KANCELARIA
SENATU

BIURO LEGISLACYJNE

Warszawa, 23 września 2019 r.

Opinia do ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (druki nr 1308 i 1309)

I. Cel i przedmiot ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych

Nowa **ustawa – Prawo zamówień publicznych** (zwana dalej „PZP") ma na celu całościowe uregulowanie problematyki zamówień publicznych, tj. umów o charakterze odpłatnym zawieranych pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami, których przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego robót budowlanych, dostaw lub usług od wybranego wykonawcy.

Istotą rozwiązań PZP jest zwiększenie przejrzystości i spójności regulacji w zakresie zamówień publicznych, a tym samym zapewnienie maksymalnej efektywności i przejrzystości udzielanych zamówień publicznych, z uwzględnieniem ich roli w kształtowaniu polityki państwa oraz potrzeby wsparcia rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw, a także innowacyjnych, nowoczesnych produktów i usług. PZP jest kolejnym etapem realizacji Strategii na Rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju.

W myśl Strategii na Rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju zamówienia publiczne są jednym z obszarów, których usprawnienie może przyczynić się do zapewnienia stałego wzrostu gospodarczego kraju przez prowadzenie zrównoważonej polityki gospodarczej sprzyjającej zapobieganiu wykluczeniu społecznemu i gospodarczemu. Zamówienia publiczne stanowią narzędzie kształtowania gospodarki państwa, w tym również realizacji celów społecznych, politycznych i strategicznych.

ul. Wiejska 6/8, 00-902 Warszawa, tel. 22 694 92 26, faks 22 694 91 06, e-mail: Jakub.Zabielski@senat.gov.pl

W uzasadnieniu projektu PZP wskazano, za *Koncepcją nowego Prawa zamówień publicznych z dnia 6 czerwca 2018 r.*, zasadnicze problemy związane z dziedziną zamówień publicznych, których rozwiązaniu służyć ma PZP. Za główne problemy uznano m.in.:

1) brak powiązania wydatków z polityką państwa oraz jego celami strategicznymi;
2) wybieranie rozwiązań najtańszych zamiast najbardziej efektywnych;
3) nieproporcjonalny do potencjału udział przedsiębiorców z sektora MŚP w rynku zamówień publicznych;
4) nieefektywne zarządzanie procesem zakupowym;
5) zmniejszające się zainteresowanie wykonawców rynkiem zamówień publicznych;
6) ograniczoną dostępność do środków odwoławczych do Krajowej Izby Odwoławczej (zwanej dalej „KIO”) oraz skarg na wyroki KIO do sądów powszechnych;
7) niejednolitość orzecznictwa KIO i sądów powszechnych w przedmiocie zamówień publicznych;
8) brak wyodrębnionej i uproszczonej procedury udzielania zamówień poniżej progów unijnych;
9) rozproszony i nieefektywny system kontroli;
10) rozwiązywanie sporów między wykonawcami a zamawiającymi (m.in. długotrwałość postępowań i związane z tym koszty, a także zagrożenie realizacji inwestycji publicznych, problemy z utrzymaniem dofinansowania ze środków unijnych, problemy z płynnością podwykonawców pochodzących z sektora MŚP).

W celu wyeliminowania bądź ograniczenia wyżej wymienionych problemów proponuje się w PZP szczególności:

1) wprowadzenie podstawy prawnej do stworzenia polityki zakupowej państwa, która będzie narzędziem do realizacji polityki gospodarczej państwa;
2) zwiększenie roli planowania w zamówieniach publicznych;
3) wprowadzenie obowiązku zapewnienia aktualności rocznych planów postępowań;
4) koncentrację ogłoszeń o zamówieniach w oficjalnym publikatorze, tj. Biuletynie Zamówień Publicznych (o wartości poniżej progów unijnych) oraz Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (o wartości równej i powyżej progów unijnych);
5) zwiększenie znaczenia dialogu z wykonawcą;
6) wprowadzenie do ustawy zasady efektywności;

7) uproszczenie zasad podmiotowej kwalifikacji wykonawców poprzez uproszczenie warunków udziału w postępowaniu oraz ograniczenie i doprecyzowanie przesłanek wykluczenia;
8) uproszczenie procedury w postępowaniach powyżej i poniżej progów unijnych (wprowadzenie podstawowej procedury uproszczonej);
9) zrównoważenie stron w umowach w sprawie zamówienia publicznego poprzez określenie zasad kształtowania umów, wprowadzenie katalogu klauzul abuzywnych, określenie obowiązkowych postanowień umownych oraz wprowadzenie nowych zasad waloryzacji wynagrodzenia;
10) wprowadzenie obowiązku ewaluacji realizacji umowy;
11) zniesienie odpowiedzialności solidarnej wykonawców w trybie partnerstwa innowacyjnego;
12) wprowadzenie obowiązku stosowania zaliczek lub częściowych płatności w umowach powyżej 12 miesięcy;
13) usprawnienie postępowania skargowego na orzeczenia KIO poprzez obniżenie opłaty od skargi na orzeczenie KIO i wydłużenie terminu na wniesienie skargi na orzeczenie KIO;
14) usprawnienie systemu kontroli poprzez wspólne przepisy ogólne dotyczące kontroli zamówień publicznych, przeprowadzanie kontroli na podstawie analizy ryzyka naruszenia prawa, wprowadzenie obowiązku publikacji wytycznych dotyczących prowadzenia kontroli przez organy kontroli;
15) zadania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w przygotowywaniu i propagowaniu dobrych praktyk i wzorców dokumentów, które będą stanowiły wsparcie dla zamawiających;
16) eliminację ograniczeń dla wykonawców do składania odwołań na niektóre czynności zamawiającego w przypadku zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne;
17) nadanie Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców uprawnień analogicznych do tych, które przysługują podmiotom wpisanym na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej;
18) wprowadzenie dodatkowych instrumentów prawnych w zakresie prowadzenia postępowania mediacyjnego lub innego polubownego rozwiązania sporu, którego następstwem może być zawarcie ugody przez zamawiającego i wykonawcę, w przypadku sporu wynikającego z realizacji umowy zawartej w wyniku udzielonego zamówienia publicznego i powierzenie postepowań w zakresie pozasądowego

rozwiązywania sporów wyspecjalizowanym podmiotom (Sąd Polubowny przy Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej).

PZP uwzględnia, wdrożone wcześniej:

1) dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (dyrektywa klasyczna);
2) dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE (dyrektywa sektorowa);
3) dyrektywę 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 zmieniającą dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (dyrektywa obronna);
4) dyrektywę Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się dostosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (klasyczna dyrektywa odwoławcza);
5) dyrektywę Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (sektorowa dyrektywa odwoławcza).

Opracowanie PZP jest uzasadnione przesłankami wynikającymi z § 84 Zasad techniki prawodawczej. W myśl tego przepisu, jeżeli zmiany wprowadzane w ustawie miałyby być liczne albo miałyby naruszać konstrukcję lub spójność ustawy albo gdy ustawa była już poprzednio wielokrotnie nowelizowana, opracowuje się projekt nowej ustawy, a nie kolejną nowelizację. Przyjęcie tego rozwiązania poprawi czytelność, przejrzystość i komunikatywność ustawy zarówno w aspekcie wyszukiwawczym, jak i interpretacyjnym.

Ustawa – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (zwana dalej „PWPZP”) określa termin wejścia w życie PZP. Ustawodawca przyjął, że nowe

regulacje dotyczące zamówień publicznych wejdą w życie – co do zasady – z dniem **1 stycznia 2021 r**.

W związku z wejściem w życie nowej PZP, uchylona zostanie ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. W konsekwencji PZP ustawodawca nowelizuje ponad 80 ustaw.

