

Specjalistyczny raport branżowy

Zamówienia publiczne w branży infrastrukturalnej w krajach Unii Europejskiej – dobre rozwiązania i przykłady dla Polski

Warszawa, marzec 2023 rok

Zespół Doradców Gospodarczych TOR Sp. z o.o.
ul. Sielecka 35, 00-738 Warszawa
tel. +48 22 323 77 44
e-mail: zdgtor@zdgtor.pl
www.zdgtor.pl

Forum Kolejowe Railway Biznes Forum
ul. Sielecka 35, 00-738 Warszawa
tel. +48 606 471 395
e-mail: rbf@rbf.net.pl
www.rbf.net.pl



Specjalistyczny raport branżowy pt.: „Zamówienia publiczne w branży infrastrukturalnej w krajach Unii Europejskiej – dobre rozwiązania i przykłady dla Polski” został przygotowany przez

TOR

ZESPÓŁ DORADCÓW
GOSPODARCZYCH



przy wsparciu



Wydanie przygotowane przez zespół redakcyjny pod kierownictwem Adriana Furgalskiego w składzie:

- Marcin Wojtowicz – Zespół Doradców Gospodarczych TOR Sp. z o.o.;
- Agnieszka Suhecka – Kancelaria Radców Prawnych Brudkiewicz, Suhecka SKA;
- Szymon Siuda – Kancelaria Radców Prawnych Brudkiewicz, Suhecka SKA.

Przedmowa

Podstawowym wymogiem gospodarki rynkowej jest jej otwarcie na konkurencję. Traktat o funkcjonowaniu UE wprowadza jako wyłączną kompetencję Unii ustanawianie reguł konkurencji niezbędnych do funkcjonowania rynku wewnętrznego, którego ważnym elementem jest rynek zamówień publicznych. Zagwarantowanie konkurencyjności było jednym z podstawowych celów wprowadzenia regulacji z zakresu zamówień publicznych także w Polsce.

W okresie poprzedzającym wstąpienie Polski do Unii Europejskiej gwarantowana, przepisami ustawy z 1994 roku, była pełna konkurencyjność wykonawców krajowych na rynku zamówień publicznych. Wprowadzone preferencje krajowe, wskazujące na dostawcę lub wykonawcę krajowego, były regulacją dyskryminującą wykonawców pochodzących z innych państw.

Wejście w życie ustawy Prawo zamówień publicznych w 2004 roku zagwarantowało pełne otwarcie polskiego rynku zamówień publicznych na konkurencję. Wejście Polski do Unii Europejskiej spowodowało, że polscy zamawiający i wykonawcy zaczęli uczestniczyć we wspólnym europejskim rynku zamówień. Obecnie zamawiający, wszczynając procedurę o udzielenie zamówienia publicznego, musi przyjąć, że podmiotami zainteresowanymi i potencjalnie ubiegającymi się o dane zamówienie publiczne mogą być nie tylko wykonawcy krajowi, ale także pochodzący z innych państw. Konkurencyjność zatem uzyskała wymiar ponadpaństwowy i przejawia się to tzw. zamówieniami transgranicznymi co oznacza, że strony umowy (zamawiający i wykonawca) o udzielenie zamówienia publicznego pochodzą z różnych państw. Konkurencyjność na wspólnym rynku UE przejawia się również w tzw. systemie pośrednim transgranicznym, w których wykonawca z jednego państwa zawiera umowy z podwykonawcami z państw trzecich¹.

Mając na uwadze, że pozycja wykonawców z państw trzecich na europejskim rynku zamówień publicznych niejednokrotnie znacząco różni się od pozycji wykonawców z państw członkowskich UE - wykonawców z państw trzecich nie zawsze obowiązują te same lub równoważne normy środowiskowe, normy społeczne, normy pracy, czy zasady pomocy państwa, do przestrzegania których zobowiązani są wykonawcy z UE. Uczestnicy rynku zamówień publicznych identyfikują liczne zagrożenia wynikające z takiej dysproporcji obowiązków, które sprowadzają się do możliwości uzyskania przez wykonawców z państw trzecich przewagi konkurencyjnej w przetargach na niesymetrycznych warunkach, bez poszanowania dla wartości wyrażanych i chronionych regulacjami UE i ich odpowiednikami krajowymi.

Uczciwa, harmonijna konkurencja muszą iść w parze z analizą sytuacji, w jakiej dany wykonawca funkcjonuje w obrocie gospodarczym. Otwieranie rynków unijnych dla podmiotów trzecich nie może odrywać się od spojrzenia na to, czy podmioty te podlegają podobnym, równym, analogicznym obostrzeniom przy prowadzeniu przez nich działalności gospodarczej, bo to stanowi podstawę dla weryfikacji ram konkurencji. O ile łatwo jest określić praktyki zakazane ograniczające konkurencję, czy monopolizujące rynek, o tyle stwierdzenie, że podmioty konkurujące rywalizują wedle tych samych podstawowych reguł (jak np. zakazy subsydiowania przez państwo, poszanowanie pracy, ochrona jednostki jej swobód i praw, itp.) staje się doniosłe nie tylko praktycznie ale i prawnie.

Niniejszy raport, przedstawia wybrane rozwiązania prawne i praktyczne, przyjęte w Łotwie, Słowacji i Czechach, wpływające na dostępność i otwartość rynków zamówień publicznych tych państw dla wykonawców, w szczególności z tych państw które nie gwarantują wykonawcom z państw członkowskich UE opartego na zasadzie wzajemności, równego i skutecznego dostępu do własnego rynku zamówień publicznych. Mając na uwadze powyższe oraz dbając o równą konkurencję na rynku krajowym ze strony wszystkich jego uczestników wartą rozważenia jest kwestia wprowadzenia analogicznych rozwiązań w Polsce.

¹ J. Sadowy (red.), [w:] „System zamówień publicznych w Polsce”, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2013 r.;

Spis treści

Przedmowa	3
1 Przesłanki wpływające na konieczność zmian zapisów w krajowych przepisach PZP i postępowaniach infrastrukturalnych	5
1.1 Znaczenie polskiego sektora budownictwa dla gospodarki. Podstawowe dane statystyczne odnośnie sektora budowlanego w Polsce	6
1.2 Obserwowane negatywne tendencje dotyczące zamówień publicznych w postępowaniach infrastrukturalnych i prób wejścia na krajowy rynek budowlany podmiotów spoza Unii Europejskiej	16
2 Analiza przepisów prawnych dotyczących zamówień publicznych i postanowień dokumentów przetargowych w wybranych krajach Unii Europejskiej	24
2.1 Znaczenie zasad prawa zamówień publicznych	25
2.2 Zamówienia publiczne na infrastrukturę krytyczną na przykładzie Łotwy	26
2.2.1 Znaczenie infrastruktury krytycznej	26
2.2.2 Ochrona infrastruktury krytycznej w Łotwie	27
2.3 Ograniczenia dostępu do zamówień dla wykonawców z państw trzecich na przykładzie Słowacji	29
2.3.1 Wykluczanie wykonawców jako instrument zapewnienia realizacji celów zamówień publicznych	29
2.3.2 Pozycja wykonawców z państw trzecich na rynku zamówień publicznych w UE	31
2.3.3 Środki prawne ograniczające dostęp do zamówień podmiotom z państw trzecich przyjęte w Słowacji	33
2.4 Znajomość języka czeskiego jako jeden z wymogów względem personelu kluczowego w postępowaniach prowadzonych w Czechach	34
3 Propozycje rozwiązań dla Polski	36
3.1 Analiza przeszłego i obecnego stanu prawnego w Polsce	37
3.1.1 Ochrona infrastruktury krytycznej w Polsce	38
3.1.2 Wykluczanie wykonawców z państw trzecich, z którymi Rzeczpospolita Polska lub Unia Europejska nie zawarła umowy międzynarodowej gwarantującej równy i skuteczny dostęp do zamówień publicznych	39
3.1.3 Stosowanie wymogu znajomości języka polskiego przez personel kluczowy wykonawcy	39
3.2 Przyczyny obecnego stanu rzeczy w zakresie zapisów SWZ w polskich przetargach infrastrukturalnych	42
3.3 Rekomendacje i propozycje zmian	42
3.3.1 Ochrona polskiej i europejskiej infrastruktury krytycznej	42
3.3.2 Ochrona zasad konkurencji według reguł wzajemności	43
3.3.3 Określenie nadrzędności potrzeb wobec konkurencji	43
4 Spis tabel i wykresów	45



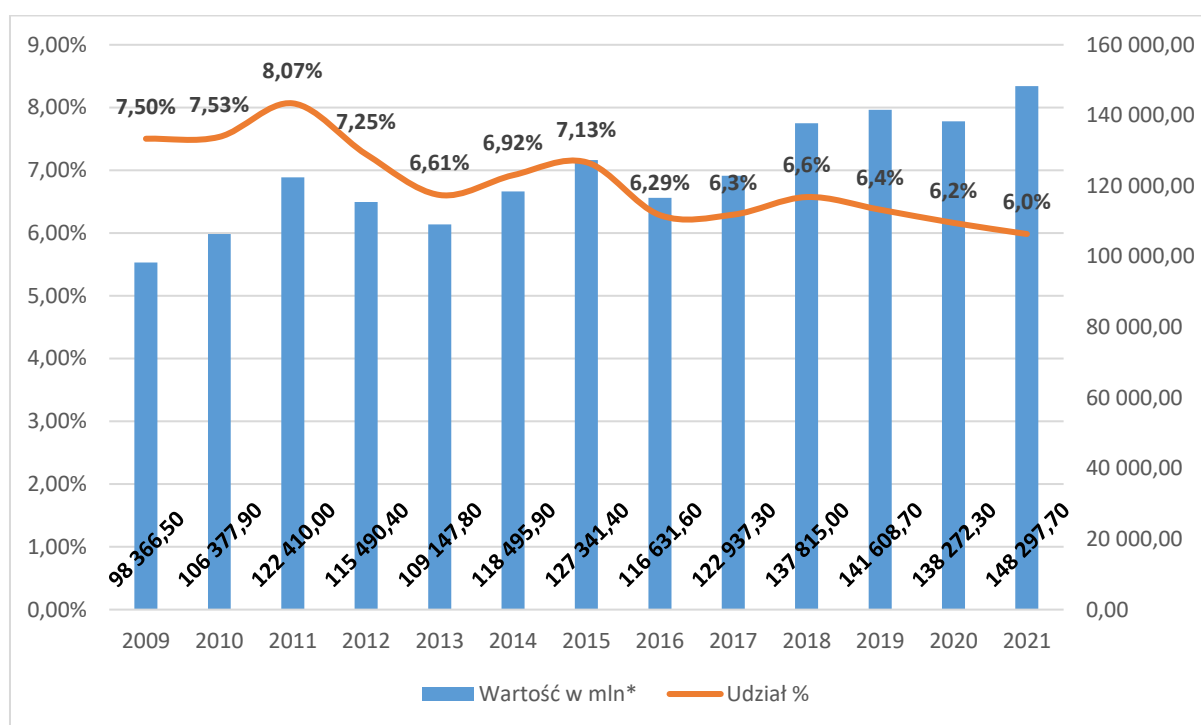
1 Przestanki wpływające na konieczność zmian zapisów w krajowych przepisach PZP i postępowaniach infrastrukturalnych

1.1 Znaczenie polskiego sektora budownictwa dla gospodarki. Podstawowe dane statystyczne odnośnie sektora budowlanego w Polsce.

Budownictwo jest jednym z tych sektorów gospodarki, który znacząco wpływa na jej kondycję jako całości. Ze względu na wielkość produkcji budowlanej w porównaniu z innymi działami gospodarki i powiązania z innymi gałęziami przemysłu i usług, dobra sytuacja na rynku budowlanym przekłada się pozytywnie na inne branże. Tym samym koniunktura w budownictwie wpływa pozytywnie na wzrost gospodarczy kraju, zaś sam sektor jest jednym z kół zamachowych każdej rozwiniętej gospodarki, w tym polskiej.

Potwierdzeniem istotnej roli budownictwa w polskiej gospodarce jest wartość dodana brutto wypracowywana przez ten sektor, której udział w PKB Polski oscylował w ostatnich kilkunastu latach w przedziale od 6 do 8%.

Wykres 1. Udział budownictwa w PKB Polski w latach 2009-2019



* - ceny stałe średnioroczne z roku poprzedniego

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych GUS

W 2021 roku wartość dodana brutto budownictwa wyniosła 148,3 mln, co przy 6% udziale sektora w tworzeniu PKB² dawało mu trzecie miejsce wśród wszystkich sekcji Polskiej Klasyfikacji Działalności.

² Wartość dodana brutto osiągnięta przez poszczególne sekcje polskiej gospodarki stanowiła łącznie 87% produktu krajowego brutto w roku 2021.

Wykres 2. Udział % sekcji Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) w tworzeniu PKB w Polsce w 2021 roku



Źródło: opracowanie własne na podstawie danych GUS

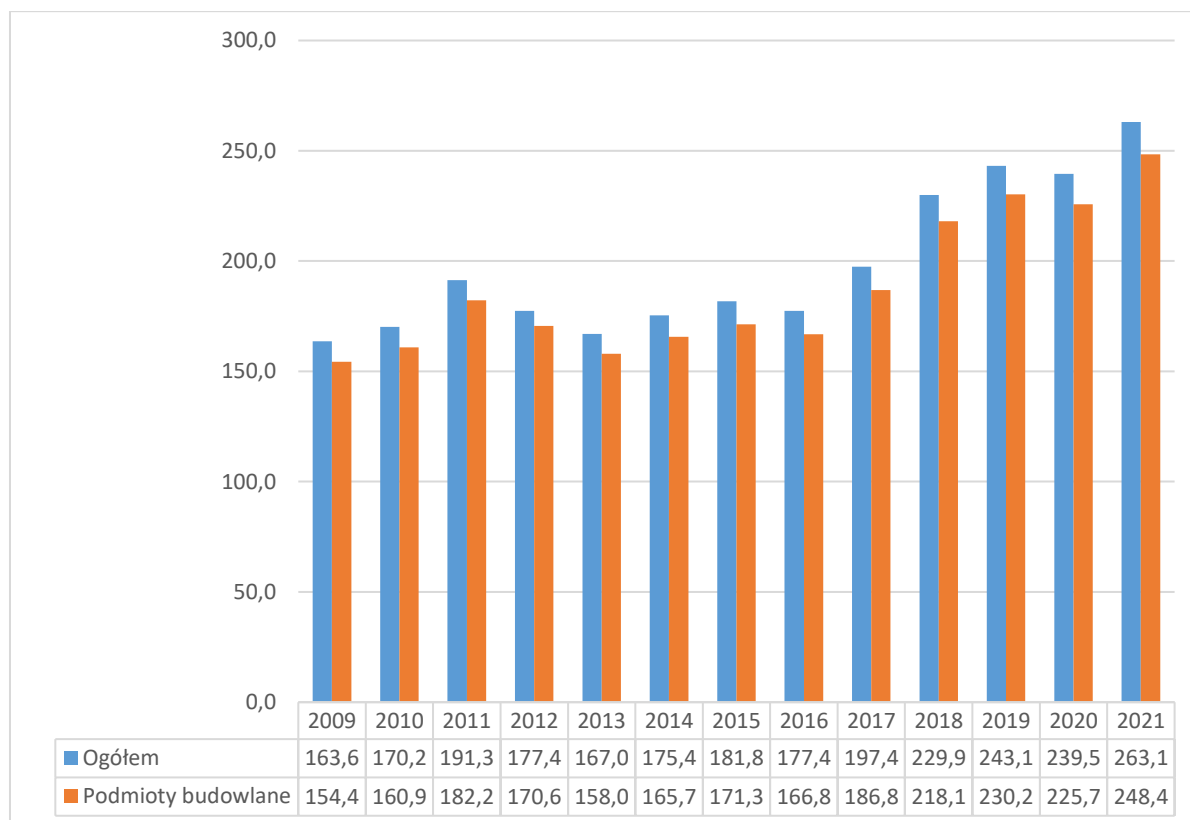
Wartość budownictwa w przeciągu ostatnich kilkunastu lat wzrosła z 98,3 do 148,3 mln, tj. o 50,86%, co było efektem ciągłego rozwoju sektora wynikającego m.in. ze zwiększającej się liczby realizowanych projektów infrastrukturalnych w zakresie dróg i kolei oraz rozwoju budownictwa mieszkaniowego. Jednocześnie podobny udział budownictwa w tworzeniu PKB na przestrzeni lat wskazuje na rozwój tego sektora w tempie podobnym do całości gospodarki, co pośrednio mówi o jego powiązaniu z innymi sektorami.

Zauważalne zmiany wartości procentowego udziału rynku budowlanego w tworzeniu PKB pomiędzy poszczególnymi latami wynikają z wahaní koniunktury, wskazując na okresy dobrej kondycji sektora. I tak wyjątkowy udział rynku w tworzeniu PKB przypadający na lata 2009-2012 wiąże się przede wszystkim z bardzo dużym napływem środków unijnych i realizacją szeregu projektów infrastrukturalnych, w tym związanych z przygotowaniem do Euro 2012. Z kolei widoczny w ostatnich latach zmniejszający się wpływ sektora na gospodarkę wiąże się z obserwowanymi zawirowaniami w gospodarce.

Jak wspomniano powyżej, sektor budowlany wpływa bardzo mocno na inne gałęzie przemysłu i usług. Wynika to z szerokiej gamy produkcji budowlano-montażowej wytwarzanej przez ten sektor (obejmujący budowę obiektów inżynierii lądowej i wodnej (w tym infrastruktury transportowej czy energetycznej), budownictwo kubaturowe (m.in. budynki mieszkalne, obiekty przemysłowe czy budynki użyteczności publicznej) oraz budownictwo specjalistyczne) oraz powiązań budownictwa z szeregiem innych sektorów i branż, obejmujących przemysł metalowy, chemiczny, wydobywczy, elektromaszynowy, transport, handel, usługi, finanse i ubezpieczenia. Biorąc pod uwagę powyższe powiązania sektora budownictwa z innymi działami gospodarki, jego wpływ na tworzenie PKB jest o wiele wyższy i szacuje się, iż wynosi on około 13-14%.³

Znaczenie produkcji budowlanej i jej wpływ na wielkość wytworzonego PKB widać także po jej wartości. W roku 2021 wartość produkcji budowlano-montażowej ogółem wyniosła 263,1 mld złotych, z czego 248,4 mld zł (94,4%)⁴ stanowiła sprzedaż robót budowlanych wykonanych siłami własnymi przez przedsiębiorstwa budowlane⁵. Wartość produkcji budowlano-montażowej wytworzonych przez podmioty budowlane wzrosła w analizowanym okresie o około 61%.

Wykres 3. Wartość produkcji budowlano-montażowej zrealizowanej na terenie kraju w latach 2009 – 2021 ogółem oraz wyłącznie przez podmioty budowlane, w mld złotych



Źródło: opracowanie własne na podstawie danych GUS

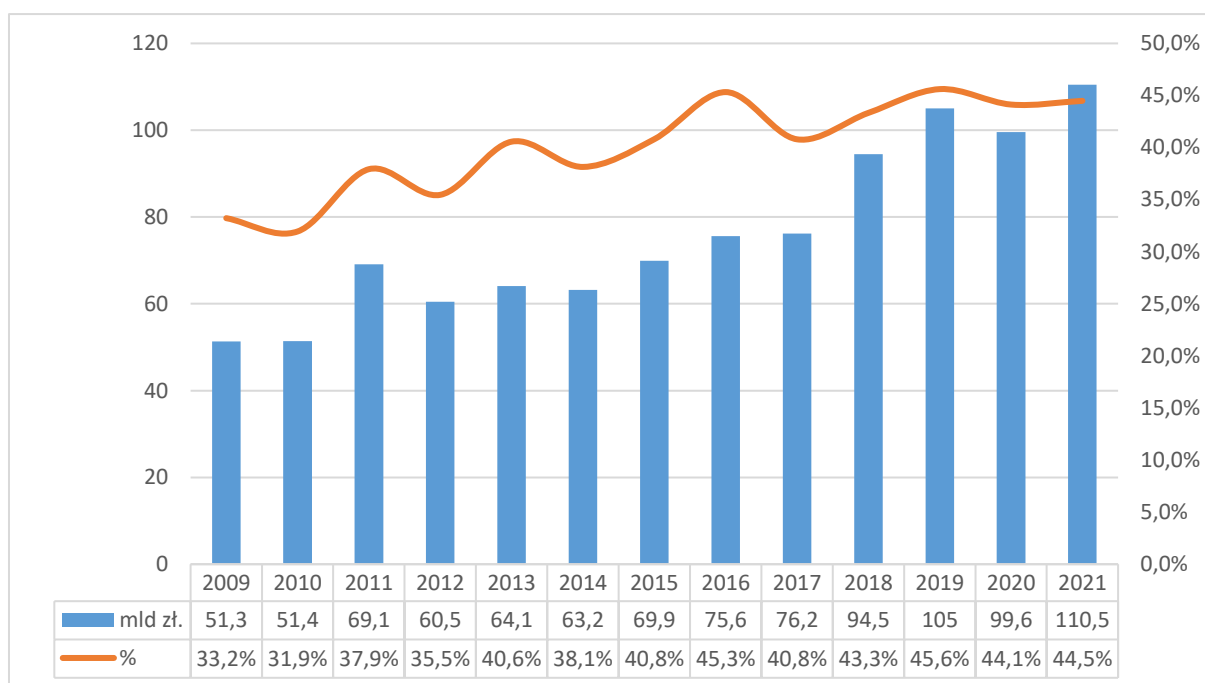
³ Analiza wpływu sektora budowlanego na polską gospodarkę przeprowadzona przez firmę Ernst & Young wskazywała, iż w latach 2010-2012 sektor ten po uwzględnieniu powiązań z innymi sektorami generował średniorocznie ok. 211 mld zł wartości dodanej brutto, co stanowiło 13,5% PKB w Polsce: Analiza rynku infrastruktury drogowej w Polsce. EY 2014.

