

Marek Szydło

Opinia prawna na temat nowych unijnych dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych i koncesji¹

Legal opinion on the new EU directives on public procurement and concession contracts: The purpose of this opinion is to assess the new EU Directives reforming the EU public procurement law and the award of concession contracts. The adoption of the above-mentioned directives concludes the more than two-year legislative work of the EU on the new legal framework of public procurement. The author provides an analysis of the concept of “public contract” and “concession” contained in Directives 2014/23, 2014/24 and 2014/25, which clarifies the definition contained in the current EU legislation. He points out the changes introduced by the new directives, including mandatory system of administrative cooperation between Member States, with exemptions for public contracts and concessions for certain services, new procurement procedures through innovative partnerships and provisions for administrative and regulatory governance.

Keywords: directive | concession contract | European Union | public procurement

Słowa kluczowe: dyrektywa | koncesja | Unia Europejska | zamówienia publiczne

Doktor hab. nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Wrocławskiego, ekspert ds. legislacji BAS; m.szydlo@prawo.uni.wroc.pl.

Ramy prawne nowego unijnego prawa zamówień publicznych

W dniu 26 lutego 2014 r. przyjęte zostały trzy nowe dyrektywy Unii Europejskiej reformujące unijne prawo zamówień publicznych. Dyrektywami tymi są: dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji (dyrektywa koncesyjna), dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych (dyrektywa zamówieniowa), uchylająca dyrektywę 2004/18/WE oraz dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE (dyrektywa zamówieniowa) w sprawie udzielania zamó-

¹ Opinia sporządzona 28 marca 2014 r. na zlecenie przewodniczącego podkomisji nadzwyczajnej Komisji Gospodarki; BAS-WAL-626/14(2).

wień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (teksty dyrektyw nie zostały jeszcze opublikowane w Dz.Urz. UE). Przyjęcie powyższych dyrektyw kończy trwające w Unii Europejskiej ponad dwa lata prace legislacyjne nad nowymi ramami prawnymi w dziedzinie zamówień publicznych, rozpoczęte wraz z przedstawieniem przez Komisję Europejską 20 grudnia 2011 r. propozycji nowych dyrektyw w tym zakresie². Wzmiankowane trzy nowe dyrektywy stanowią czwartą już generację unijnych (dawniej wspólnotowych) dyrektyw o zamówieniach publicznych (poprzednie dyrektywy pochodzą z lat: 1971–1976; 1992–1993; 2004), przy czym dyrektywy unijne obecnie w tym zakresie obowiązujące, czyli: dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.Urz. UE L 134 z 30 kwietnia 2004 r., s. 114) oraz dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.Urz. UE L 134 z 30 kwietnia 2004, s. 1) – mają zostać uchylone po upływie 24 miesięcy (2 lat) od dnia wejścia w życie nowych unijnych dyrektyw z 26 lutego 2014 r. (art. 91 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 107 dyrektywy 2014/25/UE). Nowe zaś unijne dyrektywy mają wejść w życie dwudziestego dnia po ich opublikowaniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (art. 93 dyrektywy 2014/24/UE; art. 109 dyrektywy 2014/25/UE; art. 54 dyrektywy 2014/23/UE).

Dzień, w którym upłynie termin 24 miesięcy od dnia wejścia w życie nowych dyrektyw 2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE, będzie nie tylko dniem uchylenia dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE, ale będzie to również dla państw członkowskich ostateczny termin na ich implementowanie w swoich wewnętrznych porządkach prawnych przepisów (art. 90 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, art. 106 ust. 1 dyrektywy 2014/25/UE, art. 51 ust. 1 dyrektywy 2014/23/UE).

Odrębna dyrektywa dotycząca koncesji

W obowiązującym w Unii Europejskiej stanie prawnym koncesje na roboty budowlane podlegają na ogólnych zasadach przepisom dyrektywy 2004/18/WE, natomiast pozostają one poza zakresem zastosowania dyrektywy 2004/17/WE (art. 18 dyrektywy 2004/17). Z kolei koncesje na usługi nie mieszczą się w zakresie zastosowania ani dyrektywy 2004/17/WE, ani też dyrektywy 2004/18/WE (zob. art. 17 dyrektywy 2004/18 oraz art. 18 dyrektywy 2004/17).

² Zob. dokumenty: COM(2011) 895, COM(2011) 896, COM(2011) 897.

Koncesje na usługi podlegają natomiast przepisom Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), w szczególności zaś jego przepisom o swobodach rynku wewnętrznego³, co implikuje określone obowiązki po stronie instytucji zamawiających udzielających takich koncesji, zwłaszcza zaś obowiązek niedyskryminacji oraz przejrzystości⁴. Ponieważ wspomniane wyżej obowiązki instytucji zamawiających udzielających koncesji na usługi określane są obecnie przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE lub TS) i nie są wyraźnie normatywnie uregulowane, z natury rzeczy tworzy to dla zainteresowanych instytucji zamawiających oraz wykonawców niepożądany stan niepewności prawnej.

Z chwilą wejścia w życie dyrektywy 2014/23/UE zagadnienia związane z udzielaniem koncesji zostaną unormowane w odrębnym akcie unijnego prawa wtórnego. Dyrektywa ta będzie regulowała procedurę udzielania koncesji na roboty budowlane oraz koncesji na usługi, przy czym będzie ona dotyczyła zarówno sektorów klasycznych, jak też sektorów użyteczności publicznej.

Pojęcie zamówienia publicznego oraz koncesji

Przy definiowaniu pojęcia „zamówienia publicznego” oraz „koncesji” dyrektywy 2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE utrzymują co do zasady brzmienie i kształt prawny tych definicji wspomnianych pojęć, które są zawarte w obecnie obowiązujących dyrektywach 2004/17/WE i 2004/18/WE (zob. art. 1 ust. 2 i 3 dyrektywy 2004/17 oraz art. 1 ust. 2–4 dyrektywy 2004/18) i które są przy tym doprecyzowywane i wyjaśniane w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. Równocześnie jednak nowe trzy dyrektywy zawierają w omawianym zakresie kilka wyraźnych sformułowań o charakterze precyzującym: czy to w samym tekście normatywnym, czy też w przepisach preambuł. To doprecyzowanie pojęć „zamówienia publicznego” oraz „koncesji” nie ma w swoim założeniu bynajmniej spowodować modyfikacji tychże pojęć w porównaniu z aktualnym stanem prawnym wynikającym z dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE. W rezultacie zawarte w nowych dyrektywach definicje omawianych pojęć nie będą same w sobie prowadziły do rozszerzenia lub zawężenia zakresu zastosowania unijnego (wtórnego) prawa zamówień publicznych w porównaniu z obecnym stanem prawnym. Poczynione w nowych dyrektywach doprecyzowanie pojęciowe ma natomiast na celu rozwianie wszelkich wątpliwości i niejasności terminologicz-

³ Zob. np. orzeczenia TS w sprawach: C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH v. Telekom Austria AG*, Zb. Orz. 2000, s. I-10745, pkt 58–60; C-458/03 *Parking Brixen GmbH v. Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*, Zb. Orz. 2005, s. I-8585, pkt 46.

⁴ Patrz powyższe orzeczenia TS.

nych w tym względzie, które dotychczas nierzadko się pojawiały i które musiały być wyjaśniane między innymi w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości.

Jednym z istotnych doprecyzowań w omawianym zakresie jest stwierdzenie zawarte w dyrektywie 2014/24/UE, że nabycie robót budowlanych, dostaw lub usług (przez co najmniej jedną instytucję zamawiającą od wykonawców wybranych przez te instytucje zamawiające) jest w rozumieniu przepisów tej dyrektywy zamówieniem publicznym niezależnie od tego, czy nabywane roboty budowlane, dostawy lub usługi są czy też nie są „przeznaczone do celów publicznych” (art. 1 ust. 2 *in fine* dyrektywy 2014/24). Tym samym zakres zastosowania unijnego reżimu zamówień publicznych się aktualizuje (i otwiera) bez względu na cel nabycia robót budowlanych, dostaw lub usług. Zamówieniem publicznym w tym rozumieniu jest również taka transakcja zakupowa, która jest realizowana w indywidualnym interesie instytucji zamawiającej.

