KANCELARIA SENATU

BIURO LEGISLACYJNE

Warszawa, 21 października 2013 r.

Opinia do ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych

(druk nr 466)

I. Cel i przedmiot ustawy

W myśl uzasadnienia projektu ustawy (druk sejmowy nr 1179) celem nowelizacji ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych jest m.in.:

1) wzmocnienie bezpieczeństwa prawidłowej realizacji zamówień publicznych;
2) wzmocnienie ochrony słusznych praw podwykonawców uczestniczących w procesie realizacji zamówień publicznych, w szczególności zapewnienie terminowej oraz pełnej wypłaty należnego im wynagrodzenia;
3) ograniczenie ryzyka pojawiania się sporów na linii zamawiający – wykonawca – podwykonawca – dalszy podwykonawca na etapie realizacji zamówień publicznych.

Projektodawca wskazuje, iż „proponowane rozwiązania w sposób kompleksowy powinny przyczynić się do wzmocnienia mechanizmów nadzoru nad prawidłowym wykonywaniem zamówień publicznych". Zauważa On, iż wprawdzie „kwestie związane z relacjami prawnymi zachodzącymi pomiędzy wykonawcą zamówienia publicznego i podwykonawcami oraz pomiędzy podwykonawcą i dalszymi podwykonawcami, powinny co do zasady podlegać zasadzie swobody umów", niemniej „zamawiający, działając w interesie publicznym, nie powinni pomijać na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stosownych regulacji, dotyczących stosunków wykonawca – podwykonawca – dalszy podwykonawca, jako kluczowych dla bezpieczeństwa realizowanych zamówień publicznych, i niezakłóconego ich wykonywania". Projektodawca zwraca uwagę również na fakt, iż uregulowanie w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych problematyki „podwykonawstwa" będzie miało ogromne znaczenie dla małych i średnich przedsiębiorców uczestniczących w procesie realizacji zamówień publicznych.

W uzasadnieniu wskazuje się także na konieczność zagwarantowania zamawiającemu wpływu na treść i sposób realizacji zamówienia w ramach podwykonawstwa oraz stworzenia systemu gwarancji wypłaty należnego wynagrodzenia podwykonawcom za świadczenia wykonane w procesie realizacji zamówienia publicznego (w założeniu projektodawcy powinno się to przyczynić się do pogłębiania zaufania obywateli i przedsiębiorców do państwa). Stworzenie efektywnych instrumentów nadzoru nad podwykonawstwem służyć ma również ograniczaniu ryzyka dokonywania podwójnej zapłaty przez zamawiającego za te same świadczenia (wiąże się to z wynikającą z ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny zasadą odpowiedzialności solidarnej inwestora, wykonawcy oraz zwierającego umowę z podwykonawcą za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę), a w następstwie lepiej chronić interesy ekonomiczne organów władzy publicznej.

Mając powyższe na względzie ustawodawca m.in.:

1) dodaje do słowniczka ustawy definicję pojęcia „umowa o podwykonawstwo” (umową taką będzie umowa w formie pisemnej o charakterze odpłatnym zawarta między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a podwykonawcą, a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także pomiędzy podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami);
2) rozszerza katalog informacji zamieszczanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zamawiający, w przypadkach określonych w ustawie, będzie obowiązany zamieszczać w SIWZ informację o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, a w przypadku zamówień na roboty budowlane również: wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu, informacje o umowach o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, które, z uwagi na wartość lub przedmiot tych dostaw lub usług, nie podlegają obowiązkowi przedkładania zamawiającemu oraz informację o procentowej wartości ostatniej części wynagrodzenia za wykonanie umowy w sprawie zamówienia na roboty budowlane);
3) formułuje przepisy dotyczące podwykonawstwa w zamówieniach publicznych (m.in. utrzymano zasadę, zgodnie z którą wykonawca posiada swobodę w powierzeniu podwykonawcom wykonania części zamówienia, określono przypadki, w których

zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania części zamówienia przez wykonawcę);

4) w odniesieniu do zamówień na roboty budowlane, których termin wykonywania jest dłuższy niż 12 miesięcy, określił zasady zapłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy w częściach oraz udzielania zaliczek; przyjął m.in., iż w przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom wypłata należnego wynagrodzenia wykonawcy lub zaliczki będzie wstrzymywana w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty; wprowadził również zasadę, zgodnie z którą w przypadku gdy umowa będzie przewidywała zapłatę wynagrodzenia w całości po wykonaniu całości robót, udzielanie zaliczek będzie obligatoryjne;

