

III

(Akty przygotowawcze)

TRYBUNAŁ OBRACHUNKOWY

OPINIA NR 1/2015

(przedstawiona na mocy art. 322 i 325 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej)

dotycząca wniosku w sprawie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniającego rozporządzenie (UE, Euratom) nr 966/2012 w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii

(2015/C 52/01)

SPIS TREŚCI

	Punkt	Strona
I. UWAGI OGÓLNE DOTYCZĄCE TREŚCI I CELÓW WNIOSKU W SPRAWIE ROZPORZĄDZENIA	1–18	2
Cel wniosku w sprawie rozporządzenia	1–4	2
Naruszenie zasad dotyczących procesu decyzyjnego, utrudnienia w realizacji celu, polegającego na doprecyzowaniu przepisów	5–9	3
Niepełne uspoźnienie zasad finansowych z celami dyrektyw zmieniających i unowocześniających przepisy dotyczące zamówień publicznych	10–14	3
Brak adekwatności zaproponowanych mechanizmów do ochrony interesów finansowych Unii Europejskiej	15–18	4
II. KOMENTARZE DOTYCZĄCE POSZCZEGÓLNYCH ARTYKUŁÓW	19–42	4
Artykuł 102 — Zasady mające zastosowanie do postępowań o udzielenie zamówienia i umów	20	5
Artykuł 104 — Postępowania o udzielenie zamówienia	21–22	5
Artykuły 106 i 108 — Kryteria wykluczenia i system wykluczenia	23–30	5
Artykuł 107 — Odrzucenie w ramach danej procedury	31–33	7
Artykuł 110 — Udzielanie zamówień	34–35	7
Artykuł 112 — Kontakty w czasie trwania postępowania	36	8
Artykuł 113 — Decyzja o udzieleniu zamówienia	37	8
Artykuł 114a — Wykonanie zamówienia i zmiany w zamówieniu	38–39	8
Artykuł 116 — Istotne błędy, nieprawidłowości lub nadużycia finansowe	40	8
Artykuł 118 — Obowiązujące progi i okres zawieszenia	41–42	9

TRYBUNAŁ OBRACHUNKOWY UNII EUROPEJSKIEJ,

uwzględniając Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w szczególności jego art. 322 i 325, w połączeniu z Traktatem ustanawiającym Europejską Wspólnotę Energii Atomowej, w szczególności jego art. 106a,

uwzględniając wniosek w sprawie rozporządzenia ⁽¹⁾ Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniającego rozporządzenie (UE, Euratom) nr 966/2012 w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii ⁽²⁾ („rozporządzenie finansowe”),

uwzględniając wniosek, z którym Parlament w dniu 23 lipca 2014 r. zwrócił się do Trybunału Obrachunkowego o wydanie opinii na temat wyżej wymienionego wniosku w sprawie rozporządzenia,

uwzględniając wniosek, z którym Rada w dniu 18 lipca 2014 r. zwróciła się do Trybunału Obrachunkowego o wydanie opinii na temat wyżej wymienionego wniosku w sprawie rozporządzenia,

uwzględniając przyjęcie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE ⁽³⁾ (zwanej dalej „dyrektywą 2014/24/UE”) i przyjęcie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji ⁽⁴⁾,

PRZYJMUJE NASTĘPUJĄCĄ OPINIĘ:

I. UWAGI OGÓLNE DOTYCZĄCE TREŚCI I CELÓW WNIOSKU W SPRAWIE ROZPORZĄDZENIA

Cel wniosku w sprawie rozporządzenia

1. Wniosek w sprawie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniającego rozporządzenie (UE, Euratom) nr 966/2012 w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii został sporządzony w celu uspoźnienia tych zasad z przepisami dotyczącymi zamówień publicznych zawartymi w dyrektywie 2014/24/UE i dyrektywie 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji.
2. Trybunał Obrachunkowy popiera cel, jakim jest wspomniane uspoźnienie. Decyzję uzasadnia tym, że z jednej strony ulepszenie ram prawnych dotyczących zamówień publicznych będzie prowadziło do zwiększenia wydajności wydatkowania środków publicznych, a w związku z tym przyczyni się do należytego zarządzania finansami i pewności prawnej, do których muszą dążyć zarówno państwa członkowskie ⁽⁵⁾, jak i Unia. Z drugiej strony, aby zapewnić spójność swoich działań z polityką ⁽⁶⁾, i przestrzegając zasady lojalnej współpracy ⁽⁷⁾, Unia musi czuwać nad tym, by zasady finansowe mające zastosowanie do jej budżetu ogólnego (rozporządzenie finansowe) były zbieżne z celami dyrektyw, o których mowa powyżej. Ponadto, z wyjątkiem sytuacji należycie uzasadnionych, Unia Europejska musi przynajmniej wiernie powielić przepisy dyrektyw w przypadkach, gdy nie pozostawiają one państwom członkowskim swobody wyboru sposobu ich transpozycji.
3. Uspoźnienie przepisów będzie oznaczało, że ustawodawca przyjmie przepisy zmieniające rozporządzenie finansowe, a Komisja zatwierdzi akty delegowane. Ponieważ przepisy rozporządzenia finansowego ściśle łączą się z przepisami wykonawczymi, Trybunał Obrachunkowy uważa, że powinien być informowany o poprawkach do przepisów wykonawczych zaproponowanych przez Komisję, zanim ustawodawca zatwierdzi przepisy zmieniające rozporządzenie finansowe.
4. Jeżeli chodzi o podstawę prawną wniosku przyjętego przez Komisję w sprawie zmian rozporządzenia finansowego, Trybunał Obrachunkowy stwierdza, że wniosek ten obejmuje także znaczną liczbę przepisów służących wzmocnieniu ochrony interesów finansowych UE poprzez wdrożenie w Komisji systemu szybkiego wykrywania zagrożeń dla tych interesów. W związku z tym podstawą prawną dla wniosku powinien być także art. 325 TFUE. W umocowaniach wniosku w sprawie rozporządzenia przedłożonego do zaopiniowania brakuje jednak odniesienia do tego artykułu.

