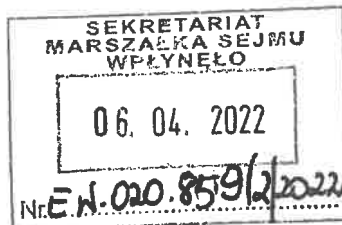


CML/0157/04.2022/BO/BS



Pani
Ełżbieta Witek
Marszałek Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej

Pan
Wiesław Szczepański
Przewodniczący
Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych

Pan
Andrzej Kosztowniak
Przewodniczący
Komisji Finansów Publicznych

Szanowna Pani Marszałek, Szanowni Panowie Przewodniczący,

w związku z trwającymi pracami nad **projektem ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspierania agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Druki 2131 i 2131 - A)**, Pracodawcy Rzeczypospolitej Polskiej przedkładają propozycję zmian do ww. projektu ustawy.

Z poważaniem

Załącznik:

- propozycje zmian do projektu ustawy

WYDZIAŁ OBSŁUGI PREZYDIUM SEJMU

L.dz. **SOS-WP.020.859.2022**

Data wpływu **06.04.2022**

**PROPOZYCJE ZMIAN DO PROJEKTU USTAWY USTAWY O SZCZEGÓLNYCH
ROZWIĄZANIACH W ZAKRESIE PRZECIWDZIAŁANIA WSPIERANIA AGRESJI
NA UKRAINĘ ORAZ SŁUŻĄCYCH OCHRONIE BEZPIECZEŃSTWA
NARODOWEGO (DRUK 2131 i 2131A)**

Podsumowanie stanowiska:

1. W Projekcie należy zastosować odmienną od obecnej technikę legislacyjną w odniesieniu do wskazania środków służących przeciwdziałaniu wspieraniu agresji na Ukrainę i służących ochronie bezpieczeństwa narodowego. Zamiast odwołania do rozporządzeń unijnych, Projekt powinien określać te środki samodzielnie a odwołać się do rozporządzeń unijnych w ograniczonym zakresie (dotyczącym definicji niektórych pojęć).

2. W Projekcie należy gruntownie zmienić przepisy dotyczące wykluczenia z postępowań o udzielenie zamówień publicznych (tj. art. 1 ust. 1 pkt 3)) oraz art. 8) tak, by wykluczenie dotyczyło (bezpośrednio lub pośrednio) jedynie podmiotów objętych sankcjami. Obecny kształt tych przepisów, skutkujący wprowadzeniem swoistej postaci odpowiedzialności zbiorowej, obejmującej osoby, wobec których nie ma przesłanek stosowania sankcji, jest niezgodny ze standardami prawa Światowej Organizacji Handlu, prawa Unii Europejskiej (w tym Karty Praw Podstawowych) oraz zasadami Ustawy Prawo zamówień publicznych, od których nie można odstąpić ze względu na to, że wykonują one prawo unijne.

3. Należy zapewnić regułę ograniczającą zakres uznania odnoszącego się do odstąpienia od uzasadnienia decyzji sankcyjnych. Należy wprowadzić bezwzględny obowiązek wskazania w uzasadnieniu powiązań natury korporacyjnej uzasadniających zastosowanie sankcji.

1. Cel i zakres stanowiska

Celem stanowiska jest w szczególności wskazanie zakresu i treści koniecznych zmian w projekcie Ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego, zawartym w druku UD 371 (dalej określanym jako „Projekt”).

Projekt przewiduje „odpowiednie zastosowanie” środków sankcyjnych określonych w art. 2 ust. 2-3 rozporządzenia Rady nr 765/2006 (dalej „Rozporządzenie 765/2006”) oraz art. 2 i art. 9 rozporządzenia Rady nr 269/2014 (dalej „Rozporządzenie 269/2014”), w odniesieniu do podmiotów ujętych na liście, która ma być prowadzona i publikowana przez ministra właściwego do praw wewnętrznych (art. 2 ust. 1 Projektu), z zastrzeżeniem, że na tejże liście nie mogą być umieszczone podmioty ujęte w wykazach określonych w rozporządzeniach unijnych (art. 2 ust. 2 Projektu).

