



KRAJOWA RADA NOTARIALNA

ul. Dzika 19/23, 00-172 Warszawa

tel. 22 635-78-40

fax. 22 635-70-90

e-mail: biuro@krn.org.pl

www.krn.org.pl

14.05.2016 r.

L.dz. 05/186/16

SEKRETARIAT Z-CY SZEFA KS

L. dz.

Data wpływu 24.05.2016

**Szanowny Pan
Adam Podgórski
Zastępca Szefa
Kancelarii Sejmu**

Szanowny P-...

W odpowiedzi na pismo z dnia 30 marca 2016 r. (GMS-WP-173-85/16), przesyłające projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, w załączeniu przesyłam uchwałę nr IX/43/2016 Krajowej Rady Notarialnej z dnia 14 maja 2016 r. w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

2 pow-...

**Prezes
Krajowej Rady Notarialnej**
M- Białecki
Mariusz Białecki

UCHWAŁA NR IX/43/2016
Krajowej Rady Notarialnej
z dnia 14 maja 2016 roku
w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych
oraz niektórych innych ustaw

Na podstawie art. 40 § 1 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. - Prawo o notariacie (tj. Dz.U. z 2014 roku, poz. 164 ze zm.)

Krajowa Rada Notarialna zgłasza zmianę do projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, przesłanego przy piśmie Zastępcy Szefa Kancelarii Sejmu z dnia 30 marca 2016 r. (GMS-WP-173-85/16).

Krajowa Rada Notarialna proponuje w art. 1 punkcie 5) literze c) projektu ustawy, w projektowanej w ustawie z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych zmianie art. 4 pkt 3 lit ea) tiret trzy - lit. „ea) usługi prawne:” zmianę brzmienia tiret trzeciego „- notarialnego poświadczenia i uwierzytelniania dokumentów”,

poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

- „*czynności notarialne w rozumieniu ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie (t.j. Dz.U. 2014 r., poz. 164 z późn. zm.)*”.

UZASADNIENIE

W dniu 28 marca 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej opublikowane zostały trzy dyrektywy unijne: dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych („**nowa dyrektywa klasyczna**”), dyrektywa 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych („**nowa dyrektywa sektorowa**”) oraz dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji. Zbliżająca się zmiana systemu zamówień publicznych w Polsce wynika przede wszystkim z obowiązku implementacji ww. dyrektyw do przepisów krajowych.

W pkt 25 preambuły nowej dyrektywy klasycznej wskazano, iż „*Niektóre usługi prawne są świadczone przez usługodawców wyznaczonych przez sąd lub trybunał danego państwa członkowskiego, obejmują reprezentowanie klientów w postępowaniu sądowym przez prawników, muszą być świadczone przez notariuszy lub są związane z wykonywaniem czynności urzędowych. Takie usługi prawne są zazwyczaj świadczone przez podmioty lub osoby fizyczne wyznaczone lub wybrane w sposób, który nie może być regulowany przepisami*

dotyczącymi zamówień; tak może być np. w przypadku wyznaczania prokuratorów w niektórych państwach członkowskich. Usługi takie powinny zatem być wyłączone z zakresu stosowania niniejszej dyrektywy". Analogiczne uzasadnienie zostało zawarte w nowej dyrektywie sektorowej.

W art. 10 lit. d (iii) nowej dyrektywy klasycznej oraz art. 21 lit. c (iii) nowej dyrektywy sektorowej, wyłączono spod reżimu zamówień publicznych „usługi poświadczania i uwierzytelniania dokumentów, które to usługi muszą świadczyć notariusze”. Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw przewiduje analogiczne wyłączenie. W opinii Krajowej Rady Notarialnej ograniczenie zakresu usług notarialnych powinno odnosić się jednak do wszelkich czynności notarialnych w rozumieniu ustawy z dnia 14 lutego 1991r. Prawo o notariacie („Prawo o notariacie”).