⁽¹⁾ COM(2014) 358 final z dnia 18 czerwca 2014 r.

⁽²⁾ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) nr 966/2012 z dnia 25 października 2012 r. w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 (Dz.U. L 298 z 26.10.2012, s. 1).

⁽³⁾ Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65.

⁽⁴⁾ Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 1.

⁽⁵⁾ Zob. motyw 2 dyrektywy 2014/24/UE.

⁽⁶⁾ Art. 13 Traktatu UE, art. 7 TFUE.

⁽⁷⁾ Art. 4 ust. 3 Traktatu UE.

Naruszenie zasad dotyczących procesu decyzyjnego, utrudnienia w realizacji celu, polegającego na doprecyzowaniu przepisów

5. Trybunał Obrachunkowy uważa, że objęcie zagadnienia zamówień publicznych z jednej strony rozporządzeniem finansowym, a z drugiej przepisami wykonawczymi narusza zasady i procedury dotyczące procesu decyzyjnego określone w Traktatach i wyjaśnione w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. Dotyczy to szczególnie przypadku użycia kluczowych pojęć i koncepcji, które nie zostały ani zdefiniowane, ani doprecyzowane we wniosku w sprawie rozporządzenia (zob. pkt 21, 23, 35, 39, 41 i 42), chociaż, zgodnie z art. 290 TFUE, tylko inne niż istotne elementy przepisów finansowych mogą być przedmiotem aktu delegowanego. Istotne zasady w tym obszarze powinny zostać objęte wspólną odpowiedzialnością Parlamentu Europejskiego i Rady ⁽¹⁾.
6. W związku z tym Trybunał Obrachunkowy jest zdania, że ustawodawca nie może przekazać Komisji, na mocy art. 290, uprawnień do określania istotnych elementów związanych z zamówieniami publicznymi, choć na mocy obecnego wniosku w sprawie rozporządzenia miałyby takie uprawnienia.
7. Ponadto biorąc pod uwagę, że zgodnie z wnioskiem większość kluczowych pojęć i koncepcji związanych z zamówieniami publicznymi zostanie prawdopodobnie uwzględniona w rozporządzeniu zawierającym przepisy wykonawcze, Trybunał Obrachunkowy nie jest w stanie ocenić, czy obecna zmiana rozporządzenia doprowadzi do realizacji celu, polegającego na doprecyzowaniu przepisów dotyczących zamówień publicznych. W związku z tym należy przypomnieć, że dyrektywa w sprawie udzielania zamówień publicznych miała na celu doprecyzowanie niektórych podstawowych pojęć i koncepcji, tak aby zagwarantować pewność prawną i uwzględnić orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w tej sprawie ⁽²⁾.
8. Poza tym podział ustawodawstwa dotyczącego zamówień publicznych ma negatywny wpływ na realizację celu, polegającego na doprecyzowaniu przepisów, który leży u podstaw reformy przepisów dotyczących zamówień publicznych i do którego dążono w trakcie opracowywania i tworzenia tekstu dyrektywy 2014/24/UE. Otóż zrozumienie przepisów dotyczących zamówień publicznych mających zastosowanie do instytucji będzie bardziej skomplikowane w wyniku tego, że Komisja zamierza uspołnić przepisy poprzez równoczesną zmianę dwóch aktów prawnych i przenieść przepisy dyrektywy do rozporządzenia, nie zachowując struktury tekstu normy prawnej ⁽³⁾.
9. Trybunał Obrachunkowy zaleca, aby priorytetowo potraktować zgodność z procesem decyzyjnym i celem, polegającym na doprecyzowaniu przepisów. W opinii Trybunału cel ten można zrealizować poprzez kodyfikację wszystkich przepisów dotyczących zamówień publicznych mających zastosowanie do instytucji w oddzielnym rozporządzeniu, dzięki czemu dostęp do tych przepisów i ich zrozumienie byłyby łatwiejsze ⁽⁴⁾.

Niepełne uspołnienie zasad finansowych z celami dyrektyw zmieniających i unowocześniających przepisy dotyczące zamówień publicznych

10. Zmiana i modernizacja przepisów dotyczących zamówień publicznych poprzez przyjęcie dyrektyw 2014/23/UE i 2014/24/UE dotyczących zamówień publicznych ma na celu „zwiększyć efektywność wydatków publicznych, ułatwiając w szczególności udział małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w zamówieniach publicznych, oraz [...] umożliwić zamawiającym lepsze wykorzystanie zamówień publicznych dla wsparcia wspólnych celów społecznych” ⁽⁵⁾.
11. Trybunał Obrachunkowy zaleca, aby w motywach przyszłego rozporządzenia znalazło się wyraźne przypomnienie tych celów. W obecnym wniosku są one jedynie częściowo wymienione w uzasadnieniu, zgodnie z którym „wprowadzono nowe przepisy, takie jak [...] wprowadzenie zgodności z przepisami w zakresie ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy jako istotny wymóg, ...”. Należy także w bardziej zdecydowany sposób ustalić cele w ramach normatywnej części rozporządzenia.
12. W związku z tym, po pierwsze, należy w wyraźny sposób określić cel polegający na lepszym wykorzystaniu zamówień publicznych do realizacji wspólnych celów społecznych, jednak z zastrzeżeniem, że takie wykorzystanie instrumentu zamówień publicznych nie będzie powodowało szkód dla należytego zarządzania finansowego budżetem UE. Po drugie, obowiązek zgodności z wymogami w zakresie ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy powinien być wymieniony jako jedna z głównych zasad obowiązujących w przypadku zamówień publicznych (zob. pkt 20). Należy też jasno i wyraźnie określić sankcje na wypadek nieprzestrzegania tych przepisów przez oferentów lub wykonawców (zob. pkt 34 i 40).

