



Podejście zakładające strategiczne wykorzystanie zamówień publicznych opiera się na założeniu, że prawo zamówień publicznych - oprócz zapewnienia przejrzystości i równości traktowania - powinno być też narzędziem dla instytucji zamawiających, służącym realizacji takich polityk jak środowiskowa, społeczna, czy stymulująca innowacyjność. Uznano, że obecnie obowiązująca dyrektywa 2004/18/EC tego nie gwarantuje.

Projektowane europejskie regulacje wprowadzają nową procedurę: „partnerstwo dla innowacyjności”. Celem tej procedury jest stworzenie nowatorskiego produktu. - Jeśli chodzi o aspekty środowiskowe, to reforma zakłada zawarcie w przepisach dotyczących kryteriów udzielania zamówienia publicznego i specyfikacji technicznych odniesień do procesu produkcji, a więc do zewnętrznych kosztów środowiskowych, jak na przykład wydajność energetyczna, utylizacja - tłumaczy Łukasz Różański. W przypadku aspektów społecznych chodzi o procesy integracji zawodowej osób znajdujących się w niekorzystnych dla nich sytuacjach życiowych, również brana jest pod uwagę ochrona zdrowia osób zatrudnionych do wykonania zamówienia. Parlament Europejski jednak opowiada się za większym uwzględnieniem zagadnień społecznych. Chciałby na przykład wprowadzić pojęcie zewnętrznych kosztów społecznych.

- Uczciwość procedur - być może to tłumaczenie z angielskiego nie jest zbyt adekwatne, ale chodzi tu o kwestie konfliktu interesów. Te kwestie nie są uregulowane w obecnie obowiązującym europejskim prawie zamówień publicznych, natomiast w praktyce bardzo często pojawiają się nieprawidłowości w tym zakresie. Istnieje orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, a szczególnie sądu pierwszej instancji, dotyczące właśnie konfliktu interesów. Zatem jest już najwyższy czas, by zaproponować konkretne przepisy - mówi Łukasz Różański.

Komisja zaproponowała ogólną definicję „konfliktu interesów” oraz nakłada na państwa członkowskie obowiązek wprowadzenia w tym zakresie odpowiednich przepisów. Komisja uszczegółowiła przepisy, o które chodzi w tym przypadku. Rada i Parlament stoją jednak na stanowisku pozostawienia tych przepisów na poziomie większej ogólności. Dodatkowo opracowane zostały przepisy w zakresie rażąco niskiej ceny. Komisja chciała sprecyzować w jakich przypadkach zamawiający ma obowiązek sprawdzić ofertę wydającą się rażąco niską. Rada i Parlament jednak odrzuciły tę propozycję. Przepis jest więc sformułowany w ten sposób, że zamawiający nie będzie mógł odrzucić oferty, ale będzie miał obowiązek jej sprawdzenia.

Przepisy dotyczące modyfikacji umów na etapie ich wykonania są szczególnie istotne dla drogownictwa. Istnieją orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w tego rodzaju sprawach. Bardzo surowo podchodzi ono w swoich rozstrzygnięciach. Wielokrotnie stwierdza się w nich, że modyfikacja umów na etapie ich wykonania jest równoznaczna z nowym zamówieniem. Propozycje Komisji służą więc uelastycznieniu tego podejścia. Komisja zdefiniowała czym jest istotna modyfikacja, przewidziała sytuacje, w których są one możliwe, z obowiązkiem publikowania informacji o tym w Dzienniku Urzędowym. Dopuszczalne byłyby modyfikacje poniżej 5 procent wartości umowy, które równocześnie nie przekraczają progów przyjętych w zamówieniach publicznych. Rada i Parlament chcą jednak dopuścić większe wartości dopuszczalnych modyfikacji, podnosząc te wartości do 10 dla usług i 15 procent dla robót budowlanych. Parlament w tym momencie chce zrezygnować z łączenia progów, albo dać możliwość alternatywnego wyboru. – Ta propozycja wydaje się dość niebezpieczna. Łatwo wyobrazić sobie duże kontrakty, a więc modyfikacje ogromnych pod względem wartości umów – 10 procent od takiej kwoty jest naprawdę wielkie. Może więc oznaczać masowe udzielanie zamówień bez przetargów – zastrzega Łukasz Róžański.