Równocześnie nowe dyrektywy zastrzegają, że występujący w definicji zamówienia publicznego oraz koncesji termin „nabycie” należy rozumieć szeroko, jako uzyskiwanie korzyści z tytułu określonych robót budowlanych, dostaw lub usług, przy czym korzyści te nie muszą wcale polegać na przeniesieniu na instytucje zamawiające prawa własności do nabywanych robót, dostaw lub usług (pkt 4 preambuły do dyrektywy 2014/24; pkt 11 preambuły do dyrektywy 2014/23; zob. też pkt 6 preambuły do dyrektywy 2014/25, zgodnie z którym pojęcie „zamówienia publicznego” na potrzeby zamówień sektorowych powinno być możliwie najbardziej zbliżone do pojęcia stosowanego na mocy dyrektywy 2014/24). W odniesieniu do charakteru tych wspomnianych wyżej korzyści, uzyskiwanych przez instytucje zamawiające i konstytuujących zamówienie publiczne (oraz koncesję), trzeba też będzie pamiętać o ważnym doprecyzowaniu poczynionym w ostatnich latach w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. Otóż Trybunał zwraca uwagę na to, że istotą każdego poszczególnego zamówienia publicznego jest to, że świadczenie realizowane w jego ramach przez wykonawcę musi stanowić dla zamawiającego takie przysporzenie, które ma charakter „bezpośredni” oraz „gospodarczy”⁵. Ze wspomnianych orzeczeń TS wynika, że organ ten całkowicie dystansuje się od jedynie (czy też wyłącznie) formalnego definiowania pojęcia zamówienia publicznego, odwołując się do cywilnoprawnej odpłatnej umowy, której przedmiotem są określone dostawy, usługi lub roboty budowlane. Zamiast tego czysto formalnego ujęcia orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości przyjmuje formalno-materialną definicję zamówienia publicznego, uwzględniającą, obok elementów czysto formalnych, element materialny w postaci uzyskania przez zamawiającego „bezpośredniego przysporzenia o charakterze gospodarczym” (ang. *direct economic*

⁵ Orzeczenia TS w sprawach: C-451/08 *Müller GmbH v. Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, Zb. Orz. 2010, s. I-2673, pkt 49; C-271/08 *Komisja v. Niemcy*, Zb. Orz. 2010, s. I-7091, pkt 75.

benefit). Jest przy tym znamienne, że Trybunał Sprawiedliwości – jak tego dowodzi jego orzecznictwo – skłonny jest w każdym poszczególnym przypadku indywidualnie oceniać (i badać), czy przysporzenie powodowane przez daną konkretną umowę zawartą przez zamawiającego z wykonawcą ma taki charakter i jest przysporzeniem tego rodzaju, że może być ono kwalifikowane właśnie jako przysporzenie gospodarcze o charakterze bezpośrednim, a w konsekwencji jako przysporzenie konstytuujące zamówienie publiczne.

W omawianym kontekście pojęciowym ważna jest również zawarta w nowych dyrektywach reguła interpretacyjna, stanowiąca, że sytuacje, w których wszyscy wykonawcy spełniający pewne warunki mają prawo do wykonania danego zadania, bez przeprowadzania kwalifikacji, takie jak system oparty na wyborze klienta i systemy bonów usługowych, nie powinny być kwalifikowane jako zamówienia publiczne lub koncesje, także gdy oparte są na umowach prawnych zawieranych między organem publicznym a wykonawcami. Takie systemy są zresztą zazwyczaj oparte na decyzji wydawanej przez organ publiczny, definiującej przejrzyste i niedyskryminacyjne warunki stałego dostępu wykonawców do świadczenia określonych usług, takich jak usługi społeczne, pozwalające klientom na dokonywanie wyboru takich wykonawców (pkt 4 preambuły do dyrektywy 2014/24; pkt 13–14 preambuły do dyrektywy 2014/25; zob. też pkt 6 preambuły do dyrektywy 2014/25).

Poza pojęciem „zamówienia publicznego” oraz „koncesji” mają się ponadto znajdować porozumienia, decyzje lub inne instrumenty prawne regulujące przekazanie uprawnień i obowiązków związanych z wykonywaniem zadań publicznych między instytucjami zamawiającymi lub grupami instytucji zamawiających, które nie przewidują wypłaty wynagrodzenia za wykonanie umowy (art. 1 ust. 6 dyrektywy 2014/24; art. 1 ust. 4 dyrektywy 2014/23; zob. też pkt 6 preambuły do dyrektywy 2014/25).

W dyrektywie 2014/23/UE zostaje doprecyzowana ta część definicji koncesji, w której jest mowa o ryzyku operacyjnym. Otóż główna cecha koncesji, czyli prawo koncesjonariusza (wykonawcy) do eksploatacji obiektów budowlanych lub wykonywania usług, zawsze pociąga za sobą przeniesienie na koncesjonariusza ryzyka operacyjnego o charakterze ekonomicznym, związanego z popytem lub podażą, i implikującego możliwość, że nie odzyska on nakładów inwestycyjnych ani kosztów poniesionych w związku z eksploatacją obiektów budowlanych lub wykonywaniem usług będących przedmiotem koncesji w normalnych warunkach działalności, nawet jeżeli części ryzyka pozostaje poddana instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający. W dyrektywie 2014/23/UE uznaje się, że koncesjonariusz wówczas przejmuje tak rozumiane ryzyko operacyjne (co w efekcie konstytuuje „koncesję” w rozumieniu tej dyrektywy), jeśli w normalnych warunkach funkcjonowania nie ma on gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów poniesionych w związku z eksploatacją obiektów budowlanych lub wykonywaniem usług bę-

dających przedmiotem koncesji. Część ryzyka przeniesiona na koncesjonariusza obejmuje rzeczywiste narażenie na wahania rynku, tak aby jakiegokolwiek potencjalne szacowane straty ponoszone przez koncesjonariusza nie były jedynie nominalne ani nieistotne (art. 5 pkt 1 akapit 2 dyrektywy 2014/23). Nie jest zatem „koncesją” sytuacja, w której instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający uwalniają wykonawcę od wszelkich potencjalnych strat, gwarantując minimalny przychód, co najmniej równy poczynionym inwestycjom i kosztom, które wykonawca musi ponieść w związku z wykonaniem umowy (pkt 18 preambuły do dyrektywy 2014/23). W wypadku, gdy regulacje sektorowe eliminują ryzyko, przewidując udzielenie koncesjonariuszowi gwarancji osiągnięcia progu rentowności inwestycji i odzyskania kosztów poniesionych na obsługę umowy, takie umowy nie powinny kwalifikować się jako koncesje w rozumieniu dyrektywy koncesyjnej (pkt 19 preambuły do dyrektywy 2014/23). Ważne jest przy tym wyjaśnienie, że ryzyko operacyjne, przenoszone na koncesjonariusza, powinno wynikać z czynników, które pozostają poza kontrolą stron. Takie rodzaje ryzyka, jak to związane ze złym zarządzaniem, przypadkami złego wykonania umowy przez wykonawcę lub działaniem siły wyższej, nie są decydujące przy klasyfikowaniu koncesji, ponieważ te rodzaje ryzyka są częścią każdej umowy, niezależnie od tego, czy chodzi o zamówienie publiczne czy o koncesję (pkt 20 preambuły do dyrektywy 2014/23).

Wyłączenia z zakresu zastosowania nowych dyrektyw

Dla określenia zakresu zastosowania dyrektyw 2014/23/UE, 2014/24/UE oraz 2014/25/UE istotne znaczenie mają nie tylko legalne definicje pojęć „zamówienia publicznego” oraz „koncesji”, ale także wyraźnie uregulowane w tych dyrektywach wyłączenia, czyli rodzaje takich sytuacji, operacji lub działalności, które jakkolwiek w normalnych warunkach mogłyby być uznane za mieszczące się w pojęciu udzielenia zamówienia publicznego lub koncesji, to jednak z uwagi na określone względy celowościowe (pragmatyczne), w tym zwłaszcza polityczne, gospodarcze lub społeczne, zostają one wyraźnie postawione przez prawodawcę unijnego poza zakresem regulacji nowych dyrektyw. Wiele z wyłączeń przewidzianych w nowych dyrektywach istnieje również na gruncie obecnie obowiązujących dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE. W dyrektywach 2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE ustanowione są wszakże i takie wyłączenia, które są zupełnie nowe lub też przynajmniej uzyskują nieco odmienny kształt legislacyjny od tych aktualnie obowiązujących.

