

Joanna Łagowska*, Bogusław Lackoroński**

Glosa do postanowienia Naczelnego Sądu Administracyjnego z 1 października 2013 r., sygn. akt II GSK 1815/13¹

A commentary to the ruling of the Supreme Administrative Court of 1 October 2013, ref. no. II GSK 1815/13: The commentary concerns the ruling of the Supreme Administrative Court on the Act of 28 June 2012 on the Repayment of Certain Dues to Enterprises Resulting from Implementing Awarded Public Contracts. The authors tend to conclude that the main thesis of the commented ruling of the Supreme Administrative Court, i.e. excluding the applicability of the Code of Administrative Procedure to actions taken by the Director General for National Roads and Motorways in connection with claims for payment due to subcontractors on the basis of the above mentioned Act raises important concerns about its correctness. It is debatable from the point of view of both the general structure of administrative law, and the purposes of the above mentioned Act which was to create a special procedure for repayment of dues to subcontractors. In the light of the circumstances of the adoption of the bill and its provisions, it is difficult to accept the view the adoption of which not only deprives subcontractors efficient and low-cost administrative mode to review the decision of the General Directorate for National Roads and Motorways (GDDKiA), but compels them to initiate additional civil proceedings before common courts, the subject of which will, in fact, be the examination of the correctness of operation of GDDKiA as a public authority.

Keywords: Supreme Administrative Court | commentary | entrepreneurs | public procurement

Słowa kluczowe: Naczelny Sąd Administracyjny | glosa | przedsiębiorcy | zamówienia publiczne

** Doktor nauk prawnych, partner K&L Gates; j.k.lagowska@gmail.com.

** Doktor nauk prawnych, adiunkt Uniwersytetu Warszawskiego, ekspert ds. legislacji BAS; boguslas@interia.pl.

¹ LEX nr 1398033.

Wprowadzenie

Głosowane postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego (NSA) jest jednym z kilku orzeczeń sądów administracyjnych² dotyczących ustawy z 28 czerwca 2012 r. o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców, wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych (Dz.U. poz. 891, ze zm.; dalej: ustawa o spłacie). W orzecznictwie sądów administracyjnych głównym zagadnieniem rozstrzyganym na tle ustawy o spłacie była dopuszczalność stosowania przepisów ustawy z 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. 2013, poz. 267, ze zm.; dalej: k.p.a.) do działań podejmowanych przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad (GDDKiA) w związku ze zgłaszaniem przez podwykonawców należności do spłaty, a w szczególności do odmowy umieszczenia podwykonawców na liście, o której mowa w art. 5 ust. 3 ustawy o spłacie. Zagadnienie to jest również głównym przedmiotem rozważań zawartych w uzasadnieniu głosowanego orzeczenia³. Rozstrzygnięcie dotyczące tego zagadnienia jest interesujące nie tylko z teoretycznego, lecz również z praktycznego punktu widzenia.

Z jednej bowiem strony na tle głosowanego orzeczenia wyłania się problem o istotnym znaczeniu teoretycznym dotyczący podstaw uzasadniających stosowanie Kodeksu postępowania administracyjnego w postępowaniach prowadzonych przez organy administracji publicznej w sprawach z pogranicza prawa administracyjnego i cywilnego, a w szczególności podstaw uzasadniających stosowanie decyzji jako prawnej formy załatwiania takich spraw. W doktrynie prawa administracyjnego zagadnienia te są rozważane w związku z problemem domniemania decyzji jako prawnej formy działania administracji⁴. Z drugiej strony z praktycznego punktu widzenia rozstrzygnięcie zagadnienia, które jest przedmiotem głosowanego orzeczenia, wpływa na dostęp przedsiębiorców (podwykonawców) do środków ochrony prawnej wynikającej z przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego, a w szczególności do przewidzianych w nim środków zaskarżenia aktów administracyjnych dotyczących ich praw.

² Postanowienia WSA w Warszawie z: 22 marca 2013 r., sygn. akt V SA/Wa 387/13; 9 maja 2013 r., sygn. akt V SA/Wa 1133/13; 14 maja 2013 r., sygn. akt V SA/Wa 1028/13; 6 czerwca 2013 r., sygn. akt V SA/Wa 1237/13; 12 czerwca 2013 r., sygn. akt V SA/Wa 1142/13; 1 lipca 2013 r., sygn. akt IV SA/Wa 484/13, wszystkie orzeczenia na <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/cbo/query>.