W PWPZP uregulowano także kwestie intertemporalne związane z wejściem w życie nowych przepisów merytorycznych w zakresie zamówień publicznych, a także związane z tymi przepisami kwestie dostosowujące. W ustawie rozstrzygnięto problemy intertemporalne związane m.in. z:

1) postępowaniami o udzielanie zamówienia oraz konkursami będącymi w toku w dniu wejścia w życie PZP;
2) umowami w sprawie zamówienia publicznego oraz umowami ramowymi, zawartymi w następstwie postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych jeszcze przed dniem wejścia w życie PZP;
3) postępowaniami odwoławczymi i postępowaniami toczącymi się wskutek wniesienia skargi do sądu, wszczętymi i niezakończonymi przed dniem wejścia w życie PZP, a także postępowaniami wszczętymi wprawdzie po dniu wejścia w życie PZP, ale dotyczącymi postępowań o udzielenia zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r.;
4) procedurą ugodowego rozwiązywania sporów powstałych w związku z wykonywaniem udzielonego zamówienia publicznego (postępowanie koncyliacyjne);
5) będącą w toku w dniu wejścia w życie PZP kontrolą udzielenia zamówień publicznych;
6) postępowaniami o udzielenie zamówienia, prowadzonymi na podstawie innych ustaw;
7) postępowaniami o zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz umowami koncesji na roboty budowlane lub usługi;
8) czasowym utrzymaniem w mocy przepisów wykonawczych wydanych na podstawie uchylanej ustawy.

W PWPZP przewidziano, że do postępowań o udzielenie zamówienia, wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia z życie PZP stosować się będzie przepisy dotychczasowe. Podobnie będzie w przypadku konkursów będących w toku w dniu wejścia w życie PZP, a także w przypadku umów w sprawie zamówienia publicznego oraz umów

ramowych zawartych w następstwie postępowania o udzielenie zamówienia wszczętego przed dniem wejścia w życie PZP.

W związku z uchyleniem ustawy będącej podstawą funkcjonowania organów zamówień publicznych oraz merytorycznymi zmianami w przepisach dotyczących zadań tych organów, w przepisach dostosowujących uregulowano kwestie związane z dalszym działaniem organów, które działały w dniu wejścia w życie PZP (Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Wiceprezesa Urzędu, Krajowej Izby Odwoławczej oraz Rady Zamówień Publicznych, a także obsługującego te organy Urzędu Zamówień Publicznych). W przepisach dostosowujących przesadzono również o: statusie dotychczasowych pracowników Urzędu Zamówień Publicznych, mieniu Skarbu Państwa będącego we władaniu tego Urzędu oraz następstwie procesowym w sprawach sądowych, sądowoadministracyjnych lub administracyjnych, będących w toku w dniu wejścia w życie PZP. Ponadto w związku z powołaniem nowego organu zamówień publicznych – Komitetu do spraw Kontroli w Zamówieniach Publicznych, sformułowano przepis kreujący ten organ oraz określono termin na wyznaczenie członków tego komitetu po raz pierwszy.

II. Przebieg prac legislacyjnych

Sejm uchwalił ustawy na 86. posiedzeniu w dniu 11 września 2019 r. Projekty ustaw (druki sejmowe nr 3624 i 3625) zostały przedłożone przez Rząd. Pierwsze czytanie odbyło się na 84. posiedzeniu Sejmu w dniu 19 lipca 2019 r. Projekty były przedmiotem prac sejmowej Komisji Nadzwyczajnej do spraw deregulacji. Komisja po rozpatrzeniu projektów na posiedzeniach w dniach 20 i 21 sierpnia 2019 r. wniosła o ich uchwalenie w brzmieniu zawartym w sprawozdaniach (druki sejmowe nr 3759 i 3760). W trakcie prac sejmowych, w tym również na etapie drugiego czytania, wprowadzono do projektów liczne zmiany merytoryczne oraz techniczno-legislacyjne. Najistotniejsze poprawki zmierzały w szczególności do:

1) uregulowania wprost w jednym przepisie sposobu i formy wnoszenia pism w postępowaniu odwoławczym, w tym odwołania i przystąpienia do postępowania – pisma będzie można wnosić w formie pisemnej albo w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej, z tym że odwołanie i przystąpienie do postępowania odwoławczego, wniesione w postaci elektronicznej, wymagać będzie opatrzenia podpisem zaufanym (art. 508 ust. 1 PZP);

2) wyeliminowania części przepisu ograniczającego możliwość prowadzenia mediacji lub innego polubownego rozstrzygania sporu przez Sąd Polubowny przy Prokuratorii Generalnej RP wyłącznie do sporów wynikających z zamówień, których szacunkowa wartość została ustalona jako równa lub przekraczająca w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro dla dostaw lub usług oraz 20 000 000 euro dla robót budowlanych oraz wartość przedmiotu sporu przewyższa 100 000 złotych (art. 591 ust. 1 PZP);
3) wprowadzenia, w odniesieniu do zamówień na roboty budowlane lub usługi, obowiązku żądania przez zamawiającego wyjaśnień w przedmiocie zgodności wyliczenia ceny lub kosztu z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, w tym przepisami o minimalnym wynagrodzeniu, oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego (art. 224 ust. 4 PZP);
4) objęcia zakresem polityki zakupowej państwa (uchwały Rady Ministrów) również zamówień sektorowych, a także włączenia w przygotowanie polityki zakupowej państwa właściwych ministrów, co pozwoli na lepszą koordynację i wyznaczanie strategicznych celów wspólnych dla całej gospodarki. (art. 362 PZP).

II. Uwaga ogólna

Ze względu na harmonogram prac nad PZP i PWPZP, a także obszerność tych aktów, niżej przedstawionych uwag nie należy traktować jako wyczerpującej i kompleksowej opinii prawnej. Poniższe uwagi są następstwem wstępnej analizy opiniowanych aktów.

IV. Uwagi szczegółowe do ustawy – Prawo zamówień publicznych

1) art. 5 ust. 4 pkt 1 – należy skorelować treść wprowadzenia do wyliczenia w pkt 1 lit. c z treścią wprowadzenia do wyliczenia w pkt 1. Po zestawieniu ze sobą wskazanych fragmentów jednostek redakcyjnych otrzymuje się wypowiedź: działalnością sektorową w zakresie „gospodarki wodnej **jest** związane z działalnością, o której mowa w lit. a i b, **działania** w zakresie:";

2) art. 7 pkt 8, art. 338 i art. 339 – definicja pojęcia „konkurs" i art. 338 mówią o publicznym ogłoszeniu o konkursie, natomiast art. 339 o ogłoszeniu o konkursie. Czy to oznacza, że wolą ustawodawcy jest, aby ogłoszenie o konkursie ograniczonym nie miało charakteru publicznego? Jak to się ma do definicji pojęcia „konkurs"? Jak, wobec

użycia w art. 7 pkt 8 i art. 338 w odniesieniu do ogłoszenia przymiotnika „publiczne”, interpretować pozostałe przepisy PZP, które o ogłoszeniach stanowią, a nie użyto w nich takiego przymiotnika? Czy pozostałe ogłoszenia są niepubliczne? Wydaje się, że istotą ogłoszenia jako takiego, jest to, że jest ono publicznie, powszechnie dostępne dla każdego zainteresowanego, a w związku z tym, że bez względu na tryb zamówienia albo konkursu, ogłoszenia będą miały taki sam publiczny charakter. Mając na względzie wyeliminowanie wątpliwości interpretacyjnych oraz zachowanie konsekwencji terminologicznej, proponuje się skreślenie – zarówno w definicji pojęcia „konkurs” (art. 7 pkt 8), jak i w art. 338 – wyrazu „publiczne”;

3) art. 7 pkt 23 i 24 – w związku z tym, że ustawodawca posługuje się w PZP pojęciami „środki komunikacji elektronicznej” i „środki publiczne” w znaczeniu nadanym im ustawami podstawowymi oraz uwzględniając § 9 Zasad techniki prawodawczej (zwanych dalej „ZTP”), definicje sformułowane w art. 7 pkt 23 i 24 są zbędne. Nie spełniają one warunków określonych w § 146 ust. 1 ZTP. Bez względu na to, czy w słowniczku ustawy będą zamieszczone definicje wskazanych pojęć, nie ma wątpliwości jak je rozumieć;

4) art. 7 pkt 30 – w definicji pojęcia „wykonawca” należy uwzględnić treść definicji pojęć „roboty budowlane”, „dostawy” i „usługi”. W szczególności przez roboty budowlane rozumie się także wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie obiektu budowlanego. W związku z tym, przez wykonawcę należałoby rozumieć „osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych, dostawę lub usługi lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego”;