2. KONIECZNE ZMIANY PROJEKTU

2.1. Art. 1

1. W przepisie należy wskazać środki rozporządzeń unijnych, które mogą być zastosowane. Implikuje to rezygnację z zastosowanego w Projekcie prostego odwołania do art. 2 ust. 2-3 Rozporządzenia 765/2006 oraz art. 2 i art. 9 Rozporządzenia 269/2014.

Ze względu na cel i charakter regulacji zawartej w Projekcie należy wskazać, że „zamrożenie” o którym mówi obejmuje także wykonywanie wszelkich praw z udziałów lub akcji w spółkach, a także jakichkolwiek praw o charakterze majątkowym w innych osobach prawnych.

Przepis art. 1 proponuje się nadać następujące brzmienie:

„Art. 1. W celu przeciwdziałania wspierania agresji na Ukrainę rozpoczętej w dniu 24 lutego 2022 r, wobec osób i podmiotów ujętych na liście, o której mowa w art. 2, stosuje się:

- 1) zamrożenie wszystkich środków finansowych i zasobów gospodarczych, które do nich należą, są ich własnością, znajdują się w ich posiadaniu lub w faktycznym władaniu lub pod kontrolą;
 - 2) zakaz udostępnienia środków finansowych i zasobów gospodarczych tym osobom lub powiązanim z nimi osobom fizycznym lub prawnym, podmiotom lub organom.
2. Określenia „zasoby gospodarcze”, „zamrożenie zasobów gospodarczych”, „zamrożenie zasobów finansowych”, „środki finansowe” definiuje się zgodnie z art. 1 Rozporządzenia Rady (UE) nr 269/2014 z dnia 17 marca 2014 r. w sprawie środków ograniczających w odniesieniu do działań podważających integralność terytorialną, suwerenność i niezależność Ukrainy lub im zagrażających (Dz. U. UE z 2014 r., L 78/6). „Zamrożenie” oznacza także „zawieszenie, w zakresie określonym w decyzji, o której mowa w art. 3 ust. 1, wykonywania wszelkich praw z udziałów lub akcji w spółkach, a także jakichkolwiek praw o charakterze majątkowym w innych osobach prawnych”

Uzasadnienie:

Przyjęcie wskazanych konstrukcji rozporządzeń unijnych powoduje wadliwość legislacyjną przedmiotowego i podmiotowego określenia zakresu sankcji. Określenie „odpowiednio zastosować” odnosi się do środków (zakresu przedmiotowego), nie zaś podmiotów biernych sankcji (tj. osób sankcjami objętych). Może to implikować, że np. w warunkach zbiegu przepisów Projektu i art. 2 rozporządzenia 765/2006 dopuszczalny krąg podmiotów biernych sankcji będzie dotyczył tych osób, które spełniają łącznie następujące warunki:

- (a) są prezydentem Aleksandrem Łukaszenką albo należą do grona innych niż on urzędników białoruskich, odpowiedzialnych za łamanie międzynarodowych standardów wyborczych podczas wyborów prezydenckich na Białorusi w dniu 19 marca 2006 r. oraz za prześladowanie społeczeństwa obywatelskiego i opozycji demokratycznej, albo do grona związanych z owymi urzędnikami osób fizycznych lub prawnych wymienionych w załączniku Rozporządzenia 765/2006;
- (b) są wpisane na listę krajową określoną w art. 2 Projektu, na której jednak – w myśl ust. 2 tego przepisu – nie mogą się one znaleźć (co jest oczywistą sprzecznością z zamierzoną przez prawodawcę – autora Projektu regułą).

