

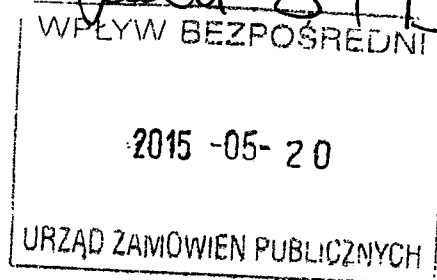


Minister
Spraw Zagranicznych

DPUE.920.524.2015 / 2/msz

dot.: UZP/DP/L-ASI/WL/020/44/15/AS z 17.04.2015 r.

Warszawa, 19 maja 2015 r.



Pan
Dariusz Piasta
Wiceprezes
Urzędu Zamówień Publicznych

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 Prezesie,

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

1. Treść art. 2 pkt 5 projektu należy uzupełnić o wskazanie, że chodzi o „dominujący” wpływ podmiotów zamawiających na przedsiębiorstwa (por. art. 4 ust. 2 dyrektywy 2014/25/WE, dalej: dyrektywa sektorowa).

2. W odniesieniu do brzmienia art. 3 ust. 3 oraz art. 12 pkt 7 lit. g) projektu powstają wątpliwości, czy przepisy te transponują w pełni postanowienia dyrektywy sektorowej oraz dyrektywy 2014/24/UE (dalej: dyrektywa klasyczna). Zgodnie z art. 13 ust. 1 dyrektywy sektorowej działalnością sektorową jest działalność związana ze świadczeniem: usług pocztowych (lit. a) oraz usług innych niż pocztowe, pod warunkiem, że wspomniane usługi są świadczone przez podmiot, który świadczy również usługi pocztowe w rozumieniu ust. 2 lit. b) niniejszego artykułu oraz jeżeli warunki określone w art. 34 ust. 1 nie są spełnione w odniesieniu do usług objętych ust. 2 lit. b) niniejszego artykułu (lit. b). Z kolei zgodnie z art. 13 ust. 2 lit. c) usługi inne niż pocztowe oznaczają usługi świadczone w obszarach: usług zarządzania usługami pocztowymi (pkt i) oraz usług dotyczących przesyłek pocztowych nie uwzględnionych w innych przepisach art. 13 ust. 2, takich jak bezadresowe przesyłki reklamowe. W świetle takiego brzmienia przepisu dyrektywy sektorowej wydaje się, że art. 3 ust. 3 projektu powinien zostać uzupełniony o wskazanie, że chodzi o przypadki, gdy Komisja Europejska nie wydała decyzji stwierdzającej, że dana działalność bezpośrednio podlega konkurencji (w rozumieniu art. 34 dyrektywy sektorowej) oraz że chodzi o przesyłki takie jak bezadresowe przesyłki reklamowe.

Ponadto należy zwrócić uwagę, że działalności pocztowej dotyczy także art. 7 dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym dyrektywa ta nie ma zastosowania m.in. do udzielania przez

1. 1. 1.

2. 2. 2.

zamawiającego prowadzącego działalność sektorową w zakresie usług pocztowych zamówień w celu prowadzenia następujących rodzajów działalności: usług o wartości dodanej związanej ze środkami elektronicznymi i świadczonych wyłącznie za pomocą takich środków (lit. a), usług finansowych, w szczególności przekazów pocztowych i pocztowych przelewów na konto (lit. b), usług filatelistycznych (lit. c), usług logistycznych (lit. d). Wydaje się, że definicja działalności sektorowej, która odnosi się bardzo ogólnie do „świadczania usług pocztowych” w art. 12 pkt 7 lit. g) nie uwzględnia brzmienia wskazanego art. 7 dyrektywy klasycznej.

3. Na podstawie art. 8 ust. 4 projektu nakłada się na zamawiających obowiązek przekazywania Komisji informacji w zakresie, o którym mowa w ust. 1 pkt 1-4 i ust. 3, dotyczących zastosowania przewidzianego w tych przepisach wyłączenia obowiązku stosowania ustawy. W tym względzie należy zauważyć, że na gruncie dyrektywy sektorowej obowiązek informowania dotyczy trzech różnych przypadków: w art. 18 ust. 2 i art. 19 ust. 2 tej dyrektywy chodzi o informowanie Komisji odpowiednio o wykazach kategorii produktów i rodzajów działalności, natomiast na podstawie art. 31 tej dyrektywy zamawiający mają przekazywać nazwy danych przedsiębiorstw lub przedsięwzięć joint venture, charakter i wartość danych zamówień oraz dowody pozwalające stwierdzić spełnienie przesłanek wyłączenia z art. 29 i 30 dyrektywy sektorowej. Należy zatem zgłosić wątpliwość, czy brak wyraźnego wskazania w art. 8 ust. 4 projektu treści, do których przekazywania są zobowiązani zamawiający, zapewni właściwą realizację przez zamawiających obowiązków nałożonych na podstawie dyrektywy.

4. Art. 10 ust. 1 projektu, odnoszący się do wyłączenia spod ustawy zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, powinien uwzględniać brzmienie art. 17 dyrektywy klasycznej, art. 27 dyrektywy sektorowej oraz art. 12 dyrektywy 2009/81/WE (dalej: dyrektywa obronna), ponieważ wszystkie wskazane przepisy dyrektyw dotyczą zamówień obejmujących aspekty obronności lub bezpieczeństwa, udzielanych lub organizowanych na mocy przepisów międzynarodowych. Z tego względu proponowane brzmienie art. 10 ust. 1, zwłaszcza litera c) powinna uwzględniać jednocześnie art. 12 lit. c) dyrektywy obronnej oraz art. 17 ust. 1 lit. c) oraz ust. 2 dyrektywy klasycznej (oraz identycznie sformułowany art. 27 ust. 1 lit. c) i ust. 2 dyrektywy sektorowej). W tym zakresie przedmiotowy przepis projektu powinien zostać uzupełniony w ten sposób, by uwzględnić odrębnie zamówienia: 1) udzielane przez organizację międzynarodową oraz 2) udzielane zgodnie z przepisami dotyczącymi zamówień określonymi przez organizację międzynarodową jeżeli są one w całości finansowane przez taką organizację lub w przypadku zamówień współfinansowanych w przeważającej części przez taką organizację – jeżeli strony uzgodniły mającą zastosowanie procedurę udzielania zamówień publicznych inną niż przewidziana w ustawie.

