

**Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po
modernizacji - nowe unijne dyrektywy koordynujące
procedury udzielania zamówień publicznych.**

Urząd Zamówień Publicznych
Warszawa, 2014

Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po modernizacji - nowe unijne dyrektywy koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych.

Redakcja – **Magdalena Olejarz**, Urząd Zamówień Publicznych

Autorzy:

Joanna Czarnecka, Urząd Zamówień Publicznych - rozdział **2.1., 2.5., 3.**

Artur Kowalski, Urząd Zamówień Publicznych - rozdział **2.2., 4.**

Magdalena Olejarz, Urząd Zamówień Publicznych - rozdział **1., 2.8.**

Katarzyna Ołdak-Bułanowska, Urząd Zamówień Publicznych rozdział - **2.9.3, 2.9.4.**

Justyna Pożarowska, Urząd Zamówień Publicznych rozdział - **2.4., 2.9.1.**

Wojciech Pyziak, Urząd Zamówień Publicznych - rozdział **2.6.**

Marcin Skowron, Urząd Zamówień Publicznych - rozdział **2.7., 2.9.2.**

Marta Wosiecka, Urząd Zamówień Publicznych - rozdział **2.3., 2.10.**

Skład, łamanie i druk:

R2 PRINT Michał Adam Rytter
ul. Ofiar Katynia 1
Płock

Wydawca:

Urząd Zamówień Publicznych
www.uzp.gov.pl
e-mail: uzp@uzp.gov.pl

ISBN: 978-83-88686-31-3

© Urząd Zamówień Publicznych

Warszawa, 2014 r.

SPIS TREŚCI

| | |
|---|-----------|
| Wykaz skrótów | 7 |
| 1. Wprowadzenie | 8 |
| 2. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE | 11 |
| 2.1. Zakres zastosowania dyrektywy | 11 |
| 2.1.1. Zakres podmiotowy | 11 |
| 2.1.2. Zakres przedmiotowy | 14 |
| 2.1.3. Progi | 20 |
| 2.1.4. Wyłączenia | 21 |
| 2.2. Zamówienia między podmiotami sektora publicznego | 29 |
| 2.2.1. Zamówienia udzielane podmiotom kontrolowanym | 33 |
| 2.2.2. Zamówienia udzielane przez podmiot kontrolowany kontrolującej go instytucji zamawiającej | 34 |
| 2.2.3. Zamówienia udzielane pomiędzy podmiotami kontrolowanymi przez tę samą instytucję zamawiającą | 35 |
| 2.2.4. Zamówienia udzielane podmiotowi kontrolowanemu wspólnie przez kilka instytucji zamawiających | 36 |
| 2.2.5. Powierzenie zadania w ramach horizontalnej współpracy publiczno-publicznej | 36 |
| 2.3. Procedury udzielania zamówień, zasady publikacji ogłoszeń i terminy | 39 |
| 2.3.1. Procedura otwarta | 39 |
| 2.3.2. Procedura ograniczona | 40 |
| 2.3.3. Procedura konkurencyjna z negocjacjami | 42 |
| 2.3.4. Dialog konkurencyjny | 45 |
| 2.3.5. Partnerstwo innowacyjne | 46 |
| 2.3.6. Procedura negocjacyjna bez uprzedniej publikacji | 48 |
| 2.3.7. Publikacja ogłoszeń | 51 |

| | |
|--|-----|
| 2.3.8. Wstępne ogłoszenie informacyjne | 52 |
| 2.3.9. Ogłoszenie o zamówieniu | 52 |
| 2.3.10. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia | 52 |
| 2.3.11. Terminy | 52 |
| 2.4. Techniki i instrumenty w zakresie zamówień zagregowanych | 56 |
| 2.4.1. Umowy ramowe | 56 |
| 2.4.2. Centralne jednostki zakupujące | 59 |
| 2.4.3. Okazjonalne wspólne udzielanie zamówień | 63 |
| 2.4.4. Wspólne zamówienia transgraniczne | 64 |
| 2.5. Elektronizacja zamówień publicznych | 67 |
| 2.5.1. Zasady dotyczące komunikacji | 67 |
| 2.5.2. Dynamiczne systemy zakupów | 73 |
| 2.5.3. Aukcje elektroniczne | 76 |
| 2.5.4. Katalogi elektroniczne | 80 |
| 2.5.5. Dostępność w formie elektronicznej dokumentów zamówienia | 83 |
| 2.5.6. Internetowe repozytorium zaświadczeń (e-Certis) | 84 |
| 2.6. Zasady dotyczące kwalifikacji wykonawców do udziału w postępowaniu | 85 |
| 2.6.1. Wstęp | 85 |
| 2.6.2. Zasady ogólne | 86 |
| 2.6.3. Wykonawcy | 88 |
| 2.6.4. Przestanki wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego | 90 |
| 2.6.5. Kryteria kwalifikacji podmiotowej wykonawców | 103 |
| 2.6.6. Jednolity europejski dokument zamówienia (ESPD) | 107 |
| 2.6.7. Środki dowodowe | 109 |
| 2.6.8. e-Certis | 112 |
| 2.6.9. Normy zapewnienia jakości i normy zarządzania środowiskowego | 113 |

| | |
|---|------------|
| 2.6.10. Urzędowe wykazy zatwierdzonych wykonawców oraz certyfikacja przez jednostki prawa publicznego lub prywatnego | 114 |
| 2.6.11. Poleganie na zdolności innych podmiotów | 116 |
| 2.7. Udzielenie zamówienia publicznego | 118 |
| 2.7.1. Kryteria udzielania zamówienia | 118 |
| 2.7.2. Rachunek kosztów cyklu życia (ang. life cycle costing) | 126 |
| 2.7.3. Rażąco tanie oferty | 130 |
| 2.8. Realizacja zamówienia | 133 |
| 2.8.1. Warunki realizacji zamówienia | 133 |
| 2.8.2. Podwykonawstwo | 135 |
| 2.8.3. Modyfikacja umów o zamówienie publiczne | 139 |
| 2.8.4. Rozwiązywanie umów o zamówienie publiczne | 144 |
| 2.9. Nowe dyrektywy jako element realizacji celów Strategii Europa 2020 .. | 145 |
| 2.9.1. Instrumenty umożliwiające wsparcie rozwoju innowacji | 145 |
| 2.9.2. Kwestie środowiskowe w zamówieniach publicznych | 161 |
| 2.9.3. Aspekty społeczne w zamówieniach publicznych | 172 |
| 2.9.4. Rozwiązania na rzecz szerszego udziału MŚP w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego | 190 |
| 2.10. Rozwiązania w zakresie tzw. ładu administracyjno-regulacyjnego | 199 |
| 2.10.1. Monitoring | 199 |
| 2.10.2. Sprawozdawczość | 200 |
| 2.10.3. Wsparcie i współpraca | 201 |
| 3. Regulacje szczególne dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE | 203 |
| 3.1. Wprowadzenie | 203 |
| 3.2. Przepisy wspólne | 204 |
| 3.3. Prawa specjalne lub wyłączone | 205 |

| | |
|---|------------|
| 3.4. Zakres przedmiotowy | 207 |
| 3.5. Kwoty progowe | 208 |
| 3.6. Działalność bezpośrednio podlegająca konkurencji | 209 |
| 3.7. Procedury i techniki udzielania zamówień sektorowych | 211 |
| 3.8. Podział zamówienia na części | 213 |
| 4. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji | 214 |
| 4.1. Wprowadzenie | 214 |
| 4.2. Rys historyczny | 215 |
| 4.3. Dyrektywa koncesyjna | 218 |
| 4.3.1. Zakres zastosowania dyrektywy | 219 |
| 4.3.2. Definicja | 221 |
| 4.3.3. Wartość | 224 |
| 4.3.4. Wyłączenia | 225 |
| 4.3.5. Zasady dotyczące udzielania koncesji (zasady ogólne, gwarancje proceduralne) | 226 |
| 4.4. Podsumowanie | 237 |

Wykaz skrótów:

CJZ – centralna jednostka zakupująca

CPV – (ang. Common Procurement Vocabulary) Wspólny Słownik Zamówień

DSZ – dynamiczny system zakupów

dyrektywa klasyczna - dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi

dyrektywa koncesyjna - dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji

dyrektywa obronna - dyrektywa 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE

dyrektywa sektorowa – dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych

Dz. Urz. UE – Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej

MŚP - małe i średnie przedsiębiorstwa

nowa dyrektywa klasyczna, dyrektywa - dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE

nowa dyrektywa sektorowa - dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE

NUTS - klasyfikacja Jednostek Terytorialnych do Celów Statystycznych

TFUE – Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej

Trybunał, Trybunał Sprawiedliwości, TSUE – Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej

TWE - Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską

1. Wprowadzenie

W dniu **28 marca 2014 r.** opublikowane zostały w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej trzy nowe dyrektywy:

- *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady **2014/24/UE** z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE,*
- *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady **2014/25/UE** z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE oraz*
- *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady **2014/23/UE** z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji.¹*

Nowe regulacje wpisują się w realizację celów strategii *Europa 2020 na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu*², do których należą rozwój gospodarki opartej na wiedzy i innowacjach, wspieranie gospodarki niskoemisyjnej, efektywniej korzystającej z zasobów i konkurencyjnej oraz wspieranie gospodarki charakteryzującej się wysokim poziomem zatrudnienia. Zamówienia publiczne są postrzegane w strategii jako jeden z instrumentów rynkowych, które mogą przyczynić się do osiągnięcia wspomnianych celów m.in. poprzez poprawę otoczenia biznesu i warunków wprowadzania innowacji w przedsiębiorstwach, poprzez sprzyjanie szerszemu wykorzystaniu ekologicznych zamówień publicznych, a także poprzez sprzyjanie otwartości rynków i wydajnemu wydatkowaniu środków publicznych.

Jednocześnie, w odniesieniu do koncesji na usługi i roboty budowlane dyrektywy uzupełniają dotychczasowe ramy prawne, które regulowały to zagadnienie w sposób bardzo ograniczony opierając się głównie na zasadach wynikających z Traktatu oraz bardzo ograniczonej liczbie przepisów prawa wtórnego. Uznano, że taki stan rzeczy prowadzi do niepewności prawnej i zakłóceń konkurencji oraz ogranicza dostęp przedsiębiorstw do możliwości gospodarczych związanych z koncesjami. Z tego względu postanowiono uregulować procedury prowadzące do udzielenia koncesji w sposób bardziej szczegółowy, jednocześnie jednak uwzględniający szczególnie charakter tego rodzaju umów.

Reforma europejskiego systemu zamówień publicznych została zapowiedziana już w Komunikacie KE z dnia 13 kwietnia 2011 r. „*Akt o jednolitym rynku: Dwanaście dźwigni na rzecz pobudzenia wzrostu gospodarczego i wzmocnienia zaufania*”³, w którym stała się jednym z działań priorytetowych, zakładającym rewizję i unowocześnienie do końca 2012 r. przepisów zamówień publicznych w celu uelastycznienia procedur udzielania zamówień publicznych oraz umożliwienia lepszego ich wykorzystania do wsparcia pozostałych obszarów polityki. Stosowne

1 Dz. Urz. UE L94 z 28.03.2014, str. 1, 65, i 243.

2 KOM (2010) 2020.

3 KOM (2011) 0206.

wnioski legislacyjne w tym zakresie zostały opublikowane przez KE 20 grudnia 2011 r. Ich opracowanie poprzedzały konsultacje prowadzone przez KE w ramach „Zielonej Księgi w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych – W kierunku zwiększenia skuteczności europejskiego rynku zamówień⁴” a w przypadku dyrektywy koncesyjnej w ramach konsultacji społecznych prowadzonych za pośrednictwem strony internetowej KE.

Nowe dyrektywy zostały zatem przyjęte aby:

- 1) poprawić skuteczność wydatków publicznych, co ma zostać osiągnięte m.in. dzięki uproszczeniu i uelastycznieniu obowiązujących zasad udzielania zamówień publicznych;
- 2) umożliwić lepsze wykorzystanie zamówień przez zamawiających do wspierania wspólnych celów społecznych, takich jak: ochrona środowiska, bardziej efektywne gospodarowanie zasobami i większa efektywność energetyczna, przeciwdziałanie zmianom klimatu, promowanie innowacji, zatrudnienia i włączenia społecznego, a także zapewnić możliwie najlepsze warunki dla świadczenia wysokiej jakości usług publicznych oraz aby
- 3) zapewnić odpowiednie ramy prawne dla udzielania koncesji.

Powyższe oczekiwania dyrektywy realizują m.in. wprowadzając nową procedurę udzielania zamówień, jaką jest partnerstwo innowacyjne, uelastyczniając warunki umożliwiające skorzystanie z procedury konkurencyjnej z negocjacjami (będącej odpowiednikiem obecnej procedury negocjacyjnej z uprzednią publikacją ogłoszenia) oraz dialogu konkurencyjnego, a także wprowadzając pewne nowe możliwości dla tzw. zamawiających poniżej szczebla centralnego czy skracając terminy na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert. Skrócenie minimalnych terminów wiąże się także z inną istotną zmianą wprowadzoną nowymi dyrektywami, a mianowicie z obowiązkowym przejściem na komunikację elektroniczną w zamówieniach publicznych. Zmiany dotyczą również kryteriów oceny ofert, aczkolwiek należy podkreślić, że mimo, iż dyrektywa modyfikuje podejście w tym zakresie, promując zastosowanie pozacenowych kryteriów, a także kładąc nacisk na możliwość uwzględniania kosztów cyklu życia produktu, cena nadal może być jedynym kryterium stosowanym przez zamawiającego, chyba że ta możliwość zostanie ograniczona przez państwo członkowskie.

Nowe regulacje mają też zmniejszyć obciążenia po stronie wykonawców. Z tego względu wprowadzone zostały zmiany m.in. w zasadach dotyczących potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Na mocy nowych przepisów, instytucje zamawiające na potrzeby kwalifikacji do udziału w postępowaniu będą musiały akceptować oświadczenia własne wykonawców, składane w postaci jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, natomiast stosownych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu co do zasady będą mogły wymagać tylko od wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza ekonomicznie. Warto też wskazać na regulacje

4 KOM (2011) 15.

nowe w przepisach unijnych, znane już jednak polskiemu systemowi zamówień publicznych, takie jak: możliwość dokonywania przez instytucje zamawiające płatności bezpośrednich na rzecz podwykonawców, możliwość ograniczenia podwykonawstwa w przypadku kluczowych części zamówienia czy rozwiązania w zakresie eliminowania konfliktu interesów w zamówieniach publicznych.

Dyrektywy zawierają również szereg regulacji umożliwiających uwzględnienie w szerszym stopniu kwestii społecznych w zamówieniach. Rozszerzają zakres tzw. zamówień zastrzeżonych, wprowadzają nowy reżim dla zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi, ale też zawierają przepisy nakładające na państwa członkowskie zobowiązanie do zapewnienia, że wykonawcy przestrzegają podczas realizacji zamówienia obowiązków z zakresu prawa środowiskowego, socjalnego czy prawa pracy określonych w regulacjach unijnych, krajowych, układach zbiorowych lub stosownych umowach międzynarodowych.

Ponadto, nowe regulacje w dużej mierze kodyfikują też dotychczasowe orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w zakresie zamówień publicznych, w szczególności wprowadzając odpowiednie zapisy odnoszące się do tzw. współpracy publiczno-publicznej oraz zasad modyfikacji umów o zamówienie publiczne.

