

PL

PL

PL



KOMISJA EUROPEJSKA

Bruksela, dnia 27.1.2011
KOM(2011) 15 wersja ostateczna

ZIELONA KSIĘGA

**w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych
W kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień**

SPIS TREŚCI

1.	Na czym polegają przepisy dotyczące zamówień publicznych?.....	6
1.1.	Czynności zakupowe.....	6
1.2.	Zamówienia publiczne	7
1.3.	Nabywcy publiczni.....	11
2.	Ulepszenie pakietu narzędzi dla instytucji zamawiających	13
2.1.	Unowocześnienie procedur	14
2.2.	Specjalne instrumenty dla małych instytucji zamawiających.....	21
2.3.	Współpraca publiczno-publiczna	23
2.4.	Odpowiednie narzędzia do celów agregacji popytu/ wspólne zamówienia.....	25
2.5.	Rozstrzygnięcie wątpliwości związanych z wykonywaniem umowy	27
3.	Zwiększenie dostępności europejskiego rynku zamówień	30
3.1.	Poprawa dostępu MŚP oraz przedsiębiorstw rozpoczynających działalność	30
3.2.	Zapewnienie uczciwej i efektywnej konkurencji.....	33
3.3.	Udzielanie zamówień w przypadku braku konkurencji/ praw wyłącznych.....	36
4.	Strategiczne wykorzystanie zamówień publicznych w odpowiedzi na nowe wyzwania.....	37
4.1.	Obowiązki w zakresie sposobu zakupu jako wsparcie realizacji celów strategii „Europa 2020”.....	39
4.2.	Obowiązki w zakresie przedmiotu zakupu jako wsparcie realizacji celów polityki określonych w strategii „Europa 2020”	46
4.3.	Innowacje	50
4.4.	Usługi społeczne	52
5.	Zapewnienie właściwych procedur	54
5.1.	Zapobieganie konfliktom interesów.....	55
5.2.	Zwalczanie faworyzowania i korupcji	56
5.3.	Wykluczanie „nieodpowiednich” oferentów	57
5.4.	Unikanie nieuczciwej przewagi	59
6.	Dostęp dostawców z państw trzecich do rynku UE.....	60

ZIELONA KSIĘGA

w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych W kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień

W strategii „Europa 2020” na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu¹ przedstawiono wizję europejskiej konkurencyjnej społecznej gospodarki rynkowej w perspektywie kolejnej dekady, uwzględniającej trzy współzależne i wzajemnie uzupełniające się priorytety: rozwój gospodarki opartej na wiedzy i innowacji; wspieranie gospodarki niskoemisyjnej, efektywniej korzystającej z zasobów i konkurencyjnej; wspieranie gospodarki o wysokim poziomie zatrudnienia, zapewniającej spójność społeczną i terytorialną.

Zamówienia publiczne, stanowiąc jedno z narzędzi rynkowych, które powinny służyć do realizacji powyższych celów, są kluczowym elementem strategii „Europa 2020”. W szczególności w strategii „Europa 2020” postuluje się, aby poprzez zamówienia publiczne:

- poprawić warunki ramowe prowadzenia działalności innowacyjnej przez przedsiębiorstwa, przy pełnym wykorzystaniu strategii tworzenia popytu²;
- wspierać przechodzenie na gospodarkę niskoemisyjną i efektywnie korzystającą z zasobów, np. poprzez sprzyjanie szerszemu wykorzystaniu ekologicznych zamówień publicznych; oraz
- poprawić otoczenie biznesu, szczególnie w odniesieniu do MŚP.

W strategii „Europa 2020” podkreśla się ponadto, że polityka zamówień publicznych musi zagwarantować jak najlepsze wykorzystanie środków publicznych, a rynki zamówień publicznych muszą pozostać otwarte dla całej UE. Uzyskanie optymalnych rezultatów zakupów dzięki skutecznym procedurom ma zasadnicze znaczenie w kontekście surowych ograniczeń budżetowych i trudności gospodarczych doświadczanych w wielu państwach członkowskich UE. W obliczu tych wyzwań bardziej niż kiedykolwiek potrzebny jest sprawny i skuteczny europejski rynek zamówień, który może pomóc w realizacji tych ambitnych celów.

Wiele zainteresowanych stron zwróciło uwagę na konieczność przeprowadzenia rewizji unijnego systemu zamówień publicznych w celu zwiększenia jego skuteczności i efektywności. W związku z tym Komisja zapowiedziała w Akcie o jednolitym rynku³, że przeprowadzi szerokie konsultacje w celu przygotowania, najpóźniej na początku 2012 r., wniosków ustawodawczych służących uproszczeniu i aktualizacji europejskiego prawodawstwa dotyczącego zamówień publicznych, aby uelastyczyć udzielanie zamówień

¹ Zob. komunikat Komisji z dnia 3 marca 2010 r., COM(2010) 2020.

² Problematyka ta jest również przedmiotem komunikatu Komisji poświęconego „Unii innowacji” (SEC(2010) 1161), jednej z inicjatyw przewodnich strategii „Europa 2020”, w którym podjęto kwestię strategicznego wykorzystania zamówień publicznych do promowania badań naukowych i innowacji. Wzywa się w nim państwa członkowskie do zarezerwowania części ich budżetów zamówieniowych na badania i innowacje oraz informuje się, że Komisja zapewni wytyczne i mechanizmy wsparcia dla instytucji zamawiających.

³ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: „W kierunku Aktu o jednolitym rynku. W stronę społecznej gospodarki rynkowej o wysokiej konkurencyjności” z dnia 27 października 2010 r., COM(2010) 608.

oraz umożliwić lepsze wykorzystanie zamówień publicznych do wspierania realizacji innych polityk.

Obecna generacja dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, a mianowicie dyrektywy 2004/17/WE⁴ oraz 2004/18/WE⁵, stanowi ostatni etap długiego procesu ewolucji prawa, który rozpoczął się w 1971 r. wraz z przyjęciem dyrektywy 71/305/EWG⁶. Głównym celem wspomnianych dyrektyw jest zapewnienie wykonawcom możliwości korzystania w pełni z podstawowych swobód w dziedzinie zamówień publicznych poprzez zagwarantowanie przejrzystych i niedyskryminacyjnych procedur. W obecnych dyrektywach wymienia się również szereg celów dotyczących uwzględnienia w ich ramach innych polityk, takich jak ochrona środowiska, kwestie społeczne⁷ czy walka z korupcją⁸.

Zważywszy na kluczową rolę zamówień publicznych w podejmowaniu dzisiejszych wyzwań, należy unowocześnić istniejące narzędzia i metody w celu ich lepszego dopasowania pod kątem zmieniającej się sytuacji politycznej, społecznej i gospodarczej. Do osiągnięcia jest kilka celów uzupełniających.

Cel pierwszy to poprawa skuteczności wydatków publicznych. Z jednej strony obejmuje to poszukiwanie możliwie najlepszych rezultatów zakupów (najlepsza relacja ceny do jakości). Aby osiągnąć ten cel, kluczowe jest stworzenie jak największej konkurencji w odniesieniu do zamówień publicznych udzielanych na rynku wewnętrznym. Należy zapewnić oferentom możliwość konkurowania w oparciu o równe szanse oraz zapobiec zakłóceniom konkurencji. Ponadto niezbędne jest zwiększenie skuteczności samego procesu udzielania zamówień: usprawnienie procedur z uwzględnieniem ukierunkowanych środków upraszczających w odpowiedzi na szczególne potrzeby małych instytucji zamawiających mogłoby pomóc nabywcom publicznym w uzyskaniu możliwie najlepszych rezultatów zakupów przy możliwie najmniejszych nakładach, jeśli chodzi o czas i środki publiczne. Skuteczniejsze procedury będą korzystne dla wszystkich wykonawców i ułatwią uczestnictwo zarówno MŚP, jak i oferentom transgranicznym. Uczestnictwo transgraniczne w unijnych procedurach udzielania zamówień publicznych pozostaje faktycznie na niskim poziomie⁹. Jeśli porównać

⁴ Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. L 134 z 30.4.2004, s.1). Dyrektywa ostatnio zmieniona rozporządzeniem Komisji (WE) nr 1177/2009 z dnia 30 listopada 2009 r. zmieniającym dyrektywy 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień (Dz.U. L 314 z 1.12.2009, s. 64).

⁵ Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134 z 30.4.2004, s. 114). Dyrektywa ostatnio zmieniona rozporządzeniem Komisji (WE) nr 1177/2009. W dalszej części dokumentu za punkt wyjściowy przyjmuje się przepisy dyrektywy 2004/18/WE; o ile jednak nie wskazano wyraźnie inaczej, należy rozumieć, że tekst odnosi się również (*mutatis mutandis*) do odpowiednich przepisów dyrektywy 2004/17/WE. Termin „instytucja zamawiająca” można zatem rozumieć jako odnoszący się zarówno do organów, których zamówienia podlegają dyrektywie 2004/18/WE, jak i do „podmiotów zamawiających” objętych dyrektywą 2004/17/WE.

⁶ Dyrektywa 71/305/EWG z dnia 26 lipca 1971 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 185 z 16.8.1971, s. 5).

⁷ Zob. motywy 5 i 46 dyrektywy 2004/18/WE oraz motywy 12 i 55 dyrektywy 2004/17/WE.

⁸ Zob. motyw 43 dyrektywy 2004/18/WE i odpowiadający mu motyw 40 dyrektywy 2004/17/WE.

⁹ Zgodnie z niedawnymi badaniami, jedynie 1,6 % zamówień publicznych udzielanych jest podmiotom z innych państw członkowskich. Pośrednie uczestnictwo transgraniczne – poprzez filie spółek bądź partnerów ulokowanych w państwie członkowskim instytucji zamawiającej – występuje częściej.

tę sytuację z sektorem prywatnym, widać, że istnieje nadal znaczący potencjał, który można wykorzystać. Wspomniany cel dotyczący zwiększenia skuteczności zamówień publicznych jest przedmiotem pytań zawartych głównie w części 2 (ulepszenie pakietu narzędzi dla instytucji zamawiających) oraz w części 3 (zwiększenie dostępności europejskiego rynku zamówień) zielonej księgi.

Kolejnym celem uzupełniającym jest umożliwienie lepszego wykorzystania zamówień publicznych przez zamawiających do wspierania wspólnych celów społecznych: obejmuje to ochronę środowiska, bardziej efektywne gospodarowanie zasobami i większą efektywność energetyczną, przeciwdziałanie zmianom klimatu, promowanie innowacji i włączenia społecznego, a także zapewnienie możliwie najlepszych warunków dla świadczenia wysokiej jakości usług publicznych. Realizacja tego celu może również przyczynić się do osiągnięcia celu pierwszego, tj. poprawy skuteczności wydatków publicznych, m.in. dzięki przesunięciu nacisku z najniższej ceny początkowej na najniższy koszt cyklu życia¹⁰. Kwestie związane z tym celem zostały omówione w części 4 zielonej księgi (strategiczne wykorzystanie zamówień publicznych).

Dalszy rozwój prawa UE w zakresie zamówień publicznych mógłby również przyczynić się do rozwiązania istotnych kwestii, które nie zostały jak dotąd należycie podjęte, takich jak zapobieganie zjawiskom korupcji i faworyzowania oraz ich zwalczanie (część 5) czy sposób poprawy dostępu przedsiębiorstw europejskich do rynków państw trzecich (część 6). Ponadto przegląd ram legislacyjnych może być okazją do przeanalizowania, czy nie należałoby doprecyzować niektórych podstawowych pojęć i koncepcji, aby zapewnić instytucjom zamawiającym i przedsiębiorstwom większą pewność prawną (część 1). W tym kontekście przegląd ten może być w pewnym stopniu okazją do zwiększenia konwergencji między zasadami pomocy państwa i przepisami dotyczącymi zamówień publicznych.

Zielona księga odzwierciedla szereg pomysłów dotyczących tego, w jaki sposób można lepiej osiągnąć różnorodne cele. Należy jednak zdawać sobie sprawę z możliwości wystąpienia konfliktów pomiędzy różnymi celami (np. uproszczenie procedur a uwzględnienie celów innych polityk). Te różne cele przekładają się czasami na warianty polityki, które mogą zmierzać w różnych kierunkach, co będzie wymagać dokonania przemyślanego wyboru na późniejszym etapie.

Ponadto zakres możliwych zmian legislacyjnych nie jest nieograniczony. Zmiany legislacyjne będą musiały być spójne z międzynarodowymi zobowiązaniami UE bądź mogą wymagać podjęcia odpowiednich negocjacji ze wszystkimi zainteresowanymi partnerami w sprawie ewentualnych żądań dotyczących rekompensat. Wspomniane zobowiązania, określone w porozumieniu wielostronnym¹¹ oraz w siedmiu umowach dwustronnych¹², mogą mieć zatem skutek ograniczający zakres ewentualnych poprawek przepisów. Odnosi się to zwłaszcza do progów stosowania przepisów UE dotyczących zamówień publicznych, definicji zakupów i

Niemniej jednak wskaźnik pośredniego uczestnictwa transgranicznego jest również stosunkowo niski (11 %).

¹⁰ Klasyczny przykład to niepodejmowanie opłacalnych inwestycji w zakresie efektywności energetycznej z uwagi na fakt, iż wydatki inwestycyjne oraz operacyjne są zarządzane oddzielnie w ramach różnych procedur budżetowych.

¹¹ Porozumienie w sprawie zamówień publicznych (GPA) w ramach WTO, zob. http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/international_en.htm.

¹² Informacje na temat umów dwustronnych: <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/bilateral-relations/>.

nabywców publicznych, a także pewnych kwestii proceduralnych, m.in. kwestii dotyczących specyfikacji technicznych oraz terminów.

Bieżąca konsultacja nie dotyczy tematu koncesji; były one przedmiotem wcześniejszych odrębnych konsultacji i oceny skutków. Intencją Komisji jest zaproponowanie przepisów mających na celu zwiększenie pewności prawnej dla instytucji zamawiających oraz wykonawców na poziomie regionalnym i lokalnym w całej Europie, jak również ułatwienie rozwoju partnerstw publiczno-prywatnych. Kwestie dotyczące e-zamówień zostały omówione w odrębnej zielonej księdze, która została opublikowana w dniu 18 października 2010 r.¹³

Równoległe z przygotowaniem niniejszej zielonej księgi Komisja rozpoczyna kompleksową ocenę unijnej polityki zamówień publicznych w zakresie jej oddziaływania i efektywności pod względem kosztów. W ramach tej oceny zebrane zostaną rynkowe dowody dotyczące funkcjonowania aktualnych przepisów w zakresie zamówień, aby zapewnić praktyczny wgląd w obszary, które wymagają usprawnienia. Wyniki tego nowego badania zostaną podane do wiadomości publicznej latem 2011 r.

Uwagi zainteresowanych stron do niniejszej zielonej księgi, wraz z wynikami wspomnianej oceny, będą stymulowały debatę na temat przyszłej reformy przepisów UE w zakresie zamówień publicznych, czego rezultatem będzie przedstawienie wniosku dotyczącego zmian ustawodawczych.

1. NA CZYM POLEGAJĄ PRZEPISY DOTYCZĄCE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH?

Wydatkując środki publiczne, nabywcy publiczni muszą uwzględniać inne potencjalne korzyści niż te, które biorą pod uwagę przedstawiciele sektora prywatnego, zagrożeni stratami, a nawet upadłością, i pozostający pod bezpośrednim wpływem sił rynkowych.

Z powyższych względów przepisy dotyczące zamówień publicznych przewidują szczegółowe procedury udzielania zamówień, aby umożliwić dokonywanie zakupów publicznych w najbardziej racjonalny, przejrzysty i uczciwy sposób. Aby zrekompensować ewentualny brak dyscypliny handlowej w zakupach publicznych oraz chronić przed stosowaniem kosztownych preferencji na korzyść krajowych bądź lokalnych wykonawców, wprowadza się środki zabezpieczające.

W związku z tym regulacje europejskie mają zastosowanie do wszystkich zamówień publicznych, które są przedmiotem potencjalnego zainteresowania podmiotów działających na rynku wewnętrznym, zapewniając równy dostęp i uczciwą konkurencję w odniesieniu do zamówień publicznych udzielanych w ramach europejskiego rynku zamówień.

1.1. Czynności zakupowe

Celem przepisów dotyczących zamówień publicznych jest zasadniczo regulowanie czynności zakupowych instytucji zamawiających. Zakres stosowania dyrektyw UE w sprawie zamówień publicznych nie jest jednak wyraźnie ograniczony do zakupów dotyczących określonych potrzeb instytucji zamawiającej¹⁴. Wywołało to debatę dotyczącą zastosowania dyrektyw w

¹³ Zielona księga w sprawie szerszego stosowania e-zamówień w UE, SEC (2010) 1214 z 18.10.2010 r.

¹⁴ Zob. wyrok z dnia 18 listopada 2004 r. w sprawie C-126/03, *Komisja przeciwko Niemcom*, pkt 18.

sytuacjach, gdy instytucje publiczne zawierają umowy, które ustanawiają prawnie wiążące obowiązki do celów niezwiązanych z ich własnymi potrzebami zakupowymi.

Dotyczy to, przykładowo, przypadków, w których umowa o udzieleniu dotacji na świadczenie pomocy obejmuje prawnie wiążący obowiązek świadczenia określonych usług przez beneficjenta. Tego rodzaju obowiązki są zazwyczaj ustanawiane w celu zapewnienia właściwego wykorzystania funduszy publicznych; nie mają one na celu zaspokojenia potrzeb zamówieniowych instytucji publicznej przyznającej pomoc.

Organy państw członkowskich oraz inne zainteresowane strony skarżą się na brak pewności prawnej, jeśli chodzi o zakres stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych w takich sytuacjach, i poprosiły o wyjaśnienie intencji tych przepisów. W swoim najnowszym orzecznictwie Trybunał stwierdził, iż pojęcie zamówień publicznych wymaga, aby roboty budowlane, dostawy lub usługi, które są przedmiotem zamówienia, były realizowane dla *bezpośredniego przysporzenia gospodarczego* instytucji zamawiającej¹⁵.

Pytanie:

1. Czy uważają Państwo, że zakres stosowania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych powinien być ograniczony do czynności zakupowych? Czy tego rodzaju ewentualne ograniczenie powinno po prostu usankcjonować kryterium bezpośredniego przysporzenia gospodarczego rozwinięte przez Trybunał, czy też powinno ono przewidywać dodatkowe/alternatywne warunki i pojęcia?

1.2. Zamówienia publiczne

Obecna klasyfikacja zamówień publicznych – wyróżniająca roboty budowlane, dostawy i usługi – jest częściowo wynikiem historycznego rozwoju. Konieczność zaklasyfikowania zamówień publicznych do jednej z tych kategorii na samym początku procesu może przysporzyć trudności, na przykład w przypadku zamówień na zakup aplikacji informatycznych, które można uznać za zamówienia albo na dostawy, albo na usługi, w zależności od okoliczności. Dyrektywa 2004/18/WE zawiera specjalne reguły dotyczące zamówień mieszanych, które zostały następnie rozwinięte w ramach orzecznictwa. W opinii Trybunału, w przypadku gdy zamówienie obejmuje elementy odnoszące się do różnych typów, przepisy mające zastosowanie należy ustalić poprzez określenie głównego celu zamówienia.

Niektórych z tych problemów można by uniknąć poprzez uproszczenie obecnej struktury przepisów. Można wyobrazić sobie na przykład określenie tylko dwóch typów zamówień publicznych, jak ma to miejsce w przypadku systemu GPA, w którym wyróżnia się jedynie dostawy i usługi, natomiast roboty budowlane uważa się za formę usług („zamówienie na usługi budowlane”). Można również rozważyć ewentualność wykorzystania ujednoczonego pojęcia zamówienia publicznego i stosowania rozróżnienia według przedmiotu zamówienia tylko w przypadkach, gdy jest to ściśle konieczne (na przykład w ramach przepisów dotyczących progów).

Pytanie:

¹⁵ Wyroki: z dnia 25 marca 2010 r. w sprawie C-451/08, *Helmut Müller GmbH*, pkt 47-54; oraz z dnia 15 lipca 2010 r., *Komisja przeciwko Niemcom*, pkt 75.

2. Czy uważają Państwo za właściwą obecną strukturę zakresu przedmiotowego przepisów z jej podziałem na roboty budowlane, dostawy i usługi? Jeśli nie, to jaką alternatywną strukturę zaproponowałiby Państwo?

Niezależnie od ewentualnego przeformułowania typów zamówień konieczne może być dokonanie rewizji i uproszczenia aktualnych definicji różnych typów zamówień.

Dotyczy to w szczególności definicji „zamówień publicznych na roboty budowlane”, określonej w art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE, zawierającej trzy alternatywne warunki, które są skomplikowane i które się częściowo pokrywają. Pojęcie zamówienia publicznego na roboty budowlane obejmuje: wykonanie, albo zarówno zaprojektowanie, jak i wykonanie, określonych robót budowlanych, których rodzaje wymieniono w załączniku do dyrektywy; wykonanie, albo zarówno zaprojektowanie, jak i wykonanie, obiektu budowlanego zdefiniowanego w art. 1 ust. 2 lit. b) dyrektywy; i wreszcie „realizację, za pomocą dowolnych środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą”. Ten ostatni warunek dodano, aby upewnić się, że przedmiotowa definicja obejmuje przypadki, w których roboty budowlane nie są realizowane przez samego wykonawcę, lecz przez osoby trzecie działające w imieniu wykonawcy.

Można rozważyć uproszczenie definicji poprzez zastąpienie obecnej struktury dużo prostszym i jaśniejszym zestawem warunków obejmujących wszystkie rodzaje działalności budowlanej, niezależnie od ich charakteru i celu, z uwzględnieniem działalności związanej z realizacją określonych robót budowlanych, w tym przez osoby trzecie.

Pytanie:

3. Czy uważają Państwo, że należy dokonać rewizji i uproszczenia definicji „zamówienia na roboty budowlane”? Jeśli tak, czy sugerowałiby Państwo rezygnację z odniesienia do szczegółowego wykazu załączonego do dyrektywy? Jakie elementy zawierałaby proponowana przez Państwa definicja?

Usługi typu A/B

Jeszcze poważniejszą kwestię stanowi zakres objęcia przepisami zamówień na usługi.

W obecnych dyrektywach dokonuje się rozróżnienia między tzw. „usługami typu A”¹⁶ oraz „usługami typu B”¹⁷. O ile usługi typu A podlegają pełnym procedurom określonym w dyrektywach, o tyle w przypadku udzielania zamówień na usługi typu B należy jedynie przestrzegać przepisów dotyczących specyfikacji technicznych oraz przesyłania ogłoszeń o wynikach procedury udzielania zamówienia¹⁸. Jednak zgodnie z orzecznictwem ETS, instytucje zamawiające udzielające zamówień na usługi typu B muszą przestrzegać podstawowych reguł prawa pierwotnego UE, w szczególności zasad niedyskryminacji, równego traktowania i przejrzystości, jeżeli przedmiotowe zamówienia stanowią przedmiot zainteresowania transgranicznego¹⁹. Pociąga to za sobą obowiązek zapewnienia

¹⁶ Usługi wymienione w załączniku II A do dyrektywy 2004/18/WE lub załączniku XVII A do dyrektywy 2004/17/WE.

¹⁷ Usługi wymienione w załączniku II B do dyrektywy 2004/18/WE lub załączniku XVII B do dyrektywy 2004/17/WE.

¹⁸ Zob. art. 20 i 21 dyrektywy 2004/18/WE oraz art. 31 i 32 dyrektywy 2004/17/WE.

¹⁹ Zob. wyrok z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie C-507/03, *Komisja przeciwko Irlandii*, pkt 24-31.

odpowiedniego poziomu informacji, aby umożliwić zainteresowanym wykonawcom z innych państw członkowskich podjęcie decyzji dotyczącej wyrażenia zainteresowania zamówieniem.

Pierwotną intencją prawodawcy było ograniczenie pełnego stosowania dyrektywy, w okresie przejściowym, do pewnych określonych zamówień na usługi, które zdawały się przedstawiać rosnący potencjał, jeśli chodzi o handel transgraniczny²⁰. Należy mieć świadomość, że w kontekście otwartego charakteru wykazu „usług typu B” (zob. kategoria 27 „Inne usługi”), pełne stosowanie dyrektywy w odniesieniu do usług jest faktycznie wyjątkiem, natomiast zasadę stanowi traktowanie ich jako „usług typu B”.

Istnieją pewne obawy, czy taka sytuacja jest właściwa w świetle ekonomicznego i prawnego rozwoju rynku wewnętrznego. W przypadku niektórych usług wymienionych jednoznacznie w wykazie „B”, takich jak usługi transportu wodnego, usługi hotelarskie, usługi rekrutacji i pozyskiwania personelu czy usługi bezpieczeństwa, trudno jest w rzeczywistości przyjąć, że stanowią one w mniejszym stopniu przedmiot zainteresowania transgranicznego niż usługi wskazane w wykazie „A”.

Ponadto rozróżnienie między usługami „A” i „B” jest źródłem trudności i możliwych błędów, jeśli chodzi o stosowanie przepisów. Tak jak w przypadku klasyfikacji zamówień, występują problemy dotyczące sytuacji wątpliwych i zamówień mieszanych²¹. Poza tym tego rodzaju rozróżnienie nie występuje w większości systemów partnerów handlowych. Obecna sytuacja prawna utrudnia zatem uzyskanie dalszych zobowiązań w zakresie otwarcia rynków ze strony naszych partnerów handlowych, ponieważ UE nie jest w stanie zaoferować wzajemności, zwłaszcza w przypadku usług, które zyskały istotne znaczenie z punktu widzenia rynku wewnętrznego i handlu transgranicznego.

Najbardziej naturalnym rozwiązaniem byłoby usunięcie rozróżnienia między obecnymi usługami „B” i „A” oraz zastosowanie standardowych uregulowań w odniesieniu do wszystkich zamówień na usługi²². Korzyścią takiego rozwiązania byłoby uproszczenie obowiązujących przepisów. Jeżeli obecne konsultacje wykażą, że konieczne jest uproszczenie zasadniczych uregulowań, tego rodzaju uproszczenie mogłoby również ułatwić zniesienie obecnych specjalnych uregulowań w odniesieniu do usług typu B.

Pytania:

4. Czy uważają Państwo, że należy zrewidować zróżnicowane podejście do usług typu A i B?
5. Czy sądzą Państwo, że dyrektywy w sprawie zamówień publicznych powinny mieć zastosowanie do wszystkich usług w oparciu o ewentualnie bardziej elastyczne standardowe uregulowania? Jeśli nie, proszę wskazać usługi, które powinny być nadal objęte aktualnie obowiązującymi uregulowaniami dla usług typu B, a także przedstawić uzasadnienie.

