

Ziemowit Cieślik*, Bartosz Pawłowski**

Opinia prawna dotycząca zgodności z prawem Unii Europejskiej poselskich projektów ustaw o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych¹

Legal opinion on the conformity with European Union law of Deputies' Bills to amend the Act – Public Procurement Law (Sejm Paper No. 1076, 1226, 1335 and 1653): This opinion evaluates four Deputies' bill as to whether or not they are in conformity with three new EU directives on public procurement. The presented analysis confirms the compliance with EU law of a Deputies' bill included contained in Sejm Paper No. 1076 and welcomes the extension of the catalog of evaluation criteria to include the criterion of innovative character of proposed solutions. The authors find the bill contained in Sejm Paper No. 1226 to be incompatible with EU law, because contrary to EU law it presupposes the primacy of the criterion of the lowest prices over other criteria. The bill included in Sejm Papers No. 1335 and No. 1635 are found partially incompatible with EU law, due to the lack of objectively justified reasons for division of public procurement into those representing functional and technical unity, as well as a violation of the principle of equal treatment and transparency.

Keywords: discrimination | concession contract | bill | European Union | public procurement

Słowa kluczowe: dyskryminacja | koncesja | projekt ustawy | Unia Europejska | zamówienia publiczne

* Doktor nauk prawnych, naczelnik Wydziału Analiz Prawa Europejskiego i Międzynarodowego BAS; ziemowit.cieslik@sejm.gov.pl.

** Ekspert ds. legislacji BAS; bartosz.pawlowski@sejm.gov.pl.

Przedmiot projektów ustaw

Niniejsza opinia dotyczy czterech poselskich projektów ustaw o zmianie ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 907, ze zm.; dalej: ustawa, u.p.z.p.).

¹ Opinia sporządzona 28 marca 2014 r. na zlecenie przewodniczącego podkomisji nadzwyczajnej komisji gospodarki (druki sejmowe nr 1076, 1226, 1335 i 1653/VII kad.); BAS-WAPEiM-626/14.

1. Projekt ustawy zawarty w druku sejmowym nr 1076 zakłada zmianę art. 91 ust. 2 u.p.z.p. Wnioskodawcy zmierzają do rozszerzenia przykładowego katalogu kryteriów oceny ofert w ramach postępowania o udzielenie zamówienia o kryterium innowacyjności proponowanych rozwiązań.
2. Projekt ustawy zawarty w druku sejmowym nr 1226 zakłada dodanie do art. 91 u.p.z.p. ust. 2a ustanawiającego zasadę, zgodnie z którą, jeśli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego lub w trybie przetargu ograniczonego, cena może stanowić jedyne kryterium oceny ofert wyłącznie wtedy, gdy pozostałe kryteria zostały już wcześniej określone w opisie przedmiotu zamówienia w taki sposób, że spełnienie kryteriów określonych w opisie przedmiotu zamówienia zapewnia, iż wykonawcy zamówienia będą wykonywać dostawy lub świadczyć usługi w najwyższym możliwym standardzie.
3. Projekt ustawy zawarty w druku sejmowym nr 1335 zakłada dodanie ust. 1a do art. 32 u.p.z.p. Wnioskodawcy proponują ustanowienie reguły, zgodnie z którą zamawiający będzie mógł dokonać podziału zamówienia na części, zwłaszcza wtedy, gdy jest to uzasadnione względami technicznymi, organizacyjnymi, gospodarczymi lub zdolnością finansowania zamówienia przez zamawiającego.
4. Projekt ustawy zawarty w druku sejmowym nr 1653 przewiduje m.in.: podniesienie progu, od którego powstaje obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych do kwoty 50 000 euro, ustalenie zakazu pozaustawowego żądania stosowania procedur dokonywania wydatków o najmniejszej wartości, wprowadzenie zasady swobody wyboru trybów negocjacji bez ogłoszenia oraz zamówienia z wolnej ręki przy wszystkich usługach tzw. niepriorytetowych, zmianę przesłanek wykluczania wykonawców z postępowań o udzielenie zamówień publicznych, likwidację obowiązku zatrzymywania wadium przez zamawiającego, zmiany dotyczące ceny rażąco niskiej, wprowadzenie obowiązku umieszczania w treści umowy zasad dotyczących zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w razie zmian niektórych kosztów, wprowadzenie zasady stosowania dokumentów wzorcowych i rocznego opracowania dokumentów wykorzystywanych przy udzielaniu zamówień publicznych.

Stan prawa Unii Europejskiej w materii objętej projektami ustaw

Projekty wpłynęły do Sejmu w okresie między listopadem 2012 r. a lipcem 2013 r. i były wówczas oceniane pod kątem zgodności z obecnie obowiązującymi dyrektywami:

- dyrektywą 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. koordynującą procedury udzielania zamówień przez podmioty

działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.Urz. UE L 134 z 30 kwietnia 2004 r., s. 1, ze zm.; dalej: dyrektywa 2004/17/WE),

- dyrektywą 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.Urz. UE L 134 z 30 kwietnia 2004 r., s. 114, ze zm.; dalej: dyrektywa 2004/18/WE),
- dyrektywą 89/665/EWG Rady z 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.Urz. WE L 395 z 30 grudnia 1989 r., s. 33, ze zm.).

W dniu 26 lutego 2014 r. przyjęte zostały trzy nowe dyrektywy z zakresu zamówień publicznych. Ponieważ prace nad projektami ustaw trwają, powoduje to konieczność dokonania nowej oceny zgodności projektów ustaw z prawem Unii Europejskiej. Niniejsza opinia dotyczy zatem zgodności projektów z następującymi dyrektywami Parlamentu Europejskiego i Rady:

- 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji,
- 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE,
- 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE.

