkiej wartości, w kwocie nie mniejszej niż 9 020 000,00 zł, przez wprowadzenie „G” SA w błąd, co do faktu wykonania prac budowlanych na autostradzie A-1, wszczęto 09 listopada 2009 r., o przestępstwo z art. 286 § 1 kk w zw. z art. 294 § 1 kk. Postępowanie prowadzili funkcjonariusze Komendy Wojewódzkiej Policji w Gdańsku, pod nadzorem prokuratora Wydziału do Spraw Przestępczości Zorganizowanej i Korupcji, Prokuratury Apelacyjnej w Gdańsku.

Wstępne ustalenia, poczynione między innymi w toku kontroli prowadzonych przez II Urząd Skarbowy w Gdańsku, I Urząd Skarbowy w Gdyni oraz Urzędy Skarbowe w Starogardzie Gdańskim, w Toruniu, w Malborku i w Łławie, wskazywały, że zachodzi uzasadnione podejrzenie oszustwa na szkodę „G.” SA i „wyprowadzenia” pieniędzy, **pod pozorem wykonywania prac budowlanych**. Jednakże spółka „G.” SA wskazała, że wszystkie zamówione przez nią roboty budowlane, głównie prace zbrojarskie obiektów budowlanych (mostów i wiaduktów) na Autostradzie A-1, zostały wykonane zgodnie z zamówieniem i przez zapłatę za te roboty nie doszło do niekorzystnego rozporządzenia mieniem, w rozumieniu art. 286 kk (oszustwo).

W związku z powyższym zbadano realizację zadań budowlanych przez poszczególnych wykonawców. Ustalenia śledztwa wykazały, że praktyka wykonania robót budowlanych, podczas budowy autostrady A-1 wyglądała w ten sposób, że **inwestor/zleceniodawca („G” SA), powierzał wykonanie robót wykonawcy („S.” SA), który z kolei zlecał ich realizację podwykonawcom (między innymi „G.” Sp. z o.o.), a ten kolejnym podmiotom.**

Ustalono, że „G.” Sp. z o.o., zrealizowała prace budowlane, natomiast część podwykonawców „G.” Sp. z o.o., działając w celu obniżenia dochodu podlegającego opodatkowaniu, **fikcyjnie zawyżali koszty prowadzonej działalności, tworząc pozory, że niektóre z realizowanych prac budowlanych, zostały wykonane przez inne podmioty, którymi zarządzali oskarżeni w niniejszej sprawie. Fikcyjne zawyżenie kosztów, powodowało realne obniżenie należnego podatku i uszczuplenia podatkowe Skarbu Państwa.** W celu udokumentowania rzekomo poniesionych kosztów, **oskarżeni generowali nierzetelne faktury kosztowe**, których używali we wzajemnych rozliczeniach i sprawozdaniach składanych organom podatkowym.

W dalszym toku śledztwa ujawniono, że podmioty gospodarcze pozostające w zainteresowaniu śledztwa (i oskarżeni występujący w ich imieniu), **zaangażowane były nie tylko w wystawianie i korzystanie z nierzetelnych faktur VAT, uszczuplenia podatkowe i pranie brudnych pieniędzy** w związku z pracami budowlanymi Autostradzie A-1, ale także, przy wykorzystaniu tego samego schematu działania, w związku z innymi inwestycjami budowlanymi, realizowanymi **na terenie całej Polski.**

Spośród inwestycji realizowanych na terenie województwa pomorskiego, można wymienić chociażby prace w związku z budowami:

Autostrady A-1,

Stadionu Piłkarskiego w Gdańsku – Letnicy,

Centrum Handlowo Usługowego w Dolnym Sopocie,

Galerii Oliwskiej (!),

a także prace związane z wykonaniem instalacji sanitarnych w hotelu „Dwór Oliwski” w Gdańsku.

W toku śledztwa ustalono, że jako tytuły faktur i protokołów odbioru prac, wielokrotnie wskazywano między innymi:

„Prace budowlane – Autostrada A-1”,

„Prace budowlane – Autostrada A-2”,

„Prace budowlane – Trasa S-3”,

„Montaż Zbrojenia – Stadion Piłkarski w Gdańsku – Letnicy i prace dodatkowe”,
 „Montaż zbrojenia – wiadukt w Gdańsku”,
 „Montaż zbrojenia – CHU Dolny Sopot”,
 „Prace zbrojarskie – Galeria Oliwska”,
 „Wykonanie instalacji sanitarnych budynek hotelu „Dwór Oliwski”,
 „Montaż zbrojenia – obwodnica Garwolina”,
 „Montaż zbrojenia – obwodnica Stargardu Szczecińskiego”,
 „Montaż zbrojenia – obwodnica Puław”,
 „Prace budowlane i zbrojarskie – obwodnica Wyszkowa”,
 „Prace zbrojarskie – obwodnica Radzymina”,
 „Prace zbrojarskie – obwodnica Mińska Mazowieckiego”,
 „Prace budowlane Rondo w Warszawie”,
 „Prace budowlane – wiadukt w Zabrze”,
 „Montaż zbrojenia – wiadukt w Częstochowie”,
 „Montaż zbrojenia – wiadukt w Warszawie”,
 „Prace budowlane – wiadukt w Poznaniu”,
 „Montaż zbrojenia – wiadukt w Elblągu”,
 „Montaż zbrojenia – remont mostu w Chełmnie”,
 „Montaż zbrojenia – Budynek Biurowy w Łodzi”,
 „Prace zbrojarskie i montaż zbrojenia Biurowiec w Krakowie”,
 „Prace budowlane – Fabryka Mondy w Świeciu”,
 „Montaż zbrojenia – Park Postępu w Warszawie”,
 „Prace zbrojarskie – Galeria w Słupsku”,
 „Montaż zbrojenia – Galeria w Radomiu”,
 „Prace zbrojarskie – Estakada w Gliwicach”,
 „Budowa przyłączy kanalizacji sanitarnej Gmina Łęczyce”,
 „Odwadnianie wykopów filtrami igłowymi – w Strzebielinie, w Rozłazinie, w Łęczycach”,
 „Montaż przepompowni zbiorczej w Godętowie wraz z uruchomieniem”.

Z ustaleń dokonanych przez Urzędy Skarbowe, z ustaleń Policji, a także z zeznań świadków, wynika, że część podmiotów „zaangażowanych” w realizację wyżej wskazanych budów, **nie prowadziła żadnej działalności, poza wystawianiem pustych (kosztowych) faktur**, za rzekomo wykonane prace.

(...)

Podmioty te **nie zatrudniały pracowników, nie posiadały i nie wynajmowały specjalistycznego sprzętu budowlanego, nie prowadziły żadnych biur.**

Jedynym ich przedmiotem działalności było wystawianie faktur, wykazujących rzekomo wykonane prace, o zakresie ściśle skorelowanym z pracami budowlanymi faktycznie zrealizowanymi przez: „G.M.” Marcina G., „G&M” Tomasza G. i Macieja M., P.I.S. – S. Jerzego P. oraz I. – sp. z o.o., zarządzaną przez Pawła K. i Katarzynę K.

Oskarżonym grozi kara pozbawienia wolności do lat 10 i kary grzywny oraz konieczność zapłaty uszczuplonego podatku VAT.

Proceder ww. przestępstw opiera się na zdolności powierzania etapów inwestycji zmultiplikowanym dalszym rzekomym podwykonawcom, którzy w istocie nie realizują jakichkolwiek realnych robót i usług. W tym kontekście zastanowienia wymaga zmiana stosowanej obecnie formy nadzoru nad realizacją inwestycji, skoro model ten (udział inwestora zastępczego) prowadzi często do działań na szkodę podwykonawców, którzy faktycznie zrealizowali

inwestycję, nie gwarantuje jakości i prawidłowości realizacji inwestycji, a dodatkowo nie zapobiega popełnianiu przestępstw podatkowych.

4.8. Działania na szkodę podwykonawców poprzez wstąpienie Generalnego Wykonawcę w rolę „wykonawcy zastępczego”

Kolejnym schematem działania zmierzającym do nierozliczenia podwykonawców, jest metoda „na zastępstwo wykonawcze”.

Metoda ta została zastosowana przykładowo na budowie jednego z odcinków autostrady A-4.

Metoda polega na powierzeniu przez GW prac budowlanych „słupowi”⁵² (nieposiadającemu żadnych zdolności do realizacji kontraktu), który np.: w 2/3 powierza roboty i usługi dalszym podwykonawcom faktycznie realizującym prace budowlane. Następnie w zastępstwie „słupa” GW (który nie ma zdolności realizacji robót), do realizacji 1/3 kontraktu przystępuje osobiście GW, w charakterze „zastępcy wykonawczego” i za roboty wykonane w zastępstwie za swojego „słupa”, wystawia mu fakturę. W tej sytuacji, należności GW i jego „słupa” ulegną kompensacie (formalnie zostaną rozliczone), w konsekwencji czego dalsi podwykonawcy nie otrzymają wynagrodzenia za realnie wykonane prace, a GW na zawezwanie podwykonawców o rozliczenie będzie mógł podnieść, iż „rozliczył się już z pierwszym podwykonawcą”.

Faktycznie jednak, GW zlecając kontrakt pierwszemu podwykonawcy, który nie posiadał fizycznych, kadrowych i ekonomicznych zdolności do realizacji inwestycji i wstępując w jego zakres robót w charakterze inwestora zastępczego, działa ze świadomością, że wzajemne rozliczenia pomiędzy nim, a jego „słupem” ulegną kompensacie i braknie środków na pokrycie robót zrealizowanych przez dalszych podwykonawców zatrudnionych przez „słupa”.

4.9. Podwyższanie wartości kontraktu poprzez „systemy motywacyjne” pracowników GW

Jedną z form zwiększania rentowności kontraktów przez GW jest ustanawianie i wykorzystywanie „systemów motywacyjnych”. Wątek ten ujrzał światło dzienne po raz pierwszy w korespondencji jednego z poszkodowanych podwykonawców z Prokuraturą Okręgową w Warszawie. Poszkodowany podwykonawca koncernu B., informuje wówczas Prokuratora, iż:

w wyniku przeprowadzonych rozmów z byłymi pracownikami B. udało się ustalić, że pokrzywdzenie podwykonawców „na dole” przez kierowników kontraktu i dyrektorów regionów nie jest prowadzone bez porozumienia z wyższą kadrą kierowniczą spółki. (...)

⁵² Zob.: prawomocny wyrok Sądu Okręgowego Warszawa Praga Wydział Karny z dnia 11 lipca 2018 r., VI Ka 1259/17.

[Jeden z inżynierów B.], po analizie przekazanego mu kontraktu uznał, że nie jest w stanie go zrealizować w dostępnym budżecie i poinformował o tym fakcie przełożonych. Ci jednak wcale nie byli zaskoczeni brakiem środków i nakazali mu, standardowe w takim przypadku działania, czyli „odbijanie na podwykonawcach”, co oznaczało z góry zaplanowane niewywiązanie się z zawartych z nimi umów i odmowę zapłaty za rzetelnie wykonaną pracę.

Przytoczona relacja *de facto* może potwierdzać publiczna wypowiedź J. M.⁵³ – byłej członkini Zarządu jednego z generalnych wykonawców. Ujawniła ona w obszernym wywiadzie, że **kadra kierownicza otrzymuje nielimitowane premie zależne od „oszczędności” dokonanych na kontraktach:**

Kontrakt jest projektem. Dla każdego projektu ustala się jego budżet i spodziewany wynik końcowy. Za jego osiągnięcie pracownikom kontraktu wypłacana jest część wynikająca z tzw. bycia on target, natomiast zasadnicza **wysokość (wartość) motywatora uzależniona jest od poprawiania tej marży.**

– **Tutaj sky is the limit** – uśmiecha się J.M.. – **Na ten procent nie mamy nałożonych ograniczeń.**

Procent ten jest oczywiście tajemnicą przedsiębiorstwa i w ocenie kierownictwa – jego absolutną przewagą konkurencyjną. Sam model funkcjonuje natomiast tak, że **premiuje się cały zespół ludzi uwzględniając poprawiony wynik finansowy kontraktu.**

– **Działa to znakomicie** – twierdzi J.M. – **Ludzie rzeczywiście czują te pieniądze** i mogą je sobie wyliczyć i przeliczyć, tworząc i monitorując budżet, który zawiera wynik premii. Mają **bezpośredni wpływ** na wyniki oraz uprawnienia do podejmowania decyzji, a zatem współtworzą samoregulujący się model, który sprawdza się w firmie od wielu lat, wpływając na jej wyniki, tytuły (Spółka Roku), szanse wejścia do indeksu spółek dywidendowych.

W tym kontekście zrozumiałe stają się schematy łupieżczego traktowania podwykonawców, a także dostrzegalna tendencja do prokurowania zdarzeń, stawiających poszkodowanych podwykonawców w niekorzystnej pozycji z GW.

Determinacja w dążeniu do osiągnięcia „oszczędności” w realizowanych inwestycjach, uwiarygadnia tezę o funkcjonowaniu systemów motywacyjnych jako jednego z instrumentów zwiększenia wartości inwestycji.

⁵³ P. Berłowski, L. Gruse, *Orientacja na końcową marżę, czyli premie bez limitu – wynagradzanie w firmie Budimex*, Prawo.pl, 23.02.2012 r., <https://www.prawo.pl/kadry/orientacja-na-koncowa-marze-czyli-premie-bez-limitu-wynagradzanie-w-firmie-B,270576.html>, (dostęp: 3.12.2018 r.).

4.10. Emisja bezpodstawnych kar umownych na przykładzie orzeczenia sądu w kontekście jednego z Głównych Wykonawców

Jedną z wiodących metod oszustw na podwykonawcach, stanowi naliczanie przez GW i ich „słupów” kar umownych za fikcyjne, nieistniejące, rzekome naruszenia warunków kontraktu. Można wskazać wiele przykładów takiego działania koncernów.