5) uregulował zasady akceptacji przez zamawiającego umów o podwykonawstwo zamówień na roboty budowlane (w tym kwestie zgłaszania przez zamawiającego zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo oraz sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo) oraz zasady przedkładania zamawiającemu kopii umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi;

6) przyjął zasadę, w myśl której termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej dostawy, usługi lub roboty budowlanej;

7) określił warunki dokonywania przez zamawiającego bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy oraz sposób postępowania przez zamawiającego, w przypadku gdy przed dokonaniem przez niego bezpośredniej zapłaty, wykonawca zgłosił pisemne uwagi dotyczące jej zasadności;

8) przyjął, iż konieczność wielokrotnego dokonywania bezpośrednich zapłat wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy lub konieczność dokonania takich zapłat na sumę większą niż 5 % wartości umowy będzie mogła być podstawą do odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego;

9) sformułował obligatoryjne wymagania w odniesieniu do treści umowy w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem są roboty budowlane, które dotyczą podwykonawstwa (umowa taka będzie musiała określać w szczególności: termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, zasady zawierania umów

o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami, a także wysokość kar umownych: z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany, nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany, braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty).

Do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych a niezakończonych przed dniem wejścia w życie opiniowanej ustawy będą stosowane przepisy dotychczasowe. Dotychczasowy reżim prawny będzie stosowany również do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy oraz umów w sprawach zamówień publicznych zawartych wprawdzie po dniu wejścia w życie ustawy, ale w następstwie postępowań o udzielenie zamówień publicznych wszczętych przed dniem wejścia w życie nowelizacji.

Ustawa wejdzie w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia.

II. Przebieg prac legislacyjnych

Sejm uchwalił ustawę na 51. posiedzeniu w dniu 11 października 2013 r. Projekt ustawy był przedłożeniem rządowym. Projektem ustawy zajmowała się sejmowa Komisja Gospodarki. W trakcie prac w Sejmie m.in.:

1) zrezygnowano z dodania przepisu nakładającego na zamawiającego obowiązek określania w SIWZ (w przypadku zamówień na roboty budowlane) wymagań dotyczących podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy – stron umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu, jeżeli zamawiający przewiduje takie warunki; w następstwie odstąpiono m.in. od dodania przepisu statuującego obowiązek wykonawcy, podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy dołączenia do umowy o podwykonawstwo dokumentów wskazujących, że proponowany podwykonawca oraz dalszy podwykonawca spełniają warunki określone przez zamawiającego;
2) ograniczono, w odniesieniu do projektu, prawo zamawiającego do żądania od wykonawcy podania nazw (firm) proponowanych podwykonawców;

3) zrezygnowano z dodania przepisu przewidującego, iż wykonawca, w trakcie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 36a ust. 2, może: powierzyć realizację części zamówienia podwykonawcom, mimo niewskazania w postępowaniu o udzielnie zamówienia takiej części do powierzenia podwykonawcom, wskazać inny zakres podwykonawstwa niż przedstawiony w postępowaniu o udzielnie zamówienia lub wskazać innych podwykonawców niż przedstawieni w postępowaniu o udzielnie zamówienia albo zrezygnować z podwykonawstwa;
4) przyjęto, iż w przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom wypłata należnego wynagrodzenia wykonawcy lub zaliczki będzie wstrzymywana w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty (projekt zakładał pomniejszenie wynagrodzenia i zaliczki);
5) zrezygnowano z dodania przepisu przewidującego, iż rzeczy nabyte przez wykonawcę zamówienia na roboty budowlane, podwykonawcę takiego zamówienia lub dalszego podwykonawcę w ramach części, za którą wypłacono już wynagrodzenie, lub rzeczy nabyte przez wykonawcę zamówienia na roboty budowlane, podwykonawcę takiego zamówienia lub dalszego podwykonawcę stanowiące część, za którą wypłacono zaliczkę, stanowią własność zamawiającego;
6) uściślono przepis określający maksymalny termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy;
7) przyjęto, iż wyłączenie, o którym mowa w dodawanym art. 143b ust. 8 zdanie pierwsze, nie będzie dotyczyło umów o podwykonawstwo o wartości większej niż 50 tys. zł;
8) przyjęto, iż konieczność dokonania bezpośrednich zapłat wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy na sumę większą niż 5 %, a nie jak przewidywał projekt 2%, wartości umowy, będzie mogła być podstawę do odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego;
9) rozszerzono katalog możliwych sposobów postępowania przez zamawiającego, w przypadku gdy przed dokonaniem bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, wykonawca zgłosił pisemne uwagi dotyczące zasadności bezpośredniej zapłaty;
10) dodano przepis przewidujący, iż nowe regulacje dotyczące wypłaty wynagrodzenia wykonawcy, trybu zawierania umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są