Nowe dyrektywy mają wejść w życie dwudziestego dnia po ich opublikowaniu, a państwa członkowskie będą miały 24 miesiące od dnia publikacji na implementację dyrektyw. Do dnia sporządzenia niniejszej opinii dyrektywy nie zostały jeszcze opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Analiza przepisów projektu pod kątem ustalonego stanu prawa Unii Europejskiej

Projekt zawarty w druku sejmowym nr 1076

Projekt zakłada zmianę art. 91 ust. 2 u.p.z.p. Wnioskodawcy zmierzają do rozszerzenia przykładowego katalogu kryteriów oceny ofert w ramach postępowania o udzielenie zamówienia. Do katalogu tego proponuje się włączyć kryterium innowacyjności proponowanych rozwiązań.

Obowiązujące reguły prawa UE w tym zakresie określa art. 53 dyrektywy 2004/18/WE. Przepis ten ustanawia wymogi dotyczące krajowej regulacji prawnej odnoszącej się do kryteriów oceny ofert. Zgodnie z jego brzmieniem

kryteriami, na podstawie których instytucje zamawiające udzielają zamówień publicznych, są: a) w wypadku gdy zamówienia udziela się na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej, różne kryteria odnoszące się do danego zamówienia publicznego, przykładowo: jakość, cena, wartość techniczna, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, koszty użytkowania, rentowność, serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, termin dostarczenia lub czas dostarczenia lub realizacji; lub b) wyłącznie najniższa cena. Analogiczną regulację do omówionej zawiera art. 55 dyrektywy 2004/17/WE. Dyrektywa 2014/24/UE zawiera odpowiednią regulację w art. 67, a dyrektywa 2014/25/UE – w art. 82. Zgodnie z tymi przepisami (regulacja obu dyrektyw jest w tym zakresie zbieżna), bez uszczerbku dla krajowych przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych dotyczących cen określonych dostaw lub wynagradzania z tytułu określonych usług, instytucje zamawiające opierają udzielanie zamówień publicznych na ofercie najkorzystniejszej ekonomicznie (ust. 1). Ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej określa się zaś na podstawie ceny lub kosztu, z wykorzystaniem podejścia opartego na efektywności kosztowej, takiego jak rachunek kosztów cyklu życia, może ona obejmować najlepszą relację jakości do ceny, którą szacuje się na podstawie kryteriów obejmujących aspekty jakościowe, środowiskowe lub społeczne związane z przedmiotem danego zamówienia publicznego. Kryteria takie mogą np. obejmować: jakość, w tym wartość techniczną, właściwości estetyczne i funkcjonalne, dostępność, projektowanie dla wszystkich użytkowników, cechy społeczne, środowiskowe i innowacyjne, handel i jego warunki (ust. 2, lit. a).

Oceniając projektowane kryterium innowacyjności proponowanych rozwiązań, należy odnieść je do wymogów określonych w art. 67 ust. 2 lit. a dyrektywy 2014/24/UE i art. 82 ust. 2 lit. a dyrektywy 2014/25/UE, a także do ustaleń, które zostały poczynione przez Trybunał Sprawiedliwości UE (TSUE) na gruncie obowiązującego art. 53 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE. Przede wszystkim należy zauważyć, że proponowane kryterium nie ma charakteru podmiotowego i niewątpliwie odnosi się do konkretnego zamówienia. Kryterium to nie dyskryminuje żadnych oferentów – na równych zasadach znajduje zastosowanie do wszystkich instytucji zamawiających. Analizując orzecznictwo TSUE dotyczące tych zagadnień należy dodatkowo stwierdzić, że „innowacyjność” została wyraźnie wymieniona w przywołanym przepisie art. 67 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, a ponadto kryterium to ma porównywalną naturę do kryteriów, które zostały już na podstawie dyrektywy 2004/18/WE uznane w orzecznictwie TSUE, takich jak kryteria dotyczące kwestii ochrony środowiska i ekologii czy też kwestie estetyczne. W wyroku z 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99 *Concordia Bus Finland* Trybunał stwierdził, że nie każde kryterium musi mieć czysto ekonomiczną naturę. Nie można bowiem wykluczyć, że pewne czynniki o innym charakterze też mogą – z punktu widzenia instytucji zamawiającej –

mieć wpływ na wartość oferty. W ocenie Trybunału Sprawiedliwości kryteria te muszą jednak spełniać pewne przesłanki: po pierwsze, muszą być związane bezpośrednio z przedmiotem zamówienia i nie mogą umożliwiać organom zamawiającym podejmowania decyzji o charakterze zupełnie dowolnym, po drugie, muszą być uwzględnione w dokumentach przetargowych lub ogłoszeniu o wszczęciu przetargu, a po trzecie, mają być zgodne z fundamentalnymi zasadami prawa unijnego, w szczególności z zasadą równego traktowania². Należy uznać, że projektowane kryterium jest zgodne z tymi wymogami.

Projekt zawarty w druku sejmowym nr 1226

Projekt zakłada zmianę art. 91 u.p.z.p., polegającą na dodaniu do tego przepisu ust. 2a, ustanawiającego zasadę, zgodnie z którą, jeśli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego lub w trybie przetargu ograniczonego, cena może stanowić jedyne kryterium oceny ofert wyłącznie wtedy, gdy pozostałe kryteria wskazane w ust. 2 zostały już wcześniej określone w opisie przedmiotu zamówienia, o którym mowa w art. 29–31 u.p.z.p. w taki sposób, że spełnienie kryteriów określonych w opisie przedmiotu zamówienia zapewnia, że wykonawcy zamówienia będą wykonywać dostawy lub świadczyć usługi w najwyższym możliwym standardzie.

