



**Opinia**  
**o ustawie o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych**  
**oraz niektórych innych ustaw**  
**(druk nr 687)**

**I. Cel i przedmiot ustawy**

Celem nowelizacji jest wdrożenie do polskiego porządku prawnego postanowień:

- 1) dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych;
- 2) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi;
- 3) 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;

Do najważniejszych zmian dokonywanych w ustawie – Prawo zamówień publicznych należą w szczególności:

- 1) wprowadzenie definicji pojęcia "postępowanie o udzielenie zamówienia";
- 2) sformułowanie upoważnienia dla Prezesa Rady Ministrów do określenia, w drodze rozporządzenia, wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (dotychczas ustawa odsyłała w tym zakresie do załączników dyrektyw: 2004/17/WE i 2004/18/WE);
- 3) zmodyfikowanie katalog wyłączeń z reżimu nowelizowanej ustawy;

- 4) ograniczenie do uzasadnionych przypadków stosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia i zamówienia z wolnej ręki przy udzielaniu zamówień, których przedmiotem są usługi niepriorytetowe;
- 5) umożliwienie zamawiającemu bezpośredniego informowania o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia znanych sobie wykonawców, którzy w ramach prowadzonej działalności świadczą dostawy, usługi lub roboty budowlane będące przedmiotem zamówienia;
- 6) skrócenie terminów składania ofert;
- 7) wprowadzenie zasady, iż w przypadku złożenia po terminie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości poniżej tzw. "progów unijnych" zamawiający będzie taki wniosek zwracał niezwłocznie (analogiczną zasadę wprowadzono w odniesieniu do oferty złożonej po terminie);
- 8) umożliwienie zamawiającemu, w przypadku trybu negocjacji bez ogłoszenia oraz zamówienia z wolnej ręki, publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy;
- 9) umożliwienie udzielenia zamówienia z wolnej ręki, w przypadku jeżeli zamówienie udzielane jest na potrzeby własne jednostki wojskowej w rozumieniu przepisów o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa, a jego wartość jest niższa od tzw. "progów unijnych";
- 10) umożliwienie zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu albo zaproszeniu do negocjacji albo zaproszeniu do składania ofert;
- 11) rozszerzenie katalogu okoliczności uzasadniających zwolnienie zamawiającego z obowiązku zachowania terminu standstill;
- 12) umożliwienie zamawiającemu przekazania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, jeżeli zamówienia udziela się na podstawie umowy ramowej;
- 13) wprowadzenie zasady, iż wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu są udostępniane od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;

- 14) wprowadzenie w zakresie zamówień sektorowych obowiązku wydłużenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w przypadku dokonywania istotnych zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu;
- 15) wprowadzenie instytucji **unieważnienia** umowy albo części umowy w miejsce konstrukcji bezwzględnej **nieważności** umowy o zamówienie publiczne oraz określenie zasad unieważniania;
- 16) przyjęcie, iż umowa, której przedmiotem są usługi przesyłowe i dystrybucyjne energii elektrycznej będzie mogła być zawierana na czas nieoznaczony;
- 17) doprecyzowanie przepisów dotyczących kontroli doraźnej wszczętej przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- 18) reforma w zakresie środków ochrony prawnej; w ramach tej reformy przede wszystkim zrezygnowano z instytucji protestu i przyjęto, iż środkami ochrony prawnej są odwołanie oraz skarga do sądu (odwołanie przysługiwać będzie wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy; skarga do sądu będzie przysługiwała stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej); modyfikacji uległa procedura przed Krajową Izbą Odwoławczą, w szczególności zmianie uległy przepisy dotyczące wnoszenia odwołania (w zakresie terminów, jak i przesłanek); przyjęto także zasadę, iż Izba rozpoznaje odwołanie w składzie jednoosobowym, wyjątkowo ten skład będzie trzyosobowy;
- 19) wprowadzenie kar pieniężnych w przypadku odstąpienia od unieważnienia umowy w określonych w ustawie przypadkach (tzw. kary alternatywne);
- 20) zmodyfikowanie przepisów dotyczących odpowiedzialności za naruszenie przepisów ustawy (ograniczenie katalogu przypadków, w których zamawiający podlegał będzie karze pieniężnej).