Progi

²⁰ Zob. motyw 19 dyrektywy 2004/18/WE.

²¹ Zob. art. 22 dyrektywy 2004/18/WE.

²² Kwestię usług społecznych omówiono w sekcji 4.4 poniżej.

Niektóre zainteresowane strony uważają obecnie, że progi określone w dyrektywach są zbyt niskie i domagają się ich podniesienia na podstawie tego, iż zainteresowanie transgraniczne uznaje się za zbyt ograniczone, aby uzasadnić obciążenia administracyjne związane z procedurą udzielania zamówienia w przypadku zamówień o stosunkowo niskiej wartości objętych aktualnie zakresem dyrektyw.

Skutkiem podniesienia progów byłoby jednak zwolnienie większej liczby zamówień z wymogu publikacji ogłoszenia o zamówieniu na poziomie UE, co zmniejszyłoby możliwości biznesowe dla przedsiębiorstw w całej Europie.

W każdym razie trzeba zauważyć, że wszelkie przyjęte przez UE zobowiązania międzynarodowe uwzględniają wartości progowe, które zostały ustalone na dokładnie takim samym poziomie jak w obecnych dyrektywach, z wyjątkiem tzw. „usług typu B” (a w szczególności usług społecznych)²³. Wspomniane progi determinują możliwości dostępu do rynku i stanowią jeden z najważniejszych elementów tych wszystkich porozumień. Jakikolwiek podniesienie progów obowiązujących w UE oznaczałoby automatycznie odpowiednie podwyższenie progów we wszystkich umowach zawartych przez UE (co oznacza nie tylko porozumienie GPA, lecz także wszelkie inne umowy międzynarodowe). Taka sytuacja mogłaby z kolei wywołać żądania dotyczące rekompensat ze strony naszych partnerów. Ich wartość mogłaby być dość poważna.

Pytanie:

6. Czy postulowałoby Państwo podniesienie progów dotyczących stosowania dyrektyw UE pomimo faktu, iż pociągałoby to ze sobą opisane wyżej skutki na szczeblu międzynarodowym?

Wyłączenia

Sekcja dotycząca „zamówień objętych wyłączeniem” w dyrektywie 2004/18/WE²⁴ ma dość różnorodny charakter: niektóre wyłączenia oparte są na wyjątkach/ograniczeniach dotyczących zakresu obowiązywania Traktatu (art. 14) bądź na aspektach zachowania spójności z międzynarodowym porządkiem prawnym (art. 15) lub innymi rozwiązaniami prawnymi (art. 16 lit. c) i e)), podczas gdy inne wyłączenia są rezultatem wyborów politycznych (art. 16 lit. a), b), d), f), art. 17). Utrudnia to zastosowanie kompleksowej koncepcji podczas oceny konieczności rewizji tych przepisów. Rewizja tych wyłączeń musi być w każdym razie rozpatrywana w świetle zobowiązań międzynarodowych Europy, które odzwierciedlają obecnie wyjątki i derogacje zawarte w dyrektywach. Z tego punktu widzenia wprowadzenie jakiegokolwiek nowego wyłączenia byłoby z pewnością sprawą budzącą wątpliwości. Zobowiązania międzynarodowe pozostawiają jednak miejsce na aktualizację bądź doprecyzowanie treści oraz postaci wyłączeń. Można również rozważyć rezygnację z wyłączeń, które mogą nie być już potrzebne z uwagi na rozwój sytuacji prawnej, politycznej lub gospodarczej.

Pytania:

²³ Kwestię usług społecznych omówiono w sekcji 4.4 poniżej.

²⁴ Art. 12–18 dyrektywy 2004/18/WE.

- | | |
|----|--|
| 7. | Czy uważają Państwo za właściwe aktualne przepisy dotyczące zamówień objętych wyłączeniem? Czy uważają Państwo, że konieczne jest przeformułowanie stosownej sekcji bądź doprecyzowanie poszczególnych wyłączeń? |
| 8. | Czy uważają Państwo, że należy znieść, ponownie rozważyć bądź zaktualizować niektóre wyłączenia? Jeśli tak, to które? Co by Państwo proponowali? |

1.3. Nabywcy publiczni

Zamówienia udzielane przez podmioty należące do sfery publicznej

Dyrektywa 2004/18/WE ma zastosowanie do zamówień udzielanych przez państwo (na wszystkich jego szczeblach), jednostki samorządu terytorialnego oraz podmioty prawa publicznego, a także związki złożone z co najmniej jednej takiej jednostki lub jednego takiego podmiotu²⁵.

O ile pojęcia „państwa” oraz „jednostek samorządu terytorialnego” są stosunkowo jasne, to pojęcie „podmiotów prawa publicznego” jest bardziej złożone. Ma ono w zamierzeniu obejmować organizacje niezależne pod względem prawnym, które są ściśle powiązane z państwem oraz działają zasadniczo jak podmioty państwowe. Przykłady to nadawcy publiczni, uniwersytety, fundusze ubezpieczeń zdrowotnych czy przedsiębiorstwa komunalne.

Definicja zawarta w dyrektywie 2004/18/WE była przedmiotem całej serii wyroków ETS. W świetle tego orzecznictwa warunki można streścić w następujący sposób:

- (1) Podmiot został ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego.
- (2) Posiada swoją osobowość prawną (na podstawie prawa prywatnego lub publicznego).
- (3) Jest ściśle uzależniony, jeśli chodzi o finansowanie, zarząd bądź nadzór, od państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub innych podmiotów prawa publicznego (zob. dokładne warunki w art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. c)).

Właściwe zastosowanie tych elementów wymaga przeprowadzenia każdorazowo szczegółowej analizy uwzględniającej czynniki takie jak poziom konkurencji na danym rynku oraz ocenę, czy podmiot prowadzi działalność w celach zarobkowych i czy pokrywa straty oraz ponosi ryzyko związane z jego działalnością.

Pytanie:

- | | |
|----|---|
| 9. | Czy uważają Państwo za właściwe obecne podejście do kwestii definicji nabywców publicznych? W szczególności czy uważają Państwo, że należy doprecyzować i zaktualizować pojęcie „podmiotu prawa publicznego” w świetle orzecznictwa ETS? Jeśli tak, to jaki rodzaj aktualizacji uznaliby Państwo za właściwy? |
|----|---|

Usługi użyteczności publicznej

²⁵ Jeśli chodzi o podmioty zobowiązane do stosowania dyrektywy 2004/17/WE, zob. pkt 7 poniżej.

W ramach obowiązującego systemu zamówień publicznych kwestie dotyczące udzielania zamówień w sektorach wodnym, energetycznym, transportowym i pocztowym reguluje specjalna dyrektywa 2004/17/WE. Wspomniane sektory mają wiele cech wspólnych: są to branże sieciowe, tzn. obejmujące korzystanie z fizycznych lub „wirtualnych” sieci (np. rurociągów, sieci elektrycznych, infrastruktury pocztowej, linii kolejowych itp.), bądź prowadzące eksploatację obszarów geograficznych, zazwyczaj na zasadzie wyłączności, w celu zapewnienia terminali lub w celu poszukiwania oraz wydobycia minerałów (ropy naftowej, gazu, węgla itp.).

Kolejną cechą tych sektorów jest to, że przedmiotowe rodzaje działalności prowadzone są nie tylko przez organy publiczne, lecz także – a w niektórych państwach członkowskich przede wszystkim – przez firmy komercyjne, którymi mogą być przedsiębiorstwa państwowe bądź spółki prywatne działające na podstawie praw specjalnych lub wyłącznych. Głównym powodem objęcia wspomnianych sektorów przepisami zamówień publicznych był zamknięty charakter rynków, na których działają te podmioty, ze względu na istnienie praw specjalnych lub wyłącznych przyznawanych przez państwa członkowskie w zakresie zaopatrywania, zapewniania lub obsługi sieci służących do świadczenia danych usług. Rozszerzenie zakresu regulacji dotyczących zamówień publicznych w celu objęcia publicznymi i prywatnymi (komercyjnymi) podmiotów sektorowych uznano za konieczne z uwagi na różnorodność sposobów, w jakie organy krajowe mogą wpływać na zachowania tych jednostek, w tym poprzez możliwość przyznania (lub nieprzyznania) praw specjalnych lub wyłącznych, bądź poprzez zaangażowanie kapitałowe oraz obecność w ich organach administracyjnych, zarządzających lub nadzorczych.

Inaczej mówiąc, z uwagi na brak dostatecznej presji konkurencyjnej uznano, że konieczne jest wprowadzenie uregulowań polegających na zastosowaniu reguł proceduralnych określonych w dyrektywie sektorowej, aby zapewnić udzielanie zamówień na potrzeby przedmiotowych rodzajów działalności w sposób przejrzysty i niedyskryminacyjny. Obawiano się, że w przypadku braku specjalnych przepisów na decyzje dotyczące zamówień podejmowane przez podmioty sektorowe mogłyby wpływać praktyki faworyzowania, preferencje lokalne lub inne czynniki.

Od tamtej pory wiele z tych sektorów zliberalizowano na poziomie unijnym lub krajowym (np. jeśli chodzi o branżę elektroenergetyczną i gazową, poszukiwanie i wydobycie węglowodorów, usługi pocztowe itp.) Doświadczenie pokazuje jednak, że „liberalizacja”, tzn. proces mający na celu zapewnienie swobodnego dostępu do danego rodzaju działalności, niekoniecznie automatycznie prowadzi do silnej konkurencji – „podmioty o ugruntowanej pozycji” zachowują często bardzo znaczące udziały w rynku, a w niektórych państwach członkowskich obecność przedsiębiorstw będących w posiadaniu państwa może również zakłócać funkcjonowanie rynku.

Obecna dyrektywa zawiera przepis, mianowicie art. 30, który umożliwia Komisji zwolnienie niektórych zamówień z zakresu stosowania dyrektywy, jeżeli poziom konkurencji (na rynkach, do których dostęp nie jest ograniczony) sprawia, że presja konkurencyjna zagwarantuje niezbędną przejrzystość i niedyskryminację w przypadku zamówień związanych z prowadzeniem takiej działalności. Do tej pory Komisja przyjęła szesnaście tego rodzaju decyzji dotyczących dziewięciu różnych państw członkowskich, a jeden wniosek został wycofany. Branże, których dotyczyły jak dotąd te decyzje, to: sektor elektroenergetyczny (produkcja i sprzedaż), sektor gazowy (sprzedaż), sektory ropy naftowej i gazu (ziemnego), a także różne gałęzie sektora pocztowego (w szczególności logistyka, usługi w zakresie paczek i usługi finansowe).

Ostatni punkt, jaki należy rozpatrzyć, to fakt, iż coraz więcej podmiotów prywatnych uzyskuje prawo do prowadzenia działalności w rezultacie przeprowadzenia otwartych i przejrzystych procedur, a tym samym nie posiadają one praw specjalnych lub wyłącznych w rozumieniu dyrektywy.

Należy również zauważyć, że pełny zakres dyrektywy sektorowej został usankcjonowany na poziomie międzynarodowym, w ramach GPA albo w umowach dwustronnych. Ewentualne ograniczenia zakresu mogłyby spowodować modyfikację zobowiązań międzynarodowych podjętych przez UE, co mogłoby prowadzić do żądań dotyczących rekompensat.

Pytania:

10. Czy uważają Państwo, że potrzebne są nadal regulacje UE dotyczące zamówień publicznych w odniesieniu do tych sektorów? Proszę uzasadnić swoją odpowiedź.
- 10.1. Jeśli tak, to: czy niektóre sektory, które są obecnie objęte zakresem, powinny zostać wyłączone, czy też przeciwnie należy objąć przepisami również inne sektory? Proszę wyjaśnić, które sektory powinny zostać objęte, oraz uzasadnić swoją odpowiedź.
11. Zakres stosowania dyrektywy jest obecnie określony w oparciu o rodzaje działalności, jaką prowadzą dane podmioty, ich status prawny (publiczne bądź prywatne) oraz, jeżeli są to podmioty prywatne, istnienie bądź brak praw specjalnych lub wyłącznych. Czy uważają Państwo powyższe kryteria za właściwe czy też należy zastosować inne kryteria? Proszę uzasadnić swoją odpowiedź.
12. Czy można przyjąć, że zorientowany na osiągnięcie zysku lub komercyjny charakter spółek prywatnych wystarcza do zagwarantowania obiektywnego i uczciwego procesu udzielania zamówień przez te podmioty (nawet jeżeli działają one na podstawie praw specjalnych lub wyłącznych)?
13. Czy obecny przepis zawarty w art. 30 dyrektywy jest efektywnym sposobem dostosowywania zakresu obowiązywania dyrektywy do zmieniających się modeli regulacji i konkurencji na odpowiednich (krajowych i branżowych) rynkach?

2. ULEPSZENIE PAKIETU NARZĘDZI DLA INSTYTUCJI ZAMAWIAJĄCYCH

Instytucje zamawiające skarżą się czasem, iż instrumenty regulacyjne przewidziane w przepisach UE nie są w pełni dostosowane do ich potrzeb zakupowych. W szczególności twierdzą, że potrzebne są prostsze i bardziej elastyczne procedury. Uważają ponadto, iż w niektórych przypadkach zastosowanie pełnego zestawu przepisów nie jest wykonalne (zwłaszcza w przypadku zamówień udzielanych przez bardzo małe instytucje zamawiające), natomiast inne sytuacje (pewne formy współpracy publiczno-publicznej) należy całkowicie zwolnić z obowiązku stosowania przedmiotowych przepisów. Istnieją także obszary zakupów publicznych, w przypadku których instrumenty przewidziane w unijnych przepisach dotyczących zamówień mogą nie być wystarczające (wspólne zamówienia, szczególne problemy pojawiające się po udzieleniu zamówienia).

Wątpliwości te zostaną omówione w poniższej sekcji. Z uwag przekazywanych przez wykonawców wynika jasno, że w przepisach UE muszą być zapisane pewne podstawowe wymogi gwarantujące równe szanse na poziomie europejskim oraz że niektóre bardziej szczegółowe przepisy obecnych dyrektyw należy poddać rewizji. Trzeba jednak zauważyć, że

odchudzenie przepisów UE podlegać będzie pewnym ograniczeniom. Szereg wymogów proceduralnych wynika bezpośrednio z GPA i umów dwustronnych podpisanych przez UE, np. terminy dotyczące poszczególnych procedur, warunki zastosowania procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia, czy publikacja ogłoszeń o udzieleniu zamówienia. Eliminacja lub zmiana tych wymogów nie będzie możliwa bez renegeacji zobowiązań międzynarodowych UE. Należy również mieć na uwadze, iż uzupełnieniem przepisów UE są znaczące korpusy przepisów na poziomie krajowym lub regionalnym. Regulacje uchylone na poziomie UE mogą zostać zastąpione przepisami na innych szczeblach, co może stworzyć ryzyko większego zróżnicowania ustawodawstwa krajowego i ewentualnego „połączenia regulacji” na szczeblu krajowym²⁶. Wszelkie zmiany reguł proceduralnych będą również musiały zostać przeanalizowane pod kątem realizacji celu w zakresie zapewnienia możliwie największej konwergencji między prawem zamówień publicznych a innymi obszarami prawa UE, takim jak kontrola pomocy państwa.

Pytania:

14. Czy uważają Państwo, że obecny poziom szczegółowości przepisów UE dotyczących zamówień publicznych jest właściwy? Jeśli nie, czy są one zbyt szczegółowe czy też niedostatecznie szczegółowe?

2.1. Unowocześnienie procedur

Jednym z głównych tematów debaty publicznej jest kwestia, czy procedury przewidziane w dyrektywach odpowiadają w dalszym ciągu potrzebom instytucji zamawiających i wykonawców, czy też należy je zmodyfikować (i jeśli tak, to w jaki sposób), szczególnie w celu zmniejszenia stopnia złożoności i obciążeń administracyjnych, przy jednoczesnym zapewnieniu uczciwej konkurencji w zakresie zamówień publicznych oraz optymalnych rezultatów zakupów.

Procedury ogólne

Aktualne dyrektywy przewidują szeroki zakres narzędzi i procedur. Zarówno dyrektywa 2004/17/WE, jak i dyrektywa 2004/18/WE pozostawiają zamawiającym swobodę wyboru między procedurą otwartą²⁷ a procedurą ograniczoną²⁸. Sytuacja wygląda nieco inaczej, jeśli chodzi o procedurę negocjacyjną z uprzednią publikacją ogłoszenia o zamówieniu²⁹.

²⁶ Pojęcie „połączenia regulacji” odnosi się do sytuacji wprowadzania w prawie krajowym dodatkowych przepisów lub wymogów w stosunku do standardów wymaganych w stosownych przepisach UE.

²⁷ W procedurze otwartej instytucje i podmioty zamawiające publikują ogłoszenie o zamówieniu, które jest podstawą dla składania ofert przez wszystkie zainteresowane strony. Biorąc pod uwagę oferentów, którzy spełniają kryteria kwalifikacji podmiotowej, instytucja zamawiająca wybiera ofertę, która w najlepszy sposób spełnia kryterium udzielenia zamówienia wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu (najniższa cena albo oferta najkorzystniejsza ekonomicznie). Ta procedura jest wykorzystywana w przypadku prawie $\frac{3}{4}$ wszystkich procedur podlegających zakresowi stosowania dyrektyw.

²⁸ W przypadku procedury ograniczonej wszyscy wykonawcy mogą wyrazić swoje zainteresowanie udziałem w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, lecz jedynie niektórzy kandydaci, wybrani na podstawie kryteriów wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu, zostają zaproszeni do składania ofert.

²⁹ W przypadku procedury negocjacyjnej instytucje i podmioty zamawiające konsultują się z wybranymi przez siebie wykonawcami oraz negocjują z jednym z nich lub większą ich liczbą warunki umowy, jaka zostanie zawarta. Tego rodzaju negocjacje warunków oferty nie są możliwe w przypadku procedury otwartej ani procedury ograniczonej.

Dyrektywa sektorowa zapewnia większą elastyczność³⁰, w rezultacie czego zamawiający sektorowi mają swobodę udzielania zamówień w drodze procedur negocjacyjnych pod warunkiem opublikowania zaproszenia do ubiegania się o zamówienie. Natomiast zgodnie z dyrektywą 2004/18/WE procedury negocjacyjne z uprzednią publikacją mogą być stosowane wyłącznie na podstawie określonych przesłanek wymienionych w art. 30. W obu dyrektywach możliwość zastosowania procedur negocjacyjnych bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu ogranicza się do sytuacji wyjątkowych, które zostały wymienione w sposób wyczerpujący³¹ i są interpretowane w sposób restrykcyjny.

W przypadku usług zamawiający mogą również wykorzystywać konkursy³². W roku 2004 wprowadzono do dyrektyw kilka szczególnych wariantów i narzędzi proceduralnych, m.in. dialog konkurencyjny³³, dynamiczne systemy zakupów³⁴ czy aukcje elektroniczne³⁵. Kolejnym wprowadzonym w 2004 r. elementem elastyczności proceduralnej jest możliwość centralizacji zamówień poprzez dokonywanie zakupów w centralnej jednostce zakupującej³⁶ lub poprzez tę jednostkę, bądź dzięki zawarciu umów ramowych³⁷. Ponadto, w obliczu kryzysu finansowego, Komisja uznała za uzasadnione stosowanie procedury przyspieszonej³⁸ w przypadku dużych projektów inwestycji publicznych realizowanych w 2009 i 2010 r.

Ta rozszerzona gama wariantów proceduralnych powinna obecnie zostać poddana ocenie, aby sprawdzić, czy procedury przewidziane w obecnych dyrektywach stanowią w dalszym ciągu najlepszy pakiet narzędzi, jeśli chodzi o skuteczność zamówień, również pod kątem rosnącego znaczenia partnerstw publiczno-prywatnych. Zarówno sam model różnych rodzajów procedur, jak i różne wymogi dotyczące poszczególnych etapów procedury³⁹ określone w dyrektywach, powinny być przedmiotem kompleksowego przeglądu dotyczącego

³⁰ Większa elastyczność przewidziana w ramach dyrektywy sektorowej wynika z faktu, iż ma ona zastosowanie nie tylko do instytucji publicznych, lecz także do firm komercyjnych, którymi mogą być przedsiębiorstwa państwowe bądź spółki prywatne działające na podstawie praw specjalnych lub wyłącznych. Celem jest zatem zbliżenie tych procedur do praktyk handlowych, przy zachowaniu jednakże minimalnych wymogów dotyczących przejrzystości i równego traktowania.

³¹ Art. 31 dyrektywy 2004/18/WE, art. 40 ust. 3 dyrektywy 2004/17/WE.

³² Konkursy to procedury, które umożliwiają instytucji zamawiającej lub podmiotowi zamawiającemu nabycie planu bądź projektu wybranego przez sąd konkursowy w trybie konkurencyjnym, np. konkurs mający na celu zebranie pomysłów dotyczących zaprojektowania ośrodka gminnego dla dzielnicy, w której zaplanowano regenerację obszarów miejskich. Konkurs może być również wykorzystywany w innych dziedzinach, np. w celu uzyskania planów dotyczących możliwej przyszłej struktury sieci komunikacji między jednostkami administracji na różnych szczeblach.

³³ W ramach tej procedury, przewidzianej dla szczególnie złożonych zamówień, szczegółowe warunki zamówienia mogą być ustalane w drodze dialogu prowadzonego między instytucją zamawiającą a kandydatami; kwestie te reguluje art. 29 dyrektywy 2004/18/WE (dialog konkurencyjny przewidziano jedynie w dyrektywie 2004/18/WE). Zgodnie z najnowszymi danymi statystycznymi, stopień wykorzystania dialogu konkurencyjnego kształtował się jednak na poziomie poniżej 0,4 % procedur.

³⁴ Art. 33 dyrektywy 2004/18/WE.

³⁵ Art. 54 dyrektywy 2004/18/WE.

³⁶ Art. 11 dyrektywy 2004/18/WE.

³⁷ W tym względzie element zapewniający elastyczność wprowadzono jedynie do dyrektywy 2004/18/WE (zob. art. 32), ponieważ istniejące już (i odmienne) przepisy w dyrektywie sektorowej (art. 14) uznano za wystarczające, biorąc pod uwagę szczególny kontekst zamówień sektorowych.

³⁸ Chodzi o procedurę przewidzianą w art. 38 ust. 8 dyrektywy 2004/18/WE w sytuacjach, w których ze względu na pilną konieczność normalne terminy nie mogą być zachowane. Zob. komunikat prasowy IP/08/2040 z dnia 19 grudnia 2008 r.

³⁹ Na przykład reguły dotyczące publikacji ogłoszeń, zawartości dokumentów przetargowych, ram czasowych procedury, dowodów spełniania kryteriów kwalifikacji, dokumentacji i komunikacji z oferentami.

ich skuteczności pod względem zapewniania optymalnych rezultatów zakupów przy możliwie najmniejszych obciążeniach administracyjnych⁴⁰.

Pytania:

15. Czy uważają Państwo, że procedury określone w obecnych dyrektywach umożliwiają instytucjom zamawiającym uzyskiwanie możliwie najlepszych rezultatów zakupów? Jeśli nie, to: w jaki sposób należy udoskonalić te procedury, aby zmniejszyć obciążenia administracyjne/ koszty transakcyjne i skrócić czas procedur, przy jednoczesnym zagwarantowaniu uzyskiwania przez instytucje zamawiające najlepszej relacji ceny do jakości?
16. Czy przychodzą Państwu na myśl inne rodzaje procedur, które nie są dostępne w świetle obecnych dyrektyw, a które, Państwa zdaniem, mogłyby zwiększyć efektywność procedur udzielania zamówień publicznych pod względem kosztów?
17. Czy uważają Państwo, że procedury i narzędzia przewidziane w dyrektywach, mające na celu realizację konkretnych potrzeb oraz ułatwienie udziału podmiotów prywatnych w inwestycjach publicznych poprzez partnerstwa publiczno-prywatne (np. dynamiczny system zakupów, dialog konkurencyjny, aukcje elektroniczne, konkursy), powinny zostać zachowane w obecnej formie, zmodyfikowane (jeśli tak, to w jaki sposób), czy też usunięte?
18. Biorąc pod uwagę Państwa doświadczenie w zakresie stosowania procedury przyspieszonej w 2009 i 2010 r., czy postulowałoby Państwo ogólne wprowadzenie możliwości skracania terminów w określonych okolicznościach? Czy byłoby to możliwe, Państwa zdaniem, bez negatywnego oddziaływania na jakość ofert?

Więcej negocjacji

Zainteresowane strony sugerują często, że potrzebna jest większa elastyczność w procedurach udzielania zamówień, oraz że należy w szczególności zezwolić instytucjom zamawiającym na negocjowanie warunków umowy z potencjalnymi oferentami.

Porozumienie GPA dopuszcza stosowanie negocjacji, o ile zostało to przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu. Tego rodzaju możliwość można by zatem przewidzieć w ogólnych ramach prawnych UE dotyczących zamówień publicznych pod warunkiem przestrzegania zasad niedyskryminacji i uczciwej procedury. Zapewniłoby to faktycznie instytucjom zamawiającym większą elastycznością umożliwiającą uzyskiwanie rezultatów zakupów rzeczywiście odpowiadających ich potrzebom.

Wariant ten musi zostać dogłębnie przedyskutowany ze wszystkimi zainteresowanymi stronami, instytucjami zamawiającymi i wykonawcami. Ewentualne korzyści płynące ze zwiększenia elastyczności oraz potencjalnego uproszczenia należy rozważyć na tle podniesionego ryzyka wystąpienia zjawisk faworyzowania oraz, bardziej ogólnie, nadmiernie

⁴⁰ Nowoczesne technologie informacyjno-komunikacyjne oferują oczywiście znaczące możliwości ulepszenia procedur z korzyścią dla wszystkich stron oraz zmniejszenia formalności, zwłaszcza w zakresie zbierania i dostarczania zaświadczeń. Ten aspekt debaty dotyczący unowocześnienia procedur nie jest poruszany przy okazji niniejszej zielonej księgi, ponieważ stanowi on przedmiot odrębnej konsultacji, przeprowadzanej w związku z zieloną księgą w sprawie szerszego stosowania e-zamówień w UE, SEC(2010) 1214 z 18.10.2010 r.

subiektywnych decyzji wynikających z większej uznaniowości instytucji zamawiających w przypadku procedury negocjacyjnej. Tego rodzaju subiektywność utrudniłaby z kolei wykazanie, iż zamówienie nie obejmuje w rezultacie pomocy państwa. Co więcej, zapewnienie instytucjom zamawiającym większego pola manewru przyniesie korzystne wyniki tylko w przypadku, gdy posiadają one niezbędną techniczną wiedzę ekspercką, znajomość rynku oraz umiejętności pozwalające na wynegocjowanie dobrej umowy z dostawcami.

