



Warszawa, dnia 30 czerwca 2015 r.

**Opinia do ustawy o zmianie ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych  
oraz ustawy o zmianie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz niektórych  
innych ustaw**

**(druk nr 955)**

**I. Cel i przedmiot ustawy**

Opiniowana ustawa modyfikuje przepis przejściowy art. 4 zawarty w ustawie z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232) w celu jednoznacznego wskazania początku terminu, w którym strony umowy o zamówienie publiczne mogą prowadzić negocjacje dotyczące zmiany wynagrodzenia. Zgodnie ze znowelizowanym przepisem strony będą mogły rozpocząć negocjacje w dniu opublikowania przepisów dokonujących zmian w zakresie: stawki podatku od towarów i usług, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym, ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości składki na te ubezpieczenia, w przypadku jeżeli zmiana przepisów będzie miała wpływ na koszty wykonania przez wykonawcę zamówienia publicznego. Jednocześnie ustawa wskazuje, że zmiana umowy na podstawie ustaleń negocjacyjnych będzie mogła nastąpić po wejściu w życie przepisów będących przyczyną waloryzacji.

Ustawa wprowadza ponadto wyjaśnienie pojęcia „odpowiednia zmiana wynagrodzenia” w przypadku zmiany przepisów określających wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym, ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości składki na te ubezpieczenia (dodawany art. 4 ust. 2 i 3).

Zmiana wprowadzana w ustawie z dnia 23 października 2014 r. o zmianie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1831) polega na przesądzeniu, że w przypadku niezawarcia, w terminie miesiąca, porozumienia w sprawie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia, strony umowy o zamówienie publiczne będą mogły

rozwiązać umowę z zachowaniem 3-miesięcznego okresu wypowiedzenia, jednak ze skutkiem nie wcześniejszym niż na dzień 31 grudnia 2015 r.

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

## **II. Przebieg prac legislacyjnych**

Projekt ustawy pochodził z przedłożenia poselskiego (druk sejmowy nr 3448). Był on przedmiotem prac sejmowej Komisji Nadzwyczajnej do spraw związanych z ograniczaniem biurokracji, która nie wprowadziła do projektu zmian istotnych z merytorycznego punktu widzenia. Sejm uchwalił ustawę na 95. posiedzeniu w dniu 25 czerwca 2015 r. w brzmieniu zawartym w sprawozdaniu Komisji (druk sejmowy nr 3466).

## **III. Uwagi szczegółowe**

- 1) art. 1 pkt 1, art. 4 część wspólna – ustawodawca przesądza, iż strona umowy w sprawie zamówienia publicznego będzie mogła zwrócić się o przeprowadzenie negocjacji w sprawie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia od dnia opublikowania przepisów dokonujących zmian określonych w art. 4 pkt 1–3 do 30 dnia od dnia wejścia w życie tych zmian. Nowelizację w tym zakresie należy uznać za zbędną. Obowiązujący przepis określa wyłącznie ostateczny termin na zwrócenie do drugiej strony o przeprowadzenie negocjacji. Oznacza to, że strona traci swoje uprawnienie do zainicjowania negocjacji z upływem tego terminu. Skoro ustawodawca nie określa, kiedy najwcześniej można się zwrócić do drugiej strony o przeprowadzenie negocjacji oznacza to, że można się o to zwrócić również przed dniem wejścia w życie zmian wpływających na koszt wykonania zamówienia publicznego. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby strona zwróciła się o przeprowadzenie stosownych negocjacji już w momencie powzięcia informacji, o tym, że stan prawny się zmieni. Co więcej, możliwa jest sytuacja, w której strona zwróci się do drugiej o przeprowadzenie negocjacji jeszcze przed opublikowaniem zmian, a po ich uchwaleniu. Przepis w brzmieniu uchwalonym przez Sejm sugeruje, iż niedopuszczalne są negocjacje zainicjowane przez stronę przed opublikowaniem przepisów skutkujących wzrostem kosztów realizacji zamówienia. Rodzi to pytanie, o przyświecającą ustawodawcy w związku z tym intencję. Z punktu widzenia ustawodawcy istotne powinno być bowiem kiedy nastąpi zmiana umowy, a nie czy o przeprowadzenie negocjacji zwrócono się po wejściu w życie zmian, w okresie ich *vacatio legis*, czy może wcześniej. Jeśli celem zmiany było dodanie do przepisu *sui generis* wskazówki

interpretacyjnej albo komentarza, wówczas należałoby uznać zmianę za pozorną i naruszającą § 11 Zasad techniki prawodawczej (w przepisie nie wolno zamieszczać treści niemającej charakteru normatywnego).

