



## Minister Spraw Zagranicznych

DPUE-920-6M -11/ml /1  
SM-1140

Warszawa, dnia 1 czerwca 2011 r.

dot. BPS/KU-034/1194/1/11

Pan  
Piotr Zientarski  
Przewodniczący Komisji  
Ustawodawczej  
Senat Rzeczypospolitej Polskiej

*Szanowny Panie Przewodniczący,*

W związku z przedłożonym projektem ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (druk senacki nr 1194) pozwalam sobie zgłosić następujące uwagi:

*W odniesieniu do nowelizacji art. 4 pkt 13 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych*

- I. Projektowana zmiana art. 4 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych rozszerza katalog podmiotów, które mogą lokować, z pominięciem ustawy Prawo zamówień publicznych, zamówienia w instytucjach gospodarki budżetowej o jednostki organizacyjne, podległe lub nadzorowane przez organ władzy publicznej, wykonujący funkcje organu założycielskiego instytucji gospodarki budżetowej. Oceniając zgodność proponowanej nowelizacji z prawem Unii Europejskiej, należy ustalić, czy mieści się ona w zakresie wyłączenia z zakresu zastosowania dyrektywy 2004/18/WE<sup>1</sup> przewidzianego dla zamówień typu *in-house*.
- II. Istnienie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a dyrektywy 2004/18/WE zakłada istnienie umowy między dwoma odrębnymi podmiotami<sup>2</sup>. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie ma jednak obowiązku ogłaszania przetargu, nawet w przypadku, gdy zleceniobiorca jest podmiotem prawnie odrębnym od instytucji zamawiającej, gdy spełnione zostaną dwa warunki. Po pierwsze, organ administracji publicznej będący instytucją zamawiającą musi sprawować nad tym odrębnym podmiotem kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami. Po drugie, podmiot ten musi wykonywać swoją działalność w zasadniczej części na rzecz kontrolującej ją jednostki lub jednostek<sup>3</sup>.
- III. Należy podkreślić, że jak każdy wyjątek, wyłączenie z zakresu zastosowania dyrektywy 2004/18/WE zamówień typu *in-house* podlega wykładni zwięzającej.

<sup>1</sup> Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004, str. 114, polskie wydanie specjalne: Rozdział 06 Tom 07, str. 132.

<sup>2</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal, pkt 49.

<sup>3</sup> Wyroki Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal, pkt 50; z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, pkt 49; z dnia 13 stycznia 2005 r. w sprawie C-84/03 Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 38; z dnia 10 listopada 2005 r. w sprawie C-29/04 Komisja przeciwko Austrii, pkt 34.

- IV. W przypadku projektowanej nowelizacji warunków kontroli, o którym mowa w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, jest spełniony w relacji: organ władzy publicznej wykonujący funkcję organu założycielskiego instytucji gospodarki budżetowej – instytucja gospodarki budżetowej. Z faktu sprawowania kontroli nad instytucją gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcję organu założycielskiego nie można jednak domniemywać, że taka kontrola istnieje w relacji: jednostki organizacyjnej podległej lub nadzorowanej przez organ władzy publicznej – instytucja gospodarki budżetowej. Tym samym, w mojej opinii, projektowana nowelizacja art. 4 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych nie spełnia warunków przewidzianych w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

*W odniesieniu do nowelizacji art. 22 ustawy Prawo zamówień publicznych*

- V. Zgodnie z projektowanym art. 22 ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których średnie zatrudnienie skazanych, w przeliczeniu na pełne etaty, w okresie 12 miesięcy kalendarzowych poprzedzających dzień złożenia oferty, stanowiło ponad 50% ogółu zatrudnionych, a udział zatrudnienia skazanych w zatrudnieniu nie ulegnie obniżeniu w okresie realizacji zamówienia.
- VI. Art. 19 dyrektywy 2004/18/WE stanowi, iż państwa członkowskie mogą zastrzec prawo udziału w procedurach udzielania zamówień publicznych zakładom pracy chronionej lub przewidzieć możliwość realizacji takich zamówień w ramach programów pracy chronionej, w których większość zaangażowanych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne, które ze względu na charakter lub stopień swojej niepełnosprawności nie mogą wykonywać swojej pracy w normalnych warunkach. Możliwość preferencyjnego traktowania zakładów pracy chronionej uzasadnia motyw 28 dyrektywy 2004/18/WE.
- VII. Art. 19 dyrektywy 2004/18/WE umożliwia preferencyjne traktowanie zakładów pracy chronionej i nie obejmuje wykonawców, który zatrudniają skazanych. W mojej opinii nie jest możliwe rozszerzenie w prawie krajowym katalogu podmiotów, o których mowa w ww. przepisie. Takie stanowisko uzasadnia fakt, iż art. 19 dyrektywy 2004/18/WE stanowi wyjątek od podstawowej zasady unijnego prawa zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wykonawców. Ponadto rozszerzenie katalogu podmiotów, o których mowa w art. 19 dyrektywy 2004/18/WE, jest sprzeczne z celem dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych, jakim jest otwieranie rynku zamówień publicznych na konkurencję.

z up. Ministra Spraw Zagranicznych  
SEKRETALIZACJA  
Z powiadaczenia,  
Mikolaj Dowgielewicz

Do wiadomości:

Pan  
Jacek Sadowy  
Prezes Urzędu Zamówień Publicznych