



SEJM
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ
VII kadencja
Marszałek Senatu

Druk nr 1082

Warszawa, 4 października 2012 r.

Pani
Ewa Kopacz
Marszałek Sejmu
Rzeczypospolitej Polskiej

Szanowna Pani Marszałek

Zgodnie z art. 118 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. mam zaszczyt przekazać Pani Marszałek podjętą przez Senat na 18. posiedzeniu w dniu 4 października 2012 r. uchwałę w sprawie wniesienia do Sejmu projektu ustawy

- o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych wraz z projektem tej ustawy.

Jednocześnie pragnę poinformować, że Senat upoważnił senatora Piotra Zientarskiego do reprezentowania Senatu w dalszych pracach nad tym projektem.

Z poważaniem

(-) Bogdan Borusewicz

UCHWAŁA
SENATU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

z dnia 4 października 2012 r.

**w sprawie wniesienia do Sejmu projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień
publicznych**

Na podstawie art. 118 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Senat wnosi do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie upoważnia senatora Piotra Zientarskiego do reprezentowania Senatu w pracach nad projektem.

MARSZAŁEK SENATU

Bogdan BORUSEWICZ

U S T A W A

z dnia

o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych

Art. 1. W ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.¹⁾) w art. 4 w pkt 13 kropkę na końcu zastępuje się średnikiem i dodaje się pkt 14 w brzmieniu:

„14) zamówień udzielanych przez Ministra Sprawiedliwości albo jednostki organizacyjne mu podległe lub przez niego nadzorowane przywieziennym zakładom pracy, prowadzonym jako przedsiębiorstwa państwowe albo instytucje gospodarki budżetowej, jeżeli zamówienia te udzielane są w celu zatrudnienia osób pozbawionych wolności i ich wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.”.

Art. 2. 1. Do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych a niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe.

2. Do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe.

Art. 3. Ustawa wchodzi w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia.

¹⁾ Zmiany tekstu jednolitego wymienionej ustawy zostały ogłoszone w Dz. U. z 2010 r. Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769 i 951.

UZASADNIENIE

Niniejszy projekt nowelizacji ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 z późn. zm.) wpisuje się w zmiany przepisów, mające na celu systemowe uregulowanie problematyki zatrudnienia osób pozbawionych wolności.

W przeszłości kwestia dostępu przywieziennych zakładów pracy do zamówień publicznych była już uregulowana w sposób szczególny. Przepis art. 6 ust. 1 pkt 3b, obowiązującej do 1 marca 2004 r., ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych stanowił, iż przy udzieleniu zamówień przedsiębiorstwom podległym Ministrowi Sprawiedliwości oraz gospodarstwom pomocniczym działającym przy zakładach karnych i aresztach śledczych, nie stosuje się reżimu ustawy. Jak wykazała praktyka, uregulowanie to miało fundamentalne znaczenie dla przywieziennych zakładów pracy, szczególnie tych, których wyroby i usługi ukierunkowane były na podmioty sfery budżetowej. Podnosiło to konkurencyjność, a co najważniejsze – pozwoliło na tworzenie nowych miejsc pracy dla skazanych.

Aktualnie obowiązująca od 2 marca 2004 r. ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych pozbawiona została takiego rozwiązania.

Brak systemowych rozwiązań, w tym preferencji wobec przywieziennych zakładów pracy, a także istniejący od 2007 r. kryzys gospodarczy spowodowały znaczny spadek liczby skazanych, zatrudnionych w przywieziennych zakładach pracy.

Zmniejszenie zatrudnienia skazanych wynika również z uchwalonej w dniu 3 lutego 2011 r. ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 39, poz. 202). Ustawa ta wykonała wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 lutego 2010 r., sygn. P 20/09, zgodnie z którym skazanemu umożliwia się osiągnięcie co najmniej minimalnego wynagrodzenia, podczas gdy dotychczasowy przepis art. 123 § 2 Kodeksu karnego wykonawczego dopuszczał wypłacanie skazanemu wynagrodzenia w wysokości połowy miesięcznego wynagrodzenia. Dwukrotny wzrost kosztów pracy skazanych negatywnie wpływa na zatrudnianie tej kategorii pracowników. Niemniej z uwagi na wielość czynników mających wpływ na zatrudnianie osób pozbawionych wolności niemożliwe jest obecnie ustalenie o jaką liczbę spadło zatrudnienie osób pozbawionych wolności wyłącznie z tego powodu.

Zatrudnienie osób pozbawionych wolności w okresie ostatnich kilku lat, zmniejszyło się z 2886 skazanych w 2007 r. i 2947 w 2008 r. do 1806 na koniec 2011 r., w przeliczeniu na pełne etaty.

Te same czynniki mają wpływ na kondycję finansową przywieziennych zakładów pracy, w których zatrudnieni są skazani. Przychody przywieziennych zakładów pracy zmniejszyły się z 783,7 mln zł w 2007 r. i 861,1 mln zł w 2008 r. do 415,7 mln zł w 2011 r.

Tendencja spadkowa, zarówno w odniesieniu do liczby zatrudnionych skazanych, jak i przychodów przywieziennych zakładów pracy utrzymuje się.

Obserwowane od kilku lat stopniowe ograniczanie możliwości zatrudnienia skazanych powoduje, iż oddziaływanie na nich za pomocą jednego z podstawowych środków realizacji celów wykonywania kary pozbawienia wolności, jakim jest oddziaływanie poprzez pracę, jest bardzo ograniczone. Proponowana nowelizacja ma zmienić tę tendencję i uczynić z zatrudnienia skazanych skuteczny środek realizacji celów wykonywania kary pozbawienia wolności.

Rozpatrując wyłączenie z reżimu ustawy – Prawo zamówień publicznych zamówień udzielanych wyspecjalizowanej i zdefiniowanej grupie podmiotów, tj. przywieziennym zakładom pracy, prowadzonym jako instytucje gospodarki budżetowej albo przedsiębiorstwa państwowe, należy mieć na względzie – wskazany w art. 3 ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o zatrudnianiu osób pozbawionych wolności (Dz. U. Nr 123, poz. 777, z późn. zm.) – cel ich powołania: tworzenie warunków do zatrudniania osób pozbawionych wolności oraz prowadzenia działalności gospodarczej. Poprawa kondycji finansowej podmiotów będących beneficjentami zaproponowanej nowelizacji zwiększy możliwość uelastycznienia ich form działania, co w konsekwencji spowoduje wzrost liczby skazanych objętych zatrudnieniem.