Nowością jest wyłączenie polegające na tym, że w zakresie zastosowania trzech nowych dyrektyw nie mieszczą się usługi o charakterze niegospodarczym świadczone w interesie ogólnym (pkt 6 *in fine* preambuły do dyrektywy 2014/24; art. 1 ust. 6 dyrektywy 2014/25; art. 4 ust. 2 dyrektywy 2014/23). Co prawda, nowe

dyrektywy zamówieniowe i dyrektywa koncesyjna nie definiują pojęcia usług niegospodarczych świadczonych w interesie ogólnym, niemniej z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości oraz z różnych aktów unijnego *soft law* wydawanych przez Komisję Europejską wynika, że usługi niegospodarcze świadczone w interesie ogólnym są to takie świadczenia, które są realizowane nie w otoczeniu rynkowym i na zasadach odbiegających od zasad typowo komercyjnych, a więc w szczególności inaczej niż przez odpłatne oferowanie na rynku określonych usług. Usługi te realizują w swoim założeniu pewną misję publiczną, kojarzoną z interesem publicznym oraz z zadaniami publicznymi. Usługi niegospodarcze w interesie ogólnym są najczęściej świadczone przez władze publiczne lub pod ich nadzorem. Do omawianej kategorii usług należą np. działania polegające na wykonywaniu władzy publicznej (np. sprawowanie wymiaru sprawiedliwości, działalność wojska i policji), a także organizowanie i funkcjonowanie systemów ubezpieczenia społecznego i systemów opieki zdrowotnej opartych na zasadzie solidarności, będącej przeciwieństwem zasady kapitałowej⁶.

Całkowicie nowymi wyłączeniami na gruncie dyrektyw 2014/23, 2014/24 i 2014/25 są również wyłączenia dotyczące zamówień publicznych oraz koncesji na następujące rodzaje usług: a) usługi prawne, takie jak zastępstwo prawne klienta w postępowaniu arbitrażowym lub pojednawczym lub w postępowaniu sądowym; porady prawne udzielane w ramach przygotowywania dowolnego ze wspomnianych wyżej postępowań; usługi poświadczania i uwierzytelniania dokumentów zastrzeżone na rzecz notariuszy; usługi prawne świadczone przez powierników lub wyznaczonych opiekunów lub inne usługi prawne, których wykonawcy są wyznaczani przez sąd lub wyznaczani z mocy prawa w celu wykonania konkretnych zadań pod nadzorem sądów; pozostałe usługi prawne, które w danym państwie członkowskim są powiązane, nawet sporadycznie, ze sprawowaniem władzy publicznej; b) udzielanie lub zaciąganie pożyczek, bez względu na to, czy wiążą się one z emisją, sprzedażą, zakupem lub zbyciem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych; c) usługi w dziedzinie obrony cywilnej, ochrony ludności i zapobiegania niebezpieczeństwom, świadczonych przez organizacje lub stowarzyszenia o charakterze niekomercyjnym, z wyjątkiem usług transportu sanitarnego pacjentów; d) usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego koleją lub metrem (zwolnienie to nie dotyczy koncesji); e) usługi dotyczące kampanii politycznych, o ile udzielane są przez partię polityczną w kontekście kampanii wyborczej (art. 10 ust. 8 lit. d, f, g i h dyrektywy 2014/23, art. 10 lit. d, f, h, i oraz j dyrektywy 2014/24, art. 21 lit. c, e, g oraz h dyrektywy 2014/25).

⁶ Na temat omawianej tutaj kategorii usług zob. szerzej np. pkt 2.1 komunikatu Komisji w sprawie stosowania reguł Unii Europejskiej w dziedzinie pomocy państwa w odniesieniu do rekompensaty z tytułu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, Dz.Urz. UE C 8/2 z 2012 r. oraz wskazane tam orzecznictwo TS.

Ważnym nowym wyłączeniem *explicite* unormowanym w omawianych dyrektywach jest to, które kodyfikuje tzw. wyjątek *Teckal*, wypracowany i dopuszczany obecnie przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości. W myśl ustalonego orzecznictwa TS, poszczególne instytucje zamawiające nie są zobligowane do stosowania procedury związanej z udzieleniem zamówienia publicznego uregulowanej w unijnych dyrektywach dotyczących zamówień publicznych (w wypadku zaś udzielania tzw. zamówień podprogowych instytucje zamawiające nie są zobligowane do przestrzegania zasad wynikających z TFUE, takich jak zasada niedyskryminacji, zasady swobodnego przepływu czy też zasada przejrzystości), jeżeli udzielają one zamówienia na rzecz takiego podmiotu (wykonawcy), nad którym, po pierwsze, sprawują kontrolę podobną do kontroli wykonywanej wobec własnych (wewnętrznych) jednostek organizacyjnych (wydziałów, departamentów) oraz, po drugie, ten kontrolowany podmiot (wykonawca) wykonuje przeważającą (istotną) część swojej działalności dla kontrolującej go instytucji zamawiającej⁷. W nowych dyrektywach ten orzeczniczy wyjątek uzyskuje swoją wyraźną normatywną regulację, przy czym dodatkowo zostaje on jeszcze uściślony i doprecyzowany. Mianowicie, zamówienie publiczne lub koncesja udzielone przez instytucję zamawiającą osobie prawa prywatnego lub publicznego nie są objęte zakresem zastosowania dyrektyw zamówieniowych oraz dyrektywy koncesyjnej, jeżeli spełnione są kumulatywnie następujące warunki: a) instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami, b) ponad 80% działalności kontrolowanej osoby prawnej jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą sprawującą kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą, oraz c) w kontrolowanej osobie prawnej nie występuje bezpośredni udział kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z traktatami, oraz niewywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną. Przy czym uznaje się, że instytucja zamawiająca wówczas sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami (w rozumieniu wskazanym w punkcie a), jeżeli wywiera decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, jak i na istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej. Kontrolę tę może sprawować także inna osoba prawna, która

⁷ Zob. orzeczenia TS w sprawach: C-107/98 *Teckal Srl v. Comune di Viano i Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, Zb. Orz. 1999, s. I-8121, pkt 50; C-26/03 *Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH v. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, Zb. Orz. 2005, s. I-1, pkt 49; C-386/11 *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG v. Kreis Düren*; wyrok TK z 13 czerwca 2013 r., pkt 34, niepubl.

sama jest kontrolowana w ten sam sposób przez instytucję zamawiającą (art. 17 ust. 1 dyrektywy 2014/23; art. 12 ust. 1 dyrektywy 2014/24; art. 28 ust. 1 dyrektywy 2014/25).

Zakresem omawianego tutaj wyjątku (a tym samym zakresem wyłączenia z przepisów nowych dyrektyw) są również objęte przypadki, gdy dana instytucja zamawiająca udziela zamówienia osobie prawa publicznego lub prywatnego, której nie kontroluje – w rozumieniu wskazanym wyżej w punkcie a) – w sposób samodzielny, lecz którą kontroluje (w powyższym rozumieniu) wspólnie (razem) z innymi instytucjami zamawiającymi, z zastrzeżeniem, że owa wspólna kontrola ze strony instytucji zamawiających musi wówczas posiadać określone dodatkowe cechy konstytutywne, np. w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej muszą wchodzić przedstawiciele wszystkich uczestniczących instytucji zamawiających oraz kontrolowana osoba prawna nie może działać w interesie sprzecznym z interesami instytucji zamawiających sprawujących nad nią kontrolę (art. 17 ust. 3 dyrektywy 2014/23; art. 12 ust. 3 dyrektywy 2014/24; art. 28 ust. 3 dyrektywy 2014/25).