5. W art. 10 ust. 1 pkt 4) projektu wskazano, że przepisy ustawy nie będą miały zastosowania do zamówień „udzielanych w ramach programu współpracy opartego na badaniach i rozwoju”. Tak sformułowany przepis ustawy jest co prawda zgodny z art. 13 lit. c) dyrektywy obronnej, jednakże wymaga dodatkowo uzupełnienia o zdefiniowanie sformułowania „badania i rozwój”. Pojęcie to bowiem zostało także zdefiniowane w art. 1 pkt 27 dyrektywy obronnej.

6. Artykuł 13 projektu, w którym określa się przepisy właściwe mające zastosowanie w przypadku zamówień mieszanych, wymaga uzupełnienia w celu uwzględnienia art. 17 dyrektywy obronnej. Należy zwrócić uwagę, że dyrektywa obronna nadal odwołuje się do usług priorytetowych i niepriorytetowych (inaczej niż dyrektywa klasyczna i sektorowa, w których wyróżniono nową kategorię usług społecznych).

7. Artykuł 20 projektu powinien dodatkowo uwzględniać brzmienie art. 39 ust. 2 dyrektywy sektorowej, zgodnie z którym zobowiązanie do zachowania poufnego charakteru informacji może dotyczyć także „informacji udostępnianych w związku z obsługiwaniem systemu kwalifikowania, niezależnie od tego czy był on przedmiotem ogłoszenia o istnieniu systemu kwalifikowania stosowanego jako zaproszenie do ubiegania się o zamówienie”.

8. W odniesieniu do art. 48 projektu należy wskazać na konieczność uzupełnienia jego dyspozycji w celu pełnej transpozycji art. 38 ust. 2 dyrektywy klasycznej (oraz art. 56 ust. 2 dyrektywy sektorowej). Zgodnie ze zdaniem drugim tego przepisu dyrektywy, solidarna odpowiedzialność spoczywa na tych zamawiających także wówczas, „gdy jedna instytucja zamawiająca zarządza przebiegiem postępowania, występując we własnym imieniu i w imieniu pozostałych zainteresowanych instytucji zamawiających”. Ponadto, zgodnie z art. 38 ust. 2 akapit drugi dyrektywy klasycznej, w przypadku, gdy postępowanie jest przeprowadzane w imieniu i na rzecz zainteresowanych instytucji zamawiających, są one „wspólnie odpowiedzialnie za te części postępowania, które są prowadzone wspólnie”. Przesłanka ta nie wynika z proponowanego brzmienia art. 48 ust. 1 ustawy, w którym jest mowa tylko o całości postępowania.

9. Wydaje się, że art. 50 ust. 3 projektu nie uwzględnia w pełni dyspozycji art. 39 ust. 3 dyrektywy klasycznej, ponieważ odnosi się ogólnie m.in. do udzielania zamówień publicznych na podstawie umowy ramowej. Tymczasem w art. 39 ust. 3 pkt b) i c) dyrektywy klasycznej doprecyzowano, że chodzi o sytuację ponownego poddania zamówienia procedurze konkurencyjnej na mocy umowy ramowej (lit. b) oraz określenie, zgodnie z art. 33 ust. 4 lit. a lub b) dyrektywy, którzy wykonawcy będący stronami umowy ramowej wykonają dane zadanie (lit. c). W konsekwencji art. 50 ust. 3 projektu należałoby uzupełnić o wskazanie odpowiednich przepisów ustawy, transponujących te dwa przypadki wskazane w dyrektywie (jak się wydaje - art. 159 ust. 1 pkt 2).

10. W odniesieniu do art. 52 ust. 3 pkt 2 projektu należy wskazać, że zgodnie z art. 39 ust. 5 akapit drugi dyrektywy klasycznej (oraz art. 57 ust. 5 akapit drugi dyrektywy sektorowej) porozumienie „może być ograniczone do ustalonego okresu, określonych rodzajów zamówień lub do jednego konkretnego zamówienia lub większej ich liczby.” Wydaje się zatem, że przedmiotowy przepis ustawy powinien uwzględniać te trzy różne możliwości, przy czym żadna z nich nie warunkuje pozostałych.

11. Art. 64 ust. 1 projektu wymaga uzupełnienia, tak aby przenieść do przepisów ustawy zastrzeżenie zawarte w art. 42 ust. 1 akapit trzeci dyrektywy klasycznej (oraz w art. 60 ust. 1 akapit czwarty) „z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków”. Zastrzeżenie wskazane w dyrektywach oznacza, że prawodawca unijny dopuszcza wyjątkowe sytuacje, gdy kryteria dostępności dla osób niepełnosprawnych nie będą mogły być uwzględnione przy sporządzaniu specyfikacji technicznych.

12. Projektowany art. 65 ustawy, który wskazuje, jakie normy może powołać zamawiający, nie uwzględnia „norm obronnych” wymienionych w załączniku III, pkt 3 do dyrektywy obronnej. W tym zakresie przepisy ustawy wymagają uzupełnienia.

13. W art. 43 ust. 1 akapit czwarty dyrektywy klasycznej (oraz w art. 61 ust. 1 akapit czwarty dyrektywy sektorowej) wskazano, że inne odpowiednie środki dowodowe, które ma akceptować zamawiający, „mogą obejmować dokumentację techniczną producenta”. Należy rozważyć

uzupełnienie brzmienia artykułu 67 ust. 4 projektu o wskazanie, że środki dowodowe mogą „ w szczególności” polegać na przedłożeniu dokumentacji technicznej producenta.

