

Uzasadnienie

I. Cel regulacji

Projekt służy uwzględnieniu w prawie polskim skutków wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE lub Trybunał) 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) oraz wyroku z dnia 13 marca 2025 r. w sprawie C-266/22 *CRRC Qingdao Sifang e.a. CO LTD et Astra Vagoane Călători S.A. przeciwko Autoritatea pentru Reformă Feroviară i Alstom Ferroviaria S.P.A.* (ECLI:EU:C:2025:178) i ma na celu wdrożenie do przepisów krajowych przepisów art. 25 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE oraz art. 43 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE.

W wyroku w sprawie C-652/22 *Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret*, potwierdzonym wyrokiem w sprawie C-266/22 *CRRC Qingdao Sifang*, TSUE 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. Jednocześnie z wyroku Trybunału nie wynika, 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 w Unii Europejskiej. Mogą oni ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego w państwach członkowskich Unii Europejskiej, z tym, że decyzja o dopuszczeniu takich wykonawców do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak również określenie, na jakich zasadach będą oni dopuszczeni, pozostaje wyłącznie w gestii zamawiającego, o ile spełnione są warunki o których mowa w cytowanych orzeczeniach TSUE, tj. Unia Europejska nie skorzystała z wyłącznej kompetencji w tym zakresie. W prawie krajowym nie mogą być tworzone normy o charakterze generalnym regulujące dostęp do rynku zamówień publicznych państw członkowskich, gdyż jest to element wspólnej polityki handlowej, który pozostaje w zakresie wyłącznej kompetencji Unii Europejskiej.

Projektowane przepisy uwzględniają podstawowe tezy wyżej wskazanych wyroków Trybunału Sprawiedliwości UE, tj. tezy niebudzące wątpliwości co do kierunku ich wdrożenia w

ustawodawstwie krajowym, z których wynika konieczność wyłączenia możliwości powoływania się na regulacje transponujące prawo UE przez tych wykonawców, którzy pochodzą z państw trzecich, z którymi Unia nie zawarła stosownych umów w zakresie równego traktowania, oraz konieczność powierzenia zamawiającemu decyzji o ewentualnym udziale takich wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub postępowaniu o zawarcie umowy koncesji.

Mimo że wyrok TSUE w sprawie C-652/22 Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret AŞ oraz potwierdzający tezy tego wyroku wyrok C-266/22 CRRC Qingdao Sifang e.a. nie odnosi się do umów koncesji, projektowane przepisy uwzględniają tezy tych wyroków również w odniesieniu do przepisów regulujących umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi, ponieważ interpretacja przepisów dyrektyw dokonana przez Trybunał odnosi się do zasad generalnych dostępu do unijnego rynku, przez co dokonana w nich interpretacja ma zastosowanie również do udzielania koncesji. Znajduje to swoje potwierdzenie w objęciu umów koncesji obowiązującym od 6 kwietnia 2014 r. zrewidowanym Porozumieniem Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych (GPA). Nowy tekst GPA został dostosowany do obowiązujących od 2014 r. dyrektyw, w tym uwzględnia nową dyrektywę 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji, a progi wartości dyrektywy koncesyjnej 2014/23/UE są określane w odniesieniu do progów Porozumienia GPA. Ponadto umów koncesji dotyczy rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/1031 z dnia 23 czerwca 2022 r. w sprawie dostępu wykonawców, towarów i usług z państw trzecich do unijnych rynków zamówień publicznych i koncesji oraz procedur wspierających negocjacje dotyczące dostępu unijnych wykonawców, towarów i usług do rynków zamówień publicznych i koncesji państw trzecich (Instrument Zamówień Międzynarodowych – IZM), które stanowi jeden z przejawów realizacji przez Unię Europejską wyłącznej kompetencji w zakresie wspólnej polityki handlowej.