⁴ Na pozostałą część produkcji, zgodnie z metodologią stosowaną przez GUS, składały się roboty wykonane systemem zleceńiowym przez podmioty niebudowlane oraz realizowane systemem gospodarczym, tj. na własne potrzeby przez przedsiębiorstwa i osoby fizyczne.

⁵ Dane GUS, Produkcja budowlano-montażowa w 2021 roku.

W podziale na działy, największe znaczenie w produkcji wytworzonej przez podmioty budowlane w 2021 roku miały roboty budowlane specjalistyczne⁶ - 110,5 mld złotych, następnie roboty budowlane związane ze wznoszeniem budynków⁷ - 72,1 mld złotych, a na końcu uplasowały się roboty związane z budową obiektów inżynierii lądowej i wodnej⁸ – 65,8 mld złotych. W analizowanym okresie największy wzrost zanotowały roboty budowlane specjalistyczne, z 51,3 mld zł w 2009 r. do 110,5 mld w 2019 r., czyli o 115,4 %. Z kolei wartość robót związanych z budową obiektów inżynierii lądowej i wodnej wzrosła w tym samym okresie czasu o 84,1% - z 35,8 do 65,9 mld zł. Ostatni dział, tj. roboty budowlane związane ze wznoszeniem budynków zwiększyły swoją wartość natomiast jedynie o 7%, z 67,3 w 2009 roku do 72 mld zł. w roku 2021.

Wykres 4. Wartość produkcji podmiotów budowlanych w I. 2009-2021 (w mld zł) w dziale robót budowlanych specjalistycznych i ich procentowy udział w całości produkcji budowlano-montażowej



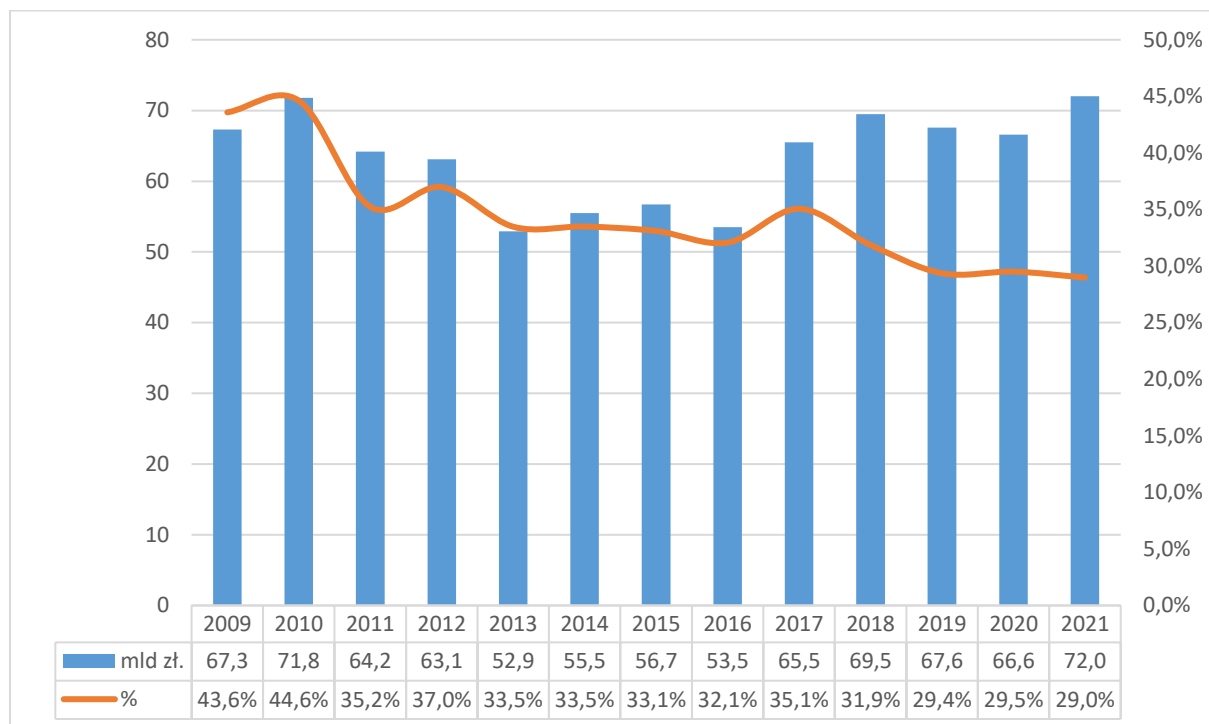
Źródło: opracowanie własne na podstawie danych GUS

⁶ Zgodnie z Polską Klasyfikacją Działalności dział ten obejmuje specjalistyczne roboty budowlane związane z budową budynków oraz obiektów inżynierii lądowej i wodnej, prowadzone przez wykonawców posiadających specjalistyczne umiejętności i specjalny sprzęt. Prace te obejmują: rozbiórkę i przygotowanie terenu pod budowę, roboty wykończeniowe i wykonywanie instalacji budowlanych obejmujących instalacje wszelkich rodzajów, które są niezbędne do funkcjonowania budynku lub budowli zgodnie z jego przeznaczeniem. Zalicza się tu również związane z tymi robotami prace remontowe.

⁷ Zgodnie z Polską Klasyfikacją Działalności dział ten obejmuje roboty ogólnobudowlane dotyczące wszystkich rodzajów budynków oraz budowę kompletnych budynków mieszkalnych, budynków biurowych, budynków handlowych oraz innych budynków użyteczności publicznej, budynków gospodarstw rolnych itp. Zawarte są w tym dziale prace związane ze wznoszeniem, rozbudową, nadbudową, odbudową, przebudową, remontem oraz montażem budynków z elementów prefabrykowanych o charakterze stałym lub tymczasowym.

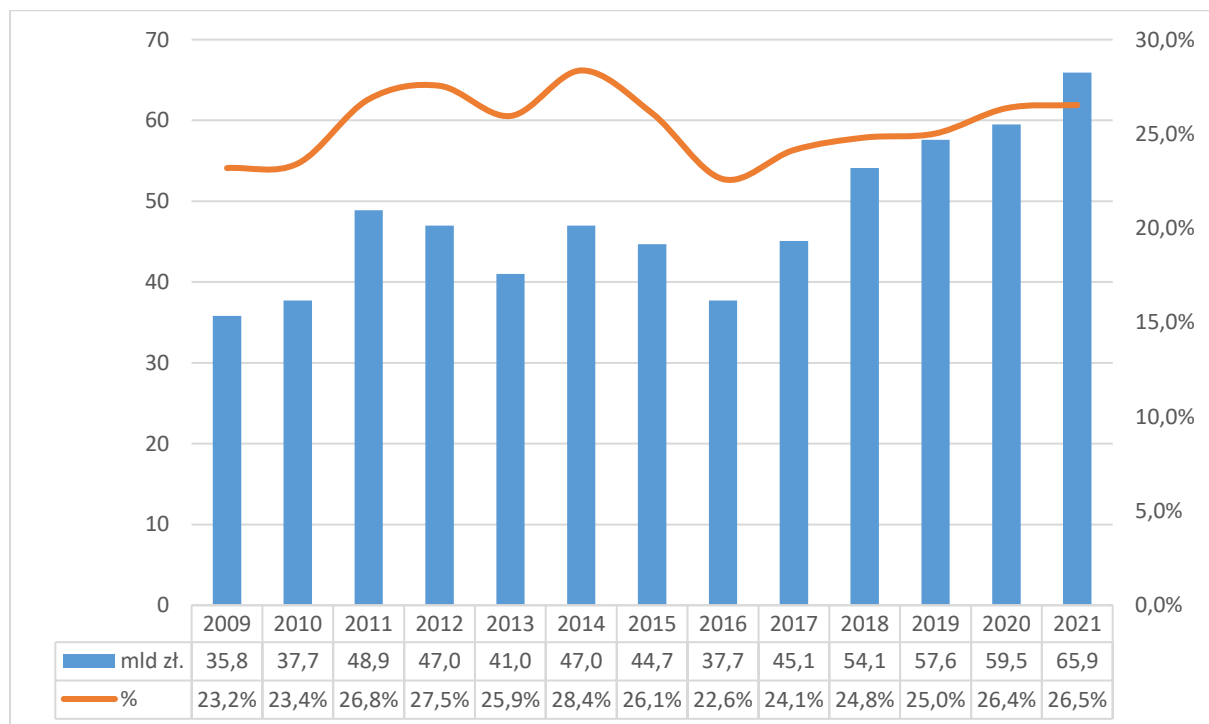
⁸ Zgodnie z Polską Klasyfikacją Działalności dział ten obejmuje budowę takich obiektów inżynierii lądowej i wodnej, jak: autostrady, drogi, ulice, mosty, tunele, wiadukty, estakady, drogi szynowe, płyty lotniska, porty oraz obiekty inżynierii wodnej, systemy irygacyjne, systemy kanalizacyjne, sieci wodno-kanalizacyjne, oczyszczalnie ścieków, rurociągi, linie telekomunikacyjne, linie elektroenergetyczne, linie przesyłowe i rozdzielcze, obiekty przemysłowe (z wyłączeniem budynków), odkryte obiekty sportowe.

Wykres 5. Wartość produkcji podmiotów budowlanych w I. 2009-2021 (w mld zł) w dziale robót budowlanych związanych ze wznoszeniem budynków i ich procentowy udział w całości produkcji budowlano-montażowej



Źródło: opracowanie własne na podstawie danych GUS

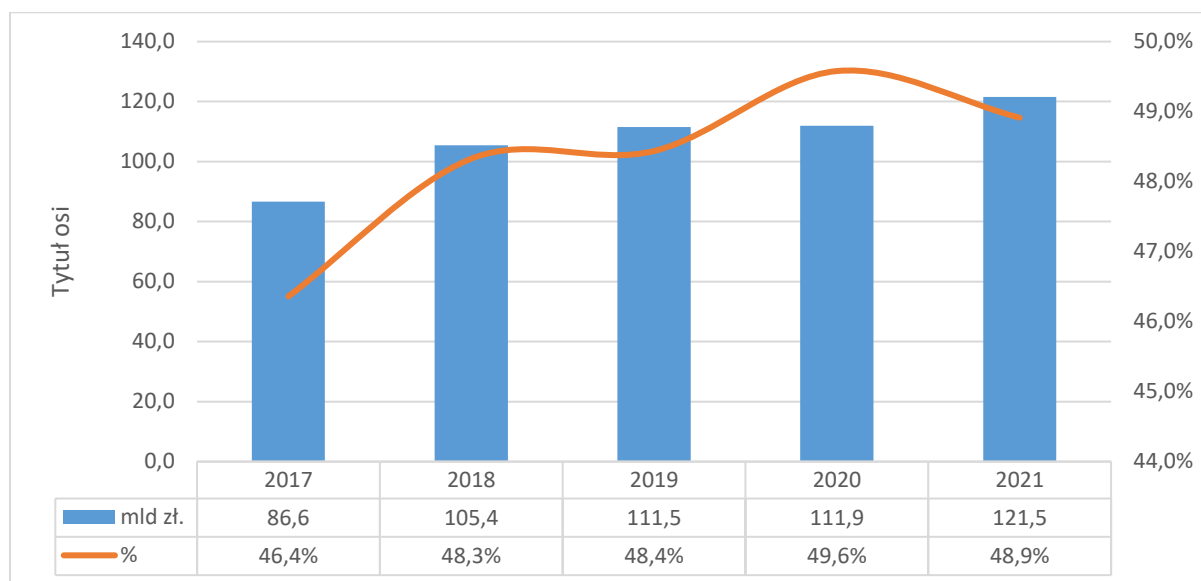
Wykres 6. Wartość produkcji podmiotów budowlanych w I. 2009-2021 (w mld zł) w dziale robót budowlanych związanych z budową obiektów inżynierii lądowej i wodnej i ich procentowy udział w całości produkcji budowlano-montażowej



Źródło: opracowanie własne na podstawie danych GUS

Powyższe dane dotyczą całego sektora budowlanego i wszystkich firm na nim działających. Struktura rynku inaczej wygląda natomiast w przypadku wyłączenia z analiz najmniejszych przedsiębiorstw. W szczególności, wartość produkcji budowlano-montażowej zrealizowanej w 2021 roku na terenie kraju siłami własnymi przez przedsiębiorstwa budowlane o liczbie pracujących powyżej 9 osób⁹ wyniosła 121,5 mld złotych.¹⁰ i stanowiła 48,9% ogółu wartości produkcji wytworzonej przez ogół firm budowlanych.

Wykres 7. Wartość produkcji budowlano-montażowej zrealizowanej na terenie kraju w latach 2017 – 2021 przez firmy zatrudniające powyżej 9 osób w mld złotych oraz jako % wartości produkcji wszystkich przedsiębiorstw budowlanych



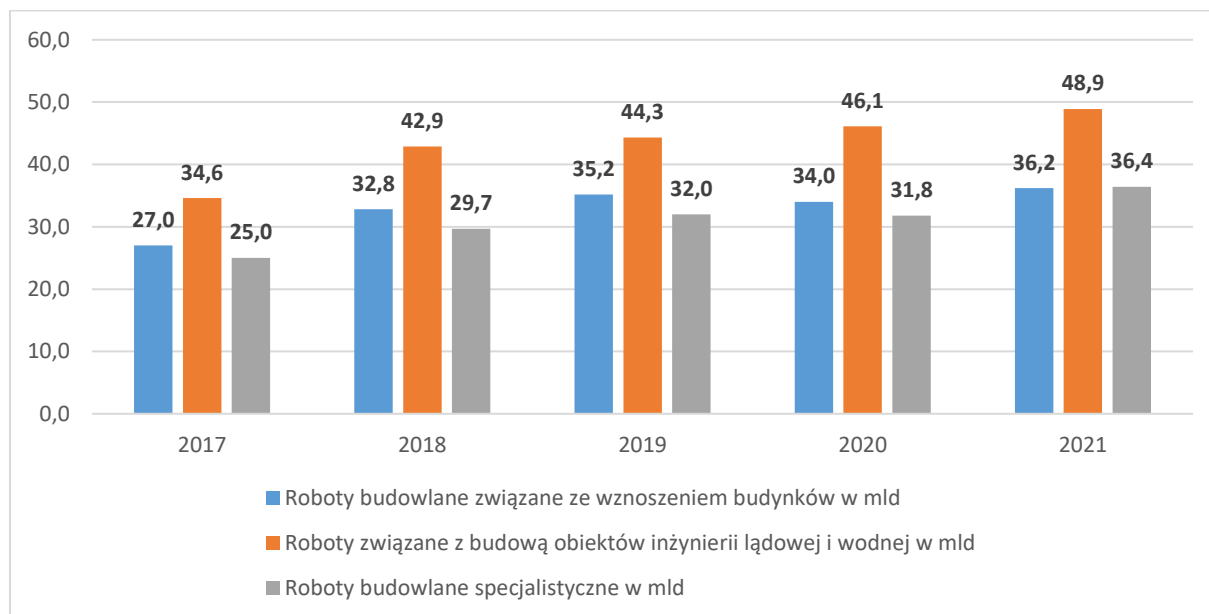
Źródło: opracowanie własne na podstawie danych GUS

Wśród przedsiębiorstw zatrudniających powyżej 9 pracowników zmienia się też struktura produkcji budowlanej rozpatrywanej pod kątem rodzaju robót. W tej kategorii dominowały firmy, których głównym rodzajem działalności były prace związane z budową obiektów inżynierii lądowej i wodnej (udział 40,2%). Udział podmiotów, których podstawowym rodzajem działalności były roboty budowlane specjalistyczne wyniósł 30,0%, natomiast tych, których podstawową działalnością było wznoszenie budynków – 29,8%. Ta zmiana w stosunku do ogółu firm działających w sektorze budowlanym (gdzie dominowały podmioty zajmujące się pracami ujętymi w dziale budownictwa specjalistycznego) jest zrozumiała, jeżeli weźmiemy pod uwagę fakt, iż inwestycje infrastrukturalne wymagają zaangażowania dużych sił i środków, których nie posiadają z oczywistych względów najmniejsze przedsiębiorstwa.

⁹ W swoich statystkach GUS wydziela osobno tę kategorię przedsiębiorstw budowlanych.

¹⁰ Dane GUS Produkcja budowlano-montażowa w 2021 roku.

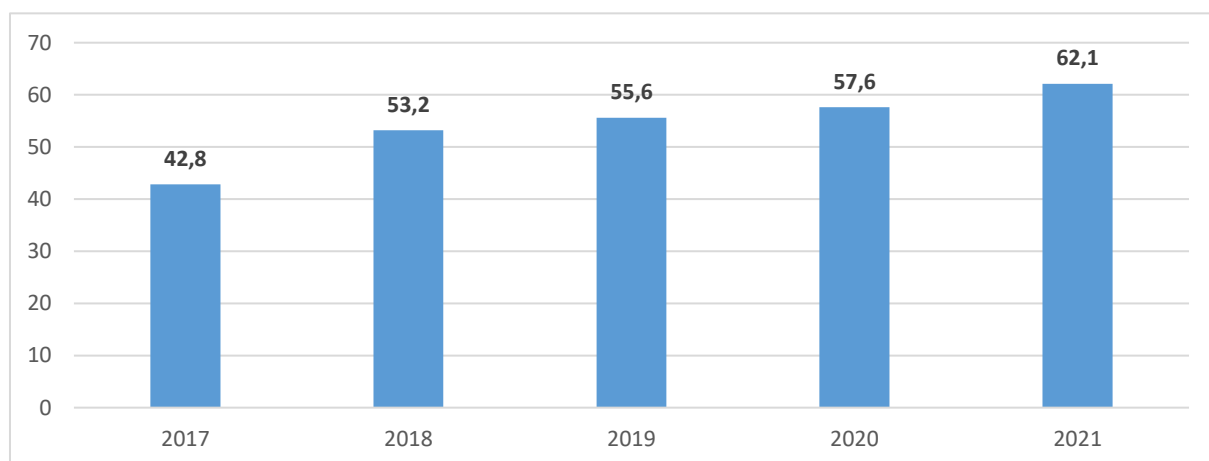
Wykres 8. Produkcja budowlano-montażowa zrealizowana na terenie kraju według podstawowego rodzaju działalności (klasyfikacja — grupy pkd 2007), według sektorów przez przedsiębiorstwa budowlane o liczbie pracujących powyżej 9 osób w mld osób



Źródło: opracowanie własne na podstawie danych GUS

Jeszcze większe znaczenie firm średnich i dużych w realizacji projektów infrastrukturalnych widać, jeżeli prześledzić wykonywane prace pod kątem Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB).¹¹ Biorąc pod uwagę tę klasyfikację, wartość zrealizowanych w 2021 r. obiektów inżynierii lądowej i wodnej przez przedsiębiorstwa budowlane o liczbie pracujących powyżej 9 osób wzrasta do kwoty 62 mld złotych (51,1% łącznej wartości sprzedaży zrealizowanej przez te podmioty według klasyfikacji PKOB).