⁽¹⁾ Wyrok Trybunału z dnia 17 grudnia 1970 r. w sprawie Köster, pkt 6 (sygnatura sprawy: 25/70, Zb.Orz. s. 1162).

⁽²⁾ Zob. motyw 2 dyrektywy 2014/24/UE.

⁽³⁾ Na przykład treść art. 57 dyrektywy 2014/24/UE jest rozłożona na kilka artykułów rozporządzenia finansowego.

⁽⁴⁾ Podobnie jak w przypadku decyzji EBC z dnia 27 stycznia 2009 r. zmieniającej decyzję EBC/2007/5 określającą zasady udzielania zamówień publicznych (EBC/2009/2) (Dz.U. L 51 z 24.2.2009, s. 10).

⁽⁵⁾ Zob. motyw 2 dyrektywy 2014/24/UE.

13. Trybunał Obrachunkowy przypomina swą uwagę, że obowiązki prawne nałożone na wszystkie instytucje UE w związku z ekologicznymi zamówieniami publicznymi są obecnie mniej restrykcyjne niż te, które ustawodawstwo UE nakłada na władze państw członkowskich ⁽¹⁾. Władze te, zgodnie z dyrektywami sektorowymi, mają obowiązek wykorzystywać możliwości, jakie dają zamówienia publiczne, aby wspierać realizację celów strategii „Europa 2020” w zakresie inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu. Te wymogi ⁽²⁾ powinny zatem także mieć zastosowanie w przypadku zamówień publicznych udzielanych przez instytucje UE.
14. Cel polegający na ułatwieniu małym i średnim przedsiębiorstwom udziału w zamówieniach publicznych powinien także zostać wyraźnie przywołany we wniosku w sprawie rozporządzenia. Trybunał Obrachunkowy uważa, że rozporządzenie powinno objąć w szczególności następujące obszary, tak aby wspierać udział MŚP: obowiązek uzasadnienia decyzji o niedokonaniu podziału zamówienia na części (art. 46 ust. 1 dyrektywy 1014/24/UE), obowiązkowe korzystanie z internetowego repozytorium zaświadczeń e-Certis (art. 61 dyrektywy 1014/24/UE), bezpośrednie płatności na rzecz podwykonawców (art. 71 ust. 7 dyrektywy 1014/24/UE), monitorowanie stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych (art. 83 ust. 3 dyrektywy 1014/24/UE) oraz publiczny dostęp do informacji i wytycznych dotyczących wykładni i stosowania unijnego prawa o zamówieniach publicznych wiążącego dla instytucji i organów UE (art. 83 ust. 4 dyrektywy 1014/24/UE).

Brak adekwatności zaproponowanych mechanizmów do ochrony interesów finansowych Unii Europejskiej

15. Trybunał Obrachunkowy może jedynie wspierać wzmocnienie ochrony interesów finansowych UE za pomocą skutecznego systemu wykrywania zagrożeń. Trybunał Obrachunkowy uważa, że Komisja powinna nadal być jedyną instytucją, której powierza się zarządzanie centralną bazą danych o wykluczeniach, jak ma to miejsce obecnie, wykorzystującą aktualne informacje przekazywane przez inne instytucje i organy UE.
16. Przepisy art. 106 i art. 108 wniosku w sprawie rozporządzenia dotyczącego ustanowienia, poprzez powołanie paneli *ad hoc*, scentralizowanego systemu kar dla podmiotów gospodarczych, który będzie prowadzony przez Komisję, są jednak w przeważającej części niespójne z niezależnością innych instytucji i organów w zakresie spraw organizacyjnych. Tego rodzaju system mógłby pozbawić te instytucje i organy możliwości sprawowania kontroli nad ich własnymi postępowaniami o udzielenie zamówienia i możliwości zarządzania swoimi własnymi zamówieniami, mimo faktu, że mają one taką autonomię na mocy zarówno Traktatu, jak i rozporządzenia finansowego, a także, jako organy zatwierdzające, mogą najlepiej sprawować taką kontrolę. Poza tym istnieje ryzyko, że proponowany proces decyzyjny będzie długi i skomplikowany, a na tym polu nadrzędne znaczenie ma szybkie podejmowanie działań. Taki system sprzyja też powstawaniu konfliktów kompetencji pomiędzy instytucjami a panelami zajmującymi się ochroną interesów finansowych — a w szczególności konfliktów z Urzędem ds. Zwalczania Nadużyć Finansowych (OLAF) ⁽³⁾.
17. Konieczne jest, aby pamiętać o tym, że środki stosowane w celu wykluczenia lub odrzucenia podmiotów gospodarczych w ramach postępowań o udzielenie zamówienia są podobne do wykluczających sankcji karnych, które krajowe instancje karne mogą nałożyć na osoby prawne. Trybunał Obrachunkowy uważa, że system przedstawiony we wniosku w sprawie rozporządzenia powinien zostać zweryfikowany pod kątem zasady legalności oraz proporcjonalności kar i zasady poszanowania prawa do obrony.
18. W preambule należy wyjaśnić, z jakich przyczyn wynika potrzeba zmiany obecnie obowiązującego systemu wykluczenia. Przywołano w niej co prawda ogólnie cel polegający na poprawie obowiązujących w tym względzie przepisów, nie jest jednak możliwe wskazanie, które dokładnie elementy systemu powinny zostać ulepszone.