³ Zagadnienie to zostało rozstrzygnięte w taki sam sposób, jak w głosowanym postanowieniu w uchwale NSA z 24 lutego 2014 r., sygn. akt II GPS 4/13, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/D89C863515>.

⁴ B. Adamiak, *Zagadnienie domniemania formy decyzji administracyjnej [w:] Podmioty administracji publicznej i prawne formy ich działania. Studia i materiały z Konferencji Naukowej Poświęconej Jubileuszowi 80-tych urodzin Profesora Eugeniusza Ochendowskiego*, Toruń 2005, s. 7–21.

Pośrednio rozstrzygnięcie tego zagadnienia wpływa również na dostępność drogi sądowej w postępowaniu sądownoadministracyjnym dla przedsiębiorców (podwykonawców), do których zastosowanie mają przepisy ustawy o spłacie.

W uzasadnieniu głosowanego postanowienia Naczelny Sąd Administracyjny uznał, że pismo GDDKiA informujące o odmowie umieszczenia podwykonawcy na liście, o której mowa w art. 5 ust. 3 ustawy o spłacie, nie jest aktem ani czynnością z zakresu administracji publicznej, ani też aktem nadzoru oraz nie jest wskazane w innej ustawie jako akt, który podlegałby kontroli sądów administracyjnych. Zdaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego za takim stanowiskiem przemawia również cywilnoprawny charakter zobowiązań, jak należy rozumieć, będących źródłem roszczeń względem Skarbu Państwa, stanowiących przedmiot regulacji zawartej w ustawie o spłacie. Poza tym przeciwko uznawaniu sprawy dotyczącej zgłoszenia należności w trybie ustawy o spłacie za sprawę administracyjną przemawia fakt, że pomiędzy podwykonawcą a GDDKiA nie występowała relacja władztwa. Naczelny Sąd Administracyjny dodatkowo wskazał, odwołując się do postanowienia NSA z 4 kwietnia 2008 r. (sygn. akt II GSK 470/07), że istotną cechą obowiązków w sferze prawa publicznego jest możliwość wymuszenia ich wykonania w drodze egzekucji administracyjnej. Tymczasem Naczelny Sąd Administracyjny wskazuje, że zobowiązanie Skarbu Państwa reprezentowanego przez GDDKiA wynika z umowy, w której zarówno Skarb Państwa, jak i podwykonawcy (tak chyba należy rozumieć kategorię „wspomnianych podmiotów”, którą posłużył się NSA) mieli swobodę kształtowania swoich uprawnień i obowiązków.

Niezależnie od powyższych argumentów powołanych w głosowanym postanowieniu, Naczelny Sąd Administracyjny zauważył, że w przepisach ustawy o spłacie nie ma odesłania do Kodeksu postępowania administracyjnego, oraz że odmowa umieszczenia podwykonawcy na liście, o której mowa w art. 5 ust. 3 ustawy o spłacie, stanowi przesłankę uzasadniającą wytoczenie powództwa o ustalenie istnienia lub nieistnienia prawa lub stosunku prawnego na podstawie art. 189 Kodeksu postępowania cywilnego (k.p.c.).

Należy wskazać, że przedstawione wyżej argumenty nie uzasadniają stanowiska zajętego przez Naczelny Sąd Administracyjny w głosowanym orzeczeniu. Znaczna część z tych argumentów jest nietrafna, a pozostałe nie przemawiają w sposób rozstrzygający za główną tezę głosowanego orzeczenia.

Odnosząc się do charakteru prawnego pisma informującego o odmowie umieszczenia podwykonawcy na liście, o której mowa w art. 5 ust. 3 ustawy o spłacie, należy odnotować, że przedmiotem zawartej w tej ustawie regulacji jest szczególnie tryb zaspokajania roszczeń przedsiębiorców⁵, którzy współpracowa-

⁵ Por. P. Duma, B. Lackoroński, J. Łągowska, *Ustawa o spłacie niektórych niezaspokojonych należności przedsiębiorców wynikających z realizacji udzielonych zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 5–6.

li, w szczególności jako podwykonawcy, w ramach inwestycji z wykonawcami wybranymi w trybie zamówień publicznych. W tym czasie w związku z organizacją przez Polskę i Ukrainę Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej 2012 realizowano dużą liczbę inwestycji budowlanych ze znaczącym udziałem podwykonawców. Okoliczność ta stanowiła istotny powód uchwalenia ustawy o spłacie.