Wykres 9. Wartość zrealizowanych w latach 2017-2021 obiektów inżynierii lądowej i wodnej przez przedsiębiorstwa budowlane o liczbie pracujących powyżej 9 osób w mld złotych

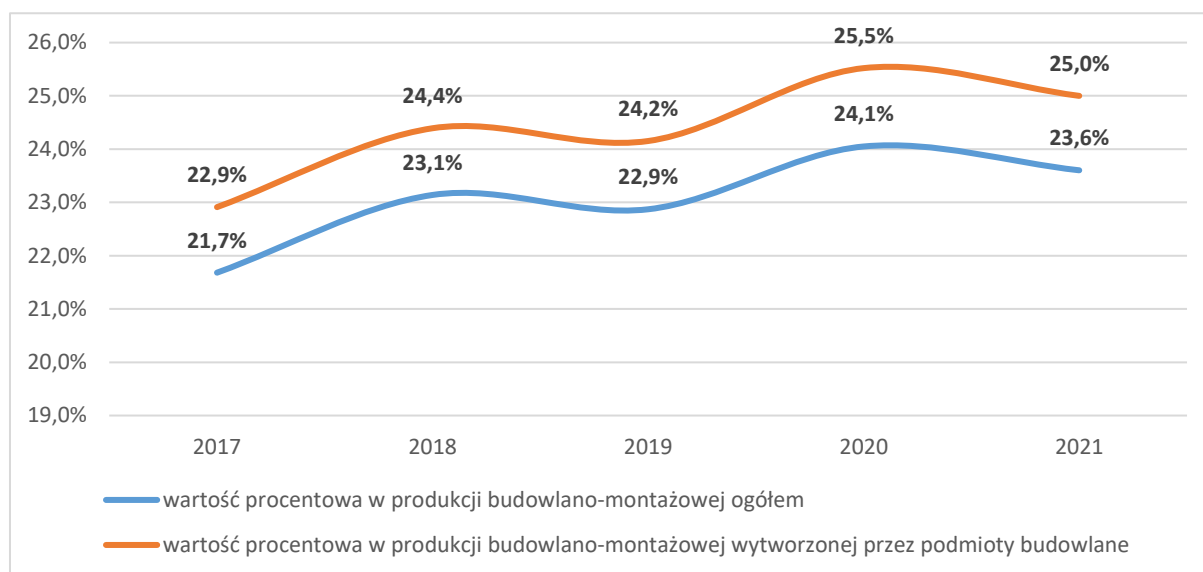


Źródło: opracowanie własne na podstawie danych GUS

¹¹ Polska Klasyfikacja Obiektów Budowlanych (PKOB) stanowi usystematyzowany wykaz obiektów budowlanych, rozumianych jako produkty finalne działalności budowlanej. Opracowana została na podstawie europejskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (CC) zgodnej z zaleceniami Narodów Zjednoczonych.

Porównując dane z powyższej tabeli z globalną wartością produkcji budowlano-montażowej jako takiej, wartość obiektów inżynierii lądowej i wodnej wytworzonych w 2021 r. przez przedsiębiorstwa budowlane o liczbie pracujących powyżej 9 osób odpowiada za 23,6% wartości produkcji budowlano-montażowej ogółem oraz 25% wartości produkcji budowlano-montażowej wytworzonej przez podmioty budowlane.

Wykres 10. Udział % obiektów inżynierii lądowej i wodnej wytworzonych w latach 2017-2021 przez przedsiębiorstwa budowlane o liczbie pracujących powyżej 9 osób w wartości produkcji budowlano-montażowej ogółem oraz produkcji budowlano-montażowej wytworzonej przez podmioty budowlane

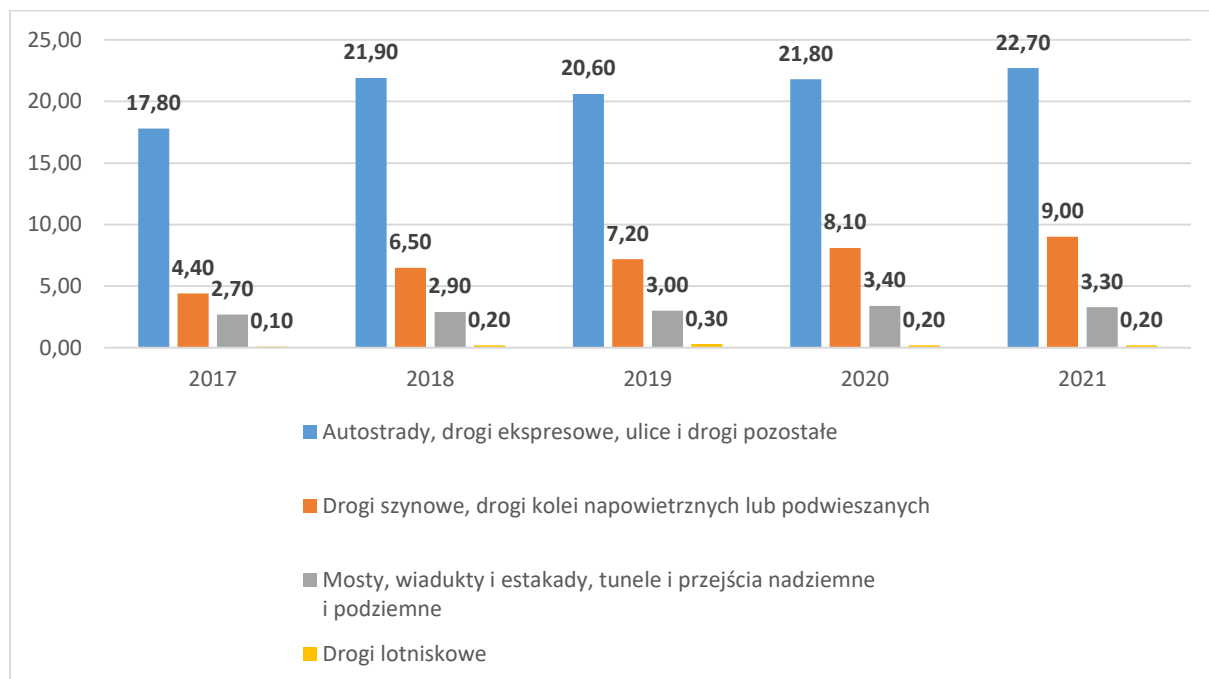


Źródło: opracowanie własne na podstawie danych GUS

Powyższe dane wyraźnie wskazują, jak ważnym elementem wpływającym na całość rynku budowlanego jest dział produkujący roboty związane z budową obiektów inżynierii lądowej i wodnej i związany ze średnimi i dużymi podmiotami – a więc z przedsiębiorstwami biorącymi udział w postępowaniach przetargowych i kluczowymi w realizacji dużych inwestycji infrastrukturalnych.

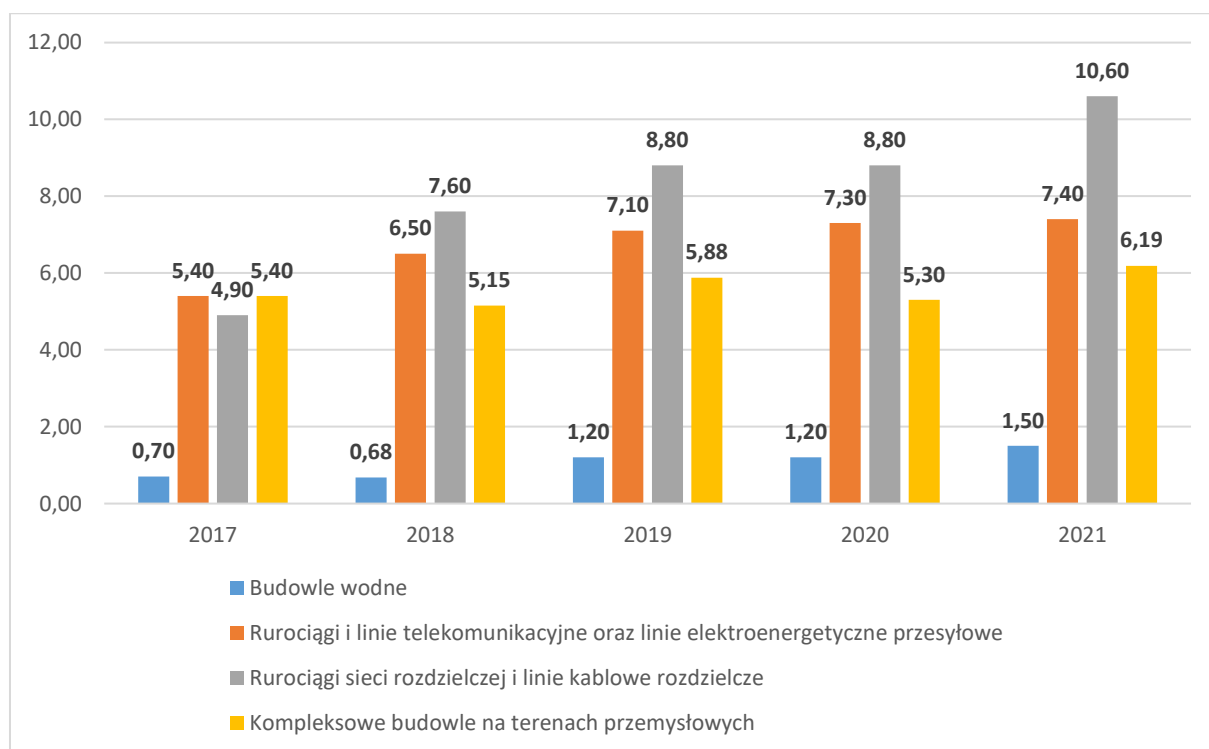
Dokonując szczegółowego rozbioru wspomnianej powyżej produkcji, dominującą wartość w obiektach inżynierii lądowej i wodnej wytworzonych przez analizowaną grupę podmiotów budowlanych stanowiły prace w zakresie infrastruktury transportu.

Wykres 11. Wartość poszczególnych rodzajów obiektów inżynierii lądowej i wodnej zrealizowanych przez przedsiębiorstwa budowlane o liczbie pracujących powyżej 9 osób w latach 2017-2021 w mld złotych stanowiących elementy infrastruktury transportu



Źródło: opracowanie własne na podstawie danych GUS

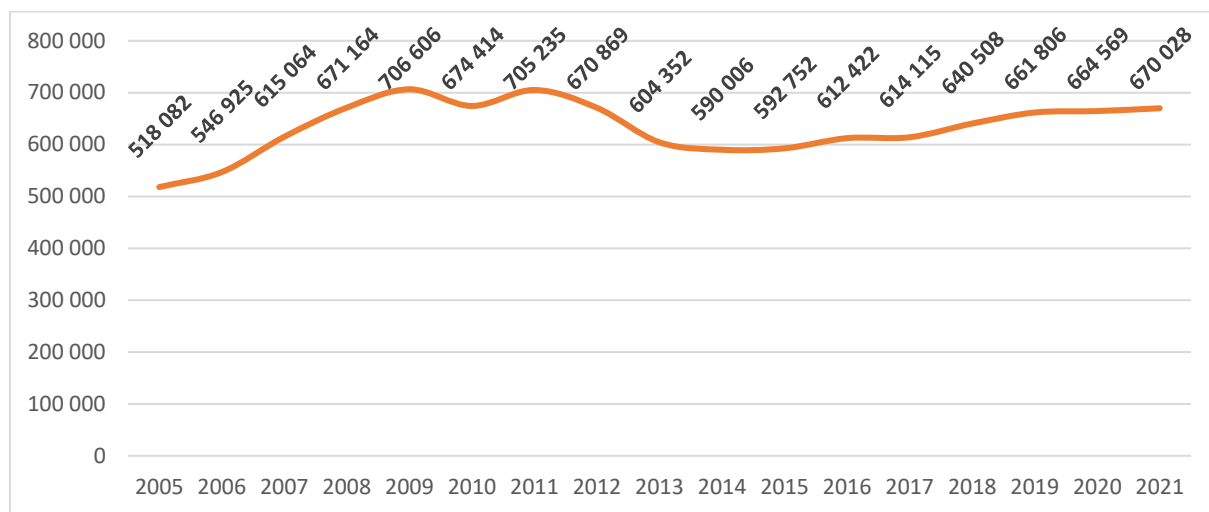
Wykres 12. Wartość pozostałych rodzajów obiektów inżynierii lądowej i wodnej zrealizowanych przez przedsiębiorstwa budowlane o liczbie pracujących powyżej 9 osób w latach 2017-2021 w mld złotych



Źródło: opracowanie własne na podstawie danych GUS

Sektor budowlany to także gałąź gospodarki niezwykle ważna z punktu widzenia zatrudnienia. Przeciętne zatrudnienie liczone w etatach wyniosło w budownictwie 670 028 szt.

Wykres 13. Przeciętne zatrudnienie w sektorze budownictwa w etatach w latach 2009-2021

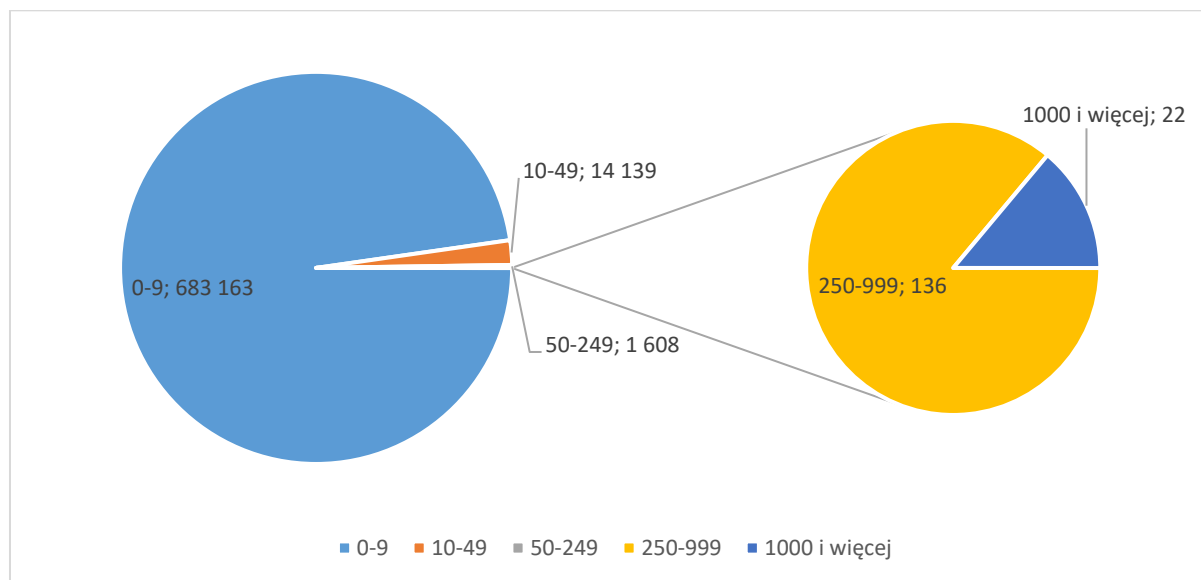


Źródło: opracowanie własne na podstawie danych GUS

Biorąc pod uwagę jednakże inne formy zatrudnienia liczby powyższe można podwoić. Przyjmuje się, biorąc pod uwagę najszersze miary zatrudnienia, że ogółem w budownictwie pracuje około 1,3 mln osób¹².

Polskie budownictwo jest zdominowane przez mikrofirmy, czyli podmioty zatrudniające do 9 pracowników. Stanowią one 97,72 proc. wszystkich przedsiębiorstw obecnych na rynku w tej branży. Firmy średnie i duże zatrudniające od 50 pracowników stanowią mniej niż 1 proc. przedsiębiorstw branży budowlanej.

Wykres 14. Liczba firm budowlanych w zależności od liczby pracujących – stan na 31.12.2022 r.



Źródło: opracowanie własne na podstawie danych GUS i bazy REGON

¹² Dane za: Almanach Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa, 2021.

Tym samym biorąc pod uwagę, że budownictwo to sektor powiązanych ze sobą firm złożonych z łańcuchów głównych wykonawców, podwykonawców, firm specjalizujących się w wybranych branżach, specjalnościach i usługach, w których mniejsze przedsiębiorstwa świadczą usługi na rzecz przedsiębiorstw większych i największych, kondycja tych średnich i dużych spółek jest kluczowa w kontekście poziomu zatrudnienia w branży budowlanej jako całości.

Sektor budowlany to także potężny wpływ dla finansów publicznych. Jak wskazywano w analizach z przytoczonego już opracowania „Analiza rynku infrastruktury drogowej w Polsce”, budownictwo w sposób bezpośredni i pośredni generowało w roku 2011 ok. 11.2% całości średniorocznych dochodów sektora finansów publicznych w latach 2010-2012. Na dochody te składały się w pierwszej kolejności składki na ubezpieczenia społeczne, podatek od towarów i usług, podatek od osób fizycznych, podatek od osób prawnych oraz podatki z tytułu licencji i koncesji.¹³ Biorąc pod uwagę podobny wpływ sektora na PKB oraz ciągle wzrastającą proporcjonalnie do całości gospodarki wartość produkcji budowlanej można pokusić się o stwierdzenie, że obecny wpływ budownictwa na sektor finansów publicznych oscyluje w podobnych wartościach jak w badaniu dla lat 2010-2012.

Jak widać na podstawie powyższych danych, sektor budownictwa to jeden z kluczowych sektorów polskiej gospodarki, odpowiadający za znaczącą część produkcji, zatrudnienia i dochodów państwa. Stąd też niezwykle ważnym jest, biorąc pod uwagę wpływ sektora na całość gospodarki i rynek pracy, by dbać o koniunkturę i kondycję polskich przedsiębiorstw budowlanych.

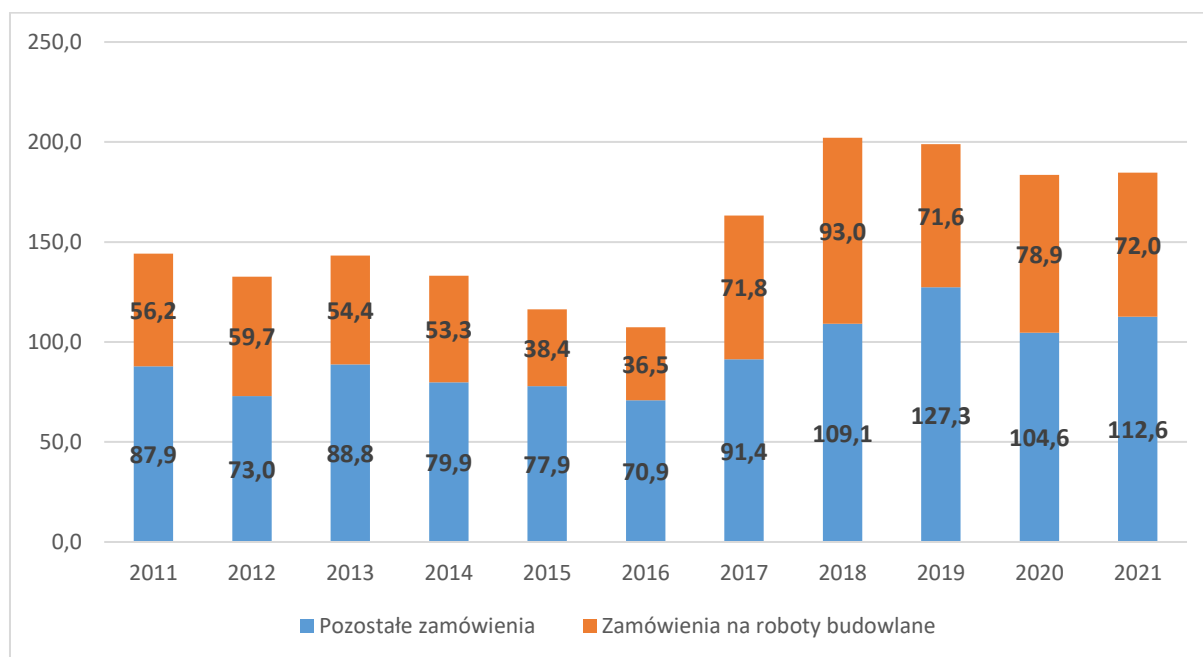
1.2 Obserwowane negatywne tendencje dotyczące zamówień publicznych w postępowaniach infrastrukturalnych i prób wejścia na krajowy rynek budowlany podmiotów spoza Unii Europejskiej

Jak wspomniano powyżej, jednym z głównych obszarów działalności przedsiębiorstw budowlanych jest produkcja budowlano-montażowa związana z obiektami inżynierii lądowej i wodnej, ze szczególnym uwzględnieniem prac w zakresie infrastruktury transportu. Obszar ten jest w głównej mierze domeną inwestycji publicznych, które stanowią jeden z głównych motorów rozwoju sektora budownictwa. Szacuje się, że ich udział w krajowej produkcji budowlano-montażowej wynosi około 50%¹⁴. Jednocześnie zaś roboty budowlane stanowią od 33 do 46% wartości zamówień publicznych udzielonych w ostatnich latach.

¹³ Analiza rynku infrastruktury drogowej w Polsce. EY 2014, str. 22-23.

¹⁴ Dane za: Almanach Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa, 2021.