Projektowane zmiany w ustawie z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 oraz z 2025 r. poz. 620), 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 oraz z 2025 r. poz. 620) akcentują zasady wynikające z zobowiązań prawnomiędzynarodowych UE i dyrektyw 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

szczegółności przyjmuje się w nich, że zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek takiego samego traktowania jak traktowanie wykonawców pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej oraz robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z Unii Europejskiej jedynie wykonawcom z państw trzecich będących stronami Porozumienia Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych lub innych umów międzynarodowych gwarantujących na zasadzie wzajemności i równości dostęp do rynku zamówień publicznych, których stroną jest Unia Europejska, oraz robotom budowlanym, dostawom i usługom pochodzącym z tych państw w zakresie objętym tym porozumieniem i tymi umowami międzynarodowymi. Natomiast wykonawcy z państw innych niż państwa członkowskie Unii Europejskiej oraz państwa, z którymi Unia Europejska zawarła Porozumienie Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych lub inne umowy międzynarodowe gwarantujące na zasadzie wzajemności i równości dostęp do rynku zamówień publicznych (zwanych zgodnie z projektem państwami trzecimi niebędącymi stronami umów międzynarodowych) nie mają zagwarantowanego dostępu do rynku zamówień publicznych i koncesji. Jednocześnie w projektowanych rozwiązaniach przyjmuje się, w ślad za orzecznictwem TSUE, że zamawiający są uprawnieni do wskazania, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się również wykonawcy z państw trzecich niebędących stronami umów międzynarodowych. W przypadku dopuszczenia takich wykonawców zamawiający są uprawnieni do zróżnicowania ich traktowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w stosunku do pozostałych wykonawców.

II. Zmiany przewidziane w ustawie – Prawo zamówień publicznych (art. 1 projektu ustawy)

Proponuje się dodanie w dziale I „Przepisy ogólne” rozdziale 2 „Zasady udzielania zamówień” przepisów art. 16a i 16b, które jako przepisy ogólne miałyby zastosowanie do zamówień klasycznych w rozumieniu art. 7 pkt 33 ustawy Pzp oraz do zamówień sektorowych w rozumieniu art. 7 pkt 35 ustawy Pzp, a także do konkursów w rozumieniu art. 7 pkt 8 ustawy Pzp, w związku z odesłaniem w art. 325 ust. 4 ustawy Pzp do odpowiedniego stosowania przepisów działu I rozdziału 2 w zakresie organizowania konkursów.

Projektowany w ustawie Pzp przepis art. 16a 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 mają obowiązek zapewnić wykonawcom z państw trzecich będących stronami tego porozumienia lub tych umów międzynarodowych oraz robotom budowlanym,

dostawom i usługom pochodzącym z tych państw, traktowanie takie samo jak traktowanie wykonawców pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej oraz robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z Unii Europejskiej. Oznacza to, że podczas udzielania zamówień publicznych (oraz organizowania konkursów) wykonawcy z państw, z którymi Unia Europejska zawarła Porozumienie Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych lub inne umowy międzynarodowe gwarantujące na zasadzie wzajemności i równości dostęp do rynku zamówień publicznych, 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.

Projektowany przepis art. 16a w ustawie Pzp odzwierciedla ogólną zasadę obowiązującą w prawie Unii Europejskiej wyrażoną w art. 25 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE oraz art. 43 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE. Przepisy dyrektyw, podobnie jak projektowany przepis, nie określają, a tym samym nie narzucają reguł, według których należy ustalać miejsce pochodzenia robót budowlanych, dostaw czy usług, dlatego odpowiednich zasad należy poszukiwać w innych aktach prawnych Unii Europejskiej. Aktem prawnym, które może służyć pomocą w zakresie odnoszącym się do zagadnienia dostępu wykonawców, towarów i usług z państw trzecich do unijnych rynków zamówień publicznych i koncesji, jest rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/1031 z dnia 23 czerwca 2022 r. – Instrument Zamówień Międzynarodowych (IZM), które określa sposób ustalania pochodzenia robót budowlanych, dostaw i usług. Zgodnie z art. 3 ust. 4 rozporządzenia IZM, pochodzenie towaru ustala się zgodnie z art. 60 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 952/2013 z dnia 9 października 2013 r. ustanawiającego unijny kodeks celny, a pochodzenie usługi ustala się na podstawie pochodzenia świadczącego ją wykonawcy. Przy tym, zgodnie z art. 2 ust. 2 rozporządzenia IZM, do celów tego rozporządzenia, z wyjątkiem jego art. 6 ust. 3 i 7, za realizację robót budowlanych lub obiektu budowlanego w rozumieniu dyrektyw 2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE uznaje się za świadczenie usługi.