W zakresie koncesji, nowe przepisy w części ogólnej oparte są w znacznym stopniu na przepisach dyrektywy 2014/24/UE i dyrektywy 2014/25/UE, uwzględniając jednak pewne odrębności reżimu koncesyjnego. Jednocześnie, dyrektywa 2014/23/UE pozostawia instytucjom zamawiającym dość duży margines swobody, jeśli chodzi o procedurę prowadzącą do wyboru koncesjonariusza. W tym zakresie zamawiający samodzielnie określa procedurę. Dyrektywa wprowadza w tym zakresie tylko pewne minimalne gwarancje proceduralne, które mają zapewnić przestrzeganie przez zamawiającego zasady przejrzystości, równego traktowania i niedyskryminacji.

Nowe dyrektywy powinny zostać implementowane do prawa krajowego najpóźniej do dnia **18 kwietnia 2016 r.**, natomiast państwa członkowskie mogą przedłużyć ten termin do **18 października 2018 r.** w przypadku przepisów wprowadzających komunikację elektroniczną, przy czym komunikacja elektroniczna w przypadku centralnych jednostek zamawiających powinna stać się obowiązkowa najpóźniej do dnia **18 kwietnia 2017 r.**

2. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE

2.1. Zakres zastosowania dyrektywy

Nowa dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych⁵ podobnie jak uchylana nią dyrektywa 2004/18/WE ustanawia procedury, które mają zastosowanie do udzielania zamówień, spełniających określone warunki, a mianowicie:

- będących zamówieniem publicznym w rozumieniu dyrektywy,
- dotyczących dostaw, usług lub robót budowlanych objętych dyrektywą,
- o wartości przekraczającej określone w dyrektywie progi,
- udzielanych przez podmioty będące instytucjami zamawiającymi w rozumieniu dyrektywy.

Dyrektywa określa także zasady odnoszące się do udzielania tzw. zamówień mieszanych, tj. zamówień zawierających elementy różnych typów zamówień lub elementy objęte różnymi reżimami udzielania zamówień. Wskazuje też rodzaje zamówień, które podlegają wyłączeniu spod procedur w niej określonych.

2.1.1. Zakres podmiotowy

Obowiązkiem stosowania procedur określonych w dyrektywie objęte są podmioty, które spełniają wymagania, wskazane w tejże dyrektywie, konieczne do uznania ich za „instytucje zamawiające”. Należy przy tym podkreślić, że nowa dyrektywa klasyczna nie wprowadziła zmian w stosunku do zakresu podmiotowego określonego w dyrektywie 2004/18/WE. Modyfikacje wprowadzone nową dyrektywą klasyczną mają na celu jedynie doprecyzowanie zastosowanych w niej definicji w oparciu o dotychczasowe orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE, nie prowadzą natomiast do rozszerzenia ani do ograniczenia dotychczasowego zakresu podmiotów objętych regulacjami dotyczącymi zamówień publicznych. Jak podkreślono w motywie 10 nowej dyrektywy klasycznej, terminy „instytucje zamawiające” i „podmioty prawa publicznego” były wielokrotnie analizowane w ramach orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.⁶ Nie zmie-

⁵ Dz. Urz. UE L94 z 28.03.2014, str. 65.

⁶ Zob. orzeczenie z dnia 11 czerwca 2009 r. w sprawie C-300/07 Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik przeciwko AOK Rheinland/Hamburg; ECLI:EU:C:2009:358;
- orzeczenie z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie C-393/06 Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH przeciwko Fernwärme Wien GmbH; ECLI:EU:C:2008:213;
- orzeczenie z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie 337/06 Bayerischer Rundfunk i inni przeciwko GEWA Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH; ECLI:EU:C:2007:786;
- orzeczenie z dnia 13 stycznia 2005 r. w sprawie C-84/03 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Hiszpanii; ECLI:EU:C:2005:14;
- orzeczenie z dnia 8 września 2005 r. w sprawie C-129/04 Espace Trianon SA i Société wallonne de location-financement SA (Sofibail) przeciwko Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi (FOREM); ECLI:EU:C:2005:521;

niając zakresu podmiotowego dyrektywy, w opinii ustawodawcy celowe stało się zatem wprowadzenie pewnej liczby objaśnień przedstawionych w ramach tego orzecznictwa jako kluczowych dla zrozumienia samych definicji.

2.1.1.1. Instytucje zamawiające

Podmioty, do których adresowana jest dyrektywa zostały zdefiniowane w art. 2 ust. 1 pkt 1, zgodnie z którym:

- jako „**instytucje zamawiające**” należy rozumieć państwo, władze regionalne, podmioty prawa publicznego lub związki złożone z co najmniej jednej takiej instytucji lub z co najmniej jednego takiego podmiotu prawa publicznego.

Powyższa definicja nie odbiega od definicji zawartej w dyrektywie 2004/18/WE. W nowych regulacjach doprecyzowano natomiast pojęcie „podmiotu prawa publicznego”, zawierając w preambule odpowiednie objaśnienia uwzględniające główne wnioski z orzecznictwa TSUE.

Podmiotem prawa publicznego będzie zatem podmiot posiadający wszystkie następujące cechy:

- a) utworzony został w konkretnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego;
- b) posiada osobowość prawną oraz
- c) finansowany jest w przeważającej części przez państwo, władze regionalne lub lokalne lub inne podmioty prawa publicznego, bądź jego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych władz lub podmiotów; bądź ponad połowa członków jego organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, władze regionalne lub lokalne lub też przez inne podmioty prawa publicznego.

Przy czym, zgodnie z motywem 10 preambuły dyrektywy, **podmiot, który działa w zwykłych warunkach rynkowych, ma na celu wypracowanie zysku i ponosi straty wynikające z prowadzenia działalności, nie powinien być traktowany jako „podmiot prawa publicznego”, ponieważ potrzeby interesu ogólnego, do zaspokajania których ten podmiot został założony lub zaspokajanie których zostało mu powierzony jako zadanie, można uważać za posiadające charakter przemysłowy lub handlowy.** Ponadto, w ślad za orzecznictwem Trybunału sprecyzowano, że termin finansowania „w przeważającej części” oznacza w części większej niż połowa oraz, że finansowanie takie może obejmować wpłaty od użytkowników, które są nakładane, obliczane i ściągane zgodnie z zasadami prawa publicznego⁷.

- orzeczenie z dnia 12 września 2013 r. w sprawie C-526/11 IVD GmbH & Co. KG przeciwko Ärztekammer Westfalen-Lippe; ECLI:EU:C:2013:543.

7 Odnośnie przesłanki dotyczącej finansowania działalności, kontroli zarządzania albo kontroli działalności przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego, por. orzeczenie z dnia 12 września 2013 r. w sprawie C-526/11; ECLI:EU:C:2013:543.

Dyrektywa, dodatkowo, dzieli instytucje zamawiające na instytucje administracji centralnej i instytucje zamawiające poniżej szczebla centralnego. Tego rodzaju podział nie wpływa na dotychczasowy zakres podmiotowy dyrektywy; został wprowadzony przede wszystkim ze względu na nowe możliwości uwzględnione w dyrektywie klasycznej w ślad za Porozumieniem w Sprawie Zamówień Rządowych, przewidziane przede wszystkim dla zamawiających poniżej szczebla centralnego.

Zgodnie z dyrektywą **instytucjami administracji centralnej** są instytucje wymienione w załączniku I do dyrektywy oraz – w przypadku korekt lub zmian dokonanych na poziomie krajowym – podmioty będące ich następcami prawnymi. **Instytucjami zamawiającymi poniżej szczebla centralnego** są natomiast wszystkie instytucje zamawiające, które nie są instytucjami administracji centralnej, a zatem będą to przede wszystkim jednostki samorządu terytorialnego oraz podmioty prawa publicznego.

Dyrektywa precyzuje również znaczenie pojęć: „**władze regionalne**” oraz „**władze lokalne**” zastosowanych w definicji instytucji zamawiającej. Zgodnie z art. 2 ust. 2 dyrektywy władze regionalne obejmują władze wymienione w niewyczerpującym wykazie NUTS 1 i 2, o którym mowa w rozporządzeniu nr 1059/2003⁸ natomiast władze lokalne obejmują wszystkie organy jednostek administracyjnych wchodzących w zakres NUTS 3 oraz mniejsze jednostki administracyjne, o których mowa w ww. rozporządzeniu.

2.1.1.2. Wykonawca, oferent i kandydat

Oprócz instytucji zamawiających, które mają obowiązek stosować przepisy dyrektywy, ma ona wpływ także na inne podmioty, które uczestniczą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i których prawo do ubiegania się o zamówienia w warunkach uczciwej konkurencji mają te przepisy chronić. Dyrektywa, podobnie jak dyrektywa 2004/18/WE, definiuje zatem również pojęcie „wykonawcy”, które oznacza:

- każdą osobę fizyczną lub prawną,
- podmiot publiczny,
- grupę takich osób lub podmiotów (w tym też tymczasowe stowarzyszenie przedsiębiorstw)

które oferują na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług.

Jako „oferenta” dyrektywa rozumie wykonawcę, który złożył ofertę (art. 2 ust. 1 pkt 11), natomiast „kandydat” to wykonawca, który ubiegał się o zaproszenie lub został zaproszony do udziału w procedurze ograniczonej, procedurze konkurencyj-

⁸ Rozporządzenie (WE) nr 1059/2003 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 maja 2003 r. w sprawie ustalenia wspólnej klasyfikacji Jednostek Terytorialnych do Celów Statystycznych (NUTS); Dz. Urz. L 154 z 21.06.2003, s. 1.

nej z negocjacjami, procedurze negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji, dialogu konkurencyjnym lub partnerstwie innowacyjnym (art. 2 ust. 1 pkt 12).

W motywie 14 preambuły dyrektywa tłumaczy, iż **pojęcie „wykonawców” powinno być interpretowane tak szeroko, aby obejmowało wszelkie osoby lub podmioty, które oferują wykonanie robót budowlanych, dostawę produktów lub świadczenie usług, na rynku, niezależnie od formy prawnej, którą te osoby lub podmioty wybrały do celów prowadzenia działalności.** W dalszej części, dyrektywa wyjaśnia, że firmy, oddziały, jednostki zależne, spółki cywilne, spółdzielnie, spółki akcyjne, uniwersytety (zarówno publiczne jak i prywatne) oraz formy podmiotów inne niż osoby fizyczne – powinny być objęte zakresem pojęcia „wykonawca”. Bez znaczenia pozostaje fakt, czy są one „osobami prawnymi” w jakichkolwiek okolicznościach.

Ponadto, odnosząc się do zagadnienia grupy wykonawców, która przyjęła formę **tymczasowego stowarzyszenia**, dyrektywa podkreśla, iż grupa taka może brać udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, bez konieczności przyjmowania określonej formy prawnej. Określona forma prawna może być wymagana, gdy takim grupom udzielono zamówienia i jest to podyktowane innymi regulacjami, np. wymagającymi odpowiedzialności solidarnej.⁹

2.1.2. Zakres przedmiotowy

2.1.2.1. Pojęcie zamówienia publicznego oraz typy zamówień

Dyrektywa 2014/24/UE na potrzeby określenia zakresu przedmiotowego jej regulacji wprowadza pewne modyfikacje w zakresie podstawowych definicji. Jak wyjaśniono w preambule wynika to z konieczności bardziej precyzyjnego zdefiniowania pojęcia zamówień publicznych w kontekście coraz bardziej zróżnicowanych form działań publicznych. Intencją ustawodawcy unijnego nie było rozszerzenie w ten sposób zakresu dyrektywy a jedynie dookreślenie do których z nich będą miały zastosowanie procedury wynikające z dyrektywy.

Nowa dyrektywa definiuje zatem pojęcie „zamówienia” dotychczas niestosowane w dyrektywie 2004/18/WE (która posługiwała się tylko pojęciem „zamówienia publicznego”), ale jednocześnie istotne z punktu widzenia właściwego określenia tych czynności związanych z wydatkowaniem środków publicznych, które wymagają zastosowania procedur zamówień publicznych.

Zamówieniem, w rozumieniu nowej dyrektywy klasycznej będzie zatem nabycie – w drodze zamówienia publicznego – robót budowlanych, dostaw lub usług przez co najmniej jedną instytucję zamawiającą od wykonawców wybranych przez te instytucje zamawiające, niezależnie od tego, czy roboty budowlane, dostawy lub usługi są przeznaczone do celów publicznych¹⁰.

⁹ Por. dyrektywa 2014/24/UE, motyw 15 preambuły.

¹⁰ Zob. ibidem, art. 1 ust. 2.

Powyższa definicja uwzględnia wnioski wynikające z orzecznictwa TSUE¹¹, zgodnie z którym nie każda forma wydatkowania środków publicznych będzie zamówieniem i nie zawsze będzie pociągać za sobą obowiązek stosowania procedur zamówień publicznych.

W pierwszej kolejności definicja odsyła do pojęcia „nabycia” jako istotnego elementu warunkującego uznanie danej formy za zamówienie. Jak wyjaśniono w motywie 4 preambuły do dyrektywy, termin „nabycie” powinien być rozumiany w sposób szeroki, jako uzyskiwanie korzyści z tytułu określonych robót budowlanych, dostaw lub usług, przy czym przeniesienie własności na instytucje zamawiające nie jest warunkiem koniecznym. W tym kontekście zamówieniem nie będzie zatem zwykle finansowanie działalności, zwłaszcza za pomocą dotacji i zwłaszcza jeśli wiąże się z obowiązkiem zwrotu otrzymanych kwot, jeśli nie zostały wykorzystane zgodnie z przeznaczeniem. Elementem koniecznym, który musi wystąpić jest uzyskanie, w zamian za określone wynagrodzenie korzyści w postaci wykonanych robót budowlanych, dostaw lub usług. Przy czym istotny jest też element selekcji. Definicja zawarta w dyrektywie mówi o **wykonawcach, wybranych przez instytucje zamawiające**, zatem z zamówieniem nie będziemy mieć do czynienia w sytuacji, kiedy wszystkie podmioty spełniające określone warunki są uprawnione do wykonania danego zadania, bez przeprowadzenia kwalifikacji. Preambuła jako przykład tego rodzaju przypadków wskazuje systemy oparte na wyborze klienta czy też systemy bonów usługowych. Pojęciem tym nie będzie objęte także świadczenie usług w oparciu o przepisy ustawowe, wykonawcze lub umowy o pracę co może mieć miejsce np. w przypadku pewnych usług administracyjnych i rządowych takich jak usługi wykonawcze i ustawodawcze lub świadczenie pewnych usług na rzecz społeczności (np. wymiar sprawiedliwości, zabezpieczenie społeczne).¹²

Jednocześnie bez znaczenia z punktu widzenia objęcia zakresem pojęcia „zamówienie” jest fakt czy dane roboty budowlane, dostawy lub usługi są nabywane przez instytucję zamawiającą z przeznaczeniem do celów publicznych czy też nie.

Aby jednak dane zamówienie było objęte procedurami wynikającymi z dyrektywy musi jeszcze zostać uznane za „**zamówienie publiczne**” tzn. musi **łącznie spełniać warunki**, które zostały zawarte w art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy. Oznacza to, iż za zamówienia publiczne mogą zostać uznane:

- umowy o charakterze odpłatnym,
- zawierane na piśmie,
- zawierane pomiędzy co najmniej jednym wykonawcą a co najmniej jedną instytucją zamawiającą,
- których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług.

11 Orzeczenie z dnia 18 listopada 2004 r. w sprawie C-126/03 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec; pkt 18; ECLI:EU:C:2004:728;
- orzeczenie z dnia z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG i in. przeciwko Strohal Rotationsdruck GesmbH; pkt 31 i 32; ECLI:EU:C:1998:4.

