

Artykuły zgodne
ze standardem WCAG 2.0
na www.een.org.pl

7 (210) 2021
www.een.org.pl

BIULETYN EURO INFO

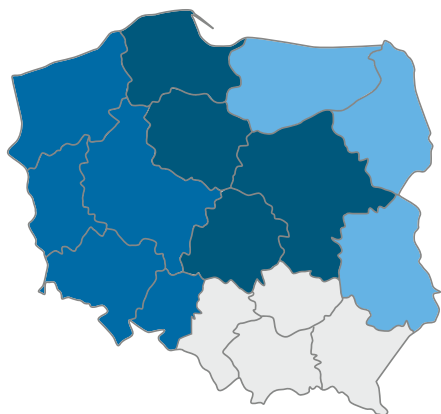
ISSN 2544-4719

**CZYM JEST
TAKSONOMIA?**

**ZGODA JAKO PODSTAWA PRAWNA
PRZETWARZANIA
DANYCH OSOBOWYCH**

**NOWE PRZEPISY DLA BRANŻY
WYROBÓW MEDYCZNYCH**

Konsorcja realizujące projekt Enterprise Europe Network w Polsce



Enterprise Europe Network
– Central Poland

Enterprise Europe Network
– East Poland

Enterprise Europe Network
– West Poland

Enterprise Europe Network
– South Poland

Konsorcjum: Enterprise Europe Network–Central Poland

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości

ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa
tel. (22) 432 71 02
www.een.org.pl

Instytut Mechanizacji Budownictwa i Górnictwa Skalnego

ul. Racjonalizacji 6/8, 02-673 Warszawa
tel. (22) 847 53 68
www.een-centralpoland.eu

Fundacja Rozwoju Przedsiębiorczości

ul. Piotrkowska 86, 90-103 Łódź
tel. (42) 630 36 67
www.frp.lodz.pl

Stowarzyszenie „Wolna Przedsiębiorczość”

ul. Piekarnicza 12A
80-126 Gdańsk
tel. 58 350 51 40
www.een.pomorskie.pl

Toruńska Agencja Rozwoju Regionalnego SA

ul. Włocławska 167, 87-100 Toruń
tel. (56) 699 54 80-83
www.een.tarr.org.pl

Uniwersytet Warszawski DELab

ul. Dobra 56/66, 00-312 Warszawa
tel. (22) 55 27 606
www.delab.uw.edu.pl/een/

Konsorcjum: Enterprise Europe Network–East Poland

Podlaska Fundacja Rozwoju Regionalnego

ul. Starobojarska 15, 15-073 Białystok
tel. (85) 740 86 83
www.pfrr.pl, www.een-polskawschodnia.pl,
www.een.pfrr.pl

Centrum Innowacji i Transferu Technologii, Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ul. Prawocheńskiego 9, 10-720 Olsztyn
tel. (89) 523 39 00
www.uwm.edu.pl, www.een-polskawschodnia.pl,
www.uwm.edu.pl/een

Warmińsko-Mazurska Agencja Rozwoju Regionalnego SA w Olsztynie

ul. Jagiellońska 91a, 10-356 Olsztyn
tel. (89) 512 24 05
www.een.wmarr.olsztyn.pl,
www.een-polskawschodnia.pl

Centrum Innowacji i Transferu Technologii

Politechniki Lubelskiej
ul. Nadbystrzycka 38H, 20-618 Lublin
tel. (81) 538 42 70
<http://lctt.pollub.pl>,
www.een-polskawschodnia.pl,
www.citt.pollub.pl

Lubelska Fundacja Rozwoju

Rynek 7, 20-111 Lublin
tel. (81) 528 53 11-12-31
www.lfr.lublin.pl,
www.een-polskawschodnia.pl

Park Naukowo-Technologiczny Polska Wschód w Suwałkach Sp. z o.o.

ul. Innowacyjna 1, 16-400 Suwałki
tel. (87) 564 22 24-25
www.park.suwalki.pl,
www.een-polskawschodnia.pl

Konsorcjum: Enterprise Europe Network–South Poland

Centrum Transferu Technologii, Politechnika Krakowska

ul. Warszawska 24, 31-155 Kraków
tel. (12) 628 28 45
www.transfer.edu.pl

Izba Przemysłowo-Handlowa w Krakowie

ul. Floriańska 3, 31-019 Kraków
(12) 428 92 55
www.iph.krakow.pl

Górnośląska Agencja Przedsiębiorczości i Rozwoju sp. z o.o.

ul. Wincentego Pola 16, 44-100 Gliwice
tel. (32) 339 31 10
www.gapr.pl

Fundusz Górnośląski SA Oddział w Katowicach

ul. Powstańców 17, 40-039 Katowice
tel. 32 72 85 828
www.enterprise.fgsa.pl

Świętokrzyskie Centrum Innowacji i Transferu Technologii Sp. z o.o.

ul. Studencka 1, 25-323 Kielce
tel. (41) 343 29 10
www.it.kielce.pl

Staropolska Izba Przemysłowo-Handlowa

ul. Sienkiewicza 53, 25-002 Kielce
tel. (41) 368 02 78
www.siph.com.pl

Rzeszowska Agencja Rozwoju Regionalnego SA

ul. Szopena 51, 35-959 Rzeszów
tel. (17) 867 62 34
www.rarr.rzeszow.pl

Stowarzyszenie Grupy Przedsiębiorców Przemysłu Lotniczego Dolina Lotnicza

ul. Szopena 51, 35-959 Rzeszów
tel. (17) 850 19 35
www.dolinalotnicza.pl

Wyższa Szkoła Informatyki i Zarządzania

ul. mjr. H. Sucharskiego 2, 35-225 Rzeszów
tel. (17) 852 49 75
www.een.wsiz.pl

Konsorcjum: Enterprise Europe Network–West Poland

Wrocławskie Centrum Transferu Technologii, Politechnika Wrocławska

ul. Smoluchowskiego 48, 50-372 Wrocław
tel. (71) 320 33 18
www.wctt.pwr.edu.pl

Poznański Park Naukowo-Technologiczny Fundacji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza

ul. Rubież 46, 61-612 Poznań
tel. (+48) 61 827 97 46
www.ppnt.poznan.pl

Agencja Rozwoju Regionalnego SA w Koninie

ul. Zakładowa 4, 62-510 Konin
tel. (+48) 63 245 30 95
www.arrkonin.org.pl

Centrum Przedsiębiorczości i Transferu Technologii Uniwersytetu Zielonogórskiego

ul. Syrkiewicza 6, 66-002 Nowy Kiszelin
tel. (+48) 504 070 281
www.cptt.uz.zgora.pl

Fundacja Kaliski Inkubator Przedsiębiorczości

ul. Częstochowska 25, 62-800 Kalisz
tel. (+48) 62 765 60 58
www.kip.kalisz.pl

Dolnośląska Agencja Rozwoju Regionalnego SA

ul. Szczawieńska 2, 58-310 Szczawno-Zdrój
tel. (+48) 74 648 04 50
www.darr.pl

Stowarzyszenie „Promocja Przedsiębiorczości” w Opolu

ul. Damrota 4, 45-064 Opole
tel. (+48) 77 456 56 00
www.een.opole.pl

Regionalne Centrum Innowacji i Transferu Technologii

ul. Jagiellońska 20-21, 70-363 Szczecin
tel. (+48) 91 449 41 09
www.innowacje.zut.edu.pl

Zachodniopomorskie Stowarzyszenie Rozwoju Gospodarczego – Szczecińskie Centrum Przedsiębiorczości

ul. Kolumba 86, 70-035 Szczecin
tel. (+48) 91 433 02 20
www.zsrg.szczecin.pl/een/

Drodzy Czytelnicy,

bardzo wiele osób, zarówno przedsiębiorców, jak i tych, które nie prowadzą działalności gospodarczej, jest przekonana o tym, że nie wolno przetwarzać danych osobowych bez uzyskania na to zgody. Jest to do pewnego stopnia zrozumiałe. Przez ponad 20 lat, czyli od wejścia w życie ustawy o ochronie danych osobowych w 1997 r., mieliśmy do czynienia ze swego rodzaju „zgodomanią”, tzn. niemal każdy zbierał zgody od innych w zasadzie na wszystko i przy każdej okazji. To się powoli zmienia i coraz częściej jesteśmy świadomi, że jest to jedyna z kilku podstaw zgodnego z prawem przetwarzania danych. Przy tym wcale nie jest ona bardziej wartościowa od innych przesłanek, ani też nie ma zastosowania w każdym przypadku. Czym zatem jest zgoda? Kiedy to na jej podstawie powinniśmy przetwarzać dane osobowe? Na to i inne pytania znajdziemy odpowiedź w artykule pt. „Zgoda jako podstawa prawna przetwarzania danych osobowych”.

Innym tematem, który poruszamy w tym numerze Biuletynu, jest Taksonomia, czyli nowe przepisy, które mają zwiększyć poziom ochrony środowiska poprzez przekierowanie kapitału z inwestycji szkodzących środowisku na bardziej ekologiczne alternatywy. Artykuł na ten temat polecamy szczególnej uwadze.

Zapraszamy także do zapoznania się z najnowszymi ofertami współpracy zagranicznej pochodzącymi z bazy POD (Partnership Opportunities Database), prowadzonej przez Komisję Europejską i udostępnianej przez ośrodkiem Enterprise Europe Network.

Z wyrazami szacunku
zespół redakcyjny
Biuletynu Euro Info

Redakcja nie zwraca materiałów niezamówionych oraz zastrzega sobie prawo do ich zmiany i redagowania. Uwagi i komentarze prosimy kierować na adres: biuletyn_ei@parp.gov.pl.

Wszystkie teksty zawarte w Biuletynie Euro Info mogą być przedrukowane wyłącznie po uzyskaniu zgody redakcji. Zainteresowanych prenumeratą prosimy o kontakt z najbliższym ośrodkiem Enterprise Europe Network.

Biuletyn Euro Info, wydawany przez ośrodek Enterprise Europe Network przy Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, jest współfinansowany przez Komisję Europejską ze środków pochodzących z programu COSME na lata 2014–2020 oraz przez Ministerstwo Rozwoju i Technologii w ramach programu pn. „Udział Polski w programie na rzecz konkurencyjności przedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw (COSME) oraz w instrumentach finansowych programów UE wspierających konkurencyjność przedsiębiorstw w latach 2015–2021”.

Komisja Europejska lub osoby występujące w jej imieniu nie są odpowiedzialne za informacje przedstawione w publikacji. Poglądy wyrażone w publikacji są poglądami Autorów i nie muszą pokrywać się z działaniami Komisji Europejskiej.

Spis treści

- 4 | **Ochrona danych osobowych**
Zgoda jako podstawa prawna przetwarzania danych osobowych

- 8 | **Odnawialne źródła energii**
Umowa zakupu energii elektrycznej od wytwórcy energii ze źródeł odnawialnych

- 11 | **Ochrona środowiska**
Czym jest Taksonomia?

- 15 | **Wyroby medyczne**
Nowe przepisy dla branży wyrobów medycznych

- 19 | **Prawo celne**
Zmiana Prawa celnego, ustaw podatkowych i innych aktów prawnych

- 25 | **Zamówienia publiczne**
Postanowienia umowne dotyczące sądu polubownego w zamówieniach publicznych

- 31 | **Oferty współpracy**

Redaktor naczelny: Paweł Sikorski
Zespół: Agata Kudelska, Eryk Rutkowski
Korekta: Pracownia C&C Sp. z o.o.
Adres redakcji: Enterprise Europe Network przy P ARP
ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa
Telefon: 22 432 71 02

Skład, druk i dystrybucja: Pracownia C&C Sp. z o.o.
www.ccp.com.pl
Zdjęcia: AdobeStock
Nakład: 1400 egz.

Zgoda jako podstawa prawna przetwarzania danych osobowych

Kiedy należy ją stosować?

Oktawia Zarzecka

Przetwarzanie danych osobowych osób fizycznych przez administratora danych osobowych (dalej: ADO lub administrator) wiąże się ze spełnieniem określonych obowiązków na gruncie przepisów rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dn. 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (Dz. Urz. UE L 2016 Nr 119, s. 1, zwanego dalej RODO), ustawy z dn. 10.05.2018 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2019, poz. 1781 tj. z późn. zm.), a także innych ustaw szczególnych, tzw. sektorowych czy też kodeksów branżowych.

Wskazanie podstawy prawnej przetwarzania danych osobowych jest niejako punktem wyjścia w procesie zgodnego z prawem przetwarzania danych osobowych.

Jedną z podstaw prawnych legalizujących przetwarzanie danych osobowych osób fizycznych przez ADO jest zgoda osoby, której dane dotyczą, na przetwarzanie danych osobowych.

Zgoda na przetwarzanie danych zwykłych i szczególnych kategorii

Ogólna **definicja danych osobowych** znajduje się w art. 4 pkt 1 RODO. Zgodnie z nią „dane osobowe” oznaczają wszelkie informacje o zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osobie fizycznej („osobie, której dane dotyczą”); możliwa do zidentyfikowania osoba fizyczna to osoba, którą można bezpośrednio lub pośrednio zidentyfikować w szczególności na podstawie identyfikatora takiego jak imię i nazwisko, numer identyfikacyjny, dane o lokalizacji, identyfikator internetowy

lub jeden bądź kilka szczególnych czynników określających fizyczną, fizjologiczną, genetyczną, psychiczną, ekonomiczną, kulturową lub społeczną tożsamość osoby fizycznej”.

W przypadku danych osobowych **istotny jest ich podział na dane osobowe zwykłe i dane osobowe szczególnych kategorii**. Wprowadzenie takiego rozróżnienia będzie miało swoje przełożenie na danych osobowych. Podstawy prawne przetwarzania danych zwykłych znajdują się w art. 6 ust. 1 RODO. Z kolei odpowiednie regulacje przetwarzania danych szczególnych kategorii znajdziemy w art. 9 ust. 2 RODO.

Przechodząc do omówienia **zgody jako podstawy prawnej przetwarzania danych osobowych zwykłych**, czyli takich jak np. imię i nazwisko, numer telefonu, adres, adres e-mail, NIP, PESEL, czyli takich danych, które umożliwiają identyfikację osoby fizycznej, należy wskazać, że zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. a RODO:

Przetwarzanie jest zgodne z prawem wyłącznie w przypadkach, gdy – i w takim zakresie, w jakim – spełniony jest co najmniej jeden z poniższych warunków:

a) osoba, której dane dotyczą wyraziła zgodę na przetwarzanie swoich danych osobowych w jednym lub większej liczbie określonych celów.

W dalszej kolejności przejdźmy do **wyliczenia szczególnych kategorii danych osobowych**. W świetle art. 9 ust. 1 RODO:

Zabrania się przetwarzania danych osobowych ujawniających pochodzenie rasowe lub etniczne, poglądy polityczne, przekonania religijne lub światopoglądowe, przynależność do związków zawodowych oraz przetwarzania danych genetycznych, danych biometrycznych w celu jednoznacznej zidentyfikowania osoby

fizycznej lub danych dotyczących zdrowia, seksualności lub orientacji seksualnej tej osoby.

Wskazana powyżej regulacja wymienia jako dane osobowe szczególnych kategorii takie dane jak: ujawniające pochodzenie rasowe lub etniczne, o stanie zdrowia, seksualności, orientacji seksualnej, poglądach politycznych, dane biometryczne itp.

Zgoda na przetwarzanie danych osobowych szczególnych kategorii to podstawa prawna, która wynika z art. 9 ust. 2 lit. a RODO. Zgodnie z tym przepisem prawnym:

Ust. 1 nie ma zastosowania, jeżeli spełniony jest jeden z poniższych warunków:

a) osoba, której dane dotyczą, wyraziła wyraźną zgodę na przetwarzanie tych danych osobowych w jednym celu lub kilku konkretnych celach, chyba że prawo Unii lub prawo państwa członkowskiego przewidują, iż osoba, której dane dotyczą, nie może uchylić zakazu, o którym mowa w ust. 1

Zgoda a inne podstawy przetwarzania danych osobowych

Każda z przesłanek przetwarzania danych osobowych wskazana w art. 6 ust. 1 i art. 9 ust. 2 RODO **ma charakter samodzielny i niezależny**.

W sytuacji, gdy ADO ma inną przesłankę przetwarzania danych osobowych niż zgoda, to nie powinien pozyskiwać zgody.

Pozyskiwanie zgody „na zapas” lub „na wszelki wypadek”, przy posiadaniu innych podstaw prawnych, powoduje, że taka zgoda jest nieważna.



Co więcej, zbieranie zgód na zapas to naruszenie zasady rzetelności i transparentności w procesie przetwarzania danych osobowych.

ADO ma obowiązek posiadać właściwą podstawę prawną do każdego z określonych celów przetwarzania oraz zakresów danych osobowych.

Zgoda na przetwarzanie danych osobowych – co oznacza?

Zgodnie z art. 4 pkt 11 RODO **zgoda to dobrowolne, konkretne, świadome i jednoznaczne okazanie woli, którym osoba, której dane dotyczą, w formie oświadczenia woli lub wyraźnego działania potwierdzającego przyzwala na przetwarzanie dotyczących jej danych osobowych.**

Cechy zgody

Przechodząc do omówienia cech zgody, warto zwrócić uwagę na znaczenie, jakie przedstawia każda z nich.

Dobrowolność zgody – to nic innego jak rzeczywistość i wolność od form przymusu/nacisku **możliwość dokonania wyboru udzielenia zgody**, odmowy udzielenia zgody lub jej cofnięcia na późniejszym etapie przetwarzania danych osobowych.

„Zgoda nie będzie dobrowolna np. w sytuacji, w której istnieje **wyraźny brak równowagi między osobą, której dane dotyczą, a administratorem** (...) motyw 43 RODO. W wytycznych Grupy Roboczej art. 29 jako przypadek nierównowagi wskazano także relację pracodawca–pracownik, lecz nie wykluczono możliwości udzielenia zgody przez pracownika, jednak jedynie, gdy może uczynić to rzeczywiście dobrowolnie”².

Jednoznaczność zgody – osoba fizyczna, która udziela zgody ADO dokonuje tego poprzez złożenie oświadczenia woli lub wyraźne działanie potwierdzające, które **nie budzą żadnych wątpliwości co do celu wyrażenia zgody** na przetwarzanie danych osobowych (podjęcie celowych działań).

Formy wyrażenia woli w postaci wyraźnych działań potwierdzających, **nie należy łączyć** ze zgodą na przetwarzanie danych osobowych szczególnych kategorii (tutaj pamiętamy o tym, że zgoda ma być wyraźna).

Co stanowi zatem **celowe działanie osoby** w kontekście jednoznaczności zgody?

„Podpis, kliknięcie okienka, wysłanie e-maila, odpisanie na smsa lub inny komunikat, wypowiedzenie „zgadzam się” zarejestrowane, kliknięcie w przycisk „zgadzam się”. Grupa Robocza wspomina nawet o możliwości robienia ósemek smartfonem 6 (w domyśle zakładając, że smartfon ma akcelerometr)”³.

Konkretność zgody – to **jasne określenie, jaki jest cel i zakres** przetwarzania danych osobowych przez ADO w kontekście odebranej zgody. Chodzi tutaj o takie cechy jak zrozumiałość, wyrażność i precyzyjność.

„Zgoda powinna dotyczyć wszystkich czynności przetwarzania dokonywanych w tym samym celu lub w tych samych celach. Jak wyjaśniono w motywie 32 RODO, jeżeli przetwarzanie ma służyć różnym celom, potrzebna jest zgoda na każdy z tych celów. Związane to jest także z realizacją zasady ograniczonego celu z art. 5 ust. 1 lit. b RODO, zgodnie z którą dane muszą być „zbierane w konkretnych, wyraźnych i prawnie uzasadnionych celach i nieprzetwarzane dalej w sposób niezgodny z tymi celami”⁴.

Świadomość zgody – wiąże się z **przejrzystością przekazania osobie**, przed odebraniem zgody, informacji w zakresie podejmowanych przez ADO względem tej osoby czynności wpisujących się w proces przetwarzania danych osobowych.

„Istotnym czynnikiem mogącym wpływać na stan świadomości podmiotu danych jest **realizacja obowiązku informacyjnego**, dzięki któremu osoba może poznać okoliczności przetwarzania i podjąć decyzję w kwestii zgody, zdając sobie sprawę z następstw wyrażenia zgody”⁵. Chodzi o obowiązek informacyjny, o którym mowa w art. 13 lub 14 RODO.