Należy wreszcie dokładnie ocenić rodzaj i wielkość zamówień, dla jakich prowadzenie negocjacji ma sens. Zainteresowane strony twierdzą często, iż negocjacje są szczególnie odpowiednie w przypadku udzielania mniejszych zamówień. Z drugiej strony, mogą one być przydatne również, bądź zwłaszcza, w przypadku zamawiania realizacji dużych projektów, w szczególności w drodze partnerstw publiczno-prywatnych. Zważywszy na złożoność zamówień dotyczących realizacji takich projektów, po stronie instytucji zamawiającej może istnieć jeszcze większe zapotrzebowanie na szczególnie elastyczne procedury oraz dużą swobodę negocjacyjną, jak również na większą techniczną wiedzę ekspercką, aby prowadzić te negocjacje.

Pytania:

19. Czy poparliby Państwo zwiększenie możliwości prowadzenia negocjacji w ramach procedur udzielania zamówień i/lub ogólne wprowadzenie możliwości stosowania procedury negocjacyjnej z uprzednią publikacją?
20. Jeśli chodzi o ten ostatni przypadek, czy uważają Państwo, że należy dopuścić taką możliwość w odniesieniu do wszystkich rodzajów zamówień/ wszystkich rodzajów instytucji zamawiających, czy też wyłącznie pod pewnymi warunkami?
21. Czy zgadzają się Państwo z opinią, iż ogólne stosowanie procedury negocjacyjnej mogłoby pociągać za sobą pewne ryzyko nadużyć/ dyskryminacji? Czy oprócz środków zabezpieczających przewidzianych w dyrektywach w odniesieniu do procedury negocjacyjnej potrzebne byłyby dodatkowe zabezpieczenia w zakresie przejrzystości i niedyskryminacji, aby zrekompensować zwiększony stopień uznaniowości? Jeśli tak, jakie mogłyby to być zabezpieczenia?

Komercyjne towary i usługi

W porozumieniu GPA przewidziano specjalne reguły dotyczące „komercyjnych towarów i usług w rodzaju zwykle sprzedawanych lub oferowanych do sprzedaży na rynku komercyjnym klientom niepublicznym i przez takich klientów zwykle nabywane do celów niepublicznych”. Uważa się, że komercyjne towary i usługi są dostępne na rynku w standardowej postaci i dlatego ich zamawianie jest uproszczone z uwagi na fakt, iż cena, jakość oraz warunki zostały powszechnie ustalone na rynkach. Może to być argument za wprowadzeniem uproszczonych procedur dotyczących nabywania tego rodzaju towarów i usług (na przykład usprawnionych procedur przewidujących krótsze terminy).

Pytanie:

22. Czy uważają Państwo, że właściwe byłoby wprowadzenie uproszczonych procedur dotyczących nabywania komercyjnych towarów i usług? Jeśli tak, jakiego rodzaju uproszczenia proponowałiby Państwo?

Etapy kwalifikacji i udzielenia zamówienia

Zgodnie z aktualnymi dyrektywami wybór zwycięskiego oferenta musi zostać przeprowadzony w dwóch etapach. Podczas etapu kwalifikacji instytucja zamawiająca ocenia zdolność i predyspozycje wykonawców. Odbywa się to na podstawie kryteriów wykluczenia oraz kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, wiedzy oraz zdolności zawodowej i technicznej. Na etapie udzielenia zamówienia instytucja zamawiająca bada oferty i wybiera najlepszą z nich. Odbywa się to na podstawie obiektywnych kryteriów odnoszących się do jakości proponowanych produktów i usług.

Zgodnie z orzecznictwem ETS⁴¹, instytucje zamawiające są zobowiązane do stosowania ścisłego rozróżnienia między kryteriami kwalifikacji a kryteriami udzielenia zamówienia. Decyzja dotycząca udzielenia zamówienia musi być oparta wyłącznie na kryteriach dotyczących oferowanych produktów i usług. Aspekty związane ze zdolnością oferenta do realizacji zamówienia, np. jego doświadczenie, siła robocza i sprzęt, nie są dopuszczalne.

Również w porozumieniu GPA przewidziano rozróżnienie między kryteriami kwalifikacji i kryteriami udzielenia zamówienia. To rozróżnienie jest jednak mniej ścisłe niż w przypadku cytowanego wyżej orzecznictwa, ponieważ w GPA nie zakazuje się wprost, na etapie udzielenia zamówienia, brania pod uwagę kryteriów, które nie są związane z oferowanymi towarami i usługami, a tym samym zezwala się na uwzględnianie kryteriów odnoszących się do oferenta.

Instytucje zamawiające skarżą się czasem na obciążenia administracyjne wynikające z konieczności wcześniejszego zweryfikowania wszystkich kandydatów i oferentów pod kątem kryteriów kwalifikacji przed przystąpieniem do badania kryteriów udzielenia zamówienia. Argumentują oni, iż w pewnych okolicznościach umożliwienie im wcześniejszego zbadania kryteriów udzielenia zamówienia pomogłoby w szybszym przeprowadzeniu procesu, ponieważ konieczne byłoby jedynie zbadanie kryteriów kwalifikacji w odniesieniu do zwycięskiego oferenta.

W tym względzie może to być argument za ponownym rozważeniem sposobu organizacji i kolejności badania kryteriów kwalifikacji i kryteriów udzielenia zamówienia w ramach procedury. Wskazówkę w tym kierunku daje najnowsze orzecznictwo ETS, w którym stwierdza się, że dyrektywy w sprawie zamówień publicznych „teoretycznie nie wykluczają możliwości jednoczesnego przeprowadzenia sprawdzenia odpowiedniości oferentów i udzielenia zamówienia”, pod warunkiem że „obie te czynności są odrębnymi czynnościami i podlegają różnym przepisom”⁴². Sugeruje to, że znaczenie ma nie tyle kolejność kroków proceduralnych, lecz rozdzielenie co do zasady kryteriów kwalifikacji i kryteriów udzielenia zamówienia.

Odpowiedniość takiej opcji należałoby jednak dokładnie przeanalizować. Prawdziwe złagodzenie obciążeń administracyjnych można wyobrazić sobie tylko w określonych okolicznościach. Analiza kryteriów kwalifikacji po kryteriach udzielenia zamówienia miałaby sens, jeżeli kryteria udzielenia zamówienia można by ocenić szybko i łatwo w odniesieniu do wszystkich ofert. Dotyczyć mogłoby to zwłaszcza udzielania zamówień dotyczących zakupu

⁴¹ Zob. wyroki: z dnia 20 września 1988 r. w sprawie 31/87, *Beentjes*, pkt 15-19; z dnia 24 stycznia 2008 r. w sprawie C-532/06, *Lianakis*, pkt 30; oraz z dnia 12 listopada 2009 r. w sprawie C-199/07, *Komisja przeciwko Grecji*, pkt 51-55.

⁴² Zob. wyroki: *Lianakis*, pkt 27 oraz *Komisja przeciwko Grecji*, pkt 51.

standardowych towarów po najniższej cenie. Ponadto podejście to byłoby trudne do wdrożenia w procedurze ograniczonej lub w procedurze negocjacyjnej, gdzie kandydatów, którzy mają zostać zaproszeni do składania ofert lub do negocjacji, wybiera się zwykle w oparciu o kryteria kwalifikacji podmiotowej, jak również w przypadku wykorzystywania systemów kwalifikowania.

Niektóre zainteresowane strony przedstawiają dużo dalej idące propozycje, które mogłyby podważyć rozdzielenie co do zasady kryteriów kwalifikacji i kryteriów udzielenia zamówienia. Twierdzą one, że możliwość uwzględniania w ramach kryteriów udzielenia zamówienia kryteriów odnoszących się do oferenta, takich jak doświadczenie i kwalifikacje, mogłoby pomóc w poprawie rezultatów zakupów.

Trzeba mieć jednak świadomość, iż stworzenie takiej możliwości spowodowałoby poważną zmianę systemu proceduralnego określonego w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych. Rozdzielenie kryteriów kwalifikacji i kryteriów udzielenia zamówienia gwarantuje uczciwość i obiektywność procesu porównywania ofert. Dopuszczenie uwzględniania kryteriów odnoszących się do oferenta, takich jak doświadczenie i kwalifikacje, jako kryteriów udzielenia zamówienia mogłoby podważyć porównywalność elementów branych pod uwagę, a w rezultacie naruszyć zasadę równego traktowania. W związku z tym oparcie się na kryteriach odnoszących się do oferenta mogłoby ewentualnie prowadzić również do zakłóceń konkurencji. Propozycje idące w tym kierunku powinny być zatem rozpatrywane, jeśli w ogóle, wyłącznie w ograniczonych sytuacjach, np. w odniesieniu do szczególnych rodzajów zamówień, w przypadku których kwalifikacje i CV dostępnego personelu są wyjątkowo istotne.

W każdym razie wszelkie zmiany, które dotyczą zasady rozdziału kryteriów kwalifikacji i kryteriów udzielenia zamówienia, należy rozpatrywać ze szczególną ostrożnością. Konieczne może być zapewnienie dodatkowych zabezpieczeń w celu zagwarantowania uczciwości i obiektywności procedur.

Pytania:

23. Czy poparliby Państwo bardziej elastyczne podejście do kwestii sposobu organizacji i kolejności badania kryteriów kwalifikacji i kryteriów udzielenia zamówienia w ramach procedury udzielania zamówienia? Jeśli tak, czy uważają Państwo, że należy umożliwić badanie kryteriów udzielenia zamówienia przed zbadaniem kryteriów kwalifikacji?
24. Czy uważają Państwo, że w wyjątkowych przypadkach uzasadnione mogłoby być zezwolenie instytucjom zamawiającym na uwzględnianie kryteriów odnoszących się do samego oferenta na etapie udzielenia zamówienia? Jeśli tak, to w jakich przypadkach i jakie dodatkowe zabezpieczenia byłyby Państwa zdaniem potrzebne, aby zagwarantować uczciwość i obiektywność decyzji w sprawie udzielenia zamówienia w ramach takiego systemu?

Uwzględnianie wcześniejszych dokonań

Zainteresowane strony sugerują również, iż aktualne dyrektywy nie zapewniają odpowiednich instrumentów umożliwiających uwzględnianie ewentualnych dotychczasowych doświadczeń instytucji zamawiających, jeśli chodzi o dokonania oferentów. Prawdą jest, że uwzględnianie tego rodzaju doświadczeń mogłoby dostarczyć przydatnych wskazówek na temat jakości

oferenta i jego przyszłej pracy. Jednakże taka możliwość pociągałaby za sobą oczywiste ryzyko dyskryminacji wśród oferentów. Konieczne byłoby zatem wprowadzenie odpowiednich zabezpieczeń, aby zapewnić równe traktowanie oferentów, przejrzystość i uczciwą procedurę.

Pytanie:

25. Czy uważają Państwo, że należy wyraźnie dopuścić w dyrektywie możliwość brania pod uwagę wcześniejszych doświadczeń z oferentem bądź z oferentami? Jeśli tak, jakie zabezpieczenia byłyby potrzebne, aby zapobiec praktykom dyskryminacyjnym?

Specjalne narzędzia dla zamówień sektorowych

Narzędzia proceduralne określone w dyrektywie sektorowej różnią się znacząco w porównaniu z dyrektywą 2004/18/WE w odniesieniu do szeregu kwestii. Pierwszy aspekt to fakt, iż podmioty zamawiające mają większą swobodę, jeśli chodzi o stosowanie procedur. Oprócz wspomnianej wyżej możliwości swobodnego wyboru procedury negocjacyjnej z ogłoszeniem, podmioty sektorowe mają również do dyspozycji dwa specyficzne narzędzia do organizacji zamówień, a mianowicie: systemy kwalifikowania⁴³ oraz okresowe ogłoszenia informacyjne⁴⁴.

Zgodnie z warunkami aktualnej dyrektywy sektorowej, ogłoszenia o istnieniu systemu kwalifikowania mogą być wykorzystywane jako zaproszenie do ubiegania się o zamówienie w przypadku wszelkiego rodzaju zamówień na roboty budowlane, dostawy lub usługi, które zostaną zakupione w okresie obowiązywania systemu kwalifikowania, niezależnie od liczby poszczególnych procedur udzielania zamówienia, jakie zostaną zastosowane w tym celu. Jeżeli ogłoszenie o istnieniu systemu kwalifikowania stanowi wybrany sposób zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, to konkretne zamówienia mogą być udzielane jedynie w drodze procedury ograniczonej lub procedury negocjacyjnej, w ramach których uczestnicy są wybierani (wyłącznie) spośród podmiotów, które zostały już zakwalifikowane zgodnie z przepisami regulującymi dany system. Systemy kwalifikowania mogą być przydatnym narzędziem przy zamawianiu technicznie wymagających robót budowlanych, dostaw lub usług⁴⁵, w przypadku których procedura kwalifikacji wykonawców trwa tak długo⁴⁶, iż dla wszystkich zaangażowanych stron bardziej korzystne jest wykorzystanie tego samego systemu kwalifikowania w odniesieniu do szeregu procedur udzielania zamówienia niż konieczność powtarzania procesu kwalifikacji dla każdej pojedynczej procedury.

Okresowe ogłoszenia informacyjne mogą być wykorzystywane jako sposób zaproszenia do ubiegania się o zamówienie w odniesieniu do zamówień wszelkiego rodzaju robót budowlanych, dostaw i usług, które mają zostać zakupione w okresie dwunastu miesięcy, niezależnie od liczby poszczególnych procedur udzielania zamówienia, jakie zostaną zastosowane w tym celu. Jeżeli jako sposób zaproszenia do ubiegania się o zamówienie wybiera się okresowe ogłoszenie informacyjne, wówczas konkretne zamówienia nie mogą być udzielane w drodze procedury otwartej, lecz jedynie w drodze procedury ograniczonej lub procedury negocjacyjnej, w ramach których uczestnicy są wybierani (wyłącznie) spośród podmiotów, które wyraziły swoje zainteresowanie w odpowiedzi na okresowe ogłoszenie

⁴³ Zob. w szczególności art. 53.

⁴⁴ Por. art. 42 ust. 3.

⁴⁵ Np. tabor kolejowy, rury gazowe wysokociśnieniowe itp.

⁴⁶ W niektórych przypadkach ponad sześć miesięcy.

informacyjne. Okresowe ogłoszenia informacyjne są często wykorzystywane jako sposób zaproszenia do ubiegania się o zamówienie w odniesieniu do powtarzających się jednakowych zakupów podobnych towarów, usług lub robót budowlanych i mogą w związku z tym ułatwić codzienną działalność podmiotów sektorowych.

Pytanie:

26. Czy uważają Państwo, że potrzebne są specjalne przepisy dotyczące podmiotów sektorowych? Czy różne przepisy, jakie mają zastosowanie do podmiotów sektorowych i przedsiębiorstw publicznych, w odpowiedni sposób uwzględniają szczególny charakter zamówień sektorowych?

2.2. Specjalne instrumenty dla małych instytucji zamawiających

Zwłaszcza małe instytucje zamawiające skarżą się często, iż stosowanie w pełni systemu reguł proceduralnych i zabezpieczeń przy udzielaniu ich stosunkowo niedużych zamówień wymaga poświęcenia nieproporcjonalnej ilości czasu i wysiłku. Jeśli chodzi o małe zamówienia o wartości poniżej progów określonych w dyrektywach, narzekają one również na brak pewności prawnej co do konieczności przestrzegania wymogów wynikających z prawa pierwotnego. Do tych dwóch wątpliwości można podejść w następujący sposób:

Lżejsze ramy proceduralne dla lokalnych i regionalnych instytucji zamawiających w zakresie udzielania zamówień o wartości powyżej progów określonych w dyrektywach

Można znaleźć argumenty za określeniem lżejszych ram proceduralnych dla lokalnych i regionalnych instytucji zamawiających, aby wykorzystać w pełni elastyczne rozwiązania dostępne zgodnie z GPA w odniesieniu do instytucji szczebla podcentralnego i podmiotów sektorowych bez naruszania potrzeby zapewnienia przejrzystości. Aktualne dyrektywy zapewniają taką elastyczność tylko w odniesieniu do podmiotów sektorowych, ale nie w przypadku lokalnych i regionalnych instytucji zamawiających. Tego rodzaju zróżnicowany system zapewniłby instytucjom lokalnym więcej swobody w zakresie udzielania przez nie zamówień oraz zmniejszyłby obciążenia administracyjne w tych obszarach, w których mogą być one nieproporcjonalne. Z drugiej strony, wprowadzenie różnych poziomów wymogów proceduralnych mogłoby dodatkowo skomplikować ogólne ramy prawne i mogłoby być trudne do transponowania i stosowania w praktyce, zwłaszcza jeśli chodzi o stosowanie zasad pomocy państwa⁴⁷.

Jednym z elementów takich lżejszych ram proceduralnych mogłyby być mniej surowe wymogi dotyczące publikacji: zgodnie z GPA instytucja zamawiająca szczebla podcentralnego może udzielić zamówienia bez publikacji osobnego ogłoszenia o zamówieniu, o ile ogłosiła swój zamiar i opublikowała szczegółowe informacje w okresowym ogłoszeniu informacyjnym lub w ogłoszeniu o istnieniu systemu kwalifikowania⁴⁸. Taka opcja mogłaby znacząco zmniejszyć obciążenia administracyjne w stosunku do instytucji zamawiających. Ewentualnym minusem mogłoby być zmniejszenie dostępności zamówień dla wykonawców i ograniczenie tym samym konkurencji w przypadku poszczególnych zamówień.

⁴⁷ Z punktu widzenia zasad pomocy państwa istotna jest raczej kwestia przyznanej rekompensaty niż wielkość instytucji zamawiającej. Wszelkie ewentualne zmiany idące w kierunku uproszczenia ram proceduralnych muszą pozostać bez uszczerbku dla stosowania zasad pomocy państwa.

⁴⁸ Szczegółowe wyjaśnienia dotyczące tych instrumentów znajdują się w sekcji 2.1.

Inną opcją mogłoby być ogólne dopuszczenie możliwości stosowania procedury negocjacyjnej z uprzednią publikacją ogłoszenia o zamówieniu. Opcja zakładająca ogólne dopuszczenie negocjacji została przedyskutowana powyżej (sekcja 2.1). Należy dokładnie przeanalizować odpowiedniość tego wariantu, w szczególności w odniesieniu do lokalnych i regionalnych instytucji zamawiających. Może to być dobrym rozwiązaniem pod kątem dostosowania zamówienia w celu uwzględnienia szczególnych interesów i potrzeb tego rodzaju zamawiających. Z drugiej strony nie jest pewne, czy małe instytucje zamawiające mają zawsze odpowiednią siłę nabywczą i techniczną wiedzę ekspercką, aby prowadzić na równi negocjacje z oferentami.

Pytania:

27. Czy z punktu widzenia potrzeb mniejszych instytucji zamawiających stosowanie pełnego reżimu zamówień publicznych wydaje się Państwu odpowiednim rozwiązaniem czy wręcz przeciwnie? Proszę uzasadnić swoją odpowiedź.
28. Jeśli tak, czy poparliby Państwo uproszczony reżim zamówień publicznych w odniesieniu do stosunkowo niedużych zamówień udzielanych przez instytucje lokalne i regionalne? Czym powinien cechować się, Państwa zdaniem, tego rodzaju uproszczony system?

Zwiększenie pewności prawnej w zakresie udzielania zamówień o wartości poniżej progów określonych w dyrektywach

Wiele zamówień udzielanych przez małe lokalne i regionalne instytucje zamawiające ma wartość poniżej progów określonych w dyrektywach. Jednakże zgodnie z orzecznictwem ETS, przy udzielaniu takich zamówień, jeżeli stanowią one przedmiot zainteresowania transgranicznego, trzeba przestrzegać podstawowych zasad prawa UE, takich jak niedyskryminacja i przejrzystość. Komisja przedstawiła swoją opinię dotyczącą wymogów wynikających z orzecznictwa Trybunału w *komunikacie wyjaśniającym dotyczącym prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych*⁴⁹.

Wiele instytucji zamawiających twierdzi jednak, iż wyjaśnienia dostarczone w tym komunikacie nie zawsze mogą wystarczać w praktyce, szczególnie jeśli chodzi o ustalenie istnienia zainteresowania transgranicznego. Niepewność, czy w konkretnych przypadkach trzeba przestrzegać norm wynikających z podstawowych zasad, utrudniałoby funkcjonowanie zwłaszcza mniejszych instytucji zamawiających. Znaczenie tej kwestii jest również oczywiste, gdy spojrzy się na środki podejmowane w tym względzie przez państwa członkowskie w kontekście kryzysu finansowego.

Nawet jeżeli zamówienia o wartości poniżej progów nie zostałyby najprawdopodobniej objęte przyszłym wnioskiem ustawodawczym, można rozważyć opracowanie dalszych wytycznych, aby pomóc instytucjom zamawiającym w ocenie istnienia zainteresowania transgranicznego w poszczególnych przypadkach.

⁴⁹ Komunikat wyjaśniający Komisji dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych z dnia 1 sierpnia 2006 r. (Dz.U. C 179 z 1.8.2006, s. 2). Por. również orzeczenie Sądu z dnia 20 maja 2010 r. w sprawie T-258/06, *Niemcy przeciwko Komisji*.

Pytanie:

29. Czy uważają Państwo, że orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości przedstawione w komunikacie wyjaśniającym Komisji zapewnia dostateczną pewność prawną, jeśli chodzi o udzielanie zamówień o wartości poniżej progów określonych w dyrektywach? Czy też uznają Państwo, że potrzebne mogą być dodatkowe wytyczne, na przykład wskazówki dotyczące ustalania ewentualnego zainteresowania transgranicznego, bądź jakaś inna inicjatywa UE? W odniesieniu do jakich kwestii uznaliby je Państwo za istotne lub niezbędne?

2.3. Współpraca publiczno-publiczna

Inna kwestia, która jest w ostatnich dekadach przedmiotem kontrowersji, to pytanie, czy i w jakim zakresie przepisy dotyczące zamówień publicznych powinny mieć zastosowanie do umów zawieranych między instytucjami publicznymi.

Zasada uczciwej i otwartej konkurencji zapobiega *automatycznemu* wyłączeniu umów zawieranych między instytucjami publicznymi z zakresu stosowania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych. Prawdą jest jednak, iż stosowanie tych przepisów nie jest właściwe w przypadku niektórych form współpracy między instytucjami publicznymi i w związku z tym Europejski Trybunał Sprawiedliwości nie uważa tych przypadków za zamówienia publiczne.

Zasadniczo należy wyznaczyć linię podziału między, z jednej strony, porozumieniami zawieranymi między instytucjami zamawiającymi w celu realizacji ich zadań, które mieszczą się w ich prawie do samoorganizacji, a z drugiej strony, działaniami związanymi z zamówieniami, które powinny korzystać na otwartej konkurencji między wykonawcami. ETS dokonał w szczególności rozróżnienia między dwoma scenariuszami w zakresie współpracy publiczno-publicznej, które nie są objęte dyrektywami UE w sprawie zamówień publicznych.

In-House: zamówienia udzielane jednostce publicznej nie są uznawane za zamówienia publiczne, jeżeli jednostka taka jest kontrolowana przez instytucje zamawiające w sposób podobny do tego, w jaki kontrolują one swoje własne departamenty, i jeżeli zasadnicza część jej działalności ma związek z instytucjami zamawiającymi⁵⁰. Kilka instytucji zamawiających może wykorzystywać jedną wspólnie kontrolowaną jednostkę in-house (współpraca wertykalna/ zinstytucjonalizowana). Jednakże wspomniane orzecznictwo Trybunału pozostawia szereg otwartych kwestii, takich jak: problem, co oznacza „podobna kontrola”; udzielanie zamówień przez jednostkę kontrolowaną instytucji macierzystej (instytucjom macierzystym) bądź siostrzanej jednostce in-house (tzn. jednostce kontrolowanej przez tę samą instytucję macierzystą).

„Współpraca horyzontalna”: w jednym z niedawnych orzeczeń⁵¹ Trybunał stwierdził, że wykorzystywanie wspólnie kontrolowanych jednostek in-house nie jest jedynym sposobem realizacji współpracy publiczno-publicznej i że tego rodzaju współpraca może pozostać wyłącznie na poziomie umowy (współpraca horyzontalna/ niezinstytucjonalizowana). Tego rodzaju rozwiązanie nie jest objęte przepisami UE dotyczącymi zamówień publicznych w przypadku wspólnej realizacji zadania publicznego przez jednostki całkowicie publiczne, wykorzystujące własne zasoby, mające wspólny cel oraz określające wzajemne prawa i

⁵⁰ Zob. m.in. sprawy: C-107/98, *Teckal*; C-324/07, *Coditel*; oraz C-573/07, *Sea*.

⁵¹ Sprawa C-480/06, *Komisja przeciwko Niemcom*.

obowiązki wykraczające poza „realizację zadania za wynagrodzeniem” w dążeniu do osiągnięcia celów leżących w interesie publicznym.

Oprócz tych dwóch form współpracy, należy wspomnieć o jeszcze jednym przypadku, który nie dotyczy w sensie ścisłym „współpracy” między kilkoma instytucjami zamawiającymi, ale raczej transferu kompetencji w zakresie zadania publicznego z jednej instytucji na drugą. Tego rodzaju transfer kompetencji pozostaje poza zakresem obowiązywania dyrektyw UE w sprawie zamówień publicznych, jeżeli odpowiedzialność za realizację zadania jako taka jest przenoszona w całości (w przeciwieństwie do sytuacji, w której powierza się faktyczne wykonanie zadania innej instytucji).

Rezultatem ewoluującego orzecznictwa ETS jest dość złożona panorama możliwych wyjątków w zakresie współpracy publiczno-publicznej, a doświadczenie pokazuje, że instytucje zamawiające nie zawsze mają jasność, czy i na jakich warunkach ich relacje podlegają zakresowi stosowania prawa UE dotyczącego zamówień publicznych. Aby zaspokoić potrzebę uzyskania wyjaśnień w perspektywie krótkoterminowej, służby Komisji przedstawią wytyczne dotyczące interpretacji orzecznictwa w formie dokumentu roboczego, który zostanie opublikowany w 2011 r.