12 Zob. dyrektywa 2014/24/UE, motyw 5 preambuły oraz art. 2 ust. 6.

Z uwagi na przedmiot zamówienia dyrektywa rozróżnia trzy rodzaje zamówień, mianowicie:

- zamówienia publiczne na roboty budowlane,
- zamówienia publiczne na dostawy oraz
- zamówienia publiczne na usługi.

Zgodnie z regulacją ujętą w art. 2 ust. 1 pkt 6 dyrektywy, „zamówienia publiczne na roboty budowlane” oznaczają zamówienia publiczne, **których przedmiotem jest jedno z następujących działań:**

- wykonanie albo zarówno zaprojektowanie jak i wykonanie robót budowlanych związanych z jednym z rodzajów działalności określonych w załączniku II do dyrektywy;
- wykonanie albo zarówno zaprojektowanie, jak i wykonanie obiektu budowlanego;
- realizacja, za pomocą dowolnych środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą mającą decydujący wpływ na rodzaj lub projekt obiektu.

Jako „**obiekt budowlany**”, dyrektywa rozumie wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samodzielnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną¹³. Jak podkreślono w motywie 9 preambuły, wykonanie obiektu budowlanego spełniającego wymogi określone przez instytucję zamawiającą wymaga uprzedniego podjęcia przez daną instytucję środków służących określeniu rodzaju obiektu lub co najmniej wywarcia przez nią decydującego wpływu na jego projekt. Fakt, czy wykonawca wykonuje całość lub część obiektu budowlanego własnymi środkami, czy też zapewnia ich wykonanie w inny sposób, nie powinien zmienić klasyfikacji danego zamówienia jako zamówienia na roboty budowlane, o ile dany wykonawca przyjmuje bezpośrednio lub pośrednio zobowiązanie, które jest prawnie możliwe do wyegzekwowania, do zapewnienia wykonania danych robót budowlanych.

Ponadto, jak wskazano w motywie 8, **z uwagi na różnorodność zamówień publicznych na roboty budowlane, instytucje zamawiające powinny mieć jednak możliwość oddzielnego lub łącznego udzielania zamówień na zaprojektowanie oraz wykonanie obiektu budowlanego.**

Przez pojęcie „zamówienia publiczne na dostawy”, dyrektywa rozumie zamówienia publiczne, których przedmiotem jest zakup, dzierżawa, najem lub leasing, z opcją lub bez opcji zakupu, produktów. **Zamówienie publiczne na dostawy może obejmować dodatkowo rozmieszczenie i instalację¹⁴.**

¹³ Por. ibidem, art. 2 ust.1 pkt 7.

¹⁴ Por. ibidem, art. 2 ust. 1 pkt 8.

Jako „zamówienia publiczne na usługi” dyrektywa, w art. 2 ust. 1 pkt 9, określa natomiast zamówienia publiczne, których przedmiotem jest świadczenie usług innych niż te o których mowa w definicji zamówienia publicznego na roboty budowlane.

2.1.2.2. Zamówienia mieszane

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może mieć miejsce sytuacja, w której przedmiotem zamówienia będą różne rodzaje zamówień, z których albo:

- wszystkie są objęte zakresem nowej dyrektywy klasycznej albo
- część jest objęta zakresem nowej dyrektywy klasycznej, a część podlega innym reżimom prawnym.

W takiej sytuacji należy zastosować reguły dotyczące tzw. zamówień mieszanych, które zostały określone w art. 3 dyrektywy.

Art. 3 dyrektywy wskazuje różne zasady, które mają odpowiednie zastosowanie w zależności od tego o jaki rodzaj zamówienia mieszane chodzi. W ramach wyżej wskazanego podziału można dokonać pod tym kątem dodatkowego rozróżnienia.

W ramach **zamówienia uwzględniającego różne zamówienia objęte zakresem dyrektywy klasycznej** możemy mieć do czynienia z:

- 1) zamówieniem, którego przedmiotem są dwa lub więcej rodzaje zamówień (roboty budowlane, dostawy lub usługi) lub
- 2) zamówieniem składającym się częściowo z usług objętych specjalnym reżimem dla usług społecznych i innych szczególnych usług a częściowo z innych usług lub
- 3) zamówieniem składającym się częściowo z usług a częściowo z dostaw.

We wszystkich trzech przypadkach, gdy zamówienie mieszane **można rozdzielić**, instytucje zamawiające mogą udzielić odrębnych zamówień na odrębne części zamówienia mieszane. W takiej sytuacji, przepisy mające zastosowanie do każdej odrębnej części powinny być określone wyłącznie na podstawie cech charakterystycznych danego, konkretnego zamówienia.

Natomiast, gdy poszczególne części składowe zamówienia **nie są obiektywnie możliwe do rozdzielenia** zastosowanie znajdą przepisy właściwe dla rodzaju zamówień, który odpowiada **głównemu przedmiotowi zamówienia**.

W przypadku, gdy zamówienie mieszane składa się częściowo z usług w rozumieniu tytułu III rozdział I (usługi społeczne i inne szczególne usługi), a częściowo z innych usług lub w przypadku zamówień mieszanych składających się częściowo z usług, a częściowo z dostaw, **główny przedmiot zamówienia określa się**

przez ustalenie, która z szacowanych wartości odnośnych usług lub dostaw jest najwyższa.

Aby mieć pewność, że obiektywnie, poszczególnych części zamówienia nie da się rozdzielić, należy każdy przypadek badać w sposób indywidualny. Dyrektywa podkreśla, iż w trakcie takiego badania należy uwzględniać nie tylko wyraźne lub domniemane zamiary instytucji zamawiającej dotyczące traktowania danego zamówienia mieszanego jako niemożliwego do rozdzielenia, ale również dowody o charakterze obiektywnym, które mogą stanowić uzasadnienie takiego podejścia i potwierdzać potrzebę udzielenia jednego zamówienia publicznego. Potrzeba udzielenia jednego zamówienia publicznego może być uzasadniona tak względami o charakterze technicznym, jak również ekonomicznym.

Z kolei w ramach zamówienia mieszanego, którego **część jest objęta zakresem dyrektywy klasycznej a część podlega innym reżimom prawnym** możemy wyróżnić:

- 1) zamówienia mieszane zawierające elementy objęte oraz nieobjęte dyrektywą
- 2) zamówienia zawierające elementy objęte dyrektywą klasyczną oraz dyrektywą koncesyjną
- 3) zamówienia objęte dyrektywą klasyczną i dyrektywą sektorową oraz
- 4) zamówienia objęte dyrektywą klasyczną oraz dyrektywą obronną lub art. 346 TFUE.

W przypadku, kiedy poszczególnych części tego rodzaju zamówienia nie da się obiektywnie rozdzielić, właściwy reżim prawny, który będzie miał zastosowanie do całości zamówienia określa się w oparciu o główny przedmiot tego zamówienia¹⁵.

Z kolei, jeżeli poszczególne części zamówienia są możliwe do rozdzielenia **instytucje zamawiające mają wybór - mogą zdecydować o udzieleniu odrębnych zamówień na poszczególne części lub udzielić jednego zamówienia**. W przypadku gdy instytucje zamawiające podejmą decyzję o udzieleniu odrębnych zamówień na poszczególne części, decyzję o tym, który z reżimów prawnych ma zastosowanie do każdego takiego odrębnego zamówienia podejmuje się na podstawie cech charakterystycznych odnośnej odrębnej części.

Natomiast w przypadku, gdy instytucje zamawiające podejmą decyzję o udzieleniu jednego zamówienia, zastosowanie do udzielonego w ten sposób zamówienia mieszanego będzie miała dyrektywa klasyczna bez względu na wartość części, które w przeciwnym razie podlegałyby innemu reżimowi prawnemu, i bez względu na to, jakiemu reżimowi prawnemu podlegałyby te części w przeciwnym razie. Inaczej będzie tylko wtedy, kiedy zamówienie jest zamówieniem mieszanym z zamówieniem obronnym lub podlegającym art. 346 – wtedy, jeśli z art. 16 wynikają inne zasady, to one mają zastosowanie.

¹⁵ Por. ibidem, art. 3 ust. 6.

W przypadku zamówień mieszanych zawierających elementy zamówień na dostawę, roboty budowlane i usługi oraz elementy koncesji, zamówienie mieszane udzielane jest zgodnie z dyrektywą 2014/24/UE, pod warunkiem że szacunkowa wartość części zamówienia, która stanowi zamówienie objęte dyrektywą, jest równa lub wyższa od stosownego progu określonego w dyrektywie klasycznej.

W przypadku zamówień, których przedmiotem jest zarówno zamówienie objęte nową dyrektywą klasyczną, jak i zamówienie na wykonywanie rodzaju działalności, która podlega dyrektywie 2014/25/UE¹⁶, mające zastosowanie przepisy, niezależnie od art. 3 ust. 4 nowej dyrektywy klasycznej, ustala się na podstawie art. 5 i 6 dyrektywy 2014/25/UE.

Z kolei w odniesieniu do zamówień mieszanych, których przedmiotem jest zamówienie objęte przepisami nowej dyrektywy klasycznej i zamówienie objęte art. 346 TFUE¹⁷ lub przepisami dyrektywy 2009/81/WE¹⁸, zastosowanie znajduje art. 16 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym w przypadku gdy poszczególne części danego zamówienia publicznego można obiektywnie rozdzielić, instytucje zamawiające mogą zdecydować o udzieleniu odrębnych zamówień na poszczególne części lub udzielić jednego zamówienia.

W sytuacji, gdy instytucje zamawiające podejmą decyzję o udzieleniu odrębnych zamówień na poszczególne części, decyzję o tym, który z reżimów prawnych ma zastosowanie do każdego takiego odrębnego zamówienia podejmuje się na podstawie cech charakterystycznych odnośnej odrębnej części.

W przypadku natomiast, gdy instytucje zamawiające podejmą decyzję o udzieleniu jednego zamówienia, **mają zastosowanie reżim prawny określa się na podstawie następujących kryteriów:**

- gdy część danego zamówienia jest objęta art. 346 TFUE, zamówienia można udzielić bez stosowania dyrektywy 2014/24/UE, pod warunkiem że udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych;

16 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE, Dz. Urz. UE L94 z dn. 28.03.2014, str. 243.

17 Zgodnie z art. 346 TFUE (dawny artykuł 296 TWE): Postanowienia Traktatów nie stanowią przeszkody w stosowaniu następujących reguł:

a) żadne Państwo Członkowskie nie ma obowiązku udzielania informacji, których ujawnienie uznaje za sprzeczne z podstawowymi interesami jego bezpieczeństwa;

b) każde Państwo Członkowskie może podejmować środki, jakie uważa za konieczne w celu ochrony podstawowych interesów jego bezpieczeństwa, a które odnoszą się do produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi; środki takie nie mogą negatywnie wpływać na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych.

2. Rada, stanowiąc jednomyślnie na wniosek Komisji, może wprowadzać zmiany do sporządzonej przez siebie 15 kwietnia 1958 roku listy produktów, do których mają zastosowanie postanowienia ustępu 1 litera b).

18 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE, Dz. Urz. UE L216 z dn. 20.08.2009, str. 76.

- gdy część danego zamówienia jest objęta dyrektywą 2009/81/WE, zamówienia można udzielić zgodnie z tą dyrektywą, pod warunkiem że udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych. Niniejsza regulacja pozostaje bez uszczerbku dla progów i wyłączeń przewidzianych w tej dyrektywie.

Decyzja o udzieleniu jednego zamówienia nie może być jednak podjęta w celu wyłączenia zamówień ze stosowania niniejszej dyrektywy lub dyrektywy obronnej 2009/81/WE.

Ponadto, jeżeli poszczególnych części danego zamówienia nie da się w obiektywny sposób rozdzielić, zamówienia można udzielić bez stosowania dyrektywy 2014/24/UE, gdy obejmuje ono elementy, do których ma zastosowanie art. 346 TFUE; w innym razie można go udzielić zgodnie z dyrektywą 2009/81/WE.

2.1.3. Progi

Jak już wspomniano, dyrektywa 2014/24/UE wprowadza regulacje dotyczące udzielania zamówień przez instytucje zamawiające w odniesieniu do zamówień publicznych oraz konkursów, których wartość szacunkowa jest **nie mniejsza aniżeli określone kwoty progowe**.

Oznacza to, że dyrektywa ma zastosowanie do zamówień, **których wartość, bez podatku od wartości dodanej (VAT)**, oszacowano na poziomie lub powyżej następujących progów:

- **5 186 000 EUR** w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane;
- **134 000 EUR** w przypadku zamówień publicznych na dostawy i usługi udzielanych przez instytucje administracji centralnej i konkursów organizowanych przez te instytucje; w odniesieniu do zamówień publicznych na dostawy udzielanych przez instytucje zamawiające działające w dziedzinie obronności, próg ten dotyczy wyłącznie zamówień na produkty objęte załącznikiem III;
- **207 000 EUR** w przypadku zamówień publicznych na dostawy i usługi udzielanych przez instytucje zamawiające poniżej szczebla centralnego i konkursów organizowanych przez te instytucje; próg ten stosuje się także do zamówień publicznych na dostawy udzielanych przez instytucje administracji centralnej działające w dziedzinie obronności, gdy zamówienia te dotyczą produktów nieobjętych załącznikiem III;
- **750 000 EUR** w przypadku zamówień publicznych na usługi społeczne i inne szczególne usługi wymienione w załączniku XIV.

Komisja Europejska, co dwa lata począwszy od dnia 30 czerwca 2013 roku, weryfikuje progi pod kątem ich zgodności z progami ustanowionymi w Porozumieniu Światowej Organizacji Handlu w sprawie zamówień rządowych (Porozumienie GPA). W razie zaistnienia potrzeby, Komisja dokonuje korekty progów zgodnie z art. 6 dyrektywy 2014/24/UE.

Zgodnie z metodą obliczania określoną w Porozumieniu GPA, Komisja oblicza wartość tych progów na podstawie średnich dziennych wartości euro w odniesieniu do specjalnych praw ciągnięcia (SDR) z okresu 24 miesięcy, którego koniec przypada na dzień 31 sierpnia poprzedzającego korektę ze skutkiem od 1 stycznia. Wartość progów poddanych takiej korekcie zaokrąglą się, w razie potrzeby, w dół do pełnego tysiąca euro, aby zagwarantować przestrzeganie obowiązujących progów przewidzianych w Porozumieniu GPA i wyrażonych w SDR.

W chwili obecnej:

- wysokość progów jest uregulowana w rozporządzeniu Komisji (UE) nr **1336/2013** z dnia 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, obowiązującym od dnia 1 stycznia 2014 roku;
- przeliczenie wysokości kwot progowych na waluty krajowe zostało natomiast wprowadzone w komunikacie (**2013/C 366/01**) określającym równowartość progów ujętych w dyrektywach 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, również obowiązującym od dnia 1 stycznia 2014 roku.

Przystępując do **szacowania wartości zamówienia** należy pamiętać, iż podstawą obliczenia jest całkowita kwota należna, bez VAT, oszacowana przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem wszelkich opcji oraz wznowień zamówienia wyraźnie określonych w dokumentach zamówienia. W przypadku gdy instytucja zamawiająca przewiduje nagrody lub wynagrodzenia dla kandydatów lub oferentów, uwzględni je ona przy obliczaniu szacunkowej wartości zamówienia.

2.1.4. Wyłączenia

Pomimo, iż niektóre z zamówień mieszczą się w definicji „zamówienia publicznego” ujętej w art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24/UE, to jednak z uwagi na swe specyficzne właściwości są wyłączone z zakresu jej zastosowania.

Dyrektywa 2014/24/UE przewiduje następujące wyłączenia.