roboty budowlane, bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia oraz treści umowy o roboty budowlane nie naruszają praw i obowiązków zamawiającego, podwykonawcy, podwykonawcy i dalszego podwykonawcy wynikających z art. 647^1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny;

11) dodano przepis umożliwiający przedkładającemu poświadczanie za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo.

III. Uwagi szczegółowe

1) art. 1 pkt 1, art. 2 pkt 9b – zestawiając definicję określania „umowa o podwykonawstwo" dodawaną do słowniczka ustawy z definicją tego pojęcia sformułowaną w art. 131m ust. 2 (dział III, rozdział 4a – Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa; definicja wyłącznie na potrzeby rozdziału 4a) nasuwa się pytanie o celowość dalszego pozostawania w ustawie tej drugiej (wcześniejszej) definicji? Jeżeli uznać, iż definicja ta jest potrzebna ze względów merytorycznych (w przypadku zamówień w dziedzinach obronności bezpieczeństwa, których przedmiotem są roboty budowlane nie dopuszcza się dalszego podwykonawstwa) należałoby rozważyć celowość różnicowania terminologicznego obu tych definicji. W dodawanej definicji ustawodawca posługuje się sformułowaniem „umowa w formie pisemnej", natomiast w definicji z art. 131m określając analogiczny warunek posłużono się sformułowaniem „pisemna umowa". Mając na względzie § 10 Zasad techniki prawodawczej (dalej „ZTP") należałoby ujednolicić terminologię ustawy w tym zakresie. Analogiczny problem dotyczy również części definicji, w której ustawodawca stanowi o podmiocie, z którym zawierana będzie umowa o podwykonawstwo. Dodawana definicja mówi w tym zakresie o „innym podmiocie (podwykonawcy), a będąca już w systemie definicja wyłącznie o „innym podmiocie". Następstwem tej różnicy terminologicznej może być interpretacja, w myśl której podwykonawcą w rozumieniu ustawy – Prawo zamówień publicznych będzie wyłącznie podmiot, z którym zawarto umowę o podwykonawstwo w rozumieniu art. 2 pkt 9b, co – jak się wydaje – nie jest zgodne z wolą ustawodawcy. W tym przypadku można się w ogóle zastanawiać, czy wskazywanie przez ustawodawcę, iż podmiot, z którym zawarto umowę o podwykonawstwo to podwykonawca, jest potrzebne. Wydaje się, że ani na gruncie ustawy – Prawo zamówień publicznych, ani na gruncie ustawy – Kodeks cywilny zakres znaczeniowy tego pojęcia nie budzi żadnych wątpliwości. Możliwe są

dwa rozwiązania problemu, pierwsze polegające na skreśleniu wyrazu „podwykonawca” w dodawanej definicji, drugie zaś na rezygnacji z posługiwania się przez ustawodawcę sformułowaniem „inny podmiot” w definicjach pojęcia „umowy o podwykonawstwo” i zastąpieniu go pojęciem „podwykonawca”. Na to drugie rozwiązanie wskazywałaby treść dodawanej definicji w dalszej części.

