Warszawa, dnia 25 września 2012 r.

KANCELARIA SENATU
BIURO LEGISLACYJNE

Opinia do ustawy zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (druk nr 181)

I. Cel i przedmiot ustawy

Opiniowana ustawa nowelizuje ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, zwaną dalej „ustawą PZP", oraz ustawę z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Zasadniczych zmian dokonano w pierwszej ze wskazanych ustaw.

Głównym powodem nowelizacji jest konieczność wdrożenia do krajowego porządku prawnego 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 (tzw. „dyrektywa obronna"). Ponadto, opiniowaną nowelizacją ustawodawca wdraża częściowo dyrektywę 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz dyrektywę 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującą procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

Celem dyrektywy obronnej jest wprowadzenie regulacji, które zapobiegną nadużywaniu przez zamawiających wyłączenia zawartego w art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz umożliwienie dokonywania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zgodnie z jednolitymi unijnymi procedurami, uwzględniającymi specyfikę

tych zamówień. Z uzasadnienia do projektu ustawy wynika, iż projektodawca dokonując wdrożenia dyrektywy obronnej miał na względzie z jednej strony bezpieczeństwo realizacji zamówień publicznych z drugiej zaś wzmocnienie potencjału polskiego przemysłu. W opinii projektodawcy nowe regulacje przyczynią się do racjonalizacji wydatków publicznych w zakresie zakupów w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zwiększenia przejrzystości udzielania takich zamówień oraz zapewnienia zgodności wydatkowania środków unijnych z prawem unijnym dotyczącym zamówień publicznych.

Jak wynika z uzasadnienia, zmiany niezwiązane wprost z implementacją dyrektywy obronnej zmierzają do zapewnienia większej elastyczności zamawiającym przy udzielaniu zamówień publicznych (klasycznych, sektorowych i obronnych), zwiększenia transparentności udzielania zamówień publicznych, wsparcia rozwiązań innowacyjnych, wsparcia małych i średnich przedsiębiorstw, poszerzenia wartości rynku zamówień publicznych otwartych na konkurencję, a także wprowadzenia zmian korygujących do ustawy PZP, które są wynikiem dotychczasowych doświadczeń związanych z jej stosowaniem. Projektodawcy dokonali też przeglądu ustawy PZP pod kątem zgodności z prawem europejskim (m.in. z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, obecnie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej).

Dokonując nowelizacji ustawy PZP ustawodawca w szczególności (zasygnalizowane poniżej zmiany wymieniono w kolejności ich następowania w tekście normatywnym):

1) rozszerzył katalog definicji sformułowanych w słowniczku ustawy; dodano definicje: „cyklu życia produktu”, „newralgicznych robót budowlanych”, „newralgicznego sprzętu”, „newralgicznych usług”, „obiektu budowlanego”, „sprzętu wojskowego”, „sytuacji kryzysowej” oraz „zakupów cywilnych”; na potrzeby przepisów szczególnych o zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa ustawodawca dodał też definicję „umowy o podwykonawstwo”;
2) zmodyfikował definicje pojęć „roboty budowlane” i „usługi”;
3) upoważnił Prezesa Rady Ministrów do określenia w rozporządzeniach wykazu usług o charakterze priorytetowym i nieprioritetowym uwzględniającego dyrektywę obronną oraz wykazu robót budowlanych uwzględniającego dyrektywy 2004/18/WE i 2004/17/WE;
4) zmodyfikował katalog wyłączeń przedmiotowych z reżimu ustawy; w myśl nowych przepisów ustawy nie będzie się stosowało do zamówień, którym nadano klauzulę

„tajne” lub „ściśle tajne” zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych, lub jeżeli będzie wymagał tego istotny interes bezpieczeństwa państwa lub ochrona bezpieczeństwa publicznego oraz zamówień dotyczących produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, o których mowa w art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, jeżeli będzie wymagał tego podstawowy interes bezpieczeństwa państwa, a udzielenie zamówienia bez zastosowania ustawy nie wpłynie negatywnie na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych;

5) dodał odrębny katalog wyłączeń z reżimu ustawy związanych z zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (dodawane art. 4b i art. 4c);

6) rozszerzył katalog przesłanek, które skutkować będą wykluczeniem wykonawców; z postępowania będzie się wykluczało również wykonawców:

   a) jeżeli rozwiązano z nimi umowę w sprawie zamówienia publicznego, której wartość dla robót budowlanych była równa lub przekraczała wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 mln euro, a dla dostaw lub usług – 10 mln euro, albo wypowiedziano im taką umowę, albo od takiej umowy z nimi odstąpiono, z powodu okoliczności, za które ponoszą oni odpowiedzialność, w przypadku gdy rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy (dodając tę przesłankę ustawodawca dodał do ustawy procedurę, której zastosowanie zapewni zamawiającym informację o tej przesłance),

   b) którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożą odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dodając tę przesłankę ustawodawca dodał do ustawy przepisy umożliwiające zamawiającemu praktyczne zastosowanie w postępowaniu tej przesłanki, a przede wszystkim ocenę powiazań w ramach grupy kapitałowej);

7) objął przesłanką wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1, również wykonawców, którzy zostaną zobowiązani do zapłaty kary umownej, a zobowiązanie to zostanie stwierdzone prawomocnym orzeczeniem sądu;

8) dodał przepisy umożliwiające zamawiającemu, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, przeprowadzenie dialogu technicznego; udział w dialogu technicznym nie będzie skutkował wykluczeniem uczestniczącego w nim podmiotu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego; szczegółową informację o przeprowadzeniu dialogu technicznego będzie się zamieszczać w protokole postępowania o udzielenie zamówienia;
9) wskazał, iż ogłoszenie o zamówieniu publicznym, którego zamierza się udzielić w trybie przetargu ograniczonego musi zawierać również opis obiektywnego i niedyskryminacyjnego sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu;
10) zmodyfikował przepis upoważniający Prezesa Rady Ministrów do określenia zakresu informacji, które trzeba zawrzeć w rocznym sprawozdaniu o udzieleniu zamówienia;
11) umożliwił zamawiającemu zobowiązanie wykonawcy będącego koncesjonariuszem robót budowlanych do zawarcia z innymi podmiotami, stanowiącej co najmniej 30% wartości koncesji, umowy o podwykonawstwo;
12) dodał w dziale III ustawy rozdział 4a pt. „Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa" zawierający przepisy szczegółowe związane z udzielaniem tego typu zamówień; w myśl dodawanych przepisów, zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa to zamówienia publiczne udzielane przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4 ustawy, których przedmiotem są: dostawy sprzętu wojskowego (w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów), dostawy newralgicznego sprzętu (w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów), roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane ze sprzętem wojskowym lub sprzętem newralgicznym (w tym dotyczące wszystkich części, komponentów i podzespołów związanych z cyklem życia produktu), roboty budowlane i usługi do szczególnych celów wojskowych lub newralgiczne roboty budowlane lub usługi; w przepisach tego rozdziału ustawodawca m.in.:
    a) przewidział, iż ustawy nie będzie się stosowało do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na dostawy lub usługi, jeżeli wartość zamówienia będzie mniejsza niż tzw. progi unijne,

b) określił zasady podawania do publicznej wiadomości wstępnego ogłoszenia informacyjnego o zamówieniach lub umowach ramowych planowanych do udzielenia oraz określił treść takiego ogłoszenia,

c) przyjął, iż o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa będą mogły ubiegać się wykonawcy mający siedzibę albo miejsce zamieszkania w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej, Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub państwa, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska zawarła umowę międzynarodową dotyczącą tych zamówień (zamawiający będzie mógł określić w ogłoszeniu o zamówieniu, że o zamówienie mogą ubiegać się również wykonawcy z innych państw),

d) określił przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz zasady wykazywania przez wykonawców, iż spełniają oni warunki dopuszczenia do udziału w postępowaniu i brak jest podstaw do ich wykluczenia,

e) sformułował zasady postępowania z informacjami niejawnymi powziętymi w związku z udzieleniem zamówienia i jego realizacją, w tym sposób i tryb ich ochrony,

f) określił przykładowe wymagania dotyczące realizacji zamówienia, które będą musiały znaleźć się w opisie przedmiotu zamówienia zamieszczonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu związane z zapewnieniem bezpieczeństwa informacji niejawnych lub bezpieczeństwem dostaw,