Cały proceder wymierzania kar umownych za fikcyjne naruszenia warunków kontraktu polega na tym, iż GW wymierza całkowicie bezpodstawne kary umowne, zakładając, iż podwykonawca nie będzie posiadał środków osobowych i finansowych do realizowania przez kilka lat skutecznej obrony przed sądami i w ostatecznym rozrachunku taka fikcyjna kara stanowi *de facto* formę szantażu i wywarcia presji wobec podwykonawcy na zawarcie kompensat wartości kar z wartością wynagrodzenia podwykonawcy.

Czasami fikcyjne kary umowne mogą służyć „dyscyplinowaniu” podwykonawców, a czasami mogą służyć rugowaniu ich z kontraktu, a czasem nawet likwidacji firmy podwykonawcy.

W ostatecznym rozrachunku zasadniczo fikcyjne kary umowne służą podwyższaniu rentowności kontraktu przez GW i ich „słupów”.

W tym miejscu proceder zostanie zobrazowany przykładem z jednej inwestycji.

Koncern B. wymierzył wobec polskiego podwykonawcy (Z.K) karę umowną w kwocie 600 tys. zł za fikcyjne, rzekome przekroczenie terminu realizacji kontraktu. Wymierzenie przedmiotowej kary było całkowicie bezpodstawne, co stwierdził Sąd Okręgowy w uzasadnieniu orzeczenia⁵⁴: Twierdzenia powoda (B. – przyp.) na temat opóźnień podwykonawcy w wykonywaniu przepustów, (...) pozostają (...) w sprzeczności z treścią pism i notatek pracowników powoda, a mianowicie: e-mailem M.S. (pracownika powoda) z dnia 27.04.2011 r. (k. 1195) zgodnie z którym „z chwilą rozpoczęcia robót od 5.04.2011 r. firma podwykonawcy Z.K. – wykazała się natychmiastową mobilizacją, dużym tempem robót, mobilnością pod względem prowadzenia robót na dodatkowych odcinkach.

Ponadto z pisma Z.Z. (pracownika Powoda) 26.04.2011 r. (k. 1197) wynikała dobra ocena podwykonawcy „Firma Pana Z.K. jest jedyną wiarygodną i solidną firmą wykonującą przepusty skrzynkowe przy rozbudowie drogi krajowej nr ...”.

Z kolei na piśmie Z.K. z dnia 14.06.2011 r. znajdują się odręczne notatki Z.Z. – pracownika powoda (k. 1199) w którym wskazano wprost, że p. Z.K. jest jedyną firmą wykonującą zakres prac w sposób solidny i rzetelny, dający pewną gwarancję wykonania robót we właściwych terminach (...).

Sąd Okręgowy jednoznacznie więc wskazał, iż brak było jakichkolwiek podstaw do wymierzenia przez koncern kary umownej na poszkodowanego podwykonawcę. Sąd podnosi, że

⁵⁴ Wyrok Sądu Okręgowego z dnia 24 czerwca 2015 r., XXV C 532/13, (s. 21).

nawet pracownicy koncernu wskazywali, iż polski podwykonawca wykonał swoje prace w sposób nie dający podstaw do wymierzenia kary umownej.

Jednocześnie koncern B. wystosował wobec polskiego podwykonawcy także drugą karę umowną, na kolejne około 600 tys. zł, za rzekomo bezpodstawne opuszczenie frontu robót w sytuacji, gdy ten sam koncern zalegał polskiemu podwykonawcy przez 8 miesięcy z zapłatą faktury na 800 tys. zł, co doprowadziło podwykonawcę do bankructwa. Polski podwykonawca wobec niewypłacalności koncernu i własnego bankructwa odstąpił w trybie natychmiastowym od realizacji kontraktu, za co został obciążony kolejną karą umowną na kwotę także 600 tys. zł. Następnie GW usiłował potrącić wartość kar umownych z wartością należności przysługujących podwykonawcy z wcześniej wystawionej przez podwykonawcę faktury.

Zadziwiać może tupet przedstawicieli koncernu, który najpierw nie wypłacając należności polskiemu podwykonawcy, doprowadził go do finansowej zapaści, a gdy ten odstąpił od kontraktu z powodu niewywiązywania się koncernu z obowiązków płatniczych, został obciążony karą umowną, którą próbowano skompensować wartość niezapłaconej wcześniej podwykonawcy faktury (!)

Odpór takiemu działaniu koncernu dał Sąd Okręgowy, wypowiadając się o bezpodstawności wymierzenia kar umownych przez B. na firmę Pana Z.K. za odstąpienie od realizacji kontraktu.

Sąd Okręgowy w uzasadnieniu powyższego wyroku stwierdził, iż: *w dniu 19.09 2011 roku, wobec braku zapłaty Z.K. złożył powódce (B. – przyp.), na podstawie art. 491 §1 k.c., skuteczne oświadczenie odstąpienia od umowy.*

Sąd Okręgowy jednoznacznie dał więc odpór tezom koncernu GW o dopuszczalności wymierzenia kary umownej wobec podwykonawcy i dokonania potrącenia z jego należnościami, skoro koncern zalegał temuż podwykonawcy za wykonane roboty, co skutkowało *skutecznym oświadczeniem odstąpienia od umowy.*

Przedmiotową sytuację można zrozumieć w sposób jeszcze pełniejszy, gdy prześledzi się całą chronologię zdarzeń GW:

1. pracownicy firmy B. w dokumentach wewnętrznych informowali się wzajemnie, iż podwykonawca wykonywał prace terminowo i nie posiadał jakichkolwiek opóźnień w realizacji kontraktu;
2. pomimo braku opóźnień w realizacji kontraktu przez podwykonawcę, koncern B. wymierzył podwykonawcy maksymalną karę umową w kwocie 598 tys. zł z tytułu rzekomego opóźnienia w robotach (i drugą 598 tys. za rzekome bezpodstawne odstąpienie od umowy);
3. B. nigdy nawet nie wystąpił do sądu o wyegzekwowanie kary umownej i ostatecznie wycofał się po 5 latach z wymierzenia tej kary;
4. B. zalegał podwykonawcy z zapłatą **wszystkich** faktur (względem zasad ich wystawiania i płatności określonych w kontrakcie) w następującym zakresie;

5. Jedną z faktur za wykonane przez Z.K. pracę (wystawioną w lipcu 2011), uregulowała dopiero GDDKiA na zasadach odpowiedzialności solidarnej (za koncern B.) w dniu 13 kwietnia 2012r., ponieważ GW uchylał się przez 8 miesięcy od zapłaty;
6. Można odnieść wrażenie, że w sprawie rozliczenia wskazanej w punkcie 5 faktury, Inżynier Kontraktu (reprezentujący interesy GDDKiA jako inwestor zastępczy) koncentrował się głównie na interesach koncernu B., co przejawiało się choćby w jego następującej rekomendacji udzielonej w tym zakresie inwestorowi:

(...) zgodnie z subklauzulą 4.4 warunków kontraktu podwykonawca jest uprawniony do otrzymania zapłaty za fakturę nr 7 z 28.07.2011 (w kwocie 846 tys. zł), ale inżynier uważa, że nie należy wchodzić w konflikt z wykonawcą firmą B. i należy powstrzymać się od zapłaty do czasu szczegółowego wyjaśnienia przez wykonawcę podstawy wstrzymania zapłaty za roboty objęte podpisanym przez obie strony protokołem;

7. Prokuratora stwierdziła bezpodstawność wstrzymania podwykonawcy płatności przez GDDKiA w ramach odpowiedzialności solidarnej⁵⁵. W postanowieniu z dnia 18 czerwca 2013 r. stwierdzono, że:

z treści subklauzuli 4.4 rozdziału 3 Szczególnych Warunków Kontraktu – umowa między GDDKiA Łódź a B. (...) wynika między innymi, że (...) jeżeli po zaakceptowaniu podwykonawcy ten zgłosiłby się po zapłatę do inwestora w trybie art 647¹ k.c., to wówczas w razie potwierdzenia roszczenia podwykonawcy, zaakceptowana przez wykonawcę fakturą, wraz z dokumentacją wykonania robót w tym protokołem wykonania robót, to inwestor miał zapłacić takiemu wykonawcy.

Dla porządku należy nadmienić, iż analogiczne stanowisko o zasadności wypłaty Panu K. należności przez GDDKiA w trybie odpowiedzialności solidarnej, wyraził Dyrektor Biura Prawnego GDDKiA w Warszawie, w opinii prawnej z dnia 10 kwietnia 2012r;

8. B. wypłacił podwykonawcy należność z przedmiotowej umowy dopiero w 2016 roku po 4,5 roku od terminu płatności;
9. Podwykonawca wysłał także uzgodnione z GDDKiA „ROZLICZENIE KOŃCOWE” za (wszystkie) roboty w zakresie „robót dodatkowych”, które zostały zlecone podwykonawcy przez B. w kwocie 258 tys. zł netto (318 tys zł brutto);
10. GDDKiA w Warszawie zaproponowała w imieniu B. wypłatę kwoty 196 tys. zł (tj. o 122 tys. niższej), mimo że nie kwestionowano wykonania przez Z.K. robót dodatkowych;
11. GDDKiA podniosło argumentację, iż jeśli podwykonawca zrezygnuje z ponad 169,5 tys. zł należności oraz odsetek, wówczas B. odstąpi dochodzenia bezpodstawnych (w świetle poniżej przywołanego orzeczenia sądu) kar umownych;

⁵⁵ W sprawie II DS.372/12.

12. bezpodstawności kar umownych naliczonych przez B. na firmę podwykonawcy za odstąpienie od realizacji kontraktu, wypowiedział się Sąd Okręgowy w uzasadnieniu wyroku z dnia 24 czerwca 2015 r.

Powyższy przykład obrazuje typowy proceder naliczania bezpodstawnych kar umownych, służących potrąceniu ich wartości z wartością należnego wynagrodzenia podwykonawców, celem zwiększenia rentowności kontraktu.

4.11. Opóźnianie płatności celem osłabienia pozycji ekonomicznej podwykonawców i kredytowanie inwestycji ze środków podwykonawców

Opóźnianie płatności podwykonawców przez GW, pełni wiele funkcji np.:

- jest formą kredytowania inwestycji przez GW lub jego „słupa”,
- jest formą finansowania inwestycji poprzez sprokurowanie pretekstu do naliczenia 2% „skonta” od kolejnych faktur, których przyspieszona płatność jest konsekwencją „zadyszki” ekonomicznej podwykonawcy, wywołanej zamierzonym i bezpodstawnym wstrzymaniem płatności wcześniejszych faktur,
- jest formą osłabienia ekonomicznego potencjalnego konkurenta i sprawowania kontroli nad rozwojem podwykonawcy,
- jest instrumentem generowania opóźnień realizacji inwestycji celem prokurowania podstawy prawnej do naliczania kar umownych wobec podwykonawców,
- jest instrumentem generowania opóźnień realizacji inwestycji celem prokurowania podstawy prawnej do uzyskania finansowania inwestycji z gwarancji ubezpieczeniowych.

Praktyczne funkcje rolowania płatności przez GW wobec podwykonawców ogniskuje opisany w poprzednim punkcie *casus* podwykonawcy Z.K. w relacji z koncernem B. Uprzedzając konkluzję, można zauważyć, iż GW nie uregulował w terminie ani jednej z faktur wyemitowanych przez polskiego podwykonawcę za zrealizowane roboty budowlane, a w szczególności:

- a) GW przesunął podwykonawcy o blisko miesiąc możliwości wystawienia pierwszej i drugiej faktury VAT na łączną kwotę około 800 tys. zł (FA nr 5 i 6 /2011 w kwotach po około 400 tys. zł) i pobrał skonto 2% za ich szybszą wypłatę w kolejnym miesiącu;
- b) GW zalegał podwykonawcy przez 8 miesięcy z zapłatą trzeciej faktury FA 7/2011 z 28 lipca 2011, na kwotę około 846 tys. zł;
- c) GW zalegał podwykonawcy przez 5 lat z zapłatą faktury FA 1/2012 z 17 kwietnia 2012, na kwotę około 158 tys. zł;
- d) GW zalegał podwykonawcy przez 5,5 roku z zapłatą za roboty dodatkowe o wartości około 318 tys. zł.

W imieniu koncernu GW fakturę (FA 7/2011 z 28 lipca 2011, na kwotę około 846 tys. zł) uregulowała dopiero GDDKiA (na zasadach odpowiedzialności solidarnej za GW), w dniu 13 kwietnia 2012r.

Wielomiesięczna opieszałość w wypłacie faktury FA 7/2011 na kwotę 846 tys. zł mogła mieć kluczowy wpływ na upadek polskiego podwykonawcy.

Wobec nieuregulowania zobowiązań przez GW na kwotę 846 tys. zł, skutkującego powstaniem zadłużenia podwykonawcy wobec US, w uzgodnieniu z GDDKiA w Łodzi doszło do wstrzymania wystawienia czwartej faktury za prace wykonane w lipcu 2011 r., w celu uniknięcia powiększenia zadłużenia podatkowego, (co doprowadziłoby do całkowitej ruiny finansowej firmy podwykonawcy).

W dniu 17 kwietnia 2012 r. podwykonawca, w uzgodnieniu z GDDKiA w Łodzi, wystawił czwartą fakturę nr 1/2012 za prace wykonane w lipcu 2011 r. na kwotę około 158 tys. zł, ale zarówno GDDKiA jak i B. odmówiły jej zapłaty, twierdząc, że po te same środki finansowe zgłosił się zupełnie inny podmiot.

GW wypłacił podwykonawcy z przedmiotowej faktury dopiero w 2016 r. po 4,5 roku od terminu płatności (przez co ostatecznie GW przyznał, że prace wykonał jednak pierwotny podwykonawca, a nie „słup” GW, którego roszczenia okazały się bezpodstawne).

