

Warszawa, 18 maja 2018 r.

BCC PROPONUJE

dotyczy: projektu ustawy o elektronicznym fakturowaniu w zamówieniach publicznych

BCC pozytywnie ocenia projekt ustawy o elektronicznym fakturowaniu w zamówieniach publicznych. Celem regulacji jest ograniczenie lub usunięcie barier występujących w obrocie transgranicznym, w szczególności wynikających z jednoczesnego współwystępowania niejednorodnych i niekompatybilnych wymogów prawnych oraz przepisów technicznych dotyczących możliwości fakturowania elektronicznego. Główną metodą realizacji ma być zobowiązanie organów administracji państwowej w Polsce, w ramach procedur przewidzianych w ustawach prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. Poz. 1579 z późn. zm.) oraz o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2016 r. poz. 1920 z późn. zm.), do akceptowania przewidzianych w projekcie ustrukturyzowanych faktur w postaci elektronicznej, zgodnych z europejską normą FprEN 16931-1, przy jednoczesnym pozostawieniu wykonawcom decyzji co do stosowania tej formy fakturowania.

BCC proponuje dopracowanie zakresu zastosowania przepisów oraz części jego postanowień, w szczególności w odniesieniu do terminów wykonania zobowiązań przez zamawiających, innych ustrukturyzowanych dokumentów oraz ochrony danych osobowych.

Szczegółowe uwagi i propozycje:

Przechodząc do rozważań szczegółowych, należy pozytywnie ocenić z perspektywy techniki legislacyjnej proponowaną regulację art. 1 i art. 2 projektu, która trafnie określa zakres zastosowania projektu oraz w sposób zgodny z Dyrektywą i spójny z pozostałą częścią projektu definiuje pojęcia w nim używane.

W art. 3 trafnie wyłączono z zakresu zastosowania projektu możliwość jego stosowania do inwestycji w trybie Prawa zamówień publicznych (p.z.p). lub Umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi (u.k.r.b.u.) dotyczące obronności i bezpieczeństwa. Jakkolwiek, nie wskazano tego wprost w uzasadnieniu, można domniemywać, że wyłączenie to wynika ze względu na często występujące w zakresie tego typu inwestycji klauzule poufności, tajności i ścisłej tajności, a także ze względu na ochronę przed możliwością zapoznania się z dokumentami w formie elektronicznej przez osoby nieuprawnione. W opinii BCC, wyłączenie takie jest zgodne z postanowieniami Dyrektywy, której stosowanie powinno być, zgodnie z motywem 16 oraz art. 1 zd. 2 Dyrektywy, wyłączone w odniesieniu do realizacji zamówień, które określono jako tajne, lub którym towarzyszą szczególne środki bezpieczeństwa.

Art. 4 i art. 10 projektu, jako implementujące postanowienia art. 7 Dyrektywy także oceniamy, co do zasady, pozytywnie.

Art. 4 ust. 1 projektu zawiera jasne zobowiązanie Zamawiającego w rozumieniu p.z.p. i u.k.r.b.u. do odbierania od wykonawcy ustrukturyzowanych faktur elektronicznych przesyłanych za pośrednictwem przewidzianej w projekcie platformy. Jednocześnie w art. 4 ust. 2 projektu trafnie przewidziano możliwość, a nie obowiązek, korzystania z platformy przez wykonawcę. Krytycznie należy odnieść się przy tym do przewidzianej w art. 4 ust. 3 projektu możliwości rezygnacji przez zamawiającego (co wymaga podkreślenia – w rozumieniu p.z.p. lub u.k.r.b.u.) w odniesieniu do zamówień publicznych oraz umów w odniesieniu do których nie stosuje się przepisów p.z.p. oraz u.k.r.b.u. w szczególności w kontekście proponowanej regulacji art. 11 ust. 2 projektu przewidującego stosowanie Projektu w stosunku do zamówień publicznych, w których zasadniczo nie stosuje się przepisów p.z.p. oraz u.k.r.b.u. Proponowany przepis art. 4 ust. 3 projektu jest zatem nie tylko w warstwie językowej sprzeczny sam ze sobą, ale jeśli korzystanie z ustandaryzowanych faktur elektronicznych w stosunkach z podmiotami o charakterze publicznym ma mieć rzeczywiście charakter powszechny, i ma prawidłowo implementować Dyrektywę, to zastrzeżenie w nim zawarte powinno zostać usunięte lub co najmniej ograniczone przez doprecyzowanie przesłanek takiego wyłączenia. Z aprobatą należy odnieść się natomiast do proponowanego brzmienia art. 4 ust. 4 projektu, w którym, w sposób szerszy niż przewidziano w Dyrektywie, umożliwiono stosowanie platformy do wysyłania i odbierania innych ustrukturyzowanych dokumentów elektronicznych w postępowaniu jeśli zamawiający i wykonawca wyrażą na to zgodę, albo jeśli postępowanie toczy się w trybie art. 10a ust. 1 p.z.p. Przepis ten wymaga jednak, w opinii BCC dopracowania w aspekcie językowym, w szczególności w zakresie drugiej części zdania po słowach „za pośrednictwem platformy”. **Bardziej zrozumiałym i spójnym językowo sformułowaniem, byłoby, sformułowanie:** *„jeżeli zamawiający i wykonawca wyrażą na to zgodę, albo jeżeli do postępowania o udzielenie zamówienia ma zastosowania art. 10a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych.”*. **Przy zastosowaniu zaproponowanego sformułowania nie będzie wątpliwości co do rozdzielnosci obu przesłanek**, z których wystarczy by jedna była spełniona dla wykorzystywania platformy dla wysyłania i odbierania innych ustrukturyzowanych dokumentów elektronicznych.

