

## Uzasadnienie

W wyroku z dnia 22 października 2024 r. w sprawie C-652/22 *Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret AŞ przeciwko Državna komisija za kontrolu postupaka javne nabave* (ECLI:EU:C:2024:910) Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej orzekł, że wykonawcy z państw trzecich, z którymi Unia Europejska nie jest związana żadną umową międzynarodową gwarantującą na zasadzie wzajemności i równości dostęp do rynku zamówień publicznych, nie mają zapewnionego dostępu do unijnego rynku zamówień publicznych.

Z wyroku Trybunału nie wynika jednak, że wykonawcy z państw trzecich, z którymi Unia Europejska nie jest związana żadną umową międzynarodową gwarantującą na zasadzie wzajemności i równości dostęp do rynku zamówień publicznych i koncesji na roboty budowlane lub usługi, nie mogą ubiegać się o zamówienia publiczne i koncesje na roboty budowlane lub usługi w Unii Europejskiej. Co do zasady, mogą oni ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego (podobnie o zawarcie z nimi umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi) w państwach członkowskich Unii Europejskiej, z tym, że decyzja o dopuszczeniu takich wykonawców do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (albo do udziału w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji), jak również decyzja co do tego na jakich zasadach będą oni dopuszczeni, pozostaje w gestii zamawiającego. Dostęp do rynku zamówień publicznych państw członkowskich, jako element wspólnej polityki handlowej, pozostaje bowiem w zakresie wyłącznej kompetencji Unii Europejskiej.

Projektowane zmiany w ustawie z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej „ustawą Pzp”, oraz w ustawie z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2023 r. poz. 140) uwzględniają wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 22 października 2024 r. w sprawie C-652/22 oraz akcentują zasady wynikające z zobowiązań prawnomiędzynarodowych i dyrektyw UE w zakresie zamówień publicznych i umów koncesji dotyczące ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przez wykonawców z państw trzecich, z którymi Unia Europejska nie jest związana żadną umową międzynarodową gwarantującą na zasadzie wzajemności i równości dostęp do rynku zamówień publicznych. W szczególności przyjmuje się w nich, że zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są uprawnieni do ograniczenia dostępu do zamówień wykonawcom z państw trzecich, a ograniczenie to może polegać na niedopuszczeniu do udziału w postępowaniu, bądź w przypadku dopuszczenia takich wykonawców - na zróżnicowaniu ich traktowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego od pozostałych wykonawców.

### Zmiany przewidziane w ustawie – Prawo zamówień publicznych (art. 2 projektu ustawy)

Proponuje się dodanie w dziale I „Przepisy ogólne” rozdziale 2 „Zasady udzielania zamówień” przepisu art. 16a, który jako przepis ogólny miałby zastosowanie do zamówień klasycznych w rozumieniu art. 7 pkt 33 ustawy Pzp oraz do zamówień sektorowych w rozumieniu art. 7 pkt 35 ustawy Pzp.

Projektowany w ustawie Pzp przepis art. 16a ust. 1 odzwierciedla jedną z zasad udzielania zamówień, w myśl której w zakresie objętym Porozumieniem Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych i innymi umowami międzynarodowymi gwarantującymi na zasadzie wzajemności i równości dostęp do rynku zamówień publicznych, których stroną jest Unia Europejska, zamawiający ma obowiązek zapewnić wykonawcom z państw-stron tego porozumienia i wykonawcom z państw-stron tych umów oraz robotom budowlanym, dostawom i usługom pochodzącym z tych państw, traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie wykonawców pochodzących z Unii Europejskiej oraz robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z Unii Europejskiej. Oznacza to, że podczas udzielania zamówień publicznych wykonawcy z państw wymienionych w projektowanym art. 16a ust. 1 ustawy Pzp, jak również roboty budowlane, dostawy i usługi pochodzące z tych państw, powinni być traktowani tak samo jak wykonawcy z Unii Europejskiej oraz roboty budowlane, dostawy i usługi pochodzące z Unii Europejskiej.