Podwykonawca wysłał także uzgodnione z GDDKiA „ROZLICZENIE KOŃCOWE” za (wszystkie) „roboty dodatkowe”, które zostały mu zlecone przez GW (w kwocie 258 tys. zł netto – tj. 318 tys. zł brutto). GDDKiA w Warszawie zaproponowała podwykonawcy wypłatę kwoty o 122 tys. zł brutto niższej, czyli 196 tys. zł (*de facto* na korzyść GW).

Ostatecznie GW nie wypłacił podwykonawcy także odsetek od niezapłaconych w terminie faktur. Ponadto GW potrącił też podwykonawcy wymuszone „skonto” 2%, z faktury 5 i 6/2011.

Łącznie GW nie rozliczył się wobec powyższego z podwykonawcą na kwotę co najmniej ok. 600 tys. zł.

GDDKiA w porozumieniu z GW nalegało na podwykonawcę, aby w porozumieniu dotyczącym należności za „roboty dodatkowe”, ująć obniżoną wartość odsetek, liczoną do końca marca 2016 r., a nie do dnia daty zapłaty należności z porozumienia i jedynie taką obniżoną wartość odsetek wypłacono podwykonawcy.

Dla porządku można zaznaczyć, że wątpliwe jest, czy w ogóle mogło dojść do obniżenia w ramach porozumienia wartości wynagrodzenia z tytułu wykonanych przez Z.K. „robót dodatkowych” w zamian za rezygnację GW z dochodzenia rzekomych kar umownych (całkowicie bezpodstawnych w świetle orzeczenia przywołanego uzasadnienia wyroku sądu), skoro stoi to w opozycji do treści art. 647¹ k.c. – stanowiącego w § 6 iż: *Postanowienia umowne sprzeczne z treścią § 1–5 są nieważne*. Natomiast § 3 stanowi, że: *Inwestor ponosi odpowiedzialność za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia w wysokości ustalonej w umowie między podwykonawcą a wykonawcą*. Prace z tytułu „robót dodatkowych” zostały wykonane i podwykonawca zgłosił się do GDDKiA po ich rozliczenie w pełnej wartości. Czy zatem GDDKiA w ogóle miało

uprawnienie do zawarcia porozumienia obniżającego wartość należności podwykonawcy i czy takie porozumienie nie jest aby z mocy prawa nieważne w myśl § 6?

W świetle powyższego można wyrazić pogląd, iż przedsiębiorstwo podwykonawcy zostało zadłużone i upadło za sprawą całkowitego braku poszanowania polskiego podwykonawcy przez koncern GW, zalegający z płatnościami ZA WSZYSTKIE FAKTURY lub unikający w ogóle płatności za fakturę na 846 tys. zł.

4.12. Potrącenia sprokurowanych „skont” od podwykonawców

Jedną z metod uzyskiwania „oszczędności” przy realizacji kontraktów jest prokurowanie okoliczności uzasadniających potrącenie przez Generalnych Wykonawców „skonta” z wartości faktur od podwykonawców.

Metoda polega na tym, że GW lub jego „słup” dokonuje opóźnienia w realizacji płatności kilku kolejnych faktur z zamiarem wywołania u podwykonawcy gwałtownego niedoboru środków finansowych, uniemożliwiającego regulowanie bieżących wydatków np. tytułem wynagrodzeń, zakupu paliwa, pokrycia kosztów leasingów maszyn, zakupu prefabrykatów itp. Gdy sytuacja finansowa podwykonawcy jest „napięta”, otrzymuje on propozycję lub też sam składa propozycję wcześniejszego rozliczenia należności z kolejnej (ostatniej) faktury, w zamian za jej pomniejszenie – potrącenie tzw. skonta (najczęściej 2%).

Kwota potrącenia skonta może wydawać się nie duża, ale jej wielokrotne zastosowanie wobec przedsiębiorcy daje Generalnemu Wykonawcy sumarycznie znaczące „oszczędności”, które potęgują się przez pryzmat wolumenu podwykonawców na danym kontrakcie oraz wolumenu samych kontraktów.

Podwykonawcy pozbawieni realnej możliwości obrony przed stosowaniem metody potrącania skonta są zmuszeni zaakceptować taki stan rzeczy, który jest wynikiem swoistego wymuszenia wynikającego z dominującej pozycji płatnika.

Inwestycje drogowe

Egzemplifikację w przypadku sektora drogowego może stanowić opisany w poprzednich dwóch punktach przypadek kontraktu B. – Z.K. GW opóźnił w tym przypadku podwykonawcy odbiór pierwszego odcinaka robót, przez co termin płatności wobec podwykonawcy pierwszej faktury na 400 tys. zł, został zrolowany o 1 miesiąc (kontrakt stanowił, iż faktura może być wystawiona na koniec miesiąca, w którym dokonano odbioru). Podwykonawca, posiadając zobowiązania pracownicze i inne, zawniósł o pilną zapłatę przedmiotowej faktury przed terminem płatności za skontem 2%.

Analogiczna sytuacja powtórzyła się miesiąc później i tym razem także pobrano 2% skonto.

Sumarycznie więc, na części kontraktu wartego około 800 tys. zł, wartość „oszczędności” GW i uszczuplenia rentowności podwykonawcy wyniosła aż około 14 tys. zł.

Inwestycje energetyczne

Egzemplifikację w przypadku sektora energetycznego może stanowić inwestycja budowlana w elektrowni Jaworzno – Inwestor Tauron.

Gdy okazało się, że bezpośredni kontrahent (podwykonawca 2) nie zapłaci podwykonawcy realizującemu prace (podwykonawca 3), wykonawca zlecający roboty podwykonawcy 2 (wykonawca 1), po wielu tygodniach monitów podwykonawcy 3 o rozliczenie, poinformował o możliwości zapłaty podwykonawcy, ale na zasadzie „eSkonta”.

Po wstrzymaniu płatności na kilka tygodni w efekcie zaproponowano „szybką drogę wypłaty” należności podwykonawcy 3, pilnie potrzebującemu środków finansowych, ale z potrąceniem „eSkonta” (2%).

Można zauważyć, iż schematy wielu działań na szkodę podwykonawców, posiadają uniwersalny charakter niezależnie od branży. Stąd też zasadne jest podejmowanie działań naprawczych zuniwersalizowanych dla ogółu inwestycji budowlanych (zarówno drogowych jak i energetycznych).

4.13. Zawieranie tzw. ugód oraz porozumień na szkodę podwykonawców

Można w tym miejscu ponownie przywołać opisywany wcześniej przypadek umowy podwykonawcy Z.B. w relacji z B.:

1. B. uniemożliwia Z.B. wypłatę pierwszej faktury na ok. 400 tys. zł w kontraktowym terminie i prokuruje sytuację, w której potrąca od Z.B. *de facto* nienależne skonto (wobec własnego opóźnienia w umożliwieniu wystawienia faktury).
2. B. uniemożliwia Z.B. wypłatę drugiej faktury na ok. 400 tys. zł w terminie wynikającym z zapisów kontraktu i prokuruje sytuację, w której potrąca od Z.B. *de facto* nienależne skonto (wobec własnego opóźnienia w umożliwieniu wystawienia faktury).
3. B. nigdy nie wypłaca Z.B. faktury trzeciej na około 850 tys. zł.
4. GDDKiA po 8 miesiącach wypłaca trzecią fakturę za B.
5. B. pozywa do sądu GDDKiA za wypłatę Z.B. należności z powyższej faktury i
6. przegrywa sprawę z GDDKiA, a sąd stwierdza, że Z.B. miał prawo zerwać kontrakt w trybie natychmiastowym i kary umowne nałożone przez B. na Z.B. są bezpodstawne.
7. B. dopiero po około 4,5 wypłaca należność z czwartej faktury na około 160 tys. zł.

8. B. dokonuje odbioru (Inwentaryzacji) „robót dodatkowych”, a nigdy nie wyraża zgody na dokonanie wyliczenia należności z tytułu przedmiotowej inwentaryzacji za roboty dodatkowe (!)
9. B. i GDDKiA proponują Z.B. ugodę, w której:
 - a) nie uwzględniają prawie całych odsetek;
 - b) nie uwzględniają skont;
 - c) nie uwzględniają około 150 tys. zł z tytułu robót dodatkowych i powołują się, że podstawą ugody jest umorzenie przez GW kar umownych, co do których sąd wypowiedział się, iż w ogóle nie było podstawy ich wymierzenia.

4.14. Podejrzanie fałszowania dzienników budowy przez GW

Kolejna z metod „oszczędności” czynionych przez GW na podwykonawcach oparta jest na fałszerstwach dzienników budów i innej dokumentacji budowlanej.

Casus I: GW B. – podwykonawca PHU S.

Podwykonawca koncernu B. od kilkunastu lat **bezsukutecznie** domaga się przedłożenia egzemplarza dziennika budowy przez Generalnego Wykonawcę B. w celu skonfrontowania jego treści z zawartością własnego egzemplarza dziennika budowy. W pierwszej kolejności warto odnieść się do zarzutów stawianych Generalnemu Wykonawcy przez wspomnianego podwykonawcę w Dzienniku Budowy:

1. brak nadzoru w postaci Inżyniera Rezydenta z winy GW B. i GDDKiA, a w konsekwencji brak podmiotu uprawnionego do podpisywania protokołów przerobowych w sytuacji, gdy prace podwykonawcy należały do tzw. prac zanikających (budowano następne warstwy podbudowy, które zakrywały prace wykonane przez podwykonawcę, co uniemożliwiało wykazanie jaki zakres prac zrealizował) – notatka z dnia 17.04.2003 r. Uniemożliwiało to realizację odbiorów prac wykonanych przez podwykonawcę;
2. brak wykupienia terenów prywatnych pod budowę – notatka z dnia 17.04.2003 r., co uniemożliwiło realizację robót przez podwykonawcę w zaplanowanym terminie;
3. brak wskazania frontu robót z winy GW, co uniemożliwiło realizację robót przez podwykonawcę w zaplanowanym terminie;
4. brak operatów z winy B., co uniemożliwiło realizację robót przez podwykonawcę w zaplanowanym terminie – pismo z dnia 30.06.2003 r.;
5. brak wycinki drzew i krzewów i wykarczowania, co uniemożliwiło realizację robót przez podwykonawcę w zaplanowanym terminie – wpisy podwykonawcy do dziennika budowy;

6. brak usunięcia ogrodzenia na prywatnej posesji, co uniemożliwiło realizację robót przez podwykonawcę w zaplanowanym terminie – wpis do dziennika budowy;
7. brak usunięcia zalegających elementów uniemożliwiających realizację inwestycji – wpisy do dziennika budowy;
8. brak wytyczenia podstawy nasypów, co uniemożliwiło realizację robót przez podwykonawcę w zaplanowanym terminie – wpis do dziennika budowy;
9. brak obiektów betonowych oraz przepustów, co uniemożliwiło realizację robót przez podwykonawcę w zaplanowanym terminie – wpisy do dziennika budowy;
10. brak dostaw materiałów sypkich, co uniemożliwiło realizację robót przez podwykonawcę w zaplanowanym terminie – pismo z dnia 30.06.2003 r.;
11. brak decyzji dot. wykonania materiałem żwirowym, co uniemożliwiło realizację robót przez podwykonawcę w zaplanowanym terminie – notatka z dnia 17.04.2003 r.;
12. brak wytyczeń geodezyjnych, co uniemożliwiło realizację robót przez podwykonawcę w zaplanowanym terminie – pismo z dnia 03.06.2003 r.

Podwykonawca złożył w przedmiotowej sprawie pismo do Prokuratury Okręgowej w Warszawie⁵⁶, w którym informuje, iż w odpowiedzi na pismo Prokuratury (PO V 4 Dsn 165.2017 z dnia 14.04.2017r), przesyła nowe dowody świadczące o celowym okradaniu i oszukiwaniu podwykonawców przez B. S.A. Podwykonawca stawia zarzuty, że Prokuratura nigdy nie zażądała od niego dokumentów ani dziennika budowy celem konfrontacji z zapisami dziennika budowy koncernu B.

Podwykonawca podnosi, że uniemożliwienie realizacji inwestycji przez GW doprowadziło go do ruiny finansowej wskutek konieczności ponoszenia kosztów maszyn i sprzętu, które ponosił i które był zobowiązany regulować, np. wynagrodzenia dla pracowników pozostających bez możliwości wykonywania pracy.

Tymczasem GW B. jako sprawca powstania ogromnych strat finansowych podwykonawcy, wysunął żądania z tytułu kar umownych i, jak twierdzi podwykonawca, spreparował dokumenty w celu uniknięcia odpowiedzialności karnej i tym samym sprowadził ten proceder do takiej postaci, aby organy ścigania rozumiały to jako spór cywilny a nie sprawę o podłożu karnym.

W związku z powyższym podwykonawca zażądał przesłuchania i konfrontacji z uczestnikami procesu inwestycyjnego, mogącymi zweryfikować prawdziwość zapisów w Dziennikach Budowy, którymi dysponuje podwykonawca i weryfikacji informacji zawartych w dzienniku budowy Generalnego Wykonawcy.

Podwykonawca podnosi, iż wymiar kary umownej za opóźnienia wynikające z nieprzygotowania frontu robót przez B., wynoszą dokładnie tyle samo, ile wynosi wartość wynagrodzenia podwykonawcy za wykonanych roboty budowlane.

⁵⁶ PO V 4 Dsn 165.2017.

Zastanawiające może być, że przedmiotowa sprawa faktycznie nie znalazła swojego finału na płaszczyźnie konfrontacji bezpośredniej podwykonawcy i zapisów jego dziennika budowy z przedstawicielami Generalnego Wykonawcy i jego dziennikiem budowy. Może to zdecydowanie przekonywać do wersji prezentowanej przez podwykonawcę.

4.15. Czerpanie korzyści przez GW z konglomeratu różnorodnych działań na szkodę podwykonawcy

Koncerny GW i ich „słupy” dążą do osiągnięcia sukcesu ekonomicznego poprzez równoległe wykorzystywanie różnorodnych technik i metod, ukierunkowanych na umniejszenie wartości wynagrodzenia podwykonawców. Można zauważyć, że zastosowanie wielu różnorodnych metod uszczuplenia należności podwykonawcy, potrafi być efektywne ekonomicznie dla GW.

