

Protokół rozbieżności – projekt ustawy – Prawo zamówień publicznych

Lp.	Podmiot zgłaszający uwagę	Jednostka redakcyjna	Treść uwagi	Stanowisko projektodawcy	
1.	MAC	art. 9 ust. 2	<p>Proponuje się uzupełnić przepis o możliwość samodzielnego występowania przez zamawiających do Komisji Europejskiej z wnioskiem o stwierdzenie, że zamawiający, wykonujący działalność sektorową, działa na rynku konkurencyjnym, do którego dostęp nie jest ograniczony. Biorąc pod uwagę rodzaje działalności, których to rozwiązanie może dotyczyć, należy zwrócić uwagę, iż w niektórych przypadkach sam zamawiający ma możliwość przygotowania analizy rynku oraz wniosku w zakresie działalności, która będzie nim objęta. Należy zatem podkreślić, iż w tych przypadkach nie jest potrzebne angażowanie organu właściwego w przygotowanie takiej analizy oraz ewentualnego wniosku. Proponowane rozwiązanie jest zgodne z art. 35 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE. Należy zauważyć, iż podobne rozwiązanie z powodzeniem funkcjonuje na Węgrzech, gdzie podmiot działający w sektorze usług pocztowych - węgierski operator pocztowy Magyar Posta Zrt - kilkakrotnie występował samodzielnie z wnioskiem do Komisji Europejskiej. Komisja Europejska, m.in. po poinformowaniu właściwych węgierskich organów krajowych i uzyskaniu od nich dodatkowych informacji, wydała decyzje wyłączające niektóre usługi w</p>	<p>Uwaga nieuwzględniona. Proponowane ułatwienie jest pozorne, gdyż organ krajowy i tak będzie musiał wyrazić swoje stanowisko. Mocą art. 35 ust. 2 dyrektywy 2014/25/UE, jeżeli wnioskowi złożonemu przez podmiot zamawiający nie towarzyszy uzasadnione i poparte dowodami stanowisko przyjęte przez niezależny organ krajowy, właściwy w odniesieniu do danego rodzaju działalności, zawierające dogłębną analizę warunków ewentualnego zastosowania art. 34 ust. 1 do danego rodzaju działalności zgodnie z ust. 2 i 3 tego artykułu, Komisja zwraca się do państwa członkowskiego o niezbędne informacje.</p>	

			sektorze pocztowym na Węgrzech z zakresu stosowania dyrektywy 2014/25/UE.		
2.	MAC	art. 6 ust. 1 pkt 7 lit. a	<p>Proponuje się dostosowanie do brzmienia art. 8 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65). Brak jest uzasadnienia dla rozwiązania, w myśl którego przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień publicznych lub konkursów udzielanych przez zamawiającego, o którym mowa w art. 2 ust. 1 pkt 1-4. Takie ograniczenie wyłącza z kręgu podmiotów, które mogą skorzystać z przepisów art. 6 ust.1 pkt. 7 podmioty określone w art. 2 ust. 1 pkt 5-7. Tak sformułowany przepis jest niezgodny z ww. dyrektywą, gdyż sztucznie ogranicza grono podmiotów, które mogą skorzystać z wyłączenia stosowania projektowanej ustawy w sytuacji gdy przepisy Unii Europejskiej nie wprowadzają takiego ograniczenia. Art. 8 dyrektywy 2014/24/UE odsyła w zakresie rozumienia pojęć „publiczna sieć łączności” oraz „usługa łączności elektronicznej” do dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa) (Dz.U.UE L 108 z dnia 24.04.2002 r., str. 33). Powyższe zostało wdrożone przepisami ustawy z dnia 16 listopada 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo telekomunikacyjne oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1445). Należy pamiętać, że zgodnie z ustawą z dnia 16</p>	<p>Uwaga nieuwzględniona. Podmioty, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 5-7 projektu ustawy nie muszą korzystać z tego wyłączenia. Wyłączenie zamówień w dziedzinie łączności elektronicznej zostało przewidziane w art. 8 nowej dyrektywy klasycznej wzorem wyłączenia przewidzianego w art. 13 dyrektywy 2004/18/WE, „starej” dyrektywy klasycznej. Historycznie źródłem wyłączenia jest liberalizacja sektora telekomunikacyjnego, pierwotnie objętego dyrektywą sektorową 93/38/EWG (zob. motyw 21 preambuły dyrektywy 2004/18/WE).</p>	<p>stanowisko MSZ w tej sprawie: Wyłączenie w dziedzinie łączności elektronicznej znajduje się w art. 8 dyrektywy klasycznej, która ma zastosowanie tylko do „instytucji zamawiających”, czyli naszych zamawiających wymienionych w art. 2 ust. 1 pkt 1-4; Zamawiający wymienieni w art. 2 ust. 1 pkt 5-7 to są podmioty zamawiające w rozumieniu dyrektywy sektorowej, w której analogicznego wyłączenia brak; Biorąc pod uwagę powyższe, zakres podmiotowy wyłączenia jest zgodny z dyrektywami.</p> <p>Rozbieżność na KSE</p>