14. Zawarte w art. 67 ust. 5 projektu odesłanie do warunków, określonych w ust. 1, jest zbyt szerokie w porównaniu z dyrektywami. Zgodnie z art. 43 ust. 2 dyrektywy klasycznej (oraz art. 60 ust. 2 dyrektywy sektorowej) przepis ten ma zastosowanie „jeżeli etykieta spełnia warunki przewidziane w ust. 1 pkt b), c), d) i e)”. Zatem w art. 67 ust. 5 projektu należałoby odesłać tylko do tych warunków przewidzianych w ust. 1 tego artykułu, które wdrażają odpowiednie jednostki redakcyjne wskazane w dyrektywach. Odesłanie w art. 67 ust. 5 projektu do całego ustępu 1 powoduje niezręczność, bo w ust. 1 pkt 1 zawarto wymóg, by oznakowanie było związane z przedmiotem zamówienia (więc nie można jednocześnie spełniać tego wymogu i go nie spełniać).

15. Artykuł 68 ust. 4 projektu powinien uwzględniać inne środki dowodowe inne niż te, o których mowa w ust. 1-3 (a nie tylko w ustępach 1-2, jak wskazano w obecnym brzmieniu projektu). Dopiero takie brzmienie przepisu ustawy będzie w pełni uwzględniać art. 44 ust. 2 dyrektywy klasycznej (odsyła on do środków dowodowych wskazanych w art. 44 ust. 1, wdrożonych z kolei w art. 68 ust. 1-3) oraz art. 62 ust. 2 dyrektywy sektorowej.

16. Wątpliwości budzi prawidłowość wdrożenia art. 53 ust. 1 dyrektywy klasycznej w projektowanym art. 79 ustawy. Projektowany przepis nie uwzględnia bowiem kwestii ustalania terminów składania ofert, w przypadkach określonych w art. 53 ust. 1 akapit drugi i trzeci dyrektywy. W obu przypadkach w dyrektywie wskazano, że jeżeli spełnione są przesłanki stosowania tych przepisów, wówczas „termin składania ofert jest przedłużany o pięć dni, poza przypadkami należycie uzasadnionej pilnej potrzeby, o której mowa w art. 27 ust. 3, art. 28 ust. 6 i art. 29 ust. 1 akapit czwarty.” Takiego brzmienia przepisów dyrektywy nie odzwierciedla art. 79 ust. 3 ani ust. 4 projektu.

17. W art. 84 ust. 3 pkt 3) projektu należy dodatkowo uwzględnić „informację o języku lub językach, w jakich oferty muszą być wysłane” (tak aby w pełni odzwierciedlić brzmienie lit. b) załącznika IX dyrektywy klasycznej).

18. Projektowany art. 85 ust. 3 ustawy, który nakłada na zamawiającego obowiązek informowania „niezwłocznie”, powinien dodatkowo uwzględniać wymóg wynikający z art. 55 ust. 2 dyrektywy klasycznej, że obowiązek informowania musi być realizowany „w każdym razie w terminie 15 dni od otrzymania pisemnego wniosku”.

19. Wyjaśnienia wymaga, jaką podstawę prawną w dyrektywie klasycznej lub sektorowej mają przesłanki wykluczenia określone w art. art. 88 ust. 1 lit. a) projektu (przestępstwa skarbowe) oraz pkt 2) projektu (przestępstwa popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową lub przeciwko środowisku).

20. Zgodnie z art. 57 ust. 1 lit. b) dyrektywy klasycznej obligatoryjnemu wykluczeniu powinien podlegać wykonawca, który dopuścił się korupcji, zgodnie z definicją zawartą w art. 3 Konwencji w sprawie zwalczania korupcji urzędników Wspólnot Europejskich i urzędników państw członkowskich UE i art. 2 ust. 1 decyzji ramowej Rady 2003/568/WSiSW, jak również korupcji zdefiniowanej w prawie krajowym instytucji zamawiającej lub wykonawcy. Wyjaśnienia wymaga, czy odesłanie w projektowanym art. 88 ust. 1 lit. c) do przestępstwa przekupstwa w

rozumieniu art. 229 k.k. jest wystarczające do zapewnienia zgodności z ww. przepisem dyrektywy.

21. Zgodnie z art. 57 ust. 1 lit. c) dyrektywy klasycznej obligatoryjnemu wykluczeniu powinien podlegać wykonawca, który dopuścił się nadużycia finansowego w rozumieniu art. 1 Konwencji w sprawie ochrony interesów finansowych Wspólnot Europejskich. Wydaje się, że odesłanie w projektowanym art. 88 ust. 1 lit. d) do przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu (rozdział XXXVI k.k.) nie zapewnia zgodności z ww. przepisem dyrektywy. Należy w tym względzie zauważyć, że wskazany rozdział k.k. zawiera znacznie szerszy katalog przestępstw niż te, o których mowa w art. 1 Konwencji. Jednocześnie odesłanie jedynie do k.k. nie uwzględnia przestępstw skarbowych określonych w kodeksie karnym skarbowym, stanowiących wdrożenie do prawa polskiego ww. Konwencji.

22. Zgodnie z art. 57 ust. 7 dyrektywy klasycznej państwa członkowskie ustalają maksymalny okres wykluczenia w przypadku, „gdy wykonawca nie podejmie środków określonych w ust. 6 w celu wykazania swojej rzetelności”. Z tego względu transponujący ten przepis dyrektywy art. 88 ust. 3 projektu wymaga uzupełnienia o zastrzeżenie takie, jak w przedmiotowym przepisie dyrektywy klasycznej.

23. Zgodnie z art. 57 ust. 6 akapit trzeci dyrektywy klasycznej „jeżeli środki zostaną uznane za niewystarczające, wykonawca otrzymuje uzasadnienie takiej decyzji”. Zatem w art. 88 ust. 5 lub 7 projektu, dotyczących czynności zamawiającego związanych z wykluczeniem wykonawcy lub uznaniem jego wyjaśnień braku wykluczenia, należałoby dodatkowo uwzględnić obowiązek zamawiającego powiadomienia wykonawcy o przyczynach uznania, że podjęte przez niego środki są niewystarczające.