W motywie 42 preambuły RODO wskazano, że:

Aby wyrażenie zgody było świadome, osoba, której dane dotyczą, powinna znać przynajmniej tożsamość administratora oraz zamierzone cele przetwarzania danych osobowych.

Wyraźne działanie potwierdzające – kiedy możemy o nim mówić?

Przedstawiona powyżej definicja zgody (art. 4 pkt 11 RODO) wskazuje, że występują **dwie formy wyrażenia zgody**: oświadczenie woli lub wyraźne działanie potwierdzające.

Osoba fizyczna **może wyrazić zgodę na przetwarzanie danych osobowych** przez wyraźne działania potwierdzające.

Oznacza to, że taka osoba **przez czynność dorozumianą** – np. zaznaczenie okna wyboru na stronie internetowej (tzw. check boxa), wybór ustawień technicznych do korzystania z usług społeczeństwa informacyjnego lub inne działania, które w konkretnej sytuacji wskazują, że osoba zaakceptowała proponowane jej przetwarzanie danych osobowych – może wyrazić zgodę na przetwarzanie danych osobowych przez wyraźne działania potwierdzające. W motywie 32 preambuły RODO zostały wymienione właśnie takie sytuacje. Co więcej, wskazano tam, że: „Milczenie, okienka domyślnie zaznaczone lub niepodjęcie działania nie powinny oznaczać zgody”.

Wszelkie modele wykorzystujące **bierność, milczenie osoby**, której dane dotyczą, lub jej **nieuwagę**, a także **ustawienia domyślne**, domyślnie zaznaczone okienka zgód itp., są niedopuszczalne. Wskazał na to m.in. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z 1.10.2019 r. (sygn. akt. C-673/17)⁶.

Najważniejsze przy tej formie wyrażenia zgody jest to, że **osoba fizyczna ma wiedzieć w sposób jednoznaczny i wyraźny, na co tak naprawdę się zgadza**. W szczególności będzie tutaj chodziło o cel i zakres przetwarzania danych osobowych, na które została wyrażona taka zgoda.



Wyrażenie zgody jako warunek zawarcia umowy – czy jest to dopuszczalne?

ADO zawiera umowę z klientem (osobą fizyczną) na realizację usług związanych z jego działalnością gospodarczą. W treści umowy, jako jedno z postanowień zawarte jest oświadczenie, że klient wyraża zgodę na przetwarzanie jego danych osobowych zawartych w treści umowy i tych, które pojawią się na etapie jej realizacji. Dodatkowo mamy zastrzeżenie, że ww. zgoda jest warunkiem zawarcia umowy.

Czy taki sposób **pozyskania zgody i wskazania zgody jako podstawy prawnej** przetwarzania danych jest prawidłowy?

Odpowiedź jest krótka – **NIE**. Przejdźmy teraz do analizy tego zagadnienia.

Jedną z fundamentalnych cech zgody jest jej dobrowolność. W przedstawionym stanie faktycznym **nie możemy stwierdzić**, że zgoda ma charakter dobrowolny. Zgoda jest przez ADO wymuszona.

Co więcej, ADO powinien powołać się na inną podstawę prawną przetwarzania, np. art. 6 ust. 1 lit. b RODO (*przetwarzanie jest niezbędne do wykonania umowy, której stroną jest osoba, której dane dotyczą, lub do podjęcia działań na żądanie osoby, której dane dotyczą, przed zawarciem umowy*) i pozostałe, w zależności od celu oraz zakresu przetwarzania. Należy pamiętać, że gdy występują inne

niż zgoda podstawy prawne przetwarzania danych osobowych, to powołujemy te inne podstawy prawne.

Prezes Urzędu Ochrony Danych Osobowych (dalej PUODO) wskazuje, że **nikt nie ma prawa wymuszać na nikim wyrażenia zgody**. Taka zgoda jest **nieważna**⁷.

Przykłady nieprawidłowego zastosowania zgody jako podstawy przetwarzania danych osobowych

Jako przykład nieprawidłowego zastosowania zgody możemy wskazać właśnie omówioną powyżej sytuację. Zgoda na przetwarzanie danych osobowych **znajduje się pomiędzy innymi postanowieniami w treści umowy**.

W kontekście tego tematu odniesiemy się po raz kolejny do stanowiska PUODO:

„(...) klauzula o zgodzie na otrzymanie informacji handlowych nie może znaleźć się we wzorcu wniosku o udzielenie pożyczki pomiędzy innymi postanowieniami oraz formularzem określającym m.in. dane osobowe kredytobiorcy. W tak skonstruowanym dokumencie konsument nie ma możliwości odmowy wyrażenia zgody, ponieważ składa podpis pod całością wniosku, przez co jego zgoda nie jest swobodna i niezależna od innych oświadczeń woli (art. 4 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną)”⁸.

W dalszej kolejności takim przykładem może być **ustawienie domyślnego okienka zgody** na stronie internetowej.

Częstym przypadkiem niewłaściwego zastosowania zgody jest **wyrażanie zbiorczej zgody** na wszystkie działania związane z przetwarzaniem danych osobowych, np. połączenie zgody na komunikację elektroniczną ze zgodą na przekazywanie danych innej firmie z grupy przedsiębiorstw⁹.

Przykłady właściwego zastosowania zgody

Zgodę na przetwarzanie danych osobowych stosujemy wtedy, gdy **nie ma innych podstaw** legalizujących przetwarzanie danych osobowych w tym samym celu i zakresie.

Jeżeli ADO przetwarza dane osobowe szczególnych kategorii i nie zachodzi inna podstawa z art. 9 ust. 2 lit. b-j RODO, to powinien powołać się na zgodę z art. 9 ust. 2 lit. a RODO, np. zgodę na przetwarzanie danych osobowych o stanie zdrowia ze względu na świadczone przez ADO usługi rehabilitacji.

Przykładem właściwego zastosowania zgody przez ADO może być pozyskanie zgody osoby ubiegającej się o zatrudnienie lub pracownika na przetwarzanie przez pracodawcę **innych danych osobowych** niż te określone w art. 22¹ § 1 i 3 kodeksu pracy, z wyjątkiem danych osobowych, o których mowa w art. 10 RODO (np. informacji o niekieralności) – tak stanowi art. 22^{1a} § 1 kodeksu pracy.

Poza tym **zgoda osoby ubiegającej się o zatrudnienie lub pracownika może stanowić podstawę przetwarzania przez pracodawcę danych osobowych, o których mowa w art. 9 ust. 1 RODO** (np. informacji o stanie zdrowia, przynależności związkowej). W tym zakresie stosowne regulacje znajdziemy w art. 22^b kodeksu pracy.

Co więcej, przykładem prawidłowego zastosowania zgody może być także możliwość **zaznaczenia okienka wyboru** na stronie internetowej (tzw. check boxa).





Działania marketingowe – zgoda, prawnie uzasadniony interes, czy niezbędność do wykonania umowy?

Działania marketingowe możemy podzielić na:

- a) realizowane **w celach innych niż** przesyłanie informacji handlowych drogą elektroniczną oraz **innych niż** marketing bezpośredni w świetle prawa telekomunikacyjnego¹⁰;
- b) realizowane **w celach marketingu bezpośredniego**, w szczególności elektronicznego (ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną oraz prawo telekomunikacyjne).

W przypadku pierwszego rodzaju działań marketingowych pozyskanie od osoby fizycznej zgody na przetwarzanie danych osobowych jest uzasadnione. Co więcej, powinna to być **zgoda na przetwarzanie danych osobowych wyraźnie dla osiągnięcia celu tego marketingu i w tym zakresie**. Nie należy łączyć takiej zgody z podstawą prawną przetwarzania danych z art. 6 ust. 1 lit. b RODO – niezbędność do wykonania umowy czy z art. 6 ust. 1 lit. f RODO – prawnie uzasadniony interes administratora.

Drugi rodzaj działań marketingowych – marketing bezpośredni – omówimy na przykładzie **e-marketingu**.

W 47 motywie preambuły RODO zostało wskazane, że:

Za działanie wykonywane w prawnie uzasadnionym interesie można uznać przetwarzanie danych osobowych do celów marketingu bezpośredniego.

Należy pamiętać jednak o tym, że oprócz podstawy prawnej z art. 6 ust. 1 lit f RODO, jaką jest prawnie uzasadniony interes administratora na przetwarzanie danych osobowych, są także potrzebne inne postawy prawne:

- a) **zgoda na przesyłanie informacji handlowej** do oznaczonego odbiorcy będącego osobą fizyczną za pomocą komunikacji elektronicznej – art. 10 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną;

- b) **zgoda na używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących** w celach marketingu bezpośredniego – art. 172 ustawy prawo telekomunikacyjne.

Warto zwrócić uwagę na to, że marketing bezpośredni z wykorzystaniem środków elektronicznych przez przedsiębiorcę, który nie uzyskał zgody potencjalnego klienta, stanowi **czyn nieuczciwej konkurencji** w rozumieniu przepisów art. 24 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów¹¹.

Ze względu na spoczywający na ADO obowiązek udowodnienia legalności swoich działań, powinien on zawsze **wykazać, że uzyskał zgodę** na przetwarzanie do celów marketingowych.

Łączenie zgód marketingowych – wyrok NSA III OSK 161/21¹²

Rozstrzygnięcie istotne z punktu widzenia sposobu pozyskiwania zgód w celach marketingu bezpośredniego, przedstawia Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku w sprawie sygnatura akt: III OSK 161/21.

Powyższa sprawa dotyczyła tego, „czy na gruncie obowiązujących przepisów jest **dopuszczalne wyrażenie jednej zgody** na dokonywanie przetwarzania danych osobowych w celu marketingu bezpośredniego produktów V. Sp. z o.o. i innych podmiotów należących do grupy kapitałowej „(...)” oraz używanie telekomunikacyjnych urządzeń końcowych i automatycznych systemów wywołujących w celu prowadzenia tego marketingu, o której mowa w art. 172 ust. 1 Ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne¹³.

Naczelny Sąd Administracyjny orzekł, że:

- zawarcie kilku zgód w treści jednego oświadczenia prowadzi do tego, że osoba, której dane dotyczą, **nie ma pełnej swobody** w dysponowaniu swoimi danymi osobowymi;
- podmiot zwracający się do osoby fizycznej o wyrażenie zgody w celach marketingowych musi to zrobić

w sposób **wyraźny, jednoznaczny, wyróżniający się spośród innych pochodzących od tego podmiotu informacji i oświadczeń**;

- osoba wyrażająca zgodę musi zrozumieć **istotę zgody, jej cel i skutki, posiadać pełne rozeznanie konkretnie przez kogo i w jakim ściśle określonym celu** jej dane będą przetwarzane.

Podsumowując: ADO, przetwarzając dane osobowe osób fizycznych, jeżeli będzie chciał powołać się na zgodę jako przesłankę legalizującą przetwarzanie danych osobowych, zawsze powinien pamiętać o wszystkich tych elementach, które zostały omówione w tym artykule.

Oktawia Zarzecka

radca prawny i szkoleniowiec, właścicielka Kancelarii Radcy Prawnego Oktawia Zarzecka, pomagam mikro i małym przedsiębiorcom w legalnym prowadzeniu działalności offline oraz online

¹ A. Sagan-Jeżowska, Klauzule RODO. Wzory klauzul z praktycznym komentarzem, Warszawa 2018, s. 32.

² D. Lubasz, Zgoda jako przesłanka legalizacyjna przetwarzania danych osobowych, LEX/el. 2018.

³ M. Gawroński, Zgoda jako podstawa prawna przetwarzania danych, Lex/el. 2018.

⁴ D. Lubasz, Zgoda (...) dz. cyt.

⁵ P. Fajgielski [w:] Komentarz do rozporządzenia nr 2016/679 w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) [w:] Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz, Warszawa 2018, art. 4.

⁶ Prezes Urzędu Ochrony Danych Osobowych, Zgoda nie zawsze jest podstawą przetwarzania danych, LEX/el. 2020.

⁷ Prezes Urzędu Ochrony Danych Osobowych, Zgoda (...) dz. cyt.

⁸ Prezes Urzędu Ochrony Danych Osobowych, Zgoda (...) dz. cyt.

⁹ M. Gawroński, Zgoda (...) dz. cyt.

¹⁰ Ustawa z dn. 18.07.2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. z 2020, poz. 344 t.j. z późn. zm.)

¹¹ Ustawa z dn. 16.07.2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2021, poz. 576 t.j. z późn. zm.)

¹² S. Czub-Kielczewska, Okiem IOD-a: marketing bezpośredni a RODO, LEX/el. 2019.

¹³ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dn. 20.04.2021 r. sygn. akt: III OSK 161/21, LEX nr 3169386.

¹⁴ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dn. 20.04.2021 r. (...) dz. cyt.



Umowa zakupu energii elektrycznej od wytwórcy energii ze źródeł odnawialnych

Kierunki rozwoju OZE

Witold Chmarzyński

Z tym, że przyszłość w energetyce należy do źródeł odnawialnych (OZE), pogodzili się niemalże wszyscy, w tym rządzący. Zmiana z energetyki konwencjonalnej na odnawialne źródła energetyki to nie tylko zmiana źródła wytwarzania energii. To także zmiana sposobu zaopatrywania społeczeństwa w tę energię. Aktualnie dominujący model przesyłu energii zakłada jej przesyłanie na duże odległości z kilku zlokalizowanych w kraju dużych elektrowni konwencjonalnych. Przystawienie się na odnawialne źródła energii oznacza konieczność funkcjonowania dużej liczby znacznie mniejszych jednostek wytwórczych, co z kolei umożliwia skrócenie odległości od wytwórcy do odbiorcy. Tzw. energetyka rozproszona oznacza, że duża część odbiorców energii elektrycznej stanie przed dylematem, jaką umowę na zakup energii elektrycznej z OZE podpisać.

Rozproszenie źródeł wytwarzania energii elektrycznej wpływa bezpośrednio na zasady jej sprzedaży do odbiorców, w tym na kształt umowy sprzedaży energii elektrycznej (ang. *Power Purchase Agreement – PPA*). Aktualnie sprzedają energię elektryczną zajmują się w przeważającej większości tzw. spółki obrotu, czyli spółki, które skupują energię elektryczną od jej wytwórców, a następnie odsprzedają ją do odbiorców. Umowa, jaką zawiera odbiorca ze spółką obrotu, to właśnie umowa PPA.

Czym w takim razie jest cPPA, o którym coraz więcej się mówi? cPPA (ang. *corporate power purchase agreement*) to także umowa sprzedaży energii elektrycznej, lecz posiadająca pewne cechy charakterystyczne, czyli:

- jest zawierana pomiędzy wytwórcą (a nie spółką obrotu) energii elektrycznej a odbiorcą, będącym najczęściej podmiotem komercyjnym (np. przedsiębiorcą);

- energia będąca przedmiotem sprzedaży jest wytwarzana w instalacji odnawialnego źródła energii.

W różnych opracowaniach można znaleźć różne definicje, które wymieniają jeszcze więcej cech charakteryzujących umowę cPPA – jak np. jej długoterminowość czy zakup energii bez konieczności podłączenia do sieci¹.

W polskim systemie prawnym próżno szukać definicji cPPA. Spośród definicji prawnych najbardziej zbliżoną do pojęcia cPPA jest definicja *umowy zakupu odnawialnej energii elektrycznej*, zawar-

Rodzaje umów cPPA

W praktyce obrotu energią elektryczną występują różne rodzaje cPPA, w zależności od zlokalizowania względem siebie odbiorcy i miejsca wytwarzania energii z OZE. Możemy wyróżnić umowy:

- 1) cPPA on site;
- 2) cPPA near site direct wire;
- 3) cPP offsite.

W świetle polskich regulacji prawnych możliwe jest zawarcie tylko umowy cPP



ta w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/2001 z 11 grudnia 2018 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych (tzw. Dyrektywa RED II). Art. 2 pkt 17 tej dyrektywy stanowi, że przez umowę zakupu odnawialnej energii elektrycznej należy rozumieć *umowę, na podstawie której osoba fizyczna lub prawna zgadza się na zakup odnawialnej energii elektrycznej bezpośrednio od producenta energii elektrycznej*.

offsite. Umowa cPPA near site direct wire wiąże się z koniecznością wybudowania linii bezpośredniej, co aktualnie nie jest możliwe, chociaż jest już projekt zmian w prawie, o czym w dalszej części artykułu. Z kolei umowa cPPA on site wymagałaby umożliwienia sprzedaży z pominięciem zarówno sieci elektroenergetycznej, jak też linii bezpośredniej, co aktualnie również jest niemożliwe. Niemniej jak się zagłębimy w szczegóły, to nie wygląda to tak źle.



cPPA on site

Ten rodzaj umów sprzedaży energii elektrycznej charakteryzuje się tym, że jednostka wytwórcza (np. instalacja PV) jest zlokalizowana w miejscu, gdzie ta energia jest zużywana – np. na dachu zakładu produkcyjnego. Ideą tego rozwiązania jest dostarczenie energii elektrycznej bezpośrednio do sieci wewnętrznej odbiorcy (tj. z pominięciem sieci elektroenergetycznej OSD) i jej konsumpcja niezwłocznie po wytworzeniu. Działanie takie prowadzi do zmniejszenia poboru energii elektrycznej z sieci dystrybucyjnej. Tak dostarczona do odbiorcy energia, jako że nie korzysta z sieci, nie jest obciążona żadnymi opłatami dystrybucyjnymi, które stanowią ponad połowę płatności za energię elektryczną pobieraną z sieci OSD.

Problem w tym, że zgodnie z polskim prawem energetycznym² dostarczanie energii (czyli w tym i jej sprzedaż) odbywa się *po uprzednim przyłączeniu do sieci* (...) (art. 5 ust. 1 *in principio*), co oznacza, że aby sprzedać energię z instalacji zlokalizowanej na dachu odbiorcy, należałoby tę energię najpierw „wpuścić” do sieci elektroenergetycznej, a następnie odbiorca musiałby pobrać tę energię z sieci. Takie rozwiązanie niweczyłoby ekonomiczny sens cPPA on site, czyli brak opłat dystrybucyjnych.

Praktyka obrotu wykształciła umowy, które realizują większość z celów umowy cPPA, nie będąc jednocześnie umowami sprzedaży energii elektrycznej. Są to umowy, które posiadają różne nazwy handlowe (np. power as a service, solar as service). Od strony prawnej są to tzw. umowy nienazwane. Na ich podstawie podmiot (inwestor) instaluje jednostkę wytwórczą (np. farmę PV) i oddaje ją w posiadanie odbiorcy, będącemu przeważnie właścicielem (najemcą) obiektu. W takim układzie inwestor jest odpowiedzialny za serwis i utrzymanie instalacji OZE, za co dostaje wynagrodzenie od właściciela obiektu, który z kolei czerpie zyski z tego, że w część swojego zapotrzebowania energetycznego zaspokaja z instalacji OZE, i ta część jest zwolniona z wszelkich opłat dystrybucyjnych.

Krytycznie do tego rodzaju umów odniósł się Prezes Urzędu Regulacji

Energetyki³. Stanowisko Prezesa URE zostało poddane – według autora artykułu słusznej – krytyce. Chcąc przyjąć stanowisko Prezesa URE przedstawione w Informacji, należałoby przyjąć, że każdy, kto korzysta z energii elektrycznej wytworzonej z odnawialnych źródeł energii, musi być właścicielem tej instalacji. Takie stanowisko nie ma oparcia w przepisach prawa. Dodatkowo, niniejsze stanowisko traci na znaczeniu również z tego względu, że Informacja umożliwia takie sformułowanie postanowień umownych pomiędzy inwestorem a właścicielem obiektu, które zminimalizują ryzyko uznania danej umowy przez Prezesa URE za obejście przepisów prawa energetycznego.

cPPA near site direct wire

Tak jak praktyka obrotu radzi sobie z wadami ustawodawstwa, które blokuje zawieranie umów cPPA on site, tak aktualnie nie jest możliwe zawarcie umowy cPPA near site direct wire zgodnie z polskimi przepisami. Ten rodzaj umowy przewiduje, że jednostka wytwórcza jest w stosunkowo niedużej odległości od odbiorcy, a instalacja OZE jest połączona z odbiorcą linią bezpośrednią, a nie za pośrednictwem sieci elektroenergetycznej danego operatora sieci. W aktualnym stanie prawnym, w celu wybudowania linii bezpośredniej niezbędna jest zgoda Prezesa URE. Na dzień 6 września 2021 r. nie została wydana żadna zgoda na wybudowanie linii bezpośredniej przez Prezesa URE, ale widać światło w tunelu.