g) określił przykładowe wymagania związane z realizacją zamówienia dotyczące podwykonawstwa, które będą mogły znaleźć się w opisie przedmiotu zamówienia,

h) wskazał tryby, w których mogą być udzielane zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zdefiniował warunki zastosowania każdego z dopuszczonych trybów oraz określił sposób postępowania w tych trybach,

i) sformułował zasady zawierania umów ramowych w związku z zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa,

j) przyjął, iż zamawiający będzie mógł odrzucić ofertę na podstawie przesłanek odrzucenia oferty innych niż przesłanki, o których mowa w art. 89 ust. 1, oraz unieważnić postępowanie na podstawie przesłanek innych niż przesłanki, o których mowa w art. 93 ust. 1 i 1a, pod warunkiem określenia tych przesłanek w ogłoszeniu

o zamówieniu i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sposób jednoznaczny i wyczerpujący oraz zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

k) umożliwił zamawiającemu zobowiązanie wykonawcy do zawarcia umowy o podwykonawstwo i określił warunki dopuszczalności takiego zobowiązania,

l) określił sposób realizacji przez wykonawcę zobowiązania do zawarcia umowy o podwykonawstwo (w szczególności wskazał, jaki podmiot nie może być uznany za podwykonawcę),

m) dopuścił możliwość udzielania zaliczek na poczet wykonania zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz sformułował warunki udzielenia takiej zaliczki;

13) umożliwił zamawiającemu ustanowienie systemu kwalifikowania wykonawców (zamówienia sektorowe), a także określił zasady i tryb ustanawiania takiego systemu oraz udzielania zamówień w takim systemie;

14) nałożył na Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych obowiązek prowadzenia, na stronie internetowej Urzędu, wykazu wykonawców, z którymi rozwiązano umowę w sprawie zamówienia publicznego, albo wypowiedziano im taką umowę, albo od takiej umowy z nimi odstąpiono, zgodnie z dodawanym art. 24 ust. 1 pkt 1b;

15) dopuścił możliwość przeprowadzania kontroli udzielania zamówień w siedzibie zamawiającego, jeżeli kontrola dotyczyć będzie dokumentów zawierających informację niejawną, której nadano klauzulę „tajne” albo „ściśle tajne”;

16) przyjął, iż na stanowisko Prezesa lub wiceprezesa Krajowej Izby Odwoławczej będzie mogła być powołana wyłącznie osoba, która posiada poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „ściśle tajne” lub złożyła oświadczenie o wyrażeniu zgody na przeprowadzenie w stosunku do niej poszerzonego postępowania sprawdzającego w rozumieniu ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych; odmowa wydania albo cofnięcie poświadczenia bezpieczeństwa będzie obligowało Prezesa Rady Ministrów do odwołania ze stanowiska Prezesa lub wiceprezesa Izby;

17) uściślił, iż możliwość uchylenia przez Krajową Izbę Odwoławczą zakazu zawarcia umowy w przypadkach wskazanych w ustawie odnosiła się będzie również do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa;

18) określił tryb procedowania przez Krajową Izbę Odwoławczą w przypadku, gdy w sprawie lub w związku ze sprawą pojawia się informacja niejawna;
19) nałożył na członków Krajowej Izby Odwoławczej obowiązek zachowania poufności informacji niejawnych lub innych informacji zawartych w dokumentach przekazanych przez strony i uczestników postępowania oraz przystępujących do postępowania odwoławczego oraz działania w postępowaniu odwoławczym zgodnie z interesami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa;
20) przyjął, iż Krajowa Izba Odwoławcza nie będzie mogła unieważnić umowy, jeżeli mogłoby to stanowić istotne zagrożenie dla szerszego programu obrony i bezpieczeństwa niezbędnego ze względu na interesy związane z bezpieczeństwem Rzeczypospolitej Polskiej;
21) uwzględnił w nowelizowanej ustawie nową nazwę urzędu promulgacyjnego Unii Europejskiej.

Zmiana w ustawie z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi sprowadza się do wskazania, iż do udzielania przez koncesjonariuszy zamówień publicznych w celu wykonania przedmiotu koncesji stosować się będzie również przepisy dodawanego do działu III ustawy PZP rozdziału 4a pt. „Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa". Ponadto ustawodawca uwzględnił w tej ustawie nową nazwę urzędu promulgacyjnego Unii Europejskiej.

W przepisach dostosowujących określono zasady postępowania z materiałami niejawnymi związanymi z zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

W przepisach przejściowych przyjęto, iż do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych, a niezakończonych przed dniem wejścia w życie opiniowanej ustawy, stosować się będzie przepisy dotychczasowe. Dotychczasowy reżim prawny będzie stosowany również do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie nowelizacji. Natomiast do zamówień dodatkowych związanych z zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielonymi przed dniem wejścia w życie nowelizacji stosować się będzie nowe przepisy. Ponadto czasowo (maksymalnie 12 miesięcy) utrzymano w mocy rozporządzenie wydane na podstawie art. 98 ust. 4 ustawy PZP.

Ustawodawca określił również limit wydatków sektora finansów publicznych w zakresie wydatków budżetu państwa na okres 10 lat wykonywania opiniowanej ustawy. W art. 7 nowelizacji rozpisano te wydatki na lata 2013–2022, określono podmiot odpowiedzialny za

monitorowanie wykorzystania limitów oraz sformułowano odpowiedni mechanizm korygujący na okoliczność przekroczenia przyjętego na dany rok limitu.

Ustawa ma wejść w życie po upływie 3 miesięcy od dnia ogłoszenia.

II. Przebieg prac legislacyjnych

Sejm uchwalił ustawę na 21. posiedzeniu w dniu 14 września 2012 r. Projekt ustawy był przedłożeniem rządowym. W trakcie prac w Sejmie m.in.:

1) uściślono, iż w przypadku postępowania w trybie przetargu ograniczonego, zawarty w ogłoszeniu o zamówieniu opis sposobu dokonywania wyboru wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, gdy liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postepowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu, ma gwarantować obiektywność i niedyskryminacyjny wybór;
2) zmodyfikowano zmieniany art. 131 ust. 5 i 6 ustawy PZP, odnosząc te przepisy do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, a nie podmiotów będących w stosunku do koncesjonariusza podmiotami dominującymi lub zależnymi;
3) wskazano jednoznacznie, iż ustawy PZP nie będzie się stosowało do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na dostawy lub usługi, jeżeli wartość zamówienia będzie mniejsza niż tzw. progi unijne;
4) rozszerzono katalog przesłanek wykluczenia wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa;
5) wyłączono możliwość odstąpienia od obowiązku wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wykonawców, w stosunku do których zachodzi przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy PZP;
6) zrezygnowano z dodania do ustawy PZP przepisu, który przewidywał, iż do udzielania zamówień sektorowych, których wartość jest niższa niż tzw. progi unijne stosuje się zasady Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w szczególności dotyczące równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości;
7) zrezygnowano ze wskazania, iż do treści ogłoszenia o ustanowieniu systemu kwalifikacji wykonawców stosuje się odpowiednio przepis art. 48 ust. 2 ustawy PZP

(przepis ten określa minimalną treść ogłoszenia o zamówieniu w trybie przetargu ograniczonego);

8) dodano regulację przewidującą, iż wykonawcy dopuszczeni do udziału w systemie kwalifikowania wykonawców nie będą zobowiązani do składania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków wskazanych w ogłoszeniu o systemie kwalifikowania wykonawców przy kolejnych zamówieniach objętych tym systemem, o ile złożone wcześniej przez nich dokumenty będą aktualne;

9) dodano zmianę przepisu określającego zasady powoływania Prezesa i wiceprezesa Krajowej Izby Odwoławczej; przyjęto, iż na stanowisko Prezesa lub wiceprezesa Izby będzie mogła być powołana wyłącznie osoba, która posiada poświadczenie bezpieczeństwa upoważniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli „ściśle tajne" lub złożyła oświadczenie o wyrażeniu zgody na przeprowadzenie w stosunku do niej poszerzonego postępowania sprawdzającego w rozumieniu ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych.