Głównym pytaniem jest jednak, czy i w jaki sposób kwestia ta powinna zostać rozwiązana za pomocą przepisów prawnych przedstawiających w szczególności jasną definicję tych form współpracy, które nie wchodzą w zakres stosowania dyrektyw UE w sprawie zamówień publicznych.

Przydatne byłoby zbadanie, czy jest miejsce na koncepcję obejmującą pewne wspólne kryteria dotyczące przypadków współpracy publiczno-publicznej objętych zwolnieniem. Tego rodzaju koncepcja powinna zostać opracowana, aby wyraźnie rozróżnić, z jednej strony, nowoczesne formy organizacji (wspólnej) realizacji zadań publicznych przez instytucje zamawiające, kierowane wyłącznie względami interesu publicznego (tzn. nieobjęte przepisami dotyczącymi zamówień publicznych), a z drugiej strony, czyste (komercyjne) formy sprzedaży i zakupu towarów oraz usług na rynku (objęte tymi przepisami). Należy dokonać starannej analizy sposobu wdrożenia tego rozróżnienia w praktyce, biorąc także pod uwagę ustalenia ETS zawarte w jego ostatnich orzeczeniach. Poniższe aspekty wydają się szczególnie istotne w tym kontekście.

Po pierwsze, z orzecznictwa Trybunału⁵² zdaje się wynikać jasno, że każdy przypadek współpracy publiczno-publicznej zwolniony ze stosowania przepisów UE dotyczących zamówień publicznych musi zachować czysto publiczny charakter. Udział kapitału prywatnego w jednej ze współpracujących jednostek wyklucza zatem możliwość zwolnienia współpracy jako takiej z zakresu przepisów dotyczących zamówień publicznych.

Innym elementem, który wydaje się istotny, jest kryterium ograniczonego celu rynkowego danych jednostek, rozwinięte ostatnio przez ETS⁵³. Jeżeli dane jednostki mają cel rynkowy, to działają na rynku w warunkach bezpośredniej konkurencji z podmiotami prywatnymi, dążąc do realizacji tych samych lub podobnych celów komercyjnych i wykorzystując te same

⁵² Sprawa C-26/03, *Stadt Halle*.

⁵³ Sprawa C-573/07, *SEA*, pkt 73. Przedstawione w wyroku C-480/06 wymogi, iż ustanowienie tej współpracy musi być „określone (...) względami i wymogami dążenia do celów leżących w interesie publicznym oraz jeżeli zasada równego traktowania zainteresowanych (...) jest zagwarantowana” zmierną w tym samym kierunku.

instrumenty. Współpraca, która jest objęta zwolnieniem z zakresu przepisów dotyczących zamówień i której celem jest realizacja zadania publicznego, nie powinna co do zasady obejmować takich jednostek. Dostawcy wewnętrzni mający cel rynkowy mogliby również wzbudzać wątpliwości dotyczące kwestii konkurencji i pomocy państwa.

Należy wreszcie zająć się kwestią rodzaju relacji między współpracującymi jednostkami. W ramach współpracy zinstytucjonalizowanej fakt (wspólnego) sprawowania kontroli wewnętrznej jest przesłanką, która może prowadzić do zwolnienia z zakresu przepisów dotyczących zamówień umowy, która w normalnych warunkach byłaby nimi objęta. W razie braku tego rodzaju kontroli oraz w celu odróżnienia współpracy niezinstytucjonalizowanej od zwyczajnego zamówienia publicznego, wydaje się istotne, iż ta pierwsza forma powinna obejmować wzajemne prawa i obowiązki wykraczające poza „realizację zadania za wynagrodzeniem” i że zasadniczy cel współpracy nie ma charakteru komercyjnego.

Pytania:

30. Czy w świetle powyższego uważają Państwo za przydatne określenie na poziomie UE przepisów prawnych dotyczących zakresu oraz kryteriów dla współpracy publiczno-publicznej?
31. Czy zgadzają się Państwo, że należy opracować koncepcję obejmującą pewne wspólne kryteria dotyczące form współpracy publiczno-publicznej objętych zwolnieniem? Jakie byłyby, Państwa zdaniem, istotne elementy takiej koncepcji?
32. Czy też preferowaliby Państwo ustanowienie specjalnych zasad dla różnych form współpracy w ślad za orzecznictwem ETS (np. in-house i współpraca horyzontalna)? Jeśli tak, proszę wyjaśnić dlaczego i jakie powinny to być zasady.
33. Czy przepisy UE powinny również regulować kwestie transferu kompetencji? Proszę wyjaśnić dlaczego.

2.4. Odpowiednie narzędzia do celów agregacji popytu/ wspólne zamówienia

Jedną z kwestii, w przypadku której instrumenty dostępne na poziomie UE są zdaniem zainteresowanych stron niewystarczające, jest kwestia agregacji popytu/ koordynacji zamówień publicznych między instytucjami zamawiającymi.

Osoby popierające tego rodzaju agregację popytu podkreślają znaczące pozytywne skutki dla dostawców i instytucji zamawiających, w tym: korzyści skali, niższe koszty produkcji z korzyścią dla przedsiębiorstw i podatników europejskich, zwiększoną siłę nabywczą po stronie instytucji publicznych oraz możliwość łączenia przez nie umiejętności i wiedzy eksperckiej oraz podziału kosztów i ryzyka związanych z zamówieniami. Podział kosztów i ryzyka ułatwiłby również w szczególności strategiczne zamówienia na nowe, innowacyjne produkty i usługi, stymulując tym samym rozwój nowych produktów i rynków⁵⁴.

W szczególności współpraca transgraniczna między instytucjami zamawiającymi z różnych państw członkowskich mogłaby przyczynić się do dalszej integracji rynków zamówień,

⁵⁴ Dlatego też w ramach „Unii innowacji” - SEC(2010) 1161 - przewodniej inicjatywy będącej częścią strategii „Europa 2020”, mającej na celu ożywienie polityki europejskiej w zakresie innowacji i badań naukowych, postuluje się również realizację inicjatywy UE dotyczącej wspólnych zamówień.

sprzyjając scalaniu rynków europejskich ponad granicami krajowymi i tworząc tym samym realną, konkurencyjną w skali międzynarodowej bazę przemysłową Europy.

Obecne dyrektywy przewidują już szereg narzędzi służących agregacji popytu, na przykład centralne jednostki zakupujące⁵⁵. Istnieją inne instrumenty, które nie zostały opracowane specjalnie na potrzeby agregacji popytu, ale mogą być wykorzystywane w tym celu, takie jak możliwość zawierania umów ramowych, do których przystępuje kilka instytucji zamawiających. Instytucje zamawiające mogą również oczywiście koordynować swoje działania związane z zamówieniami, dzieląc się po prostu doświadczeniem bądź koordynując niektóre etapy procedur udzielania zamówień.

Konieczne jest jednak przeprowadzenie dyskusji na temat powracającego wniosku dotyczącego wprowadzenia na poziomie UE bardziej szczegółowych instrumentów w zakresie agregacji popytu, w szczególności wspólnych zamówień transgranicznych. Tego rodzaju instrumenty i mechanizmy musiałyby cechować odpowiednią równowagę między umożliwieniem silniejszej agregacji popytu w sektorach strategicznych i nieograniczaniem konkurencji na rynkach zamówieniowych (ze szkodą zwłaszcza dla MŚP), np. poprzez dzielenie zamówień na części.

Jeśli chodzi o wspólne zamówienia publiczne o charakterze transgranicznym, należałoby rozwiązać dodatkowe kwestie prawne, takie jak: określenie przepisów krajowych mających zastosowanie do procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do realizacji umowy, zdolność instytucji zamawiających do stosowania innych niż własne przepisy krajowych, wskazanie właściwego organu oraz przepisów mających zastosowanie w sprawach odwołań od decyzji związanych z zamówieniami itp.

Pytania:

34. Czy opowiadają się Państwo zasadniczo za silniejszą agregacją popytu/ zwiększeniem wspólnych zamówień? Jakie są, Państwa zdaniem, zalety i wady takiego rozwiązania?
35. Czy istnieją, w Państwa opinii, jakieś przeszkody dla skutecznej agregacji popytu/ wspólnych zamówień? Czy uważają Państwo, że instrumenty przewidziane w dyrektywach w zakresie agregacji popytu (centralne jednostki zakupujące, zamówienia ramowe) sprawdzają się i są wystarczające? Jeśli nie, w jaki sposób należy zmodyfikować te instrumenty? Jakie instrumenty bądź przepisy byłyby, Państwa zdaniem, potrzebne?
36. Czy uważają Państwo, że wykorzystanie silniejszej agregacji popytu/ wspólnych zamówień może wiązać się z pewnym ryzykiem, jeśli chodzi o ograniczenie konkurencji i utrudnienie MŚP dostępu do zamówień publicznych? Jeśli tak, to w jaki sposób można złagodzić ewentualne zagrożenia?
37. Czy uważają Państwo, że w odniesieniu do określonych obszarów produktów wspólne zamówienia publiczne sprawdzają się lepiej niż w innych przypadkach? Jeśli tak, proszę wskazać te obszary i uzasadnić odpowiedź.

⁵⁵ Por. art. 1 ust. 10 dyrektywy 2004/18/WE.

38. Czy dostrzegają Państwo szczególne problemy w przypadku wspólnych zamówień publicznych o charakterze transgranicznym (np. jeśli chodzi o mające zastosowanie przepisy i procedury odwoławcze)? W szczególności czy w opinii Państwa prawo krajowe Państwa kraju dopuszcza objęcie instytucji zamawiającej procedurą odwoławczą obowiązującą w innym państwie członkowskim?

2.5. Rozstrzygnięcie wątpliwości związanych z wykonywaniem umowy

Z wyjątkiem wymogu w zakresie uprzedniej przejrzystości klauzul dotyczących wykonania umowy (wskazywanych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacjach), obecne dyrektywy nie regulują kwestii wykonania umowy. Jednakże pewne problemy występujące na etapie wykonywania umowy mogą mieć poważne skutki dla zachowania zasady niedyskryminacji między oferentami oraz dla utrzymania racjonalności zakupów publicznych w ogóle. Pojawia się pytanie, czy przepisy UE powinny przewidywać specjalne instrumenty regulacyjne umożliwiające instytucjom zamawiającym bardziej skuteczne rozwiązywanie tych problemów.

Istotne zmiany

Szczególnie złożoną kwestię stanowi problem późniejszych zmian, które mają wpływ na samo zamówienie lub wykonanie umowy.

Zgodnie z orzecznictwem ETS, dokonanie zmian postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego w trakcie jej obowiązywania wymaga przeprowadzenia nowej procedury udzielania zamówienia, o ile w sposób istotny odbiegają one od charakteru pierwotnego zamówienia⁵⁶.

ETS przedstawił już pewne wskazówki co do przypadków, kiedy należy uznawać zmiany za istotne. Chodzi zwłaszcza o sytuację, gdy wprowadza się warunki (znacząco rozszerzające zakres umowy bądź zmieniające równowagę ekonomiczną w ramach umowy), które umożliwiłyby udział lub zwycięstwo innych oferentów⁵⁷. Instytucje zamawiające zwróciły jednak uwagę, iż w przypadku niektórych rodzajów zmian orzecznictwo nie wydaje się wystarczająco jasno wskazywać, czy potrzebna jest nowa procedura przetargowa.

Celem obecnej konsultacji jest ustalenie, czy potrzebne jest doprecyzowanie przepisów na poziomie UE w celu określenia warunków, w których modyfikacja umowy wymaga przeprowadzenia nowej procedury przetargowej. Tego rodzaju doprecyzowanie mogłoby również dotyczyć ewentualnych skutków tego rodzaju zmian (np. ustanowienie lżejszej procedury udzielania zamówienia w przypadku zmiany umowy)⁵⁸.

Pytania:

⁵⁶ Zob. wyroki: z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-337/98, *Komisja przeciwko Francji*, pkt 44 i 46; z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, pkt 34-37; oraz z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08, *Wall AG*, pkt 37.

⁵⁷ Zob. wyrok w sprawie *pressetext Nachrichtenagentur*, pkt 35-37.

⁵⁸ Art. 31 ust. 4 dyrektywy 2004/18/WE przewiduje już rozwiązanie dotyczące dokonywania pewnych szczególnych zmian, umożliwiając zastosowanie procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji w przypadku realizacji dodatkowych robót budowlanych lub usług w określonych okolicznościach.

39. Czy dyrektywy w sprawie zamówień publicznych powinny regulować kwestię istotnych zmian postanowień umowy w trakcie jej obowiązywania? Jeśli tak, to jakie elementy doprecyzowujące proponowałoby Państwo wprowadzić?
40. Czy w przypadku zmiany jednego z zasadniczych warunków lub kilku takich warunków powinna być przeprowadzana nowa konkurencyjna procedura czy też uzasadnione byłoby zastosowanie bardziej elastycznej procedury? Jaka mogłaby być to procedura?

Zmiany dotyczące wykonawcy i rozwiązywanie umów

Złożone kwestie pojawiają się również w przypadku zmian dotyczących wyboru samego wykonawcy. Zgodnie z orzecznictwem ETS, zastąpienie nowym wykonawcą podmiotu, któremu instytucja zamawiająca udzieliła pierwotnie zamówienia, stanowi istotną zmianę i w związku z tym wymaga przeprowadzenia nowej procedury udzielania zamówienia, chyba że tego rodzaju zastąpienie zostało przewidziane w warunkach pierwotnej umowy, na przykład poprzez umieszczenie postanowienia dotyczącego podwykonawstwa. Nie ma to jednak zastosowania w przypadkach, gdy realizację zamówienia przekazuje się innemu wykonawcy należącemu do tej samej grupy w ramach wewnętrznej reorganizacji⁵⁹. Z drugiej strony, w wyjątkowych sytuacjach zmiana podwykonawcy może zostać uznana za istotną zmianę w umowie, nawet jeżeli możliwość dokonania zmiany przewidziana jest w warunkach zamówienia⁶⁰.

Doświadczenie zainteresowanych stron wskazuje ponadto, iż nie tylko zastąpienie jednego wykonawcy innym podmiotem prawnym, lecz także zmiana jego statusu może mieć znaczący wpływ na równowagę stron przy realizacji umowy bądź jej właściwe wykonanie (np. zdarzenia mające wpływ na zdolność do realizacji zamówienia, takie jak upadłość, odejście z firmy kluczowych ekspertów itp.).

Także w odniesieniu do tej kwestii należy przeprowadzić dyskusję, aby ustalić, czy na poziomie UE potrzebne są instrumenty umożliwiające instytucjom zamawiającym odpowiednie postępowanie w takich sytuacjach, np. jeśli chodzi o prawo instytucji zamawiających do rozwiązania umowy z uwagi na poważne zmiany odnoszące się do wykonawcy, czy też nową uproszczoną procedurę do celów zastępowania poprzedniego wykonawcy w takich przypadkach⁶¹.

Wprowadzenia tego rodzaju jednoznacznej możliwości rozwiązywania umowy przez instytucje zamawiające mogą również wymagać przypadki, w których ETS uzna, że konkretne zamówienie zostało udzielone z naruszeniem przepisów UE dotyczących zamówień publicznych. Mimo iż państwa członkowskie są zobowiązane do rozwiązywania umów, które zostały zawarte z naruszeniem przepisów UE⁶², w niektórych ustawodawstwach krajowych nie przewidziano żadnej podstawy do unieważnienia tego rodzaju umów, co

⁵⁹ Wyrok w sprawie *pressetext Nachrichtenagentur*, pkt 40.

⁶⁰ Zob. wyrok w sprawie *Wall AG*, pkt 39.

⁶¹ Tego rodzaju procedura mogłaby również obejmować pośrednie rozwiązania, takie jak możliwość powierzenia zamówienia wykonawcy, który uzyskał drugi najlepszy wynik w ramach pierwotnej procedury przetargowej, bądź ponownego wszczęcia konkurencyjnej procedury z udziałem tylko tych oferentów, którzy uczestniczyli w pierwotnej procedurze, pod warunkiem że ta poprzednia procedura nie miała miejsca zbyt dawno temu.

⁶² Zob. sprawa C-503/04, *Komisja przeciwko Niemcom*.

utrudnia, a nawet faktycznie uniemożliwia, instytucjom zamawiającym podejmowanie odpowiednich środków w celu wykonania wyroków ETS w sprawach dotyczących naruszeń.

Pytania:

41. Czy uważają Państwo, że przepisy UE regulujące kwestię zmian w zakresie wykonywania umów przyniosłyby wartość dodaną? Jeśli tak, to co stanowiłoby wartość dodaną przepisów wprowadzonych na poziomie UE? W szczególności czy przepisy UE powinny przewidywać wyraźny obowiązek lub prawo instytucji zamawiających w zakresie zmiany dostawcy/ rozwiązania umowy w pewnych okolicznościach? Jeżeli tak, to w jakich okolicznościach? Czy UE powinna również ustanowić szczegółowe procedury określające, w jaki sposób musi/ może zostać wybrany nowy dostawca?
42. Czy zgadzają się Państwo, że dyrektywy w sprawie zamówień publicznych powinny zobowiązywać państwa członkowskie do ustanowienia w przepisach krajowych prawa do unieważniania umów, które zostały zawarte z naruszeniem przepisów dotyczących zamówień publicznych?

Bardziej ogólnie rzecz biorąc, regulacje krajowe dotyczące realizacji zamówień mają w wielu państwach członkowskich dość szczegółowy charakter i mogą być źródłem obciążeń administracyjnych (np. przepisy dotyczące wadliwów zabezpieczających realizację, warunków dostaw, opóźnień, dostosowania cen itp.). Dzięki wprowadzeniu na poziomie UE wspólnych norm dotyczących niektórych aspektów można by ograniczyć ilość przepisów krajowych w tej dziedzinie.

Pytanie:

43. Czy uważają Państwo, że określone aspekty dotyczące wykonywania umów (proszę wskazać które) powinny zostać uregulowane na poziomie UE? Proszę uzasadnić.

Podwykonawstwo

Zakres przepisów dotyczących podwykonawstwa jest w obowiązującym prawodawstwie bardzo ograniczony. Artykuł 25 dyrektywy 2004/18/WE przewiduje, że instytucje zamawiające mogą zobowiązać oferenta do wskazania przewidywanego podwykonawstwa. Jednakże zgodnie z orzecznictwem ETS, oferent jest zasadniczo uprawniony do wykorzystywania podwykonawców do realizacji zamówienia, nawet jeżeli oznacza to, że duża część zamówienia bądź całe zamówienie zostanie zrealizowana(-e) przez podwykonawców. Możliwość ograniczenia lub zakazu zlecenia realizacji zasadniczych części zamówienia podwykonawcom dopuszcza się wyłącznie w przypadku, gdy instytucja zamawiająca nie jest w stanie zweryfikować zdolności technicznej i ekonomicznej podwykonawców.

Niektóre zainteresowane strony domagają się wprowadzenia ostrzejszych ograniczeń w zakresie podwykonawstwa, aby umożliwić instytucjom zamawiającym wywieranie większego wpływu na realizację zamówienia. Postulują one, przykładowo, wprowadzenie możliwości całkowitego wykluczenia podwykonawstwa lub przynajmniej w odniesieniu do zasadniczych części zamówienia, bądź ograniczenia podwykonawstwa do określonej procentowo części zamówienia, bądź zapewnienia instytucji zamawiającej ogólnego prawa do odrzucania proponowanych podwykonawców.

Pytanie:

44. Czy uważają Państwo, że instytucje zamawiające powinny mieć większe możliwości wywierania wpływu na zlecenie przez zwycięskiego oferenta prac podwykonawcom? Jeśli tak, jakie instrumenty proponowałoby Państwo?

3. ZWIĘKSZENIE DOSTĘPNOŚCI EUROPEJSKIEGO RYNKU ZAMÓWIEŃ

Jednym z najważniejszych celów prawodawstwa UE dotyczącego zamówień publicznych jest zapewnienie wykonawcom możliwości skutecznego konkutowania o zamówienia publiczne w innych państwach członkowskich. Od czasu wprowadzenia w latach 70-tych pierwszych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych osiągnięto w tej kwestii znaczące sukcesy. Niemniej jednak wydaje się, że istnieje w dalszym ciągu możliwość poprawy sytuacji, jeśli chodzi o stworzenie prawdziwie europejskiego rynku zamówień, w pełni dostępnego dla przedsiębiorstw europejskich. Dotyczy to zwłaszcza zapewnienia lepszego dostępu dla MŚP oraz zwiększenia ogólnej konkurencyjności rynków zamówień.

Pytanie:

45. Czy uważają Państwo, że obecne dyrektywy umożliwiają wykonawcom korzystanie w pełni z możliwości ubiegania się o zamówienia w ramach rynku wewnętrznego? Jeśli nie, to które z przepisów nie są, Państwa zdaniem, odpowiednio dopasowane do potrzeb wykonawców oraz dlaczego?

3.1. Poprawa dostępu MŚP oraz przedsiębiorstw rozpoczynających działalność

Celem dyrektyw w sprawie zamówień publicznych jest otwarcie rynku zamówień publicznych dla wszystkich wykonawców niezależnie od ich wielkości. Szczególną uwagę należy jednak zwrócić na kwestię dostępu małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) do tych rynków⁶³.

Uważa się, że MŚP stanowią podstawę gospodarki UE i mają ogromny potencjał w zakresie tworzenia miejsc pracy, wzrostu gospodarczego i innowacji. Łatwy dostęp do rynków zamówień może pomóc im w uwolnieniu wspomnianego potencjału w zakresie wzrostu gospodarczego i innowacji, wywierając tym samym pozytywny wpływ na gospodarkę europejską. Co więcej, silne zaangażowanie MŚP w zakupy publiczne pozwoli instytucjom zamawiającym na znaczące poszerzenie bazy potencjalnych dostawców, co przyniesie pozytywne skutki w postaci zwiększonej konkurencji w zakresie zamówień publicznych i ustanowienia przeciwwagi wobec podmiotów dominujących na rynku.

Aby w możliwie największym stopniu udostępnić MŚP zamówienia publiczne każdej wielkości, Komisja opublikowała w 2008 r. dokument pt. „Europejski kodeks najlepszych praktyk ułatwiających dostęp MŚP do zamówień publicznych”⁶⁴. W kodeksie wskazano oraz rozwinięto szereg praktyk mieszczących się w ramach regulacyjnych UE, które zapewniają

⁶³ Zob. również wniosek Parlamentu Europejskiego skierowany do Komisji o podjęcie większych wysiłków na rzecz ułatwienia dostępu MŚP do rynków zamówieniowych zawarty w sprawozdaniu poświęconym rozwojowi sytuacji w dziedzinie zamówień publicznych („New developments in public procurement”: 2009/2175(INI)).

⁶⁴ Dokument roboczy służb Komisji, SEC(2008) 2193.

optymalną organizację przetargów, jeśli chodzi o udział MŚP i zapewnienie równych szans tej grupie oferentów.

Zgodnie z wynikami badania⁶⁵ zleconego niedawno przez Komisję Europejską, między 2006 a 2008 r. odsetek MŚP wśród przedsiębiorstw, które uzyskały zamówienia publiczne o wartości *powyżej progów UE*, wynosił między 58 % i 61 % dla UE-27. Jeśli chodzi o całkowitą szacunkową wartość podpisanych umów, na MŚP przypada od 31 % do 38 % zamówień publicznych, podczas gdy ich ogólny udział w gospodarce, obliczony na podstawie łącznego obrotu, wynosi 52 %.

W tym kontekście warto przeanalizować, czy potrzebne jest podjęcie na poziomie UE działań ustawodawczych, aby zapewnić pełne wykorzystanie ekonomicznego i innowacyjnego potencjału MŚP przez instytucje zamawiające w ich transakcjach zamówieniowych.

Zmniejszenie obciążeń administracyjnych na etapie kwalifikacji

W uwagach przekazywanych przez małych i średnich wykonawców sugeruje się, że głównych przeszkód dla udziału MŚP w przetargach publicznych należy szukać na etapie kwalifikacji. Z jednej strony ma to związek z dowodami, jakie muszą zostać dostarczone. Znaczna ilość zaświadczeń, jakie są często wymagane na etapie kwalifikacji, powoduje obciążenia administracyjne, które dla MŚP mogą być trudne do przyjęcia, zwłaszcza w kontekście transgranicznym, gdy zaświadczenia te trzeba jeszcze przetłumaczyć. Z drugiej strony, same kryteria kwalifikacji są często tak wyśrubowane (np. wymogi odnoszące się do obrotu lub liczba wymaganych zamówień referencyjnych), że ich spełnienie przez MŚP jest praktycznie niemożliwe.

Jeśli chodzi o pierwszą kwestię (dowody spełniania kryteriów kwalifikacji), często proponowanym rozwiązaniem może być generalne dopuszczenie możliwości przedstawiania przez przedsiębiorstwa w początkowej fazie jedynie streszczenia informacji istotnych do celów kwalifikacji oraz dostarczanie oświadczeń własnych dotyczących spełniania kryteriów kwalifikacji. Co do zasady jedynie zwycięski oferent lub oferenci dopuszczeni do etapu udzielenia zamówienia zostaliby poproszeni o przedstawienie rzeczywistych dokumentów potwierdzających (zaświadczeń). Instytucja zamawiająca miałaby jednak w każdej chwili możliwość zażądania tych dokumentów w trakcie, a nawet po zakończeniu procedury udzielania zamówienia do celów zapobiegania nadużyciom. Zmniejszyłoby to obciążenia administracyjne, szczególnie w stosunku do małych i średnich przedsiębiorstw, bez naruszenia gwarancji dokonywania właściwych wyborów.

Jeśli chodzi o drugą kwestię (nadmiernie wyśrubowane kryteria kwalifikacji), można znaleźć argumenty za wprowadzeniem do przepisów UE ograniczenia w zakresie określania niektórych wymogów dotyczących kwalifikacji podmiotowej, odnoszących się w szczególności do sytuacji finansowej. Mogłoby to zapobiec określaniu przez instytucje zamawiające nadmiernie wyśrubowanych kryteriów kwalifikacji (dotyczących przykładowo obrotu), które w sposób nieuchronny wykluczają z udziału MŚP. Tego rodzaju środek stanowiłby dalsze rozwinięcie istniejącego już obowiązku stosowania proporcjonalnych kryteriów kwalifikacji. Z drugiej strony, ograniczałoby to swobodę wskazywania przez instytucje zamawiające standardów, których spełnienie jest ich zdaniem konieczne, aby zapewnić właściwą realizację zamówienia.