Przywiezienne zakłady pracy prowadzą działalność w znacznie trudniejszych warunkach niż podmioty niezwiązane instytucjonalnie z więziennictwem. Z jednej strony muszą konkurować na rynku w walce o klienta, a tym samym muszą spełniać stawiane przez odbiorców wymagania jakościowe i cenowe, z drugiej zaś – ponoszą szereg dodatkowych kosztów działalności penitencjarnej, związanych m.in.: z niską wydajnością, brakiem kwalifikacji zawodowych oraz dużą rotacją zatrudnionych skazanych, zwiększonymi nakładami na szkolenia i przyuczanie tych osób do pracy, utrzymywaniem zabezpieczeń ochronnych miejsc zatrudnienia, a także dozorowaniem i konwojowaniem osadzonych (koszty te nie występują w przypadku innych przedsiębiorców). Ponadto lokalizacja

przywieziennych zakładów pracy za murami więziennymi utrudnia kontakty oraz bieżącą współpracę z dostawcami, kooperantami i odbiorcami. Stanowi to istotny element osłabiający konkurencyjność takich zakładów pracy.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że przywiezienne zakłady pracy łączą dwa, bardzo różne cele: publiczny – resocjalizację (zatrudnianie osób pozbawionych wolności powinno mieć na celu przede wszystkim pozytywne oddziaływanie na ich postawy) oraz ekonomiczny (aby utrzymać się na rynku, zakłady te muszą osiągać zyski).

Zatrudnienie skazanych, mające na celu umożliwienie ich funkcjonowania po odbyciu kary pozbawienia wolności wiąże się ściśle z zasadami prawa europejskiego, zapisanymi w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE z 2008 r. Nr C 115). Zgodnie z art. 9 tego Traktatu osoby wykluczone, a do tej kategorii – zdaniem Senatu – należy zaliczyć skazanych, winny być poddane szczególnemu wsparciu ze strony Państwa.

Zauważyć również trzeba, że projektowana nowelizacja przyczyni się również do realizacji szeregu postanowień zawartych w Rekomendacji Rec (2006) 2 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich Rady Europy - Europejskie Reguły Więzienne, a w szczególności reguły 26 ust. 2 i 3 oraz ust. 8 i 9 (por. np. ust. 2: „Władze więzienne powinny dążyć do zapewnienia możliwości pracy”; ust. 8: „Chociaż dążenie do zysku z produkcji może być pożyteczne dla podnoszenia poziomu i poprawiania jakości szkolenia, interesy więźniów nie mogą być podporządkowane temu celowi”).

Podkreślenia wymaga, że projektowana zmiana realizuje wielokrotnie sformułowany przez Rzecznika Praw Obywatelskich pod adresem Rady Ministrów postulat dotyczący „spowodowania” warunków sprzyjających rozwojowi zatrudnienia osób pozbawionych wolności.

Uwzględniając powyższe, w art. 1 projektu proponuje się wprowadzenie zmian, które umożliwią – podobnie jak to miało miejsce w przeszłości – szczególne traktowanie podmiotów zatrudniających osoby pozbawione wolności przy udzielaniu zamówień publicznych. Proponowana zmiana wprowadza do ustawy – Prawo zamówień publicznych nowe wyłączenie przedmiotowe z reżimu zamówień publicznych. Propozycja polega na dodaniu w art. 4 nowego pkt 14, w myśl którego przepisów ustawy nie będzie się stosowało do zamówień udzielanych przez Ministra Sprawiedliwości albo jednostki organizacyjne mu podległe lub przez niego nadzorowane, przywieziennym zakładom pracy, prowadzonym jako

przedsiębiorstwa państwowe albo instytucje gospodarki budżetowej, jeśli zamówienia te udzielane są w celu zatrudnienia osób pozbawionych wolności i ich wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Z propozycji tej wynika, że zaproponowana nowelizacja opiera się na przesłance zatrudnienia osób pozbawionych wolności oraz na konieczności przestrzegania określonych w ustawie limitów związanych z wysokością złożonego zamówienia.

W art. 2 projektu ustawy sformułowano przepisy przejściowe określające, że do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie nowelizacji oraz do umów w sprawach zamówień publicznych, zawartych przed tym dniem, będzie się stosowało przepisy dotychczasowe.

W przepisie o wejściu w życie (art. 3) proponuje się standardowy 14-dniowy termin *vacatio legis*. Formułując ten przepis wzięto pod uwagę, iż zarówno w interesie przywieziennych zakładów pracy, jak i zatrudnionych skazanych jest jak najszybsze wejście w życie przedmiotowej nowelizacji.

W związku z ograniczeniem proponowanego wyłączenia z reżimu ustawy – Prawo zamówień publicznych tylko do zamówień o wartości poniżej tzw. „progów unijnych” (do zamówień takich nie stosuje się dyrektyw unijnych dotyczących zamówień publicznych, m.in. tzw. dyrektywy klasycznej 2004/18/WE; w przypadku takich zamówień, o ile zamówienie jest przedmiotem zamówienia transgranicznego, stosuje się wyłącznie zasady Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej) projekt jest zgodny z prawem unijnym.

W trakcie prac nad projektem zasięgnięto opinii:

- 1) Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych;
- 2) Ministra Sprawiedliwości;
- 3) Ministra Finansów;
- 4) Ministra Gospodarki;
- 5) Ministra Pracy i Polityki Społecznej;
- 6) Ministra Spraw Zagranicznych;
- 7) Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa;
- 8) Pracodawców Rzeczypospolitej Polskiej;
- 9) KPPP Lewiatan;
- 10) Krajowej Rady Radców Prawnych;
- 11) Naczelnej Rady Adwokackiej

12) Naczelnego Sądu Administracyjnego.

Swoje opinie przedstawili:

1) Prezes Naczelnego Sądu Administracyjnego;

2)

http://www.senat.gov.pl/gfx/senat/userfiles/_public/k8/dokumenty/konsultacje/162/mf.pdf Minister Finansów (nie zgłoszono zastrzeżeń);

3) Minister Pracy i Polityki Społecznej (uznano właściwość Ministra Sprawiedliwości w przedmiotowej sprawie);

4) Prokuratoria Generalna Skarbu Państwa;

5) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych;

6) Minister Spraw Zagranicznych;

7) Minister Sprawiedliwości (wyrażono pozytywną ocenę projekcie).

Prezes Naczelnego Sądu Administracyjnego zaproponował objęcie proponowanymi zamianami również zamówień udzielanych przez sądy. Mając na względzie prawo unijne, uwaga nie została uwzględniona.

Prokuratoria Generalna Skarbu Państwa zgłosiła zastrzeżenia do uzasadnienia projektu. Uwagi zostały uwzględnione.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zgłosił zastrzeżenia co do zakresu projektowanego wyłączenia z reżimu zamówień publicznych oraz dodatkowego warunku, który musi być spełniony, aby zamówienie nie było objęte reżimem. Prezes wskazywał, iż poddany konsultacjom projekt budzi wątpliwości co do zgodności z prawem unijnym. Uwagi Prezesa Urzędu zostały uwzględnione.