Ponadto należy zauważyć, iż na etapie prac w Sejmie Biuro Analiz Sejmowych w swojej opinii do projektu ustawy (opinię opracował dr Przemysław Sobolewski) sygnalizowało, iż przepisy „art. 24 ust. 1 pkt 1a i 1b (*w brzmieniu proponowanym przez projektodawców i ostatecznie uchwalonym przez Sejm – autor*) mogą naruszać wyrażone w art. 77 ust. 2 Konstytucji prawo do sądu ponieważ sankcja w postaci utraty możliwości udziału w postępowaniach o udzielenia zamówienia publicznego stosowana jest na podstawie jednostronnej czynności prawnej zamawiającego (wypowiedzenia albo odstąpienia od umowy), ustawa nie przewiduje kontroli sądowej zasadności stosowania tej sankcji (innej niż kontrola zasadności wypowiedzenia albo odstąpienia), a nawet korzystne orzeczenie sądowe nie usunie wszystkich negatywnych skutków, jakie wywołało pozbawienia wykonawcy możliwości udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego". W opinii tej wskazuje się również, iż przepisy „art. 24 ust. 1 pkt 1a i 1b są niespójne z art. 24 ust. 1 (*pkt 1 – autor*), ponieważ przepis ten przewiduje wyłączenia wykonawców, którzy wyrządzili zamawiającemu szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego tylko, jeśli fakt wyrządzenia tej szkody potwierdzony został prawomocnym orzeczeniem sądowym, natomiast wyłączenie z udziału w postępowaniach w przypadku odstąpienia albo wypowiedzenia umowy przez zamawiającego następuje bez konieczności potwierdzania zasadności wypowiedzenia albo odstąpienia orzeczeniem sądowym". Zdaniem Biura Analiz Sejmowych, dla zapewnienia

zgodności ustawy z Konstytucją oraz jej wewnętrznej spójności konieczne byłoby skreślenie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 1a i 1b albo ich dostosowanie do schematu wykorzystanego w art. 24 ust. 1 pkt 1.

Należy też pamiętać, iż Minister Spraw Zagranicznych w swojej opinii z dnia 24 maja 2012 r. o zgodności z prawem Unii Europejskiej projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi wyraził wątpliwość co do zgodności z prawem unijnym dodawanego art. 24 ust. 1 pkt 1b. W swojej opinii Minister Spraw Zagranicznych stwierdził:

„W odniesieniu do art. 24 ust. 1 pkt 1b istnieją wątpliwości, czy podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przewidziana w projektowanym art. 24 ust. 1 pkt lb, mieści się w katalogu przesłanek przewidzianych w art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznaje wprawdzie, że podstawy wykluczenia przewidziane w art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE nie wyłączają „uprawnienia państw członkowskich do utrzymania w mocy lub do ustanowienia poza tymi podstawami wykluczenia norm materialnych mających na celu między innymi zagwarantowanie poszanowania w dziedzinie zamówień publicznych zasad równego traktowania wszystkich oferentów i przejrzystości które stanowią podwalinę dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych, pod warunkiem jednak że będzie przestrzegana zasada proporcjonalności” (zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C–538/07 Assitur, pkt 21, podobnie wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C–213/07 Michaniki, pkt 44 i 48). Można jednak argumentować, że w przypadku projektowanego art. 24 ust. 1 pkt lb zasada proporcjonalności zostanie naruszona ze względu na przewidziany w tym przepisie szeroki zakres wykluczenia wykonawcy. Artykuł 24 ust. 1 pkt 1b przewiduje bowiem generalne i automatyczne wykluczenie danego wykonawcy ze wszystkich postępowań w ramach systemu zamówień w Polsce.”.

III. Uwagi szczegółowe

1) art. 1 pkt 1 lit. a, pkt 1a – w związku z treścią definicji „cykl życia produktu" oraz dodawanymi do ustawy PZP przepisami art. 131h ust. 7 i art. 131i ust. 3 nasuwa się pytanie, czy funkcjonowanie produktu (rozumiane jako używanie lub stosowanie produktu, lub też korzystanie z niego) nie jest jedną z faz jego istnienia? Jeśli tak, należałoby zmodyfikować definicję „cyklu życia produktu" poprzez wskazanie, iż jedną z kolejnych faz istnienia produktu jest jego **funkcjonowanie**;

2) art. 1 pkt 1 lit. c, pkt 8 – z nowej definicji pojęcia „roboty budowlane" wynika, iż robotami budowlanymi są m.in. wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie obiektu budowlanego, a także realizacja takiego obiektu. W związku z tą definicja nasuwa się pytanie o różnicę znaczeniową pojęć „wykonanie" i „realizacja". Zgodnie ze Słownikiem języka polskiego PWN pod redakcją M. Szymczaka pojęcia te są synonimami. Czasownik „wykonać" („wykonywać") oznacza – w podstawowym znaczeniu – wprowadzić w czyn, zrobić coś, uczynić, urzeczywistnić, zrealizować, spełnić. Natomiast czasownik „realizować" oznacza – w podstawowym znaczeniu – wprowadzić coś w czyn, w życie, wykonywać, urzeczywistniać, spełniać, ziszczać. Jak wynika z przytoczonych definicji słownikowych wykonanie obiektu budowlanego i realizacja obiektu budowlanego oznaczają to samo. Jeżeli pojęcia te będą interpretowane zgodnie z ich podstawowym znaczeniem należałoby skreślić w analizowanej definicji wyrazy **„, a także realizację obiektu budowlanego"**. W aktualnie obowiązującej definicji tego problemu terminologicznego nie ma.

3) art. 1 pkt 4, art. 4b ust. 1 pkt 1 lit. a i b – w przepisach tych mówi się o „szczególnej procedurze na podstawie umowy międzynarodowej lub porozumienia, których stroną jest Rzeczpospolita Polska". Zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 14 kwietnia 2000 r. o umowach międzynarodowych, umowa międzynarodowa oznacza porozumienie między Rzecząpospolitą Polską a innym podmiotem lub podmiotami prawa międzynarodowego, regulowane przez prawo międzynarodowe, niezależnie od tego, czy jest ujęte w jednym dokumencie czy w większej liczbie dokumentów, bez względu na jego nazwę oraz bez względu na to, czy jest zawierane w imieniu państwa, rządu czy ministra kierującego działem administracji rządowej właściwego do spraw, których

dotyczy umowa międzynarodowa. W związku z tym w dodawanych art. 4b ust. 1 pkt 1 lit. a i b należałoby mówić wyłącznie o umowach międzynarodowych.

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 4, w art. 4b w ust. 1 w pkt 1 w lit. a i b skreśla się wyrazy „lub porozumienia”;

4) art. 1 pkt 4, art. 4b ust. 1 pkt 4 – mając na względzie poprawność językową przepisu należałoby przyjąć niżej sformułowaną poprawkę redakcyjną.

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 4, w art. 4b w ust. 1 pkt 4 otrzymuje brzmienie:

„4) udzielanych w ramach programu współpracy opartego na badaniach i rozwoju nowego produktu oraz, tam gdzie ma to zastosowanie, późniejszych etapów całości lub części cyklu życia tego produktu, prowadzonego wspólnie przez Rzeczpospolitą Polską i co najmniej jedno państwo członkowskie Unii Europejskiej;”;

5) art. 1 pkt 4, art. 4c – w przepisie tym upoważniono Radę Ministrów do wydania rozporządzenia określającego tryb postępowania w sprawie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa. Zgodnie z dodawanym przepisem Rada Ministrów wyda takie rozporządzenie na wniosek Ministra Obrony Narodowej i ministra właściwego do spraw wewnętrznych, w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw Skarbu Państwa, ministrem właściwym do spraw zagranicznych oraz ministrem właściwym do spraw gospodarki. W związku z tak sformułowaną delegacją ustawową nasuwa się pytanie o sposób współuczestniczenia podmiotów wskazanych w wydaniu rozporządzenia. Nie budzi wątpliwości, iż wolą ustawodawcy jest, aby rozporządzenie zostało wydane na wniosek Ministra Obrony Narodowej i ministra właściwego do spraw wewnętrznych. Natomiast nie jest jasne czego dotyczy przewidziana przepisem forma współuczestniczenia „w porozumieniu”. Nie jest bez znaczenia, czy w porozumieniu ma być wydane rozporządzenie, czy też w porozumieniu ma być złożony wniosek. Rada Ministrów wydając rozporządzenie nie może działać w porozumieniu z członkami Rządu, jako że w jej skład wchodzą Ci członkowie. W przypadku, jeśli nie będą się oni zgadzali na rozporządzenie określonej treści dadzą temu wyraz w trakcie głosowania Rządu nad podjęciem uchwały w sprawie rozporządzenia. Co więcej trudno sobie wyobrazić sytuację, w której Rząd, jako ciało