Wskutek spełnienia się przesłanek zastosowania ustawy o spłacie oraz potwierdzenia tego przez GDDKiA, w szczególności przez umieszczenie podwykonawcy na liście, o której mowa w art. 5 ust. 3 tej ustawy, podwykonawca uzyskuje prawo do domagania się od GDDKiA zaspokojenia roszczenia o zapłatę. Należy przy tym wskazać, że dopóki nie są spełnione przesłanki zastosowania ustawy o spłacie i nie zostanie to potwierdzone przez GDDKiA w sposób przewidziany w tej ustawie, podwykonawca niezatwierdzony w trybie art. 647¹ Kodeksu cywilnego (k.c.)⁶ nie ma podstaw domagać się od GDDKiA spłaty należności określonej w zobowiązaniu łączącym go z generalnym wykonawcą. Wniosek taki uzasadniony jest w świetle brzmienia art. 6 i 7 ustawy o spłacie, z których jednoznacznie wynika, że prawo do zaliczki oraz prawo do ostatecznej spłaty przysługuje przedsiębiorcom (podwykonawcom) umieszczonym na liście, o której mowa w art. 5 ust. 3 ustawy o spłacie. Oznacza to, że umieszczenie podwykonawcy na liście, o której mowa w art. 5 ust. 3, warunkuje możliwość dochodzenia przez niego roszczenia o zapłatę od GDDKiA. W konsekwencji należy uznać, że przez rozpoznawanie zgłoszenia oraz umieszczenie albo odmowę umieszczenia podwykonawcy na liście, o której mowa w art. 5 ust. 3 ustawy o spłacie, GDDKiA przesądza o powstaniu prawa podwykonawcy do domagania się od GDDKiA zaspokojenia roszczenia o zapłatę wynagrodzenia, jakie wynika z zobowiązania istniejącego między podwykonawcą i generalnym wykonawcą. W związku z tym, że GDDKiA rozstrzyga w tym zakresie jednostronnie, kształtując przy tym sytuację prawną podwykonawcy, a umieszczenie albo odmowa umieszczenia go na liście, o której mowa w art. 5 ust. 3 ustawy o spłacie, wywołuje skutki prawne w postaci powstania albo niepowstania prawa podwykonawcy do domagania się spłaty należności od GDDKiA, należy uznać, że sprawa dotycząca uwzględnienia zgłoszenia należności może być i powinna być uznana za sprawę administracyjną, do której rozstrzygania powinien mieć zastosowanie Kodeks postępowania administracyjnego. Jest to bowiem sprawa, w której dochodzi do konkretyzacji praw podwykonawcy określonych pośrednio w przepisach ustawy o spłacie i tak długo niemożliwych do wykonania, jak długo jego należności nie zostaną umieszczone na liście, o której mowa w art. 5 ust. 3 ustawy o spłacie. Na tle art. 1 k.p.a. przedstawiciele doktryny prawa administracyjnego wskazują cztery kryteria, przesłanki, których łączne wystąpienie uzasadnia stosowanie przepisów ko-

⁶ A tylko do takich podwykonawców ma zastosowanie ustawa o spłacie zgodnie z jej art. 1 ust. 2.

deksu. Są nimi: charakter prawny organu, jego właściwość, rodzaj sprawy oraz forma jej załatwienia⁷.

Wydaje się, że nie budzi wątpliwości stwierdzenie, że GDDKiA jest organem administracji publicznej w rozumieniu art. 5 § 2 pkt 3 k.p.a. w związku z art. 18 ust. 1 ustawy z 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz.U 2013, poz. 260, ze zm.) wyposażonym przez ustawę o spłacie w kompetencję do rozpoznawania zgłoszeń należności do spłaty dokonanych przez podwykonawców. Oznacza to, że nie powinno być wątpliwości w odniesieniu do spełnienia się dwóch pierwszych z czterech powyżej wskazanych przesłanek warunkujących stosowanie przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego.