Minister Spraw Zagranicznych zwrócił uwagę, iż projektowana ustawa nie spełnia przewidzianych w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej warunków dla zamówień *in-house* i wymaga doprecyzowania w tym zakresie. Zdaniem Senatu projekt w ostatecznym kształcie nie budzi już wątpliwości co do zgodności z prawem unijnym.

Wejście w życie ustawy nie spowoduje skutków finansowych dla budżetu państwa.

Przedmiot projektowanej regulacji jest zgodny z prawem Unii Europejskiej.

Warszawa, 23 października 2012 r.

BAS-WAPEiM-2684/12

Pani Ewa Kopacz
Marszałek Sejmu
Rzeczypospolitej Polskiej

**Opinia prawna w sprawie zgodności z prawem Unii Europejskiej
senackiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień
publicznych (przedstawiciel wnioskodawcy: senator Piotr Benedykt
Zientarski)**

Na podstawie art. 34 ust. 9 uchwały Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 30 lipca 1992 r. – Regulamin Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej (M.P. z 2012 r. poz. 32) sporządza się następującą opinię:

I. Przedmiot projektu ustawy

Senacki projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych przewiduje wprowadzenie nowego wyłączenia od stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm.). Zgodnie z projektem, ustawy nie stosowałoby się do zamówień udzielanych przez Ministra Sprawiedliwości albo jednostki organizacyjne mu podległe lub przez niego nadzorowane przywieziennym zakładom pracy, prowadzonym jako przedsiębiorstwa państwowe albo instytucje gospodarki budżetowej, jeżeli zamówienia te udzielane są w celu zatrudnienia osób pozbawionych wolności i ich wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Projekt zawiera przepis przejściowy. Zgodnie z projektem, ustawa ma wejść w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia.

II. Stan prawa Unii Europejskiej w materii objętej projektem

1. Ze względu na przedmiot projektu ustawy należy wskazać dyrektywę 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 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 30.04.2004 r., s. 1, ze zm.) oraz dyrektywę 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 30.04.2004 r., s. 114, ze zm.).

Zgodnie z art. 16 dyrektywy 2004/17/WE, ma ona zastosowanie do zamówień publicznych, które nie podlegają wyłączeniu w ramach wyjątków określonych w przepisach art. 19-26 lub art. 30 dyrektywy i których szacunkowa wartość bez podatku od towarów i usług (VAT) jest równa lub większa od podanych w dyrektywie progów. Zgodnie z art. 1 ust. 2 lit. a dyrektywy, zamówienia na dostawy, roboty budowlane i usługi oznaczają odpłatne umowy zawarte na piśmie pomiędzy jednym lub wieloma podmiotami zamawiającymi oraz jednym lub wieloma przedsiębiorcami budowlanymi, dostawcami, lub usługodawcami, których przedmiotem są m.in. roboty budowlane. Wykonawcą w rozumieniu dyrektywy 2004/17/WE jest zarówno przedsiębiorca budowlany, dostawca oraz usługodawca (art. 1 ust. 7). Instytucją zamawiającą są państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki złożone z jednej lub wielu takich jednostek lub z jednego lub wielu podmiotów prawa publicznego (art. 2 ust. 1 dyrektywy).

Zgodnie z art. 7 dyrektywy 2004/17/WE, ma ona zastosowanie wobec zamówień publicznych, które nie podlegają wyłączeniu w ramach wyjątków określonych w art. 10-18, oraz których szacunkowa wartość, nieobejmująca podatku od wartości dodanej (VAT), jest równa lub wyższa od podanych w dyrektywie progów. Stosownie do art. 1 ust. 2 lit a. dyrektywy, zamówienia publiczne to umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi a jednym lub więcej wykonawcami, których przedmiotem jest m.in. świadczenie usług. Wykonawcą w rozumieniu dyrektywy 2004/17/WE jest m.in. usługodawca, czyli osoba fizyczna lub prawna, podmiot publiczny lub grupa takich osób lub podmiotów, którzy oferują na rynku wykonanie usługi (art. 1 ust. 8 dyrektywy). Instytucją zamawiającą jest zaś państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki złożone z jednej lub wielu takich jednostek lub z jednego lub wielu podmiotów prawa publicznego (art. 1 ust. 9 dyrektywy).

2. Ze względu na przedmiot projektu ustawy interesujący jest wyjątek od obowiązku stosowania dyrektyw określony przez Trybunał Sprawiedliwości (TS) w sprawie *Teckal*¹. Trybunał orzekł, że dyrektywa Rady 93/36/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz. Urz. L 199, s. 1)² ma zastosowanie w przypadku, gdy instytucja zamawiająca – taka jak na przykład jednostka samorządu terytorialnego – zamierza zawrzeć z podmiotem formalnie od niej odrębnym i decyzyjnie niezależnym umowę odpłatną na piśmie, mającą za przedmiot dostawy produktów. W kwestii istnienia takiej umowy Trybunał wyjaśnił, że zgodnie z art. 1 lit. a) dyrektywy 93/36 wystarczającym jest co do zasady, aby zamówienie

¹ Wyrok TS z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 *Teckal Srl* przeciwko *Comune di Viano* i *Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, pkt 50. Zob. także Dokument roboczy służb Komisji w sprawie stosowania unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych do stosunków między instytucjami zamawiającymi („współpraca publiczno-publiczna”) SEC(2011) 1169 wersja ostateczna z dnia 4.10.2011 r.

² Dyrektywa 93/36/EWG została zastąpiona obecnie obowiązującą dyrektywą 2004/18/WE.

zostało zawarte między jednostką samorządu terytorialnego a podmiotem prawnie od niej odrębnym. Nie jest tak jedynie w przypadku, gdy jednostka samorządu terytorialnego sprawuje nad danym podmiotem kontrolę analogiczną do tej, jaką sprawuje nad własnymi służbami, gdy jednocześnie podmiot ten wykonuje większą część swej działalności wspólnie z jednostką lub jednostkami samorządu terytorialnego, w których dyspozycji pozostaje³.

Zdaniem Trybunału udział, choćby mniejszościowy, przedsiębiorstwa prywatnego w kapitale zakładowym spółki, w której udziały ma także zainteresowana instytucja zamawiająca, wyklucza w każdym razie, by instytucja ta mogła sprawować nad tą spółką kontrolę analogiczną jak nad własnymi służbami. Stosunki między organem władzy publicznej, jakim jest instytucja zamawiająca, i jej własnymi służbami podlegają względom i wymogom wykonywania zadań leżących w interesie publicznym. Udział w przedsiębiorstwie kapitału prywatnego podlega natomiast względom interesu prywatnego i ma cele odmiennej natury. Udzielenie zamówienia publicznego przedsiębiorstwu z kapitałem mieszanym z pominięciem postępowania przetargowego stanowiłoby naruszenie wolnej i niezakłóconej konkurencji oraz zasady równego traktowania zainteresowanych, w szczególności dlatego, że taka procedura dawałaby przedsiębiorstwu prywatnemu obecnemu w kapitale tego przedsiębiorstwa przewagę w stosunku do jego konkurentów⁴.

