

SEMINARIUM ETYKA I PREWENCJA NADUŻYĆ W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

27 czerwca 2018

Czy systemy *compliance* mogą być skutecznym narzędziem poprawiającym jakość zamówień publicznych? A może bez regulacji prawnych, kar i sankcji nie uda się uniknąć konfliktów interesów i nadużyć? Fundacja Batorego wraz z Kancelarią DZP zorganizowały na ten temat panel ekspercki z udziałem dra Wojciecha Hartunga (DZP), Sonii Józwiak-Górny (Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów), Marcina Szczepańskiego (Siemens Polska), Katarzyny Tyc-Okońskiej (Urząd Zamówień Publicznych) oraz Jerzego Żochowskiego (Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii)

Uczestnicy byli zgodni co do tego, że prawo zamówień publicznych (PZP) wymaga uproszczenia, niezbędne są dobre przykłady prowadzenia przetargów oraz ich kompletny i ogólnodostępny rejestr. Większość z nich podnosiła kwestię konieczności profesjonalizacji zamówień publicznych. Jeżeli chodzi o systemy *compliance* mamy jeszcze trochę do zrobienia. Wymagają one wdrożenia, zmiany podejścia i interpretacji prawa, a często również sankcji, bo bez nich jak wskazywali zaproszeni goście same systemy mogą nie spełniać swoich funkcji.

Wojciech Hartung we wprowadzającym wykładzie „Systemy *compliance* i zamówienia publiczne – w jakim miejscu jesteśmy?” zwracał uwagę na to, że wiele rozwiązań już istnieje w unijnych dyrektywach. Pozostaje kwestia ich rozsądnej implementacji. Zastanawiał się też czy sposób interpretacji i stosowania w praktyce przesłanek wykluczenia nie wpływa negatywnie na konkurencyjność zamówień i czy w tym kontekście przesłanka wprowadzenia w błąd zamawiającego nie jest interpretowana zbyt szeroko. Wskazywał, że praktyka pokazuje, że pomyłki nie muszą wcale oznaczać celowego czy świadomego wprowadzania w błąd. Zdarzają się bowiem sytuacje, w których wykonawca popełnia pomyłkę, ale może sytuację wyjaśnić, przedstawić dowód na podstawie którego stwierdzi czy zachowanie było rzeczywiście nieetyczne. W tym obszarze omawiał również mechanizm *self-cleaning* 'u i kwestię wprowadzenia dla zamawiającego obowiązku wezwania wykonawcy do skorzystania z konkretnych rozwiązań przed wykluczeniem. Zamawiający bowiem często zbyt surowo podchodzi do tych kwestii, a w polskich warunkach temat konkurencyjności powinien być w większym stopniu brany pod uwagę. Wykonawcy są wykluczani zbyt łatwo i w ostateczności zostaje jeden. Warto byłoby się zastanowić czy w ramach *self-cleaningu* nie wskazać elementów, które powinny być brane pod uwagę, obejmujących np. wdrożenie norm antykorupcyjnych.

Podnosił także, że obok wykluczenia zamawiającego lub wykonawcy, być może powinniśmy rozważać również wykluczanie świadczenia. Mamy sytuacje, w których to nie producent sam osobiście sprzedaje swoje towary, ale robi to przez pośredników. Wiemy natomiast, że towar ze względu na nieuczciwość producenta pochodzi z wątpliwego prawnie i etycznie źródła. Być może warto pomyśleć o mechanizmach, które weryfikowałyby nie tylko pośrednika, ale również tych, którzy na takim procederze korzystają najwięcej? W przypadku poważnego naruszenia obowiązków zawodowych sprawdzany jest wykonawca, a może warto byłoby sprawdzić rzeczywistego producenta – czy nie narusza on poważnie obowiązków zawodowych? Czy jego towary powinny być w obrocie?

Jako przyczynę słabości zamówień publicznych podawał również nadużywanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Ukarany zostaje zamawiający, jeżeli udziela zamówienia z wolnej ręki, a dla wykonawcy skutek jest niezbyt dotkliwy. Zdarzają się sytuacje, w których wykonawca tworzy u zamawiającego obraz niespójny z rzeczywistością, w którym przedstawia siebie jako jedyne wykonawcę, dostawcę usługi. Warto zastanowić się czy takie działanie nie powinno być traktowane jako poważne naruszenie obowiązków zawodowych? Czy w takiej sytuacji sankcja nie powinna obejmować również wykonawcy?

