

KANCELARIA PREZESA RADY MINISTRÓW
SEKRETARZ RADY MINISTRÓW

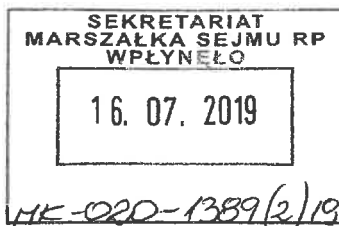
Tomasz Szczegielniak

Warszawa /elektroniczny znacznik czasu/

DKPL.WK.10.2.70.2019.JS(19)

RM-10-122-19

UD472



Pan Marek KUCHCIŃSKI
Marszałek Sejmu

Szanowny Panie Marszałku,

w ślad za przekazanym w dniu 12 lipca 2019 r. projektem ustawy – Prawo zamówień publicznych przesyłam opinię MSZ.

Z poważaniem,

Tomasz Szczegielniak

/podpisano kwalifikowanym podpisem elektronicznym/



Warszawa, 15 lipca 2019 r.

Minister
Spraw Zagranicznych

DPUE.920.153.2019 / 34/kr

dot.: RM-10-122-19 z 9.07.2019 r.

Pan
Tomasz Szczegielniak
Sekretarz Rady Ministrów

Opinia

o zgodności z prawem Unii Europejskiej projektu ustawy – *Prawo zamówień publicznych*,
wyrażona przez ministra właściwego do spraw członkostwa Rzeczypospolitej Polskiej
w Unii Europejskiej

Szanowny Panie Ministrze,

w związku z przedłożonym projektem ustawy pozwalam sobie wyrazić poniższą opinię.

1. Art. 2 dyrektywy 2009/81/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (dalej dyrektywa obronna) określa zakres jej stosowania poprzez określenie definicji „zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa”.

Zgodnie z art. 2 dyrektywy obronnej, z zastrzeżeniem art. 30, 45, 46, 55 i 296 Traktatu, dyrektywę obronną stosuje się do zamówień udzielanych w dziedzinie bezpieczeństwa i obrony, których przedmiotem są:

- dostawy wyposażenia wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;
- dostawy newralgicznego wyposażenia, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;
- roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane z wyposażeniem, o którym mowa w lit. a) i b) w przypadku wszelkich elementów związanych z jego okresem funkcjonowania;
- roboty budowlane i usługi do szczególnych celów wojskowych lub newralgiczne roboty budowlane lub usługi.

Wprowadzone na etapie KRM do nowego tekstu projektu ustawy zmiany, na mocy których zawarta w art. 7 pkt 36 lit. c) projektu definicja zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa została poszerzona o roboty budowlane, dostawy i usługi związane z zabezpieczeniem obiektów będących w dyspozycji podmiotów realizujących zamówienia w

dziedzinach obronności i bezpieczeństwa lub związane ze sprzętem, o którym mowa w lit. a i b art. 7 pkt 36, i wszystkich jego części, komponentów i podzespołów związanych z cyklem życia tego produktu lub usługi, budzi wątpliwości co do zgodności z art. 2 dyrektywy obronnej.

Taka definicja pozwala bowiem na objęcie specjalnym reżimem udzielania zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa także zamówień związanych z zabezpieczeniem obiektów będących w dyspozycji podmiotów realizujących zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Rozszerza zatem zakres przedmiotowy definicji zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa zdefiniowany w dyrektywie obronnej np. na zamówienia na usługi związane z zabezpieczeniem obiektów wykorzystywanych czy użytkowanych w innych celach niż cele związane z obronnością czy bezpieczeństwem państwa („obiekty będące w dyspozycji podmiotów realizujących zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa”).

Taka definicja zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa nie odpowiada zakresowi zastosowania dyrektywy obronnej i prowadzi do nieuzasadnionego rozszerzenia jej stosowania.

2. Zgodnie z nowym brzmieniem art. 10 ust. 1 pkt 2 lit. d) ustawy nie stosuje się do zamówień publicznych udzielanych przez Bank Gospodarstwa Krajowego o wartości mniejszej niż progi unijne.