⁶⁵ „Evaluation of SMEs’ access to public procurement markets in the EU” (aktualizacja 2009), wrzesień 2010. Zlecone przez Dyрекcję Generalną ds. Przedsiębiorstw i Przemysłu. Konsultant: GHK.

Inne sugestie

Zainteresowane strony proponują czasem wprowadzenie ponadto środków pozytywnej dyskryminacji na rzecz MŚP, takich jak zastrzeżenie z góry części zamówień wyłącznie dla MŚP. W przeciwieństwie do naszych partnerów handlowych, którzy wprowadzili takie środki, UE nie popiera praktyki zastrzegania rynków dla określonych przedsiębiorstw. Tego rodzaju działania byłyby także sprzeczne z zasadą równego traktowania oferentów, która stanowi zasadniczy filar systemu UE dotyczącego zamówień publicznych i która została potwierdzona przez Trybunał Sprawiedliwości jako jedna ze swobód wynikających z Traktatu.

Realną opcją mogłyby jednak być wewnętrzne środki administracyjne zachęcające instytucje zamawiające do dołożenia wszelkich starań w celu poprawy dostępu MŚP do udzielanych przez nie zamówień. Jednym z pomysłów może być np. ustalenie wartości docelowych dotyczących udziału MŚP w całości udzielanych zamówień. Tego rodzaju rozwiązanie nie polegałoby na *zastrzeganiu określonych zamówień* dla MŚP, lecz dostarczałoby po prostu instytucjom zamawiającym zachętę do jak najlepszego wykorzystania dostępnych instrumentów na rzecz prowadzenia przyjaznej dla MŚP polityki zamówieniowej.

Inną opcją byłoby umożliwienie instytucjom zamawiającym nakładania na zwycięskiego oferenta obowiązku zlecenia osobom trzecim realizacji części zamówienia o określonej procentowo wartości. Tego rodzaju obowiązek przewidziano już w dyrektywie 2004/18/WE w odniesieniu do koncesji na roboty budowlane (art. 60) oraz w dyrektywie 2009/81/WE w sprawie udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (art. 21).

Pytania:

46. Czy uważają Państwo, że przepisy i polityka UE w zakresie zamówień publicznych są już wystarczająco przyjazne wobec MŚP? Czy też, przeciwnie, uważają Państwo, że należy zrewidować niektóre przepisy dyrektywy bądź wprowadzić dodatkowe środki w celu promowania udziału MŚP w zamówieniach publicznych? Proszę uzasadnić swoją odpowiedź.
47. Czy w Państwa opinii należy uczynić obowiązkowym stosowanie przez instytucje zamawiające niektórych środków określonych w kodeksie najlepszych praktyk, takich jak podział zamówień na części (podlegający pewnym zastrzeżeniom)?
48. Czy uważają Państwo, że przepisy dotyczące wyboru oferenta niosą ze sobą nieproporcjonalne obciążenia administracyjne dla MŚP? Jeśli tak, to w jaki sposób można złagodzić te przepisy, nie podważając gwarancji dotyczących przejrzystości, niedyskryminacji i wysokiej jakości realizacji zamówień?
49. Czy poparliby Państwo rozwiązanie zakładające, że wymóg złożenia i weryfikacji dowodów dotyczyłby jedynie kandydatów zakwalifikowanych na krótką listę/zwycięskiego oferenta?
50. Czy uważają Państwo, że oświadczenia własne to odpowiedni sposób na złagodzenie obciążeń administracyjnych związanych z przedstawianiem dowodów spełniania kryteriów kwalifikacji, czy też nie są one wystarczająco wiarygodne, aby zastąpić zaświadczenia? W przypadku których kwestii oświadczenia własne byłyby użyteczne (chodzi zwłaszcza o informacje dotyczące samego przedsiębiorstwa), a w przypadku których nie byłyby one przydatne?

51. Czy zgadzają się Państwo, że określanie nadmiernie surowych wymogów dotyczących obrotu na potrzeby wykazania zdolności finansowej stanowi problem dla MŚP? Czy należy określić w przepisach UE maksymalne wskaźniki w celu zapewnienia proporcjonalności kryteriów kwalifikacji (przykładowo: maksymalny wymagany obrót nie może przekraczać określonej wielokrotności wartości zamówienia)? Czy proponowałoby Państwo wprowadzenie innych instrumentów w celu zapewnienia proporcjonalności kryteriów kwalifikacji w stosunku do wartości i przedmiotu zamówienia?
52. Jakie są zalety i wady wariantu pozwalającego państwom członkowskim na wprowadzenie możliwości lub obowiązku nakładania przez instytucje zamawiające na zwycięskiego oferenta wymogu zlecenia osobom trzecim realizacji określonej części głównego zamówienia?

3.2. Zapewnienie uczciwej i efektywnej konkurencji

Zamawiający publiczni dokonują często zakupów na rynkach, które mają niekonkurencyjną strukturę⁶⁶. W przypadku tego rodzaju rynków cel przepisów dotyczących zamówień publicznych, a mianowicie otwarta i efektywna konkurencja, może być trudny do osiągnięcia poprzez zwykłe zastosowanie reguł proceduralnych przewidzianych w aktualnych dyrektywach. Decyzje dotyczące zamówień podejmowane bez uwzględnienia struktury rynku, nawet przy pełnej zgodności z przepisami dyrektyw, pociągają za sobą ryzyko podtrzymywania czy wręcz pogłębiania niekonkurencyjnej struktury. Dotyczy to zwłaszcza przypadków zamówień o wysokiej wartości w sektorach, w których instytucje publiczne są głównymi klientami, a popyt ze strony nabywców prywatnych nie jest wystarczająco duży, aby zrównoważyć wpływ zakupów dokonywanych przez instytucje publiczne na dany rynek.

Mądra polityka zamówieniowa mająca na celu maksymalizację konkurencji na takich rynkach wymagałaby w pierwszej kolejności, aby zamawiający byli świadomi struktury danych rynków. Ponadto musieliby oni dostosować odpowiednio swoje strategie zamówieniowe (planowanie zamówień i wybór procedur). Przykładowo, instytucje zamawiające powinny unikać ogłaszania przetargów na zamówienia, które mogą zostać zrealizowane wyłącznie przez jeden podmiot rynkowy bądź przez niewielką liczbę podmiotów, ponieważ wzmacnia to struktury oligopolistyczne i praktycznie uniemożliwia wejście na rynek nowych podmiotów. W najgorszym razie instytucja zamawiająca miałaby ostatecznie do czynienia z jednym dominującym dostawcą, który mógłby dyktować warunki i ceny umowy.

Właściwy kształt zamówień zależy oczywiście od struktury danego rynku. Jeżeli mniejsze podmioty działające na rynku są w stanie świadczyć daną usługę lub dostarczyć dane produkty na mniejszą skalę, skuteczne sposoby maksymalizacji konkurencji mogą obejmować zmniejszenie wielkości/ okresu obowiązywania umów. Sposobem zapewnienia skutecznej konkurencji mógłby być również podział zamówień na części, z ewentualnym wskazaniem

⁶⁶ W wielu państwach członkowskich rynek unieszkodliwiania odpadów zdominowany jest przez jeden duży podmiot lub dwa duże podmioty. Sektor budownictwa, przynajmniej jeśli chodzi o duże projekty infrastrukturalne, ma charakter oligopolu i jest narażony na powstawanie karteli. Inne przykłady to dostawy w zakresie IT, rynek energii elektrycznej w niektórych państwach członkowskich (co pokazują decyzje podejmowane na podstawie art. 30 dotyczące rynków energoelektrycznych w Republice Czeskiej, w Hiszpanii i we Włoszech) oraz rynek niektórych usług pocztowych w szeregu państw członkowskich (co pokazują decyzje podejmowane na podstawie art. 30 dotyczące sektora pocztowego w Szwecji, Finlandii i Austrii).

maksymalnej liczby części, jaka może zostać udzielona jednemu oferentowi. Jeżeli liczba konkurentów wśród mniejszych firm nie jest wystarczająca, alternatywnym sposobem zapewnienia skutecznej konkurencji mogłoby być zgrupowanie kilku zakupów w jedno zamówienie, aby przyciągnąć konkurentów z innych państw członkowskich.

Jako użyteczne środki zabezpieczające skuteczną konkurencję na rynkach zamówień, które można by wprowadzić na poziomie UE w postaci opcji do wyboru dla państw członkowskich lub instytucji zamawiających, wymienia się często szereg innych instrumentów. Jak wspomniano wyżej, mniej surowe kryteria kwalifikacji powodują zazwyczaj zwiększenie liczby ważnych ofert⁶⁷. Narzucaniu niekorzystnych umów przez dominujących dostawców można zapobiec poprzez wcześniejsze zastrzeżenie maksymalnej ceny, powyżej której zamówienie nie zostanie udzielone, bądź poprzez opcję unieważnienia procedury w przypadku, gdy oferta(oferty) tylko jednego oferenta spełni(spełnią) wymogi etapu kwalifikacji.

Bardziej ogólnie rzecz biorąc, należy rozważyć także, w miarę możliwości, środki mające na celu ułatwienie udziału oferentów z innych państw członkowskich. Jak już podkreślono, istnieje znaczący niewykorzystany potencjał w zakresie zwiększenia wewnątrz europejskiej wymiany handlowej w ramach zamówień publicznych na potrzeby stworzenia prawdziwie europejskiego rynku zamówień. Rezultatem tego byłoby zwielokrotnienie możliwości biznesowych dla przedsiębiorstw europejskich, a jednocześnie poszerzenie bazy potencjalnych dostawców dla instytucji zamawiających. Środki mające na celu ułatwienie uczestnictwa transgranicznego mogą obejmować poprawę wzajemnego uznawania zaświadczeń (czy nawet wprowadzenie wspólnego europejskiego systemu kwalifikowania). Niektóre zainteresowane strony sugerują nawet, iż w przypadku niektórych zamówień o wysokiej wartości pomocne mogłoby być sporządzanie specyfikacji przetargowej w drugim języku lub dopuszczanie ofert przygotowanych w językach obcych. Można rozważyć również zastosowanie systemu automatycznego tłumaczenia – przynajmniej na potrzeby zapewnienia wstępnej informacji – w odniesieniu do niektórych etapów procedury.

Wszelkie środki mające na celu wzmocnienie konkurencji na rynkach zamówień oparte są na założeniu, że instytucje zamawiające posiadają odpowiednią wiedzę na temat rynków, na których dokonują zakupów (np. poprzez analizy dotyczące struktury i kształtu danego rynku przed faktycznym udzieleniem zamówienia). Wprowadzenie w praktyce tych (bądź innych) zabezpieczeń wymagałoby dodatkowego wysiłku ze strony instytucji zamawiających, co byłoby pewnie uzasadnione jedynie w przypadku dużych zamówień mogących znacząco wpływać na strukturę rynku.

Pytania:

53. Czy zgadzają się Państwo, że zamówienia publiczne mogą mieć istotny wpływ na strukturę rynku i że zamawiający powinni, w miarę możliwości, starać się dopasować swoje strategie zamówieniowe w celu przeciwdziałania niekonkurencyjnym strukturom rynku?
54. Czy uważają Państwo, że europejskie przepisy i polityka w zakresie zamówień publicznych powinny przewidywać (nieobowiązkowe) instrumenty mające celu

⁶⁷ Obniżenie wymogów odnoszących się do obrotu ułatwia udział mniejszych firm, a obniżenie wymogów dotyczących wcześniejszego doświadczenia sprzyja wchodzeniu na rynek nowych podmiotów itd.

promowanie tego rodzaju prokonkurencyjnych strategii zamówieniowych? Jeśli tak, jakie instrumenty proponowałoby Państwo?

55. Czy uważają Państwo w tym kontekście, że potrzebne są bardziej specyficzne instrumenty lub inicjatywy, aby promować uczestnictwo oferentów z innych państw członkowskich? Jeśli tak, proszę je opisać.
56. Czy uważają Państwo, że należy poprawić wzajemne uznawanie zaświadczeń? Czy poparliby Państwo ustanowienie ogólnoeuropejskiego systemu wstępnego kwalifikowania?
57. Jakie rozwiązanie proponowałoby Państwo w kwestii barier językowych? Czy podzielają Państwo pogląd, że w przypadku zamówień o wysokiej wartości instytucje zamawiające powinny mieć obowiązek sporządzania specyfikacji przetargowej w drugim języku lub dopuszczania ofert przygotowanych w językach obcych?
58. Jakie instrumenty można wprowadzić w ramach przepisów dotyczących zamówień publicznych w celu zapobiegania pojawianiu się dominujących dostawców? W jaki sposób można lepiej chronić instytucje zamawiające przed siłą dominujących dostawców?

Zapobieganie antykonkurencyjnym zachowaniom

Powiązana kwestię stanowi problem antykonkurencyjnych zachowań na rynkach zamówień. Rynki zamówień wydają się szczególnie podatne na zachowania o charakterze zmowy ze strony uczestników (manipulowanie ofertami, dzielenie się rynkiem...) ⁶⁸ ze względu, między innymi, na stabilność i przewidywalność popytu publicznego. Niektórzy analitycy uważają również, iż przejrzystość procesu sprzyja w rzeczywistości budowaniu karteli.

Mimo iż liczba naruszeń prawa konkurencji w procedurach udzielania zamówień publicznych jest niemała ⁶⁹, obecne przepisy UE dotyczące zamówień publicznych nie regulują wyraźnie tej kwestii. Do tej pory panował pogląd, iż problem ten można skutecznie rozwiązać, opierając się na aktualnych przepisach, np. poprzez zapewnienie urzędnikom odpowiedzialnym za zamówienia wytycznych dotyczących sposobu zapobiegania zachowaniom o charakterze zmowy oraz ich wykrywania.

Należy jednak przeprowadzić debatę w celu ustalenia, czy tego rodzaju wytyczne są wystarczające, aby skutecznie zwalczać przypadki zmowy na rynkach zamówień, czy też potrzebne są specjalne instrumenty prawne, takie jak: surowsze przepisy dotyczące dyskwalifikacji w przypadku manipulowania ofertami; możliwość nieujawniania pewnych informacji lub obowiązkowe stosowanie procedury negocjacyjnej w sektorach, w których istnieje duże prawdopodobieństwo budowania karteli; wykorzystanie oświadczeń potwierdzających niezależne przygotowanie oferty (ang. *Certificates of Independent Bid*

⁶⁸ Zob. również obszerne prace OECD, np. wytyczne dotyczące zwalczania praktyk manipulowania ofertami w zamówieniach publicznych: http://www.oecd.org/document/29/0,3343,en_2649_40381615_42230813_1_1_1_1,00.html

⁶⁹ Jeśli chodzi o „słynne” kartele działające na rynkach zamówień publicznych, por. na przykład „sprawę bonów obiadowych” we Włoszech czy przypadek z Francji dotyczący liceów z L'Ile-de-France.

Determination); obowiązek konsultowania się instytucji zamawiających z organami ds. konkurencji w przypadku wykrycia podejrzanych schematów w ofertach; itp.

Doświadczenie wskazuje również, iż przydatne mogłoby być uczynienie niektórych instrumentów, które są szczególnie wystawione na ryzyko niewłaściwego wykorzystania w celu zmowy, bardziej odpornymi na tego rodzaju praktyki. Przykładowo, zlecenie podwykonawstwa określonych części zamówienia jest popularnym sposobem nagradzania przez zwycięskiego oferenta członków kartelu za przestrzeganie porozumienia kartelowego. Jednym z możliwych rozwiązań tego problemu mógłby być zakaz zlecenia, pod pewnymi warunkami, podwykonawstwa przedsiębiorstwom, które uczestniczyły w procedurze przetargowej⁷⁰.

Oczywiste jest, że dodatkowe gwarancje chroniące przed antykonkurencyjnymi zachowaniami mogłyby sprzyjać podtrzymywaniu odpowiedniej konkurencji na rynkach zamówień. Także tego rodzaju korzyść należy uważnie rozważyć w kontekście dodatkowych obciążeń administracyjnych dla zamawiających i przedsiębiorstw, które wiązałyby się z wprowadzeniem takich przepisów.

Pytanie:

59. Czy uważają Państwo, że do przepisów UE dotyczących zamówień publicznych należy wprowadzić silniejsze zabezpieczenia przed antykonkurencyjnymi zachowaniami w procedurach przetargowych? Jeśli tak, jakie nowe instrumenty/przepisy proponowałiby Państwo?

3.3. Udzielanie zamówień w przypadku braku konkurencji/ praw wyłącznych

W praktyce instytucje zamawiające muszą często dokonywać zakupów u jednego określonego wykonawcy, ponieważ posiada on prawa wyłączne w zakresie produkcji danych towarów lub świadczenia danych usług. W takich przypadkach wykluczone jest poddanie danych zamówień regułom normalnej konkurencji. Dlatego też dyrektywy w sprawie zamówień publicznych umożliwiają stosowanie procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji w przypadkach, w których „z przyczyn technicznych bądź artystycznych lub związanych z ochroną praw wyłącznych, zamówienie może zostać udzielone jedynie określonemu wykonawcy”⁷¹.

Prawdą jest, że z uwagi na istnienie prawa wyłącznego organizacja przetargu byłaby czystą formalnością niemającą żadnej praktycznej wartości. Nie można jednak zaprzeczyć, że dostęp do danego zamówienia publicznego został zamknięty uprzednim przyznaniem prawa wyłącznego, co wykluczyło możliwość wprowadzenia konkurencji jeszcze przed rozpoczęciem procesu udzielania zamówienia.

Kwestia, w jaki sposób przyznano samo prawo wyłączne, a w szczególności, czy stosowano reguły uczciwej konkurencji na etapie jego przyznawania (co wpływa na późniejszą decyzję w sprawie udzielenia zamówienia), nie została poruszona w aktualnych dyrektywach w sprawie zamówień publicznych, jeśli chodzi o zamówienia udzielane podmiotom prywatnym.

⁷⁰ Możliwości ograniczenia udziału oferentów ze względu na ryzyko zmowy są jednak mocno ograniczone, zob. wyrok ETS z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C-538/07, *Assitur* (dotyczący tymczasowych grup przedsiębiorstw).

⁷¹ Art. 31 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE.

Zagadnienie to zostało uregulowane jedynie w kontekście współpracy publiczno-publicznej, w przypadku której zamówienia publiczne na usługi między instytucjami zamawiającymi są wyłączone z zakresu stosowania dyrektywy, jeżeli udziela się ich na podstawie prawa wyłącznego, lecz tylko pod warunkiem, że wspomniane prawo wyłączne jest zgodne z zasadami Traktatu⁷².

Wspomniany przepis szczególnie prawdopodobnie nie będzie już potrzebny, kiedy znalezione zostanie rozwiązanie dla kwestii związanych ze współpracą publiczno-publiczną. Trzeba jednak rozważyć, czy na potrzeby zapewnienia odpowiedniej konkurencji na rynkach zamówień nie powinna zostać ogólnie zastosowana zasadnicza koncepcja tego artykułu. Zasada ta pozwalałaby na udzielanie zamówień bez przeprowadzania konkurencyjnej procedury na podstawie praw wyłącznych tylko w przypadku, gdy przyznanie tych praw odbyło się na zasadach konkurencyjnych.

Pytania:

60. Czy przyznawanie praw wyłącznych może, Państwa zdaniem, zagrażać uczciwej konkurencji na rynkach zamówień?
61. Jeśli tak, jakie instrumenty proponowałoby Państwo, aby złagodzić tego rodzaju zagrożenia/ zapewnić uczciwą konkurencję? Czy uważają Państwo, że przepisy UE dotyczące zamówień powinny zezwalać na udzielanie zamówień bez przeprowadzania procedury udzielania zamówienia na podstawie praw wyłącznych tylko w przypadku, gdy dane prawo wyłączne jako takie zostało przyznane w drodze przejrzystej, konkurencyjnej procedury?

4. STRATEGICZNE WYKORZYSTANIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W ODPOWIEDZI NA NOWE WYZWANIA

Instytucje publiczne mogą poważnie przyczynić się do osiągnięcia najważniejszych celów strategii „Europa 2020”⁷³ poprzez wykorzystanie swojej siły nabywczej do zamawiania towarów i usług o większej wartości „społecznej” pod względem wspierania innowacji, poszanowania środowiska i przeciwdziałania zmianom klimatycznym, zmniejszenia zużycia energii, poprawy zatrudnienia, zdrowia publicznego⁷⁴ i warunków socjalnych oraz promowania równych szans, zwiększając włączenie grup znajdujących się w niekorzystnej sytuacji⁷⁵. Znaczący popyt ze strony instytucji publicznych na „bardziej ekologiczne”, niskoemisyjne, bardziej innowacyjne i odpowiadające potrzebom społecznym towary oraz usługi może również kształtować tendencje w zakresie produkcji i konsumpcji w nadchodzących latach. Reagowanie na wyzwania społeczne nie powinno oczywiście obniżać skuteczności zamówień publicznych. Aspekty związane z polityką należy uwzględniać w zamówieniach publicznych w taki sposób, aby unikać nakładania na instytucje zamawiające nieproporcjonalnych dodatkowych obciążeń administracyjnych bądź zakłócania konkurencji na rynkach zamówień.

⁷² Art. 18 dyrektywy 2004/18/WE.

⁷³ Zob. komunikat Komisji z dnia 3 marca 2010 r., COM(2010) 2020.

⁷⁴ Zob. konkluzje Rady z dnia 13 września 2010 r. dotyczące doświadczeń nabytych podczas pandemii grypy A(H1N1).

⁷⁵ Zgodnie mianowicie z art. 9 TFUE, w którym wzywa się Unię do uwzględnienia wymogów związanych ze wspieraniem wysokiego poziomu zatrudnienia, zapewnianiem odpowiedniej ochrony socjalnej oraz zwalczaniem wykluczenia społecznego.

Istnieją dwa możliwe sposoby wykorzystania zamówień publicznych na potrzeby realizacji celów polityki określonych w strategii „Europa 2020”:

- zapewnienie instytucjom zamawiającym środków na potrzeby uwzględnienia tych celów zgodnie z regułami proceduralnymi dotyczącymi zamówień publicznych („sposób zakupu”);
- nałożenie na instytucje zamawiające obowiązkowych wymogów lub dostarczenie bodźców ukierunkowujących ich decyzje dotyczące tego, jakie towary i usługi powinny być zamawiane („przedmiot zakupu”).

Dyrektywy w sprawie zamówień publicznych zapewniają wspólne ramy w zakresie zakupów publicznych poprzez ustanowienie reguł proceduralnych dotyczących „sposobu zakupu”, a także pozostawiają instytucjom zamawiającym swobodę, jeśli chodzi o podejmowanie zasadniczej decyzji dotyczącej „przedmiotu zakupu”, określanie cech robót budowlanych, produktów lub usług, które w najlepszy sposób odpowiadają ich potrzebom, oraz wprowadzanie warunków, które są najbardziej odpowiednie z punktu widzenia osiągnięcia pożądaných celów polityki (o ile mają one przejrzysty i niedyskryminacyjny charakter).

Przepisy UE dotyczące zamówień publicznych umożliwiają również stosowanie zachęt w zakresie zamówień zgodnie z celami strategii „Europa 2020”, bądź nakładanie na instytucje zamawiające obowiązków dotyczących „przedmiotu zakupu”, na poziomie europejskim albo krajowym, aby zapewnić spójność strategii zamówień publicznych z ogólnymi celami polityki.

W ostatnich latach zainicjowano szereg konkretnych inicjatyw dotyczących polityki, zarówno na poziomie europejskim, jak i na poziomie krajowym, aby promować wykorzystanie zamówień publicznych do wspierania wyżej przedstawionych celów polityki, takich jak np. trwające prace w zakresie: promowania ekologicznych zamówień publicznych (GPP)⁷⁶, aspektów społecznych⁷⁷ w zamówieniach publicznych oraz innowacji⁷⁸.

W szczególności ekologiczne zamówienia publiczne (GPP) są w praktyce organizowane w państwach członkowskich od ponad dziesięciu lat. Większość państw członkowskich przyjęła krajowe plany działania w zakresie GPP, w których określono dobrowolne lub obowiązkowe wartości docelowe oraz konkretne środki na rzecz promowania i wdrażania GPP. UE

⁷⁶ Por. komunikat Komisji „Zamówienia publiczne na rzecz poprawy stanu środowiska”, COM(2008) 400, w którym wyznaczono wartości docelowe dotyczące wdrożenia GPP w państwach członkowskich i rozpoczęto proces opracowywania wspólnych dobrowolnych europejskich kryteriów w zakresie GPP. Por. również „Ekologiczne zakupy! Podręcznik dotyczący ekologicznych zamówień publicznych”, http://ec.europa.eu/environment/gpp/guideline_en.htm.

⁷⁷ Por. podręcznik dotyczący uwzględniania aspektów społecznych w zamówieniach publicznych „Buying social – A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement”, SEC(2010) 1258.

⁷⁸ W następstwie zobowiązania nr 17, określonego w komunikacie „Unia innowacji”, Komisja Europejska monitoruje obecnie realizację badania (które rozpoczęło się w listopadzie 2010 r. i zakończy się w listopadzie 2011 r.), mającego na celu opracowanie nowego mechanizmu wspierania zamówień dotyczących innowacyjności. System ten zapewni wytyczne oraz ustanowi (finansowy) mechanizm wsparcia, aby pomóc instytucjom zamawiającym w przeprowadzaniu tych zamówień w sposób otwarty i niedyskryminacyjny oraz aby łączyć popyt, opracowywać wspólne specyfikacje i promować dostęp dla MŚP. Jeśli chodzi o zamówienia przedkomercyjne, zob. komunikat Komisji „Zamówienia przedkomercyjne: wspieranie innowacyjności w celu zapewnienia trwałości i wysokiej jakości usług publicznych w Europie”, COM(2007) 799.

przygotowała już zestawy kryteriów w zakresie GPP dla 18 grup produktów i usług⁷⁹, a kolejne zostaną opracowane.

Poniższa sekcja dotyczyć będzie tego, czy i jakiego rodzaju zmiany w przepisach UE dotyczących zamówień publicznych są potrzebne, aby zapewnić spójność i adekwatność różnych środków, które są lub mogłyby być podejmowane na poziomie unijnym i krajowym.

4.1. Obowiązki w zakresie sposobu zakupu jako wsparcie realizacji celów strategii „Europa 2020”

Aspekty związane z ochroną środowiska, włączeniem społecznym lub promowaniem innowacji mogą być istotne, w zależności od ich charakteru, na różnych etapach procedury udzielania zamówienia. Nie wszystkie poszczególne aspekty związane z tymi celami polityki mogą zostać uwzględnione na każdym etapie. Poniższa sekcja poświęcona będzie przedyskutowaniu kwestii, w jaki sposób poszczególne cele polityki mogą zostać uwzględnione na kolejnych etapach procedury udzielania zamówienia.