II. KOMENTARZE DOTYCZĄCE POSZCZEGÓLNYCH ARTYKUŁÓW

19. W tej części opinii zawarto analizę wniosku w sprawie rozporządzenia dokonaną przez Trybunał Obrachunkowy pod kątem celów polegających na zmianie i unowocześnieniu przepisów dotyczących zamówień publicznych, które doprowadziły do przyjęcia dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, oraz pod kątem celu polegającego na ochronie interesów finansowych Unii. Trybunał Obrachunkowy przeanalizował wszystkie artykuły po kolei w świetle tych celów. Poczyniono komentarze do tych treści wniosku, w których proces uspołnienienia z dyrektywami wydaje się niepełny lub zaproponowane mechanizmy mające służyć ochronie interesów finansowych wymagają usprawnień.

⁽¹⁾ Zob. pkt 80 sprawozdania specjalnego Europejskiego Trybunału Obrachunkowego nr 14/2014 „W jaki sposób instytucje i organy UE obliczają, ograniczają i kompensują własną emisję gazów cieplarnianych?”.

⁽²⁾ Teraz określone także w motywie 95 dyrektywy 2014/24/UE.

⁽³⁾ Na przykład, zgodnie z art. 7 ust. 6 lit. b) rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) nr 883/2013 z dnia 11 września 2013 r. dotyczącego dochodzeń prowadzonych przez Europejski Urząd ds. Zwalczania Nadużyć Finansowych (OLAF) oraz uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1073/1999 Parlamentu Europejskiego i Rady oraz rozporządzenie Rady (Euratom) nr 1074/1999, podjęcie odpowiednich administracyjnych środków zapobiegawczych, takich jak decyzja o wykluczeniu strony z postępowania o udzielenie zamówienia, należy do zainteresowanej instytucji. W ramach proponowanego systemu jednak podjęcie decyzji o takim wykluczeniu należałoby do kompetencji utworzonego *ad hoc* panelu, do którego dana instytucja zwracałaby się w razie potrzeby.

Artykuł 102⁽¹⁾ — Zasady mające zastosowanie do postępowań o udzielenie zamówienia i umów

20. Trybunał Obrachunkowy uznaje, powołując się na art. 18 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, że do rozporządzenia należy wprowadzić ogólną zasadę dotyczącą realizacji zamówień zgodnie z prawem, która wskazywałaby, jakie niezbędne cele społeczne należy osiągnąć. Proponujemy dodanie następującego punktu do art. 102:

„Instytucje zamawiające, podczas udzielania i realizacji zamówień, podejmą odpowiednie środki, mające na celu wspieranie inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu oraz zapewnienie, że podmioty gospodarcze będą realizować zamówienia, stosując się do obowiązków w zakresie ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy ustanowionych w prawie unijnym lub krajowym, układach zbiorowych lub międzynarodowych konwencjach w zakresie prawa socjalnego i prawa ochrony środowiska, wymienionych w załączniku X do dyrektywy 2014/24/UE”.

Artykuł 104 — Postępowania o udzielenie zamówienia

21. Art. 104 ust. 1 wniosku w sprawie rozporządzenia zawiera wykaz rodzajów postępowania o udzielenie zamówienia. Artykuł należy rozszerzyć w taki sposób, aby zawierał definicje każdego rodzaju postępowania, a także warunki, na jakich można zastosować postępowanie o charakterze wyjątkowym (procedura konkurencyjna z negocjacjami, dialog konkurencyjny, procedura negocjacyjna). Należą one do kluczowych pojęć i koncepcji z zakresu zamówień publicznych, które nie mogą być delegowane na mocy art. 290 TFUE.

22. W celu zachowania jasności i przejrzystości art. 104 ust. 5 wniosku powinien zostać rozszerzony i zmieniony w następujący sposób: „Komisja jest uprawniona do przyjęcia aktów delegowanych ustanawiających szczegółowe zasady odnoszące się do rodzajów postępowania o udzielenie umów koncesyjnych lub zamówień publicznych, których wartości oszacowano powyżej lub poniżej progów określonych w art. 4 lit. a) i b) dyrektywy 2014/24/EU, oraz do dynamicznego systemu zakupów zamówień wspólnych i międzyinstytucjonalnych, zamówień o niskiej wartości oraz płatności na podstawie faktur, zgodnie z art. 210.”

Artykuły 106 i 108 — Kryteria wykluczenia i system wykluczenia

23. Ze względu na charakter kary, polegającej na wykluczeniu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, która może zostać nałożona na podmioty gospodarcze, sytuacje i okoliczności, w jakich można ją zastosować, wymagają jasnych i dokładnych ram prawnych, podlegających restrykcyjnej interpretacji. Proponowany we wniosku tekst jest pod tym względem wieloznaczny, zwłaszcza w odniesieniu do następujących zagadnień:

— Nie podano żadnej definicji znaczenia „decyzji administracyjnej” wymienionej w art. 106 ust. 1 lit. b), c) i f). Tego rodzaju decyzja nie jest tożsama z prawomocnym wyrokiem, chyba że, jak określono w art. 57 dyrektywy, jest to decyzja administracyjna „ostateczna i wiążąca, zgodnie z przepisami obowiązującymi dla organu administracyjnego państwa członkowskiego lub Unii, który podjął tę decyzję.”

— W szczególności w odniesieniu do przypadków, o których mowa w art 106 ust. 1 lit. d), treść wniosku powinna zostać uzupełniona i dostosowana do art. 57 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE. Wymóg dotyczący wykluczenia na podstawie takiej decyzji może być uzasadniony tylko w przypadku, gdy w stosunku do danego podmiotu gospodarczego (lub jego przedstawiciela) wydano prawomocny wyrok z powodu dopuszczenia się omawianych przestępstw. Panel utworzony *ad hoc*, o którym mowa w art. 108, nie posiada kompetencji, by ustalić dowody dotyczące tego rodzaju przestępstwa. Zasadne jest pytanie, czy taki organ utworzony *ad hoc* byłby w stanie ustalić dowody na poparcie zarzutu popełnienia nadużycia finansowego czy korupcji lub czynów związanych z pracą dzieci. Należy zauważyć, że w przypadku gdy zaobserwowano oszustwo lub zachowanie korupcyjne w kontekście postępowań o udzielenie zamówienia lub umów o udzielenie dotacji ze środków europejskich, a nie wydano jeszcze w tej sprawie prawomocnego wyroku, podmioty odpowiedzialne za oszustwo lub korupcję mogą zostać wykluczone z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 106 ust. 1 lit. b) lub f), ponieważ takie zachowanie odpowiada definicji nieprawidłowości⁽²⁾ lub może być uznane za poważne uchybienie zawodowe.

