

I

(Rezolucje, zalecenia i opinie)

OPINIE

TRYBUNAŁ OBRACHUNKOWY

OPINIA NR 4/2011

na temat zielonej księgi Komisji w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych

(przedstawiona na mocy art. 287 ust. 4 TFUE)

(2011/C 195/01)

STRESZCZENIE

Trybunał z zadowoleniem przyjmuje możliwość włączenia się w otwartą debatę zainicjowaną przez zieloną księgę Komisji w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych, zarówno jako zewnętrzny organ kontroli budżetu Unii Europejskiej, jak i instytucja publiczna, która sama występuje jako instytucja zamawiająca.

Z doświadczeń, jakie Trybunał zebrał w trakcie kontroli zamówień publicznych, wynika, że powracające problemy braku zgodności wiążą się z niewydolnym wdrażaniem istniejących zasad oraz że nadal wiele można by poprawić na etapie wdrażania.

Trybunał odnotowuje ambitny charakter sformułowanych w zielonej księdze celów, które są liczne i czasami sprzeczne ze sobą. Ta mnogość celów wymaga dokonania rozsądnego wyboru, gdyż rosnące koszty oraz większy stopień złożoności mogą pociągać za sobą dalsze ryzyko dla efektywności kosztowej oraz zgodności z przepisami prawnymi.

Trybunał stwierdza, że można by dokonać pewnych usprawnień mających na celu zmniejszenie obciążenia administracyjnego zarówno po stronie instytucji zamawiających, jak i przedsiębiorstw. Nie może się to jednak odbywać kosztem nadrzędnych zasad, takich jak równy dostęp, uczciwa konkurencja oraz efektywne wykorzystanie środków publicznych. Niektóre luki w obecnych przepisach prawnych oraz niejasne lub dwuznaczne zapisy zagrażają prawnemu bezpieczeństwu wszystkich podmiotów oraz integralności procedur. Niezbędne może okazać się doprecyzowanie zasad.

TRYBUNAŁ OBRACHUNKOWY UNII EUROPEJSKIEJ,

uwzględniając Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w szczególności jego art. 287 ust. 4,

uwzględniając zieloną księgę Komisji w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych ⁽¹⁾,

a także mając na uwadze, co następuje:

- (1) Komisja zainicjowała, na podstawie zielonej księgi, zakrojone na szeroką skalę powszechne konsultacje na temat modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych, dążąc do dostosowania tej polityki do strategii „Europa 2020” na rzecz inteligentnego, zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu ⁽²⁾.
- (2) Z doświadczeń, jakie Trybunał zebrał w trakcie kontroli zamówień publicznych, wynika, że powtarzające się problemy braku zgodności ⁽³⁾ wiążą się z niewygodnym wdrażaniem istniejących zasad oraz że nadal wiele można by poprawić na etapie wdrażania.
- (3) Trybunał z zadowoleniem przyjmuje możliwość włączenia się w debatę oraz podzielenia się swoim doświadczeniem w tym obszarze, zarówno jako organ kontrolny budżetu Unii Europejskiej, jak i instytucja publiczna, która sama występuje jako instytucja zamawiająca,

PRZYJĄŁ NASTĘPUJĄCĄ OPINIĘ:

Wyznaczanie jasnych i realistycznych celów

1. Trybunał odnotowuje, że w strategii „Europa 2020” postuluje się, aby poprzez zamówienia publiczne: a) poprawić warunki ramowe prowadzenia działalności innowacyjnej przez przedsiębiorstwa, przy pełnym wykorzystaniu polityki zarządzania popytem; b) wspierać przechodzenie na gospodarkę

⁽¹⁾ COM(2011) 15 wersja ostateczna z dnia 27 stycznia 2011 r.

⁽²⁾ COM(2010) 2020 wersja ostateczna z dnia 3 marca 2010 r. oraz konkluzje Rady z dnia 17 czerwca 2010 r., część I.

⁽³⁾ Naruszenia te obejmują między innymi: nieprzebranie wymogu dotyczącego odpowiedniego stopnia reklamy i przejrzystości, udzielanie zamówień bez przeprowadzenia konkursu wobec braku pilnej konieczności, stosowanie sprzecznych z prawem kryteriów selekcji lub udzielania zamówień, naruszenie zasady równego traktowania (prowadzenie negocjacji z jednym z oferentów w czasie trwania procedury udzielania zamówienia), udzielanie zamówień na dodatkowe prace lub usługi z wolnej ręki z przekroczeniem limitu określonego w dyrektywach.

