# STANOWISKO RZĄDU

## I. METRYKA DOKUMENTU

| Tytuł |
|---|
| GREEN PAPER on the modernisation of EU public procurement policy : Towards a more efficient European Procurement Market |

| Data przekazania dokumentu przez Sekretariat Generalny Rady UE | Data przyjęcia stanowiska przez Komitet do Spraw Europejskich |
|---|---|
| 1 lutego 2011 r. | 25 marca 2011 r. |

| Sygnatury | | | |
|---|---|---|---|
| **Komisja Europejska** | COM(2011) 015 | **Rada UE** | 5962/11 |

| Instytucja wiodąca |
|---|
| Urząd Zamówień Publicznych |

| Instytucje współpracujące |
|---|
| Ministerstwo Gospodarki |

## II. CEL DOKUMENTU

Reforma europejskiego systemu zamówień publicznych wpisuje się w realizację strategii *Europa 2020 na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu*. W Komunikacie „W kierunku Aktu o jednolitym rynku. W stronę społecznej gospodarki rynkowej o wysokiej konkurencyjności" z dnia 27 października 2010 r. Komisja zapowiedziała, że przeprowadzi szerokie konsultacje w celu przygotowania, najpóźniej na początku 2012 r., wniosków legislacyjnych służących uproszczeniu i aktualizacji europejskiego prawodawstwa dotyczącego zamówień publicznych, aby uelastycznić udzielanie zamówień oraz umożliwić lepsze wykorzystanie zamówień publicznych do wspierania realizacji innych polityk.

*Zielona księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych: W kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień*, dalej: Zielona Księga, ma na celu przeprowadzenie szerokich konsultacji dotyczących modernizacji unijnych regulacji w dziedzinie zamówień publicznych. Komisja zachęca wszystkich zainteresowanych do wzięcia udziału w konsultacjach.

W Zielonej Księdze wyodrębniono kilka kluczowych obszarów, co do których Komisja uznała, że można przeprowadzić reformy: (1) zakres regulacji, (2) procedury udzielania zamówień, (3) zwiększenie dostępności europejskiego rynku zamówień, (4) wykorzystanie zamówień do wspierania realizacji celów z zakresu innych polityk, (5) praktyki antykonkurencyjne, (6) dostęp wykonawców z państw trzecich do rynku UE.

Uwagi do Zielonej Księgi, wraz z wynikami prowadzonej równolegle kompleksowej oceny skuteczności obowiązujących przepisów w tym zakresie, będą stymulowały debatę na temat przyszłej reformy, czego rezultatem będzie przedstawienie wniosku legislacyjnego.

## III. DOKUMENTY POWIĄZANE

- Komunikat Komisji *Europa 2020 na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu* z dnia 3 marca 2010 r., COM(2010) 2020
- Komunikat Komisji poświęcony „Unii innowacji" z dnia 6 października 2010 r., SEC(2010) 1161
- Zielona księga w sprawie szerszego stosowania e-zamówień w UE z dnia 18 października 2010 r., SEC (2010) 1214
- 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" („Akt o jednolitym rynku") z dnia 27 października 2010 r., COM(2010) 608

## IV. STANOWISKO RZĄDU

Polska z zadowoleniem przyjmuje inicjatywę przeglądu obowiązujących przepisów w dziedzinie zamówień publicznych na poziomie unijnym. Za szczególnie istotny należy uznać szeroki zakres konsultacji, które skierowane są do wszystkich zainteresowanych stron, jak również kompleksowe podejście do zagadnień, które mogą wymagać modernizacji.

Jednocześnie należy jednak zauważyć, że przegląd jest przeprowadzany po zaledwie pięciu latach od wdrożenia dyrektyw 2004/17/WE oraz 2004/18/WE, co wydaje się zbyt krótkim odstępem czasu. Ewentualne zmiany byłyby piątą z kolei zmianą przepisów unijnych w dziedzinie zamówień publicznych w ciągu ostatnich pięciu lat, wliczając nowe dyrektywy z 2004 r., dyrektywę odwoławczą z 2007 r. i dyrektywę obronną z 2009 r. Do tego należy jeszcze dodać zmiany w systemie zamówień publicznych wynikające z unijnej polityki ekologicznej czy społecznej (dyrektywa 2009/33/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego, dyrektywa 2009/52/WE z dnia 18 czerwca 2009 r. przewidująca minimalne normy w odniesieniu do kar i środków stosowanych wobec pracodawców zatrudniających nielegalnie przebywających obywateli krajów trzecich itp.), które też musiały być w międzyczasie wdrożone do krajowych porządków prawnych. Tak częste zmiany w prawie unijnym nie wpływają, w ocenie Rządu RP, korzystnie na funkcjonowanie systemu zamówień publicznych zarówno w poszczególnych państwach członkowskich (które muszą poświęcić dużo czasu na dostosowywanie swojego prawa do ustawicznie zmieniających się wymogów unijnych), jak i w wymiarze ogólnoeuropejskim. Niemniej jednak Polska dostrzega potrzebę zmian w zakresie, w jakim prowadzą one do zwiększenia pewności prawnej oraz usprawnienia procesu wydatkowania środków publicznych, w tym absorpcji środków unijnych, w szczególności poprzez uwzględnienie w przepisach dyrektyw najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości.