Pod pojęciem profesjonalizacji zamówień publicznych z kolei należy rozumieć powoływanie instytucji w rodzaju centrów wiedzy oraz szczególnych narodowych organów nadzoru. – Organy nadzoru to propozycja Komisji, o której w tej chwili możemy mówić w czasie przeszłym, ponieważ nie spotkały się te propozycje z entuzjastycznym przyjęciem, szczególnie Rady. Pomysł utworzenia krajowych organów nadzorczych Rada i Parlament odrzuciły – informuje Łukasz Róžański.

Projekt dyrektywy o koncesji jest zupełnie nowym aktem, który ureguje w prawie wtórnym kwestie udzielania koncesji na usługi oraz uzupełni istniejące przepisy wprowadzone dyrektywą 2004/18/EC, a które dotyczą koncesji na roboty budowlane. Cele dyrektywy o koncesjach to: poprawa bezpieczeństwa prawnego, poprawa dostępu do koncesji poprzez zagwarantowanie przejrzystości i równego traktowania, poprawa dostępu do procedur odwoławczych.

Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości niestety nie dostarczyło żadnych jednoznacznych interpretacji co do zasad przejrzystości i równości traktowania, które podobnie jak w zamówieniach publicznych również obowiązują w przypadku udzielania koncesji. Nie sprecyzował jakie konkretne obowiązki ciążą na

zamawiającym w związku z tymi zasadami. - Dlatego poprawa bezpieczeństwa prawnego była głównym powodem przedłożenia przez Komisję Europejską propozycji nowej dyrektywy – podkreśla Łukasz Róžański. Zatem dyrektywa zdefiniuje koncesję, wyraźnie oddzieli koncesję od zezwoleń, licencji oraz innych umów (np. zwykłej dzierżawy) oraz skonkretyzuje obowiązki zamawiającego w zakresie zapewnienia przejrzystości i równego traktowania.

Definicja „koncesji” jest zawarta w dyrektywie 2004/18/EC, ale jest ona nieprecyzyjna. - Ona odnosi się do pojęcia eksploatacji, stwierdzając że koncesja jest taką umową jak zamówienie publiczne, z tą jednak różnicą, że wynagrodzenie stanowi przede wszystkim prawo do eksploatacji usługi lub infrastruktury. Europejski Trybunał Sprawiedliwości trochę doprecyzował tę definicję. Te orzecznictwo stanowiło dla Komisji inspirację w formułowaniu nowej definicji. W projekcie Komisji teraz definiowana jest eksploatacja i mamy z nią do czynienia w sytuacji, kiedy istotne ryzyko jest przeniesione na koncesjonariusza. Komisja idzie dalej i definiuje, co oznacza „przeniesienie istotnego ryzyka”. Chodzi mianowicie o sytuację, w której koncesjonariusz nie ma gwarancji odebrania poniesionych na inwestycje kosztów. Nadal ta definicja nie jest jasna, ale na pewno przyczyni się do zmniejszenia liczby pomyłek i sprawniejszego rozróżniania przez zamawiających koncesji i zamówienia publicznego – twierdzi Łukasz Róžański.

Nowa europejska regulacja również wprowadzi: obowiązek opublikowania ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE, przepisy w zakresie kryteriów wyboru (podobnie jak w zamówieniach publicznych będą odnosić się do zdolności finansowych, ekonomicznych, technicznych), wykluczenia oraz udzielenia koncesji, a także przepisy w zakresie minimalnych gwarancji proceduralnych.

AS

*Łukasz Róžański z Dyrekcji Generalnej ds. Rynku wewnętrznego i usług Komisji Europejskiej przedstawił projektowane europejskie regulacje podczas Międzynarodowej Konferencji „Consensus facit legem. Dobre praktyki przy zamawianiu i realizacji umów na projekty drogowe”, której organizatorem był Polski Kongres Drogowy (Warszawa, 20 lutego 2013 r.).*