niskoemisyjną i efektywnie korzystającą z zasobów, na przykład poprzez sprzyjanie szerszemu wykorzystaniu ekologicznych zamówień publicznych; oraz c) poprawić otoczenie biznesu, szczególnie w odniesieniu do innowacyjnych MŚP. W strategii podkreśla się ponadto, że polityka zamówień publicznych musi zapewnić jak najlepsze wykorzystanie środków publicznych, a rynki zamówień publicznych muszą być otwarte dla całej UE. Trybunał odnotowuje również, że uzupełnieniem lub wyjaśnieniem powyższych celów jest zielona księga, w której postuluje się, aby: a) poprawić skuteczność wydatków publicznych poprzez stworzenie możliwie jak największej konkurencji oraz usprawnienie procedur udzielania zamówień z uwzględnieniem ukierunkowanych środków upraszczających w odpowiedzi na potrzeby instytucji zamawiających; b) umożliwić tym, których dotyczą te zasady, lepsze korzystanie z zamówień publicznych do wspierania wspólnych celów społecznych, takich jak ochrona środowiska, promowanie innowacji oraz włączenie społeczne i zapewnienie możliwie najlepszych warunków dla świadczenia wysokiej jakości usług publicznych; c) zapobiegać zjawisku korupcji i faworyzowania oraz zwalczać je; d) rozstrzygnąć, w jaki sposób poprawić dostęp przedsiębiorstw europejskich do rynków państw trzecich; oraz e) zapewnić instytucjom zamawiającym i przedsiębiorstwom większą pewność prawną.

2. Trybunał odnotowuje, że Komisja jest świadoma potencjalnych konfliktów, jakie mogą wystąpić między wielorakimi celami reformy określonymi w zielonej księdze oraz tego, że „te różne cele przekładają się czasami na warianty polityki, które mogą zmierzać w różnych kierunkach, co będzie wymagać dokonania przemyślanego wyboru na późniejszym etapie”. Trybunał stwierdza, że uwaga Komisji ma ogromne znaczenie dla powodzenia zainicjowanego procesu. Trybunał jest zdania, że bardzo ważne jest to, aby Komisja najpierw jasno i jednoznacznie określiła swoje cele, a następnie należycie je sformułowała, a nawet, jeśli to możliwe, uszeregowała je według ważności. Trybunał stwierdza, że w tym zakresie wprowadzenie nowych celów do polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych zgodnie ze strategią „Europa 2020” może dodatkowo zwiększyć stopień złożoności ram prawnych i tym samym dodatkowo utrudnić osiągnięcie innych celów, które zakłada reforma, takich jak zapewnienie instytucjom zamawiającym oraz przedsiębiorstwom większej pewności prawnej.

3. Trybunał podkreśla, że środki stosowane do osiągnięcia wyznaczonych celów, choć odpowiednie dla niektórych z nich, mogą wywołać niepożądane efekty niesprzyjające osiągnięciu niektórych pozostałych celów. Należy zwrócić przy tym uwagę, że generalizowanie procedur negocjacyjnych, o których mowa w zielonej księdze, mimo że jest to istotne narzędzie przyczyniające się do otwarcia rynków oraz podniesienia skuteczności procedur, może jednak wywołać ujemne skutki w odniesieniu do celu, jakim jest zapobieganie nadużyciom i korupcji, poprzez przyznanie większej uznaniowości instytucjom zamawiającym. Podobnie nie jest łatwo pogodzić szerzego zastosowania wspólnych zamówień publicznych, mającego na celu przede wszystkim oszczędność czasu i kosztów związanych z organizowaniem szeregu procedur przetargowych przez instytucje zamawiające, z proponowanym działaniem polegającym na podziale ofert przetargowych na wiele części, tak aby ułatwić małym i średnim przedsiębiorstwom dostęp do zamówień publicznych.

4. Środki prawne stosowane w celu osiągnięcia jednego z wyznaczonych celów mogą wywołać niepożądane efekty dla osiągnięcia niektórych pozostałych celów. Trybunał podkreśla przy tym, że nie wystarczy podsumować rodzaje ryzyka związane z wprowadzeniem nowego środka prawnego ani określić czynniki niwelujące dane ryzyko. Należy również ocenić, na ile takie ryzyko jest poważne i jakie jest prawdopodobieństwo, że się zmaterializuje, a w przypadku, gdy czynniki niwelujące je są niewspółmierne, należy zastosować alternatywne rozwiązania.

