

Warszawa, dnia 13 listopada 2012 r.

Grupa Posłów  
na Sejm RP  
Klubu Poselskiego  
„Ruch Palikota”

**Szanowna Pani  
Ewa Kopacz  
Marszałek Sejmu  
Rzeczypospolitej  
Polskiej**

Na podstawie art. 118 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. oraz na podstawie art. 32 ust. 2 Regulaminu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej, niżej podpisani posłowie wnoszą projekt ustawy o :

**o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych**

Na podstawie art. 34 ust. 1 Regulaminu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej do reprezentowania wnioskodawców w pracach nad projektem ustawy upoważniamy posła Jerzego Borkowskiego.

U S T A W A

z dnia .....

o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych

**Art. 1.** W ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm. ) w art. 32 po ust. 1 dodaje się ust. 1a w brzmieniu:

„1a. Zamawiający może dokonać podziału zamówienia na części, zwłaszcza wtedy gdy jest to uzasadnione względami technicznymi, organizacyjnymi, gospodarczymi lub zdolnością finansowania zamówienia przez zamawiającego.”

**Art. 2.** Do spraw wniesionych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, w brzmieniu dotychczasowym.

**Art. 3.** Ustawa wchodzi w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia

U Z A S A D N I E N I E

**1. Cele projektu**

Celem projektowanej regulacji jest zachęcenie małych i średnich przedsiębiorców do ubiegania się o uzyskanie zamówienia publicznego i zwiększenie dostępności zamówień publicznych dla tej właśnie kategorii podmiotów.

Truizmem jest stwierdzenie, że obecnie to właśnie małe i średnie przedsiębiorstwa stanowią podstawę polskiej gospodarki. Warto przypomnieć, że udział sektora małych i średnich przedsiębiorstw w wytwarzaniu PKB wyniósł w 2009 roku 48,8%. Celem działania organów władzy publicznej powinno być więc stworzenie odpowiedniego otoczenia dla rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw.

Szczególnie w obecnej sytuacji, gdy wszystkie dane makroekonomiczne potwierdzają, że Polski nie ominie druga fala światowego kryzysu, realizacja wskazanego wyżej celu powinna być traktowana absolutnie priorytetowo. Należy bowiem pamiętać, że małe i średnie przedsiębiorstwa będąc motorem polskiej gospodarki są jednocześnie podmiotami niezwykle podatnymi na wszelkie zmiany koniunktury ekonomicznej.

Projektodawcy liczą więc na to, że większy dostęp małych i średnich przedsiębiorców do rynku zamówień publicznych będzie stanowił realną formę wsparcia dla tej grupy podmiotów.

## **2. Rzeczywisty stan w dziedzinie, stanowiącej przedmiot regulacji**

Obecnie art. 32 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych stanowi, że „zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości”.

Celem wskazanej normy jest uniknięcie sytuacji, w której poprzez podział zamówienia na części jego wartość byłaby sztucznie zaniżana, przez co do danego zamówienia nie miałyby zastosowania przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych. Obecnie art. 4 pkt 8 ustawy wskazuje, że ustawa nie ma zastosowania w przypadku zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza sumy 14 000 euro. Celem obecnego art. 32 ust. 2 ustawy jest więc uniknięcie sytuacji, w której do danego zamówienia nie miałyby zastosowania przepisy Prawo zamówień publicznych, wówczas gdy realna wartość podzielonego na części zamówienia przewyższałaby kwotę 14 000 euro.