Sprawa, do której rozstrzygnięcia mają mieć zastosowanie przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego, musi mieć indywidualny charakter, to znaczy musi dotyczyć konkretnego adresata, jego konkretnego prawa lub interesu prawnego⁸. Wydaje się, że spełnienie się tej przesłanki również nie powinno budzić wątpliwości. Umieszczenie podwykonawcy na liście, o której mowa w art. 5 ust. 3 ustawy o spłacie, albo odmowa uwzględnienia zgłoszenia należności dotyczą zawsze opisanego powyżej prawa podwykonawcy do uzyskania zaspokojenia jego roszczenia o zapłatę w szczególnym trybie od GDDKiA uregulowanego w ustawie o spłacie skonkretyzowanego co do podmiotu, przedmiotu i wartości.

Ostatnia przesłanka warunkująca stosowanie przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego to prawna forma załatwienia sprawy, którą powinna być decyzja administracyjna. W przepisach ustawy o spłacie ustawodawca nie przesądził w sposób wyraźny, w jakiej formie GDDKiA powinien załatwić sprawę administracyjną wszczętą zgłoszeniem należności przez podwykonawcę. W przepisach tej ustawy nie wskazano w szczególności, w jakiej formie powinna nastąpić odmowa umieszczenia podwykonawcy na liście, o której mowa w jej art. 5 ust. 3. Jednak w związku z tym, że na gruncie Kodeksu postępowania administracyjnego przyjmuje się materialne pojęcie decyzji administracyjnej, wydaje się, iż brak w przepisach ustawy o spłacie nazwy aktu administracyjnego, w jakim GDDKiA rozstrzyga sprawę ze zgłoszenia należności przez podwykonawcę, nie uniemożliwia uznania odmowy umieszczenia podwykonawcy na liście, o której mowa w art. 5 ust. 3 ustawy o spłacie, za decyzję administracyjną⁹. Zgodnie z takim sposobem rozumienia pojęcia „decyzji administracyjnej”

⁷ J. Borkowski [w:] J. Borkowski, B. Adamiak, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 14.

⁸ *Ibidem*; K. Wąsowski [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, M. Wierzbowski, A. Wiktorowska (red.), Warszawa 2013, s. 18; A. Wróbel [w:] M. Jaśkowska, A. Wróbel, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 37.

⁹ Należy przy tym wskazać, że w takich sytuacjach zupełnie odmienny wniosek za uzasadniony uznają przeciwnicy domniemania decyzji jako prawnej formy działa-

jest ona zewnętrznym aktem administracyjnym, indywidualnym, władczym, jednostronnie objawiającym wolę organu, podjętym na podstawie przepisów prawa powszechnie obowiązujących, w konkretnej sprawie imiennie oznaczonego adresata, wydanym z zachowaniem wymaganej prawem procedury¹⁰. Pismo o odmowie GDDKiA umieszczenia podwykonawcy na liście, o której mowa w art. 5 ust. 3 ustawy o spłacie, spełnia wszystkie przesłanki uznania go za decyzję administracyjną w jej materialnym ujęciu. Przepis art. 5 ust. 3 ustawy o spłacie nie pozostawia wątpliwości, że GDDKiA informuje podwykonawcę (przedsiębiorcę) o wyniku przeprowadzonego wskutek zgłoszenia należności postępowania, na którego wynik strona nie ma wpływu takiego, o jakim mówimy w relacjach między podmiotami prawa cywilnego. Z tego przede wszystkim wynika władczy charakter odmowy umieszczenia podwykonawcy na liście, o której mowa w art. 5 ust. 3 ustawy o spłacie. Za dopuszczalnością uznania pisma o odmowie umieszczenia podwykonawcy na liście, o której mowa w art. 5 ust. 3 ustawy o spłacie, przemawia przyjęte w doktrynie i ugruntowane w orzecznictwie sądów administracyjnych domniemanie decyzji administracyjnej jako prawnej formy działania administracji¹¹.

