

U C H W A Ł A
SENATU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

z dnia 19 listopada 2009 r.

**w sprawie ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych
oraz niektórych innych ustaw**

Senat, po rozpatrzeniu uchwalonej przez Sejm na posiedzeniu w dniu 23 października 2009 r. ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, wprowadza do jej tekstu następujące poprawki:

- 1) 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";
- 2) w art. 1 w pkt 29 w lit. b, w ust. 1a po wyrazach "energii elektrycznej" dodaje się wyrazy "lub gazu ziemnego";
- 3) 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) w art. 1 w pkt 40, w art. 183 w ust. 3 skreśla się wyrazy ", z zastrzeżeniem art. 188 ust. 3 – 7" oraz dodaje się zdanie drugie w brzmieniu:
"Przepisy art. 188 ust. 3 – 7 stosuje się.";
- 5) w art. 1 w pkt 40, w art. 187 w ust. 6 wyrazy "zarządzenia, na które nie przysługuje skarga" zastępuje się wyrazem "postanowienia" oraz wyrazy "odpis zarządzenia" zastępuje się wyrazami "odpis postanowienia";

- 6) w art. 1 w pkt 40, w art. 198g w ust. 2 po wyrazach "części I" dodaje się wyrazy "w księdze I";
- 7) w art. 7 wyrazy "czasu wydania" zastępuje się wyrazami "dnia wejścia w życie".

MARSZAŁEK SENATU

Bogdan BORUSEWICZ

Uzasadnienie

Na posiedzeniu w dniu 19 listopada 2009 r. Senat rozpatrzył ustawę o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw i uchwalił do niej 7 poprawek.

Przepis art. 62 ust. 2a określając minimalną treść ogłoszenia o zawarciu umowy przewiduje, że zawierać będzie ono m.in. nazwę (firmę) albo imię i nazwisko oraz adres wykonawcy, którego ofertę wybrano. W przepisie tym przyjęto, iż wykonawca nie musi być przedsiębiorcą 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)¹⁾. Inaczej kwestia ta wygląda w art. 92 ust. 1, który dotyczy zawiadamiania o wyborze najkorzystniejszej oferty. W ustępie 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. Z przepisu tego wynika, iż wykonawcą może być wyłącznie przedsiębiorca. W związku z tym Senat uznał za konieczne skorelowanie przytoczonych regulacji tak, aby opierały się one na analogicznym rozumieniu pojęcia "wykonawca" (poprawka nr 1). Z punktu widzenia dokonywanej analizy ważne są przepisy ustawy – Kodeks cywilny dotyczące oznaczania przedsiębiorców. Przepisy art. 43² - 43⁶ Kodeksu cywilnego przesądzają o tym, że przedsiębiorca działa pod firmą oraz wskazują, co jest firmą przedsiębiorcy. Ponadto należy mieć 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).

Wprowadzając poprawkę nr 2 Senat uznał za zasadne rozszerzenie możliwości zawierania umów na czas nieoznaczony na usługi przesyłu lub dystrybucji gazu ziemnego. Senat przyjął, że nie ma wystarczających powodów na różne traktowanie przez ustawodawcę usług związanych z przesyłem i dystrybucją energii elektrycznej i gazu ziemnego wobec istnienia monopolu naturalnego o charakterze trwałym zarówno na runku energii elektrycznej jak i rynku gazu ziemnego.

¹⁾ 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. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2007, wyd. III.

W dodawanym przepisie art. 165 ust. 2 zdanie drugie 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 nasuwa 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 regulacji wskazanych w dodawanym zdaniu oraz 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 powstają wątpliwości interpretacyjne dotyczące w szczególności tego, 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 konieczność wyeliminowania wyżej wskazanych wątpliwości przyjęto poprawkę nr 3.

Uchwalając poprawkę nr 4 uznano za wskazane przesądzenie, w jakim znaczeniu ustawodawca posłużył się w nowelizowanym art. 183 ust. 3 formułą "z zastrzeżeniem". W poprawce przyjęto, iż celem ustawodawcy jest zagwarantowanie stosowania art. 188 ust. 3 – 7 w postępowaniu dotyczącym rozpatrzenia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy.

Przyjmując poprawkę nr 5 Senat podzielił opinię Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych Lewiatan dotyczącą art. 187 ust. 6. W opinii tej podnoszono, iż wyłączenie kontroli sądowej w przypadku zwrotu odwołania przez prezesa Krajowej Izby Odwoławczej jest niezgodne z prawem wspólnotowym. Zmiana przyjęta przez Senat ma na celu zapewnienie zgodności art. 187 ust. 6 w nowym brzmieniu z art. 2 ust. 9 dyrektywy Rady 89/665/EWG, w brzmieniu nadanym dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady. W świetle dyrektywy w przypadku, gdy organy odwoławcze nie mają charakteru sądowego wszelkie bezprawne środki podjęte przez takie organy albo wszelkie uchybienia w wykonywaniu nadanych im uprawnień powinny podlegać kontroli sądowej. Spełnienie tego warunku zapewni zmiana przewidziana w poprawce, której konsekwencją będzie wprowadzenie możliwości wniesienia na podstawie art. 198a ust. 1. ustawy skargi do sądu na postanowienie o zwrocie odwołania.

Uwzględniając systematykę ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, a także zasady formułowania odesłań określone w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie "Zasad techniki prawodawczej" należy w art. 198g ust. 2 precyzyjnie wskazać przepisy, do których ustawodawca odsyła. W Kodeksie postępowania cywilnego części podzielone są w pierwszej kolejności na księgi, a dopiero później na tytuły. Mając to na uwadze uchwalono poprawkę nr 6.

Ustawodawca czasowo utrzymując w mocy rozporządzenie wydane na podstawie art. 193a nowelizowanej ustawy przewiduje, iż zachowa ono moc do czasu **wydan**ia nowego rozporządzenia na podstawie art. 198 tej ustawy w brzmieniu nadanym rozpatrzoną 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-dniowym). Oznacza to, iż 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 zwykł posługiwać się formułą, iż zachowują one moc nie tyle do dnia wydania nowych aktów wykonawczych, co do dnia ich wejścia w życie. Uwzględniają tę praktykę przyjęto poprawkę nr 7.