Wykres 15. Udział robót budowlanych w wartości udzielonych zamówień publicznych w mld zł w latach 2011-2021



Źródło: opracowanie własne na podstawie danych

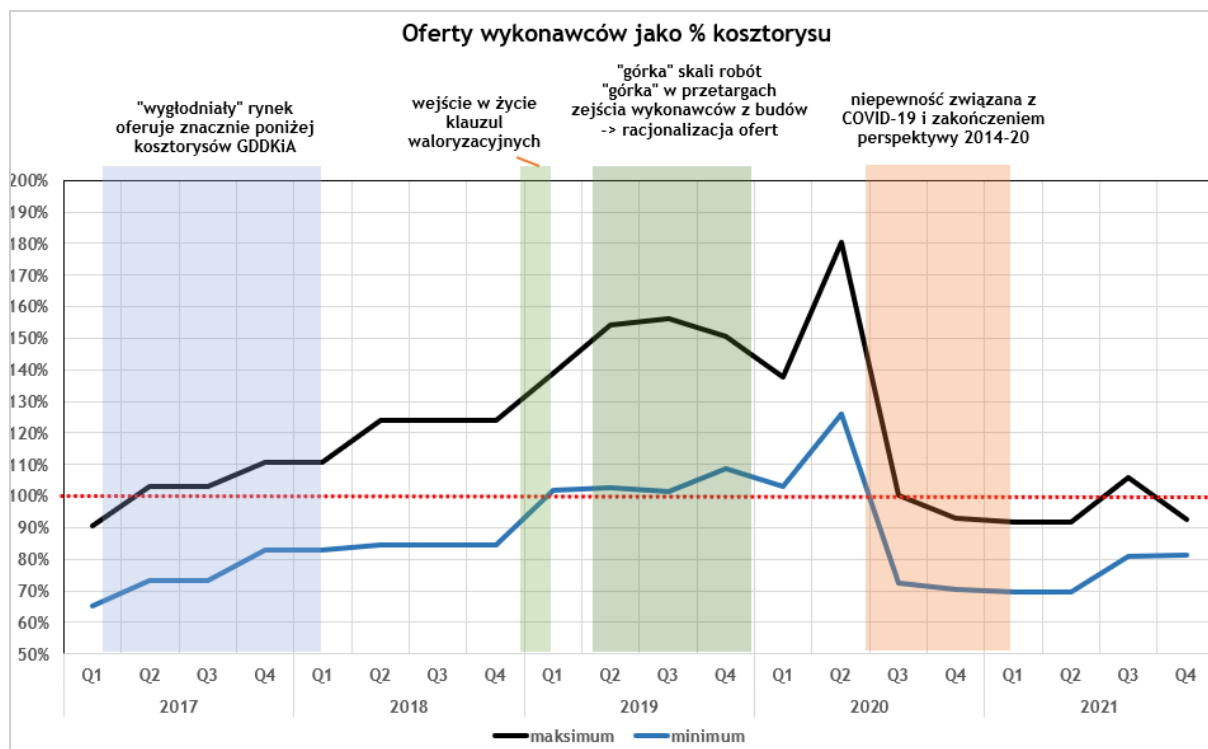
Zamówienia publiczne na roboty budowlane, zwłaszcza w obszarze obiektów infrastrukturalnych, są jednym z kluczowych czynników wpływającym na koniunkturę rynku budowlanego, a zawirowania z tym związane - zarówno co do ilości postępowań, jak i sposobu ich prowadzenia – niestety wielokrotnie negatywnie wpływały na sektor budowlany, przedsiębiorstwa na nim funkcjonujące oraz na same zamierzenia inwestycyjne i ich realizację.

Pierwszym podstawowym problemem jest brak zamówień jako takich w pewnych okresach czasu, czego rynek doświadcza częściowo na moment tworzenia niniejszego opracowania. Spadek liczby zamówień w oczywisty sposób przekłada się na problemy przedsiębiorstw budowlanych, co przy dłuższym okresie braku nowych zleceń przekłada się na zwolnienia i ograniczenia zamówień u dostawców i podwykonawców. Jest to zwłaszcza widoczne w sektorze budownictwa kolejowego, które bardzo mocno uzależnione jest od funduszy zewnętrznych. Z sytuacją taką mieliśmy do czynienia także w budownictwie drogowym w latach 2016-2018: sytuację tą wskazać można jako niestety „modelowy” przykład zaburzeń w sektorze spowodowanych sytuacją na rynku zamówień.

W szczególności wraz z rozpoczęciem Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej w roku 2012 zakończyła się kumulacja zadań inwestycyjnych związanych z przeprowadzeniem Euro 2012, a jednocześnie w niedługim czasie zakończono realizację większości projektów infrastrukturalnych przewidzianych dla perspektywy finansowej 2007-2013. Równocześnie trwało programowanie kolejnej perspektywy finansowej UE na lata 2014-2020 i formowanie przewidzianego dla tego samego okresu Programu Budowy Dróg Krajowych. Ponadto wydłużeniu uległ przeciętny czas trwania prowadzonych w tym samym czasie postępowań przetargowych, a wiele z nich było przerywanych i wznowianych po wielu miesiącach. Zdecydowana większość planowanych do realizacji w ramach nowej perspektywy finansowej inwestycji była jeszcze w fazie projektowej: intensyfikacja prac budowlanych miała nastąpić dopiero w połowie 2017 roku. Splot powyższych czynników przełożył się na mniejszą ilość postępowań oraz spowodował znaczne zmniejszenie się skali jednocześnie prowadzonych prac budowlanych. Wiele firm znalazło się w tamtym okresie w ciężkiej sytuacji, co w momencie ogłoszenia nowej fali postępowań przełożyło się na wojnę cenową: „wygłodniały” rynek zaczął walczyć o pojawiające się zamówienia. Ich brak w jednym okresie przełożył się na koncentrację w kolejnym. Prace budowlane ruszyły pełną parą na wielu frontach, co przełożyło się na zwiększone zapotrzebowanie

na podwykonawców, materiały i kadry. Rynek zareagował podwyżkami, co z kolei uderzyło w część wykonawców, którzy walcząc o pierwsze pojawiające się zamówienia po okresie braku zamówień kalkulowali kwoty poniżej kosztorysów inwestorskich. Opisywane powyżej zjawisko obrazuje poniższy wykres.

Wykres 16. Przeciętna wartość cen ofertowych w odniesieniu do kosztorysu inwestorskiego GDDKiA – średnie dla poszczególnych kwartałów.



Źródło: Materiały przetargowe GDDKiA.

Ostatecznie zaś całość sytuacji doprowadziła do kryzysu w branży budownictwa drogowego. Rok 2019 upłynął pod znakiem fali konfliktów pomiędzy wykonawcami a zamawiającym, co w kilku przypadkach zaowocowało opuszczeniem placów budów przez firmy wykonawcze i zerwaniem kontraktów. Przerwano budowę na kilku odcinkach dróg S5, S7 czy S10. Okoliczności zejścia z kontraktów były różne, ale przyczyna zawsze ta sama: koszty materiałów i usług wzrosły tak bardzo, że przerwanie prac opłacało się co niektórym bardziej niż ich kontynuacja. Na niektórych z porzuconych wtedy placów budowy roboty trwają po dziś dzień.

I jakkolwiek bezpośrednią przyczyną opisywanego stanu rzeczy były niedobory w zakresie czynników produkcji oraz podwyżki cen, to główną „praprzątką” była „dziura inwestycyjna” w ogłaszanych postępowaniach: brak postępowań w jednym dłuższym okresie oraz ich kumulacja w kolejnym. Stąd też niezwykle ważna jest równomierność zamówień i ich odpowiednia ilość na rynku. Naprzemienne okresy przestoju i kumulacji robót stanowiły dotąd zmorę sektora budowlanego i bez wątpienia były jedną z przyczyn dotychczasowych kryzysów branży.

Inną kwestią jest sposób prowadzenia postępowań który dotyczy dwóch zasadniczych kwestii: dopuszczania do dumpingu cenowego oraz umożliwienia ubiegania się o zamówienia przed podmioty o różnym poziomie wiarygodności, posiadanych zasobów i kompetencji.

Kwestia dumpingu cenowego pojawiła się już powyżej. W okresie braku zamówień wiele przedsiębiorstw kalkulowało cenę poniżej kosztorysu inwestora, a umożliwiały to wadliwe mechanizmy wyboru Wykonawcy. W postępowaniach przetargowych na inwestycje infrastrukturalne najczęstszym kryterium wyboru Wykonawcy jest cena. Dodatkowym problemem przy stosowaniu tego

kryterium są nieskuteczne mechanizmy kontroli składanych ofert w kontekście możliwości stosowania rażąco niskiej ceny. Tym samym dumping cenowy jest możliwy, a poprzez stosowanie w postępowaniach aukcji elektronicznych wręcz poniekąd zachęca się pośrednio do jego stosowania.

Inną kwestią jest dopuszczanie do postępowań podmiotów o ograniczonym potencjale czy wiarygodności. Dotychczas przejawiało się to przede wszystkim w pozyskiwaniu zamówień przez podmioty działające na rynku krajowym lub europejskim, które nie posiadając zaplecza, potencjału czy doświadczenia ostatecznie nie mogły dokończyć realizacji zamówienia i tym samym spychały się same na margines rynku. Obecnie jednak istnieją obawy, iż pojawiać się będą na nim podmioty spoza Unii Europejskiej. I tutaj dochodzimy do nowych możliwych ryzyk dla krajowego sektora budowlanego, które obecnie incydentalnie, ale za chwilę mogą wystąpić ze znaczącą siłą i niekorzystnie wpłynąć na podmioty dotychczas na nim funkcjonujące, powodując szereg negatywnych konsekwencji.

Wskazane powyżej wzajemnie się przenikające niekorzystne zjawiska dotyczyły przedsiębiorstw obecnie funkcjonujących na rynku krajowym i/lub unijnym. Tym samym podlegały one funkcjonującym na nim mechanizmom rynkowym. Dodatkowo po okresie występowania zaburzeń Zamawiający we współpracy z podmiotami funkcjonującymi na rynku wprowadzały rozwiązania, które miały zapobiegać w przyszłości negatywnym tendencjom. Działanie te w połączeniu z naturalnymi mechanizmami rynkowymi skutkowało tym, iż po okresie zawirowań i problemów rynek wracał do lepszej koniunktury i stabilizacji. Sektor dokonywał w wyniku mechanizmów rynkowych pewnego „samooczyszczenia” i wracał do równowagi. Generalnie bowiem branża budowlana dąży do funkcjonowania w stabilnym środowisku i działania w określonych ramach, by móc uzyskiwać swoje cele, przy jednoczesnym kontynuowaniu pozytywnego wpływu na otoczenie gospodarcze.

Tymczasem przedsiębiorstwa spoza UE, które zaczynają penetrować coraz śmieiej rynek polski i unijny, celowo korzystają z istniejących luk (i niekiedy nieuczciwych rozwiązań), a jednocześnie dysponują ogromnym potencjałem wyniesionym ze swoich rynków macierzystych, który pozwoli im na skuteczne konkurowanie z podmiotami dotychczas działającymi w sektorze budowlanym i przejmowanie zamówień. Tym samym w ograniczonym zakresie podlegają one mechanizmom rynkowym, a ich działanie zaburzać może wolną konkurencję.

Przede wszystkim, dzięki wspomnianemu potencjałowi stosować mogą w o wiele większym stopniu i na szerszą skalę wspomniany dumping cenowy. Jest to możliwe dzięki subsydiowaniu ich działalności ze strony państwa pochodzenia poprzez banki państwowe czy dotacje rządowe, które ukrywane są pod płaszczykiem zasobów własnych, niemożliwym do zweryfikowania przez Zamawiającego krajowego.

Szczególnie widać to na przykładzie przedsiębiorstw chińskich, co wynika z przyjętej przez Chiny strategii wspierania eksportu (jednej z podstaw modelu gospodarczego Chińskiej Republiki Ludowej) i ekspansji przedsiębiorstw chińskich na rynki zagraniczne. W ramach tych działań zachęca się pochodzące z Chin firmy (lub wprost nakierowuje w przypadku podmiotów bezpośrednio lub pośrednio zarządzanych przez państwo) do ciągłego rozszerzania swojej obecności na rynkach międzynarodowych i zwiększania udziału w nich poprzez zdobywanie nowych kontraktów, inwestycje bezpośrednie, fuzje i przejęcia. Strategia wyjścia na zewnątrz („going out”), której celem jest zachęta i pomoc chińskim przedsiębiorstwom w ekspansji międzynarodowej oraz wzrost ich aktywności na świecie została oficjalnie ogłoszona w roku 2001 wraz z ówczesnie rozpoczętym nowym pięcioletnim planem rozwoju¹⁵. Pod względem motywacji, wskazuje się pięć głównych kategorii celów stojących za decyzjami odnośnie inwestycji i ekspansji chińskiej na rynki międzynarodowe:

- pozyskanie rynków zbytu;
- pozyskanie surowców naturalnych;

¹⁵ Rafał Koszek *Kraje Europy Środkowo-Wschodniej wobec ekspansji chińskiej gospodarki* w: Prace Komisji Geografii Przemysłu Polskiego Towarzystwa Geograficznego 30(1), Kraków 2016 r., str. 180.

- pozyskanie aktywów strategicznych i przewag konkurencyjnych, takich jak technologie, sieci klientów czy kanały dystrybucji;
- dywersyfikacja;
- zwiększenie wydajności¹⁶.

Jednocześnie chińska strategia inwestycyjna i rozwoju na rynkach światowych skupia się na zdobywaniu pozycji w wybranych sektorach uznanych za strategiczne i najbardziej przyszłościowe, wśród których znajduje się sektor transportu i projekty infrastrukturalne.

Opisywana strategia państwa chińskiego opiera się na tworzeniu zachęt finansowych i instytucjonalnych mających wspierać działania chińskich przedsiębiorstw na rynkach trzecich. W szczególności poprzez banki państwowe udostępniane są linie kredytowe i tworzone są wyspecjalizowane fundusze, które umożliwiają finansowanie na warunkach preferencyjnych¹⁷. Korzystanie przez firmy chińskie z subsydiowania państwowego, które w świetle przepisów unijnych byłoby traktowane jako pomoc publiczna, zakłóca w oczywisty sposób konkurencję na unijnym rynku wewnętrznym. Mając dostęp do finansowania na warunkach preferencyjnych w stosunku do rynkowych przedsiębiorstwa chińskie mogą oferować w postępowaniach infrastrukturalnych cenę niższą w stosunku do przedsiębiorstw krajowych/unijnych, jednocześnie nie podlegając unijnym zasadom pomocy państwa¹⁸. Tym samym firmy krajowe działają w możliwych warunkach nieuczciwej konkurencji, co w oczywisty sposób osłabia ich pozycję rynkową. W dłuższym okresie takowe ciągłe działanie subsydiowanych państwową pomocą firm chińskich na danym rynku może doprowadzić do jego przejścia przez nie i doprowadzenia do kryzysu w danym sektorze. Zresztą problem ten nie dotyczy jedynie przedsiębiorstw chińskich. Jednocześnie występuje na całym rynku unijnym i został dostrzeżony już przez Komisję Europejską¹⁹.

Inną kwestią jest wiarygodność i intencje Wykonawcy. Niestety, jak wspomniano powyżej, w organizowanych w Polsce przetargach wciąż kluczowa jest cena, a inne kwestie (doświadczenie, wiedza nt. lokalnych procedur, korzystanie z lokalnych podwykonawców i dostawców czy kwestia wspomnianego korzystania ze wsparcia państwa-pochodzenia) są drugorzędne. Tymczasem wspomniane podmioty spoza UE mogą oferować ceny niższe niż lokalne przedsiębiorstwa, a dążąc do zdobycia zamówienia korzystają często z możliwości odwołania się od decyzji, co przedłuża postępowanie przetargowe i opóźnia realizację inwestycji²⁰. Jednocześnie zaś mając do dyspozycji finansowanie państwowe i dążąc przede wszystkim do penetracji rynku, stawiać mogą prawidłową realizację zamówienia na dalszym planie.

¹⁶ Katarzyna Wocheń, *Ekspansja firm chińskich jako instrument realizacji polityki zagranicznej Państwa Środka. Rosnąca rola chińskich korporacji w wybranych regionach świata w China goes global. Rosnące znaczenie Chin na arenie międzynarodowej* pod redakcją Małgorzaty Pietrasiak i Tomasza Kamińskiego, Łódź 20212, str. 36.

¹⁷ Inwestycje wspierane są najczęściej przez 4 największe chińskie banki państwowe: China Exim Bank, Bank of China, Industrial and Commercial Bank of China oraz Agricultural Bank of China za: Jakub Jakóbowski *Chińskie zagraniczne inwestycje bezpośrednie w ramach „16+1”: strategia, instytucje, rezultaty*, Komentarze OSW numer 191, Ośrodek Studiów Wschodnich 2015 r.

¹⁸ *Reakcja UE na państwową strategię inwestycyjną Chin*, Europejski Trybunał Obrachunkowy, 2020 r. str. 18.

¹⁹ Kwestii subsydiów zagranicznych na jednolitym rynku poświęcona była następująca publikacja: Biała księga Komisji Europejskiej w sprawie wyrównywania szans w związku z subsydiami zagranicznymi, Bruksela (COM(2020) 253 final z 17.6.2020).

²⁰ Przykładem takiego postępowania był wybór Wykonawcy drogi ekspresowej S1 Oświęcim - Bielsko-Biała na odcinku Mysłowice - Oświęcim. Najtańszą ofertę w ogłoszonym w październiku 2019 r. przetargu na wykonanie tego fragmentu złożyła China State Construction Engineering Corporation (CSCEC), która to firma została wykluczona przez GDDKiA z postępowania. Chińska firma odwołała się od tej decyzji do KIO. Ostatecznie po orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej i sądu unieważniono postępowanie, a Umowę na wykonanie fragmentu trasy S1 (podzielonego w nowym postępowaniu na dwa odrębne zadania) podpisano w 2022 r.: pierwotnie zakończenie prac planowano na rok 2023.

Firmy spoza Unii Europejskiej cechuje często brak doświadczenia, nieznajomość lokalnych przepisów, norm i zasad. Brak dostatecznej znajomości uwarunkowań prowadzenia działalności w danym kraju oraz występujące różnice kulturowe i wynikające stąd odmienności w sposobie myślenia, pojmowania biznesu czy zarządzania przekładać się mogą na problemy w realizacji zamówienia, napięcia w kontaktach z lokalnymi partnerami czy nieumiejętne zarządzanie lokalnymi pracownikami. Wyzwaniem jest także dostosowanie się do obowiązujących standardów i praktyczne stosowanie miejscowych przepisów, co wynika z powyższych powodów oraz dodatkowo małej elastyczności²¹. Łącznie zaś skutkować może to nieprzestrzeganiem przepisów bezpieczeństwa, prawa pracy czy prawa ochrony środowiska, realizacją prac niezgodnie z rozwiązaniami projektowymi czy terminami harmonogramowymi, stosowaniem materiałów niezgodnych z projektem czy normami. W takich przypadkach jakość prac schodzi na drugi plan. Niekiedy negatywną konsekwencją może być nawet opóźnienie w realizacji danego projektu czy nawet zerwanie kontraktu, co z kolei może przełożyć się na utratę dofinansowania unijnego (nie mówiąc o negatywnym wpływie takiej sytuacji na planowane działania inwestycyjne i jakość infrastruktury transportowej).

Powyżej wspomniano także o intencjach firm wchodzących na rynek unijny. Kwestia ta jest szczególnie podkreślana w kontekście firm chińskich, których strategia ekspansji zagranicznej kreowana jest i wspierana przez państwo, które traktuje działania takowe jako element szerszej polityki. To państwo poprzez dostępne narzędzia oraz bezpośredni/pośredni nadzór nad danymi przedsiębiorstwami wskazuje zgodnie z długofalowymi celami rozwojowymi chińskiej gospodarki priorytetowe kierunki i sektory gospodarek zagranicznych na których następować ma rozprzestrzenianie się firm chińskich. Tym samym przedsiębiorstwa z Państwa Środka w mniejszym stopniu kierują się zasadami wolnorynkowymi w wyborze działań i w swoim postępowaniu, co przy dostępie do subsydiowania państwowego dodatkowo jeszcze zakłóca zasady konkurencji. Ostatecznie zaś decyzje firm chińskich są mniej przewidywalne, co może wpływać negatywnie na przebieg realizowanych inwestycji.²²

Jednocześnie wspomniane podmioty coraz bardziej uczą się funkcjonować na rynku polskim i unijnym czy korzystać z możliwości jakie daje obecnie obowiązujące prawo zamówień publicznych. Ostatecznie więc mogą zdobywać coraz więcej zamówień kosztem lokalnych podmiotów. Wtedy gospodarka krajowa może tracić podwójnie: nie tylko ze względu na utracone korzyści krajowego podmiotu, ale możliwe ograniczone wykorzystywanie lokalnych dostawców i podwykonawców – wspomniane podmioty zagraniczne mogą korzystać bowiem z zasobów z kraju pochodzenia. Ponadto takie posiadane zaplecze może skutecznie zabezpieczać te podmioty przed opisywanymi zaburzeniami rynkowymi – zarówno w okresie braku zamówień, jak i kumulacji prac. Jednocześnie wejście takich firm prowadzić może do opisywanych powyżej negatywnych konsekwencji (wojny cenowej krajowych wykonawców wobec zwiększającej się liczby kontraktów zdobywanych przez wspomniane podmioty oraz możliwego stosowania przez nie dumpingu cenowego), na które z kolei posiadać będą one remedium.