***Zakres regulacji***

W ocenie Rządu RP zróżnicowane podejście do usług typu A (priorytetowe) i B (nieprioritetowe) jest uzasadnione. Polska opowiada się za utrzymaniem podziału na usługi typu A i B przy jednoczesnym doprecyzowaniu procedur udzielania zamówień na usługi typu B poprzez objęcie ich w szerszym zakresie przepisami dyrektyw, z zachowaniem pewnych odrębności, takich jak dopuszczalność stosowania podmiotowych kryteriów oceny ofert, krótsze terminy, stosowanie procedur negocjacyjnych. Takie rozwiązanie doprowadzi do zwiększenia pewności prawnej przy wydatkowaniu środków publicznych na usługi nieprioritetowe.

W odniesieniu do wartości zamówień, do których znajdują zastosowanie przepisy unijne, Polska opowiada się za podniesieniem obowiązujących progów, nawet jeśli pociągałoby to za sobą skutki na szczeblu międzynarodowym. Należy zauważyć, że od lat 90. progi te są stopniowo obniżane zgodnie ze zmianą kursu euro do specjalnych praw ciągnienia. Jednocześnie nie jest brany pod uwagę wskaźnik inflacji, skutkiem czego zakres zamówień objętych regulacjami unijnymi jest coraz szerszy.

W odniesieniu do zakresu podmiotowego, Polska dostrzega konieczność doprecyzowania i aktualizacji pojęcia „podmiotu prawa publicznego" zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości w tym zakresie. Wydaje się szczególnie istotne doprecyzowanie, że istotne jest w tym zakresie faktyczne zaspokajanie potrzeb w interesie ogólnym niemające charakteru przemysłowego ani handlowego przez dany podmiot, nawet jeśli pierwotnie nie został on ustanowiony w tym celu.

Regulacje UE dotyczące zamówień publicznych w odniesieniu do sektorów użyteczności publicznej są, w ocenie Rządu RP, nadal potrzebne. Sektory gospodarki objęte dyrektywą 2004/17/WE, tytułem przykładu sektor przemysłu węglowego, charakteryzują się ograniczonym stopniem liberalizacji. Stąd istnieje ryzyko, że wyeliminowanie procedur zamówień publicznych może prowadzić do dalszego ograniczenia konkurencji na specyficznych rynkach sektorowych. W tym kontekście wydaje się również uzasadnione doprecyzowanie pojęcia praw szczególnych i wyłącznych oraz wpływu przepisów prawa wtórnego liberalizujących poszczególne dziedziny przemysłu na ustalenie istnienia obowiązku stosowania przepisów dotyczących udzielania zamówień sektorowych.

***Procedury udzielania zamówień***

Polska opowiada się za rozszerzeniem możliwości korzystania z procedury negocjacyjnej poprzedzonej publikacją ogłoszenia o zamówieniu. Procedura ta spełnia wymagania wynikające z zasad przejrzystości i konkurencyjności, stanowiąc jednocześnie bardziej elastyczne narzędzie dla zamawiających i wykonawców. Z tego względu wydaje się zasadne, aby procedura ta była jedną z procedur podstawowych. Generalnie rzecz ujmując, Rząd RP stoi na stanowisku, że negocjacje po złożeniu ofert powinny być dopuszczalne w szerszym niż obecnie zakresie. W szczególności widzimy konieczność dopuszczenia możliwości negocjacji złożonej oferty ze zwycięskim wykonawcą po wyborze oferty najkorzystniejszej. Celem takich negocjacji może być wyłącznie uzyskanie warunków korzystniejszych niż pierwotnie przedstawione w ofercie, w szczególności niższej ceny.

Również w zakresie potwierdzania warunków udziału w postępowaniu wydaje się uzasadnione bardziej elastyczne podejście. Przede wszystkim należy przeanalizować dogmatyczne podejście do kolejności etapów - oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (selekcji wykonawców) i oceny ofert, pozostawiając tę kwestię poszczególnym państwom członkowskim. Brzmienie art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE w obecnym kształcie może sugerować obowiązek dokonania selekcji wykonawców przed przystąpieniem do oceny ofert (kolejność ta była, na gruncie poprzednich przepisów, dowolna). Bardziej elastyczne podejście w tym zakresie może także polegać na wprowadzeniu obowiązku składania dokumentów jedynie przez zwycięskiego wykonawcę. Można również rozważyć możliwość rozszerzenia na tzw. zamówienia klasyczne, tj. objęte dyrektywą 2004/18/WE, systemów kwalifikacji, przewidzianych dotychczas jedynie dla objętych dyrektywą 2004/17/WE zamówień sektorowych. Nie wydaje się jednak uzasadnione dopuszczenie możliwości stosowania kryteriów podmiotowych na etapie oceny ofert.