5) art. 7 pkt 36 lit. c – zgodnie ze słowniczkiem przez „zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa” należy przez to rozumieć m.in. zamówienie, którego przedmiotem są roboty budowlane, dostawy i usługi związane z zabezpieczeniem **obiektów** będących w dyspozycji podmiotów realizujących zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Nasuwa się pytanie, o jakich obiektach mowa jest w definicji. Jeśli definicja odnosi się do obiektów budowlanych, należałoby – kierując się § 10 ZTP – po wyrazie „obiektów” dodać wyraz „budowlanych”;

6) art. 8 ust. 4 – zapewne istotą przepisu jest wprowadzenie zasady, że termin obejmujący dni musi zawierać co najmniej dwa dni robocze. Innymi słowy, że wyznaczony przez zamawiającego termin na dokonanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie może być krótszy niż dwa dni robocze. Mając na względzie wyeliminowanie potencjalnych wątpliwości interpretacyjnych (możliwa jest interpretacja, zgodnie z którą w postępowaniu o udzielenie zamówienia terminy wyznacza się w dniach roboczych), proponuje się, aby przepis brzmiał: „*Termin oznaczony w dniach obejmuje co najmniej dwa dni robocze.*”;

7) art. 10 ust. 1 pkt 1 – zgodnie z ustawą przepisów ustawy nie będzie się stosowało do zamówień i konkursów udzielanych przez Bank Gospodarstwa Krajowego o wartości niższej niż progi unijne, podobnego wyłączenia nie zastosowano w odniesieniu do Narodowego Banku Polskiego. Czy takie rozróżnienie zgodne jest z intencją prawodawcy?

8) art. 13 ust. 1 pkt 2 lit. a i b – we wskazanym przepisie 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, której stroną jest Rzeczpospolita Polska i porozumienie, którego stroną jest Rzeczpospolita Polska, oznaczają to samo. W związku z tym, należy wyeliminować jeden z synonimów. Ponadto, mając na względzie stanowisko prezentowane w Nocie Wyjaśniającej Komisji Europejskiej dotyczącej wyłączeń szczególnych, uznano, że zakresem analizowanych przepisów należy objąć tzw. „memoranda of understanding concluded at the level of the ministries concerned”. Nie są one typowymi porozumieniami zawieranymi przez Rzeczpospolitą Polską. Mając powyższe na względzie, w analizowanych przepisach, należałoby mówić o szczególnej procedurze na podstawie umowy międzynarodowej, której stroną jest Rzeczpospolita Polska, zawartej z jednym lub wieloma państwami niebędącymi członkami Unii Europejskiej, lub porozumienia zawieranego na szczeblu ministerialnym (tak jak jest to sformułowane w obecnie obowiązującej ustawie). Analogiczna uwaga dotyczy art. 14 ust. 1 pkt 1 i 2;

9) art. 24 ust. 1 pkt 1 i 2 – w związku z użyciem w pkt 1 na końcu spójnika „lub” oraz w pkt 2 na początku spójnika „oraz” przepis zawierający wyliczenie jest nieczytelny. Zapewne wolą ustawodawcy było sformułowanie w ust. 1 dwóch wypowiedzi prawodawcy. **Pierwszej**, zgodnie z którą, w przypadku gdy zamówienie jest podzielne na części oraz obejmuje równocześnie części, do których mają zastosowanie przepisy ustawy dotyczące udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zamówień sektorowych lub zamówień klasycznych oraz części, do których tych przepisów nie stosuje się zamawiający może udzielić zamówienia w częściach lub jednego zamówienia, i **drugiej**, w myśl której, w przypadku gdy zamówienie jest podzielne na części oraz obejmuje równocześnie części, do których mają zastosowanie przepisy ustawy oraz części, do których tych przepisów się nie stosuje zamawiający może udzielić zamówienia w częściach lub jednego zamówienia. Jeśli prawidłowo odczytano intencję prawodawcy oraz mając na uwadze komunikatywność art. 24, należałoby każdą z tych wypowiedzi zamieścić w odrębnym ustępie;

10) art. 29 ust. 1, art. 30 ust. 3 i art. 214 ust. 1 pkt 7 – w przepisach tych mówi się o „obliczeniu wartości zamówienia”, zaś innych przepisach ustawy np. w art. 28, art. 31 ust. 3, art. 35 ust. 1 i 3, art. 36 i art. 428 ust. 1 o „ustaleniu wartości zamówienia”. Uwzględniając § 10 ZTP należałoby ujednolicić terminologię ustawy w zakresie tych określeń. To samo powinno być nazywane przez ustawodawcę w ten sam sposób;

11) art. 56 ust. 1 – mając na względzie komunikatywność przepisu oraz biorąc pod uwagę, że podobne powinno być przez ustawodawcę wyrażane podobnie, brzmienie ust. 1 w art. 56, należałoby skorelować z brzmieniem wprowadzenia do wyliczenia w ust. 3 tego artykułu. Co więcej, nasuwa się pytanie dlaczego ust. 1 odnosi się wyłącznie do przeprowadzenia postępowania, zaś ust. 3 również do przygotowania postępowania. Czy to oznacza, że ustawodawca dopuszcza sytuację, w której w przygotowaniu postępowania mogą brać udział osoby, w odniesieniu do których może nastąpić potencjalnie konflikt interesów (ryzyko przygotowania postępowania pod konkretnego wykonawcę). Warto rozważyć nadanie ust. 1 następującego brzmienia: *„Kierownik zamawiającego, członek komisji przetargowej oraz inne osoby wykonujące czynności związane z przygotowaniem lub przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia, po stronie zamawiającego, lub osoby mogące wpłynąć na wynik tego*

postępowania lub osoby udzielające zamówienia podlegają wyłączeniu z dokonywania tych czynności, jeżeli po ich stronie występuje konflikt interesów.”;

12) art. 65 ust. 2 i art. 66 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 – uwzględniając treść art. 65 ust. 3 oraz art. 66 ust. 1 pkt 1, w art. 65 ust. 2 oraz w art. 66 ust. 1 pkt 1 i 2 i ust. 2, należałoby konsekwentnie mówić o postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie. Propozycja poprawki:

w art. 65 w ust. 2 po wyrazach „udziału w postępowaniu” dodaje się wyrazy „lub konkursie”;

w art. 66:

a) w ust. 1 w pkt 2 po wyrazach „udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia” dodaje się wyrazy „lub konkursie”,

b) w ust. 2 wyrazy „ogłoszeniu lub dokumencie wszczynającym postępowanie” zastępuje się wyrazami „ogłoszeniu wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub dokumencie wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia”;

13) art. 72 ust. 1 pkt 6 – w związku z tym przepisem nasuwa się pytanie, czy protokół postępowania nie powinien zawierać numeru PESEL wykonawcy, w przypadku gdy wykonawca jest osobą fizyczną nieposiadającą NIP-u lub REGONU (zob. art. 516 ust. 1 pkt 3). Należy wziąć przy tym pod uwagę, że ustawodawca nie uzależnia możliwości bycia wykonawcą od posiadania statusu przedsiębiorcy, a tym samym nie każdy wykonawca musi posiadać numer NIP lub REGON;

14) art. 78 ust. 2 i 3 – w ust. 2 mówi się o przekazywaniu informacji i dokumentów, natomiast w ust. 3, który odsyła do ust. 2, wyłącznie o przekazywaniu dokumentów. Mając na uwadze spójność ust. 2 i 3 oraz biorąc pod uwagę, że kopia informacji jest *de facto* kopią dokumentu, z którego ta informacja wynika, należałoby skreślić w ust. 2 wyrazy „informacji i”;