Podstawę oceny projektowanej regulacji stanowią – podobnie jak w ocenianym wyżej przypadku dodania do kryteriów oceny zamówienia kategorii innowacyjności proponowanych rozwiązań – art. 67 dyrektywy 2014/24/UE i art. 82 dyrektywy 2014/25/UE. Ze względu na zakres projektowanej zmiany w rozważanym przypadku podkreślić należy różnicę między przywołanymi przepisami nowych dyrektyw a określającymi te same zagadnienia na gruncie obowiązującej regulacji art. 53 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE i art. 55 ust. 1 dyrektywy 2004/17/WE. Przywołane przepisy nowych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych wyraźnie ustanawiają – w miejsce obowiązującego obecnie alternatywnego katalogu kryteriów oceny zamówienia – prymat kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. W nowej regulacji unijnej podkreślono, że państwa członkowskie mogą wręcz zakazać instytucjom zamawiającym stosowania wyłącznie ceny lub wyłącznie kosztu jako jedyne kryterium udzielenia zamówienia, lub też ograniczyć ich zastosowanie do określonych kategorii instytucji zamawiających lub określonych rodzajów zamówień (art. 67 ust. 2 akapit 3 dyrektywy 2014/24/UE i art. 82 ust. 2 akapit 3 dyrektywy 2014/25/UE). Zmiana rozłożenia akcentów w regulacji dotyczącej kryteriów oceny oferty (kryteria alternatywne *v.* kryterium priorytetowe) względem wersji obowiązującej powinna zostać uwzględniona w ramach oceny projektu.

² Por. także wyroki TS z: 26 września 2000 r. w sprawie C-225/98 *Komisja WE v. Francja*; 1 lutego 2001 r. w sprawie *Komisja WE v. Francja*.

Oceniając projektowane rozwiązanie ustawowe, należy zauważyć, że jego ewentualne wprowadzenie oznaczać będzie we wszystkich wypadkach udzielania zamówienia *de facto* nakaz stosowania zarówno kryterium najniższej ceny, jak i kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Zgodnie z projektem wartościowania dotyczące ceny powiązane muszą być bowiem z – równoległą względem nich – oceną, czy pozostałe kryteria ustawowe, odpowiadające określone w dyrektywie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, spełnione są w stopniu gwarantującym, że: *wykonawcy zamówienia będą wykonywać dostawy lub świadczyć usługi w najwyższym możliwym standardzie*. Niezależnie od wątpliwości dotyczących logicznej możliwości godzenia ze sobą równoległego stosowania kryteriów najniższej ceny i oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, warto zauważyć, że projektowane rozwiązanie nie uwzględnia priorytetowego – na gruncie nowych dyrektyw w sprawach zamówień publicznych – charakteru kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Przeciwnie, projekt zakłada rozbudowanie dotychczasowego art. 91 u.p.z.p., który wdraża obowiązujące obecnie – i zmieniane przez nowe dyrektywy – rozwiązanie zakładające alternatywność kryteriów. Należy wobec tego uznać, że w szczególności obowiązujący art. 91 ust. 2 u.p.z.p. wymagać będzie dostosowania do nowej regulacji art. 67 dyrektywy 2014/24/UE i art. 82 dyrektywy 2014/25/UE. Projektowane dodanie ust. 2a w art. 91 – zakładające utrzymanie w mocy i opierające się na konstrukcji dotychczasowego art. 91 ust. 2 u.p.z.p. – nie może w związku z tym zostać uznane za zgodne z tymi przepisami.

Projekt zawarty w druku sejmowym nr 1335

Projekt zmierza do dodania ust. 1a w art. 32 u.p.z.p. Zmiana polega na uzupełnieniu zasad określających podstawę ustalenia wartości zamówienia. Wnioskodawcy proponują dodanie do tych zasad reguły, zgodnie z którą zamawiający będzie mógł dokonać podziału zamówienia na części, zwłaszcza wtedy, gdy jest to uzasadnione względami technicznymi, organizacyjnymi, gospodarczymi lub zdolnością finansowania zamówienia przez zamawiającego. Projekt nie zakłada zmiany art. 32 ust. 2 u.p.z.p., który stanowi, że zamawiający nie może dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy.

Analiza zgodności projektu z nowymi dyrektywami dotyczącymi zamówień publicznych wymaga – w punkcie wyjścia – przywołania obowiązujących art. 9 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE i art. 17 ust. 2 dyrektywy 2004/17/WE. Przepisy te stanowią, że żaden projekt budowlany ani żadne planowane nabycie pewnej liczby dostaw lub usług nie mogą być dzielone z zamiarem uniknięcia stosowania dyrektywy (art. 9 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE) oraz że podmioty zamawiające nie mogą unikać stosowania dyrektywy, dzieląc na części projekty budowlane lub planowane zakupy określonej liczby dostaw lub usług, lub wykorzystując specjalne metody obliczania szacunkowej wartości zamówień (art. 17

ust. 2 dyrektywy 2004/17/WE). Nowe dyrektywy dotyczące zamówień publicznych – dyrektywa 2014/24/UE i dyrektywa 2014/25/UE – zawierają mniej rygorystyczne sformułowania. Zgodnie z art. 5 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE wyboru metody wykorzystywanej do obliczania szacunkowej wartości zamówienia nie można dokonywać z zamiarem wyłączenia go z zakresu stosowania tej dyrektywy. Przywołany przepis stanowi ponadto, że zamówienie nie może być dzielone w przypadku, gdy skutkowałoby to nieobjęciem go zakresem stosowania dyrektywy, chyba że jest to uzasadnione obiektywnymi przyczynami. Identyczne sformułowania zawiera art. 16 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE. Szersze wyjaśnienia dotyczące reguł dopuszczalności dzielenia zamówienia – w szczególności obiektywnej możliwości dokonania takiego podziału – przedstawione zostały w preambułach obu dyrektyw (jednobrzmiące: motyw 11 preambuły do dyrektywy 2014/24 oraz motyw 13 preambuły do dyrektywy 2014/25/UE). Zgodnie z nimi objaśnienie, w jaki sposób podmioty zamawiające powinny określać, czy poszczególne części zamówienia można rozdzielić (m.in., czy jest to obiektywnie możliwe), powinno opierać się na odnośnym orzecznictwie TSUE. Ustalenia należy dokonywać przy tym dla indywidualnych przypadków, uwzględniając nie tylko wyraźne lub domniemane zamiary podmiotu zamawiającego co do traktowania poszczególnych aspektów składających się na zamówienie mieszane jako niemożliwych do rozdzielania, lecz także obiektywne dowody, mogące uzasadnić te zamiary i potwierdzić potrzebę udzielenia jednego zamówienia publicznego. Taka uzasadniona potrzeba udzielenia jednego zamówienia publicznego może zaistnieć na przykład w wypadku budowy jednego budynku, którego część ma być użytkowana bezpośrednio przez dany podmiot zamawiający, a inna część użytkowana na zasadzie koncesji, np. przez udostępnienie parkingu publicznego. Należy doprecyzować, że potrzeba udzielenia jednego zamówienia publicznego może wynikać zarówno ze względów o charakterze technicznym, jak i ekonomicznym.