24. Odnośnie do brzmienia art. 88 ust. 4 projektu należy wskazać, że zawarte w tym przepisie odesłanie do wszystkich przypadków, o których mowa w ust. 1 lub 2 wydaje się zbyt szerokie. Zgodnie z art. 57 ust. 6 dyrektywy klasycznej „każdy wykonawca znajdujący się w sytuacji, o których mowa w ust. 1 i 4, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia.” Zatem odesłanie do przypadków określonych w ust. 1 i ust. 2 nie powinno dotyczyć art. 88 ust. 1 pkt 4) wdrażającego art. 57 ust. 2 dyrektywy klasycznej. Zmiana taka wydaje się tym bardziej uzasadniona, że w art. 88 ust. 1 pkt 4) już wskazano wyraźnie możliwość „zrehabilitowania się” wykonawcy („z wyjątkiem przypadków gdy dokonali płatności”), zatem nie ma potrzeby uwzględniania tego powtórnie w art. 88 ust. 4.

25. W art. 90 ust. 1 projektu należy uwzględnić dodatkowo załącznik VII do dyrektywy obronnej, jak tego wymaga art. 40 tej dyrektywy.

26. W art. 91 ust. 5 projektu należałoby dodać, że chodzi o „szacunkową” wartość umowy ramowej (por. art. 58 ust. 3 akapit piąty dyrektywy klasycznej).

27. Wyjaśnienia wymaga, jaką podstawę prawną w dyrektywie klasycznej lub obronnej ma art. 96 ust. 3 projektu, zgodnie z którym „jeżeli oferta konsorcjum została wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy konsorcjum”.

28. W art. 96 ust. 5 projektu należałoby dodatkowo uwzględnić brzmienie art. 37 ust. 2 akapit drugi dyrektywy sektorowej, zgodnie z którym zamawiający może określić także sposób, w jaki grupy wykonawców mają spełnić wymogi dotyczące systemów kwalifikowania.

29. W art. 97 ust. 3 projektu należy dodatkowo uwzględnić „okres ważności systemu kwalifikowania”, tak jak wymaga tego art. 79 ust. 1 dyrektywy sektorowej.

30. Wyjaśnienia wymaga w kontekście art. 99 ust. 7, zawierającego upoważnienie do wydania rozporządzenia Rady Ministrów, czy będzie ono wdrażać nie tylko art. 60 ust. 2 dyrektywy klasycznej (jak wskazano w tabeli zgodności), lecz także art. 60 ust. 1 akapit 1, art. 60 ust. 3 akapit 1 oraz ust. 4 (odsyłające do załącznika XII). W tym zakresie tabela zgodności wymaga uzupełnienia.

31. Zgodnie z art. 42 ust. 5 dyrektywy klasycznej (oraz art. 60 ust. 5 dyrektywy sektorowej) „w przypadku gdy instytucja zamawiająca korzysta z możliwości zastosowania odniesienia do specyfikacji technicznych, o których mowa w ust. 3 lit. b), nie może ona odrzucić oferty na podstawie faktu, iż roboty, dostawy lub usługi (...) nie są zgodne ze specyfikacjami technicznymi...”. Z tego względu wydaje się, że zawarte w art. 110 ust. 3 odesłanie do norm, ocen, specyfikacji o których mowa w art. 65 ust. 1 pkt 2 jest zbyt wąskie. Art. 42 ust. 3 lit. b) został wdrożony w art. 65 ust. 1 pkt 2 oraz art. 65 ust. 2-3, zatem art. 110 ust. 3 powinien uwzględniać szersze odesłanie.

32. Artykuł 114 ust. 1 projektu, który określa zawartość protokołu postępowania, powinien zostać uzupełniony w zakresie wymagań wynikających z dyrektywy obronnej, tzn. o informacje wymagane na podstawie art. 37 ust. 1 pkt b) (wybrana procedura udzielenia zamówienia), oraz lit. d) in fine oraz lit. g) i h) tej dyrektywy.

33. Treść art. 159 ust. 3 wymaga uzupełnienia o sformułowanie, które będzie odpowiadać przesłance zawartej w art. 33 ust. 2 ak. 3 dyrektywy klasycznej „w szczególności w przypadku, o którym mowa w ust. 3”.

34. W art. 159 ust. 9 pkt 1) projektu brak jest dyspozycji z art. 33 ust. 5 dyrektywy klasycznej – „w razie potrzeby, na bardziej szczegółowo sprecyzowanych warunkach”. W art. 159 ust. 9 pkt 3) brakuje sformułowania „uwzględniając czynniki takie jak złożoność przedmiotu zamówienia oraz czas potrzebny na przesłanie ofert” (por. brzmienie art. 33 ust. 5 lit. b) dyrektywy klasycznej). W tym zakresie należy rozważyć uzupełnienie projektowanego przepisu ustawy.

35. Artykuł art. 160 ust. 6 projektu wymaga doprecyzowania, tak aby jasno z niego wynikało, że chodzi o weryfikację, „czy oferta nie zawiera żadnych istotnych błędów” (por. art. 36 ust. 5 dyrektywy klasycznej oraz art. 54 ust. 5 dyrektywy sektorowej).

36. Brzmienie art. 163 ust. 2 projektu należałoby uzupełnić, ponieważ zgodnie z art. 34 ust. 5 zd. 3 dyrektywy klasycznej termin może być przedłużony „w razie potrzeby przeanalizowania dodatkowej dokumentacji” (tę przesłankę projekt uwzględnia), ale także „lub innego zweryfikowania, czy spełniono kryteria kwalifikacji”.

