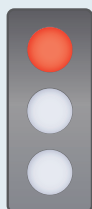


KOMERCYJNE WYKORZYSTANIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Analiza z dnia 17 września 2012 r.

CEL ROZPORZĄDZENIA: Komisja chce poprawić dostęp europejskich dostawców do zamówień publicznych w krajach trzecich poprzez rozszerzenie prawa do wykluczania dostawców z tych państw z postępowań o zamówienia publiczne w UE.



STRONY ZAANGAŻOWANE: Przedsiębiorstwa, instytucje zamawiające w UE.

ZA: –

PRZECIWIW:

- Przyznawane instytucjom zamawiającym prawo do wykluczania z postępowań ofert dotyczących robót budowlanych, towarów i usług ma charakter arbitralny i nie jest odpowiednim sposobem na poprawienie pozycji negocjacyjnej UE.
- Ryzyko wynikające z przekazania instytucjom zamawiającym oraz Komisji prawa do wykluczania usług z państw trzecich polega na tym, że kraje te mogą odpowiedzieć działaniami odwetowymi o charakterze protekcyjnym.

TREŚĆ

Tytuł

Wniosek z 21 marca 2012 r. dotyczący **Rozporządzenia w sprawie dostępu towarów i usług z państw trzecich do rynku wewnętrznego Unii** w ramach zamówień publicznych oraz procedur wspierających negocjacje na temat dostępu **unijnych towarów i usług do rynków zamówień publicznych państw trzecich**. Sygnatura COM(2012) 124.

Streszczenie

› Nowelizacja prawa o zamówieniach publicznych

W celu zmodernizowania zasad udzielania zamówień publicznych, Komisja zaproponowała trzy dyrektywy i jedno rozporządzenie, dotyczące następujących zagadnień

- COM(2011) 895: w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dyrektywa Sektorowa);
- COM(2011) 896: w sprawie udzielania pozostałych zamówień na roboty budowlane, dostawę towarów i usług (Dyrektywa ogólna);
- COM(2011) 897: w sprawie koncesji (Dyrektywa ws. koncesji);
- COM(2012) 124: w sprawie wykorzystania zamówień publicznych w polityce handlowej.

› Cele

- Komisja chce poprawić dostęp europejskich dostawców do rynku zamówień publicznych w krajach trzecich. Jej zdaniem, by uzyskać silniejszą pozycję negocjacyjną dopuszczalne powinno być ograniczanie dostępu do zamówień publicznych w UE dostawcom z krajów trzecich (Wyjaśnienia, s. 2, 5 i 6).
- Komisja chce również zwiększyć uprawnienia instytucji zamawiających z UE w zakresie oceny rażąco tanich ofert z państw trzecich (Preambuła pkt. 19).

› Zakres

- Warunki ogólne
 - Rozporządzenie dotyczy udzielania zamówień na roboty budowlane, towary i usługi (dalej zwane „usługami”) przez „instytucje zamawiające”, pod warunkiem, że (art. 1):
 - są one objęte Dyrektywą ogólną [COM(2011) 896], Dyrektywą Sektorową [COM(2011) 895] lub Dyrektywą ws. Koncesji [COM(2011) 897] oraz
 - są to usługi nieobjęte zobowiązaniami, świadczone przez podmioty z państw trzecich.
- „Instytucje zamawiające” to organy, przedsiębiorstwa publiczne nie mające charakteru przemysłowego lub handlowego („organy podległe prawu publicznemu”) oraz stowarzyszenia utworzone przez jedną lub więcej takich jednostek. Przedsiębiorstwa publiczne to przedsiębiorstwa zarządzane przez organy publiczne.
- Usługi objęte i nieobjęte zobowiązaniami
 - Usługi objęte zobowiązaniami to usługi z państw trzecich, z którymi UE zawarła porozumienia dotyczące wzajemnego dostępu do zamówień publicznych (art. 2 (1)). Usługi takie traktowane są jak usługi unijne i nie są przedmiotem jakichkolwiek ograniczeń (art. 4).
 - Usługi objęte zobowiązaniami to usługi pochodzące z:
 - Państw Członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EEA, art. 3 (3)) oraz
 - państw rozwijających się (art. 4 w nawiązaniu do Załącznika I Rozporządzenia (EC) nr 732/2008].
 - Usługi nieobjęte zobowiązaniami to usługi pochodzące z państw trzecich (art. 2 (1) lit. e). To ich dotyczy opisywane tu Rozporządzenie.
- Kryteria definiowania państw trzecich
 - Roboty budowlane lub usługi są uznawane za pochodzące z państw trzecich, jeśli miejsce pochodzenia usługodawcy znajduje się w państwie trzecim (art. 3 (2)).
 - Towar uznaje się za pochodzący z państwa trzeciego, jeśli cała lub ostatnia „znacząca, ekonomicznie uzasadniona” obróbka towaru odbyła się w państwie trzecim (art. 3 (1) w nawiązaniu do art. 23 i nast. Rozporządzenia nr 2913/1992).