Ponadto należy pamiętać, że podmiot gospodarczy zostanie wykluczony z udziału w postępowaniu, jeżeli podjęto w stosunku do niego decyzję o zamrożeniu środków w związku z karą finansową nałożoną nań przez organy krajowe lub międzynarodowe (ONZ lub UE). Konsekwencje wynikające z takiej decyzji są wiążące dla instytucji zamawiającej, bez względu na to, czy miały zastosowanie przepisy art. 106 rozporządzenia finansowego. Proponujemy następujące brzmienie tego artykułu:

„Podmiot gospodarczy jest wykluczany z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli:

[...]

⁽¹⁾ Wszystkie artykuły, do których odnoszą się te komentarze, są wymienione w art. 1 ust. 3 wniosku w sprawie rozporządzenia.

⁽²⁾ Określenie „nieprawidłowość” jest zdefiniowane w art. 1 ust. 2 rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 2988/95 z dnia 18 grudnia 1995 r. w sprawie ochrony interesów finansowych Wspólnot Europejskich (Dz.U. L 312 z 23.12.1995, s. 1) (zob. w szczególności motyw 6, zgodnie z którym „wymienione postępowania obejmują oszukańcze działania w rozumieniu Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich”).

d) dopuścił się nadużycia finansowego lub korupcji, brał udział w organizacji przestępczej, praniu pieniędzy lub finansowaniu terroryzmu, popełnił przestępstwa powiązane z terroryzmem, pracą dzieci czy innymi formami handlu ludźmi, co potwierdzają dowody ustalone przez panel, o którym mowa w art. 108, lub potwierdzone prawomocnym wyrokiem w przypadku gdy ustalono, że podmiot gospodarczy, z jednego z powyższych powodów, został skazany prawomocnym wyrokiem lub podlega krajowym lub międzynarodowym sankcjom polegającym na zamrożeniu aktywów;

[...].”

- Propozycja nie obejmuje definicji podstawowych pojęć, stosowanych w celu uzasadnienia wykluczenia, takich jak „poważne naruszenie obowiązków”, „poważne uchybienie zawodowe”, „nieprawidłowość” itd.
 - Propozycja nie zawiera także przepisów dotyczących funkcjonowania paneli *ad hoc* ani ich uprawnień dochodzeniowych, gdyż te kwestie powinno regulować rozporządzenie finansowe.
 - Ust. 2 art. 108 nie zawiera żadnych szczegółów dotyczących „zapobiegawczych środków tymczasowych i zabezpieczających w zakresie wykonania budżetu”, które mógłby przedsięwziąć właściwy urzędnik zatwierdzający w przypadku, gdy panel nie podjął (jeszcze) decyzji o wykluczeniu. Zgodnie z art. 107 (zob. poniżej) wykluczenie, to znaczy odrzucenie podmiotu gospodarczego w ramach danego postępowania o udzielenie zamówienia, może nastąpić tylko wtedy, gdy ma miejsce jedna z sytuacji, o których mowa w art. 107, i nie może stanowić tymczasowego środka zapobiegawczego. Ponadto odrzucenie podmiotu w ramach danego postępowania nie może mieć charakteru tymczasowego. W związku z tym należy uzupełnić wniosek poprzez wskazanie, jakie inne skuteczne środki może przedsięwziąć odpowiedni urzędnik zatwierdzający.
 - W tekście nie poruszono kwestii stosowania podwójnej kary. Należy zatem uściślić, że nie można powielać nałożonych na podmiot sankcji wykluczenia w ramach żadnych sankcji karnych, jakie może na sprawcę nałożyć państwo członkowskie w przypadku, gdy OLAF przekaże sprawę krajowym organom sądowym.
24. Zgodnie z wnioskiem poważne naruszenie realizacji zobowiązań wynikających z umowy mogłoby doprowadzić do wykluczenia jedynie wtedy, gdy zagraża interesom finansowym Unii (art. 106 ust. 1 lit. e)), gdyż zakres działań panelu, o którym mowa w art. 108, podlega podobnym ograniczeniom. Jednak nawet gdy podwykonawca poważnie naruszy swoje zobowiązania wynikające z umowy, naruszenie to nie musi stanowić zagrożenia dla interesów finansowych Unii. Ponadto, zgodnie z art. 57 ust. 4 lit. a) dyrektywy 2014/24/UE, powinno być możliwe wykluczenie podmiotu gospodarczego, który naruszył mające zastosowanie obowiązki, o których mowa w art. 18 ust. 2 dyrektywy (przywołane także w art. 102 wniosku — zob. powyżej).
25. Należy doprecyzować, jaki organ jest odpowiedzialny za stosowanie sankcji wykluczenia i odpowiednie ich publikowanie. Z jednej strony, we wniosku nie poruszono kwestii dotyczących tych przypadków wykluczenia, w których nie jest konieczna interwencja panelu, na przykład dlatego, że wydano już prawomocny wyrok w stosunku do podmiotu gospodarczego lub trwa postępowanie upadłościowe. Z drugiej strony, w przypadku gdy zgodnie z art. 108 zaplanowano interwencję panelu w celu podjęcia decyzji dotyczącej wykluczenia, można odnieść wrażenie, że decyzje w sprawie wykluczenia i sankcji finansowych mogą być podejmowane jedynie przez ten panel, a instytucja zamawiająca, która posiadała autonomię podejmowania decyzji w takim wypadku, i dla której ta autonomia jest konieczna w celu skutecznego wykonywania swojej działalności administracyjnej, została jej pozbawiona. To jednak instytucja zamawiająca ma największą wiedzę na temat tego, czy daną sytuację należy uważać za poważne naruszenie realizacji zobowiązań wynikających z umowy. W takim przypadku nie można uzasadnić interwencji panelu *ad hoc*, która stanowiłaby także naruszenie autonomii instytucjonalnej.
26. Proponowany tekst art. 106 ust. 3 wniosku przywróciłby instytucji zamawiającej funkcję podejmowania decyzji w zakresie nakładania sankcji. Wydaje się to jednak niezgodne z duchem art. 108, zgodnie z którym decyzje dotyczące nałożenia sankcji wykluczenia miałyby podejmować Komisja za pośrednictwem utworzonego w tym celu panelu. Logiczne byłoby zatem przeniesienie tego zapisu do treści art. 107, dotyczącego odrzucenia podmiotu gospodarczego w ramach danego postępowania. To właśnie w tym zakresie instytucja zamawiająca powinna dysponować pewną swobodą w samodzielnej ocenie, czy należy zastosować lub podtrzymać sankcję polegającą na wykluczeniu z konkretnego ogłoszonego przez nią postępowania o udzielenie zamówienia.
27. W świetle wymagań dotyczących przejrzystości środków odwoławczych (art. 97 rozporządzenia finansowego) należy także doprecyzować kwestię właściwości organu decyzyjnego. Jeżeli to panel podejmuje decyzje dotyczące sankcji (wykluczenia i sankcji finansowych), odwołania od tych decyzji należy wnosić przeciw Komisji, ponieważ ustanowiła ona panel działający w jej imieniu. W konsekwencji odwołania od decyzji dotyczących odrzucenia wniosków lub ofert, podejmowanych przez instytucje zamawiające z powodu sankcji wykluczenia, o której nałożeniu zdecydował panel, są nieważne, ponieważ to właśnie decyzja o wydaniu sankcji powoduje szkodę w stosunku do podmiotu (zob. także pkt 32).
28. Zgodnie z art. 261 TFUE treść wniosku musi także nadawać Trybunałowi Sprawiedliwości nieograniczone prawo orzekania w odniesieniu do sankcji wykluczenia wydanych na podstawie tych artykułów.