Ustawa nowelizuje ponadto ustawę z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych i ustawę z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Nowelizacja pierwszej z nich zmierza do dostosowania tej ustawy do zmian dokonywanych w ustawie – Prawo zamówień publicznych (dokonywane zmiany modyfikują katalog naruszeń ustawy – Prawo zamówień publicznych, który są jednocześnie naruszeniem dyscypliny finansów publicznych). Natomiast nowelizacja drugiej ustawy w zakresie przepisów o skardze do sądu administracyjnego zmierza do wdrożenia do tej ustawy postanowień dyrektywy 2007/66/WE. Ustawodawca dokonuje tego wdrożenia

analogicznie, jak to uczynił w ustawie – Prawo zamówień publicznych (w szczególności wprowadzono do tej ustawy instytucje: unieważnienia umowy oraz tzw. "kar alternatywnych").

W przepisach przejściowych przewidziano, iż do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie opiniowanej nowelizacji, a także do protestów, odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosowane będą przepisy dotychczasowe. Przepisy dotychczasowe znajdą zastosowanie również do wszczętych przed dniem wejścia w życie nowelizacji postępowań o zawarcie umów koncesji oraz kontroli udzielania zamówień publicznych, a także do zawartych przed tym dniem umów w sprawach zamówień publicznych oraz umów koncesji.

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

## **II. Przebieg prac legislacyjnych**

Sejm uchwalił ustawę na 52. posiedzeniu w dniu 23 października 2009 r. Projekt ustawy był przedłożeniem rządowym. W trakcie prac nad projektem w Sejmie w szczególności:

- 1) zrezygnowano z nadania nowego brzmienia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych;
- 2) dodano przepis umożliwiający zamawiającemu unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli środki pochodzące z budżetu Unii Europejskiej oraz niepodlegające zwrotowi środki z pomocy udzielonej przez państwa członkowskie Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu albo zaproszeniu do negocjacji albo zaproszeniu do składania ofert;
- 3) dodano przepis przewidujący, iż Krajowa Izba Odwoławcza może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym oraz wskazano, iż to Izba, a nie przewodniczący składu orzekającego, otwiera na nowo zamkniętą rozprawę (analogicznej zamiany dokonano w odniesieniu do podmiotu ogłaszającego orzeczenie po zamknięciu rozprawy);
- 4) dodano przepis przewidujący, iż w przypadku gdy nie było ogłoszenia orzeczenia odpis tego orzeczenia wraz z uzasadnieniem wysyła się w terminie 3 dni od dnia wydania postanowienia.

### III. Uwagi szczegółowe

- 1) art. 1 pkt 2, art. 2a – uwzględniając zasady poprawności wdrażania przepisów prawa wspólnotowego do polskiego porządku prawnego skodyfikowane w opracowaniu *"Wytyczne polityki legislacyjnej i techniki prawodawczej. Zapewnienie efektywności prawa Unii Europejskiej w polskim prawie krajowym"*<sup>1</sup>, należy stwierdzić, iż w upoważnieniu do wydania rozporządzenia wdrażającego dyrektywę, w wytycznych, nie należy zamieszczać ogólnych klauzul nakazujących ministrowi branie pod uwagę prawa Unii Europejskiej w regulowanej dziedzinie. Rozwiązanie takie jest dopuszczalne wyjątkowo, w przypadku gdy "z uwagi na konkretne uregulowanie danej sprawy w dyrektywie ustawodawca krajowy nie ma swobody w kształtowaniu treści rozporządzenia i jest to jedyna wytyczna, którą minister (*Prezes Rady Ministrów*) powinien się kierować". Mając na względzie powyższe należałoby odpowiedzieć na pytanie, czy w odniesieniu do art. 2a mamy do czynienia z sytuacją wyjątkową, o której mowa wyżej. W przypadku odpowiedzi negatywnej konieczne jest uzupełnienie wytycznych zawartych w tym przepisie.
  