Jednocześnie uważamy, że należy wyraźnie dopuścić w dyrektywie możliwość brania pod uwagę wcześniejszych doświadczeń z danym oferentem, przy zachowaniu zasady równego traktowania wykonawców.

W odniesieniu do współpracy publiczno-publicznej wyjętej spod reżimu udzielania zamówień publicznych, Polska pragnie zauważyć, że istnieje potrzeba zdefiniowania w przepisach prawa wtórnego tych form współpracy, ze szczególnym uwzględnieniem zamówień typu in-house udzielanych podmiotom wewnętrznym.

Polska dostrzega również konieczność pewnego doprecyzowania na gruncie unijnym przepisów dotyczących etapu po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznych, w szczególności zagadnień związanych z istotną zmianą warunków umowy oraz umów o podwykonawstwo. W kontekście podwykonawstwa nie wydaje się jednak uzasadnione wprowadzanie obowiązku zawierania tych umów w otwartej procedurze konkurencyjnej z uwagi na związane z tym dodatkowe obciążenia administracyjne dla wykonawców.

***Zwiększenie dostępności europejskiego rynku zamówień***

W naszej ocenie uproszczenie i uelastycznienie procedur udzielania zamówień publicznych będzie jednocześnie skutkowało zwiększeniem dostępności rynku zamówień, ze szczególnym uwzględnieniem małych i średnich przedsiębiorstw.

Rząd RP uważa, iż ułatwienie dostępu MSP do zamówień publicznych jest bardzo istotne, ze względu na wagę, jaką przedstawia ten rynek dla sektora MSP. Statystyki, wspomniane w Zielonej księdze wskazują, że potencjał ekonomiczny (ich udział w rynku) MŚP wynosi ok. 52%, a ich udział w zamówieniach publicznych to ok. 31-38%. Należy podejmować działania mające na celu dalsze zwiększanie ich udziału w zamówieniach publicznych w celu jak najpełniejszego wykorzystania potencjału MŚP, niemniej jednak wydaje się, że nie należy oczekiwać, iż udział ten będzie równy ich procentowemu udziałowi w rynku jako takim, choćby ze względu na fakt, że nie wszystkie MŚP będą zainteresowane udziałem w zamówieniach publicznych. Ponadto, trudno oczekiwać, aby małe i średnie przedsiębiorstwa były w stanie samodzielnie wykonać zamówienia o dużej wartości jak np. inwestycje drogowe, budowa infrastruktury sportowej – stąd też udział MSP w rynku zamówień publicznych, biorąc pod uwagę ich wartość nie będzie odpowiadał ich udziałowi w gospodarce.

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, podobnie jak dyrektywy unijne, nie przewiduje żadnych preferencji dla MSP w realizowaniu zamówień publicznych. Wprawdzie większość problemów, które zostały zidentyfikowane jako bariery w dostępie MSP do zamówień publicznych, została rozwiązana poprzez umieszczenie odpowiednich zapisów w ustawie – Prawo zamówień publicznych, jednakże panuje przekonanie, iż znajomość tych rozwiązań wśród przedsiębiorców oraz ich stosowanie przez zamawiających jest w dalszym ciągu niewystarczająca.

***Wykorzystanie zamówień publicznych do wspierania realizacji celów z zakresu innych polityk***

Zamówienia publiczne mają w sobie ogromny potencjał, który może pomóc realizować cele innych polityk. Polska popiera szerokie wykorzystanie zamówień publicznych do realizacji celów z zakresu innych polityk, w szczególności ochrony środowiska, bardziej efektywnego gospodarowania zasobami i większej efektywności energetycznej, przeciwdziałania zmianom klimatu, promowania innowacji i włączenia społecznego, a także zapewnienia możliwie najlepszych warunków dla świadczenia wysokiej jakości usług publicznych. Niemniej jednak dostrzegamy też niebezpieczeństwo przeregulowania systemu, dlatego z ostrożnością należy podchodzić do nakładania dodatkowych obowiązków na poziomie ogólnoeuropejskim. W szczególności nie widzimy potrzeby wprowadzania zmian w odniesieniu do kryteriów oceny ofert. W ocenie Rządu RP obecne regulacje przewidziane dyrektywami są w tym zakresie wystarczająco elastyczne i pozwalają zamawiającym na określenie innych niż cena kryteriów oceny ofert. W opinii Rządu RP państwom członkowskim należy pozostawić swobodę w zakresie wspierania poszczególnych polityk poprzez zamówienia publiczne, co pozwoli im dostosować ewentualne obowiązki tego rodzaju do konkretnych warunków społecznych i gospodarczych.

Polska dostrzega konieczność szerszego uwzględniania w zamówieniach publicznych kwestii społecznych. Wydaje się uzasadnione promowanie szerszego wykorzystania możliwości w zakresie nakładania społecznie zaangażowanych warunków realizacji zamówienia, odnoszących się w szczególności do warunków zatrudnienia i pracy. Tytułem przykładu,

wydaje się uzasadnione wymaganie od wykonawcy zatrudniania na podstawie umowy o pracę oraz związanej z tym gwarancji minimalnego wynagrodzenia.