			lipca 2004 r. - Prawo Telekomunikacyjne (Dz. U. z 2014 r. poz. 243, 827 i 1198) publiczną siecią telekomunikacyjną jest sieć telekomunikacyjna wykorzystywana głównie do świadczenia publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych, tak więc sieć ta może być w dyspozycji każdego z podmiotów wskazanych w art. 2 projektu ustawy. Wobec powyższego w omawianym przepisie należy wykreślić wyrazy „udzielanych przez zamawiającego, o którym mowa w art. 2 ust. 1 pkt 1-4”.	
3.	MG	ogólnie art. 7 ust.1	<p>Zamówienia in-house Zamówienia <i>in-house</i> to wyjątek od zasady otwartego i konkurencyjnego rynku zamówień publicznych. W ocenie Ministerstwa Gospodarki oznacza to, że państwa członkowskie nie są bezwzględnie zobowiązane do wprowadzania wyjątku <i>in-house</i> biorąc pod uwagę charakter i cel dyrektywy 2014/24/UE. Przepis dyrektywy ma jedynie to znaczenie, że w prawie krajowym wyjątek <i>in-house</i> nie może mieć szerszego zakresu niż przepis dyrektywy. Z jednej strony, sektor publiczny powinien racjonalnie gospodarować, w tym w pełni wykorzystywać swoje zasoby. Z drugiej strony, wyłączenie określonych rynków lub zwolnienie pewnych podmiotów z konkurencji na rynku – ogranicza możliwości rozwoju przedsiębiorczości. W związku z tym celowe jest rozważenie przyjęcia modelu uwzględniającego strukturę sektora publicznego w Polsce, a zarazem otwartego na konkurencję.</p> <p>Z uwagi na powyższe, postulaty dotyczące sposobu uregulowanie zamówień <i>in</i> –</p>	<p>Uwaga nieuwzględniona.</p> <p>Projektowany przepis został przygotowany w oparciu o przepisy dyrektyw. Zakres instytucji <i>in-house</i> musi być zgodny z przepisami unijnymi, dlatego też nie jest możliwe dokonywanie w nim żadnych zmian. Należy bowiem podkreślić, że <i>in-house</i> jest instytucją podlegającą bezwzględnemu wdrożeniu. Nie jest możliwe zawężenie tej instytucji ani jej wyłączenie na gruncie projektowanej ustawy.</p> <p>Przesłanki stosowania <i>In-house</i> zostały określone ściśle zgodnie z dyrektywami. Poza tym należy zauważyć, że przepisy dyrektyw zawężają przesłanki w stosunku do obecnie obowiązującego orzecznictwa. Nic nie stoi na przeszkodzie aby zamawiający mógł zastosować przepisy dot. zamówień</p>

		<p><i>house</i> stanowią jeden z najważniejszych dylematów wymagających rozstrzygnięcia podczas prac w zakresie wdrożenia nowych dyrektyw.</p> <p>Do dyskusji przedstawiam rozwiązanie polegające na rozważeniu rezygnacji z wyłączenia zamówień <i>in-house</i> w proponowanej formie (art. 7 ust. 1). Należy podkreślić, że proponowane w <i>projekcie ustawy Prawo zamówień publicznych</i> rozwiązanie stanowi odzwierciedlenie zapisów dyrektyw i zakłada najszerszy możliwy zakres wyłączenia. Dyrektywa 2014/24/WE pozostawia jednak państwom członkowskim margines decyzyjny w tej kwestii. W związku z powyższym proponuję rozważenie następującego kształtu wyłączenia:</p> <p>wyłączenie z obowiązku stosowania ustawy mogłoby dotyczyć zleceń udzielanych:</p> <ol style="list-style-type: none">1) jednostkom budżetowym (zwłaszcza samorządowym zakładom budżetowym, agencjom wykonawczym i instytucjom gospodarki budżetowej) wykonującym 95% zadań na rzecz zlecających jednostek budżetowych, tzn. nie oferującym swoich usług na rynku;2) spółkom, w których 100% udziałów (akcji) mają jednostki sektora finansów publicznych, wykonującym 95% zadań na rzecz zlecających jednostek budżetowych, tzn. niemalże nie oferującym swoich usług na rynku.3) spółkom, w których podmiot prywatny został wybrany z zastosowaniem	<p>nawet jeżeli spełnione są przesłanki <i>in-house</i>. Przepisy dot. <i>in-house</i> wpisują się bowiem w filozofię dyrektywy dot. skrzynki narzędzi.</p>	
--	--	--	---	--

			<p>procedur zamówień publicznych, a umowa przewiduje udzielanie takich zleceń (tj. w partnerstwa publiczno-prywatnego), a spółka 95% zadań wykonuje na rzecz tych jednostek budżetowych.</p> <p>W każdym przypadku musiałyby być spełniony warunek sprawowania przez zamawiającego, samodzielnie lub wspólnie z innymi zamawiającymi, kontroli odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami polegającej na wpływie na decyzje strategiczne i indywidualne dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej (przy czym warunek ten byłby również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób).</p>		
4.	MG	art.18	<p>Należy zauważyć, że projektowany art. 18 zmienia zasadę jawności postępowania o zamówienie publiczne. Zgodnie z proponowaną treścią art. 18 ust. 1 postępowanie będzie co do zasady niejawne, a wszelkie udostępnianie informacji będzie miało miejsce wyłącznie wtedy, gdy przepis szczególny to nakazuje. Należy podkreślić, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad działania podmiotów sektora publicznego. Projektowany przepis art. 18 zobowiązuje zamawiającego do udzielenia informacji w trakcie postępowania jedynie w określonych ustawowo przypadkach, co może implikować konieczność tworzenia licznych, kazuistycznych unormowań dotyczących dostępu do informacji.</p>	<p>Uwaga nieuwzględniona.</p> <p>Takie rozwiązanie jest zgodne z przepisami dyrektyw, które zarówno nie formułują zasady jawności, jak i w zakresie informowania wykonawców wyraźnie ograniczają dostęp informacji tylko do tych wskazanych w postanowieniach dyrektyw, które są niezbędne wykonawcom do ubiegania się o dane zamówienia oraz ewentualnego zakwestionowania naruszeń przepisów przez zamawiającego rzutujących na interes danego wykonawcy w uzyskaniu tego zamówienia. Ponadto rezygnacja z</p>	