Oceniając zgodność projektowanej regulacji z prawem UE, należy wziąć zatem pod uwagę zasady, które formułowane są przez orzecznictwo TSUE. Szczególne znaczenie ma wykładnia art. 9 ust. 3 dyrektywy 2004/18 i art. 17 ust. 2 dyrektywy 2004/17. Uwzględniając ustalenia Trybunału dotyczące treści tych przepisów, należy uznać, że – przy założeniu zachowania gwarancji wymogów odnoszących się do udzielania zamówień, które zostały określone w dyrektywach – prawo UE nie zakazuje – ani nie będzie zakazywało na gruncie nowych dyrektyw – dzielenia zamówień (zob. art. 46 oraz motyw 78 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 65 ust. 1 oraz motyw 87 preambuły do dyrektywy 2014/25/UE). Sprzeczny z prawem UE byłby jednak taki podział zamówienia, który w sposób nieuzasadniony zmierzałby do uniknięcia stosowania przepisów dyrektyw. Z punktu widzenia prowadzonych ustaleń znaczenie ma funkcja przywołanych przepisów – jako gwarancji równego stosowania wymogów ochrony konkurencji w dziedzinie zamówień publicznych. Przepisy te wy-

kluczają podział zamówienia, które stanowi funkcjonalną i techniczną jedność. Jednolita funkcja gospodarcza i techniczna poszczególnych elementów składowych zamówienia wskazuje na to, że w danym przypadku występuje jedna – niepodlegająca dalszym podziałom – operacja zamówienia, ponieważ jej podział mógłby prowadzić do sztucznego zejścia poniżej określonych w regulacji unijnej progów i przez to do ograniczenia zakresu zastosowania określonych w dyrektywach zasad udzielania zamówień. Warto przy tym zwrócić uwagę, że Trybunał Sprawiedliwości odnosi wspomniane kryterium postrzegania funkcjonalnego zarówno do zamówień na roboty budowlane, jak i zamówień na usługi. Wskazuje również, że sztucznego podziału jednolitej wartości zamówienia nie mogą uzasadniać względy budżetowe. Postrzeganie jednolitego zamówienia, które realizowane jest w etapach wyłącznie z powodów czysto budżetowych, jako wielu samodzielnych zamówień i wyłączanie go w ten sposób z zakresu zastosowania dyrektywy jest – zdaniem TSUE – sprzeczne z celem obowiązujących unijnych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych. W ocenie Trybunału podział zamówienia nie może ponadto następować z uwagi na względy dopasowania zamówienia do możliwości finansowych mniejszych przedsiębiorstw. Cel taki, choć zasadniczo uzasadniony na gruncie prawa UE, nie powinien bowiem być osiąganym kosztem efektywnego stosowania unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych³. Uwzględniając treść preambuły do nowych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, należy uznać, że ograniczenia te znajdująca będą zastosowanie również na gruncie art. 5 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 16 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE i – w świetle przywołanego orzecznictwa TSUE – nie powinny być kwalifikowane jako przyczyny obiektywne, uzasadniające podział zamówienia.

Wykonaniu obowiązujących art. 9 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE i art. 17 ust. 2 dyrektywy 2004/17/WE służy art. 32 ust. 2 u.p.z.p. Przepis ten oddaje na gruncie polskiego porządku prawnego treść regulacji unijnej – powielając negatywną formułę wdrażanych przepisów, tj. wprowadzając zakaz podejmowania określonych działań i określając zakres zastosowania tego zakazu przez odniesienie do unikania stosowania przepisów określających zasady udzielania zamówień publicznych. W przeciwieństwie do wdrażanych dyrektyw, art. 32 ust. 2 u.p.z.p. nie stanowi o unikaniu stosowania dyrektywy, lecz o unikaniu stosowania przepisów ustawy, która tę dyrektywę wdraża. Wskazana okoliczność ma znaczenie w ramach ustaleń dotyczących zgodności projektowanego art. 32 ust. 1a ustawy z prawem UE, w tym także z nowymi dyrektywami w sprawie zamówień publicznych. Przepis ten rozbudowuje bowiem wypowiedź ustawodawcy dotyczącą podziału zamówienia, wprowadzając do niej

³ Wyrok TS z 15 marca 2012 r. w sprawie C-574/10 *Komisja v. Republika Federalna Niemiec*, pkt 45–47, por. także skargę Komisji w tej sprawie oraz wyrok TS z 5 października 2000 r. w sprawie C-16/98 *Komisja v. Republika Francuska*, pkt 35 i n.

elementy niewystępujące we wdrażanej dyrektywie – pozytywne sformułowanie prawa dokonania podziału i przykładowe wyliczenie określonych generalnie powodów, dla których taki podział miałby być dopuszczalny. Należy uznać, że – na poziomie ustawy – dopuszczalność dokonania podziału na podstawie przywołanych w jej treści kryteriów stanowić będzie jedną z ustawowych reguł udzielania zamówień, o których wspomina art. 32 ust. 2 u.p.z.p. W konsekwencji pojawia się wątpliwość, czy projektowany przepis nie ustanawia – na gruncie ustawy – podstawy do dokonania podziału, który może zniweczyć funkcjonalną jedność dzielonego zamówienia i jest, tym samym, niedopuszczalnym „sztucznym podziałem” w rozumieniu przyjętym przez Trybunał Sprawiedliwości. Gwarancja art. 32 ust. 2 u.p.z.p. odnosi się do wszystkich przepisów ustawy, a treść tych przepisów współokreślać ma również projektowany art. 32 ust. 1a. Wątpliwości dotyczące projektowanego przepisu pogłębia dodatkowo fakt, że odwołuje się on wyraźnie do kryteriów, które Trybunał wykluczył jako podstawy podziału zamówienia. Wobec tych ustaleń należy więc uznać, że projektowany art. 32 ust. 1a, w zakresie, w jakim dopuszczałby dzielenie zamówień stanowiących jedność funkcjonalną i techniczną oraz umożliwiał stosowanie niedopuszczalnych kryteriów, jest niezgodny z prawem UE.