Sprawowanie nad spółką kontroli analogicznej do kontroli sprawowanej nad własnymi służbami polega na możliwości wywierania decydującego wpływu zarówno na cele strategiczne, jak i na decyzje. Okoliczność, że instytucja zamawiająca posiada, sama lub wraz z innymi instytucjami zamawiającymi, całość kapitału zakładowego spółki, której udzielono zamówienia, wydaje się wskazywać – jednakże w sposób nieprzesadzający – że instytucja zamawiająca sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami⁵.

Przy ocenie, czy przedsiębiorstwo wykonywało swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki samorządu terytorialnego należy uwzględnić wszelką działalność wykonywaną przez to przedsiębiorstwo na podstawie zamówienia udzielonego mu przez instytucję zamawiającą, niezależnie od tego, kto płaci wynagrodzenie za wykonywanie tej działalności – sama instytucja zamawiająca czy też beneficjenci świadczonych usług – oraz bez względu na obszar, na którym działalność ta jest wykonywana⁶.

³ Trybunał potwierdził zastosowanie tej zasady również do udzielania zamówień publicznych na usługi – zob. wyrok TS z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG, pkt 59.

⁴ Wyrok TS z dnia 10 listopada 2005 r. w sprawie C-29/04 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Austrii, pkt. 46-48.

⁵ Wyrok TS z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 Carbotermo SpA i Consorzio Alisei przeciwko Comune di Busto Arsizio i AGESP SpA, pkt. 36-37.

⁶ Wyrok TS z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 Carbotermo SpA i Consorzio Alisei przeciwko Comune di Busto Arsizio i AGESP SpA, pkt 72.

W niektórych późniejszych wyrokach Trybunału drugi z warunków wyłączenia został sformułowany w nieco inny sposób. Podkreślono, że istotne jest, by usługodawca wykonywał zasadniczą część swojej działalności nie tyle z instytucją zamawiającą, co na jej rzecz⁷. Trybunał nie jest jednak w tej kwestii konsekwentny i używa obu zwrotów.

Trybunał potwierdził aktualność powyższych poglądów w odniesieniu do obowiązującej obecnie dyrektywy 2004/18/WE⁸.

3. Wyłączenie stosowania dyrektywy nie oznacza automatycznie, że udzielanie takiego zamówienia nie jest objęte prawem Unii Europejskiej. Podlega ono wówczas ocenie pod kątem zgodności z ogólnymi zasadami prawa pierwotnego UE. Trybunał dokonał takiej oceny i uznał, że artykuły 43 WE (obecnie art. 49 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej) i 49 WE (obecnie art. 56 TfUE), zasady równego traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz wynikający z nich obowiązek przejrzystości, nie stoją na przeszkodzie bezpośredniemu udzieleniu zamówienia publicznego na usługi spółce akcyjnej o kapitale wyłącznie publicznym, gdy jednostka samorządu terytorialnego będąca instytucją zamawiającą sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad jej własnymi służbami, a spółka ta wykonuje zasadniczą część swej działalności z będącą jej właścicielem jednostką lub jednostkami samorządu terytorialnego.

Z zastrzeżeniem weryfikacji przez sąd krajowy skuteczności rozważanych przepisów statutowych kontrola sprawowana przez jednostki samorządu terytorialnego będące akcjonariuszami nad taką spółką może zostać uznana za analogiczną do kontroli sprawowanej nad ich własnymi służbami, gdy:

- działalność rzeczony spółki jest ograniczona do terytorium tych jednostek samorządu terytorialnego i jest w zasadniczej części wykonywana na ich rzecz, oraz
- mają one decydujący wpływ zarówno na strategiczne cele, jak i na istotne decyzje tej spółki, poprzez organy statutowe, w których skład wchodzi przedstawiciele owych jednostek samorządu terytorialnego⁹.

III. Analiza przepisów projektu pod kątem ustalonego stanu prawa Unii Europejskiej

1. Projekt przewiduje wprowadzenie regulacji, zgodnie z którą, ustawy – Prawo zamówień publicznych nie stosowałoby się do zamówień

⁷ Wyrok TS z dnia 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-295/05 Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) przeciwko Transformación Agraria SA (Tragsa) i Administración del Estado, pkt 55 oraz wyrok TS z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-220/06 Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia przeciwko Administración General del Estado, pkt 58.

⁸ Wyrok TS z dnia 22 grudnia 2010 r. w sprawie C-215/09 Mehiläinen Oy i Terveystalo Healthcare Oy, dawniej Suomen Terveystalo Oyj przeciwko Oulun kaupunki.

⁹ Wyrok TS z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-573/07 Sea Srl przeciwko Comune di Ponte Nossa.

udzielanych przez Ministra Sprawiedliwości albo jednostki organizacyjne mu podległe lub przez niego nadzorowane przywieziennym zakładom pracy, prowadzonym jako przedsiębiorstwa państwowe albo instytucje gospodarki budżetowej, jeżeli zamówienia te udzielane byłyby w celu zatrudnienia osób pozbawionych wolności i ich wartość byłaby mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Przepis art. 11 ust. 8 ustawy – Prawo zamówień publicznych stanowi podstawę do wydania rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów, które implementuje do prawa polskiego przepisy dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE określające progi wartości zamówień, poniżej których do zamówień nie stosuje się dyrektyw. W konsekwencji należy uznać, że zamówienia, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy – Prawo zamówień publicznych nie są objęte zakresem dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE.

2. Przedsiębiorstwa państwowe, działają na podstawie ustawy z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych (Dz. U. z 2002 r. Nr 112, poz. 981, ze zm.). Zgodnie z art. 1 ustawy przedsiębiorstwo państwowe jest samodzielnym, samorządnym i samofinansującym się przedsiębiorcą posiadającym osobowość prawną. Strukturę organizacyjną przedsiębiorstwa określają art. 26-45 ustawy. Zakres działalności przedsiębiorstwa – co do zasady – wyznacza akt o jego utworzeniu, jednak ustawa dopuszcza w tym zakresie odstępstwa (art. 55 ustawy). Zakres nadzoru sprawowanego przez organ założycielski nad przedsiębiorstwem państwowym określają przepisy art. 58-64 ustawy. Określają one m.in. możliwość władczego wkraczania w sprawy przedsiębiorstwa oraz wstrzymywania decyzji dyrektora.

