



**Opinia do ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych
oraz niektórych innych ustaw
(druk nr 199)**

I. Cel i przedmiot ustawy

Celem opiniowanej nowelizacji jest skorelowanie ustawy – Prawo zamówień publicznych z prawem wspólnotowym, w szczególności poprzez wdrożenie następujących dyrektyw Wspólnot Europejskich:

- 1) 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;
- 2) dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

Ponadto, dokonuje się zmian mających - w założeniu projektodawcy - usprawnić postępowania o udzielenie zamówienia. Nowelizuje się również przepisy budzące wątpliwości interpretacyjne w dotychczasowej praktyce ich stosowania.

Zmiany w ustawie – Prawo zamówień publicznych polegają m.in. na:

- 1) skorelowaniu definicji pojęcia "usługi" z prawem wspólnotowym poprzez odesłanie w jej treści do katalogów usług sformułowanych w załącznikach do wyżej wymienionych dyrektyw;
- 2) doprecyzowaniu przepisu wyłączającego z reżimu nowelizowanej ustawy zamówienia, których przedmiotem są usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych, poprzez dostosowanie go do prawa wspólnotowego, a w zakresie nomenklatury do ustawy o zasadach finansowania nauki;

- 3) wyłączeniu z reżimu nowelizowanej ustawy zamówień, których przedmiotem są dostawy uprawnień do emisji do powietrza gazów cieplarnianych i innych substancji w rozumieniu przepisów o handlu uprawnieniami do emisji do powietrza gazów cieplarnianych i innych substancji;
- 4) rezygnacji z enumeratywnego katalogu usług, w przypadku których zamawiający może nie stosować niektórych przepisów nowelizowanej ustawy;
- 5) wprowadzeniu zasady stanowiącej, że w przypadku zamówień udzielanych w częściach, do udzielenia zamówienia na daną część zamawiający może stosować przepisy właściwe dla wartości tej części zamówienia, jeżeli jej wartość jest mniejsza niż wyrażona w złotych równoważność kwoty 80 tys. euro dla dostaw lub usług oraz 1 mln euro dla robót budowlanych, pod warunkiem że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20 % wartości zamówienia;
- 6) określeniu nowych zasad dokonywania zmian w treści ogłoszeń zamieszczonych w Biuletynie Zamówień Publicznych lub opublikowanych w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (w tym zasad dotyczących przedłużania terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminu składania ofert);
- 7) umożliwieniu ubiegania się o zamówienia wykonawcom, którzy wprawdzie nie dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, ale przedstawią stosowne pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia takiego potencjału i osób;
- 8) uściśleniu, że wykonawców, którzy wyrządzili szkodę nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie wykluczać się będzie z postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli szkoda ta zostanie stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu wydanym w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania;
- 9) dopuszczeniu możliwości zmian w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wszystkich jej elementów, w tym również wyłączonych dotychczas: kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu ich oceny; ponadto wskazano, że SIWZ będzie można zmieniać w uzasadnionych przypadkach, a nie jak dotychczas w szczególnie uzasadnionych przypadkach; dodano także regulacje służące zapewnieniu zgodności ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ;
- 10) wprowadzeniu jednoznacznego zakazu dokonywania zmian w treści SIWZ, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, po upływie terminu składania

- wniosków o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym i negocjacjach z ogłoszeniem;
- 11) wskazaniu, że elementem ogłoszenia o zamówieniu, będzie informacja o przewidywanych zamówieniach uzupełniających, jeżeli zamawiający będzie przewidywał udzielenie takich zamówień;
 - 12) przyjęciu, że kwota wadium będzie mogła być niższa niż 0,5 % wartości zamówienia;
 - 13) przyjęciu zasady stanowiącej, że w przypadku, gdy zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających określa kwotę wadium dla wartości zamówienia podstawowego;
 - 14) umożliwieniu zamawiającemu zatrzymania wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 nowelizowanej ustawy, nie złoży stosownych dokumentów lub oświadczeń;
 - 15) zmniejszeniu z 7 do 5 liczby wykonawców, których trzeba zaprosić do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia, w postępowaniu, w którym wartość zamówienia dla robót budowlanych przekracza równowartość 20 mln euro, a dla dostaw lub usług przekracza równowartość 10 mln euro;
 - 16) rozszerzeniu możliwości udzielania zamówień w trybie licytacji elektronicznej; zrezygnowano z ograniczenia, w myśl którego zamówienia w tym trybie można było udzielić wyłącznie, jeżeli przedmiotem zamówienia były dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych;
 - 17) rezygnacji z konieczności opatrywania podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu oferty w postaci elektronicznej składanej w postępowaniu prowadzonym w trybie licytacji elektronicznej;
 - 18) przyznaniu wykonawcy prawa do samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą;
 - 19) wprowadzeniu nowych zasad poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (w szczególności zrezygnowano z zamkniętego katalogu sposobów poprawiania omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny);
 - 20) rezygnacji z obowiązku przekazywania Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych oraz Szefowi Centralnego Biura Antykorupcyjnego informacji określonych w art. 92 ust. 1 pkt 1 (m.in. informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty) w przypadku, gdy wartość zamówienia przekracza równowartość 20 mln euro, a dla dostaw lub usług przekracza równowartość 10 mln euro;