Kolejne wyłączenie przewidziane w nowych dyrektywach dotyczy tzw. współpracy publiczno-publicznej. W myśl przepisów dyrektyw ustanawiających tego rodzaju wyłączenie, umowa zawarta wyłącznie między dwiema lub więcej instytucjami zamawiającymi wykracza poza zakres stosowania omawianych dyrektyw, jeżeli spełnione są kumulatywnie następujące warunki: a) umowa ustanawia lub wdraża współpracę między uczestniczącymi instytucjami zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które muszą one wykonać, z myślą o realizacji celów, które im wspólnie przyświecają, b) wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym, oraz c) uczestniczące instytucje zamawiające wykonują na otwartym rynku mniej niż 20% działalności będących przedmiotem współpracy (art. 17 ust. 4 dyrektywy 2014/23; art. 12 ust. 4 dyrektywy 2014/24; art. 28 ust. 4 dyrektywy 2014/25). Obecnie wspomniane wyłączenie dotyczące współpracy publiczno-publicznej funkcjonuje jedynie na podstawie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości⁸.

Ponadto należy zastrzec, że zdecydowana większość wyłączeń unormowanych obecnie w dyrektywach 2004/17/WE i 2004/18/WE jest w trzech nowych dyrektywach nadal utrzymana (zachowana), z tym że niektóre z tych wyłączeń uzyskują w tych dyrektywach nieco zmieniony kształt legislacyjny i są w określony sposób doprecyzowane lub kwalifikowane (np. zamówienia publiczne udzielane i konkursy organizowane zgodnie z przepisami międzynarodowymi – art. 22 dyrektywy 2004/17 i art. 15 dyrektywy 2004/18 v. art. 10 ust. 4 dyrektywy 2014/23, art. 9 dyrektywy 2014/24, art. 20 dyrektywy 2014/25; zamówienia

⁸ Zob. orzeczenie TS w sprawie C-480/06 *Komisja v. Niemcy*, Zb. Orz. 2009, s. I-4747, pkt 33.

wienia publiczne obejmujące aspekty obronności lub bezpieczeństwa – art. 10 dyrektywy 2004/18 v. art. 10 ust. 5–7 dyrektywy 2014/23, art. 15–17 dyrektywy 2014/24, art. 24–27 dyrektywy 2014/25).

Progi unijne

W nowych unijnych dyrektywach zachowana została istniejąca również *de lege lata* reguła, zgodnie z którą przepisy regulujące udzielanie zamówień publicznych zawarte w unijnych dyrektywach powinny być stosowane (i aktualizują się) jedynie wobec takich zamówień publicznych, których wartość przekracza określone kwotowo progi. Są one zróżnicowane w zależności od tego, czy chodzi o zamówienia klasyczne, czy też o zamówienia sektorowe, a ponadto wykazują też zróżnicowanie w odniesieniu do zamówień na roboty budowlane (z jednej strony) oraz zamówień na dostawy i usługi (z drugiej strony). Odmienne są wreszcie progi dla zamówień publicznych udzielanych przez instytucje zamawiające ze szczebla centralnego oraz dla zamówień udzielanych przez pozostałe instytucje zamawiające. Progi unijne nie mają przy tym charakteru stałego i niezmiennego, gdyż co dwa lata podlegają one obowiązkowej weryfikacji oraz ewentualnej (tj. w razie konieczności) rewizji dokonywanej przez Komisję Europejską. Jak pokazuje wieloletnia już praktyka, Komisja, nowelizując w ramach uproszczonej procedury legislacyjnej przepisy unijnych dyrektyw o zamówieniach publicznych w zakresie omawianych progów kwotowych, dokonuje stałego i systematycznego obniżania tychże progów. Prowadzi to w rezultacie do postępującego rozszerzania zakresu zastosowania unijnych dyrektyw o zamówieniach publicznych.

W nowych dyrektywach 2014/24/UE i 2014/25/UE utrzymano instytucję progów kwotowych oraz podtrzymano upoważnienie dla Komisji Europejskiej do dokonywania co dwa lata obowiązkowej weryfikacji i ewentualnej korekty tychże progów. Należy przy tym zauważyć, że progi kwotowe określone w tym względzie w przepisach dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/UE odpowiadają nominalnie tym progom kwotowym, które obowiązują obecnie w Unii Europejskiej od 1 stycznia 2014 r. W dniu 1 stycznia 2014 r. weszła bowiem w życie najnowsza korekta omawianych progów, dokonana rozporządzeniem Komisji (UE) nr 1336/2013 z 13 grudnia 2013 r. zmieniającym dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień (Dz.Urz. UE L 335 z 2013 r., s.17; dalej: rozporządzenie 1336/2013).

W nawiązaniu do przepisów rozporządzenia 1336/2013 w nowych unijnych dyrektywach zamówieniowych ustalono następujące wartości progów unijnych. W dyrektywie 2014/24/UE w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane próg unijny wynosi 5 186 000 euro. W odniesieniu

do zamówień publicznych na dostawy i usługi próg unijny wynosi na gruncie dyrektywy 2014/24/UE: a) 134 000 euro w wypadku zamówień publicznych na dostawy i usługi udzielanych przez instytucje administracji centralnej i konkursów organizowanych przez te instytucje; b) 207 000 euro w wypadku zamówień publicznych na dostawy i usługi udzielanych przez instytucje zamawiające poniżej szczebla centralnego i konkursów organizowanych przez te instytucje. W wypadku zamówień publicznych na usługi społeczne i inne szczególne usługi wymienione w załączniku XIV do dyrektywy 2014/24/UE próg ten wynosi 750 000 euro (art. 4 dyrektywy).

W dyrektywie 2014/25/UE progi kwotowe wynoszą: a) 414 000 euro w wypadku zamówień na dostawy i usługi oraz konkursów; b) 5 186 000 euro w wypadku zamówień na roboty budowlane; c) 1 000 000 euro w wypadku zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi wymienione w załączniku XVII (art. 15 dyrektywy).

Wreszcie w nowej dyrektywie koncesyjnej ustalono jeden wspólny próg kwotowy dla koncesji, który wynosi 5 186 000 euro (art. 8 ust. 1 dyrektywy 2014/23).

Należy przy tym zaznaczyć, że nowe dyrektywy unijne w sposób o wiele bardziej szczegółowy niż dyrektywy obecnie obowiązujące określają metody obliczania szacunkowej wartości zamówień publicznych (zob. art. 9 dyrektywy 2004/18 oraz art. 17 dyrektywy 2004/17 *versus* art. 5 dyrektywy 2014/24; art. 16 dyrektywy 2014/25; art. 8 ust. 2–6 dyrektywy 2014/23).

Ogólne zasady udzielania zamówień

Zarówno w obecnie obowiązujących dyrektywach 2004/17/WEW i 2004/18/WE, jak też nowych dyrektywach 2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE przewiduje się pewne ogólne „zasady udzielania zamówień”, rozumiane jako rudymtarne idee przewodnie postępowań zamówieniowych, niejako wyciągnięte przed nawias przepisów bardziej szczegółowych i mające wpływać na wykładnię i stosowanie tychże przepisów szczegółowych⁹. W dyrektywach 2004/17/WE i 2004/18/WE mowa jest w tym kontekście o takich zasadach, jak: równość, niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz przejrzystość (art. 2 dyrektywy 2004/18 oraz art. 10 dyrektywy 2004/17). Nowe dyrektywy są w tym względzie bardziej rozbudowane, gdyż poza zasadami wyżej wymienionymi nakazuje się w nich instytucjom zamawiającym dodatkowo przestrzegać zasady proporcjonalności (skądinąd i tak będącej ogólną zasadą prawa unijnego), a ponadto precyzuje, że zamówień nie organizuje się w sposób mający

⁹ Por. A. Panasiuk, *System zamówień publicznych. Zarys wykładu*, Warszawa 2013, s. 94 i n.

na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania danej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Tego rodzaju wyraźna stypulacja podnosi obowiązek zapewniania konkurencji do rangi ogólnych zasad udzielania zamówień, przy czym w nowych dyrektywach uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców (art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24; art. 36 ust. 1 dyrektywy 2014/25; art. 3 ust. 1 dyrektywy 2014/23). Można zasadnie oczekiwać, że tego rodzaju bardziej rozbudowana regulacja zasady konkurencji pomoże w identyfikowaniu oraz eliminowaniu szczególnie niepożądanych praktyk antykonkurencyjnych ze strony instytucji zamawiających, faworyzujących lub defaworyzujących wybranych wykonawców.