2 czerwca 2021 r. na stronach Rządowego Centrum Legislacji⁴ ukazał się – kolejny w tym roku – projekt nowelizacji Prawa energetycznego oraz ustawy o odnawialnych źródłach energii (druk nr UC74) (dalej: „Projekt”). Projekt ten przewiduje zmianę definicji linii bezpośredniej, a także wyeliminowanie konieczności uzyskania zgody Prezesa URE na jej wybudowanie w określonych przypadkach. Zgodnie z Projektem przez linię bezpośrednią należy rozumieć *linię elektroenergetyczną łączącą wydzieloną jednostkę wytworzenia energii elektrycznej bezpośrednio z odbiorcą lub linię elektroenergetyczną łączącą jednostkę wytworzenia energii elektrycznej z przedsiębiorstwem dostarczającym energię*

elektryczną w celu bezpośrednich dostaw energii do jego własnych obiektów, podmiotów od niego zależnych i odbiorców.

W dalszej części Projekt stanowi, iż *zgoda Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki (na budowę linii bezpośredniej – przyp. W. Ch.) nie jest wymaga w przypadku: 1) budowy linii bezpośredniej na nieruchomości należącej do podmiotu występującego o pozwolenie na budowę linii bezpośredniej, który zaopatrywać będzie w energię elektryczną wyłączanie obiekty do niego należące; 2) budowy linii bezpośredniej dostarczającej energię elektryczną do instalacji odbiorcy nieprzyłączonego do sieci elektroenergetycznej.*

Bardzo dobrze należy ocenić wyeliminowanie konieczności uzyskania zgody Prezesa URE na budowę linii bezpośredniej, niemniej niejasne jest sformułowanie *nieruchomości należącej do podmiotu występującego o pozwolenie na budowę linii bezpośredniej*. Czy przez nieruchomości „należące” należy rozumieć tylko nieruchomości, do których przysługuje prawo własności, czy też dopuszczalny jest też inny tytuł prawny, jak np. służebność czy dzierżawa? Zastanawiające jest dlaczego w ogóle ustawodawca w Projekcie zdecydował, że posiadanie tytułu prawnego do nieruchomości, na której ma być wybudowana linia bezpośrednia jest przesłanką do zwolnienia od uzyskiwania zgody Prezesa URE. Konieczność uregulowania prawa do gruntu, na którym jest stawiana budowla lub budynek wynika z innych przepisów prawa – jak np. z Kodeksu cywilnego czy też prawa budowlanego i nie ma konieczności udziału Prezesa URE w tego typu przedsięwzięciach.

Pozostaje liczyć, że w toku procesu legislacyjnego zostaną wprowadzone do Projektu zmiany przynajmniej wyjaśniające intencję autora, a może nawet i usuwające zbędne komplikacje przy budowie linii bezpośredniej.

Autor artykułu jest zdania, że umożliwienie budowy linii bezpośredniej, co niewątpliwie nastąpi, spowoduje drugi boom na instalacje fotowoltaiczne, który tym razem będzie napędzany głównie większymi instalacjami wytwórczymi dla przemysłu.





cPPA of site

Trzeci rodzaj umów cPPA zakłada znaczne oddalenie od siebie jednostki wytwórczej od odbiorcy (np. jednostka wytwórcza znajduje się w woj. warmińsko-mazurskim, a zakład odbiorcy w woj. śląskim). W tym przypadku nie ma możliwości fizycznego podłączenia instalacji wytwórczej do odbiorcy.

Fakt, że w tym modelu nie mamy możliwości bezpośredniej dostawy energii elektrycznej ze źródła OZE, oznacza konieczność uczestniczenia w strukturze transakcji podmiotu trzeciego, którym jest spółka obrotu.

Poniższy graf przedstawia jedną z możliwości, jakie kreuje umowa cPPA of site⁵.

Z przedstawionego schematu wynika, że konieczne jest zawarcie przynajmniej dwóch umów:

- między wytwórcą energii elektrycznej z odnawialnych źródeł energii a spółką obrotu;
- między wytwórcą a odbiorcą.

Konieczne jest utrzymanie pewnej tożsamości tych umów. Spółka obrotu pełni w tym układzie rolę podmiotu bilansującego.

Europejska Federacja Przedsiębiorstw Obrót Energii (ang. *European Federation of Energy Traders* EFET) i Platforma RE-Source przygotowały wzór korporacyjnej umowy PPA (cPPA) według

standardu EFET w Polsce. Umowa cPPA według EFET stanowi pierwszy standard dla korporacyjnych umów PPA w Europie. Jej celem jest zmniejszenie kosztów transakcyjnych i ułatwienie procesu negocjacji między stronami⁶.

Finansowa a fizyczna cPPA

Poza powyższym podziałem należy wskazać też na tzw. *virtual cPPA* zwane też finansowymi cPPA. Umowy te z wytworzeniem czy też dostawą energii elektrycznej nie mają wiele wspólnego. Są to instrumenty finansowe, będące tzw. kontraktami różnicowymi. W uproszczeniu mówiąc, w ramach *virtual cPPA* strony się umawiają, że jeżeli cena energii elektrycznej wzrośnie ponad poziom X, to podmiot A zapłaci podmiotowi B określoną kwotę, a jeśli zależność będzie odwrotna, wówczas strumień pieniędzy popłynie od B do A. Przy tego rodzaju umowach nie mamy do czynienia ani z jednostkami wytwórczymi OZE, ani z fizyczną dostawą energii elektrycznej, choćby do spółki obrotu.

Pomimo że w umowie cPPA ofsite nie mamy fizycznej dostawy wytworzonej energii elektrycznej do odbiorcy, umowa ta jest zaliczana do tzw. fizycznych cPPA, a to z tego powodu, że rozliczana jest energia elektryczna faktycznie wytworzona przez daną, konkretną jednostkę wytwórczą (np. farmę PV), a dodatkowo energia ta jest fizycznie

dostarczana do spółki obrotu, która ją bilansuje.

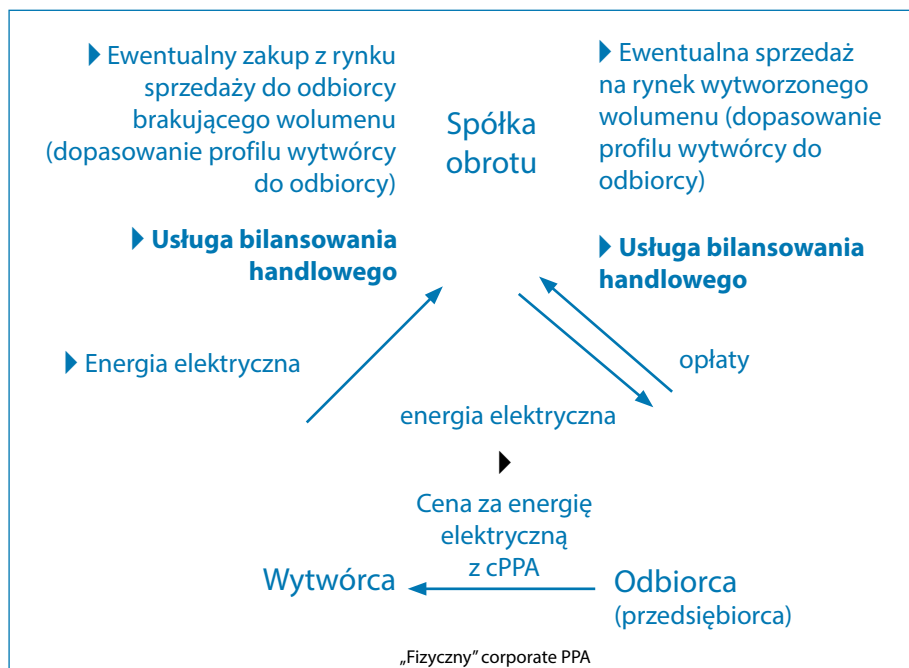
Bariery rozpowszechnienia się umów cPPA

Niewątpliwie jedną z istotniejszych barier rozwoju OZE, w tym barierą rozpowszechnienia się umów cPPA, są skostniałe przepisy prawne. Przykładem może być przytoczony powyżej przepis dotyczący linii bezpośredniej czy też art. 5 PE wymuszający sprzedaż energii elektrycznej *po uprzednim przyłączeniu do sieci*.

Należy pamiętać, że kwestie związane z sektorem energetycznym i obrotem energią elektryczną wymagają pewnych ograniczeń z racji choćby na prawa fizyki, które niewątpliwie górują nad prawem wolnego rynku. Niemniej aktualne regulacje prawne wydają się hamować rozwój OZE ponad to, co wynika z fizycznych ograniczeń.

Planowane zmiany w prawie, o ile zostaną doprecyzowane, w połączeniu z coraz większą aktywnością środowisk lokalnych dążących do niezależności energetycznej, co wyraża się w coraz większym zainteresowaniu w tworzeniu spółdzielni energetycznych czy też klastrów energii, sprawią że umowa sprzedaży energii elektrycznej typu cPPA stanie się powszechnym mechanizmem nabywania energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych zlokalizowanych niedaleko wytwórców.

Witold Chmarzyński
radca prawny, współnik CCLaw



¹ Bird&Bird&Corporate PPA's. An international perspective – opracowanie kancelarii Bird&Bird, edycja 2020/2021.

² Ustawa z 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne; tj. z 31 marca 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 716) – dalej: „PE”.

³ Zob. Informacja Prezesa URE 7/2021 w sprawie realizacji obowiązku w zakresie uzyskania i przedstawienia do umorzenia świadectw pochodzenia lub świadectw pochodzenia biogazu rolniczego albo uiszczenia opłaty zastępczej (dalej: „Informacja”).

⁴ <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12347450/katalog/12792164#12792164>.

⁵ Opracowanie własne – W.Ch.

⁶ <https://efet.org/standardisation/cppa/poland/>.





Czym jest Taksonomia?

O nowym prawie Unii Europejskiej dotyczącym klasyfikowania działalności gospodarczej jako zrównoważonej środowiskowo

Radosław Maruszkin

Taksonomia to potoczna nazwa nowego aktu prawnego Unii Europejskiej, tj. rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2020/852 z dnia 18 czerwca 2020 r. w sprawie ustanowienia ram ułatwiających zrównoważone inwestycje (dalej: „**Taksonomia**” lub „**Rozporządzenie**”)¹. Nowe przepisy mają zwiększyć poziom ochrony środowiska poprzez przekierowanie kapitału z inwestycji szkodzących środowisku na bardziej ekologiczne alternatywy. Innymi słowy Taksonomia nie wprowadza zakazu inwestowania w działalności szkodzące środowisku, ale przyznaje dodatkowe preferencje dla ekologicznych rozwiązań. Dodatkowo dotychczasowy brak przepisów określających, jakie inwestycje są zrównoważone środowiskowo, doprowadził do powstania problemu określanego jako „pseudoekologiczny marketing”², czyli nieuzasadnionego twierdzenia przez niektóre podmioty, że ich działalność jest przyjazna środowisku, w sytuacji kiedy nie było ku temu podstaw. Taksonomia ma rozwiązać ww. problem poprzez stworzenie zharmonizowanych ogólnoeuropejskich zasad.

Jak działa Unia Europejska?

W celu umożliwienia czytelnikowi zrozumienia kontekstu omawianych przepisów warto krótko przypomnieć podstawowe kwestie związane z prawem Unii Europejskiej. Ogólne zasady funkcjonowania Unii Europejskiej określone są w traktatach, które pełnią podobną rolę do Konstytucji w Polsce. Przykładowo w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: „**TFUE**”) określone zostało:

- 1) w jakich obszarach UE może przyjmować przepisy;
- 2) w jakiej procedurze przepisy są przyjmowane;
- 3) jaki będą one miały skutek prawny dla przedsiębiorców³.

Unia Europejska może działać w różnych obszarach, np. w zakresie ochrony środowiska czy utworzenia rynku wewnętrznego. Unia działa w różnorodny sposób, np. przyjmując akty prawne. Rynek wewnętrzny obejmuje obszar bez granic wewnętrznych, w którym jest zapewniony swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału. Formalnie Taksonomia została przyjęta właśnie w celu utworzenia rynku wewnętrznego UE, a nie bezpośrednio w celu chronienia środowiska czy klimatu.

Zasady tworzenia prawa UE są inne niż np. polskich ustaw. Zgodnie z ogólną zasadą Polska może przyjmować każde przepisy, chyba że dobrowolnie zobowiązała się tego nie robić, np. poprzez zawarcie umowy międzynarodowej z innymi państwami. W przypadku UE sytuacja jest odwrotna i Unia może przyjmować przepisy tylko wtedy, jeżeli została do tego wprost upoważniona przez państwa członkowskie w traktatach. Dodatkowo, w zależności od dziedziny prawa, przepisy w UE przyjmowane są w różnych procedurach. Taksonomia została przyjęta w tzw. zwykłej procedurze ustawodawczej, w której zgodę na jej przyjęcie wyraziły Rada Unii Europejskiej, reprezentująca państwa członkowskie, i Parlament Europejski reprezentujący obywateli UE. W praktyce jednak Rozporządzenie ustanowiło jedynie ogólne ramy przepisów. Wiele kluczowych zagadnień zostanie doprecyzowanych w aktach delegowanych przyjmowanych przez Komisję Europejską. Systemowo jest to podobne rozwiązanie do rozporządzeń ministrów uszczegółwiających polskie ustawy. Powyższe akty delegowane są dopiero tworzone i nie wiadomo, kiedy i w jakiej treści zostaną przyjęte.

Unia może przyjmować akty prawne w różnych rodzajach, np. w formie dyrektyw lub rozporządzeń. W przeszłości

przepisy dotyczące ochrony środowiska były przyjmowane raczej w formie dyrektyw, które musiały być powtórzone w polskiej ustawie. Taksonomia została przyjęta w formie rozporządzenia, które jest stosowane bezpośrednio. Innymi słowy przepisy Taksonomii nie zostają powtórzone w polskich ustawach i istnieje fikcja prawna, że przedsiębiorcy znają przepisy Rozporządzenia, a przez to muszą stosować się do zawartych tam obowiązków.

O czym jest dalsza część tekstu?

W dalszej części tekstu omówione zostaną warunki, które należy spełnić w celu zakwalifikowania danej działalności gospodarczej jako zrównoważonej środowiskowo i najważniejsze obowiązki przedsiębiorców.

Niniejszy tekst dotyczy jedynie przepisów Rozporządzenia. W praktyce jednak znaczenie Taksonomii będzie większe niż wydaje się to jedynie po jej lekturze. Wynika to z tego, że Taksonomia ma być punktem odniesienia w poszukiwaniu odpowiedzi na pytanie, czy dana działalność jest przyjazna środowisku niezależnie od czego czy w konkretnym przypadku zastosowanie znajdą przepisy polskie lub unijne⁴. Przykładowo w formalnie innym akcie prawa UE został przyjęty Fundusz na rzecz sprawiedliwej transformacji, składający się z:

- 1) 7,5 mld euro w ramach programu „Inwestycja na rzecz zatrudnienia i wzrostu”;
- 2) 10 mld euro w ramach programu odbudowy gospodarki UE po COVID-19;
- 3) dodatkowych środków dla szczególnie potrzebujących ich państw uruchomionych w przypadku zwiększenia zasobów UE, tj. mechanizmu zielonego nagradzania⁵.



Upraszczając, powyższe środki nie powinny być przeznaczane na inwestycje niezgodne z Taksonomią.

W tekście zastosowano uproszczenia i pominięto wyjątki. Powinien on być traktowany jako ogólne omówienie Taksonomii, a nie jako np. porada prawna.

Cztery warunki uznania danej działalności za ekologiczną

Dana działalność gospodarcza kwalifikuje się jako zrównoważona środowiskowo, jeżeli łącznie spełnia cztery warunki, tj.:

- 1) wnosi istotny wkład w realizację co najmniej jednego z sześciu celów środowiskowych;
- 2) nie wyrządza poważnych szkód dla żadnego z celów środowiskowych,
- 3) jest prowadzona zgodnie z minimalnymi gwarancjami;
- 4) spełnia techniczne kryteria kwalifikacji⁶.

Sześć celów środowiskowych Taksonomii

Cele środowiskowe Taksonomii to:

- 1) łagodzenie zmian klimatu;
- 2) adaptacja do zmian klimatu;
- 3) zrównoważone wykorzystywanie i ochrona zasobów wodnych i morskich;
- 4) przejście na gospodarkę o obiegu zamkniętym,
- 5) zapobieganie zanieczyszczeniu i jego kontrola;
- 6) ochrona i odbudowa bioróżnorodności i ekosystemów⁷.

Ponadto dana działalność kwalifikuje się jako wnosząca istotny wkład w realizację co najmniej jednego z ww. celów środowiskowych, jeżeli bezpośrednio wspomaga inne rodzaje działalności we wnoszeniu istotnego wkładu, jeżeli:

- 1) nie prowadzi do uzależnienia od aktywów, które podważają długoterminowe cele środowiskowe;
- 2) ma istotne pozytywne skutki dla środowiska⁸.



Każdy z celów środowiskowych jest szczegółowo zdefiniowany. Przykładowo „łagodzenie zmian klimatu” oznacza proces polegający na utrzymaniu wzrostu średniej temperatury na świecie znacznie poniżej 2°C i na dążeniu do ograniczenia wzrostu temperatury do 1,5°C powyżej poziomów sprzed epoki przemysłowej, jak określono w porozumieniu paryskim⁹. Dana działalność gospodarcza kwalifikuje się jako wnosząca istotny wkład w łagodzenie zmian klimatu, jeżeli wnosi istotny wkład w ustabilizowanie stężenia gazów cieplarnianych w atmosferze na poziomie pozwalającym zapobiec groźnej antropogenicznej ingerencji w system klimatyczny, zgodnie z długoterminowym celem dotyczącym temperatury określonym w porozumieniu paryskim poprzez niedopuszczanie do powstania emisji gazów cieplarnianych lub ich ograniczanie, lub zwiększanie pochłaniania gazów cieplarnianych, w tym poprzez innowację procesową lub produktową, poprzez wyliczone w Taksonomii działania, np. rozwój odnawialnych źródeł energii czy poprawę efektywności energetycznej.

Zakaz wyrządzania poważnych szkód w którymkolwiek z celów środowiskowych

Drugim z czterech warunków uznania danej działalności za ekologiczną, jest

to, że nie może wyrządzać poważnych szkód w żadnym z celów środowiskowych, w tym w całym swoim cyklu życia¹⁰. Wynika to z tego, że niektóre działalności mogą być np. przyjazne dla klimatu, ale szkodliwe dla rzek, a Taksonomia ma promować jedynie aktywności, które są obiektywnie przyjazne dla wszystkich elementów środowiska.

Działanie wyrządzające poważne szkody celom środowiskowym można zakwalifikować następująco:

- 1) dana działalność wyrządza poważne szkody łagodzeniu zmian klimatu, jeżeli prowadzi do znaczących emisji gazów cieplarnianych;
- 2) w przypadku adaptacji do zmian klimatu niedopuszczalne jest nasilenie niekorzystnych skutków przyszłych warunków klimatycznych;
- 3) aby w sposób zrównoważony wykorzystywać i chronić zasoby wodne i morskie nie można szkodzić dobremu stanowi lub dobremu potencjałowi ekologicznemu jednolitych części wód, w tym powierzchniowych i podziemnych;
- 4) działalność nie służy gospodarce o obiegu zamkniętym, jeżeli prowadzi do znaczącego braku efektywności w wykorzystywaniu materiałów lub zasobów naturalnych, takich jak nieodnawialne źródła energii, surowce, woda i grunty, na co najmniej jednym z etapów cyklu życia produktów;
- 5) zapobieganiu zanieczyszczeniom i ich kontroli nie służy działalność, która prowadzi do znaczącego wzrostu emisji zanieczyszczeń



- do powietrza, wody lub ziemi w porównaniu z sytuacją przed rozpoczęciem tej działalności;
- 6) ochrony i odbudowy bioróżnorodności i ekosystemów nie wspiera działalność, która w znacznym stopniu szkodzi dobremu stanowi i odporności ekosystemów lub jest szkodliwa dla stanu zachowania siedlisk i gatunków¹¹.