Zastrzeżenia dwojakiego rodzaju budzi również zdanie dodawane do części wspólnej w art. 4. Po pierwsze, można mieć wątpliwości co do normatywnego charakteru dodawanego zdania i jego rzeczywistej treści, po drugie zastosowana technika nowelizacji nie jest zgodna z Zasadami techniki prawodawczej. W myśl dodawanego przepisu zmiana umowy na podstawie ustaleń negocjacyjnych może nastąpić po wejściu w życie przepisów będących przyczyną zmiany wynagrodzenia. Oczywiście jest, iż zmiana wynagrodzenia będąca następstwem zmiany przepisów, może być dokonana tylko wówczas, gdy przepisy dokonujące zmiany wejdą w życie. W przeciwnym razie trzeba byłoby uznać, iż zmiana wysokości wynagrodzenia jest niezależna od zmiany przepisów, co w oczywisty sposób stoi w sprzeczności z art. 4. Co więcej, nowelizacja części wspólnej polegająca na dodaniu do niej nowego zdania, jest błędna legislacyjnie. Część wspólna, jako element przepisu zawierającego wyliczenie, jest fragmentem zdania. W przepisie zawierającym wyliczenie treść zdania buduje się „dodając” do siebie wprowadzenie do wyliczenia, element wyliczenia i część wspólną (o ile przepis ją zawiera). Uwzględniając przy tym, iż jednostka redakcyjna powinna być, w miarę możliwości, jednozdaniowa (§ 55 ust. 2 Zasad techniki prawodawczej) oraz kierując się wskazówką, że w przypadku, jeśli samodzielną myśl wyraża zespół zdań, poszczególne myśli formułuje się w odrębnych ustępach, należy uznać, że w przypadku uznania przepisu zdania drugiego za konieczne, powinno być ono zamieszczone jako kolejny ustęp w art. 4. Przy czym przepis ten nie powinien sugerować, iż ustalenia negocjacyjne są podstawą zmiany umowy. Podstawą zmiany umowy jest ustawa. Umowa może być zmieniona w następstwie przeprowadzonych negocjacji i z uwzględnieniem tego, co w ich trakcie ustalono.

Wątpliwości budzi również posłużenie się przez prawodawcę określeniem „opublikowanie przepisów”. Jeżeli przez „publikację” rozumie się „ogłoszenie”, należałoby się posłużyć, jako systemowym (zgodnym m.in. z siatką terminologiczną Konstytucji), określeniem „ogłoszenie”, a nie kolokwialnym (a w następstwie budzącym wątpliwości) sformułowaniem „opublikowanie”. Zastrzeżenia o charakterze terminologicznym można mieć także, w związku z posłużeniem się w zmienianym przepisie pojęciem „waloryzacja”. Trzeba mieć przy tym na uwadze, iż w przepisach dotyczących zamówień publicznych ustawodawca pojęciem tym się nie posługuje.

Zarówno art. 142 ust. 5, jak i dotychczas obowiązujący art. 4, stanowią nie o waloryzacji wynagrodzenia, ale o jego odpowiedniej zmianie. Należy przy tym pamiętać o wynikającym z § 10 Zasad techniki prawodawczej nakazie zachowania konsekwencji terminologicznej.