kolegialne, w którego skład wchodzą ministrowie mający działać w porozumieniu, „dogaduje” się w sprawie rozporządzenia z tymi ministrami. Mając na względzie istotę działania w porozumieniu (osiągnięcie porozumienia jest warunkiem dojścia aktu do skutku), ważne jest również to, iż działania jednego ministra nie mogą torpedować działalności prawotwórczej całej Rady Ministrów. Nie można też zapomnieć o procedurze uzgodnień międzyresortowych, której poddawany jest każdy dokument rządowy. Jeżeli zaś wolą ustawodawcy jest, aby porozumienie dotyczyło wyłącznie wniosku inicjującego postępowanie prawotwórcze należałoby to wskazać w przepisie upoważniającym jednoznacznie – tak, aby wyeliminować wszelkie wątpliwości interpelacyjne dotyczące kompetencji prawotwórczych poszczególnych podmiotów. Niemniej trzeba mieć na względzie, iż instytucja wniosku składanego w porozumieniu z innym podmiotem jest rozwiązaniem nietypowym i również może budzić wątpliwości co do jej racjonalności.

Ponadto należy mieć na względzie, iż ewentualne rozporządzenie nie będzie mogło definiować klauzuli generalnej „podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa”. Nie może bowiem dojść do sytuacji, w której Rada Ministrów przesądza aktem podustawowym o zakresie przedmiotowym ustawy. Takie działanie oznaczałoby wykroczenie poza zakres upoważnienia ustawowego, a tym samym akt taki byłby niezgodny z art. 92 ust. 1 Konstytucji.

Propozycja poprawki:

przy założeniu, iż to rozporządzenie miałoby być wydane w porozumieniu:

w art. 1 w pkt 4, w art. 4c skreśla się wyrazy „, w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw Skarbu Państwa, ministrem właściwym do spraw zagranicznych oraz ministrem właściwym do spraw gospodarki”;

przy założeniu, iż porozumienie ma dotyczyć wniosku:

w art. 1 w pkt 4, w art. 4c wyraz „wewnętrznych,” zastępuje się wyrazami „wewnętrznych złożony”;

6) art. 1 pkt 5, ust. 1 – mając na względzie, wynikające z Zasad techniki prawodawczej i dobrej praktyki legislacyjnej, zasady oznaczania podstawowych jednostek redakcyjnych w przepisach zawierających odesłanie (analogiczne zasady obowiązują w odniesieniu do przepisów zmieniających) oraz konieczność zachowania konsekwencji

w tym zakresie w obrębie całego aktu normatywnego (zob. np. art. 1 pkt 1 lit. e – nowe brzmienie pkt 10, czy też art. 1 pkt 2 wprowadzenie do zmiany), należałoby przyjąć niżej sformułowaną poprawkę techniczno-legislacyjną. Analogiczna uwaga dotyczy art. 1 pkt 7 wprowadzenia do zmiany oraz nowego art. 131h ust. 3 pkt 1 (art. 1 pkt 19 nowelizacji).

Propozycja poprawek:

w art. 1 w pkt 5, w ust. 1 wyrazy „i 2b” zastępuje się wyrazami „i art. 2b”;

w art. 1 w pkt 7 we wprowadzeniu do zmiany wyrazy „i 24c” zastępuje się wyrazami „i art. 24c”;

w art. 1 w pkt 19, w art. 131h w ust. 3 w pkt 1 wyrazy „i 31” zastępuje się wyrazami „i art. 31”;

7) art. 1 pkt 6 lit. a tiret drugie, pkt 1b – ustawodawca dodając nową przesłankę wykluczenia przewidział, iż zamawiający będzie obowiązany wykluczyć z postępowania wykonawcę jeżeli z takim wykonawcą rozwiązano umowę w sprawie zamówienia publicznego, której wartość dla robót budowlanych była równa lub przekraczała wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 mln euro, a dla dostaw lub usług – 10 mln euro, albo wypowiedziano mu taką umowę, albo od takiej umowy z nim odstąpiono, z powodu okoliczności, za które ponoszą oni odpowiedzialność, w przypadku gdy rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy. Przesłanka ta znajdzie zastosowanie, podobnie jak ma to miejsce obecnie przy wykluczeniu wykonawcy przewidzianym w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 1, **we wszystkich postępowaniach prowadzonych przez każdego zamawiającego**. Na podstawie tego przepisu zamawiający będzie wykluczał wykonawcę także w przypadku, gdy rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy zostanie dokonane **przez inny podmiot (innego zamawiającego)** – w odróżnieniu od przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 1a, która dotyczy relacji konkretny wykonawca – konkretny zamawiający.

W trakcie prac w Sejmie podnoszono wiele zarzutów dotyczących tej właśnie regulacji. Swoje opinie dotyczące projektu przedstawili m.in. partnerzy społeczni, Minister Spraw Zagranicznych oraz Biuro Analiz Sejmowych. W opiniach tych podnoszono zarzuty niezgodności regulacji z Konstytucją oraz prawem unijnym.

Niewątpliwie za uzasadnione trzeba uznać wątpliwości przedstawione przez Ministra Spraw Zagranicznych. Na pierwszy plan wysuwa się tutaj pytanie nie o to, czy prawodawcy krajowemu było wolno rozszerzyć katalog przesłanek wykluczenia ponad to co przewidziano w art. 45 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE, ale czy działanie prawodawcy w tym zakresie było **proporcjonalne**. Prawo nie powinno bowiem wykraczać poza to, co jest odpowiednie i konieczne do osiągania uzasadnionych celów danej regulacji. Co więcej, tam, gdzie istnieje możliwość wyboru, ustawodawca powinien stosować rozwiązania najmniej dotkliwe z punktu widzenia adresatów norm prawnych. Powinien on działać proporcjonalnie to znaczy uchwalać akty (regulacje) odpowiednie (nadające się osiągnięcia celu założonego przez ustawodawcę, funkcjonalne), konieczne (bez których nie sposób osiągnąć celu; najwłaściwsze do osiągnięcia zamierzonego celu) oraz – w wąskim znaczeniu – proporcjonalne (które w najmniejszym stopniu ograniczają prawa i wolności adresatów oraz realizację przez nie swoich interesów). W związku z powyższym należałoby analizowaną regulację poddać wnikliwej analizie pod kątem zgodności z zasadą proporcjonalności i dokonać swego rodzaju bilansu zysków i strat związanych z jej wprowadzeniem. Dla oceny zgodności dodawanego przepisu z prawem unijnym zasadnicze znaczenie będzie miało orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C–465/11 (rozprawę zaplanowano 26 września 2012 r.) w związku z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy PZP, skierowanym do Trybunału przez Krajową Izbę Odwoławczą (wniosek z 16 grudnia 2011 r.). Uznanie analizowanego pkt 1b za niezgodny z prawem unijnym powinno skutkować jego skreśleniem (w konsekwencji powinny być skreślone także przepisy związane bezpośrednio z art. 24 ust. 1 pkt 1b).

Biuro Analiz Sejmowych podniosło, iż przepis art. 24 ust. 1 pkt 1b narusza art. 77 ust. 2 Konstytucji, który stanowi, iż ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności i praw. Z zarzutem tym, w pewnym zakresie, można polemizować. Niemniej intencją autora niniejszej opinii nie jest podważenie opinii Biura

Analiz Sejmowych, ale spojrzenie na sprawę trochę z innej strony. Nie budzi wątpliwości fakt, iż analizowany pkt 1b stanowi swego rodzaju sankcję. Zaistnienie przesłanki sformułowanej w tym przepisie oznaczało będzie bowiem „wyeliminowanie" na 3 lata z obrotu w sferze zamówień określonego podmiotu, a „decyzję" w tym zakresie podejmie zamawiający. Niemniej trudno się zgodzić z tezą, iż w polskim systemie prawnym brak jest przepisów umożliwiających wzruszenie „decyzji" zamawiającego. Nie można zapominać o art. 189 Kodeksu postępowania cywilnego, który przewiduje, iż powód może żądać ustalenia przez sąd istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, gdy ma w tym interes prawny. Uznanie przez sąd istnienia umowy będzie skutkowało tym, iż przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 1b nie znajdzie zastosowania, a wykonawca będzie musiał być skreślony z wykazu prowadzonego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Praktyka wskazuje jednak, iż wykonawca – ze względu na czas trwania postępowań sądowych – może się nie doczekać korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia przez cały okres trwania wykluczenia. W tym więc przypadku sam fakt, iż wykonawcy przysługuje droga sądowa może nie wystarczyć do tego, aby w należyty sposób chronić interes wykonawców.