nia administracji: C. Martysz [w:] G. Łaszczycza, C. Martysz, A. Matan, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2010, s. 29–36; Z. Kmiecik, *Glosa do wyroku NSA z dnia 20 sierpnia 1990 r., II SA 467/90*, OSP 1992, nr 5, poz. 121, s. 254; E. Łętowska, *Glosa do wyroku NSA z dnia 20 czerwca 2001 r., II SA/Gd 2869/00*, OSP 2002, nr 4, poz. 53, s. 206. Należy przy tym wskazać, że stanowisko E. Łętowskiej zostało wyrażone w przedmiotowej kwestii w nieco innym kontekście. Głosowane przez autorkę orzeczenie NSA dotyczyło bowiem zagadnienia właściwości organów administracji i sądów powszechnych oraz prawnej formy rozpoznania roszczenia, które już istniało. W sprawie, w której zostało wydane głosowane w niniejszej glosie orzeczenie NSA, roszczenie cywilnoprawne względem Skarbu Państwa – GDDKiA, które mogłoby być rozpoznane przez sąd powszechny, nie powstało, ponieważ GDDKiA jako organ administracji publicznej nie dokona czynności, której dokonanie warunkuje powstanie roszczenia przedsiębiorcy (podwykonawcy) względem Skarbu Państwa – GDDKiA.

¹⁰ J. Borkowski [w:] *Kodeks, op. cit.*; por. podobnie M. Dyl [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, M. Wierzbowski, A. Wiktorowska (red.), Warszawa 2013, s. 555; zastrzeżenia co do aktualności tej koncepcji formułuje K. Wąsowski [w:] *Kodeks postępowania, op. cit.*, s. 19.

¹¹ B. Adamiak, *Zagadnienie domniemanie formy decyzji, op. cit.*, Toruń 2005, s. 7–21; wyrok NSA z 31 sierpnia 1984 r., sygn. akt SA/Wr 430/84 z glosą S. Biernata, OSPiKA 1986, nr 9–10, poz. 176; postanowienie NSA z 25 stycznia 1998 r., sygn. akt II SA 1329/97, ONSA 1998, nr 4, poz. 137; uchwały NSA z: 15 listopada 1999 r., sygn. akt OPK 24/99, ONSA 2000, nr 2, poz. 54; 28 maja 2001 r., sygn. akt OPK 10/01, ONSA 2001, nr 4, poz. 159; 22 lutego 2007 r., sygn. akt II GPS 3/06, ONSA 2007, nr 3, poz. 59; wyrok NSA z 8 czerwca 2006 r., sygn. akt II GSK 63/06, LEX nr 188514; wyrok WSA w Olsztynie z 13 grudnia 2006 r., sygn. akt II SA/Ol 119/06,

Powyższe spostrzeżenia podważają konstatację zawartą w uzasadnieniu głosowanego postanowienia, zgodnie z którą pismo o odmowie umieszczenia podwykonawcy na liście, o której mowa w art. 5 ust. 3 ustawy o spłacie, nie jest aktem administracji publicznej ani czynnością, która podlegałaby kontroli sądów administracyjnych.

W związku z tym, że pismo o odmowie umieszczenia podwykonawcy na liście, o której mowa w art. 5 ust. 3 ustawy o spłacie, może być uznane za decyzję w materialnym rozumieniu, pozostają jeszcze do rozważenia inne argumenty powołane przez Naczelnego Sąd Administracyjny przemawiające przeciwko stosowaniu do niego przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego, a w konsekwencji uniemożliwiające jego kontrolę sądownoadministracyjną.

Jednym z nich jest cywilnoprawny charakter zobowiązania Skarbu Państwa – GDDKiA do zaspokojenia roszczenia podwykonawcy o zapłatę wynagrodzenia. Należy jednak wskazać, że argument ten nie może być przesądzający dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zagadnienia, ponieważ możliwość powstania stosunków cywilnoprawnych, których źródłem są akty administracyjne, nie budzi obecnie wątpliwości¹². Problem ten był przedmiotem wypowiedzi doktryny prawa cywilnego, w których nie kwestionowano administracyjnoprawnego charakteru aktów będących źródłem stosunków cywilnoprawnych, w tym w szczególności stosunków obligacyjnych takich, jakie mogą powstać między podwykonawcą i Skarbem Państwa – GDDKiA wskutek stosowania przepisów ustawy o spłacie. W doktrynie prawa cywilnego z punktu widzenia kryterium wpływu aktu administracyjnego na powstanie stosunku cywilnoprawnego wyróżnia się ich dwa rodzaje: silniejsze (bezpośrednie), które są źródłem stosunków cywilnoprawnych, ponieważ określają strony, przedmiot i treść stosunku prawnego, oraz słabsze (pośrednie), które stanowią przesłankę¹³ warunkującą możliwość, obowiązek lub określoną treść stosunku cywilnoprawnego. Z punktu widzenia tego podziału umieszczenie