Analiza z dnia 17 września 2012 r.

› Wykluczenie ofert z państw trzecich przez instytucję zamawiającą

- Instytucja zamawiająca może wykluczyć z postępowania o zamówienie oferty z państw trzecich obejmujące usługi nieobjęte zobowiązaniami, jeśli (art. 6 (1)):
 - szacowana wartość kontraktu wynosi co najmniej pięć milionów euro licząc bez podatku
 - wartość usług nieobjętych zobowiązaniami przekracza 50 proc. wartości oferty.
- O zamiarze wykluczenia opisanych wyżej ofert instytucja zamawiająca musi poinformować w ogłoszeniu o przetargu (art. 6 (2)).
- Jeśli mimo to instytucja zamawiająca otrzyma opisaną wyżej ofertę, musi zwrócić się do Komisji o możliwość jej wykluczenia (art. 6 (2)). Komisja akceptuje ten wniosek, jeśli (art. 6 (4) i (5)):
 - jest to przewidziane w międzynarodowym porozumieniu zawartym pomiędzy UE i państwem trzecim lub
 - nie ma międzynarodowego porozumienia pomiędzy UE i państwem trzecim, a dostawcy z UE byli notorycznie i „poważnie” dyskryminowani w danym państwie trzecim („brak znaczącej wzajemności” w dostępie do rynku).
- Instytucja zamawiająca musi opublikować informację o wykluczeniu oferenta przy rozstrzygnięciu przetargu (art. 6 (7)).
- Komisja może przyjąć akt wykonawczy, zgodnie z którym usługi z konkretnego państwa trzeciego czasowo nie będą mogły być wykluczane z przetargów, jeśli państwo to jest w trakcie negocjacji z UE dotyczących łatwiejszego dostępu do rynku zamówień publicznych (art. 9 (4) w nawiązaniu do art. 6 (8)).

› Wykluczenie ofert z państwa trzeciego z inicjatywy Komisji Europejskiej, Państwa Członkowskiego lub unijnego dostawcy.

- Komisja może z własnej inicjatywy, na życzenie Państwa Członkowskiego lub unijnego dostawcy rozpocząć postępowanie mające wyjaśnić, czy istnieją przesłanki, że w danym państwie trzecim utrudnia się dostawcom z UE dostęp do rynku zamówień publicznych (art. 8 (1)). Jeśli ograniczenia w dostępie zostaną ujawnione, Komisja może poprosić państwo trzecie o ich zniesienie oraz zapewnienie dostawcom z UE takich samych warunków dostępu do zamówień jak dostawcom miejscowym (art. 9 (1)).
- Jeśli powyższe działania nie przyniosą rezultatu (art. 9 (1)), a Komisja ustali dodatkowo, że ograniczenia w dostępie wiążą się z brakiem wzajemności, może „czasowo” nałożyć na dostawców z państw trzecich ograniczenia w dostępie do unijnych zamówień (art. 10 (1)).
- W celu ograniczenia dostępu do zamówień publicznych w UE Komisja może (art. 10 (2)):
 - wykluczyć oferty, jeśli wartość usług nieobjętych zobowiązaniami z państw trzecich przekracza 50 proc. wartości oferty, lub
 - nałożyć „karę cenową” na część oferty obejmującą usługi z państw trzecich nieobjęte zobowiązaniami.
- Instytucja zamawiająca nie jest zobowiązana do stosowania się do ograniczeń dostępu wprowadzonych przez Komisję, jeśli (art. 13):
 - na rynku nie są świadczone inne odpowiednie usługi lub
 - w rezultacie zamówienie stanie się zbyt drogie.
- Niestosowanie ograniczeń dostępu należy (art. 13):
 - ogłosić przed rozstrzygnięciem przetargu i notyfikować Komisji oraz
 - ogłosić po rozstrzygnięciu przetargu i notyfikować Komisji.
- Komisja może znieść ograniczenia w dostępie przyjmując akt wykonawczy lub czasowo zawiesić ograniczenia, jeśli zostaną uznane za nieuzasadnione (art. 11).