Opisywanie przedmiotu zamówienia i specyfikacji technicznych

Zgodnie z obowiązującymi przepisami UE dotyczącymi zamówień publicznych, instytucje zamawiające muszą zapewnić jasny i niedyskryminacyjny opis przedmiotu zamówienia oraz muszą określić specyfikacje techniczne w taki sposób, którego skutkiem nie może być sprzyjanie określonym przedsiębiorstwom.

Wymogi odnoszące się do procesu i metod produkcji muszą dotyczyć wytwarzania produktu i mieć wpływ na jego właściwości, niekoniecznie będąc widocznymi. Zgodnie z aktualnymi przepisami nie jest możliwe określenie wymogów w zakresie procesu i metod produkcji, które nie dotyczą wytwarzania produktu i nie są odzwierciedlone w jego właściwościach.

Instytucje publiczne i zainteresowane strony twierdzą czasem, że ze względów związanych z ochroną środowiska i zdrowia niektóre produkty muszą bądź powinny być pozyskiwane lokalnie. W tym kontekście należy podkreślić, że tego rodzaju wymogi naruszają prawo UE, jeżeli ich rezultatem jest nieuzasadniona, pośrednia lub bezpośrednia, dyskryminacja wśród dostawców. Można je usprawiedliwić jedynie w wyjątkowych przypadkach, w których uzasadnione i obiektywne potrzeby, które nie dotyczą aspektów czysto ekonomicznych, mogą zostać zaspokojone przez produkty pochodzące z określonego regionu.

Pytania:

62. Czy uważają Państwo, że przepisy dotyczące specyfikacji technicznych w wystarczający sposób umożliwiają wprowadzanie aspektów związanych z realizacją celów innych polityk?
63. Czy podzielają Państwo pogląd, iż możliwość określania specyfikacji technicznych w kategoriach charakterystyki lub wymagań w zakresie funkcjonalności może pozwolić instytucjom zamawiającym na lepsze zaspokojenie ich strategicznych

⁷⁹ Por. komunikat Komisji „Zamówienia publiczne na rzecz poprawy stanu środowiska”, COM(2008) 400, w którym wyznaczono wartości docelowe dotyczące wdrożenia GPP w państwach członkowskich i rozpoczęto proces opracowywania wspólnych dobrowolnych europejskich kryteriów w zakresie GPP. Por. również „Ekologiczne zakupy! Podręcznik dotyczący ekologicznych zamówień publicznych”, http://ec.europa.eu/environment/gpp/guideline_en.htm.

potrzeb niż w przypadku określania ich pod kątem czysto technicznych wymogów? Jeśli tak, czy postulowałoby Państwo, aby odwoływanie się do charakterystyki lub wymagań w zakresie funkcjonalności było pod pewnymi warunkami obowiązkowe?

64. Przykładowo, czy uważają Państwo, że instytucje zamawiające wykorzystują dostatecznie możliwości wynikające z art. 23 dyrektywy 2004/18/WE w zakresie kryteriów dostępności⁸⁰ dla osób niepełnosprawnych lub przeznaczenia dla wszystkich użytkowników? Jeśli nie, co należy zrobić?
65. Czy uważają Państwo, że niektóre procedury przewidziane w aktualnych dyrektywach⁸¹ (takie jak dialog konkurencyjny, konkursy) w szczególności nadają się do celów uwzględniania polityki w zakresie ochrony środowiska, kwestii społecznych, dostępności i innowacji?
66. Jakie zmiany w procedurach przewidzianych w obecnych dyrektywach proponowałoby Państwo wprowadzić, aby w największym możliwym stopniu uwzględnić wymienione wyżej cele polityki, przy jednoczesnym zagwarantowaniu poszanowania zasad niedyskryminacji i przejrzystości zapewniających równe szanse przedsiębiorstwom europejskim? Czy zastosowanie innowacyjnych technologii informacyjno-komunikacyjnych w konkretny sposób pomaga zamawiającym w realizacji celów strategii „Europa 2020”?
67. Czy dostrzegają Państwo przypadki, w których ograniczenie wyboru do dostawców lokalnych lub regionalnych można by usprawiedliwić uzasadnionymi i obiektywnymi względami, które nie opierają się na czysto ekonomicznych przesłankach?
68. Czy uważają Państwo, że stosowanie procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji jako procedury standardowej mogłoby pomóc lepiej uwzględniać aspekty związane z polityką, np. w zakresie ochrony środowiska, kwestii społecznych, innowacji itp.? Czy też ryzyko dyskryminacji i ograniczenia konkurencji byłoby zbyt wysokie?

Wyznaczanie najbardziej właściwych kryteriów kwalifikacji

Podczas oceny zdolności kandydatów do realizacji zamówienia instytucje zamawiające mogą uwzględnić szczególne doświadczenie i kompetencje w zakresie aspektów społecznych lub środowiskowych, które są istotne dla przedmiotu zamówienia.

Pytanie:

69. Jakie proponowałoby Państwo użyteczne przykłady kompetencji technicznych lub innych kryteriów kwalifikacji mających na celu wspieranie realizacji celów takich jak ochrona środowiska, promowanie włączenia społecznego, poprawa dostępności dla osób niepełnosprawnych i zwiększanie innowacji?

Stosowanie najbardziej odpowiednich kryteriów udzielenia zamówienia

⁸⁰ „Dostępność” oznacza w tym kontekście dostępność dla osób z ograniczeniami funkcjonalnymi (niepełnosprawnych).

⁸¹ Opis procedur przedstawiono w sekcji 2.1. powyżej.

Aby zapewnić efektywną konkurencję między wykonawcami oraz zapobiec podejmowaniu przez instytucje publiczne arbitralnych decyzji, obecne przepisy UE dotyczące zamówień publicznych przewidują, że kryteria udzielenia zamówienia muszą być związane z przedmiotem zamówienia, nie mogą powierzać nieograniczonej swobody wyboru instytucji zamawiającej oraz muszą być wyraźnie wskazane w dokumentach przetargowych.

Instytucje zamawiające mogą w sposób swobodny określać względną wagę, jaka zostanie przypisana poszczególnym kryteriom wykorzystywanym do ustalenia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Umożliwia to im odzwierciedlenie, podczas oceny, znaczenia, jakie chcą przypisać kryteriom środowiskowym lub społecznym w porównaniu z pozostałymi kryteriami, w tym ceną.

Jeśli chodzi o standardowe towary i usługi, w wielu przypadkach jest już możliwe określenie wysokich standardów środowiskowych lub społecznych w ramach specyfikacji technicznych bądź warunków realizacji zamówienia, przy jednoczesnym udzielaniu zamówienia na podstawie kryterium najniższej ceny. W ten sposób instytucje zamawiające mogą uzyskać produkty i usługi spełniające wysokie standardy po najlepszej cenie.

Jednak stosowanie kryteriów, które dotyczą ochrony środowiska, efektywności energetycznej, dostępności lub innowacji, na etapie udzielenia zamówienia zamiast wyłącznie w ramach specyfikacji technicznych bądź warunków realizacji zamówienia może mieć jednak tę korzyść, że skłoni firmy do składania ofert, które będą wykraczały poza poziom określony w specyfikacjach technicznych, a tym samym sprzyjać będzie wprowadzaniu innowacyjnych produktów na rynek. Stosowanie takich kryteriów na etapie udzielenia zamówienia może być również przydatne w przypadkach, w których nie ma pewności co do produktów lub usług dostępnych na rynku.

Pytania:

70. Kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie wydaje się najlepiej dopasowane do potrzeb realizacji celów innych polityk. Czy uważają Państwo, że w celu jak najlepszego uwzględnienia tego rodzaju celów polityki należałoby zmienić istniejące przepisy (w odniesieniu do niektórych typów zamówień/ pewnych konkretnych sektorów/ w określonych okolicznościach), aby:
- 70.1.1. wyeliminować kryterium uwzględniające wyłącznie najniższą cenę;
 - 70.1.2. ograniczyć stosowanie kryterium ceny lub wagę, jaką instytucje zamawiające mogą przypisać cenie;
 - 70.1.3. wprowadzić trzecią możliwość, jeśli chodzi o kryteria udzielenia zamówienia, obok kryteriów najniższej ceny i oferty najkorzystniejszej ekonomicznie? Jeśli tak, to jakie alternatywne kryterium – umożliwiające zarówno bardziej skuteczną realizację celów innych polityk, jak i zagwarantowanie równych szans i uczciwej konkurencji między przedsiębiorstwami europejskimi – proponowałoby Państwo wprowadzić?
71. Czy uważają Państwo, że należy w każdym razie ograniczyć liczbę punktów przypisywanych np. kryteriom środowiskowym, społecznym lub innowacyjności w celu ustalenia maksymalnego pułapu, tak aby dane kryterium nie było ważniejsze od kryteriów dotyczących charakterystyki bądź kosztów?

72. Czy uważają Państwo, że opcja uwzględniania kryteriów środowiskowych lub społecznych na etapie udzielenia zamówienia jest zrozumiała i wykorzystywana? Czy powinna ona zostać, Państwa zdaniem, lepiej sformułowana w dyrektywie?
73. Czy Państwa zdaniem uwzględnianie kosztów cyklu życia podczas ustalania oferty najkorzystniejszej ekonomicznie powinno mieć obowiązkowy charakter (zwłaszcza w przypadku dużych projektów)? Czy w takim razie uznaliby Państwo za konieczne/ właściwe, aby służby Komisji opracowały metodę określania kosztów cyklu życia?

Nakładanie odpowiednich klauzul dotyczących realizacji zamówienia

Zgodnie z obecnymi przepisami UE dotyczącymi zamówień publicznych, klauzule dotyczące realizacji zamówienia muszą być powiązane z zadaniami, które są niezbędne do produkcji i dostarczenia zakupywanych towarów lub usług. Tego rodzaju warunki⁸² dotyczące realizacji zamówienia mogą uwzględniać aspekty innych polityk, takie jak kwestie społeczne i środowiskowe. W tym ostatnim przypadku mogłoby to, przykładowo, polegać na rekompensowaniu emisji w odniesieniu do niektórych zamówień na dostawy, które powodują znaczne emisje dwutlenku węgla. Niektóre z państw członkowskich wymagają, aby w przypadku zamawiania usług taksówkowych lub innych usług przewozowych pojazdy wykorzystywane do ich świadczenia należały do najmniej zanieczyszczających kategorii. Klauzule dotyczące realizacji zamówienia można również wykorzystywać w celu stymulowania innowacji w trakcie wykonywania umowy, np. poprzez dostarczenie zachęt do dalszego rozwijania produktów lub usług w trakcie realizacji zamówienia.

Na tym etapie instytucje zamawiające mogą nakładać na zwycięskiego oferenta określone obowiązki, które dotyczą realizacji różnych celów środowiskowych lub społecznych i które nie mogą być uwzględniane na wcześniejszych etapach procedury udzielania zamówienia.

Pytania:

74. Klauzule dotyczące realizacji zamówienia stanowią najbardziej odpowiedni etap procedury, na którym można uwzględnić aspekty dotyczące warunków zatrudnienia i pracy osób zaangażowanych w wykonywanie umowy. Czy zgadzają się Państwo z tym stwierdzeniem? Jeśli nie, proszę zaproponować ewentualne rozwiązanie alternatywne.
75. Jakiego rodzaju klauzule dotyczące realizacji zamówienia byłyby, Państwa zdaniem, szczególnie odpowiednie, jeśli chodzi o uwzględnienie aspektów społecznych, środowiskowych i dotyczących efektywności energetycznej?
76. Czy należy już określić na poziomie UE pewne ogólne klauzule dotyczące realizacji zamówienia, odnoszące się w szczególności do warunków zatrudnienia i pracy osób zaangażowanych w wykonywanie umowy?

Weryfikacja wymogów

Instytucje zamawiające mogą określać wymogi środowiskowe lub społeczne na etapie sporządzania specyfikacji technicznych lub opracowywania kryteriów kwalifikacji/ udzielenia zamówienia lub wprowadzania klauzul dotyczących realizacji zamówienia. W takich

⁸² Zob. art. 26 dyrektywy 2004/18/WE.

przypadkach opracowują one zazwyczaj listę szczegółowych informacji (certyfikaty/ dokumenty i/lub konkretne zobowiązania), jakie mają zostać przedstawione przez kandydatów lub oferentów w celu wykazania, że są oni w stanie spełnić wymogi środowiskowe lub społeczne. Zgodnie z aktualnymi przepisami, określone systemy certyfikacji (np. systemy certyfikacji lasów, certyfikaty społeczne) mogą być uznawane za ewentualny dowód, lecz równoważne środki muszą być również akceptowane. Ogólny problem, jaki pojawia się w zamówieniach publicznych, dotyczy tego, w jaki sposób weryfikować spełnianie tych wymogów w łańcuchu dostaw. Kwestia weryfikacji ma szczególne znaczenie w przypadkach, w których część łańcucha dostaw jest usytuowana w państwie trzecim.

Podczas rozpatrywania wniosków o dopuszczenie do udziału oraz ofert instytucja zamawiająca sprawdza, czy informacje i dokumenty przedstawione przez kandydatów lub oferentów są zgodne z wymogami. W przypadku braku wymaganych informacji, bądź jeżeli dostarczone informacje zostaną uznane za niezadowalające, kandydat lub oferent zostaje wykluczony z procedury.

Pytania:

77. Czy uważają Państwo, że obecne ramy UE dotyczące zamówień publicznych powinny zawierać szczegółowe rozwiązania problemu weryfikacji spełniania wymogów na całej długości łańcucha dostaw? Jeśli tak, jakie rozwiązania proponowałoby Państwo, aby uregulować tę kwestię?
78. W jaki sposób można najlepiej pomóc instytucjom zamawiającym w kwestii weryfikacji spełniania wymogów? Czy opracowanie „standardowych” systemów i dokumentów do oceny zgodności, jak również oznakowań, ułatwiłoby im realizację tego zadania? W przypadku przyjęcia takiego podejścia, co można zrobić, aby zminimalizować obciążenia administracyjne?

Związek z przedmiotem zamówienia/ wykonaniem umowy

Jak wskazano wcześniej, w obecnych ramach prawnych UE dotyczących zamówień publicznych związek z przedmiotem zamówienia jest zasadniczą przesłanką, jaka musi zostać uwzględniona przy wprowadzaniu do procesu udzielania zamówienia wszelkich aspektów związanych z realizacją innych polityk. Odnosi się to do kolejnych etapów procesu udzielania zamówienia oraz do poszczególnych kwestii (specyfikacje techniczne, kryteria kwalifikacji, kryteria udzielenia zamówienia). W przypadku klauzul dotyczących wykonania umowy wymagane jest, aby istniał związek z realizacją zadań niezbędnych do produkcji/ dostarczenia zamawianych towarów/ usług.

Złagodzenie tego wymogu mogłoby pomóc instytucjom publicznym w osiągnięciu postępów w realizacji celów polityki określonych w strategii „Europa 2020” za pomocą zamówień publicznych. Między innymi, pozwoliłoby to instytucjom zamawiającym wpływać na zachowanie przedsiębiorstw niezależnie od zakupywanych produktów lub usług, np. w celu zwiększania odpowiedzialności w zakresie ochrony środowiska lub zwracania większej uwagi na społeczną odpowiedzialność biznesu. Mógłby to być potężny instrument na rzecz wspierania realizacji celów polityki określonych w strategii „Europa 2020”.

Rozważając taką możliwość, należy jednak przeanalizować dokładnie kwestię kompromisów z aspektami innych polityk. Związek z przedmiotem zamówienia gwarantuje, że w centrum

procesu, w którym wykorzystywane są pieniądze podatników, pozostaje kwestia samego zakupu. Jest to istotna gwarancja, która zapewnia instytucjom zamawiającym uzyskanie możliwie najlepszej oferty przy skutecznym wykorzystaniu środków publicznych. Jak wyjaśniono powyżej, cel ten został również uwypuklony w strategii „Europa 2020”, w której podkreśla się, że zamówienia publiczne muszą zapewniać najbardziej efektywne wykorzystanie funduszy publicznych. Jednocześnie tego rodzaju gwarancja zakupów po najlepszej cenie stanowi środek zapewniający spójność między polityką UE w dziedzinie zamówień publicznych a zasadami pomocy państwa, ponieważ zabezpiecza przed przyznawaniem wykonawcom nieuzasadnionych korzyści poprzez udzielanie zamówień publicznych. Rozluźnienie związku z przedmiotem zamówienia mogłoby zatem pociągać ze sobą ryzyko, iż przepisy UE dotyczące zamówień publicznych stosowane będą z dala od zasad pomocy państwa, a ostatecznie mogłoby to utrudniać realizację celu polegającego na zwiększeniu konwergencji między zasadami pomocy państwa i przepisami dotyczącymi zamówień publicznych.

Związek z przedmiotem zamówienia może również pomóc uniknąć sytuacji, w której wykonawcy z konkretnego państwa będą potencjalnie faworyzowani ze szkodą dla wykonawców z innych państw członkowskich. O ile ma to szczególne znaczenie w odniesieniu do niektórych rodzajów aspektów (np. określonych wymogów społecznych), ponieważ mogą być one bardziej zakorzenione w realiach krajowych, regionalnych bądź wręcz lokalnych, odnosi się to także do aspektów innych polityk, takich jak kwestie ochrony środowiska. Przykładowo, w przypadku dostaw towarów, wymóg stanowiący, iż budynki biurowe wykorzystywane przez oferentów będą ogrzewane wyłącznie energią słoneczną mógłby faworyzować przedsiębiorstwa z państw członkowskich o określonych warunkach meteorologicznych sprzyjających technologii energii słonecznej.

Związek między aspektami dotyczącymi realizacji polityki a przedmiotem zamówienia ma również zapewniać przedsiębiorstwom pewność i przewidywalność. W przeciwnym razie, w przypadku braku takiego związku (oraz zharmonizowanych wymogów na poziomie UE), wykonawcy mogą stanąć przed żądaniem spełniania odmiennych wymogów (jeśli chodzi o odsetek kobiet, liczbę zaangażowanych bezrobotnych, dostępność dla pracowników placówek opieki nad dziećmi, środki w zakresie ochrony środowiska i gospodarki odpadami, ekoetykiety, itp.) na potrzeby poszczególnych zamówień lub poszczególnych instytucji zamawiających.

Realizacja różnych wymogów nakładanych przez instytucje zamawiające może być wyjątkowo trudna w przypadku MŚP, ponieważ mogą one nie posiadać niezbędnych zasobów ekonomicznych i ludzkich, aby spełnić szeroki zakres wymogów społecznych w odniesieniu do indywidualnych przypadków.

Wymogi niezwiązane z zakupywanymi produktami lub usługami stałyby wreszcie w sprzeczności z realizacją celu określonego w strategii „Europa 2020” dotyczącego promowania innowacyjności, ponieważ polem rywalizacji między podmiotami nie byłoby opracowywanie najlepszych (możliwie innowacyjnych) produktów lub usług, lecz polityka przedsiębiorstwa.

Pytania:

79. Niektóre zainteresowane strony proponują rozluźnienie lub wręcz skreślenie warunku stanowiącego, iż wymogi nakładane przez instytucję zamawiającą muszą być związane z przedmiotem zamówienia (umożliwiłoby to na przykład

zobowiązanie oferentów do realizacji polityki zatrudnienia uwzględniającej równość płci, bądź zatrudnienia określonego odsetka pewnych kategorii osób, np. osób poszukujących pracy, osób niepełnosprawnych). Czy zgadzają się Państwo z tą propozycją? Jakie mogłyby być, Państwa zdaniem, zalety bądź wady rozluźnienia lub wyeliminowania związku z przedmiotem zamówienia?

80. W przypadku gdy związek z przedmiotem zamówienia miałby zostać rozluźniony, jakie ewentualne mechanizmy naprawcze należy wprowadzić, aby złagodzić ryzyko dyskryminacji i znaczącego ograniczenia konkurencji?
81. Czy uważają Państwo, że MŚP mogłyby mieć problemy ze spełnieniem różnych wymogów? Jeśli tak, to w jaki sposób należy Państwa zdaniem rozwiązać tę kwestię?
82. Jeśli uważają Państwo, że związek z przedmiotem zamówienia należy rozluźnić lub wyeliminować, to na których etapach procesu udzielania zamówienia powinno mieć to miejsce?
- 82.1. Czy uważają Państwo, że jeśli chodzi o określanie specyfikacji technicznych, istnieje argument za złagodzeniem wymogu stanowiącego, iż specyfikacje odnoszące się do procesu i metod produkcji muszą być związane z cechami produktu, w celu objęcia elementów, które nie są odzwierciedlane w cechach produktu (np. w przypadku zakupu kawy – żądanie, by dostawca wypłacał producentom premię, która zostanie zainwestowana w działania mające na celu promowanie rozwoju społeczno-ekonomicznego społeczności lokalnych)?
- 82.2. Czy uważają Państwo, że przepisy UE dotyczące zamówień publicznych powinny pozwalać instytucjom zamawiającym na stosowanie kryteriów kwalifikacji opartych na cechach przedsiębiorstw, które nie są związane z przedmiotem zamówienia (np. zobowiązanie oferentów do realizacji polityki zatrudnienia uwzględniającej równość płci bądź ogólnej polityki zatrudniania określonego odsetka pewnych kategorii osób, np. osób poszukujących pracy, osób niepełnosprawnych itp.)?
- 82.3. Czy uważają Państwo, że należy rozluźnić lub wyeliminować związek z przedmiotem zamówienia na etapie udzielenia zamówienia, aby uwzględnić aspekty innych polityk (np. przyznawanie dodatkowych punktów oferentom, którzy zatrudniają osoby poszukujące pracy lub osoby niepełnosprawne)?
- 82.3.1. Kryteria udzielenia zamówienia inne niż najniższa cena/ oferta najkorzystniejsza ekonomicznie/ kryteria niezwiązane z przedmiotem zamówienia mogą oddzielić stosowanie przepisów UE dotyczących zamówień publicznych od stosowania zasad pomocy państwa w takim znaczeniu, iż zamówienia udzielane na podstawie kryteriów innych niż ekonomiczne mogłyby pociągać za sobą przyznanie potencjalnie problematycznej pomocy w świetle unijnych zasad pomocy państwa? Czy podzielają Państwo te obawy? Jeśli tak, to w jaki sposób należy rozwiązać tę kwestię?
- 82.4. Czy uważają Państwo, że prawodawstwo UE dotyczące zamówień publicznych powinno umożliwiać instytucjom zamawiającym nakładanie klauzul dotyczących wykonania umowy, które nie są ściśle związane z dostarczeniem danych towarów lub świadczeniem danych usług (np. zobowiązanie wykonawców do zapewnienia

swoim pracownikom usług opieki nad dziećmi, bądź zobowiązanie ich do przeznaczenia określonej kwoty wynagrodzenia na projekty społeczne)?

4.2. Obowiązki w zakresie przedmiotu zakupu jako wsparcie realizacji celów polityki określonych w strategii „Europa 2020”

Innym sposobem realizacji celów polityki za pomocą zamówień publicznych mogłoby być nałożenie na instytucje zamawiające obowiązków w zakresie „przedmiotu zakupu”. Przykładowo, można by to osiągnąć poprzez nałożenie obowiązkowych wymogów lub kryteriów dotyczących cech towarów lub usług, jakie mają zostać dostarczone (np. limity w zakresie zużycia energii i zasobów, substancji szkodliwych dla środowiska, minimalne poziomy recyklingu), bądź poprzez wyznaczenie wartości docelowych (np. 60 % zakupów publicznych musi być przyjaznych dla środowiska)⁸³.

W specjalnych przepisach dotyczących różnych sektorów, wprowadzonych niedawno na poziomie UE:

- zobowiązano instytucje zamawiające, aby wymagały one w swoich zamówieniach określonego poziomu efektywności energetycznej⁸⁴;
- zobowiązano instytucje zamawiające do uwzględniania w swoich decyzjach dotyczących zamówień kwestii zużycia energii lub innych zagadnień związanych z ochroną środowiska⁸⁵;
- wezwano sektor publiczny do odgrywania wzorcowej roli w zakresie efektywności energetycznej poprzez przyjęcie minimalnej liczby środków efektywności energetycznej w ramach zamówień publicznych⁸⁶ oraz poprzez promowanie zasobooszczędnych budynków publicznych (np. budynki o niskim lub zerowym zużyciu energii pierwotnej⁸⁷).
- wezwano instytucje zamawiające do podjęcia wysiłków na rzecz zamawiania wyłącznie takich produktów, które należą do najwyższej klasy efektywności energetycznej⁸⁸.

W swoim niedawnym komunikacie „Energia 2020 – Strategia na rzecz konkurencyjnego, zrównoważonego i bezpiecznego sektora energetycznego”⁸⁹ Komisja stwierdziła, że kryteria energetyczne (dotyczące efektywności, odnawialnych źródeł energii oraz inteligentnych sieci)

⁸³ Na przykład, jeśli chodzi o ekologiczne zamówienia publiczne, kilka państw członkowskich (Niderlandy, Finlandia, Słowenia, Austria czy Belgia) ustanowiło ambitne cele w zakresie ekologicznych zamówień publicznych na poziomie krajowym.

⁸⁴ Rozporządzenie (WE) nr 106/2008 (Dz.U. L 39 z 13.2.2008, s. 1), tzw. rozporządzenie w sprawie Energy Star.

⁸⁵ Dyrektywa 2009/33/WE w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego.

⁸⁶ Dyrektywa 2006/32/WE w sprawie efektywności końcowego wykorzystania energii i usług energetycznych.

⁸⁷ Dyrektywa 2009/28/WE w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych (Dz.U. L 140 z 5.6.2009, s. 16) oraz dyrektywa 2010/31/UE w sprawie charakterystyki energetycznej budynków (Dz.U. L 153 z 18.6.2010, s. 13).

⁸⁸ Dyrektywa 2010/30/WE w sprawie wskazania poprzez etykietowanie oraz standardowe informacje o produkcie, zużycia energii oraz innych zasobów przez produkty związane z energią (Dz.U. L 153 z 18.6.2010, s. 6).

⁸⁹ COM(2010) 639.

powinny być stosowane we wszystkich zamówieniach publicznych na roboty budowlane, usługi lub dostawy.