Dodać należy, że w samej ustawie – Prawo zamówień publicznych wskazane są również inne progi kwotowe, od których uzależnione jest stosowanie niektórych przepisów ustawy, co powoduje, że część zamówień publicznych podlega innemu reżimowi prawnemu. Przykładowo art. 11 ust. 8 ustawy wskazuje, że w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów

powinny zostać określone kwoty wartości zamówień i konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. Obecny zapis art. 32 ust. 2 ustawy ma więc również na celu uniknięcie sytuacji, w której poprzez sztuczny podział zamówienia zaniżona zostałaby jego wartość jedynie po to, by uniknąć obowiązku dokonania ogłoszenia w odpowiednim dzienniku publikacyjnym Unii Europejskiej. Takie zaniżenie wartości zamówienia byłoby szczególnie rażącym naruszeniem prawa z tego względu, że na skutek niedopełnienia obowiązku publikacyjnego, podmioty z państw Unii Europejskiej nie miałyby możliwości uczestniczenia w konkursie, mającym na celu wyłonienie wykonawcy, któremu powierzona zostałaby realizacja danego zamówienia. Podział zamówienia dokonany w tym celu, by uniknąć wykonania opisanego wyżej obowiązku publikacyjnego, naruszałby więc fundamentalną zasadę wolności przepływu usług, która jest filarem wspólnego rynku Unii Europejskiej i która jest szczególnie wyraźnie akcentowana nie tylko w jej prawie pochodnym, ale także w prawie traktatowym.

Nie budzi więc najmniejszych wątpliwości konieczność wskazania w ustawie – Prawo zamówień publicznych, iż podział zamówień na części nie może mieć na celu obejścia przepisów prawa. *A contrario* można wnosić, że w każdym innym przypadku podział zamówienia jest obecnie dopuszczalny. Dopuszczalność dokonywania w pewnych sytuacjach podziału zamówień na części potwierdza także orzecznictwo oraz doktryna prawa publicznego gospodarczego. Niestety obecny sposób zredagowania normy ustanowionej w art. 32 ust. 2 ustawy, uwidacznia głównie pewien zakaz związany z dzieleniem zamówień. Nie sprzyja to takiej interpretacji prawa przez instytucje zamawiające, która dopuszczałaby dokonywanie podziału zamówień na części w przypadkach gdy taki podział nie prowadziłby do obejścia przepisów prawa. Można więc stwierdzić, że chociaż prawo zapisane „w księgach” pozwala na dokonywanie podziału zamówień w sytuacji, gdy ów podział nie ma celu obejścia przepisów prawa, to jednak praktyka stosowania prawa pokazuje, iż instytucje zamawiające unikają dokonywania podziału zamówień także wtedy, gdy jest to dopuszczalne.

Ponadto zwrócić należy uwagę, że obecnie obowiązujące normy prawne nie wskazują jakimi przesłankami powinny kierować się instytucje zamawiające, które miałyby dokonywać takiego podziału.

Ustawa słusznie wskazuje więc w jakich sytuacjach zamawiający nie może dokonać podziału zamówienia na części, pomijając równocześnie wskazanie pewnych wytycznych służących określeniu tego w jakich sytuacjach zalecane byłoby rozważenie skorzystania z możliwości dokonania takiego podziału przez instytucję zamawiającą.

Należy też dodać, że obecnie wiele podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia skarży się na to, że dostęp do rynku zamówień publicznych jest dla nich nadmiernie ograniczony. Skargi takie najczęściej formułowane są przez małych i średnich przedsiębiorców, którzy nie są w stanie wziąć udział w dużych przetargach, ze względu na zbyt duży zakres zamówienia. W realizowaniu zamówień publicznych mali i średni przedsiębiorcy mogą obecnie co najwyżej liczyć na rolę podwykonawców. Niestety praktyka stosowania obecnego Prawa zamówień publicznych pokazała, że takie rozwiązanie jest szczególnie niekorzystne dla tej grupy podmiotów. Warto przypomnieć, że przy realizacji wielkich inwestycji infrastrukturalnych niejednokrotnie dochodziło do sytuacji, w której wykonawcy generalni z powodu problemów finansowych nie wypłacali o czasie pieniędzy należnych podwykonawcom. Tym samym mali i średni przedsiębiorcy, którym najczęściej powierzana była rola podwykonawców, nie otrzymywali swojej zapłaty w ustalonym czasie, zaś w skrajnych przypadkach nie otrzymywali jej wcale.