Istotną właściwością proponowanego rozwiązania jest odwołanie jedynie do rozporządzenia nr 269/2014 (z więc pominięcia rozporządzenia nr 765/2006). Wynika ono stąd, że siatka pojęciowa obu rozporządzeń jest taka sama. Semantyczne rozbieżności występujące zwłaszcza w odniesieniu do art. 2 rozporządzenia nr 765/2006 i art. 2 rozporządzenia 269/2014 są pozorne i występują w tekstach tych aktów w języku polskim. W porównawczym tekście w wersji angielskiej i francuskiej takie rozbieżności nie występują. Zastosowano więc rozwiązanie spójne z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE zapoczątkowanym w wyroku w sprawie *CILFIT*.

2. W przepisie należy także:

- (a) albo wykreślić ust. 1 pkt 3), tj. sankcję w postaci wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie Ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej „UPZP”) – co należy traktować jako rozwiązanie lepsze;**
- (b) albo doprecyzować (np. w nowym ust. 2), że „Wykluczenie określone w ust. 1 pkt 3) ma zastosowanie jedynie do osób i podmiotów mających obywatelstwo państw lub siedzibę w państwach, które nie są stronami Porozumienia w sprawie zamówień rządowych (GPA) sporządzonego w Marakeszu dnia 15 kwietnia 1994 r.” – co należy traktować jako rozwiązanie gorsze;**
- (c) albo doprecyzować (także np. w nowym ust. 2), że „Wykluczenie określone w ust. 1 pkt 3) ma zastosowanie jedynie do osób ujętych w liście, o której mowa w art. 2 i podmiotów, które są bezpośrednio lub pośrednio kontrolowane wyłącznie przez takie osoby” - co także należy traktować jako rozwiązanie gorsze.**

Uzasadnienie:

Okoliczności uzasadniające wpisanie na listę określoną w art. 2 Projektu nie zawiera Ustawa PZP; jest to logicznym następstwem braku wskazania tych okoliczności w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylających

dyrektywę 2004/18/UE¹ i w innych dyrektywach odnoszących się do zagadnienia zamówień publicznych.

Należy ponadto zauważyć, że sama dyrektywa (a zatem i UPZP) zawiera rozwiązania implikujące wykonanie aktu prawa Światowej Organizacji Handlu, tj. Porozumienia w sprawie zamówień rządowych (GPA).²

W każdym ze wspomnianych aktów możliwe jest ograniczenie zastosowania przewidzianych w nich przepisów ze względu na wymogi bezpieczeństwa państwa lub jego obronności, jednak owe ograniczenia muszą mieć charakter niedyskryminacyjny i być stosowane proporcjonalnie do zagrożeń odnoszących się właśnie do bezpieczeństwa państwa lub obronności.

Dla przykładu, GPA (w Art. III), przewiduje możliwość wprowadzenia takich ograniczeń jedynie w odniesieniu do zakupów broni, amunicji lub materiałów wojskowych bądź zakupów niezbędnych do zapewnienia bezpieczeństwa narodowego i obrony narodowej (ust. 1), jak również w przypadku gdy jest to konieczne dla ochrony bezpieczeństwa publicznego (ust. 2) – ale jedynie wtedy, gdy środki te nie są stosowane arbitralnie (tj. w ramach jakiegoś zakresu swobodnego uznania) a przy tym dyskryminacyjnie (tj. wtedy, gdy pozwala to na jakieś różnicowanie podmiotów pochodzących z różnych państw).

Istotnym zastrzeżeniem tej uwagi jest to, że stronami GPA są Unia Europejska i wszystkie jej państwa członkowskie, ale nie są ani Białoruś, ani Rosja. Stąd wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie Projektu może dotyczyć osób fizycznych mających obywatelstwo lub siedzibę w tych państwach (podobnie jak w każdym innym państwie nie będącym stroną GPA). Owe wykluczenia nie mogą jednak dotyczyć obywateli i podmiotów mających siedzibę w państwach-stronach GPA.