			<p>Dotychczasowa regulacja zapewniała większą transparentność postępowania o udzielanie zamówienia publicznego. Projektowana zmiana dotycząca zasady jawności postępowania w praktyce może skutkować brakiem społecznej kontroli postępowania przed zawarciem umowy, czyli w momencie kiedy ma to najbardziej istotne znaczenie. Ponadto w ciągu dziesięciu lat obowiązywania ustawy Pzp wypracowano w orzecznictwie ugruntowane poglądy dotyczące tego zagadnienia, które zyskały sobie przychylną ocenę przedsiębiorców. Wskazane jest ponowne rozważenie tak poważnych zmian w zakresie podstawowych zasad dotyczących postępowania.</p>	<p>zasady jawności zapewni prawidłowy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz przestrzeganie pozostałych zasad przewidzianych w projekcie ustawy. Wprowadzone ograniczenie jest uzasadnione dążeniem do ograniczenia zmów przetargowych. W projekcie zostanie jednak uwzględniony przepis, który będzie określał moment udostępniania informacji w ramach postępowania.</p>	
5.	MG	art. 16 ust. 1	<p>Odnośnie do projektowanego art. 16 ust. 1 – wskazane jest utrzymanie dotychczasowej zasady uczciwej konkurencji. Wprowadzenie określenia „otwartość na konkurencję zamówień publicznych” stanowi ryzyko wykluczenia z systemu prawnego zasady uczciwej konkurencji, która jest zasadą ugruntowaną również w polskim orzecznictwie.</p>	<p>Uwaga nieuwzględniona.</p> <p>Zamówienia publiczne powinny być otwarte na konkurencję. Nie ma potrzeby doprecyzowania, że chodzi o uczciwą konkurencję. Projektowany przepis jest adresowany bowiem do zamawiających, to oni mają zagwarantować wykonawcom możliwość konkurencji. Na podstawie innych przepisów wynika natomiast, że wykonawcy mają ze sobą konkurować uczciwie.</p> <p>Nie jest również tak, że otwarcie na konkurencję musi prowadzić zawsze do udzielenia zamówienia. Przykładem tego są fakultatywne przepisy dot. unieważnienia postępowania czy katalog</p>	

				odrzućenia oferty. Zamawiający nie mogą naruszać zasady uczciwej konkurencji tylko wykonawcy.	
6.	MG	art. 88 ust. 1 pkt 5	Zgodnie z projektowanym art. 88 ust. 1 pkt 5 z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający obligatoryjnie wyklucza wykonawców, „którzy naruszyli obowiązki wynikające z przepisów prawa pracy, prawa ochrony środowiska oraz przepisów o zabezpieczeniu społecznym, pod warunkiem, że zamawiający jest w stanie to wykazać, za pomocą dowolnych środków dowodowych”. Należy wskazać, że przedmiotowa przesłanka wykluczenia jest sformułowana w sposób bardzo ogólny, co może skutkować zbyt dużą swobodą po stronie zamawiającego w zakresie wykluczenia wykonawcy. Zamawiający, zgodnie z projektowanym przepisem, będzie mógł zastosować wszelkie możliwe środki dowodowe, by uzasadnić wykluczenie. Taka konstrukcja przepisu może powodować wykluczenie wykonawców z postępowania na podstawie swobodnie ocenianych dowodów takich jak np. zeznania świadków, dokumentacja fotograficzna, itp. bez przeprowadzenia postępowania mającego na celu gruntowne sprawdzenie takich dowodów, które umożliwiłoby przedstawienie wykonawcy swojego stanowiska w sprawie. Ponadto nie zostało też wskazane jaki ciężar naruszenia uzasadniałby wykluczenie, w związku z powyższym, zgodnie z projektowanym przepisem każde, nawet drobne naruszenie ustawy może stanowić podstawę wykluczenia.	Uwaga nieuwzględniona. Zgodnie z zasadą proporcjonalności nie jest wskazane wkluczanie wykonawców z postępowania z powodu drobnych uchybień. Należy jednak zauważyć, że projektowany przepis mówi o fundamentalnych rzeczach, jak prawo pracy czy ochrona środowiska. W tym miejscu nie można jednak zapominać o instytucji self-cleaningu.	