29. Należy uzupełnić ostatni akapit art. 108 ust. 3 o zapis dotyczący możliwości złożenia odwołania w przypadku odrzucenia wniosku o zweryfikowanie decyzji o wykluczeniu zgodnie z art. 108 ust. 3 lit. g).
30. Zgodnie z art. 108 ust. 3 w obecnej formie, jeżeli istnieją ważne uzasadnione podstawy do zachowania poufności dochodzenia lub krajowego postępowania sądowego, na podmiot gospodarczy można nałożyć sankcję wykluczenia w wyniku dopuszczenia się przez niego oszustwa (art. 106 ust. 1 lit. d)) lub nieprawidłowości (art. 106 ust. 1 lit. f)) bez przeprowadzenia uprzedniego przesłuchania. Ten przepis, stanowiący wyjątek od podstawowych zasad rzetelnego postępowania sądowego, należy dopracować. Trybunał Obrachunkowy zaleca, aby w przypadku, gdy dany organ zamierza skorzystać z tego wyjątku, uzyskał on najpierw pisemną zgodę od przyszłego kontrolera gwarancji proceduralnych ⁽¹⁾.

Artykuł 107 — Odrzucenie w ramach danej procedury

31. Zgodnie z uzasadnieniem i motywem 15 wniosku w sprawie rozporządzenia, kryteria wykluczenia będą odłąd wyraźnie oddzielone od kryteriów, na podstawie których może dojść do odrzucenia oferty w ramach danego postępowania. Jest tak jednak tylko w sytuacjach opisanych w art. 107 ust. 1 lit. b) i c). Bez względu na to, czy chodzi o wykluczenie podmiotu z udziału w określonym postępowaniu, czy o jego odrzucenie, sytuacje, o których mowa w art. 106 ust. 1 i 2, są identyczne, podobnie jak przebieg postępowania. Odrzucenie nie jest efektem oceny dokonanej przez instytucję zamawiającą, lecz prawomocnego wyroku, decyzji administracyjnej lub decyzji podjętej przez panel, o którym mowa w art. 108. Aby podkreślić zamiar oddzielenia od siebie tych dwóch sytuacji i zapewnić skuteczność i autonomię instytucjonalną, należy całkowicie dostosować art. 107 rozporządzenia finansowego do art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE, przywracając jednocześnie instytucji zamawiającej pełną swobodę w decydowaniu o odrzuceniu podmiotu gospodarczego w ramach danego postępowania.
32. W trosce o przestrzeganie prawa do obrony należy uzupełnić art. 107 o doprecyzowanie, że przed podjęciem decyzji o odrzuceniu danego postępowania instytucja zamawiająca musi umożliwić oferentowi lub wnioskodawcy przedstawienie swojego punktu widzenia w odniesieniu do odrzucenia. Decyzje o odrzuceniu podjęte na podstawie fałszywych deklaracji ⁽²⁾ lub z powodu wcześniejszego uczestnictwa podmiotu gospodarczego w przygotowaniu dokumentacji przetargowej będą uważane za działania mające dla niego negatywne skutki. W przypadku jednak, gdy decyzja o odrzuceniu została podjęta w wyniku decyzji o nałożeniu sankcji przyjętej przez Komisję, za pośrednictwem organu działającego w jej imieniu, decyzję o odrzuceniu trzeba uznać za potwierdzenie decyzji o nałożeniu sankcji wykluczenia, która stanowi działanie mające negatywne skutki. W takiej sytuacji wnioskodawca lub oferent nie będzie przesłuchiwany. Trybunał proponuje dodanie następującego akapitu: „Przed podjęciem decyzji o odrzuceniu danego postępowania instytucja zamawiająca umożliwi podmiotowi gospodarczemu przedstawienie swoich uwag, z wyjątkiem sytuacji, gdy decyzja o odrzuceniu oferty lub wniosku o udział w postępowaniu była uzasadniona decyzją o nałożeniu sankcji wykluczenia podmiotu wydaną po wysłuchaniu jego uwag”.
33. Wśród przyczyn odrzucenia podmiotu gospodarczego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia w art. 107 wniosku nie wymieniono konfliktu interesów. O takiej sytuacji jest jednak mowa w art. 57 ust. 4 lit. e) dyrektywy 2014/24/UE. W art. 107 wniosku jest mowa jedynie o takiej sytuacji konfliktu interesów, w jakiej znajduje się oferent, który był zaangażowany w przygotowanie postępowania. Jest to szczególna sytuacja, która znacząco różni się od konfliktu interesów, o jakim jest mowa w art. 57 ust. 4 dyrektywy. Jest pewne, że w większości przypadków konfliktu interesów w rozumieniu art. 57 rozporządzenia finansowego pomiędzy pracownikiem instytucji zamawiającej