Rząd RP stoi na stanowisku, że zamówienia publiczne przyczyniają się w dużym stopniu również do stymulowania innowacyjności w gospodarce. Z jednej strony przyczyniają się do podjęcia dialogu sektora publicznego z sektorem badawczym i przedsiębiorcami nt. potrzeb rynku (popyt) oraz aktualnie dostępnych możliwości (podaż), z drugiej, przyczyniają się do podniesienia jakości oferowanych usług społeczeństwu przez państwo.

Należy popierać propozycję przeprowadzenia debaty dotyczącej środków pomagających instytucjom zamawiającym wspieranie innowacyjności. Szczególną rolę w zwiększeniu ilości zamówień publicznych w Europie odgrywa państwo jako inicjator, odbiorca oferowanych produktów i usług. Należy zwrócić szczególną uwagę na przeszkolenie pracowników podmiotów i jednostek odpowiedzialnych za zamówienia publiczne pod kątem uwzględniania czynnika innowacyjności w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także uwzględnianie celów polityki innowacyjnej w zamówieniach publicznych.

Zamówienia przedkomercyjne to, w naszej ocenie, instrument, który w dużym stopniu może przyczynić sie do wypracowania innowacyjnych rozwiazań i zwiększenia innowacyjności gospodarki. Wydaje sie natomiast, że koncepcja zamówień przedkomercyjnych wciąż jest niezbyt dobrze rozumiana wśród państw członkowskich i wśród zamawiajacych. Dlatego też potrzebne są działania ze strony Komisji Europejskiej, które ułatwiłyby zrozumienie mechanizmów pozwalajacych na zastosowanie tego instrumentu w praktyce (wytyczne, poradniki, zbiór dobrych praktyk).

***Praktyki antykonkurencyjne***

Nie bez znaczenia jest również uwzględnienie przez przepisy unijne w szerszym niż dotychczas zakresie zagadnień związanych z praktykami antykonkurencyjnymi i sytuacjami korupcjogennymi. Ujednolicanie definicji w tym zakresie (korupcja, konflikt interesów) nie wydaje się jednak wskazane, ponieważ jest to na ogół regulowane już przepisami poszczególnych państw członkowskich. Można natomiast rozważać pewne rozwiązania dotyczące przeciwdziałania antykonkurencyjnym zachowaniom w procedurach zamówień publicznych, takim jak np. występowanie w jednej procedurze wykonawców powiązanych, składanie więcej niż jednej oferty przez tego samego wykonawcę, jednoczesny udział wykonawcy w składzie różnych konsorcjów w tym samym postępowaniu itp. Polska uważa, że do przepisów unijnych w dziedzinie zamówień publicznych należy wprowadzić silniejsze zabezpieczenia przed takimi praktykami. W szczególności należałoby przyjąć, że składanie oferty przez wykonawców powiązanych, czy też składanie kilku ofert przez tego samego wykonawcę samo w sobie jest zachowaniem niezgodnym z zasadą konkurencji, bez potrzeby wykazywania czy takie zachowanie ma wpływ na konkurencję czy też nie. W ocenie Polski wydaje się niezbędne przeniesienie na grunt przepisów prawa wtórnego zasad i reguł wynikających z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości. Tytułem przykładu, ureglowanie w dyrektywach dopuszczalności stosowania innych niż wymienione w art. 45 dyrektywy 2004/18/WE przesłanek wykluczenia byłoby nieocenione dla zwiększenia pewności prawnej w tym zakresie.

Ponadto, w naszej ocenie, w tym kontekście wymaga rozważenia wprowadzenie do unijnego systemu zamówień publicznych zasady jawności postępowania obok obowiązującej zasady przejrzystości.

***Dostęp wykonawców z państw trzecich do rynku UE***

Rząd RP popiera działania KE zmierzajace do zrównoważenia poziomów zobowiązań pomiędzy UE i jej partnerami handlowymi. W szczególności dostrzegamy potrzebę zapewnienia szerszego dostępu do rynków zamówień publicznych państw trzecich wykonawcom pochodzącym z UE.

Jednocześnie, zważywszy na fakt, że KE prowadzi obecnie analizy związane z ewentualnym wystąpieniem z inicjatywą dotyczącą dostępu do rynku zamówień publicznych w UE, Rząd

RP pragnie zwrócić uwagę na fakt, że ewentualne ograniczenie dostępu do unijnego rynku zamówień publicznych przedsiębiorstwom z państw trzecich, nawet jeśli wprowadzone będzie w oparciu o zobowiązania międzynarodowe UE, oprócz istotnych korzyści w postaci wzmocnienia pozycji negocjacyjnej UE, niesie ze sobą również ryzyko wystąpienia niepożądanych efektów. W związku z powyższym, Rząd RP opowiada się za koniecznością uwzględnienia w ewentualnej inicjatywie Komisji Europejskiej specyficznych sytuacji i korzyści wynikających z otwarcia w pewnym określonym zakresie rynków państw unijnych. Proponowana inicjatywa mogłaby uwzględniać powyższe np. poprzez wprowadzenie odpowiednich wyjątków, które mogłyby być stosowane przez państwa członkowskie. Wyjątki te mogłyby na przykład przewidywać dla państw członkowskich możliwość niezamykania rynku zamówień publicznych w przypadku zamówień udzielanych w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego lub w sytuacji, kiedy na rynku europejskim zamawiane usługi lub produkty są niedostępne lub też są dostępne w stopniu, który nie zapewnia oczekiwanej konkurencyjności składanych ofert.