- 21) zróżnicowaniu terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie; skrócono z 21 do 7 dni minimalny termin składania wniosków w konkursach o wartości poniżej progów unijnych;
- 22) rezygnacji z przepisu umożliwiającego w szczególnie uzasadnionych przypadkach zmianę sposobu spełnienia świadczenia wykonawcy po wyborze oferty, a przed zawarciem umowy;
- 23) określeniu na nowo kompetencji kontrolnych Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (m.in. w miejsce dotychczasowych kontroli: uprzedniej i następczej wprowadzono kontrolę doraźną, która będzie wszczynana w terminie maksymalnie 4 lat od dnia zakończenia postępowania, w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik, oraz kontrolę uprzednią zamówień współfinansowanych za środków Unii Europejskiej);
- 24) umożliwieniu wnoszenia protestu wobec treści ogłoszenia o konkursie, regulaminu konkursu oraz czynności podjętych przez zamawiającego w konkursie;
- 25) wydłużeniu, w przypadku zamówień przekraczających progi unijne, terminu na wniesienie protestu z 7 do 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia;
- 26) przyznaniu Krajowej Izbie Odwoławczej kompetencji do uchylenia zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu (dotychczas stosowną zgodę wyrażał Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w drodze decyzji administracyjnej);
- 27) przyjęciu zasady, że od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie; w postępowaniu o wartości niższej niż progi unijne, odwołanie będzie przysługiwało wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego wyboru trybu postępowania (negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę), opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia albo odrzucenia oferty.

Ponadto opiniowana ustawa zmienia: ustawę z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz ustawę z dnia 7 września 2007 r. o przygotowaniu finałowego turnieju Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej UEFA EURO 2012. Zmiana w pierwszej z nich zmierza do uwzględnienia, iż obecne przepisy określające wzory ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych nie przewidują ogłoszeń w zakresie partnerstwa-

prywatnego. Natomiast zmiana w drugiej z nich, polega na uchyleniu art. 21, który budził wątpliwości co do zgodności z prawem wspólnotowym.

Ustawa wejdzie w życie po upływie 30 dni od dnia ogłoszenia.

II. Przebieg prac legislacyjnych

Sejm uchwalił opiniowaną ustawę na 18. posiedzeniu w dniu 27 czerwca 2008 r. Projekt ustawy został wniesiony przez Rząd. W trakcie prac w Sejmie m.in.:

- 1) dodano przepis wyłączający z reżimu ustawy – Prawo zamówień publicznych zamówienia, których przedmiotem są dostawy uprawnień do emisji do powietrza gazów cieplarnianych i innych substancji w rozumieniu przepisów o handlu uprawnieniami do emisji do powietrza gazów cieplarnianych i innych substancji;
- 2) zrezygnowano z przepisu, który miał wyłączać z reżimu ustawy – Prawo zamówień publicznych zamówienia udzielane przez jednostkę samorządu terytorialnego, jednostki samorządu terytorialnego lub związek tych jednostek spółce kapitałowej, o której mowa w przepisach o gospodarce komunalnej, jeżeli spełnione byłyby określone w projektowanym przepisie warunki;
- 3) dokonano nowelizacji w zakresie przepisu dotyczącego zakazu zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty (uznano, że zmiana taka będzie dopuszczalna, jeżeli zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany).