Przed wszystkim należy wskazać, że „z art. 10 dyrektywy 2014/24/UE nie wynika obowiązek wprowadzenia przedmiotowych wyłączeń do przepisów krajowych. To państwo członkowskie podejmuje decyzję w tym zakresie. Tym samym, możliwa jest sytuacja, w której w danym państwie członkowskim nie wszystkie, a jedynie część z usług wymienionych w art. 10 będzie wyłączona spod krajowych regulacji dotyczących zamówień publicznych. Można sobie również wyobrazić sytuację, w której wyłączone będzie stosowanie niektórych przepisów (np. w zakresie ustalania konkretnych terminów składania wniosków czy ofert lub możliwości powoływania się na potencjał podmiotów trzecich), ale inne regulacje będą wymagane (np. przesłanki dotyczące wykluczenia). Mówiąc inaczej – podobnie jak w przypadku art. 12 – wyłączenie stosowania dyrektywy 2014/24/UE daje państwom członkowskim możliwość, a nie obowiązek”.¹ Krajowa Rada Notarialna podnosi, że w związku z obowiązkiem wdrożenia do polskiego prawa dyrektywy klasycznej i dyrektywy sektorowej, został rozszerzony zakres przedmiotowych wyłączeń stosowania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych ("ustawa PZP"). Istotny jest przy tym fakt, iż projekt nowelizacji zawiera również „wyłączenia” niewynikające z dyrektyw unijnych (np. dotyczące zamówień publicznych o wartości mniejszej niż progi unijne określone w przepisach art. 11 ust. 8 ustawy PZP oraz wprowadzone w wyniku dostosowania projektu do obowiązującej ustawy z 9 października 2015 r. o rewitalizacji, a także wyłączenia wprowadzone w wyniku uzgodnień, tj. usługi z zakresu leśnictwa). Jeżeli zatem, ustawa PZP przewiduje szerszy katalog przedmiotowych „wyłączeń” niż proponuje unijny ustawodawca, to w ocenie Krajowej Rady Notarialnej, uzasadnione (i dopuszczalne) jest wyłączenie spod reżimu zamówień publicznych

¹ W.Hartung, M.Bağlaj, T.Michalczyk, M.Wojciechowski, J.Krysa, K.Kuźma, Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz, wyd. EL/LEGALIS

wszystkich usług notarialnych, wykonywanych na rzecz podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy PZP.

Ponadto wskazać należy, że możliwość udziału notariuszy w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego została potwierdzona przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 lutego 2004 r. (sygn. akt III SZ 4/03). Orzeczenie Sądu Najwyższego zostało wydane w oparciu o ustawę z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych oraz ustawę PZP. We wskazanych ustawach, regulujących system zamówień publicznych ustawodawca nie wyodrębniał wprost "usług notarialnych", jako usług podlegających reżimowi zamówień publicznych. Takiej wykładni dokonał dopiero Sąd Najwyższy, który we wskazanym powyżej wyroku podniósł, iż *"w świetle przepisów ustawy o zamówieniach publicznych „czynności notarialne” (art. 1 § 1 Prawa o notariacie) należy traktować jako „usługi prawnicze” w rozumieniu ustawy o zamówieniach publicznych (art. 2 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 6 ust. 2 pkt 4 tej ustawy) [...]". Wejście w życie ww. nowych dyrektyw powoduje zmianę dotychczasowego podejścia do usług notarialnych w reżimie zamówień publicznych i de facto wymusza zmianę interpretacji ww. wyroku Sądu Najwyższego - z uwagi na poniżej przedstawione argumenty.*

Nowe dyrektywy unijne nie kwalifikują usług notarialnych, jako jednej z podkategorii usług prawnych; obecnie w przepisach unijnych wyodrębnia się usługi notarialne, jako odrębne usługi. Przede wszystkim jednak, z **preambuły nowej dyrektywy klasycznej oraz nowej dyrektywy sektorowej wprost wynika, że usługi notarialne powinny być wyłączone z zakresu stosowania nowych dyrektyw unijnych.** Są to bowiem usługi, których realizacja nie może być regulowana za pomocą zasad dotyczących udzielania zamówień publicznych. Wybór danego notariusza wymaga bowiem zgody wszystkich zainteresowanych stron (a nie zamawiającego). Zasadniczym powodem wskazania określonych kategorii usług, które nie podlegają stosowaniu nowych dyrektyw unijnych jest więc specyficzny charakter tych usług, ich cel bądź zastosowanie gospodarcze lub społeczne, które uniemożliwiałoby wdrożenie procedur zamówień publicznych, z uwagi na np. trudności z doбором odpowiednich kryteriów oceny ofert i warunków realizacji zamówienia, co ma miejsce w przypadku usług notarialnych. Krajowa Rada Notarialna wskazuje, że spod reżimu prawa zamówień publicznych wyłączone jest nabycie własności lub innych praw rzeczowych do nieruchomości – takie wyłączenie powinno nieść za sobą również wyłączenie usług notarialnych, niezbędnych do prawidłowego przejęcia praw do nieruchomości przez podmioty zobowiązane do stosowania ustawy PZP. Ekonomicznie i organizacyjnie nieuzasadnione wydaje się, żeby wyłącznie na potrzeby sporządzenia aktu notarialnego dotyczącego przeniesienia praw do nieruchomości miało zostać

przeprowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (którego wartość jest nieporównywalnie mniejsza niż wartość samej nieruchomości). Ponadto, jeżeli zamawiający ma możliwość np. zakupu dowolnie wybranej na swoje potrzeby nieruchomości, to również uzasadniony jest swobodny wybór notariusza. Krajowa Rada Notarialna zauważa przy tym, że notariusz jest „osobą zaufania publicznego”, pełniącą urząd publiczny, nie będąc jednak urzędnikiem państwowym ani samorządowym i nie podlegając żadnej pragmatyce urzędniczej. Zatem w transakcjach w szczególności dotyczących nieruchomości, swobodny wybór notariusza w związku z dokonywaną dwustronną lub wielostronną czynnością prawną, powinien przysługiwać każdej ze stron czynności i każda z tych stron może dokonać innego wyboru, a nie tylko zamawiającemu. Jako przykład nietransparentnego wyboru notariusza należy wskazać zawarcie umowy deweloperskiej, która powinna być zawarta w formie aktu notarialnego, a której koszty sporządzenia ponoszą co do zasady obie strony w równej części. Podobne uzasadnienie znajduje zastosowanie do czynności notarialnych świadczonych na rzecz podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy PZP.

Nadanie szczególnego znaczenia usługom notarialnym (kwalifikowanym jako czynności o charakterze urzędowym²) przez ustawodawcę unijnego powinno, zdaniem Krajowej Rady Notarialnej, znaleźć odzwierciedlenie w przepisach krajowych. Tym samym, zgodnie z wytycznymi wskazanymi w preambułach ww. dyrektyw nie podlega wątpliwości, że zakres wyłączeń, o których mowa w art. 4 pkt 3 lit ea) tiret trzy - powinien dotyczyć wszystkich czynności notarialnych, o których mowa w ustawie z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie. Wobec powyższego, Krajowa Rada Notarialna uważa, że ograniczenie stosowania ustawy PZP wyłącznie do "notarialnego poświadczania i uwierzytelniania dokumentów" jest niewystarczające i wręcz niezgodne z wytycznymi zawartymi w ww. dyrektywach. Stanowisko Krajowej Rady Notarialnej znajduje również potwierdzenie w poglądach przedstawicieli doktryny, zgodnie z którymi: „*Jako uzasadnienie wskazano w motywie 25 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE okoliczności związane z wyznaczeniem usługodawców (prawników powoływanych przez sądy) oraz okoliczności dotyczące usług zastrzeżonych (np. usług notarialnych czy urzędowych, zwłaszcza w zakresie czynności powiązanych ze sprawowaniem władzy publicznej, co jest wyraźnie wyłączone z zakresu swobody przepływu usług). Wyłączenie dotyczy usług świadczonych przez prawnika w rozumieniu dyrektywy Rady 77/249/EWG z dnia 22 marca 1977 r. mającej na celu ułatwienie skutecznego korzystania przez prawników ze swobody świadczenia usług (Dz. Urz. WE L 78 z 26.03.1977, s. 17; Dz. Urz. UE*

² Dr J. Pawelec, Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz, wyd. EL/LEGALIS

Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 1, s. 52), przez notariuszy oraz przez powierników, opiekunów lub innych wykonawców wyznaczonych przez sąd lub realizujących zadania pod nadzorem sądu. Wyłączenie obejmuje również usługi prawne powiązane, chociażby sporadycznie, ze sprawowaniem władzy publicznej [...]”³

Niezależnie od przytoczonej wyżej argumentacji, Krajowa Rada Notarialna zwraca również uwagę, że zamknięty katalog usług notarialnych, został określony w art. 79 Prawa o notariacie. Przepis ten nie wymienia jednak usługi „uwierzytelniania dokumentów”. Wspomniana usługa pojawia się natomiast w projektowanym art. 4 pkt 3 lit ea) tiret trzy, co jest konsekwencją przeniesienia tego pojęcia z zapisów zawartych w nowych dyrektywach unijnych. Wobec powyższego Krajowa Rada Notarialna w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych, wnosi o usunięcie z projektowanego przepisu, sformułowania „uwierzytelniania dokumentów”, jako usługi która nie została zdefiniowana w ustawie Prawo o notariacie.

Mając na uwadze powyższe argumenty, a także realne zagrożenie, że jednostronny wybór notariusza przez podmiot zobowiązany do stosowania ustawy PZP, byłby dla drugiej strony czynności prawnej, w razie np. niezgodności z prawem czynności prawnej dokumentowanej przez notariusza, argumentem wskazującym na bezprawne powiązanie notariusza z jedną ze stron (tj. zamawiającym) dla skutecznego podważenia czynności notariusza i pełnionej przez niego funkcji - osoby zaufania publicznego – Krajowa Rada Notarialna wnosi jak na wstępie niniejszej opinii.



Prezes
Krajowej Rady Notarialnej

M. Białecki
Mariusz Białecki

³ A. Sołtysińska, Komentarz do art.10 dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, wyd. EL/LEX.