2.1.4.1. Zamówienia w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych

Zgodnie z art. 7, dyrektywa 2014/24/UE nie ma zastosowania do zamówień publicznych i konkursów, które zgodnie z dyrektywą 2014/25/UE **są udzielane lub organizowane przez instytucje zamawiające prowadzące co najmniej jeden z rodzajów działalności określonych w art. 8–14 tej dyrektywy i które są udzielane w celu wykonywania tych działalności**, do zamówień publicznych wyłączonych z zakresu wspomnianej dyrektywy na mocy jej art. 18, 23 i 34, ani – w przypadku udzielania ich przez instytucję zamawiającą, która świadczy usługi

pocztowe w rozumieniu art. 13 ust. 2 lit. b) tej dyrektywy – do zamówień udzielanych w celu prowadzenia następujących rodzajów działalności:

- usługi o wartości dodanej związane ze środkami elektronicznymi i świadczone wyłącznie za pomocą takich środków (w tym bezpieczne przesyłanie kodowanych dokumentów za pomocą środków elektronicznych, usługi zarządzania adresami i przesyłanie poleconej poczty elektronicznej);
- usługi finansowe, objęte kodami CPV od 66100000-1 do 66720000-3 oraz w art. 21 lit. d) dyrektywy 2014/25/UE, i obejmujące w szczególności przekazy pocztowe i pocztowe przelewy na konto;
- usługi filatelistyczne; lub
- usługi logistyczne (usługi stanowiące połączenie fizycznego doręczenia lub magazynowania z innymi nie pocztowymi funkcjami).

Wspomniane wyłączenie dotyczy **tzw. zamówień sektorowych**, które są objęte zakresem dyrektywy 2014/25/UE, czyli działalności dotyczącej:

- gazu i energii cieplnej;
- energii elektrycznej;
- gospodarki wodnej;
- usług transportowych;
- portów i portów lotniczych;
- usług pocztowych;
- wydobycia ropy naftowej i gazu oraz poszukiwania lub wydobycia węgla lub innych paliw stałych.

2.1.4.2. Szczególne wyłączenia w dziedzinie łączności elektronicznej

Dyrektywa, zgodnie z art. 8, nie ma zastosowania do zamówień publicznych i konkursów, których głównym celem jest umożliwienie instytucjom zamawiającym udostępnienia lub eksploatacji publicznych sieci łączności lub świadczenia ogółowi społeczeństwa usługi lub usług łączności elektronicznej.

2.1.4.3. Zamówienia publiczne i konkursy organizowane zgodnie z przepisami międzynarodowymi

Dyrektywa 2014/24/UE nie ma zastosowania do zamówień publicznych, których instytucja zamawiająca ma obowiązek udzielić, ani do konkursów, które ma obowiązek zorganizować, zgodnie z procedurami udzielania zamówień innymi niż określone w niniejszej dyrektywie, określonymi:

- instrumentem prawnym tworzącym zobowiązania prawno-międzynarodowe, takim jak umowa międzynarodowa zawarta zgodnie z Traktatami między państwem członkowskim a co najmniej jednym państwem trzecim lub jego jednostkami terytorialnymi i obejmująca roboty budowlane, dostawy

lub usługi przeznaczone na potrzeby wspólnej realizacji lub eksploatacji projektu przez sygnatariuszy;

- przez organizację międzynarodową.

Dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych i konkursów udzielanych lub organizowanych przez instytucję zamawiającą zgodnie z przepisami dotyczącymi zamówień określonymi przez organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą, gdy przedmiotowe zamówienia publiczne i konkursy są w całości finansowane przez tę organizację lub instytucję. W przypadku zamówień publicznych i konkursów współfinansowanych w przeważającej części przez organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą strony uzgadniają mające zastosowanie procedury udzielania zamówień.

2.1.4.4. Wyłączenia szczególne dotyczące zamówień na usługi

Zgodnie z art. 10, dyrektywa 2014/24/UE nie ma zastosowania do zamówień publicznych na usługi w zakresie:

- **nabycia lub najmu**, bez względu na sposób finansowania, gruntu, istniejących budynków lub innych nieruchomości lub praw do nich.
- **nabycia, opracowania, produkcji lub koprodukcji materiałów do audycji** przeznaczonych na potrzeby **audiowizualnych usług medialnych lub radiowych usług medialnych**, udzielanych przez dostawców audiowizualnych lub radiowych usług medialnych, lub zamówień na czas antenowy lub dostarczanie audycji, udzielanych dostawcom audiowizualnych lub radiowych usług medialnych.

Do celów niniejszego wyłączenia, terminy „**audiowizualne usługi medialne**” i „**dostawca usług medialnych**” mają to samo znaczenie co w art. 1 ust. 1 lit. a) i d) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/13/UE (24).

Termin „**audycja**” ma natomiast to samo znaczenie co w art. 1 ust. 1 lit. b) tej dyrektywy, ale obejmuje także audycje radiowe i materiały do audycji radiowych. Ponadto, do celów niniejszego przepisu, termin „**materiały do audycji**” ma to samo znaczenie co termin „audycja”.

Zgodnie z uzasadnieniem zawartym w motywie 23 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE, udzielanie zamówień publicznych na pewne audiowizualne i radiowe usługi medialne przez dostawców usług medialnych powinno umożliwiać **uwzględnienie aspektów o znaczeniu kulturalnym lub społecznym**. Z tych względów, stosowanie zasad udzielania zamówień nie byłoby w tym przypadku właściwe, co sprawia, iż konieczne jest wprowadzenie wyjątku w odniesieniu do zamówień publicznych na usługi, udzielanych przez samych dostawców usług medialnych, w zakresie zakupu, opracowania, produkcji lub koprodukcji programów gotowych do użycia oraz innych usług przygotowawczych, takich jak usługi związane z pisaniem scenariuszy lub innymi rodzajami twórczości artystycznej niezbędnymi w produkcji programów.

W opinii ustawodawcy, należy także doprecyzować, że to **wyłączenie powinno mieć również zastosowanie do nadawczych usług medialnych oraz usług na żądanie (usług nieciągłych)**. Wyłączenie to nie powinno jednak mieć zastosowania do dostaw urządzeń technicznych niezbędnych do produkcji, koprodukcji oraz nadawania tych programów.

- **usług arbitrażowych i pojednawczych.**

Wyłączenie usług arbitrażowych i pojednawczych z zakresu zastosowania dyrektywy 2024/24/UE wynika ze specyficznego charakteru tego typu usług, jak zresztą wszystkich innych form alternatywnego rozwiązywania sporów. Specyfika tych usług wynika z faktu, iż zazwyczaj mogą być one świadczone przez podmioty lub osoby fizyczne, które zostały zatwierdzone lub wybrane zgodnie z regulacjami na które wpływu nie mogą mieć przepisy dotyczące zamówień publicznych.

Jak podkreślono w motywie 24 preambuły do nowej dyrektywy klasycznej, wyłączenie to dotyczy wszystkich zamówień na takie usługi, bez względu na ich nazwę w prawie krajowym.

- dowolnej z następujących **usług prawnych:**

(i) **zastępstwa prawnego** klienta, wykonywanego przez prawnika w rozumieniu art. 1 dyrektywy Rady 77/249/EWG (25) w:

- » postępowaniu arbitrażowym lub pojednawczym toczącym się w państwie członkowskim, państwie trzecim lub przed międzynarodową instancją arbitrażową lub pojednawczą, lub
- » postępowaniu sądowym toczącym się przed sądami, trybunałami lub przed organami publicznymi państwa członkowskiego lub państwa trzeciego lub przed międzynarodowymi sądami, trybunałami lub instytucjami;

(ii) **porad prawnych** udzielanych w ramach przygotowywania dowolnego z postępowań, o których mowa w ppkt (i) lub w przypadku gdy istnieją konkretne przesłanki i duże prawdopodobieństwo, że sprawa, której dotyczą porady, stanie się przedmiotem takich postępowań, pod warunkiem że porad tych udziela prawnik w rozumieniu art. 1 dyrektywy 77/249/EWG;

(iii) **usług poświadczania i uwierzytelniania dokumentów**, które to usługi muszą świadczyć notariusze;

(iv) **usług prawnych świadczonych przez powierników lub wyznaczonych opiekunów** lub innych usług prawnych, których wykonawcy są wyznaczani przez sąd lub trybunał danego państwa członkowskiego lub wyznaczani z mocy prawa w celu wykonania konkretnych zadań pod nadzorem takich trybunałów lub sądów;

(v) **pozostałych usług prawnych**, które w danym państwie członkowskim są powiązane, nawet sporadycznie, ze sprawowaniem władzy publicznej.

Świadczenie wymienionych powyżej usług prawnych zostało wyłączone z zakresu zastosowania dyrektywy 2014/24/UE z uwagi na fakt, że są one świadczone przez usługodawców wyzna-

czonych przez sąd lub trybunał danego państwa, ponieważ obejmują reprezentację klientów w postępowaniu sądowym przez prawników, muszą być świadczone przez notariuszy lub też są związane z wykonywaniem czynności urzędowych. Ze specyficznego charakteru ww. usług wynika fakt, iż nie mogą być one wykonywane przez podmioty wyłonione w drodze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

- **usług finansowych związanych z emisją, sprzedażą, zakupem lub zbyciem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych** w rozumieniu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/39/WE¹⁹, usług banku centralnego oraz operacji przeprowadzanych z Europejskim Instrumentem Stabilności Finansowej i Europejskim Mechanizmem Stabilności.
- **pożyczek**, bez względu na to, czy wiążą się one z emisją, sprzedażą, zakupem lub zbyciem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych.
- **umów o pracę**,
- **usług w dziedzinie obrony cywilnej, ochrony ludności i zapobiegania niebezpieczeństwom, świadczonych przez organizacje lub stowarzyszenia o charakterze niekomercyjnym** i objętych następującymi kodami CPV: 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8; 98113100-9; 85143000-3, z wyjątkiem usług transportu sanitarnego pacjentów.

Nowa dyrektywa klasyczna nie znajduje zastosowania do niektórych usług ratownictwa, w sytuacji gdy są one wykonywane przez organizacje lub stowarzyszenia o charakterze niekomercyjnym. Jak bowiem podkreślono w motywie 28, trudno byłoby zachować szczególny charakter takich organizacji, gdyby usługodawców trzeba było wybrać zgodnie z procedurami określonymi w dyrektywie.

Ponadto, dyrektywa podkreśla, że niezależnie od powyższego, wyłączenia tego nie należy stosować szerzej niż jest to absolutnie konieczne, a w konsekwencji **usługi transportu sanitarnego pacjentów nie powinny być objęte wyłączeniem**. W tym kontekście precyzuje również, że grupa 601 w CPV „Usługi w zakresie transportu drogowego” **nie obejmuje usług transportu sanitarnego, które są objęte w CPV klasą 8514**. Należy zatem doprecyzować, że usługi objęte w CPV kodem 85143000-3 obejmujące wyłącznie usługi transportu sanitarnego pacjentów powinny podlegać szczególnemu systemowi przewidzianemu dla usług społecznych i innych usług (zwanemu „**łagodniejszym reżimem**”). W związku z powyższym, zamówienia mieszane na świadczenie usług transportu sanitarnego co do zasady również podlegałyby łagodniejszemu reżimowi, jeżeli wartość usług transportu sanitarnego pacjentów byłaby większa niż wartość innych usług transportu sanitarnego.

- **usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego koleją lub metrem**.

Jak wskazano w motywie 27 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE, art. 5 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1370/2007²⁰ wyraźnie stanowi, że

¹⁹ Dyrektywa 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych zmieniająca dyrektywę Rady 85/611/EWG i 93/6/EWG i dyrektywę 2000/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 93/22/EWG.

²⁰ Rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70.

dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE mają odpowiednio zastosowanie do zamówień publicznych na usługi publicznego pasażerskiego transportu autobusowego lub tramwajowego, natomiast rozporządzenie 1370/2007 ma zastosowanie do koncesji na usługi publicznego pasażerskiego transportu autobusowego lub tramwajowego.

Rozporządzenie to ma jednocześnie zastosowanie do zamówień publicznych na usługi oraz koncesji na usługi publicznego pasażerskiego transportu kolejowego lub metra.

W celu doprecyzowania relacji pomiędzy dyrektywą 2014/24/UE a rozporządzeniem 1370/2007 wskazano, że dyrektywa nie powinna mieć zastosowania do zamówień publicznych na usługi publicznego transportu pasażerskiego koleją lub metrem.

Udzielanie takich zamówień powinno nadal podlegać temu rozporządzeniu. W zakresie, w jakim rozporządzenie 1370/2007 pozwala na odstępstwa w prawie krajowym od przepisów określonych w tym rozporządzeniu, państwa członkowskie powinny mieć możliwość dalszego zawierania w swoim prawie krajowym przepisów, zgodnie z którymi zamówienia publiczne na usługi publicznego transportu pasażerskiego koleją lub metrem będą udzielane w trybie postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie ze swoimi ogólnymi przepisami dotyczącymi zamówień publicznych.

- **usług dotyczących kampanii politycznych**, objętych kodami CPV 79341400-0, 92111230-3 i 92111240-6, o ile udzielane są przez partię polityczną w kontekście kampanii wyborczej.

Dyrektywa 2014/24/UE znajduje zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do instytucji zamawiających państw członkowskich. Partie polityczne, ponieważ nie są instytucjami zamawiającymi, co do zasady nie podlegają jej przepisom. Dyrektywa wskazuje jednak, iż należy mieć na uwadze, że w niektórych państwach członkowskich, partie polityczne **mogą** jednak **należać** do kategorii „podmiotów prawa publicznego”.²¹

W tym kontekście w dyrektywie podkreślono także, że istnieją takie usługi (np. produkcja materiałów propagandowych na potrzeby kampanii wyborczej), których wykonawcy z uwagi na powiązanie tych usług z poglądami usługodawcy, nie mogą być wyłaniani w drodze procedury o udzielenie zamówienia publicznego. Stąd, ustawodawca unijny uznał za uzasadnione wyraźne wyłączenie tego typu usług spod procedur dyrektywy.

2.1.4.5. Zamówienia na usługi udzielane na podstawie prawa wyłącznego

Zgodnie z art. 11, dyrektywa 2014/24/UE nie ma zastosowania do zamówień publicznych na usługi udzielanych przez instytucję zamawiającą innej instytucji zamawiającej lub związkowi instytucji zamawiających na podstawie prawa wyłącznego przyznanego im zgodnie z przepisem ustawowym, wykonawczym lub opublikowanym przepisem administracyjnym, zgodnym z TFUE.

²¹ Zob. dyrektywa 2014/24/UE, motyw 29 preambuły.

Wyłączenie to dotyczy sytuacji w których instytucja zamawiająca lub związek instytucji zamawiających mogą stanowić jedyne źródło danej usługi, do świadczenia której mają wyłączne prawo na mocy przepisów ustawowych, wykonawczych lub opublikowanych przepisów administracyjnych zgodnych z TFUE.

Dyrektywa nie musi być stosowana do udzielenia zamówienia na usługi publiczne takiej instytucji zamawiającej lub związkowi instytucji zamawiających.

2.1.4.6. Zamówienia publiczne między podmiotami sektora publicznego

Na podstawie art. 12 dyrektywy i pod określonymi warunkami, jej przepisom nie podlegają także zamówienia udzielane pomiędzy podmiotami sektora publicznego. Jednakże, z uwagi na szczególny charakter tego wyłączenia jego geneza oraz główne zasady, od których uzależniona jest możliwość skorzystania z niego zostały omówione osobno, w kolejnym rozdziale.