W odniesieniu do produktów można by w większym stopniu wykorzystywać metodę określania wartości pieniężnej, taką jak np. metoda opracowana na potrzeby dyrektywy w sprawie czystych ekologicznie pojazdów⁹⁰. Obowiązek uwzględniania kosztu odnoszącego się do całego cyklu użytkowania przy podejmowaniu decyzji dotyczącej zakupu produktów i usług (tak jak ma to już miejsce w przypadku pojazdów) może zapewnić obniżkę ogólnych kosztów. Wymagałoby to jednak ustalenia ogólnej metody, która mogłaby mieć zastosowanie do wszystkich grup produktów.

Mówiąc bardziej ogólnie, wprowadzenie do przepisów UE dotyczących zamówień publicznych obowiązkowych wymogów za pomocą instrumentów prawnych opartych na aktach delegowanych postuluje się jako środek służący dalszemu promowaniu innowacyjności lub realizacji celów innych polityk w ramach strategii „Europa 2020”⁹¹.

Jeśli chodzi o kwestię włączenia społecznego, w nowej europejskiej strategii w sprawie niepełnosprawności na lata 2010-2020⁹² wskazano, iż Komisja przeanalizuje stronę merytoryczną dotyczącą przyjęcia środków regulacyjnych zapewniających dostępność produktów i usług, w tym środków służących większemu wykorzystaniu zamówień publicznych.

Nakładanie tego rodzaju obowiązków może stanowić bardzo efektywne narzędzie realizacji celów polityki określonych w strategii „Europa 2020” poprzez wspieranie wprowadzania na rynek towarów i usług o wysokiej wartości społecznej. Ponadto centralizacja decyzji dotyczących strategii zakupowych może zapobiec rozdrobnieniu polityk w dziedzinie zamówień oraz zwiększyć przewidywalność, co będzie korzystne dla wykonawców. Przykładowo, jeśli chodzi o ekologiczne zamówienia publiczne, odmienne podejścia państw członkowskich do kwestii GPP mogą oznaczać problemy dla dostawców, zwłaszcza dla MŚP, którzy muszą dostosowywać się do różnych ram w różnych krajach, co komplikuje tym samym rozwój i sprzedaż ekologicznych produktów i usług.

Z drugiej strony, podnoszone są pewne wątpliwości w związku z nakładaniem obowiązków dotyczących przedmiotu zakupu.

Istotnym aspektem, jaki należy rozważyć, jest ryzyko, iż wprowadzenie tego rodzaju obowiązków może prowadzić do dyskryminacji lub ograniczenia konkurencji na rynkach zamówień, potencjalnie redukując liczbę oferentów i zwiększając ceny, co może być kłopotliwe w czasach trudności gospodarczych i ograniczeń budżetowych w wielu państwach członkowskich. Aby złagodzić to ryzyko, nakładane wymogi i kryteria muszą być obiektywne oraz niedyskryminacyjne i powinny być stosowane wyłącznie, jeżeli rynek ogólnounijny jest dostatecznie rozwinięty, aby zapewnić efektywną konkurencję. Należy również mieć na

⁹⁰ Aby wesprzeć wdrażanie obowiązku wynikającego z tej dyrektywy i uwzględniania kosztów cyklu życia, Komisja stworzyła portal poświęcony czystym ekologicznie pojazdom, na którym znajdują się informacje niezbędne do celów określania wartości pieniężnej podczas całego cyklu użytkowania, o którym mowa w dyrektywie: <http://www.cleanvehicle.eu/>; http://ec.europa.eu/transport/urban/vehicles/directive/directive_en.htm.

⁹¹ Sprawozdanie przygotowane przez Mario Montiego dla przewodniczącego Komisji Europejskiej z dnia 9 maja 2010 r. „Nowa strategia dla jednolitego rynku” (A new strategy for the Single Market), pkt 3.4, s. 78.

⁹² COM(2010) 636.

uwadze, iż niektóre wymogi dotyczące zwiększenia efektywności w zakresie ochrony środowiska mogą wszakże prowadzić, w perspektywie średnio- lub długoterminowej, do oszczędności w kategoriach ekonomicznych (np. w zakresie efektywności energetycznej).

Niektóre rodzaje zobowiązań mogą mieć większy niż pozostałe rodzaje wpływ na konkurencję na rynkach zamówień.

- Specyfikacje techniczne uwzględniające charakterystykę działania będą prawdopodobnie mieć mniej ograniczający skutek dla konkurencji niż szczegółowe specyfikacje dotyczące technicznych właściwości zamawianych towarów.
- Obowiązkowe zapisy dotyczące technicznych właściwości zamawianych towarów mogłyby znacząco zmniejszyć wybór i konkurencję na rynkach zamówień, a nawet je wyeliminować, podczas gdy obowiązkowe przepisy dotyczące decyzji w sprawie wyboru kryteriów udzielenia zamówienia, które należy wziąć pod uwagę (np. efektywność energetyczną, koszty cyklu życia, dostępność), miałyby pewnie mniej ograniczające skutki dla konkurencji na rynkach zamówień.

Innym skutkiem nałożenia na instytucje zamawiające obowiązków w zakresie przedmiotu zakupu jest ograniczenie pola manewru w zakresie procedur udzielania zamówień. Może to wpłynąć na ich zdolność do zamawiania towarów i usług idealnie dopasowanych z punktu widzenia zaspokojenia specyficznych potrzeb poszczególnych instytucji zamawiających. Ryzyko to można by złagodzić, określając obowiązek na odpowiednim poziomie.

Argumentuje się również, iż centralnie narzucone obowiązki dotyczące przedmiotu zakupu stworzyłyby dodatkowe obciążenia administracyjne dla instytucji zamawiających i wykonawców, np. w postaci zwiększonego nakładu pracy potrzebnego do weryfikacji spełniania tych wymogów przez wykonawców. Dodatkowe działania edukacyjne oraz odpowiednie szkolenia, a także specjalne narzędzia⁹³ mogłyby pomóc instytucjom zamawiającym w skuteczny sposób radzić sobie z tym nakładem pracy. Co więcej, standardowe wymogi na poziomie UE, np. w zakresie dokonywania zakupu spośród najwyższych klas wydajności oznakowanych produktów, mogłyby wyeliminować konieczność posiadania przez instytucje zamawiające szczegółowej wiedzy technicznej przy sporządzaniu specyfikacji, upraszczając tym samym w niektórych przypadkach zadanie uwzględniania takich kryteriów na poziomie lokalnym, regionalnym i krajowym.

Nie tak daleko idącym rozwiązaniem byłoby dostarczenie zachęt do zamawiania określonych rodzajów towarów i usług bez nakładania obowiązku dokonywania takich zakupów. Tego rodzaju zachęty mogłyby obejmować korzyści ekonomiczne dla instytucji zamawiających zakupujących przyjazne dla środowiska, sprzyjające włączeniu społecznemu lub innowacyjne towary i usługi, mechanizmy wymiany najlepszych praktyk między instytucjami zamawiającymi czy wręcz mechanizmy wsparcia dla instytucji zamawiających, które pragną realizować cele strategii „Europa 2020” za pomocą swoich zamówień.

Pytania:

83. Czy uważają Państwo, że określenie na poziomie UE obowiązków dotyczących przedmiotu zakupu jest dobrym sposobem realizacji celów innych polityk? Jakie są główne zalety i wady takiego podejścia? Dla jakich konkretnych obszarów

⁹³ Np. wspomniany wyżej portal poświęcony ekologicznie czystym pojazdom.

produktów lub usług, bądź dla których konkretnych polityk obowiązki dotyczące przedmiotu zakupu byłyby, Państwa zdaniem, użyteczne? Proszę uzasadnić swoją odpowiedź. Proszę podać przykłady praktyk dotyczących udzielania zamówień w państwach członkowskich, które można by powielić na poziomie UE.

84. Czy uważają Państwo, że kolejne obowiązki dotyczące przedmiotu zakupu na poziomie UE powinny zostać uwzględnione w regulacjach odnoszących się do poszczególnych polityk (dotyczących kwestii ochrony środowiska, energetycznych, społecznych, dostępności itp.) czy też raczej powinny zostać nałożone w ramach ogólnego prawodawstwa UE dotyczącego zamówień publicznych?
85. Czy uważają Państwo, że obowiązki dotyczące przedmiotu zakupu powinny być nakładane na poziomie krajowym? Czy uważają Państwo, że tego rodzaju obowiązki krajowe mogą prowadzić do ewentualnego rozdrobnienia rynku wewnętrznego? Jeśli tak, to jaki byłby najbardziej odpowiedni sposób złagodzenia tego ryzyka?
86. Czy uważają Państwo, że obowiązki dotyczące przedmiotu zakupu powinny określać zobowiązania wobec instytucji zamawiających, jeśli chodzi o poziom wdrożenia (np. GPP), charakterystykę towarów/usług/robót budowlanych, jakie powinny one zakupywać, czy też szczegółowe kryteria do uwzględnienia jako jeden z szeregu elementów oferty?
- 86.1. Jakie pole manewru należy pozostawić instytucjom zamawiającym w zakresie dokonywania decyzji zakupowych?
- 86.2. Czy w ramach obowiązkowych wymogów należy ustalić tylko ich minimalny poziom, tak aby poszczególne instytucje zamawiające mogły określić bardziej ambitne wymagania?
87. Co byłoby, Państwa zdaniem, najlepszym narzędziem reagowania na rozwój technologii pod kątem ustalenia najbardziej zaawansowanej technologii (przykładowo, zlecenie podmiotowi monitorowania tego, która z technologii rozwinęła się na najwyższym poziomie, czy też zobowiązanie instytucji zamawiających do uwzględnienia najbardziej zaawansowanej technologii jako jednego z kryteriów udzielenia zamówienia, czy może jakieś inne środki)?
88. Wprowadzenie obowiązkowych kryteriów lub obowiązkowych wartości docelowych w zakresie przedmiotu zakupu nie powinno prowadzić do wyeliminowania konkurencji na rynkach zamówień publicznych. W jaki sposób można uwzględnić cel dotyczący nieograniczania konkurencji przy określaniu tych kryteriów lub wartości docelowych?
89. Czy uważają Państwo, że nałożenie obowiązków dotyczących przedmiotu zakupu zwiększyłoby obciążenia administracyjne, w szczególności dla małych przedsiębiorstw? Jeśli tak, to w jaki sposób można złagodzić to ryzyko? Jakiego rodzaju środki wdrażające i/lub wytyczne powinny towarzyszyć takim obowiązkom?
90. Jeśli nie popierają Państwo obowiązków dotyczących przedmiotu zakupu, czy uznałoby Państwo za właściwe wprowadzenie innych instrumentów (np. zaleceń lub innych zachęt)?

4.3. Innowacje

Europa ma ogromny niewykorzystany potencjał, jeśli chodzi o pobudzanie innowacyjności za pomocą zamówień publicznych, przy jednoczesnym wspieraniu transgranicznej konkurencji, promowaniu gospodarki niskoemisyjnej i osiąganiu najlepszej relacji ceny do jakości przez instytucje publiczne. Zamówienia publiczne na innowacyjne produkty i usługi mają kluczowe znaczenie dla poprawy jakości i efektywności usług publicznych w czasach ograniczeń budżetowych.

W obecnych dyrektywach UE w sprawie zamówień publicznych przyjęto elastyczne podejście, które umożliwia instytucjom zamawiającym wykorzystanie przetargów zorientowanych na innowacje, co może zachęcać branżę przemysłową do poszukiwania nowych zaawansowanych rozwiązań.

Konkursy⁹⁴ umożliwiają instytucjom zamawiającym nabywanie planów lub projektów w dziedzinach takich jak architektura, inżynieria i przetwarzanie danych: w ramach tej procedury uczestnicy proszeni są o zaproponowanie projektów wykraczających poza ścisłe warunki specyfikacji; mają oni zatem swobodę przedstawienia innowacyjnych pomysłów, które mogą zostać wykorzystane w przyszłej procedurze udzielania zamówienia.

W przypadkach szczególnie złożonych zamówień, w których instytucje zamawiające uznają, iż wykorzystanie procedury otwartej lub ograniczonej nie pozwoli na udzielenie zamówienia, dyrektywy przewidują możliwość zastosowania innej procedury, tj. dialogu konkurencyjnego⁹⁵. W ramach tej procedury instytucje zamawiające mogą podjąć dialog z kandydatami w celu ustalenia i zdefiniowania środków, które najlepiej odpowiadają potrzebom instytucji zamawiającej. Uczestnicy są zobowiązani do proponowania pomysłów i rozwiązań, które są dyskutowane z instytucjami zamawiającymi.

Celem obecnych przepisów UE dotyczących zamówień publicznych jest ochrona innowacyjnych rozwiązań, nawet jeżeli nie są one chronione przez prawa własności intelektualnej. Proponowane rozwiązania oraz inne informacje poufne nie mogą być przekazywane przez instytucje zamawiające innym uczestnikom bez zgody oferenta⁹⁶.

Niemniej jednak niepokój wzbudza wybiórcze podejście do praw własności intelektualnej i samych rozwiązań innowacyjnych, w szczególności w odniesieniu do dialogu konkurencyjnego: jeżeli uczestnik ujawni unikalne cechy swojego rozwiązania, staną się one znane pozostałym kandydatom. Choć obecne przepisy wymagają, aby tego rodzaju informacje pozostały poufne, instytucja zamawiająca znajduje się jednak w trudnym położeniu, między obowiązkiem ochrony informacji poufnych a koniecznością ujawnienia niektórych informacji w celu ustalenia rozwiązań, które w najlepszy sposób zaspokajają jej potrzeby. Instytucje zamawiające mogą mieć pokusę naciskania na oferentów, aby zgodzili się na ujawnienie informacji. Ponadto fakt, iż najlepsze rozwiązanie (wybrane przez instytucję zamawiającą) jest nieuchronnie przedstawiane wszystkim uczestnikom, którzy zostają następnie zaproszeni do złożenia ofert w oparciu o to rozwiązanie, może zniechęcać

⁹⁴ Zob. art. 66-74 dyrektywy 2004/18/WE.

⁹⁵ Zob. art. 29 i motyw 31 dyrektywy 2004/18/WE. W dyrektywie 2004/17/WE nie przewidziano dialogu konkurencyjnego. Nie ma jednak żadnych przeszkód, aby instytucja zamawiająca, która wybrała procedurę negocjacyjną z uprzednią publikacją ogłoszenia, postanowiła w specyfikacjach, że będzie postępować zgodnie z procedurą określoną w dyrektywie 2004/18/WE dla dialogu konkurencyjnego.

⁹⁶ Art. 29 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE. Tego rodzaju gwarancja stanowi uzupełnienie klauzuli poufności określonej w art. 6 wspomnianej dyrektywy.

uczestników do proponowania wysoce innowacyjnych rozwiązań, ponieważ nie mają oni pewności, czy zostaną „wynagrodzeni” za wynalezienie takiego rozwiązania poprzez otrzymanie faktycznego zamówienia.

Przygotowując zaproszenie do składania ofert, instytucje zamawiające mogą również postanowić o zezwoleniu oferentom na przedstawianie ofert wariantowych. W takim przypadku mogą być oferowane takie towary lub usługi, które nie odpowiadają towarom lub usługom określonym przez instytucję zamawiającą, ale które spełniają minimalne wymogi techniczne zawarte w dokumentach przetargowych. Możliwość składania ofert, które odbiegają od specyfikacji technicznych określonych pierwotnie przez instytucję zamawiającą, zachęca wykonawców do proponowania bardziej innowacyjnych usług lub produktów. Może to stymulować badania nad nowymi technologiami i pozwalać użytkownikom na korzystanie z postępu technicznego.

Innym istotnym sposobem stymulowania innowacji przez instytucje zamawiające jest żądanie opracowania produktów lub usług, które nie są jeszcze dostępne na rynku. Zgodnie z obowiązującymi ramami prawnymi, może to następować poprzez tzw. „zamówienia przedkomercyjne”⁹⁷, polegające na zamawianiu usług badawczych i rozwojowych na potrzeby opracowania nowych rozwiązań⁹⁸, z możliwością ewentualnego zakupu końcowych produktów lub usług w drodze normalnej procedury udzielania zamówienia na późniejszym etapie. Takie podejście umożliwia instytucjom publicznym dzielenie z dostawcami ryzyka i korzyści związanych z projektowaniem, prototypowaniem i testowaniem ograniczonej ilości nowych produktów i usług bez korzystania z pomocy państwa.

Zamówienia przedkomercyjne mogą pomóc instytucjom zamawiającym dokonać radykalnej poprawy jakości i efektywności usług publicznych poprzez tworzenie wiodących rynków oraz uruchomienie rozwoju nowych przełomowych rozwiązań mogących stanowić odpowiedź na stojące przed sektorem publicznym wyzwania, w przypadku których nie ma jeszcze na rynku gotowych produktów i usług.

Pomimo różnych wspomnianych możliwości wspierania innowacyjności za pomocą zamówień publicznych zainteresowane strony twierdzą, iż zbyt mała ilość zamówień publicznych w Europie ukierunkowana jest na innowacje. Może to być spowodowane szeregiem czynników, takich jak: niewłaściwe zachęty sprzyjające małoryzykowym rozwiązaniom; brak wiedzy i zdolności w zakresie skutecznego zamawiania nowych technologii i innowacji; brak połączenia między zamówieniami publicznymi a celami polityki oraz brak podejścia strategicznego. Dlatego też, odpowiadając na zidentyfikowaną potrzebę zapewnienia wytycznych, należy przeprowadzić debatę na temat tego, w jaki sposób przepisy dotyczące zamówień publicznych i ewentualne dalsze środki mogą pomóc instytucjom zamawiającym we wspieraniu innowacyjności. Szczególną uwagę należy zwrócić na mierniki skuteczności, ponieważ odgrywają one kluczową rolę w ocenie wpływu zamówień publicznych na innowacje, poprawie wydajności i realizacji faktycznego celu związanego z innowacjami.

⁹⁷ Więcej wskazówek można znaleźć w komunikacie Komisji pt. „Zamówienia przedkomercyjne: wspieranie innowacyjności w celu zapewnienia trwałości i wysokiej jakości usług publicznych w Europie” i towarzyszącym mu dokumencie roboczym, COM(2007) 799 oraz SEC(2007) 1668. Więcej informacji na temat rozwoju sytuacji w zakresie zamówień przedkomercyjnych znajduje się pod adresem: http://cordis.europa.eu/fp7/ict/pcp/home_en.html

⁹⁸ Zamówienia wyłączone z zakresu stosowania przepisów UE w sprawie zamówień publicznych na mocy art. 16 lit. f) dyrektywy 2004/18/WE.

Pytania:

91. Czy uważają Państwo, że istnieje potrzeba dalszego promowania i stymulowania innowacyjności za pomocą zamówień publicznych? Jakie zachęty/środki wspierałyby i przyspieszałyby podejmowanie innowacji przez podmioty sektora publicznego?
92. Czy uważają Państwo, że dialog konkurencyjny w dostateczny sposób umożliwia ochronę praw własności intelektualnej i innowacyjnych rozwiązań, tak aby zapewnić zachowanie przez oferentów korzyści wynikających z ich innowacyjnych pomysłów?
93. Czy uważają Państwo, że inne procedury w lepszy sposób odpowiadałyby wymogowi wzmocnienia innowacyjności poprzez ochronę oryginalnych rozwiązań? Jeśli tak, to jakiego rodzaju procedury byłyby najbardziej odpowiednie?
94. Czy Państwa zdaniem podejście do kwestii zamówień przedkomercyjnych, zakładające zamawianie usług badawczo-rozwojowych przez instytucje zamawiające na potrzeby opracowania produktów, które nie są jeszcze dostępne na rynku, odpowiada celowi stymulowania innowacyjności? Czy istnieje potrzeba dalszej wymiany najlepszych praktyk i/lub benchmarkingu w zakresie praktyk udzielania zamówień na badania i rozwój stosowanych w państwach członkowskich, aby ułatwić szersze zastosowanie zamówień przedkomercyjnych? Czy można znaleźć inne sposoby nieujęte wprost w obecnych ramach prawnych, dzięki którym instytucje zamawiające mogłyby domagać się opracowania produktów lub usług niedostępnych jeszcze na rynku? Czy dostrzegają Państwo jakieś szczególne sposoby, dzięki którym instytucje zamawiające mogłyby zachęcać MŚP i przedsiębiorstwa rozpoczynające działalność do udziału w zamówieniach przedkomercyjnych?
95. Czy potrzebne są inne środki do wspierania potencjału innowacyjności MŚP? Jeśli tak, jakiego rodzaju konkretne środki zaproponowałoby Państwo?
96. Jakiego rodzaju mierniki skuteczności proponowałoby Państwo w celu monitorowania postępów oraz oddziaływania innowacyjnych zamówień publicznych? Jakie dane byłyby wymagane na potrzeby tych mierników skuteczności oraz w jaki sposób można by je gromadzić, nie tworząc dodatkowych obciążeń dla instytucji zamawiających i/lub wykonawców?

4.4. Usługi społeczne

Usługi społeczne zostały wymienione w załączniku IIB do dyrektywy 2004/18/WE. W związku z tym, jak wyjaśniono wcześniej, zamówienia na usługi społeczne o wartości powyżej progów dotyczących stosowania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych podlegają jedynie kilku określonym przepisom dyrektyw (dotyczącym specyfikacji technicznych i publikacji wyników procedury udzielania zamówienia) oraz podstawowym zasadom prawa UE, takim jak zasada niedyskryminacji i zasada przejrzystości⁹⁹. Jak

⁹⁹ Usługi społeczne figurują wśród usług wymienionych w załączniku II B do dyrektywy 2004/18/WE, do których mają zastosowanie jedynie bardzo ograniczone przepisy tej dyrektywy (kwestii odmiennego

wyjaśniono wyżej, zamówienia o wartości powyżej progów podlegają podstawowym zasadom prawa UE, takim jak zasada niedyskryminacji i zasada przejrzystości, wyłącznie jeżeli stanowią one przedmiot zainteresowania transgranicznego.

W związku z tym, zlecając na zewnątrz świadczenie usług społecznych poprzez zamówienie publiczne, instytucje publiczne korzystają już ze znacznej swobody w zakresie procedur, jakie będą stosowane. Ponadto instytucje publiczne mogą wprowadzać wymogi dotyczące w szczególności jakości, kompleksowości i ciągłości danej usługi, jak również wymogi odnoszące się do zaangażowania i udziału użytkowników w świadczeniu usługi i w jej ocenie bądź gwarantujące zapoznanie się usługodawców z lokalnymi uwarunkowaniami w trakcie wykonywania usługi¹⁰⁰.

Niemniej jednak niektóre zainteresowane strony twierdzą, iż konieczne jest dostosowanie obecnych przepisów w celu lepszego uwzględnienia specyfiki usług społecznych. Pojawiają się zwłaszcza postulaty podniesienia wartości progów dla tego rodzaju usług. Należy zauważyć, że rezultatem zwiększenia progów obowiązujących w przypadku usług publicznych nie byłoby ograniczenie zakresu stosowania GPA i innych umów międzynarodowych ani wynikające z tego żądania rekompensat, ponieważ usługi typu B nie są objęte tymi instrumentami.

Pytania:

97. Czy uważają Państwo, że prawodawstwo UE dotyczące zamówień publicznych powinno w większym stopniu uwzględniać szczególne cechy usług społecznych? Jeśli tak, to w jaki sposób należy rozwiązać tę kwestię?
- 97.1. Czy uważają Państwo, że pewne aspekty dotyczące udzielania zamówień na usługi społeczne powinny zostać w większym zakresie uregulowane na poziomie UE w celu dalszej poprawy jakości tych usług? W szczególności:
 - 97.1.1. Czy należy w ramach dyrektyw zakazać stosowania kryterium najniższej ceny przy udzielaniu zamówień/ ograniczyć stosowanie kryterium ceny/ ograniczyć wagę, jaką instytucje zamawiające mogą przypisać cenie/ wprowadzić trzecią możliwość, jeśli chodzi o kryteria udzielenia zamówienia, obok kryteriów najniższej ceny i oferty najkorzystniejszej ekonomicznie?
 - 97.1.2. Czy dyrektywy powinny umożliwiać zastrzeganie realizacji zamówień obejmujących usługi społeczne dla organizacji nienastawionych na zysk/ czy powinny istnieć inne

uregulowania usług wymienionych w załączniku II A oraz usług wymienionych w załączniku II B dotyczą art. 20 i 21 tej dyrektywy).

¹⁰⁰

Szczegółowe wytyczne na temat stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych do usług społecznych, uwzględniające znaczną swobodę instytucji publicznych w tym względzie, zostały przedstawione w podręczniku na temat zastosowania przepisów UE w zakresie pomocy państwa, zamówień publicznych i rynku wewnętrznego do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, w szczególności do usług socjalnych świadczonych w interesie ogólnym pt. „Guide to the application of the European Union rules on State aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest and, in particular, to social services of general interest” (SEC(2010) 1545), w którym dokonano aktualizacji dokumentu roboczego służb Komisji „Frequently Asked Questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest”(SEC(2007) 1514 z 20.11.2007 r.).

przywileje dla tego rodzaju organizacji w kontekście udzielania zamówień na usługi społeczne?

97.1.3. Złagodzenie kryteriów udzielenia zamówienia lub zastrzeżenie zamówień dla określonych typów organizacji może niekorzystnie wpłynąć na zdolność do zapewnienia poprzez procedury udzielania zamówień zakupu tego rodzaju usług „przy najmniejszych kosztach dla społeczności”, a tym samym może nieść ze sobą ryzyko wystąpienia zamówień obejmujących pomoc państwa. Czy podzielają Państwo te obawy?

97.2. Czy uważają Państwo, że inne aspekty zamówień na usługi społeczne powinny być w mniejszym stopniu regulowane (przykładowo, poprzez podniesienie progów lub wprowadzenie zasad typu de minimis w odniesieniu do tych usług)? Co uzasadniałoby tego rodzaju specjalne traktowanie usług społecznych?

5. ZAPEWNIENIE WŁAŚCIWYCH PROCEDUR

Ze względu na stopień ryzyka finansowego oraz bliskie interakcje między sektorami publicznym i prywatnym zamówienia publiczne stanowią obszar ryzyka, w ramach którego występować mogą niewłaściwe praktyki handlowe, takie jak konflikty interesów, faworyzowanie i korupcja. Przyjmując ten tok myślenia, zamówienia publiczne uwzględniono w programie sztokholmskim¹⁰¹ jako obszar szczególnego zainteresowania w kontekście walki z korupcją.

Skuteczne mechanizmy zapobiegania niewłaściwym praktykom handlowym w dziedzinie zamówień publicznych są konieczne nie tylko w celu zapewnienia uczciwej konkurencji na równych zasadach i w celu zagwarantowania efektywnego wykorzystania pieniędzy podatników, ale mogą również wnieść znaczny wkład w zwalczanie przestępstw gospodarczych w ogóle.