Instytucje gospodarki budżetowej działają na podstawie ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240, ze zm., w szczególności art. 23-35). Instytucje gospodarki budżetowej posiadają osobowość prawną, odpłatnie wykonują wyodrębnione zadania i pokrywają koszty swojej działalności oraz zobowiązania z uzyskiwanych przychodów.

3. Można przyjąć, że relacje pomiędzy organem założycielskim a przedsiębiorstwem państwowym lub instytucją gospodarki budżetowej spełniają, określone w wyroku w sprawie *Teckal*, wymagania dotyczące decydującego wpływu zarówno na strategiczne cele, jak i na istotne decyzje przedsiębiorstwa lub instytucji. Wymagań tych nie spełniają jednak relacje pomiędzy dowolnymi jednostkami organizacyjnymi podległymi Ministrowi Sprawiedliwości lub przez niego nadzorowanymi a dowolnymi przywieziennymi zakładami pracy, prowadzonymi jako przedsiębiorstwa państwowe albo instytucje gospodarki budżetowej. Przykładowo można wskazać, że wymagań tych nie spełnia relacja między Sądem Rejonowym dla

Warszawy Śródmieścia (zgodnie z art. 9 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz. U. Nr 98, poz. 1070, ze zm., Minister Sprawiedliwości sprawuje nadzór administracyjny nad działalnością sądów) a przedsiębiorstwem państwowym działającym przy jakimkolwiek zakładzie karnym. Projekt nie zapewnia też spełnienia drugiej przesłanki – wykonywania przez wykonawcę zasadniczej części swej działalności z będącą jej właścicielem instytucją zamawiającą, gdyż w ogóle nie odnosi się do tej przesłanki¹⁰.

Należy zatem uznać, że proponowane wyłączenie stosowania ustawy ze względu na podmioty biorące udział w zamówieniu jest sprzeczne z Traktatem o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

IV. Konkluzja

Senacki projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych w zakresie w jakim wyłącza stosowanie ustawy do zamówień udzielanych przez Ministra Sprawiedliwości albo jednostki organizacyjne mu podległe lub przez niego nadzorowane przywieziennym zakładom pracy, prowadzonym jako przedsiębiorstwa państwowe albo instytucje gospodarki budżetowej, jeżeli zamówienia te udzielane są w celu zatrudnienia osób pozbawionych wolności:

- ze względu na wartość zamówienia – nie jest sprzeczny z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE,
- ze względu na podmioty których zamówienie dotyczy (zarówno instytucji zamawiającej jak i wykonawcy) – jest sprzeczny z Traktatem o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, a w szczególności z art. 18, art. 49 i art. 56.

Dyrektor Biura Analiz Sejmowych

Zbigniew Wrona

¹⁰ Na marginesie można zauważyć, że analogiczne zarzuty pod adresem projektu ustawy, na etapie prac senackich, zgłaszał również Minister Spraw Zagranicznych w opinii z 31 sierpnia 2012 r.

Warszawa, 23 października 2012 r.

BAS-WAPEiM-2685/12

Pani Ewa Kopacz
Marszałek Sejmu
Rzeczypospolitej Polskiej

Opinia prawna w sprawie stwierdzenia, czy senacki projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (przedstawiciel wnioskodawcy: senator Piotr Benedykt Zientarski) jest projektem ustawy wykonującej prawo Unii Europejskiej w rozumieniu art. 95a regulaminu Sejmu

Senacki projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych przewiduje wprowadzenie nowego wyłączenia od stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm.). Zgodnie z projektem ustawy nie stosowałoby się do zamówień udzielanych przez Ministra Sprawiedliwości albo jednostki organizacyjne mu podległe lub przez niego nadzorowane przywieziennym zakładom pracy, prowadzonym jako przedsiębiorstwa państwowe albo instytucje gospodarki budżetowej, jeżeli zamówienia te udzielane są w celu zatrudnienia osób pozbawionych wolności i ich wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Projekt ustawy jest objęty zakresem regulacji prawa Unii Europejskiej. Projekt nie ma na celu wykonania żadnego przepisu prawa Unii Europejskiej.

Projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych nie jest projektem ustawy wykonującej prawo Unii Europejskiej w rozumieniu art. 95a regulaminu Sejmu.

Dyrektor Biura Analiz Sejmowych

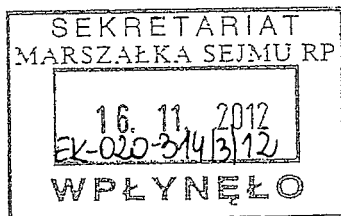
Zbigniew Wrona



SENATOR
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Piotr Zientarski

Warszawa, 15 listopada 2012r.



Pani

Marszałek Sejmu

Ewa Kopacz

Szanowna Pani Marszałek,

w odpowiedzi na pismo z dn. 9 listopada 2012 r. (sygn.GMS-WP-17-6/12), działając jako przedstawiciel wnioskodawców informuję, że projektowana ustawa o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych nie powoduje skutków finansowych dla budżetu państwa, budżetów jednostek samorządu terytorialnego oraz innych podmiotów spoza sfery finansów publicznych.

Z wyrazami szacunku,

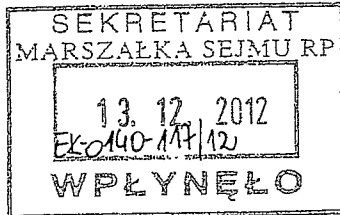
Piotr Zientarski



SEJM
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Warszawa, dnia 13 grudnia 2012 r.

Komisja Ustawodawcza
UST-00 - 130 /12



Pani
Ewa KOPACZ
Marszałek Sejmu
Rzeczypospolitej Polskiej

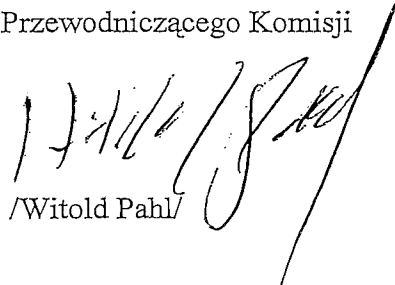
Szanowna Pani Marszałek

Przekazuję – przyjętą na posiedzeniu w dniu 12 grudnia 2012 r. – opinię Komisji Ustawodawczej:

- o senackim projekcie ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (przedstawiciel wnioskodawców senator Piotr Zientarski).

Z poważaniem

Zastępca Przewodniczącego Komisji


/Witold Pahl/

OPINIA nr 153
Komisji Ustawodawczej

w sprawie senackiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych

przyjęta na posiedzeniu
w dniu 12 grudnia 2012 r.


dla Marszałka Sejmu

Komisja Ustawodawcza, na posiedzeniu w dniu 12 grudnia 2012 r., rozpatrzyła skierowany przez Marszałka Sejmu – w trybie art. 34 ust. 8 regulaminu Sejmu RP, celem wyrażenia opinii w świetle zgłoszonych wątpliwości w sprawie zgodności projektu z prawem Unii Europejskiej - senacki projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Komisja, po przedstawieniu projektu i wysłuchaniu ekspertów, przeprowadziła dyskusję. W wyniku głosowania Komisja

- uznała ten projekt za dopuszczalny.