Techniczne kryteria kwalifikacji i minimalne gwarancje

Upraszczając, techniczne kryteria mają na celu zapewnienie, że działalności zakwalifikowane jako zgodne z Taksonomią naprawdę będą miały pozytywny wpływ na jej cele, a nie tylko spełnią formalne wymagania. Są one przyjmowane przez Komisję w aktach delegowanych. Techniczne kryteria zostaną przyjęte dla każdego z celów środowiskowych i w stanie na dzień 19 sierpnia 2021 r. dostępny jest projekt ww. aktu dotyczący łagodzenia i adaptacji do zmian klimatu¹². Został on sporządzony zgodnie z następującą metodyką:

- 1) wszystkie relewantne rodzaje działalności podzielono na osiem grup, np. przetwórstwo przemysłowe czy energetykę;
- 2) następnie stworzono podgrupy, np. produkcja cementu, w ramach których szczegółowo opisano, na czym polega ww. proces i jakie warunki muszą być spełnione, żeby był on zgodny z technicznymi kryteriami

kwalifikacji, np. ilość wytworzonych gazów cieplarnianych w całym procesie produkcyjnym nie może być wyższa niż X w przeliczeniu na jedną tonę gotowego produktu.

Minimalnymi gwarancjami są procedury stosowane przez przedsiębiorstwo prowadzące działalność gospodarczą, które mają zapewnić przestrzeganie standardu odpowiedzialnego prowadzenia działalności gospodarczej, tj. Wytycznych OECD dla przedsiębiorstw wielonarodowych oraz Wytycznych ONZ dotyczących biznesu i praw człowieka, w tym zasad i praw określonych w ośmiu podstawowych konwencjach wskazanych w Deklaracji Międzynarodowej Organizacji Pracy dotyczącej podstawowych zasad i praw w pracy oraz zasad i praw określonych w Międzynarodowej karcie praw człowieka¹³. Dotyczą one różnych zagadnień, np. praw człowieka, praw pracowników, ochrony środowiska czy zwalczania korupcji¹⁴. Międzynarodowa Organizacja Pracy (ILO) to agencja Organizacji Narodów Zjednoczonych, zajmująca się m.in. prawem pracy, do której należą prawie wszystkie państwa, w tym Polska¹⁵.

Jakie są najważniejsze obowiązki przedsiębiorców związane z Taksonomią?

Obowiązki przedsiębiorców związane z Taksonomią można podzielić na dwie grupy, tj.:

- 1) dla podmiotów z branży finansowej;

- 2) dla pozostałych przedsiębiorców, zarówno formalne, jak i praktyczne.

Branża finansowa

Trzy najważniejsze obowiązki podmiotów z branży finansowej dotyczą przejrzystości oferowanych produktów i zgodnie z nimi:

- 1) jeżeli produkt finansowy służy do inwestycji w działalność gospodarczą, która przyczynia się do realizacji celu środowiskowego, przedsiębiorca musi ujawnić m.in.: 1) informacje o ww. celu i 2) opis, w jaki sposób i w jakim stopniu inwestycje w ramach produktu finansowego są dokonywane w działalność gospodarczą, kwalifikującą się jako zrównoważona środowiskowo zgodnie z Taksonomią. W powyższym opisie określa się udział procentowy inwestycji w zrównoważoną środowiskowo działalność gospodarczą wybranych dla produktu finansowego, w tym szczegółowe informacje o udziałach procentowych działalności wspomagającej i przejściowej działalności wyrażony jako odsetek wszystkich inwestycji wybranych na potrzeby produktu finansowego¹⁶;
- 2) jeżeli produkt finansowy promuje aspekt środowiskowy, stosuje się odpowiednio ww. wymogi i dodatkowo musi mu towarzyszyć oświadczenie o treści: „Zasada »nie czyni poważnych szkód« stosowana jest wyłącznie w odniesieniu do tych inwestycji w ramach



produktu finansowego, które uwzględniają unijne kryteria dotyczące zrównoważonej środowiskowo działalności gospodarczej.

Inwestycje w ramach pozostałej części tego produktu finansowego nie uwzględniają unijnych kryteriów dotyczących zrównoważonej środowiskowo działalności gospodarczej¹⁷.

- 3) do pozostałych produktów finansowych należy dołączyć oświadczenie o treści:

„Inwestycje w ramach tego produktu finansowego nie uwzględniają unijnych kryteriów dotyczących zrównoważonej środowiskowo działalności gospodarczej¹⁸.”

Pozostali przedsiębiorcy

Duże przedsiębiorstwa podlegają obowiązkowi publikowania informacji niefinansowych. Taksonomia wymaga, aby w ramach ww. obowiązku zostały ujawnione, m.in.:

- 1) udział procentowy ich obrotu pochodzący z produktów lub usług związanych z działalnością gospodarczą, która kwalifikuje się jako zrównoważona środowiskowo;
- 2) udział procentowy ich nakładów inwestycyjnych oraz wydatków operacyjnych odpowiadający aktywom lub procesom związanym z działalnością gospodarczą, która

kwalifikuje się jako zrównoważona środowiskowo¹⁹.

Dokładna treść ww. obowiązku zostanie doprecyzowana w przyszłym akcie delegowanym Komisji. W stanie na dzień 19 sierpnia 2021 r. jest już dostępny projekt ww. aktu, ale nie wiadomo kiedy i w jakiej ostatecznie treści zostanie on przyjęty²⁰.

W przypadku pozostałych przedsiębiorców Taksonomia może mieć jednak duże znaczenie praktyczne, niewynikające z treści jej przepisów. Możliwe jest, że część banków czy innych instytucji pożyczających pieniądze, będzie chciała finansować działalności jedynie lub w znacznie mierze zgodne z Taksonomią. W takim wypadku przedsiębiorcy, chcący otrzymać kredyt na korzystnych warunkach, mogą być w praktyce zobowiązani do wykazania, że ich działalność jest zgodna z Taksonomią. W innym przypadku mogą nie uzyskać potrzebnych im środków lub uzyskać je na niekorzystnych warunkach.

Podsumowanie

Podsumowując, Taksonomia to nowe prawo Unii Europejskiej określające, jakie inwestycje są przyjazne środowisku. Dana działalność gospodarcza kwalifikuje się jako zrównoważona

środowiskowo, jeżeli łącznie spełnia cztery warunki, tj.: 1) wnosi istotny wkład w realizację co najmniej jednego z sześciu celów środowiskowych, 2) nie wyrządza poważnych szkód w żadnym z celów środowiskowych, 3) jest prowadzona zgodnie z minimalnymi gwarancjami, 4) spełnia techniczne kryteria kwalifikacji. Branża finansowa w szczególności będzie musiała opisywać, czy oferowane przez nią produkty finansowe są zgodne z Taksonomią. Podobnie duzi przedsiębiorcy w ramach obowiązku publikowania informacji niefinansowych będą wskazywali, w jakim procencie ich działalność jest zgodna z Taksonomią. Pozostali przedsiębiorcy mogą być w praktyce zobowiązani do określenia, czy ich działania będą zgodne z Taksonomią, np. w przypadku chęci uzyskania zewnętrznego finansowania.

dr Radosław Maruszkin

adwokat, zawodowo i naukowo zajmuje się, m.in. prawem ochrony środowiska, prawem klimatycznym i prawem Unii Europejskiej; prezes Fundacji Polska Oddycha; prowadzi zajęcia dla aplikantów adwokackich w Izbie Adwokackiej w Warszawie, www.maruszkin.pl

¹ Tekst przepisów Taksonomii jest dostępny pod adresem: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020R0852&from=PL>.

² Ang. *greenwashing*.

³ Tekst TFUE jest dostępny pod adresem: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016E/TXT&from=PL>.

⁴ Rozporządzenie, art. 4.

⁵ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/1056 z dnia 24 czerwca 2021 r. ustanawiające Fundusz na rzecz Sprawiedliwej Transformacji, Dz.U. L 231 z 30.06.2021, str. 1-20.

⁶ Rozporządzenie, art. 3.

⁷ Rozporządzenie, art. 9.

⁸ Rozporządzenie, art. 16.

⁹ Rozporządzenie, art. 2 pkt 5.

¹⁰ Rozporządzenie, art. 17 ust. 2.

¹¹ Rozporządzenie, art. 17 ust. 1.

¹² Zob. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=pl_com%3AC%282021%292800.

¹³ Rozporządzenie, art. 18 ust. 1.

¹⁴ Szerzej zob. <https://www.gov.pl/web/fundusze-regiony/wytyczne-oecd>.

¹⁵ Zob. <http://www.mop.pl/> i www.ilo.org.

¹⁶ Rozporządzenie, art. 5.

¹⁷ Rozporządzenie, art. 6.

¹⁸ Rozporządzenie, art. 7.

¹⁹ Rozporządzenie, art. 8 ust. 1 i 2.

²⁰ Zob. https://ec.europa.eu/finance/docs/level-2-measures/taxonomy-regulation-delegated-act-2021-4987_en.pdf.



Nowe przepisy dla branży wyrobów medycznych

Wysokie normy jakości i bezpieczeństwa

Katarzyna Kroner

Pandemia paraliżująca w ostatnim okresie systemy zdrowia w całej Europie sprawiła, że zapotrzebowanie na wyroby medyczne znacząco wzrosło. Był to szczególnie trudny okres dla służby zdrowia, ale równocześnie dla producentów, importerów i dystrybutorów takich produktów. Równocześnie 26 maja 2021 r. rozpoczął się termin stosowania nowych i obszernych zmian prawnych wynikających z Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych, zmiany dyrektywy 2001/83/WE, rozporządzenia (WE) nr 178/2002 i rozporządzenia (WE) nr 1223/2009 oraz uchylenia dyrektyw Rady 90/385/EWG i 93/42/EWG (dalej: MDR lub Rozporządzenie). Rozporządzenie nie ułatwi nam życia, wprowadza bowiem wiele istotnych zmian, które dotkną w zasadzie wszystkie podmioty działające w branży wyrobów medycznych. W niniejszym artykule powiem o najważniejszych z nich.

Nowe, wysokie normy jakości i bezpieczeństwa wyrobów medycznych

W związku z kolejnymi pojawiającymi się incydentami i coraz częściej podnoszonymi powszechnymi obawami w zakresie bezpieczeństwa wyrobów medycznych nowe Rozporządzenie za jeden z nadrzędnych celów miało ustanowienie wysokich norm jakości i bezpieczeństwa dla produktów. Myślą przewodnią unijnego ustawodawcy było w tym obszarze zapewnienie wysokiego poziomu ochrony zdrowia pacjentów i użytkowników wyrobów medycznych. Aby sprostać postawionemu celom, MDR ustanawia szereg regulacji w różnych obszarach mogących sprzyjać podniesieniu i utrzymaniu takich standardów.

Dodatkowo nowe przepisy upatrują możliwości podniesienia jakości i bezpieczeństwa poprzez promowanie zbliżania regulacji na poziomie globalnym. Działania takie mają się odbywać zwłaszcza poprzez uwzględnianie wytycznych dotyczących wyrobów medycznych, opracowanych na poziomie międzynarodowym. Obszarami mającymi szczególne znaczenie w tym zakresie są przepisy dotyczące niepowtarzalnych kodów identyfikacyjnych wyrobów medycznych (UDI), ogólne wymogi na polu bezpieczeństwa i działania, dokumentacji technicznej, reguł klasyfikacji, procedur oceny zgodności czy również badań klinicznych.

Na uwagę zasługuje w szczególności określenie nowych reguł klasyfikacji wyrobów medycznych. Jak dotychczas, przynależność do konkretnej klasy określać będziemy na podstawie przewidzianego zastosowania, związanego z nim ryzyka, stopnia inwazyjności czy możliwości ponownego wykorzystania. Z uwagi jednak na zmianę reguł, część wyrobów zostanie zaklasyfikowana do wyższych klas, co wymusi na producentach większe wymagania w zakresie oceny zgodności.

Wśród nowych rozwiązań wprowadzonych przez MDR, mających na celu zwiększenie bezpieczeństwa, zwraca uwagę również fakt surowszych wymogów dotyczących przeprowadzenia oceny zgodności, która poprzedza wprowadzenie wyrobu na rynek. Jest to proces mający na celu weryfikację zgodności wyrobu z przepisami. Ogólnie rzecz ujmując, do przeprowadzenia takiej oceny dla wyrobów z klasy I upoważniony jest sam producent. Natomiast wyroby w klasach wyższych wymagają w tym procesie dodatkowo udziału jednostki notyfikowanej. Nowe doprecyzowane zasady prowadzenia oceny zgodności zostały wskazane w załącznikach do Rozporządzenia.

Ustawodawca unijny dostrzegł ponadto istotne znaczenie prawidłowego działania jednostek notyfikowanych w celu zapewnienia wysokiego poziomu bezpieczeństwa. W MDR znalazło to wyraz przede wszystkim w bardziej rygorystycznych regułach wyznaczania jednostek notyfikowanych, które będą uprawnione do certyfikacji wyrobów zgodnych z Rozporządzeniem, oraz w poszerzeniu katalogu wymogów w zakresie wymogów ich kontroli oraz monitorowania. Wzmocniona zostaje również pozycja jednostek notyfikowanych wobec producentów, w tym pod względem przeprowadzania niezapowiedzianych audytów oraz poddawania wyrobów badaniom fizycznym lub laboratoryjnym.

W zakresie starań nad zapewnieniem wysokich norm jakości i bezpieczeństwa wyrobów medycznych w stosunku do dotychczasowych regulacji podkreślenia wymaga doprecyzowanie i dodanie nowych obowiązków ciężących na uczestnikach rynku, w tym na producentach, upoważnionych przedstawicielach, importerach czy dystrybutorach. Wśród nowych obowiązków producentów warto wskazać choćby na obowiązek dysponowania osobą odpowiedzialną za zgodność regulacyjną czy posiadania stosownego zabezpieczenia finansowego na wypadek ewentualnej odpowiedzialności.

Postawione cele MDR spełnia również poprzez stworzenie całkowicie nowego systemu niepowtarzalnych kodów identyfikacyjnych wyrobów medycznych (UDI). System ten ma pozwolić na lepszą identyfikowalność wyrobów oraz efektywność działań związanych z bezpieczeństwem wyrobów wprowadzonych już do obrotu. Podobną rolę ma również spełniać europejska baza danych o wyrobach medycznych – Eudamed. W bazie tej gromadzone będą m.in. informacje na temat podmiotów, wyrobów, certyfikatów, badań

klinicznych i badań działania związanych ze zgodnością wyrobów. Główną jej rolą będzie udostępnianie danych, zwiększanie ich ilości, jak również jakości.

Dodatkowo nowe przepisy zwracają szczególną uwagę na dane uzyskiwane z badań klinicznych. Celem regulacji jest zagwarantowanie, aby dane te były wiarygodne i solidne, a także zapewniały bezpieczeństwo uczestników badań klinicznych. Dane z badań klinicznych powinny być każdorazowo podstawą do wykazania zgodności wyrobów z ogólnymi wymogami dotyczącymi bezpieczeństwa. Nowe postanowienia MDR znacznie zaostrzają dotychczasowe regulacje w tym zakresie i dookreślają, w jaki sposób badania powinny być projektowane, prowadzone czy rejestrowane.

dodatkowym nadzorem ze strony jednostek notyfikowanych.

Wyroby medyczne dzieli się na podstawowe klasy I, IIa, IIb oraz III, uwzględniając przewidziane zastosowanie wyrobów oraz związane z nimi ryzyko. Należy jednak wskazać, że w ramach klasy I można wyodrębnić wyroby sterylne czy wyroby z funkcją pomiarową. Całkowitą nowością w przepisach jest nowo wyodrębniona grupa wyrobów – narzędzia chirurgiczne do wielokrotnego użytku. Pomimo iż te grupy wyrobów należą do klasy I, to w ich procedurze oceny zgodności niezbędny jest udział jednostki notyfikowanej. Zakres zaangażowania jednostki notyfikowanej w te procedury jest jednak ograniczony. W przypadku wyrobów wprowadzanych do obrotu w stanie sterylnym udział jednostki ogranicza się do aspek-

tego jak cięcia, wiercenia, piłowania, drapania, zaciskania, klamrowania lub do podobnych zabiegów, bez podłączenia do jakiegokolwiek aktywnego wyrobu. Co ważne, narzędzia te przewidziane są przez producentów do ponownego użytku po przeprowadzeniu odpowiednich procedur, takich jak czyszczenie, dezynfekcja i sterylizacja.

Obowiązki producentów

MDR nałożył nowe obowiązki na producentów, czyli na podmioty odpowiedzialne za zapewnienie, aby wyroby wprowadzane do obrotu i używania, były zaprojektowane i produkowane zgodnie z wymaganiami Rozporządzenia. Zgodnie z MDR producenci w szcze-



Nowe warunki klasyfikacji

Warto zwrócić uwagę na zmiany w klasyfikacji niektórych wyrobów. O ile dotychczas funkcjonowało 18 reguł w klasyfikacji, o tyle w MDR mamy ich już 22. Na ich podstawie będzie można bardziej precyzyjnie określać klasy wyrobów. W związku ze zmianą zasad klasyfikacji część wyrobów będzie wymagała przeklasyfikowania do klas wyższych. Wiązać się to będzie z koniecznością spełnienia przez producentów bardziej wymagających procedur oceny zgodności i często

tów związanych z uzyskaniem, zapewnieniem i utrzymywaniem stanu sterylnego. W przypadku wyrobów z funkcją pomiarową – do aspektów dotyczących zgodności produktów z wymogami metrologicznymi. W przypadku narzędzi chirurgicznych wielokrotnego użytku – do aspektów związanych z ponownym użyciem wyrobu, w szczególności czyszczenia, dezynfekcji, sterylizacji, konserwacji, testowania funkcjonalnego i odpowiednich instrukcji użytkowania. Narzędzia chirurgiczne wielokrotnego użytku to narzędzia przeznaczone do użytku chirurgicznego

gólności ustanawiają, dokumentują, wdrażają i utrzymują system zarządzania ryzykiem, prowadzą ocenę kliniczną, sporządzają i na bieżąco aktualizują dokumentację techniczną wyrobów, jak również wykonują obowiązki związane z systemem UDI i bazą Eudamed.

Całkowitą nowością w zakresie obowiązków producenta wyrobów medycznych jest powołanie w organizacji osoby odpowiedzialnej za zgodność regulacyjną. Ma to być osoba dysponująca wymaganą fachową wiedzą w dziedzinie wyrobów medycznych,

która odpowiedzialna będzie między innymi za zapewnienie odpowiedniego sprawdzania zgodności wyrobów z systemem zarządzania jakością, sporządzenie i aktualizację dokumentacji technicznej oraz przestrzeganie obowiązków w zakresie nadzoru po wprowadzeniu wyrobu do obrotu.

Powstaje jednak pytanie, w jaki sposób można stwierdzić, że dana osoba posiada taką fachową wiedzę w wymaganym zakresie? Przepisy MDR stanowią, że fakt ten może zostać wykazany na dwa sposoby. Pierwszym sposobem jest wykazanie się odpowiednim dyplomem, certyfikatem lub innym dowodem, który wskazywałby na posiadanie właściwych kwalifikacji. Takie kwalifikacje byłyby właściwe w przypadku ukończenia studiów uniwersyteckich w zakresie prawa, medycyny, farmacji i inżynierii lub innej

systemu niepowtarzalnych kodów identyfikacyjnych wyrobów będzie obejmował wygenerowanie kodu i umieszczenie odpowiednich elementów kodu na nośniku w deklaracji zgodności oraz na etykiecie lub na opakowaniu wyrobu. Rejestracja w bazie Eudamed będzie polegała natomiast na przedłożeniu odpowiednich danych w celu rejestracji do systemu elektronicznego i uzyskaniu niepowtarzalnego numeru rejestracyjnego.