Inną kwestią jest fakt, iż jak wspomniano udział inwestycji publicznych w krajowej produkcji budowlano-montażowej wynosi około 50%, a duża ich część finansowana jest – i będzie - z funduszy unijnych. Tym samym zaangażowane są w znacznym stopniu środki publiczne, pochodzące także z podatków generowanych przez sektor budowlany. Niekontrolowane dopuszczenie do rynku przedsiębiorstw spoza UE zaburza łańcuch istniejących zależności powodując, że fundusze unijne trafiają do firm mogących transferować zyski poza Unię, jednocześnie płacąc niższe podatki niż firmy unijne.

Dopuszczanie do nieograniczonej ekspansji na krajowym rynku budowlanym podmiotów trzecich spoza Unii Europejskiej może doprowadzić zatem do szeregu negatywnych konsekwencji, które

²¹ Karolina Łopacińska One Belt One Road jako wyraz globalnej ekspansji Chin Marketing i Zarządzanie nr 1 (47) 2017, str. 35.

²² Tamże, str. 34.

w ostatecznym rozrachunku niekorzystnie wpłynąć mogą na krajową gospodarkę. Jednocześnie umożliwianie takim podmiotom swobodnego działania nie będzie wiązać się zapewne z możliwością wejścia na ich rynek krajowy i z wprowadzeniem zasady wzajemności. Jak wskazuje w raporcie „Reakcja UE na państwową strategię inwestycyjną Chin” Europejski Trybunał Obrachunkowy, Chiny stosują liczne ograniczenia prawne w dostępie podmiotów zagranicznych do własnego rynku w szeregu sektorów, stawiając tym samym przedsiębiorstwa europejskie w niekorzystnej sytuacji w zestawieniu z chińskimi podmiotami²³.

Inną niezmiernie ważną kwestią są sprawy infrastruktury krytycznej i bezpieczeństwa narodowego. Jak przypomina NASK (Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa - Państwowy Instytut Badawczy) „sektor transportu jest jednym z newralgicznych obszarów gospodarki, a postępująca cyfryzacja sprawia, że jest on coraz bardziej podatny na zagrożenia teleinformatyczne”. Branża transportowa jest szczególnie narażona na zagrożenia płynące z sieci ze względu na rosnącą rolę cybernetycznych systemów sterowania, nawigacji, wyznaczania trasy i komunikacji. Takim przykładem rosnącej podatności na zagrożenia cybernetyczne jest kolej, gdzie następuje gwałtowna cyfryzacja, a ochrona sieci kolejowej przed cyberatakami staje się coraz ważniejsza w miarę przechodzenia systemów sygnalizacji i sterowania ruchem kolejowym z systemów zasadniczo zamkniętych na otwarte, opartych na technologiach informatycznych, komunikacji mobilnej i protokołach internetowych (IP). W szczególności systemy sterowania ruchem kolejowym (srk) przechodzą obecnie generacyjną zmianę dotyczącą oparcia ich o systemy informatyczne, w szczególności w realizacji funkcji krytycznych, tzn. zapewnienia bezpieczeństwa ruchu kolejowego. Potencjalne cyberataki niosą ze sobą zatem nie tylko możliwość poważnych zakłóceń w ruchu kolejowym, ale i zagrożenia dotyczące życia ludzkiego. Dodając do tego strategiczny charakter sieci kolejowej i konieczność zapewnienia jej stałego prawidłowego funkcjonowania, potrzeba jej ochrony przed zakłóceniami, które mogłyby być spowodowane cyberatakami jest niepodważalna²⁴. Jednocześnie ich ilość w związku z postępującą informatyzacją kolei będzie wzrastać: CERT Polska²⁵ zarejestrował 3 incydenty w krajowym sektorze kolejowym w roku 2020. Rok później było ich już 55²⁶.

Biorąc pod uwagę obecne realia i powszechną informatyzację, cyberataki stanowią obecnie element doktryn wojskowych, będąc jednym ze sposobów nękania przeciwników – zarówno w czasie wojny jak i pokoju. Ostatnie wydarzenia pokazały jak bardzo ważne są kwestie cyberbezpieczeństwa, zabezpieczenia dostępu do systemów krytycznych takich jak np. sterowanie ruchem, zarządzanie automatyką, systemy informacji czy przesył danych. Cyberataki rosyjskie na ukraińską infrastrukturę krytyczną stanowią jeden z elementów stosowanych przez Rosjan w wojnie. Poprzez ataki na sieci komputerowe infrastruktury krytycznej, w tym transportowej Rosjanie chcą wprowadzić chaos, ograniczyć transport i przesył towarów oraz złamać wolę oporu zwykłych obywateli²⁷. Jednocześnie Rosja wykonuje cyberataki wymierzone w infrastrukturę krytyczną (elektrownie, sieci przesyłowe, koleje) jako element w wojnie hybrydowej przeciwko państwom NATO i UE. W ten sposób Rosja chce osłabić jedność wśród państw wspierających Ukrainę. Działania te mają spotęgować strach opinii publicznej w poszczególnych państwach przed niekontrolowaną eskalacją konfliktu i dalszym pogarszaniem sytuacji gospodarczej, a w dalszej kolejności wywołać jej presję na poszczególne rządy celem zaprzestania pomocy Ukrainie. Według raportu firmy Microsoft, w okresie luty-maj 2022 r. Rosja

²³ Reakcja UE na państwową strategię inwestycyjną Chin, Europejski Trybunał Obrachunkowy, 2020 r. str. 22.

²⁴ Andrzej Kochan *Cyberbezpieczeństwo systemów sterowania ruchem kolejowym* w: Inżynier Budownictwa nr 1, Warszawa 2021 r., str. 71-75.

²⁵ Zespół powołany do reagowania na zdarzenia naruszające bezpieczeństwo w sieci Internet, działający w strukturach Naukowej i Akademickiej Sieci Komputerowej.

²⁶ Dane za NASK, dostęp 28.02.2023 r.: <https://www.nask.pl/pl/aktualnosci/5074,Podstawowy-poziom-cyberdojrzalosci-w-transporte.html>

²⁷ Rosja nasila ataki cybernetyczne na ukraińską infrastrukturę krytyczną. Portal Wszystko co Najważniejsze, dostęp 28.02.2023 r.: <https://wszystkoconajwazniejsze.pl/pepites/rosja-nasila-ataki-cybernetyczne-na-ukrainska-infrastrukture-krytyczna/>

przeprowadziła cyberataki w 42 państwach, których głównym celem były agencje rządowe (49%) oraz instytucje zarządzające infrastrukturą krytyczną (19%). Najczęściej atakowanym krajem była Polska – 8% wszystkich przypadków.²⁸ Przykładem takiego działania wojny hybrydowej był cyberatak przeprowadzony w kwietniu 2022 r. atak rosyjskich hakerów na czeską kolej – w szczególności doszło do cybernetycznego ataku na strony internetowe i system sprzedaży biletów spółki České dráhy.²⁹

Ataki na sieci informatyczne z powyższego obszaru stanowić mogą poważne zagrożenie i prowadzić do paraliżu komunikacyjnego i poważnych strat. Ich zabezpieczenie jest obecnie ważnym elementem systemu bezpieczeństwa i wymaga przemyślanych działań, w tym w zakresie dostępu do nich. Dopuszczenie podmiotów trzecich z krajów o ograniczonym zaufaniu do budowy takiej infrastruktury, zwłaszcza w zakresie jej otoczenia informatycznego nieść może w przyszłości poważne zagrożenia.

Podsumowując, biorąc pod uwagę szereg takich czynników jak:

- ważność sektora budownictwa na polską gospodarkę i jego pozytywny wpływ na otoczenie społeczno-gospodarcze;
- kwestie możliwych zaburzeń konkurencji na rynku budownictwa infrastrukturalnego, wynikających z ekspansji podmiotów spoza Unii Europejskiej, mogących korzystać z pomocy państw pochodzenia;
- negatywny wpływ na przebieg i realizację projektów infrastrukturalnych wynikający z wyboru Wykonawców mających małe lub zerowe doświadczenie w realizacji projektów na rynku polskim/unijnym;
- kwestie bezpieczeństwa i ochrony infrastruktury krytycznej;

warto zastanowić się nad zniesieniem w zasadzie nieograniczonego dostępu do krajowego rynku zamówień publicznych w branży infrastrukturalnej dla podmiotów spoza Unii Europejskiej. Jak pokazuje przeprowadzona analiza, utrzymywanie obecnego stanu rzeczy i brak ograniczeń dla możliwości ubiegania się o zamówienia infrastrukturalne przez wspomniane firmy niesie za sobą szereg ryzyk i może być bardzo niekorzystne z punktu widzenia zasady konkurencyjności. Problem ten został zauważony w innych krajach. W dalszych punktach dokonano analizy przepisów prawnych dotyczących zamówień publicznych i zapisów dokumentów przetargowych w wybranych krajach trzecich, których celem jest właśnie ograniczenie dostępu do zleceń dla firm niepochodzących z Unii Europejskiej.

²⁸ Anna Maria Dyner *Działania hybrydowe Rosji przeciw państwom NATO i UE* Polski Instytut Spraw Międzynarodowych. Dostęp 28.02.2023 r.: <https://www.pism.pl/publikacje/dzialania-hybrydowe-rosji-przeciw-panstwom-nato-i-ue>

²⁹ *Atak rosyjskich hakerów na czeską kolej, dwa lotniska i ministerstwo* Rynek Kolejowy. Dostęp 28.02.2023 r.: <https://www.rynek-kolejowy.pl/mobile/atak-rosyjskich-hakerow-na-czeska-kolej-dwa-lotniska-i-ministerstwo-107727.html>



2 Analiza przepisów prawnych dotyczących zamówień publicznych i postanowień dokumentów przetargowych w wybranych krajach Unii Europejskiej

2.1 Znaczenie zasad prawa zamówień publicznych

Analiza warunków i wymagań określanych w dokumentach dotyczących konkretnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego nie powinna być dokonywana w oderwaniu od znaczenia i roli naczelných zasad rządzących prawem zamówień publicznych. Do nich zaliczyć należy: zasadę równego traktowania, zasadę proporcjonalności oraz zasadę przejrzystości³⁰. Wskazane zasady, wywodzące się z prawa unijnego, statuują generalne ramy prawne dotyczące całego procesu wydatkowania środków publicznych w ramach procesów zakupowych, w tym udzielania zamówień. Mowa przy tym o okresie już od etapu identyfikowania potrzeb instytucji zamawiających, planowania i określania wymagań, poprzez prowadzenie postępowania, aż do realizacji przedmiotu zamówienia. Obowiązek przestrzegania powyższych zasad zmierza do wspierania rozwoju uczciwej konkurencji, efektywnego wydatkowania środków publicznych oraz umożliwienia prawidłowej kontroli decyzji podejmowanych w trakcie procesu udzielania zamówień publicznych, jak również zapewnienia, że środki wprowadzane w drodze procedury przetargowej pozostają właściwe dla osiągnięcia zakładanych celów i nie wykraczają poza to, co jest niezbędne dla ich zrealizowania. Wymienione powyżej zasady zostały określone jako obowiązki zamawiających i z uwagi na swoją treść wzajemnie się uzupełniają.

Kluczowe zasady prawa zamówień publicznych.

Zasada równego traktowania wykonawców nakazuje zapewnienie wykonawcom udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na tych samych, znanych wcześniej warunkach, oraz prowadzenia postępowania w ten sposób, aby „sztucznie” nie ograniczać konkurencji. Zasada ta nie stoi w sprzeczności z wymaganiami nakładanymi na wykonawców, z tym zastrzeżeniem, że wymagania te muszą być nakładane na wykonawców w takim samym zakresie³¹.

W oparciu o **zasadę proporcjonalności** wybory dokonywane przez instytucje zamawiające oraz wymagania stawiane wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia powinny być adekwatne do potrzeb, rodzaju i zakresu zamówienia, czyli być racjonalnie proporcjonalne do przedmiotu zamówienia (z uwzględnieniem w szczególności jego rodzaju i zakresu). Na tle dorobku orzeczniczego TSUE można uznać, że właściwym narzędziem dla oceny, czy wprowadzane warunki udziału w postępowaniu, opis przedmiotu zamówienia, kryteria oceny ofert itp. są proporcjonalne jest przeprowadzenie tzw. „testu proporcjonalności” w stosunku do podejmowanych rozstrzygnięć i decyzji. Oznacza to sprawdzenie, czy spełniają one cztery przesłanki: 1) czy są stosowane w sposób niedyskryminujący, 2) czy są uzasadnione względami interesu publicznego, 3) czy są odpowiednie dla osiągnięcia celu, któremu służą, oraz 4) czy nie

³⁰ W prawie Unii Europejskiej niniejsze zasady zostały wyrażone w art. 18 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz.UE.L Nr 94, str. 65), art. 36 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz.Urz.UE.L Nr 94, str. 243), art. 4 dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywę 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz.Urz.UE.L Nr 216, str. 76).

³¹ *Vide* wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 10.10.2013 r., sygn. akt: C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregaende Uddannelser v. Manova A/S. W niniejszej sprawie Trybunał rozstrzygał mając za przedmiot rozważenie dopuszczalności uzupełniania przez wykonawcę dokumentów, po upływie terminu ich składania.

są nadmierne i nie wykraczają poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia tego celu (czy nie można osiągnąć tego celu przy pomocy mniej restrykcyjnych środków)³².

Zasada przejrzystości oznacza, że procedura przetargowa zawiera jasne reguły oraz, że istnieją środki służące do weryfikacji prawidłowości ich stosowania³³.

2.2 Zamówienia publiczne na infrastrukturę krytyczną na przykładzie Łotwy.

2.2.1 Znaczenie infrastruktury krytycznej

Jednym ze szczególnych zadań państwa, które realizowane są przy pomocy instrumentów gwarantowanych przez prawo zamówień publicznych jest tworzenie i utrzymywanie infrastruktury o znaczeniu strategicznym z punktu widzenia m.in. bezpieczeństwa narodowego, stabilności i rozwoju gospodarczego. W prawie Unii Europejskiej taką infrastrukturę określa się pojęciem „infrastruktury krytycznej”. Zgodnie z art. 2 lit. a dyrektywy Rady 2008/114/WE z dnia 8 grudnia 2008 r. w sprawie rozpoznawania i wyznaczania europejskiej infrastruktury krytycznej oraz oceny potrzeb w zakresie poprawy jej ochrony (Dz.Urz.UE.L Nr 345, str. 75), przez pojęcie „infrastruktury krytycznej” należy rozumieć *„Składnik, system lub część infrastruktury zlokalizowane na terytorium państw członkowskich, które mają podstawowe znaczenie dla utrzymania niezbędnych funkcji społecznych, zdrowia, bezpieczeństwa, ochrony, dobrobytu materialnego lub społecznego ludności oraz których zakłócenie lub zniszczenie miałyby istotny wpływ na dane państwo członkowskie w wyniku utracenia tych funkcji. Z kolei zgodnie z art. 2 lit. b dyrektywy przez pojęcie „europejskiej infrastruktury krytycznej” należy rozumieć „infrastrukturę krytyczną zlokalizowaną na terytorium państw członkowskich, której zakłócenie lub zniszczenie miałyby istotny wpływ na co najmniej dwa państwa członkowskie. To, czy wpływ jest istotny, ocenia się w odniesieniu do kryteriów przekrojowych. Obejmuje to skutki wynikające z międzysektorowych współzależności z innymi rodzajami infrastruktury.”*

Geneza pojęcia.

Określenie „infrastruktura krytyczna” po raz pierwszy zostało użyte w latach dziewięćdziesiątych XX wieku i miało związek z poważnymi awariami sieci energetycznej w Stanach Zjednoczonych, skutkującymi utrudnieniami funkcjonowania dla milionów obywateli³⁴. Przyczynami do wzmożonej debaty związanej z ochroną infrastruktury krytycznej w Europie były zamachy terrorystyczne z 11 września 2001 r. mające miejsce w Stanach Zjednoczonych, a następnie zamachy z 2004 r. z Londynu i Madrytu. Uświadomiły one, po pierwsze, jak dramatyczne konsekwencje mogą mieć ataki nakierowane na najbardziej newralgiczne infrastruktury; po drugie, jak bardzo poszczególne elementy infrastruktury są współzależne, oraz w końcu to, że zagrożeniem dla funkcjonowania państw mogą być nie tylko aktorzy państwowi, ale także podmioty niepaństwowe³⁵. W następstwie,

³² H. Nowak R. Winiarz (red.), [w:] „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz”, str. 157-158, Urząd Zamówień Publicznych, 2021 r.

³³ A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj (red.), [w:] „Komentarz do dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, Europejskie prawo zamówień publicznych”, komentarz do art. 18, wyd. III, 2016 r.

³⁴ J. Milewski [w:] „Systemowe wymogi bezpieczeństwa. Identyfikacja infrastruktury krytycznej i jej zagrożeń”, Zeszyty Naukowe AON nr 4 (105), 2016 r.

³⁵ J. Świątkowska (red.), [w:] „Bezpieczeństwo infrastruktury krytycznej wymiar teleinformatyczny”, str. 5-9, Instytut Kościuszki, 2014 r.

poszczególne państwa i organizacje międzynarodowe jak Unia Europejska zintensyfikowały swoje działania, których celem stała się ochrona infrastruktury krytycznej. Bieżąca sytuacja polityczna związana z wybuchem wojny w Ukrainie przekonuje, że niniejsza problematyka nie traci na aktualności.

Wychodząc naprzeciw wyzwaniom wynikającym z konieczności zapewnienia ochrony infrastrukturze krytycznej, państwa członkowskie UE podejmują szereg działań związanych z jej zabezpieczeniem. Dla celów zakładanych w niniejszym raporcie przedstawione zostaną środki prawne przewidziane przez organy Łotwy. Przedmiotowa analiza została zawężona do wpływu podejmowanych działań na postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

2.2.2 Ochrona infrastruktury krytycznej w Łotwie

Zgodnie z działem 22.² ustawy o bezpieczeństwie narodowym³⁶ w prawie łotewskim za infrastrukturę krytyczną uznano „*obiekty, systemy lub ich części oraz usługi zlokalizowane w Republice Łotewskiej, które są istotne dla zapewnienia realizacji ważnych funkcji publicznych, a także ochrony zdrowia ludzkiego, bezpieczeństwa, dobrobytu ekonomicznego lub społecznego, a zniszczenie lub zakłócenie ich działania miałyby istotny wpływ na realizację funkcji państwa, z wyjątkiem krytycznych usług finansowych wymienionych w § 22.3 ustawy (...)*”.

Zgodnie z ww. regulacją prawną dokonano klasyfikacji infrastruktury krytycznej, wyróżniając:

- 1) Państwową szczególnie ważną infrastrukturę krytyczną (kategoria A infrastruktury krytycznej), której zniszczenie lub ograniczenie zdolności operacyjnej znacząco zagraża administracji państwowej i bezpieczeństwu narodowemu;
- 2) Państwową ważną infrastrukturę krytyczną (kategoria B infrastruktury krytycznej), której zniszczenie lub ograniczenie zdolności operacyjnej utrudnia zarządzanie państwem oraz zagraża bezpieczeństwu publicznemu i państwowemu;
- 3) Infrastrukturę krytyczną samorządów lokalnych i sektorów (kategoria C infrastruktury krytycznej), której zniszczenie lub ograniczenie zdolności operacyjnej utrudnia działalność samorządu lokalnego lub sektora oraz zagraża bezpieczeństwu publicznemu;
- 4) Infrastrukturę krytyczną sektorów (kategoria D infrastruktury krytycznej), której zniszczenie lub ograniczenie zdolności operacyjnej lub przerwanie świadczenia krytycznych usług ogłoszonych podczas stanu wyjątkowego lub w czasie wojny znacząco zagraża bezpieczeństwu publicznemu i państwowemu.

O zakwalifikowaniu określonej infrastruktury do jednej z ww. kategorii (A, B, C lub D) decydują odpowiednie organy szczebla centralnego Łotwy na podstawie rozporządzenia Rządu nr 508 z dnia 6 lipca 2021 roku³⁷.

Zakwalifikowanie określonej infrastruktury do kategorii infrastruktury krytycznej wiąże się z wystąpieniem szeregu obowiązków po stronie organów państwa, mających na celu zapewnienie jej

³⁶ Ustawa o bezpieczeństwie narodowym z dnia 14.12.2000 r., org. Nacionālās drošības likums, dostęp aktu prawnego: <https://likumi.lv/ta/id/14011-nacionalas-drosibas-likums>;

³⁷ Rozporządzenie Rządu nr 508 z dnia 6.07.2021 r. ws. Procedury badania infrastruktury krytycznej, w tym europejskiej infrastruktury krytycznej oraz planowania i wdrażania działań bezpieczeństwa i ciągłości działania. Wydane na podstawie §22.2, ustęp szósty ustawy o bezpieczeństwie narodowym, org. Ministru kabineta noteikumi Nr. 508 Kritiskās infrastruktūras, tajā skaitā Eiropas kritiskās infrastruktūras, apzināšanas, drošības pasākumu un darbības nepārtrauktības plānošanas un īstenošanas kārtība. Izdoti saskaņā ar Nacionālās drošības likuma 22.2 panta sesto daļu, dostęp do aktu prawnego: <https://likumi.lv/ta/id/324689-kritiskas-infrastrukturas-taja-skaita-eiropas-kritiskas-infrastrukturas-apzinasanas-drosibas-pasakumu-un-darbibas-nepartrauktibas-planosanas-un-istenosanas-kartiba>.

odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa. Jednym z takich obowiązków jest limitacja dostępu do informacji ważnych dla funkcjonowania infrastruktury krytycznej.