Dobrze obrazuje to przykład nierozliczenia należności podwykonawcy koncernu B. z następujących różnorodnych tytułów:

1. nierozliczone odsetki od faktury 7/2011 – (zapłacona przez GDDKiA 13.04.2012 r.) w wysokości 69 312,59 zł – podstawa roszczenia art. 481 k.c.,
2. nierozliczone odsetki od faktury VAT nr 1/2012 w wysokości 19 931,52 zł – podstawa roszczenia art. 481 k.c.,
3. sprokurowane przez GW skonto z dnia 25.05.2011 r. w wysokości 6 779,81 + 4 970,07 (odsetki) = 11 749,88 zł – podstawa roszczenia art. 405 k.c.;
4. sprokurowane przez GW skonto z dnia 1.07.2011 r. w wysokości 7 096,33 + 5 123,74 (odsetki) = 12 220,07 zł – podstawa roszczenia art. 405 k.c.,
5. pozostała do zapłaty kwota wynikająca z jednostronnego rozliczenia robót, wykonanych (we wrześniu 2016 r., po około 5 latach od wykonania robót zapłacono jedynie część); wartość nieopłaconych robót wraz z odsetkami wynosi: 169 457,75 + 117 464,40 (odsetki) = 286 922,15 zł – podstawa roszczenia art. 647¹ k.c./art. 405 k.c.,
6. nierozliczone odsetki od kwoty 148 816,83 zapłaconej we wrześniu 2016 r.: 9 760,75 zł – odsetki liczone od dnia 19.09. 2011 r. – podstawa roszczenia art. 481 k.c. (Wyliczenie to posiada charakter jednostronny, ponieważ B. nie chciał sporządzić rozliczenia końcowego).

Sumarycznie więc, na kontrakcie wartym zaledwie ok. 4,5 mln zł, koncern GW zwiększył własnymi działaniami rentowności kontraktu o łącznie: ok. 409 896,96 tys. zł, co stanowi ponad 10% wartości kontraktu. Warto jednak zaznaczyć, że ten sam GW na tym samym kontrakcie starał się dodatkowo wyłudzić od podwykonawcy kary umowne o łącznej wartości blisko 1 mln. 200 tys. zł z tytułu fikcyjnych kar umownych (co zostało opisane we wcześniej-szej części opracowania).

4.16. Zmowa Cenowa Generalnych Wykonawców na przykładzie nagrania Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego

Można wskazać, iż, rozważając kwestię „zmowy cenowej” w obszarze budowy dróg krajowych i autostrad oraz sektora energetycznego, najczęściej pojmuję się ją jako działania zorientowane na wzrost wartości inwestycji ukierunkowany na wzrost wartości oferty przetargowej.

Warto zaznaczyć, iż istnieje także jeszcze inny sposób wzrostu wartości inwestycji, już po rozstrzygnięciu przetargowym. Sposób ten może sprowadzać się do kontrolowania przez koncerny Generalnych Wykonawców, podmiotów odpowiedzialnych za dostarczanie usług (dźwigów, koparek, etc.) i surowców (kruszyw, asfaltu, popiołów z cementem do stabilizacji etc.).

Odnosząc się natomiast do „klasycznej” formuły „zmowy cenowej” oferentów, warto zaznaczyć, iż Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego udokumentowała na nagraniach, iż przedstawiciele koncernów budowlanych ustalali wspólnie cenę zaproponowaną następnie w przetargach na budowę dróg.

Jednak w styczniu 2017 r. Sąd Najwyższy uniewinnił oskarżonych w sprawie zmowy przetargowej przy kontraktach na budowę autostrad. Co prawda zmowa cenowa/przetargowa nie rodziła wątpliwości, ale – jak zauważył Sąd Najwyższy – ABW nie dopełniła wszystkich formalnych wymogów w tym zakresie.

Uniewinniający wyrok był spowodowany uznaniem, że dowody, które pochodziły z podśledchu założonego przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego, zostały pozyskane w sposób nielegalny.

4.17. Utrudnienie dochodzenia roszczenia przed polskim sądem

Wyśmienity przykład niezwyklego utrudnienia zdolności dochodzenia roszczeń stanowi przypadek odmowy wypłaty podwykonawcy FHU M.H. należności przez koncern GW D. S.A. za budowę odcinka drogi S17.

GW D. odmawiał uporczywie wypłaty należności podwykonawcy przez ponad 4 lata, obstając przy tezie, jakoby już dokonał rozliczenia z podwykonawcą, jednocześnie nie potrafiąc przedłożyć jakiegokolwiek potwierdzenia realizacji przelewu, kompensaty lub dowolnej innej formy rozliczenia należności.

Małego przedsiębiorcy, jakim był FHU M.H., nie było stać na wniesienie powództwa, z powodu wysokiego wpisu liczonego od wartości przedmiotu sporu wynoszącej w tym przypadku kilkaset tys. zł.

Podwykonawca otrzymał wsparcie od Stowarzyszenia URKSiTD „Najlepsza Droga”, które z uwagi na międzynarodowy charakter organizacyjny koncernu GW, wystąpiło do sądu po

międzynarodowy nakaz zapłaty, uzyskując również zwolnienie od wpisu sądowego z uwagi na istotny interes społeczny.

W toku postępowania okazało się, że rzeczony koncern nie posiada siedziby na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, a jedynie Oddział, co skutkowało koniecznością procedowania na warunkach prawa międzynarodowego. Rodzi to dla polskich podwykonawców kilka istotnych ograniczeń, czasami uniemożliwiających w praktyce dochodzenie własnych roszczeń:

- a) powództwo można wnieść jedynie do sądu w Warszawie⁵⁷,
- b) uzyskanie nakazu trwa w praktyce blisko 1 rok (z uwagi na okoliczność, iż zaledwie jeden sąd orzeka w sprawach o takim międzynarodowym charakterze),
- c) ewentualne postępowanie odwoławcze toczy się już nie przed polskim, lecz w tym przypadku hiszpańskim sądem, co w praktyce z uwagi na odległość, koszty, odrębną procedurę itp., skutecznie zamyka małym przedsiębiorcom drogę do dochodzenia własnych roszczeń.

Konkludując, *de lege ferenda* należy dokonać takich zmian, które uniemożliwią koncernom GW, przeniesienie postępowania według zagranicznej właściwości miejscowej.

4.18. Uniemożliwienie dochodzenia roszczeń z uwagi na wysoki wymiar wpisu sądowego

De lege lata

Istotnym ograniczeniem zdolności skutecznego dochodzenia roszczenia podwykonawców od GW, jest wymiar wpisu sądowego. Z treści art. 10 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych⁵⁸ wynika, iż opłatę należy uiścić przy skierowaniu powództwa do sądu. Co do zasady obowiązek ten musi zostać spełniony, aby ustrzec się przed podniesieniem zarzutu braku formalnego. W sprawach tzw. gospodarczych opłata wpisu sądowego wynosi 5% WPS (wartości przedmiotu sporu), ale nie mniej niż 30 zł i nie więcej niż 100 tys. zł (art. 13 ust. 2 ustawy o kosztach). W sprawach z obszaru inwestycji budowlanych, gdzie w naturalny sposób dominują inwestycje o wysokiej wartości, niezmiernie często wpis sądowy oscyluje w okolicach górnej jego granicy, stanowiąc realne ograniczenie dla poszkodowanych podwykonawców w dostępie do skutecznego wniesienia powództwa. W praktyce bowiem podwykonawcy drenowani ekonomicznie na wiele różnorodnych sposobów wskazanych

⁵⁷ Polscy podwykonawcy w niektórych przypadkach nie mogą dochodzić własnych roszczeń przed polskimi sądami powszechnymi. W przypadku, gdy siedziba GW znajduje się w innym kraju UE, wówczas polski podwykonawca może wystąpić z powództwem (w I instancji) o uzyskanie Międzynarodowego Nakazu Zapłaty do polskiego Sądu Okręgowego w Warszawie, Wydział XX Gospodarczy, ale w II instancji postępowanie musi toczyć się przed sądem właściwym dla siedziby GW.

⁵⁸ Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 300 ze zm.), dalej: także ustawa o kosztach.

w niniejszym opracowaniu, nie posiadają już zasobów ekonomicznych pozwalających im wnieść powództwo do sądu.

Należy zwrócić uwagę na szczególną specyfikę sytuacji poszkodowanych podwykonawców inwestycji drogowych. Podwykonawcy są związani asymetryczną zazwyczaj treścią postanowień kontraktowych z koncernem Generalnego Wykonawcy, z której wynika realne zagrożenie poniesienia bardzo poważnych (wysokich) kar umownych, przepadku kaucji gwarancyjnej itp. Praktyka pokazuje, że podwykonawcy budowlani, próbując uniknąć dodatkowych problemów ekonomicznych, starają się za wszelką cenę własnymi środkami ukończyć realizację inwestycji w terminie, pomimo niewywiązywania się GW lub jego „słupa” z własnych obowiązków płatniczych. Stąd też podwykonawcy pokrywają koszty wynagrodzeń, paliw, prefabrykatów, surowców, leasingów, itp. z własnych środków, drenując rezerwy finansowe i po zakończeniu inwestycji nie posiadają już fizycznej zdolności finansowej do dochodzenia roszczeń przed sądem z uwagi na bardzo wysoki wpis sądowy od WPS.

Ustawa z 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych przewiduje teoretycznie wyjątki, kiedy powód może wystąpić o zwolnienie od wpisu sądowego. Podmioty wymienione w art. 103 ustawy o kosztach muszą nie tylko przedstawić sądowi określone fakty, ale także konkretne dowody, na podstawie których sąd uzna twierdzenie o niemożności poniesienia kosztów postępowania za **udowodnione**. W praktyce sądy w sprawach sektora budowlanego często odmawiają zgody na zwolnienie od kosztów.

Egzemplifikację może stanowić następujące rozstrzygnięcie. Podwykonawca oszukany przez GW, zwrócił się do sądu z wnioskiem o zwolnienie od kosztów wpisu sądowego, wobec braku finansowej zdolności dochodzenia roszczeń przed sądem. Sąd wydał postanowienie o odmowie zwolnienia oszukanego podwykonawcy, przywołując następującą argumentację:

koszty sądowe stanowią element prowadzenia działalności gospodarczej i w procedurze planowania wydatków podmioty prowadzące taką działalność powinny uwzględnić posiadanie środków umożliwiających im sądowe dochodzenie spraw. Oznacza to, że w procedurze planowania wydatków (...) powinny także uwzględnić posiadanie środków na prowadzenie procesu sądowego⁵⁹.

De lege ferenda planowane są daleko idące zmiany w zakresie wymiaru wpisów sądowych w sprawach majątkowych od WPS. Projekt zakłada drastyczne podwyższenie opłat. W szczególności planowany jest drastyczny wzrost wartości wpisu w przedziale roszczeń od 4 mln zł (wartość wpisu wyniesie wówczas 200 tys. zł, a więc wzrost wpisu ma wynieść 100%), a górna kwota wpisu ma wynieść 500 tys. zł.

Warto zauważyć, że bardzo wysokie – często wielomilionowe roszczenia podwykonawców budowlanych nie oznaczają bynajmniej, że dochodzą oni przed sądem zysku w takim wymiarze, lecz zwrotu poniesionych przez siebie kosztów (!) Często w chwili wniesienia do

⁵⁹ Zob.: postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z 8 marca 2013 r., XXVI GNc 623/12.

sądu powództw przez podwykonawców, są oni już bankrutami lub na skraju bankructwa, a ustanowienie wysokiego wymiaru wpisu sądowego stanowi formę ograniczenia konstytucyjnych praw dostępu do procesu.

Skalę problemu dobrze obrazuje poniższe zestawienie

Wartość przedmiotu sporu lub zaskarżenia	Opłata po nowelizacji
Do 500 zł	100 zł
500 – 1 000 zł	150 zł
1 000 – 2 000 zł	200 zł
2 000 – 4 000 zł	300 zł
4 000 – 6 000 zł	400 zł
6 000 – 8 000 zł	500 zł
8 000 – 10 000 zł	600 zł
10 000 – 12 000 zł	700 zł
12 500 – 15 000 zł	800 zł
15 000 – 18 000 zł	900 zł
18 000 – 20 000 zł	1000 zł
20 000 – 4 000 000 zł	5% wartości przedmiotu sporu lub zaskarżenia
ponad 4 000 000 zł	200 000 zł i 0,5% od nadwyżki – nie więcej jednak, niż 500 000 złotych.

De lege derogata

Obserwując bezskuteczność wniosków do sądu o zwolnienie z wpisu sądowego, można wyciągnąć wniosek o pilnej konieczności nowelizacji uregulowań w przedmiotowym zakresie oraz ustanowienie niższej górnej granicy wartości wpisu sądowego. WPS mógłby być określony nie od WPS lub zaskarżenia, lecz od poziomu asymetryczności ekonomicznej podmiotów (wpis dla podmiotu o niższych przychodach lub zyskach powinien być niższy i odwrotnie). Praktyka pokazuje, iż koncerny budowlane wykorzystują na własną korzyść dyferencjację zamożności w relacji z własnymi podwykonawcami.

W praktyce koncernom niejako opłaca się prokurować okoliczności konfliktowe, wymierzać astronomiczne kary umowne, wstrzymywać zwrot kaucji gwarancyjnych podwykonawców, nie wypłacać zafakturowanych należności itp., mając świadomość niezdolności ekonomicznej podwykonawców do dochodzenia roszczeń.

Zawsze bowiem w ramach danej inwestycji znajdzie się podwykonawca, którego po prostu nie będzie stać na wniesienie wpisu sądowego, co przy skali realizowanych inwestycji stanowi realne zyski nadzwyczajne Generalnego Wykonawcy lub jego „słupa”.

Można więc rekomendować potrzebę pilnej zmiany we wskazanym kierunku.