			Wydaje się, że przesłanka, która skutkuje tak daleko idącą swobodą zamawiającego, może stanowić ryzyko nadmiernego wykluczania z postępowania o zamówienie publiczne.		
7.	MG	art. 88 ust. 1 pkt 4	<p>Zgodnie z art. 88 ust. 1 pkt 4 z postępowania obligatoryjnie wyklucza się wykonawców, którzy zalegają z uiszczaniem podatków albo naruszają obowiązki dotyczące płatności podatków (lub składek na ubezpieczenie społeczne), przy czym zostało to stwierdzone ostateczną decyzją administracyjną albo prawomocnym wyrokiem sądu. Wskazane jest rozważenie, czy nie zawęzić przesłanki wykluczenia jedynie do spraw zakończonych prawomocnym wyrokiem sądu. Należy bowiem zauważyć, że ostateczna, tj. zanim uprawomocni się wyrok sądu administracyjnego, decyzja administracyjna może nie stanowić ostatecznego rozstrzygnięcia w sprawie.</p> <p>Za zbyt rygorystyczną przesłankę wykluczenia może zostać uznana przesłanka zgodnie, z którą wykluczeniu podlegać może wykonawca, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadków gdy wykonawcy dokonali płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne wraz z odsetkami lub grzywnami lub też zawarli wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności. Tak określona przesłanka, podobnie jak przesłanka wskazana w art. 88 ust. 1 pkt 5 może</p>	<p>Uwaga nieuwzględniona.</p> <p>Intencją projektodawcy było uniemożliwienie uczestnictwa w postępowaniu podmiotowi, w stosunku do którego wydano nie tylko prawomocny wyrok ale również decyzję ostateczną. Oznacza to, że zamawiający będzie mógł wykluczyć wykonawcę mimo, że w jego sprawie nie zapadło prawomocne rozstrzygnięcie a jedynie ostatecznie zakończono postępowanie administracyjne. Takie rozwiązanie wydaje się być zgodne z dyrektywą. W art. 57 ust. 2 akapit 2 prawodawca unijny jako warunek wykluczenia wskazał, że „jeżeli ustalono to w drodze ostatecznego i wiążącego orzeczenia sądowego lub decyzji administracyjnej”. W przepisie dyrektywy wyraźnie wskazano na dwa przypadki: orzeczenie sądowe lub decyzja administracyjna, oddzielone od siebie alternatywą łączną, co oznacza, że mogą zachodzić jednocześnie oba, jak i każdy z osobna. Należy jednocześnie podkreślić, że przydawka: „ostateczne i wiążące” odnosi się wyłącznie do orzeczenia sądowego. Na gruncie prawa polskiego</p>	

			<p>zostawiać zamawiającemu zbyt daleko idącą swobodę oceny w zakresie wykluczenia. Należy zauważyć, że na przykład, zgodnie ze Sprawozdaniem rocznym Naczelnego Sądu Administracyjnego za 2014 r., „wojewódzkie sądy administracyjne wyeliminowały z obrotu prawnego średnio 22,2% decyzji i innych czynności organów administracyjnych.”. W związku z powyższym należy powtórnie rozważyć wprowadzenie przedmiotowej przesłanki.</p>	<p>przez ostateczne i wiążące orzeczenie należy uznać orzeczenie prawomocne (tak też to zostało zapisane w projektowanym przepisie). Dyrektywa nie precyzuje natomiast jaka ma być decyzja administracyjna. Zdaniem projektodawcy podstawą wykluczenia nie może być decyzja administracyjna, jeżeli postępowanie administracyjne nie zostało jeszcze zakończone, dlatego też w projekcie doprecyzowano, że chodzi o ostateczną decyzję administracyjną. To, zdaniem projektodawcy, w pełni odzwierciedla brzmienie art. 57 ust. 2 akapit drugi dyrektywy. Należy w tym miejscu również zauważyć, że w polskim prawie nie występuje pojęcie „decyzja prawomocna”. Odnosząc się do drugiej części uwagi, wyjaśniamy, że zastosowanie spójnika „albo” było celowe. Dyrektywa w tym zakresie przewiduje bowiem dwie odrębne przesłanki wykluczenia. Jedną z nich jest obowiązek wykluczenia wykonawcy w stosunku do którego wydano wyrok lub decyzję administracyjną, a drugą jest możliwość (dyrektywa dopuszcza też wprowadzenie tej przesłanki jako obligatoryjnej) wykluczenia, jeżeli zamawiający może za pomocą dowolnych stosownych środków wykazać, że wykonawca naruszył obowiązki.</p>	
--	--	--	---	--	--

				<p>Dyrektywa regulując drugą z ww. przesłanek nie wprowadza wymogu, że jej zastosowanie jest ograniczone tylko do przypadków, w których nie toczy się postępowanie administracyjne albo sądowe mające za przedmiot kwestie zalegania z płatnościami podatków albo składek.</p> <p>W związku z tym nie jest możliwe wprowadzenie takiego warunku w projektowanej ustawie.</p> <p>Należy jednocześnie podkreślić, że „fakultatywność” rozwiązania przewidzianego w art. 57 ust. 2 akapit drugi dyrektywy polega na tym, że zamawiający może wykluczyć albo zostać zobowiązany do wykluczenia. Swoboda państwa członkowskiego jest ograniczona do tych dwóch rozwiązań. Transpozycja przepisu jest obowiązkowa.</p>	
8.	MG	ogólnie	<p>Rola Krajowej Izby Odwoławczej</p> <p>a) oddzielenie Krajowej Izby Odwoławczej od Urzędu Zamówień Publicznych</p> <p>W ocenie Ministra Gospodarki należy wrócić do koncepcji oddzielenia Krajowej Izby Odwoławczej od Urzędu Zamówień Publicznych przedstawionej w „<i>Informacja o koncepcji wdrożenia do polskiego prawa trzech dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady: 1) Dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. L 94 z 28.03.2014 r., str. 650, 2) Dyrektywy 20014/25/UE z dnia 26 lutego</i></p>	<p>Uwaga nieuwzględniona.</p> <p>W pierwszej kolejności należy podkreślić, że brak jest rzetelnych badań i analiz wskazujących na korzyści płynące z takiego oddzielenia, w szczególności dla systemu zamówień publicznych. Ponadto takie oddzielenie będzie pociągało duże koszty, na które MF nie chce się zgodzić. Czym innym jest niezależność a czym innym rozdzielenie – możliwe byłoby zastosowanie różnych rozwiązań, ale z uwagi na krótki termin na wdrożenie</p>	

