

U C H W A Ł A
SENATU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

z dnia 22 października 2009 r.

**w sprawie ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych
oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych**

Senat, po rozpatrzeniu uchwalonej przez Sejm na posiedzeniu w dniu 25 września 2009 r. ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, wprowadza do jej tekstu następujące poprawki:

- 1) w art. 1 w pkt 1, w art. 22 ust. 4 otrzymuje brzmienie:
"4. Warunki, o których mowa w ust. 1, powinny być związane z przedmiotem zamówienia, a zawarte w nich wymagania proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.";
- 2) w art. 1 w pkt 2:
 - a) w ust. 1 w zdaniu wstępnym wyrazy "wyklucza się" zastępuje się wyrazami "zamawiający wyklucza",
 - b) w ust. 2 w zdaniu wstępnym wyrazy "wyklucza się również" zastępuje się wyrazami "zamawiający wyklucza";
- 3) w art. 1 w pkt 2, w ust. 2 w pkt 4 wyraz "wykazali" zastępuje się wyrazem "potwierdzili";
- 4) w art. 1 w pkt 3, w ust. 2b skreśla się wyrazy "wiedzy i doświadczeniu,";

- 5) w art. 1 w pkt 8:
- a) zdanie wstępne otrzymuje brzmienie:
"w art. 46:",
 - b) zmianę brzmienia ust. 1 umieszcza się w lit. a ze zdaniem wstępnym w brzmieniu:
"ust. 1 otrzymuje brzmienie:",
 - c) dodaje się lit. b w brzmieniu:
"b) po ust. 1 dodaje się ust. 1a w brzmieniu:
"1a. Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, zamawiający zwraca wadium niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli jego wniesienia żądano."",
 - d) zmianę brzmienia ust. 2 i 3 umieszcza się w lit. c ze zdaniem wstępnym w brzmieniu:
"ust. 2 i 3 otrzymują brzmienie:";
- 6) w art. 1 w pkt 16, w art. 151a po ust. 6 dodaje się ust. 6a w brzmieniu:
"6a. W przypadku żądania wniesienia zabezpieczenia zaliczki, w umowie określa się formę lub formy zabezpieczenia zaliczki, wysokość zabezpieczenia, a także sposób jego wniesienia i zwrotu. Umowa może przewidywać możliwość zmiany formy zabezpieczenia zaliczki w trakcie realizacji tej umowy.";
- 7) art. 5 otrzymuje brzmienie:
"Art. 5. Ustawa wchodzi w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia, z wyjątkiem art. 1 pkt 5 i art. 3 ust. 2, które wchodzi w życie z dniem ogłoszenia.".

WICEMARSZAŁEK SENATU

Marek ZIÓLKOWSKI

Uzasadnienie

Na posiedzeniu w dniu 22 października 2009 r. Senat rozpatrzył ustawę o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych i uchwalił do niej 7 poprawek.

Wprowadzając poprawkę nr 1 Senat uznał, iż związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do przedmiotu zamówienia powinny być warunki ubiegania się o udzielenie zamówienia, a nie opis sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków. Opis nie może być bowiem proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Podobnie to nie opis może być związany z przedmiotem zamówienia, lecz co najwyżej taki związek może charakteryzować "opisywany" warunek. Uchwalając poprawkę Senat uwzględnił również opinię praktyków, którzy odnoszą normę zmienianego przepisu właśnie do warunków (wymagań), które muszą spełniać wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, a nie do opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków.

Przyjmując poprawkę nr 2 Senat uznał, iż z punktu widzenia komunikatywności i kompletności przepisów o wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia, poprawnym byłoby wskazanie w tych przepisach, podmiotu dokonującego wykluczenia.

Uchwalając poprawkę nr 4 Senat uznał, iż wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia musi być kompetentny w zakresie tego, czego dotyczy zamówienie. W przekonaniu Izby zrozumiałe jest korzystanie z potencjału technicznego, osób, czy też zdolności finansowych innych podmiotów. Natomiast w interesie zamawiającego jest, aby ten kto ubiega się o zamówienie posiadał dostateczną wiedzę i doświadczenie w zakresie tego, co zamierza realizować. Zdaniem Senatu, umożliwienie korzystania z wiedzy i doświadczenia innych osób może negatywnie wpływać zarówno na jakość realizowanych zamówień, jak i na interes zamawiającego, a rezultacie na sposób wydatkowania środków publicznych.