III. Uwagi szczegółowe

- 1) art. 1 pkt 1, art. 2 pkt 10 – z definicji pojęcia "usługi" wynika, że pod tym pojęciem należy rozumieć wszelkie nie będące robotami budowlanymi lub dostawami świadczenia, które wymienione są we wskazanych w tej definicji załącznikach do dyrektywy 2004/18/WE oraz dyrektywy 2004/17/WE. Mając na uwadze treść załączników II, II A i II B do dyrektywy 2004/18/WE nasuwa się pytanie, dlaczego odsyłając do załącznika tej dyrektywy nie uczyniono tego analogicznie, jak w przypadku odesłania do załączników rozporządzenia 2004/17/WE. W przypadku dyrektywy 2004/18/WE usługi wymienione są w załącznikach II A i II B (a nie załączniku II). Co więcej w treści tej dyrektywy (art. 20 i 21, które stanowią o przepisach stosowanych w przypadku zamówienia na usługi) odsyła się do tych właśnie załączników. Ponadto, należy wziąć również pod uwagę, że załączniki wymieniające usługi, które zawarte są we wskazanych wyżej dyrektywach

mają analogiczną treść (załączniki II A i II B rozporządzenia 2004/18/WE są odpowiednikami załączników XVII A i XVII B rozporządzenia 2004/17/WE). Uwzględniając powyższe uwagi oraz kierując się koniecznością zachowania konsekwencji w formułowanych przepisach (komunikatywność w aspekcie interpretacyjnym) należałoby rozważyć poprawkę, która odeśle w definicji pojęcia "usługi" do właściwych załączników rozporządzenia 2004/18/WE. Ponadto, warto również rozważyć zaproponowaną poniżej poprawkę redakcyjną, która usunie pewną niezręczność legislacyjną, polegającą na tym, pojęcie "usługi" definiuje się pojęciem "usług wymienione w załącznikach" do dyrektyw.

Propozycja poprawki:

- w art. 1 w pkt 1, w pkt 10 wyrazy "świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, a są usługami wymienionymi w załączniku II" zastępuje się wyrazami "nie będące robotami budowlanymi lub dostawami świadczenia, które wymienione są w załącznikach II A i II B";
- 2) art. 1 pkt 8, art. 22 ust. 1 pkt 2 – wskazany przepis umożliwia ubieganie się o zamówienia wykonawcom, którzy wprawdzie nie dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, ale przedstawią stosowne pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia takiego potencjału i osób. W związku z treścią tego przepisu nasuwa się wątpliwość, czy przepis ten stanowi o pisemnym zobowiązaniu innych podmiotów przez wykonawcę, czy też o pisemnym zobowiązaniu się innych podmiotów wobec wykonawcy. Mając na uwadze znaczenie tego przepisu (przesądza on kto może ubiegać się o udzielenie zamówienia) istotne jest jego precyzyjne sformułowanie, tak aby wyeliminować ewentualne wątpliwości interpretacyjne. W niżej przedstawionej propozycji poprawki przyjęto założenie, że w przepisie tym mowa jest o zobowiązaniu się innych podmiotów wobec wykonawcy.

Propozycja poprawki:

- w art. 1 w pkt 8, w pkt 2 wyrazy "innych podmiotów" zastępuje się wyrazami "się innych podmiotów wobec nich";
- 3) art. 1 pkt 18, art. 50 ust. 2 – mając na względzie, zapewnienie spójności terminologicznej w ramach przepisów, które będą zawarte w art. 50, należałoby rozważyć posłużenie się w dodawanym ust. 2 nazwą wniosku analogiczną, jak to uczyniono w ust. 1, a więc, że jest

to "wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym", bądź też zapewnić spójność terminologiczną poprzez posłużenie się w ust. 2 odesłaniem do ust. 1.

Propozycja poprawki:

- w art. 1 w pkt 18, w ust. 2 wyrazy "o dopuszczenie do udziału w postępowaniu" zastępuje się wyrazami ", o którym mowa w ust. 1,";