4.19. Uniemożliwianie rozliczeń podwykonawców poprzez generowanie opóźnień w realizacji odbiorów zrealizowanych inwestycji budowlanych

Kolejną często stosowaną metodą kredytowania przez GW inwestycji ze środków i na szkodę podwykonawców jest zwlekanie z realizacją odbiorów robót budowlanych. Bynajmniej nie chodzi o przypadki odroczenia terminu odbioru o kilka lub kilkanaście dni. Znane są bowiem przypadki, w których koncern GW nie dokonywał odbiorów np.: robót dodatkowych przez ponad 5 lat(!), a do odbioru roboty budowlanej doszło dopiero pod naciskiem GDDKiA w Warszawie po ponad 5,5 roku od zgłoszenia wykonania robót. Do realizacji odbioru i rozliczenia prac podwykonawcy doszło *nota bene* w wyniku zawarcia porozumienia, na mocy którego koncern, wykorzystując tragiczną sytuację ekonomiczną podwykonawcy, uzyskał dokument zrzeczenia się podwykonawcy ze znaczącej części jego należności. Jeszcze bardziej skrajnym doświadczeniem może być przypadek na osi GW B. – podwykonawca W.H., w którym w ogóle nie doszło do odbioru robót dodatkowych, a po ich realizacji przez podwykonawcę, GW zakwestionował ten fakt, twierdząc, iż nigdy nie zlecał realizacji robót dodatkowych.

Odmowa realizacji odbiorów stanowi jedną z częstszych form generowania „oszczędności” przez koncerny GW kosztem podwykonawców. Jest ona szczególnie destrukcyjna, ponieważ:

- *de facto* uniemożliwia wystawienie faktury przez podwykonawcę,
- skumulowane nieodebrane roboty z wielu odcinków stanowią zazwyczaj bardzo wysoką wartość, która wymagałaby uiszczenia wpisu sądowego w maksymalnym wymiarze wielokrotności 100 tys. zł od każdej ze spraw z osobna,
- brak odbiorów generuje konieczność powołania z automatu biegłego, co opóźnia i podraża proces dochodzenia roszczeń przez podwykonawców,
- brak odbiorów generuje konieczność zgłoszenia do sądu środków dowodowych nie tylko z dokumentów, ale także z przesłuchania świadków, co znacząco wydłuża proces dochodzenia roszczeń przez podwykonawcę,
- wydłużony proces dochodzenia roszczeń generuje realne ryzyko upadłości w międzyczasie koncernu GW i utratę zdolności dochodzenia roszczeń.

Nie do zaakceptowania jest kontynuowanie sytuacji, w której koncerny GW kredytują się całymi latami lub wręcz dekadami z majątku podwykonawców, poprzez celowe unikanie realizacji odbiorów prac od podwykonawców w sytuacji, gdy w tym samym czasie Inwestor dokonuje odbiorów końcowych zrealizowanych robót i wypłaca z tego tytułu należności.

Sektor Energetyczny

Analogiczna sytuacja występuje w obszarze inwestycji energetycznych. Podwykonawca E. s.c. zgłaszał zleceniodawcy wykonanie prac przy Stacji Energetycznej w dniach 08.08.2014 r. oraz 25.08.2014 r. Podwykonawca przedłożył pisemne dokumenty zgłoszeń datowane na

05.08.2014 r. oraz dwa zgłoszenia datowane na 25.08.2014 r. W odpowiedzi na te zgłoszenia zlecniodawca odrzucił zgłoszenie podwykonawcy, wskazując na rzekome wady wykonania robót.

Zaznaczyć jednak należy, że realizacja tych samych prac, których odbioru odmówiono, została zgłoszona przez GW do odbiorów do Inwestora i odebrane przez Inwestora protokołami z dnia 18.09.2014 r. i 30.09.2014 r. i protokołem odbioru końcowego z dnia 30.09.2014 r. Tymczasem podwykonawca jako jedyny nadal nie otrzymał wynagrodzenia.

Powyższy przykład z sektora energetycznego uwidacznia, że patologiczna sytuacja rolowania płatności przez GW wobec podwykonawców, jest uniwersalnym modelem „oszczędności” kosztem podwykonawców, niezależnie od sektora inwestycji. Błędny bowiem jest model, w którym GW jest „sędzią we własnej sprawie” i decyduje, kiedy i czy dokona odbiorów od podwykonawców. Niedopuszczalna jest sytuacja, gdy GW posiada odebrane i rozliczone inwestycje, a sam uchyla się od tego samego względem podwykonawców. Podwykonawca nie jest instytucją świadczącą usługi bankowe, aby Generalni Wykonawcy i ich „słupy” kredytowały własne inwestycje kosztem podwykonawców.

De lege ferenda

Zasadne jest promowanie rozwiązania wyrażonego w przygotowanym przez Ministerstwo Sprawiedliwości projekcie ustawy o zapobieganiu nadużyciom w inwestycjach drogowych, na mocy którego to nie GW, lecz Inspektor Drogowy i Komisja Drogowa dokonują oceny realizacji kontraktu przez podwykonawców. Uregulowanie to należy rozszerzyć także na sektor energetyczny.

4.20. Generowanie zysków na podstawie bezprawnego przysporzenia kaucji gwarancyjnych podwykonawców

Następną metodą generowania „oszczędności” koncernów GW na szkodę podwykonawców jest wręcz nagminna odmowa zwrotu kaucji gwarancyjnych zabezpieczających należyte wykonanie robót. Analiza poszczególnych przypadków wskazuje, iż odmowa wypłacenia kaucji gwarancyjnej jest uwarunkowana wieloma różnymi czynnikami, ale można dostrzec oczywistą zależność, iż do odmowy zwrotu kaucji gwarancyjnej dochodzi co najmniej w tych przypadkach, gdy GW lub jego „słup” odmówili realizacji odbioru robót budowlanych. Stąd też tzw. „oszczędności” lub raczej zyski nadzwyczajne z tytułu kaucji gwarancyjnej, są częstymi przypadkami działania na szkodę podwykonawców.

W takich przypadkach, podwykonawcy nie otrzymują zwrotu kwoty gwarancji pobieranej przy każdej fakturze. Jednocześnie często w ogóle nie wypłaca się podwykonawcom należności z faktur.

De lege derogata, de lege ferenda

Powyższe przykłady stanowią przesłankę skłaniającą do pilnej potrzeby nowelizacji regulacji instytucji przedawnienia roszczeń. Nie do zaakceptowania jest sytuacja, gdy koncerny czerpią zysk nadzwyczajny nie z działalności budowlanej, lecz z podnoszenia zarzutu przedawnienia.

Taka sytuacja stanowi przejaw źle pojętej ochrony dłużnika i narusza zasady współżycia społecznego (!), ponieważ w istocie sprowadza się do sytuacji, w której mikro przedsiębiorstwo, skoncentrowane na realizacji inwestycji (którą *nota bene* zrealizowało pomimo wzrostu kosztów cen produktów i pomimo braku odbiorów i rozliczenia robót dodatkowych przez GW), pada ofiarą kruczków prawnych ogromnego koncernu, budującego własną potęgę ekonomiczną nie na realizacji budów, lecz na „trikach” prawnych w asymetrycznej relacji, która występuje pomiędzy koncernem, a małym podwykonawcą budowlanym.

Trudno ponadto zrozumieć, czemu ma dokładnie służyć zarzut przedawnienia w przypadku kaucji gwarancyjnej? Jakiej bowiem wartości chroni instytucja przedawnienia w przedmiotowej sytuacji?

4.21. Procedowanie ukierunkowane na przedawnienie roszczeń podwykonawcy

Opisane w poprzednim punkcie działania koncernów GW lub Inwestora (GDDKiA) obliczone na uzyskanie „oszczędności” na szkodę podwykonawców, poprzez doprowadzenie celowymi działaniami do przedawnienia roszczenia podwykonawców nie są odosobnione.

Wyśmienitym przykładem może być wypowiedź jednego z Dyrektorów reprezentujących Inwestora Zastępczego, który stwierdził, iż to pracownik Inwestora sugerował procedowanie w sprawie z podwykonawcą w taki sposób, aby skutkowało to w efekcie przedawnieniem roszczeń. Sprawa dotyczy realizacji przez poszkodowanego podwykonawcę dwóch inwestycji drogowych. Beneficjentami przeterminowania roszczeń podwykonawcy byłiby wówczas zarówno Generalni Wykonawcy jak również Inwestor, którzy z chwilą przedawnienia roszczeń, przestaliby ponosić odpowiedzialność solidarną w trybie art. 647¹ k.c. Także z chwilą przedawnienia roszczenia, GW nie musieliby się spodziewać regresu ze strony Inwestora.

De lege ferenda

Zasadne wydaje się wydłużenie okresu przedawnienia roszczeń, ponieważ w krótkiej perspektywie podwykonawców często nie stać na wszczęcie procesu w ciągu kilku pierwszych lat od chwili, gdy stali się ofiarą działań przestępczych skutkujących zapaścią ekonomiczną przedsiębiorstwa.

4.22. Obciążanie podwykonawców przez GW na podstawie nieistniejących postanowień klauzul dotyczących kar umownych

Następną metodę „oszczędności” GW poczynionych na podwykonawcach stanowi proceder wymierzania kar umownych na podstawie nieistniejących klauzul umownych.

4.23. Obciążenie podwykonawców wzrostem cen surowców i produktów

Następnym przykładem „oszczędności” poczynionych kosztem podwykonawców przez GW, może być przenoszenie na podwykonawców kosztów wzrostu cen surowców itp. Egzemplifikację stanowi budowa drogi krajowej S-8, gdzie podwykonawca Generalnego Wykonawcy firmy B., wykonywał przebudowę instalacji gazowych, kanalizacyjnych i magistral wodociągowych.

W maju 2008 roku, podwykonawca podpisał jednostronnie umowę z GW. Podwykonawca nie otrzymał jednak podpisanej umowy ze strony GW i uznał, iż kontrakt jest nieaktualny. Jednak, gdy w lipcu i sierpniu 2008 r. doszło do gwałtownego wzrostu cen surowców i produktów koniecznych do realizacji budowy, wówczas GW dostarczył podwykonawcy podpisany przez koncern egzemplarz umowy, żądając jej realizacji według cen zakupu produktów obowiązujących w maju 2008 r.

Pomimo, iż podwykonawca zwrócił się o zmianę warunków kontraktu, spotkał się z odmową. Podwykonawca zrealizował w pełni roboty własnymi kosztami na korzyść koncernu GW, doprowadzając przedsiębiorstwo do upadłości.

Powyższy przykład obrazuje sposób traktowania podwykonawców przez koncerny, które po czasie, nie informując o okolicznościach, szczycą się wynikami finansowymi, o podłożu których nie ma świadomości społeczeństwo.

4.24. Przenoszenie przez GW obciążeń na podwykonawców za fikcyjną dostawę paliwa podwykonawcom

Kolejną formę „oszczędności” czynionych przez GW lub ich słupów na podwykonawcach, stanowi obciążanie podwykonawców fikcyjnymi kosztami, rzekomo dostarczonego na budowy paliwa.

Odrębną kwestią jest zdolność formalna Generalnego Wykonawcy do reglamentowanej koncesją sprzedaży paliwa po cenach obowiązujących na stacji paliw w sytuacji, gdy GW nabył paliwo w cenach hurtowych. Także i ten wątek zasługuje na uwagę i odrębną analizę.

De lege ferenda

Rozważenia wymaga poszerzenie kompetencji Inwestora do przeciwdziałania i weryfikacji tak oczywistych przejawów nadużyć GW wobec podwykonawców. Zastanowienia wymaga rozszerzenie zakresu uprawnień Inwestora na okoliczność weryfikacji prawidłowości rozliczeń pomiędzy GW a podwykonawcami.

4.25. Podwójne fakturowanie tej samej roboty budowlanej lub usługi budowlanej przez GW oraz jego „słupa”

Uzupełnieniem nieprawidłowości w dokumentacji emitowanej przez GW i jego „słupa” na potrzeby wyłudzenia ubezpieczenia⁶⁰ może być podwójne fakturowanie tych samych robót/usług zarówno przez GW, jak również przez jego pierwszego podwykonawcę (niewykluczone, że także w celu wygenerowania naliczonego podatku VAT)⁶¹.

Przykładem takiej praktyki są rozliczenia pomiędzy GW B. a jego pierwszym podwykonawcą S. Sp. z o.o., w których fakturowano realizację dokładnie tego samego zakresu prac (jako różne koszty rodzajowe – *hic*: usługa sprzętowa jest równoznaczna z usługą wybudowania nasypów). Dla porządku należy w tym miejscu nadmienić, iż przy tej inwestycji GW powierzył pierwszemu podwykonawcy realizację zakresu prac na odcinku autostrady A-1, o wartości ponad 12 mln zł, a pierwszy podwykonawca uzyskał ubezpieczenie⁶² inwestycji na 1 mln zł. Następnie po uzyskaniu ubezpieczenia w oczekiwanym przez siebie wymiarze, strony ujawniły zawarty wcześniej aneks ograniczający zakres wartości robót do około 3 mln zł (nie zmniejszając wartości gwarancji ubezpieczeniowej). Następnie pierwszy podwykonawca opóźnił realizację inwestycji, a GW skonsumował gwarancję ubezpieczeniową. Wobec niezdolności realizacji inwestycji o wartości 12 mln zł przez pierwszego podwykonawcę, Generalny Wykonawca wstąpił w jego zadania w charakterze „wykonawcy zastępczego”, realizując $\frac{3}{4}$ zakresu robót z pierwotnego zakresu kontraktu, przy czym jak wynika z relacji dalszych podwykonawców, usługi sprzętowe lub prace na cały zakres robót, kontraktował od dalszych podwykonawców osobiście GW. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że, zgodnie z postanowieniami kontraktu, GW, wstępując w rolę wykonawcy zastępczego, miał prawo naliczać tytułem kary umownej 110% wartości kontraktu niezrealizowanego przez podwykonawcę. W konsekwencji GW, wstępując na $\frac{3}{4}$ robót pierwszego podwykonawcy, skonsumował środki nie tylko z $\frac{3}{4}$ wykonanych przez siebie robót, ale także środki z tytułu 10%

⁶⁰ Ściśle rzecz ujmując, przedmiotem wyłudzenia może być gwarancja należytego wykonania kontraktu (tj. środki z gwarancji bankowych lub ubezpieczeniowych).