Nowelizując art. 46 ust. 1 ustawodawca przesądził, iż zamawiający będzie zwracał wadium niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, nie będzie to dotyczyło wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Senat uznał, iż w ustawie brak jest przepisu, który jednoznacznie przesądzi, w jakim terminie zamawiający będzie miał obowiązek zwrócić wadium wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Z art. 46 ust. 5 wynika uprawnienie zamawiającego do zatrzymania wadium w przypadku niepodpisania umowy bądź niewniesienia wymaganego zabezpieczenia, co *a contrario* może być interpretowane, jako obowiązek zwrotu wadium w przypadku gdy do podpisania umowy i wniesienia zabezpieczenia dojdzie. Niemniej przepis

ten nie przesądza, w jakim terminie należy zwrócić wadium. Dążąc do wyeliminowania wątpliwości interpretacyjnych oraz zagwarantowania wykonawcy, który podpisał umowę i wniósł zabezpieczenie, możliwie szybkiego zwrotu wadium (bez opieszałości zamawiającego) Senat uchwalił poprawkę nr 5.

W związku z tym, iż ustawodawca przewidział, że zamawiający może, a niekiedy musi, żądać od wykonawcy wniesienia zabezpieczenia zaliczki w jednej lub kilku formach, o których mowa w art. 148 ust. 1 i 2, nasuwało się pytanie, w jakim zakresie przepisy dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy stosowane będą również w odniesieniu do zabezpieczenia zaliczki. Z punktu widzenia zamawiającego i wykonawcy ważne jest ustalenie, czy możliwa będzie w trakcie wykonywania zamówienia zmiana formy zabezpieczenia, w jaki sposób ustalana będzie wysokość zabezpieczenia, w jaki sposób zabezpieczenie będzie wnoszone, czy też, w jakim trybie zwracane będzie wniesione zabezpieczenie zaliczki. Wątpliwości Senatu wynikały w szczególności z umiejscowienia regulacji dotyczących zabezpieczenia zaliczki w ustawie oraz faktu wskazania możliwych form zabezpieczenia. Dopuszczalna była bowiem interpretacja - przy zastosowaniu wnioskowania *a simile* - zgodnie z którą do zabezpieczenia zaliczki odpowiednie zastosowanie znajdą przepisy o zabezpieczeniu należytego wykonania umowy (przyjmując założenie, iż racjonalny prawodawca powinien objąć określoną normą również inny stan faktyczny pokrywający się częściowo z opisanym w przepisie). Mając na względzie wyeliminowanie możliwych wątpliwości interpretacyjnych, uchwalono poprawkę nr 6. Rozwiązanie zaproponowane przez Senat przesądza, iż to strony w drodze umowy określać będą zasady wnoszenia i zwrotu zabezpieczenia zaliczki. Jeżeli strony uznają za właściwe skorzystanie pomocniczo z regulacji dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy, będą to mogły uczynić, niemniej wynikać to będzie musiało z treści umowy.

W myśl art. 5 ust. 2 zmiany dotyczące art. 38 mają wejść w życie z dniem ogłoszenia ustawy, natomiast przepis art. 3 ust. 2, nakazujący stosowanie art. 38 w nowym brzmieniu do postępowań, w których specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie została przekazana lub udostępniona wykonawcom przed dniem ogłoszenia ustawy, ma wejść w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia. W związku z tym nasuwało się pytanie, dlaczego ustawodawca różnicuje terminy wejścia w życie art. 3 ust. 2 i zmian w art. 38. Przyjęte przez Sejm rozwiązanie oznacza, że dopiero 15 dnia po dniu ogłoszenia ustawy zamawiający, którzy mieszczą się w zakresie podmiotowym art. 3 ust. 2, zostaną formalnie zobligowani do stosowania art. 38 ze zmianami wynikającymi z opiniowanej ustawy (w tym czasie zamawiający obowiązani będą stosować przepisy dotychczasowe). Mając na uwadze

wyeliminowanie możliwych wątpliwości interpretacyjnych oraz konieczność zapewnienia czytelności ustawy, Senat skorelował ze sobą terminy wejścia w życie art. 1 pkt 5 i art. 3 ust. 2. Ponadto zdaniem Senatu, zastrzeżenia budził również sposób sformułowania art. 5 ust. 2. Przepis ten przewiduje, że art. 38 w brzmieniu nadanym opiniowaną ustawą wejdzie w życie z dniem ogłoszenia. Formułując przepis o wejściu w życie należy mieć na względzie, iż art. 38 funkcjonuje już w systemie prawnym (wszedł w życie 2 marca 2004 r., w późniejszych terminach wchodziły w życie nie tyle kolejne wersje przepisu, co jego zmiany) i w związku z tym, niepoprawna jest regulacja przewidująca jego ponowne wejście w życie. Istotą art. 5 ust. 2 jest wcześniejsze wejście w życie zmian dotyczących art. 38. Senat uważa, iż cel ten powinien być zrealizowany przez wcześniejsze wprowadzenie do systemu prawnego art. 1 pkt 5 rozpatrzonej ustawy (zmienia on art. 38). Uwzględniając powyższe argumenty uchwalono poprawkę nr 7.

Poprawka nr 3 ma charakter redakcyjny.