37. Artykuł 164 ust. 1 w proponowanym brzmieniu nie uwzględnia zawartego w art. 34 ust. 2 akapit 1 zd. 2 dyrektywy klasycznej (oraz art. 52 ust. 2 akapit 1 zd. 2 dyrektywy sektorowej) sformułowania „wszyscy kandydaci, którzy spełniają kryteria kwalifikacji, są dopuszczani do

udziału w systemie, a liczba kandydatów dopuszczanych do udziału w systemie nie jest ograniczana zgodnie z art. 65". Należałoby rozważyć uzupełnienie treści art. 164 ust. 1, na przykład poprzez wykluczenie stosowania przepisu ustawy wdrażającego art. 65 dyrektywy klasycznej (oraz art. 78 ust. 2 dyrektywy sektorowej). W przeciwnym razie, zważywszy że art. 65 dyrektywy ma zastosowanie w procedurach ograniczonych, mogą powstać wątpliwości, czy przy dynamicznym systemie można stosować ograniczanie liczby kandydatów na zasadzie analogii do procedury ograniczonej.

38. Przepis art. 164 ust. 3 projektu wymaga uzupełnienia. Zgodnie bowiem z art. 34 ust. 2 akapit 2 lit. b) dyrektywy klasycznej „nie stosuje się art. 28 ust. 3 i 5”. Zatem w projektowanym przepisie ustawy należałoby uwzględnić dodatkowo (oprócz niestosowania art. 123 ust. 4 pkt 1 – który wdraża art. 28 ust. 3 tej dyrektywy) niestosowanie art. 123 ust. 3, który wdraża art. 28 ust. 5 dyrektywy klasycznej.

39. Zgodnie z art. 36 ust. 6 dyrektywy klasycznej (oraz art. 54 ust. 6 dyrektywy sektorowej) „instytucje zamawiające mogą również udzielać zamówień w oparciu o dynamiczny system zakupów zgodnie z ust. 4 lit. b) i ust. 5”. Z tego względu należy rozważyć uzupełnienie zawartego w projektowanym 167 ust. 2 ustawy odesłania (wskazane przepisy dyrektywy zostały przeniesione do art. 160 ust. 3 pkt 2 oraz ust. 4-6).

40. Należy rozważyć uzupełnienie art. 177 ust. 1 pkt 2) projektu w taki sposób, aby uwzględnić w nim pełne brzmienie art. 77 ust. 2 lit. b) dyrektywy klasycznej (oraz art. 94 ust. 2 lit. b) dyrektywy sektorowej), w którym zawarto zastrzeżenie: „w przypadku gdy zyski podlegają dystrybucji lub redystrybucji, podstawą takich działań powinny być udziały”.

41. Należy rozważyć uzupełnienie treści art. 180 ust. 1 projektu o odesłanie do przepisów regulujących publikację ogłoszenia o udzieleniu zamówienia. Takie odesłanie zawiera art. 75 ust. 2 dyrektywy klasycznej. Jak się wydaje, z uwagi na brzmienie art. 169 ust. 2 (Przepisy ustawy stosują się do udzielania zamówień publicznych na usługi społeczne, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału tak stanowią), nie można domniemywać, że przepisy dotyczące publikacji ogłoszeń będą miały zastosowanie bez takiego odesłania.

42. Zgodnie z art. 79 ust. 2 dyrektywy klasycznej „instytucje zamawiające, które przeprowadziły konkurs, wysyłają ogłoszenie o wynikach konkursu zgodnie z art. 51 i muszą być w stanie udowodnić datę jego wysłania.” Skoro zgodnie z art. 182 ust. 2 „przepisy ustawy stosuje się do udzielania konkursów, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału tak stanowią”, konieczne wydaje się wdrożenie powyższego wymogu wynikającego z art. 79 ust. 2 dyrektywy klasycznej (np. przez odesłanie do odpowiednich przepisów ustawy).

43. Należałoby rozważyć uzupełnienie brzmienia art. 210 ust. 1 pkt 5) projektu o sformułowanie „w rozumieniu ust. 5”, w którym określono jakie zmiany uznaje się za istotne.

44. Brzmienie art. 210 ust. 2 projektu należałoby uzupełnić o zastrzeżenie, że „w przypadku wprowadzania kilku kolejnych modyfikacji ograniczenie to ma zastosowanie do wartości każdej z nich”. Zastrzeżenie takie zawarto w art. 72 ust. 1 pkt b) in fine oraz lit. c) pkt iii) in fine dyrektywy klasycznej.

45. W art. 210 ust. 5 pkt 1) projektu należy dodatkowo uwzględnić sytuację wskazaną w art. 72 ust. 4 lit. a) dyrektywy klasycznej, tzn. „lub przyjęcie oferty innej niż pierwotnie przyjęta”.

46. W odniesieniu do brzmienia art. 212 pkt 2) projektu należy zwrócić uwagę, że przepis odsyłający do obligatoryjnych przesłanek wykluczenia z postępowania został sformułowany zbyt szeroko. Zgodnie z art. 73 lit. b) dyrektywy klasycznej (oraz art. 90 lit. b) dyrektywy sektorowej) rozwiązanie umowy jest dopuszczalne, gdy „wykonawca znajdował się w momencie udzielenia zamówienia w jednej z sytuacji, o których mowa w art. 57 ust. 1, w związku z czym powinien być zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia.” Zatem art. 212 pkt 2 projektu powinien zawierać odesłanie jedynie do tych przesłanek obligatoryjnych w rozumieniu art. 57 ust. 1 dyrektywy klasycznej zważywszy, że ustawodawca zdecydował się niektóre z przesłanek fakultatywnych (o których mowa w art. 57 ust. 4 dyrektywy klasycznej) uczynić przesłankami obligatoryjnymi na gruncie ustawy.

47. Artykuł 227 ust. 3 pkt 4) projektu zawiera odesłanie do całego załącznika VI do dyrektywy sektorowej. Takie odesłanie wymaga dostosowania do brzmienia art. 67 ust. 2 lit. c) dyrektywy sektorowej, w którym odesłano tylko do części A sekcja I i II.

