



URZĄD
KOMITETU INTEGRACJI EUROPEJSKIEJ

MINISTER
Prof. dr hab. Danuta Hübner

Min. DII - A04/DPE/gj

Do druku nr 2417-A

Warszawa, stycznia 2004 r.

Pan
Adam Szejfeld
Przewodniczący Komisji Gospodarki
Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej

Opinia do dodatkowego sprawozdania Komisji Gospodarki o rządowym projekcie ustawy Prawo zamówień publicznych (druk 2417-A), o zgodności z prawem Unii Europejskiej, wyrażona na podstawie art. 2 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 8 sierpnia 1996 r. o Komitecie Integracji Europejskiej (Dz. U. Nr 106, poz. 494) w związku z art. 42 ust. 4 i art. 73 Regulaminu Sejmu, przez Sekretarza Komitetu Integracji Europejskiej, Minister Danutę Hübner, działającą z upoważnienia Przewodniczącego Komitetu Integracji Europejskiej.

Szanowny Panie Przewodniczący,

W związku z przedstawionym w drugim czytaniu poprawkami do projektu ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu przedstawionym w sprawozdaniu Komisji Gospodarki (druk 2417-A) pozwalam sobie wyrazić następującą opinię:

- I. Poprawka polegająca na odrzuceniu projektu w całości - co do zasady nie jest objęta prawem Unii Europejskiej, ale skutkować będzie opóźnieniem w pełnym wdrożeniu do prawa polskiego unijnego prawa o zamówieniach publicznych. Dlatego Urząd Komitetu Integracji Europejskiej opowiada się przeciwko przyjęciu tego wniosku.
- II. Poprawki objęte prawem Unii Europejskiej:

- 1) Art. 3 ust. 1 pkt 8 – dodanie spółdzielni mieszkaniowych – poprawka **zgodna z prawem UE**.
- 2) Art. 4 pkt 1 lit. e – skreślenie umów międzynarodowych – tego typu wyłączenie przewidziane jest w dyrektywach. Natomiast przyjęcie tej poprawki może utrudnić wykonywanie takich umów – poprawka **zgodna z prawem UE**.
- 3) Art. 3 pkt 1 lit. f – skreślenie uzbrojenia – wyłączenie zamówień na uzbrojenie przewidziane jest w dyrektywach, co więcej, zamówienia tego typu w ogóle nie podlegają prawu wspólnotowemu, nie ma zatem powodów by je obejmować przepisami ustawy – poprawka **zgodna z prawem UE**.
- 4) Art. 4 pkt 5 – skreślenie wyrazów „albo jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa” – Wyłączenie umów, które dotyczą istotnego interesu bezpieczeństwa państwa przewidziane jest w dyrektywach (art. 2 dyr. 93/36/WE) – poprawka **zgodna z prawem UE**.
- 5) Art. 4 pkt 8 – podwyższenie progu stosowania ustawy – poprawka **zgodna z prawem UE**, z zastrzeżeniem, że powinno jednak zapewnić się stosowanie zasad Traktatowych i zasady przejrzystości (cw. wyłączenie dotyczyłoby zamówień o wartości nawet 40 tys. zł – np. sprzęt RTV i AGD).
- 6) Art. 4 dodanie pkt 9 – gospodarka leśna – dyrektywy o zamówieniach publicznych nie przewidują wyłączenia przedmiotowego dotyczącego gospodarki leśnej. Również ograniczenie takiego wyłączenia do 130 tys. euro w świetle zasad wspólnotowego prawa zamówień publicznych, nie gwarantuje udzielania zamówień w zgodzie z tym prawem – **niezgodne z prawem UE**.
- 7) Art. 25 - obowiązek wskazania dokumentów w ogłoszeniu, zaproszeniu do składania ofert lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia – poprawka **zgodna z prawem UE** (obecne brzmienie rodzi istotne ryzyko łamania prawa UE przez zamawiających – por. opinia UKiE do sprawozdania Komisji Gospodarki z 21. stycznia br.).
- 8) Art. 51 ust. 1 – liczba zaproszonych do przetargu ograniczonego – modyfikacja zakresu z dyrektyw (np. art. 22 ust. 2 dyr. 93/37/WE, art. 19 ust. 2 dyr. 93/36/WE) – poprawka **zgodna z prawem UE**.
- 9) Art. 74 ust. 2 – podniesienie górnego progu dla aukcji elektronicznej – poprawka **zgodna z prawem UE**.

- 10) Art. 90 ust. 1 - uszczegółowienie przepisu o żądaniu wyjaśnień w przypadku oferty z rażąco niską ceną (*abnormally low tender*). Tego typu szczegółowe postanowienie jest przewidziane przepisami dyrektyw (art. 37 dyr. 92/50/WE, art. 27 93/36/WE, art. 30 ust. 4 dyr. 93/37/WE) – poprawka **zgodna z prawem UE**.
- 11) Art. 99 dodanie ust. 2 - obowiązkowość konkursu

Uwaga ogólna o obowiązkowości konkursu

W prawie Unii Europejskiej konkurs uregulowany jest w dyrektywie 92/50/EWG o zamówieniach na usługi. Konkurs jest sposobem wyboru oferty, który uprawnia zamawiających do zastosowania jednej z wyjątkowych procedur (trybu) udzielenia zamówienia (art. 11 ust. 3) - procedury negocjacji bez uprzedniego ogłoszenia (ogłoszenie jest wymagane przy organizacji konkursu). Przesłanki stosowania procedury negocjacyjnej przez prawo wspólnotowe są ściśle określone. W konsekwencji, Europejski Trybunał Sprawiedliwości interpretuje je bardzo restryktywnie.