W celu poprawy symetrii w dostępie do rynku zamówień publicznych korzystne wydaje się natomiast rozszerzenie możliwości przewidzianych w art. 58 i 59 poza zamówienia sektorowe.

Jednocześnie należy zwrócić uwagę na trudności, jakie mogą napotykać zamawiający, którzy chcieliby skorzystać z przysługującego im prawa, wynikającego z art. 58 dyrektywy. Główną przeszkodą w stosowaniu przepisu jest w naszej ocenie brak jednoznacznej i wyczerpującej informacji na temat obowiązujących umów dwustronnych i wielostronnych zawartych przez Unię Europejską z państwami trzecimi oraz ich zakresu. Problematyczny jest w tym kontekście również Układów o Stabilizacji i Stowarzyszeniu (Stabilisation and Association Agreements), zawartych z panstwami Bałkanów Zachodnich. Dlatego też działania KE w zakresie ewentualnego rozszerzenia zakresu art. 58 dyrektywy sektorowej na zamowienia klasyczne powinny iść w parze z działaniami majacymi na celu wyjaśnienie zakresu obowiązywania istniejących regulacji zawartych w dyrektywie.

***Inne zagadnienia***

Rząd RP pragnie zwrócić uwagę na potrzebę odejścia w prawie zamówień publicznych od zasady pisemności postępowania na rzecz pełnej elektronizacji procedur udzielania zamówienia publicznych. Wprawdzie zamówienia elektroniczne były przedmiotem innej zielonej księgi (opublikowanej w dniu 18 października ub.r. z terminem przekazywania odpowiedzi do końca stycznia br.), jednak w naszej ocenie należy poruszyć tę kwestię również w toku prowadzonych obecnie konsultacji.

Polska postuluje ponadto rozważenie przeniesienia na grunt zamówień sektorowych objętych dyrektywą 2004/17/WE niektórych rozwiązań przewidzianych dla uregulowanych dyrektywą 2004/18/WE zamówień klasycznych, jak i odwrotnie. Tytułem przykładu, wydaje się wskazane umożliwienie zamawiającym sektorowym korzystania z procedury dialogu konkurencyjnego. Natomiast zamawiający klasyczni powinni mieć możliwość korzystania z właściwych zamówieniom sektorowym systemów kwalifikacji.

W ocenie Polski zasadne wydaje się także zdefiniowanie na poziomie unijnym pojęcia rażąco niskiej ceny. Doprecyzowania wymaga także dopuszczalność wykorzystania dialogu technicznego z wykonawcami przed wszczęciem postępowania, a także stosowania innych niż wymienione w art. 45 dyrektywy 2004/18/WE przesłanek wykluczenia, czy to w odniesieniu do wykonawców biorących udział we wspomnianym dialogu technicznm, czy też w innych przypadkach, takich jak składanie ofert w tym samym przetargu przez przedsiębiorstwa powiązane bądź występowanie przez ten sam podmiot w toku jednego postęowania jako wykonawca i jednocześnie jako podwykonawca zgodnie z ofertą innego podmiotu gospodarczego.

***Obszary priorytetowe***

W ocenie Rządu RP, spośród zagadnień poruszonych w Zielonej Księdze na szczególną uwagę zasługują:

(1) odformalizowanie procedur ze szczególnym uwzględnieniem etapu kwalifikacji wykonawców;
(2) zapobieganie praktykom antykonkurencyjnym;
(3) doprecyzowanie definicji, w tym podmiotu prawa publicznego oraz form współpracy publiczno-publicznej, w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości.

## V. UZASADNIENIE STANOWISKA RZĄDU

Nadrzędnym celem ewentualnej reformy przepisów unijnych w dziedzinie zamówień publicznych powinno być zwiększenie pewności prawnej w zakresie obowiązujących przepisów. W tym celu należy położyć szczególny nacisk na uwzględnienie w przepisach dyrektyw dotychczasowego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości. Zwiększenie pewności co do obowiązujących przepisów prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych pozwoli na usprawnienie procesu wydatkowania środków publicznych, w tym zwiększenie absorpcji środków unijnych.

Wartość rynku zamówień w Polsce została w 2009 r.oszacowana na ok. 126,7 mld złotych, co stanowi ok. 9,4 % PKB. Z uwagi na swój potencjał rynkowy zamówienia publiczne mogą odegrać kluczową rolę w realizacji strategii „Europa 2020". Strategia Europa 2020 obejmuje trzy wzajemnie ze sobą powiązane priorytety: (1) rozwój inteligentny: rozwój gospodarki opartej na wiedzy i innowacji; (2) rozwój zrównoważony: wspieranie gospodarki efektywniej korzystającej z zasobów, bardziej przyjaznej środowisku i bardziej konkurencyjnej; (3) rozwój sprzyjający włączeniu społecznemu: wspieranie gospodarki o wysokim poziomie zatrudnienia, zapewniającej spójność społeczną i terytorialną.