48. Projektowane brzmienie art. 227 ust. 5 ustawy wymaga uzupełnienia, ponieważ w obecnym brzmieniu nie uwzględnia treści pkt d) i e) z załącznika XIII do dyrektywy sektorowej.

49. Artykuł 229 ust. 4 projektu wymaga uzupełnienia o zastrzeżenie zawarte w art. 46 ust. 2 akapit drugi oraz w art. 47 ust. 2 akapit 2 dyrektywy sektorowej, w brzmieniu „pod warunkiem, że wszyscy zakwalifikowani kandydaci będą mieli tyle samo czasu na przygotowanie i złożenie ofert”.

50. Wątpliwości budzi brzmienie art. 237 ust. 2 projektu, który zawiera odesłanie do wszystkich obligatoryjnych przesłanek wykluczenia zawartych w art. 88 ust. 1 ustawy. Należy jednak mieć na uwadze, że ten przepis ustawy obejmuje zarówno przesłanki wykluczenia wykonawców obligatoryjne w rozumieniu art. 57 ust. 1 dyrektywy klasycznej, jak również niektóre przesłanki fakultatywne w rozumieniu art. 57 ust. 4 dyrektywy klasycznej, które wnioskodawca uczynił przesłankami obligatoryjnymi na gruncie ustawy. Tymczasem zgodnie z art. 80 ust. 1 dyrektywy sektorowej „jeżeli podmiot zamawiający jest instytucją zamawiającą, wspomniane kryteria i zasady obejmują podstawy wykluczenia wymienione w art. 57 ust. 1 i 2 dyrektywy 2014/24/UE”. Jednocześnie „jeżeli wymagają tego państwa członkowskie, wspomniane kryteria i zasady obejmują ponadto podstawy wykluczenia wymienione w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE na warunkach określonych w tym artykule.” Wydaje się zatem, że dyrektywa sektorowa wymaga, by instytucje zamawiające miały obowiązek stosowania obligatoryjnych przesłanek wykluczenia w rozumieniu art. 57 ust. 1 i 2 dyrektywy klasycznej - z tego punktu widzenia odesłanie do całego art. 88 ust. 1 należałoby uznać za zbyt szerokie. Natomiast jeżeli państwo członkowskie decyduje, by stosować również przesłanki wykluczenia fakultatywne w rozumieniu art. 57 ust. 4 dyrektywy klasycznej – to wówczas odesłanie do art. 88 ust. 1 jest zbyt wąskie, powinno bowiem obejmować także fakultatywne przesłanki przewidziane w art. 88 ust. 2 projektu, wraz z innymi przepisami określonymi w art. 88 ust. 3-7 projektu.

51. Ponadto, zawarte w art. 237 ust. 2 projektu odesłanie do kryteriów kwalifikacji, o których mowa w art. 89 ustawy jest zbyt wąskie. Zgodnie bowiem z art. 80 ust. 2 dyrektywy sektorowej kryteria kwalifikacji mogą obejmować „kryteria kwalifikacji przewidziane w art. 58 dyrektywy 2014/24/UE na warunkach w nim określonych, w szczególności w zakresie ograniczeń odnośnie do wymagań dotyczących rocznych obrotów, jak przewidziano w ust. 3 akapit drugi tego artykułu”. Zatem brzmienie art. 227 ust. 2 powinno uwzględniać odesłanie także do pozostałych przepisów ustawy wdrażających cały art. 58 dyrektywy klasycznej, w tym jego ust. 3.

Wątpliwości budzi ponadto redakcja tego przepisu, ponieważ nie jest jasne, czy stosowanie tych kryteriów kwalifikacji jest obowiązkowe czy fakultatywne.

52. Zawarte w art. 227 ust. 3 projektu odesłanie do art. 98 ustawy wydaje się zbyt wąskie. Zgodnie z art. 80 ust. 3 dyrektywy sektorowej, jeżeli podmioty zamawiające stosują przesłanki wykluczenia i kryteria kwalifikacji, wówczas „zastosowanie mają art. 59-61 dyrektywy 2014/24/UE.” Zatem w art. 227 ust. 3 należałoby odesłać szerzej do wszystkich przepisów ustawy wdrażających ww. przepisy dyrektywy klasycznej.

53. Zgodnie z art. 85 ust. 2 dyrektywy sektorowej „każda oferta przedłożona w kontekście udzielania zamówienia na dostawę może zostać odrzucona, jeżeli udział produktów pochodzących z państw trzecich, zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady nr 952/2013...”. Z tego względu należy rozważyć uzupełnienie art. 241 ust. 1 projektu o wskazanie tego aktu prawa UE, w celu jednoznacznego określenia, w jaki sposób należy definiować „produkty pochodzące z państw trzecich”. W ten sposób nie będą się pojawiać wątpliwości interpretacyjne. Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że art. 241 projektu nie uwzględnia zawartego w art. 85 ust. 3 akapitu drugiej dyrektywy sektorowej zastrzeżenia, że „oferta nie może być jednak preferowana w stosunku do innej oferty na mocy akapitu pierwszego, jeżeli jej przyjęcie zobowiązywałoby podmiot zamawiający do nabycia sprzętu różniącego się od już wykorzystywanego, czego rezultatem byłyby niekompatybilność, techniczne trudności w eksploatacji i utrzymaniu lub nieproporcjonalnie wysokie koszty.”

54. W art. 248 pkt 2) i pkt 3) projektu należałoby doprecyzować, że chodzi o wartość „szacowaną” (tak jak w art. 30 dyrektywy obronnej).

55. Artykuł 250 ust. 1 projektu zawiera w zakresie obligatoryjnych podstaw wykluczenia wykonawców odesłanie do przesłanek określonych w art. 88 ust. 1 pkt 1-3. W tym miejscu zatem należy powtórzyć zastrzeżenie zgłoszone do tego przepisu projektu, ponieważ konieczne jest wyjaśnienie, jaką podstawą prawną w dyrektywie obronnej mają wyłączenia określone w art. 88 ust. 1 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) i 3).