Zastępca Przewodniczącego Komisji


/Witold Pahl/



**PIERWSZY PREZES
SĄDU NAJWYŻSZEGO
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

BSA III - 021- 7/13

Warszawa, dnia *M* stycznia 2013 r.

SEKRETARIAT SZEFA KS

L.dz.

Data wpływu*14.01.2013*.....

**Pan
Lech CZAPLA
Szef Kancelarii Sejmu**

Szanowny Panie Ministrze!

W odpowiedzi na pismo z dnia 4 stycznia 2013 r., GMS-WP-173-5/13 uprzejmie informuję, że Sąd Najwyższy na podstawie art. 1 p. 3 ustawy o Sądzie Najwyższym z dnia 23 listopada 2002 r. (Dz. U. Nr 240, poz. 2052 ze zm.) nie uznaje za celowe opiniowania **senackiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych**.

Z poważaniem

Stanisław Dąbrowski

Stanisław DĄBROWSKI



KRAJOWA IZBA
RADCÓW PRAWNYCH

SEKRETARIAT SZEFA KS

L.dz.

Data wpływu 4.02.2013 r.

00-478 Warszawa - Aleje Ujazdowskie 18 lok. 4
tel./fax: 022 622 05 88, 622 84 28;33 • e-mail: kirp@kirp.pl • NIP: 526-10-43-011

L.dz. 54/OBSiL/2013

Warszawa, dnia 28 stycznia 2013 r.

Szanowny Pan
Lech Czapla
Szef Kancelarii Sejmu

Szanowny Panie Michale!

W nawiązaniu do przesłanego przy piśmie GMS-WP-173-5/13 z dnia 4 stycznia 2013 r. senackiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych, w załączeniu przesyłam opinię do przedmiotowego projektu sporządzoną w Ośrodku, Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych.

2 powołaniu

Wiceprezes
Krajowej Rady Radców Prawnych

Dariusz Sałajewski

Warszawa, dnia 21 stycznia 2013 r.

**Opinia sporządzona na zlecenie Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji
Krajowej Rady Radców Prawnych
do senackiego projektu ustawy o zmianie ustawy –
Prawo zamówień publicznych
(projekt przesłany przy piśmie GMS-WP-173-5/13)**

Zgodnie z art. 1 projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych art. 4 obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 Nr 113, poz. 759 z późniejszymi zmianami) został zmodyfikowany poprzez dodanie pkt 14.

Jak wynika z brzmienia projektowanego przepisu rozszerzona zostaje dopuszczalność udzielania zamówień publicznych przywieziennym zakładom pracy, prowadzonym jako przedsiębiorstwa państwowe albo instytucje gospodarki budżetowej, bez stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przez Ministra Sprawiedliwości albo jednostki organizacyjnie mu podległe lub przez niego nadzorowane. Zamówienie może zostać udzielone bez stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, o ile jego celem jest zatrudnienie osób pozbawionych wolności oraz jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Brzmienie powyższego przepisu budzi wiele wątpliwości. Przede wszystkim należy zauważyć, iż konstrukcja projektowanej zmiany jest oparta o instytucję zamówień „in – house”, utrwaloną przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Zgodnie z linią orzecniczą, zwolnienie z obowiązku stosowania przepisów o udzielaniu zamówień publicznych w przypadku zamówień „in – house” następuje po spełnieniu dwóch istotnych kryteriów. Po pierwsze, pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą powinna istnieć specyficzna relacja prawna. Podmiot publiczny powinien bowiem sprawować kontrolę nad podmiotem, któremu udziela zamówienia, analogiczną do tej, jaką pełni w stosunku do swoich wydziałów (oddziałów). Drugi warunek wymaga, aby podmiot uzyskujący zamówienie znaczną część swojej działalności musi wykonywać na rzecz podmiotu kontrolującego. Oba kryteria zostały określone w orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C – 107/98 „Teckal Srl przeciwko Comune di Viano, Azienda Gas – Acqua Consorziata (AGAC) di Reggio Emilia”, które zapoczątkowało szereg orzeczeń precyzujących wymagania w stosunku do podmiotów biorących udział w zamówieniach „in – house”.

Wskazane powyżej dwa warunki zostały określone jako „Teckal test”, tj. podleganie kontroli podmiotowi udzielającemu zamówienie oraz zależność ekonomiczna wykonawcy od zamawiającego.

W tym miejscu należy wskazać, iż proponowana zmiana art. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych spełnia warunek pierwszy „Teckal test” tylko w ograniczonym zakresie. Ze wskazanego przepisu wynika, iż podmiotami uprawnionymi do udzielenia zamówień bez stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych są: Minister Sprawiedliwości albo jednostki organizacyjnie mu podległe lub przez niego nadzorowane. Bez wątplenia wskazany zakres podmiotów uprawnionych jest za szeroki. Zgodnie z treścią art. 3 ustawy o zatrudnianiu osób pozbawionych wolności z dnia 28 sierpnia 1997r. (Dz. U. Nr 123 poz. 777) przywieszienne zakłady pracy mogą być utworzone i prowadzone jako przedsiębiorstwa państwowe, spółki akcyjne lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, w której Skarb Państwa lub państwowa osoba prawna ma więcej niż 50% udziałów lub akcji lub jako instytucja gospodarki budżetowej. Następny przepis powyższej ustawy, art. 4 ust. 1 wskazuje, iż organem założycielskim przywieszennego zakładu pracy funkcjonującego jako przedsiębiorstwo państwowe jest Minister Sprawiedliwości. Z kolei zgodnie z art. 23 ust. 2 pkt 1 ustawy o finansach publicznych z dnia 27 sierpnia 2007r. (Dz. U. Nr 157 poz. 1240) instytucje gospodarki budżetowej tworzone są przez właściwego ministra, a zatem w stosunku do przywieszennych zakładów pracy funkcjonujących w takiej formie organem założycielskim będzie również Minister Sprawiedliwości. Jedynym zatem podmiotem, który może udzielić zamówienia „in – house” przywieszennemu zakładowi pracy jest Minister Sprawiedliwości, jako jego organ założycielski oraz sprawujący nad nim kontrolę.