Propozycja poprawki (*przy założeniu, że definicja umowy o podwykonawstwo sformułowana w art. 131m ust. 2 jest celowa):*

w art. 1:

a) w pkt 1, w pkt 9b wyrazy „innym podmiotem (podwykonawcą)” zastępuje się wyrazem „podwykonawcą”,

b) w art. 1 po pkt 4 dodaje się pkt 4a w brzmieniu:

„4a) w art. 131m ust. 2 otrzymuje brzmienie:

„2. Ilekroć w przepisach niniejszego rozdziału jest mowa o umowie o podwykonawstwo należy przez to rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawieraną w celu wykonania zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a co najmniej jednym podwykonawcą.”;

2) art. 1 pkt 2 lit. a, art. 36 ust. 2 pkt 10 – we wskazanym przepisie ustawodawca mówi o „kluczowych częściach zamówienia”. W związku z tym nasuwa się pytanie, co przez to należy rozumieć. Mając na uwadze § 8 ust. 1 ZTP, który nakazuje ustawodawcy m.in. posługiwanie się poprawnymi wyrażeniami językowymi w ich **podstawowym znaczeniu**, należy stwierdzić, iż posłużenie się przymiotnikiem „kluczowe” w odniesieniu do części zamówienia nie jest prawidłowe. Zgodnie ze *Słownikiem języka polskiego PWN* pod redakcją M. Szymczaka wyraz „kluczowy” w podstawowym znaczeniu jest przymiotnikiem od rzeczownika „klucz” i wiąże się z architekturą oraz budownictwem. Rozumienie przymiotnika „kluczowy” jako „podstawowy, główny, najważniejszy, wyjściowy” nie ma przymiotu podstawowości i w związku z tym nie powinno być przez ustawodawcę stosowane. Ustawodawca powinien unikać w akcie normatywnym kolokwializmów (nakaz posługiwania się językiem **powszechnym**). Co więcej, *Nowy słownik poprawnej polszczyzny* pod redakcją A. Markowskiego wskazuje, iż przymiotnik „kluczowy” w zaznaczeniu „podstawowy, główny” *jest nadużywany* i wskazuje, iż w celu wyrażenia treści w nim zakodowanej lepiej jest

posłużyć się przymiotnikami: podstawowy główny. Należy też zwrócić uwagę, iż dotychczas w ustawie – Prawo zamówień publicznych ustawodawca nie posługiwał się tym przymiotnikiem. Uwaga ta dotyczy również dodawanego art. 36a ust. 2 pkt 1 (art. 1 pkt 3). Mając powyższe na względzie proponuje się przyjęcie niżej sformułowanej poprawki redakcyjnej.

Propozycja poprawki:

w art. 1:

a) w pkt 2 w lit. a, w pkt 10,

b) w pkt 3, w art. 36a w ust. 2 w pkt 1

- wyraz „kluczowych” zastępuje się wyrazem „podstawowych”;

3) art. 1 pkt 2 lit. a, art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. b – zestawiając dodawane art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. b z art. 143b ust. 8 wynika, iż jedyną kwestią zależną od woli zamawiającego w zakresie dotyczącym obowiązku przedkładania umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi (w przypadku zamówienia na roboty budowlane) jest możliwość określenia niższej niż wynika z ustawy wartości umowy o podwykonawstwo, od której będzie zachodził obowiązek przedkładania takiej umowy. W związku z powyższym oraz kierując się § 6 ZTP, proponuje przyjęcie niżej sformułowanej poprawki uściślającej. Sposób sformułowania przepisu zaproponowany w poprawce jest analogiczny do przyjętego w dodawanym art. 36 ust. 2 pkt 12.

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 2 w lit. a , w pkt 11 lit. b otrzymuje brzmienie:

„b) wartość umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, od której będzie zachodził obowiązek przedłożenia umowy zamawiającemu, jeżeli zamawiający określa niższą wartość umowy niż wynikającą z art. 143b ust. 8”;

4) art. 1 pkt 3 wprowadzenie do zmiany – kierując się ZTP dotyczącymi oznaczania podstawowych jednostek redakcyjnych aktu prawnego, poglądami doktryny oraz konsekwencją w obrębie aktu (zob. art. 1 pkt 4, art. 68 ust. 1 zdanie trzecie) proponuje się przyjęcie niżej sformułowanej poprawki techniczno-legislacyjnej.

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 3 wyrazy „art. 36a i 36b” zastępuje się wyrazami „art. 36a i art. 36b”;

5) art. 1 pkt 3, art. 36a ust. 2 pkt 2 – uwzględniając m.in. art. 6 ust. 2 i art. 22 ust. 5 ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz mając na uwadze obowiązujące zasady posługiwania się spójnikami koniunkcji i alternatywy, proponuje się przyjęcie niżej sformułowanej poprawki. Poprawka zakłada zastąpienie spójnika koniunkcji spójnikiem alternatywy łącznej.