Sztuczna inteligencja i rejestr przetargów – nowa koncepcja prawa zamówień publicznych

Rynek zamówień publicznych jest ogromny. Jak wyliczyło Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii (MPiT) w 2017 roku przeszło 170 mld zł zostało wydanych w procedurze prawa zamówień publicznych – tj. 8% PKB Polski. W raportach NIK i CBA pojawia się opinia, że jest to obszar najbardziej narażony na nadużycia,

szczególnie na korupcję. Jerzy Żochowski, ekspert z Ministerstwa Przedsiębiorczości i Technologii podkreślił, że aktualnie w Ministerstwie trwają prace nad [nowym prawem zamówień publicznych](#). Jednym z jego celów będzie zwiększenie konkurencyjności, gdyż bardzo widoczna jest tendencja, w której z roku na rok w przetargach składanych jest coraz mniej ofert. Ważnym kierunkiem jest także dążenie do profesjonalizacji zamówień, podnoszenie kompetencji zamawiających do podejmowania decyzji – w taki sposób, aby znajdować jak najlepsze rozwiązania w prawie i umiejętnie je wykorzystywać w zamówieniach dostaw czy usług. Wskazywał na trudność w poruszaniu się w prawie zamówień publicznych ze względu na niejednorodność interpretacji, dlatego rozumie oczekiwania, że nowe prawo będzie proste i nie będzie pozostawiało możliwości interpretacji. Tak, aby krok po kroku zamawiający wiedzieli co mają zrobić. Ogromnie ważne są także dobre praktyki. Ułatwi to podejmowanie decyzji zamawiającym, którzy mają awersję do ryzyka i nie chcą testować nieznanymi im rozwiązań. MPiT planuje również stworzenie narodowej platformy zakupowej, która zapewni pełen dostęp do informacji o wydawanych środkach publicznych. W planach jest również wykorzystanie, wzorem Wielkiej Brytanii, sztucznej inteligencji badającej zmywy przetargowe. Miałyby to także wymiar odstraszający.

Zmowy przetargowe - jak się przed nimi chronić?

Sonia Józwiak-Górny z Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) wskazała, że systemy *compliance* nie znajdują bezpośredniego zakorzenienia w polskiej ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. Jedynym miejscem, w którym wdrożenie takiej możliwości można potencjalnie uwzględnić to przepisy dotyczące kar i miarkowania kar. Podkreślała, że tak naprawdę nakładanie kar jest proceduralnym końcem ścigania zμών przetargowych, dlatego ważne byłoby, aby skupić się na początku tej całej drogi. Działania Prezesa UOKiK na rzecz zapobiegania zmomom zostały zintensyfikowane po raporcie OLAF z 2013 r. na temat korupcji, w którym ocena Polski była druzgocąca – zajęła 4 miejsce ze względu na kryterium ekspozycji na zmywy i korupcję. Oceniono, że nawet 50% zamówień w Polsce może być narażonych na zmywy przetargowe. W UOKiK istnieje wzorzec zawiadomienia o podejrzeniu zmywy. Nie jest często wykorzystywany przez zgłaszających, ale może pomóc w ich identyfikacji. Ma głównie walor edukacyjny. Jest w nim wpisanych kilkadziesiąt przesłanek mogących świadczyć o wystąpieniu zmywy. UOKiK prowadzi również *screening* losowo wybranych przetargów.

Podkreśliła w odpowiedzi na informację o planowanych zmianach w PZP, że dobrym rozwiązaniem, z którego nie warto zrezygnować przy zmianie prawa są dwie przesłanki wykluczenia obligatoryjnego: ze względu na zawarcie zmywy oraz wykluczenie podmiotów, które należąc do jednej grupy kapitałowej, składają oddzielne oferty i jednocześnie nie udowadniają, że ich równoczesne złożenie ofert nie wpłynie negatywnie na konkurencyjność w przetargu. UOKiK nie ma żadnych narzędzi, żeby ścigać i penalizować „zmywy” wykonawców należących do jednej grupy kapitałowej. Porozumienie zawarte pomiędzy podmiotami tej samej grupy kapitałowej nie jest bowiem uznawane za niekonkurencyjne, dlatego że stanowią one jeden organizm gospodarczy.

Józwiak-Górny wskazała na dwie instytucje stosowane w Unii, które mogą chronić zamawiających przed zmomami. Pierwsza z nich to *Certificate of Independent Bid Determination* – wykonawca który składa ofertę jest zobowiązany przez zamawiającego do samodzielnego przygotowania oferty. Aktualnie jednak w prawie zamówień publicznych brak tego typu oświadczenia nie jest przesłanką wykluczenia. Druga instytucja dotyczy zamawiającego i zobowiązuje go do informowania organu antymonopolowego o podejrzeniu zmywy przetargowej (funkcjonuje na Węgrzech).