W związku z powyższym można się zastanawiać, czy fakt stosowania wobec wykonawców tak dotkliwej „sankcji" nie ograniczy wolności działalności gospodarczej, którą statuuje art. 22 Konstytucji oraz czy „sankcja" ta nie stanie się w praktyce instrumentem czasowego eliminowania z obrotu gospodarczego określonych podmiotów (tylko i wyłącznie „decyzją" zamawiającego), a więc w konsekwencji instrumentem ograniczającym konkurencję na rynku zamówień publicznych.

Konstytucyjna zasada wolności działalności gospodarczej nie ma charakteru absolutnego. Zgodnie z art. 22 Konstytucji ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne, w drodze ustawy, ze względu na ważny interes publiczny. Konstytucja nie definiuje pojęcia „interes publiczny", ale w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego i w doktrynie przyjmuje się, iż pojęcie to obejmuje: bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny oraz ochronę środowiska, zdrowia publicznego oraz moralności publicznej. Niemniej jak wskazał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 13 października 2010 r. (sygn. akt Kp 1/09), klauzula generalna „ważnego interesu publicznego", o której mowa w art. 22 Konstytucji, nie jest zwykłym

potwierdzeniem materialnoprawnych przesłanek ograniczenia wolności i praw konstytucyjnych, wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Z klauzuli tej – zdaniem Trybunału – mogą wynikać także inne, wychodzące poza art. 31 ust. 3 Konstytucji, materialnoprawne przesłanki ustawowego ograniczenia wolności działalności gospodarczej. Ograniczając wolność działalności gospodarczej ustawodawca musi stosować się do zasady proporcjonalności. Innymi słowy musi on minimalizować negatywne skutki ograniczeń. Musi mieć on na względzie, iż „zyski" z wprowadzenia regulacji muszą być wyższe, aniżeli „koszty" jej funkcjonowania. Dokonując oceny poprawności konstytucyjnej dodawanego przepisu nie można zapominać o tym, iż dla części wykonawców uniemożliwienie uzyskania zamówienia publicznego będzie oznaczało *de facto* koniec działalności. W odniesieniu do analizowanego przepisu można mieć uzasadnioną wątpliwość, czy nowa regulacja stosuje się do zasady proporcjonalności.

Uznanie, iż art. 24 ust. 1 pkt 1b jest niezgodny z Konstytucją powinno skutkować jego skreśleniem (w konsekwencji powinny być skreślone także przepisy związane bezpośrednio z art. 24 ust. 1 pkt 1b) albo taką zmianą mechanizmu stosowania przesłanki wykluczenia w nim przewidzianej, aby zarzut niekonstytucyjności stał się nieaktualny.

Skoro ustawodawca uznał, iż – w interesie publicznym – należy eliminować z obrotu nierzetelnych wykonawców, powinien on jednocześnie dać tym podmiotom możliwość ochrony swoich interesów (chociażby w związku z nierzetelnym postępowaniem zamawiającego). Jeżeli droga sądowa ochrony interesów wykonawców, z praktycznego punktu widzenia, wydaje się niewystarczająca, należałoby rozważyć wprowadzenie mechanizmu umożliwiającego wykonawcy zakwestionowanie czynności prawnej zamawiającego przewidzianej w dodawanym pkt 1b zanim jeszcze Prezes Urzędu Zamówień Publicznych dokona wpisu do wykazu, o którym w dodawanym art. 154 pkt 5b albo zanim taki wpis zacznie pociągać za sobą negatywne dla wykonawcy konsekwencje. Można sobie wyobrazić sytuację, w której czynność wpisu do takiego wykazu będzie miała charakter konstytutywny (a nie tak jak przyjął Sejm – materialno–techniczny), a Prezes Urzędu będzie dokonywał wpisu postanowieniem, na które będzie przysługiwało wykonawcy zażalenie do Krajowej Izby Odwoławczej. Włączenie

Krajowej Izby Odwoławczej do postępowania w sprawie wpisu umożliwiłoby wykonawcy chociażby zakwestionowanie, iż przyczyną rozwiązania stosunku prawnego między zamawiającym, a wykonawcą były okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. W przeciwnym razie, ocena w tym przedmiocie będzie leżała wyłącznie w gestii zamawiającego i ewentualnie sądu (o ile sprawa przed nim zawiśnie). Sformułowanie poprawki będzie możliwe w przypadku ustalenia woli ustawodawcy w tym zakresie.

Ponadto, z punktu widzenia legislacyjnego, wątpliwość budzi posłużenie się na końcu dodawanego pkt 1b sformułowaniem „z zastrzeżeniem pkt 1a". Mając na względzie § 23 ust. 3 Zasad techniki prawodawczej oraz dobrą praktykę legislacyjną, należałoby dokonać zaproponowanej poniżej zmiany. Przepis § 23 ust. 3 Zasad techniki prawodawczej stanowi, iż jeżeli od któregoś z elementów przepisu szczegółowego przewiduje się wyjątki lub któryś z elementów tego przepisu wymaga uściślenia, przepis formułujący wyjątki lub uściślenia zamieszcza się bezpośrednio po danym przepisie szczegółowym. Niepoprawne legislacyjnie jest więc określanie wzajemnych relacji pomiędzy przepisami poprzez posłużenie się sformułowaniem „z zastrzeżeniem" w ramach jednej podstawowej jednostki redakcyjnej (w ramach jednego artykułu). W analizowanym przypadku nie budzi wątpliwości relacja pkt 1b w stosunku do pkt 1a, jest on bowiem odrębną, niezależną przesłanką wykluczenia wykonawcy. Przepis pkt 1b nie jest ani wyjątkiem od pkt 1a ani jego uściśleniem. Podobnie pkt 1a nie jest ani wyjątkiem od pkt 1b ani jego uściśleniem.

Zastrzeżenia budzi również sama redakcja przepisu. Przepis mówi m.in. **o wykonawcach, z którymi zamawiający wypowiedział umowę albo odstąpił od umowy**. Nie budzi wątpliwości, że – z językowego i poniekąd prawnego punktu widzenia – umowę wypowiada się komuś oraz odstępuje się od umowy z kimś, z drugiej zaś strony umowę komuś wypowiedziano, od umowy z kimś odstąpiono. Biuro Legislacyjne zwracało już uwagę na ten problem przy okazji dodawania do systemu pkt 1a. W przypadku tego ostatniego przepisu popełniono ten sam błąd językowy (niestety nie przyjęto wówczas zaproponowanej poprawki). Analogiczne zastrzeżenia dotyczą dodawanych art. 154 pkt 5b oraz art. 154c ust. 1 pkt 2. Konsekwencją przyjęcia poprawki do pkt 1b będzie konieczność zmiany również tych przepisów.