› Ocena rażąco tanich ofert

- Ofertę uważa się za rażąco tanią, jeśli [art. 7 w nawiązaniu do art. 69 Dyrektywy Ogólnej i art. 79 Dyrektywy Sektorowej]:
 - oferta jest o ponad 50 proc. niższa od średniej ceny zaoferowanej przez innych kontrahentów, oraz
 - oferta jest o ponad 20 proc. niższa od kolejnej najniższej oferty, oraz
 - w przetargu złożono co najmniej pięć ofert.
- Instytucja zamawiająca może wykluczyć z postępowania przetargowego rażąco niską ofertę – niezależnie od tego, czy obejmuje ona usługi z państw trzecich, czy nie – jeśli oferent nie potrafi udowodnić, że jego oferta jest rentowna [art. 69 Dyrektywy Ogólnej, art. 79 Dyrektywy Sektorowej].
- Jeśli instytucja zamawiająca zamierza przyjąć w ramach postępowania o zamówienie publiczne rażąco tanią ofertę obejmującą usługi nieobjęte zobowiązaniami o wartości przekraczającej 50 proc. wartości całej oferty, musi poinformować wszystkich oferentów (art. 7), w jaki sposób oferta jest opłacalna dla oferenta. W tym celu oferent musi udowodnić organowi zamawiającemu rentowność oferty.
- Pozostali oferenci mogą przedstawić opinię, czy dany oferent będzie w stanie zrealizować ofertę zgodnie z jej treścią (Preambuła pkt. 19).

Kluczowe zmiany w porównaniu z obecnym stanem prawnym

- › Regulacje w sprawie relacji z państwami trzecimi zapisane są obecnie jedynie w obowiązującej Dyrektywie Sektorowej dotyczącej sektorów objętych zobowiązaniami (art. 58, 59 Dyrektywy 2004/17/EC). Planowane przepisy dotyczyć będą zamówień publicznych we wszystkich branżach.
- › Nowością jest przyznanie instytucjom zamawiającym prawa do wykluczania ofert dotyczących robót budowlanych lub usług pochodzących z państw trzecich. Obowiązująca Dyrektywa Sektorowa przewiduje jedynie wykluczanie ofert dotyczących dostaw towarów.
- › Nowością jest przyznanie instytucjom zamawiającym prawa do wykluczania ofert tylko jeśli wartość kontraktu przekracza 5 mln euro. Obowiązująca Dyrektywa Sektorowa nie ustala tego rodzaju pułapów.
- › Nowością jest umożliwienie Komisji wszczęcia dochodzenia zmierzającego do ustalenia, czy w krajach trzecich istnieją ograniczenia w dostępie do zamówień publicznych dotyczących robót budowlanych i towarów z UE, oraz umożliwienie – gdy okaże się to konieczne – nakładania restrykcji w postaci ograniczenia dostępu. Obowiązująca Dyrektywa Sektorowa przewiduje taką możliwość tylko w przypadku usług i indywidualnych dostawców.
- › Nowością jest zobowiązanie do informowania pozostałych oferentów, że w danym przetargu dopuszcza się rażąco tanie oferty.

Analiza z dnia 17 września 2012 r.

Stanowisko Komisji wobec zasady pomocniczości

Zajęcie stanowiska nie było niezbędne, ponieważ Wniosek dotyczy wyłącznych kompetencji UE.

Tło polityczne

Nowelizacja przepisów dotyczących zamówień publicznych jest jednym z dwunastu działań zapowiedzianych w Akcie o jednolitym rynku, mających służyć pobudzeniu wzrostu i wzmocnieniu zaufania [COM(2011) 206]. Opublikowanie przez Komisję Rozporządzenia poprzedzono wydaniem Zielonej Księgi [COM(2011) 15] i konsultacjami dotyczącymi roli zamówień publicznych w polityce handlowej.

Procedura prawna

21 marca 2012 r.