Mając zatem na uwadze obowiązujący stan prawny należy uznać, iż włączenie w zakres podmiotów uprawnionych do udzielania zamówień przywieszennym zakładom pracy bez stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych wszystkich jednostek podległych organizacyjnie Ministrowi Sprawiedliwości lub przez niego nadzorowanych jest niezgodne z prawem unijnym, w szczególności z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Warto przypomnieć, iż zgodnie z załącznikiem do obwieszczenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 27 lipca 2012r. w sprawie wykazu jednostek organizacyjnych podległych Ministrowi Sprawiedliwości lub przez niego nadzorowanych, jednostkami organizacyjnymi podległymi Ministrowi Sprawiedliwości są Instytut Ekspertyz Sądowych im. prof. dra Jana Sehna w Krakowie, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Centralny Zarząd Służby Więziennej, zakłady karne oraz areszty śledcze. Z kolei do jednostek nadzorowanych należy Krajowa Szkoła Sądownictwa i Prokuratury, zakłady poprawcze i schroniska dla nieletnich, rodzinne ośrodki diagnostyczno – konsultacyjne oraz ośrodki kuratorskie, jak również w ograniczonym zakresie sądy powszechne, sądy wojskowe i izby morskie. Za zupełnie bezzasadne należy uznać przyznanie uprawnienia do składania zamówień „in – house” przywieszennym zakładom pracy wyżej wymienionym podmiotom publicznym, skoro nie mają one z nimi żadnego organizacyjnego powiązania, ani tym bardziej nie dysponują wobec nich prawem kontroli.

Za wyjątek można uznać Centralny Zarząd Służby Więziennej, w szczególności wchodzące w jego skład Okręgowe Inspektoraty Służby Więziennej, jak również zakłady karne i areszty śledcze, przy których

funkcjonują przywieźnienne zakłady pracy. Jak wynika bowiem z art. 12 ust. 2 pkt 8 ustawy o Służbie Więziennej z dnia 9 kwietnia 2010r. (Dz. U. Nr 79 poz. 523) do zakresu działania dyrektora okręgowego należy w szczególności nadzorowanie działalności podległych zakładów karnych i aresztów śledczych, ośrodków doskonalenia kadr Służby Więziennej oraz przywieźniennych zakładów pracy funkcjonujących przy podległych jednostkach organizacyjnych. Warto również wskazać na art. 4 ust. 5 ustawy o zatrudnianiu osób pozbawionych wolności, zgodnie z którym dyrektora przywieźniennego zakładu pracy funkcjonującego jako przedsiębiorstwo państwowe powołuje i odwołuje Dyrektor Generalny Służby Więziennej po zasięgnięciu opinii dyrektora zakładu karnego, przy którym działa przedsiębiorstwo. Niewątpliwie zatem Centralny Zarząd Służby Więziennej wraz z Okręgowymi Inspektoratami Służby Więziennej pełniąc funkcje nadzorcze w stosunku do przywieźniennych zakładów pracy spełnia pierwszy warunek „Teckal test”. Odnosząc się natomiast do zakładów karnych oraz aresztów śledczych warto zwrócić uwagę na art. 8 ust. 3 ustawy o Służbie Więziennej, z którego wynika, iż w jednostkach organizacyjnych Służby Więziennej (a zatem również w zakładach karnych oraz aresztach śledczych) mogą być tworzone służby, działy, oddziały, zespoły i stanowiska prowadzące działalność w szczególności m.in. w zakresie oddziaływania penitencjarnego, specjalistycznego oddziaływania terapeutycznego, czy też zatrudnienia. Z niniejszego przepisu wynika zatem, iż przywieźnienny zakład pracy funkcjonuje jako oddział zakładu karnego lub aresztu śledczego, a w związku z tym istnieje między nimi taka zależność organizacyjna, która pozwalałaby na udzielenie zamówienia „in – house”.

Na marginesie wskazać należy, że pominięcie w projektowanej zmianie przywieźniennych zakładów pracy funkcjonujących w formie spółki akcyjnej lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, w której Skarb Państwa lub państwowa osoba prawna ma więcej niż 50% udziałów albo akcji jest jak najbardziej zasadne, biorąc pod uwagę, iż zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, nawet symboliczna ilość udziałów przedsiębiorstwa prywatnego w kapitale takiej spółki powoduje obowiązek stosowania przepisów o udzielaniu zamówień publicznych (orzeczenie z dnia 11 stycznia 2005r. w sprawie C – 26/03 „Staadtt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH przeciwko Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall – und Energieverwertungsanlage TREA Leuna”). Również dysponowanie 100% udziałów lub akcji spółki przez podmiot publiczny nie przesądza o możliwości udzielenia zamówienia „in – house” (orzeczenie z dnia 11 maja 2006r. w sprawie C – 340/04 „Cabotermo SpA i Consorzio Alisei przeciwko Comune di Busto Arsizio i AGESP SpA”).

Warto jednak przypomnieć, iż sam fakt sprawowania kontroli (bądź nadzoru, który jest pojęciem szerszym od kontroli) nie uprawnia wskazanych wyżej podmiotów publicznych do udzielania zamówień przywieźniennym zakładom pracy z pominięciem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie bowiem z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, wykonawca musi wykonywać większą część swojej działalności na rzecz zamawiającego, jakim będzie Minister Sprawiedliwości

badź Centralny Zarząd Służby Więziennej, co stanowi drugi warunek tzw. „Teckal test”. W tym miejscu warto powołać się jeszcze raz na wyżej przytoczone orzeczenie w sprawie C – 340/04 „Carbotermo”, z którego wynika, iż „przedsiębiorstwo wykonuje swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki (...) tylko, jeżeli działalność tego przedsiębiorstwa poświęcona jest głównie tej jednostce, a ewentualna pozostała działalność ma charakter marginalny. Dla dokonania oceny, czy tak jest w niniejszym przypadku, sąd właściwy musi wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, mające zarówno charakter jakościowy, jak i ilościowy”. Dokonanie zatem oceny, czy dany podmiot, któremu jest udzielane zamówienie „in – house”, wykonuje większą część swojej działalności na rzecz podmiotu publicznego, sprawującego nad nim kontrolę, wymaga wnikliwego badania okoliczności na gruncie konkretnego stanu faktycznego.

Pominięcie drugiego warunku udzielania zamówień „in – house”, tj. zależności ekonomicznej od podmiotu kontrolującego wykonawcę, należy uznać za błąd legislacyjny, prowadzący do niezgodności przepisów krajowych z prawem unijnym. W związku z powyższym należy uznać, iż proponowana zmiana powinna zostać doprecyzowana w tym zakresie. Wydaje się, iż w konstruowaniu projektowanego pkt 14 pomocnym może okazać się art. 4 pkt 13 lit c ustawy Prawo zamówień publicznych, który swym brzmieniem odzwierciedla zasady zamówień „in – house” oraz jest zgodny z linią orzeczniczą Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Zgodnie z przywołanym przepisem przepisów ustawy nie stosuje się w stosunku do zamówień udzielanych instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcje organu założycielskiego tej instytucji, jeżeli przedmiot zamówienia należy do zakresu działalności podstawowej instytucji gospodarki budżetowej określonego zgodnie z art. 26 ust. 2 pkt 2 ustawy o finansach publicznych. Zastosowanie analogicznej konstrukcji prawnej w stosunku do projektowanej zmiany zasługiwałoby na aprobatę, biorąc pod uwagę trudności związane z dokonywaniem oceny spełniania warunku zależności ekonomicznej wykonawcy od podmiotu publicznego, jak również konieczność zachowania spójności przepisów w ramach jednego aktu prawnego, jakim jest ustawa Prawo zamówień publicznych.