Propozycja poprawki *dotycząca wyłącznie strony redakcyjnej i legislacyjnej przepisu*:
w art. 1 w pkt 6 w lit. a w tiret drugim, lit. 1b otrzymuje brzmienie:

„1b) wykonawców, jeżeli rozwiązano z nimi umowę w sprawie zamówienia publicznego, której wartość dla robót budowlanych była równa lub przekraczała wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 mln euro, a dla dostaw lub usług – 10 mln euro, albo wypowiedziano im taką umowę, albo od takiej umowy z nimi odstąpiono, z powodu okoliczności, za które ponoszą oni odpowiedzialność, w przypadku gdy rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy:”;

w art. 1 w pkt 21, pkt 5b otrzymuje brzmienie:

„5b) prowadzi, ogłasza, aktualizuje na stronie internetowej Urzędu wykaz wykonawców, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1b, oraz dokonuje wykreśleń wykonawców z wykazu;”;

w art. 1 w pkt 22, w art. 154c w ust. 1 w pkt 2 skreśla się wyrazy „z wykonawcą”;

8) art. 1 pkt 6 lit. b tiret drugie, pkt 5 – zgodnie z tym przepisem przesłanką wykluczenia wykonawców z postępowania będzie fakt, iż wykonawcy należąc do tej samej **grupy kapitałowej**, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu (chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia). W myśl wskazanej ustawy „grupa kapitałowa” oznacza wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. W doktrynie podkreśla się, iż przytoczona definicja jest za mało precyzyjna (w szczególności wątpliwości budzi użyte w niej sformułowanie: „przez jednego przedsiębiorcę, w tym tego przedsiębiorcę”, które w piśmiennictwie jest skrajnie rozbieżnie interpretowane) i w związku z tym część środowisk prawniczych

postuluje zmianę tego przepisu[1)]. Mając to na względzie nasuwa się pytanie, czy odsyłając do wskazanej definicji ustawodawca osiągnie założony przez siebie cel (przepis będzie interpretowany zgodnie z wolą ustawodawcy) i czy przepis ten nie będzie budził wątpliwości po stronie adresatów normy prawnej. Pamiętać przy tym należy, iż ustawa nałoży na zamawiających i wykonawców dodatkowe obowiązki związane z ustaleniem czy nowa przesłanka wykluczenia zaistniała (nowe art. 24c i art. 26 ust. 2d). Jednym z możliwych rozwiązań mogłoby być posłużenie się w tym przepisie pojęciem „grupa kapitałowa" w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (zob. art. 131 ust. 3 ustawy PZP w aktualnym brzmieniu). Analogiczna uwaga dotyczy art. 131 ustawy PZP w nowym brzmieniu (art. 1 pkt 18 lit. a);

9) art. 1 pkt 7, art. 24b ust. 1 – mając na względzie poprawność językową przepisu należałoby rozpatrzyć niżej zaproponowaną poprawkę. Niepoprawne z punktu widzenia językowego i prawnego jest sformułowanie „zamawiający po wypowiedzeniu umowy w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą".

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 7, w art. 24b w ust. 1 skreśla się wyrazy „z wykonawcą";

10) art. 1 pkt 17, ust. 4 – propozycja poprawki redakcyjnej.

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 17, w ust. 4 wyraz „, łącznej" zastępuje się wyrazami „a także łącznej";

11) art. 1 pkt 19, art. 131a ust. 1 – sformułowany w tym przepisie skrót sugeruje, iż zamówieniami w dziedzinach obronności są wszystkie zamówienia publiczne udzielane przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4, a pkt zawarte w art. 131a określają jedynie przypadki, w których do zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa stosuje się przepisy dodawanego rozdziału 4a. Mając na względzie, iż cały art. 131a ust. 1 stanowi swego rodzaju definicję pojęcia „zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz dążąc do wyeliminowania możliwych

---

[1)] Zob. E. Stawicki, komentarz do art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w: *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Lex 2011.

wątpliwości interpretacyjnych proponuje się przyjęcie jednej z niżej sformułowanych poprawek. Przy czym w związku z tym, iż definiowanym pojęciem ustawodawca posługuje się również we wcześniejszych niż art. 131a przepisach, druga z alternatywnych poprawek wydaje się lepsza.

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 19, w art. 131a:

a) przed ust. 1 dodaje się ust. … w brzmieniu:

„…. Przepisy niniejszego rozdziału stosuje się do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.”;

b) w ust. 1 wprowadzenie do wyliczenia otrzymuje brzmienie:

„Zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa są zamówienia publiczne udzielane przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4, których przedmiotem są:”;

albo

w art. 1 w pkt 1 dodaje się lit. g w brzmieniu:

„g) po pkt 12 dodaje się pkt 12a w brzmieniu:

„12a) zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa – należy przez to rozumieć zamówienia publiczne udzielane przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4, których przedmiotem są:

a) dostawy sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;

b) dostawy newralgicznego sprzętu, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;

c) roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane ze sprzętem, o którym mowa w lit. a i b, w tym dostawy wszystkich jego części, komponentów i podzespołów związanych z cyklem życia tego produktu;

d) roboty budowlane i usługi do szczególnych celów wojskowych lub newralgiczne roboty budowlane lub usługi;”

w art. 1 w pkt 19, w art. 131a ust. 1 otrzymuje brzmienie:

„1. Przepisy niniejszego rozdziału stosuje się do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.”;

12) art. 1 pkt 19, art. 131a ust. 1 pkt 3 – mając na względzie poprawność gramatyczną należałoby rozważyć przyjęcie jednej z niżej zaproponowanych poprawek (w zależności od meritum przepisu).

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 19, w art. 131a w ust. 1 w pkt 3 wyrazy „wszystkich jego części, komponentów i podzespołów związanych” zastępuje się wyrazami „wszystkimi jego częściami, komponentami i podzespołami”;

albo

w art. 1 w pkt 19, w art. 131a w ust. 1 w pkt 3 wyrazy „i wszystkich” zastępuje się wyrazami „w tym dostawy wszystkich”;

13) art. 1 pkt 19, art. 131a ust. 1 pkt 4 – w związku z tym przepisem nasuwa się wątpliwość co należy rozumieć przez „**szczególne** cele wojskowe”? Należy zwrócić uwagę, iż w innych przepisach ustawodawca posłużył się określeniami „potrzeby wojskowe” i „cele wojskowe”. Formułując definicję pojęcia „zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa” ustawodawca powinien zadbać o należytą jej precyzję. Pozostawienie nadmiernej swobody interpretacyjnej w odniesieniu do tego z jakim zamówieniem publicznym („zwykłym” czy „w dziedzinie bezpieczeństwa i obronności”) mamy do czynienia może odbić się negatywnie na funkcjonalności ustawy i jej efektywności. W celu wyeliminowania wątpliwości należałoby skreślić wyraz „szczególne” albo uściślić (dać jakąś wskazówkę interpretacyjną dla adresata) co ten wyraz w odniesieniu do celów wojskowych oznacza.

Propozycja poprawki (dla pierwszego z wariantowych rozwiązań):

w art. 1 w pkt 19, w art. 131a w ust. 1 w pkt 4 skreśla się wyraz „szczególnych”;

14) art. 1 pkt 19, art. 131d ust. 1 – mając na względzie zapewnienie spójności terminologicznej ustawy oraz kierując się nakazem konsekwencji terminologicznej proponuje się przyjęcie niżej zaproponowanej poprawki.

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 19, w art. 131d w ust. 1 wyraz „krajów” zastępuje się wyrazem „państw”;

15) art. 1 pkt 19, art. 131e ust. 1 pkt 2 wprowadzenie do wyliczenia – mając na względzie komunikatywność przepisu i jego poprawność językową, proponuje się sformułowanie wprowadzenia do wyliczenia w art. 131e ust. 1 pkt 2 analogicznie, jak to uczyniono w art. 131e ust. 1 pkt 3 i 4. Niepoprawne jest bowiem sformułowanie „z postępowania wyklucza się wykonawców będących osobą fizyczną, których taką osobę…”.

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 19, w art. 131e w ust. 1 w pkt 2 we wprowadzeniu do wyliczenia wyrazy „których odpowiednio” zastępuje się wyrazami „jeżeli, odpowiednio,”;

16) art. 1 pkt 19, art. 131e ust. 1 pkt 4 – mając na względzie poprawność językową ustawy proponuje się przyjęcie niżej zaproponowanej poprawki.

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 19, w art. 131e w ust. 1 w pkt 4 wyraz „niego” zastępuje się wyrazem „nich”;

17) art. 1 pkt 19, art. 131e ust. 2 – w związku z tym przepisem nasuwa się pytanie, w jakim celu użyto w nim wyrazu „odpowiednio” i do czego należ ten wyraz odnieść?

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 19, w art. 131e w ust. 2 skreśla się wyraz „odpowiednio”;

18) art. 1 pkt 19, art. 131e ust. 3 – mając na względzie § 23 ust. 3 Zasad techniki prawodawczej oraz dobrą praktykę legislacyjną, należałoby dokonać zaproponowanej poniżej zmiany. Przepis § 23 ust. 3 Zasad techniki prawodawczej stanowi, iż jeżeli od któregoś z elementów przepisu szczegółowego przewiduje się wyjątki lub któryś z elementów tego przepisu wymaga uściślenia, przepis formułujący wyjątki lub uściślenia zamieszcza się bezpośrednio po danym przepisie szczegółowym. Niepoprawne legislacyjnie jest więc określanie wzajemnych relacji pomiędzy przepisami poprzez posłużenie się sformułowaniem „z zastrzeżeniem” w ramach jednej

podstawowej jednostki redakcyjnej (w ramach jednego artykułu). Co więcej, w przypadku analizowanego przepisu pomiędzy ust. 3 i 4 nie zachodzi relacja uzasadniająca konieczność jej nazywania (definiowania).