Podobnie nie jest możliwe zastosowanie sankcji określonej w art. 1 ust. 1 pkt 3) Projektu na gruncie prawa Unii Europejskiej (które z powodów podanych wyżej nie może przewidywać podobnej sankcji w stosunku do żadnego podmiotu mającego obywatelstwo lub siedzibę w państwie-stronie GPA). Na gruncie prawa unijnego, wprowadzenie autonomicznej sankcji krajowej tego typu w odniesieniu do obywateli Unii Europejskiej albo podmiotów mających na jej terytorium siedzibę jest zasadniczo niedozwolone na gruncie przepisów dotyczących

¹ Dz U. 2014, L 94/65

² Tekst polski w Decyzji Rady z 2 grudnia 2014 dotyczącej zawarcia protokołu zmieniającego Porozumienie w sprawie zamówień rządowych, Dz. U. UE 2014, L 68/1.

swobody świadczenia usług (art. 56 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, TFUE), a w pewnych możliwych do wyobrażenia kontekstach także swobody przedsiębiorczości (art. 49 TFUE) i swobody przepływu kapitałów (art. 63 ust. 1 TFUE).

Pozostawienie art. 1 ust. 1 pkt 3) w jego obecnej postaci prowadzi również do naruszenia prawa UE (i WTO) w ten sposób, że – przynajmniej w niektórych okolicznościach – jego zastosowanie może prowadzić do naruszenia zasady proporcjonalności, co ma istotne znaczenie zwłaszcza do stosowania wyjątków od ogólnych reguł zamówień publicznych określonych zarówno w GPA, jak i w regulacjach unijnych, a nawet w UPZP. W szczególności taką okolicznością będzie sytuacja, w której nastąpi zbieg sankcji określonej w art. 1 ust. 1 pkt 1) lub pkt 2) z sankcją określoną w pkt 3) w odniesieniu do udziałowców albo akcjonariuszy spółek mających siedzibę na terytorium UE, w których osoby objęte sankcjami miałyby udziały. W takich bowiem okolicznościach, z pewnością dojdzie do zbiegu zastosowania:

- (a) sankcji indywidualnej, tj. zamrożenia określonego w Rozporządzeniach 765/2006 i 269/2014 mienia należącego do wskazanych osób;
- (b) sankcji dotyczącej wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która wtedy będzie miała charakter zgeneralizowany (zbiorowy), bo jej dolegliwość będzie dotyczyła nie tylko osób objętych sankcjami indywidualnymi ale i udziałowców spółek.

Negatywny skutek sankcji, który dotyczyłby nie tylko osób objętych sankcjami, ale także osób nimi nieobjętych – spółek, w których osoby nieobjęte sankcjami miałyby udziały oraz właśnie tych nieobjętych sankcjami udziałowców jest wystarczający do uznania, że zaplanowane rozwiązanie legislacyjne art. 1 ust. 1 pkt 3) jest ewidentnym i rażącym naruszeniem zasady proporcjonalności przyjętego środka. Ekonomiczny, bardzo dolegliwy skutek sankcji dotyczy tu bowiem nie samych osób objętych sankcjami, ale także osób, które w inny sposób sankcjami objęte być nie mogą, bo nie wspierały agresję na Ukrainę ani nie działają w sposób uzasadniający zastosowanie wobec nich środków służących ochronie bezpieczeństwa narodowego.

To, że Projekt wprowadza w art. 1 ust. 1 pkt 3) Projektu swoistą postać odpowiedzialności zbiorowej przemawia również za tym, że narusza on również art. 17 Karty Praw Podstawowych UE. Przepis ten gwarantuje możliwość korzystania z własności; przewiduje on możliwość ograniczenia tego prawa jedynie na podstawie ustawy, przy czym wymaga, by ograniczenie to było uzasadnione względami interesu publicznego. Ograniczenie praw udziałowca/akcjonariusza spółki wpisanego na listę określoną w art. 2 Projektu jest ewidentnie uzasadnione właśnie takimi względami; podobnie da się uzasadnić zastosowanie

Pracodawcy Rzeczypospolitej Polskiej

wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego spółki, w której jedynym udziałowcem byłaby osoba wpisana na listę.

