

Obronność w (niełatwej) konfrontacji z rzeczywistością zamówień publicznych

20-02-2013, ostatnia aktualizacja 20-02-2013 07:00



Katarzyna Kuźma, Partner w kancelarii Domański Zakrzewski Palinka
źródło: materiały prasowe



Wojciech Hartung, Counsel w kancelarii Domański Zakrzewski Palinka.
źródło: materiały prasowe

Polska, zgodnie z planem modernizacji sił zbrojnych w latach 2013-2022, zamierza przeznaczyć 140 miliardów PLN na zakup nowego sprzętu i uzbrojenia oraz unowocześnienie posiadanych już zasobów. Plany są więc ambitne

Tym bardziej, że już 20 lutego br. zmieni się sposób zawierania umów, w życie wejdzie bowiem istotna dla sektora obronnego nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dotychczas obowiązujące decyzje Ministra Obrony Narodowej określające zasady i tryb zawierania umów w sektorze obronnym zostaną w znacznej mierze zastąpione Prawem zamówień publicznych (dalej Pzp), z wszystkimi pozytywnymi, ale również negatywnymi konsekwencjami. Jedno jest pewne, zarówno przyszli „zamawiający”, jak i przyszli „wykonawcy” muszą się przygotować na swoisty „szok kulturowy” polegający na zderzeniu z nieznanym, światem zamówieniowym.

Wpływu na to, że sektor obronny zostanie objęty europejskimi regulacjami zamówieniowymi (dyrektywa 2009/81/WE) nie mieliśmy jako państwo członkowskie zbyt dużego, co wynikało przede z determinacji Komisji Europejskiej i poparcia jej inicjatywy przez znaczą część tzw. dużych krajów UE oraz - powiedzmy - neutralnego stosunku pozostałych.

Zastosowanie akurat Pzp zarówno do wyboru wykonawców jak również zawieranych umów w tej specyficznej dziedzinie było jednak suwerenną decyzją polskiego parlamentu. Z europejskiego punktu widzenia nic nie stało bowiem na przeszkodzie, aby stworzyć w tym celu zupełnie odmienną, specyficzną regulację, ponieważ rynek obronności i bezpieczeństwa państwa różni się od zakupu papieru do drukarek czy budowy dróg. Nie przypadkiem zresztą, na poziomie europejskim nie ograniczono się jedynie do wprowadzenia zmian do tzw. klasycznej dyrektywy 2004/18/WE, ale przyjęto zupełnie nową – fakt, że powielając ją w wielu miejscach – dyrektywę 2009/81/WE.

Podstawowe konsekwencje decyzji naszego ustawodawcy będą dotyczyły:

1. potencjalnego rzeczywistego otwarcia krajowego rynku zamówień w dziedzinie obronności na wykonawców przede wszystkim z państw członkowskich Unii Europejskiej, jak również istotne ograniczenie możliwości bezprzetargowego udzielania zamówień w omawianym sektorze;
2. poddania zamawiających i wykonawców z sektora obronnego jurysdykcji Krajowej Izby Odwoławczej i, w drugiej instancji, sądów okręgowych, jak również poddanie procedur wyboru wykonawców pod kontrolę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz
3. znacznego ograniczenia możliwości uwzględniania warunków offsetowych w związku z realizowanymi kontraktami.

Po pierwsze, nie ulega wątpliwości, że wejście w życie nowych przepisów zdecydowanie ograniczy możliwości powoływania się na wyłączenia wskazane w dotychczasowych regulacjach (art. 4 pkt 5, 5a i 5b PZP), czy w samym Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (przede wszystkim art. 346). I choć w dalszym ciągu droga ta będzie teoretycznie dostępna, to w praktyce niezwykle ciężko będzie zamawiającemu wykazać w jaki sposób udzielenie zamówienia na podstawie PZP uniemożliwi lub istotnie utrudni „zachowanie bezpieczeństwa państwa”. Szczególnie, że - przynajmniej teoretycznie - nowe regulacje zostały przyjęte z myślą o dokonywaniu zakupów w tych newralgicznych sektorach.