a podmiotem gospodarczym, to instytucja zamawiająca, a nie podmiot gospodarczy, musi wycofać swojego pracownika z danego postępowania o udzielenie zamówienia. We wniosku należy jednak uwzględnić tę przyczynę odrzucenia podmiotu gospodarczego, aby objąć nią w szczególności te przypadki, w których podmiot jest gospodarczo powiązany ze spółką zaangażowaną w wykonanie części budżetu przeznaczonej na zamówienie będące przedmiotem danego postępowania lub w zarządzanie tą częścią. Proponujemy dodanie do treści wniosku następującego akapitu: „d) znajduje się w sytuacji konfliktu interesów w rozumieniu art. 57, któremu nie można zaradzić w żaden inny mniej inwazyjny sposób”.

Artykuł 110 — Udzielanie zamówień

34. W celu wsparcia celów planowanej zmiany rozporządzenia, art. 110 ust. 1 wniosku w sprawie rozporządzenia powinien otrzymać brzmienie, na wzór art. 56 dyrektywy 2014/24/UE: „Instytucje zamawiające mogą postanowić o nieudzieleniu zamówienia oferentowi, który złożył najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę, jeżeli ustaliły, że ta oferta nie jest zgodna z mającymi zastosowanie obowiązkami w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionymi w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy wymienionych w załączniku X do dyrektywy 2014/24/UE”.

⁽¹⁾ Zob. analogiczne zalecenie Trybunału Obrachunkowego w pkt 17 b) opinii Trybunału nr 6/2014 dotyczącej wniosku w sprawie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniającego rozporządzenie (UE, Euratom) nr 883/2013 w odniesieniu do powołania kontrolera gwarancji proceduralnych.

⁽²⁾ Wyrok Sądu z dnia 26 września 2014 r. — Flying Holding NV i in., sprawy T-91/12 i T-280/12, pkt 63–67.

W przypadku braku tego rodzaju zapisu odrzucenie takich ofert byłoby niemożliwe, chyba że niewypełnienie mających zastosowanie obowiązków spowodowałoby obniżenie wartości oferty do rażąco niskiej lub niezgodność oferty z minimalnymi wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

35. Kryteria udzielania zamówienia muszą być określone w rozporządzeniu, ponieważ należą do istotnych elementów zamówienia publicznego. W rozporządzeniu musi zatem znaleźć się definicja znaczenia „oferty najbardziej korzystnej ekonomicznie”. W związku z tym w rozporządzeniu powinien znaleźć się cały art. 67 dyrektywy 2014/24/UE, włącznie z pkt 2 lit. b), w którym wymieniono kryterium udzielenia zamówienia pochodzące z orzecznictwa: „[...] organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia, w przypadku gdy właściwości wyznaczonego personelu mogą mieć znaczący wpływ na poziom wykonania zamówienia”. Wskazuje ono na rozwój orzecznictwa, wynikający z prawdziwej potrzeby instytucji zamawiających i pozwalający na zwiększenie efektywności wydatkowania środków publicznych. Instytucje zamawiające muszą mieć możliwość, zwłaszcza w odniesieniu do zamówień na usługi oparte na wiedzy, oceny wartości technicznej zamówienia na podstawie jakości technicznej i doświadczenia zawodowego członków zespołu proponowanego przez oferenta jako wykonawcy zamówienia lub umowy ramowej⁽¹⁾. Jeżeli wniosek w sprawie rozporządzenia ma stanowić element procesu uspoźnienia ze wspomnianymi celami, nie można w nim pominąć podstawowego elementu dotyczącego kryterium udzielenia zamówienia.

Artykuł 112 — Kontakty w czasie trwania postępowania

36. W celu zapewnienia spójności i jasności rozporządzenia finansowego, art. 112 powinien odnosić się do art. 96. Proponujemy następujące brzmienie: „1. Podczas trwania postępowania o udzielenie zamówienia wszelkie kontakty między instytucją zamawiającą a kandydatami lub oferentami muszą spełniać warunki gwarantujące przejrzystość i równe traktowanie oraz być zgodne z zasadami dobrej administracji opisanymi w art. 96. Kontakty te nie będą prowadziły do zmian w dokumentach zamówienia ani do istotnych zmian w warunkach przedstawionych ofert po terminie składania ofert, z wyjątkiem sytuacji, gdy postępowanie opisane w art. 104 ust. 1 daje takie właśnie możliwości.”.