Zgodnie z dodawanym art. 16a ust. 2, zamawiający może określić w dokumentach zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się również wykonawcy z państw trzecich, innych niż wymienione w art. 16a ust. 1. Jeżeli zamawiający nie przewidzi takiej możliwości, wówczas na podstawie projektowanego art. 226 ust. 1 pkt 5a ustawy Pzp, będzie miał on obowiązek odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę mającego siedzibę albo miejsce zamieszkania w innym państwie niż państwa, o których mowa w art. 16a ust. 1. Zatem to zamawiający będzie każdorazowo decydował, czy w danym postępowaniu ogranicza udział wykonawców z państw trzecich, z którymi Unia Europejska nie jest związana żadną umową międzynarodową gwarantującą na zasadzie wzajemności i równości dostęp do rynku zamówień publicznych.

Projektowany przepis art. 16a ust. 3 przyznaje zamawiającym kolejne uprawnienie w zakresie ograniczenia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawców z państw trzecich, innych niż wymienione w art. 16a ust. 1, oraz ograniczenie w odniesieniu do robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z tych państw. Stosownie do art. 16a ust. 3 ustawy

Pzp, zamawiający, w odniesieniu do wykonawców z państw trzecich, innych niż wymienione w art. 16a ust. 1, a także do robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z tych państw, może określić warunki zamówienia mniej korzystne niż w odniesieniu do wykonawców z państw wymienionych w art. 16a ust. 1 oraz do robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z tych państw. Zgodnie z aktualnym brzmieniem art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, przez „warunki zamówienia” należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. W związku z tym zamawiający będą dysponowali szerokim uprawnieniem w kontekście możliwości określenia mniej korzystnych warunków zamówienia w odniesieniu do państw trzecich, z którymi UE nie jest związana żadną umową międzynarodową gwarantującą na zasadzie wzajemności i równości dostęp do rynku zamówień publicznych.

Projektowany w ustawie Pzp przepis art. 16a nie będzie miał zastosowania do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w rozumieniu art. 7 pkt 36 ustawy Pzp, gdyż zgodnie z projektowanym art. 395 ust. 4 zostało wyłączone zastosowanie art. 16a. W przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa kwestie dotyczące ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przez wykonawców z państw trzecich są już obecnie unormowane odrębnie w art. 404 ustawy Pzp, przy czym wymaga podkreślenia, że umowy, o których mowa w tym przepisie, nie są tożsame z umowami, o których mowa w projektowanym art. 16a ust. 1 ustawy Pzp. Należy przy tym dodać, że przewiduje się doprecyzowanie art. 404 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w ust. 3 normy (wzorowanej na nowo dodawanym art. 16a ust. 3 ustawy Pzp), zgodnie z którą zamawiający, w odniesieniu do wykonawców z innych państw niż wymienione w art. 404 ust. 1 ustawy Pzp, a także do robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z tych państw, może określić warunki zamówienia mniej korzystne niż w odniesieniu do wykonawców z państw wymienionych w art. 404 ust. 1 ustawy Pzp, jak również do robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z tych państw.

Zmiana art. 393 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp stanowi zmianę wynikową i polega na doprecyzowaniu, że w kontekście projektowanego art. 16a ust. 3, możliwość ograniczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia udziału wykonawców z państw trzecich będzie polegała w szczególności na możliwości odrzucenia oferty, w której udział produktów, w tym oprogramowania wykorzystywanego w wyposażeniu sieci telekomunikacyjnych pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy

o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE, nie przekracza 50 %, o ile zamawiający to przewidział na etapie wszczęcia postępowania. W związku z tym nie jest to jedyny przykład wskazujący na możliwy zakres nierównego traktowania określony przez zamawiającego na podstawie art. 16a ust. 3 ustawy Pzp.