			<p>2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L z 28.03.2014 r., str. 243), 3) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. UE L Nr 94 z 28.03.2014 r., s.1)”. Oddzielenie przysłuży się do niezależności Izby i wzmocnienia rozdziału funkcji orzeczniczych w systemie od funkcji administracyjnych.</p> <p>b) ukształtowanie Krajowej Izby Odwoławczej</p> <p>Wskazane jest zapewnienie jak najwyższego profesjonalizmu członków Krajowej Izby Odwoławczej, oraz uczynienia KIO organem o charakterze sądowym o statusie zbliżonym do organów wymiaru sprawiedliwości, który w pełni realizuje zasadę niezawisłości. Wyrazem realizacji tej zasady powinna być ochrona prawna przyznana członkom organu orzekającego oraz wyeliminowanie jakiegokolwiek wpływu na sposób wykonywania czynności orzeczniczych. Elementem w pełni zapewniającym gwarancje rozpatrywania przez KIO spraw w warunkach niezawisłości jest także ukształtowanie statusu członków i samej instytucji, które jak najbardziej przybliży je do organów wymiaru sprawiedliwości. Ponadto wskazane jest, by w kwestiach proceduralnych propozycje zostały skonsultowane z KIO.</p>	<p>dyrektywy i konieczność przeprowadzenia dodatkowych analiz finansowych nie jest możliwe na chwilę obecną wprowadzenie takiego rozwiązania. Dostrzegamy potrzebę zmian, ale dopiero w przyszłości.</p> <p>KIO ma już obecnie status organu o statusie organu wymiaru sprawiedliwości według kryteriów przepisów unijnych. Wymaga dalszych prac analitycznych w zakresie statusu oraz sposobu funkcjonowania KIO. Ponadto nasze propozycje zostały skonsultowane z KIO.</p>	
9.	MG	ogólnie	Wdrożenie dyrektywy 2014/55/UE z dnia 16	Uwaga nieuwzględniona.	

			<p>kwietnia 2014 r. w sprawie fakturowania elektronicznego w zamówieniach publicznych.</p> <p>W związku z potrzebą wdrożenia do prawa polskiego dyrektywy 2014/55/UE z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie fakturowania elektronicznego w zamówieniach publicznych, w załączeniu przedstawiam propozycję przepisów.</p>	<p>Problematyka e fakturowania nie jest związana z materią ustawy projektowanej – wprowadzenie jej będzie niezgodne z zasadami techniki prawodawczej.</p>	
10.	MŚ	art. 7	<p>art. 7- przesłanki wyłączenia stosowania przepisów projektowanej ustawy zostały określone dosyć szeroko. Tymczasem w praktyce zasadne może okazać się objęcie usług, dostaw lub robót budowlanych postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, nawet jeśli zajdą przesłanki określone w projektowanym art. 7. W celu uniknięcia wątpliwości za zasadne należy uznać dodanie zastrzeżenia, że z przepisów odrębnych może wynikać obowiązek stosowania trybów określonych w ustawie mimo spełnienia przesłanek określonych w art. 7 projektu ustawy;</p>	<p>Uwaga nieuwzględniona.</p> <p>Przesłanki stosowania in-house zostały określone ściśle zgodnie z dyrektywami. Poza tym należy zauważyć, że przepisy dyrektyw zawężają przesłanki w stosunku do obecnie obowiązującego orzecznictwa. Nic nie stoi na przeszkodzie aby zamawiający mógł zastosować przepisy dot. zamówień nawet jeżeli spełnione są przesłanki in-house. Przepisy dot. in-house wpisują się bowiem w filozofię dyrektywy dot. skrzynki narzędzi. Poza tym jeżeli przepisy środowiskowe chciałyby wyłączyć in-house to w tych przepisach trzeba byłoby wprowadzić stosowne wyłączenie. Należy bowiem podkreślić, że in-house jest instytucją podlegającą bezwzględnemu wdrożeniu. Nie jest możliwe zawężenie tej instytucji ani jej wyłączenie na gruncie projektowanej ustawy.</p>	
11.	MF	art. 6 ust. 1 w pkt 10 lit.a,	<p>Ministerstwo Finansów wnosi o dodanie w art. 6 ust. 1 w pkt 10 lit.a nowego tiretu w następującym brzmieniu:</p>	<p>Rozbieżność ze stanowiskiem MSZ</p>	

