



**Opinia o ustawie o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych
oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych
(druk nr 670)**

I. Cel i przedmiot ustawy

W świetle uzasadnienia do projektu ustawy, celem nowelizacji ustawy – Prawo zamówień publicznych jest "uwzględnienie przez system zamówień publicznych wyzwań związanych z aktualną sytuacją gospodarczą", w szczególności poprzez wprowadzenie rozwiązań zwiększających płynność finansową wykonawców.

Do najważniejszych zmian dokonywanych opiniowaną ustawą należą w szczególności:

- 1) rozdzielenie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz przesłanek wykluczenia wykonawców z tego postępowania;
- 2) wprowadzenie instytucji "zamówień zastrzeżonych" w rozumieniu art. 14 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE; w świetle znowelizowanego art. 22 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych, zamawiający będzie mógł zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wyłącznie wykonawcy, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne;
- 3) uznanie, iż prawomocne skazanie za przestępstwo przeciwko środowisku jest przesłanką wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) doprecyzowanie przepisów określających dzień, na który wykonawca potwierdza - na żądanie zamawiającego - spełnianie warunków udziału w postępowaniu (dodawany art. 26

- ust. 2a) oraz uelastycznienie sposobu potwierdzania przez wykonawcę spełnienia tych warunków (dodawane art. 26 ust. 2b i 2c);
- 5) przyjęcie, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, ogłoszenie o zamówieniu, a także zaproszenie do negocjacji powinny wskazywać wprost warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, a nie jak dotychczas opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków;
 - 6) określenie nowych zasad zwracania się przez wykonawców do zamawiającego o wyjaśnienie treści istotnych warunków zamówienia; w szczególności wskazano, iż wykonawcy będą mogli składać wnioski o wyjaśnienia do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert; wnioski złożone po tym terminie zamawiający będzie mógł pozostawić bez rozpoznania; przedłużenie terminu składania ofert nie będzie wpływało na bieg terminu składania wniosku o wyjaśnienie;
 - 7) uchylenie obowiązku zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w dzienniku lub czasopiśmie o zasięgu ogólnopolskim w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwotę 20 mln euro w odniesieniu do robót budowlanych albo 10 mln euro w odniesieniu do dostaw lub usług; ogłoszenie w dzienniku lub czasopiśmie będzie miało charakter fakultatywny;
 - 8) przyjęcie zasady, iż zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania; nie dotyczy to wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza;
 - 9) przyjęcie zasady, zgodnie z którą obowiązek wniesienia nowego wadium albo jego przedłużenia w związku z przedłużeniem terminu związania ofertą dokonany po wyborze oferty najkorzystniejszej dotyczy wyłącznie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza;
 - 10) zliberalizowanie przepisu formułującego zakaz zmian umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy; ustawodawca przyjął zasadę, iż zmiany nieistotne będą dopuszczalne, bez względu na to czy zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji przewidział możliwość zmiany umowy i określił warunki takiej zmiany, czy też nie; w świetle uzasadnienia do projektu ustawy zmianami nieistotnymi są zmiany "rozumiane w ten sposób, że wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania"; przepis

art. 144 ust. 1 w nowym brzmieniu ma znaleźć zastosowanie do umów zawartych od dnia 24 października 2008 r.;

- 11) wyeliminowanie przepisów dotyczących obligatoryjnego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 12) przyjęcie, iż celem zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie będzie pokrycie roszczeń z tytułu gwarancji jakości;
- 13) umożliwienie zamawiającemu udzielania zaliczek na poczet wykonania zamówienia i określenie zasad ich udzielania.

Ustawodawca znowelizował również ustawę z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych. Zmiany w tej ustawie dotyczą przepisu określającego wysokość opłaty stałej pobieranej od skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej Przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych. Dotychczasowe rozwiązanie przewidywało jedną wysokość opłaty bez względu na wartość przedmiotu zamówienia. Nowa regulacja przewiduje, że od skargi pobierana będzie opłata stała w wysokości pięciokrotności wpisu wniesionego od odwołania w sprawie, której skarga dotyczy. Natomiast, jeżeli skarga dotyczy czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia podjętych po otwarciu ofert, pobierana będzie opłata stosunkowa w wysokości 5% wartości przedmiotu zamówienia w postępowaniu, którego skarga dotyczy, jednak nie więcej niż 5 mln zł.

Ustawa wejdzie w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia, z wyjątkiem zmian dotyczących art. 38, regulującego problematykę występowania przez wykonawcę z wnioskiem o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 1 pkt 5), które wejdą w życie z dniem ogłoszenia.

II. Przebieg prac legislacyjnych

Sejm uchwalił ustawę na 50. posiedzeniu w dniu 25 września 2009 r. Projekt ustawy był przedłożeniem rządowym. W trakcie prac w Sejmie dokonano zmiany w zakresie dodawanego art. 151a, określającego zasady udzielania zaliczek na poczet wykonania zamówienia. Ustawodawca przyjął, iż ograniczenia zawarte w dodawanym art. 151a ust. 2 odnosić się będą do wszystkich jednostek sektora finansów publicznych, z wyjątkiem jednostek podsektora samorządowego. Ponadto uściślono, że ograniczenia, o których mowa w przytoczonym przepisie nie będą miały zastosowania do zamawiających wskazanych w art. 3 ust. 1 pkt 2–7.