15) art. 80 pkt 2 – przepis upoważnia ministra właściwego do spraw gospodarki do określenia, w drodze rozporządzenia, sposobu oraz formy udostępniania

zainteresowanym protokołu postępowania wraz z załącznikami. Wydając rozporządzenie minister będzie musiał uwzględnić zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia. Mając na względzie, że zasadą ustawową wynikającą z art. 18 jest jawność postępowania o udzielenie zamówienia, zaś z art. 74 wynikać będzie także jawność protokołu, oczywistym jest, że przepisy wykonawcze dotyczące udostępniania protokołu będą musiały jawność w obu wskazanych aspektach gwarantować (urzeczywistniać zasady ustawowe). Wytyczna w art. 80 pkt 2 może być oceniona jako pozorna, a tym samym niespełniająca warunku szczegółowości wynikającego z art. 92 ust. 1 Konstytucji. Za wytyczną trudno uznać coś, co wydający rozporządzenie musi wziąć pod uwagę bez względu na to, czy przepis upoważniający mu to nakazuje;

16) art. 81 ust. 2 – w przepisie należy mówić o obowiązku dokonywania bieżącej analizy, a nie obowiązku do dokonywania bieżącej analizy (wyrazy „Urzędu do dokonywania” należy zastąpić wyrazami „Urzędu dokonywania”);

17) tytuł oddziału 1 w rozdziale 1 działu II – mając na względzie funkcje tytułu jednostki systematyzacyjnej (informacyjna i interpretacyjna) oraz zasady formułowania tytułów (adekwatność i zwięzłość), a także uwzględniając treść art. 83, tytuł oddziału 1 powinien brzmieć: „Analiza potrzeb i wymagań zamawiającego, wstępne konsultacje rynkowe oraz wcześniejsze zaangażowanie wykonawców”;

18) art. 83 ust. 2 pkt 2 – uwzględniając zasady formułowania przepisów zawierających wyliczenie, użyte w pkt 2 w lit. a i b wyrazy „w aspekcie” powinny być przeniesione do wprowadzenia do wyliczenia (jako cześć wspólna liter);

19) art. 84 ust. 3 – uwzględniając treść art. 84 ust. 1, 2 i 4, w ust. 2 tego artykułu po wyrazie „Prowadząc” należałoby dodać wyraz „wstępne” (zasada konsekwencji terminologicznej – § 10 ZTP);

20) art. 89 ust. 3 – zdanie pierwsze w art. 89 ust. 3 jest powtórzeniem ust. 1 tego artykułu. W związku z tym powinno być skreślone jako niemające wartości normatywnej. Ponadto uwzględniając § 10 ZTP, zdanie drugie w art. 89 ust. 3 powinno brzmieć: *„Zamieszczenie wstępnego ogłoszenia informacyjnego na stronie internetowej*

zamawiającego nie może nastąpić przed jego publikacją w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, z wyjątkiem przypadku gdy zamawiający nie został powiadomiony o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia.”;

21) art. 91 ust. 2 – przepis ten sugeruje, że zasadą w zamówieniach publicznych jest podział zamówienia na części. Zamawiający ma uzasadnić niedokonanie podziału zamówienia na części, a nie podział zamówienia na części. Czy rozwiązanie przyjęte w art. 91 ust. 2 jest zgodne z wolą ustawodawcy?

22) art. 95 ust. 2 pkt 1 – w związku z tym, że art. 95 ust. 2 pkt 1 jest merytorycznie (poprzez odesłanie) związany z ust. 1 tego artykułu, w ust. 2 pkt 1 należałoby zastosować terminologię z ust. 1 (zasada konsekwencji terminologicznej – § 10 ZTP). Przepis ten powinien mówić o czynnościach w zakresie realizacji zamówienia, a nie o czynnościach niezbędnych do realizacji zamówienia;

23) art. 96 ust. 2 pkt 2 lit. d – kierując się § 156 ZTP, w art. 96 ust. 2 pkt 2 lit. d, należałoby odesłać konkretnie do § 191 ustawy – Kodeks pracy;

24) w art. 98 ust. 2 pkt 4 – kierując się § 10 ZTP oraz brzmieniem art. 98 ust. 1 pkt 3, w art. 98 ust. 2 pkt 4 należałoby mówić o unieważnieniu postępowania o udzielenie postępowania, a nie unieważnieniu postępowania;

25) art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. c – pomiędzy wyrazami „art. 228–230a, art. 250a” brakuje spójnika „lub”;

26) art. 109 ust. 1 pkt 4 – mając na względzie poprawność językową wskazanego przepisu, powinien on brzmieć: *„w stosunku do którego otwarto likwidację, którego upadłość ogłoszono, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, który zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo który znajduje się w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury;”*;

27) art. 110 ust. 2 pkt 3 lit. a – uwzględniając treść wprowadzenia do wyliczenia w ust. 2 w pkt 3 lit. a tego ustępu, należałoby skreślić wyraz „wykonawcy”. Oczywiste jest, że w przepisie mowa jest o nieprawidłowym postępowaniu wykonawcy;

28) art. 111 pkt 1 i pkt 2 lit. a – zarówno w pkt 1, jaki pkt 2 lit. a ustawodawca odnosi się do osób, o których mowa w art. 108 pkt 2, przy czym w przepisach tych przewidziano inny okres wykluczenia. W pkt 2 lit. a ustawodawca doprecyzował, że przepis ten dotyczy przypadku skazania osoby za przestępstwo wymienione w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h. Analogicznego doprecyzowania nie ma w pkt 1. W celu zapewnienia symetrii pomiędzy przepisami i wyeliminowania wątpliwości interpretacyjnych, należałoby rozważyć uzupełnienie pkt 1 o podobne doprecyzowanie. Zapewne pkt 1 dotyczy sytuacji, gdy osoba, o której mowa w art. 108 pkt 2, została skazana za przestępstwo wymienione w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a–g. Przepis pkt 1 mógłby brzmieć: *„w przypadkach, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a–g i pkt 2, gdy osoba, o której mowa w tym przepisie, została skazana za przestępstwo wymienione w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. a–g, na okres 5 lat od dnia uprawomocnienia się wyroku potwierdzającego zaistnienie jednej z podstaw wykluczenia, chyba że w tym wyroku został określony inny okres wykluczenia;”*. Jednocześnie w pkt 2 lit. a wyrazy „w tych przepisach” należy zastąpić wyrazami „w tym przepisie”;

29) art. 118 ust. 4 pkt 2 – w celu wyeliminowania niezręczności językowej, w następstwie której przepis mówi o udostępnieniu wykonawcy, a nie udostępnieniu zasobów, proponuje się, aby wskazany przepis brzmiał: „sposób i okres udostępnienia zasobów wykonawcy i ich wykorzystania przy wykonywaniu zamówienia;”;

30) art. 122 – w związku z tym przepisem nasuwa się pytanie, czy nie powinien się on odnosić również do spełniania **kryteriów selekcji**. Należy przy tym wziąć pod uwagę, że zgodnie z art. 118 ust. 1, wykonawca będzie mógł, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, nie tylko w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale także w celu potwierdzenia spełniania kryteriów selekcji;

31) art. 133 ust. 2 – oczywiste jest, że za treść ogłoszenia o zamówieniu odpowiada zamawiający i że to on odpowiedzialny jest za publikację ogłoszenia, dlatego należałoby skreślić w przepisie wyrazy „przez zamawiającego”, jako niemające żadnej wartości normatywnej;

32) art. 134 ust. 2 pkt 18 – w przepisie tym należałoby uściślić odesłanie do art. 93. Przepis ten dotyczy bowiem nie tylko sytuacji, w której składana będzie oferta (w tym przypadku przetargu nieograniczonego), ale sytuacji gdy katalog elektroniczny ma być złożony wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów. Wydaje się, że art. 134 ust. 2 pkt 18 powinien odsyłać do art. 93 ust. 1 pkt 1–3, a nie całego art. 93;

33) art. 151 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 – w przetargu ograniczonym termin składania ofert nie może być zasadniczo krótszy niż **30 dni** od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert. Wyjątkowo zamawiający będzie mógł wyznaczyć krótszy termin składania ofert w przypadku m.in. opublikowania wstępnego ogłoszenia informacyjnego, o ile zawierać będzie ono wszystkie informacje wymagane dla ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie, w jakim były one dostępne w chwili publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego, które zostało przekazane do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej lub zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego na co najmniej **35 dni** i nie więcej niż 12 miesięcy przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. W związku z tym nasuwa się pytanie, dlaczego w art. 151 ust. 2 pkt 1 przewidziano termin 35 dni, a nie jak w ust. 1 tego artykułu 30 dni, i czy jest to zgodne z wolą ustawodawcy. W analogicznym art. 138 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 terminy się pokrywają. Podobna uwaga dotyczy art. 162 ust. 1 i 2 pkt 1;

34) art. 151 ust. 3 – propozycja poprawki redakcyjnej. Przepis ten powinien być sformułowany analogicznie do „bliźniaczego” art. 138 ust. 3. W art. 151 ust. 3 wyraz „przypadkach” należy zastąpić wyrazem „sytuacjach” (zasada konsekwencji terminologicznej – § 10 ZTP).