Przyjęcie przez Komisję

Podmioty mające wpływ na proces polityczny

Prowadząca Dyrekcja Generalna	Dyrekcja Generalna ds. Rynku Wewnętrznego i Usług
Komisje Parlamentu Europejskiego	Komisja ds. Handlu Międzynarodowego (prowadząca), sprawozdawca nieustalony.
Metoda decydowania w Radzie UE	Większość kwalifikowana (akceptacja większości Państw Członkowskich oraz co najmniej 255 z 345 głosów).

Szczegóły prawne

Kompetencje:	Art. 207 TFEU (polityka handlowa)
Rodzaj kompetencji:	Kompetencje wyłączne (art. 3 (1) lit. e TFEU)
Procedura legislacyjna:	Art. 294 TFEU (zwykła procedura legislacyjna)

OCENA

Ocena wpływu na gospodarkę

Cel Komisji, jakim jest poprawa dostępu europejskich dostawców do rynku zamówień publicznych w państwach trzecich, bierze pod uwagę wyłącznie kwestie eksportu. Państwa czerpią jednak korzyści głównie z importu - importowane towary są bowiem tańsze od produktów rodzimych, co zwiększa presję na krajowych producentów w kierunku poprawy efektywności. Dlatego też wykluczanie dostawców z państw trzecich, nawet jeśli nie otwierają one swoich rynków, spowoduje generalnie zmniejszenie efektywności gospodarki.

Wątpliwości budzi też to, czy Komisja rzeczywiście poprawi swą pozycję negocjacyjną poprzez wykluczanie dostawców z krajów trzecich. Co prawda praktyki protekcyjnistyczne – poza tym, że z ekonomicznego punktu widzenia budzą wątpliwości - są popularną metodą uzyskiwania dostępu do innych rynków, powinny być jednak stosowane (jeśli w ogóle) tylko wtedy, gdy państwo trzecie wprowadza nowe inicjatywy protekcyjnistyczne. Wykorzystywanie ich do zwalczania rozwiązań istniejących od dawna nie jest powszechną praktyką i w związku z tym grozi podjęciem przez państwo trzecie nowych działań odwetowych.

Prawo instytucji zamawiającej do wykluczenia w indywidualnych przypadkach ofert obejmujących usługi nieobjęte zobowiązaniami ma charakter arbitralny i nieprecyzyjny. Deklaracja tego rodzaju nie wymaga uzyskania jakiegokolwiek akceptacji ze strony Komisji, jest również niezależna od oceny stosowania zasady wzajemności. Takie podejście nie poprawi pozycji negocjacyjnej Komisji. Co gorsza, istnieje zagrożenie, że zainteresowane państwo trzecie odpowie wprowadzeniem nowych środków protekcyjnistycznych.

Szczególny niepokój budzi fakt, że europejskie instytucje zamawiające mogą i będą wykorzystywać prawo do wykluczania ofert jako narzędzie protekcyjizmu, by chronić własną gospodarkę przed zewnętrzną konkurencją. A przecież celem przepisów o zamówieniach publicznych jest właśnie zapobieganie takim sytuacjom.

Co więcej, wykluczenia mogą znacząco zwiększyć koszty biurokratyczne ponoszone przez instytucje zamawiające. Chodzi tu głównie o sytuację, w której pomimo złożenia deklaracji o wykluczeniu do instytucji zamawiającej wpłyną kwalifikujące się do wykluczenia oferty. Oznaczać to będzie konieczność złożenia wniosku o ich wykluczenie w Komisji Europejskiej, która musi taki wniosek przeanalizować. Ze względu na to, że instytucja zamawiająca nie będzie wiedziała, czy ma brać daną ofertę pod uwagę, dopóki Komisja nie zaakceptuje tej decyzji, już teraz zbyt długa procedura jeszcze bardziej się wydłuży.

Przyznane Komisji prawo do wykluczania z przetargów publicznych usług z poszczególnych państw trzecich lub do nakładania kar w sytuacji, gdy ujawnione zostaną ograniczenia w dostępie dla dostawców z UE w danym państwie trzecim, jest bardziej zorientowane na cel niż pomysł ogólnego wykluczania – bez względu na kraj - przez poszczególne organy zamawiające wszystkich usług nieobjętych zobowiązaniami. Dlatego też właśnie to rozwiązanie jest bardziej odpowiednim sposobem na wzmocnienie pozycji negocjacyjnej Komisji. Tu również jednak istnieje ryzyko, że zamiast likwidacji barier doszłoby do rozkręcenia się spirali protekcyjizmu.