Na marginesie zauważyć należy, iż w praktyce zależność ekonomiczna w stopniu wymaganym przez prawo unijne zachodzi najczęściej z zakładem karnym lub aresztem śledczym, przy którym dany przywiezienny zakład pracy funkcjonuje. Jeżeli zatem przyjąć kryteria określone w „Teckal Test” przy stosowaniu proponowanego przepisu jest wysoce prawdopodobne, iż krąg podmiotów uprawnionych do pominięcia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych ograniczyłby się w szczególności do tych zakładów karnych i aresztów śledczych, przy których przywiezienne zakłady pracy funkcjonują.

Zastrzeżenia budzą także warunki, jakimi obwarowane są zamówienia przewidziane w projektowanym przepisie. Przed wszystkim wątpliwości interpretacyjnych nasuwa warunek udzielenia zamówienia z pominięciem

ustawy Prawo zamówień publicznych jeżeli jego celem jest zatrudnienie osób pozbawionych wolności. W tym miejscu warto zaznaczyć, iż ratio legis ustawy Prawo zamówień publicznych jest uregulowanie procedur związanych z wydatkowaniem środków publicznych przez podmioty prawa publicznego, jakimi są zamawiający. Przepisy ustawy mają zatem za zadanie urzeczywistnić obowiązek nałożony na jednostki sektora finansów publicznych, wynikający z art. 44 ustawy o finansach publicznych. Zgodnie z brzmieniem niniejszego przepisu wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób oszczędny i celowy, z jednoczesnym uzyskiwaniem najlepszych efektów. Ponadto jednostki sektora finansów publicznych przy wydatkowaniu środków publicznych są zobowiązane do stosowania przepisów właściwych ustaw, jak również w swoim działaniu są ograniczone regulacjami określonymi w uchwałach budżetowych, bądź planach finansowych. Jakikolwiek naruszenie przepisów w zakresie ponoszenia wydatków publicznych wiąże się z sankcjami przewidzianymi w ustawie o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych.

W związku z powyższym warunek zawarty w proponowanej zmianie należy uznać za niezgodny z przepisami zarówno ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również ustawy o finansach publicznych. Jak bowiem wskazano powyżej, głównym celem wyżej wymienionych ustaw jest ochrona środków publicznych przed ich nadmiernym i nieracjonalnym wydatkowaniem, natomiast wspieranie przywieziennych zakładów pracy jest w istocie sprzeczne z niniejszą zasadą.

W tym miejscu warto przypomnieć, iż przywiezienne zakłady pracy posiadają już pewne szczególne uprawnienia, które mają za zadanie chronić ich interesy oraz zapewniać ich rentowność. Za przykład może posłużyć art. 6 ustawy o zatrudnianiu osób pozbawionych wolności, z którego wynika, iż przywiezienne zakłady pracy są zwolnione m.in. z podatku dochodowego od osób prawnych, niepodatkowych należności budżetowych, jak również opłat z tytułu użytkowania lub użytkowania wieczystego gruntów stanowiących własność Skarbu Państwa. Wysokość zwolnienia zależy oczywiście od ilości zatrudnionych więźniów. W związku z powyższym nie można zgodzić się ze stanowiskiem Senatu Rzeczypospolitej Polskiej zawartym w uzasadnieniu do projektu zmiany ustawy, który powołując się na trudności przywieziennych zakładów pracy zupełnie pomija fakt, iż dysponują one pewnymi ułatwieniami, jakich nie posiadają inne podmioty funkcjonujące na rynku. Argumentowanie, iż proponowana zmiana ma na celu poprawę kondycji finansowej przywieziennych zakładów pracy, dzięki czemu liczba skazanych objętych zatrudnieniem zostanie zwiększona jest niezrozumieniem zarówno celu stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również mechanizmów rynkowych. Wydaje się wysoce prawdopodobne, iż udzielanie zamówień publicznych z pominięciem ustawowych procedur w dłuższej perspektywie niewątpliwie wpłynie na jakość realizowanych usług przez przywiezienne zakłady pracy oraz nieprzystosowanie się do standardów funkcjonujących na rynku. Powyższa regulacja w znacznym stopniu może przyczynić się do uzależnienia przywieziennych zakładów pracy od udzielających im zamówienia jednostek sektora finansów publicznych.

Należy również wskazać, iż wspieranie przez ustawodawcę wybranych podmiotów poprzez ułatwianie im dostępu do uzyskania zamówień narusza konkurencję. Natomiast nie da się ukryć, iż głównym celem stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych jest zapewnienie konkurencji. W tym miejscu warto odnieść się również do prawa unijnego, a w szczególności orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, które wielokrotnie podkreślało istotne znaczenie zasady, iż wyjątki powinno się interpretować zawężająco. W związku z powyższym, wyjątki, tj. wyłączenia od stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych, powinny być ograniczone do niezbędnego minimum, tak, aby ustawodawca chroniąc niektóre ważne interesy publiczne, jednocześnie nie zakłócił prawidłowego funkcjonowania konkurencji na rynku. Analiza proponowanej zmiany wzbudza wątpliwości, czy w rzeczywistości nie poniesie ona ze sobą zagrożenia naruszenia zasady wolnej konkurencji, jak również czy chroniony interes jest istotny. Warto się również zastanowić, czy proponowana zmiana będzie stanowić wystarczający i skuteczny środek ochrony interesu publicznego jakim jest resocjalizacja przestępców. Być może istnieją inne rozwiązania, które pomogłyby spowodować wzrost liczby zatrudnionych skazanych oraz zwiększyć wydajność przywieziennych zakładów pracy.

Mając zatem powyższe na uwadze, należy stwierdzić, iż proponowana zamiana ustawy Prawo zamówień publicznych budzi wiele wątpliwości, w szczególności narusza zasady konkurencji. Wydaje się, iż treść nowelizowanej ustawy powinna zostać doprecyzowana w zakresie podmiotów uprawnionych do odstąpienia od stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na możliwą niezgodność z prawem unijnym. Ponadto zastrzeżenia budzi także warunek zawarty w proponowanym pkt 14, a tym samym ratio legis nowelizowanego przepisu.

Paweł Granecki

Radca prawny