35) art. 161 ust. 1 pkt 3 – nasuwa się pytanie, dlaczego art. 161 ust. 1 pkt 3 (zaproszenie do składania ofert wstępnych w negocjacjach z ogłoszeniem) został sformułowany inaczej

niż analogiczny art. 179 ust. 1 pkt 3 (zaproszenie do dialogu). W szczególności w art. 161 ust. 1 pkt 3 brakuje doprecyzowania, że chodzi o dokumenty, które są niezbędne do przygotowania się wykonawców do złożenia ofert wstępnych. Brakuje wskazania ze zmiany opisu potrzeb i wymagań są „ewentualne”. Podobne pytanie dotyczy art. 168 ust. 2 pkt 2 (zaproszenie do składania ofert ostatecznych w negocjacjach z ogłoszeniem), przy czym przepis ten ma brzmienie pośrednie pomiędzy brzmieniem art. 161 ust. 1 pkt 3 i art. 179 ust. 1 pkt 3. W związku z tym, że racjonalny językowo prawodawca podobne powinien formułować analogicznie (choćby w celu zapewnienia komunikatywności aktu w aspekcie interpretacyjnym), brzmienie analizowanych przepisów powinno być ujednolicone;

36) art. 178 ust. 2 – zgodnie z art. 178 ust. 1 zamawiający zaprasza jednocześnie do dialogu wykonawców, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu, a w przypadku ustalenia kryteriów selekcji, zaprasza wykonawców, którzy spełniają te kryteria w liczbie określonej przez zamawiającego. W ust. 2 tego artykułu przesądzono sposób postępowania w przypadku, gdy liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu o zamówieniu. W związku z tym nasuwa się pytanie, dlaczego podobnego rozwiązania nie przyjęto w odniesieniu do przetargu ograniczonego (art. 149) i negocjacji z ogłoszeniem (art. 160). W zamówieniach dokonywanych w tych trybach również może dojść do sytuacji, o której mowa w art. 178 ust. 2 (tzn. liczba wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu może być większa niż określona przez zamawiającego w ogłoszeniu);

37) art. 209 ust. 2 – w związku z tym przepisem nasuwa się pytanie, protokół jakiego postępowania ma być przekazany Komisji Europejskiej – postępowań, o których mowa w art. 209 ust. 1 pkt 1 (czyli protokół postępowania, które nie zakończyło się wyborem wykonawcy), czy protokół postępowania prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia w następstwie zaistnienia przesłanki, o której mowa w art. 209 ust. 1 pkt 1?

38) art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b – zgodnie z tym przepisem, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw

wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów. Mając na względzie § 156 ZTP (zasady formułowania odesłań) oraz fakt, że odesłanie do innych przepisów w przypadku art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b nie ma żadnego merytorycznego znaczenia, należałoby skreślić w tym przepisie wyrazy „wynikających z odrębnych przepisów”;

39) art. 224 ust. 2 pkt 7 – przepis wymaga korekty językowej. W przepisie mówi się bowiem o przepisach „dotyczących z zakresu ochrony środowiska”. W celu zapewnienia poprawności językowej przepisu, należałoby skreślić w nim wyraz „dotyczącymi”;

40) art. 226 ust. 1 pkt 14 – zgodnie z tym przepisem zamawiający będzie odrzucał ofertę, jeżeli wykonawca złoży wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 (zamawiający zwraca wadium wykonawcy po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza). Przepis art. 98 ust. 2 pkt 3 dotyczy dwóch okoliczności (pierwsza okoliczność – zwrot wadium wykonawcy w przypadku niewybrania jego oferty oraz druga okoliczność – wyłączenie zwrotu wadium w przypadku wykonawcy, którego ofertę wybrano; okoliczności te pozostają względem siebie w relacji zasada – wyjątek, przy czym wyjątkiem jest okoliczność wybrania oferty). W związku z powyższym, w art. 226 ust. 1 pkt 14 należy precyzyjnie wskazać, że przepis ten odnosi się do sytuacji, w której wykonawca składa wniosek o zwrot wadium pomimo tego, że jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Proponuje się zatem zastąpienie wyrazów „, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3” wyrazami „wybrania jego oferty jako najkorzystniejszej”;

41) art. 264 ust. 2 pkt 1 lit. b – w związku z tym, że w PZP mowa jest o różnego rodzaju wnioskach, należy doprecyzować, o jakim wniosku mowa jest we wskazanym przepisie. Zapewne jest to wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Podobnego doprecyzowania należy dokonać w art. 308 ust. 3 pkt 1 lit. b i art. 421 ust. 2 pkt 1;

42) art. 281 ust. 2 pkt 10 – w związku z tym, że przedmiotem art. 281 ust. 2 jest określenie elementów specyfikacji warunków zamówienia, a nie określenie wymagań dotyczących wadium, należałoby problematykę maksymalnej wysokości kwoty wadium uregulować w odrębnym przepisie (np. w dodatkowym ustępie art. 281 albo dodatkowym artykule;

przepis mógłby brzmieć: *„Zamawiający określa kwotę wadium w wysokości nie większej niż 1,5 % wartości zamówienia.”*);

43) art. 283 – w związku z tym, że w art. 284 i art. 286 dokonano wyraźnego rozróżnienia ofert i ofert podlegających negocjacjom, wydaje się, że takiego rozróżnienia należy dokonać również w art. 283, o ile przepis ten ma dotyczyć ofert podlegających negocjacjom. W przeciwnym razie przepis ten będzie dotyczył wyłącznie ofert;

44) art. 284 ust. 5 – przepis art. 284 ust. 5 odsyła do ust. 4 tego samego artykułu w celu wskazania, których ofert dotyczy przepis zawierający odesłanie. Zastosowana technika budzi wątpliwości. Po pierwsze, nie jest jasne dlaczego odesłano do ust. 4, a nie ust. 3. O przedłużeniu terminu składania ofert mowa jest w ust. 3, zaś ust. 4 mówi o tym, w jakich okolicznościach nie ma obowiązku przedłużania tego terminu. Po drugie, ust. 5 jest jedynym przepisem odnoszącym się do ofert i ofert podlegających negocjacjom, w którym zastosowano technikę odesłania w celu zidentyfikowania rodzajów ofert. Po trzecie, przyjęte rozwiązanie może sugerować, że ust. 5 odnosi się wyłącznie do takiego przedłużania terminu składania ofert, które nie było obligatoryjne (chyba nie o to ustawodawcy chodziło). Mając na względzie powyższe, w ust. 5 należałoby wprost mówić o przedłużeniu składania ofert albo ofert podlegających negocjacjom;

45) art. 319 – zgodnie z ust. 1, po przekazaniu zaproszenia do składania ofert dotyczących **pierwszego** zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów, **kolejnych terminów** na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów nie wyznacza się. Zgodnie jednak z ust. 2, w okresie obowiązywania dynamicznego systemu zakupów zamawiający zapewnia wykonawcom nieobjętym tym systemem możliwość złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów. W związku z tym nasuwa się pytanie, jaka jest relacja między tymi przepisami i w jakich okoliczności znajdzie zastosowanie ust. 2. Umożliwienie złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów przez wykonawcę nieobjętego systemem będzie się wiązało przecież z wyznaczeniem terminu na złożenie takiego wniosku, a z ust. 2 nie wynika, że przepis ten będzie stosowany do czasu przekazania zaproszenia do składania ofert dotyczących pierwszego zamówienia objętego systemem. Jak pogodzić ze sobą te dwie regulacje?