Zgodność z prawem UE obowiązkowości konkursu

Usytuowanie konkursu w dyrektywie pozwala na prezentowanie tezy, że prawo wspólnotowe zakazuje wprowadzenia obligatoryjnego charakteru konkursu. Można przy tym wskazać następujące argumenty za i przeciw obligatoryjności konkursu na gruncie dyrektywy 92/50/EWG:

a. *Argumenty za dopuszczalnością obligatoryjnego konkursu*

- W dyrektywie 92/50/EWG nie ma przepisu, który wprost zakazywałby państwom nadawanie konkursowi charakteru obligatoryjnego.
- Przepisy dyrektyw *implicite* uznają, że konkurs w kształcie nadanym dyrektywą zapewnia odpowiedni poziom ochrony praw oferentów (ogłoszenie, fachowa obsada, zakomunikowanie uczestnikom regulaminu konkursu, niezależność jury od zamawiającego). Nie ma więc powodu uważać, że konkurs jest w jakimś sensie upośredzonym sposobem wyboru oferty i dlatego nie może być obligatoryjny.

b. *Argumenty za fakultatywnym konkursem*

- Dyrektywa określając wybór procedur odnosi się do zamawiającego, co oznacza, że państwo członkowskie - poza procedurami podstawowymi - nie może dokonać wyboru procedury udzielenia zamówienia niejako „za zamawiającego” (co *de facto* oznacza poprawka).

- Z umiejscowienia konkursu wśród przesłanek procedury szczególnej w strukturze dyrektywy wynika, że jest on traktowany wyjątkowo, jako pewna możliwość dla zamawiającego. Nałożenie obligatoryjnego charakteru konkursu oznaczałoby wprowadzenie szczególnej, nie przewidzianej prawem wspólnotowym, obligatoryjnej procedury udzielania zamówień na twórcze prace projektowe.

Zakończenie i konkluzja co do zgodności obligatoryjnego konkursu z prawem UE.

Jedynym orzeczeniem ETS, w którym Trybunał zajął się problemem wyboru wariantu stosowania dyrektyw o zamówieniach publicznych przez państwo członkowskie „za zamawiającego” była sprawa C-392/93 *The Queen v H.M. Treasury ex parte British Telecommunications*. W tej sprawie Trybunał uznał, że państwo nie może dokonać wyboru co do stosowania dyrektywy 91/531/EWG za zamawiającego. Choć orzeczenie to dotyczyło innego przepisu dyrektywy niż przepis o wyborze trybu udzielenia zamówienia, przemawia ono za pozostawieniem fakultatywnego charakteru konkursu.

Wobec powyższego Urząd Komitetu Integracji opowiada się za fakultatywnym charakterem konkursu. W konkluzji należy uznać, że przepisy prawa przewidujące:

- I. konkurs fakultatywny - są zgodne z prawem UE
- II. konkurs obligatoryjny - niosą z sobą ryzyko uznania takich przepisów za naruszające prawo wspólnotowe przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości.

12) Art. 122 ust. 1 pkt 8 – włączenie sektora pocztowego do sektorów specjalnych – W obecnym stanie prawa wspólnotowego sektor pocztowy nie należy do sektorów objętych dyrektywą sektorową 93/38/WE. W prawie Unii Europejskiej zatem podmioty świadczące usługi pocztowe, które zalicza się do podmiotów prawa publicznego w rozumieniu dyrektyw, podlegają dyrektywom sektora klasycznego (92/50/EWG, 93/36/WE, 93/37/WE).

W tym miejscu należy jedynie wspomnieć, że podmioty świadczące usługi pocztowe zostaną „przeuciesione” z sektora klasycznego do sektora użyteczności publicznej w nowych dyrektywach o zamówieniach publicznych. Jednakże, w chwili obecnej poprawka jest niezgodna z prawem UE

13) Poprawka 13 jest związana z poprawką 12.

- 14) Art. 123 ust. 3 – dopuszczalność odrębnych postępowań w sektorach – Poprawka może skutkować dzieleniem zamówień na mniejsze zamówienia, o wartości poniżej progów przewidzianych w dyrektywach. Tymczasem, art. 14 ust. 13 dyrektywy 93/38/WE zakazuje podziału zamówień skutkujących obejściem przepisów dyrektyw. Poprawka jest **niezgodna z prawem UE**.

III. Poprawki nieobjęte prawem Unii Europejskiej

Poprawki od 15 do 28 są **nieobjęte prawem Unii Europejskiej**. Z tym, że poprawka 28 polegająca na skróceniu *vacatio legis* umożliwi wcześniejsze pełne wdrożenie do prawa polskiego unijnego prawa o zamówieniach publicznych, a tym samym polepszy możliwości wykorzystania pomocy finansowej UE w Polsce.

Z poważaniem,

Z up. Sekretarza Komitetu
Integracji Europejskiej
PODSEKRETAŃ STANI
Tomasz Kozek

Do uprzejmej wiadomości:

Pan Tomasz Czajkowski

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych

Tłoczono z polecenia Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej

Skierowano do druku 22 stycznia 2004 r.

Cena 0,30 zł + 22% VAT