**Propozycja poprawki:**

w art. 1 skreśla się pkt 1;

*albo (w przypadku uznania zmian dokonywanych w art. 1 pkt 1 za konieczne):*

w art. 1:

a) w pkt 1:

- w części wspólnej wyraz „opublikowania” zastępuje się wyrazem „ogłoszenia”,
- skreśla się zdanie drugie,

b) w pkt 2:

- w poleceniu nowelizacyjnym wyrazy „ust. 2–4” zastępuje się wyrazami „ust. 2–5”,
- przed ust. 2 dodaje się ust. ... w brzmieniu:

„... Zmiana umowy może nastąpić nie wcześniej niż w dniu wejścia w życie przepisów, w związku z którymi zwrócono się o przeprowadzenie negocjacji.”;

2) art. 1 pkt 2, art. 4 ust. 2 i 3 – w związku z tym, iż przepisy wchodzą w życie w dniu, a nie w momencie, proponuje się przyjęcie niżej sformułowanej poprawki terminologicznej.

**Propozycja poprawki:**

w art. 1 w pkt 2, w ust. 2 i 3 wyraz „momencie” zastępuje się wyrazem „dniu”;

3) art. 1 pkt 2, art. 4 ust. 3 – mając na względzie, iż ustawodawca powinien być konsekwentny również w zakresie sposobu formułowania odesłań oraz uwzględniając sposób sformułowania odesłania w dodawanym art. 4 ust. 2, proponuje się przyjęcie niżej sformułowanej poprawki ujednocniającej.

**Propozycja poprawki:**

w art. 1 w pkt 2, w ust. 3 wyrazy „wskazanej w ust. 1 pkt. 3” zastępuje się wyrazami „, o której mowa w ust. 1 pkt 3”;

- 4) art. 1 pkt 2, art. 4 ust. 3 – w związku z tym przepisem nasuwa się pytanie, co ustawodawca miał na myśli pisząc o drugiej stronie umowy o pracę lub innej umowy cywilnoprawnej łączącej wykonawcę z osobą fizyczną nieprowadzącą działalności gospodarczej. Jeżeli, chodziło o objęcie zakresem pojęcia „odpowiednia zmiana wynagrodzenia” również wzrostu kosztów po stronie pracownika (w tym osoby zatrudnionej na podstawie umowy cywilnoprawnej) powinno to w sposób jednoznaczny i komunikatywny dla adresatów wynikać z przepisu. Wątpliwości budzi również posłużenie się w przepisie sformułowaniem „dodatkowe składki”, czy to oznacza, że z odpowiednią zmianą wynagrodzenia będziemy mieli do czynienia wyłącznie wówczas, gdy ustawodawca doda do systemu nową, dotychczas nieprzewidzianą w systemie składkę, czy też mówiąc o dodatkowej składce miano na myśli składki w wyższej niż dotychczas wysokości. Być może przepis ten powinien odnosić się zarówno do nowych składek, jak i podwyższenia wysokości dotychczasowych.

**Propozycja poprawki:**

w art. 1 w pkt 2, w ust. 3:

- a) wyrazy „drugiej strony umowy o pracę lub innej umowy cywilnoprawnej łączącej wykonawcę zamówienia publicznego z osobą fizyczną nieprowadzącą działalności gospodarczej” zastępuje się wyrazami „osób zatrudnionych przez niego na podstawie umowy o pracę albo umowy cywilnoprawnej”,
- b) po wyrazie „dodatkowych” dodaje się wyrazy „albo wyższych” (*albo wyraz „dodatkowych” zastępuje się wyrazem „wyższych”*),
- c) wyrazy „osób zatrudnionych na umowę o pracę lub na podstawie innej umowy cywilnoprawnej zawartej przez wykonawcę z osobą fizyczną nieprowadzącą działalności gospodarczej, a” zastępuje się wyrazami „osób,”;

- 5) art. 2, art. 5 – w związku z tym, iż art. 5 ustawy z dnia 23 października 2014 r. o zmianie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz niektórych innych ustaw odnosi się do

zmiany umowy na podstawie art. 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, terminologia stosowana w obu tych przepisach musi być zharmonizowana (ujednolicona). Po pierwsze, w art. 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych nie ma mowy o wniosku, ale o zwróceniu się do drugiej strony o przeprowadzenie negocjacji, a po drugie przepis ten nie mówi o zawieraniu porozumienia w sprawie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia, ale zmianie umowy.