albo

- w art. 1 w pkt 18, w ust. 2 wyraz "postępowaniu" zastępuje się wyrazami "przetargu ograniczonym";
- 4) art. 1 pkt 31 lit b, art. 89 ust. 1 pkt 7 – analizując nowe brzmienie pkt 7 nasuwa się wątpliwość, czy zgodne z wolą ustawodawcy jest, aby wykonawca wyrażał zgodę wyłącznie na poprawienie innej - niż rachunkowa lub pisarska - omyłki polegającej na niezgodności oferty ze SIWZ. Dotychczas konieczna była zgoda wykonawcy na poprawienie omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny, również projekt ustawy zakładał, że zgoda wykonawcy wymagana będzie w przypadku poprawienia przez zamawiającego omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 (projekt zakładał konieczność uzyskania zgody wykonawcy również w przypadku oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych). W związku z powyższym należałoby odpowiedzieć na pytanie, czy przepis ten dostatecznie zabezpiecza interes wykonawcy, w szczególności czy nie dojdzie do sytuacji, kiedy wykonawca zmuszony będzie zawrzeć umowę (np. pod groźbą zatrzymania wadium) pomimo, że nie zgadza się ze sposobem poprawienia omyłki i ostatecznym rezultatem poprawki (nie można przy tym zapomnieć, że ustawodawca skreślił art. 88 określający sposoby poprawienia omyłek rachunkowych). Ewentualna poprawka w tym zakresie mogłaby polegać na przywróceniu brzmienia zaproponowanego w przedłożeniu rządowym (w projekcie ustawy art. 89 ust. 1 pkt 7 odsyła do art. 87 ust. 2, a nie do art. 87 ust. 2 pkt 3, jak to czyni ustawa).
- 5) art. 1 pkt 41 lit. a tiret pierwsze, art. 146 ust. 1 pkt 2 – przepis ten w nowym brzmieniu stanowi, że umowa w sprawie zamówienia publicznego jest nieważna, jeżeli zamawiający zawarł umowę bez wymaganej zgody wyrażonej w postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Przepis art. 182 ust. 3 przewiduje, że Krajowa Izba odwoławcza nie tyle będzie wyrażała zgodę na zawarcie

umowy, co będzie ona uchylał zakaz zawarcia takiej umowy (wyrażanie zgody przewiduje aktualnie obowiązujący art. 182 ust. 3; wyrażana ona jest w drodze decyzji administracyjnej Prezes Urzędu Zamówień Publicznych). Mając na względzie konieczność zachowania konsekwencji terminologicznej w ramach aktu normatywnego (§ 10 Zasad techniki prawodawczej) oraz kierując się potrzebą zapewnienia precyzji art. 146 ust. 1 pkt 2, poprzez prawidłowe wskazanie istoty instytucji przewidzianej w art. 182 ust. 3 (uwzględniając jej nazwę i treść), należałoby rozważyć wprowadzenie niżej proponowanej poprawki.

Propozycja poprawki:

- w art. 1 w pkt 41 w lit. a w tiret pierwszym, pkt 2 otrzymuje brzmienie:

"2) zamawiający zawarł umowę przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu pomimo, że Krajowa Izba Odwoławcza nie uchyliła, na podstawie art. 182 ust. 3, zakazu zawarcia umowy;"

- 6) art. 1 pkt 43, art. 163 ust. 3 – mając na uwadze, że nie zawsze będzie przeprowadzane zarówno postępowanie wyjaśniające, jak i kontrola, należałoby taką sytuację uwzględnić w art. 163 ust. 3 wskazując, że stan faktyczny sprawy ustala się na podstawie materiału zebranego w toku postępowania wyjaśniającego **lub** kontroli (a więc zamiast koniunkcji proponuje się alternatywę łączną). Zgodnie z art. 161 ust. 4 postępowanie wyjaśniające będzie miało na celu ustalenie, czy zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik, natomiast w myśl art. 165 ust. 1 kontrolę doraźną wszczynać się będzie w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik. Oznacza to, że w przypadku gdy w postępowaniu wyjaśniającym nie stwierdzi się uzasadnionego przypuszczenia naruszenia przepisów kontrola nie będzie prowadzona.

Propozycja poprawki:

- w art. 1 w pkt 43, w art. 163 w ust. 3 wyrazy "oraz kontroli" zastępuje się wyrazami "lub kontroli";

- 7) art. 1 pkt 43, art. 164 ust. 2 wprowadzenie do wyliczenia – z art. 164 ust. 1 wynika, że z kontroli sporządza się protokół (na podstawie dotychczasowych przepisów sporządzano protokół kontroli), natomiast w ust. 2 tego art. mówi się o protokole kontroli. Mając na

uwadze konieczność zachowania konsekwencji terminologicznej w ramach aktu normatywnego (§ 10 Zasad techniki prawodawczej) należałoby rozważyć niżej zaproponowaną poprawkę.

Propozycja poprawki:

- w art. 1 w pkt 43, w art. 164 w ust. 2 we wprowadzeniu do wyliczenia skreśla się wyraz "kontroli".

Jakub Zabielski

Starszy legislator