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 19, w art. 131e w ust. 3 skreśla się wyrazy „, z zastrzeżeniem ust. 4”;

19) art. 1 pkt 19, art. 131g ust. 1 i 2 – w ust. 1 i 2 ustawodawca precyzuje, iż przepis dotyczy opisu przedmiotu zamówienia zamieszczonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu. Takiego doprecyzowania ustawodawca nie uczynił w ust. 3 tego samego artykułu. Mając na względzie konieczność zapewnienia konsekwencji co do sposobu wyrażania analogicznych myśli legislacyjnych proponuje się przyjęcie niżej sformułowanej poprawki.

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 19, w art. 131g w ust. 1 we wprowadzeniu do wyliczenia oraz w ust. 2 we wprowadzeniu do wyliczenia skreśla się wyrazy „zamieszczonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu”;

20) art. 1 pkt 19, art. 131g ust. 1 pkt 3 – w zawiązku z tym, iż nie można wykluczyć, że podwykonawcami będą również osoby fizyczne oraz uwzględniając, iż osoba fizyczna nie ma siedziby, ale miejsce zamieszkania, należałoby ten fakt uwzględnić w analizowanym pkt 3.

Ponadto, w zawiązku z tym iż kilku podwykonawców zapewne nie będzie miało jednej nazwy i siedziby, należałoby uwzględnić ten fakt w przepisie.

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 19, w art. 131g w ust. 1 w pkt 3 wyrazy „nazwy (firmy) i siedziby” zastępuje się wyrazami „nazw (firm), siedzib albo miejsc zamieszkania”;

21) art. 1 pkt 19, art. 131g ust. 4 – w związku z tym, iż od wejścia w życie Traktatu z Lizbony zmieniającego Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską mamy do czynienia nie ze Wspólnotą Europejską, ale z Unią Europejską (uzyskała ona osobowość prawną), nie mówi się obecnie o prawie wspólnotowym, ale o prawie unijnym.

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 19, w art. 131g w ust. 4 wyraz „wspólnotowego” zastępuje się wyrazem „unijnego”;

22) art. 1 pkt 19, art. 131h ust. 5 pkt 4 – niżej zaproponowana poprawka ma na celu skorelowanie terminologii art. 131 h ust. 5 pkt 4 z terminologią, która posłużył się ustawodawca w ust. 6 pkt 3 tego artykułu.

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 19, w art. 131h w ust. 5 w pkt 4 skreśla się wyraz „wcześniej”;

23) art. 1 pkt 19, art. 131h ust. 5 pkt 6 – uwzględniając sposób zredagowania innych punktów zawartych w wyliczeniu sformułowanym w art. 131h ust. 5, należałoby skreślić wyraz „lub” na końcu tego punktu.

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 19, w art. 131h w ust. 5 w pkt 6 skreśla się użyty po raz drugi wyraz „lub”;

24) art. 1 pkt 19, art. 131m ust. 4 i 6 – wskazane przepisy nie mają żadnej wartości normatywnej i jako takie nie powinny w ustawie być zawarte. Oczywiste jest bowiem, iż każdy procent wartości umowy o podwykonawstwo mieszczący się w przedziale, o którym mowa w art. 131 m ust. 1, musi być uznany za spełniający wymogi dotyczące podwykonawstwa, które wykonawca jest zobowiązany zlecić podwykonawcy. Oczywiste jest również to, iż wykonawca będzie zawierał umowę o podwykonawstwo w zakresie procentowej wartości umowy w sprawie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, jakiej będzie wymagał od niego zamawiający (że wykonawca będzie musiał zmieścić się w widełkach, aby wykonać zobowiązanie). Mając na względzie §11 Zasad techniki prawodawczej proponuje się skreślenie ust. 4 i 6 w art. 131m.

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 19, w art. 131m skreśla się ust. 4 i 6;

25) art. 1 pkt 19, art. 131r ust. 4 – w związku z tym, iż art. 131r ust. 1 nie dotyczy przesłanek wykluczenia (przepis ten umożliwia zamawiającemu, w przypadku określonym w ustawie, odmowę wyrażenia zgody na zawarcie umowy

z podwykonawcą), a o przesłankach wykluczenia stanowi art. 131e ust. 1, zapewne wolą ustawodawcy było odesłanie do tego ostatniego przepisu.

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 19, w art. 131r w ust. 4 wyrazy „ust. 1” zastępuje się wyrazami „art. 131r ust. 1”;

26) art. 1 pkt 19, art. 131u – mając na względzie cywilistyczne rozumienie pojęcia przedsiębiorstwo (przedsiębiorstwo jest zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych przeznaczonym do prowadzenia działalności gospodarczej) oraz mając na względzie, iż zgodnie z Kodeksem Cywilnym oraz ustawą o swobodzie działalności gospodarczej działalność gospodarczą prowadzą **przedsiębiorcy, a nie przedsiębiorstwa**, należałby przyjąć niżej zaproponowaną poprawkę. Uwzględniając, iż w obowiązującej ustawie ustawodawca mówi raczej o podmiotach aniżeli przedsiębiorcach, w poprawce uwzględniono ten fakt.

Ponadto nasuwa się pytanie o relację pojęcia „grupa” użytego w art. 131u ust. 1 pkt 2 i 3 oraz pojęcia „grupa kapitałowa”, którym ustawodawca posługuje się wy innych przepisach.

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 19, art. 131u otrzymuje brzmienie:

„Art. 131u. 1. Za podwykonawcę nie uznaje się:

1) podmiotu, na który wykonawca może wywierać, bezpośrednio lub pośrednio, dominujący wpływ, podmiotu, który może wywierać dominujący wpływ na wykonawcę, podmiotu, który jako wykonawca podlega dominującemu wpływowi innego podmiotu w wyniku stosunku własności, udziału finansowego lub zasad określających jego działanie, w związku z:
   a) posiadaniem ponad połowy udziałów lub akcji podmiotu pozostającego pod dominującym wpływem lub
   b) posiadaniem ponad połowy głosów wynikających z udziałów lub akcji tego podmiotu, lub
   c) prawem do powoływania ponad połowy składu organu zarządzającego lub nadzorczego tego podmiotu;
2) grupy podmiotów utworzonych w celu uzyskania powierzenia wykonania części zamówienia udzielonego wykonawcy;

3) podmiotu powiązanego z grupą, o której mowa w pkt 2, w sposób określony w pkt 1.

2. Wykonawca podaje w ofercie wykaz podmiotów, które nie mogą być uznane za podwykonawców, i aktualizuje go po zaistnieniu zmian w stosunkach między podmiotami.”;

27) art. 1 pkt 19, art. 131v pkt 1 – w związku z tym, iż trudno sobie wyobrazić wykonawców innych aniżeli publiczni albo prywatni, należy uznać iż analizowany przepis stanowi o interesach handlowych wszystkich wykonawców. W związku z tym, proponuje się przyjęcie niżej zaproponowanej poprawki.

Ponadto, warto byłoby również ujednolicić terminologię ustawy w zakresie posługiwania się klauzulą generalną interesu publicznego. Mówiąc o tym samym ustawodawca posługuje się następującymi sformułowaniami: interes publiczny, w szczególności interesy związane z obronnością lub bezpieczeństwem, interes publiczny, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz interesy w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. W poprawce poniżej przyjęto, iż właściwe jest sformułowanie – interes publiczny, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Analogiczna uwaga dotyczy dodawanego do art. 190 ust. 9 (art. 1 pkt 27 nowelizacji).