Istotną, a zarazem nową kwestią jest również wprowadzenie możliwości ubiegania się przez osoby fizyczne lub prawne o odszkodowania za szkody spowodowane przez wadliwy wyrób. W związku z tym producenci będą zobowiązani wprowadzić środki, które zapewnią wystarczające zabezpieczenie finansowe na wypadek ich odpowie-

sprawdzających i zapewnienia zgodności udostępnianego wyrobu z przepisami MDR. W związku z tym muszą sprawdzić, czy na wyrobie zostało umieszczone oznakowanie CE oraz czy została sporządzona deklaracja zgodności. Dodatkowo importer i dystrybutor powinni upewnić się, czy wyrobowi towarzyszą wszystkie informacje, za których umieszczenie odpowiedzialny był producent, a także czy producent nadał kod UDI.

Zarówno importer, jak również dystrybutor powinni zapewnić, aby w czasie, gdy są odpowiedzialni za wyrób warunki przechowywania lub transportu były zgodne z warunkami określonymi przez producenta.

Wśród regulacji, które wzmacniają bezpieczeństwo użytkowników jest prowadzenie przez obie grupy podmiotów rejestru skarg oraz wyrobów niezgodnych z wymogami i przypadków wycofania z użytkowania i wycofania z obrotu. Informacje o dostarczonych przez pracowników służby zdrowia, pacjentów i użytkowników skargach lub zgłoszeniach związanych z podejrzanymi incydentami wyrobów, które importer i dystrybutor udostępnił, muszą zostać przekazane producentowi, upoważnionemu przedstawicielowi i ewentualnie importerowi. W powiązaniu z tym wymogiem pozostaje również obowiązek nadzorowania wprowadzonego na rynek wyrobu.

Nadzór nad wyrobami

Wyrazem troski unijnego ustawodawcy o jakość i bezpieczeństwo wyrobów medycznych jest zmiana dotychczasowego podejścia regulacyjnego objawiająca się poprzez wzmocnienie obserwacji i nadzoru administracyjnego nad obrotem wyrobami medycznymi. Nadzór ten dotyczy zarówno samego rynku wyrobów medycznych, jak również obejmuje nadzór po wprowadzeniu do obrotu.

Przez nadzór rynku należy rozumieć czynności wykonywane i środki stosowane przez właściwe organy w celu sprawdzenia i zapewnienia, by wyroby spełniały wymogi określone w odpowiednich przepisach Unii oraz nie stanowiły zagrożenia dla zdrowia,



odpowiedniej dziedzinie naukowej i posiadania co najmniej rocznego doświadczenia zawodowego w zakresie kwestii regulacyjnych lub systemów zarządzania jakością w dziedzinie wyrobów medycznych. Drugim sposobem jest posiadanie czteroletniego doświadczenia zawodowego w zakresie kwestii regulacyjnych lub systemów zarządzania jakością w dziedzinie wyrobów medycznych.

Kolejnym nowym obowiązkiem producenta jest nadanie kodów UDI i dokonanie rejestracji w bazie Eudamed. Zakres obowiązków producenta w zakresie

działalności w tym zakresie. Środki te muszą pozostawać proporcjonalne do klasy ryzyka, rodzaju wyrobu i wielkości przedsiębiorstwa.

Obowiązki importerów i dystrybutorów

Na importera i dystrybutora również zostały nałożone nowe obowiązki. Obie grupy podmiotów zobowiązane zostały do wykonania określonych czynności

bezpieczeństwa ani dla interesu publicznego. Nadzór po wprowadzeniu do obrotu oznacza natomiast wszystkie działania prowadzone przez producentów we współpracy z innymi podmiotami gospodarczymi w celu ustanowienia i aktualizacji procedur gromadzenia i przeglądu doświadczeń dotyczących wyrobów wprowadzanych przez nich do obrotu, udostępnianych na rynku lub wprowadzanych do użytkowania.

Działania w ramach nadzoru rynku obejmują w szczególności odpowiednie kontrole zgodności właściwości i działania wyrobów dokonywane przez właściwe

bezpośrednio kwestii merytorycznych związanych z wyrobami, a zagadnienia wspierające stosowanie prawa europejskiego. Ureguluje więc między innymi kwestie reklamy wyrobów i kary administracyjne. Najnowsza wersja projektu ustawy została wydana 21 czerwca 2021 r.

Nie sposób ukryć, że w kontekście reklamy, uchwalenie nowej ustawy o wyrobach medycznych jest wyczekiwane przez branżę wyrobów medycznych z dużą obawą. Obecna ustawa z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych nie reguluje wprost wedle jakich zasad wyroby medyczne mogą być re-

wiomości nie może wykorzystywać wizerunku osób wykonujących zawody medyczne lub podających się za takie osoby lub przedstawiać osoby prezentujące wyrób w sposób sugerujący, że wykonują taki zawód. Oznacza to, że w reklamie nie będą mogły występować już osoby reprezentujące zawody medyczne ani chociażby sugerujące wykonywanie danych zawodów. Ponadto określone zostaną szczegółowo formy reklamy i odpowiadające nim obowiązkowe komunikaty, które w reklamach będą musiały się znaleźć.

Należy również zaznaczyć, że w projekcie natrafiamy na nowy system kar przewidzianych za nieprzestrzeganie odpowiednich przepisów Rozporządzenia. Kary mają charakter kar administracyjnych i zastąpią dotychczasowe sankcje karne. W obecnym kształcie projektu ich wartości wynoszą od 50 tys. zł do 5 mln zł i swoim zakresem obejmują wszystkie podmioty uczestniczące w rynku wyrobów medycznych w tym producentów, importerów i dystrybutorów.

Podsumowanie

Biorąc pod uwagę cel, jaki przyświecał zmianom, w szczególności na podniesienie standardów jakości i bezpieczeństwa wyrobów medycznych, należy uznać, że kierunek zmian i nowych rozwiązań przyjęty przez unijnego ustawodawcę jest słuszny. W porównaniu z dotychczas obowiązującymi przepisami unijnymi w zakresie wyrobów medycznych nowe Rozporządzenie kładzie zdecydowanie większy nacisk na kwestie związane z jakością, bezpieczeństwem i zdrowiem. Trudno co prawda ocenić, że MDR, stanowiąc odpowiedź na powszechne obawy w zakresie bezpieczeństwa wyrobów medycznych rozwiąże wszystkie problemy na tym polu. Jednakże, wytyczony kierunek zmian i podejścia daje nadzieję na dalsze działania zmierzające do zapewnienia możliwie maksymalnego poziomu bezpieczeństwa wyrobów medycznych.

Katarzyna Kroner

radca prawny, specjalizuje się w prawie cywilnym i gospodarczym oraz w prawie medycznym, www.wyrobymedyczneokiemtemidy.pl



organy, w tym przegląd dokumentacji oraz badania fizyczne lub laboratoryjne, a także sporządzanie przez właściwe organy rocznych planów działań w zakresie nadzoru. W zakresie nadzoru po wprowadzeniu do obrotu po stronie producentów pojawi się obowiązek planowania, ustanawiania, dokumentowania, wdrażania i aktualizowania systemu nadzoru po wprowadzeniu do obrotu dla każdego wyrobu, w sposób proporcjonalny do klasy ryzyka i odpowiedni dla danego rodzaju wyrobu.

Ustawa o wyrobach medycznych

Aby ułatwić stosowanie MDR na gruncie prawa polskiego, konieczna będzie nowa ustawa o wyrobach medycznych. Nie będzie ona regulowała

klamowane. Ogranicza się ona jedynie do stwierdzenia, że materiały promocyjne, prezentacje i informacje o wyrobach nie mogą wprowadzać w błąd m.in. co do właściwości, funkcji i działań, których nie posiada, czy też stwarzania fałszywego wrażenia, że leczenie lub diagnozowanie za pomocą wyrobu na pewno się powiedzie. Projekt ustawy o wyrobach medycznych zawiera konkretne propozycje rozwiązań związane z prowadzeniem reklamy. Wśród przykładowych postanowień należy wskazać, że reklama wyrobu kierowana do publicznej wiadomości musi być sformułowana w sposób zrozumiały dla przeciętnego użytkownika wyrobu. Wymóg ten dotyczy również sformułowań medycznych i naukowych oraz przywoływania w reklamie badań naukowych, opinii, literatury, opracowań naukowych i innych materiałów skierowanych do profesjonalistów. Ponadto, reklama wyrobu kierowana do publicznej

Zmiana Prawa celnego, ustaw podatkowych i innych aktów prawnych

Znaczenie dla przedsiębiorców

Dariusz Leśniewski

W natłoku tegorocznych zmian dotyczących różnych kwestii związanych z podatkami, mogła nieco pozostać w cieniu wiosenna zmiana Prawa celnego, ustawy o podatku VAT, ustawy o podatku akcyzowym i kilku jeszcze innych aktów prawnych¹. Tymczasem ta nowelizacja jest niezmiernie istotna dla wszystkich tych przedsiębiorstw, które w łańcuchu dostaw występują jako eksporterzy, importerzy, pośrednicy, przedstawiciele celni (w tym agencje celne) i dotychczasowi pełnomocnicy oraz doradcy podatkowi reprezentujący swoich klientów przed organami Krajowej Administracji Skarbowej (KAS). Oprócz tego nowe przepisy mają wpływ na działalność podmiotów gospodarczych z branży hazardowej, cudzoziemców mieszkających w Polsce, instytucje finansowe wpisane jako gwaranci celni bądź ubiegający się o taki wpis.

Przeglądając treść poszczególnych przepisów można zauważyć, że najbardziej znaczącą, ale i największą pod względem liczby zmian, jest ta, która obejmuje kwestie celne w różnym aspekcie: od zharmonizowania podstaw prawnych postępowania w przypadku przywozu towarów (terminologia celna),

czyli importu towarów (terminologia podatkowa) i, co za tym idzie, także formalnego zakończenia kontroli celno-podatkowej przez uproszczenia w zakresie wpisu do wykazu agentów celnych, aż po zmiany w kwestiach wpisów na listę gwarantów celnych.

Uzasadnienie wprowadzenia zmian

Ministerstwo Finansów wskazało cele zmian w sposób następujący:

- 1) wyznaczenie Szefa Krajowej Administracji Skarbowej w miejsce ministra właściwego do spraw finansów publicznych do prowadzenia wykazu gwarantów uprawnionych do udzielania gwarancji składanych jako zabezpieczenie pokrycia kwot wynikających z długów celnych oraz odformalizowanie procedury wpisu do wykazu;
- 2) odformalizowanie wpisu osoby na listę agentów celnych;
- 3) doprecyzowanie przepisów w zakresie postępowania w sprawach celnych;
- 4) usprawnienie wydawania decyzji w zakresie należności celnych i podatkowych oraz opłaty paliwowej i opłaty emisyjnej, należnych z tytułu importu towarów;
- 5) wyznaczenie naczelnika urzędu celno-skarbowego, w miejsce naczelnika urzędu skarbowego, jako organu właściwego do przyjmowania informacji o opłacie emisyjnej w przypadku importu paliw silnikowych;
- 6) doprecyzowanie przepisów ustawy o podatku akcyzowym w zakresie dotyczącym importu towarów;
- 7) odformalizowanie, uproszczenie i skrócenie procedury prowadzenia spraw z zakresu gier hazardowych (m.in. elektroniczna w zakresie przekazywania informacji wymaganych ustawą o grach hazardowych);
- 8) ujednoczenie trybu prowadzenia kontroli celno-skarbowych w zakresie przestrzegania przepisów prawa celnego i prawa podatkowego w związku z przywozem towarów w obrocie między obszarem celnym Unii Europejskiej a państwami trzecimi;
- 9) zapewnienie możliwości uzyskania numeru PESEL (identyfikatora podatkowego) tym wszystkim



podatnikom (nieprowadzącym działalności gospodarczej lub niebędącymi zarejestrowanymi podatnikami podatku od towarów i usług), którzy są zobowiązani do posługiwania się identyfikatorem podatkowym numer PESEL, aby mogli go uzyskać, w tym na podstawie art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 24 września 2010 r. o ewidencji ludności²;

- 10) umożliwienie dochodzenia opłaty emisyjnej przez naczelnika urzędu celno-skarbowego w trybie egzekucji administracyjnej;
- 11) zmianę przepisów ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym³, ustawy z dnia 16 grudnia 2005 r. o Funduszu Kolejowym⁴ oraz ustawy z dnia 16 maja 2019 r. o Funduszu rozwoju przewozów autobusowych o charakterze użyteczności publicznej⁵, w zakresie regulacji dotyczących opłaty paliwowej w celu osiągnięcia pełnej spójności przepisów regulujących opłatę paliwową z przepisami ustawy z dnia 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym⁶, która wdrożyła do polskiego porządku prawnego przepisy dyrektywy Rady 2008/118/WE z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie ogólnych zasad dotyczących podatku akcyzowego, uchylającej dyrektywę 92/12/EWG⁷, dyrektywy Rady 2003/96/WE z dnia 27 października 2003 r. w sprawie restrukturyzacji wspólnotowych przepisów ramowych dotyczących opodatkowania produktów energetycznych i energii elektrycznej⁸ oraz dyrektywy Rady 2007/74/WE z dnia 20 grudnia 2007 r. w sprawie zwolnienia towarów przewożonych przez osoby podróżujące z państw trzecich z podatku od wartości dodanej i akcyzy⁹.

Poniżej przedstawiono najważniejsze zmiany wprowadzone do obrotu prawnego w większości od 1 czerwca 2021 r., pogrupowane funkcjonalnie w zależności od istoty nowych regulacji.

Import towaru

Zmianą najbardziej obszerną, ale i kompleksową oraz dotyczącą kilku danin publicznych jest ta związana z wprowadzeniem towaru na obszar celny

Unii Europejskiej (import towaru). Dlaczego? Po pierwsze, obejmuje podatek od towarów i usług, podatek VAT, opłatę emisyjną i opłatę paliwową i oczywiście prawo celne. Po drugie, całościowo wprowadza jednolitą procedurę dla wymiaru/obliczenia tychże danin w prawidłowej wysokości, w każdej możliwej sytuacji faktycznej i prawnej. Jest ona oparta o takie same przepisy prawa celnego i posiłkowo Ordynacji podatkowej. Co więcej, patrząc szerzej owo ujednoczenie sięga także do norm regulujących zakończenie kontroli celno-podatkowych. Po trzecie wreszcie, zmiana jest faktycznie najobszerniejsza wśród reformowanych regulacji, jeśli chodzi o liczbę zmienianych/usuwanych nowych przepisów. Obejmuje bowiem modyfikacje norm przepisów regulujących podatek VAT, podatek akcyzowy, opłatę emisyjną, opłatę środowiskową i oczywiście cło, a także procedurę podatkową (ustawę Ordynacja podatkowa).

Na początku warto przypomnieć kwestię funkcjonujących już zasad postępowania w sprawach importu towarów (przywozu towarów) i określania przedmiotowych danin publicznych w prawidłowej wysokości.

Trzeba wskazać, że zarówno wtedy, gdy organ celny zainicjuje czynności w celu wymierzenia należności podatkowych w prawidłowej wysokości (decyzja z urzędu), jak i wtedy, kiedy przedsiębiorca lub jego pełnomocnik/przedstawiciel złoży wniosek o określenie różnicy między kwotą podatku w prawidłowej wysokości a kwotą podatku wykazaną lub określoną (decyzja na wniosek), **będzie prowadzone jedno postępowanie obejmujące kwestie celne wraz z podatkowymi**. Wprowadzenie zaproponowanego rozwiązania wymagało, oprócz wspomnianej zmiany Prawa celnego, również zmiany przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług¹⁰, ustawy z dnia 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym¹¹, ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym¹², ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska¹³, Ordynacji podatkowej.

Według autora artykułu jest to kluczowa zmiana wprowadzona do porządku prawnego. Odpowiada za nią przepis brzmiący następująco:

Art. 73d. 1. Naczelnik urzędu celno-skarbowego prowadzi jedno postępowanie w sprawie należności celnych przywozowych, podatku od towarów i usług, podatku akcyzowego, a także opłaty paliwowej i opłaty emisyjnej, z tytułu importu towarów.

2. W wyniku postępowania, o którym mowa w ust. 1, jest wydawana jedna decyzja. Co więcej zainicjowanie czynności postępowania, którego przedmiotem będą zarówno cło, jak i podatki, skutkującego wydaniem decyzji (korzystnej, jak i niekorzystnej) zarówno na wniosek jak i z urzędu, będzie możliwe zarówno przed, jak i po zwolnieniu towaru do procedury. Co to znaczy w praktyce? W pierwszym przypadku najczęściej mamy do czynienia z sytuacją, w której towar objęty zgłoszeniem celnym nie został zwolniony do procedury dopuszczenia do obrotu (czyli importu w znaczeniu podatkowym). Natomiast wtedy, gdy towaru już nie ma i upłynął znaczny czas (np. 2 lata) od czynności skutkującej stwierdzeniem importu towaru, czyli po zwolnieniu towaru do procedury celnej, określenie podatku w prawidłowej wysokości następuje w wyniku decyzji z urzędu wydanej najczęściej po zakończonej kontroli celno-skarbowej, tzw. postimportowej, ale może być także rezultatem weryfikacji zgłoszenia celnego.

Rys. 1. Podział decyzji wg UKC:



Użyte powyżej sformułowania („decyzja z urzędu” oraz „decyzja na wniosek”, „decyzja korzystna” i „decyzja niekorzystna”) mogą być niezrozumiałe dla niektórych osób zajmujących się podatkami w Polsce. Jednakże są one częścią przepisów prawa celnego dotyczących postępowania w sprawach celnych i,

obok pojęcia „zarządzanie decyzją”, są powszechnie używane w prawie celnym UE. Można stwierdzić, że określają one z podstawowych różnic w porównaniu do polskiej procedury administracyjnej, w tym podatkowej.

Proceduralnie działania w tym względzie są oparte na przepisach odnoszących się do postępowania w sprawach celnych, czyli na normach unijnego prawa celnego i uzupełniającego je prawa krajowego, a nie na zasadach postępowania podatkowego wskazanych w Ordynacji podatkowej. Toteż w każdym przypadku, gdy konieczna będzie „korekta” kwot podatków, cła

czy opłat, wówczas wreszcie będziemy mieli do czynienia z jednorodnym, opartym na tych samych przepisach postępowaniem tego samego organu administracji. Wydaje się, że jest to bardzo pozytywna zmiana. Jednakże, jak wiadomo, diabeł tkwi w szczegółach.

Prawodawca, zmieniając każdą z ustaw regulujących daną daninę publiczną (VAT, akcyza, opłaty), przyjął pewien powtarzalny schemat i wprowadził identyczne zmiany w tych aktach prawnych. Na czym one polegają? Chodzi ni mniej, ni więcej tylko o wyodrębnienie danego rodzaju postępowań z ogólnej

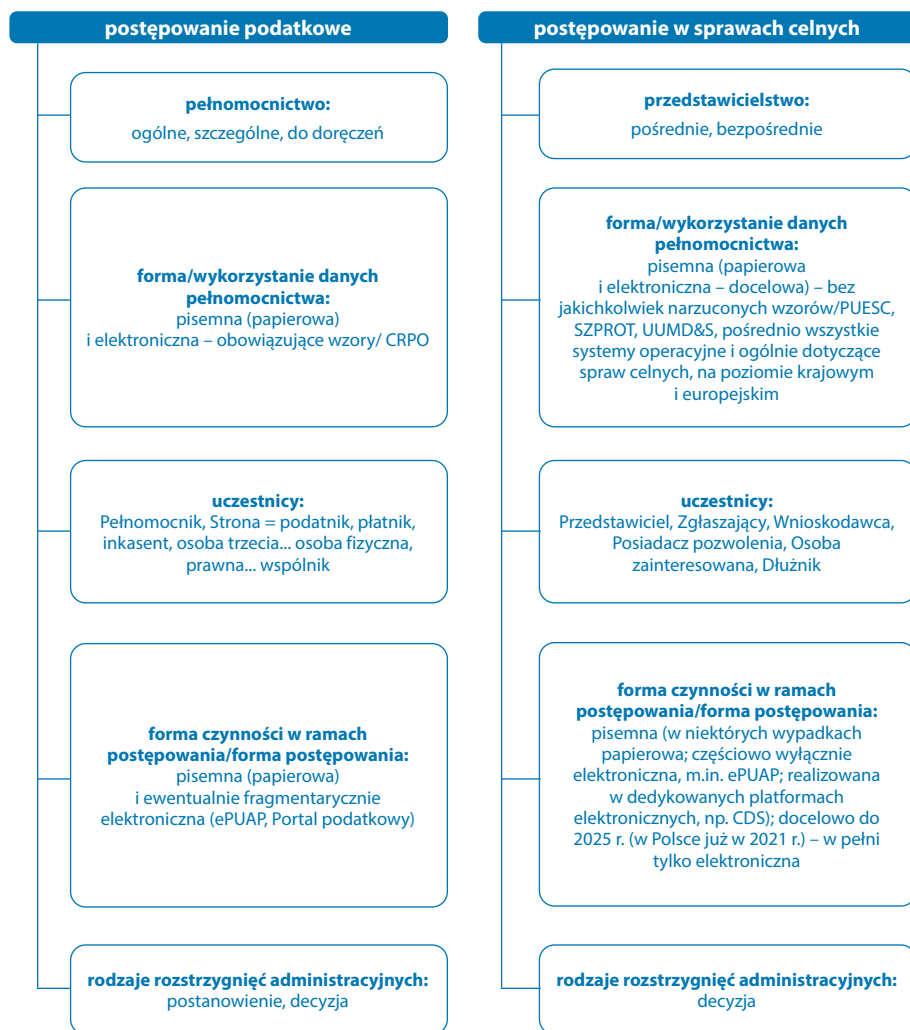
puli prowadzonych według Ordynacji podatkowej i odesłanie w tym zakresie do prawa celnego (np. nowa treść art. 33 i 34 ustawy o VAT). W każdej zmienianej ustawie wprowadzono takie same odesłania, w których stwierdzono, że stosuje się odpowiednio przepisy prawa celnego, a nie procedury podatkowej bądź tylko posiłkowo niektóre regulacje zawarte w Ordynacji podatkowej.