5. Zadaniem Trybunału nie jest kwestionowanie celów polityki, które Komisja pragnie osiągnąć poprzez proces reform. Trybunał przypomina jednak, że bez względu na to, jakie mogą być cele, nie powinny one naruszać podstawowych celów określonych w ramach prawnych procedury zamówień publicznych, a mianowicie poszanowania zasad niedyskryminacji, równego traktowania oraz przejrzystości, ani negatywnie wpływać na uzyskanie przez instytucje zamawiające i podatników optymalnych wyników procedury przetargowej przy możliwie jak najmniejszych nakładach, jeśli chodzi o czas i środki publiczne. Trybunał przykłada w tym kontekście znaczną wagę do osiągnięcia celu, jakim jest pewność prawna, która oznacza stabilność ram prawnych regulujących procedurę zamówień publicznych. Trybunał jest zatem zdania, że wszelkie reformy, które zostaną wprowadzone, powinny być uzasadnione istotnymi potrzebami.

6. Choć w gestii Trybunału nie leży wypowiedanie się na temat tego, w jakim zakresie należy lepiej wykorzystać procedurę zamówień publicznych na rzecz innych polityk i celów społecznych (takich jak ochrona środowiska, wydajność energetyczna lub przeciwdziałanie zmianom klimatu, promocja innowacji i włączenia społecznego), uważa on, że obwarowanie legalności procedury zamówień publicznych dalszymi warunkami może zwiększyć jej koszty i złożoność, a tym samym zrodzić dalsze ryzyko dla efektywności kosztowej i zgodności z przepisami prawnymi. Ponadto Trybunał odnotowuje, że obecne zasady, w tym pojęcie „najbardziej korzystnej oferty pod względem ekonomicznym”, dają pewną swobodę w dostosowywaniu długoterminowych elementów jakościowych (takich jak cykl życia i koszty operacyjne) oraz mogą zostać wykorzystane w celu zawężenia zakresu kryterium cenowego, nie eliminując konieczności oparcia decyzji na stosunku ceny do jakości.

7. Trybunał przyznaje, że szczególną uwagę należy zwrócić na dostęp małych i średnich przedsiębiorstw do zamówień publicznych. Trybunał odnotował ogólny niski wskaźnik ich udziału w przetargach oraz ograniczony zasięg europejski. Niedostateczny dostęp do informacji oraz koszty administracyjne stanowią znaczną przeszkodę w skutecznym udziale w przetargach publicznych. Zapewnienie szkoleń oraz informacji lub regionalnych centrów informacji mogłoby zachęcić średnie przedsiębiorstwa do uczestniczenia w procedurach przetargowych. Trybunał jednakże nie opowiada się za tym, by zobowiązać oferenta, któremu zostanie udzielone zamówienie,

do zlecenia osobom trzecim realizacji określonej części głównego zamówienia, gdyż problemy prawne i praktyczne trudności wynikające z takich przepisów przesłoniłyby korzyści płynące z takiego rozwiązania.

Wyjaśnienie ram prawnych i zmniejszenie obciążenia administracyjnego

8. Trybunał uważa za konieczne dopracowanie niektórych koncepcji i podstawowych pojęć, tak aby uzyskać dla instytucji zamawiających i przedsiębiorstw większą pewność prawną. Zasady można uprościć, ale również doprecyzować poprzez kompletne i bardziej szczegółowe ramy.

9. Trybunał jest zdania, że nowe ramy prawne powinny zawierać „zasady” wynikające z unijnego orzecznictwa, jako że wiele propozycji przedstawionych w zielonej księdze zostało zaczerpniętych z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i Sądu. Trybunał stoi na stanowisku, że instytucje zamawiające potrzebują dokładnych wytycznych opartych na zasadach, które są łatwo dostępne dla każdego. W tym zakresie niezbędna jest analiza, jak ta wykonana przez Komisję, przed dodaniem do korpusu prawnego nowej „zasady” dotyczącej zamówień publicznych, wynikającej z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości.

10. Trybunał stwierdza, że zakres obecnych dyrektyw ma wpływ na bezpieczeństwo prawne wszystkich stron, szczególnie w przypadku prywatnych przedsiębiorstw otrzymujących dotacje ze środków publicznych. Trybunał uważa, że istotne jest sprecyzowanie w przyszłych zasadach UE dotyczących zamówień obszaru ich zastosowania oraz zadbanie o to, by nie zatarła się różnica pomiędzy zamówieniami publicznymi a dotacjami. Podobnie pożądane byłoby doprecyzowanie definicji podmiotów, które podlegają zasadom zamówień publicznych oraz zakresu i kryteriów współpracy na poziomie instytucji publicznych. Ponadto można by dokonać przeglądu różnic w ustawodawstwie (np. między zamówieniami na roboty, dostawy, usługi), ograniczeń (usługi A i B) lub wykluczeń, jeśli uzna się je za zbędne.