Wykorzystanie dostępnych możliwości w zakresie nakładania warunków realizacji zamówienia stanowi najbardziej odpowiednie narzędzie umożliwiające uwzględnianie aspektów społecznych i środowiskowych.

Uczestnictwo sektora MSP w zamówieniach publicznych w Polsce kształtuje się na względnie niskim poziomie. 70% firm MSP - według danych uzyskanych w polskich badaniach z 2007 roku - nie startowało w żadnym przetargu.[1] Zdecydowanie największy odsetek firm sektora MSP startował w 2007 roku w przetargach w sektorze budowlanym – 42%, najniższy w przemyśle – 27%. Prowadzone badania poziomie europejskim[2] wskazują, że poszczególne państwa członkowskie podejmują działania w celu ułatwienia firmom z sektora MSP dostępu do rynku zamówień publicznych. Kategorie działań, jakie mogą mieć pozytywny wpływ na zwiększenie udziału MSP, to przede wszystkim:

a) działania informacyjne i komunikacyjne z wykorzystaniem narzędzi komunikacji elektronicznej,
b) działalność szkoleniowo-doradcza w zakresie całej problematyki związanej z procedurą zamówień publicznych,
c) zmniejszenie obciążeń administracyjno-formalnych,
d) zmniejszenie obciążeń finansowych.

Dla poprawy jakości i efektywności usług publicznych szczególną rolę odgrywają zamówienia przedkomercyjne. Zapotrzebowanie europejskiego sektora publicznego na innowacyjne usługi i produkty daje możliwość rozwoju nowych rozwiązań stanowiących odpowiedź na wyzwania sektora publicznego oraz jest szansą utworzenia rynków wiodących konkurencyjnych w skali międzynarodowej. Tryb zamówień przedkomercyjnych pozwoli podmiotowi publicznemu wpływać na cały proces stymulowania kształtu produktu lub usługi tak, aby w najlepszy sposób był dostosowany do potrzeb zamawiającego. Z drugiej strony, podmiot dostarczający innowacyjne, konkurencyjne rozwiązanie staje się liderem w obszarze

[1] Potencjał rozwojowy polskich MSP, GFK, PSDB dla PARP, Warszawa, czerwiec 2008, str. 110, dostępne pod: http://www.parp.gov.pl/files/74/75/76/4543.pdf,

[2] *Evaluation of SMEs' access to public procurement markets in the EU* Final Report, GHK, Wrzesień 2010

nowych rynków. Zamówienia przedkomercyjne stanowią szansę na rozwinięcie innowacji popytowych, stanowiących odpowiedź na zapotrzebowanie rynku i społeczeństwa. Państwa europejskie skupiają się przede wszystkim na finansowaniu B+R, jednak brakuje środków na faktyczne wdrożenie powstałych produktów i usług na rynki oraz zapewnienie na nie popytu (gdzie pierwszym klientem może być właśnie państwo). Dzięki zamówieniom przedkomercyjnym możliwe jest dostosowanie oferowanego produktu lub usługi do potrzeb klienta, minimalizując zbędne właściwości, a przy tym koszty wytworzenia.

W odniesieniu do aspektów dotyczących relacji z partnerami handlowymi UE w zakresie zamowień publicznych należy odnotować, że Komisja Europejska w Komunikacie pt. *Handel, wzrost i polityka światowa. Polityka handlowa jako kluczowy element strategii Europa 2020 (COM(2010)612)* wskazała m.in., że mimo że rynek UE już teraz jest w bardzo dużym zakresie otwarty, rynki naszych głównych partnerów otwarte są w dużo mniejszym stopniu, w szczególności na poziomie regionalnym i lokalnym. Zarówo w ww. komunikacie jak również w Akcie o Jednolitym Rynku KE zapowiedziała wystąpienie w 2011 r. z wnioskiem legislacyjnym w sprawie unijnego instrumentu, który zwiększyłby możliwości UE, w celu zabezpieczenia lepszej symetrii w dostępie do rynków zamówień publicznych w gospodarkach rozwiniętych i dużych gospodarkach wschodzących, w oparciu o zobowiązania międzynarodowe UE. KE prowadzi w tej chwili analizy zmierzajace do ustalenia jakie instrumenty byłyby najbardziej odpowiednie do realizacji zobowiazań miedzynarodowych UE oraz jakie są doświadczenia państw czlonkowskich zwiazane ze stosowaniem art. 58 dyrektywy 2004/17/WE.