LEX nr 207404. Należy przy tym wskazać, że spośród przyczyn wypracowania i założeń koncepcji domniemania formy decyzji administracyjnej dezaktualizacji uległ w zasadzie jedynie wąski zakres przedmiotowy kognicji sądów administracyjnych, który uległ znacznemu rozszerzeniu i obecnie obejmuje spektrum aktów oraz czynności z zakresu administracji publicznej niebędących decyzjami administracyjnymi; por. B. Adamiak, *Zagadnienie domniemania formy decyzji*, *op. cit.*, s. 17–20.

¹² Por. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2008, s. 26–27; S. Grzybowski [w:] *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Z. Radwański (red.), Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1981, s. 32–34.

¹³ Por. wyrok NSA z 8 czerwca 2006 r., sygn. akt II GSK 63/06, LEX nr 188514, w którym decyzja o przyznaniu pomocy finansowej na podstawie ustawy z 20 kwietnia 2004 r. o Narodowym Planie Rozwoju (Dz.U. nr 116, poz. 1206, ze zm.) jest traktowana jak przesłanka zawarcia umowy.

podwykonawcy na liście, o której mowa w art. 5 ust. 3 ustawy o spłacie, jest aktem administracyjnym bezpośrednim. Należy wskazać, że w doktrynie prawa cywilnego odnotowuje się, iż obowiązujące akty administracyjne mogą być wyjątkowo źródłem zobowiązania z uwagi na obecny ustrój gospodarczy¹⁴. Nie oznacza to jednak, że taka możliwość, zwłaszcza gdy wynika z przepisów prawa jest wykluczona. Dla ścisłości należy jedynie wskazać, że wbrew temu, co stwierdzono w uzasadnieniu głosowanego postanowienia, zobowiązanie między Skarbem Państwa – GDDKiA a podwykonawcą, do którego odnoszą się przepisy ustawy o spłacie, nie wynika z umowy między tymi podmiotami, lecz może powstać na podstawie przepisów ustawy. Skarb Państwa – GDDKiA nie jest stroną umowy z podwykonawcą i nie ma wpływu na jej warunki, więc ten argument powołany w uzasadnieniu głosowanego postanowienia również nie ma wartości uzasadniającej.

Powyższe prowadzi do wniosku, że trudny do zakwestionowania cywilnoprawny charakter stosunku powstającego między podwykonawcą a Skarbem Państwa – GDDKiA na podstawie przepisów ustawy o spłacie¹⁵ nie stanowi argumentu przemawiającego przeciwko uznaniu pisma o odmowie umieszczenia podwykonawcy na liście, o której mowa w art. 5 ust. 3 ustawy o spłacie, za decyzję administracyjną. Oznacza to, że również brak możliwości egzekwowania obowiązków wynikających ze stosunku prawnego między Skarbem Państwa – GDDKiA i podwykonawcą w trybie administracyjnym nie jest przeszkodą w stosowaniu przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego do postępowania poprzedzającego i warunkującego powstanie tego stosunku cywilnoprawnego.

W doktrynie prawa administracyjnego negatywnie oceniane jest zjawisko w postaci przepisów potwierdzających dopuszczalność załatwienia określonej sprawy w formie decyzji administracyjnej, jak również przepisów potwierdzających stosowanie Kodeksu postępowania administracyjnego w określonych sprawach¹⁶. Przepisy te, jako że stanowią *superfluum*, nie mają przesądzającego charakteru w dyskusji dotyczącej przedmiotowego zakresu zastosowania Kodeksu postępowania administracyjnego. Oznacza to, że wskazany przez Naczelny Sąd Administracyjny brak w ustawie o spłacie odesłania do Kodeksu postępowania administracyjnego nie stanowi istotnej podstawy dla wniosku *a contrario*, że przepisów tego kodeksu nie można stosować do postępowania wszczętego wskutek zgłoszenia należności.