11. Trybunał jest zdania, że obecny wachlarz możliwości proceduralnych określony w dyrektywach jest zasadniczo zadowalający. Ważne jest, by uniknąć wszelkich procedur, które mogą prowadzić do dyskryminacji, zaszkodzić przejrzystości lub naruszyć zasadę uczciwej i skutecznej konkurencji. Pod tym względem procedury przyspieszone, jak również możliwe ogólne zastosowanie procedury negocjacyjnej, wyraźnie niosą ze sobą wysokie ryzyko, którego kontrola wymagałaby niewspółmiernych wysiłków. Z drugiej strony ważne jest przy wyborze procedury zamówień, by uwzględnić strukturę podaży i cechy rynku. Dlatego też stosowanie otwartej procedury może nie być właściwe, gdy konkurencja jest *de facto* ograniczona z różnych powodów (specyfikacje techniczne, prawa wyłączności, wymagane umowy, struktura rynków zbytu określonych towarów, sytuacja na rynkach lokalnych, itp.).

12. W opinii Trybunału zielona księga słusznie wymienia niektóre luki w ramach prawnych, które mogą rodzić ryzyko dla bezpieczeństwa prawnego, szczególnie na etapie realizacji zamówienia. Trybunał uważa, że do ustawodawstwa unijnego na podstawie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości należy dołączyć wyjaśnienia, które regulowałyby kwestię „znaczących modyfikacji” w obowiązującym zamówieniu oraz zmiany dotyczące wykonawcy i zakończenia umów. Jednak w takich przypadkach, gdy zachodzi konieczność zorganizowania nowej procedury przetargowej, nie ma powodu uzasadniać, że może ona być bardziej elastyczna. Zasady zamówień publicznych powinny także pozwolić instytucjom zamawiającym ograniczyć do pewnego poziomu możliwość zlecenia osobom trzecim, tak aby uniknąć problemów prawnych i praktycznych, które mogą wynikać, gdy umowa, w znacznej części lub całości, jest realizowana przez osoby trzecie.

13. Trybunał uważa, że zmniejszenie obciążenia administracyjnego poprzez środki takie jak wymóg złożenia i weryfikacji dowodów jedynie w przypadku kandydatów zakwalifikowanych na krótką listę, oświadczenia własne (składane na ryzyko oferentów) lub proporcjonalne dowody sytuacji finansowej, przyniosłyby korzyści zarówno podmiotom gospodarczym (szczególnie małym i średnim przedsiębiorstwom), jak i instytucjom zamawiającym. Dalsze działania mające na celu zmniejszenie obciążenia administracyjnego i sprostanie w sposób bardziej wydajny potrzebom instytucji zamawiających mogłyby obejmować zastosowanie uproszczonej transakcji

nabycia po najniższej cenie w przypadku tzw. „komercyjnych towarów i usług”, większą elastyczność przy analizie kryteriów selekcji i udzielania zamówień, działania promocyjne, szczególnie w przypadku małych instytucji zamawiających, już dostępne procedury (centralne jednostki zakupujące, umowa ramowa) lub stworzenie bardziej elastycznych narzędzi, takich jak, poniżej określonego progu, procedura negocjacyjna powiązana z benchmarkingiem. Nadmierna elastyczność procedur mogłaby jednak rodzić ryzyko nadużyć i dyskryminacji.

14. W odniesieniu do integralności procedur Trybunał doskonale zdaje sobie sprawę, że zamówienia publiczne stanowią dziedzinę obciążoną ryzykiem, w której nienależyte zachowania i praktyki, takie jak konflikty interesów, faworyzowanie, nadużycia i korupcja, mogą wystąpić na każdym etapie, zakłócić uczciwą konkurencję i zniechęcić oferentów. By zniwelować tego rodzaju ryzyka, konieczne jest podjęcie wspólnych starań na poziomie unijnym i narodowym. Doprecyzowanie niektórych definicji na poziomie UE (np. „konflikt interesów”, „poważne wykroczenie zawodowe”) oraz wprowadzenie środków mających zapobiec nienależytym praktykom, wykryć je lub powstrzymać przed ich stosowaniem (szkolenia, oświadczenia własne, kodeks postępowania, automatyczne sankcje, ochrona informatorów, wymiana informacji między państwami członkowskimi na temat wykluczenia oferentów stosujących nienależyte praktyki, itp.) mogłyby istotnie przyczynić się do stworzenia bardziej wyrównanych zasad postępowania w dziedzinie zamówień publicznych w całej Europie.

Niniejsza opinia została przyjęta przez Trybunał Obrachunkowy w Luksemburgu na posiedzeniu w dniu 26 maja 2011 r.

W imieniu Trybunału Obrachunkowego

Vitor Manuel da SILVA CALDEIRA

Prezes