2.1.4.7. Zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa.

Przepisy dyrektywy nie znajdują także zastosowania do:

- » zamówień objętych zakresem zastosowania dyrektywy 2009/81/WE;
- » zamówień, do których dyrektywa 2009/81/WE nie ma zastosowania zgodnie z jej art. 8, 12 i 13;
- » zamówień publicznych i konkursów, które nie są wyłączone na podstawie dwóch powyższych przesłanek, w stopniu, w jakim ochrona podstawowych interesów danego państwa członkowskiego w zakresie bezpieczeństwa nie może zostać zagwarantowana przez mniej inwazyjne środki, na przykład przez nałożenie wymogów mających na celu ochronę poufnego charakteru informacji udostępnianych przez instytucję zamawiającą w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z niniejszą dyrektywą. Ponadto, zgodnie z art. 346 ust. 1 lit. a) TFUE, dyrektywa nie ma zastosowania do takich zamówień publicznych i konkursów, w stopniu, w jakim stosowanie niniejszej dyrektywy zobowiązywałoby państwo członkowskie do dostarczania informacji, których ujawnienie państwo to uważa za sprzeczne z jego podstawowymi interesami w zakresie bezpieczeństwa.
- » w przypadku gdy zamówienie i realizacja umowy w sprawie zamówienia publicznego lub konkurs zostały określone jako tajne lub muszą im towarzyszyć szczególne środki bezpieczeństwa zgodnie z przepisami ustawowymi, wykonawczymi lub administracyjnymi obowiązującymi w danym państwie członkowskim - pod warunkiem że dane państwo członkowskie stwierdziło, że nie można zagwarantować odnośnych podstawowych interesów za pomocą mniej inwazyjnych środków.

2.1.4.8. Zamówienia i konkursy obejmujące aspekty obronności lub bezpieczeństwa

Zgodnie z regulacjami ujętymi w art. 17, dyrektywa 2014/24/UE nie ma zastosowania do zamówień publicznych obejmujących aspekty obronności lub bezpieczeństwa, których instytucja zamawiająca ma obowiązek udzielić, ani do konkursów w tych dziedzinach, które

instytucja ta ma obowiązek zorganizować, zgodnie z procedurami udzielania zamówień innymi niż przewidziane w niniejszej dyrektywie, określonymi:

- umową międzynarodową lub porozumieniem międzynarodowym zawartymi zgodnie z Traktatami między państwem członkowskim a co najmniej jednym państwem trzecim lub jego jednostkami terytorialnymi i obejmującymi roboty budowlane, dostawy lub usługi przeznaczone na potrzeby wspólnej realizacji lub eksploatacji projektu przez sygnatariuszy;
- umową międzynarodową lub porozumieniem międzynarodowym związanymi ze stacjonowaniem wojsk i dotyczącymi przedsięwzięć państwa członkowskiego lub państwa trzeciego;
- przez organizację międzynarodową.

O wszelkich umowach lub porozumieniach informuje się Komisję, która może skonsultować się z Komitetem Doradczym ds. Zamówień Publicznych.

Ponadto, dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych i konkursów obejmujących aspekty obronności i bezpieczeństwa, udzielanych i organizowanych przez instytucję zamawiającą zgodnie z przepisami dotyczącymi zamówień określonymi przez organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą, gdy przedmiotowe zamówienia publiczne i konkursy są w całości finansowane przez tę organizację lub instytucję. W przypadku zamówień publicznych i konkursów współfinansowanych w przeważającej części przez organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą strony uzgadniają mające zastosowanie procedury udzielania zamówień.

2.1.4.9. Zamówienia na usługi badawcze i rozwojowe

Dyrektywa 2014/24/UE utrzymuje dotychczasowe wyłączenie odnoszące się do usług badawczych i rozwojowych, formułując je jednakże w odmienny, ale zarazem bardziej czytelny niż w dyrektywie 2004/18/WE sposób.

Zgodnie z dyrektywą ma ona zastosowanie do usług badawczo rozwojowych tylko, jeśli **łącznie** spełnione są następujące warunki:

- » korzyści z tych usług przypadają wyłącznie instytucji zamawiającej na potrzeby jej własnej działalności oraz
- » całość wynagrodzenia za świadczoną usługę jest wypłacana przez instytucję zamawiającą.

W przypadku, kiedy choćby jeden z tych warunków nie zostanie spełniony, dane zamówienie na usługę badawczo rozwojową podlega wyłączeniu spod obowiązku stosowania procedur zamówień publicznych określonych w dyrektywie.

Jednocześnie dyrektywa w motywie 35 preambuły precyzuje jak należy rozumieć pojęcia warunkujące wyłączenie tego typu usług spod jej regulacji.²²

²² Bardziej szczegółowo na ten temat w rozdziale 2.9.1.

2.2. Zamówienia między podmiotami sektora publicznego

Zimą 1995 r. cztery niemieckie okręgi administracyjne w Dolnej Saksonii zawarły, z pominięciem procedury przetargowej, porozumienie, na mocy którego powierzyły świadczenie usług unieszkodliwiania odpadów miejskim służbom oczyszczania Hamburga. W ocenie Komisji Europejskiej takie działanie stało w sprzeczności z obowiązującymi wówczas przepisami dyrektywy 92/50/EWG²³ koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na usługi. Niespełna półtora roku później, wiosną 1997 r. rada gminy Viano w prowincji Reggio Emilia w regionie Emilia-Romagna w północnych Włoszech powierzyła bezprzetargowo utworzonemu przez kilka sąsiadujących gmin konsorcjum pod nazwą Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) świadczenie usług w zakresie ogrzewania budynków komunalnych wraz z dostawą paliwa opałowego; decyzję tę podważyła prywatna spółka Teckal. Powstałe na tle tych dwóch stanów faktycznych spory zaowocowały wyrokami Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, które stanowią podstawę wyłączenia spod reżimu udzielania zamówień niektórych umów pomiędzy podmiotami sektora publicznego zawieranych w ramach tzw. współpracy publiczno-publicznej.

W sprawie gminy Viano sąd krajowy zdecydował zawiesić toczące się przed nim postępowanie i zwrócił się w marcu 1998 r. do Trybunału na podstawie art. 177 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (obecnie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej) z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym legalności takiej transakcji w świetle przepisów prawa unijnego.²⁴ W wydanym w 1999 r. wyroku²⁵ Trybunał stwierdził, że przetarg nie jest obowiązkowy, nawet w przypadku, gdy zleceniobiorca jest podmiotem prawnie odrębnym od zamawiającego, o ile zostaną spełnione dwa warunki: (i) władza publiczna będąca zamawiającym sprawuje nad odrębnym podmiotem kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami i zarazem (ii) podmiot ten wykonuje działalność w zasadniczej części na rzecz kontrolującej go jednostki lub jednostek publicznych (pkt 50). W kolejnych orzeczeniach Trybunał doprecyzował warunki tego wyłączenia spod obowiązku stosowania przepisów w dziedzinie zamówień publicznych:

- W wyroku w sprawie *Stadt Halle*²⁶ Trybunał stwierdził, że udziały, nawet mniejszościowe, przedsiębiorstwa prywatnego w kapitale spółki, w której udziały należą również do danego zamawiającego, wykluczają w każdym przypadku możliwość sprawowania przez instytucję zamawiającą kontro-

23 Dyrektywa Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz. Urz. WE nr L 209 z 24.7.1992, str. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 06 tom 1 str. 322).

24 *Tribunale Amministrativo Reionale per la Lombardia* zastanawiał się, czy sporna umowa nie jest objęta przewidzianym w art. 6 dyrektywy 92/50/EWG wyłączeniem dotyczącym zamówień udzielanych podmiotowi, który sam jest instytucją zamawiającą, na podstawie prawa wyłącznego, przysługującego mu na podstawie opublikowanych przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych zgodnych z Traktatem.

25 Orzeczenie z dnia 19 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 *Teckal Srl przeciwko Comune di Viano i Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, ECLI:EU:C:1999:562.

26 Orzeczenie z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 *Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH przeciwko Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, ECLI:EU:C:2005:5.

li analogicznej do tej, jaką sprawuje ona nad własnymi służbami. Trybunał podkreślił, że związek pomiędzy organem władzy publicznej, jakim jest instytucja zamawiająca, i jej własnymi służbami określony jest względami i wymogami wykonywania zadań leżących w interesie publicznym. Udział w przedsiębiorstwie kapitału prywatnego podlega natomiast względom interesu prywatnego i dąży do osiągnięcia celów odmiennej natury. Co więcej, udzielenie zamówienia publicznego przedsiębiorstwu o charakterze mieszanym z pominięciem zaproszenia do składania ofert stanowiłoby naruszenie wolnej i niezakłóconej konkurencji oraz zasady równości traktowania wykonawców, w szczególności dlatego, że taka procedura wiązałaby się z przewagą przedsiębiorstwa prywatnego obecnego w kapitale tego przedsiębiorstwa w stosunku do jego konkurentów.

- Orzeczeniami w sprawie *Parking Brixen*²⁷ i w sprawie *ANAV*²⁸ Trybunał potwierdził zastosowanie omawianego wyłączenia również do koncesji na usługi (pkt 62).
- W wyroku w sprawie *Carbotermo*²⁹ Trybunał stwierdził, że kontrola sprawowana przez gminę nad podmiotem zależnym, która sprowadza się zasadniczo do kompetencji, jakie prawo spółek przyznaje większości udziałowców, w sposób znaczący ogranicza jej możliwości wywierania wpływu na podejmowane przez nie decyzje i nie jest wystarczająca, aby można ją było uznać za kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi jednostkami (pkt 38 i nast.). W konsekwencji uznał, że dyrektywa 93/36 stoi na przeszkodzie udzieleniu w sposób bezpośredni zamówienia na dostawy i usługi, którego przeważającą wartość stanowią dostawy, spółce akcyjnej, której zarząd posiada szerokie kompetencje do prowadzenia spraw spółki i może wykonywać je w sposób samodzielny, i której kapitał zakładowy jest aktualnie objęty w całości przez inną spółkę akcyjną, której większościamiowym akcjonariuszem jest z kolei instytucja zamawiająca (pkt 47). Zarazem Trybunał uznał, że przedsiębiorstwo wykonuje swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki w rozumieniu wspomnianego powyżej wyroku w sprawie *Teckal*, tylko jeżeli działalność tego przedsiębiorstwa poświęcona jest głównie tej jednostce, a ewentualna pozostała działalność ma charakter marginalny (pkt 63). Przy ocenie, czy przedsiębiorstwo wykonywało swoją działalność w przeważającym zakresie na rzecz kontrolującej go jednostki samorządu terytorialnego, dla celów określenia, czy dyrektywa 93/36 znajdzie zastosowanie, należy uwzględnić wszelką działalność wykonywaną przez to przedsiębiorstwo na podstawie zamówienia udzielonego mu przez instytucję zamawiającą, niezależnie od tego, kto płaci wynagrodzenie za wykonywanie tej działalności – sama instytucja zamawiająca, czy też beneficjenci świadczonych usług – oraz bez względu na obszar, na którym działalność ta jest wykonywana (pkt 72).

27 Orzeczenie z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 *Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG*, ECLI:EU:C:2005:605.

28 Orzeczenie z dnia w sprawie C-410/04 *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) przeciwko Comune di Bari i AMTAB Servizio SpA*, ECLI:EU:C:2006:237.

29 Orzeczenie z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 *Carbotermo SpA i Consorzio Alisei przeciwko Comune di Busto Arsizio i AGESP SpA*, ECLI:EU:C:2006:308.

- W orzeczeniu w sprawie *Sea*³⁰ Trybunał potwierdził zastosowanie do zamówień publicznych przyjętej we wcześniejszym orzeczeniu w sprawie *Coditel Brabant*³¹ w odniesieniu do koncesji zasady, zgodnie z którą w przypadku gdy wiele organów publicznych jest właścicielami spółki, której powierzają wykonanie ich zadań w zakresie usług publicznych, kontrola tych organów publicznych nad tą spółką może być sprawowana przez nie łącznie (pkt 59). Ponadto, wzorem dotyczących koncesji na usługi ww. wyroków w sprawie *Parking Brixen* i w sprawie *Coditel Barabant*, uznał, że „analogiczna kontrola” istnieje, gdy dana jednostka podlega kontroli pozwalającej instytucji zamawiającej na wywieranie wpływu na jej decyzje, co oznacza możliwość przesądzającego wpływu zarówno na strategiczne cele, jak i na istotne decyzje tej jednostki.
- W wyroku w sprawach połączonych *Econord*³², w ślad za wyrokiem w sprawie C-371/05 *Komisja przeciwko Włochom*³³, przypomniał, że instytucja zamawiająca musi być w stanie sprawować strukturalną i funkcjonalną kontrolę nad tą jednostką, a także, jak w cyt. orzeczeniu w sprawie *Coditel Brabant*, że kontrola była ta musi być skuteczna (pkt 27).

Z kolei w sprawie niemieckich *Landkreise*, po przeprowadzeniu przewidzianego Traktatem postępowania o naruszenie, Komisja dopiero w listopadzie 2006 r. zwróciła się do Trybunału Sprawiedliwości na podstawie art. 226 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (obecnie art. 258 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej) ze skargą o stwierdzenie, że Niemcy uchybiły zobowiązaniom, które na nich ciążyły na mocy unijnych przepisów w dziedzinie udzielania zamówień publicznych. W wydanym w 2009 r. wyroku³⁴ Trybunał odrzucił skargę Komisji, nie stwierdzając uchybienia. W ocenie Trybunału współpraca pomiędzy władzami publicznymi nie podważa głównego celu przepisów z zakresu zamówień publicznych, jeżeli (i) ustanowienie tej współpracy określone jest względami leżącymi w interesie publicznym oraz jeżeli (ii) zasada równego traktowania jest zagwarantowana w taki sposób, że żadne przedsiębiorstwo prywatne nie znajduje się w sytuacji uprzywilejowanej (pkt 47 orzeczenia). W dwóch kolejnych orzeczeniach Trybunał dookreślił warunki możliwości odstąpienia od stosowania zasad udzielania zamówień publicznych ze względu na tego rodzaju współpracę pomiędzy organami publicznymi:

30 Wyrok z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-573/07 *Sea Srl przeciwko Comune di Ponte Nossa*, ECLI:EU:C:2009:532.

31 Wyrok z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 *Coditel Brabant SA przeciwko Commune d'Uccle i Région de Bruxelles-Capitale*, ECLI:EU:C:2008:621.

32 Wyrok z dnia 29 listopada 2012 r. w sprawach połączonych C-182/11 i C-183/11 *Econord SpA przeciwko Comune di Cagno i Comune di Varese (C-182/11) i Comune di Solbiate i Comune di Varese (C-183/11)*, ECLI:EU:C:2012:758.

33 Wyrok z dnia 17 lipca 2008 r. w sprawie C-371/05 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, ECLI:EU:C:2008:410.

34 Orzeczenie z dnia 9 czerwca 2009 r. w sprawie C-480/06 *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, ECLI:EU:C:2009:357.

- W wyroku w sprawie *ASL Lecce*^{35 36} stwierdził, że prawo unijne w dziedzinie zamówień publicznych nie sprzeciwia się zawarciu umowy, na mocy której podmioty publiczne ustanawiają między sobą współpracę, której przedmiotem jest zapewnienie wykonania misji publicznej wspólnej dla tych podmiotów, umowa ta jest dyktowana wyłącznie względami i wymogami związanymi z realizacją celów leżących w publicznym interesie i zarazem nie prowadzi do uprzywilejowania żadnego prywatnego usługodawcy względem jego konkurentów (pkt 40).
- W wyroku w sprawie *Piepenbrock*^{37 38} Trybunał raz jeszcze podkreślił, że dla możliwości skorzystania z wyłączenia spod obowiązku stosowania reguł udzielania zamówień publicznych niezbędne jest, by umowa ustanawiała współpracę mającą na celu realizację wspólnej misji publicznej między umawiającymi się jednostkami publicznymi (pkt 41).