Tymczasem, w przypadku gdy instytucje zamawiające zaczną decydować się na podział zamówienia na części, to wtedy zlecenie wykonania poszczególnych części zamówienia będzie znacznie częściej powierzane małym i średnim przedsiębiorcom specjalizującym się w wykonaniu odpowiednich części danego zamówienia.

Jak zostało wyjaśnione wyżej, jest to już dopuszczalne w świetle przepisów obecnie obowiązującej ustawy, jednak analiza „prawa w działaniu”, wskazuje na to, że nie w każdym przypadku, w którym ze względów organizacyjnych zasadne jest podzielenie zamówienia na części, zamawiający dokonuje takiego podziału. Przyczyną takiego stanu rzeczy jest zapewne językowy zapis normy ustanowionej przez art. 32 ust. 2 ustawy, stawiający akcent na ograniczenie możliwości dzielenia zamówień na części, a nie na samo istnienie takiej możliwości, która jest przez dany przepis ograniczana. Ustawodawca wskazuje więc pewną normę proceduralną, określającą w jakich szczególnych sytuacjach podział zamówienia na części jest wykluczony, brakuje jednak w obecnym prawie normy materialnej, która wskazywałaby przykładowe przesłanki dokonania takiego podziału. Przesłanki takie zostały wprowadzić wypracowane w orzecznictwie i w doktrynie, niemniej jednak tezy orzeczeń sądowych, podobnie jak ustalenia nawet najwybitniejszych przedstawicieli doktryny nie stanowią źródła powszechnie obowiązującego prawa. Słuszny wydaje się więc postulat, by ustalenia orzecznictwa i doktryny znalazły swój wyraz także w przepisach ustawy – Prawo zamówień publicznych.

### **3. Różnica między dotychczasowym a projektowanym stanem prawnym**

W poprzednim punkcie uzasadnienia wskazano, iż w obecnie obowiązującym art. 32 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych zauważalna jest pewna luka prawna. O ile obecnie obowiązujący art. 32 ust. 2 ustawy słusznie ustanawia pewną normę o charakterze proceduralnym stanowiącą, że podział zamówień na części nie może być dokonywany w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, o tyle wyraźnie zauważalny jest brak pewnej normy materialnej, która wyznaczałaby wobec zamawiającego określone wytyczne w zakresie tego w jakiego rodzaju sytuacjach powinien on rozważyć dokonanie takiego podziału (oczywiście wówczas gdy jest to dopuszczalne, czyli wówczas gdy taki podział nie prowadziłby do obejścia ustawy).

Dlatego też projektodawcy proponują dodanie ust. 1a w art. 32 ustawy. Proponuje się więc określenie katalogu przykładowych kryteriów, które mogłyby uzasadniać dokonanie podziału zamówienia na części i w ten sposób także zachęcić zamawiających do korzystania z tej możliwości. Projektodawcy postulują więc, by w art. 32 ust. 1a wyraźnie zaznaczyć, iż dopuszczalne jest dokonanie podziału zamówienia, jednocześnie wskazując zamawiającemu czym powinien kierować się dokonując takiego podziału. Proponuje się więc, by wyraźnie zapisać, że podział zamówienia mógłby być uzasadniony ze względów technicznych, organizacyjnych, gospodarczych lub jego uzasadnieniem mogłaby być ograniczona zdolność finansowania przez zamawiającego. Identyczne przesłanki uzasadniające dokonywanie podziału zamówień publicznych wskazywane były w doktrynie prawa publicznego gospodarczego oraz w orzecznictwie. Istotne jest jednak wskazanie ich także w ustawie, która w przeciwieństwie do ustaleń orzecznictwa i doktryny, stanowi źródło powszechnie obowiązującego prawa.

Należy jednocześnie wyraźnie podkreślić, że w przepisach ustawy również zachowane zostanie zastrzeżenie, iż podział zamówienia nie może mieć na celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy. Norma ta pozostała ujęta w odrębnym ustępie artykułu 32 ustawy (tj. w niezmienionym ust. 2 art. 32 ustawy) ze względu na konieczność zastosowania poprawnej techniki legislacyjnej, a więc ze względu na konieczność ujęcia norm o charakterze materialnym i proceduralnym w dwóch odrębnych jednostkach redakcyjnych.

