

Spirala zmian pułapką zamówień publicznych

21 marca 2014 | Prawo | Katarzyna Kuźma, Wojciech Hartung

Konieczna jest zmiana podejścia do zamówień - odejście od utartych schematów myślenia i interpretacji - postulują prawnicy.

O słabościach i konieczności zmian tzw. systemu zamówień publicznych napisano i powiedziano tyle, że gdyby udało się wprowadzić w życie choćby znikomą część zgłaszanych postulatów, moglibyśmy stworzyć ustawowy wzorzec, a PZP stanęłoby w Sevres tuż obok metra i kilograma. Być może jednak lepiej by się stało (dla zamawiających i wykonawców), gdyby w ogóle zapomnieć o dużej części przewidzianych w niej rozwiązań, a nade wszystko o wykładni jej przepisów i praktyce jej stosowania.

Nowa perspektywa UE na lata 2014-2020 powinna skłonić do poważniejszej refleksji dotyczącej tzw. systemu zamówień publicznych. Powinna ona obejmować poprawę regulacji, ale przy równoczesnej zmianie lub przededefiniowaniu celu/ów tych przepisów, a tym samym również ich interpretacji i stosowania w praktyce.

Ciągłe zmiany ustawy sprowadzają się do rozpaczliwego łatania dziur stanowiących próbę rozwiązania konkretnych, czasem jednostkowych, problemów zidentyfikowanych w nagłośnionych medialnie przypadkach. Więcej z tego zamieszania i niepewności niż pożytku. Zasadniczym wyzwaniem jednak powinna być gruntowna reforma systemu. Pretekstem do takich zmian systemowych może być konieczność dostosowania naszych regulacji do wymagań nowego, właśnie przyjętego na poziomie unijnym, pakietu legislacyjnego dotyczącego zamówień publicznych.

Po co przepisy

Wbrew często spotykanym poglądom, podstawowym celem regulacji zamówieniowych nie jest „otwarcie rynku publicznego na konkurencję”. Konkurencja to istotny, ale wyłącznie środek prowadzący do urzeczywistnienia postulatu efektywnego i racjonalnego wydatkowania środków pozostających w gestii określonych kategorii podmiotów. Co więcej, w większości przypadków, podmiotów realizujących zadania publiczne, które przecież stanowią ich *raison d'être*.

W konsekwencji, należy odejść od absolutyzowania zasady konkurencji na rzecz równowagi pomiędzy jej zachowaniem przy równoczesnym umożliwieniu sprawnego wykonywania zadań. Celem regulacji zamówieniowych jest bowiem próba wykluczenia sytuacji, w których podmioty publiczne kierowałyby się kryteriami pozagospodarczymi. Tymczasem dzisiaj narzucanie abstrakcyjnych wzorców tzw. uczciwej konkurencji prowadzi do tego, że w zamówieniu publicznym w rzeczywistości nie jest ważny wykonawca (rozumiany jako podmiot realizujący i odpowiadający za prawidłowość wykonania zleconych prac) i jego oferta, ale fakt, czy potrafi się on sprytnie odnaleźć w procedurze. Klasycznym (jednym z wielu) przykładem przerostu formy nad treścią jest wyinterpretowanie (bo nie wynika to z przepisów) możliwości wyłącznie jednokrotnego wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów.

Retoryczne wydaje się pytanie, czy lepszy jest wykonawca bez potencjału, wiedzy i doświadczenia

(to ma bowiem „użyczone” od podmiotów trzecich), ale za to rewelacyjnie przygotowany od strony formalnej, czy taki, który choć gubiący się nieco w meandrach procedury, cieszy się uznaniem na właściwym rynku.

Zróżnicowanie regulacji

PZP jest aktem wszechogarniającym, tj. skupiającym przepisy dla jednostek sektora finansów publicznych, spółek komunalnych, przedsiębiorców, w tym często notowanych na giełdzie, jak również firm prywatnych. Ponadto dotyczy zarówno prostych i powtarzalnych zakupów, jak również skomplikowanych projektów teleinformatycznych lub infrastrukturalnych, a także zamówień w dziedzinie obronności państwa. Fakt, ustawa przewiduje odrębne rozdziały dotyczące poszczególnych sektorów, jednak ich konstrukcja daleka jest od zachowania zasady przejrzystości.

