UCHWAŁA Nr 3

strony pracowników i strony pracodawców Rady Dialogu Społecznego

z dnia 18 lutego 2016 r.

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

Na podstawie art. 29 w związku z art. 5 ustawy z dnia 24 lipca 2015 r. o Radzie Dialogu Społecznego i innych instytucjach dialogu społecznego (Dz. U. z 2015 r., poz. 1240), zwanej dalej „ustawą", uchwala się co następuje:

§ 1

1. Strona pracowników i strona pracodawców Rady pozytywnie oceniają przedstawiony przez stronę rządową projekt ustawy o zmianie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, implementujący Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, która zastąpiła dotychczasową dyrektywę 2008/18/WE (tzw. dyrektywę klasyczną) oraz Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/EU z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorze gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, która zastąpiła dotychczasową dyrektywę 2004/17/WE (tzw. dyrektywę sektorową), z zastrzeżeniem § 2.
2. Strona pracowników i strona pracodawców Rady z zadowoleniem odbierają uwzględnienie propozycji zmian do projektu ustawy zgłoszonych dnia 13 stycznia 2016 r. przez doraźny zespół problemowy Rady Dialogu Społecznego do spraw zamówień publicznych. Uwzględnienie uwag strony społecznej przez stronę rządową stanowi podkreślenie roli dialogu społecznego w budowaniu modelu społecznej gospodarki rynkowej. Aby wzmocnić rolę partnerów społecznych w bieżących działaniach podmiotów sektora zamówień publicznych oraz Urzędu Zamówień Publicznych, strona pracowników i strona pracodawców Rady rekomenduje uzupełnienie projektu o zmiany dotyczące Rady Zamówień Publicznych:

„Art. 157. 2. Rada w szczególności:

6) doradza Prezesowi Urzędu w zakresie działań podejmowanych w celu przestrzegania obowiązującego prawa."

(...)

„Art. 158. 2. Uprawnionymi do zgłaszania kandydatów są ogólnokrajowe organizacje samorządu terytorialnego – 4 osoby oraz organizacje związkowe i organizacje pracodawców reprezentatywne w rozumieniu art. 86 ustawy z dnia 24 lipca 2015 r. o Radzie Dialogu Społecznego i innych instytucjach dialogu społecznego – po 1 osobie.

Art. 159. 1. Kadencja Rady wynosi 4 lata."

§ 2

Strona pracowników i strona pracodawców Rady negatywnie opiniuje rozwiązanie przewidziane w art. 4e projektowanej ustawy, mające na celu wprowadzenie instytucji zamówień *in-house* do obecnie obowiązującej ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz postuluje o jego odrzucenie podczas dalszych prac legislacyjnych nad projektem.

Zagadnienie wyłączeń obowiązku przetargowego ma niezwykle złożony charakter. Ponadto instytucja *in-house* jest fakultatywnym wyjątkiem od reguły stosowania zamówień publicznych, który powinien być interpretowany ściśle. Z tego powodu proponujemy rozpatrzenie rzeczonego zagadnienia w ramach całościowej reformy prawa zamówień publicznych, co umożliwiłoby wszechstronnie rozważenie wszelkich aspektów prawnych i gospodarczych. Tylko bowiem na takiej płaszczyźnie powstanie możliwość rzetelnej oceny czy lub w jakim zakresie wprowadzenie instytucji in-house do polskiego porządku prawnego jest zasadne prawnie oraz odpowiedzialne społecznie i gospodarczo.

Zaproponowane przez Ministerstwo Rozwoju rozwiązanie budzi poważne wątpliwości strony pracowników i strony pracodawców Rady, albowiem umożliwia jednostkom sektora finansów publicznych bezprzetargowe zlecanie realizacji wszelkich zadań, co nieodzownie skutkować będzie monopolizacją rynku zamówień publicznych przez podmioty publiczne. Co więcej, wbrew powszechnej opinii analizowany model współpracy publiczno-publicznej nie będzie odnosić się tylko do sektora gospodarki komunalnej. Projektowane przepisy będą miały zastosowanie do wszelkich usług, robót budowlanych i dostaw w ramach różnych sektorów gospodarki zarówno na poziomie

samorządowym jak i rządowym (m.in. w zakresie projektów infrastrukturalnych). Oznacza to, że podmioty prywatne bez uzasadnionej przyczyny prawnej, gospodarczej, ekonomicznej i społecznej zostaną wykluczone na szeroką skalę z dostępu do realizacji zadań ze środków publicznych, co będzie zagrażało stabilizacji rynku oraz spowoduje skrajne ograniczenie zasady swobody prowadzenia działalności gospodarczej.

Szacuje się, że rynek zamówień publicznych wart jest obecnie ok. 230 mld złotych, z czego ponad 90 mld wydatkowane jest poza ustawą prawo zamówień publicznych na podstawie przewidzianych w niej wyłączeń. Wprowadzanie kolejnych wyjątków od stosowania ustawy wbrew zamierzeniom projektodawcy nie przyczyni się do zwiększenia transparentności funkcjonowania rynku. Przeciwnie, przyniesie skutek odwrotny od oczekiwanego. Monopolizacja rynku zamówień w sposób negatywny wpłynie na jakość realizowanych zadań. Wzrosną także koszty ich wykonania. Jak zgodnie podnoszą ekonomiści zlecanie zadań w ramach zamówień in-house może generować koszty wyższe nawet o 30% w stosunku do wykonania tego samego zamówienia w ramach zamówienia publicznego.