Dlatego też warto je wskazać i krótko scharakteryzować, gdyż systematyka unijnych regulacji prawa celnego może przysparzać trudności w stosowaniu właściwych przepisów¹⁴.

| Stosowany przepis unijnego prawa celnego | Zakres regulacji |
|---|---|
| art. 5 UKC | jest to słowniczek pojęć używanych w postępowaniu celnym, w którym scharakteryzowano m.in. „przedstawiciela celnego”, „osobę”, „przedsiębiorcę”, „zwolnienie towarów” |
| art. 18 i 19 UKC | zawierają regulacje dotyczące przedstawiciela celnego i pełnomocnictwa |
| art. 22 ust. 1 zdanie pierwsze i drugie, ust. 2 i 3, ust. 4 zdanie pierwsze, ust. 6 i 7 UKC | dotyczą wydawania decyzji na wniosek (korzystnych i niekorzystnych), obowiązków wnioskodawców (bowiem może być ich kilku), terminów przyjęcia wniosku, weryfikacji warunków do wydania decyzji, terminu wydania decyzji i jego przedłużeń, obowiązywania decyzji na wniosek, prawa do wysłuchania, elementów koniecznych decyzji niekorzystnych |
| art. 23 ust. 1–3 UKC | obejmuje regulacje w zakresie zarządzania decyzjami wydawanymi na wniosek |
| art. 27 UKC | dotyczy unieważniania decyzji korzystnych |
| art. 28 ust. 1–3 i ust. 4 zdanie pierwsze UKC | zawiera przepisy określające cofnięcia i zmiany decyzji korzystnych |
| art. 29 UKC | wskazuje ramy i zasady dotyczące wydawania decyzji z urzędu (czyli bez uprzedniego wniosku) |
| art. 44 UKC | odnosi się do prawa do wniesienia odwołania |
| art. 55 UKC | zawiera wskazówki co do terminów oraz odniesienie do stosowania rozporządzenia Rady z 1971 r. (EURATOM) |

Ponadto stosuje się przepisy RD bądź RW wydane na podstawie:

| | |
|-------------|--|
| art. 20 UKC | określają sytuacje, w których organ nie żąda dowodu udzielenia pełnomocnictwa oraz odpowiadają na pytanie, kiedy przedstawiciel nie musi mieć siedziby na terenie UE |
| art. 21 UKC | wskazują szczegóły dotyczące warunków świadczenia usług przedstawicielstwa |
| art. 24 UKC | wykonane poprzez regulacje zawarte w art. od 8 do 10 RD (terminy powiadamiania w przypadku decyzji niekorzystnych), art. 11 RD (warunki przyjmowania wniosków), art. 13 RD (termin na wydanie decyzji na wniosek oraz jego przedłużenie), art. 14 RD (ostateczność i wykonalność decyzji na wniosek, terminów obowiązywania decyzji), art. 22 ust. 1 RD (wyjątki dotyczące właściwości organu celnego) |
| art. 25 UKC | wykonane w art. od 11 do 14 RW, dotyczą konsultacji między organami celnymi, monitorowania decyzji, trybu przyjmowania wniosku i wydawania następnie decyzji |
| art. 31 UKC | zrealizowane w art. 15 RW i zawiera przepisy na temat cofnięcia decyzji skierowanej do wielu adresatów |
| art. 32 UKC | normy określające cofnięcie, zmianę i unieważnienie decyzji korzystnej |

Rys. 2. Wybrane różnice postępowania celnego i podatkowego


Inne zmiany do ustawy Prawo celnego

Dokumenty elektroniczne (ale nie decyzje) wydawane przez organy celne mogą być opatrzone zaawansowaną pieczęcią elektroniczną i wówczas nie są podpisywane podpisem elektronicznym identyfikującym konkretną osobę fizyczną wydającą taki dokument (niezależnie od rodzaju podpisu/certyfikatu). Organ celny będzie działał w takim przypadku bezpośrednio, czyli wykorzystując system informatyczny, bez konieczności upoważnienia konkretnego funkcjonariusza lub pracownika do załatwiania spraw w jego imieniu. Jest to bodaj pierwszy przypadek uregulowania w Polsce pieczęci elektronicznej organu i wykorzystywania go w prowadzonych postępowaniach.

Przejęcie przez szefa KAS od ministra właściwego do spraw finansów publicznych prowadzenia wykazu gwarantów celnych, pozwoli w pewnym stopniu na jego odformalizowanie. Zmiana pociąga za sobą odstąpienie od wydawania decyzji o wpisie do wykazu – sam wpis do wykazu będzie decyzją Szefa Krajowej Administracji Skarbowej, o której zostanie poinformowany zarówno wnioskodawca, jak i Komisja Nadzoru Finansowego. Również zmiany w wykazie gwarantów niepociągające za sobą zmiany statusu osoby wpisanej do tego wykazu (np. zmiana adresu siedziby gwaranta; zmiana nazwy gwaranta; prostowanie oczywistych omyłek pisarskich) będą mogły odbywać się w tym trybie. Wprowadzone rozwiązanie wydaje opierać się wprost na koncepcji wydawania decyzji korzystnych, zgodnie z UKC.

Przypomnieć warto, że wykaz ma charakter publiczny i jest dostępny na stronie ministra właściwego do spraw finansów publicznych¹⁸.

Podmiot skreślony z wykazu nie będzie mógł występować w charakterze gwaranta celnego, przynajmniej do czasu rozpatrzenia odwołania od takiej decyzji. Należy przy tym zauważyć, że zgodnie z art. 45 ust. 1 UKC wniesienie odwołania nie powoduje wstrzymania wykonania zaskarżonej decyzji. Ponadto takie rozwiązanie prawnie

Cechą znacząco różną od tej występującej w polskiej procedurze podatkowej są terminy – ich określanie oraz „zarządzanie nimi” przez osoby zainteresowane. Np. odpowiednik polskiej tzw. siedmiodniówki, czyli prawa do wypowiedzenia się, określono na 30 dni. Przy czym to osoba zainteresowana, np. wnioskodawca, sam decyduje, czy z tego uprawnienia skorzysta i w jakim czasie, bowiem może w ogóle z tego zrezygnować.

Prócz powyższych odniesień do unijnego prawa celnego w omawianej noweli wskazano na stosowanie w zakresie postępowań dotyczących podatków i opłat z tytułu importu także regulacji zawartych w ustawie Prawo celne¹⁵. Warto zaznaczyć, że przepisy te nieraz są znacząco odmienne od norm podatkowych. Jest to m.in. konieczność stosowania platformy PUESC¹⁶ do wymiany informacji i komunikacji¹⁷, traktowania spółki cywilnej tak jak innych podmiotów

w znaczeniu „osoby” z art. 5 UKC, szerokiego wykorzystywania oświadczeń zamiast dokumentów urzędowych w postaci zaświadczeń, zasady kierowania pism do osób nieznanymi, wprowadzenie instytucji pełnomocnika do doręczeń dla osób spoza UE, inne przesłanki i możliwości połączenia postępowań i wydania jednej decyzji.

Są także odniesienia do stosowania niektórych tylko przepisów Ordynacji podatkowej. Chyba najbardziej rzucającą się innowacją jest wybiórcze stosowanie Działu IV Ordynacji (w tym szczególnie brak odesłania do zasad ogólnych postępowania zawartych w Ordynacji – w zamian stosuje się zasady zawarte w preambule do UKC, RD, RW).

Ciekawą i znamioną cechą inaczej regulowaną w procedurze celnej jest kwestia elektronicznej reprezentacji, jego umocowania i w ogóle uczestników postępowania.

usankcjonuje dotychczasową praktykę w tym zakresie.

Od 1 czerwca 2021 r. organem celnym właściwym w sprawach odpowiedzialności osoby trzeciej z tytułu długu celnego i odsetek, jest naczelnik urzędu celno-skarbowego właściwy ze względu na miejsce powstania długu celnego, działający jako organ celny, a więc wydający decyzję o odpowiedzialności osoby trzeciej po przeprowadzeniu postępowania celnego.

Zmiany dotknęły także prowadzenie wykazu agentów celnych, bowiem odformalizowany został wpis do wykazu agentów celnych. Zgodnie z nowym brzmieniem przepisu art. 79 ust. 2 Prawa celnego, już sam wpis na listę agentów celnych oraz jego zmiana będą decyzją (vide uzasadnienie do zmiany art. 79 Prawa celnego). Widać zatem podobieństwo do zasad przyjętych w przypadku wykazu gwarantów celnych. Dlatego też nie jest obecnie wydawana odrębna decyzja w sprawach wpisu osoby na listę agentów celnych, która potwierdza wpis. Dzięki temu Dyrektor Izby Administracji Skarbowej w Warszawie z dwóch działań, do których był zobowiązany dotychczas, tj. dokonania wpisu na listę i wydania decyzji, dokonuje tylko jednego, czyli wpisu na listę, który *de iure* stał się decyzją. Inną natomiast kwestią jest dalsza konieczność funkcjonowania takiego wykazu jak i samego zawodu agenta celnego oraz instytucji agencji celnej¹⁹.

Wprowadzono także aktualizację art. 73 ust. 1 Prawa celnego, który zawiera odesłanie do stosowania niektórych przepisów Ordynacji podatkowej do postępowania w sprawach celnych. Obecnie stanowi o odpowiednim stosowaniu do postępowania w sprawach celnych wskazanych przepisów Ordynacji podatkowej. Na mocy omawianej noweli poszerzono odpowiednie stosowanie norm procedury podatkowej o **art. 215 § 1** dotyczący prostowania błędów rachunkowych oraz innych oczywistych omyłek w wydanej przez ten organ decyzji. Sprostowanie będzie również decyzją, gdyż w postępowaniu celnym nie są wydawane postanowienia, stąd konieczność uzupełnienia również art. 73 ust. 2 Prawa celnego, **art. 169 § 2, 3 i 4** Ordynacji podatkowej dotyczący podania niespełniającego wymogów prawa

– w zakresie odnoszącym się do odwołań, **art. 208** Ordynacji podatkowej dotyczący umorzenia postępowania – w zakresie odnoszącym się do odwołań.

Wyeliminowano pewien dualizm naziwstwa w zakresie umocowania przedstawicieli celnych. Wzorem art. 19 UKC zastąpiono dotychczasowe pojęcie „upoważnienie” słowem „pełnomocnictwo”.

Zmiany w pozostałych aktach prawnych

1. Zmiana ustawy z dnia 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym

Mając na względzie ww. zmiany w zakresie prowadzenia jednego postępowania w zakresie wymiaru danin publicznych z tytułu importu towarów, wprowadzono także zmiany do przepisów odnoszących się do opłaty paliwowej. Dokonano w tej kwestii nowelizacji, w wyniku której w niebudzący wątpliwości sposób uznano, że opłata paliwowa stanowi część zharmonizowanego podatku akcyzowego. Odesłano w nowych regulacjach do odpowiedniego stosowania przepisów o podatku akcyzowym w odniesieniu do opłaty paliwowej. Pozostałe zmiany przepisów ww. ustawy są tylko zasadniczo wynikiem wprowadzenia owego generalnego odesłania, które obejmuje zarówno przepisy ustawy o podatku akcyzowym, jak i przepisy aktów wykonawczych do tej ustawy. Do opłaty paliwowej będą miały natomiast odpowiednie zastosowanie m.in. przepisy działu II rozdziału 6 ustawy o podatku akcyzowym regulujące zwolnienia wyrobów akcyzowych z podatku akcyzowego. Zgodnie z tymi przepisami do postępowania w sprawach opłaty paliwowej ciężącej na podmiotach, o których mowa w art. 37j ust. 1 pkt 2 i 4, jeżeli podmioty te podlegają na podstawie przepisów o podatku akcyzowym obowiązkowi podatkowemu w zakresie podatku akcyzowego od paliw silnikowych oraz gazu z tytułu importu, odpowiednie zastosowanie będą miały określone przepisy unijnego i krajowego prawa celnego oraz Ordynacji podatkowej.

2. Zmiany w ustawie z dnia 13 października 1995 r. o zasadach ewidencji i identyfikacji podatników i płatników

Istota zmiany wynika z umożliwienia nadawania numerów PESEL osobom, w tym przede wszystkim cudzoziemcom, nieprowadzącym działalności gospodarczej lub niebędącym zarejestrowanymi podatnikami podatku VAT. Zmiana ta odnosi się do osób nieposiadających meldunku w Polsce. Waga tej modyfikacji opiera się na tym, aby w maksymalnym stopniu objąć możliwością nadawania numerów NIP wszystkie potencjalne osoby, w tym także osoby fizyczne²⁰.

3. Zmiana ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska

Są one bardzo zbliżone do nowelizacji przepisów dotyczących opłaty paliwowej i mają na celu umożliwienie określenia wysokości opłaty w jednej decyzji wydawanej przez naczelnika urzędu celno-skarbowego.

4. Zmiany w ustawie z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych

Ich celem było odformalizowanie, uproszczenie i skrócenie procedur w zakresie czynności prowadzonych przez organy Krajowej Administracji Skarbowej, w tym również czynności kontrolnych. W związku z tym nowelizacja objęła inne do procedury wpisu do rejestru domen służących do oferowania gier hazardowych niezgodnie z ustawą o grach hazardowych, a także procedur związanych z wymierzaniem kar pieniężnych dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych oraz dostawców usług płatniczych nieprzestrzegających przepisów ustawy o grach hazardowych, które zostaną przeniesione ze szczebla centralnego do odpowiedniego i przygotowanego do tego organu Krajowej Administracji Skarbowej.

a) Zmiana art. 6a, 17, 20, 23 b, 23c, 57 polega na umożliwieniu podmiotom przekazywania informacji, określonych w ustawie w postaci papierowej lub elektronicznej, za pomocą środków komunikacji elektronicznej zgodnie z art. 168 Ordynacji podatkowej. Ma to na celu zwiększenie możliwości elektronicznego prowadzenia spraw z zakresu gier hazardowych i ułatwienie komunikacji z organami KAS.



w świetle postępującej elektronizacji postępowania w sprawach celnych.

Dariusz Leśniewski

prawnik w SWLEX sp. z o.o. w Poznaniu, wykładowca i trener z zakresu prawa celnego, agent celny, były wieloletni funkcjonariusz celny (m.in. naczelnik wydziału orzeczniczego, audytor przedsiębiorstw pod kątem spełnienia kryteriów AEO, kierownik projektu i systemu SZPROT)

- b) Zmiana art. 15 spowodowała to, że nie ma już zakazu lokalizowania salonów gier na automatach w lokalach mieszczących się pod adresem, pod którym w ciągu ostatnich 5 lat stwierdzono nielegalne urządzenie gier na automatach.
- c) Zmiana art. 15 f i h – wprowadzono rozwiązanie polegające na zmianie przesłanek wpisu domen do rejestru domen służących do oferowania gier hazardowych niezgodnie z ustawą. Celem było zoptymalizowanie procedury wpisu do Rejestru domen. Chodzi o to, że obecnie wpis do rejestru nie odbywa się z udziałem sekretarza lub podsekretarza stanu.
- d) Zmiana art. 90 i 90a – w której ministra właściwego do spraw finansów publicznych zastąpiono innym organem, czyli naczelnikiem urzędu celno-skarbowego. W ten sposób to także naczelnik jest właściwy w sprawach nakładania kar pieniężnych na przedsiębiorców telekomunikacyjnych i dostawców usług płatniczych, którzy nie przestrzegają ustawy o grach hazardowych.

5. Zmiana ustawy z dnia 16 listopada 2016 r. – o Krajowej Administracji Skarbowej

W art. 82 i 84 wprowadzono ujednolicenie zakończenia kontroli celno-skarbowej w przypadku, gdy obejmowała ona zarówno przestrzeganie przepisów prawa celnego, jak i przepisów prawa podatkowego w związku z przywozem

lub wywozem towarów w obrocie między obszarem celnym Unii Europejskiej a państwami trzecimi. Pod warunkiem wszakże, że upoważnienie do kontroli celno-skarbowej nie obejmuje innych przepisów prawa podatkowego. Dzięki tej zmianie harmonizacja działań naczelnika urzędu celno-skarbowego obejmujących kwestie związane z importem/przywozem towarów (a dzięki kompleksowości zmian w tym zakresie – także działań przedsiębiorcy) opiera się na jednolitych podstawach prawnych, niezależnie od rodzaju daniny publicznoprawnej.

Omówione powyżej zmiany opublikowane w Dz. U. nr 802 i obowiązujące w przeważającej większości od 1 czerwca 2021 r. w założeniach miały na celu usprawnienie czynności zarówno organów KAS, jak i przedsiębiorców. Według autorów zmian w większości przypadków powinny one ułatwić prowadzenie działalności gospodarczej. Czy tak będzie, oczywiście nie wiadomo, jednakże faktycznie wydaje się, że przynajmniej nowe przepisy harmonizujące kwestie postępowania z tytułu importu (przywozu) towarów są realizacją postulatów zarówno przedsiębiorców, jak i Krajowej Administracji Skarbowej.

Czas pokaże, czy wprowadzone regulacje okażą się skuteczne i są stosowane we właściwy sposób przez organy KAS jak i przedsiębiorców i ich przedstawicieli. Sugestia ta jest także istotna

¹ Dz. U. z dnia 30 marca 2021 r. poz. 802.

² Dz. U. z 2019 r. poz. 1397, z późn. zm.

³ Dz. U. z 2020 r. poz. 72, z późn. zm.

⁴ Dz. U. z 2017 r. poz. 510, z późn. zm.

⁵ Dz. U. z 2019 r. poz. 1123, z późn. zm.

⁶ Dz. U. z 2020 r. poz. 722.

⁷ Dz. Urz. UE L 2009 Nr 9, str. 12.

⁸ Dz. Urz. UE L Nr 283, str. 51.

⁹ Dz. Urz. UE L Nr 346, str. 6.

¹⁰ Dz. U. z 2020 r. poz. 106, z późn. zm.

¹¹ Dz. U. z 2020 r. poz. 722.

¹² Dz. U. z 2020 r. poz. 72, z późn. zm.

¹³ Dz. U. z 2020 r. poz. 1219.