⁶¹ W analizowanym przez autora przypadku, podwójnemu fakturowaniu podlegały, co do zasady, usługi a nie roboty budowlane, ponieważ ze strony wykonawcy zastępczego prace fakturowano jako „usługę sprzętową”, a ze strony „słupa” jako „usługę budowlaną” (ilość metrów sześciennych nasypów). W istocie był to jednak ten sam zakres, który wykonawca zastępczy wybudował, fakturując jako usługi sprzętowe.

⁶² Formalnie gwarancję należytego wykonania kontraktu od Ubezpieczyciela

kary umownej, potrąconej z pozostałej $\frac{1}{4}$ robót, formalnie realizowanych przez S. sp. z o.o. (a realnie realizowanych przez dalszych podwykonawców).

W tym miejscu pojawia się rola podwójnego fakturowania realizacji tych samych prac zarówno przez GW, jak i przez pierwszego podwykonawcę. Obydwa podmioty fakturują sobie wzajemnie ten sam zakres prac, które jednocześnie natychmiast skompensują (z 10-procentową nadwyżką dla GW) i formalnie na poziomie analizy dokumentacji trudno jest dostrzec, iż faktycznie i realnie pierwszy podwykonawca nie realizuje robót w $\frac{3}{4}$ zakresu kontraktu. Ponadto „wartością dodaną” całej operacji jest powstanie prawa do zwrotu podatku VAT z faktur wyemitowanych przez podwykonawców, którzy faktycznie wykonali usługi dla pierwszego podwykonawcy.

Inwestor otrzymuje informacje i dane, które wskazują, iż podmiotem, który prace wykonał, jest pierwszy podwykonawca S. sp. z o.o. (i jednocześnie nie ujawnia się przed Inwestorem rozliczeń Wykonawcy Zastępczego). Tymczasem prace formalnie zrealizuje GW, który dokonuje przy tym kompensat z wynagrodzeniem pierwszego podwykonawcy, a ponadto konsumuje środki z Gwarancji należytego wykonania.

Powyższa operacja może świadczyć o zorganizowanym charakterze grupy przestępczej, podejmującej działania na szkodę podwykonawców, a także Towarzystwa Ubezpieczeniowego oraz być może Skarbu Państwa, przy jednoczesnym wprowadzeniu w błąd Inwestora co do faktycznej roli pierwszego podwykonawcy, jako swoistego „katalizatora”, generującego określone pozytywne skutki ekonomiczne dla GW i negatywne dla dalszych podwykonawców.

4.26. Metoda „domku do wysadzenia”

Jedną z metod realizacji inwestycji nierentownych (z niemożliwą do pokrycia luką finansową wynikającą z różnicy pomiędzy wartością oferty przetargowej GW, a wartością rzeczywistych kosztów realizacji inwestycji) jest praktyka określana kolokwialnie jako: „domek do wysadzenia”⁶³.

Jeden z poszkodowanych podwykonawców, podczas spotkania z kadrą zarządzającą GW, został poinformowany, iż podczas realizacji jednej z inwestycji trafił do tzw.: „domku do wysadzenia”. Kierowani tam byli wszyscy podwykonawcy, „nie rokujący” na dalszą współpracę. Po realizacji inwestycji przez podwykonawców, namnażało się im różnorodnych problemów, generując fikcyjne kary umowne np.: za niesprzątanie placu budowy, utrudniając lub uniemożliwiając realizację odbiorów inwestycji i wystawianie faktur etc. W konsekwencji, poprzez zastosowanie „domku do wysadzenia”, realizacja inwestycji przyjętej od Inwestora

⁶³ Proceder opisany we „Wniosku o podjęcie interwencji” sporządzonym przez pełnomocnika poszkodowanych podwykonawców z 13 grudnia 2013 r., skierowanym do Wicepremiera i Ministra Infrastruktury.

po cenach dumpingowych, mogła się finalnie okazać rentowna dla Generalnego Wykonawcy, oczywiście kosztem podwykonawców, których los już z góry był przesądzony.

Wykorzystywanie metody „domku do wysadzenia” może stanowić przykład z góry zaplanowanego przez GW przestępstwa ekonomicznego. Praktyka stanowi najczęściej pokłosie błędnych założeń przyjętych w toku procesu przetargowego, skutkujących składaniem przez GW niedoszacowanych ofert – zawierających lukę finansowania inwestycji (wartość oferty GW jest niższa od szacunkowej wartości realizacji inwestycji wyrażonej w kosztorysie inwestorskim).

W związku z powyższym w przypadkach stwierdzenia luki finansowania inwestycji, warto *a priori* ze szczególną atencją obserwować sposób traktowania podwykonawców przez GW podczas realizacji inwestycji. Zachodzi bowiem w takim przypadku ogromne prawdopodobieństwo podejmowania działań na ich szkodę.

4.27. Generowanie rentowności kontraktu poprzez wymuszenia i groźby karalne

Kolejną formą generowania „oszczędności” przez GW, mają być groźby karalne ukierunkowane na pisemne zrzeczenie się przez podwykonawców własnych roszczeń wobec GW.

Można w tym miejscu wyrazić pogląd, iż kierowanie gróźb karalnych, jest jedną z charakterystycznych cech funkcjonowania zorganizowanych grup przestępczych.

Rozdział 5. Identyfikacja oraz syntetyczna kompilacja schematów działań przestępczych na szkodę podwykonawców

Warto w tym miejscu podsumować i dokonać zestawienia omówionych w niniejszym opracowaniu schematów przestępczych występujących w sektorze zamówień publicznych obszarów budowy dróg i energetyki:

1. Ustanowienie „funduszu korupcyjnego” (korumpowanie przedstawicieli inwestora);
2. Ustanawianie systemu premiowania pracowników GW opartego na prowizji od każdej tzw. „oszczędności” wygenerowanej dla koncernu;
3. Wymierzanie bezpodstawnych fikcyjnych kar umownych;
4. Wymierzanie zawyżonych kar umownych;
5. Kompensowanie należności z bezpodstawnie wymierzonymi karami umownymi;
6. Opóźnienie płatności faktur celem kredytowania inwestycji ze środków podwykonawców;
7. Prokurowanie potrącenia tzw. „skont” (2%);
8. Kwestionowanie wykonania robót dodatkowych;

9. Odmowa przystąpienia do realizacji odbiorów częściowych i końcowych;
10. Obciążanie podwykonawców nieistniejącymi dostawami paliw na budowę;
11. Obciążanie podwykonawców kosztami wynajmu nieistniejącego sprzętu (rusztowań itp.);
12. Opóźnianie zwrotu kaucji gwarancyjnych, celem kredytowania inwestycji ze środków podwykonawców;
13. Odmowa zwrotu kaucji gwarancyjnych poprzez podnoszenie zarzutu przedawnienia;
14. Odmowa wypłaty wynagrodzenia podwykonawcom bez jakiegokolwiek uzasadnienia;
15. Wymuszanie na podwykonawcach zawierania „porozumień”, na mocy których podwykonawcy za odstąpienie od fikcyjnie naliczonych kar umownych rezygnują z części przysługujących im należności;
16. Fałszowanie dzienników budowy;
17. Generowanie zysków poprzez wypracowanie pomiędzy GW a jego „słupem” podstaw do rozliczenia gwarancji ubezpieczeniowych;
18. Kompensowanie na szkodę dalszych podwykonawców wzajemnych należności pomiędzy GW a jego „Słupem” z tytułu wynagrodzenia za prace i fikcyjnie naliczone kary umowne;
19. Odmowa zgłoszenia podwykonawców przez GW lub pierwszego podwykonawcę na warunkach „specustawy autostradowej” z 2012 r. celem uniknięcia regresu ze strony Inwestora do majątku GW;
20. Kompensowanie należności podwykonawcy (słupa) z fikcyjnie naliczonymi karami umownymi celem uniknięcia regresu ze strony Inwestora po rozliczeniu poszkodowanych podwykonawców;
21. Niezgłaszanie podwykonawców do Inwestora celem uniknięcia regresu ze strony Inwestora po rozliczeniu poszkodowanych podwykonawców;
22. Wyłudzenia podatku VAT (karuzela);
23. Przenoszenie kosztów wygenerowanych na jednym odcinku budowy na podwykonawców zupełnie innego odcinka;
24. Ustanawianie przez GW systemu słupów i czerpanie z nich korzyści;
25. Ustanawianie przez GW dwupiętrowego systemu słupów, a następnie realizowanie przez GW robót za pierwszego ze słupów w celu dokonania kompensaty wzajemnych należności oraz pozostawienia dalszych podwykonawców bez rozliczenia i możliwości dochodzenia należności w trybie art. 647 [1] k.c.;
26. Obciążanie podwykonawców kosztami wzrostu cen surowców i prefabrykatów itp.;
27. Wymierzanie kar umownych na podwykonawców z powołaniem się na nieistniejące klauzule kontraktu;
28. Wymierzanie kar umownych na podwykonawcę za odstąpienie od umowy po zerwaniu kontraktu przez podwykonawcę z przyczyn nieregulowania zobowiązań przez GW;

29. Wymierzanie kar umownych za nieterminową realizację kontraktu przez podwykonawcę w przypadku obiektywnej niemożliwości dotrzymania terminu realizacji z uwagi na okoliczności pozostające po stronie GW, np.: brak frontu robót, brak dokumentacji projektowej itp.;
30. Prokurowanie sytuacji zmierzającej do przedawnienia się roszczeń podwykonawcy;
31. Wstrzymanie płatności oszacowane na niezdolność finansową podwykonawcy do pokrycia kosztów wpisu sądowego;
32. Utrudnienie dochodzenia roszczeń podwykonawców na drodze sądowej poprzez ustanowienia właściwości sądu zagranicą;
33. Niezgoda z projektem podmiana materiału budowlanego na tańszy (np. popioły na stabilizację);
34. Wielokrotne fakturowanie tych samych robót, ale dla niepoznaki z podaniem różnych miar;
35. Bezpodstawne uzależnienie przez Inwestora rozliczenia usługodawców i dostawców od doręczenia cesji wierzytelności z pierwszego podwykonawcy na dalszego podwykonawcę, co stoi w opozycji do uregulowań tzw. „specustawy autostradowej”;
36. Bezpodstawne uzależnienie przez Inwestora rozliczenia usługodawców i dostawców od skuteczności regresu Inwestora z majątku GW, co stoi w opozycji do uregulowań tzw. „specustawy autostradowej”;
37. Bezpodstawne uzależnienie przez Inwestora rozliczenia usługodawców i dostawców od nieprzedawnienia się roszczenia, co stoi w opozycji do uregulowań tzw. „specustawy autostradowej”;
38. Bezprawna odmowa rozliczenia podwykonawców przez Inwestora w trybie odpowiedzialności solidarnej poprzez bezprawne powołanie się na zarzut naruszenia unijnych uregulowań o „pomocy publicznej”;
39. Zgłaszanie w przetargu ofert na warunkach dumpingowych – czasami po kilkadziesiąt procent poniżej wartości kosztorysu inwestorskiego;
40. Zmowa cenowa koncernów Generalnych Wykonawców.

Dział IV. Konstatacja w zakresie propozycji zawartych w rządowym projekcie Ustawy o zapobieganiu nadużyciom przy inwestycjach drogowych

Rozdział 1. Analiza i ocena uregulowań przygotowanego przez Ministerstwo Sprawiedliwości projektu Ustawy o zapobieganiu nadużyciom przy budowie dróg i autostrad

Omawiany projekt stanowi przykład odważnej propozycji strukturalnej zmiany organizacji systemu zarządzania i weryfikacji realizacji oraz rozliczania inwestycji drogowych.

Największą wartością projektu było założenie, iż Generalni Wykonawcy oraz ich „słupy” przestaną być „sędziami we własnej sprawie” w odniesieniu do przypadków:

- oceny prawidłowości realizacji kontraktu,
- oceny terminowości realizacji kontraktu,
- oceny zakresu robót dodatkowych,
- oceny zasadności wstrzymania zwrotu kaucji gwarancyjnych,
- oceny zasadności rozliczenia gwarancji bankowych i ubezpieczeniowych,
- terminu wypłaty wynagrodzenia,
- zasadności okresowego rolowania płatności,
- zasadności naliczania skont,
- terminów realizacji odbiorów częściowych lub końcowych inwestycji,
- zasadności naliczania i wymierzania kar umownych,
- zasadności kompensat etc.

Z jurysdykcji koncernów GW i ich „słupów” wyjęto by jeśli nie wszystkie, to większość instrumentów będących źródłem swoistego „władztwa” i przewagi nad podwykonawcami. Wyeliminowano by z jurysdykcji koncernów większość instrumentów ekonomicznych, stanowiących źródło generowania przez GW tzw. „oszczędności”, które w istocie rzeczy, w części przypadków stanowią po prostu przestępstwa na szkodę podwykonawców.

W szczególności, wśród projektowanych rozwiązań zaproponowano, aby każdy podmiot łańcucha dostaw (niezależnie, czy jest pierwszym ogniwem, czyli GW, czy też ostatnim mikro przedsiębiorcą), po wynagrodzenie za wykonane prace, mógł wystąpić wprost do Skarbu Państwa po otrzymaniu zaświadczenia prawidłowej realizacji zlecenia.

Zaświadczenie wydawać miałyby Inspektor drogowy (urzędnik państwowy), a nie jak dotychczas przedstawiciel koncernu.