Należy wskazać, że zgodnie z orzecnictwem Trybunału Sprawiedliwości UE (wyrok w sprawie C-699/17 *Allianz*, pkt 49) w odniesieniu do zamówienia, które ze względu na swoją wartość nie wchodzi w zakres stosowania dyrektywy 2014/24/WE w sprawie zamówień publicznych („dyrektywa klasyczna”), należy uwzględnić podstawowe i ogólne zasady Traktatu, zwłaszcza jego art. 49 i 56 TFUE oraz wynikające z nich zasady równego traktowania i niedyskryminacji, a także obowiązek przejrzystości, pod warunkiem że dane zamówienie ma niewątpliwe znaczenie transgraniczne (por. wyrok w sprawie C-298/15 *Borta*, pkt 36). Należy wyjaśnić, że zamówienie może mieć takie znaczenie z uwagi między innymi na jego wartość czy też z uwagi na jego specyficzne właściwości (wyrok w sprawie C-699/17 *Allianz* pkt. 50). Przykładowo w wyroku w sprawie C-699/17 *Allianz* Trybunał stwierdził, że istnienie niewątpliwego znaczenia transgranicznego jest wykazane, po pierwsze znaczną wartością zamówienia, która jest bliska progowi unijnemu określonymu w art. 4 lit. c) dyrektywy klasycznej, a po drugie, z uwagi na fakt, że charakter usług zarządzania i inwestowania składek na pracownicze fundusze prewencyjne, będących przedmiotem sporu w postępowaniu głównym, nie wymagają fizycznej obecności pracowników lub narzędzi w Austrii, jako że owe usługi mogą być świadczone na odległość.

Należy wskazać, że w wypadku gdyby realizowane przez BGK usługi miały charakter transgraniczny, zamawiający (BGK) powinien być zobowiązany przestrzegać zasad traktatowych, tj. zasady swobodnego przepływu towarów, prawa przedsiębiorczości, swobody świadczenia usług, niedyskryminacji i równego traktowania, przejrzystości, proporcjonalności i wzajemnego uznawania, których przestrzeganie zostało przewidziane m.in. w Rozdziale 2 Działu I projektu ustawy.

3. Projekt ustawy przewiduje niezgodne z prawem unijnym wyłączenia obowiązku stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych.

I. W pierwszej kolejności katalog wyłączeń od obowiązku stosowania ustawy dotyczący zamówień związanych z przymusową restrukturyzacją lub konwersją instrumentów kapitałowych (na wzór obecnie obowiązujących przepisów ustawy: art. 4 pkt 17 lit. a i b ustawy – Prawo zamówień publicznych) został poszerzony o zamówienia na przeprowadzenie oszacowania lub świadczenia usług doradztwa w powyższym zakresie.

Zgodnie z art. 11 ust. 3 pkt 2 lit. a i b ustawy nie stosuje się do zamówień związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem przymusowej restrukturyzacji albo umorzeniem lub konwersją instrumentów kapitałowych, których przedmiotem jest:

- a) przeprowadzenie oszacowania,
- b) świadczenie usług doradztwa, w tym doradztwa strategicznego, ekonomicznego, finansowego, podatkowego, prawnego i informatycznego.

Należy wskazać, że w ramach postępowania formalnego 2018/2276 Komisja Europejska zakwestionowała zgodność z prawem UE wyłączeń ustanowionych w obecnym art. 4 pkt 17 lit. a i b ustawy – Prawo zamówień publicznych. Również w ocenie MSZ żaden z przepisów dyrektywy klasycznej nie dopuszcza wprowadzenia takich wyłączeń i z tego względu ich uwzględnienie w projekcie ustawy prowadzi do niezgodności z prawem UE.

II. Katalog wyłączeń przewidzianych w art. 11 ust. 4 projektu ustawy obejmuje (na wzór bardziej ogólnego, obecnie obowiązującego art. 4 pkt 5c ustawy PZP): zamówienia na blankiety dokumentów publicznych, znaki akcyzy, znaki legalizacyjne i nalepki kontrolne, karty do głosowania, znaki holograficzne umieszczane na zaświadczeniach o prawie do głosowania oraz, dodatkowo w stosunku do obecnie obowiązujących przepisów, zamówienia na układ mikroprocesorowy z oprogramowaniem służącym do zarządzania dokumentami publicznymi, systemy i bazy informatyczne niezbędne do zastosowania dokumentów publicznych.

Należy wskazać, że w ramach prowadzonego postępowania formalnego 2018/2276, Komisja Europejska zakwestionowała zgodność z prawem UE wyłączeń ustanowionych w obecnie obowiązującym art. 4 pkt 5c ustawy – Prawo zamówień publicznych, obejmujących dokumenty publiczne, druki o strategicznym znaczeniu oraz znaki akcyzy.