Co do zasady, pozytywnie należy ocenić proponowaną regulację art. 10 projektu nakładającego na zamawiającego obowiązek założenia konta na platformie służącej do przesyłania faktur elektronicznych. Trafnie przy tym pozostawiono poza regulacją ustawową metodę założenia konta i stosowania platformy, w szczególności w kontekście proponowanych możliwości korzystania z platformy poprzez logowanie za pomocą przeglądarki internetowej (tzw. „wersja web”), przez specjalną aplikację informatyczną instalowaną na urządzeniach zamawiającego (tzw. „wersja aplikacja”) jak i poprzez pełną integrację platformy z systemami informatycznymi zamawiających. Sformułowanie ustawowego obowiązku założenia konta stanowi przy tym minimalny wymóg do korzystania z platformy przez zamawiających i wykonawców, a sam sposób obsługi platformy przez zamawiającego pozostawiony będzie co do zasady do wyboru Zamawiającego i skutkować będzie uzasadnioną elastycznością proponowanej regulacji. Krytycznie należy natomiast

ocenić proponowany termin założenia przez zamawiającego konta na platformie określony jako dzień „przed upływem pierwszego określonego w umowie w sprawie zamówienia publicznego terminu zapłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy, który upływa po dniu 17 kwietnia 2019 r.” ze względu na częstą konieczność wystawiania przez wykonawców faktur w odpowiednim czasie przed terminem płatności (lub termin ten ma nawet wynikać z faktury wystawionej zgodnie z umową). W takim przypadku, w teorii, pierwsza faktura wystawiana przez wykonawcę musiałaby być fakturą w dotychczasowej formie, a dopiero przed upływem terminu jej płatności Zamawiający byłby zobowiązany do założenia konta na platformie. Proponowana regulacja w zupełności pomija również potrzebę i możliwość wystawiania w formie elektronicznej nierzadko stosowanych w obrocie tzw. faktur *pro-forma* określających wysokość i termin płatności zobowiązania, poprzedzających wystawienie „pełnej” faktury, zgodnie z regulacjami ustawy o podatku od towarów i usług. Biorąc to pod uwagę, **BCC proponuje częściową zmianę art. 10 projektu poprzez przeformułowanie tego przepisu na przykład na** „Zamawiający obowiązany jest założyć konto, o którym mowa w art. 6 ust. 3, i rozpocząć korzystanie z platformy, o której mowa w art. 6 ust. 1, przed nadejściem określonego w umowie w sprawie zamówienia publicznego terminu wystawienia przez wykonawcę dokumentu, który może być przesyłany w formie elektronicznej za pośrednictwem platformy, nie później niż przed upływem pierwszego określonego w umowie w sprawie zamówienia publicznego terminu zapłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy, który upływa po dniu 17 kwietnia 2019 r.