46) art. 328 ust. 3 – kierując się § 156 ust. 1 ZTP oraz mając na względzie, że podstawowym aktem dotyczącym ochrony osobistych i majątkowych praw autorskich i praw pokrewnych jest ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. **o prawie autorskim i prawach pokrewnych**, należałoby we wskazanym przepisie odesłać wprost do tej ustawy (określono w niej w szczególności zakres uprawnień twórcy do korzystania z utworu i rozporządzania nim na różnych polach eksploatacji);

47) art. 333 ust. 3 – zgodnie z art. 326 pkt 2 w konkursie nagrodą będzie mogło być **zaproszenie** autora lub autorów wybranych prac konkursowych do negocjacji odpowiednio w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia, w celu wykonania usługi na podstawie wybranej pracy konkursowej, **albo takie zaproszenie wraz z nagrodą pieniężną lub rzeczową**. W przypadku gdy zaproszeniu będzie towarzyszyła nagroda pieniężna lub rzeczowa niezasadne jest wyłączenie z treści regulaminu konkursu informacji, o których mowa w art. 333 ust. 2 pkt 13. Przepis art. 333 ust. 3 powinien odnosić się do konkursu, w którym nagrodą jest zaproszenie do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki. Natomiast w konkursach, w których nagrodą jest nagroda pieniężna lub rzeczowa (bez względu na to czy jest to samodzielna nagroda, czy towarzyszy ona zaproszeniu), w regulaminie konkursu powinny znaleźć się informacje o rodzaju i wysokości nagród. Stąd też proponuje się nadanie nowego brzmienia art. 333 ust. 3. Przepis ten może mieć następujące brzmienie:

„3. W przypadku konkursu, w którym nagrodą jest zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia regulamin konkursu zawiera także informacje o:

1) planowanym terminie zaproszenia do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia, w celu wykonania usługi na podstawie wybranej pracy konkursowej;

2) przedmiocie usługi, która ma być realizowana w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia, na podstawie wybranej pracy konkursowej;

3) istotnych postanowieniach, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego;

4) *podstawach wykluczenia z postępowania oraz warunkach udziału w postępowaniu, które zostaną określone w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia;*
5) *orientacyjnym terminie realizacji usługi.”*;

48) art. 354 – w związku z tym, że uczestnikiem konkursu mogą być również podmioty inne niż przedsiębiorcy oraz mając na uwadze pozostałe przepisy PZP, proponuje się zastąpienie we wskazanym przepisie wyrazu „firma” wyrazem „nazwa”. Zgodnie z ustawą – Kodeks cywilny firma jest oznaczeniem przedsiębiorcy;

49) art. 358 ust. 3 – analiza przepisów dotyczących konkursu prowadzi do wniosku, że opracowanie studialne jest podstawą wykonania pracy konkursowej, a nie podstawą wyboru pracy konkursowej. Zatem art. 358 ust. 3 powinien brzmieć: „*Zamawiający, na wniosek uczestników konkursu, zwraca złożone przez nich opracowania studialne, z wyjątkiem opracowania studialnego, na podstawie którego wykonano wybraną pracę konkursową.”*;

50) art. 377 ust. 1 pkt 1 – uwzględniając art. 376 ust. 1 pkt 3, art. 377 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz art. 381, w art. 377 ust. 1 pkt 1 należy mówić o **sektorowych negocjacjach z ogłoszeniem**, a nie o negocjacjach z ogłoszeniem;

51) art. 379 ust. 3 wprowadzenie do wyliczenia i art. 384 wprowadzenie do wyliczenia – uwzględniając poglądy doktryny i Trybunału Konstytucyjnego dotyczące posługiwania się czasownikami modalnymi „musi”, „może” i „powinien”, mając na względzie, że użyte we wskazanych przepisach sformułowanie „może wyznaczyć” budzi wątpliwości interpretacyjne (nie jest jasne, czy wymagania dotyczące terminu określone w art. 379 ust. 1 i art. 384 są obligatoryjne, czy fakultatywne; „może″ nie oznacza „musi”) oraz zakładając, że zamawiający związany jest dyspozycją wynikającą z tych przepisów, należałoby zastąpić wyrazy „może wyznaczyć” wyrazem „wyznacza”;

52) art. 391 ust. 2 – w art. 393 ust. 1 pkt 4 przewidziano, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego zamawiający może, w przypadku zamówienia na dostawy, odrzucić ofertę, w której udział produktów, w tym oprogramowania wykorzystywanego

w wyposażeniu sieci telekomunikacyjnych pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE, nie przekracza 50%, jeżeli przewidział to **w ogłoszeniu o zamówieniu**, a jeżeli postępowanie nie jest wszczynane za pomocą ogłoszenia o zamówieniu – **w SWZ**. W art. 393 ust. 2, który jest merytorycznie związany z art. 393 ust. 1 pkt 4, nie uwzględniono, że przesłanka odrzucenia, o której mowa w tych przepisach, może wynikać również z ogłoszenia o zamówieniu. Dążąc do zapewnienia spójności w obrębie art. 393 i wyeliminowania luki, proponuje się, aby w ust. 2 wyrazy „SWZ” zastąpić wyrazami „ogłoszeniu o zamówieniu albo SWZ”;

53) art. 394 ust. 2 – zakładając, że w art. 394 ust. 2 mowa jest o tym samym wniosku co w ust. 1, 3 i 4 tego artykułu, należy w analizowanym przepisie po wyrazie „wniosek” dodać wyrazy „, o którym mowa w ust. 1,”;

54) art. 405 ust. 2 pkt 4 i art. 457 ust. 3 – uwzględniając „Rekomendacje dla legislatorów dotyczące wybranych zagadnień legislacyjnych, zaakceptowane przez kierownictwo Rządowego Centrum Legislacji, Biura Legislacyjnego Kancelarii Sejmu oraz Biura Legislacyjnego Kancelarii Senatu, po szkoleniu „Ujednolicanie praktyki legislacyjnej rządowych i parlamentarnych służb legislacyjnych” – Jachranka, wrzesień/październik 2011 r., należałoby we wskazanym przepisie zastąpić wyrazy „z zastrzeżeniem” wyrazami „z uwzględnieniem”;

55) art. 410 ust. 1 – zakładając, że przewidziane w art. 410 ust. 1 tryby udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa będą zasadą, a tryby wskazane w ust. 2 tego artykułu wyjątkiem, uwzględniając sposób sformułowania art. 376 ust. 1 (przepis analogiczny) oraz mając na względzie zapewnienie właściwej relacji pomiędzy art. 410 ust. 1 i ust. 2 (zasada/wyjątek), proponuje się zastąpienie w ust. 1 wyrazów „może udzielić” wyrazami „udziela”;

56) art. 424 – w związku z tym, że art. 5 ust. 4 nie definiuje pojęcia „zamawiający sektorowy”, ale określa co jest działalnością sektorową oraz mając na względzie, że zdefiniowany w przepisie odsyłającym zakres odesłania powinien odpowiadać

zakresowi przepisu, do którego się odsyła, proponuje się, aby w art. 424 wyrazy „, o którym mowa w art. 4 lub art. 5 ust. 4” zastąpić wyrazami „zamawiającym publicznym lub zamawiającym sektorowym” (analogicznie do art. 44 ust. 4 pkt 1 lit. b i pkt 2 lit. b tiret pierwsze);

57) art. 427 ust. 4 i art. 462 ust. 7 – w związku z tymi przepisami nasuwa się pytanie, dlaczego w pierwszym z przepisów mowa jest o wykluczeniu lub zmianie podwykonawcy, w drugim zaś o zmianie albo rezygnacji z podwykonawcy? Wydaje się, że oba przepisy powinny odnosić się do takich samych okoliczności skutkujących ustaniem stosunku podwykonawstwa.