		lit.c,	<p>„...- prowadzenia rachunków bankowych, przeprowadzenia bankowych rozliczeń pieniężnych i działalności na rynku międzybankowym,...”</p> <p>oraz nowego tiretu w lit. c w brzmieniu:</p> <p>„...- otwierania i prowadzenia rachunków bankowych, przeprowadzenia bankowych rozliczeń pieniężnych i działalności na rynku międzybankowym,...”.</p> <p>Wyłączenie spod procedury zamówień publicznych dotyczy ściśle określonych obszarów działalności Banku Gospodarstwa Krajowego. Obarczenie Banku Gospodarstwa Krajowego obowiązkami spoczywającymi na zamawiającym w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób istotny ograniczałoby, a nawet uniemożliwiałoby realizowanie zadań, które zostały nałożone na Bank Gospodarstwa Krajowego w drodze ustaw lub umów zawartych z właściwymi ministrami. Powyższe odnosi się zwłaszcza do dokonywania operacji na rynku międzybankowym, związanych z realizowaniem czynności, do wykonywania których Bank jest zobowiązany na podstawie odrębnych przepisów oraz umów zawartych z organami administracji państwowej. Brak powyższych wyłączeń powodowałby niesymetryczność warunków działania Banku Gospodarstwa Krajowego w porównaniu z innymi podmiotami sektora bankowego w Polsce. Posiadanie rachunków bankowych w innych bankach jest niezbędne do</p>		
--	--	--------	---	--	--

			<p>prowadzenia działalności bankowej, a w związku z tym w przypadku gdy obowiązek taki dotyczyłby wyłącznie Banku Gospodarstwa Krajowego, to Bank ten byłby w gorszej sytuacji w stosunku do pozostałych banków utrudniając, bądź wręcz uniemożliwiając prowadzenie bieżącej działalności. Prowadzenie działalności bankowej w zakresie otwierania i prowadzenia rachunków bankowych, przeprowadzania bankowych rozliczeń pieniężnych i działalności na rynku międzybankowym, pozyskiwania środków finansowych dla zapewnienia płynności finansowej oraz refinansowania akcji kredytowej z przyczyn obiektywnych nie może być przedmiotem zamówień publicznych. Nawet prowadzenie operacji na rynku międzybankowym w trybie zamówienia z wolnej ręki wymagałoby określonych czynności i wiązałoby się z czasochłonnością postępowania; może to być postrzegane jako niewypłacalność Państwa. Powyższe propozycje rozwiązań zostały wprowadzone do krajowego systemu regulacji zamówień publicznych w 2009 r. (ustawa z dnia 2 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy o poręczeniach i gwarancjach udzielanych przez Skarb Państwa oraz niektóre osoby prawne, ustawy o Banku Gospodarstwa Krajowego oraz niektórych innych ustaw) oraz w 2011 r. (ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. o zmianie ustawy o Banku Gospodarstwa Krajowego oraz niektórych innych ustaw). Nie stanowią zatem rozwiązań nowatorskich, będąc jedynie propozycją utrzymania dotychczasowego</p>		
--	--	--	---	--	--

			<p>stanu prawnego. Rozwiązania obecnie funkcjonujące w ustawie Prawo zamówień publicznych nie powodują jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych. Dodatkowo należy wyraźnie stwierdzić, że BGK nie jest ani jednostką sektora finansów publicznych w rozumieniu prawa krajowego, ani jednostką <i>general government</i> w rozumieniu prawa UE i EUROSTATu. BGK działa na podstawie prawa bankowego, posiada licencję na prowadzenie działalności bankowej i podlega wszelkim normom dla działalności bankowej, prowadzi działalność depozytową oraz kredytową, decyzje dotyczące udzielania kredytów podejmuje samodzielnie, kierując się względami ekonomicznymi i biorąc pod uwagę ryzyko, natomiast działając w imieniu sektora instytucji rządowych i samorządowych pełni rolę pośrednika za co jest wynagradzany. Za swoje usługi BGK pobiera opłaty uzasadnione z ekonomicznego punktu widzenia. W związku z powyższym działalność bankowa BGK (art. 6 pkt 10 lit. a i c projektu ustawy) nie powinna podlegać zamówieniom publicznym. Wobec powyższego proponuje się utrzymanie obecnie funkcjonujących rozwiązań.</p>		
12	MKiDN	art. 208 ust. 2	<p>W art. 208 ust. 2 proponuję dodanie pkt 3 następującej treści: „3. Zamawiający może udzielić zaliczek w przypadku udzielenia zamówień, o których mowa w art. 60 ust. 1 pkt 2 lit c, jeżeli zasady udzielania zaliczek zostały określone w zaproszeniu do negocjacji i pozostają niezmiennie w toku realizacji umowy w</p>	<p>Uwaga nieuwzględniona.</p> <p>Projektowany przepis stanowi powtórzenie obecnie obowiązującego przepisu, którego brzmienie zostało wypracowane wspólnie z MF. Wszelkie zmiany w tej kwestii powinny</p>	