¹⁴ Odniesienia do poszczególnych podstawowych aktów prawnych unijnego prawa celnego dotyczą: Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 952/2013 z dnia 09.10.2013 r. ustanawiające **Unijny Kodeks Celnny** (Dz. Urz. UE L 269 z 10.10.2013) – **dalej UKC**, **Rozporządzenie delegowane** Komisji (UE) 2015/2446 z dnia 28.07.2015 r. uzupełniające rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 952/2013 w odniesieniu do szczegółowych zasad dotyczących niektórych przepisów unijnego kodeksu celnego (Dz. Urz. UE L 343 z 29.12.2015) – **dalej RD** oraz **Rozporządzenie wykonawcze** Komisji (UE) 2015/2447 z dnia 24.11.2015 r. ustanawiające szczegółowe zasady wykonania niektórych przepisów rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 952/2013 ustanawiającego unijny kodeks celny (Dz. Urz. UE L 343 z 29.12.2015) – **dalej RW**.

¹⁵ Ustawa z dnia 19 marca 2004 r. – Prawo celne (Dz. U. z 2020 r. poz. 1382, ze zm.)

¹⁶ Platforma Usług Elektronicznych Skarbowo-Celnych; <https://puesc.gov.pl/> (tzw. zielony PUEESC) ale obecnie jest także <https://www-2.puesc.gov.pl/> (tzw. czerwony PUEESC – docelowy, ma zastąpić w 2021 r. ww. starszą wersję platformy).

¹⁷ Już obecnie poprzez tę platformę korzysta się z usług ujętych zbiorczo w określeniu „usługi rejestracyjne” (Strefa Klienta na czerwonym PUEESC), a w najbliższej przyszłości także z usługi e-Decyzje realizowanej w ramach modułu „Obsługa wniosków i zabezpieczeń”. Ponadto jest także możliwość podpisywania pism elektronicznych z wykorzystaniem nie tylko podpisów kwalifikowanych, ale i tych opartych na certyfikacie celnym – darmowym, udostępnianym po pozytywnym przejściu weryfikacji tożsamości w procesie rejestracji osoby na PUEESC.

¹⁸ <https://www.podatki.gov.pl/clo/gwaranci-celni/>.

¹⁹ Jest to temat rzeka, ciągnący się od deregulacji (de facto odstąpienia) kryteriów do wpisu i przejścia uprawnień (przynajmniej formalnie) w zakresie cła przez doradców podatkowych.

²⁰ Inną kwestią jest celowość pozostawienia dotychczasowych zapisów określających zakres danych rejestracyjnych na potrzeby NIP, w tym danych osób fizycznych, gdzie nr referencyjnym jest PESEL, jak i spółek, z numerem KRS. Jednakże jest to do rozważenia de lege ferenda.

Postanowienia umowne dotyczące sądu polubownego w zamówieniach publicznych

O czym powinni pamiętać przedsiębiorcy

Agnieszka Wiśniewska-Celmer

Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2021, poz. 1129 ze zm.) – zwana dalej: ustawą Prawo zamówień publicznych, wprowadziła regulacje dotyczące polubownego rozstrzygnięcia sporów, które mogą pojawić się między stronami umowy o zamówienie publiczne. W dziale X tejże ustawy zawarte zostały postanowienia dotyczące mediacji oraz innych polubownych sposobów rozwiązywania sporów wynikających podczas realizacji zamówienia publicznego. Wprowadzone zapisy dotyczą alternatywnego rozwiązywania sporów, które pojawić się mogą już po rozstrzygnięciu zamówienia publicznego i zawarciu umowy między zamawiającym a wykonawcą.

Postanowienia dotyczące ADR

Zgodnie z treścią art. 591 ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. *W sprawie majątkowej, w której zawarcie ugody jest dopuszczalne, każda ze stron umowy, w przypadku sporu wynikającego z zamówienia, może złożyć wniosek o przeprowadzenie mediacji lub inne polubowne rozwiązanie sporu do Sądu Polubownego przy Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, wybranego mediatora albo osoby prowadzącej inne polubowne rozwiązanie sporu.*

2. *Umowa lub umowa ramowa może zawierać postanowienia o mediacji lub innym polubownym rozwiązaniu sporu. Umowa o mediację lub inne polubowne rozwiązanie sporu może być zawarta także przez wyrażenie przez stronę zgody na mediację lub inne polubowne rozwiązanie sporu, gdy druga strona złożyła wniosek, o którym mowa w ust. 1.*

W konsekwencji strony w treści umowy w sprawie zamówienia publicznego mogą zawrzeć postanowienia,

w których wskażą alternatywne do procesu metody rozwiązania sporu wynikającego z zawartej umowy. Jak wskazano w treści Uzasadnienia do projektu ustawy¹ ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie alternatywnych metod rozwiązywania sporów (ang. Alternative Dispute Resolution, ADR), wzorując się na szerokim zastosowaniu tych form zarówno w USA, jak też w krajach europejskich.

Ustawodawca przewidział dla stron umowy wprost możliwość skorzystania z mediacji oraz koncyliacji, nie wykluczając przy tym możliwości skorzystania z innej metody polubownego rozwiązania sporu między stronami umowy o zamówienie publiczne.

W treści uzasadnienia wskazano, że: *„Mediacja i koncyliacja jako metody alternatywnego rozwiązywania sporów są rozwiązaniami tańszymi i szybszymi od tradycyjnego procesu sądowego. Dają ponadto stronom poczucie większej kontroli nad sporem i jego rozwiązaniami.*

Uprawnieni

Wprowadzenie do ustawy ADR, w szczególności w przypadku sporów wynikłych na tle zamówień publicznych o istotnym znaczeniu dla zamawiających oraz dużej wartości jest uzasadnione potrzebą zapewnienia stronom sporu instrumentów, które zwiększą szanse na dobrowolne i zadowalające obie strony zakończenie konfliktu. Nie bez znaczenia jest także możliwość mniej czasochłonnego i mniej kosztownego zaangażowania się zamawiających i wykonawców w postępowanie, które ma przynieść rozstrzygnięcie powstałego sporu”².

W odniesieniu do wskazanych wyżej przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych należy podkreślić, że patrząc

na zakres podmiotowy, czyli na to, kto posiada legitymację czynną do skorzystania ze wskazanych w ustawie alternatywnych metod rozwiązywania sporów wynikających z treści umowy o zamówienie publiczne, należy wskazać, że uprawnionymi będą tylko strony umowy – czyli zamawiający i wykonawca. Zakres podmiotowy działu X ustawy Prawo zamówień publicznych nie obejmuje uprawnień dla innych podmiotów biorących udział w wykonywaniu zamówienia, np. podwykonawcy. Przepis ustawy, o którym mowa wyżej wyraźnie bowiem posługuje się stwierdzeniem „stron umowy”. Podwykonawca nie jest natomiast stroną umowy o zamówienie publiczne. Niemniej jednak należy wskazać, że podwykonawca jest ważnym uczestnikiem procesu realizacji zamówienia i mimo tego, że nie jest on stroną umowy o zamówienie publiczne, ustawodawca zdecydował się na objęcie podwykonawców ochroną prawną – w szczególności w zakresie zapewnienia możliwości uzyskania wynagrodzenia za wykonaną część zamówienia bezpośrednio od zamawiającego w sytuacji, w której wykonawca uchylił się od regulacji wymagalnych zobowiązań podwykonawców.

Podwykonawcy

Artykuł 2 pkt 9 b) ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że umowa o podwykonawstwo to umowa w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego. Jest ona zawierana między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane – także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami. Jak wskazał



Urząd Zamówień Publicznych: „Usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące przedmiot umowy o podwykonawstwo muszą być częścią zamówienia publicznego. Odwołując się w szczególności do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) wykształconego na gruncie poprzednio obowiązującego przepisu art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, przyjęć należy, iż analogicznie dla interpretacji art. 2 pkt 9b ustawy Pzp „pod pojęciem części zamówienia należy rozumieć fragment większej całości, którą w tym przypadku jest przedmiot zamówienia”. Częścią zamówienia na usługi, dostawy oraz roboty budowlane jest zatem wyodrębniony fragment wykonywanych usług, dostaw, lub robót, rozumiany jako część zakresu zamawianego świadczenia. Przedmiotem umowy o podwykonawstwo na usługi, dostawy, jak i roboty budowlane może być również realizacja świadczenia wchodzącego w skład opisu przedmiotu zamówienia, a także realizacja takiego świadczenia, które służy wykonaniu przedmiotu zamówienia, np. dostawa materiałów służących realizacji robót budowlanych ujętych w opisie przedmiotu zamówienia. Nie będą objęte zakresem umowy o podwykonawstwo, takie usługi, dostawy lub roboty budowlane, które wprawdzie będą powiązane

z przedmiotem zamówienia, ale nie będą służyły jego realizacji, np. usługi ubezpieczeniowe lub prawnicze”⁷³.

Ustawodawca zdecydował się na uregulowanie instytucji podwykonawstwa w jednym rozdziale ustawy. Zgodnie z treścią art. 462 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Zamawiający natomiast może żądać wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. W sytuacji, w której przedmiotem podwykonawstwa są roboty budowlane lub usługi, które mają być wykonywane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego – zamawiający ma obowiązek żądać, aby przed przystąpieniem do wykonywania zamówienia, wykonawca podał dane identyfikujące podwykonawców, określone w ustawie.

Zgodnie z regulacjami ustawowymi, zamawiający ma kontrolę nad treścią umów zawieranych z podwykonawcami – ustawa gwarantuje mu możliwość

weryfikacji projektów umów zawieranych przez wykonawcę z podwykonawcami, a następnie akceptację samych umów, których przedmiotem jest podwykonawstwo. Niemniej jednak podkreślić należy, że fakt powierzenia części zamówienia do wykonania podwykonawcy nie powoduje, że wykonawca przestaje być odpowiedzialny względem zamawiającego za prawidłowe i należyte wykonanie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 462 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych *powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności za należyte wykonanie tego zamówienia*.

Powyższe nie pozostaje ponadto bez znaczenia dla późniejszych rozliczeń pomiędzy zamawiającym, wykonawcą oraz podwykonawcą. Bowiernie bezpośrednia zapłata wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy będzie możliwa w sytuacji, w której podwykonawca będzie wykonywał roboty budowlane na podstawie umowy o podwykonawstwo, która została uprzednio zaakceptowana przez zamawiającego. Jak bowiem wskazuje ustawa – bezpośrednia zapłata wynagrodzenia podwykonawcy



dotyczy wyłącznie należności powstałych po zaakceptowaniu przez zamawiającego umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub po przedłożeniu zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi.

Gdy wykonawca nie płaci podwykonawcom...

Zgodnie z treścią art. 465 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający w sytuacji, w której wykonawca nie uiszcza wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy, ma możliwość:

- niedokonania bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, jeżeli wykonawca wykaże niezasadność takiej zapłaty albo
- złożenia do depozytu sądowego kwotę potrzebną na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, w przypadku istnienia zasadniczej wątpliwości zamawiającego co do wysokości należnej zapłaty lub podmiotu, któremu płatność się należy, albo
- dokonania bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, jeżeli podwykonawca lub dalszy podwykonawca wykaże zasadność takiej zapłaty.

W tym miejscu należy wskazać, że przepis, o którym mowa powyżej, pełni funkcję ochronną dla podwykonawców biorących udział w procesie realizacji zamówienia, udzielonego na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazać bowiem należy, że: „Przesłanką dokonania bezpośredniej zapłaty jest uchylenie się przez wykonawcę od obowiązku zapłaty na rzecz podwykonawcy (z którym została zawarta zaakceptowana umowa o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane bądź z którym została zawarta przedłożona zamawiającemu umowa o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi) oraz uchylenie się przez podwykonawcę od zapłaty na rzecz dalszego podwykonawcy (z którym została zawarta zaakceptowana umowa

o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane).

Zwrócenia uwagi wymaga fakt, że podstawą dokonania bezpośredniej zapłaty jest uchylenie się od zapłaty przez wykonawcę (podwykonawcę, dalszego podwykonawcę) i dopiero w takim stanie faktycznym aktualizuje się powyższe uprawnienie zamawiającego. Nie dokonując zapłaty wynagrodzenia wykonawcy pomimo braku podstaw do wstrzymania zapłaty, zamawiający naraża się na odpowiedzialność za opóźnienie w zapłacie, czyli na zapłatę odsetek. Zgodnie z postanowieniami art. 481 § 1 k.c., jeżeli dłużnik opóźnia się ze spełnieniem świadczenia pieniężnego, wierzyciel może żądać odsetek za czas opóźnienia, chociażby nie poniósł żadnej szkody i chociażby opóźnienie było następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi⁶⁶.

W konsekwencji należy wskazać, że **zamawiający, czyli inwestor i wykonawca, ponoszą odpowiedzialność solidarną za wynagrodzenie podwykonawców**. Zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego wykonywana jest określona część zamówienia publicznego przez podwykonawcę. Przy czym należy w tym miejscu wskazać, że powyższe nie powoduje, że zamawiający jest dłużnikiem solidarnym, odpowiadającym za własny dług wobec podwykonawcy. „Unormowana przepisem art. 647 § 5 k.c. odpowiedzialność inwestora w stosunku do podwykonawcy ma charakter ustawowej odpowiedzialności za cudzy dług, ale do jej powstania dochodzi jeśli zostały spełnione przesłanki określone w art. 647 § 2 k.c. Celem art. 647 k.c. jest zapewnienie ochrony podwykonawcom, jednak sposób realizacji tej ochrony, polegający na wprowadzeniu gwarancyjnej odpowiedzialności inwestora za cudzy dług, wymaga starannej i rozważnej interpretacji zachowań mających uzewnętrznić wolę przyjęcia na siebie takiej odpowiedzialności⁶⁵.

Wskazać za orzecznictwem Sądu Najwyższego należy, że: „Zakres przedmiotowy odpowiedzialności inwestora ograniczony jest w art. 647 § 5 k.c. do wynagrodzenia należnego podwykonawcy od wykonawcy. Wątpliwość powstaje jednak co do tego, czy inwestor odpowiada także za terminowe dokonanie zapłaty, zatem czy powinien świadczyć również odsetki za opóźnienie powstałe po stronie

wykonawcy (art. 476 k.c.). Wykładnia gramatyczna art. 647 § 5 k.c. przemawia za ograniczeniem odpowiedzialności inwestora wyłącznie do wynagrodzenia (należności głównej)⁶⁶.

Nadmienić należy, że konstrukcja przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że zamawiający jako inwestor ponosi wobec podwykonawcy odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za wykonaną przez tego podwykonawcę część zamówienia w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających tę bezpośrednią zapłatę na rzecz podwykonawcy. Zważyć bowiem należy, że przepis art. 465 ust. 1 ustawy wskazuje wprost – jeśli ziszczą się przesłanki uzasadniające zapłatę wynagrodzenia bezpośrednio na rzecz podwykonawcy – „zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty”. Nie ma tutaj pozostawionej uznaniowości po stronie zamawiającego. Co w konsekwencji z drugiej strony – tj. jeśli zamawiający, mimo wypełnienia wszystkich przesłanek ustawowych nie dokona zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy – powoduje, że podwykonawca posiada roszczenie wobec zamawiającego o zapłatę tego wynagrodzenia. Oczywiście bez odsetek i innych należności, jakie należą się temu podwykonawcy od wykonawcy będącego stroną umowy o podwykonawstwo. Przykładem może być sytuacja, gdzie podwykonawca wystąpił przeciw zamawiającemu z powództwem o zapłatę wynagrodzenia za wykonane dostawy na rzecz wykonawcy, co zostało potwierdzone fakturą oraz oświadczeniem wykonawcy, że zalega on na określoną kwotę z zapłatą na rzecz podwykonawcy. W międzyczasie została rozwiązana umowa o roboty budowlane między zamawiającym a wykonawcą – tj. po wykonaniu całości dostawy przez podwykonawcę, a przed ogłoszeniem upadłości wykonawcy. Zamawiający jednak przekazał całość wynagrodzenia za wykonane przez wykonawcę zamówienie bez dokonania bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawcy. W sprawie tej wydał orzeczenie Sąd Najwyższy, który wskazał, iż w zaistniałej sytuacji zaktualizował się obowiązek zamawiającego do dokonania bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy.

W treści uzasadnienia wskazano: „Sąd Najwyższy stwierdził, że obowiązek



bezpośredniej zapłaty przewidziany w art. 143c ust. 1 p.z.p. rozumiany jako kompetencja zamawiającego, bez przyznania roszczenia podwykonawcy stanowiłoby rozwiązanie niefunkcjonalne, ponieważ zainteresowanie zamawiającego prawidłowością i terminowością rozliczeń pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą lub podwykonawcą a dalszym podwykonawcą wówczas jedynie może spowodować rzeczywistą ochronę podmiotów z niższych szczebli realizacji umowy, kiedy łączyć się będzie z możliwością wymuszenia jego realizacji. Przyjęcie, że wprawdzie zamawiający ma w okolicznościach wymienionych w art. 143c ust. 1 p.z.p. obowiązek skorzystania z uprawnienia do bezpośredniej zapłaty, jednak obowiązek ten nie wiąże się z roszczeniem niezaspokojonego podwykonawcy (dalszego podwykonawcy) w stosunku do zamawiającego, w żaden sposób nie ułatwiłoby mu zaspokojenie wierzytelności o wynagrodzenie, skoro nadal pozostawałoby mu jedynie roszczenie do umownego kontrahenta. Stanowczo sformułowany obowiązek dokonania zapłaty bezpośredniej, określenie przesłanek jego powstania, wskazanie na możliwość złożenia przedmiotu świadczenia do depozytu sądowego (stanowiące uprawnienie dłużnika), a także zamieszczone w art. 143c ust. 8 p.z.p. zastrzeżenie niezależności praw i obowiązków przewidzianych w tej ustawie i w art. 6471 k.c. (niezrozumiałe, gdyby – odmiennie niż w przepisie wskazanym jako konkurencyjny – podwykonawca/dalszy podwykonawca nie zyskiwał roszczenia wobec zamawiającego), uzasadnia stanowisko, że konstrukcja przyjęta w art. 143c ust. 1 p.z.p. przewiduje obowiązek sprzężony z roszczeniem po stronie uprawnionego. Swoje wnioskowanie Sąd Najwyższy uzupełnił odniesieniem do zmiany art. 143c ust. 8 p.z.p. dokonanej ustawą z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ułatwienia dochodzenia wierzytelności (Dz. U. z 2017 r. poz. 933 z późn. zm.), która zastąpiła dotychczasowe zastrzeżenie o niezależności praw i obowiązków przewidzianych w tej ustawie i w art. 6471 k.c. postanowieniem, że do solidarnej odpowiedzialności zamawiającego, wykonawcy, podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy z tytułu wykonanych robót budowlanych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy prawa zamówień publicznych nie stanowią inaczej. Przepis ten zinterpretował jako doprecyzowanie solidarnego charakteru odpowiedzialności

zamawiającego, która wcześniej miała charakter odpowiedzialności *in solidum*⁷. To stanowisko podziela Sąd Najwyższy w składzie rozpatrującym niniejszą sprawę⁸. W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy wskazał, że „(...) przewidziana w art. 143c ust. 1 p.z.p. odpowiedzialność zamawiającego ukształtowana jest jednakowo w stosunku do obydwu rodzajów podwykonawców i aktualizuje się wtedy, kiedy od zaspokojenia wynagrodzenia podwykonawcy zamówienia publicznego na roboty budowlane, wykonującego umowę podwykonawczą w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 9b p.z.p. uchyli się jego umowny kontrahent (w rozpatrywanej sprawie jest nim wykonawca zamówienia publicznego)”.