Warto zaznaczyć, że pewnym nowym instrumentem mającym służyć faktycznemu urzeczywistnieniu ogólnych zasad równości i konkurencji – na który to instrument kładziono w toku prac nad nowymi dyrektywami szczególnie mocny nacisk – są przepisy mówiące o konflikcie interesów. W myśl przepisów nowych dyrektyw państwa członkowskie zapewniają podjęcie przez instytucje zamawiające odpowiednich środków, by skutecznie zapobiegać konfliktom interesów, a także, by rozpoznawać i likwidować te konflikty, gdy powstają w związku z prowadzeniem postępowań o udzielenie zamówień. Celem tego rodzaju działań jest niedopuszczenie do ewentualnego zakłócenia konkurencji i zapewnienie równego traktowania wszystkich wykonawców. Przy czym pojęcie konfliktu interesów obejmuje każdą sytuację, w której członekowie personelu instytucji zamawiającej lub dostawcy usług w zakresie obsługi zamówień działającego w imieniu instytucji zamawiającej, biorący udział w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia lub mogący wpłynąć na wynik tego postępowania, mają, bezpośrednio lub pośrednio, interes finansowy, ekonomiczny lub inny interes osobisty, który postrzegać można jako zagrażający ich bezstronności i niezależności w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia (art. 24 dyrektywy 2014/24; art. 42 dyrektywy 2014/25; art. 35 dyrektywy 2014/23).

Rangę ogólnej zasady udzielania zamówień uzyskuje też powinność podejmowania przez państwa członkowskie stosownych środków służących zapewnieniu, by realizując zamówienia publiczne, wykonawcy przestrzegali obowiązujące w tym zakresie unormowania prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy wymienionych w stosownym załączniku do dyrektyw (art. 18 ust. 2 dyrektywy 2014/24; art. 36 ust. 2 dyrektywy 2014/25). Powinności przestrzegania przez wykonawców wspomnianych wyżej obowiązków nie należy mylić z obowiązkiem przestrzegania przez wykonawców szczególnych warunków

realizacji zamówień określanych przez instytucje zamawiające, które to szczególne warunki – zarówno na gruncie obecnie obowiązujących, jak też nowych dyrektyw – również mogą obejmować aspekty gospodarcze, związane z innowacyjnością, środowiskowe, społeczne lub związane z zatrudnieniem (art. 70 dyrektywy 2014/24; art. 87 dyrektywy 2014/25; art. 38 dyrektywy 2004/17; art. 26 dyrektywy 2004/18).

Procedury udzielania zamówień

W odniesieniu do procedur udzielania zamówień publicznych – nazywanych w polskim prawie „trybami” udzielania zamówień – w nowych dyrektywach przewidziano dość znaczne zmiany w porównaniu z unormowaniami dyrektyw z 2004 r. Przede wszystkim w nowych dyrektywach regulowano bardzo szczegółowo procedurę konkurencyjną z negocjacjami (lub po prostu procedurę negocjacyjną), podczas gdy dyrektywy z 2004 r. aż tak rozbudowanej regulacji procedury negocjacyjnej nie zawierają, określając w miarę szczegółowo jedynie przypadki (sytuacje), w których zastosowanie takiej procedury (z uprzednim ogłoszeniem lub bez) jest prawnie dozwolone. W nowych dyrektywach stanowi się w tym kontekście, że w procedurze konkurencyjnej z negocjacjami każdy wykonawca – w odpowiedzi na zaproszenie do ubiegania się o zamówienie zawierające stosowne informacje – może złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału, przedstawiając informacje na potrzeby kwalifikacji podmiotowej wymagane przez instytucję zamawiającą. Tylko wykonawcy zaproszeni przez instytucję zamawiającą, po dokonaniu przez nią oceny dostarczonych przez wykonawcę informacji, mogą składać wstępne oferty stanowiące podstawę późniejszych negocjacji. Instytucje zamawiające mogą ograniczyć liczbę odpowiednich kandydatów, których zaproszą do udziału w postępowaniu. Instytucje zamawiające negocjują z oferentami wstępne i wszystkie późniejsze złożone przez nich oferty, z wyjątkiem ofert ostatecznych, w celu ulepszenia ich treści. Nie podlegają negocjacom minimalne wymogi i kryteria udzielenia zamówienia. Podczas negocjacji instytucje zamawiające zapewniają równe traktowanie wszystkich oferentów. W tym celu nie udzielają one informacji w sposób dyskryminacyjny, który może zapewnić niektórym oferentom przewagę nad innymi oferentami. Instytucje zamawiające nie ujawniają pozostałym uczestnikom informacji poufnych udzielanych przez kandydata lub oferenta biorących udział w negocjacjach, bez ich zgody. Procedura konkurencyjna z negocjacjami może zostać podzielona na kolejne etapy w celu ograniczenia liczby ofert będących przedmiotem negocjacji przez zastosowanie kryteriów udzielenia zamówienia wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu, w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania lub w innym dokumencie zamówienia. W ogłoszeniu o zamówieniu, w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania lub w innym

dokumencie zamówienia instytucja zamawiająca wskazuje, czy skorzysta z takiego rozwiązania. Gdy instytucja zamawiająca zamierza zakończyć negocjacje, informuje o tym pozostałych oferentów oraz wyznacza wspólny termin składania nowych lub zmienionych ofert. Instytucja zamawiająca sprawdza, czy ostateczne oferty spełniają minimalne wymogi, ocenia ostateczne oferty na podstawie kryteriów udzielenia zamówienia i udziela zamówienia (art. 29 dyrektywy 2014/24; art. 47 dyrektywy 2014/25).

Należy zaznaczyć, że opisana procedura negocjacyjna może być procedurą z uprzednią publikacją lub też bez uprzedniej publikacji, przy czym dopuszczalność zastosowania procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji jest dość ściśle limitowana (art. 32 dyrektywy 2014/24; art. 50 dyrektywy 2014/25).

Całkowicie nową procedurą udzielania zamówień publicznych jest na gruncie nowych dyrektyw partnerstwo innowacyjne. Celem partnerstwa innowacyjnego jest opracowanie innowacyjnego produktu, usługi lub robót budowlanych oraz późniejszy zakup dostaw, usług lub robót budowlanych będących wynikiem tych prac, pod warunkiem że odpowiadają one poziomom wydajności i maksymalnym kosztom uzgodnionym między instytucjami zamawiającymi a uczestnikami. Organizacja partnerstwa innowacyjnego obejmuje kolejne etapy zgodnie z kolejnością kroków w procesie badawczo-innowacyjnym, które mogą obejmować wytworzenie produktów, świadczenie usług lub ukończenie robót budowlanych. W ramach partnerstwa innowacyjnego ustala się cele pośrednie, które mają osiągnąć partnerzy, oraz przewiduje się wypłatę wynagrodzenia w odpowiednich ratach (art. 31 ust. 2 dyrektywy 2014/24; art. 49 ust. 2 dyrektywy 2014/25).

W partnerstwie innowacyjnym każdy wykonawca może złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, przedstawiając informacje na potrzeby kwalifikacji podmiotowej wymagane przez instytucję zamawiającą. W dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca określa zapotrzebowanie na innowacyjny produkt, usługę lub roboty budowlane, które nie mogą zostać zaspokojone przez zakup produktów, usług lub robót budowlanych już dostępnych na rynku. Przedstawione informacje muszą być wystarczająco precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie charakteru i zakresu wymaganego rozwiązania oraz podjęcie decyzji co do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (art. 31 ust. 1 akapit 1 i 2 dyrektywy 2014/24; art. 49 ust. 1 akapit 1 i 2 dyrektywy 2014/25). Podczas kwalifikacji podmiotowej kandydatów instytucje zamawiające stosują w szczególności kryteria dotyczące zdolności kandydatów w zakresie badań i rozwoju oraz opracowywania i wdrażania innowacyjnych rozwiązań. Tylko wykonawcy zaproszeni przez instytucję zamawiającą, po dokonaniu przez nią oceny wymaganych informacji, mogą przedkładać projekty badawcze i innowacyjne mające na celu zaspokojenie potrzeb określonych przez instytucję zamawiającą, które nie mogą zostać zaspokojone przez istniejące rozwiązania

(art. 31 ust. 6 dyrektywy 2014/24; art. 49 ust. 6 dyrektywy 2014/25). Tak więc w omawianym postępowaniu mogą uczestniczyć tylko wykonawcy zaproszeni przez instytucję zamawiającą po dokonaniu przez nią oceny dostarczonych informacji. Instytucje zamawiające mogą ograniczyć liczbę odpowiednich kandydatów, których zaproszą do udziału w postępowaniu (art. art. 31 ust. 1 akapit 4 dyrektywy 2014/24; art. 49 ust. 1 akapit 4 dyrektywy 2014/25). Instytucje zamawiające negocjują z oferentami wstępne i wszystkie późniejsze złożone przez nich oferty, z wyjątkiem ostatecznych ofert, w celu ulepszenia ich treści (art. 31 ust. 3 dyrektywy 2014/24; art. 49 ust. 3 dyrektywy 2014/25). Zamówienia udziela się wyłącznie na podstawie kryterium oferty o najlepszej relacji jakości do ceny (art. art. 31 ust. 1 akapit 4 dyrektywy 2014/24; art. 49 ust. 1 akapit 4 dyrektywy 2014/25).