Przedstawione założenia opierają się na wykładni projektowanego art. 32 ust. 1a w związku z obowiązującym art. 32 ust. 2 u.p.z.p., zakładającej wpływ projektowanego przepisu na zakres stosowania obowiązującej regulacji ustawowej. Należy w związku z tym wskazać, że przyjęcie odmiennego założenia interpretacyjnego byłoby równoznaczne z uznaniem, że projektowany przepis zawiera jedynie przypomnienie normy zawartej w art. 32 ust. 2 i tym samym jest pozbawiony własnej treści normatywnej – wykraczającej poza dyspozycję art. 32 ust. 2. Takie założenie interpretacyjne pozostawałoby jednak w kolizji z zasadą techniki prawodawczej, która stanowi, że w ustawie nie zamieszcza się wypowiedzi, które nie służą wyrażaniu norm prawnych, a w szczególności apele, postulatów, zaleceń, upomnień oraz uzasadnień formułowanych ocen (§ 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, Dz.U. nr 100, poz. 908). Co ważne, przywołana zasada stanowi normatywny refleks jednej z reguł wykładni tekstów prawnych, zgodnie z którą nie wolno interpretować przepisów prawnych tak, by pewne ich fragmenty okazały się zbędne⁴. Zastosowanie tej reguły wykładni prowadzi do wniosków sformułowanych powyżej.

Projekt zawarty w druku sejmowym nr 1653

1. Zmiana art. 3 ust. 3 u.p.z.p. polega na zmianie warunków, od których można uzależnić przekazywanie środków finansowych na dofinansowanie

⁴ Por. np. uchwała TK z 14 czerwca 1995 r., sygn. akt W 19/94, OTK 1995, nr 1, poz. 23.

projektu. Zgodnie z projektem podmioty zobowiązane do przestrzegania ustawy, przyznając środki finansowe na dofinansowanie projektu, będą mogły – tak jak obecnie – uzależnić przyznanie tych środków od zastosowania przy ich wydatkowaniu zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości. Nie będą mogły natomiast narzucać sposobu wyboru podmiotu, na rzecz którego środki finansowe będą wydatkowane.

Formalnie proponowana zmiana nie jest sprzeczna z nowymi dyrektywami. Należy jednak zauważyć, że w stanowisku Rady Ministrów do projektu ustawy (dalej: stanowisko RM) zwraca się uwagę, że zmiana może wpłynąć na efektywność wydatkowania funduszy Unii Europejskiej. W stanowisku RM podniesiono również, że: *wskazanie beneficjentom zasad, jak i sposobu wyboru podmiotu, na rzecz którego środki finansowe będą wydatkowane, stwarza gwarancje m.in. prawidłowości przestrzegania prawa wspólnotowego i krajowego oraz służy uniknięciu ewentualnych nieprawidłowości i w konsekwencji korekt finansowych, o których mowa w art. 98–102 rozporządzenia Rady (WE) nr 1083/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/1999 (Dz. Urz. UE L 210 z 31.07.2006 r., s. 25).*

2. Zmiana art. 4 pkt 8 u.p.z.p. polega na podniesieniu progu finansowego, od którego powstaje obowiązek stosowania ustawy. Obecnie próg ten wynosi równowartość w złotych polskich kwoty 14 000 euro, a zgodnie z projektem ma wynieść 50 000 euro. Zmiana nie jest sprzeczna z art. 4 dyrektywy 2014/24/WE, ani z art. 15 dyrektywy 2014/25/WE, które przewidują wyższe progi, od których znajdują zastosowanie dyrektywy.

3. Zmiana art. 5 ust. 1a u.p.z.p. polega na uelastycznieniu zamówień na usługi tzw. niepriorytetowe. Projekt ustawy przewiduje rozszerzenie możliwości udzielania zamówień na te usługi w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki o przypadki, gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż progi finansowe, od których stosuje się dyrektywy.

Dotychczas zmianę należało oceniać w świetle art. 21 w związku z art. 7 dyrektywy 2004/18/WE i art. 32 w związku z art. 16 dyrektywy 2004/17/WE, w związku z załącznikami, do których odsyłają przywołane przepisy dyrektyw. W nowych dyrektywach brak jest jednak regulacji, które byłyby odpowiednikami przywołanych przepisów art. 21 dyrektywy 2004/18/WE i art. 32 dyrektywy 2004/17/WE.

Pewne uproszczenia w stosunku do ogólnego trybu zamówień przewidują art. 74–77 dyrektywy 2014/24/UE i art. 91–94 dyrektywy 2014/25/UE, które dotyczą usług społecznych i innych szczególnych usług. Jest to jednak inna regulacja niż w dyrektywach 2004/17/WE i 2004/18/WE. Dlatego przepis art. 5 u.p.z.p., którego zmianę przewiduje projekt, w dotychczasowym brzmieniu, będzie wymagał uchylecia albo dostosowania do nowego mechanizmu doty-

czącego usług społecznych i innych szczególnych usług, przewidzianego w nowych dyrektywach.

Niemniej, gdyby projektodawcy chcieli zastosować projektowane rozwiązanie na gruncie przepisów implementujących nowe dyrektywy, wówczas należałoby proponowane rozwiązanie ocenić w świetle art. 76 ust. 1 w związku z art. 4 dyrektywy 2014/24/UE i art. 93 ust. 1 w związku z art. 15 dyrektywy 2014/25/UE. Zamówienia o wartości niższej od progów określonych w dyrektywach nie są objęte wskazanymi przepisami, niemniej stosują się do nich ogólne zasady prawa UE zawarte w szczególności w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), np. zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową (art. 18 TFUE), zasada swobodnego przepływu towarów (art. 34 TFUE), zasada swobody świadczenia usług (art. 56 TFUE)⁵.