Dostawcy z krajów rozwijających się są traktowani jak ci pochodzący z UE, dlatego też nie mogą być wykluczani z ubiegania się o zamówienia publiczne. Rozwiązania proponowane przez Komisję sprawiają, że organizowanie publicznych przetargów będzie droższe, co doprowadzi do podwyższenia podatków i ograniczenia usług publicznych: chodzi nie tylko o możliwość wykluczania z przetargów tańszych usług z państw trzecich, ale również o dalszy wzrost już teraz wysokich kosztów biurokratycznych ponoszonych przez dostawców. Oba te zjawiska doprowadzą do sytuacji, w której oferty w przetargach składać będą podmioty o mniejszym potencjale.

Analiza z dnia 17 września 2012 r.

Obowiązek informowania wszystkich oferentów o zamiarze akceptowania rażąco tanich cen nie jest dobrym sposobem na poprawę oceny opłacalności ekonomicznej. Jest dużo bardziej prawdopodobne, że pozostali oferenci będą się starali zwiększyć szanse swoich ofert dowodząc, że rażąco tania oferta wiąże się ze zbyt dużym ryzykiem. Co więcej, istnieje zagrożenie, że ujawnione zostaną tajemnice biznesowe firm z państw trzecich.

Ocena prawna

Kompetencje

Reguły określone w Rozporządzeniu to działania obronne w dziedzinie handlu, słusznie oparte na art. 207 TFEU (Wspólna Polityka Handlowa). Podstawą prawną dla dyrektyw dotyczących zamówień publicznych, a więc również przepisów o stosunkach z państwami trzecimi zawartych w Dyrektywie Sektorowej 2004/17/EC jest art. 114 (Zbliżenie Przepisów na Rynku Wewnętrznym). Opisywane tu rozporządzenie dotyczy jednak zewnętrznego wymiaru zamówień publicznych.

Pomocniczość

Ocena pomocniczości nie została przeprowadzona, ponieważ Rozporządzenie oparte jest na wyłącznych kompetencjach (art. 5 (3) TEC w nawiązaniu do art. 3 (1) lit. e TFEU).

Proporcjonalność

Prawo instytucji zamawiających do wykluczania w indywidualnych przypadkach ofert obejmujących usługi nieobjęte zobowiązaniami nie jest odpowiednim narzędziem do poprawy pozycji negocjacyjnej UE, należy więc uznać je za nieproporcjonalne – wykluczenie nie jest właściwą odpowiedzią na działania protekcyjności podejmowane przez państwa trzecie, może być bowiem arbitralne.

Informowanie oferentów o złożeniu rażąco taniej oferty nie jest odpowiednim środkiem do uzyskania rzetelnej oceny rentowności ofert, ponieważ oferenci zawsze pilnować będą własnych interesów.

Zgodność z prawem UE

Bez wątpliwości.

WNIOSKI

Przyznane instytucjom zamawiającym prawa do pełnego wykluczania w indywidualnych przypadkach ofert dotyczących usług nieobjętych zobowiązaniami z procedury o zamówienia publiczne ma charakter arbitralny i jest rozwiązaniem nieodpowiednim, gdyż nie poprawi pozycji negocjacyjnej UE w stosunkach z państwami trzecimi. Może być ono natomiast wykorzystane dla celów protekcyjności. Ryzyko związane z umożliwieniem instytucjom zamawiającym oraz Komisji wykluczania usług z państw trzecich polega na tym, że państwa trzecie odpowiedzą wprowadzeniem w odwecie nowych środków o charakterze protekcyjnym.

Centrum für Europäische Politik (Centrum Polityki Europejskiej, CEP) jest niemiecką organizacją pozarządową, która na bieżąco monitoruje i analizuje procesy legislacyjne prowadzone na poziomie Unii Europejskiej oraz dzieli się tą wiedzą z politykami, naukowcami, mediami i ogółem społeczeństwa.

Więcej informacji: www.cep.eu

Fundacja FOR jest organizacją pozarządową, która prowadzi działania sprzyjające rozwojowi instytucji demokratycznych oraz wzmocnieniu społeczeństwa obywatelskiego w Polsce.

Więcej informacji: www.for.org.pl