Nie da się jednak uzasadnić względami interesu publicznego objęcia tą ostatnią sankcją takich spółek, których kapitał nie jest w całości posiadany/objęty przez osoby ujęte w liście określonej w art. 2 Projektu albo które są kontrolowane pośrednio (poprzez sieć powiązań kapitałowych) wyłącznie przez takie osoby. Tym bardziej nie da się uzasadnić względami interesu publicznego zastosowania wobec spółek mających różnych udziałowców/akcjonariuszy środka, który powodowałby ponoszenie negatywnych konsekwencji środka sankcyjnego przez tych z nich, którzy nie mogliby się nigdy znaleźć na liście sankcyjnej art. 2 Projektu.

2. 2. Art. 3 ust. 8

Przepis należy zmienić poprzez dodanie następującego zdania:

„Ograniczenie uzasadnienia nie może dotyczyć kwestii wykazania, że osoba ujęta w liście określonej w art. 2 posiada lub kontroluje, z wyłączeniem innych osób, podmiot, wobec którego także stosuje się sankcje określone w art. 1.”

Uzasadnienie:

Wykazanie w decyzji o nałożeniu sankcji określonych powiązań osobistych lub kapitałowych jest istotnym warunkiem objęcia sankcjami np. spółek kontrolowanych wyłącznie przez osoby objęte sankcjami. Rozwiązanie pozwala uniknąć sytuacji, w której organ uprawniony do nałożenia sankcji zastosuje ten środek bez należytego upewnienia się co do struktury własnościowej danej spółki, przez co utrudni kontrolę sądową wydanej przez siebie decyzji.

Rozwiązanie zakłada, że z Projektu wyeliminowane zostaną rozwiązania legislacyjne prowadzące do odpowiedzialności zbiorowej udziałowców/akcjonariuszy spółek, w których udziały mają osoby objęte sankcjami.

2. 3. Art. 8

Przepis należy:

(a) albo wykreślić – co jest rozwiązaniem lepszym;

(b) albo zamienić, w zakresie dotyczącym przepisu art. 8 ust. 1 pkt 2), tak, by miał on następujące brzmienie:

„2) wykonawcę oraz uczestnik konkursu, którego beneficjentem rzeczywistym w rozumieniu ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (...) jest wyłącznie osoba lub podmiot wpisany na listę określoną w art. 2 albo wymieniony w wykazach określonych w rozporządzeniu Rady (UE) nr 765/2006 z dnia 18 maja 2006 r. dotyczącego środków ograniczających skierowanych przeciwko prezydentowi Aleksandrowi Łukaszence i niektórym urzędnikom z Białorusi (Dz. U. UE z 2006 r. L 134/1) oraz w rozporządzeniu Rady (UE) nr 269/2014 z dnia 17 marca 2014 r. w sprawie środków ograniczających w odniesieniu do działań podważających integralność terytorialną, suwerenność i niezależność Ukrainy lub im zagrażających (Dz. U. UE z 2014 r. L 78/6).”

Uzasadnienie:

Uzasadnienie rozwiązania jest takie samo jak to podane w podrozdziale 2. 2. (tj. to, że przyjęte w Projekcie rozwiązanie stosuje zasadę odpowiedzialności zbiorowej wspólników/udziałowców/spółek, a także że jest ono sprzeczne z zasadami GPA, rozporządzeń unijnych dotyczących zamówień publicznych oraz UPZP). Z tego powodu proponowane brzmienie art. 8 ust. 1 pkt 2) Projektu jest jedynie wtedy prawidłowe, jeżeli zostałyby przyjęte razem z proponowaną zmianą przepisu art. 1 Projektu.