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 3, w art. 36a w ust. 2 w pkt 2 wyraz „i” zastępuje się wyrazem „lub”;

6) art. 1 pkt 3, art. 36b ust. 2 – w związku z tym, iż w przypadku gdy wykonawca zamierza polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, wykonawca jest obowiązany udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności **przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia**, nasuwa się pytanie o celowość dodawania przez ustawodawcę przepisu przewidującego, iż zamawiający może żądać od wykonawcy podania nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26b ust. 2. Nie budzi wątpliwości, iż na gruncie obowiązujących przepisów zamawiający otrzymuje już takie informacje (wynikają one w szczególności z pisemnego zobowiązania podwykonawców).

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 3, w art. 36b ust. 2 otrzymuje brzmienie:

„2. Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy.”;

7) art. 1 pkt 3, art. 36b ust. 2 – mając na uwadze obowiązujące zasady posługiwania się spójnikami, proponuje się przyjęcie niżej sformułowanej poprawki i zastąpienie spójnika alternatywy łącznej spójnikiem alternatywy rozłącznej.

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 3, w art. 36b w ust. 2 użyty dwukrotnie wyraz „lub” zastępuje się wyrazem „albo”;

8) art. 1 pkt 5, art. 143a ust. 2 pkt 1 i 2 – z przepisów tych wynika, iż skutkiem nieprzedstawienia przez wykonawcę dowodów zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom będzie odpowiednio wstrzymanie: kwoty należnego wynagrodzenia i wysokości kolejnej zaliczki. W związku z tym, iż czasownik „wstrzymywać" oznacza „odraczać, odkładać na później, odwlekać" (za: *Nowy słownik poprawnej polszczyzny pod redakcją A. Markowskiego*) nie można wstrzymać kwoty albo wysokości. Zapewne wolą ustawodawcy było, aby wstrzymanie dotyczyło odpowiednio zapłaty należnego wynagrodzenia i udzielenia kolejnej zaliczki.

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 5, w art. 143a ust. 2 otrzymuje brzmienie:

„2. W przypadku nieprzedstawienia przez wykonawcę wszystkich dowodów zapłaty, o których mowa w ust. 1, wstrzymuje się odpowiednio:

1) wypłatę należnego wynagrodzenia za odebrane roboty budowlane;
2) udzielenie kolejnej zaliczki

- w części równej sumie kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.";

9) art. 1 pkt 5, art. 143a ust. 3 – w związku z tym, iż treść art. 143a ust. 3 stanowi samodzielną myśl legislacyjną ustawodawcy (nie jest uszczegółowieniem ani wyjątkiem w stosunku do ust. 1 i 2 tego artykułu), powinna być ona ujęta w odrębnej podstawowej jednostce redakcyjnej ustawy (odrębnym artykule). Kierując się § 23 ust. 3 i art. 55 ust. 1 ZTP, proponuje się przyjęcie niżej sformułowanej poprawki techniczno-legislacyjnej.

Propozycja poprawki:

w art. 1:

a) w pkt 2 w lit. a, w pkt 12 wyrazy „art. 143a ust. 3" zastępuje się wyrazami „art. 143…",
b) w pkt 5:
   - w art. 143a skreśla się ust. 3,
   - po art. 143a dodaje się art. 143… w brzmieniu:

     „Art. 143…. W przypadku, o którym mowa w art. 143a ust. 1 pkt 1, zamawiający może wskazać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia procentową wartość ostatniej części wynagrodzenia, która nie może wynosić więcej niż 10% wynagrodzenia należnego wykonawcy.";

10) art. 1 pkt 5, art. 143b ust. 2 – w związku z tym przepisem nasuwa się pytanie, czy wolą ustawodawcy jest, aby 30-dniowy termin zapłaty wynagrodzenia, o którym mowa w tym przepisie, dotyczył wyłącznie umów o podwykonawstwo związanych z realizacją zamówienia na roboty budowlane? Ponadto podobnie, jak w odniesieniu do art. 143a ust. 3, należy stwierdzić, iż kwestia maksymalnego terminu zapłaty wynagrodzenia nie mieści się w zakresie regulacji art. 143b. Przepis ten nie reguluje bowiem problematyki treści umowy o podwykonawstwo, ale określa zasady sprawowania „nadzoru" nad umowami o podwykonawstwo przez zamawiającego. Regulacja dotycząca terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy powinna być regulowana odrębnym artykułem (mógłby to być artykuł bezpośrednio poprzedzający art. 143b).