		<p>sprawie zamówienia, a wysokość zaliczki nie przekracza 25 % wynagrodzenia.” Odnosząc się do kwestii zaliczek dla twórców pragnę wskazać, iż jest to zwyczaj przyjęty w całym świecie. Należy wskazać, iż często, jak np. w przypadku opery, przygotowanie dzieła zajmuje dwa lata, zaś kompozytor ponosi w tym czasie koszty dodatkowe, np. wynajęcie studia. Przygotowanie inscenizacji, w którą zaangażowany jest reżyser, kostiumolog i scenograf zajmuje od kilku miesięcy do 1,5 roku. Jest to specyfika działalności kulturalnej, którą w ocenie MKiDN należy uwzględnić. Artyści o uznanej renomie, poświęcając czas na przygotowanie dzieła, finansują z zaliczek swoją działalność. Solista zapraszany na występy nie przyjeżdża tylko raz, przed koncertem spędza kilka miesięcy na próbach np. z orkiestrą. Kwestia zaliczek jako priorytetowa zmiana była już podnoszona w toku prac rządowych nowelizacji. Jest popierana m.in. przez Obywateli Kultury (Zespół do Spraw Paktu dla Kultury), Radę Artystyczną przy MKiDN oraz państwowe jak i samorządowe instytucje kultury. Pozytywne stanowisko odnośnie zaliczek w zakresie działalności twórczej lub artystycznej wyraziła również Konferencja Rektorów Akademickich Szkół Polskich. Podkreślić należy, iż zamówienie objęte wg propozycji MKiDN zaliczką dotyczy dzieła unikatowego, w przypadku którego nie można mówić o stosowaniu zasady konkurencyjności. Przedmiot zamówienia jest w tym wypadku bowiem niepowtarzalny.</p>	<p>być konsultowane z MF. Ponadto, stosownie do art. 5 pkt 2 projektu, przy wartości zamówienia do progów unijnych do dostaw i usług z zakresu działalności kulturalnej związanej m.in. z organizacją wystaw, koncertów spektakli teatralnych czy widowisk ustawy nie stosuje się a zatem nie stosuje się również przepisów związanych z ograniczeniami w zakresie zaliczkowania.</p>	
--	--	---	---	--

13	ABW	<p>art. 6 ust. 1 pkt 5</p> <p>uzasadnienie</p>	<p>Zważyć należy, iż pomimo tego, iż treść przedmiotowego zapisu w sposób znaczący odbiega od regulującego przedmiotową materię art. 4 pkt 5 aktualnie obowiązującej ustawy o Pzp, to w uzasadnieniu projektu nie przedstawiono żadnej argumentacji wskazującej na konieczność nadania mu właśnie takiego brzmienia, co w sposób znaczący utrudnia dokonanie jego prawidłowej interpretacji, zwłaszcza, że poważne zastrzeżenia budzi już sama jego bardzo rozbudowana redakcja. Jeśli intencją normodawcy było, aby do wszystkich określonych na początku tego przepisu trzech „ogólnych” przesłanek pozwalających na wyłączenie spod działania ustawy niektórych zamówień odnosić się miała regulacja zamieszczona w jego drugiej części po słowach: "pod warunkiem", to proponowany zapis powinien przybrać następujące brzmienie:</p> <p><i>"Przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień publicznych lub konkursów:</i></p> <p><i>a) którym nadano klauzulę poufne, tajne lub ściśle tajne. zgodnie z przepisami o ochronie informacji, pod warunkiem. te nie można zagwarantować ochrony informacji objętych klauzulami przez mniej uciążliwe środki,</i></p> <p><i>b) lub którym muszą towarzyszyć szczególne środki bezpieczeństwa. zgodne z przepisami ustawowymi. wykonawczymi lub</i></p>	<p>Uwaga nieuwzględniona. Projektowany przepis został przygotowany w oparciu o przepis dyrektywy. Podzielamy obawy związane z konsekwencjami wprowadzenia takiej regulacji ale niestety jest to konieczne w związku z prawidłową implementacją dyrektywy.</p>	<p>Uwaga częściowo uwzględniona. Proponujemy następujące brzmienie przepisu:</p> <p>„5) zamówień publicznych lub konkursów:</p> <p>a) którym nadano klauzulę „poufne”, „tajne” lub „ściśle tajne”, zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych, lub</p> <p>b) jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa, lub</p> <p>c) jeżeli wymaga tego ochrona bezpieczeństwa publicznego</p> <p>- pod warunkiem, że nie można zagwarantować ochrony informacji objętych klauzulami, ochrony bezpieczeństwa publicznego lub istotnych interesów państwa przez mniej uciążliwe środki, w szczególności poprzez nałożenie wymagań mających na celu ochronę poufnego charakteru informacji udostępnianych przez zamawiającego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;”</p> <p>W pozostałym zakresie - rozbieżność</p>
----	-----	--	--	---	---

administracyjnymi, pod warunkiem, że nie można zagwarantować szczególnych środków bezpieczeństwa przez mniej uciążliwe środki.

c) lub jeżeli wymaga tego podstawowy interes bezpieczeństwa państwa, pod warunkiem, że nie można zagwarantować podstawowych interesów państwa przez mniej uciążliwe środki,

- w szczególności poprzez nałożenie wymagań mających na celu ochronę poufnego charakteru informacji udostępnianych przez zamawiającego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”.