Należy również zwrócić uwagę, iż zgodnie z art. 60 unijnego kodeksu celnego towar całkowicie uzyskany w danym kraju lub na danym terytorium uznawany jest za pochodzący z tego kraju lub terytorium (ust. 1), zaś towar, w produkcję którego zaangażowane są więcej niż jeden kraj lub więcej niż jedno terytorium, uznaje się za pochodzący z kraju lub terytorium, w którym towar ten został poddany ostatniemu istotnemu, ekonomicznie uzasadnionemu przetwarzaniu

lub obróbce, w przedsiębiorstwie przystosowanym do tego celu, co spowodowało wytworzenie nowego produktu lub stanowiło istotny etap wytwarzania (ust. 2).

Należy podkreślić, że projekt ustawy służy uwzględnieniu w prawie polskim skutków wyroków Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie C-652/22 Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret oraz w sprawie C-266/22 CRRC Qingdao Sifang e.a., ale w cyt. wyrokach Trybunał dokonał wykładni obowiązujących przepisów dyrektyw z zakresu zamówień publicznych.

Projekt w art. 16a ustawy Pzp odzwierciedla normy prawa unijnego wyrażone w art. 25 dyrektywy 2014/24/UE i art. 43 dyrektywy 2014/25/UE.

W kolejnych przepisach zawarte są natomiast nie wychodzące poza normy prawa UE skutki ww. wyroków. Trybunał podkreślał w tych wyrokach, że organy krajowe nie są uprawnione do objęcia wykonawców z państw trzecich, które nie zawarły z Unią umowy międzynarodowej gwarantującej równy i wzajemny dostęp do zamówień publicznych, zastosowaniem przepisów krajowych transponujących przepisy dyrektyw dotyczących zamówień publicznych (por. pkt 67 wyroku w sprawie C-652/22), stąd w przepisach tych wskazuje się na uprawnienia zamawiających dotyczące podejmowania przez nich decyzji w zakresie zasad udziału takich wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oraz decyzji o odrzuceniu odpowiednio wniosków oraz ofert takich wykonawców.

Zgodnie z dodawanym art. 16b ust. 1, zamawiający może określić w dokumentach zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu, że:

- 1) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się również wykonawcy, którzy prowadzą działalność gospodarczą oraz mają siedzibę albo miejsce zamieszkania w innych państwach niż państwa członkowskie Unii Europejskiej oraz innych niż państwa, z którymi Unia Europejska zawarła Porozumienie Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych lub inne umowy międzynarodowe gwarantujące na zasadzie wzajemności i równości dostęp do rynku zamówień publicznych, zwanych dalej „państwami trzecimi niebędącymi stronami umów międzynarodowych”;;
- 2) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy wspólnie z wykonawcami z państw trzecich niebędącymi stronami umów międzynarodowych;
- 3) wykonawcy mogą polegać na potencjale podmiotów udostępniających zasoby, o których mowa w art. 118 ust. 1, z państw trzecich niebędącymi stronami umów międzynarodowych;

- 4) wykonawcy mogą powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom z państw trzecich niebędących stronami umów międzynarodowych;
- 5) podwykonawcy mogą powierzyć wykonanie części zamówienia dalszym podwykonawcom z państw trzecich niebędących stronami umów międzynarodowych.