Nie jest też jasne dlaczego, w okolicznościach określonych w art. 427 ust. 4, wykonawca będzie obowiązany wykazać się spełnianiem warunków udziału w postępowaniu **na żądanie** zamawiającego, natomiast w okolicznościach określonych w art. 462 ust. 7 **z mocy prawa**;

58) art. 437 ust. 1 pkt 2 – formułując wymagania szczególne dotyczące treści umowy, której przedmiotem są roboty budowlane, należy wziąć pod uwagę, że zgodnie z art. 464 ust. 3 i 6, określenie terminu zgłoszenia zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo oraz terminu zgłoszenia sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo jest **obligatoryjne**. Przepis pkt 2 powinien brzmieć: *„terminu na zgłoszenie przez zamawiającego zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do projektu jej zmiany i terminu na zgłoszenie sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do jej zmian;”*;

59) art. 459 ust. 1 część wspólna – w przepisie tym należy dokonać korekty językowej. Wyraz „zaniechania” należy zastąpić wyrazem „zaniechanie”;

60) art. 468 ust. 6 – w związku z tym, że art. 468 ust. 2 pkt 7 wskazuje, jaką wiedzą i doświadczeniem musi się legitymować Prezes Urzędu, a co za tym idzie kandydat na to stanowisko, w art. 468 ust. 6 nie ma potrzeby wskazywać, że w toku naboru na stanowisko Prezesa Urzędu sprawdzana jest wiedza niezbędna do wykonywania zadań na stanowisku, na które trwa nabór. Co więcej przyjęte rozwiązanie nie jest konsekwentne. Nasuwa się bowiem pytanie, dlaczego takiego uściślenia nie dokonano

w odniesieniu do „doświadczenia” kandydata? Zdanie drugie w art. 468 ust. 6 powinno brzmieć: „*W toku naboru komisja bada spełnianie wymagań, o których mowa w ust. 4 pkt 3, w tym ocenia doświadczenie i wiedzę oraz kompetencje kierownicze kandydata.*”;

61) art. 474 ust. 3 – w treści roty ślubowania należałoby posłużyć się pełną nazwą organu, a nie nazwą w wersji skróconej. Wprawdzie w przypadku sformułowania skrótu ustawodawca jest obowiązany posługiwać się nim konsekwentnie w obrębie aktu, niemniej zasada ta nie znajduje zastosowania m.in. w odniesieniu do takich wypowiedzi, prawodawcy, które w obrocie prawnym będą funkcjonowały „obok” aktu. Taką wypowiedzią jest niewątpliwie rota ślubowania. W analizowanym przypadku w treści roty powinno się mówić o obowiązkach członka Krajowej Izby Odwoławczej;

62) art. 476 ust. 4 pkt 2 – wzór oświadczenia o stanie majątkowym nie jest określony w ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne, ale w rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 14 czerwca 2017 r. w sprawie określenia wzorów formularzy oświadczeń o prowadzeniu działalności gospodarczej i o stanie majątkowym wydanym na podstawie wskazanej ustawy. W art. 476 ust. 4 pkt 2 należy wyraz „ustawie” zastąpić wyrazami „przepisach wydanych na podstawie ustawy”;

63) art. 482 – w związku z tym, że zadania Krajowej Izby Odwoławczej wynikają wprost z ustawy (art. 473 ust. 1), w art. 482 należy mówić wykonywaniu **zadań Izby**, a nie wykonywaniu zadań powierzonych Izbie;

64) art. 494 pkt 4 – w przepisie tym, jako jedynym w ustawie, posłużono się pojęciem „instytucja kontrolna”, w związku z tym nasuwa się pytanie o relację tego pojęcia oraz pojęcia „organ kontroli”, które zostało zdefiniowane w art. 596 ust. 2. Jeżeli organ kontroli i instytucja kontrolna to te same podmioty, w art. 494 pkt 4 należałoby wyrazy „instytucji kontrolnych” zastąpić określeniem „organów kontroli”. Jeśli zaś pojęcia te znaczą coś innego, należałoby określić zakres podmiotowy pojęcia „instytucja kontrolna”;

65) art. 528 pkt 6 – zgodnie z art. 514 ust. 2 kopię odwołania odwołujący przekazuje, a nie przesyła zamawiającemu. W związku z tym, wyraz „przesłał” należy zastąpić wyrazem „przekazał”;

66) art. 549 ust. 1 – w przepisie tym wskazano, że rozprawę w ramach postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą prowadzi przewodniczący składu orzekającego oraz wymieniono przykładowe czynności przewodniczącego w ramach rozprawy. Wskazano m.in., że przewodniczący składu orzekającego umożliwia zadawanie pytań członkom składu orzekającego. Rodzi to wątpliwość, czy chodzi o zadawanie pytań członkom składu orzekającego przez strony oraz uczestników postępowania, czy też zadawanie pytań przez członków składu orzekającego stronom oraz uczestnikom postępowania. Zakładając, że chodziło o to ostatnie, wyrazy „zadawanie pytań członkom składu orzekającego” należałoby zastąpić wyrazami „członkom składu orzekającego zadawanie”;

67) art. 563 – skoro wysokość kary pieniężnej odniesiono do wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w umowie w sprawie zamówienia publicznego (do 10 % tego wynagrodzenia), oczywiste jest, że ustalając wysokość kary trzeba wartość tego wynagrodzenia wziąć pod uwagę. W związku z tym, proponuje się skreślić w art. 563 wyrazy „„, oraz wartość wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie”, jako niemające wartości normatywnej;

68) art. 576 pkt 2 – w związku z tym, że w art. 574 ustawodawca przesądził, że do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, nie ma potrzeby powtarzania tego w przepisie upoważniającym Prezesa Rady Ministrów do określenia szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego. Oczywiste jest, że szczegółowe rodzaje kosztów, określone w rozporządzeniu będą musiały mieścić się w granicach wyznaczonych przez art. 574. Mając to na względzie w art. 576 pkt 2 należy skreślić wyrazy „„ objętych wpisem oraz uzasadnionymi kosztami stron”;

69) art. 593 ust. 1 i 2 – zgodnie z art. 593 ust. 1, pozew albo odpowiedź na pozew zamawiającego ma zawierać informację, czy strony podjęły próbę mediacji lub innego

polubownego rozwiązania sporu, a w przypadku gdy takich prób nie podjęto, wyjaśnienie przyczyn ich niepodjęcia. Rozwiązanie to, w części dotyczącej pozwu, jest powtórzeniem art. 187 § 1 pkt 3 KPC (pozew powinien czynić zadość warunkom pisma procesowego, a nadto zawierać informację, czy strony podjęły próbę mediacji lub innego pozasądowego sposobu rozwiązania sporu, a w przypadku gdy takich prób nie podjęto, wyjaśnienie przyczyn ich niepodjęcia). Zamieszczenie informacji o mediacji w pozwie jest wymogiem formalnym, podlegającym uzupełnieniu na takich samych zasadach jak pozostałe wymagania przewidziane w art. 187 § 1 KPC. Nieuzupełnienie braków skutkuje zwróceniem pozwu. Skoro pozew musi zawierać informacje o mediacji, w jakim celu informacje te mają być powtarzane w odpowiedzi na pozew? Ponadto wobec treści art. 187 § 1 pkt 3 KPC, niezrozumiały jest art. 593 ust. 2. Skoro pozew musi zawierać informację o mediacji, to czy możliwa jest w ogóle okoliczność, o której mowa w art. 593 ust. 2, tj. procedowanie pozwu, który w swojej treści nie zawiera informacji o mediacji. Czy art. 593 ust. 2 PZP stanowić ma *lex specialis* w stosunku do art. 187 § 1 pkt 3 KPC, tj. czy ustawodawca chce dopuścić w sprawie majątkowej, w przypadku sporu wynikającego z zamówienia publicznego, możliwość składania przez zamawiającego pozwu bez informacji o mediacji? Jeśli tak, nasuwa się kolejne pytanie, dlaczego ustawodawca różnicuje sytuację zamawiającego i wykonawcy. W przypadku gdy pozew wykonawcy nie będzie spełniał wymagań formalnych w zakresie informacji o mediacji będzie on zwracany, zaś w analogicznej sytuacji, jeśli powodem będzie zamawiający zastosowanie znajdzie art. 593 ust. 2 PZP. W uzasadnieniu do projektu ustawy zróżnicowania takiego nie uzasadniono;

70) art. 609 ust. 1 pkt 1 – zgodnie z tym przepisem, jeżeli postępowanie wyjaśniające nie potwierdziło uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik, zakończenie kontroli doraźnej następuje **poprzez przekazanie informacji o braku podstaw do dalszego prowadzenia kontroli**. W związku z tym przepisem nasuwa się pytanie, komu informacja ta ma być przekazana – zamawiającemu (tak jak w art. 609 ust. 1 pkt 2), wnioskodawcy, czy też zarówno zamawiającemu, jak i wnioskodawcy (tak jak w art. 607 ust. 5). W celu wyeliminowania wątpliwości, w art. 609 ust. 1 pkt 1 należałoby tę kwestię przesądzić;

71) art. 619 ust. 2 pkt 6 – należy dokonać korekty technicznej odesłania w tym przepisie. Odsyłając do innych przepisów w ramach tej samej jednostki redakcyjnej, nie powtarza się oznaczenia tej jednostki. Wyrazy „w ust. 1 pkt 1 lub ust. 2 pkt 1–5” należy zastąpić wyrazami „w pkt 1–5 lub ust. 1 pkt 1”.