Choć projektowana zmiana nie jest sprzeczna z nowymi dyrektywami, wydaje się, że – ze względu na specyfikę zamówień w trybie negocjacji bez ogłoszenia i w trybie z wolnej ręki – może znieść gwarancje przestrzegania ogólnych zasad prawa UE w odniesieniu do zamówień o wartości poniżej progów określonych w dyrektywach.

4. Dodanie do art. 7 u.p.z.p. ust. 1a dotyczy możliwości korzystania z tzw. dobrych praktyk. Zmiana ta wiąże się z propozycją zmiany art. 154 u.p.z.p. Nie jest ona sprzeczna z nowymi dyrektywami.

5. Zmiana art. 8 ust. 3 u.p.z.p. dotyczy wprowadzenia zakazu zastrzeżenia przez wykonawcę informacji podawanych w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub zaproszeniu do składania ofert. Zmianę należy ocenić pod kątem zgodności z art. 21 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE i art. 39 dyrektywy 2014/25/UE.

Wskazane przepisy dyrektyw zakazują, co do zasady, instytucji zamawiającej ujawniania informacji przekazanych jej przez wykonawców i oznaczonych przez nich jako poufne, w tym między innymi tajemnic technicznych lub handlowych oraz poufnych aspektów ofert. Należy jednak zwrócić uwagę, że obie dyrektywy przewidują możliwość odstępstwa od tej zasady: *o ile nie przewidziano inaczej (...) w przepisach krajowych, którym podlega dana instytucja zamawiająca, w szczególności w przepisach dotyczących dostępu do informacji*. Wprawdzie proponowane odstępstwo od zasady poufności jest bardzo szerokie podmiotowo, nie wydaje się jednak, by wykraczało poza ramy dopuszczalnego odstępstwa określonego w przywołanych przepisach dyrektyw.

W tej sytuacji należy uznać, że proponowana zmiana nie jest sprzeczna z nowymi dyrektywami.

⁵ Zob. komunikat wyjaśniający Komisji dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych, Dz.Urz. UE C 179 z 1 sierpnia 2006 r., s. 2; dalej: komunikat Komisji.

6. Zmiany art. 24 ust. 1 u.p.z.p. dotyczą doprecyzowania podmiotowych przesłanek wykluczenia z postępowania o zamówienie publiczne. Zmiany dotyczą podmiotów, które w przeszłości wykonywały udzielone zamówienie w sposób nienależyty.

Zmiany należy ocenić pod kątem zgodności z art. 57 ust. 4 lit. c dyrektywy 2014/24/UE i art. 80 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE. Przepisy te stanowią, że instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy, jeżeli instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosownych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które podaje w wątpliwość jego uczciwość. Należy zwrócić uwagę, że w stosunku do art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy 2004/18/WE w związku z art. 53 ust. 3 i art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/17/WE przesłanką zawężającą możliwość wykluczenia jest „podanie w wątpliwość uczciwości wykonawcy”.

Obecne brzmienie art. 24 ust. 1 pkt 1a u.p.z.p. budzi wątpliwości co do zgodności z przywołanymi przepisami dyrektyw (zarówno obecnie obowiązujących, jak i nowych). Wymienione w tym przepisie przypadki wykluczenia wykonawcy mogą być uznane za wykraczające poza, użyte w dyrektywach, pojęcie „zawinionego poważnego wykroczenia zawodowego”. Zostało to potwierdzone w wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-485/11 *Forposta*. Trybunał uznał między innymi, że niewykonanie zobowiązań umownych przez wykonawcę można, co do zasady, uznać za wykroczenie zawodowe. Jednak pojęcie „poważnego wykroczenia” należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Tym samym, jakiegokolwiek nieprawidłowe, niedokładne lub niskie jakościowo wykonanie umowy lub jej części może ewentualnie wykazać niższe kompetencje zawodowe danego wykonawcy, lecz nie jest automatycznie równoważne z poważnym wykroczeniem. Ponadto stwierdzenie istnienia „poważnego wykroczenia” wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy (pkt 29–31 wyroku).

W świetle cytowanego wyroku pewne wątpliwości może budzić automatyzm wykluczenia z postępowania (zob. stanowisko RM). Zakwestionowany przez TSUE mechanizm automatycznego wykluczenia z postępowania dotyczył jednak istniejącego stanu prawnego, który w sposób niewystarczający odwołuje się do pojęcia „poważnego wykroczenia zawodowego”.

Należy uznać, że projekt, doprecyzowując pojęcie podmiotowych przesłanek wykluczenia z postępowania, uwzględnił wskazania TSUE w zakresie zdefiniowania „poważnego wykroczenia zawodowego”. Można zatem zastosować automatyczne wykluczenie z postępowania. W konsekwencji można uznać, że zmiana nie narusza nowych dyrektyw.

7. Zmiany art. 26 ust. 2b i dodanie ust. 2e do art. 26 u.p.z.p. dotyczą podwykonawców. Proponuje się rozszerzenie możliwości wykorzystywania podwykonawców do realizacji zamówienia, jednocześnie wprowadzając ich solidarną odpowiedzialność z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia zasobów, do których udostępnienia podwykonawca był zobowiązany.

Zmiany nie naruszają art. 63 dyrektywy 2014/24/UE ani art. 79 dyrektywy 2014/25/WE.