Dopuszczenie do postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy z państwa trzeciego wymaga aktywności zamawiającego, co znajduje potwierdzenie w pkt 63 wyroku w sprawie C-652/22 Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret, potwierdzonym wyrokiem z 13 marca 2025 r. w sprawie C-266/22 CRRC Qingdao Sifang CO LTD et Astra Vagoane Călători S.A., w którym TSUE jednoznacznie wskazał, że zamawiający powinien dokonać oceny „czy należy dopuścić do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców z państwa trzeciego”. Zatem z orzeczenia Trybunału wynika, iż tacy wykonawcy nie są domyślnie dopuszczeni do udziału w postępowaniu, zaś warunkiem ich dopuszczenia w konkretnym postępowaniu jest wyraźna deklaracja zamawiającego zawarta w dokumentach zamówieniach. Z przywołanych wyżej wyroków Trybunału wynika, że dostęp wykonawców z państw trzecich do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w UE nie jest zagwarantowany. Wykonawcy ci mogą albo zostać wykluczeni z tych procedur, albo zostać do nich dopuszczeni, ale nie mogą oni się powoływać na przepisy dyrektyw UE i domagać się traktowania ich ofert na równi z ofertami złożonymi przez wykonawców z państw członkowskich UE i wykonawców z państw trzecich będących stronami umów międzynarodowych, o których mowa w art. 25 dyrektywy 2014/24/UE i art. 43 dyrektywy 2014/25/UE. Przepisy projektu ustawy, w braku odmiennych uregulowań w prawie UE, umowach UE czy decyzjach KE, wskazują wprost, że to do zamawiającego należy decyzja, czy dopuścić do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców z państwa trzeciego, które nie zawarło z UE umowy międzynarodowej gwarantującej równy i wzajemny dostęp do zamówień publicznych, oraz na jakich zasadach. Możliwość podjęcia przez zamawiającego decyzji o dopuszczeniu wykonawców z krajów trzecich innych niż te, z którymi zostały zawarte umowy o równym dostępie, do udziału w postępowaniu, opiera się zatem na założeniu, że wykonawcy ci nie mają żadnej gwarancji dopuszczenia do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, i to zamawiający musi wyrazić wolę w tym zakresie, żeby mogli oni wziąć w postępowaniu udział. Przepisy projektu nie tworzą zatem ogólnych zasad, na jakich wykonawcy z krajów trzecich niebędących stronami umów międzynarodowych są dopuszczani do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ale wskazują jedynie, że to zamawiający może korzystać ze swojego dyskrejonalnego uprawnienia w tym zakresie.

Jeżeli przykładowo zamawiający nie przewidzi, że o udzielenie zamówienia będą mogli ubiegać się także wykonawcy z państw innych niż państwa członkowskie Unii Europejskiej oraz państwa, z którymi Unia Europejska zawarła umowy międzynarodowe gwarantujące na zasadzie wzajemności i równości dostęp do rynku zamówień publicznych, zwanych dalej „państwami trzecimi niebędących stronami umów międzynarodowych” (zgodnie z projektowanym w ustawie Pzp art. 16b ust. 1 pkt 1) lub że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy wspólnie z wykonawcami z państw trzecich niebędących stronami umów międzynarodowych (zgodnie z projektowanym w ustawie Pzp art. 16b ust. 1 pkt 2), wówczas na podstawie projektowanego art. 226 ust. 1 pkt 5a ustawy Pzp, będzie miał on obowiązek odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę, który prowadzi działalność gospodarczą oraz ma siedzibę albo miejsce zamieszkania w państwie trzecim niebędącym stroną umów międzynarodowych lub wspólnie z wykonawcą, który prowadzi działalność gospodarczą oraz ma siedzibę albo miejsce zamieszkania w państwie trzecim niebędącym stroną umów międzynarodowych, z zastrzeżeniem art. 16b ust. 1 pkt 1 lub 2.

Podobna nowa regulacja została zaprojektowana w art. 146 ust. 1 pkt 4a ustawy Pzp w odniesieniu do wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a także w art. 343 ust. 3 pkt 4a w odniesieniu do wniosków o dopuszczenie do udziału w konkursie.