Zawarte w dyrektywach wymogi dotyczące zachowania przejrzystości procedury w celu zapewnienia równego traktowania wszystkich oferentów minimalizują już ryzyko wystąpienia niewłaściwych praktyk handlowych. W aktualnych dyrektywach nie zawarto jednak bardziej szczegółowych przepisów dotyczących zapobiegania konfliktom interesów oraz nakładania kar w przypadku ich wystąpienia, a także zawarto bardzo niewiele szczegółowych przepisów dotyczących nakładania kar za faworyzowanie i korupcję w dziedzinie zamówień publicznych. Kwestie te zostały bardziej szczegółowo uregulowane w przepisach krajowych, ale między państwami członkowskimi występują znaczne różnice pod względem poziomu konkretnych zabezpieczeń, jakie przewidują ich ustawodawstwa.

Dzięki zwiększeniu proceduralnych zabezpieczeń przez niewłaściwymi praktykami handlowymi na szczeblu UE możliwa byłaby poprawa wspólnych europejskich norm ochrony przed takimi praktykami, zwiększenie ogólnej sprawiedliwości procedur oraz sprawienie, że procesy związane z zamówieniami publicznymi byłyby mniej narażone na nadużycia i korupcję. Wprowadzenie tego rodzaju dodatkowych zabezpieczeń często powodowałoby jednak dodatkowe obciążenia dla zamawiających i dla przedsiębiorstw, dlatego też ich wartość dodaną w zakresie walki z niewłaściwymi praktykami handlowymi należy uważnie

¹⁰¹ Dokument Rady nr 17024/09, przyjęty przez Radę Europejską na szczycie w dniach 10-11 grudnia 2009 r.

rozważyć w kontekście ewentualnego negatywnego wpływu na cel ogólny, jakim jest uproszczenie procedur.

5.1. Zapobieganie konfliktom interesów

Koncepcja konfliktu interesów dotyczy sytuacji, w której osoby biorące udział w podejmowaniu decyzji dotyczącej udzielenia zamówienia mają konkurencyjne zobowiązania zawodowe lub osobiste, bądź interesy osobiste lub finansowe, które mogą im utrudnić wykonywanie obowiązków w sposób uczciwy i bezstronny, lub w której dana osoba może we własnym interesie wywierać wpływ na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą. Tego rodzaju konflikt interesów niekoniecznie prowadzi do korupcji, ale może prowadzić do niewłaściwych zachowań. Wykrywanie i rozwiązywanie konfliktów interesów ma zatem kluczowe znaczenie dla zapobiegania nadużyciom. Należy podkreślić, że z obiektywnego punktu widzenia konflikt interesów sam w sobie jest poważną nieprawidłowością, bez względu na to, jakie były zamiary danych stron i czy działały one w dobrej czy w złej wierze¹⁰².

Należy przeprowadzić debatę na temat tego, czy konieczne jest wprowadzenie podstawowych przepisów na poziomie UE, obejmujących np. wspólną definicję niedopuszczalnych sytuacji prowadzących do konfliktu interesów oraz zabezpieczenia mające na celu zapobieganie takim sytuacjom i ich rozwiązywanie¹⁰³. Zabezpieczenia te mogłyby obejmować wymóg złożenia zaświadczenia o braku konfliktu interesów, jak również zapewnienie pewnego poziomu przejrzystości i odpowiedzialności w odniesieniu do sytuacji osobistej urzędników odpowiedzialnych za zamówienia, oczywiście przy pełnym poszanowaniu przepisów i norm dotyczących ochrony danych. Przykładowo, w przepisach UE można by wprowadzić obowiązek ujawniania nazwisk członków komisji oceniającej organowi kontroli, bądź wprowadzić wymóg, zgodnie z którym instytucja zamawiająca musiałaby sprawdzić podczas powoływania komisji oceniającej, czy nie występują konflikty interesów. Pytania:

Pytania:

98. Czy opowiadają się Państwo za wprowadzeniem unijnej definicji konfliktu interesów w dziedzinie zamówień publicznych? Jakie działania/sytuacje niosące ze sobą potencjalne ryzyko powinny zostać uwzględnione (relacje osobiste, interesy handlowe, np. posiadane udziały w spółkach, konflikty z prowadzonymi działaniami zewnętrznymi itd.)?
99. Czy uważają Państwo, że istnieje potrzeba wprowadzenia zabezpieczeń mających na celu skuteczne zapobieganie sytuacjom prowadzącym do konfliktu interesów na poziomie UE oraz ich identyfikowanie i rozwiązywanie? Jeśli tak, to jaki rodzaj zabezpieczeń uznaliby Państwo za przydatny?

¹⁰² Zob. wyrok z dnia 15 czerwca 1999 r. w sprawie T-277/97, *Iseri Europa Srl przeciwko Trybunałowi Obrachunkowemu*, pkt 123, dotyczącej przepisów regulujących udzielanie zamówień przez instytucje UE.

¹⁰³ Zob. np. przepisy regulujące udzielanie zamówień przez instytucje UE: Art. 52 rozporządzenia Rady (WE) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich, a także powiązane orzecznictwo, zwłaszcza wyroki z dnia 9 lipca 2002 r. w sprawie T-21/01 *Zavvos przeciwko Komisji* oraz z dnia 17 marca 2005 r. w sprawie T-160/03 *AFCon Management Consultants przeciwko Komisji*.

5.2. Zwalczanie faworyzowania i korupcji

Rynki zamówień publicznych, a zwłaszcza duże projekty budowlane, uważa się często za lukratywne obszary, w ramach których może potencjalnie dochodzić do przekupstwa. Należy również podkreślić, że integralność procedury jest zagrożona nie tylko w przypadku korupcji, co jest kwestią oczywistą, ale również bardziej ogólnie we wszystkich przypadkach faworyzowania, nawet jeśli niekoniecznie prowadzi ono do zachowań korupcyjnych, np. w przypadku faworyzowania miejscowego kandydata. Najczęściej występujące rodzaje korupcji, jakie mogą mieć miejsce w trakcie procedur udzielania zamówień publicznych, to łapówki (wyplacane jako nagroda dla urzędnika, który wywarł wpływ na procedurę udzielania zamówienia), manipulacja dokumentów przetargowych na korzyść konkretnego oferenta oraz wykorzystanie firm przykrywek/pośredników w celu ukrycia nielegalnych działań skorumpowanego urzędnika.

Przepisy dotyczące zamówień publicznych w wielu państwach członkowskich zawierają specjalne mechanizmy, których celem jest zapobieganie korupcji i faworyzowaniu oraz ich zwalczanie. Podobnie jak w przypadku konfliktu interesów, należy przeanalizować, czy konieczne jest włączenie określonych zabezpieczeń do przepisów UE dotyczących zamówień publicznych, pod warunkiem że nie stworzyłoby to nieproporcjonalnych obciążeń administracyjnych. Należy jednak pamiętać, że korupcja jest nie tylko bardzo drażliwą kwestią w państwach członkowskich, ale również że faktyczne problemy w tej dziedzinie oraz ich potencjalne rozwiązania zależą od bardzo różnorodnych krajowych kultur administracyjnych i biznesowych. W związku z tym znalezienie na poziomie UE jednego rozwiązania dla wszystkich może okazać się trudne.

Często proponuje się, aby korupcję w dziedzinie zamówień publicznych zwalczać poprzez podnoszenie poziomu przejrzystości dotyczącej zwłaszcza decyzji podejmowanych przez urzędników odpowiedzialnych za zamówienia w trakcie całej procedury. Umożliwiłoby to kandydatom i ewentualnie opinii publicznej szczegółową kontrolę decyzji podejmowanych przez urzędników publicznych, co stanowiłoby skuteczny instrument walki z korupcją. Tego rodzaju zwiększoną przejrzystość można by na przykład przewidzieć w odniesieniu do kwestii otwierania ofert lub obowiązkowej publikacji sprawozdań z przebiegu procesu udzielania zamówienia. Dodatkowe obciążenia administracyjne związane z wprowadzeniem takiego środka byłyby ograniczone, ponieważ instytucje zamawiające są już zobowiązane do przygotowywania takich sprawozdań¹⁰⁴. W podobny sposób publikacja zawartych umów (po przerehabilitacji wrażliwych informacji handlowych) umożliwiłaby lepszą demokratyczną kontrolę decyzji dotyczących zamówień publicznych.

Można by również opracować specjalne narzędzia, takie jak darmowe (telefoniczne lub internetowe) systemy powiadamiania o nadużyciach, w celu zachęcenia uczestników procedur lub innych osób do przekazywania informacji na temat wszelkich uchybień i nieprawidłowości. Ogłoszenie o zamówieniu, strona internetowa instytucji zamawiającej i inne środki publikacji mogłyby zawierać informację o takim systemie, za pomocą którego instytucja zamawiająca lub organ nadzorujący mogłyby otrzymywać informacje z anonimowych lub jawnych źródeł.

Należy wspierać korzystanie z takich praktyk jak istniejące zestawy narzędzi, które zapewniają dobre i przejrzyste zarządzanie całym cyklem zamówienia. W tym kontekście

¹⁰⁴ Art. 43 dyrektywy 2004/18/WE.

przydatne mogłoby być opracowanie list wskaźników ostrzegawczych dla instytucji zamawiających, mimo iż znane są ich ograniczenia¹⁰⁵. Wspieranie jasnych przepisów dotyczących wymogów w zakresie sprawozdawczości oraz ochrony informatorów może być przydatne do celów wprowadzenia skuteczniejszych praktyk w zakresie sprawozdawczości. Wykorzystanie kontrolerów zewnętrznych (np. ekspertów ds. zarządzania, organizacji pozarządowych itd.) może być cennym dodatkiem do wewnętrznych narzędzi kontroli na potrzeby oceny wykonawców oraz wykrywania podejrzanych przypadków i informowania o nich.

Można również rozważyć wykorzystanie istniejących mechanizmów oceny służących do monitorowania zgodności ze stosownymi instrumentami międzynarodowymi obejmującymi przepisy dotyczące korupcji w dziedzinie zamówień publicznych¹⁰⁶.

I wreszcie, ograniczenie uznaniowości instytucji zamawiających w odniesieniu do niektórych aspektów może utrudnić wprowadzanie w życie decyzji, które nie mają obiektywnego uzasadnienia, i zapobiec tym samym faworyzowaniu (np. ograniczenie uznaniowości instytucji zamawiających w odniesieniu do unieważniania procedur). Środki takie nie powinny jednak zawężać niezbędnego pola manewru, jakiego instytucje zamawiające potrzebują, aby dokonywać zakupów towarów i usług dostosowanych do ich szczególnych potrzeb.

Pytania:

100. Czy podzielają Państwo pogląd, że rynki zamówień publicznych narażone są na ryzyko wystąpienia korupcji i faworyzowania? Czy uważają Państwo, że konieczne są działania UE w tej dziedzinie, czy też należy te kwestie pozostawić wyłącznie państwom członkowskim?
101. Jakie, Państwa zdaniem, są krytyczne zagrożenia dla integralności każdego z etapów procesu udzielania zamówienia publicznego (określenie przedmiotu zamówienia, przygotowanie przetargu, etap kwalifikacji, etap udzielenia zamówienia, realizacja zamówienia)?
102. Które z określonych zagrożeń powinny, Państwa zdaniem, zostać zneutralizowane poprzez wprowadzenie bardziej szczegółowych/dodatkowych przepisów w dyrektywach UE w sprawie zamówień publicznych oraz w jaki sposób (za pomocą jakich przepisów/zabezpieczeń)?
103. Jakie dodatkowe instrumenty można uwzględnić w dyrektywach, aby umożliwić zwalczanie przestępczości zorganizowanej w dziedzinie zamówień publicznych? Przykładowo, czy opowiedzieliby się Państwo za przeprowadzaniem kontroli ex-ante podwykonawców?

5.3. Wykluczanie „nieodpowiednich” oferentów

Wykluczenie oferentów, którzy są winni korupcji lub – bardziej ogólnie – poważnego wykroczenia zawodowego („dyskwalifikacja”) jest potężną bronią służącą do karania za

¹⁰⁵ Dokument Banku Światowego dotyczący analizy opcji politycznej nr 5243 z dnia 29 marca 2010 r.

¹⁰⁶ Zwłaszcza Konwencja OECD o zwalczaniu przekupstwa zagranicznych funkcjonariuszy publicznych w międzynarodowych transakcjach handlowych oraz konwencja ONZ przeciwko korupcji.

niewłaściwe praktyki handlowe i – w pewnym stopniu – do zapobiegania im. W art. 45 dyrektywy 2004/18/WE przewidziano już obowiązek wykluczenia oferentów skazanych za pewne wymienione wykroczenia (zwłaszcza za korupcję), jak również możliwość wykluczenia oferentów znanych ze swoich niewłaściwych praktyk handlowych (w tym ze względu na „poważne wykroczenie zawodowe”).

Wiele kwestii dotyczących zakresu, interpretacji, transpozycji i praktycznego zastosowania tego przepisu pozostaje jednak otwartych, a państwa członkowskie i instytucje zamawiające zwróciły się o dodatkowe wyjaśnienia.

W szczególności należy przeanalizować, czy wykaz powodów wykluczenia przewidziany w art. 45 jest odpowiedni, wystarczająco jasny (zwłaszcza wykluczenie z powodu „wykroczenia zawodowego”) oraz wyczerpujący, czy też należy wprowadzić dodatkowe podstawy wykluczenia. Instytucje zamawiające wydają się mieć również praktyczne trudności z uzyskiwaniem wszystkich stosownych informacji dotyczących podmiotowej sytuacji oferentów i kandydatów posiadających siedzibę w innych państwach członkowskich oraz ich kwalifikowalności według przepisów krajowych.

Ponadto prawdopodobnie konieczne będzie doprecyzowanie zakresu stosowania przepisów krajowych dotyczących podstaw wykluczenia. Umożliwienie państwom członkowskim wprowadzenia dodatkowych podstaw wykluczenia w ustawodawstwie krajowym może im dać możliwość skutecznego rozwiązywania konkretnych problemów dotyczących niewłaściwych praktyk handlowych występujących w kontekście krajowym. Z drugiej strony, wprowadzenie specjalnych krajowych podstaw wykluczenia może prowadzić do dyskryminacji wobec oferentów zagranicznych i w konsekwencji może podważyć zasadę równych szans na poziomie europejskim.

Ważną kwestią, która nie została poruszona w aktualnych dyrektywach UE w sprawie zamówień publicznych, są tzw. środki „samonaprawcze”, tzn. środki podejmowane przez zainteresowanego wykonawcę w celu skorygowania negatywnej sytuacji, która wpływa na jego kwalifikowalność. Skuteczność tych środków zależy od tego, czy są one akceptowane przez państwa członkowskie. Kwestia środków „samonaprawczych” wynika z potrzeby znalezienia równowagi między stosowaniem podstaw wykluczenia a poszanowaniem zasady proporcjonalności i równego traktowania. Uwzględnienie środków samonaprawczych może pomóc instytucjom zamawiającym w przeprowadzeniu obiektywnej i bardziej kompletnej oceny indywidualnej sytuacji kandydata lub oferenta przed podjęciem decyzji o jego wykluczeniu z procedury udzielania zamówienia.

Artykuł 45 umożliwia państwom członkowskim uwzględnienie środków samonaprawczych, o ile wskazują one, że rozwiązano kwestie dotyczące uczciwości zawodowej, wypłacalności oraz wiarygodności kandydata lub oferenta. Nie istnieją jednak jednolite przepisy dotyczące „samonaprawy”, mimo iż środki podejmowane przez wykonawcę w celu zaradzenia sytuacji prowadzącej do wykluczenia są uwzględniane przez instytucje zamawiające w niektórych państwach członkowskich.

Ponadto nasuwa się również pytanie, czy UE powinna w wyraźny sposób nałożyć sankcje za podejmowanie prób zmniejszenia przejrzystości i bezstronności procedury udzielania zamówienia (np. gdy kandydaci lub oferenci usiłują uzyskać dostęp do informacji poufnych lub w niewłaściwy sposób wpłynąć ma działanie instytucji zamawiającej, np. podczas etapu kwalifikacji i etapu udzielenia zamówienia). Sankcje te mogłyby polegać np. na odrzuceniu kandydatury lub oferty pod warunkiem odpowiedniego uzasadnienia takiej decyzji.

Niektóre poważne rodzaje zachowań niezgodnych z prawem, takie jak korupcja lub celowo ukryty konflikt interesów, powinny również podlegać poważniejszym sankcjom, np. karnym. Państwa członkowskie są już zobowiązane do stosowania sankcji karnych w przypadku korupcji urzędników. Stosowność wprowadzenia minimalnych standardów w odniesieniu do sankcji należy ocenić w świetle wagi przestępstwa oraz w kontekście zasad konieczności, pomocniczości i proporcjonalności¹⁰⁷.

Pytania:

104. Czy uważają Państwo, że art. 45 dyrektywy 2004/18/WE dotyczący wykluczania oferentów jest przydatnym narzędziem sankcjonowania niewłaściwych zachowań handlowych? Jakiego rodzaju usprawnienia tego mechanizmu i/lub jakie alternatywne rozwiązania zaproponowałoby Państwo?
105. W jaki sposób można zacieśnić współpracę między instytucjami zamawiającymi w zakresie uzyskiwania informacji na temat podmiotowej sytuacji kandydatów i oferentów?
106. Czy uważają Państwo, że kwestię „środków samonaprawczych” należy wyraźnie uwzględnić w art. 45, czy też powinna ona być regulowana tylko na poziomie krajowym?
107. Czy uzasadniona decyzja o odrzuceniu oferty lub wniosku stanowi stosowną sankcję z punktu widzenia poprawy przestrzegania zasady równego traktowania?
108. Czy uważają Państwo, że w świetle traktatu lizbońskiego należałoby opracować na poziomie UE – w szczególnych przypadkach, takich jak korupcja lub ukryty konflikt interesów – minimalne standardy dla sankcji karnych?

5.4. Unikanie nieuczciwej przewagi

Mogą również wystąpić przypadki, w których nie występuje konflikt interesów, ani nie mają miejsca niewłaściwe praktyki handlowe, ale uczciwość procedury jest zagrożona, ponieważ niektórzy oferenci znajdują się w korzystniejszej sytuacji. Przykładowo, wcześniejszy udział kandydata lub oferenta w czynnościach przygotowawczych związanych z rozwijaniem usługi, która jest przedmiotem przetargu (polegający np. na prowadzeniu działań badawczych i/lub projektowaniu) może zapewnić temu oferentowi znaczną przewagę, jeśli chodzi o informacje uprzywilejowane, i tym samym może spowodować obawy, że nie jest przestrzegana zasada równego traktowania¹⁰⁸.

Pojawia się w tym przypadku pytanie, w jakim stopniu można zrekompensować taką korzystniejszą sytuację bez dyskryminowania oferenta. Wykluczenie oferentów, którzy uczestniczyli w przygotowaniu projektu, byłoby prawdopodobnie nieproporcjonalną reakcją i mogłoby być nawet niewykonalne, zwłaszcza w sytuacji, gdy na przedmiotowym rynku jest niewielu odpowiednio wykwalifikowanych konkurentów. Zadowalająca rekompensata może polegać np. na wprowadzeniu obowiązku ujawnienia wszystkim startującym oferentom

¹⁰⁷ W sprawie funkcjonalnej kompetencji UE w odniesieniu do sankcji karnych zob. sprawa C-440/05, *Komisja przeciwko Radzie*, pkt 66.

¹⁰⁸ Zob. sprawy połączone C-21/03 oraz C-34/03, *Fabricom*.

wszelkich uprzywilejowanych informacji, jakie oferent znajdujący się w korzystniejszej sytuacji uzyskał w wyniku wcześniejszego udziału w pracach związanych z projektem.

Jeszcze bardziej delikatna kwestia to problem naturalnej przewagi, jaką posiadają oferenci będący wykonawcami bieżącego zamówienia; w tym przypadku jeszcze trudniej jest wyraźnie określić i zrekompensować taką przewagę. Aby złagodzić ryzyko dyskryminacji, również w tym przypadku odpowiedni może okazać się obowiązek ujawnienia uprzywilejowanych informacji, pod warunkiem że odpowiednio zabezpieczone są wrażliwe informacje handlowe.

Pytania:

109. Czy na poziomie UE należy wprowadzić szczegółowe przepisy, które uregulowałyby kwestię przewagi niektórych oferentów uzyskanej w wyniku ich wcześniejszego udziału w pracach nad projektem będącym przedmiotem przetargu? Jakie zabezpieczenia zaproponowałoby Państwo?
110. Czy uważają Państwo, że kwestia ewentualnej przewagi, jaką posiadają oferenci będący wykonawcami bieżącego zamówienia, powinna zostać uregulowana na poziomie UE, a jeśli tak, to w jaki sposób?

6. DOSTĘP DOSTAWCÓW Z PAŃSTW TRZECICH DO RYNKU UE

Międzynarodowe zobowiązania podjęte przez UE w dziedzinie zamówień zostały uwzględnione w różnych przepisach dyrektyw.

Motyw 7 dyrektywy 2004/18/WE oraz motyw 14 dyrektywy 2004/17/WE odsyłają wprost do decyzji Rady 94/800/WE zatwierdzającej Porozumienie GPA w ramach WTO. Stanowi on, iż „rozwiązania stosowane wobec oferentów i produktów z krajów trzecich sygnatariuszy Porozumienia są zdefiniowane w tym Porozumieniu”. Ponadto warunki związane z GPA zostały zawarte w art. 5 dyrektywy 2004/18/WE oraz art. 12 dyrektywy 2004/17/WE. W rezultacie wykonawcy pochodzący z państw-sygnatariuszy GPA powinni być traktowani na równi z wykonawcami europejskimi na warunkach określonych w GPA, w szczególności w załączniku 1 dla UE, który określa wszystkie zobowiązania UE w ramach Porozumienia.

Ponadto w obszarach, w których UE nie podjęła zobowiązań na szczeblu międzynarodowym, art. 58 dyrektywy 2004/17/WE wprowadza preferencje wspólnotowe dla zamówień na dostawę, natomiast art. 59 tej samej dyrektywy umożliwia ograniczenie dostępu do unijnego rynku zamówień sektorowych.

Wiele zainteresowanych stron wskazywało ostatnio, że unijny rynek zamówień jest bardziej otwarty niż rynki zamówień naszych międzynarodowych partnerów. W rezultacie przedsiębiorstwa UE nie zawsze konkurują z firmami zagranicznymi na równych warunkach. Taka sytuacja oddziałuje również negatywnie na pozycję negocjacyjną UE w negocjacjach międzynarodowych dotyczących zwiększenia dostępu do rynków. Potrzebna jest zatem refleksja na temat polityki zamówień publicznych, jaką UE prowadzi wobec państw trzecich, oraz na temat wykorzystania wspomnianych wyżej przepisów i możliwych poprawek.

Kwestia ta jest związana z trwającą debatą na temat możliwych sposobów wzmocnienia pozycji UE w negocjacjach międzynarodowych w celu zapewnienia bardziej zrównoważonego i wzajemnego dostępu do rynku zamówień Unii Europejskiej i

zagranicznych rynków zamówień. Komisja rozpoczyna obecnie ocenę skutków, w ramach której przeanalizowane zostaną różne możliwe warianty polityki dotyczące dalszej realizacji zobowiązań międzynarodowych UE, takich jak Porozumienie w sprawie zamówień publicznych, jak również w stosunku do państw trzecich, z którymi UE nie zawarła jeszcze tego rodzaju umów.

Pytania:

111. Jakie są Państwa doświadczenia w związku z mechanizmami określonymi w art. 58 i 59 dyrektywy 2004/17/WE i jaka jest Państwa opinia na ich temat?
- 111.1. Czy wspomniane przepisy powinny zostać ulepszone? Jeśli tak, to w jaki sposób? Czy właściwe byłoby rozszerzenie zakresu stosowania tych przepisów poza dziedzinę zamówień sektorowych?
112. Jakie inne mechanizmy proponowałoby Państwo wprowadzić, aby poprawić symetrię w dostępie do rynków zamówień?

W niniejszej zielonej księdze poruszono kwestie, które zostały zidentyfikowane przez Komisję jako istotne aspekty przyszłej reformy polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych. Możliwe jest, że istnieją inne kluczowe tematy, które nie zostały omówione w niniejszej zielonej księdze. Byłoby również interesujące poznać opinię zainteresowanych stron w kwestii tego, które z omówionych tu tematów uważają one za najważniejsze, a które wydają się im mniej istotne w kontekście przyszłej reformy. Dlatego też zaprasza się zainteresowane strony do udzielenia odpowiedzi na poniższe pytania.

Pytania:

113. Czy są jakieś inne kwestie, które Państwa zdaniem powinny zostać rozwiązane w ramach przyszłej reformy dyrektyw UE w sprawie zamówień publicznych? Jakie to kwestie? Jakie problemy należy, Państwa zdaniem, poruszyć i jak mogłyby wyglądać ewentualne rozwiązania tych problemów?
114. Proszę sklasyfikować w kolejności ważności różne kwestie poruszone w niniejszej zielonej księdze oraz wskazać inne kwestie, jakie uważają Państwo za istotne. Jeśli musieliby Państwo wskazać trzy kwestie priorytetowe, jakimi należy zająć się w pierwszej kolejności, które z nich wybrałoby Państwo? Proszę uzasadnić swój wybór.

Komisja zaprasza wszystkie zainteresowane strony do przekazywania swoich uwag przed dniem 18 kwietnia 2011 r., najlepiej za pośrednictwem poczty elektronicznej oraz w formacie Word, na adres: MARKT-CONSULT-PP-REFORM@ec.europa.eu.

Nie muszą Państwo ustosunkowywać się do wszystkich kwestii podniesionych w niniejszym dokumencie. Mogą Państwo wypowiedzieć się jedynie w kwestiach, które są dla Państwa przedmiotem szczególnego zainteresowania. Prosimy wskazać wyraźnie aspekty, których dotyczą Państwa uwagi.

Otrzymane odpowiedzi oraz tożsamość respondenta zostaną opublikowane w Internecie, chyba że respondent sprzeciwi się publikacji swoich danych osobowych, powołując się na konieczność ochrony swoich uzasadnionych interesów. W takim przypadku odpowiedzi mogą zostać opublikowane anonimowo. W innym przypadku uwagi nie zostaną opublikowane, a ich treść, zasadniczo, nie zostanie uwzględniona.