8. Skreślenie zdania drugiego w art. 26 ust. 3 u.p.z.p. oznacza uchylene reguły, zgodnie z którą dokumenty uzupełniane na wezwanie zamawiającego powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Zmianę tę należy ocenić w świetle art. 56 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE i art. 76 ust. 4 dyrektywy 2014/25/UE. Przywołane przepisy dopuszczają żądanie przez zamawiającego uzupełnienia, doprecyzowania lub skompletowania stosownych dokumentacji lub informacji przez wykonawcę, w odpowiednim terminie, pod warunkiem że takie żądania zostaną złożone przy pełnym poszanowaniu zasad równego traktowania i przejrzystości (dla porównania można wskazać, że art. 51 dyrektywy 2004/18/WE jedynie dopuszcza możliwość żądania uzupełnień, bez określania jakichkolwiek warunków).

Proponowana zmiana oznacza, że poszczególni wykonawcy będą mogli dokumentować spełnienie wymagań udziału w postępowaniu w różnych terminach, co może być uznane za naruszenie zasady równego traktowania, do której odwołują się przepisy art. 56 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE i art. 76 ust. 4 dyrektywy 2014/25/UE.

9. Zmiany art. 29 u.p.z.p. dotyczące modyfikacji ust. 3 i dodania nowego ust. 3a polegają na zróżnicowaniu dopuszczalnych form opisu przedmiotu zamówienia w zależności od wartości zamówienia. Dla zamówień o wartości przekraczającej progi określone w dyrektywach obowiązywałaby dotychczasowa regulacja. Natomiast przy zamówieniach o wartości poniżej progów określonych w dyrektywach dopuszczalne byłoby opisywanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, jeżeli przedmiot zamówienia byłby powszechnie dostępny oraz byłoby to uzasadnione obiektywną potrzebą zamawiającego lub specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie mógłby opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszyłyby wyrazy „lub równoważny”. Różnica polega na dopuszczeniu – w odniesieniu do zamówień o wartości poniżej progów unijnych – opisu przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, w przypadkach

uzasadnionych powszechną dostępnością przedmiotu zamówienia oraz obiektywną potrzebą zamawiającego.

Propozycję zmiany należy ocenić w świetle art. 42 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE i art. 60 ust. 4 dyrektywy 2014/25/UE. Przepisy te zakazują, co do zasady, posługiwania się w specyfikacji technicznej odniesieniami do konkretnej marki lub źródła, do szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, do znaku handlowego, patentu, typu bądź konkretnego pochodzenia lub produkcji, które to odniesienie mogłoby prowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania pewnych przedsiębiorstw lub produktów. Dopuszczają jednak stosowanie takich odniesień w wyjątkowych przypadkach, jeżeli niemożliwe jest opisanie przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób.

Zamówienia o wartości niższej od progów określonych w dyrektywach nie są objęte wskazanymi przepisami, niemniej stosują się do nich ogólne zasady prawa Unii Europejskiej zawarte w szczególności w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, np. zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową (art. 18 TFUE), zasada swobodnego przepływu towarów (art. 34 TFUE), zasada swobody świadczenia usług (art. 56 TFUE; zob. komunikat Komisji).

Propozycja liberalizacji zasad opisu przedmiotu zamówienia poniżej progów określonych w dyrektywach nie jest wprawdzie niezgodna z dyrektywami dotyczącymi zamówień publicznych, ale może zostać uznana za niezgodną z przywołanymi przepisami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, zwłaszcza że wykracza poza zakres dopuszczalnego wyjątku określonego w dyrektywach, obowiązującego dla zamówień podlegających ich regulacji.

10. Dodawany w art. 29 ust. 4 u.p.z.p. nowy pkt 4 przewiduje możliwość określenia przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia dodatkowego wymagania związanego z realizacją przedmiotu zamówienia, polegającego na zatrudnieniu przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności przy realizacji zamówienia na podstawie umowy o pracę, jeżeli takie wymaganie jest uzasadnione charakterem zamówienia.

Oceniając zgodność proponowanej zmiany z nowymi dyrektywami dotyczącymi zamówień publicznych, należy wskazać art. 70 dyrektywy 2014/24/UE i art. 87 dyrektywy 2014/25/UE. Przepisy te stanowią, że podmioty zamawiające mogą określić szczególne warunki związane z realizacją zamówienia, pod warunkiem że są one powiązane z przedmiotem zamówienia i wskazane w zaproszeniu do ubiegania się o zamówienie lub w dokumentach zamówienia. Warunki te mogą obejmować aspekty gospodarcze, związane z innowacyjnością, środowiskowe, społeczne lub związane z zatrudnieniem. Przy czym przez powiązanie z przedmiotem zamówienia należy rozumieć sytuację, w której owe szczególne warunki dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, we wszystkich aspektach oraz na wszystkich etapach ich cyklu życia, co obejmuje czynniki związane z:

- a) określonym procesem produkcji, dostarczania lub wprowadzania tych robót budowlanych, dostaw lub usług na rynek,
- b) określonym procesem dotyczącym innego etapu cyklu życia tych robót budowlanych, dostaw lub usług,

nawet jeżeli czynniki te nie są ich istotnym elementem.

Należy podkreślić, że regulacja przewidziana w nowych dyrektywach istotnie różni się od regulacji obecnie obowiązujących dyrektyw. Różnica polega na dodaniu warunku powiązania z przedmiotem zamówienia.

Należy uznać, że projektowana zmiana jest niezgodna z przywołanymi przepisami dyrektyw. Użyty w projekcie warunek „uzasadnienia charakterem zamówienia” nie jest tożsamy z „powiązaniem z przedmiotem zamówienia” w rozumieniu dyrektyw.

11. Zmiana art. 32 ust. 4 u.p.z.p. dotyczy zamówień częściowych. Proponuje się, by wartością zamówienia była łączna wartość poszczególnych części zamówienia, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie w tym samym czasie zamówienia w częściach. Obecna regulacja odnosi się do przypadku „udzielania zamówienia w częściach”.

Zakaz dzielenia zamówienia na części w celu wyłączenia stosowania przepisów dyrektyw wynika z art. 5 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE i z art. 16 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE (szersze omówienie tej regulacji znajduje się w części omawiającej projekt zawarty w druku sejmowym nr 1335).