Propozycja poprawki *(przy założeniu, że wolą ustawodawcy jest, aby maksymalny 30-dniowy termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dotyczył wyłącznie umów o podwykonawstwo związanych z realizacją zamówienia na roboty budowlane)*:

w art. 1 w pkt 5:

a) przed art. 143b dodaje się art. 143… w brzmieniu:

„Art. 143….Termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo zamówienia na roboty budowlane nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej dostawy, usługi lub roboty budowlanej.",

b) w art. 143b:

– skreśla się ust. 2,
– w ust. 3 w pkt 2 oraz w ust. 9 wyrazy „ust. 2" zastępuje się wyrazami „art. 143…";

11) art. 1 pkt 5, art. 143b ust. 4 i 7 – w związku z tymi przepisami nasuwa się pytanie, co należy rozumieć pod pojęciem „akceptacja" odpowiednio projektu umowy i umowy przez zamawiającego oraz jaka jest relacja tego pojęcia do przewidzianej w art. 647^1 § 2 ustawy – Kodeks cywilny instytucji „wyrażenia zgody" na zawarcie umowy? Czy akceptacja, o której mowa w dodawanym art. 143b ust. 4 oznacza zgodę na zawarcie umowy, a „akceptacja" z ust. 7 zatwierdzenie zawartej umowy? Jaki jest skutek zawarcia przez wykonawcę umowy niezaakceptowanej? Czy właściwszym

rozwiązaniem nie jest oparcie się przez ustawodawcę na mechanizmie przewidzianym we wspomnianym art. 647^1 § 2? Sformułowanie ewentualnych poprawek w tym zakresie będzie możliwe po uzyskaniu informacji, jakie jest *ratio legis* tych przepisów (ewentualne poprawki związane z art. 143b ust. 4 i 7 mogą wiązać się z koniecznością dokonania zmiany dodawanych art. 143c ust. 1 i 2 oraz art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. b w zakresie, w jakim ustawodawca posłużył się sformułowaniem „akceptacja" umowy lub projektu umowy).

12) art. 1 pkt 5, art. 143b ust. 5 – w przepisie tym mowa jest o „poświadczeniu za zgodność z oryginałem". Analiza przepisów nowelizowanej ustawy prowadzi do wniosku, iż dotychczas w analogicznej sytuacji ustawodawca w nowelizowanej ustawie stanowił o „potwierdzeniu za zgodność z oryginałem" (zob. art. 163 ust. 1 pkt 1 oraz art. 170 ust. 1). Mając na względzie § 10 ZTP należałoby ujednolicić terminologię ustawy w tym zakresie (nakaz zachowania konsekwencji terminologicznej oznacza, iż do oznaczenia jednakowych pojęć należy używać jednakowych określeń).

Należy stwierdzić, iż w zakresie posługiwania się określeniami „poświadczenie" i „potwierdzenie" ustawodawca nie jest konsekwentny. W ustawach posługuje się on zarówno jednym, jak i drugim określeniem. Niemniej w większej liczbie przypadków używane jest określenie „poświadczenie za zgodność z oryginałem" (określeniem tym posłużył się ustawodawca m.in. w ustawie – Kodeks postępowania cywilnego). W związku z powyższym oraz kierując się nakazem zapewnienia spójności terminologicznej w obrębie aktu proponuje się, aby w ustawie – Prawo zamówień publicznych ustawodawca konsekwentnie posługiwał się pojęciem „poświadczenie za zgodność z oryginałem". Uwzględnienie uwagi skutkować będzie koniecznością dokonania dodatkowo zmiany art. 163 ust. 1 pkt 1 oraz art. 170 ust. 1 nowelizowanej ustawy. Następstwem tych zmian będzie skorelowanie nowelizowanej ustawy z terminologią, którą wprowadzi do ustawy nowelizacja.