56. W art. 250 ust. 2 projektu określono fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawców, poprzez odesłanie w pkt 1) do art. 88 ust. 2 pkt 1 i 4 ustawy. Wyjaśnienia wymaga, jaką podstawą prawną w dyrektywie obronnej ma wyłączenie określone w art. 250 ust. 2 pkt 4. Ponadto fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawców zawarte w art. 250 ust. 2 pkt 2-6 nie odpowiadają treści przesłanek zawartych w art. 39 ust. 2 pkt c-h dyrektywy obronnej. Wątpliwości budzi zatem kwestia, które z tych przesłanek wnioskodawca zamierza transponować do ustawy.

57. W odniesieniu do art. 253 ust. 3 pkt 5) projektu powstają wątpliwości, który przepis dyrektywy obronnej ma on wdrażać. Z tabeli zgodności wynika, że przepis ten ma być odpowiednikiem art. 28 pkt 2) lit. a) dyrektywy obronnej, zgodnie z którym dopuszczalne jest zastosowanie procedury negocjacyjnej bez ogłoszenia w przypadku zamówień na usługi i dostawy „do celów badawczych lub rozwojowych innych niż te, o których mowa w art. 13” dyrektywy obronnej. W tymże art. 13 z kolei jest mowa o usługach badawczych i rozwojowych, innych niż te, z których korzyści przypadają wyłącznie instytucji zamawiającej/podmiotowi zamawiającemu, na potrzeby jej/jego własnej działalności, pod warunkiem, że całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający”. Zaproponowane brzmienie art. 253 ust. 3 pkt 5 nie odpowiada treści tej przesłanki.

58. W art. 254 ust. 2 projektu tekst przepisu urywa się po słowach „nie można opisać przedmiotu zamówienia publicznego zgodnie...”, zatem nie jest możliwe ustalenie, do jakich przepisów ustawy ten przepis odsyła.

59. Należy także wskazać, że wątpliwości budzi prawidłowość transpozycji art. 51 dyrektywy obronnej, zgodnie z którym oferent działa w sposób przejrzysty i traktuje wszystkich potencjalnych podwykonawców w sposób równy i niedyskryminujący. Art. 267 ust. 3, który zawiera obowiązek poszanowania zasady równego traktowania, stanowi wdrożenie art. 52 ust. 2 dyrektywy obronnej i dotyczy jedynie takich umów o podwykonawstwo, których wartość jest mniejsza niż progi unijne. Natomiast art. 51 dyrektywy obronnej odnosi się ogólnie do wszystkich umów o podwykonawstwo.

60. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że dyrektywa klasyczna i sektorowa są aktami prawa UE mającymi znaczenie dla EOG, przy czym w chwili opiniowania projektu ustawy nie zostały one formalnie włączone do dorobku EOG. Jeżeli jednak w trakcie prac legislacyjnych nad projektem, dyrektywy te zostaną formalnie przyjęte do dorobku EOG, należałoby w projekcie ustawy – obok państw członkowskich UE, dopisać także państwa-strony Porozumienia EOG.

61. Należy także zwrócić uwagę, że projekt przewiduje możliwość całkowitego wyłączenia stosowania ustawy do zamówień publicznych, na podstawie wyłączenia zawartego w art. 346 TFUE. Zgodnie bowiem z art. 10 ust. 1 pkt 8) projektu ustawa nie ma zastosowania do zamówień dotyczących produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, o których mowa w art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, jeżeli wymaga tego podstawowy interes bezpieczeństwa państwa, a udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa bez zastosowania ustawy nie wpłynie negatywnie na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych. Ponadto, zgodnie z projektowanym art. 11 ustawy Rada Ministrów zostanie upoważniona do określenia, w drodze rozporządzenia, trybu postępowania w sprawie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, mając na uwadze obowiązek zapewnienia prawidłowego stosowania przepisu art. 346 TFUE oraz potrzebę zapewnienia bezpieczeństwa dostaw sprzętu wojskowego, a także właściwego wykonywania napraw i remontów posiadanego sprzętu wojskowego.

W tym względzie wymaga podkreślenia, że swoboda państw członkowskich w zakresie korzystania z wyłączenia na podstawie art. 346 TFUE została znacznie ograniczona wraz z przyjęciem (i upływem terminu transpozycji) dyrektywy obronnej. Dyrektywa ta, uwzględniona w brzmieniu przedmiotowego projektu ustawy, zawiera szczególne postanowienia dotyczące udzielania zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zatem państwa członkowskie co do zasady powinny udzielać zamówień wchodzących w zakres stosowania tej dyrektywy zgodnie z jej postanowieniami. Zatem całkowite wyłączenie stosowania dyrektywy obronnej jest możliwe jedynie w szczególnie uzasadnionych przypadkach zamówień, które wymagają takich wyjątkowo surowych wymogów bezpieczeństwa dostaw lub które mają charakter tak tajny lub mają tak ogromne znaczenie dla suwerenności narodowej, że nawet szczególne przepisy tej dyrektywy nie są wystarczające, by zabezpieczyć istotne interesy bezpieczeństwa, których określenie należy wyłącznie do kompetencji państw członkowskich (motyw 16 preambuły dyrektywy obronnej). W konsekwencji, wejście w życie dyrektywy obronnej znacznie ograniczyło możliwość skorzystania przez państwa członkowskie z wyjątku zawartego w art. 346 ust. 1 lit. b) TFUE, ponieważ możliwość całkowitego wyłączenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w dziedzinie obronności lub

bezpieczeństwa spod stosowania postanowień tej dyrektywy wymaga wykazania istnienia szczególnych okoliczności, o których mowa w motywie 16 jej preambuły (a nie tylko powołania się na przesłanki z art. 346 ust. 1 lit. b) TFUE). Dodatkowo, powoływanie się na wyjątek z art. 346 ust. 1 lit. b) TFUE wymaga wykazania przez państwo członkowskie, że realizacja zamierzonego celu (ochrona podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa) nie jest możliwa przez zastosowanie środków w mniejszym stopniu ograniczających swobodę przepływu towarów lub usług. W szczególności wykazanie proporcjonalności działań wymaga wykazania, że osiągnięcie zamierzonego celu nie jest możliwe poprzez wyłączenie jedynie niektórych przepisów dyrektywy obronnej.