Wprowadzenie proponowanej instytucji będzie relewantne w skutkach także w sferze rynku pracy. O ile bowiem, należy pozytywnie ocenić projektową regulację, zgodnie z którą jeżeli przedmiot zamówienia na usługi lub roboty budowlane będzie obejmował wykonywanie pracy określonej w art. 22 § 1 ustawy z 26 czerwca 1976 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2015 r. poz. 1066 ze zm.), zamawiający będzie zobowiązany postawić warunek, aby osoby wykonujące czynności przy realizacji zamówienia były zatrudnione przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę — o tyle, trzeba zauważyć, że brak obowiązku stosowania ustawy przez instytucje zamawiające będzie miał zastosowanie także do projektowanego art. 29 ust. 5, pozwalając tym samym na dalsze działanie *infraudem legis* w zakresie zatrudnienia na podstawie umowy o pracę.
Strona pracowników i strona pracodawców Rady pragnie podkreślić, że zgodnie z art. 288 TFUE dyrektywa wiąże państwo członkowskie co do rezultatu, który ma zostać osiągnięty pozostawiając państwu członkowskiemu swobodę wyboru formy i środków. Podstawowym celem zamówień publicznych jest zapewnienie swobodnego przepływu usług i wolnej konkurencji, co zostało wprost potwierdzone w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/EU z 26 lutego 2014 r. w pkt 1 preambuły – cyt. „udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu

tych instytucji musi być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości.". Zamówienia typu *in-house* są wyjątkiem od tych zasad. Zostały wprowadzone do praktyki przez Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (obecnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej) orzeczeniem z 19 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 *Teckal Srl* v. *Cumune di Viano.* Od tego czasu Trybunał parokrotnie zajmował stanowisko w zakresie omawianej instytucji, jednak zawsze w oparciu o zindywidualizowane okoliczności faktyczne i prawne w odniesieniu do danego państwa członkowskiego. Posiłkując się dorobkiem orzeczniczym Trybunału, ustawodawca unijny podjął próbę uregulowania zamówienia *in-house* w Dyrektywie 2014/24/EU w art. 12, nie zmieniając przy tym ich charakteru. W dalszym bowiem ciągu należy przyznać prymat procedurom konkurencyjnym, a wykładnia rozszerzająca wyjątku jest niedopuszczalna. Analiza postanowień dyrektywy prowadzi do bezspornego wniosku, że państwo członkowskie nie ma obowiązku przyjęcia do prawa krajowego zamówień *in-house.* Decyzja o ewentualnej implementacji należy do państwa członkowskiego, które ma przede wszystkim obowiązek osiągnięcia celów dyrektywy, a nie jej wyjątków. Powyższe potwierdził także Trybunał Konstytucyjny, który wielokrotnie wskazywał na możliwość ograniczenia samodzielności jednostek samorządu terytorialnego powołując się na wartości konstytucyjne. Wskazał ponadto, że „celem europejskiego prawa zamówień publicznych nie jest przyznanie instytucjom zamawiającym uprawnienia do samodzielnego zaspokajania potrzeb publicznych, lecz jedynie zapewnienie wolnej konkurencji. Dopiero wówczas, gdy prawo krajowe przewiduje możliwość wykonania zadań publicznych przez władzę publiczną samodzielnie, z wyłączeniem podmiotów gospodarczych o charakterze prywatnoprawnym, instytucja zamawiająca może posłużyć się zamówieniem bezpośrednim".

Wprowadzenie do ustawy – Prawo zamówień publicznych tak skomplikowanej i doniosłej w skutkach instytucji wymaga przeprowadzenia gruntownych analiz z uwzględnieniem specyfiki poszczególnych sektorów gospodarki, co poczynione powinno zostać z odpowiedzialnością i rozwagą. Tymczasem, projektowane brzmienie art. 4e stanowi niemal dosłowne, a w konsekwencji bezrefleksyjne powtórzenie treści art. 12 Dyrektywy, co pozostaje w sprzeczności także z zasadą poprawnej legislacji.

Znamiennym jest fakt, że w dokumencie o nazwie „Biała Księga Zamówień Publicznych" przyjętym 15 stycznia 2015 r. przez Ministerstwo Gospodarki wskazano, że implementowanie wyłączeń w zakresie zamówień powinno odbywać się w taki sposób, aby – cyt. „w najmniejszym stopniu wpłynąć na konkurencję na rynkach, w których zmawiający realizują zadania publiczne przy udziale spółek zależnych lub innych podmiotów zależnych, takich jak instytucje gospodarki budżetowej" (str. 15 dokumentu).

Mając na względzie powyższe, strona pracowników i strona pracodawców Rady negatywnie opiniuje projektowane rozwiązanie wskazując, że na tym etapie legislacyjnym wprowadzanie instytucji zamówień in-house jest bezzasadne. Jeżeli jednak projektodawca zamierza wprowadzić regulacje w tym zakresie, strona pracowników i strona pracodawców Rady postuluje, aby uczyniono to podczas prac nad nową ustawą - Prawo zamówień publicznych, uwzględniając aspekt gospodarczy, ekonomiczny i społeczny.

§ 3

Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

Za stronę pracowników Piotr Duda

Za stronę pracodawców