III. Uwagi szczegółowe

- 1) art. 1 pkt 16, art. 151a ust. 5 i 6 - w związku z tym, iż ustawodawca przewidział, iż zamawiający może, a niekiedy musi, żądać od wykonawcy wniesienia zabezpieczenia zaliczki w jednej lub kilku formach, o których mowa w art. 148 ust. 1 i 2, nasuwa się pytanie, w jakim zakresie przepisy dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy stosowane będą również w odniesieniu do zabezpieczenia zaliczki. Z punktu widzenia zamawiającego i wykonawcy ważne jest ustalenie, czy możliwa będzie w trakcie wykonywania zamówienia zmiana formy zabezpieczenia, w jaki sposób ustalana będzie wysokość zabezpieczenia, w jaki sposób zabezpieczenie będzie wnoszone, czy też, w jakim trybie zwracane będzie wniesione zabezpieczenie zaliczki. Mając na względzie wyeliminowanie możliwych wątpliwości interpretacyjnych, należałoby rozważyć uściślenie przepisu np. poprzez wskazanie, iż do zabezpieczenia zaliczki stosuje się odpowiednio określone przepisy dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Fakt, iż zabezpieczenie będzie udzielane w formach przewidzianych w art. 148 ust. 1 i 2 nie przesądza bowiem, że do zabezpieczenia zaliczki stosowane będą przepisy dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Propozycja poprawki (przy założeniu, że wolą ustawodawcy jest odpowiednie stosowanie do zabezpieczenia zaliczki art. 148 ust. 3-5, art. 149, art. 150 ust. 1 i 2 i art. 151 ust. 1):

- w art. 1 w pkt 16, w art. 151a po ust. 5 dodaje się ust. 5a w brzmieniu:
"5a. Do zabezpieczenia zaliczki stosuje się odpowiednio przepisy art. 148 ust. 3-5, art. 149, art. 150 ust. 1 i 2 i art. 151 ust. 1.";

- 2) art. 3 ust. 2 i art. 5 ust. 2 – w myśl art. 5 ust. 2 zmiany dotyczące art. 38 mają wejść w życie z dniem ogłoszenia ustawy, natomiast przepis art. 3 ust. 2, nakazujący stosowanie art. 38 w nowym brzmieniu do postępowań, w których specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie została przekazana lub udostępniona wykonawcom przed dniem ogłoszenia ustawy, ma wejść w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia. W związku z tym nasuwa się pytanie, dlaczego ustawodawca różnicuje terminy wejścia w życie art. 3 ust. 2 i zmian w art. 38. Przyjęte przez Sejm rozwiązanie oznacza, że dopiero 15 dnia po dniu ogłoszenia ustawy zamawiający, którzy mieszczą się w zakresie podmiotowym art. 3 ust. 2, zostaną formalnie zobligowani do stosowania art. 38 ze zmianami wynikającymi z opiniowanej ustawy. Mając na uwadze wyeliminowanie możliwych wątpliwości interpretacyjnych oraz konieczność zapewnienia czytelności ustawy, należałoby skorelować ze sobą terminy wejścia w życie art. 1 pkt 5 i art. 3 ust. 2.

Ponadto zastrzeżenia budzi sposób sformułowania art. 5 ust. 2. Przepis ten przewiduje, że art. 38 w brzmieniu nadanym opiniowaną ustawą wejdzie w życie z dniem ogłoszenia. Formułując przepis o wejściu w życie należy mieć na względzie, iż art. 38 funkcjonuje już w systemie prawnym (wszedł w życie 2 marca 2004 r., w późniejszych terminach wchodziły w życie nie tyle kolejne wersje przepisu, co jego zmiany) i w związku z tym, niepoprawna jest regulacja przewidująca jego ponowne wejście w życie. Istotą art. 5 ust. 2 jest wcześniejsze wejście w życie zmian dotyczących art. 38. Cel ten powinien być zrealizowany przez wcześniejsze wprowadzenie do systemu prawnego art. 1 pkt 5 opiniowanej ustawy (zmienia on art. 38). Przepis art. 5 ust. 2 w kształcie uchwalonym przez Sejm można by ewentualnie rozważyć w sytuacji, gdy ustawodawca zdecydowałby się nadać nowe brzmienie całemu art. 38. Niemniej i w takim przypadku rozwiązanie to nie byłoby zgodne z przyjętą praktyką formułowania przepisów o wejściu w życie w ustawach nowelizujących.

Niżej zaproponowana poprawka z jednej strony koreluje terminy wejścia w życie przepisu dokonującego zmian w art. 38 oraz art. 3 ust. 2, z drugiej zaś formułuje przepis o wejściu w życie zgodnie z zasadami techniki legislacyjnej i przyjętą praktyką.

Propozycja poprawki:

- art. 5 otrzymuje brzmienie:

"Art. 5. Ustawa wchodzi w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia, z wyjątkiem art. 1 pkt 5 i art. 3 ust. 2, które wchodzi w życie z dniem ogłoszenia."

Jakub Zabielski

Główny Legislator