Odnosząc się do ostatniego argumentu uzasadnienia głosowanego postanowienia opierającego się na art. 189 k.p.c., należy odnotować, że w konkretnej

¹⁴ E. Łętowska [w:] *System prawa prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, E. Łętowska (red.), Warszawa 2006, s. 15.

¹⁵ P. Duma, B. Lackoroński, J. Łagowska, *Ustawa o spłacie niektórych, op. cit.*, s. 15–18.

¹⁶ J. Borkowski [w:] B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 19.

sprawie, w której Naczelny Sąd Administracyjny wydał głosowane postanowienie, dopuszczalna będzie droga sądowa na podstawie art. 199¹ k.p.c. Należy jednak podkreślić, że zamiast powództwa o ustalenie podwykonawca powinien raczej rozważyć wytoczenie powództwa o świadczenie (o zapłatę). Zgodnie bowiem z utrwalonym stanowiskiem orzecznictwa na tle art. 189 k.p.c. w sprawach, w których powodowi przysługuje dalej idący niż powództwo o ustalenie środek ochrony prawnej, taki jak na przykład pozew o świadczenie, powództwo o ustalenie może być oddalone z uwagi na brak interesu prawnego¹⁷. Powództwo o ustalenie jedynie wtedy może być skutecznie wytoczone przez podwykonawcę, gdy niesporna jest wysokość jego należności, a jedynie istnienie obowiązku jej spłaty przez Skarb Państwa – GDDKiA¹⁸. Wydaje się jednak, że nawet jeśli uzna się za dopuszczalne wytoczenie przez tego konkretnego podwykonawcę powództwa o świadczenie albo ustalenie przed sądem powszechnym, wątpliwości może budzić możliwość jego uwzględnienia z uwagi na brak jednej z przesłanek powstania zobowiązania Skarbu Państwa – GDDKiA, jaką jest umieszczenie podwykonawcy na liście, o której mowa w art. 5 ust. 3 ustawy o spłacie.

Powyższe skłania do wniosku, że główna teza głosowanego orzeczenia NSA budzi istotne zastrzeżenia co do jej prawidłowości zarówno z punktu widzenia ogólnych konstrukcji prawa administracyjnego, jak i z punktu widzenia celów ustawy o spłacie, którymi było m.in. stworzenie szczególnego trybu uzyskania spłaty należności podwykonawców. W świetle okoliczności uchwalenia ustawy o spłacie i całości kształtu zawartej w niej regulacji trudno zaakceptować tezę, której przyjęcie nie tylko pozbawia podwykonawców sprawnego i niskokosztowego administracyjnego trybu weryfikowania decyzji GDDKiA podejmowanych na podstawie ustawy o spłacie, lecz skazuje ich na konieczność prowadzenia dodatkowych¹⁹ postępowań cywilnych przed sądami powszechnymi, których przedmiotem będzie *de facto* badanie prawidłowości działania GDDKiA jako organu administracji publicznej.

¹⁷ Orzeczenia SN z: 13 kwietnia 1965 r., sygn. akt II CR 266/64, z glosą J. Klimkowi-cza, OSPiKA 1966, nr 6–8, poz. 166; 18 grudnia 1968 r., sygn. akt I PR 290/68, LEX nr 1399, z glosą Z. Radwańskiego, „Państwo i Prawo” 1969, nr 11, s. 918; 15 lipca 1995 r., sygn. akt I PZP 56/94, OSNAPiUS 1995, nr 24, poz. 299; A. Zieliński [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, A. Zieliński (red.), Warszawa 2011, s. 342, który podkreśla, że interes prawny, o którym mowa w art. 189 k.p.c., nie przysługuje, gdy powód może żądać świadczenia w postępowaniu administracyjnym. Por. również wyrok SN z 21 stycznia 1998 r., sygn. akt II CKN 572/97, LEX nr 50644.

¹⁸ M. Jędrzejewska [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, cz. 1, Postępowanie rozpoznawcze, cz. 2, Postępowanie zabezpieczające*, t. I, T. Ereciński (red.), Warszawa 2007, s. 461.

¹⁹ Obok postępowań przeciwko generalnemu wykonawcy.