W świetle tych orzeczeń przepisy w dziedzinie zamówień publicznych nie znajdują zastosowania do niektórych umów zawieranych pomiędzy podmiotami sektora publicznego. Mowa w pierwszej kolejności o zamówieniach udzielanych przez organ publiczny odrębnemu od niego podmiotowi, gdy jednocześnie organ ten sprawuje nad tym podmiotem kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad własnymi służbami, zaś podmiot kontrolowany wykonuje zasadniczą część swej działalności wraz z organem lub organami, które go kontrolują. W drugiej kolejności chodzi o umowy, które ustanawiają współpracę między organami publicznymi, mającą za przedmiot zapewnienie wykonania przez nie wspólnej misji publicznej. Oba te wyłączenia są uzasadnione przysługującą organom publicznym swobodą wykonywania powierzonych im zadań w zakresie usług publicznych poprzez wykorzystanie swoich własnych zasobów, bez potrzeby zwracania się do jednostek zewnętrznych nienależących do jej służb. Obejmuje to możliwość współpracy z innymi organami publicznymi. Tego rodzaju umowy i porozumienia nabrały nowego znaczenia w kontekście postanowień Traktatu Lizbońskiego. W art. 4 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej podkreślono szczególną rolę samorządu regionalnego i lokalnego. Natomiast w art. 1 Protokołu nr 26 uznano zasadniczą rolę i szeroki zakres uprawnień dyskrecjonalnych organów krajowych, regionalnych i lokalnych w zakresie świadczenia, zlecenia i organizowania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym w sposób możliwie najbardziej odpowiadający potrzebom odbiorców.

Podsumowania dotychczasowego orzecznictwa Trybunału w tym zakresie dokonała Komisja Europejska w październiku 2011 r. w *Dokumencie roboczym w sprawie stosowania unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych do stosunków między instytucjami zamawiającymi („współpraca publiczno-publiczna”)* SEC(2011) 1169³⁹.

35 Orzeczenie z dnia 19 grudnia 2012 r. w sprawie C-159/11 *Azienda Sanitaria Locale di Lecce i Università del Salento przeciwko Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in.*, ECLI:EU:C:2012:817

36 Sprawa dotyczyła bezprzetargowego zlecenia uniwersyteckim jednostkom badawczym usług badań wytrzymałości sejsmicznej budynków szpitali.

37 Orzeczenie z dnia 13 czerwca 2013 r. w sprawie C-386/11 *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG przeciwko Kreis Düren*, ECLI:EU:C:2013:385.

38 Sprawa dotyczyła utrzymania w czystości określonych budynków wykorzystywanych na cele biurowe, pomieszczeń administracyjnych oraz szkół.

39 http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/public_public_cooperation/sec2011_1169_pl.pdf

Unijny prawodawca dokonał kodyfikacji tego orzecznictwa, niekiedy nieznacznie je uzupełniając, w przepisie art. 12 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE nr L 94 z 28.3.2014, str. 65)⁴⁰, dalej: nowa dyrektywa klasyczna albo dyrektywa. Jak wskazuje motyw 31 preambuły, istnieje znaczna niepewność prawna co do tego, w jakim stopniu umowy w sprawie zamówień zawarte pomiędzy podmiotami sektora publicznego powinny podlegać przepisom dotyczącym zamówień publicznych. Co więcej, orzecznictwo Trybunału jest interpretowane w różny sposób przez poszczególne państwa członkowskie, a nawet przez poszczególnych zamawiających. Temu brakowi pewności prawnej miało zaradzić zawarte w nowej dyrektywie doprecyzowanie, w jakich przypadkach umowy zawierane w obrębie sektora publicznego nie podlegają obowiązkowi stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych.

Dyrektywa reguluje pięć kategorii umów zawieranych pomiędzy podmiotami sektora publicznego wyłączonych spod reżimu zamówień publicznych: (i) zamówienia udzielane podmiotom kontrolowanym; (ii) zamówienia udzielane przez podmiot kontrolowany kontrolującej go instytucji zamawiającej; (iii) zamówienia udzielane pomiędzy podmiotami kontrolowanymi przez tę samą instytucję zamawiającą; (iv) zamówienia udzielane podmiotowi kontrolowanemu wspólnie przez kilka instytucji zamawiających; (v) powierzenie zadania w ramach horyzontalnej współpracy publiczno-publicznej. Dodatkowo motyw 34 preambuły wskazuje, że istnieją przypadki, w których dany podmiot działa – na mocy odpowiednich przepisów prawa krajowego – jako instrument lub służba techniczna określonych instytucji zamawiających, ma obowiązek wykonywania poleceń wydawanych mu przez te instytucje zamawiające i nie ma żadnego wpływu na wynagrodzenie otrzymywane za wykonanie tych poleceń. Ze względu na brak charakteru umownego, taki czysto administracyjny stosunek nie jest objęty zakresem przepisów regulujących procedury udzielania zamówień publicznych. To ostatnie doprecyzowanie jest echem wyroków Trybunału w sprawie *Tragsa*⁴¹ i w sprawie *Asociación Profesional*⁴².

2.2.1. Zamówienia udzielane podmiotom kontrolowanym

Nowa dyrektywa w art. 12 ust. 1 wprost przewiduje wyłączenie zamówień udzielanych kontrolowanym podmiotom wewnętrznym (zamówienia typu in-house). Zamówienie publiczne udzielane przez instytucję zamawiającą osobie prawa prywatnego lub publicznego nie jest objęte zakresem stosowania dyrektywy, jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki:

- instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami;

40 Por. dyrektywa 2014/25/UE, art. 28; zob. także dyrektywa 2014/23/UE, art. 17.

41 Orzeczenie z dnia 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-295/05 *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) przeciwko Transformación Agraria SA (Tragsa) i Administración del Estado*, ECLI:EU:C:2007:227, pkt 49-54.

42 Orzeczenie z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-220/06 *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia przeciwko Administración General del Estado*, ECLI:EU:C:2007:815, pkt 51-54.

- 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
- w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z Traktatami, oraz nie wywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną.

Zgodnie z akapitem drugim tego przepisu uznaje się, że instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami w rozumieniu akapitu pierwszego, jeżeli wywiera decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, jak i na istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej. W świetle przywołanego wyżej orzecznictwa kontrola ta ma charakter strukturalny i funkcjonalny⁴³ oraz musi być skuteczna.⁴⁴

Kontrolę tę może sprawować także inna osoba prawna, która sama jest kontrolowana w ten sam sposób przez instytucję zamawiającą. W konsekwencji wyłączeniem będą objęte zamówienia udzielane przez zamawiającego podmiotowi, którego ten zamawiający nie kontroluje bezpośrednio, ale który jest w sposób strukturalny i funkcjonalny kontrolowany przez inny podmiot, nad którym zamawiający sprawuje bezpośrednio kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami, tzn. wywiera decydujący wpływ zarówno na jego cele strategiczne, jak i na istotne decyzje.

2.2.2. Zamówienia udzielane przez podmiot kontrolowany kontrolującej go instytucji zamawiającej

W myśl art. 12 ust. 2 spod obowiązku stosowania przepisów w dziedzinie zamówień wyłączone są przypadki odwróconej relacji typu *in-house*, tj. zamówienia udzielane przez podmiot kontrolowany kontrolującej go instytucji zamawiającej, pod warunkiem że w instytucji zamawiającej, której udziela się zamówienia, nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z Traktatami, oraz nie wywierających decydującego wpływu na kontrolowaną instytucję zamawiającą.

43 W cyt. wyroku w sprawie *Komisja przeciwko Włochom*, pkt 26, Trybunał uznał, że zamawiający był w stanie wywierać decydujący wpływ zarówno na cele strategiczne, jak i na istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej dzięki temu, że wybierał członków organu zarządzającego spółki i wyznaczał urzędnika gminnego, którego zadaniem było wyznaczanie kierunków i kontrola jej działalności; w ocenie Trybunału takie uprawnienia wystarczają do sprawowania kontroli strukturalnej i funkcjonalnej w sposób analogiczny do sprawowanej nad własnymi służbami, jak tego wymaga orzecznictwo.

44 W cyt. wyrok w sprawie *Coditel Brabant*, pkt 46, Trybunał zauważył, że orzecznictwo wymaga, by kontrola sprawowana nad koncesjonariuszem przez instytucję zamawiającą była analogiczna do kontroli sprawowanej przez tę instytucję nad jej własnymi służbami, a nie by była identyczna z nią we wszystkich aspektach; istotne jest, by kontrola nad koncesjonariuszem była skuteczna, lecz nie jest niezbędne, by była indywidualna.

Oznacza to, że wyłączenie znajdzie zastosowanie pod następującymi warunkami:

- instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami;
- 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;
- w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z Traktatami, oraz nie wywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną;
- w instytucji zamawiającej, której udziela się zamówienia, nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z Traktatami, oraz nie wywierających decydującego wpływu na kontrolowaną instytucję zamawiającą.

2.2.3. Zamówienia udzielane pomiędzy podmiotami kontrolowanymi przez tę samą instytucję zamawiającą

Przepis art. 12 ust. 2 rozszerza stosowanie wyłączenia przewidzianego w art. 12 ust. 1 również na sytuacje siostrzanej relacji typu *in-house*, czyli zamówienia udzielane pomiędzy podmiotami kontrolowanymi przez tę samą instytucję zamawiającą, pod warunkiem że w osobie prawnej, której udziela się zamówienia, nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z Traktatami, oraz nie wywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną.

Oznacza to, że wyłączenie znajdzie zastosowanie pod następującymi warunkami:

- instytucja zamawiająca sprawuje nad danymi osobami prawnymi kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami;
- ponad 80 % działalności kontrolowanych osób prawnych jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych im przez instytucję zamawiającą sprawującą kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą;
- w żadnej z kontrolowanych osób prawnych nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z Traktatami, oraz nie wywierających decydującego wpływu na kontrolowane osoby prawne.

2.2.4. Zamówienia udzielane podmiotowi kontrolowanemu wspólnie przez kilka instytucji zamawiających

Na mocy art. 12 ust. 3 wyłączenie obejmuje sytuacje, gdy kontrola podobna do sprawowanej nad własnymi jednostkami jest sprawowana łącznie przez kilka instytucji zamawiających.

Instytucja zamawiająca, która nie sprawuje nad osobą prawa prywatnego lub publicznego kontroli analogicznej do sprawowanej nad własnymi jednostkami, może udzielić zamówienia publicznego tej osobie prawnej bez zastosowania przepisów dyrektywy, jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki:

- instytucja zamawiająca, wspólnie z innymi instytucjami zamawiającymi, sprawuje kontrolę nad daną osobą prawną podobną do kontroli, jaką sprawują one nad własnymi jednostkami;
- ponad 80 % działalności tej osoby prawnej jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucje zamawiające sprawujące kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez te same instytucje zamawiające; oraz
- w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, z wyjątkiem form udziału kapitału prywatnego o charakterze niekontrolującym i nieblokującym, wymaganych na mocy krajowych przepisów ustawowych, zgodnie z Traktatami, oraz nie wywierających decydującego wpływu na kontrolowaną osobę prawną.

Przyjmuje się, że instytucje zamawiające sprawują wspólnie kontrolę nad daną osobą prawną, jeżeli spełnione są wszystkie następujące warunki:

- w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących instytucji zamawiających. Poszczególni przedstawiciele mogą reprezentować niektóre lub wszystkie uczestniczące instytucje zamawiające;
- wspomniane instytucje zamawiające są w stanie wspólnie wywierać decydujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej; oraz
- kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami instytucji zamawiających sprawujących nad nią kontrolę.

2.2.5. Powierzenie zadania w ramach horyzontalnej współpracy publiczno-publicznej

Inną formą współpracy publiczno-publicznej niepodlegającą przepisom z dziedziny zamówień publicznych jest niezinstytucjonalizowana współpraca horyzontalna organów administracji przy wykonywaniu ich zadań publicznych.

Na mocy art. 12 ust. 4 unijne przepisy w dziedzinie zamówień publicznych nie znajdują zastosowania do umów zawieranych wyłącznie pomiędzy dwiema lub więcej instytucjami zamawiającymi, o ile spełnione są łącznie następujące warunki:

- 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;
- wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym; oraz
- uczestniczące instytucje zamawiające wykonują na otwartym rynku mniej niż 20 % działalności będących przedmiotem współpracy.

Motyw 33 preambuły wyjaśnia, że instytucje zamawiające powinny mieć możliwość postanowienia o wspólnym świadczeniu swych usług publicznych w drodze współpracy bez konieczności zastosowania konkretnej formy prawnej. Taka współpraca może obejmować wszystkie rodzaje działalności związane z wykonaniem usług oraz obowiązków nałożonych na uczestniczące instytucje lub przyjętych przez te instytucje, takich jak obowiązkowe lub dobrowolne zadania władz lokalnych lub regionalnych lub usługi powierzone konkretnym organom na mocy prawa publicznego. Usługi świadczone przez poszczególne uczestniczące instytucje nie muszą być identyczne; mogą mieć również charakter komplementarny.

Do umów dotyczących wspólnego świadczenia usług publicznych nie powinny mieć zastosowania zasady określone w niniejszej dyrektywie, pod warunkiem że umowy te są zawierane wyłącznie między instytucjami zamawiającymi, że prowadzeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym i że żaden prywatny usługodawca nie znajduje się w sytuacji korzystniejszej niż jego konkurenci.

Aby spełnić te warunki, współpraca ta powinna opierać się na koncepcji współdziałania. Współdziałanie takie nie wymaga, by wszystkie uczestniczące instytucje wzięły na siebie wykonanie głównych obowiązków umownych, o ile podjęto zobowiązania do udziału w wykonaniu danej usługi publicznej w ramach współpracy. Ponadto realizacja współpracy, w tym wszelkie transfery finansowe pomiędzy uczestniczącymi instytucjami zamawiającymi, powinna podlegać wyłącznie względem z związanych z interesem publicznym.

Warunek ograniczenia działalności rynkowej do 20 % stanowi konsekwencję założenia, że współpracy przyświecają jedynie względy interesu publicznego. W cyt. dokumencie roboczym SEC (2011)1169 Komisja wyjaśniała, że skoro w ocenie Trybunału współpracy podlegającej wyłączeniu powinny przyświecać względy interesu publicznego, współpraca determinowana innymi względami (zwłaszcza komercyjnymi) nie podlega wyłączeniu. Dlatego też współpracujący partnerzy zasadniczo nie powinni w ramach współpracy prowadzić działalności na rynku. Jednocześnie jest wynikiem założenia, że co najmniej 80 % odpowiada pozio-

mowi znaczącej części działalności, jak tego wymaga orzecznictwo Trybunału w przypadku zamówień udzielanych podmiotom kontrolowanym.

Dodatkowo przepis art. 12 ust. 5 określa, jak dokonać ustalenia procentowego udziału działalności, o którym mowa w przepisach art. 12 ust. 1, 3 i 4 dyrektywy:

W tym celu należy uwzględnić średni całkowity obrót – lub odpowiednią alternatywną miarę opartą na działalności, taką jak koszty poniesione przez daną osobę prawną lub instytucję zamawiającą – w odniesieniu do usług, dostaw i robót budowlanych w okresie trzech lat poprzedzających udzielenie zamówienia. Jeżeli dane dotyczące obrotu – lub alternatywna miara oparta na działalności, taka jak koszty – za poprzednie trzy lata są niedostępne lub nieprzydatne (ze względu na datę utworzenia danej osoby prawnej lub instytucji zamawiającej, lub rozpoczęcia przez nie działalności lub ze względu na reorganizację ich działalności), wystarczające jest wykazanie, w szczególności za pomocą prognoz handlowych, że zastosowana miara działalności jest wiarygodna.