W kontekście przesłanki „uchylania się” Sąd Najwyższy wskazał, że „Zwrócić należy uwagę, że bezpośrednia zapłata musiała być poprzedzona postępowaniem wyjaśniającym (art. 143c ust. 5 p.z.p.), mającym na celu ustalenie, czy żądane przez podwykonawcę wynagrodzenie jest zasadne. Ustawodawca nie wskazał natomiast, by przedmiotem wyjaśnień było także to, jakie przyczyny spowodowały nieuiszczenie należnego wynagrodzenia przez kontrahenta podwykonawcy. Tak ukształtowane kryteria wyjaśniania zasadności żądania, skupiające się na ocenie zasadności żądanej płatności, a nie na przyczynach nieuiszczenia jej przez zobowiązane z umowy podwykonawczej, przemawiają za interpretacją pojęcia uchylania się od zapłaty jako synonimu nieuiszczenia należnego wynagrodzenia w terminie. Taka interpretacja nie pozbawia pojęcia „uchylania się” negatywnego zabarwienia, ponieważ – co pomija skarżący – procedura zamówienia publicznego oparta jest na założeniu, że zgłaszający ofertę jest przygotowany także finansowo do wykonania zamówienia, w tym do opłacenia zaangażowanych podwykonawców i do opłacenia kosztów zakupu urzędzeń niezbędnych do wykonania zamówienia. Przeliczenie się z własnymi możliwościami, powodujące niewypłacalność w trakcie realizacji zamówienia, w tym niemożność zapłaty podwykonawcom, nie jest obojętne ocennie, ponieważ niewykonanie umowy zgodnie z jej brzmieniem zawsze stwarza domniemanie winy naruszającego obowiązki umowne (art. 471 k.c., tu w zw. z art. 481 § 3 k.c.) i to on musi wykazać, że nie ponosi odpowiedzialności za okoliczności, które doprowadziły do niewykonania umowy. Popadnięcie

w niewypłacalność prowadzącą następnie do upadłości nie jest okolicznością podważającą domniemanie z art. 471 k.c. Jeśli więc wykonawca nie uiszczył podwykonawcy wynagrodzenia w czasie ustalonym w umowie, podwykonawca może wystąpić do zamawiającego z żądaniem wykonania płatności bezpośredniej”.

Solidarna odpowiedzialność

Tym samym w robotach budowlanych realizowanych na podstawie umów zawartych w wyniku przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego – zasada solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy, o której mowa powyżej, jest w pełni stosowana. W tym miejscu wskazać należy, że w związku z występowaniem solidarnej odpowiedzialności zamawiającego oraz wykonawcy wobec podwykonawcy – stosownie do przepisów Kodeksu cywilnego podwykonawca ma możliwość dochodzenia roszczenia łącznie od zamawiającego i wykonawcy, a także tylko od samego zamawiającego lub tylko od samego wykonawcy.

Momentem powstania solidarnej odpowiedzialności jest moment akceptacji przez zamawiającego treści przedstawionych mu umów o podwykonawstwo⁹. Wskazać ponadto należy, że w zakresie solidarnej odpowiedzialności wykonawcy oraz zamawiającego zastosowanie będą miały regulacje Kodeksu cywilnego: „(...) treść art. 143c ust. p.z.p. zasadniczo reguluje kwestię bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy w sytuacji zawarcia umowy o podwykonawstwo w ramach realizacji zadania objętego zamówieniem. W zakresie solidarnej odpowiedzialności inwestora za jego zapłatę odsyła natomiast do regulacji Kodeksu cywilnego, w istocie do treści art. 6471 § 5 k.c.”¹⁰.

Wskazać w tym zakresie należy, że: „istotą solidarności biernej inwestora i wykonawcy wobec podwykonawców było zagwarantowanie podwykonawcom zapłaty, na wypadek, gdyby wykonawca nie spełnił świadczenia z umów z podwykonawcami. Inwestora z podwykonawcami nie łączy żadna umowa, a jego odpowiedzialność solidarna wynika z ustawy i nie może być wyłączona ani ograniczona (art. 6471 § 6 k.c.). Inwestor nie jest więc



dłużnikiem osobistym zobowiązanym świadczyć własny dług na rzecz podwykonawców z tytułu łączącego go z nimi stosunku prawnego. Jest on tylko współdłużnikiem solidarnym z mocy prawa, a jego solidarna odpowiedzialność ma charakter gwarancyjny i jest odpowiedzialnością za cudzy dług (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2011 r., IV CSK 293/10, nie publ. oraz z dnia 18 lutego 2016 r. II CSK 215/15, nie publ. i cyt. w nich orzecznictwo). Inwestor z założenia już wcześniej spełnił własne zobowiązanie, w którym był dłużnikiem przez zapłatę wykonawcy za wykonane roboty na podstawie łączącej go z wykonawcą (generalnym wykonawcą) umowy o roboty budowlane, z której to otrzymanej kwoty wykonawca powinien zapłacić część należną podwykonawcom¹¹. Wskazać zatem należy, że roszczenie będzie przysługiwało podwykonawcy także wówczas, kiedy inwestor zapłacił już całość wynagrodzenia wykonawcy.

Należy jednak podkreślić, że nie ma podstaw do uznania, że umowa, jaka została zawarta pomiędzy wykonawcą oraz podwykonawcą wiąże zamawiającego czyli inwestora.

„Umowa o podwykonawstwo stanowi źródło zobowiązania odrębne, aczkolwiek powiązane z umową zawartą pomiędzy inwestorem a wykonawcą. Odrębność przejawia się przede wszystkim w tym, że podlega ono właściwym dla siebie regułom odnoszącym się do formy, treści, skutków niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania¹². Tym samym należy podkreślić, że zamawiającego jako inwestora nie wiąże żaden stosunek umowny z podwykonawcami. Podwykonawcy są powiązani umowami podwykonawczymi z wykonawcą, co nie powoduje powstania powiązania z zamawiającym.

Dwa postępowania arbitrażowe

W konsekwencji z faktu, że pomiędzy zamawiającym a inwestorem występuje solidarna odpowiedzialność nie jest uprawnione twierdzenie, że inwestor związany jest postanowieniami umowy zawartej pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą. Jak zostało już wskazane

– odpowiedzialność zamawiającego ogranicza się wyłącznie do kwestii zapłaty wymagalnego wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy. I odpowiedzialność ta wynika bezpośrednio z przepisów prawa. Tym samym w sytuacji, w której umowa podwykonawcza będzie zawierała w swej treści postanowienia, na podstawie których strony ustaliły sposób dochodzenia wierzytelności poprzez zawarcie w umowie podwykonawczej klauzuli arbitrażowej – podwykonawca nie ma możliwości dochodzić zapłaty wynagrodzenia w postępowaniu polubownym na tej podstawie. W konsekwencji – w sytuacji, w której podwykonawca podejmie decyzję o dochodzeniu zapłaty należnego wynagrodzenia zarówno od wykonawcy, jak i zamawiającego winien wsząć dwa odrębne postępowania. „Dłużnik solidarny nie jest związany zapisem na sąd polubowny zawartym przez innego dłużnika solidarnego¹³.

Tym samym podwykonawca wszczynając postępowanie arbitrażowe przeciwko wykonawcy oraz postępowanie przed sądem powszechnym wobec zamawiającego jako inwestora. Zgodnie z treścią

art. 1161 §1 Kodeksu postępowania cywilnego podanie sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego wymaga umowy stron, w której należy wskazać przedmiot sporu lub stosunek prawny, z którego spór wynikał lub może wynikać (postanowienie w sprawie sądu polubownego).

Nie można jednak – w świetle powyższego – wykluczyć sytuacji, w której mimo braku umownych podstaw do dochodzenia należności w arbitrażu wobec zamawiającego – zamawiający wyrazi zgodę na udział w arbitrażu. Tym samym podwykonawca będzie mógł dochodzić roszczenia wobec obu podmiotów w jednym postępowaniu polubownym. Podstawą do powyższego będzie zgoda stron na przystąpienie do udziału w postępowaniu arbitrażowym.

Przed sądem powszechnym

Możliwa jest również sytuacja, w której podwykonawca będzie mógł dochodzić roszczenia wobec obu podmiotów w postępowaniu prowadzonym przed sądem powszechnym. Będzie to możliwe w sytuacji, w której wykonawca nie sprzeciwi się temu, aby sąd powszechny łącznie rozpoznał te dwie sprawy. Zapis na sąd polubowny jest bowiem klauzulą umowną – która może zostać przez strony zmieniona. Tym samym strony mogą ustalić, iż w przypadku dochodzenia roszczenia odbywać się to będzie w postępowaniu prowadzonym przed sądem powszechnym.

Roszczenie regresowe

Nawiązując do kwestii roszczenia regresowego, które może pojawić się w sytuacji spełnienia świadczenia przez zamawiającego bezpośrednio na rzecz podwykonawcy – jak zostało już wskazane powyżej – z uwagi na występującą pomiędzy zamawiającym a wykonawcą solidarność bierną, w sytuacji, w której zamawiający dokona zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy, nabywa regres wobec wykonawcy. Wskazać należy przy tym, że: „(...) inwestora nie dotyczy w ogóle zdanie drugie w art. 376 § 1 k.c., które odnosi się do dłużników solidarnych odpowiadających zgodnie z art. 366 k.c. wspólnie za własny dług,

mający źródło w podjętym przez nich zobowiązaniu wobec określonego wierzyciela. Takie też ma znaczenie zdanie pierwsze w art. 376 § 1 k.c., w którym jest mowa o rozliczeniach między dłużnikami solidarnymi, z których jeden lub kilku z nich spełniłoby świadczenie na rzecz wierzyciela, a wtedy mieliby oni możliwość domagania się od pozostałego (pozostałych) dłużnika solidarnego zwrotu odpowiedniej części, co jednak zależy, jak wynika *expressis verbis* z art. 376 § 1 zdanie pierwsze k.c. od treści istniejącego między współdłużnikami stosunku prawnego”¹⁴. Tym samym należy wskazać, że w sytuacji, w której zamawiający spełnia świadczenie, tj. dokonuje bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawcy, nabywa względem wykonawcy wierzycielność. Niemniej jednak należy mieć cały czas na uwadze, że zamawiający nie reguluje swojego długu – spełnia dług wykonawcy. Tym samym „w świetle art. 647(1) § 5 k.c. w zw. z art. 376 k.c. nie może budzić wątpliwości, że po spełnieniu świadczenia na rzecz podwykonawcy, inwestor jako współdłużnik solidarny ma własne roszczenie odszkodowawcze (regresowe) wobec współodpowiedzialnego solidarnie wykonawcy, które może być potrącone z wierzycielnością wykonawcy z tytułu wynagrodzenia za roboty budowlane”¹⁵. Pogląd podzielił Sąd Apelacyjny w Białymstoku: „zapłata przez inwestora wynagrodzenia podwykonawcy stanowi zaspokojenie cudzego długu i w takim wypadku stosuje się rozwiązanie przewidziane art. 518 k.c., a nie art. 376 § 1 k.c.”¹⁶.

W zakresie rozważań dotyczących możliwości regresu zamawiającego wobec wykonawcy należy mieć na uwadze zapisy art. 465 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, który wskazuje, że w sytuacji, w której zamawiający dokona bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawcy – potrąca wówczas kwotę wypłaconego podwykonawcy wynagrodzenia z wynagrodzenia należnego wykonawcy. Prawo zamówień publicznych, odmiennie do Kodeksu cywilnego, reguluje bowiem wprost procedurę bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy przez inwestora. Inwestor zasadniczo powinien bezpośrednio dokonać zapłaty zaakceptowanemu, zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, podwykonawcy. Zapłata następuje poprzez potrącenie wynagrodzenia należnego wykonawcy, o czym była mowa powyżej. Niemniej jednak, w sytuacji

w której potrącenie okaże się niemożliwe – zastosowanie będą miały odpowiednie przepisy Kodeksu cywilnego regulujące kwestię roszczenia regresowego.

Agnieszka Wiśniewska-Celmer

radca prawny, zajmuje się praktyczną stroną zamówień zarówno ze strony zamawiających, jak i wykonawców, a także z tej „trzeciej” strony, zewnętrznej do stron procesu udzielania zamówień publicznych, czyli kontrolowaniem procesów udzielania zamówień, www.praktycznezamowieniapubliczne.pl

¹ Uzasadnienie do projektu ustawy Prawo zamówień publicznych; druk sejmowy VIII.3624.

² jw.

³ Pismo Urzędu Zamówień Publicznych pn. „Podwykonawstwo – nowelizacja ustawy Pzp z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych”, www.uzp.gov.pl.

⁴ Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Jaźwiński Łukasz, Kittel Marta, Stachowiak Małgorzata „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, stan prawny 1 maja 2021 r., Opublikowane: WKP 2021.

⁵ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r., III CZP 108/15.

⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2012 r., IV CSK 91/12.

⁷ Tak np. Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z dnia 12 grudnia 2019 r., sygn. akt I ACa 499/19.

⁸ Wyrok SN z dnia 7 marca 2019 r., sygn. akt IV CSK 235/18.

⁹ „Wraz z chwilą wyrażenia tej zgody stał się on solidarnie wraz z generalnym wykonawcą odpowiedzialny za zapłatę wynagrodzenia należnego powodowi z tytułu ich zawarcia i wykonania przedmiotowych robót” – wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 29 września 2017 r. sygn. akt I ACa 302/17; „Przyjąć tym samym należy, że wyrażenie przez zamawiającego zgody na projekt umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, oraz niezgłoszenie pisemnego sprzeciwu wobec przedłożonej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, powoduje powstanie odmiennych, dodatkowych skutków prawnych w postaci powstania uprawnienia zamawiającego do dokonywania bezpośredniej zapłaty wykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, z jednoczesnym prawem do potrącenia wypłaconych kwot z wynagrodzenia należnego wykonawcy (art. 143c ust. 6 p.z.p.) – por. J. Jerzykowski, Komentarz do art. 143c ustawy – Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, System Informatyki prawnej Lex.

¹⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 29 września 2017 r. sygn. akt I ACa 302/17.

¹¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 2019 r., sygn. akt V CSK 639/17.

¹² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 29 października 2015 r., sygn. akt I ACa 532/15.

¹³ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 13 lipca 2011 r., sygn. akt III CZP 36/11.

¹⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 2019 r., sygn. akt V CSK 639/17.

¹⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 lutego 2015 r., sygn. akt I ACa 1240/14.

¹⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 17 czerwca 2015 r., sygn. akt I ACa 76/15.

Oferty współpracy

Austria

Austriacka firma poszukuje partnerów do produkcji toreb bagażowych montowanych w kamperach. Firma specjalizuje się w wyposażaniu przyczep i kamperów oraz w sprzedaży sprzętu kempingowego. Opracowane przez firmę rozwiązania polega na oferowaniu dodatkowej przestrzeni do przechowywania w postaci toreb, które pakuje się w domu i mocuje wewnątrz pojazdu. Poszukiwany partner powinien mieć doświadczenie w wytwarzaniu podobnych wyrobów oraz potencjał do rozszerzenia produkcji o takie elementy wyposażenia kamperów, jak zasłony czy inne akcesoria do pakowania. Surowiec będzie dostarczany przez austriacką firmę. Numer referencyjny BRAT20210901001

Bułgaria

Bułgarski tour operator z ponad 30-letnim doświadczeniem poszukuje nowych pakietów turystycznych dla swoich klientów, które będzie można zrealizować po zniesieniu obostrzeń związanych z pandemią. Firmę interesują zwłaszcza destynacje w UE, Azji i Afryce. W tym celu nawiąże współpracę z partnerami, którzy zaoferują kompleksowe produkty adresowane do różnych grup podróżnych: młodzieży, rodzin, osób podróżujących w związku z wydarzeniami kulturalnymi czy biznesowymi. Numer referencyjny BRBG20210819001

Dania

Duńska firma działająca w sektorze produkcji okien i drzwi z drewna poszukuje producentów okien w Europie Środkowo-Wschodniej. Aktualnie firma poszukuje partnera, który zajmie się produkcją zgodnie z wytycznymi zamawiającego. Firma jest zainteresowana współpracą na podstawie umowy produkcyjnej. Numer referencyjny BRDK20210830001

Hiszpania

Hiszpański sklep online z odzieżą damską plus size nawiąże współpracę

z doświadczonymi projektantami. Firma poszukuje nowych wzorów, które zaoferuje pod własną marką. Numer referencyjny BRES20210727001

Irlandia

Irlandzka firma z branży e-commerce poszukuje ekologicznych i korzystnych cenowo opakowań do wykorzystania w pudełkach subskrybcyjnych. Pudełka zawierają tradycyjne upominki z Irlandii, takie jak produkty spożywcze, książki, tekstylia itp. Swoją ofertę firma irlandzka już teraz kieruje do ponad 90 krajów na całym świecie. Oferowane opakowania powinny być wytrzymałe i dostosowane pod względem formy i rozmiaru do poszczególnych elementów zawartych w danych pudełkach. Numer referencyjny BRIE20200305001

Niemcy

Jeden z wiodących niemieckich producentów sprzętu medycznego, głównie ciśnieniomierzy, zamierza przenieść z Azji do Europy produkcję akcesoriów, takich jak rękawy i pokrowce. W związku z tym nawiąże współpracę z firmą wytwarzającą takie akcesoria. Numer referencyjny BRDE20210813001

Niemiecka firma nawiąże współpracę z producentami zabawek, odzieży i akcesoriów dla małych i średnich psów oraz ich właścicieli. Firma zamierza sprzedawać takie produkty, jak ubranka, bandany, koce, torby, pluszowe i lateksowe zabawki, ale też pasujące do nich dodatki dla ludzi. Partnerzy powinni posiadać doświadczenie w projektowaniu i wytwarzaniu finalnego produktu, w tym w doborze tkanin i elementów wykończeniowych. Wszystkie oferowane produkty powinny być wytwarzane w sposób ekologiczny. Numer referencyjny BRDE20210723001

Szwecja

Największa szwedzka hurtownia, działająca na rynku od 1993 r., zaopatrująca sklepy ze zdrową żywnością m.in. w suplementy diety (probiotyki,

multiwitamina), poszukuje producentów odżywek w żelu do ciała i włosów, probiotyków i multiwitamin. Firma jest zainteresowana nawiązaniem współpracy na podstawie umowy produkcyjnej. Numer referencyjny BRSE20210511001

Ukraina

Ukraińska firma, działająca na rynku od 2009 r., poszukuje dostawców klimatyzatorów. Firma specjalizuje się w imporcie i sprzedaży na rynku ukraińskim urządzeń klimatyzacyjnych i jest obecnie dostawcą klimatyzatorów dla branży hotelarskiej i branży rekreacyjno-wypoczynkowej. Kontrahent z Ukrainy poszukuje producentów lub dostawców klimatyzatorów w ramach umowy o świadczenie usług dystrybucyjnych. Numer referencyjny BRUA20210702001

Wielka Brytania

Brytyjski producent mobilnych urządzeń medycznych do diagnostyki zaburzeń pracy serca pilnie poszukuje dostawców elastycznych pasków zakończonych zaokrąglonym jednostronnym rzepem, służących do mocowania urządzeń do ciała. Paski powinny mieć standardową szerokość 38 mm i trzy długości (630 mm, 1010 mm, 1700 mm). Poszukiwany jest partner do długoterminowej współpracy. Numer referencyjny BRUK20210818001

Brytyjska firma z branży fintech wykorzystująca zaawansowane modele sztucznej inteligencji (AI) w sektorze handlu finansowego, poszukuje partnerów do współpracy w celu przetestowania autonomicznej platformy handlowej i wykonania Proof of Concept (PoC) w różnych symulowanych warunkach rynkowych. Firma zainteresowana jest nawiązaniem współpracy w oparciu o umowę o świadczenie usług. Numer referencyjny BRUK20210823001

Więcej ofert współpracy zagranicznej znajdą Państwo w bazie POD na stronie: www.een.org.pl (zakładka Oferty współpracy).

Skorzystaj z bezpłatnych porad ekspertów

Ośrodek Enterprise Europe Network przy PARP oferuje bezpłatne usługi informacyjne z zakresu prawa oraz polityk i programów UE, internacjonalizacji przedsiębiorstw, innowacji i transferu technologii

Nasi konsultanci



Odpowiedzą na pytania dotyczące kwestii prawnych związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej na wspólnym rynku europejskim (Polska i inne kraje Unii Europejskiej), obejmujących w szczególności dziedziny takie jak:

- sprzedaż towarów i świadczenie usług na wspólnym rynku UE
- rozpoczynanie działalności gospodarczej
- zatrudnianie pracowników
- wprowadzanie produktów do obrotu, bezpieczeństwo produktów, oznakowanie CE
- podatki i cła
- ochrona konkurencji i konsumentów
- własność intelektualna i przemysłowa
- zamówienia publiczne



Pomogą w nawiązaniu współpracy biznesowej i technologicznej z zagranicznymi partnerami



Udzielą informacji na temat wsparcia finansowego i organizacyjnego dostępnego w ramach programów Unii Europejskiej, np. HORYZONT 2020 i COSME

Zapraszamy do zadawania pytań za pośrednictwem formularza kontaktowego na stronie

<https://www.een.org.pl/een/bezplatne-porady-naszycy-ekspertow>