Organem odwoławczym drugiej instancji od decyzji Inspektora Drogowego, miałyby być Komisja Drogowa, składająca się także z przedstawicieli strony społecznej. W takiej konstrukcji każdy podmiot otrzymywałby wynagrodzenie za prace, które autentycznie zrealizował, niezależnie od woli innych ogniw łańcucha inwestycyjnego.

Rozwiązanie zaproponowane przez Ministerstwo Sprawiedliwości i przedstawicieli Stowarzyszenia URKSiTD „Najlepsza Droga” wprowadzało klarowny i niezwykle sprawiedliwy schemat rozliczeń oparty na zasadzie „kto wykonał pracę, temu Inwestor zapłaci”. Mniej istotne jest w takiej sytuacji, który podmiot wygrał kontrakt jako GW, lecz kto jakie prace zrealizował. Koncern Generalnego Wykonawcy, mógłby oczywiście nadal przedkładać oferty przetargowe, ale z zaproponowanej puli rozliczany byłby *de facto* na samym końcu, po rozliczeniu wszystkich pozostałych ogniw, które realnie wykonały określone prace.

Oczywiście koncern GW byłby traktowany w procesie rozliczeń na równi z innymi podwykonawcami i za prace wykonane bezpośrednio przez siebie otrzymywałby wynagrodzenie na równi z innymi podwykonawcami. Jednak to nie GW byłby dysponentem środków i nie decydowałby, któremu podwykonawcy należne jest wynagrodzenie. Decydujące zdanie w tym zakresie należałoby do państwowego Inspektora Drogowego. Można spodziewać się, że w takiej sytuacji całkowicie zanikłaby tendencja Generalnych Wykonawców do oferowania w przetargach kontraktów poniżej cen kosztorysu inwestorskiego, ponieważ koncern GW nie miałby instrumentów pozwalających uzyskania tzw. „oszczędności” na szkodę podwykonawców, Skarbu Państwa i np. Towarzystw Ubezpieczeniowych.

De lege ferenda

Ograniczenia projektu sprowadzają się głównie do dwóch obszarów. Pierwszą niedoskonałością, wymagającą dalszej poprawy, jest potrzeba rozszerzenia zakresu projektu ustawy na usługi i dostawy. Pierwotna wersja projektu ograniczała się jedynie do robót budowlanych i można wyrazić wątpliwość, czy przedmiotowa w konsekwencji dyferencjacja zabezpieczenia podmiotów inwestycji nie stanowi źródła niekonstytucyjności opartej na nierównym traktowaniu analogicznych podmiotów inwestycji drogowej.

Druga niedoskonałość polega na zawężeniu się jedynie do inwestycji drogowych, z pominięciem co najmniej inwestycji sektora energetycznego. Tym czasem, schematy nieprawidłowości w sektorze zamówień publicznych obszaru drogowego są niemalże identyczne jak te w obszarze energetycznym.

Generalnie jednak, projekt zasługuje na bardzo pozytywną ocenę za próbę wypracowania nowego, prawdopodobnie pionierskiego schematu, gwarantującego symetrię w traktowaniu wszystkich podmiotów sektora inwestycji publicznych, niezależnie od ich pozycji w łańcuchu procesu budowlanego.

Dział V. Wykaz propozycji *de lege lata*, *de lege ferenda* oraz *de lege derogata* w zakresie problematyki powstawania nieprawidłowości i przestępstw ekonomicznych w sektorze zamówień publicznych

Rozdział 1. Analiza stanu prawnego w kontekście działań *de lege lata*, *de lege ferenda*, *de lege derogata*

- Analiza stanu prawnego w kontekście działań *de lege lata* na gruncie tzw. „specustawy autostradowej” z 2012 r.

Uwzględniając wszystkie powyżej opisane niedoskonałości „specustawy autostradowej” z 2012 r., zasadne wydaje się zaproponowanie projektu nowelizacji rzeczzonego aktu normatywnego, ukierunkowanej na zdolność rozliczenia poszkodowanych podwykonawców świadczących usługi lub dostawy podczas realizacji inwestycji drogowych.

Potrzeba i cel wydania ustawy wynika z rzeczywistego stanu w dziedzinie normowanej.

Różnice pomiędzy stanem dotychczasowym, a projektowanym stanem prawnym. Skutki społeczne, gospodarcze, finansowe i prawne.

Obecne zapisy ustawy o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych nie miały zastosowania do należności z tytułu świadczenia usług/dostaw na rzecz podmiotów innych niż generalny wykonawca zamówienia publicznego – zgodnie z dotychczasowym zapisem art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 28 czerwca 2012 r.. Ustawa ta nie objęła więc swoim działaniem pewnej grupy przedsiębiorców świadczących swe usługi na rzecz podmiotów, które nie były „wykonawcą” w rozumieniu art. 4 pkt 2 przedmiotowej ustawy.

Niedoskonałość dotychczasowych zapisów „specustawy” polega na tym, że nie objęła ona swym zakresem podmiotów, które faktycznie wykonywały określone segmenty /często bardzo specjalistycznych/ usług i dostaw przy budowie autostrad i dróg krajowych. Projektowana zmiana umożliwi zaspokojenie ich słuszych roszczeń, których podwykonawcy bezskutecznie domagali się od wielu lat. Celowi temu służy nowe brzmienie art. 1 ust. 1 ustawy, gdzie dodano zwrot „lub podwykonawców” oraz „inne specjalistyczne roboty, usługi i dostawy”. Wprowadzenie pojęcia podwykonawcy jest koniecznością i istotą proponowanej zmiany, właśnie taki status mają podmioty gospodarcze, od których nie można było w dotychczasowym stanie prawnym uzyskać należnych kwot za świadczone usługi oraz zrealizowane dostawy. W toku prac przy budowie autostrad i dróg krajowych wykonuje się bowiem także prace, które

formalnie nie spełniają kryteriów pojęcia robot budowlanych, ale mogą być zakwalifikowane jako usługi i dostawy. Intencja jest jasna – chodzi o to, by przedsiębiorcy, którzy rzeczywiście wykonali dane usługi albo np. poprzez dostawy sprzętu czy też materiałów, otrzymali należne im wynagrodzenie, niezależnie od woli GW i pierwszego podwykonawcy. Stąd zaproponować należy w art. 4 pkt 2 dodanie zwrotu „lub podwykonawcą”, co ma kluczowe znaczenie. Proponuje się też dodać w art. 4 nowy pkt 3, zawierający na potrzeby nowelizowanej ustawy definicję pojęcia podwykonawcy.

Wszelkie dalsze zmiany są już tylko pochodną powyższych ustaleń i polegają na dodaniu zwrotu „lub podwykonawcą”. Proponowane zmiany mają więc ściśle określony cel praktyczny, którym jest ostateczne doregulowanie przedmiotowej materii prawnej, tak by w pełni umożliwiało zaspokajanie potrzeb wszystkich przedsiębiorców zaangażowanych w budowę autostrad i dróg krajowych.

Spodziewane skutki społeczne proponowanej nowelizacji są oczywiście pozytywne. Przedsiębiorcy wykonujący określone segmenty zleconych im prac muszą dysponować specjalistycznym sprzętem, na zakup którego w związku z tymi zadaniami zaciągają kredyty bankowe, muszą dysponować także wyspecjalizowanymi ekipami fachowców, którzy wymagają stałego wynagradzania. Często firmy te posiadają certyfikaty jakości oraz doceniane dokonania w budowie polskiej infrastruktury. Umożliwienie przez ustawodawcę prawnej możliwości uzyskania przez nie należnych im pieniędzy, zapobiegnie upadłości mikro, małych lub średnich polskich podwykonawców, co zawsze się wiąże z ochroną miejsc pracy, zabezpieczeniem przed rozpadem zespołów specjalistów etc. Nowelizacja zamknie również sprawę rozliczeń związanych z już zakończonymi pracami przy budowie autostrad i dróg krajowych.

Środki finansowe, które będą konieczne do realizacji projektu ustawy, będą pozyskiwane z Krajowego Funduszu Drogowego.

Projekt nie przewiduje wydania przez władzę wykonawczą aktu wykonawczego do ustawy.

Przedmiot projektu nowelizacji ustawy nie jest regulowany przez prawo Unii Europejskiej. Projekt ustawy nie jest także projektem wykonującym prawo Unii Europejskiej.

Projekt zakłada retroaktywność proponowanego uregulowania. W tym miejscu warto odnieść się do prawnej dopuszczalności takiej konstrukcji na gruncie doktryny prawa. Mianowicie należy podnieść, iż zasada *lex retro non agit* wiąże swą mocą jedynie w stanach kontradiktorycznych prawnie relewantnych dla stron, w których skutek retroaktywności dla strony jest niepozytywny⁶⁴. We wszystkich natomiast przypadkach, gdy strona czerpie

⁶⁴ Więcej na ten temat: stanowisko prof. S. Wronkowskiej, oraz prof. M. Zielińskiego: *Niedopuszczalne jest stanowienie norm z mocą wsteczną, jeśli podmioty, których te normy dotyczą, nie mogły racjonalnie przewidzieć tego rodzaju decyzji, a nadzwyczajne okoliczności czy dobra, podlegające ochronie konstytucyjnej, decyzji takiej nie usprawiedliwiają. (...) (wyroki z: 27 lutego 2002 r., K 47/01, 5 listopada 2002 r., P7/01). Zasadę tę należy rozumieć nie tylko jako zakaz stanowienia norm prawnych nakazujących stosowanie nowoustanowionych norm prawnych do zdarzeń, które miały miejsce przed ich wejściem w życie i z którymi prawo nie wiązało dotąd skutków prawnych,*

korzyści lub skutek uregulowania jest neutralny dla podmiotu czerpiącego beneficja z uregulowania, konstrukcja retroaktywna jest prawnie dopuszczalna. Stąd też można wyrazić pogląd, iż proponowany retroaktywny charakter projektu ustawy mieści się w ramach porządku prawnego⁶⁵.

Projekt nowelizacji Ustawy

z dnia2018 r. o zmianie ustawy o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych

Art. 1

W ustawie z dnia 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych /Dz. U z 2012 r. poz.891/ wprowadza się następujące zmiany:

1) w art. 1:

ust. 1 otrzymuje brzmienie:

„1 Ustawa określa zasady spłaty przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad niezaspokojonych przez wykonawcę, przedsiębiorcę lub podwykonawcę, należności głównych przedsiębiorcy lub podwykonawcy wraz z odsetkami, który zawarł umowę z wykonawcą lub podwykonawcą w związku z realizacją zamówienia publicznego na roboty budowlane oraz inne specjalistyczne roboty, usługi i dostawy, a udzielonego wykonawcy przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, wyłącznie za zrealizowane i odebrane prace zwanych dalej „należnościami”.

2) art. 3 otrzymuje brzmienie:

„Przepisy ustawy stosuje się do zamówień publicznych w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, których przedmiotem są roboty budowlane w rozumieniu art. 3 pkt 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz.U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 z późn. zm), co do których Generalny Dyrektor wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia lub udzielił zamówienia przed dniem wejścia w życie ustawy, o ile zabezpieczenie, o którym mowa w art. 147 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, nie zostało zwrócone wykonawcy lub podwykonawcy zgodnie z art. 151 tej ustawy”.

3) w art. 4

po pkt. 2) dodaje się pkt 3) w brzmieniu:

„3) podwykonawca – osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która zawarła pisemną umowę z wykonawcą lub podwykonawcą w celu realizacji zamówienia publicznego udzielonego wykonawcy przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad”.

lecz także jako zakaz stanowienia międzyczasowych (intertemporalnych) reguł, które mają określić treść stosunków prawnych powstałych pod rządami dawnych norm, a trwających w okresie wejścia w życie norm nowo ustanowionych jeżeli reguły te wywołują ujemne prawne (a w konsekwencji społeczne) następstwa dla bezpieczeństwa prawnego i poszanowania praw nabytych” – Wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego dotyczące zagadnień związanych z procesem legislacyjnym *Proces prawotwórczy w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2012, s. 37.

⁶⁵ M. Miąsko – Zasadność wypłaty ryczałtu noclegowego mobilnym pracownikom transportu drogowego – analiza juretyczna, s. 297: zasada zaufania do państwa wymaga, by mocy wstecznej nie nadawać przepisom, które regulują prawa i obowiązki obywateli i pogarszają ich sytuację prawną (orzeczenie z 30 listopada 1988 r., K1/88 i wyroki z: 8 marca 2005 r., K27/03, 19 marca 2007 r., K47/05). prof. S. Wronkowska, prof. M. Zieliński – „Proces prawotwórczy w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2012.

- 4) w art. 5
ust.1 otrzymuje brzmienie:
a) „1. Przedsiębiorca może zgłosić Generalnemu Dyrektorowi należność, która przysługuje mu od wykonawcy lub podwykonawcy”
b) ust. 2 pkt 1 otrzymuje brzmienie:
„1) pisemne oświadczenie wykonawcy lub podwykonawcy o uznaniu należności przedsiębiorcy albo”
c) ust. 2 pkt 2 otrzymuje brzmienie:
2) winien przedstawić kopie co najmniej jednego z niżej wymienionych dokumentów:
a) doręzonego wykonawcy lub podwykonawcy wezwania do zapłaty należności, którego termin upłynął bezskutecznie,
b) pozwu wniesionego przeciwko wykonawcy lub podwykonawcy o zapłatę należności albo zgłoszenia wierzytelności w postępowaniu upadłościowym,
c) umowy zawartej między wykonawcą lub podwykonawcą a przedsiębiorcą
- 5) w art. 7
ust.1 pkt 2 otrzymuje brzmienie:
„2) ugody zawartej przed sądem w sprawie między przedsiębiorcą i wykonawcą lub podwykonawcą, opatrzonej klauzulą wykonalności, albo
- 6) w art. 8
ust. 1 otrzymuje brzmienie:
„1. Do dokumentów o których mowa w art.5 ust.2, art.6 i art.7 ust.1, 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 podwykonawcę lub nie zostały zaspokojone”,
- 7) w art. 10
ust. 1 otrzymuje brzmienie:
„1.W przypadku ogłoszenia upadłości wykonawcy lub podwykonawcy Generalny Dyrektor zawiadamia sędziego komisarza o przedsiębiorcach, którym wypłacono należności, oraz o ich wysokości”
ust. 2 otrzymuje brzmienie:
„2 W przypadku niezaspokojenia należności na podstawie przepisów ustawy podlegają one zaspokojeniu z majątku wykonawcy lub podwykonawcy”
- 8) w art. 11
ust. 1 otrzymuje brzmienie:
„1. Generalnemu Dyrektorowi przysługuje wobec wykonawcy lub podwykonawcy roszczenie o zwrot środków wypłaconych na podstawie ustawy”,
- 9) art. 14 otrzymuje brzmienie:
„Przepisy ustawy stosuje się także do wykonawców lub podwykonawców, w stosunku do których przesłanki określone w art. 5 ust.1 nastąpiły przed dniem wejścia w życie ustawy.”