Co prawda zgodnie z art. 15 ust. 2 i 3 dyrektywy klasycznej istnieje możliwość wyłączenia stosowania zamówień publicznych i konkursów, które wymagają zastosowania szczególnych środków bezpieczeństwa, o ile ochrona podstawowych interesów danego państwa członkowskiego w zakresie bezpieczeństwa nie może zostać zagwarantowana przez mniej inwazyjne środki, na przykład przez nałożenie wymogów mających na celu ochronę poufnego charakteru informacji udostępnianych przez instytucję zamawiającą w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia.

Jednakże biorąc pod uwagę wyrok TSUE w sprawie C-187/16 *Komisja/Austria*, sama konieczność ustanowienia obowiązku dochowania poufności (np. przy produkcji dowodów osobistych, paszportów, dowodów rejestracyjnych) nie wyklucza zastosowania postępowania przetargowego. W ocenie Trybunału poufność zachowania danych może być bowiem zapewniona przez określone obowiązki nałożone na wykonawców (stawiając im wysokie wymagania).

Ponadto w wyroku w sprawie C-187/16 *Komisja/Austria*, Trybunał wskazał, że Austria nie może powoływać się na art. 346 TFUE (względy bezpieczeństwa), aby uzasadnić nieprzestrzeganie procedur udzielania zamówień publicznych w odniesieniu do zamówień na usługi dotyczące produkcji paszportów z chipem, paszportów tymczasowych, kart pobytu, dowodów osobistych, dokumentów prawa jazdy i dowodowo rejestracyjnych.

W ocenie MSZ w dyrektywie klasycznej brakuje podstaw do wprowadzenia wyłączeń przewidzianych w art. 11 ust. 4 projektu ustawy. Należy podkreślić, że dyrektywa klasyczna w art. 7-10 dopuszcza już szereg wyłączeń z obowiązku jej stosowania. Jednocześnie zgodnie z orzecznictwem Trybunału wyłączenia określone w dyrektywie klasycznej są wyczerpujące i podlegają wykładni zawężającej (por. wyrok w sprawie C-107/98 *Teckal*, pkt. 43-44 oraz wyrok w sprawie C-385/02 *Komisja/Włochy* pkt 19).

4. W związku ze zmianami wprowadzonymi w art. 364 ust. 1 pkt 2 projektu ustawy wskazuję, że przepis ten budzi wątpliwości co do zgodności z art. 23 dyrektywy 2014/25/UE (dalej dyrektywa sektorowa).

Zgodnie z art. 23 dyrektywy sektorowej nie ma ona zastosowania do zamówień udzielanych w zakresie dostaw energii i paliw do produkcji energii. Takie wyłączenie znajdowało się już w pierwotnej wersji projektu ustawy.

Do art. 364 ust. 1 projektu, który zawiera wyłączenie od obowiązku stosowania przepisów ustawy dla zamawiających prowadzących działalność sektorową w zakresie energii elektrycznej, gazu i paliw na zamówienia w zakresie dostaw energii i paliw do jej wytwarzania dodano dodatkową przesłankę wyłączenia. Aktualnie zgodnie z art. 364 ust. 1 projektu zamawiający sektorowi, o których mowa w tym przepisie, nie stosują ustawy do udzielenia zamówień na: pkt 1) dostawy energii oraz paliw do wytwarzania energii oraz na pkt 2) usługi przesyłu, magazynowania, dystrybucji paliw gazowych, skraplania gazu ziemnego i regazyfikacji skroplonego gazu ziemnego.

Ponieważ dyrektywa 2009/73/WE *dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego* w art. 2 odrębnie definiuje każdy z tych rodzajów działalności (dostawa, przesył, dystrybucja, magazynowanie, wskazując przy tym np. w art. 2 pkt 3, że „przesył” nie obejmuje dostaw) art. 364 ust. 1 pkt 2 projektu budzi wątpliwości co do zgodności z art. 23 dyrektywy sektorowej w kontekście potencjalnego wprowadzenia nieprzewidzianych w dyrektywie włączeń od obowiązku jej stosowania.

Projekt ustawy jest zgodny z prawem Unii Europejskiej, z zastrzeżeniem uwag zawartych w niniejszej opinii.

Z poważaniem


z up. Andrzej Łojasiewicz
Piotr Misurzyk
Podsekretarz Stanu

Do wiadomości:

Pani Jadwiga Emilewicz
Minister Przedsiębiorczości i Technologii

Pan Hubert Nowak
Prezes Urzędu Zamówień Publicznych