W Polsce, na mocy krajowych przepisów w zakresie zamówień publicznych zamawiający przygotowują i przeprowadzają postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W praktyce oznacza to, że dostęp do polskiego rynku zamówień publicznych jest nieograniczony dla przedsiębiorców zagranicznych, w tym również przedsiębiorców pochodzących z państw spoza UE. Jedyne ograniczenie stanowi przepis polskiej ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowiący transpozycję artykułu 58 ust. 2 i 3 dyrektyw 2004/17/WE, zgodnie z którym zamawiający ma prawo w przypadku zamówienia na dostawy, odrzucić ofertę, w której udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50 %, jeśli przewidział to w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nieznany jest jednak stopień stosowania tego przepisu przez zamawiających w praktyce. Jako instytucja odpowiadająca za system zamówień publicznych w Polsce, Urząd Zamówień Publicznych jest jednak świadomy trudności jakie mogą napotykać zamawiający, którzy chcieliby skorzystać z przysługującego im prawa, wynikającego z art. 58 dyrektywy. Główną przeszkodą w stosowaniu przepisu jest brak jednoznacznej i wyczerpującej informacji na temat obowiązujących umów dwustronnych i wielostronnych zawartych przez Unię Europejską z państwami trzecimi oraz ich zakresu. Trudności zamawiającym może również sprawiać ocena możliwości zastosowania tego przepisu w odniesieniu do wykonawców pochodzących z państw, z którymi UE zawarła układy o stabilizacji i stowarzyszeniu (państwa kandydaci lub potencjalni kandydaci do członkowstwa w UE). Układy te zawierają m.in. zapisy przewidujące okresy przejściowe, podczas których państwa te uzyskują dostęp do rynku zamówień publicznych państw UE, natomiast do otwarcia swojego rynku dla wykonawców pochodzących z UE są zobowiązane najpóźniej do upływu tego okresu przejściowego. W tym kontekście nie ma jasności czy w przypadku, kiedy okres ten jeszcze nie upłynął i nie nastąpiło otwarcie rynku zamówień publicznych w państwie – stronie umowy, układy te można traktować jako umowy o równym traktowaniu, o których mowa w art. 58 dyrektywy.

Jeśli chodzi o ewentualne zamknięcie rynku unijnego dla wykonawców z państw trzecich, w granicach przewidzianych obowiązujacymi umowami, należy zauważyć, że tego rodzaju inicjatywa zapewniałaby dostęp do rynku zamówień publicznych UE na zasadzie wzajemności. Prawo udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego

przysługiwałoby tylko wykonawcom pochodzącym z państw, które umożliwiają dostęp do rynku zamówień wykonawcom pochodzącym z UE, a zatem również z Polski. Biorąc pod uwagę fakt, że obecnie wykonawcy z państw trzecich mogą ubiegać się o zamówienia publiczne w Polsce praktycznie bez ograniczeń, natomiast polscy wykonawcy nie zyskują takiego samego prawa w innych państwach, inicjatywa, której skutkiem byłoby otwarcie rynków państw trzecich dla wykonawców unijnych byłaby korzystna z tego punktu widzenia dla polskich przedsiębiorców. Inicjatywa ta jednak niesie ze sobą również ryzyko wystąpienia niepożądanych efektów. W szczególności, poprzez zmniejszenie liczby konkurujących ze sobą na rynku europejskim wykonawców może wpłynąć na konkurencyjność składanych w postępowaniach ofert. Dotychczas oferty składane przez wykonawców z państw trzecich charakteryzowały się dużą konkurencyjnością, m.in. cenową, stanowiąc poważny bodziec dla pozostałych wykonawców do ulepszania swych ofert, zarówno pod względem jakości, jak i proponowanej ceny.

## VI. STANOWISKO PARTNERÓW SPOŁECZNYCH

Pismem z dnia 4 lutego 2011 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do partnerów społecznych (NSZZ „Solidarność", Ogólnopolskiego Porozumienia Związków Zawodowych, Forum Związków Zawodowych, Polskiej Konfederacji Pracodawców Prywatnych Lewiatan, Pracodawców Rzeczypospolitej Polskiej, Związku Rzemiosła Polskiego, Business Centre Club) z prośbą o przekazanie stanowiska do Zielonej Księgi, wyznaczając trzytygodniowy termin na przekazanie odpowiedzi. Swoje stanowiska przekazały NSZZ „Solidarność" i Ogólnopolskie Porozumienie Związków Zawodowych.