Zamiast konsolidować, poszerzać zakres obowiązywania i nadawać szumne nazwy „Prawo” lub „Kodeks”, należy raczej rozważyć przyjęcie odrębnych ustaw. Nie przypadkiem taki właśnie model został przyjęty w prawie europejskim, który osobno reguluje kwestie tzw. zamówień klasycznych, zamówień sektorowych, zamówień w dziedzinie obronności oraz środków odwoławczych. Nic nie stoi na przeszkodzie wprowadzenia przepisów dostosowanych do potrzeb, możliwości organizacyjnych, a przede wszystkim charakteru wykonywanej działalności danych podmiotów.

Warto też dokonać analizy zasadności utrzymywania w reżimie zamówień niektórych rodzajów działalności, w szczególności sektorowych. Jak się bowiem okazuje, pomimo obowiązywania dyrektyw wiele państw członkowskich UE skorzystało z przewidzianych w nich możliwości i skutecznie wyłączyło całe obszary spod ich regulacji. I tak w przypadku sektora produkcji i handlu energią elektryczną wyłączenie obejmuje siedem państw (Austria, Niemcy, Włochy, Szwecja, Finlandia, Anglia, Szkocja, Walia), a przynajmniej część usług pocztowych jest wyłączona w sześciu krajach (Dania, Finlandia, Włochy, Szwecja, Austria, Węgry).

Ponadto konieczne jest uwzględnianie wpływu poszczególnych regulacji wprowadzanych do PZP na inne, pokrewne obszary, w szczególności na PPP i koncesje. Postrzeganie tzw. systemu wyłącznie przez pryzmat PZP jest, delikatnie mówiąc, niepoważne.

Prawa wykonawców

Objęcie przepisami PZP wszystkich wymienionych wyżej sektorów oznacza również, że to Krajowa Izba Odwoławcza skupia w sobie pełnię odpowiedzialności w jednoinstancyjnym w praktyce systemie środków ochrony prawnej. Dopóki główną wartością rozstrzygania wszystkich spraw będzie szybkość, a nie jakość, dopóty iluzoryczne będzie myślenie o zapewnieniu racjonalnego i efektywnego wyniku sprawy, jak i później realizacji zamówienia.

Poza oczywistą sprawą realnego przywrócenia dwuinstancyjności należy poważnie się zastanowić nad zmianą systemową polegającą np. na ukształtowaniu systemu środków ochrony prawnej w zamówieniach na wzór Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów lub w ogóle poszerzenia kompetencji tego organu.

Przedstawione kwestie nie wyczerpują zakresu zagadnień, nad którymi należałoby podjąć dyskusję. Taka dyskusja nie musi również oznaczać wprowadzania wszystkich lub nawet jakichkolwiek zmian. Akurat w tym przypadku wydaje się, że stanowi ona wartość samą w sobie. Ważne, aby objęła rzeczywistych użytkowników przepisów, tj. zamawiających i wykonawców, ponieważ dotychczas byli to raczej bierni odbiorcy wprowadzanych regulacji niż prawdziwi partnerzy do dyskusji.

Same przepisy - nawet najbardziej przyjazne - nie załatwią oczywiście sprawy. Konieczna jest zmiana podejścia do zamówień - odejście od utartych schematów myślenia i interpretacji. Być może nawet w dalszej perspektywie zrównoważenia zasad wykładni przepisów z przesunięciem akcentów w stronę ich celu i rezultatu. Tym bardziej że znaczna część regulacji stanowi konsekwencję rozwiązań przewidzianych w dyrektywach, dla których te właśnie zasady stanowią wartość podstawową. To jednak można osiągnąć nie przez przyjmowanie kolejnych przepisów mających stanowić odpowiedź na konkretny problem i stan faktyczny, ale przez normowanie ogólnych zagadnień i równoczesne pozostawienie miejsca na ich wypełnienie treścią przez samego zamawiającego. Pozostawienie większej swobody w kształtowaniu procedury zamawiającemu powinno prowadzić do zwiększenia racjonalności i efektywności w realizowaniu zadań przy jednoczesnym zachowaniu zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Σ

CV

Katarzyna Kuźma, partner i Wojciech Hartung, counsel w kancelarii Domański Zakrzewski Palinka sp.k.

Rzeczpospolita

© Wszystkie prawa zastrzeżone