- 2) art. 1 pkt 20, art. 92 ust. 1 pkt 1 – przepis art. 62 ust. 2a określając minimalną treść ogłoszenia o zawarciu umowy przewiduje, że zawierać ono będzie m.in. nazwę (firmę) albo imię i nazwisko oraz adres wykonawcy, którego ofertę wybrano. W przepisie tym, przyjęto iż wykonawcą nie musi być przedsiębiorca i w związku z tym, stanowi on nie tylko o firmie, ale również o imieniu i nazwisku wykonawcy (podobną interpretację przyjęto w nowelizowanym art. 66 ust. 2 i dodawanym art. 154b ust. 1)<sup>2</sup>. Inaczej kwestia ta wygląda w art. 92 ust. 1, który dotyczy zawiadamiania o wyborze najkorzystniejszej

---

<sup>1</sup> Dokument ten jest zaktualizowaną i uzupełnioną wersją opublikowanego przez UKIE dokumentu: „Zapewnienie efektywności prawa Unii Europejskiej w polskim prawie krajowym. Wytyczne polityki legislacyjnej i techniki prawodawczej” (Warszawa 2003). Został on opracowany przez prof. dr hab. Jana Barcza, we współpracy z dr Agnieszką Grzelak w zakresie źródeł II i III filaru UE, Mirosławą Kapko, radcą ministra i Anną Siwek, głównym specjalistą, pracownikami Departamentu Prawa Unii Europejskiej UKIE, oraz zaakceptowany przez Rządowe Centrum Legislacji ([http://www.rcl.gov.pl/Wytyczne\\_v04\\_2009.pdf](http://www.rcl.gov.pl/Wytyczne_v04_2009.pdf)). W opracowaniu sformułowano m.in. wskazania dla legislatora krajowego w zakresie wdrażania dyrektyw. Dokument ten nie ma mocy obowiązującej, niemniej konieczność jego przestrzegania wynika z dobrej praktyki tworzenia prawa.

<sup>2</sup> Definicja pojęcia "wykonawca" określa bardzo szeroki krąg podmiotów, które mogą nim być - są to osoby fizyczne, osoby prawne i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej. Ustawa nie nakłada obowiązku dopuszczania do postępowania jedynie przedsiębiorców, co więcej warunek taki mógłby być uznany za ograniczenie uczciwej konkurencji. Zob. M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierzanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2007, wyd. III.

oferty. W przepisie tym ustawodawca stanowiąc o sposobie zawiadamiania wykonawców przewiduje, iż w zawiadomieniu podaje się m.in. nazwę (firmę) wykonawcy, którego ofertę wybrano oraz nazwy (firmy) wykonawców, którzy złożyli oferty. Przyjęte w tym przepisie rozwiązanie zakłada, iż wykonawcą może być wyłącznie przedsiębiorca. W związku z tym, należałoby rozważyć skorelowanie przytoczonych przepisów tak, aby opierały się one na analogicznym rozumieniu pojęcia "wykonawca". Z punktu widzenia dokonywanej analizy ważne są przepisy ustawy – Kodeks cywilny dotyczące oznaczania przedsiębiorców. Przepisy art. 43<sup>2</sup> - 43<sup>6</sup> Kodeksu cywilnego przesądzają, że przedsiębiorca działa pod firmą. W przepisach tych określono również, co jest firmą przedsiębiorcy. Należy mieć również na względzie, iż zgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego osoba fizyczna nie ma siedziby (nie można mówić o siedzibie wykonawcy będącego osobą fizyczną; osoba fizyczna ma miejsce zamieszkania).

Propozycja poprawki:

- w art. 1 w pkt 20, w ust. 1 w pkt 1 wyraz ", siedzibę" zastępuje się wyrazami "albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania" oraz wyraz ", siedziby" zastępuje się wyrazami "albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania";
- 3) art. 1 pkt 35, art. 165 ust. 2 zdanie drugie – w dodawanym przepisie ustawodawca wskazał, które przepisy dotyczące kontroli uprzedniej zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej znajdują zastosowanie w odniesieniu do kontroli doraźnej wszczętej przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. W związku z tym, rodzi się pytanie o wzajemną relację przepisów wymienionych w dodawanym zdaniu oraz przepisów zawartych w oddziale 2 - Kontrola doraźna. Wątpliwość dotyczy w szczególności tego, czy zastosowanie przepisów wymienionych w dodawanym zdaniu wyłącza stosowanie analogicznych przepisów dotyczących kontroli doraźnej. Porównanie przepisów wskazanych w dodawanym przepisie oraz przepisów zawartych w oddziale 2 - Kontrola doraźna prowadzi do wniosku, że ich zakresy w pewnym stopniu pokrywają się (odpowiednikiem art. 171 ust. 2 jest art. 166 ust. 2, odpowiednikiem art. 171a jest art. 167 ust. 1). Wobec tego nasuwa się np. pytanie, który przepis będzie podstawą wniesienia przez zamawiającego umotywowanych zastrzeżeń od wyników kontroli w przypadku kontroli doraźnej wszczętej przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, art. 167 ust. 1, czy też art. 171a. Nie powinno dochodzić do sytuacji, w której podstawą określonego zachowania adresata normy są dwa różne przepisy. Mając na względzie wyeliminowanie ewentualnych wątpliwości interpretacyjnych w zaproponowanej niżej