Po drugie, kluczowe z punktu widzenia zarówno zamawiającego jak i wykonawców będzie przyswojenie formalnych aspektów proceduralnych, które - w wielu niestety wypadkach - w dalszym ciągu mają decydujący wpływ na rozstrzygnięcie postępowania.

Choć regulacje zawarte w Decyzji Nr 291/MON również przewidują konkurencyjne procedury zmierzające do wyboru wykonawców, to jednak w przypadku Prawa zamówień publicznych absolutyzowana zasada konkurencji często bierze górę nad zdrowym rozsądkiem. Prowadzi to do niepożądanych rezultatów zarówno po stronie zamawiających jak i wykonawców. Przesądzające o wyborze danego wykonawcy nie musi być wcale jego doświadczenie i oferowane świadczenie, ale zdolność umiejętnego przejścia przez meandry procedury. Natomiast zamawiający staje przed, również proceduralnym, wyzwaniem, polegającym m.in. na zapewnieniu niedyskryminującego opisu przedmiotu zamówienia zapewniającego jednak zaspokojenie jego szczególnych potrzeb, ocenie prawidłowości dokumentów poświadczających brak podstaw wykluczenia przedstawionych przez wykonawców (co jest szczególnie trudne w przypadku wykonawców zagranicznych), przeprowadzeniu dopuszczalnych negocjacji w procedurach to umożliwiających, po ocenę dopuszczalności poprawienia nieścisłości w ofertach oraz weryfikację tego, czy oferta – która zdecydowanie odbiega od wartości rynkowych – może zostać uznana za zawierającą „rażąco niską cenę”.

Tym niemniej, nowe przepisy zawierają szereg regulacji proceduralnych dostosowanych do specyfiki rynku obronności. Nadal obowiązuje jednak szereg niepraktycznych, szczególnie z punktu widzenia sektora obronnego, rozwiązań.

Po trzecie wreszcie, przy ocenie składanych ofert zamawiający będzie mógł się kierować wyłącznie kryteriami, które będą bezpośrednio związane z przedmiotem zamówienia. Choć nie zostało to wprost wyrażone w przepisach – ani europejskich, ani krajowych - rozwiązaniem to zdecydowanie ograniczy możliwość kierowania się kryteriami dotyczącymi offsetu jako jednego z elementów uwzględnianych przy wyborze oferty. Był to jeden z istotnych elementów podnoszonych w trakcie prac nad dyrektywą 2009/81/WE.

Zdaniem Komisji Europejskiej stosowanie niektórych wymogów offsetowych jest praktyką naruszającą podstawowe zasady wynikające z prawa europejskiego, w tym swobodę przepływu towarów i, jako takie, nie jest do pogodzenia z przepisami dyrektywy 2009/81/WE i tym samym z Prawem zamówień publicznych.

W rezultacie prowadząc postępowanie na podstawie Pzp, zamawiający będzie miał bardzo ograniczone pole manewru co do stawiania wykonawcom wymagań – zarówno na etapie postępowania jak i w

zawieranej umowie - w zakresie nabywania dostaw lub usług, podzlecenia części zamówienia, inwestowania lub innych form wspierania rynku lokalnego.

Przyjęcie nowych regulacji wymusza także zmiany do tzw. ustawy offsetowej, nad którymi toczą się obecnie prace na szczepku Rady Ministrów. Prace te - co ciekawe - rozpoczęły się już w lutym 2012 r., co pokazuje jak istotne i niełatwe jest wypracowanie nowych zasad z jednej strony respektujących wymogi prawa europejskiego, a z drugiej ograniczających do minimum ich ewentualny negatywny wpływ na krajowy rynek.

Środa 20 lutego 2013 r. będzie zatem niewątpliwie istotną datą dla całego sektora obronnego, a przystosowanie się do specyficznych regulacji Prawa zamówień publicznych może nastręczać wielu trudności zarówno zamawiającym jak i wykonawcom, przynajmniej w początkowym okresie obowiązywania ustawy.

Katarzyna Kuźma, Partner i Wojciech Hartung, Counsel w kancelarii Domański Zakrzewski Palinka.
ekonomia24