Instytucja zamawiająca zapewnia, by struktura partnerstwa oraz w szczególności czas trwania i wartość poszczególnych etapów odzwierciedlały stopień innowacyjności proponowanego rozwiązania i kolejność działań badawczo-innowacyjnych niezbędnych do opracowania innowacyjnego rozwiązania niedostępnego jeszcze na rynku (art. 31 ust. 7 dyrektywy 2014/24; art. 49 ust. 7 dyrektywy 2014/25).

Reguły komunikacji i wymiany informacji

W nowych dyrektywach zamówieniowych (2014/24 i 2014/25) prawodawca unijny wyszedł z założenia, że elektroniczne środki informacji i komunikacji powinny stać się standardowymi środkami komunikacji i wymiany informacji w postępowaniach o udzielanie zamówień, gdyż środki tego rodzaju mogą poprawić skuteczność i przejrzystość procesu udzielania zamówień, a ponadto znacznie zwiększają możliwości udziału wykonawców w postępowaniach o udzielanie zamówień na całym rynku wewnętrznym. W związku z tym w nowych dyrektywach stanowi się, że wszelka komunikacja i wymiana informacji odbywająca się na mocy tych dyrektyw, w szczególności elektroniczne składanie ofert, przeprowadzane są z wykorzystaniem elektronicznych środków komunikacji. Narzędzia i urządzenia wykorzystywane do celów komunikacji za pomocą środków elektronicznych, jak również ich właściwości techniczne, muszą być niedyskryminujące, ogólnie dostępne i interoperacyjne z produktami ICT będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogą ograniczać dostępu wykonawców do postępowania o udzielenie zamówienia. W nowych dyrektywach określa się przy tym (wyjątkowe) przypadki, w których instytucje zamawiające mogą odstąpić od wymogu stosowania elektronicznych środków komunikacji przy składaniu ofert oraz dozwala się na stosowanie komunikacji ustnej w odniesieniu do przekazywania informacji dotyczących innych niż istotne elementów postępowania o udzielenie zamówienia, o ile treść komuni-

katów ustnych jest w dostatecznym stopniu udokumentowana (art. 22 ust. 1 i 2 dyrektywy 2014/24; art. 40 ust. 1 i 2 dyrektywy 2014/25).

Nieco większa swoboda w zakresie wyboru środków komunikacji jest przewidziana w dyrektywie koncesyjnej, choć i w tym wypadku określone są konkretne rodzaje czynności, które muszą być obligatoryjnie dokonane za pomocą środków komunikacji elektronicznej (art. 29 w związku z art. 33 ust. 2 i art. 34 dyrektywy 2014/23).

Techniki i instrumenty w zakresie zamówień zagregowanych

Wyraźnie współcześnie dostrzegalną tendencją na rynkach zamówień publicznych jest agregacja zamówień publicznych (czy też agregacja zapotrzebowania przez publicznych nabywców), dokonywana przez koncentrację zakupów pod względem liczby zaangażowanych instytucji zamawiających bądź liczby i wartości zamówień w czasie. Celem tego rodzaju agregacji jest uzyskanie ekonomii skali, w tym niższych cen i kosztów transakcyjnych, oraz poprawa i profesjonalizacja zarządzania zamówieniami publicznymi. Podstawowymi technikami agregacji zamówień publicznych są umowy ramowe, dynamiczne systemy zakupów, scentralizowane działania zakupowe oraz okazjonalne wspólne udzielanie zamówień. W nowych dyrektywach zamówieniowych poświęcono tym technikom wiele uwagi (zob. rozdział II w tytule II dyrektywy 2014/24; rozdział II w tytule II dyrektywy 2014/25).

W odniesieniu do agregacji dokonywanej za pomocą umów ramowych ważną nowością normatywną jest zastrzeżenie, że umów ramowych nie powinny stosować instytucje zamawiające niezidentyfikowane w takiej umowie. W związku z tym instytucje zamawiające będące stronami konkretnej umowy ramowej powinny być od początku wyraźnie wskazane przez nazwę lub inaczej, tak aby można było te instytucje zamawiające łatwo i jednoznacznie zidentyfikować. Podobnie też nowi wykonawcy nie powinni mieć możliwości przystąpienia do umowy ramowej po jej zawarciu (art. 33 ust. 2 dyrektywy 2014/24). Ważne jest również w tym kontekście zastrzeżenie, że w wyjątkowych i należyście uzasadnionych przypadkach okres obowiązywania umów ramowych może być dłuższy niż 4 lata (w zamówieniach klasycznych – 33 ust. 1 art. dyrektywy 2014/24) lub dłuższy niż 8 lat (w zamówieniach sektorowych – art. 51 ust. 1 dyrektywy 2014/25).

W odniesieniu do agregacji dokonywanej za pomocą dynamicznych systemów zakupów istotną nowością normatywną jest uproszczenie tych systemów, w szczególności przez ich realizację w drodze procedury ograniczonej (art. 34 ust. 2 dyrektywy 2014/24, art. 52 ust. 2 dyrektywy 2014/25). Eliminuje się w ten sposób konieczność składania ofert orientacyjnych, powszechnie uznawanych za jedno z głównych obciążeń związanych z dynamicznymi systemami zaku-

pów. W rezultacie każdy wykonawca, który złoży wniosek o dopuszczenie do udziału i który spełnia kryteria kwalifikacji, powinien mieć możliwość udziału w postępowaniach o udzielanie zamówień prowadzonych na podstawie dynamicznego systemu zakupów w okresie jego ważności.

W odniesieniu do agregacji dokonywanej za pomocą scentralizowanych działań zakupowych w nowych dyrektywach przewidziano unijną definicję centralnych jednostek zakupujących przeznaczonych na potrzeby instytucji zamawiających oraz sprecyzowano, że centralne jednostki zakupujące działają w dwojaki sposób. Po pierwsze, centralne jednostki zakupujące powinny mieć możliwość działania jako hurtownicy, kupując, przechowując i odsprzedając (dostawy, usługi). Po drugie, centralne jednostki zakupujące powinny mieć możliwość działania jako pośrednicy, udzielając zamówień, obsługując dynamiczne systemy zakupów lub zawierając umowy ramowe, które zostaną wykorzystane przez instytucje zamawiające (art. 2 ust. 1 pkt 14 i 16 dyrektywy 2014/24; art. 2 pkt 10 i 12 dyrektywy 2014/25).

Unormowania nowych dyrektyw istotnie ułatwiają również proces wspólnego udzielania zamówień publicznych przez instytucje zamawiające pochodzące z różnych państw członkowskich (art. 39 dyrektywy 2014/24; art. 57 dyrektywy 2014/25).

Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

W nowych dyrektywach zamówieniowych przewidziano wiele nowych rozwiązań, które mają mieć zastosowanie na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym kontekście warto wspomnieć chociażby o instytucji wstępnych konsultacji rynkowych, które instytucje zamawiające mogą przeprowadzić przed rozpoczęciem postępowania o udzielenie zamówienia. Celem tych konsultacji ma być przygotowanie zamówienia i poinformowanie wykonawców o swoich planach i wymaganiach dotyczących zamówienia (art. 40 dyrektywy 2014/24; art. 58 dyrektywy 2014/25).