### **4. Przewidywane skutki prawne, gospodarcze i społeczne projektu**

Projektodawcy są w pełni świadomi, że zmiany w ustawodawstwie powinny zawsze stanowić odpowiedź na określone oczekiwania społeczne, wyrażane przez adresatów danej regulacji. Jak wykazano w punkcie drugim uzasadnienia, praktyka stosowania części przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych pokazała, że realizacja tej ustawy odbywa się nie zawsze w sposób zgodny z jej założeniami. Chociaż w świetle obecnie obowiązujących przepisów dopuszczalne jest dokonanie podziału zamówień publicznych, to jednak sposób w jaki zredagowane są obecnie obowiązujące normy, a także brak wskazania w prawie ustawowym przykładowych przesłanek dokonania takiego podziału, powoduje, iż instytucje zamawiające nie dokonują podziału zamówień na części, nawet wówczas gdy dokonanie podziału zamówienia mogłoby zapewnić większą efektywność jego realizacji. Dlatego też w projektowanej normie wyraźnie wskazano, że jeśli względy gospodarcze lub organizacyjne będą przemawiać za dokonaniem podziału zamówienia, to taki podział może zostać dokonany. Warto przy tym zwrócić uwagę, że w sytuacji gdyby doszło do podziału zamówienia, w naturalny sposób łatwiejsze stałoby się udzielenie takiego zamówienia małym i średnim przedsiębiorcom, specjalizującym się w wykonywaniu prac, związanych z daną częścią zamówienia. Projektodawcy liczą więc na to, że dzięki projektowanym zmianom mali oraz średni przedsiębiorcy będą mieli prawdziwy dostęp do rynku zamówień publicznych.

Należy więc wyraźnie podkreślić, że przewidywane skutki gospodarcze i społeczne projektowanych zmian w ustawie – Prawo zamówień publicznych są tożsame z celami projektu określonymi w punkcie 1 niniejszego uzasadnienia.

## **5. Przewidywane skutki finansowe projektu**

Projektowana zmiana jest w pełni neutralna dla budżetu państwa.

## **6. Zgodność regulacji z prawem Unii Europejskiej**

Projektowana ustawa dotyczy materii, która jest uregulowana w Dyrektywie nr 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 (Dz. U.UE. L z dn. 30 kwietnia 2004 r.) Należy wyraźnie stwierdzić, że projektowane rozwiązania są w pełni zgodne z wytycznymi ww. Dyrektywy.

Celem normy projektowanej w art. 32 ust. 1a ustawy jest nie tyle wprowadzenie na grunt polskiego prawa nowej instytucji, lecz jedynie dokonanie odpowiednich zmian w

zapisach obecnie obowiązującego prawa, które mogą spowodować, że adresaci normy częściej będą korzystać z i tak już istniejącej możliwości dokonywania podziału zamówień publicznych.

Jednocześnie należy wyraźnie zaznaczyć, że w projektowanym art. 32 pozostawiono ust. 2, wyraźnie zakazujący dzielenia zamówienia na części lub zaniżania jego wartości w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy. Zachowanie tej regulacji ma istotne znaczenie dla oceny zgodności projektowanej regulacji z prawem Unii Europejskiej. Jak już bowiem wskazano w punkcie 2 niniejszego uzasadnienia, w ustawie – Prawo zamówień publicznych zawarty jest przepis, zgodnie z którym z odpowiednio wysoką wartością zamówienia może wiązać się obowiązek publikacji ogłoszenia o zamówieniu także w odpowiednim biuletynie publikacyjnym Unii Europejskiej. Dlatego też projektodawca, mając na uwadze konieczność zapewnienia pełnej zgodności projektowanej regulacji z prawem Unii Europejskiej wyraźnie zaznacza, że niedopuszczalne jest dzielenie zamówień lub zaniżanie ich wartości w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, a więc także tych przepisów ustawy, które są efektem implementacji do prawa krajowego Dyrektywy nr 2004/18/WE.