V. Uwagi szczegółowe do ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych

1) część przepisów nowelizujących, zawierających tzw. zmiany punktowe, polegające na zastąpieniu odesłań do aktualnie obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych odesłaniami do PZP, wymagać będzie aktualizacji w zakresie oznaczeń dziennika urzędowego (dotyczy to w szczególności zmian wprowadzanych art. 2 pkt 1, art. 12, art. 30 pkt 1, art. 36, art. 37 pkt 3, art. 48 pkt 1 lit. a, art. 51 pkt 1, art. 53, art. 55 i art. 56);

2) art. 17 pkt 2 lit. a – w nowelizowanym przepisie art. 37gb ust. 1 pkt 5 ustawy o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym należałoby uwzględnić fakt, że adres publikacyjny PZP pojawia się po raz pierwszy w art. 1a ust. 3 nowelizowanej ustawy i w związku z tym powinien być wyeliminowany z art. 37gb ust. 1 pkt 5. Zabieg ten pozwoli uniknąć sytuacji, w której przepis odsyłać będzie do nowej regulacji PZP i jednocześnie zawierać będzie adres publikacyjny dotychczasowej ustawy – Prawo zamówień publicznych;

3) art. 24 – w ustawie – Ordynacja podatkowa należałoby znowelizować również art. 64 § 2, w którym pozostało nieprecyzyjne odesłanie przedmiotowe do „przepisów o zamówieniach publicznych”. Ustawodawca w sposób konsekwentny dokonuje aktualizacji odesłań do PZP poprzez wskazanie pełnego tytułu nowej regulacji. Przepis art. 64 § 2 ustawy – Ordynacja podatkowa nie powinien być wyjątkiem;

4) art. 31 pkt 2 – należy doprecyzować zakres dokonywanej zmiany w przepisie art. 66 ust. 2e ustawy o transporcie kolejowym tak, aby uniknąć niegramatycznego sformułowania „według zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 2 …”;

5) art. 43 pkt 3 lit. b – nowelizowany art. 10 ust. 2 ustawy o drogowych spółkach specjalnego przeznaczenia powinien otrzymać nowe brzmienie. Posłużenie się techniką zmiany punktowej (zastąpienie określonych wyrazów innymi wyrazami) powoduje, że przepis będzie sformułowany niezgodnie z zasadami gramatyki języka polskiego. W efekcie przepis będzie brzmiał w następujący sposób „**Dokumenty zamówienia**, o którym mowa w ust. 1, **powinna** zawierać także:”. Nadanie całego nowego brzmienia art. 10 ust. 2 pozwoliłoby ponadto wyeliminować nieścisłość, polegającą na zastosowaniu czasownika modalnego „powinien”.

Przepis art. 10 ust. 2 mógłby zostać sformułowany w sposób wskazany poniżej:

„2. Do dokumentów zamówienia, o którym mowa w ust. 1, dołącza się:

1) oświadczenie uczestnika postępowania, że jego wspólnicy albo akcjonariusze, którzy dysponują bezpośrednio lub pośrednio co najmniej 20% głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu lub którzy posiadają bezpośrednio co najmniej 20% udziałów lub akcji w innej spółce kapitałowej, nie ubiegają się o zawarcie umowy, o której mowa w art. 9 ust. 1, dotyczącej tego samego postępowania;

2) złożony przez uczestnika postępowania wykaz jednostek z nim powiązanych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2019 r. poz. 351 i 1495).”;

6) art. 47 pkt 1 – w przepisie wprowadzającym zmiany posłużono się nieprecyzyjną techniką. W nowelizowanym art. 76 ust. 6 ustawy o postepowaniu kompensacyjnym w podmiotach o szczególnym znaczeniu dla polskiego przemysłu stoczniowego, po wyrazach „nie stosuje się” nie występują wyrazy „ o zamówieniach publicznych oraz” ale wyraz „przepisów”. Należałoby zatem wyeliminować wprowadzające w błąd sformułowanie *„po wyrazach „nie stosuje się””* i poprzestać na wskazaniu wyrazów, które mają być skreślone;

7) art. 61 pkt 1 lit. b – należy uzupełnić zakres dokonywanej zmiany tak, aby w ostatecznym brzmieniu art. 26 ust. 4a ustawy o działalności leczniczej uniknąć niegramatycznego sformułowania (zastępowany fragment powinien brzmieć: „*w przepisach wydanych na podstawie art. 35 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych*”);

8) należy zwrócić uwagę na konieczność dokonania przeglądu i w następstwie znowelizowania ustaw, które zostały uchwalone przez Sejm, ale z racji niezakończenia procesu legislacyjnego nie zostały uwzględnione w PWPZP. Tytułem przykładu można wskazać nowelizację ustawy o Polskim Instytucie Spraw Międzynarodowych (ustawa uchwalona na 86. posiedzeniu Sejmu w dniu 11 września 2019 r.). Dodawane do ustawy o PISM przepisy art. 7b ust. 6 oraz art. 7c ust. 5 zawierają odesłania do aktualnie obowiązującej ustawy PZP. W związku z wejściem w życie z dniem 1 stycznia 2021 r. nowej regulacji PZP, odesłania te staną się bezprzedmiotowe;

9) art. 91 ust. 1 – istotą przepisu przejściowego jest wskazanie, że do umów w sprawie zamówienia publicznego oraz umów ramowych, o których mowa w uchylanej ustawie – Prawo zamówień publicznych zawartych w następstwie postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. znajdą zastosowanie przepisy dotychczasowe. Niecelowe wydaje się w związku z tym wskazywanie w art. 91 ust. 1, że dotychczasowe przepisy znajdą zastosowanie **do umów zawartych przed dniem 1 stycznia 2021 r. oraz po dniu 31 grudnia 2020 r.** Ta część przepisu ma charakter informacyjny i jako taka jest zbędna. Przepis można zmodyfikować i uprościć we wskazany poniżej sposób:

„Art. 91. 1. Do umów w sprawie zamówienia publicznego oraz umów ramowych, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, zawartych w następstwie postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.”;

Podobna uwaga dotyczy art. 91 ust. 2 , art. 93 ust. 1 i art. 96 ust. 2;

10) art. 108 ust. 3 i ust. 7 – w myśl tych przepisów Prezes Urzędu Zamówień Publicznych a także Prezes Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej będą obowiązani dokonać oceny wykorzystania limitu wydatków z budżetu państwa przeznaczonych na wykonywanie zadań wynikających z PZP według stanu na koniec każdego kwartału, przy czym ocena wykorzystania limitu na koniec czwartego kwartału ma być dokonana **20 listopada każdego roku**. W związku z tą regulacją nasuwa się pytanie, czy zgodne

z wolą ustawodawcy jest, aby Prezes Urzędu Zamówień Publicznych oraz Prezes Prokuratorii Generalnej RP byli obowiązani dokonać oceny wykorzystania limitu wydatków w konkretnym dniu tj. 20 listopada i czy ustalenie sztywnej daty nie będzie powodowało problemów, w szczególności jeśli okaże się, że 20 listopada będzie dniem wolnym od pracy. Być może lepszym rozwiązaniem, z praktycznego punktu widzenia, byłoby wyznaczenie terminu na wykonanie obowiązku ustawowego **do dnia 20 listopada** każdego roku.

Jakub Zabielski
Główny legislator