Jednakże nawet po takim przereformowaniu treści projektowanego zapisu nadal budzi on szereg wątpliwości, co do sposobu jego rozumienia. Za problematyczny należy uznać sposób zdefiniowania podstawy wyłączenia z uwagi na ochronę informacji niejawnych - w świetle której zamawiający może nie stosować ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku zamówień, którym nadano klauzulę "poufne", "tajne" lub „ściśle tajne”, zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych. pod warunkiem, że nie można zagwarantować ochrony informacji objętych klauzulami, przez mniej uciążliwe środki, w szczególności poprzez nałożenie wymagań

		<p>mających na celu ochronę poufnego charakteru informacji udostępnianych przez zamawiającego. W opinii Agencji Bezpieczeństwa</p> <p>Wewnętrznego już sam fakt nadania klauzuli tajności zamówieniu powinien przesądzać o jego wyłączeniu spod reżimu ustawy, więc nie ma potrzeby wprowadzania dodatkowego warunku, który czyni określoną w tym przepisie przesłankę zupełnie nieczytelną. Ponieważ do zamówień, którym nadano jedną z ww. klauzul, mają obligatoryjnie zastosowanie przepisy ustawy o ochronie informacji niejawnej określające zasady ich ochrony, to zamawiający nie ma możliwości wybrania innych środków ochrony niż te, które wynikają z tej właśnie ustawy.</p> <p>Podniesione powyżej zastrzeżenie dotyczące zamieszczenia w projektowanym art,6 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dodatkowego wymogu pozwalającego na wyłączenie zamówienia</p> <p>spod reżimu ustawy Pzp, odnosi się również do pozostałych wyłączeń wyszczególnionych w lit. b i c. prerעדagowanego przez nas przepisu. Trudno jest bowiem zrozumieć, jaki jest</p> <p>cel zamieszczenia dodatkowych wymogów wymienionych pod zwrocie „pod warunkiem”, w sytuacji, gdy w obecnym stanie prawnym ustawodawca, mając na uwadze zamówienia służące zapewnieniu przy ich udzielaniu ochrony informacji niejawnych czy też</p>		
--	--	--	--	--

		<p>zagwarantowaniu bezpieczeństwa państwa. Lub bezpieczeństwa publicznego, nie dostrzegając potrzeby uszczegółowienia tego przepisu. Wprowadzenie nowej przesłanki wyłączenia odnoszącej się do zamówień, <i>którym muszą towarzyszyć szczególne środki bezpieczeństwa. zgodne z przepisami ustawowymi. wykonawczymi lub administracyjnymi, pod warunkiem. że nie można zagwarantować ochrony szczególnych środków bezpieczeństwa przez mniej uciążliwe środki. w szczególności poprzez nałożenie wymagań mających na celu ochronę poufnego charakteru informacji udostępnianych przez zamawiającego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego</i> - jest trudne do odczytania, albowiem w uzasadnieniu projektu brak jest choćby przykładowego wskazania, jakie szczególne środki bezpieczeństwa projektodawca miał na myśli. Zatem wobec braku stosownego uzasadnienia nie jest możliwe powzięcie wiedzy na temat tego, czy w ramach tak sformułowanej treści omawianego zapisu mieści również dotychczasowa przesłanka pozwalająca na odstąpienie od stosowania ustawy Pzp, jakim była "ochrona bezpieczeństwa publicznego". Powyższe wątpliwości, co do treści proponowanego zapisu powstały również ze względu na zastąpienie dotychczasowego pojęcia "istotny interes bezpieczeństwa</p>		
--	--	---	--	--

		<p>państwa" pojęciem "podstawowy interes bezpieczeństwa państwa" co zważywszy, że w uzasadnieniu nie wyjaśniono, dlaczego dokonano właśnie takiej zamiany, powoduje trudności w ocenie jej charakteru (np. polegającego na dostosowaniu używanej w ustawie nomenklatury do terminologii wynikającej z dyrektywy). Zważywszy, że na gruncie słownika języka polskiego oba zwroty są uznawane za synonimy, koniecznym jest wskazanie w uzasadnieniu projektu powodów dokonania takiej zmiany, bo w przeciwnym wypadku jej wprowadzenie traci rację bytu.</p> <p>Na marginesie powyższego omówienia należy wskazać, że podobne wątpliwości budzi rezygnacja z przesłanki wymienionej w art. 4 pkt 5 obowiązującej ustawy, a mianowicie "ochrony bezpieczeństwa publicznego", dla której usunięcia brak jest również jakiegokolwiek omówienia w uzasadnieniu projektu. Przesłanka ta dotychczas pozwalała na ochronę interesów państwa poprzez zachowanie w poufności zamówień realizowanych na rzecz państwa, a dotyczących szeroko pojętych kwestii bezpieczeństwa.</p> <p>Mając na uwadze przedstawione powyżej wątpliwości dotyczące zaproponowanego brzmienia art. 6 ust. 1 pkt 5 projektu ustawy, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego</p>		
--	--	---	--	--

		<p>proponuje nadać omawianemu przepisowi brzmienie jak najbardziej zwięzłe i nie stwarzające trudności interpretacyjnych, a mianowicie:</p> <p><i>„Przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień publicznych lub konkursów, którym nadano klauzulę „poufne”, „tajne” lub „ ściśle tajne”. zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych, lub którym muszą towarzyszyć szczególne środki bezpieczeństwa, zgodne z przepisami ustawowymi, wykonawczymi lub administracyjnymi, lub jeżeli wymaga tego podstawowy interes bezpieczeństwa państwa.</i></p> <p>”.</p> <p>Jednocześnie jednak, wobec braku w uzasadnieniu projektu informacji odnoszącej się do wprowadzanej zmiany, to w sytuacji gdyby intencją projektodawców było nadanie jednak innego znaczenia terminowi "podstawowy interes bezpieczeństwa państwa", Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego zastrzega sobie prawo do zgłoszenia uwag do omawianego przepisu w toku dalszych prac legislacyjnych, po przedstawieniu uzupełnionego uzasadnienia do projektu ustawy.</p>		
--	--	--	--	--