Art. 2

Ustawa wchodzi w życie z dniem...

– Analiza stanu prawnego na gruncie art. 647¹ k.c.

Uregulowanie art. 647¹ k.c., mające na celu objęcie podwykonawców robót drogowych zabezpieczeniem ze strony Inwestora (np.: GDDKiA, PSE etc.), na warunkach odpowiedzialności solidarnej ulegało wielokrotnym nowelizacjom i nadal wydaje się być dalekie od optymalnego.

Podstawowe niedoskonałości przedmiotowego uregulowania zostały już dokładnie omówione we wcześniejszej części niniejszego opracowania, lecz warto je dla porządku wymienić jako kontrapunkt dla propozycji prac *de lege ferenda*. Wśród największych niedoskonałości można wskazać:

- objęcie zakresem uregulowania jedynie robót budowlanych z pominięciem usług i dostaw,
- krótki okres przedawniania roszczeń,
- niezdolność rozliczenia podwykonawców w trakcie toczącego się w danej sprawie i zakresie postępowania sądowego pomiędzy GW lub pierwszym podwykonawcą a dalszym podwykonawcą,
- niejasność co do bezskuteczności kompensat pomiędzy GW lub jego „słupem” a podwykonawcami w kontekście uregulowania z § 6 komentowanego przepisu,
- ograniczenie odpowiedzialności solidarnej jedynie do wartości kwoty kontraktowej pomiędzy Inwestorem a GW w sytuacji, gdy wartość kontraktu bywa zaniżona nawet o kilkadziesiąt procent względem kosztorysu inwestorskiego,
- ograniczenie odpowiedzialności solidarnej jedynie do zakresu prac szczegółowo zgłoszonych i zaakceptowanych przez Inwestora, gdy powszechną praktyką jest zgłaszanie podwykonawcom robót dodatkowych, co do których nie posiadają zdolności ustalenia czy zostały objęte w pierwotnym kontrakcie lub zgłoszone do Inwestora.

Powyższe okoliczności skutecznie uniemożliwiają podwykonawcom efektywne wykorzystanie dobrodziejstwa płynącego z art. 647¹ i czynią przedmiotowe uregulowanie w znacznej części przypadków bezskutecznym.

Projekt nowelizacji art. 647¹ k.c.

Proponowana treść:

Art. 647¹. § 1. Inwestor odpowiada solidarnie z wykonawcą (generalnym wykonawcą) za zapłatę wynagrodzenia należnego **wszystkich uczestników procesu budowlanego w szczególności** z tytułu wykonanych przez niego robót budowlanych **lub usług lub dostaw**.

§ 2. (skreślić)

§ 3. Inwestor ponosi odpowiedzialność za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia w wysokości ustalonej w umowie między podwykonawcą a wykonawcą, **chyba że ta wysokość rażąco przekracza wartość wynikającą z kosztorysu inwestorskiego**. W takim przypadku odpowiedzialność inwestora za zapłatę podwykonawcy wynagrodzenia **może zostać ograniczona do wartości opartej na zasadach miarkowania lub cen rynkowych, przy zachowaniu zasad współżycia społecznego**.

§ 4. (skreślić)

§ 5. Przepisy § 1–4 stosuje się odpowiednio do solidarnej odpowiedzialności inwestora, wykonawcy i podwykonawcy, który zawarł umowę z dalszym podwykonawcą, za zapłatę wynagrodzenia dalszemu podwykonawcy.

§ 6. Postanowienia umowne sprzeczne z treścią § 1–5 są nieważne.

Proponowane zmiany stanowią realne zabezpieczenie najsłabszego ogniwa, mikro, małych i średnich przedsiębiorstw budowlanego procesu inwestycyjnego. Nie do zaakceptowania jest obecna konstrukcja, która w praktyce zabezpiecza jedynie Generalnych wykonawców oraz ich „słupów”, a najsłabsze ogniwa łańcucha budowlanego, czyli podwykonawcy, nader często pozostają bez realnej zdolności ochrony prawnej.

Proponowana treść nowelizacji jest przejawem odrzucenia dyferencjacji uczestników procesu inwestycyjnego na podmioty pierwszej kategorii ochrony (Skarb Państwa, GW, „Słupy”) oraz drugiej kategorii (dalsi podwykonawcy, usługodawcy, dostawcy itp).

– Analiza stanu prawnego w zakresie ustanowienia hipoteki budowlanej

Oprócz nowelizacji „specustawy autostradowej” z 2012 r. oraz art. 647¹ k.c. a takie wdrożenia do polskiego systemu prawnego przygotowanego przez Ministerstwo Sprawiedliwości projektu ustawy o zapobieganiu przestępstwom przy budowie dróg i autostrad, warto także rozważyć koncepcję wprowadzenia hipoteki budowlanej na wzór rozwiązań istniejących w prawie niemieckim, francuskim, szwajcarskim, belgijskim, kanadyjskim i amerykańskim polegających na tym, że uczestnik procesu budowlanego może wносить o zapis w hipotece na nieuregulowaną należność za wykonane roboty – tzn. do momentu całkowitej zapłaty za wykonane roboty/usługi, dostawy. Orędownicy ustanowienia w polskim systemie prawnym instrumentu hipoteki budowlanej podnoszą zasadnie, że obecny zakres podmiotów dopuszczonych do czerpania z beneficjów odpowiedzialności solidarnej na gruncie art. 647¹ k.c. jest zawężony jedynie do wykonawców i podwykonawców, a przedmiotowo jedynie do robót budowlanych, pozostawiając usługodawców i dostawców bez instrumentów prawnych zabezpieczających ich interes (np. mec. Kukła, oraz inż. T. Jurkiewicz). Nie sposób nie podzielać takiego poglądu, niemniej jednak rola hipoteki budowlanej dla sektora inwestycji drogowych może mieć mniej istotne znaczenie z uwagi na funkcjonowanie „specustawy” autostradowej z 2012 r., oczywiście o ile zostanie znowelizowana w kierunku umożliwiającym dalszym podwykonawcom zgłoszenie Inwestorowi do rozliczenia własne usługi i dostawy. Bezapelacyjnie natomiast hipoteka budowlana może odgrywać ogromną rolę w inwestycjach deweloperskich.

Zasadniczo chodzi bowiem o ustanowienie takiego instrumentu lub zespołu instrumentów prawnych, które finalnie obejmą zabezpieczeniem zarówno wykonawców robót, jak i usługodawców. Jak podaje inż. Tadeusz Jurkiewicz,

wszystkie (...) ustawodawstwa (znające instytucję hipoteki budowlanej – przyp.) opierają się na pojęciu *L'hypothèque de garantie d'artisan de construction* – co w tłumaczeniu brzmi **hipoteczna gwarancja rzemieślników budownictwa**, i obejmuje ona Wszystkich Uczestników Procesu Budowlanego.

Doceniając wagę i słuszność koncepcji hipoteki budowlanej, nie sposób zauważyć jej podstawowych niedoskonałości:

- nie skutkuje natychmiastowym ani nawet szybkim rozliczeniem poszkodowanego podwykonawcy,
- jej ustanowienie podlega prawu wniesienia sprzeciwu przez Inwestora, co w sytuacji, gdy Generalni Wykonawcy generują fikcyjne kary umowne, powołując się następnie na zasadność poczynienia kompensat z należnym wynagrodzeniem z tego tytułu, czyniłoby tę instytucję *de facto* równie „martwą” jak aktualnie funkcjonujące uprawnienie do dochodzenia roszczeń w trybie odpowiedzialności solidarnej na gruncie art. 647¹.

Zdecydowanie natomiast hipoteka wpływa w dłuższej perspektywie na zabezpieczenie roszczenia podwykonawcy przed przedawnieniem się lub niewypłacalnością GW, a w przypadku obszaru deweloperskiego przed sprzedażą nieruchomości stanowiącej przedmiot inwestycji z uwagi na jej rzeczowy, a nie osobowy charakter zabezpieczenia.

W branży inwestycji drogowych, można koncepcję ustanowienia hipoteki budowlanej potraktować jako zaledwie subsydiarną formę zabezpieczenia interesu podwykonawców.

Dział VI. Podsumowanie – analiza zasadności powołania Narodowego Koncernu Budowlanego w kontekście przeciwdziałania niepożądanym zjawiskom w sektorze zamówień publicznych

Analiza metodologii powstawania przestępstw ekonomicznych w sektorze zamówień publicznych na przykładzie inwestycji drogowych i energetycznych, pozwala wysnuć konkluzje o ogromnej skali nieprawidłowości, bardzo dużej różnorodności metod realizacji oszustw oraz funkcjonowaniu zorganizowanych grup przestępczych.

Analiza dokumentacji przeprowadzona na potrzeby przygotowania niniejszej analizy, pozwala postawić tezę, iż w bardzo wielu przypadkach wyczerpana została definicja funkcjonowania zorganizowanej grupy przestępczej lub związku przestępczego⁶⁶.

Można wyrazić pogląd, iż raczej występuje kilka zdywersyfikowanych grup przestępczych niż jedna centralnie zarządzana, choć przykład zmowy cenowej (zarejestrowanej przez ABW) wskazuje na scentralizowany charakter funkcjonowania grup przestępczych.

Sprawne funkcjonowanie grup przestępczych w sektorze zamówień publicznych możliwe jest za sprawą:

- poważnych niedoskonałości aktualnie obowiązujących konstrukcji prawnych,
- stosowanym przez Inwestorów modelu nadzoru nad inwestycjami,
- ustanowieniu struktury premiowania pracowników w koncernach, opartej na udziale ekonomicznym od każdej „oszczędności” na korzyść koncernów i szkodę innych podmiotów np.: podwykonawców, Skarbu Państwa, TU etc.

Ustanowienie systemu premiowania przez GW za tzw.: „oszczędności” podczas realizacji inwestycji, wyjaśnia bardzo poważną skalę nieprawidłowości i przestępstw, a także rozmiar kwot, stanowiących przedmiot nielegalnych działań. Zauważyć trzeba, że przedmiotem „oszczędności” są czasami kwoty sięgające wielu milionów złotych, a czasami zaledwie kilku tys. złotych. Można z tego wysnuć wniosek, iż premiowanie za „oszczędności” motywowało do działań generujących oszczędności bardzo dużą populację pracowników GW i ich „słupów”, funkcjonujących na bardzo wielu szczeblach struktury organizacyjnej koncernów.

Wyjaśnia to, dlaczego poszczególni podwykonawcy wielokrotnie padali ofiarami przestępstw w bardzo różnorodnym zakresie kwotowym w ramach tych samych inwestycji.

W konsekwencji wymagane są pilne działania naprawcze oraz reorganizacyjne w wymienionych obszarach. Niniejsze opracowanie stanowi zbiór propozycji *de lege ferenda* w zakresie

⁶⁶ W rozumieniu art. 258 k.k.

nowelizacji już istniejących uregulowań prawnych, jak również propozycję całkowicie nowych rozwiązań prawnych, umożliwiających rozliczenie podwykonawców, którzy od wielu lat nie otrzymali wynagrodzenia za wykonane prace wskutek braku należycie skutecznych uregulowań zabezpieczających interes podwykonawców.

Aktualnie funkcjonujące uregulowania prawne opierały się na fałszywie pojętej symetrii. Niesłusznie wychodzono z założenia, iż uregulowania prawne powinny w porównywalny sposób traktować koncerny, jak i małych podwykonawców, gdy tym czasem takie konstrukcje prawne z gruntu rzeczy musiały prowadzić i prowadziły do dyferencjacji zdolności dochodzenia własnych praw.

Oczywiste jest, że koncerny posiadają niewspółmiernie większe zdolności ekonomiczne, organizacyjne itp., aby realizować własne cele, od małego podwykonawcy, skoncentrowanego co do zasady na realizacji inwestycji, a nie organizacji otoczki prawno-administracyjnej.

Należy więc pilnie doprowadzić do nowelizacji uregulowań prawnych, które obejmą szczególną opieką podwykonawców, zwłaszcza średnich i małych.

Patologiczna jest w szczególności konstrukcja, w której koncern jest „sędzią we własnej sprawie” i arbitralnie ocenia, czy dokona odbiorów robót, czy zachodzą przesłanki do wymierzenia kar umownych, czy dokona potrąceń kar umownych z kwotą należnego podwykonawcy wynagrodzenia, czy obciąży podwykonawcę kosztami paliwa do maszyn nigdy nie wykorzystywanych podczas budowy itp.

Można także postulować, aby rolę Generalnego Wykonawcy, powierzaną obecnie przez Skarb Państwa prywatnym, najczęściej zagranicznym koncernom, powierzyć Narodowemu Wykonawcy Budowlanemu (być może w ramach struktury organizacyjnej GDDKiA), jako gwarantowi rzetelności realizacji oraz rozliczeń inwestycji budowlanych.

W obliczu nieszczęść i ludzkich tragedii wynikających z realizacji inwestycji w obszarze zamówień publicznych, Państwo nie może cedować odpowiedzialności za nieudolność realizacji inwestycji drogowych na prywatne koncerny, uchylając się od odpowiedzialności.