Przepisy art. 5 – 7 projektu zawierają dodatkowe elementy jakie musi zawierać ustrukturyzowana faktura elektroniczna oraz przepisy techniczne oraz kompetencyjne dla właściwego ministra dotyczące organizacji i funkcjonowania platformy, za pośrednictwem której faktury mają być odbierane i wysyłane. Mając na uwadze specyficzny rodzaj dokumentu jakim jest dokument elektroniczny, **BCC proponuje modyfikację proponowanego art. 5 poprzez dodanie do niego ust. 2 na przykład o treści** „2. Inne ustrukturyzowane dokumenty elektroniczne, oprócz elementów wymaganych na mocy przepisów szczególnych, zawierają wskazanie umowy o udzielenie zamówienia publicznego, której dotyczą”. Dodanie takiego zastrzeżenia pozwoli na ograniczenie potencjalnych błędów, które mogą występować w szczególności na początkowym etapie stosowania platformy przez zamawiających i wykonawców.

Co do zasady z aprobatą należy odnieść się do proponowanej regulacji art. 8 projektu, ustanawiającej właściwego ministra administratorem danych osobowych i ograniczającej w dopuszczalnym zakresie stosowanie przepisów rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27 kwietnia 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 (ogólne rozporządzenie o ochronie danych). Wskazać jedynie należy, w odniesieniu do proponowanego art. 8 ust. 3 projektu, że ze względu na brak utrwalonej praktyki w stosowaniu RODO oraz brak krajowych przepisów dostosowujących polskie prawo do wymogów RODO, uzasadnione wydaje się wskazanie w jakim celu i na jakiej podstawie wyłączono stosowanie art. 12-22 i art. 34 RODO, w szczególności poprzez wskazanie jednego lub kilku celów określonych w art. 23 ust. 1 RODO. Ponadto, pomimo braku utrwalonej praktyki oraz dostosowujących przepisów krajowych, należy zauważyć, że

proponowane w art. 8 ust. 3 projektu wyłączenie może nie okazać się skuteczne ze względu na brak precyzyjnego wskazania w projekcie informacji wymaganych na podstawie art. 23 ust. 2 RODO.

Źródło regulacji:

Projekt ustawy dotyczy przede wszystkim wdrożenia do polskiego porządku prawnego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/55/UE z 16 kwietnia 2014 r. w sprawie fakturowania elektronicznego w zamówieniach publicznych (Dz. Urz. UE L 133 z 6.05.2014, str. 1). Jak wskazano w uzasadnieniu załączonym do projektu zakres obejmuje również kwestie zaimplementowanych do polskiego systemu prawnego: dyrektywy 2009/81/WE z 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.08.2009, str. 1), dyrektywy 2014/23/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. UE L 94 z 28. 03. 2014, str. 1), dyrektywy 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE. L 94 z 28. 03. 2014, str. 65), dyrektywy 2014/25/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dziennik Urzędowy UE. L 94 z 28. 03. 2014, str. 243).

Kontakt:

dr Łukasz Bernatowicz

ekspert BCC ds. infrastruktury, prawa budowlanego i zamówień publicznych
członek Rady Dialogu Społecznego, członek Rady Zamówień Publicznych
tel. 502 066 619
e-mail: lukasz.bernatowicz@bcc.org.pl

Emil Muciński

rzecznik, Instytut Interwencji Gospodarczych BCC

tel. 602 571 395, 22 58 26 113

e-mail: emil.mucinski@bcc.org.pl; instytut@bcc.org.pl

Business Centre Club istnieje od 1991 roku. Jest prestiżowym Klubem przedsiębiorców i największą w kraju, ustawową organizacją indywidualnych pracodawców. Grupa BCC składa się z Klubu BCC, Związku Pracodawców BCC i Studenckiego Forum BCC. Członkowie BCC zatrudniają ponad 400 tys. pracowników, obroty firm sięgają 20 miliardów złotych. Wśród członków BCC znajdują się największe korporacje krajowe i zagraniczne. Członkami Klubu są także uczelnie wyższe, wydawnictwa, szpitale, prawnicy, dziennikarze, naukowcy, lekarze, wojskowi i studenci. BCC prowadzi działania w blisko 250 miastach i 23 łóżach regionalnych na terenie całej Polski. Koncentruje się na działaniach na rzecz rozwoju gospodarki i pomocy przedsiębiorcom. BCC jest członkiem Rady Dialogu Społecznego. Koordynatorem wszystkich działań BCC jest Marek Goliszewski. Kontakty prasowe: <http://www.bcc.org.pl/Eksperci.244.0.html>

Więcej: <http://www.bcc.org.pl> oraz: <http://www.facebook.com/pages/Business-Centre-Club/301754142096>