Spójna procedura zamówień publicznych

Katarzyna Tyc-Okońska z Urzędu Zamówień Publicznych (UZP) również wskazywała na potrzebę uspoźnienia procedury zamówień publicznych, tak aby zamawiający mieli z nią jak najmniej problemów. W UZP został powołany zespół mający za zadanie przygotować wzorcowe dokumenty i wypracować kryteria, które mogłyby być podstawą do dalszego opracowywania dokumentów przetargowych przez zamawiających. Byłyby one wówczas spójne i pozwalałyby przygotować zwłaszcza te najbardziej istotne postanowienia umowy. Poza tym mogły one pomóc lepiej weryfikować przez zamawiających wykonawców dalej realizujących zamówienia. Podkreślała, że oczywiście nie da się kazuistycznie ująć wszystkich sytuacji powodujących nieprawidłowości na każdym etapie postępowania, ale zadaniem UZP jest wskazanie kierunków właściwego sposobu oceny sytuacji czy przygotowania dokumentów na różnych etapach postępowania. Zwróciła również uwagę na edukacyjną rolę Urzędu – z regulacji ustawowych wynika, że Prezes UZP ma przede wszystkim za zadanie

przygotowanie programów szkoleniowych, które poszerzą wiedzę na temat prawa zamówień publicznych, a także podnosić świadomość etyczną w zawodach, które są związane z systemem zamówień publicznych.

Miękkie ograniczenia czy twarde procedury?

Marcin Szczepański, dyrektor ds. *compliance* w Siemens Polska stał na zdecydowanym stanowisku, że jedynie twarde konsekwencje mogą sprawić, że systemy *compliance* będą skuteczne. Za przykład posłużyła afera korupcyjna Siemens, która była do niedawna największą aferą w obszarze przemysłowym. Mimo iż w firmie funkcjonowały procedury *compliance*, nie uchroniły jej przed skandalem korupcyjnym w 2006 r. Gdy wybuchła afera związana z dawaniem łapówek w celu uzyskiwania zagranicznych kontraktów, Siemens znajdował się pod jurysdykcją amerykańską. Na przedsiębiorstwo nałożono ogromne kary, podpisano ugody i domagano się zmian. Gdyby nie zostały wprowadzone – Siemens by teraz nie było. Za przykład podał również aferę Philipsa na rynku urządzeń medycznych – firma zmieniła się w Polsce dlatego, że w USA zagrożono im ogromnymi karami. Podkreślał również, że Siemensowi aktualnie mniej wolno, niż na przykład firmom lokalnym, jeżeli chodzi o przetargi w Polsce. Wskazywał również na powszechną praktykę pisania przetargu pod konkretnego wykonawcę, o czym świadczy ogromna ilość przetargów, w których wpływa tylko jedna oferta. Odpowiedzią na taki stan byłaby jedna, centralna baza, w której umieszczone zostałyby wszystkie przetargi w Polsce. Można byłoby sprawdzić dlaczego jest jeden wykonawca – czy wymagania są tak skonstruowane, że tylko jedna firma lub jedno konsorcjum je spełnia? To wszystko zdaniem Szczepańskiego powinno być jawne. Przekonywał również do stosowania aukcji elektronicznych, w których wszystko dzieje się transparentnie.

Fachowcy w zamówieniach publicznych

Wojciech Hartung na podstawie osiemnastoletnich doświadczeń podkreślał, że aby prawo zamówień publicznych funkcjonowało lepiej powinno się do postępowań wprowadzić fachowców – inżynierów, lekarzy, techników. Wskazywał również na istotę tworzenia i upowszechniania dobrych praktyk. Za przykład podał przetarg na spalarnię w Poznaniu, który według niego był przeprowadzony wzorcowo. Ministerstwo Rozwoju w projekcie partnerstwa publiczno-prywatnego przejęło rolę fundatora. Wydało pieniądze na konsultantów prawnych, ekonomicznych, technicznych itp. Powstał dobry projekt i dobry wzorzec umowy, wynikający z praktyki. Często natomiast te „dobre praktyki” powstają w oderwaniu od rzeczywistości, w zaciszu gabinetów. Postulował, aby pieniądze, które są wydawane na podręczniki wydać na jeden porządną, a pozostałe pieniądze przeznaczyć na wsparcie projektów i zamawiających. Często bowiem zamawiający nie są przygotowani do realizacji zamówień. A jeżeli są to raczej cechuje ich podejście na „nie” do wykonawcy – tak żeby się okopać. Bezpośrednie wsparcie może dać większy efekt i konkretne rozwiązania. Tak powinny być kształtowane dobre praktyki, które mogą realnie zmienić poszczególne obszary zamówień publicznych na lepsze.

Panel był częścią seminarium „Etyka i prewencja nadużyć w zamówieniach publicznych”, które odbyło się w siedzibie Fundacji im. Stefana Batorego 27 czerwca 2018 r. Wydarzenie zostało zorganizowane i sfinansowane w ramach projektu „Pakty Uczciwości – mechanizm obywatelskiej kontroli na rzecz ochrony funduszy UE, etap II” (więcej: paktuczciwosci.pl).