Biorąc powyższe pod uwagę, należałoby rozważyć wprowadzenie w ustawie możliwości częściowego wyłączenia przepisów ustawy (transponujących przepisy dyrektywy obronnej) w przypadkach, gdy z uwagi na poszanowanie zasady proporcjonalności przy stosowaniu art. 346 ust. 1 lit. b) TFUE, całkowite wyłączenie stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych wykraczałoby poza to, co rzeczywiście niezbędne do zapewnienia ochrony podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa.

Jednocześnie wyjaśnienia wymaga, w jaki sposób projekt ustawy zapewnia transpozycję następujących przepisów:

- w zakresie dyrektywy klasycznej: art. 13 ust. 2, art. 34 ust. 5 akapit 3 („instytucja zamawiająca informuje danego wykonawcę w najwcześniejszym możliwym terminie o dopuszczeniu lub niedopuszczeniu go do dynamicznego systemu zakupów”), art. 57 ust. 4 ostatni akapit, art. 59 ust. 1 akapit piąty („wykonawcy mogą ponownie wykorzystać jednolity europejski dokument zamówienia, który został już użyty we wcześniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, pod warunkiem, że potwierdzą, iż informacje w nim zawarte są nadal prawidłowe”), art. 63 ust. 1 akapit czwarty („na tych samych warunkach grupa wykonawców, o których mowa w art. 19 ust. 2, może polegać na zdolności członków tej grupy lub innych podmiotów”), art. 62, art. 72 ust. 3 oraz art. 79 ust. 2 akapit drugi;

- w zakresie dyrektywy sektorowej: art. 63, art. 70 ust. 3 akapit 2, art. 70 ust. 4, art. 73, art. 86 ust. 1 i ust. 4;

- w zakresie dyrektywy obronnej: art. 37 ust. 2, art. 42, art. 52 ust. 6 akapit 3 (okres obowiązywania umowy ramowej nie może przekroczyć 7 lat), art. 21 ust. 4 akapit pierwszy („przedział ten jest proporcjonalny do przedmiotu i wartości zamówienia oraz charakteru zaangażowanego sektora przemysłu, obejmującego poziom konkurencji na danym rynku oraz odpowiednie kwalifikacje techniczne bazy przemysłowej”).

W konkluzji stwierdzam, że projekt ustawy jest zgodny z prawem Unii Europejskiej z zastrzeżeniem uwag zawartych w niniejszej opinii.

W zakresie przepisów wdrażających projekt wykracza poza minimalny zakres przewidziany w dyrektywie, ponieważ uwzględniono w nim: 1) możliwość zastrzeżenia prawa udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego zakładom pracy chronionej oraz wykonawcom, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub defaworyzowanych (art. 20 dyrektywy klasycznej i art. 38 dyrektywy sektorowej); 2) możliwość wymagania przedstawienia ofert w postaci katalogów elektronicznych (art. 36 dyrektywy klasycznej i art. 54 dyrektywy sektorowej); 3) możliwość

powołania centralnej jednostki zakupującej (art. 37 dyrektywy klasycznej i art. 55 dyrektywy sektorowej); 4) fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawców w rozumieniu art. 57 ust. 4 dyrektywy klasycznej); 5) możliwość ograniczenia stosowania wyłącznie ceny lub jedynie kosztu jako kryterium udzielenia zamówienia (art. 67 ust. 2 akapit trzeci dyrektywy klasycznej i art. 82 ust. 2 akapit trzeci dyrektywy sektorowej); 6) fakultatywne uregulowanie podwykonawstwa przewidziane w art. 71 ust. 3, 5-8 dyrektywy klasycznej; 7) możliwość zastrzeżenia prawa udziału w postępowaniach dla organizacji w zakresie usług społecznych i innych (art. 77 dyrektywy klasycznej i art. 94 dyrektywy sektorowej).

Ponadto zwracam uwagę, że nie skorzystano z możliwości przewidzianej w art. 46 ust. 3 i 4 dyrektywy klasycznej i art. 65 ust. 3 i 4 dyrektywy sektorowej (w zakresie podziału zamówień na części); w art. 56 ust. 2 akapit drugi dyrektywy klasycznej (w zakresie modyfikacji procedury określonej w akapicie pierwszym tego przepisu) oraz w art. 64 dyrektywy klasycznej – w zakresie ustanowienia urzędowych wykazów zatwierdzonych wykonawców; w zakresie odstąpienia od wymogu wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 71 ust. 3 dyrektywy klasycznej.

Należy także zauważyć, że projekt w części ma charakter krajowy i zawiera przepisy, które nie wynikają z dyrektywy klasycznej ani sektorowej, np. art. 4 – z którego wynika stosowanie ustawy do zamówień klasycznych przekraczających kwotę 127.000 zł (poniżej progów unijnych) oraz art. 195-198 przewidujące szczególne rozwiązania dla zamówień publicznych poniżej progów unijnych; przepisy w zakresie wymagania wadium i zabezpieczenia oraz zawierania umów w sprawach zamówień publicznych i ich realizacji (w tym możliwości udzielania zaliczek). Konieczne jest zatem opracowanie odwróconej tabeli zbieżności i wskazanie nadregulacji.

Z poważaniem


Z up. Ministra Spraw Zagranicznych

Podsekretarz Stanu

Artur Nowak

Do wiadomości:

Pan Maciej Berek

Sekretarz Rady Ministrów