Zatem to zamawiający będzie decydował, czy w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (odpowiednio w konkursie) ograniczy udział wykonawców z państw trzecich niebędących stronami umów międzynarodowych, w tym wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, podmiotów udostępniających z państw trzecich niebędących stronami umów międzynarodowych, podwykonawców z państw trzecich niebędących stronami umów międzynarodowych lub dalszych podwykonawców z państw trzecich niebędących stronami umów międzynarodowych.

Projektowany przepis art. 16b ust. 2 stanowi o uprawnieniu zamawiającego w zakresie wprowadzania przez niego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego innych ograniczeń w odniesieniu do wykonawców z państw trzecich niebędących stronami umów międzynarodowych, innych niż wymienione w art. 16b ust. 1, w tym w odniesieniu do robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z tych państw.

Stosownie do art. 16b ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający, w odniesieniu do wykonawców z państw trzecich niebędących stronami umów międzynarodowych lub do robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z państw trzecich niebędących stronami umów międzynarodowych, mogą

określić warunki zamówienia mniej korzystne niż w odniesieniu do wykonawców z państw, o których mowa w art. 16a, lub do robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z tych państw. Zgodnie z 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.

Należy przy tym zauważyć, iż projekt ustawy nie przesądza, iż brak określenia przez zamawiającego w warunkach zamówienia ograniczeń dotyczących robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z państw trzecich niebędących stronami umów międzynarodowych oznacza brak dopuszczenia w ofertach takich robót budowlanych, dostaw i usług.

Na zamawiającym spoczywa obowiązek zagwarantowania traktowania takiego jak w przypadku unijnych wykonawców (towarów, usług, robót budowlanych) tylko wykonawcom (towarom, usługom, robotom budowlanym) pochodzącym z państw trzecich, z którymi Unia Europejska zawarła Porozumienie Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych lub inne umowy międzynarodowe gwarantujące na zasadzie wzajemności i równości dostęp do rynku zamówień publicznych. *A contrario*, wykonawcy (towary, usługi, roboty budowlane) pochodzący z państw trzecich niebędących stronami umów międzynarodowych nie powinni być traktowani tak samo. Nie jest jednak celem projektu ustawy ilustrowanie przykładowych sposobów określania przez zamawiającego w warunkach zamówienia mniej korzystnych warunków dla wykonawców lub ich ofert z państw trzecich niebędących stronami umów międzynarodowych.

Tytułem przykładu można wskazać, iż w przypadku korzystania przez zamawiającego w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z regulacji przewidzianej w projektowanym art. 16b ust. 2, zamawiający w odniesieniu do wykonawców z państw trzecich niebędących stronami umów międzynarodowych lub odpowiednio do robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z państw trzecich niebędących stronami umów międzynarodowych będzie mógł np.:

- 1) zastosować podstawy wykluczenia oraz warunki udziału w postępowaniu inne niż wymagane od wykonawców z państw wymienionych w art. 16a;
- 2) żądać złożenia podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych innych niż wymagane od wykonawców z państw wymienionych w art. 16a;
- 3) skorygować wynik oceny ofert złożonych przez wykonawców z państw trzecich niebędących stronami umów międzynarodowych lub ofert z udziałem robót budowlanych, dostaw lub usług pochodzących z państw trzecich niebędących stronami umów międzynarodowych na korzyść ofert złożonych przez wykonawców z państw wymienionych w art. 16a, lub ofert z udziałem dostaw, usług lub robót budowlanych pochodzących z państw wymienionych w art. 16a;
- 4) określić, że nie dopuszcza ofert z udziałem robót budowlanych, dostaw lub usług pochodzących z państw trzecich.