Zgodnie z art. 16 rozporządzenia Rządu nr 508 z dnia 6.07.2021 r. Służba Bezpieczeństwa Państwa, Biuro Ochrony Konstytucji lub Służba Wywiadu i Bezpieczeństwa może dokonać weryfikacji pracowników infrastruktury krytycznej lub europejskiej infrastruktury krytycznej, a także właściciela, członków zarządu i pracowników przedsiębiorstwa, jeśli przedsiębiorstwo świadczy usługi w ramach infrastruktury krytycznej, i mają oni dostęp do informacji lub sprzętu technologicznego ważnego dla funkcjonowania infrastruktury krytycznej lub europejskiej infrastruktury krytycznej, lub jeśli świadczą usługi ważne dla funkcjonowania infrastruktury krytycznej lub europejskiej infrastruktury krytycznej. Ocena obejmuje badanie podmiotu pod kątem przestępstw umyślnych oraz faktów, które budzą wątpliwości co do jego zdolności do zachowania poufności lub dostępu do informacji o ograniczonym dostępie lub tajnych. Na podstawie wyników weryfikacji odpowiednia instytucja bezpieczeństwa państwowego udziela rekomendacji właścicielowi lub posiadaczowi praw do infrastruktury krytycznej lub europejskiej infrastruktury krytycznej, dotyczących wprowadzenia działań zwiększających bezpieczeństwo.

Mając na uwadze, że regulacje prawne dotyczące infrastruktury krytycznej oddziałują na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia, **z perspektywy wykonawców, praktycznym skutkiem obowiązywania wyżej wskazanych regulacji, ujawniającym się już na etapie postępowania, jest konieczność uzyskania pozytywnej rekomendacji organów centralnych Łotwy dot. możliwości udostępnienia informacji ważnych dla funkcjonowania infrastruktury krytycznej, np. dokumentacji technicznej.**

W praktyce niniejsza procedura przedstawia się następująco³⁸:

- 1) Na podstawie informacji zamieszczonych w zaproszeniu do składania ofert wstępnych wykonawca zwraca się do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie informacji objętych ograniczonym dostępem;
- 2) Zamawiający następnie kieruje do odpowiedniego organu centralnego wniosek o wydanie rekomendacji w przedmiocie możliwości udostępnienia informacji dot. infrastruktury krytycznej określonego wykonawcy;
- 3) Organ centralny wydaje rekomendację oceniając przeszłość wykonawcy pod kątem przestępstw umyślnych oraz faktów, które budzą wątpliwości co do jego zdolności do zachowania poufności lub dostępu do informacji o ograniczonym dostępie lub tajnych;
- 4) W przypadku wydania pozytywnej rekomendacji, wykonawca zobowiązany jest do zawarcia umowy o zachowaniu poufności.

Co istotne, ww. akty prawne nie przedstawiają szczegółowych kryteriów oceny sytuacji podmiotowej wykonawcy ani też nie precyzują przesłanek pozwalających wydać rekomendację pozytywną lub negatywną³⁹. Pewną wskazówkę odnoszącą się do kryteriów weryfikacji wykonawców przedstawiają „Wytyczne dotyczące opracowywania planu ciągłości operacji infrastruktury krytycznej w przypadku zagrożenia dla bezpieczeństwa publicznego”, stanowiące załącznik nr 2 do rozporządzenia Rządu nr 508 z dnia 6.07.2021 roku. Zgodnie z pkt 8 tego aktu „zaleca się nie korzystać z technologii produkowanych przez firmy, których reputacja w Unii Europejskiej i państwach członkowskich NATO

³⁸ Vide pkt. 1.9 Zaproszenia do składania ofert wstępnych w procedurze konkurencyjnej z negocjacjami „Budowa głównej linii kolejowej Baltica w Łotwie” (Nr identyfikacyjny zamówienia EDZL 2021/6 CEF), <https://pvs.iub.gov.lv/show/674614>.

jest kwestionowana ze względu na podejrzenia naruszenia prywatności, nieautoryzowanego pozyskiwania informacji niepublicznych lub zagrożeń dla bezpieczeństwa narodowego”.

2.3 Ograniczenia dostępu do zamówień dla wykonawców z państw trzecich na przykładzie Słowacji

2.3.1 Wykluczanie wykonawców jako instrument zapewnienia realizacji celów zamówień publicznych

Przedstawiając rozwiązania prawne przyjęte w Słowacji w odniesieniu do wykonawców z państw trzecich, należy w pierwszej kolejności przedstawić ogólne założenia, istotę i cele konstrukcji prawnej, dotyczącej wykluczania wykonawców z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Konstrukcja prawna dotycząca wykluczenia wykonawcy z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego pełni kluczową rolę w kontekście uzyskiwania efektywności tychże zamówień. Jej celem jest przede wszystkim minimalizacja ryzyka niewykonania, bądź nienależytego wykonania zamówienia publicznego przez określone kategorie wykonawców (Performance risk), jak również minimalizacja ryzyka utraty reputacji przez zamawiających w wyniku współpracy z nieodpowiednimi wykonawcami (Reputational risk).

Konstrukcja wykluczenia wraz z mechanizmem tzw. „samooczyszczenia” (Self-cleaning) powinna być również traktowana jako środek prowadzący do podniesienia standardów obowiązujących u kontrahentów sektora publicznego, wpływając stopniowo na poprawę jakości całego systemu zamówień publicznych⁴⁰.

Regulacja poświęcona wykluczeniu wykonawców z postępowania jest obecna we wszystkich aktach normatywnych [państw członkowskich UE oraz EFTA], których przedmiotem jest udzielanie zamówień publicznych. Analiza komparatystyczna tychże regulacji wskazuje na wspólny koncept, którym jest generalnie rzecz ujmując intencja współpracy przez zamawiających wyłącznie z rzetelnymi i uczciwymi wykonawcami⁴¹.

Przepisy Dyrektywy 2014/24/UE przewidują dwie podstawowe grupy sytuacji, których wystąpienie może prowadzić do wykluczenia danego wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Chodzi generalnie o przesłanki obligatoryjne (art. 57 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE) i przesłanki fakultatywne (art. 57 ust. 4 Dyrektywy 2014/24/UE)⁴².

W przypadku obligatoryjnych podstaw wykluczenia prawo zamówień publicznych przewiduje sytuacje, w których wykonawca bezwzględnie podlega eliminacji z postępowania. Zgodnie z dyrektywami zamówieniowymi chodzi o przypadki, w których dany wykonawca np. dopuścił się udziału w organizacji przestępczej, korupcji, czy finansowania terroryzmu. Podstawy te uwzględnia się w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W przypadku fakultatywnych podstaw wykluczenia to od decyzji zamawiającego zależy, czy w danym postępowaniu, po stwierdzeniu określonych okoliczności dojdzie do wykluczenia wykonawcy. Dla przykładu wskazać można zawarcie przez wykonawcę z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji czy sytuacje, w których wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy,

⁴⁰ Piotr Bogdanowicz, Jan Roliński (red.) „Przesłanki wykluczenia – praktyka stosowania w krajach UE oraz EFTA”, Stowarzyszenie Prawa Zamówień Publicznych, Warszawa, 2019 r.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Ibidem.

odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Jak pokazuje analiza rozwiązań przyjętych w krajach UE oraz EFTA, w państwach, które wdrożyły do prawa krajowego fakultatywne przesłanki wykluczenia, występują co najmniej dwa, zupełnie odmienne, podejścia do ich implementacji. Można je scharakteryzować w następujący sposób:

- 1) Pozostawienie instytucji zamawiającej całkowitej swobody, co przejawia się w tym, że to ona decyduje o zastosowaniu danej przesłanki w danym postępowaniu w dokumentach zamówienia (najczęściej oczywiście w ogłoszeniu o zamówieniu⁴³. Oznacza to, że do instytucji zamawiającej należy każdorazowo decyzja, czy w ogóle zamierza ona brać daną przesłankę pod uwagę w postępowaniu. Innym słowy, instytucja zamawiająca może zdecydować, że w danym postępowaniu nie bada przesłanek fakultatywnych, lub bada tylko wybrane.⁴⁴

Jak się wydaje, w ramach tego systemu można wyróżnić dodatkowe modele:

- a. Instytucja zamawiająca wskazuje, że będzie badała daną fakultatywną podstawę wykluczenia, czyni z niej niejako automatycznie podstawę do obligatoryjnego wykluczenia. Oznacza to, że w przypadku wystąpienia sytuacji w niej wskazanej w praktyce nie bada się tego, czy ewentualne wykluczenie danego wykonawcy jest proporcjonalne do naruszenia, które popełnił;
 - b. Inaczej jest np. w Holandii, gdzie w ramach przewidzianej przesłanki fakultatywnej dodatkowo następuje obowiązkowe badanie proporcjonalności, które poprzedza ewentualną decyzję o wykluczeniu, jeżeli tylko zamawiający ogłosi w jaki sposób i na jakich warunkach będzie tej zasady przestrzegał;
- 2) Pozostawienie instytucji zamawiającej częściowej swobody, co przejawia się w tym, że przesłanki fakultatywne są stosowane ex lege w każdym postępowaniu, a instytucja zamawiająca jest zobowiązana do każdorazowego badania ich wystąpienia. Fakultatywność w tym przypadku oznacza zatem prawo do oceny danej sytuacji i ewentualnego braku wykluczenia danego wykonawcy, jeśli instytucja zamawiająca uzna, że byłoby to nieproporcjonalne w stosunku do popełnionego czynu, z zastrzeżeniem przestrzegania zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców.

Oba modele mają swoje wady i zalety. Przykładowo model pierwszy (pkt 1 lit. a powyżej) z jednej strony może gwarantować przejrzystość i pewność prawa na poziomie danego postępowania, instytucja zamawiająca stosuje bowiem wybrane przez siebie fakultatywne przesłanki wykluczenia w sposób bezwzględny w praktyce jak przesłanki obligatoryjne. Z drugiej jednak strony instytucja zamawiająca może w jednym postępowaniu badać określone przesłanki (oczywiście informując o tym uprzednio wykonawców), by w kolejnym już tego nie robić.

Model drugi (pkt 2) powyżej z kolei, jak się wydaje, może zwiększać konkurencyjność postępowań, ograniczając nadmierne wykluczanie wykonawców w związku z uchybieniami, które poddane ocenie zgodnie z zasadą proporcjonalności – nie będą jednak podważały ich wiarygodności i rzetelności. Nie oznacza to jednak, że zamawiającemu może być pozostawiona całkowita swoboda na etapie

⁴³ W procedurach bez ogłoszenia, w informacji przekazywanej zapraszającym wykonawcom.

⁴⁴ *Vide* wyrok TSUE z 14 grudnia 2016 r., w sprawie o sygn. akt: C-171/15 Connexxion Taxi Services, EU:C:2016:948, pkt 30, w którym wskazano, że: "w zakresie możliwości wykluczenia wykonawcy za poważne wykroczenie zawodowe Królestwo Niderlandów nie zawarło warunków zastosowania art. 45 ust. 2 akapit drugi tej dyrektywy w swoich przepisach, tylko powierzyło stosowanie tego uprawnienia instytucjom zamawiającym w rozporządzeniu. Rozpatrywane w postępowaniu głównym niderlandzkie przepisy uprawniają bowiem instytucje zamawiające do ogłoszenia, że do danego zamówienia publicznego będą mieć zastosowanie fakultatywne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 45 ust. 2 tej dyrektywy." Wyrok dotyczył przepisów poprzednio obowiązującej dyrektywy 2004/18/WE, ale jego tezy pozostają wciąż aktualne.

wykluczania (stosowania przesłanki), ponieważ pozostawiałoby to wykonawców w stanie niepewności odnośnie do możliwości uczestniczenia w postępowaniu⁴⁵.

Reasumując, istotą konstrukcji prawnej, mającej na celu wykluczanie (obligatoryjne lub fakultatywne) jest wyeliminowanie z postępowania wykonawców uznanych za niewiarygodnych uczestników rynku. Takie działanie ma prowadzić do minimalizacji ryzyk związanych z niewykonaniem, bądź nienależytym wykonaniem zamówienia publicznego, jak również utraty reputacji przez zamawiających w wyniku współpracy z nieodpowiednimi wykonawcami.

Mając na uwadze, że UE aktywnie dąży do otwarcia przed europejskimi przedsiębiorstwami możliwości pozyskiwania zamówień publicznych, opowiadając się za wzajemnym otwarciem rynków zamówień publicznych państw trzecich oraz wspiera szersze stosowanie kryteriów jakości, w tym aspektów środowiskowych, społecznych, pracowniczych i innowacyjnych, możliwość wykluczania wykonawców (w tym wykonawców z państw trzecich, których udział w postępowaniach może nie gwarantować realizacji celów zamówień publicznych zakładanych w prawie UE), jako instrument zapewnienia jakości zamówień publicznych, nabiera szczególnego znaczenia.

Rada Europejska wyraziła poparcie wobec podejścia Komisji i wezwała Unię do podjęcia działań, aby „chronić swoje interesy w obliczu nieuczciwych praktyk państw trzecich, w pełni wykorzystując instrumenty ochrony handlu i nasze przepisy dotyczące zamówień publicznych, a także zapewniając faktyczną wzajemność z państwami trzecimi w zakresie zamówień publicznych”. Podkreśliła również, że „należy zapewnić uczciwą konkurencję w ramach jednolitego rynku i na szczeblu globalnym, zarówno w celu ochrony konsumentów, jak i na potrzeby wspierania wzrostu gospodarczego i konkurencyjności, zgodnie z długofalowymi interesami strategicznymi Unii”⁴⁶.

2.3.2 Pozycja wykonawców z państw trzecich na rynku zamówień publicznych w UE

Pozycja wykonawców z państw trzecich na europejskim rynku zamówień publicznych niejednokrotnie znacząco różni się od pozycji wykonawców z państw członkowskich UE. Wykonawców z państw trzecich nie zawsze obowiązują te same lub równoważne normy środowiskowe, normy społeczne, normy pracy, czy zasady pomocy państwa, do przestrzegania których zobowiązani są wykonawcy z UE. Zagrożeniem wynikającym z dysproporcji obowiązków i zakresu korzystania z pomocy publicznej wśród tych grup jest możliwość uzyskania przez wykonawców z państw trzecich przewagi konkurencyjnej w przetargach na niesymetrycznych warunkach, bez poszanowania dla wartości wyrażanych i chronionych regulacjami UE i ich odpowiednikami krajowymi.

W odniesieniu do pozycji wykonawców występujących na europejskim rynku zamówień publicznych na szczególną uwagę zasługuje komunikat Komisji nr 2019/C 271/02⁴⁷.

⁴⁵ Piotr Bogdanowicz, Jan Roliński (red.) „Przesłanki wykluczenia – praktyka stosowania w krajach UE oraz EFTA”, Stowarzyszenie Prawa Zamówień Publicznych, Warszawa, 2019 r.

⁴⁶ Posiedzenie Rady Europejskiej w dniach 21 i 22 marca 2019 r., EUCO 1/19.

⁴⁷ komunikat Komisji „Wytyczne dotyczące udziału oferentów z państw trzecich w unijnym rynku zamówień publicznych oraz wprowadzania na ten rynek towarów z państw trzecich (2019/C 271/02)”.

Pkt. 1 niniejszego komunikatu brzmi:

„Udział oferentów z państw trzecich w unijnym rynku zamówień publicznych oraz wprowadzanie na ten rynek towarów z państw trzecich.

UE aktywnie dąży do otwarcia przed europejskimi przedsiębiorstwami możliwości pozyskiwania zamówień publicznych, opowiadając się za wzajemnym otwarciem rynków zamówień publicznych państw trzecich. W negocjacjach międzynarodowych UE wspiera szersze stosowanie kryteriów jakości, w tym aspektów środowiskowych, społecznych, pracowniczych i innowacyjnych, oraz ambitne otwarcie międzynarodowych rynków zamówień publicznych.

UE zobowiązała się w szeregu umów międzynarodowych (takich jak Porozumienie w sprawie zamówień rządowych i dwustronne umowy o wolnym handlu z rozdziałami dotyczącymi zamówień publicznych) do zapewnienia dostępu do swojego rynku zamówień publicznych w odniesieniu do niektórych robót budowlanych, dostaw, usług i wykonawców z kilku państw trzecich.

W związku z tym w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych przewidziano, że nabywcy publiczni w UE przyznają robotom budowlanym, dostawom, usługom i wykonawcom sygnatariuszy wspomnianych umów i porozumienia traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie przyznane robotom budowlanym, dostawom, usługom i wykonawcom Unii w zakresie, w którym objęto je w tych umowach i w porozumieniu.

Poza tym zobowiązaniem wykonawcy z państw trzecich, którzy nie zawarli żadnej umowy przewidującej otwarcie unijnego rynku zamówień publicznych lub których towary, usługi i roboty budowlane nie są objęte taką umową, nie mają zapewnionego udziału w procedurach udzielania zamówień publicznych w UE i mogą zostać z nich wykluczeni.”

Mimo że wytyczne przedstawione w komunikacie nie są same w sobie źródłem prawa, a jedynie instrumentem o charakterze tzw. „soft law”, to mają doniosłe znaczenie dla instytucji zamawiających. Wytyczne zostały wydane celem wsparcia zamawiających w zapewnieniu równych warunków działania dla unijnych oferentów, towarów i usług oraz zrozumieniu praktycznych aspektów procedur udzielania zamówień publicznych określonych w stosownych przepisach UE w sytuacji, gdy w przetargu biorą udział uczestnicy z państw trzecich, czyli poza UE. Ich celem jest również propagowanie zasady polegającej na uwzględnianiu w procedurach udzielania zamówień publicznych nie tylko cen, ale również europejskich norm, w szczególności norm w dziedzinie pracy, środowiska i bezpieczeństwa, które mają na celu gwarantowanie poszanowania wartości wyznawanych przez kraje członkowskie UE.

Ze względu na to, że Unia Europejska zobowiązała się w szeregu umów międzynarodowych do otwarcia swojego rynku zamówień publicznych na rzecz niektórych państw trzecich, w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych⁴⁸ przewidziano, że zamawiający z UE przyznają robotom budowlanym, dostawom, usługom i wykonawcom sygnatariuszy tych umów traktowanie nie mniej korzystne niż traktowanie przyznane robotom budowlanym, dostawom, usługom i wykonawcom Unii w zakresie, w którym objęto je w tych umowach. Oznacza to, że wykonawcy z krajów trzecich, które są stronami odpowiednich umów międzynarodowych z Unią Europejską, mają zagwarantowany dostęp do rynku unijnych zamówień publicznych na zasadach wzajemności.

⁴⁸ Szczególną kategorią zamówień są zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, które nie są objęte niniejszymi umowami.

W kontekście międzynarodowym traktaty zawarte przez UE określają, kto uzyskał dostęp do unijnego rynku zamówień publicznych. Najważniejszym w tej kwestii traktatem jest Porozumienie w sprawie zamówień rządowych (GPA), które otwiera unijny rynek zamówień publicznych przed innymi stronami porozumienia.

Porozumienie w sprawie zamówień rządowych (Government Procurement Agreement – „GAP”) zawarte w ramach Światowej Organizacji Handlu (WTO) jest międzynarodową umową plurilateralną, mocą której strony tej umowy zobowiązały się do stosowania podstawowych reguł w dziedzinie zamówień publicznych, zapewniających przejrzystość, konkurencyjność i dobre zarządzanie. Jego zakresem objęte są zamówienia na towary, usługi i główne inwestycje budowlane w zakresie wskazywanym przez każde z państw członkowskich. Celem GPA jest zapewnienie możliwie szerokiego otwarcia rynków zamówień publicznych na międzynarodową konkurencję.

Obecnie stronami GPA jest 21 członków WTO, w tym Unia Europejska i jej państwa członkowskie, które liczą się jako jedna strona. Zrewidowane GPA, które podpisano w dniu 30 marca 2012 r., weszło w życie w dniu 6 kwietnia 2014 r.

Zgodnie z ww. komunikatem Komisji, wykonawcy z państw trzecich, które nie zawarły żadnej umowy przewidującej otwarcia unijnego rynku zamówień publicznych lub których towary, usługi i roboty budowlane nie są objęte taką umową, nie mają zapewnionego udziału w procedurach udzielania zamówień publicznych w UE i mogą zostać z nich wykluczeni. Niniejsze podejście ma na celu symetryczne gwarantowanie dostępu do rynku zamówień publicznych, tak wykonawcom z państw trzecich w UE, jak wykonawcom z UE w państwach trzecich.