Zmiany przewidziane w ustawie o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (art. 1 projektu ustawy)

Projektowany w ustawie o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi przepis art. 12a ust. 1 odzwierciedla jedną z zasad zawierania umów koncesji, w myśl której w zakresie objętym Porozumieniem Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych i innymi umowami międzynarodowymi gwarantującymi na zasadzie wzajemności i równości dostęp do rynku zamówień publicznych, których stroną jest Unia Europejska, zamawiający ma obowiązek zapewnienia wykonawcom z państw-stron tego porozumienia i wykonawcom z państw-stron tych umów oraz robotom budowlanym, dostawom i usługom pochodzącym z tych państw, traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie wykonawców pochodzących z Unii Europejskiej oraz robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z Unii Europejskiej. Oznacza to, że podczas zawierania umów koncesji wykonawcy z państw wymienionych w projektowanym art. 12a ust. 1 ustawy Pzp, jak również roboty budowlane, dostawy i usługi pochodzące z tych państw, powinni być traktowani tak samo jak wykonawcy z Unii Europejskiej, a także roboty budowlane, dostawy i usługi pochodzące z Unii Europejskiej.

Zgodnie z dodawanym art. 12a ust. 2, zamawiający może określić w dokumentach koncesji lub w ogłoszeniu o koncesji, że o zawarcie umowy koncesji mogą ubiegać się również wykonawcy z państw trzecich, innych niż wymienione w art. 12a ust. 1. Jeżeli zamawiający nie przewidzi takiej możliwości, wówczas na podstawie projektowanego art. 37a ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, będzie miał on obowiązek odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę mającego siedzibę albo miejsce zamieszkania w innym państwie niż państwa, o których mowa w art. 12a ust. 1. Zatem to zamawiający będzie każdorazowo decydował, czy w danym postępowaniu ogranicza udział wykonawców z państw trzecich, z którymi Unia Europejska nie jest związana żadną umową międzynarodową gwarantującą na zasadzie wzajemności i równości dostęp do rynku zamówień publicznych.

Projektowany przepis art. 12a ust. 3 przyznaje zamawiającym dodatkowe uprawnienie w zakresie ograniczenia w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji udziału wykonawców z

państw trzecich, innych niż wymienione w art. 12a ust. 1, oraz ograniczenie w odniesieniu do robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z tych państw. Stosownie do art. 12a ust. 3 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, zamawiający, w odniesieniu do wykonawców z państw trzecich, innych niż wymienione w art. 12a ust. 1, a także do robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z tych państw, może określić wymagania dotyczące postępowania o zawarcie umowy koncesji lub warunki umowy koncesji mniej korzystne niż w odniesieniu do wykonawców z państw wymienionych w art. 12a ust. 1 oraz do robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z tych państw.

Projekt ustawy nie zawiera przepisów technicznych, w rozumieniu rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie sposobu funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych (Dz. U. poz. 2039 oraz z 2004 r. poz. 597), w związku z tym nie podlega notyfikacji.

Projekt ustawy nie zawiera wymogów nakładanych na usługodawców podlegających notyfikacji, o której mowa w art. 15 ust. 7 i art. 39 ust. 5 dyrektywy 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotyczącej usług na rynku wewnętrznym (Dz. Urz. UE L 376 z 27.12.2006, str. 36).

Projekt ustawy nie wymaga uzyskania opinii, dokonania powiadomienia, konsultacji albo uzgodnienia z właściwym organami i instytucjami Unii Europejskiej, w tym z Europejskim Bankiem Centralnym, o czym mowa w § 39 uchwały nr 190 Rady Ministrów z dnia 29 października 2013 r. – Regulamin pracy Rady Ministrów (M.P. z 2024 r. poz. 806).

Projektowana regulacja jest zgodna z prawem Unii Europejskiej.

Stosownie do art. 5 ustawy z dnia 7 lipca 2005 r. o działalności lobbingsowej w procesie stanowienia prawa (Dz. U. z 2017 r. poz. 248 oraz z 2024 r. poz. 1535) w związku z § 52 ust. 1 Regulaminu pracy Rady Ministrów projekt ustawy został udostępniony w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie podmiotowej Rządowego Centrum Legislacji, w serwisie Rządowy Proces Legislacyjny.