W związku z działaniami podejmowanymi na etapie przygotowania postępowania ważny jest również obowiązek zagwarantowania przez instytucje zamawiające, że nie będzie zakłócał konkurencji udział w postępowaniu takiego kandydata lub oferenta, który wcześniej był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, np. doradzał w tym zakresie instytucji zamawiającej (art. 41 dyrektywy 2014/24; art. 59 dyrektywy 2014/25).

Jeśli chodzi o sporządzane przez instytucje zamawiające – właśnie na etapie przygotowania postępowania – specyfikacje techniczne, to w dyrektywach zamówieniowych wprowadza się nową regułę, zgodnie z którą określane w specyfikacjach technicznych wymagane cechy robót budowlanych, usług lub do-

staw mogą się również odnosić do określonego procesu lub metody produkcji lub realizacji wymaganych robót budowlanych, dostaw lub usług, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz są proporcjonalne do jego wartości i celów (art. 42 ust. 1 dyrektywy 2014/24; art. 60 ust. 1 dyrektywy 2014/25).

Nowością są również przepisy o etykietach, które na gruncie dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/UE mają mieć znacznie szerszy zakres zastosowania niż ekoetykiety, o których jest mowa w obecnie obowiązujących dyrektywach, gdzie przypisuje się tym ekoetykiatom funkcję poświadczania spełniania określonych wymagań w zakresie oddziaływania na środowisko ustalonych w specyfikacjach technicznych (zob. art. 23 ust. 6 dyrektywy 2004/18, art. 34 ust. 6 dyrektywy 2004/17). Etykiety unormowane w nowych dyrektywach mają być natomiast środkiem dowodowym na to, że roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagane szczególne cechy środowiskowe, społeczne lub wszelkie inne, ustalone przez instytucje zamawiające w specyfikacjach technicznych, w kryteriach udzielenia zamówienia lub w warunkach realizacji zamówienia (art. 43 dyrektywy 2014/24; art. art. 61 dyrektywy 2014/25).

W przeciwieństwie do dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE, nowe dyrektywy zawierają bardzo szczegółowe przepisy dotyczące podziału zamówień publicznych na części. Celem tych przepisów jest przede wszystkim ułatwienie dostępu do zamówień publicznych małym i średnim przedsiębiorstwom (MŚP), z natury rzeczy mającym mniejsze szanse konkurencyjne w wypadku zamówień bardzo dużych. W myśl nowych przepisów instytucje zamawiające mogą postanowić o udzieleniu zamówienia w oddzielnych częściach; mogą też określić wielkość i przedmiot takich części (art. 46 ust. 1 dyrektywy 2014/24; art. 65 ust. 1 dyrektywy 2014/25). W nowych dyrektywach wyjaśnia się przy tym, że wielkość i przedmiot poszczególnych części zamówienia powinny być dowolnie określane przez instytucję zamawiającą, która zgodnie z odpowiednimi przepisami o obliczaniu szacunkowej wartości zamówienia, powinna także mieć prawo do tego, by udzielić niektórych z tych części zamówienia bez stosowania omawianych dyrektyw. Instytucja zamawiająca powinna mieć obowiązek rozważenia celowości podziału zamówień na części, jednocześnie zachowując swobodę autonomicznego podejmowania decyzji na każdej podstawie, jaką uzna za stosowną, nie podlegając nadzorowi administracyjnemu ani sądowemu (pkt 78 preambuły do dyrektywy 2014/24; pkt 87 preambuły do dyrektywy 2014/25).

Na gruncie nowych dyrektyw bardziej elastyczne są przepisy o wyznaczeniu przez instytucje zamawiające terminów na dokonanie przez wykonawców określonych czynności. W szczególności w dyrektywach stanowi się, że instytucje zamawiające przedłużają terminy składania ofert, tak aby każdy zainteresowany wykonawca mógł zapoznać się z wszystkimi informacjami niezbędnymi

do sporządzenia ofert w następujących przypadkach: a) gdy – niezależnie od przyczyny – dodatkowe informacje, o które wystąpił wykonawca w odpowiednim terminie, nie zostały dostarczone najpóźniej sześć dni przed upływem terminu przewidzianego na składanie ofert, b) gdy w dokumentach zamówienia wprowadzono istotne zmiany. Przedłużenie to musi być proporcjonalne do znaczenia takich informacji lub zmian (art. 47 ust. 3 dyrektywy 2014/24; art. 66 ust. 3 dyrektywy 2014/25).

W nowych dyrektywach zamówieniowych prawodawca unijny podzielił pogląd, że zbyt surowe wymogi w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawców, wymagane na etapie kwalifikacji wstępnej, często stanowią nieuzasadnioną przeszkodę dla udziału MŚP w zamówieniach publicznych. Wszelkie takie wymogi powinny być zatem związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego. W szczególności instytucjom zamawiającym nie należy zezwalać na wymaganie od wykonawców obrotu minimalnego, który byłby nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Wymóg ten, o ile stosowany, nie powinien zwykle przekraczać dwukrotnej wysokości szacunkowej wartości zamówienia. Jedynie w odpowiednio uzasadnionych przypadkach powinna istnieć możliwość stosowania w tym zakresie wymogów bardziej zastrzonych (art. 58 ust. 3 dyrektywy 2014/24, art. 80 ust. 2 dyrektywy 2014/25 w związku z art. 58 ust. 3 dyrektywy 2014/24).

Ponieważ wielu wykonawców, zwłaszcza MŚP, uważa, że jedną z głównych przeszkód dla ich uczestnictwa w zamówieniach publicznych są obciążenia administracyjne, wynikające z konieczności przedstawienia znacznej liczby zaświadczeń lub innych dokumentów dotyczących kryteriów wykluczenia i kwalifikacji, w nowych dyrektywach zamówieniowych podjęto próbę ograniczenia takich wymogów. Przejawem tego jest instytucja jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia obejmującego zaktualizowane oświadczenie własne jako dowód wstępny zastępujący zaświadczenia wydawane przez organy publiczne lub osoby trzecie na potwierdzenie, że dany wykonawca spełnia określone warunki. Jednolity europejski dokument zamówienia obejmuje formalne oświadczenie wykonawcy, stwierdzające, że odpowiednia podstawa wykluczenia nie ma zastosowania lub że odpowiednie kryterium kwalifikacji jest spełnione, a także zawiera istotne informacje wymagane przez instytucję zamawiającą. Ponadto jednolity europejski dokument zamówienia określa organ publiczny lub osobę trzecią odpowiedzialną za wystawienie dokumentów potwierdzających i zawiera formalne oświadczenie, z którego wynika, że wykonawca będzie w stanie na żądanie i bez zwłoki przedstawić te dokumenty potwierdzające (art. 59 dyrektywy 2014/24; art. 80 ust. 3 dyrektywy 2014/25 w związku z art. 59 dyrektywy 2014/24). W założeniu ma to w znacznym stopniu uprościć procedurę, z korzyścią zarówno dla instytucji zamawiających, jak i dla wykonawców.

Kryteria udzielenia zamówienia

W dyrektywach 2014/24/UE i 2014/25/UE wprowadzono wiele nowości normatywnych w odniesieniu do kryteriów udzielenia zamówienia. Przede wszystkim zmieniono stosowaną w tym zakresie na gruncie dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE terminologię. W dyrektywach z 2004 r. kryteriami udzielenia zamówienia są kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie lub kryterium najniższej ceny (art. 53 ust. 1 dyrektywy 2004/18; art. 55 ust. 1 dyrektywy 2004/17). Tymczasem w nowych dyrektywach zamówieniowych używa się pojęcia „oferty najkorzystniejszej ekonomicznie” nie dla oznaczenia jednego z dwóch alternatywnych kryteriów wyboru oferty (tak jak w dyrektywach z 2004 r.), ale to pojęcie traktowane jest jako najbardziej ogólne i nadrzędne w procesie wyboru przez instytucje zamawiające zwycięskiej oferty. W nowych dyrektywach przyjmuje się bowiem słuszne założenie, że wszystkie zwycięskie oferty powinny być ostatecznie wybierane zgodnie z tym, co poszczególne instytucje zamawiające uznają za rozwiązanie najkorzystniejsze ekonomicznie spośród zaoferowanych. W takim układzie również oferta wybrana na podstawie kryterium najniższej ceny powinna być finalnie traktowana jako oferta najkorzystniejsza ekonomicznie. Natomiast odpowiednikiem pojęcia „oferty najkorzystniejszej ekonomicznie” w rozumieniu dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE jest na gruncie nowych dyrektyw zamówieniowych pojęcie oferty zawierającej „najlepszą relację jakości do ceny”.