poprawce wyłączono z katalogu przepisów w dodawanym zdaniu te regulacje, które znajdują się już w oddziale 2 - Kontrola doraźna.

Propozycja poprawki:

- w art. 1 w pkt 35, w zdaniu drugim wyrazy "art. 171 ust. 1-3 i 5 i art. 171a" zastępuje się wyrazami "art. 171 ust. 1, 3 i 5";

- 4) art. 1 pkt 40, art. 183 ust. 3 – ustawodawca przesądził, iż wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy rozpoznawać będzie skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej wyznaczony do rozpoznania odwołania. W związku z tym, nasuwa się pytanie, czym kierował się ustawodawca nakazując w art. 183 ust. 3 wzięcie pod uwagę przepisów art. 188 ust. 3-7, które dotyczą zmian w składzie orzekającym, czy też wyłączenia członka składu orzekającego. Stosowanie tych przepisów nie budzi bowiem wątpliwości. Ponadto zakładając, iż z jakiegoś powodu zastrzeżenie jest potrzebne, rodzi się pytanie, dlaczego nie obejmuje ono art. 188 ust. 2, skoro jest on merytoryczną podstawą art. 188 ust. 3 i 4.

Propozycja poprawki:

- w art. 1 w pkt 40, w art. 183 w ust. 3 skreśla się wyrazy ", z zastrzeżeniem art. 188 ust. 3 – 7";

- 5) art. 1 pkt 40, art. 189 ust. 1 – w związku z tym przepisem nasuwa się pytanie, czy zgodne z wolą ustawodawcy jest, aby łączne rozpoznanie odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą mogło dotyczyć odwołań złożonych w różnych postępowaniach o udzielenie zamówienia, o ile dotyczą one takich samych czynności zamawiającego?
- 6) art. 1 pkt 40, art. 198g ust. 2 – uwzględniając systematykę ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, a także zasady formułowania odesłań zawarte w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie "Zasad techniki prawodawczej" należałoby precyzyjnie wskazać przepisy, do których ustawodawca odsyła. W Kodeksie postępowania cywilnego części podzielone są w pierwszej kolejności na księgi, a dopiero później na tytuły. Można przypuszczać, iż w analizowanym przepisie ustawodawcy chodziło o dział Va w tytule VI w księdze I w części I (księga I – Proces).

Propozycja poprawki:

- w art. 1 w pkt 40, w art. 198g w ust. 2 po wyrazach "części I" dodaje się wyrazy "w księdze I";

7) art. 7 – ustawodawca czasowo utrzymując w mocy rozporządzenie wydane na podstawie art. 193a nowelizowanej ustawy przewiduje, iż zachowa ono moc do czasu **wydania** nowego rozporządzenia na podstawie art. 198 tej ustawy w brzmieniu nadanym opiniowaną ustawą. Należy mieć na względzie, że dzień wydania rozporządzenia zasadniczo nie jest tożsamy z dniem jego wejścia w życie (wydane rozporządzenie musi być bowiem opublikowane i powinno ono wchodzić w życie ze stosownym okresem *vacatio legis* – standardowo 14 dni). Oznacza to, iż w systemie prawnym od dnia wydania rozporządzenia na podstawie art. 198 do dnia jego wejścia w życie w systemie prawnym będzie luka w zakresie regulowanego tym rozporządzeniem zakresu spraw. Chcąc uniknąć takich sytuacji ustawodawca w przepisach przejściowych czasowo utrzymujących w mocy dotychczasowe rozporządzenia posługuje się formułą, iż zachowują one moc nie tyle do dnia wydania nowych aktów wykonawczych, ale do dnia ich wejścia w życie.

Propozycja poprawki:

- w art. 7 wyrazy "czasu wydania" zastępuje się wyrazami "dnia wejścia w życie".

*Jakub Zabielski*

*Główny legislator*