2.3.3 Środki prawne ograniczające dostęp do zamówień podmiotom z państw trzecich przyjęte w Słowacji

Na mocy nowelizacji słowackiej ustawy o zamówieniach publicznych⁴⁹ w Słowacji wprowadzono ograniczenia w procesie udzielania zamówień publicznych wobec wykonawców z państw trzecich. Ustawa przewiduje wprost, że zamawiający mogą wykluczać wykonawców lub odrzucać oferty wykonawców mających siedziby w państwach trzecich, z którymi Republika Słowacka lub Unia Europejska nie zawarła umowy międzynarodowej, gwarantującej równy i skuteczny dostęp do zamówień publicznych w tym państwie trzecim dla podmiotów gospodarczych z siedzibą w Republice Słowackiej. Podobny mechanizm przewidziano w odniesieniu do podwykonawców – z tą różnicą, że w pierwszej kolejności zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę do zastąpienia danego podmiotu, podmiotem niepodlegającym wykluczeniu w myśl niniejszych przepisów. Charakter wprowadzonych przepisów prawnych pozwala przyjąć, że co do zasady to od decyzji zamawiającego będzie zależało, czy wobec takiego wykonawcy zastosowane zostaną przesłanki wykluczenia.

W niektórych przypadkach wykluczenie wykonawców mających siedzibę w państwach trzecich będzie obligatoryjne – określenie okoliczności oraz wskazanie podmiotów podlegających obligatoryjnemu wykluczeniu przekazano w drodze delegacji do doprecyzowania przez rząd w drodze rozporządzenia.

Na podstawie niniejszej regulacji ustawowej słowacki urząd zamówień publicznych we współpracy z Ministerstwem Spraw Zagranicznych i Europejskich oraz Ministerstwem Finansów Republiki

⁴⁹ W brzmieniu nadanym przez ustawę o zamówieniach publicznych oraz zmianie niektórych ustaw z 18.11.2015 r., oryg. 343 zákon o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov oraz 86 zákon z 23. marca 2022, ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, dostęp do aktu prawnego: <https://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/2015/343/20230101>

Słowackiej sporządził listę państw trzecich, którym zagwarantowano dostęp i równe traktowanie w procesie zamówień publicznych w Republice Słowackiej na warunkach określonych w umowie międzynarodowej. Przedmiotowa lista państw trzecich wyróżnia trzy podstawowe kategorie umów międzynarodowych:

- 1) Traktaty międzynarodowe zawarte przez Unię Europejską - wykaz w części I;
- 2) Traktaty międzynarodowe zawarte przez Republikę Słowacką - wykaz w części II,
- 3) Traktaty wielostronne - Porozumienie w sprawie zamówień rządowych Światowej Organizacji Handlu (GPA) i Konwencja Karty Energetycznej - wykaz w części III i IV.

W praktyce istotne znaczenie mają dokumenty dotyczące zamówień. Zgodnie z wytycznymi słowackiego urzędu zamówień publicznych, zamawiający na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinni wskazywać na możliwość wykluczenia wykonawców z państw trzecich, z którymi nie zawarto umowy międzynarodowej⁵⁰.

Powyższe oznacza, że regulacje ustawowe pozwalają na wprowadzenie do dokumentów zamówienia informacji, że konkretne podmioty nie mogą ubiegać się o dane zamówienie. Jeśli zaś podmiot złoży wniosek lub ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jest podmiotem podlegającym wykluczeniu – nie będzie mógł skutecznie takiego zamówienia uzyskać na terenie Słowacji.

2.4 Znajomość języka czeskiego jako jeden z wymogów względem personelu kluczowego w postępowaniach prowadzonych w Czechach.

Prawodawca unijny, celem umożliwienia zamawiającym oceny indywidualnej sytuacji wykonawców z punktu widzenia możliwości realizacji zamówienia, zgodnie z dyrektywami zamówieniowymi, przewidział uprawnienia, na mocy których zamawiający mogą nakładać na wykonawców kryteria dotyczące kwalifikacji podmiotowej.

Dyrektywy zamówieniowe jedynie kierunkowo wskazują sposób doboru kwalifikacji podmiotowej, nie precyzując, jakiego rodzaju konkretne kryteria powinny być wypełnione. Poszczególne kryteria powinny być dobierane do konkretnego zamówienia, a w szczególności do oczekiwanych predyspozycji wykonawców, które umożliwiają realizację zamówienia.

Dyrektywy zamówieniowe przewidują, iż kryteria kwalifikacji podmiotowej wprowadzane przez zamawiających mogą dotyczyć:

- 1) Kompetencji do prowadzenia danej działalności zawodowej;
- 2) Sytuacji ekonomicznej i finansowej;
- 3) Zdolności technicznej i zawodowej.

Co istotne, zamawiający uprawnieni są do nakładania na wykonawców tylko takich kryteriów, które są odpowiednie do zapewnienia, że kandydat lub oferent posiadają zdolność prawną, finansową, techniczną i zawodową niezbędne do realizacji udzielanego zamówienia. Dopuszczalne jest ustanawianie tylko takich wymagań, które związane są z przedmiotem zamówienia i są proporcjonalne do tego przedmiotu.

Odnosząc powyższe do porządku prawnego Czech należy wskazać, że w ustawie o udzielaniu zamówień publicznych uregulowano kwestie związane z kwalifikacją podmiotową wykonawców, przewidując następujące kryteria: podstawowe zawodowe, ekonomiczne oraz techniczne.

⁵⁰ Vide pkt 24.6, 27.3.1.3, 28.1 dokumentów przetargowych dot. „Modernizácia železničnej trate Žilina – Košice, úsek trate Poprad Tatry (mimo) – Krompachy. Časť: A.1 Poprad Tatry (mimo) – Vydrník”.

Podstawowym aktem prawnym regulującym system zamówień publicznych w Czechach jest ustawa nr 134 z dnia 19 kwietnia 2016 r. o udzielaniu zamówień publicznych⁵¹, która weszła w życie z dniem 1 października 2016 r. Jest to kompleksowy akt prawny, za pomocą którego implementowano do czeskiego porządku prawnego przepisy unijnego prawa zamówień publicznych.

Pod pojęciem kryteriów podstawowych ustawa faktycznie rozumie przesłanki wykluczenia wykonawców. Związane są one, podobnie jak w polskim systemie zamówień publicznych, m.in. z prawomocnym skazaniem za niektóre przestępstwa, w tym przestępstwa skarbowe, związane z zaległościami podatkowymi lub opłatami na system ubezpieczeń społecznych, likwidacją wykonawcy, itp. Ich zaistnienie powoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania. Wykazanie braku podstaw wykluczenia następuje za pomocą wyciągów z odpowiednich rejestrów karnych, rejestrów przedsiębiorców, zaświadczeń organów podatkowych lub organów właściwych w zakresie ubezpieczeń społecznych lub płatności związanych z zatrudnieniem, czy też oświadczeń samego wykonawcy.

Z kolei kryteria odnoszące się do kwestii zawodowych, ekonomicznych (i finansowych) lub technicznych odpowiadają polskim warunkom udziału w postępowaniu. Podlegają one również analogicznym sposobom udowodnienia⁵².

W wyniku analizy odnoszącej się do praktycznego zastosowania kryteriów technicznych w dokumentach dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia w Czechach wskazać należy, że zamawiający względem wymaganego personelu kluczowego (np. specjalisty w branży budownictwo drogowe – głównego kierownika budowy, specjalisty z zakresu budowy mostów i konstrukcji inżynierskich – zastępcy kierownika budowy) obok wymogów dotyczących doświadczenia i kwalifikacji zawodowych, zastrzegają konieczność znajomości języka czeskiego lub słowackiego na poziomie minimalnym certyfikacji B2 lub *native*⁵³.

Dodatkowo wskazać można, że w sprawozdaniu czeskiego urzędu zamówień publicznych dot. funkcjonowania rynku zamówień publicznych w 2021 r. nie zidentyfikowano ww. wymogu jako istotnego elementu odwołań⁵⁴.

⁵¹ Ustawa nr 134/2016 o udzielaniu zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym od 1.9.2022 r., oryg. č. 134/2016 Sb., Zákon o zadávání veřejných zakázek, ve znění účinném k 1.9.2022, dostęp do aktu prawnego: https://aplikace.mvcr.cz/sbirka-zakonu/SearchResult.aspx?q=134/2016&typeLaw=zakon&what=Cislo_zakona_smlouvy.

⁵² P. Nowicki [w:] A. Kudelska, F. Kolmus (red.), „Zamówienia publiczne w Republice Czeskiej – praktyczny przewodnik”, Warszawa, 2019 r.;

⁵³ Np. dokumentacja przetargowa dot. inwestycji pn. „D35 Janov - Opatovec”, numer zamówienia publicznego: 11PT-003605, dokumentacja przetargowa dot. inwestycji pn. „D55 5501 Olomouc - Kokory”, numer zamówienia publicznego : 14PT-001085.

⁵⁴ https://www.uohs.cz/download/VZ_EN/Vyrocní-zpráva-2021-ENG_web.pdf



3 Propozycje rozwiązań dla Polski

3.1 Analiza przeszłego i obecnego stanu prawnego w Polsce

Dokonując analizy rozwiązań prawnych wpływających na możliwość udziału wykonawców w konkretnych postępowaniach o udzielenie zamówienia w wybranych państwach członkowskich UE, należy odnieść się także do regulacji o tożsamym charakterze, obowiązujących niegdyś w Polsce.

W polskim porządku prawnym do 2004 r. obowiązywało rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 1994 r. w sprawie stosowania preferencji krajowych przy udzielaniu zamówień publicznych.

Preferencje krajowe to szczególnego rodzaju wymagania lub kryteria polegające na oparciu ofert o kraj pochodzenia usługi, dostawy lub też roboty budowlanej. W ramach wskazanego rozporządzenia dopuszczalne były cztery rodzaje preferencji krajowych:

- 1) Przeliczenie ceny ofert za pomocą wskaźnika preferencji krajowych;
- 2) Obowiązek użycia co najmniej określonej części surowców i produktów krajowych do wykonania zamówienia;
- 3) Obowiązek wykonania całości prac objętych zamówieniem przez podmioty krajowe oraz przy wykorzystaniu krajowych surowców;
- 4) Ograniczenie postępowania wyłącznie do wykonawców krajowych.

Stosowanie preferencji krajowych, w zależności od ich rodzaju mogły być obowiązkiem lub uprawnieniem zamawiającego. Efektem stosowania preferencji krajowych było uprzywilejowanie polskich podmiotów w stosunku do podmiotów zagranicznych.

Po wstąpieniu Polski do Unii Europejskiej system zamówień publicznych musiał zostać dostosowany do norm unijnych aktów prawnych (w szczególności dyrektyw Unii Europejskiej z zakresu zamówień publicznych) i wywodzonych z nich zasad, m.in. równego traktowania czy niedyskryminacji wobec czego, rozporządzenie, jako regulacja sprzeczna z naczelnymi zasadami prawa UE nie mogła pozostawać dłużej w mocy obowiązującej.

Potwierdzeniem powyższego jest choćby orzeczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego⁵⁵, w którym wskazano, że przygotowując i przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający nie może (respektując wymóg zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców) wprowadzać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunków, w istocie rzeczy eliminujących z możliwości ubiegania się o to zamówienie szerokiego kręgu potencjalnych wykonawców, co odnosi się w szczególności do stawiania warunków nieadekwatnych (oraz nieproporcjonalnych) w relacji do przedmiotu zamówienia.

Co istotne, w obowiązującym porządku prawnym zamawiający, którzy zastosują preferencje krajowe mogą narazić się na nałożenie korekt finansowych w przypadku zadań dofinansowanych ze środków UE. Zgodnie z załącznikiem „Stawki procentowe stosowane przy obniżaniu wartości korekt finansowych i pomniejszeń dla poszczególnych kategorii nieprawidłowości indywidualnych” do rozporządzenia z dnia 29 stycznia 2016 r. w sprawie warunków obniżania wartości korekt finansowych oraz wydatków poniesionych nieprawidłowo związanych z udzielaniem zamówień (Dz.U. z 2021 r. poz. 2179), zastosowanie preferencji krajowych w ofercie grozi nałożeniem korekty w wysokości 10 lub 25% w zależności od rodzaju stwierdzonej nieprawidłowości

Podsumowując, w aktualnym stanie prawnym nie jest dopuszczalne preferowanie usług, dostaw czy robót budowlanych w oparciu o kraj ich pochodzenia. Takie działanie, w przypadku zamówień współfinansowanych ze środków UE może zostać obarczone nałożeniem tzw. korekty finansowej.

⁵⁵ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 20 kwietnia 2017 r., sygn. akt: II GSK 2633/15;

Warto w tym miejscu zaznaczyć, że normy prawne wyrażone w ustawie z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) implementowane do polskiego porządku prawnego z dyrektyw zamówieniowych co do zasady sprzeciwiają się działaniom o charakterze nierównościowym i dyskryminującym wykonawców.

3.1.1 Ochrona infrastruktury krytycznej w Polsce

Mając na uwadze, że w Łotwie przewidziano szczególne zasady dotyczące udzielania zamówień publicznych, związanych z ingerencją w infrastrukturę krytyczną (wyrażające się chociażby w tym, że informacje dotyczące lokalizacji tej infrastruktury, zasady jej działania, czy inne szczegółowe informacje techniczne, niezbędne dla sporządzenia oferty, mogą być przekazywane przez zamawiających wyłącznie tym wykonawcom, którzy otrzymali pozytywną rekomendację organów centralnych, odpowiadających za bezpieczeństwo infrastruktury krytycznej określonej kategorii), dla celów niniejszego raportu należy odnieść się do polskich rozwiązań prawnych w tym przedmiocie. Polski ustawodawca także dostrzegł potrzebę zabezpieczenia infrastruktury krytycznej. Podstawowymi aktami prawnymi regulującymi niniejszą materię są: ustawa z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym (Dz.U. z 2023 r. poz. 122) rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 kwietnia 2010 r. w sprawie Narodowego Programu Ochrony Infrastruktury Krytycznej (Dz.U. Nr 83, poz. 541) oraz rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 11 grudnia 2020 r. w sprawie Raportu o zagrożeniach bezpieczeństwa narodowego (Dz.U. z 2020 r. poz. 2344).

Zgodnie z art. 3 pkt 2 ustawy o zarządzaniu kryzysowym przez infrastrukturę krytyczną należy rozumieć *„systemy oraz wchodzące w ich skład powiązane ze sobą funkcjonalnie obiekty, w tym obiekty budowlane, urządzenia, instalacje, usługi kluczowe dla bezpieczeństwa państwa i jego obywateli oraz służące zapewnieniu sprawnego funkcjonowania organów administracji publicznej, a także instytucji i przedsiębiorców (...)”*.

Infrastruktura krytyczna w Polsce wyróżnia 11 systemów: zaopatrzenia w energię, surowce energetyczne i paliwa, łączności, sieci teleinformatycznych, finansowe, zaopatrzenia w żywność, zaopatrzenia w wodę, ochrony zdrowia, transportowe, ratownicze, zapewniające ciągłość działania administracji publicznej, produkcji, składowania, przechowywania i stosowania substancji chemicznych i promieniotwórczych, w tym rurociągi substancji niebezpiecznych.

Ogólnie wskazać można, że ww. regulacje określają zasady kategoryzowania obiektów jako należących do infrastruktury krytycznej, sporządzania ich wykazów, cele organów centralnych w zakresie stworzenia warunków do poprawy bezpieczeństwa infrastruktury krytycznej, w szczególności: zapobiegania zakłóceniom funkcjonowania infrastruktury krytycznej, przygotowania na sytuacje kryzysowe mogące niekorzystnie wpłynąć na infrastrukturę krytyczną, reagowania w sytuacjach zniszczenia lub zakłócenia funkcjonowania infrastruktury krytycznej, odtwarzania infrastruktury krytycznej, a ponadto wymagania i standardy służące zapewnieniu sprawnego funkcjonowania infrastruktury krytycznej.

W odróżnieniu od prawa łotewskiego, polskie regulacje prawne nie przewidują kompetencji organów do weryfikacji podmiotowej użytkowników infrastruktury krytycznej, które mogłyby znaleźć zastosowanie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Rozwiązań przyjętych w Łotwie w aktualnym kształcie nie można ocenić jednoznacznie, z jednej strony – przy założeniu, że weryfikacja wykonawców dokonywana jest w sposób rzetelny – przez nieprzekazanie kluczowych informacji o infrastrukturze krytycznej podmiotom zagrażającym bezpieczeństwu, przyczynia się do ochrony interesów Łotwy oraz innych państw członkowskich Unii Europejskiej, z drugiej strony – wydanie negatywnej rekomendacji przez organy centralne uniemożliwia danemu wykonawcy złożenie oferty zgodnej z dokumentacją przetargową, w efekcie czego uniemożliwia temu wykonawcy skuteczne ubieganie się o udzielenie zamówienia, z drugiej strony. Do wad przyjętego rozwiązania zaliczyć należy także:

- 1) Brak przejrzystości samej procedury weryfikacji – akty prawne ustanawiające obowiązki organów w tym zakresie nie precyzują zakresu czy kryteriów weryfikacji;
- 2) Potencjalne ryzyko instrumentalnego nadużywania procedury weryfikacji, celem dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty bez zachowania zasady równego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, że otoczenie prawne w Polsce sprzyja zaimplementowaniu rozwiązania przyjętego w Łotwie. Należy jednak mieć na uwadze, że ewentualne regulacje w tym zakresie nie mogą być sprzeczne z zasadami równości, niedyskryminacji i przejrzystości, zaś limitowanie dostępu do informacji o infrastrukturze krytycznej powinno zostać poddane testowi proporcjonalności.

3.1.2 Wykluczanie wykonawców z państw trzecich, z którymi Rzeczpospolita Polska lub Unia Europejska nie zawarła umowy międzynarodowej gwarantującej równy i skuteczny dostęp do zamówień publicznych

W obecnym stanie prawnym – w szczególności w ustawie Prawo zamówień publicznych – brak jest przesłanek uprawniających zamawiających do możliwości wykluczania wykonawców z państw trzecich, z którymi Rzeczpospolita Polska lub Unia Europejska nie zawarła umowy międzynarodowej gwarantującej równy i skuteczny dostęp do zamówień publicznych.

Mając na uwadze ochronę pozycji wykonawców gwarantujących rzetelność i jakość realizacji zamówień, zgodnie z celami definiowanymi przez państwa członkowskie UE, należy wskazać, że rozwiązania prawne analogiczne do przyjętych w Słowacji stanowią słuszny kierunek działań.

3.1.3 Stosowanie wymogu znajomości języka polskiego przez personel kluczowy wykonawcy

Wychodząc od praktyki stosowanej przez zamawiających w Czechach, polegającej na zastrzeganiu, obok wymogów dotyczących doświadczenia i kwalifikacji zawodowych, konieczność znajomości języka czeskiego lub słowackiego na poziomie minimalnym certyfikacji B2 lub *native* przez personel kluczowy, dla celów niniejszego raportu rozważenia wymaga, czy podobna praktyka polskich zamawiających stanowiła przedmiot zainteresowania doktryny i czy znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Analiza orzecznictwa Izby pozwala stwierdzić, że w sprawach związanych z formułowaniem przez polskich zamawiających wymogu posługiwania się językiem polskim względem personelu kluczowego wykonawców zapadły istotne wyroki. Należy wymienić wśród nich: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 360/12, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 36/17, wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 21 lipca 2005 r. UZP/ZO/0-1818/05 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2018 r., sygn. akt: KIO 630/18, KIO 635/18.

W przypadku sprawy zarejestrowanej pod sygnaturą KIO 360/12, zamawiający prowadził postępowanie na zaprojektowanie, wykonanie, dostawę, instalację, wdrożenie i wsparcie utrzymania oraz rozwój systemu informatycznego. Zgodnie ze specyfikacją zamówienia, zamawiający wymagał od wykonawców, aby dysponowali minimum dwiema osobami biegle władającymi językiem polskim, (wymóg dotyczył kierownika projektu, oraz kierownika ds. jakości projektu), a ponadto, by osoby wchodzące w skład zespołu projektowego wykonawcy (m.in analitycy biznesowi, dokumentalista, eksperci ds. wdrożenia i utrzymania) wykazywali się znajomością języka polskiego.

W toku postępowania przed Izbą zamawiający argumentował, że funkcjonalność systemu informatycznego, stanowiącego przedmiot zamówienia opracowywana jest na podstawie aktów prawnych krajowych i wspólnotowych, które publikowane są w języku polskim, które wykonawca w trakcie projektowania, realizacji oraz utrzymania systemu zobowiązany będzie śledzić, analizować oraz bazować na nich. W ocenie Zamawiającego niewystarczająca była jedynie biegła znajomość języka

programistycznego i terminologii informatycznej stosowanej wśród informatyków, ale konieczne było również rozumienie specyfiki poszczególnych procesów biznesowych czy terminologii finansowej. Zdaniem zamawiającego brak znajomości języka polskiego znacznie utrudniłby i opóźniłby realizację, a zapewnienie obecności tłumacza podniosłoby koszty realizacji zamówienia.