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 6 kropkę na końcu zastępuje się średnikiem i dodaje się pkt 7 i 8 w brzmieniu:

„7) w art. 163 w ust. 1 pkt 1 otrzymuje brzmienie:

„1) żądać od kierownika zamawiającego niezwłocznego przekazania kopii dokumentów związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia poświadczonych za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego;";

8) w art. 170 ust. 1 otrzymuje brzmienie:

„1. Zamawiający niezwłocznie po wydaniu przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, dotyczących wyboru najkorzystniejszej oferty, albo po upływie terminu do wniesienia odwołania, a przed zawarciem umowy, przekazuje Prezesowi Urzędu kopie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia poświadczone za zgodność z oryginałem przez kierownika zamawiającego, w celu przeprowadzenia kontroli uprzedniej.”.”;

13) art. 1 pkt 5, art. 143b ust. 10 – propozycja poprawki redakcyjnej.

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 5, w art. 143b w ust. 10 skreśla się wyraz „tej”;

14) art. 1 pkt 5, art. 143c ust. 7 – użycie w dodawanym art. 143c ust. 7 liczby mnogiej w odniesieniu do wyrazu „zapłata” oznacza, iż konieczność dokonania jednorazowej bezpośredniej **zapłaty** wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy na sumę większą niż 5 % wartości umowy nie będzie mogła stanowić podstawy do odstąpienia przez zamawiającego od umowy w sprawie zamówienia publicznego. W związku z tym, nasuwa się pytanie, czy jest to zgodne z wolą ustawodawcy? Przyjęcie, iż analizowana przesłanka dotyczy wyłącznie wielokrotnej bezpośredniej zapłaty oznaczałoby, że jest ona bezprzedmiotowa, jako mieszcząca się w drugiej z przewidzianych przez ustawodawcę w ust. 7 przesłanek (przesłance **wielokrotności bezpośrednich zapłat**, bez względu na ich sumę).

Propozycja poprawki (*przy założeniu, iż wolą ustawodawcy jest, aby już jednorazowa konieczność dokonania bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia na sumę większą niż 5 % wartości umowy mogła stanowić podstawę do odstąpienia przez zamawiającego od umowy w sprawie zamówienia publicznego*):

art. 1 w pkt 5, w art. 143c w ust. 7 wyrazy „bezpośrednich zapłat” zastępuje się wyrazami „bezpośredniej zapłaty”;

15) art. 1 pkt 5, art. 143c ust. 8 – formułowanie przepisów nakazujących stosowanie innych aktów normatywnych lub określających wzajemne relacje między aktami narusza § 4 ust. 3 i § 11 ZTP. Nie budzi żadnych wątpliwości relacja pomiędzy ustawą – Kodeks cywilny, a ustawą – Prawo zamówień publicznych. W związku z tym, że ustawą

podstawową z punktu widzenia gałęzi prawa cywilnego jest Kodeks, normy w nim sformułowane będą znajdowały zastosowanie tak długo, jak nie zostaną one skutecznie wyłączone przepisem szczególnym (*lex specialis*). Należy też zauważyć, iż tego rodzaju informacja (normą trudno to nazwać) może rodzić również pytanie, czy oznacza ona, iż przepisy dodawanych art. 143a–143d mogą naruszać (naruszają) inne niż art. 647^1 przepisy ustawy – Kodeks cywilny (albo przepisy innych ustaw). Analizując problem dodawania do aktów normatywnych tego rodzaju rozwiązań trzeba mieć na względzie również „Dobre praktyki legislacyjne", które zostały wypracowane (w porozumieniu) przez służby legislacyjne Rządu i obu Izb Parlamentu. Jedna z dobrych praktyk legislacyjnych dotyczy problematyki przepisów określających wzajemne relacje pomiędzy ustawami w zakresie nienaruszania innych ustaw przez daną ustawę[1)]. W myśl tej praktyki, przepisy określające wzajemne relacje pomiędzy ustawami w zakresie nienaruszania innych ustaw przez daną ustawę można pozostawiać jedynie w przypadku ustaw obowiązujących (dotyczy to sytuacji wcześniej popełnionego przez ustawodawcę błędu). Należy jednak dążyć do eliminacji takich przepisów z systemu prawa. W przypadku ustaw nowych (lub dodawania nowych przepisów do systemu) nie należy zamieszczać przepisów zawierających formułę „nie narusza". W dobrych praktykach legislacyjnych wskazuje się również na problemy interpretacyjne związane z posługiwaniem się przez ustawodawcę tą formułą.