Należy mieć również na uwadze, że art. 5 w brzmieniu nadanym przez Sejm, może znaleźć zastosowanie wyłącznie wówczas, gdy strona zwróci się o przeprowadzenie negocjacji najwcześniej w dniu wejścia w życie opiniowanej nowelizacji. W przypadku, gdyby o przeprowadzenie negocjacji zwrócono się przed tym dniem, zastosowanie art. 5 skutkowało będzie nadaniem normie mocy wstecznej, co może być uznane za naruszenie zasady demokratycznego państwa prawnego. Obowiązujący przepis przewiduje, iż uprawnienie do rozwiązania umowy będzie przysługiwało wówczas, gdy zmiana umowy zmieniająca wynagrodzenie nie nastąpi do 1 marca 2016 r. Dążąc do rozwiania wszelkich wątpliwości związanych ze stosowaniem nowelizowanego art. 5, warto byłoby rozważyć sformułowanie przepisu przejściowego, który będzie się odnosił do tych przypadków, kiedy o przeprowadzenie negocjacji zwrócono się przed dniem wejścia w życie opiniowanej ustawy. W takim przypadku prawo rozwiązania umowy za wypowiedzeniem, mogłoby powstawać np. w terminie miesiąca od dnia wejścia w życie analizowanej nowelizacji, jeżeli w terminie tym strony umowy nie znowelizowały jej w zakresie wynagrodzenia.

W związku z tym, że art. 1 pkt 3 lit. a i b ustawy z dnia 23 października 2014 r. o zmianie ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych oraz niektórych innych ustaw wejdzie w życie 1 stycznia 2016 r., nasuwa się pytanie dlaczego skutek wypowiedzenia umowy może nastąpić już na dzień 31 grudnia 2015 r. Skorzystanie z możliwości rozwiązania umowy ze skutkiem na dzień 31 grudnia 2015 r będzie oznaczało *de facto*, iż w tym dniu umowa nie będzie już wiązała, przy czym przepisy, z których wejściem w życie wiąże się rozwiązanie umowy zaczną obowiązywać dopiero z nastaniem kolejnego dnia. Tworzy się tym samym niczym nieuzasadniona luka czasowa.

**Propozycja poprawki:**

w art. 2, art. 5 otrzymuje brzmienie:

„Art. 5. Jeżeli w terminie miesiąca od dnia, w którym zwrócono się o przeprowadzenie negocjacji na podstawie art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), w związku z wejściem w życie art. 1 pkt 3 lit. a i b, umowa w sprawie zamówienia publicznego nie zostanie zmieniona w zakresie wynagrodzenia, strony mogą rozwiązać tę umowę z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia, ze skutkiem nie wcześniejszym niż na dzień 1 stycznia 2016 r.”;

po art. 2 dodaje się art. 2a w brzmieniu:

„Art. 2a. Jeżeli o przeprowadzenie negocjacji na podstawie art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), w związku z wejściem w życie art. 1 pkt 3 lit. a i b ustawy zmienianej w art. 2, zwrócono się przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, termin, o którym mowa w art. 5 ustawy zmienianej w art. 2, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, liczy się od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy.”;

- 6) art. 1 i art. 2 – w art. 1 (w poleceniu nowelizacyjnym), jak i art. 2 (w poleceniu nowelizacyjnym oraz w nowelizowanym art. 5), błędnie sformułowano dzienniczek promulgacyjny. W przypadku, gdy publikacja ustawy nastąpiła w tym samym roku co jej uchwalenie, nie wskazuje się rocznika Dziennika Ustaw. W przypadku uwzględnienia uwagi nr 5, niżej sformułowana poprawka ulegnie modyfikacji.

**Propozycja poprawki:**

w art. 1 w poleceniu nowelizacyjnym skreśla się wyrazy „z 2014 r.”;

w art. 2:

a) w poleceniu nowelizacyjnym,

b) w art. 5

– skreśla się wyrazy „z 2014 r.”.