W związku z tym w nowych dyrektywach zamówieniowych stanowi się, że bez uszczerbku dla krajowych przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych dotyczących cen określonych dostaw lub wynagradzania z tytułu określonych usług, instytucje zamawiające opierają udzielanie zamówień publicznych na ofercie najkorzystniejszej ekonomicznie. Ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej określa się na podstawie ceny lub kosztu, z wykorzystaniem podejścia opartego na efektywności kosztowej, takiego jak rachunek kosztów cyklu życia. Podstawą określenia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie może być najlepsza relacja jakości do ceny, którą szacuje się na podstawie kryteriów obejmujących aspekty jakościowe, środowiskowe lub społeczne związane z przedmiotem danego zamówienia publicznego. Kryteria takie mogą np. obejmować: a) jakość, w tym wartość techniczną, właściwości estetyczne i funkcjonalne, dostępność, projektowanie dla wszystkich użytkowników, cechy społeczne, środowiskowe i innowacyjne, handel i jego warunki; b) organizację, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia, w przypadku gdy właściwości wyznaczonego personelu mogą mieć znaczący wpływ na poziom wykonania zamówienia; lub c) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczną, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji. Państwa członkowskie mogą postanowić, że instytu-

cje zamawiające nie mogą stosować wyłącznie ceny lub wyłącznie kosztu jako jedyne kryterium udzielenia zamówienia, lub ograniczyć ich zastosowanie do określonych kategorii instytucji zamawiających bądź określonych rodzajów zamówień. Kryteria udzielenia zamówienia nie mogą przy tym skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru. Kryteria te zapewniają możliwość efektywnej konkurencji i dołączone są do nich specyfikacje, które umożliwiają skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia. W razie wątpliwości instytucje zamawiające skutecznie weryfikują prawidłowość informacji i dowodów przedstawianych przez oferentów. Instytucja zamawiająca określa w dokumentach zamówienia względną wagę, jaką przypisuje każdemu z kryteriów wybranych do celów ustalenia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, z wyjątkiem sytuacji, gdy najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę określa się wyłącznie na podstawie ceny (art. 67 dyrektywy 2014/24; art. 82 dyrektywy 2014/25).

Ponieważ jednym z kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie może być koszt, z wykorzystaniem podejścia opartego na efektywności kosztowej, takiego jak rachunek kosztów cyklu życia, w nowych dyrektywach unormowano w sposób bardziej szczegółowy problematykę rachunku kosztów cyklu życia. Rachunek taki obejmuje koszty poniesione przez instytucję zamawiającą lub innych użytkowników (takie jak: koszty związane z nabyciem; koszty użytkowania, takie jak zużycie energii i innych zasobów, koszty utrzymania; koszty związane z wycofaniem z eksploatacji, takie jak koszty zbiórki i recyklingu) oraz koszty przypisywane ekologicznym efektom zewnętrznym związane z produktem, usługą lub robotami budowlanymi na przestrzeni ich cyklu życia, o ile ich wartość pieniężną można określić i zweryfikować; takie koszty mogą obejmować koszty emisji gazów cieplarnianych i innych zanieczyszczeń oraz inne koszty łagodzenia zmiany klimatu (art. 68 dyrektywy 2014/24; art. 83 dyrektywy 2014/25).

Realizacja zamówienia publicznego

W nowych dyrektywach zamówieniowych poświęcono wiele miejsca problematyce realizacji zamówienia publicznego. Stanowi to istotny kontrast z dyrektywami z 2004 r., w których przepisów odnoszących się do wykonywania zamówienia właściwie nie ma (z wyjątkiem realizacji koncesji na roboty budowlane oraz przepisów o szczególnych warunkach realizacji zamówienia publicznego, które mogą być ustalone przez instytucje zamawiające).

W tym kontekście nowe dyrektywy zamówieniowe zawierają bardzo szczegółowe przepisy o podwykonawstwie (art. 71 dyrektywy 2014/24; art. 88 dyrektywy 2014/25), o modyfikacji umów w okresie ich obowiązywania (art. 72

dyrektywy 2014/24, art. 89 dyrektywy 2014/25) oraz o rozwiązywaniu umów (art. 73 dyrektywy 2014/24, art. 90 dyrektywy 2014/25).

Ważną nowością w porównaniu z dyrektywami z 2004 r. jest wyraźne zastrzeżenie, że szczególne warunki realizacji zamówienia określone przez instytucje zamawiające (obejmujące aspekty gospodarcze, związane z innowacyjnością, środowiskowe, społeczne lub związane z zatrudnieniem) muszą być powiązane z przedmiotem zamówienia (art. 70 dyrektywy 2014/24, art. 87 dyrektywy 2014/25), a więc nie mogą dotyczyć w szczególności ogólnej polityki (np. socjalnej) realizowanej przez wykonawcę w ramach jego przedsiębiorstwa.

Szczególne reżimy udzielania zamówień

W nowych dyrektywach zamówieniowych przewidziano wiele szczególnych reżimów udzielania zamówień publicznych, odbiegających w pewnym zakresie od reżimu podstawowego. Takie szczególne reżimy obejmują: a) zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi wymienione w załączniku XIV do dyrektywy 2014/24 oraz w załączniku XVII do dyrektywy 2014/25 (art. 74–77 dyrektywy 2014/24, art. 91–94 dyrektywy 2014/25), b) konkursy (art. 78–82 dyrektywy 2014/24; art. 95–98 dyrektywy 2014/25).

Ład administracyjno-regulacyjny

Całkowitą nowością normatywną, jaka się pojawia w dyrektywach 2014/24 i 2014/25, są przepisy o ładzie administracyjno-regulacyjnym w zakresie zamówień publicznych. W tym kontekście w unormowaniach dyrektyw zamówieniowych zawarte jest żądanie w stosunku do państw członkowskich ustanowienia stosownego organu lub organów, których zadaniem ma być monitorowanie rynków zamówień publicznych oraz ich określone nadzorowanie, w tym egzekwowanie wykonania przepisów o zamówieniach publicznych (art. 83 ust. 1 dyrektywy 2014/24, art. 99 ust. 1 dyrektywy 2014/25). Państwa członkowskie zapewniają monitorowanie stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych. Jeżeli organy lub struktury monitorujące stwierdzą z własnej inicjatywy lub po otrzymaniu stosownych informacji konkretne naruszenia lub problemy systemowe, mają prawo zgłosić te problemy krajowym organom kontrolnym, sądom lub trybunałom albo innym odpowiednim organom lub strukturom, takim jak rzecznik praw obywatelskich, parlamenty narodowe lub ich komisje. Wyniki wspomnianych wyżej działań monitorujących są udostępniane publicznie za pomocą odpowiednich kanałów informacji. Wyniki takie udostępnia się także Komisji (art. 83 ust. 2 i 3 dyrektywy 2014/24, art. 99 ust. 2 i 3 dyrektywy 2014/25).

W nowych dyrektywach wprowadzono ponadto obowiązek sporządzania przez instytucje zamawiające indywidualnych sprawozdań dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia, w odniesieniu do każdego zamówienia lub umowy ramowej objętych dyrektywami oraz każdorazowego ustanowienia dynamicznego systemu zakupów. Tego rodzaju pisemne sprawozdania muszą zawierać określone w dyrektywach minimalne elementy (art. 84 dyrektywy 2014/24, art. 100 dyrektywy 2014/25).

W nowych dyrektywach ustanawia się też obligatoryjny system współpracy administracyjnej między państwami członkowskimi oraz między organami tych państw odpowiedzialnymi za monitorowanie rynków zamówień publicznych (art. 86 dyrektywy 2014/24; art. 102 dyrektywy 2014/25).