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 5, w art. 143c skreśla się ust. 8;

16) art. 1 pkt 5, art. 143d ust. 1 wprowadzenie do wyliczenia – mając na względzie, iż w nowelizowanej ustawie stanowiąc o umowie w sprawie zamówienia publicznego na roboty budowlane ustawodawca nie posługiwał się do tej pory kodeksową nazwą umowa o roboty budowlane (co oczywiście nie oznacza, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego nie może być umową o roboty budowlane; wynika to m.in. z art. 139 ust. 1 – Prawa zamówień publicznych) proponuje się, aby w przypadku art. 143d ust. 1 nie czynić w ustawie wyłomu i posłużyć się konsekwentnie w tym przepisie sformułowaniem „umowa w sprawie zamówienia publicznego na roboty budowlane".

[1)] Zob. Dobre praktyki legislacyjne, s. 75; http://rcl.gov.pl/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=130

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 5, w art. 143d w ust. 1 we wprowadzeniu do wyliczenia wyraz „o” zastępuje się wyrazami „w sprawie zamówienia publicznego na roboty budowlane”;

17) art. 1 pkt 5, art. 143d ust. 1 pkt 1 i 4 – określając elementy konieczne umowy w sprawie zamówienia publicznego na roboty budowlane ustawodawca przewidział, iż w takiej umowie mają być zawarte m.in. postanowienia dotyczące obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, a także projektu jej zmiany, oraz poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i jej zmian (art. 143d ust. 1 pkt 1). W związku z tym nasuwa się pytanie o celowość regulowania tego rodzaju kwestii w umowie w sytuacji, gdy są one wystarczająco uregulowane w ustawie (nie ma potrzeby ich uszczegóławiania w umowie). Co więcej, strony nie będą miały możliwości uregulowania tych kwestii w umowie odmiennie od tego co uczynił ustawodawca (przepisy te nie mają charakteru *ius dispositivum*). W związku z powyższym, uwzględnienie w umowie treści przewidzianej w art. 143d ust. 1 pkt 1 ograniczać się będzie *de facto* do przepisania ustawy w tym zakresie, co trudno uznać za racjonalne i potrzebne. Zastrzeżenia dotyczą również art. 143d ust. 1 pkt 4 w części, w której przewiduje on, iż zasady zapłaty wynagrodzenia wykonawcy muszą uwzględniać konieczność przedstawienia przez wykonawcę dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom (innymi słowy muszą uwzględniać art. 143a). Oczywiste jest, że umowa w sprawie zamówienia publicznego na roboty budowlane musi być zgodna z ustawą (zob. art. 58 ustawy – Kodeks cywilny).

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 5, w art. 143d w ust. 1:

a) skreśla się pkt 1,

b) w pkt 4 skreśla się wyrazy „, uwarunkowanej przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom”;

(*konsekwencją przyjęcia tej poprawki będzie konieczność dokonania zmiany w dodawanym art. 143d ust. 2*)

18) art. 1 pkt 5, art. 143d ust. 2 – podobnie, jak to uczyniono w odniesieniu do art. 143a ust. 3 i art. 143b ust. 2, należy stwierdzić, iż art. 143d ust. 2, nie mieści się w zakresie regulacji jednostki redakcyjnej, w której został zamieszczony. Przepis art. 143d ust. 1 (wyznacza on zakres podstawowej jednostki redakcyjnej) reguluje problematykę umów w sprawie zamówienia publicznego na roboty budowlane, a nie kwestię poświadczania kopii umów za zgodność z oryginałem. W związku z tym analizowany przepis powinien być zamieszczony jako odrębny artykuł po art. 143b.

Ponadto mając na względzie, iż obowiązek przedkładania kopii umów poświadczonych za zgodność wynikał będzie z dodawanego art. 143b ust. 5 i 8, a nie art. 143d ust. 1 pkt 1 i 3 (przepisy te odnoszą się bowiem do tego co wynika z art. 143b ust. 5 i 8), art. 143d ust. 2 (a w przypadku przyjęcia niżej zaproponowanej poprawki – następujący po art. 143b art. 143…) powinien odsyłać wyłącznie do art. 143b ust. 5 i 8.

Propozycja poprawki:

w art. 1 w pkt 5:

a) po art. 143b dodaje się art. 143… w brzmieniu:

„Art. 143…. W przypadkach, o których mowa w art. 143b ust. 5 i 8, kopia umowy o podwykonawstwo może być poświadczona za zgodność z oryginałem przez przedkładającego.”,

b) w art. 143d w skreśla się ust. 2;

Główny legislator
Jakub Zabielski