Projekt nie przewiduje zmiany art. 32 ust. 2 u.p.z.p., który stanowi, że zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Należy zatem ocenić, że proponowana regulacja nie narusza przywołanych przepisów nowych dyrektyw, niemniej obecna regulacja ustawowa precyzyjniej oddaje normę wyrażoną w dyrektywach.

12. Skreślenie art. 46 ust. 4a u.p.z.p. oznacza likwidację obowiązku zatrzymania przez zamawiającego wadium wraz z odsetkami w przypadku nieuzupełnienia przez wykonawcę żądanych przez zamawiającego dokumentów.

Zmiana nie narusza nowych dyrektyw dotyczących zamówień publicznych.

13. Zmiany art. 90 u.p.z.p. polegają na określeniu, które oferty podlegają automatycznemu badaniu w celu ustalenia, czy nie zawierają rażąco niskiej ceny, oraz na uwzględnianiu wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę przy ocenie, czy oferta nie jest rażąco niska.

Procedurę weryfikacji rażąco niskich ofert regulują art. 69 dyrektywy 2014/24/UE i art. 84 dyrektywy 2014/25/UE.

Należy uznać, że proponowane zmiany nie naruszają przywołanych przepisów dyrektyw. Obowiązek badania określonych w projekcie ofert nie oznacza uznania ich za rażąco niskie, a jedynie powoduje konieczność ich zbadania. Nie wyklucza to badania również innych ofert. Również branie pod uwagę minimalnego wynagrodzenia za pracę przy ustalaniu, czy oferta nie zawiera ra-

żąco niskiej ceny należy uznać za dopuszczalne. Zwłaszcza wobec faktu, że oba przywołane przepisy UE odsyłają do zawartych w dyrektywach odpowiednich regulacji dotyczących przestrzegania przez wykonawców prawa socjalnego i prawa pracy.

14. Dodanie przepisu ust. 2a w art. 91 u.p.z.p. w istocie oznacza wprowadzenie obowiązku stosowania innych niż cena kryteriów ofert, o ile zamawiający nie wykaże, że kryterium ceny jest rozwiązaniem efektywniejszym.

Nowe dyrektywy wprowadziły istotną modyfikację kryteriów udzielania zamówień, m.in. przez wprowadzenie wyraźnej możliwości ograniczenia stosowania ceny lub kosztu jako jedyne kryterium udzielenia zamówienia (art. 67 dyrektywy 2014/24/UE i art. 82 dyrektywy 2014/25/UE; szersze omówienie tej regulacji, wraz z porównaniem do regulacji zawartej w obecnie obowiązujących dyrektywach, znajduje się w części omawiającej projekt zawarty w druku sejmowym nr 1226).

Proponowana zmiana jest zgodna z celem regulacji zawartych w nowych dyrektywach dotyczących zamówień publicznych, którym jest ograniczenie stosowania ceny jako jedyne kryterium oceny ofert. Należy równocześnie wyrazić pogląd, że wspomniana modyfikacja określonych w dyrektywach kryteriów udzielania zamówień spowoduje konieczność zmiany całej ustawowej regulacji dotyczącej oceny ofert.

15. Zmiana art. 142 u.p.z.p. dotyczy obowiązkowego umieszczania w umowach zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy postanowienia o zmianie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany obciążeń publicznoprawnych.

Proponowana zmiana nie narusza nowych dyrektyw dotyczących zamówień publicznych.

16. Zmiana art. 154 u.p.z.p. oraz dodanie art. 156a, dotyczące wzorów umów, nie są objęte zakresem prawa Unii Europejskiej.

17. Zmiana art. 190 u.p.z.p. oraz dodanie do ustawy nowego art. 198ea, dotyczących ciężaru dowodu, nie naruszają dyrektywy 89/665/EWG.

Wnioski

Projekt ustawy zawarty w druku sejmowym nr 1076, zakładający rozszerzenie przykładowego katalogu kryteriów oceny ofert w ramach postępowania o udzielenie zamówienia o kryterium innowacyjności proponowanych rozwiązań, jest zgodny z dyrektywą 2014/24/UE oraz dyrektywą 2014/25/UE.

Projekt ustawy zawarty w druku sejmowym nr 1226 nie jest zgodny z dyrektywą 2014/24/UE oraz dyrektywą 2014/25/UE.

Projekt ustawy zawarty w druku sejmowym nr 1335 nie jest zgodny z dyrektywą 2014/24/UE oraz dyrektywą 2014/25/UE w zakresie, w jakim dopusz-

cza – nieuzasadnione obiektywnymi przyczynami – dzielenie zamówień publicznych stanowiących jedność funkcjonalną i techniczną.

Projekt ustawy zawarty w druku sejmowym nr 1653 jest niezgodny z prawem Unii Europejskiej w następującym zakresie:

- proponowana zmiana art. 5 ust. 1a u.p.z.p. znosi gwarancje przestrzegania ogólnych zasad prawa UE (równego traktowania i przejrzystości) w odniesieniu do zamówień o wartości poniżej progów określonych w dyrektywach, co może być uznane za sprzeczne z art. 49 i art. 56 TFUE,
- proponowana zmiana art. 26 ust. 3 u.p.z.p. oznacza, że poszczególni wykonawcy będą mogli dokumentować spełnienie wymagań udziału w postępowaniu w różnych terminach, co może być uznane za naruszenie zasady równego traktowania, do której odwołują się przepisy art. 56 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE i art. 76 ust. 4 dyrektywy 2014/25/UE,
- proponowana zmiana art. 29 ust. 3 i 3a u.p.z.p. może zostać uznana za niezgodną z art. 18, art. 34 i art. 56 TFUE, gdyż wykracza poza zakres dopuszczalnego wyjątku określonego w dyrektywach, obowiązującego dla zamówień podlegających ich regulacji,
- proponowana zmiana art. 29 ust. 4 u.p.z.p. jest niezgodna z art. 70 dyrektywy 2014/24/UE i art. 87 dyrektywy 2014/25/UE.

W pozostałym zakresie projekt nie narusza prawa Unii Europejskiej.