Odnosząc się do tak ukształtowanego warunku w postępowaniu oraz argumentacji zamawiającego Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że *„z jednej strony co prawda znajomość języka polskiego przez najważniejszy personel zaangażowany w projekt jest ułatwieniem dla Zamawiającego, jasne jest też, że usprawnia zrozumienie przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji. Jednak z drugiej strony wymóg taki, jeśli owa znajomość języka ma być biegła lub realna, de facto oznacza konieczność zaangażowania Polaków, co z kolei jest oczywistym utrudnieniem udziału w postępowaniu podmiotów zagranicznych, a więc może zostać poczytane za postanowienie pośrednio utrudniające swobodę przepływu usług pomiędzy państwami UE. Należy bowiem zwrócić uwagę, że przedmiotem zamówienia jest projekt z dziedziny informatyki, która ze swojej natury charakteryzuje się dużą internacjonalnością, między innymi ze względu na pewną uniwersalność języków programowania i umiejętności informatyków. Co prawda nie oznacza to, że nie mogą zdarzyć się sytuacje, w których podobne żądanie zamawiającego zostaną uznane za usprawiedliwione, lecz w niniejszym przypadku już z samych wyjaśnień Zamawiającego wynika niecelowość stawiania takich wymogów. Po pierwsze bowiem, skoro Zamawiający, jak sam twierdzi, nie wymaga konkretnego poziomu owej znajomości języka i nie będzie tego weryfikował np. poprzez żądanie certyfikatów językowych, a tym samym może być to jakkolwiek zasób słów lub reguł gramatycznych, który zostanie przez wykonawcę lub proponowaną na dane stanowisko osobę uznany za "znajomość języka", to trudno tu wskazać jakieś konkretne zalety takiej "znajomości", po drugie "znajomość" czy nawet "biegła znajomość" języka przez cudzoziemca nie oznacza jeszcze, że jest to stopień umiejętności pozwalający na weryfikację akurat aktów prawnych (które sprawiają trudności nawet osobom, dla których język polski jest językiem ojczystym), a co do których wymogiem jest, by posiadali wykształcenie lub wiedzę z dziedzin związanych z branżą IT, a nie z prawem. Chyba że chodzi o zwykłe techniczne porównanie aktów prawnych, na zasadzie "słowo do słowa", lecz to z kolei nie wymaga znajomości, zwłaszcza biegłej języka. Z kolei akty prawa wspólnotowego, na które powołuje się Zamawiający, publikowane są w wielu językach, więc nie stanowi to żadnego argumentu za koniecznością znajomości języka polskiego. Zamawiający nie wytłumaczył również, dlaczego "specyfika poszczególnych procesów biznesowych", która będzie opracowywana w ramach projektu, miałaby być uznana za specyfikę, dla której powstania konieczne jest jej powstanie jedynie w języku polskim, ostatecznie zarówno zasady ekonomii, jak i finansów publicznych, w tym poboru cła, znane są w wielu krajach”.*

W sprawie o sygn. akt KIO 36/17 przedmiot zamówienia dotyczył zaprojektowania oraz dostawy i montażu technologii zautomatyzowanego sortowania odpadów komunalnych. Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający wskazał, że warunkiem udziału w postępowaniu jest wykazanie dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - kierownikiem projektu, specjalistą ds. montażu, uruchomienia, optymalizacji oraz serwisu separatorów optycznych oraz specjalistą ds. serwisu linii technologicznej, które winny posiadać: "znajomość języka: władanie językiem polskim w mowie i piśmie, stopień znajomości bardzo dobry - również w odniesieniu do języka technicznego. W przypadku osób nieposiadających obywatelstwa polskiego wymagane jest załączenie certyfikatu/ świadectwa potwierdzającego znajomość języka na poziomie zaawansowanym tzw. C2 wydanym przez Państwową Komisję Poświadczania Znajomości Języka Polskiego jako Obcego (<http://A/ww,ceriyfikatpolski.pl/>) lub innej instytucji jednakże audytowanej ALTE (Association for Language Testers In Europe) potwierdzającej zgodność egzaminów z języka polskiego jako obcego z wytycznymi Rady Europy”. W odniesieniu do tak sprecyzowanego warunku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że *„stawianie tego typu warunku eliminuje z udziału w postępowaniu zagranicznych specjalistów, którzy posiadają rozbudowaną wiedzę w zakresie stosowanych technologii i zapewnić mogą Zamawiającemu wykonanie przedmiotu zamówienia na bardzo wysokim poziomie. W szczególności w ocenie Izby narusza zasadę równości i uczciwej konkurencji wymóg posiadania stosownego certyfikatu wydanego przez akredytowaną jednostkę, co w ocenie Izby jest zbyt*

daleko idącym wymogiem. Owszem zgodzić należy się z Zamawiającym, że co do współpracy Zamawiającego z wykonawcą i jego specjalistami, którzy nie posiadają obywatelstwa polskiego, koniecznym jest - przy bezpośrednim kontakcie - koniecznym jest władanie językiem polskim, jednak postawienie wymogu konieczności dysponowania odpowiednim certyfikatem, wystawionym przez konkretną jednostkę akredytowaną jest zbyt daleko idące, prowadzące do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji”.

W sprawie zarejestrowanej pod sygnaturą UZP/ZO/0-1818/05 zamówienie dotyczyło opracowania i wdrożenia kompleksowego systemu hurtowni danych i danych referencyjnych celnych i podatkowych. Zamawiający wymagał aby osoby kierowane przez wykonawcę do realizacji zamówienia, w tym kierownik projektu wykonawcy biegle posługiwały się językiem polskim. Zamawiający uzasadniał, że wprowadzenie niniejszego wymogu wynika z tego, że osoby kierowane przez wykonawcę do realizacji zamówienia zostaną postawione wobec konieczności bezpośredniej i intensywnej współpracy z szerokim gronem pracowników różnych jednostek organizacyjnych resortu Finansów. Zamawiający podkreślał, że posługiwanie się przez Zamawiającego tłumaczem mogłoby spowodować wydłużenie realizacji przedsięwzięcia i doprowadzić do niedotrzymania terminu realizacji zadania. Zespół Arbitrów wskazał, że „w toku postępowania Zamawiający nie wykazał, że biegła znajomość języka polskiego jest niezbędna dla realizacji przedmiotu zamówienia, tym samym nie wykazał zasadności sformułowanego przez siebie warunku. W myśl zasad obowiązujących przy realizacji zamówień publicznych Zamawiający powinien tak zorganizować sobie pracę oraz posłużyć się odpowiednimi osobami, aby wykonać zadanie w sposób określony przez Zamawiającego oraz w określonym przez niego terminie. W przeciwnym razie wykonawca powinien być zobowiązany do zapłaty kar umownych lub odszkodowania na rzecz Zamawiającego”.

W sprawie o sygn. akt KIO 630/18, KIO 635/18 przedmiot zamówienia stanowiły roboty budowlane. W treści specyfikacji zamawiający sprecyzował wymóg, by osoba kierowana przez wykonawcę do pełnienia funkcji dyrektora budowy, poza określonym wykształceniem i doświadczeniem posiadała biegłą znajomość języka angielskiego w mowie i piśmie - minimum na poziomie C1 zgodnie z klasyfikacją Europejskiego Systemu Opisu Kształcenia Językowego. W toku postępowania przed Izbą, zamawiający wskazywał, że tak sprecyzowany wymóg jest związany ze specyfiką prowadzenia inwestycji, bowiem na cztery podmioty zaangażowane w przedmiotowy projekt, dwa z nich były podmiotami z USA, co znacząco wpływało na sposób komunikacji. W niniejszej sprawie Izba skonstruowała, że „wymóg biegłej znajomości języka obcego co do zasady nie byłby zasadny w odniesieniu do kadry budowlanej mającej pełnić funkcje na większości budow w Polsce. Niemniej jednak, jak wskazano wyżej, warunki udziału w postępowaniu muszą być formułowane z uwzględnieniem cech konkretnego zamówienia, z poszanowaniem zasad konkurencji, ale też konieczności zapewnienia należytej realizacji zamówienia. W przypadku tego konkretnego postępowania należy zwrócić uwagę, że projektantem jest podmiot pochodzący z USA, co powoduje, że dokumentacja - zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego - sporządzona będzie w języku polskim i angielskim, a także, że komunikowanie się z projektantem musi przebiegać w języku angielskim. Jednocześnie częstotliwość kontaktów, potrzeba konsultowania sposobu realizacji zamówienia w różnych warunkach czasowych, niejednokrotnie pod presją czasu i z uwzględnieniem konieczności takiego samego rozumienia pojęć technicznych i branżowych, a także samych intencji projektanta co do sposobu wykonania obiektu, mogłaby nie być zrealizowana przy korzystaniu z usług tłumacza. Nawet całkowita dyspozycyjność tłumacza nie zapewniłaby bowiem sprawnego i płynnego omawiania sposobu realizacji budowy, polemiki, "burzy mózgów", czy rozumienia koncepcji tej inwestycji w różnych jej obszarach. Z kolei opóźnienia lub nieporozumienia na tym szczeblu kontaktów (dyrektor budowy - projektant), wpływałyby negatywnie na całą realizację inwestycji. Dlatego też Izba, po głębokiej analizie, mając także na uwadze, że znajomość języka angielskiego w Polsce jest jednak coraz bardziej powszechna, uznała ww. wymóg za proporcjonalny do przedmiotu niniejszego zamówienia i nie nakazała jego zmiany lub wykreślenia”.

W świetle powyższego wskazać należy, iż w ocenie Izby wymóg znajomości języka polskiego przez osoby, które wykonawcy kierują do realizacji zamówienia co do zasady narusza zasadę równego traktowania wykonawców. Należy także zwrócić uwagę na fakt, że w uzasadnionych przypadkach, podyktowanych okolicznościami związanymi ze specyfiką realizacji danego zamówienia Izba dopuszcza wprowadzenie wymogu związanego ze znajomością konkretnego języka przez personel wykonawcy. Należy jednak pamiętać, że każdorazowo zamawiający musi wykazać, że przy ustanowieniu takiego warunku nie doszło do naruszenia zasady równego traktowania, niedyskryminacji i proporcjonalności.

3.2 Przyczyny obecnego stanu rzeczy w zakresie zapisów SWZ w polskich przetargach infrastrukturalnych

Analiza aktualnego stanu prawnego w Polsce wskazuje, że jedną z kluczowych przyczyn partycypacji wykonawców z państw trzecich w polskim rynku zamówień publicznych jest brak regulacji prawnych umożliwiających zamawiającym skuteczne ograniczanie dostępu tym podmiotom do rynku. Jak pokazuje przykład Łotwy i Słowacji, dzięki odpowiednim regulacjom prawnym, zamawiający w tych państwach korzystają z możliwości ograniczania dostępu do przetargów związanych z infrastrukturą krytyczną (Łotwa) lub zastrzegają, że wykonawcy z państw, które nie zagwarantowały równego i skutecznego dostępu do udzielanych przez nie zamówień publicznych podlegają wykluczeniu (Słowacja). Odpowiednie postanowienia w tym zakresie znajdują odzwierciedlenie w dokumentacji przetargowej.

Wychodząc od praktyki stosowanej przez zamawiających z Czech, polegającej na zastrzeganiu wymogu posługiwania się językiem czeskim przez personel wykonawców, należy wskazać, że podobna praktyka jest w niedużej skali stosowana przez polskich zamawiających. Przyczyn braku powszechności w takim działaniu należy upatrywać w stosunkowo jednoznacznej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej. Analiza orzecznictwa KIO pozwala stwierdzić, że niejednokrotnie warunek znajomości języka polskiego przez personel wykonawcy nie jest proporcjonalny, adekwatny i konieczny dla realizacji przedmiotu zamówienia. Należy przy tym podkreślić, że Izba nie przesądziła, że ukształtowanie takiego warunku jest co do zasady zakazane.

3.3 Rekomendacje i propozycje zmian

Analiza regulacji wybranych państw UE w zakresie uczestnictwa w rynku zamówień publicznych wskazuje na pewne instrumenty stosowane w dwóch wymiarach: (i) wymiarze eliminacji podmiotów spoza rynku członków UE i z nimi powiązanych umowami; (ii) wymiarze określania nadrzędności potrzeb.

Biorąc pod uwagę wymieniane wielokrotnie przesłanki rekomenduje się wprowadzenie analizowanych regulacji w prawie polskim.

3.3.1 Ochrona polskiej i europejskiej infrastruktury krytycznej

W tym kontekście dla rozwiązań krajowych można i należy rekomendować wprowadzenie rozwiązania przewidzianego w Łotwie, a ze względu na:

- 1) Występowanie na terenie Polski infrastruktury krytycznej i europejskiej infrastruktury krytycznej;
- 2) Obowiązywanie aktów prawnych pozwalających identyfikować i zarządzać infrastrukturą krytyczną.

W celu wzmocnienia ochrony infrastruktury krytycznej w Polsce powinno się dążyć do stworzenia regulacji prawnych przewidujących limitację w dostępie do kluczowych informacji dot. tej infrastruktury. Określenie procedury dostępu do informacji objętych ochroną dawałoby możliwość pierwotnej weryfikacji przed dopuszczeniem podmiotu do uzyskania dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia publicznego.

3.3.2 Ochrona zasad konkurencji według reguł wzajemności

Wzorując się na przepisach nowelizujących słowacką ustawę o zamówieniach publicznych, zgodnie z którymi zamawiający mają prawo wykluczać wykonawców pochodzących z państw trzecich, z którymi Republika Słowacka lub Unia Europejska nie zawarła umowy międzynarodowej, gwarantującej równy i skuteczny dostęp do zamówień publicznych w tym państwie dla podmiotów gospodarczych z siedzibą w Republice Słowackiej, a ponadto mając na uwadze wytyczne Komisji, w celu wzmocnienia ochrony wykonawców z państw członkowskich UE – a w tym z Polski – w ustawie Prawo zamówień publicznych, należy wprowadzić przesłankę umożliwiającą zamawiającym wykluczanie podmiotów pochodzących z państw trzecich, z którymi Rzeczpospolita Polska lub Unia Europejska nie zawarła umowy międzynarodowej, gwarantującej równy i skuteczny dostęp do zamówień publicznych w tym państwie dla podmiotów gospodarczych z siedzibą w Rzeczpospolitej Polskiej.

Wprowadzeniu do polskiego porządku prawnego niniejszej przesłanki powinna towarzyszyć weryfikacja umów międzynarodowych zawartych przez Rzeczpospolitą, skutkująca stworzeniem wykazu państw, które gwarantują polskim wykonawcom równy i skuteczny dostęp do zamówień publicznych. Takie rozwiązanie z pewnością przyczyniłoby się do uchylania niepewności przy weryfikacji podmiotowej, której dokonywać będą zamawiający. Wzorem rozwiązań przyjętych w Słowacji, zamawiający powinni opierać decyzje o wykluczeniu danego wykonawcy o wykazy sporządzane przez organy centralne, jak Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, Minister Spraw Zagranicznych czy Minister Gospodarki. Nieobjęcie danego państwa powyższym wykazem oznaczałoby, że państwo to nie gwarantuje równego i skutecznego dostępu do zamówień publicznych polskim wykonawcom, a w konsekwencji względem wykonawcy pochodzącego z tego państwa zamawiający mógłby stosować przesłankę wykluczenia.

3.3.3 Określenie nadrzędności potrzeb wobec konkurencji

Mając na uwadze praktykę polegającą na zastrzeganiu wymogu znajomości języka czeskiego przez zamawiających z Czech, należy wskazać, że przyjęcie w Polsce analogicznego rozwiązania, w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej budzi uzasadnione wątpliwości. Aktualne orzecznictwo co do zasady uznaje zastrzeganie takiego warunku za naruszające zasadę równego traktowania wykonawców. Ze względu na powyższe nie należy przyjmować wymogu biegłej znajomości języka polskiego personelu kluczowego wykonawców jako zasady formułowanej w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Nie jest wykluczone jednak, że specyfika niektórych zamówień może przemawiać za ustanowieniem takiego wymogu. W takiej sytuacji zamawiający powinni dokonać rzetelnej oceny, czy sformułowanie niniejszego wymogu jest niezbędne i proporcjonalne do celu zamówienia oraz czy nie narusza zasady równego traktowania.

Odnosząc się do rozważań Krajowej Izby Odwoławczej poczynionych na tle wyroku o sygn. akt KIO 630/18, KIO 635/18 należy wskazać, że ukształtowanie warunku biegłej znajomości języka [w analizowanym wyroku – języka angielskiego] musi być związane m.in. z cechami konkretnego zamówienia oraz zapewnieniem należytej realizacji zamówienia. W niniejszym szczególnym przypadku w ocenie Izby za utrzymaniem warunku znajomości języka angielskiego przemówiły względy dotyczące organizacji pracy i skutecznej komunikacji personelu kluczowego wykonawcy i projektanta pochodzącego z USA. Przykład niniejszego postępowania dowodzi, że zasada równego traktowania wykonawców może doznawać ograniczeń, o ile przemawiają za tym argumenty pozwalające uznać, że wprowadzenie określonego wymogu jest uzasadnione specyfiką określonego postępowania.



Reasumując, próba ustalenia wymogu biegłej znajomości danego języka, jako wyjątek od zasady równego traktowania wykonawców, musi zostać każdorazowo poddana wnikliwej ocenie przez zamawiającego. To od wagi argumentów prezentowanych przez zamawiającego będzie zależało skuteczne wprowadzenie niniejszego wymogu, a w przypadku sporu przed KIO, wykazanie jego proporcjonalności i w konsekwencji jego utrzymanie.

4 Spis tabel i wykresów

Wykres 1. Udział budownictwa w PKB Polski w latach 2009-2019	6
Wykres 2. Udział % sekcji Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) w tworzeniu PKB w Polsce w 2021 roku	7
Wykres 3. Wartość produkcji budowlano-montażowej zrealizowanej na terenie kraju w latach 2009 – 2021 ogółem oraz wyłącznie przez podmioty budowlane, w mld złotych.....	8
Wykres 4. Wartość produkcji podmiotów budowlanych w I. 2009-2021 (w mld zł) w dziale robót budowlanych specjalistycznych i ich procentowy udział w całości produkcji budowlano-montażowej	9
Wykres 5. Wartość produkcji podmiotów budowlanych w I. 2009-2021 (w mld zł) w dziale robót budowlanych związanych ze wznoszeniem budynków i ich procentowy udział w całości produkcji budowlano-montażowej	10
Wykres 6. Wartość produkcji podmiotów budowlanych w I. 2009-2021 (w mld zł) w dziale robót budowlanych związanych z budową obiektów inżynierii lądowej i wodnej i ich procentowy udział w całości produkcji budowlano-montażowej.....	10
Wykres 7. Wartość produkcji budowlano-montażowej zrealizowanej na terenie kraju w latach 2017 – 2021 przez firmy zatrudniające powyżej 9 osób w mld złotych oraz jako % wartości produkcji wszystkich przedsiębiorstw budowlanych	11
Wykres 8. Produkcja budowlano-montażowa zrealizowana na terenie kraju według podstawowego rodzaju działalności (klasyfikacja — grupy pkd 2007), według sektorów przez przedsiębiorstwa budowlane o liczbie pracujących powyżej 9 osób w mld osób	12
Wykres 9. Wartość zrealizowanych w latach 2017-2021 obiektów inżynierii lądowej i wodnej przez przedsiębiorstwa budowlane o liczbie pracujących powyżej 9 osób w mld złotych.....	12
Wykres 10. Udział % obiektów inżynierii lądowej i wodnej wytworzonych w latach 2017-2021 przez przedsiębiorstwa budowlane o liczbie pracujących powyżej 9 osób w wartości produkcji budowlano-montażowej ogółem oraz produkcji budowlano-montażowej wytworzonej przez podmioty budowlane	13
Wykres 11. Wartość poszczególnych rodzajów obiektów inżynierii lądowej i wodnej zrealizowanych przez przedsiębiorstwa budowlane o liczbie pracujących powyżej 9 osób w latach 2017-2021 w mld złotych stanowiących elementy infrastruktury transportu.....	14
Wykres 12. Wartość pozostałych rodzajów obiektów inżynierii lądowej i wodnej zrealizowanych przez przedsiębiorstwa budowlane o liczbie pracujących powyżej 9 osób w latach 2017-2021 w mld złotych	14
Wykres 13. Przeciętne zatrudnienie w sektorze budownictwa w etatach w latach 2009-2021.....	15
Wykres 14. Liczba firm budowlanych w zależności od liczby pracujących – stan na 31.12.2022 r.....	15
Wykres 15. Udział robót budowlanych w wartości udzielonych zamówień publicznych w mld zł w latach 2011-2021	17
Wykres 16. Przeciętna wartość cen ofertowych w odniesieniu do kosztorysu inwestorskiego GDDKiA – średnie dla poszczególnych kwartałów.	18