Podsumowując, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału i nowymi przepisami unijnymi w dziedzinie zamówień publicznych obowiązek stosowania procedur udzielania zamówień publicznych jest wyłączony w przypadku niektórych umów pomiędzy podmiotami sektora publicznego, o ile spełniają one określone wyżej warunki.⁴⁵

45 Test dopuszczalności zastosowania tego wyłączenia znaleźć można w broszurze informacyjnej na temat współpracy publiczno-publicznej opublikowanej na stronach internetowych Komisji Europejskiej pod adresem http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/reform/factsheets/fact-sheet-05-public-public_pl.pdf.

2.3. Procedury udzielania zamówień, zasady publikacji ogłoszeń i terminy

Dyrektywa 2014/24/UE wprowadziła dość istotne zmiany w zakresie procedur udzielania zamówień publicznych, przede wszystkim w odniesieniu do katalogu dostępnych procedur oraz przesłanek umożliwiających zastosowanie niektórych z nich. W zakresie przebiegu samych procedur wprowadzono pewne ułatwienia dla zamawiających, a w związku z wprowadzeniem obowiązkowej komunikacji elektronicznej dokonano też skrócenia terminów minimalnych na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz ofert.

Nowa dyrektywa przewiduje następujące procedury udzielenia zamówienia:

- » procedurę otwartą
- » procedurę ograniczoną
- » procedurę konkurencyjną z negocjacjami (która w dyrektywie 2004/18/WE nosiła nazwę procedury negocjacyjnej z ogłoszeniem)
- » dialog konkurencyjny
- » partnerstwo innowacyjne
- » procedurę negocjacyjną bez ogłoszenia.

Zgodnie z artykułem 26 ust. 2 - 4 państwa członkowskie muszą przewidzieć we własnych porządkach prawnych wszystkie ww. procedury z wyjątkiem procedury negocjacyjnej bez ogłoszenia. Jest to jedyna procedura, której stosowanie państwo członkowskie może, ale nie ma obowiązku, udostępnić instytucjom zamawiającym po spełnieniu określonych warunków. Procedurami, które mogą być stosowane bez konieczności wystąpienia określonych okoliczności są: procedura otwarta, ograniczona oraz partnerstwo innowacyjne. Stosowanie procedury konkurencyjnej z negocjacjami oraz dialogu konkurencyjnego, podobnie jak procedury negocjacyjnej bez ogłoszenia, uzależnione jest od wystąpienia konkretnych przesłanek wymienionych w dyrektywie.

2.3.1. Procedura otwarta

Procedura otwarta jest procedurą, w której każdy zainteresowany wykonawca może złożyć ofertę w odpowiedzi na zaproszenie do ubiegania się o zamówienie. Obejmuje ona następujące etapy:

- 1) publikacja ogłoszenia o zamówieniu
- 2) składanie ofert wraz z informacjami na potrzeby kwalifikacji podmiotowej
- 3) kwalifikacja wykonawców
- 4) wybór oferty i udzielenie zamówienia.

Jednym z nowych elementów wprowadzonych dyrektywą 2014/24/UE do procedury otwartej jest możliwość zmiany kolejności etapów kwalifikacji wykonawców i oceny ofert. Zgodnie z art. 56 ust. 2 nowej dyrektywy w procedurze otwartej

ocena ofert może mieć miejsce przed sprawdzeniem czy wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania i przed weryfikacją spełnienia kryteriów kwalifikacji.

Minimalny termin składania ofert w tej procedurze co do zasady wynosi **35 dni** od daty wysłania ogłoszenia o zamówieniu⁴⁶. W przypadku jednak, gdy nie jest możliwe zapewnienie nieograniczonego, pełnego, bezpośredniego i bezpłatnego dostępu do dokumentów zamówienia za pomocą środków elektronicznych termin ten należy przedłużyć o 5 dni⁴⁷.

W określonych sytuacjach termin minimalny może także ulec skróceniu. Dotyczy to przypadków gdy:

- » opublikowano wstępne ogłoszenie informacyjne, które nie stanowiło zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, ale zawierało informacje wymagane dla ogłoszenia o zamówieniu⁴⁸ o ile informacje te były dostępne w momencie publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego i zostało ono wysłane do publikacji na co najmniej 35 dni i nie więcej niż 12 miesięcy przed datą wysłania ogłoszenia o zamówieniu – umożliwia skrócenie terminu do **15 dni** od daty wysłania ogłoszenia o zamówieniu⁴⁹;
- » zaistniał stan pilnej konieczności należyte uzasadniony przez zamawiającego – możliwe jest skrócenie terminu do **15 dni**;
- » istnieje możliwość składania ofert za pomocą środków elektronicznych – umożliwia skrócenie terminu do **30 dni**.

2.3.2. Procedura ograniczona

W procedurze ograniczonej każdy wykonawca może, w odpowiedzi na zaproszenie do ubiegania się o zamówienie, złożyć wnioski o dopuszczenie do udziału. Do składania ofert zapraszani są natomiast tylko wykonawcy zakwalifikowani przez instytucję zamawiającą. Procedura ograniczona obejmuje co do zasady następujące etapy:

- 1) publikacja ogłoszenia o zamówieniu;
- 2) składanie wniosków o dopuszczenie do udziału wraz z informacjami na potrzeby kwalifikacji podmiotowej;
- 3) kwalifikacja wykonawców i zaproszenie do składania ofert (wszystkich wykonawców spełniających kryteria kwalifikacji lub ich ograniczonej liczby - minimum pięciu kandydatów⁵⁰);

46 Zob. dyrektywa 2014/24/UE, art. 27 ust. 1 akapit drugi.

47 Zob. ibidem, art. 53 ust. 1.

48 Por. ibidem, załącznik V część B Sekcja 1.

49 Ibidem, art. 27 ust. 2.

50 Ibidem, art. 65: 1. W przypadku procedur ograniczonych, procedur konkurencyjnych z negocjacjami, procedur dialogu konkurencyjnego oraz partnerstwa innowacyjnego instytucje zamawiające mogą ograniczyć liczbę kandydatów spełniających kryteria kwalifikacji, których zaproszą do złożenia ofert lub prowadzenia dialogu, o ile dostępna jest minimalna liczba, zgodnie z ust. 2, kwalifikujących się kandydatów.

2. Instytucje zamawiające wskazują w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria lub zasady, które zamierzają stosować, minimalną

4) Wybór oferty najkorzystniejszej i udzielenie zamówienia.

Nowa dyrektywa wprowadziła w tej procedurze (podobnie w procedurze konkurencyjnej z negocjacjami) pewne ułatwienia przewidziane dla instytucji zamawiających poniżej szczebla centralnego. Mogą one stosować wstępne ogłoszenie informacyjne jako zaproszenie do ubiegania się o zamówienie zamiast ogłoszenia o zamówieniu.⁵¹

W takim wypadku wstępne ogłoszenie informacyjne powinno być publikowane w Dzienniku Urzędowym UE w sposób ciągły czyli przez cały okres jego ważności. Wykonawcy powinni zgłosić zainteresowanie takim zamówieniem jak najszybciej, tak aby we właściwym czasie instytucja zamawiająca mogła wysłać do nich zaproszenie do potwierdzenia zainteresowania zamówieniem. Zamawiający nie ma obowiązku wysyłania zaproszenia do wykonawców, którzy nie zgłosili zainteresowania.

W procedurze ograniczonej minimalny termin na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wynosi co do zasady **30 dni** od daty wysłania ogłoszenia o zamówieniu (w przypadku zastosowania wstępnego ogłoszenia informacyjnego jako sposobu zaproszenia do ubiegania się o zamówienie – od daty wysłania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania udziałem⁵²).

Minimalny termin składania ofert to – zgodnie z art. 28 ust. 2 akapit drugi, **30 dni** od daty wysłania zaproszenia do składania ofert. Termin ten należy wydłużyć o 5 dni w przypadku braku zapewnienia dostępu do dokumentów zamówienia za pomocą środków elektronicznych⁵³. Może on jednak ulec skróceniu do **10 dni** od daty wysłania zaproszenia do składania ofert, w sytuacji kiedy opublikowane przez zamawiającego wstępne ogłoszenie informacyjne nie stanowiło zaproszenia do ubiegania się o zamówienie i spełnione są następujące warunki - wstępne ogłoszenie informacyjne zawierało wymagane informacje⁵⁴ jeśli były one dostępne w momencie publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego oraz zostało wysłane na co najmniej 35 dni i nie więcej niż 12 miesięcy przed datą wysłania ogłoszenia o zamówieniu.

Skrócenie terminu składania ofert może być również wynikiem porozumienia instytucji zamawiającej i zakwalifikowanych wykonawców. Jednakże, zastosowanie takiej możliwości przewidziano w dyrektywie tylko dla instytucji zamawiających poniżej szczebla centralnego. W przypadku nieosiągnięcia porozumienia w sprawie terminu nie może być on krótszy niż **10 dni** od daty wysłania zaproszenia

liczbę kandydatów, których zamierzają zaprosić, oraz, w stosownych przypadkach, ich maksymalną liczbę. W procedurach ograniczonych minimalna liczba oznacza pięciu kandydatów. W procedurze konkurencyjnej z negocjacjami, dialogu konkurencyjnym i partnerstwie innowacyjnym minimalna liczba kandydatów wynosi trzy. W każdym przypadku liczba zaproszonych kandydatów musi być wystarczająca, aby zapewnić prawdziwą konkurencję.

51 Ibidem, art. 26 ust. 5 akapit drugi.

52 Ibidem, art. 28 ust. 1 akapit drugi.

53 Ibidem, art. 53 ust. 1.

54 Ibidem, Załącznik V część B Sekcja I.

do składania ofert⁵⁵ (w przypadku braku dostępu do dokumentów zamówienia za pomocą środków elektronicznych wydłuża się go o 5 dni). Ponadto zamawiający ma możliwość skrócenia terminu, jeżeli akceptuje składanie ofert za pomocą środków elektronicznych – **o 5 dni**, czyli do 25 dni od daty wysłania zaproszenia do składania ofert. Możliwość skrócenia terminów daje także należycie uzasadniony przez zamawiającego stan pilnej konieczności, który nie pozwolił na dotrzymanie wymaganych terminów – w takim wypadku termin wynosi co najmniej **15 dni** na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału oraz co najmniej **10 dni** na składanie ofert.

2.3.3. Procedura konkurencyjna z negocjacjami

W dyrektywie 2004/18/WE procedura ta określana była mianem procedury negocjacyjnej z uprzednią publikacją ogłoszenia⁵⁶. W procedurze konkurencyjnej z negocjacjami zamawiający w celu zagwarantowania równego traktowania wszystkich wykonawców, ma obowiązek określenia w dokumentach zamówienia minimalnych wymogów oraz kryteriów udzielenia zamówienia, które nie podlegają negocjacjom⁵⁷. Należy podkreślić, iż minimalnymi wymaganiami, ustanawianymi przez instytucję zamawiającą, są te warunki, które powinna spełniać lub posiadać każda oferta by umożliwić instytucji zamawiającej udzielenie zamówienia zgodnie z wybranymi kryteriami udzielenia zamówienia.

Negocjacje mogą zatem dotyczyć wszystkich cech zamawianych robót budowlanych, dostaw i usług, w tym na przykład jakości, ilości, klauzul handlowych oraz aspektów społecznych, środowiskowych i innowacyjnych, o ile nie stanowią one wymagań minimalnych⁵⁸. Powinny one służyć poprawie ofert, tak aby umożliwić instytucjom zamawiającym zakup robót budowlanych, dostaw i usług idealnie dostosowanych do ich konkretnych potrzeb.

Zamawiający mogą udzielić zamówienia już na podstawie ofert wstępnych bez prowadzenia negocjacji. Warunkiem jest jednak przewidzenie takiej możliwości w ogłoszeniu o zamówieniu lub zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.

W nowej dyrektywie procedura konkurencyjna z negocjacjami oraz dialog konkurencyjny mają wspólne przesłanki umożliwiające ich zastosowanie⁵⁹. Dotyczą one sytuacji, w których:

- w odniesieniu do dostaw, usług i robót budowlanych, spełnione jest co najmniej jedno z poniższych kryteriów:
 - » potrzeby instytucji zamawiającej nie mogą zostać zaspokojone bez dostosowania łatwo dostępnych rozwiązań;
 - » obejmują rozwiązania projektowe lub innowacyjne;

55 Ibidem, art. 28 ust. 4.

56 Dyrektywa 2004/18/WE, art. 30.

57 Dyrektywa 2014/24/UE, art. 29 ust. 3 akapit drugi.

58 Ibidem, motyw 45 preambuły.

59 Ibidem, art. 26 ust. 4.

- » ze względu na szczególne okoliczności związane z charakterem, stopniem złożoności, skomplikowania czy struktury prawnej i finansowej, ze względu na ryzyko związane z przedmiotem zamówienia udzielenie zamówienia musi być poprzedzone negocjacjami;
- » specyfikacje techniczne nie mogą być ustalone w sposób wystarczająco precyzyjny poprzez odniesienie do norm, europejskiej oceny technicznej, wspólnej specyfikacji technicznej lub referencji technicznej⁶⁰.
- w odniesieniu do robót budowlanych, dostaw lub usług, w przypadku których w procedurze otwartej lub ograniczonej złożono tylko oferty nieprawidłowe lub niedopuszczalne.

Nieprawidłowe oferty – to w szczególności oferty niezgodne z dokumentami zamówienia, otrzymane po upływie terminu na składanie ofert, związane ze złą wiarą lub korupcją lub uznane za rażąco tanie (art. 26 ust. 4).

Niedopuszczalne oferty – to oferty których cena przekracza budżet ustalony na początku postępowania przez instytucję zamawiającą bądź złożone przez oferentów, którzy nie posiadają wymaganych kwalifikacji (art. 26 ust. 4).

W takiej sytuacji instytucja zamawiająca może nie publikować ogłoszenia o zamówieniu, jeśli zaprosi do postępowania wszystkich, a zarazem tylko takich wykonawców, którzy we wcześniej prowadzonej procedurze złożyli oferty zgodnie z wymogami formalnymi oraz spełniają kryteria kwalifikacji.

Procedura konkurencyjna z negocjacjami obejmuje co do zasady następujące etapy:

- 1) publikacja ogłoszenia o zamówieniu;
- 2) składanie wniosków o dopuszczenie do udziału wraz z informacjami na potrzeby kwalifikacji podmiotowej;
- 3) kwalifikacja wykonawców i zaproszenie do składania ofert wstępnych stanowiących podstawę negocjacji (wszystkich wykonawców spełniających kryteria kwalifikacji lub ich ograniczonej liczby – minimum trzech kandydatów⁶¹);
- 4) negocjacje ofert wstępnych i wszystkich późniejszych ofert (z wyjątkiem ofert ostatecznych);
- 5) ewentualne zakończenie negocjacji i poinformowanie o tym fakcie wykonawców;
- 6) zaproszenie do składania ofert ostatecznych;
- 7) wybór oferty najkorzystniejszej na podstawie określonych kryteriów udzielenia zamówienia oraz udzielenie zamówienia.

⁶⁰ Ibidem, załącznik VII: Definicje niektórych specyfikacji technicznych, pkt 2-5.

⁶¹ Ibidem, art. 65 ust. 2 akapit 2: W procedurze konkurencyjnej z negocjacjami, dialogu konkurencyjnym i partnerstwie innowacyjnym minimalna liczba kandydatów wynosi trzy. W każdym przypadku liczba zaproszonych kandydatów musi być wystarczająca, aby zapewnić prawdziwą konkurencję.