Wyjaśnienia również wymaga, że projektowane w ustawie Pzp przepis art. 16a i art. 16b nie będą miały zastosowania do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w rozumieniu art. 7 pkt 36 ustawy Pzp, gdyż zgodnie z projektowaną zmianą w art. 395 ust. 1 pkt 2 wyłączone zostało zastosowanie art. 16a i art. 16b. 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 dodać, że przewiduje się doprecyzowanie art. 404 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w ust. 3 normy (wzorowanej na nowo dodawanym art. 16b ust. 2 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, z uwzględnieniem projektowanego art. 16b ustawy Pzp, możliwości ograniczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy udziału wykonawców z państw trzecich niebędących stronami umów międzynarodowych poprzez możliwość 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 % całkowitej wartości produktów objętych ofertą, o ile zamawiający to przewidział na etapie wszczęcia postępowania w ogłoszeniu o zamówieniu lub odpowiednio w SWZ. W związku z tym możliwość zastosowania ograniczenia, o którym mowa w art. 393 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, nie wyczerpuje możliwego zakresu takich ograniczeń. Zamawiający sektorowy może zastosować również inne ograniczenia w odniesieniu do wykonawców z państw trzecich niebędących stronami umów międzynarodowych na podstawie art. 16b ustawy Pzp.

Zostały także zaprojektowane regulacje dotyczące korzystania ze środków ochrony prawnej. Zgodnie z dodawanym w ustawie Pzp art. 505 ust. 1a, środki ochrony prawnej określone w określone w IX ustawy nie będą przysługiwały wykonawcom, uczestnikom konkursu oraz innym podmiotom, o których mowa w art. 505 ust. 1, z państw trzecich niebędących stronami umów międzynarodowych.

W związku ze zmianami w ustawie Pzp w projekcie przewidziane zostały przepisy przejściowe. Zgodnie z art. 3 ust. 1 projektu ustawy, do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowań o zawarcie umowy ramowej wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie tej ustawy stosuje się przepisy ustawy Pzp, w brzmieniu dotychczasowym, z tym że przepis art. 16a ustawy Pzp będzie miał zastosowanie również do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowań o zawarcie umowy ramowej wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy. Takie rozwiązanie pozwoli rozwiązać wątpliwości co tego, że projektowane przepisy nie wprowadzają nowych reguł funkcjonowania rynku zamówień publicznych w stosunku do tych, które są określone dyrektywami UE. Wyrok TSUE w sprawie C-652/22 Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret AŞ jest orzeczeniem wydanym w trybie prejudycjalnym, w którym nie zostały określone szczególne reguły czasowe dotyczące skutków tego wyroku. Zatem z wyroku tego wynika jedynie to, że Trybunał potwierdził, jak należało i należy interpretować przepisy obowiązujących dyrektyw, a co za tym idzie implementujące je przepisy krajowe. Stąd implementowane w art. 16a ustawy Pzp przepisy art. 25 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE oraz art. 43 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE będą miały zastosowanie również do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz postępowań o zawarcie umowy ramowej wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie projektowanej ustawy. Inne zasady są niezbędne natomiast w przypadku, gdyby

zamawiający chciał skorzystać z możliwości zastosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ograniczeń, o których mowa w projektowanym art. 16b ustawy Pzp, ponieważ wiąże się to z pojęciem przez zamawiającego czynności związanych z zamieszczeniem stosownych informacji w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Analogiczne założenia leżą u podstaw projektowanych przepisów przejściowych odnoszących się do konkursów, dynamicznego systemu zakupów i systemu kwalifikowania wykonawców.

Stosownie do art. 3 ust. 2 projektu ustawy, do konkursów rozpoczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie projektowanej ustawy stosuje się przepisy ustawy Pzp, w brzmieniu dotychczasowym, z tym że przepis art. 16a ustawy Pzp stosuje się również do konkursów rozpoczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie projektowanej ustawy.

Do dynamicznego systemu zakupów lub systemu kwalifikowania wykonawców, o których mowa w ustawie Pzp, ustanowionego przed dniem wejścia w życie projektowanej ustawy stosuje się przepisy ustawy Pzp, w brzmieniu dotychczasowym, z tym że przepis art. 16a ustawy Pzp stosuje się również do dynamicznego systemu zakupów lub systemu kwalifikowania wykonawców, o których mowa w ustawie Pzp, ustanowionych przed dniem wejścia w życie projektowanej ustawy.