Propozycja poprawki *do pierwszej części uwagi*:

w art. 1 w pkt 19, w art. 131v w pkt 1 skreśla się wyrazy „publicznych lub prywatnych”;

Propozycja poprawek *do drugiej części uwagi*:

w art. 1 w art. 1 w pkt 19, w art. 131v w pkt 1 wyrazy „z interesami związanymi z obronnością lub” zastępuje się wyrazami „w dziedzinach obronności i”;

w art. 1 w pkt 27, w ust. 9 wyraz „interesami” zastępuje się wyrazami „interesem publicznym, w szczególności”;

28) art. 1 pkt 19, art. 131w ust. 1 pkt 2 – mając na względzie § 23 ust. 3 Zasad techniki prawodawczej (zob. uwagę szczegółową nr 18 niniejszej opinii) oraz kierując się dobrą praktyką legislacyjną, należałoby skreślić „zastrzeżenie” zawarte w analizowanym

przepisie. Nie bez znaczenia jest również to, iż obecne brzmienie przepisu rodzi wątpliwość, czy „zastrzeżenie" określa wzajemną relację pomiędzy całym ust. 1 i ust. 2, czy też wyłącznie między ust. 1 pkt 2 i ust. 2.

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 19, w art. 131w w ust. 1 w pkt 2 skreśla się wyrazy „, z zastrzeżeniem ust. 2";

29) art. 1 pkt 20, art. 134b ust. 2 – przepis ten przewiduje, iż w przypadku systemu kwalifikowania wykonawców ustanowionego na okres dłuższy niż 3 lata ogłoszenie o ustanowieniu systemu podlega publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej co roku. Tak sformułowany przepis nasuwa pytania, kto jest jego adresatem oraz jaki obowiązek w związku z nim ciążył będzie na zamawiającym. Brzmienie przepisu może sugerować, iż jego adresatem jest urząd publikacyjny Unii Europejskiej, który będzie obowiązany publikować co roku ogłoszenie o ustanowieniu systemu kwalifikacji (w przypadku systemu ustanowionego na okres dłuższy niż 3 lata), które zamawiający przekaże do publikacji w trybie art. 134b ust. 1. Niemniej taka interpretacja jest niedopuszczalna, ponieważ polski ustawodawca nie może nakładać obowiązków na podmioty (organy, urzędy) unijne (podmioty takie nie mogą być adresatami polskich przepisów). Być może celem tego przepisu jest nałożenie na zamawiającego obowiązku przekazywania ogłoszenia do publikacji co roku. Zakładając tę drugą interpretacje proponuje się przyjęcie niżej sformułowanej poprawki.

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 20, w art. 134b w ust. 2 wyraz „podlega" zastępuje się wyrazami „zamawiający przekazuje do";

30) art. 1 pkt 24 lit. a, ust. 3 – w związku z tym, iż w art. 22 ust. 2 ustawy o ochronie informacji niejawnych nie ma mowy o postępowaniu sprawdzającym, korekty wymaga odesłanie zawarte w nowelizowanym art. 173 ust. 3. Wydaje się, iż ustawodawca chciał w tym przepisie odesłać do art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie informacji niejawnych, a więc do przepisu, który stanowi o poszerzonym postępowaniu sprawdzającym (przeprowadza się je m.in. w odniesieniu do osób ubiegających o stanowiska i prace związane z dostępem do informacji niejawnych o klauzuli „tajne" lub „ściśle tajne").

Propozycja poprawki:
w art. 1 w pkt 24 w lit. a, w ust. 3 wyrazy „art. 22 ust. 2” zastępuje się wyrazami „art. 22 ust. 1 pkt 2”;

31) art. 1 pkt 28 lit. b, ust. 6a – przepis ten przewiduje, iż Krajowa Izba Odwoławcza nie będzie mogła unieważnić umowy, jeżeli mogłoby to stanowić istotne zagrożenie **dla szerszego programu obrony i bezpieczeństwa niezbędnego ze względu na interesy związane z bezpieczeństwem** Rzeczypospolitej Polskiej. Tak sformułowany przepis nasuwa wątpliwości: co należy rozumieć przez szerszy program obrony i bezpieczeństwa, jaka jest granica pomiędzy szerszym, a węższym programem obrony i bezpieczeństwa, czy Krajowa Izba Odwoławcza będzie w stanie ocenić zakres takiego programu i czy interes związany z bezpieczeństwem Rzeczypospolitej Polskiej nie jest tym samym co interes publiczny w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Dążąc do wyeliminowania wątpliwości oraz ograniczenia liczby klauzul generalnych, którymi posługuje się ustawodawca warto byłoby rozważyć niżej sformułowaną poprawkę.

Propozycja poprawki:
w art. 1 w pkt 28 w lit. b, w ust. 6a wyrazy „dla szerszego programu obrony i bezpieczeństwa niezbędnego ze względu na interesy związane z bezpieczeństwem Rzeczypospolitej Polskiej” zastępuje się wyrazami „interesu publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa”;

32) art. 3 ust. 2 - w związku z tym przepisem nasuwa się pytanie dlaczego mówi się w nim nie o materiałach niejawnych, ale o dokumentach jako takich. Czy wolą ustawodawcy jest, aby przepis ten odnosił się również do dokumentów, które nie mają charakteru niejawnego. Należy mieć na względzie, iż zgodnie z art. 2 pkt 4 ustawy o ochronie informacji niejawnych materiałem jest dokument lub przedmiot albo dowolna ich część, chronione jako informacja niejawna. Jeśli ustawodawca w art. 3 ust. 1 i 3 stanowi o materiałach niejawnych uzasadnione wydaje się twierdzenie, iż również ust. 2 dotyczy materiałów niejawnych, a nie jakichkolwiek dokumentów (w tym oczywiście mających charakter niejawny). Zakładając konsekwencję ustawodawcy proponuje się, aby zamiast o dokumentach mówić w przepisie o materiałach niejawnych.

Propozycja poprawki:
w art. 3 w ust. 2 wyraz „dokumenty” zastępuje się wyrazami „materiały niejawne”;

33) art. 3 ust. 3 – tak jak przepisy art. 3 ust. 1 i 2 są niewątpliwie przepisami epizodycznymi, które ekspirują z polskiego systemu prawnego po pewnym czasie, tak art. 3 ust. 3 ma niewątpliwie charakter przepisu merytorycznego szczegółowego o bliżej nieokreślonym czasowo okresie obowiązywania. W związku z tym, przepis taki nie powinien być zamieszczony wśród przepisów przejściowych, dostosowujących albo końcowych aktu nowelizującego, ale zamieszczony w ustawie nowelizowanej jako jeden z przepisów merytorycznych szczegółowych. Należy pamiętać, iż zgodnie z § 93 ust. 1 Zasad techniki prawodawczej, ustawa zmieniająca może zawierać jedynie przepisy uchylające, przepisy zastępujące lub przepisy uzupełniające przepisy ustawy zmienianej, a w razie potrzeby - także przepisy przejściowe i dostosowujące, konieczne ze względu na dokonywaną nowelizację. Z założenia nowelizacja powinna być więc aktem samoderogującym. Ustawodawca nie powinien formułować w nowelizacji takich przepisów, które skutkowały będą koniecznością ewentualnego uchylenia ustawy nowelizującej. Mając na względzie te uwagi proponuje się przyjęcie niżej zaproponowanej poprawki.

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 19, dodaje się art. 131x w brzmieniu:

„Art. 131x. 1. Uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przekazują materiały niejawne związane z tym postępowaniem, z postępowaniem kontrolnym oraz z postępowaniem wszczętym na skutek wniesienia środka ochrony prawnej do Urzędu. Urząd przechowuje te materiały w swojej kancelarii tajnej.

2. Materiały niejawne z postępowania kontrolnego lub odwoławczego, związanego z ubieganiem się o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, przechowuje się w kancelarii tajnej Urzędu.”;

w art. 3 skreśla się ust. 3;

34) art. 5 – ustawodawca przewidział w tym przepisie, iż zamawiający, który przed dniem wejścia w życie opiniowanej ustawy udzielił zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, udzielać będzie zamówień dodatkowych na zasadach przewidzianych w tej ustawie. Jest to niewłaściwa konstrukcja, ponieważ opiniowana ustawa nie może być podstawą określonego zachowania adresata przepisów. Zasady udzielania zamówień

dodatkowych sformułowane są w ustawie PZP, a nie jej nowelizacjach. W przypadku art. 5 ustawodawcy zapewne chodziło o to, aby zamówienia dodatkowe związane z zamówieniami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielane były już na nowych zasadach, a więc zasadach ustawy PZP w brzmieniu nadanym opiniowaną ustawą.

Propozycja poprawki:

w art. 5 wyrazy „niniejszej ustawie” zastępuje się wyrazami „ustawie zmienianej w art. 1 w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą”.

Jakub Zabielski
Główny legislator