*Stanowisko Niezależnego Samorządnego Związku Zawodowego „Solidarność"*

W ocenie NSZZ „Solidarność" zmiany w prawie zamówień publicznych wciąż niewystarczająco adresują problematykę społeczną, będącą istotną częścią strategii i polityki zrównoważonego rozwoju. NSZZ „Solidarność" podkreśla, że o efektywności wydatków publicznych decyduje skuteczniejsze łączenie realizacji celów gospodarczych z celami z zakresu ekonomii społecznej. Zwraca uwagę na konieczność zwiększenia możliwości wywierania wpływu na zlecanie przez zwycięskiego oferenta prac podwykonawcom poprzez żądanie spełnienia tych samych warunków dotyczących czasu pracy, warunków pracy i wynagradzania w całym łańcuchu dostaw. Popiera rozwiązania mające na celu zmniejszenie obciążeń biurokratycznych związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, w szczególności poprzez ograniczenie obowiązku składania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu jedynie do kandydatów zakwalifikowanych na krótką listę. W ocenie NSZZ „Solidarność" ograniczenie wyboru dostawców lokalnych lub regionalnych można usprawiedliwić uzasadnionymi i obiektywnymi względami, które nie opierają się na czysto ekonomicznych przesłankach (np. wysoki poziom bezrobocia w regionie). Podkreśla potrzebę szerszego stosowania kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie w miejsce przeważającego obecnie w praktyce kryterium najniższej ceny. Stosowanie wyłącznie kryterium najniższej ceny może prowadzić do obniżenia standardów pracy i płacy, zagraża bezpieczeństwu pracy oraz może prowadzić do dumpingu społecznego, a zatem spowodować znaczny wzrost kosztów społecznych. Postuluje szersze uwzględnienie w nowych regulacjach unijnych klauzul społecznych, zwłaszcza związanych z wyeliminowaniem podmiotów nieprzestrzegających obowiązków z zakresu prawa pracy, w tym obowiązku wypłaty wynagrodzenia za pracę. Podzielając pogląd, że rynki zamówień publicznych są narażone na ryzyko wystąpienia korupcji i faworyzowania, uważa, że konieczne jest podjęcie działań na poziomie UE zmierzających do wyeliminowania sytuacji korupcjogennych.

*Stanowisko Ogólnopolskiego Porozumienia Związków Zawodowych*

Ogólnopolskie Porozumienie Związków Zawodowych z satysfakcją odnotowało uwzględnienie w Zielonej Księdze szeroko rozumianych aspektów społecznych, ważnego elementu strategii Europa 2020. Popiera propozycje rozwiązań wzmacniających

bezpieczeństwo prawne pracujących. OPZZ wyraża wdzięczność Komisji za zwrócenie uwagi na ten ważny dla związków zawodowych i pracowników obszar działalności podmiotów gospodarczych.

OPZZ wskazało, że zauważalna jest tendencja polegająca na poprawianiu konkurencyjności ofert poprzez zaniżanie kosztów pracy. Postuluje wprowadzenie obowiązku uwzględnienia przez wykonawcę i podwykonawców obowiązków w zakresie płacy minimalnej oraz bezpiecznych i higienicznych warunków pracy. Zauważa, że zamówienia publiczne są dobrym instrumentem motywacji ekonomicznej i stymulowania społecznego zaangażowania firm (CSR). Mogą również pomóc w aktywizacji zawodowej bezrobotnych i osób niepełnosprawnych, zmniejszając poziom wykluczenia społecznego. W ocenie OPZZ istotnym elementem zamówień publicznych powinny stać się kryteria społeczne. Zdaniem OPZZ należy ustanowić wyższe standardy wydatkowania środków publicznych poprzez wprowadzenie zasady, zgodnie z którą jednym z kryteriów oceny ofert jest wpływ sposobu wykonania zamówienia na rynek pracy w miejscu wykonywania zamówienia. Postuluje również stworzenie centralnego rejestru wykonawców winnych przestępstw przeciwko osobom wykonującym pracę zarobkową, celem umożliwienia skutecznego wykluczania z udziału w postępowaniu podmiotów, które nie wypłacają pracownikom wynagrodzeń. OPZZ uważa także za zasadne wprowadzenie możliwości unieważnienia postępowania lub odstąpienia od umowy, jeżeli wykonawca dopuszcza się naruszenia przepisów prawa pracy w związku z danym zamówieniem.

## VII. WNIOSKI

Zamówienia publiczne są kluczowym elementem strategii „Europa 2020” ze względu na tkwiący w nich potencjał, który można wykorzystać do promowania celów z zakresu innych polityk. Wykorzystanie w pełni tego potencjału będzie możliwe po przeprowadzeniu planowanych reform ukierunkowanych na uproszczenie i uelastycznie obowiązujących przepisów w tej dziedzinie.

System zamówień publicznych zarówno na szczeblu krajowym jak i na gruncie unijnym charakteryzuje stosunkowo duży stopień sformalizowania procedur. Trudno się nie zgodzić, że istnieje potrzeba uproszczenia, uelastycznienia i odformalizowania procedur udzielania zamówień.

Osiągnięcie celu przyszłej reformy unijnych regulacji w zakresie zamówień publicznych, jakim jest zwiększenie efektywności i sprawne wydatkowanie środków publicznych, będzie możliwe, jeśli procedura udzielania zamówień zostanie na tyle, na ile to możliwe, uproszczona bez uszczerbku dla przejrzystości i konkurencyjności postępowań.

Z kolei nakładanie zobowiązań na zamawiających w zakresie realizacji celów innych polityk, z uwagi na niebezpieczeństwo przeregulowania materii zamówień, wymaga zachowania szczególnej ostrożności. Wykorzystanie mechanizmu zamówień publicznych do realizacji celów innych polityk (ochrona środowiska, przeciwdziałanie wykluczeniu społecznemu, promocja innowacyjności) nie może prowadzić do nadmiernego skomplikowania systemu.