III. Zmiany przewidziane w ustawie o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (art. 2 projektu ustawy)

Mimo że wyrok TSUE w sprawie C-652/22 Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret AŞ oraz potwierdzający tezy tego wyroku wyrok C-266/22 CRRC Qingdao Sifang e.a. nie odnosi się do umów koncesji, projektowane przepisy uwzględniają tezy tych wyroków również w odniesieniu do przepisów regulujących umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi ponieważ interpretacja przepisów dyrektyw odnosi się do zasad generalnych dostępu do unijnego rynku, przez co dokonana w nich przez Trybunał interpretacja ma zastosowanie również do zawierania umów koncesji. Co do zasady bowiem unijny rynek zamówień publicznych i unijny rynek umów koncesji jest otwarty tylko dla wykonawców i świadczeń unijnych i pochodzących z krajów Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

Tytułem przykładu, umowy koncesji zostały objęte, obowiązującego od 6 kwietnia 2014 r., zrewidowanym Porozumieniem GPA. Umowy koncesji są objęte również takimi umowami

międzynarodowymi, których stroną jest UE, dotyczącymi dostępu do rynku zamówień publicznych, jak np. umowa o wolnym handlu (FTA) pomiędzy UE a Singapurem czy Kompleksowa Umowa Gospodarczo-Handlowa (CETA), którą UE zawarła z Kanadą. Ponadto umów koncesji dotyczy cyt. rozporządzenie IZM.

Ponieważ jednak w prawie Unii Europejskiej brak jest przepisów, które zabraniałyby zamawiającym dopuszczania wykonawców z państw trzecich niebędących stronami umów międzynarodowych do udziału w postępowaniach o zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi, wykonawcy ci mogą być dopuszczani przez zamawiających do takich postępowań, ale nie mogą w związku ze swoim udziałem w takim postępowaniu powoływać się na dyrektywę 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji i odpowiednio na wdrażające ją przepisy krajowe i w ten sposób domagać się równego traktowania swoich ofert z ofertami złożonymi przez wykonawców z państw członkowskich UE i wykonawców z państw, z którymi Unia Europejska zawarła Porozumienie Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych lub inne umowy międzynarodowe gwarantujące na zasadzie wzajemności i równości dostęp do rynku zamówień publicznych. Projektowany w ustawie o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi przepis art. 12a odzwierciedla zatem generalną zasadę wynikającą z przepisów UE dotyczącą dostępu do rynku unijnego, w odniesieniu do 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 trzecich będących stronami tego porozumienia lub tych umów międzynarodowych oraz robotom budowlanym, dostawom i usługom pochodzącym z tych państw, takie samo traktowanie jak traktowanie wykonawców pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej oraz robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z Unii Europejskiej. Oznacza to, że w odniesieniu do zawierania umów koncesji tylko wykonawcom z państw, z którymi Unia Europejska zawarła Porozumienie Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych lub inne umowy międzynarodowe gwarantujące na zasadzie wzajemności i równości dostęp do rynku zamówień publicznych, jak również robotom budowlanym, dostawom i usługom pochodzącym z tych państw, przysługuje, stosownie do zawartych umów, prawo do takiego samego traktowania jak wykonawcom z Unii Europejskiej, a także robotom budowlanym, dostawom i usługom pochodzącym z Unii Europejskiej.

Zgodnie z dodawanym art. 12b ust. 1, zamawiający może określić w dokumentach koncesji lub w ogłoszeniu o koncesji, że:

- 1) o zawarcie umowy koncesji mogą ubiegać się również wykonawcy, którzy prowadzą działalność gospodarczą oraz mają siedzibę albo miejsce zamieszkania w innych państwach niż państwa członkowskie Unii Europejskiej oraz innym niż państwa, z którymi Unia Europejska zawarła Porozumienie Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych lub inne umowy międzynarodowe gwarantujące na zasadzie wzajemności i równości dostęp do rynku zamówień publicznych, zwanych dalej „państwami trzecimi niebędącymi stronami umów międzynarodowych”;
- 2) o zawarcie umowy koncesji mogą ubiegać się wykonawcy wspólnie z wykonawcami z państw trzecich niebędącymi stronami umów międzynarodowych;
- 3) wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, o których mowa w art. 36 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, z państw trzecich niebędącymi stronami umów międzynarodowych;
- 4) wykonawcy mogą powierzyć wykonanie części umowy koncesji podwykonawcom z państw trzecich niebędącymi stronami umów międzynarodowych;
- 5) podwykonawcy mogą powierzyć wykonanie części umowy koncesji dalszym podwykonawcom z państw trzecich niebędącymi stronami umów międzynarodowych.

Zatem to zamawiający będzie decydował, czy w danym postępowaniu o zawarcie umowy koncesji będzie stosował i jakie ograniczenia dotyczące udziału wykonawców z państw trzecich niebędącymi stronami umów międzynarodowych, w tym wspólnie ubiegających się o zawarcie umowy koncesji, podmiotów udostępniających z państw trzecich niebędącymi stronami umów międzynarodowych, podwykonawców z państw trzecich niebędącymi stronami umów międzynarodowych lub dalszych podwykonawców z państw trzecich niebędącymi stronami umów międzynarodowych.

Analogicznie jak w przypadku projektowanego art. 16b ustawy Pzp projektowany przepis art. 12b ust. 2 ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi przyznaje zamawiającym dodatkowe uprawnienie w zakresie określenia warunków mniej korzystnych niż stosowane w odniesieniu do wykonawców z państw, o których mowa w art. 12a tej ustawy, lub do robót budowlanych, dostaw i usług pochodzących z tych państw.

W projekcie ustawy w art. 5 ust. 2 i 3 zostały także zaprojektowane regulacje dotyczące korzystania ze środków ochrony prawnej. Zgodnie z nowo projektowanym 54 ust. 1a ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale nie przysługują wykonawcom z państw trzecich oraz innym podmiotom, o których mowa w art. 54 ust. 1, z państw trzecich niebędących stronami umów międzynarodowych.

Założenia do opracowania przepisów przejściowych dotyczących zmian w ustawie o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi były analogiczne jak w przypadku przepisów przejściowych do zmian w ustawie Pzp wprowadzanych projektem ustawy. Jako że reguła generalna dostępu do unijnego rynku nie ulega zmianie, przepis art. 12a znajduje zastosowanie do postępowań o zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie projektowanej ustawy. Inne zasady są niezbędne natomiast w przypadku, gdyby zamawiający chciał skorzystać z możliwości zastosowania w postępowaniu o zawarcie umowy koncesji ograniczeń, o których mowa w projektowanym art. 12b ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, ponieważ wiąże się to z pojęciem przez zamawiającego czynności związanych z zamieszczeniem stosownych informacji w ogłoszeniu o umowie koncesji lub w dokumentach koncesji. Stąd do postępowań o zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi, wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, stosownie do art. 5 ust. 1 projektu ustawy stosuje się przepisy ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, w brzmieniu dotychczasowym, z tym że przepis art. 12a ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi stosuje się również do postępowań o zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie projektowanej ustawy.

Natomiast stosownie do art. 5 ust. 2 i 3 projektu ustawy do postępowań odwoławczych prowadzonych na podstawie ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie dodawanego art. 54 ust. 1a ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, stosuje się przepisy ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi w brzmieniu dotychczasowym. Z kolei do postępowań odwoławczych prowadzonych na podstawie ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, wszczętych od dnia wejścia w życie art. 54 ust. 1a ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, dotyczących postępowań o zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi, wszczętych przed dniem wejścia w życie tego przepisu, stosuje się

przepisy ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, w brzmieniu dotychczasowym.

IV. Termin wejścia w życie ustawy

Zgodnie z projektowanym art. 6 przewiduje się termin wejścia w życie ustawy po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia.

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, z późn. zm.).

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.