Artykuł 113 — Decyzja o udzieleniu zamówienia

37. Zgodnie z proponowanym brzmieniem art. 113 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 lit. a) w przypadku udzielenia konkretnego zamówienia na mocy umowy ramowej z ponownym poddaniem zamówienia procedurze konkurencyjnej instytucja zamawiająca nie ma obowiązku powiadamiania wykonawców, których oferty zostały odrzucone, o przyczynach tego odrzucenia, względnych przewagach wybranej oferty ani o nazwisku oferenta, któremu przyznano zamówienie. Nie da się uzasadnić tego wyjątku od zasad dotyczących przejrzystości i obowiązku uzasadnienia.

Artykuł 114a — Wykonanie zamówienia i zmiany w zamówieniu

38. Jeżeli chodzi o ramy prawne, w jakich mogą nastąpić zmiany w zamówieniu podczas jego realizacji, w dyrektywie 2014/24/EU znalazły się nowe szczegóły uwzględniające orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w tym obszarze. Zgodnie z motywem 107 dyrektywy, choć mogą mieć miejsce zmiany w umowach, „nowe postępowanie o udzielenie zamówienia wymagane jest w przypadku istotnych zmian w pierwotnej umowie”. Zgodnie z art. 114a ust. 2 „Instytucja zamawiająca może wprowadzić istotne zmiany do umowy lub umowy ramowej bez przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach przewidzianych w aktach delegowanych przyjętych na mocy niniejszego rozporządzenia oraz pod warunkiem, że taka istotna zmiana nie zmienia przedmiotu zamówienia lub umowy ramowej”. W celu uspoźnienia przepisów finansowych z dyrektywą i orzecznictwem UE należy wykreślić z tego akapitu słowa „istotne” i „istotna” lub zastąpić je antonimami.
39. We wniosku w sprawie rozporządzenia nie zostało doprecyzowane, jakiego rodzaju zmiany można wprowadzić w zamówieniu podczas jego realizacji. Te pojęcia należą jednak do istotnych elementów zamówień publicznych, które muszą być zdefiniowane w rozporządzeniu finansowym. Z wyjątkiem sytuacji uzasadnionej szczególnym charakterem zamówień współfinansowanych z budżetu UE, pojęcia te powinny być stosowane w takim samym brzmieniu, jak w art. 72 dyrektywy 2014/24/UE.

Artykuł 116 — Istotne błędy, nieprawidłowości lub nadużycia finansowe

40. Zastosowanie mechanizmu kar umownych, obejmującego rozwiązanie umowy (zob. w szczególności art. 116 rozporządzenia finansowego), należy zawsze do instytucji zamawiającej. W art. 116 rozporządzenia finansowego należy zaznaczyć, że poważne naruszenie istotnych zobowiązań umownych, mogące doprowadzić do sankcji finansowych lub sankcji wykluczenia na podstawie poważnego naruszenia umowy, mogą być przyczyną zawieszenia wykonywania lub rozwiązania umowy. Należy oddzielić takie przypadki od przypadków popełnienia istotnych błędów. Ponadto poważne naruszenia zobowiązań umownych muszą podlegać sankcjom karnym, nawet jeśli te naruszenia nie będą stanowiły szkody dla interesów finansowych UE. Dzięki temu przepisy rozporządzenia będą także miały zastosowanie w przypadkach, w których naruszenie zobowiązań umownych lub niezgodność

⁽¹⁾ Wyrok Sądu z dnia 17 października 2012 r. — Evropaiki Dynamiki przeciwko Trybunałowi Sprawiedliwości, sprawa T-447/10, pkt 53 i wyrok Sądu z dnia 25 listopada 2014 r. — Alfatar Benelux przeciwko Radzie UE, sprawa T-394/12, pkt 159.

z mającymi zastosowanie obowiązkami w zakresie ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy ustanowionymi w prawie unijnym lub krajowym, układach zbiorowych lub międzynarodowych konwencjach w zakresie prawa socjalnego i prawa ochrony środowiska, wymienionymi w załączniku X do dyrektywy 2014/24/UE, nie spowodują strat w budżecie UE.

Artykuł 118 — Obowiązujące progi i okres zawieszenia

41. Zasady dotyczące metod oceny wartości zamówienia są uważane za istotne w dziedzinie zamówień publicznych, ponieważ determinują one wybór postępowania. Zasady te powinny zatem zostać włączone do rozporządzenia finansowego. W tym kontekście należy zaznaczyć, że podobnie jak w przypadku zasad dotyczących oceniania wartości umów ramowych i zamówień w ramach dynamicznego systemu zakupów, w przypadku postępowania będącego następstwem zaproszenia do wyrażenia zainteresowania oceniana wartość musi być maksymalną wartością wszystkich zamówień planowanych na czas obowiązywania listy sporządzonej po zaproszeniu do wyrażenia zainteresowania.
42. Biorąc pod uwagę, że zasady dotyczące kar za nieprzestrzeganie okresu zawieszenia są istotnym elementem zamówienia publicznego, należy uzupełnić art. 118 o zapis stwierdzający, że „umowy podpisane przed wygaśnięciem okresu zawieszenia są nieważne”. W przypadku braku takiej sankcji odstraszałającej, istnieje ryzyko, że obowiązek przestrzegania okresu zawieszenia będzie ignorowany. Przestrzeganie wymogu dotyczącego okresu zawieszenia stanowi jednak nieodłączny element skutecznego systemu odwoławczego w obszarze zamówień publicznych, który powinny zagwarantować zarówno Unia, jak i państwa członkowskie.

Niniejsza opinia została przyjęta przez Trybunał Obrachunkowy w Luksemburgu na posiedzeniu w dniu 15 stycznia 2015 r.

W imieniu Trybunału Obrachunkowego

Vítor Manuel da SILVA CALDEIRA

Prezes