Minimalny termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu to **30 dni** od daty wysłania ogłoszenia o zamówieniu lub w przypadku zastosowania wstępnego ogłoszenia informacyjnego jako sposobu zaproszenia do ubiegania się o zamówienie – od daty wysłania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania udziałem. Minimalny termin składania ofert wynosi **30 dni** od daty wysłania zaproszenia.

W zakresie terminów skróconych dyrektywa odsyła do przepisów mających zastosowanie do procedury ograniczonej. W związku z tym minimalne terminy mogą być skrócone⁶²:

- » do **10 dni** na składanie ofert jeśli opublikowano wstępne ogłoszenie informacyjne niestanowiące zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, które zawierało wszystkie wymagane informacje⁶³ dostępne w momencie publikacji, a także zostało ono wysłane do publikacji na co najmniej 35 dni i nie więcej niż 12 miesięcy przed datą wysłania ogłoszenia o zamówieniu;
- » do **25 dni** w przypadku składania ofert za pomocą środków elektronicznych;
- » do **15 dni** na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału oraz do **10 dni** na składanie ofert w przypadku uzasadnionej przez zamawiającego stanu pilnej konieczności uniemożliwiających dotrzymanie minimalnych terminów;
- » skrócenie terminu składania ofert w wyniku porozumienia zamawiającego poniżej szczebla centralnego i zakwalifikowanych wykonawców, w przypadku nieosiągnięcia porozumienia w sprawie terminu nie może być on krótszy niż **10 dni** od daty wysłania zaproszenia.

W przypadku braku zapewnienia nieograniczonego, pełnego, bezpośredniego i bezpłatnego dostępu do dokumentów zamówienia za pomocą środków elektronicznych stosowne terminy składania ofert muszą być przedłużone o 5 dni⁶⁴.

W ramach negocjacji zamawiający zapewniają równe traktowanie wszystkich zakwalifikowanych wykonawców, udzielając im informacji m.in. na temat zmian w specyfikacjach technicznych lub innych dokumentach, a następnie umożliwiając im dostosowanie i złożenie ofert. Zamawiający nie udzielają innym kandydatom informacji wskazanych przez danego oferenta jako poufne.

W dyrektywie przewidziano również możliwość podziału negocjacji na etapy w celu ograniczenia liczby ofert. Ograniczenie ofert w negocjacjach odbywa się przez zastosowanie określonych kryteriów udzielenia zamówienia wskazanych w dokumentach zamówienia. Zgodnie z art. 66 dyrektywy liczba ofert uzyskana na ostatnim etapie musi zapewniać prawdziwą konkurencję, o ile istnieje wystarczająca liczba oferentów, rozwiązań lub kwalifikujących się kandydatów. Warunkiem skorzystania z takiego rozwiązania jest przewidzenie go przez instytucję zamawiającą w dokumentach zamówienia. Unijny ustawodawca podkreśla, że wszystkie etapy powinny być należycie udokumentowane, a wszystkie oferty

62 Ibidem, art. 28 ust. 3-6.

63 Ibidem, załącznik V część B sekcja I.

64 Ibidem, art. 53 ust. 1.

przez cały czas trwania postępowania powinny być składane na piśmie w celu zapewnienia przejrzystości i możliwości śledzenia procesu negocjacji⁶⁵.

2.3.4. Dialog konkurencyjny

Dialog konkurencyjny jest procedurą, która znajduje zastosowanie przede wszystkim w sytuacji, kiedy instytucje zamawiające są w stanie określić swoje potrzeby i wymagania, ale nie potrafią ustalić w jaki sposób mają być one spełnione. Nie są one również w stanie ocenić jakie rozwiązania techniczne, finansowe czy prawne może im zaoferować w tym zakresie rynek. Przykładem mogą być tu projekty innowacyjne, duże projekty zintegrowanej infrastruktury transportowej, dużych sieci komputerowych lub projekty wymagające złożonego i ustrukturyzowanego finansowania⁶⁶. Dialog konkurencyjny może być również użyteczny w przypadku robót budowlanych, których przedmiotem są niestandardowe budynki, lub sytuacje, w których roboty budowlane obejmują projektowanie lub rozwiązania innowacyjne oraz usługi lub dostawy wymagające prac dostosowawczych lub projektowych. Takie prace dostosowawcze lub projektowe są konieczne szczególnie w przypadku złożonych zakupów, takich jak wysokiej klasy produkty, usługi intelektualne, np. pewne usługi doradcze, usługi architektoniczne lub usługi z zakresu inżynierii bądź duże projekty z zakresu technologii informatycznych i komunikacyjnych (ICT). W takich przypadkach negocjacje mogą być konieczne, by zagwarantować, że dana dostawa lub usługa odpowiada potrzebom instytucji zamawiającej⁶⁷. Zastosowanie znajdzie zatem procedura konkurencyjna z negocjacjami lub dialog konkurencyjny. Z tego też względu przesłanki zastosowania dialogu konkurencyjnego są wspólne z przesłankami ustanowionymi dla procedury konkurencyjnej z negocjacjami i zostały określone w artykule 26 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE.

Dialog konkurencyjny obejmuje następujące etapy:

- 1) publikacja ogłoszenia o zamówieniu;
- 2) składanie wniosków o dopuszczenie do udziału wraz z informacjami na potrzeby kwalifikacji podmiotowej;
- 3) kwalifikacja wykonawców i zaproszenie do udziału w dialogu (wszystkich wykonawców spełniających kryteria kwalifikacji lub ich ograniczonej liczby – co najmniej trzech kandydatów)⁶⁸
- 4) dialog z wybranymi wykonawcami (procedura może zostać podzielona na etapy w celu ograniczenia liczby rozwiązań omawianych na etapie dialogu poprzez zastosowanie kryteriów udzielenia zamówienia – należy takie rozwiązanie przewidzieć w dokumentach zamówienia.⁶⁹ Zgodnie z art. 66 liczba rozwiązań uzyskana na ostatnim etapie musi zapewniać prawdziwą

65 Ibidem, motyw 45 preambuły.

66 Ibidem, motyw 42 preambuły.

67 Ibidem, motyw 43 preambuły.

68 Ibidem, art. 65.

69 Ibidem, art. 30 ust. 4

konkurencję, o ile istnieje wystarczająca liczba oferentów, rozwiązań lub kwalifikujących się kandydatów);

- 5) zakończenie dialogu i poinformowanie o tym fakcie wykonawców ;
- 6) zaproszenie do składania ofert ostatecznych opierających się na rozwiązaniu lub rozwiązaniach przedstawionych i określonych podczas dialogu;
- 7) ewentualne wyjaśnienie, uszczegółowienie ofert na wniosek instytucji zamawiającej;
- 8) wybór oferty w oparciu o kryterium oferty o najlepszej relacji jakości do ceny i udzielenie zamówienia.

Minimalny termin na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w dialogu to **30 dni** od daty wysłania ogłoszenia o zamówieniu.

Jak w przypadku innych procedur negocjacyjnych, tak również w dialogu konkurencyjnym, zamawiający zapewnia równe traktowanie wszystkich wykonawców, z którymi prowadzi negocjacje, co oznacza m.in. nieujawnienie pozostałym uczestnikom proponowanych przez oferenta rozwiązań oraz informacji poufnych bez jego zgody (ust. 3). Zgodnie z art. 30 ust. 6 akapit drugi dyrektywy ostateczne oferty na wniosek zamawiającego mogą zostać wyjaśnione, uszczegółowione i zoptymalizowane. Nie może to jednak prowadzić do istotnej zmiany takiej oferty czy zamówienia, w tym potrzeb i wymagań określonych na początku procedury przez zamawiającego, co mogłoby prowadzić do zakłócenia konkurencji. Nowa dyrektywa przyznaje zamawiającym więcej elastyczności, jeśli chodzi o możliwość negocjowania na ostatnim etapie dialogu w celu ostatecznego potwierdzenia zobowiązań zawartych w ofercie. Zgodnie bowiem z art.30 ust. 7 akapit drugi ze zwyciężskim oferentem zamawiający może prowadzić dalsze negocjacje w celu potwierdzenia zobowiązań finansowych lub innych warunków oferty, w taki sposób, aby nie wprowadzać istotnych modyfikacji oferty oraz zamówienia, a co za tym idzie nie stwarzać ryzyka zakłócenia konkurencji.

2.3.5. Partnerstwo innowacyjne

Partnerstwo innowacyjne jest nową procedurą, która pojawia się w dyrektywie 2014/24/UE. Zgodnie z artykułem 31 ust. 2 jej celem 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”. To procedura opracowana z myślą o zamawiających, którzy poszukują innowacyjnych rozwiązań, gdyż istniejące na rynku produkty nie są w stanie zaspokoić ich potrzeb. Zgłaszają oni swoje zapotrzebowanie określając przy tym minimalne, ale jednocześnie precyzyjne wymogi, w odpowiedzi na które zainteresowani współpracą wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Skorzystanie z partnerstwa innowacyjnego powinno być poprzedzone gruntowną analizą rynku, której celem jest stwierdzenie czy dostępne na rynku rozwiązania będą w stanie odpowiedzieć na potrzeby zamawiającego czy też istnieje potrzeba stworzenia nowego rozwiązania.

Istotą tej procedury jest nie tylko opracowanie innowacyjnego produktu, usługi czy roboty budowlanej, ale również ich zakup bez konieczności przeprowadzania odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia. W partnerstwie innowacyjnym mamy zatem do czynienia z jedną umową, obejmującą zarówno fazę badawczo-rozwojową, jak i późniejsze wyprodukowanie i dostarczenie innowacyjnego produktu, świadczenie usługi czy ukończenie robót budowlanych.

Unijny ustawodawca podkreśla jednak, że instytucje zamawiające nie powinny stosować partnerstwa innowacyjnego w sposób uniemożliwiający, ograniczający lub zakłócający konkurencję (motyw 49 preambuły). Szansą na uniknięcie zakłóceń konkurencji może być ustanowienie innowacyjnych partnerstw z kilkoma partnerami prowadzącymi odrębne działania badawczo-rozwojowe⁷⁰.

Procedura prowadząca do zawarcia umowy partnerstwa opiera się na przepisach mających zastosowanie przy procedurze konkurencyjnej z negocjacjami. Zgodnie z art. 31 ust. 1 akapit 4 zamówienia udzielane są wyłącznie na podstawie **najlepszej relacji jakości do ceny**⁷¹, co jest najbardziej odpowiednie do porównywania ofert dotyczących innowacyjnych rozwiązań.

Organizacja samego partnerstwa innowacyjnego obejmuje natomiast kolejne etapy zgodnie z kolejnością kroków w procesie badawczo-innowacyjnym. Ponadto, zgodnie z artykułem 31 ust. 7 czas trwania i wartość poszczególnych etapów musi odzwierciedlać stopień innowacyjności rozwiązania. W ramach partnerstwa innowacyjnego ustala się cele pośrednie, które mają osiągnąć wykonawcy, oraz przewiduje wypłatę wynagrodzenia w odpowiednich ratach. W każdej z tych faz powinny zostać osiągnięte cele określone przez zamawiającego i po każdej z nich istnieje możliwość eliminacji poszczególnych wykonawców, którzy nie osiągnęli wyznaczonych celów i zakończenia partnerstwa z nimi lub zakończenia partnerstwa w ogóle. Możliwość taką, jak i określenie warunków na jakich może to nastąpić zamawiający musi wskazać w dokumentach zamówienia⁷². Zakończenie poszczególnych faz wiąże się każdorazowo z wypłatą partnerom wynagrodzenia, które może uwzględniać jedynie poniesione w tej fazie koszty, ale też może obejmować rozsądny poziom zysku dla wykonawców.

Partnerstwo innowacyjne obejmuje następujące etapy:

- 1) publikacja ogłoszenia o zamówieniu, w którym zamawiający określa czy zamierza ustanowić partnerstwo z jednym partnerem czy z kilkoma partnerami oraz kryteria udzielenia zamówienia;
- 2) składanie wniosków o dopuszczenie do udziału wraz z informacjami na potrzeby kwalifikacji zawodowej wskazane przez zamawiającego;
- 3) kwalifikacja wykonawców (ocena dokonana w oparciu o kryteria dotyczące zdolności w zakresie badań i rozwoju oraz opracowywania i wdrażania

⁷⁰ Ibidem, art. 31 ust. 1 akapit trzeci.

⁷¹ Zob. ibidem, art. 67.

⁷² Ibidem, art. 31 ust. 2 akapit trzeci.

- innowacyjnych rozwiązań), a następnie zaproszenie kandydatów (wszystkich, którzy spełniają kryteria kwalifikacji lub ich ograniczonej liczby – minimum trzech kandydatów⁷³) do udziału w postępowaniu;
- 4) negocjacje z wybranymi oferentami, których punktem wyjścia są złożone przez nich oferty wstępne, (zgodnie z ust. 5 negocjacje mogą być podzielone na etapy w celu ograniczenia liczby ofert będących przedmiotem negocjacji poprzez zastosowanie kryteriów udzielenia zamówienia)
 - 5) złożenie przez wykonawców ofert końcowych, na podstawie których wybrany zostaje partner lub partnerzy;
 - 6) zawarcie umowy partnerstwa określającej m.in. zasady dotyczące organizacji partnerstwa, poszczególnych jego etapów, celów do osiągnięcia po każdym z nich, zasady dotyczące możliwości zakończenia partnerstwa czy zmniejszenia liczby partnerów na poszczególnych etapach oraz warunki, na jakich produkcja i dostawa produktu, wykonanie usługi lub realizacja roboty budowlanej będących wynikiem partnerstwa zostanie powierzona jednemu lub kilku spośród partnerów.

W ramach procedury zamawiający zobowiązani są przestrzegać zasady równego traktowania wykonawców. W związku z tym, nie mogą oni udzielać żadnych informacji, których przekazanie umożliwiłoby uzyskanie przewagi jednego kandydata nad innymi. Zamawiający zapewniają oferentom dostęp do wszelkich zmian w specyfikacjach technicznych oraz innych dokumentach zamówienia, a także czas niezbędny do zmodyfikowania ofert⁷⁴. Jednocześnie zamawiający, zgodnie z art. 21 dyrektywy 2014/24/UE, nie mogą bez zgody wykonawców ujawniać udzielanych przez nich informacji oznaczonych jako poufne innym uczestnikom. Dotyczy to zarówno poufnych informacji udzielanych przez kandydatów podczas negocjacji, jak również poufnych informacji oraz informacji w zakresie proponowanych rozwiązań udzielanych w ramach partnerstwa.

Minimalny termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wynosi **30 dni** od daty wysłania ogłoszenia o zamówieniu⁷⁵.

2.3.6. Procedura negocjacyjna bez uprzedniej publikacji

Procedura negocjacyjna bez uprzedniej publikacji jest jedyną procedurą fakultatywną dla państw członkowskich. Ze względu na to, że wiąże się ona ze znacznym ograniczeniem konkurencji jej stosowanie powinno być ograniczone do wyjątkowych sytuacji. Nowa dyrektywa precyzuje zatem okoliczności uzasadniające stosowanie procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji⁷⁶.

W odniesieniu do zamówień na **dostawy, usługi i roboty budowlane** dotyczy to następujących sytuacji:

73 Ibidem, art. 65.

74 Ibidem, art. 31 ust. 4.

75 Ibidem, art. 31 ust. 1 akapit czwarty.

76 Ibidem, art. 32 ust. 2-5.

- brak ofert lub brak ofert odpowiednich, brak wniosków lub odpowiednich wniosków o dopuszczenie do udziału w procedurze otwartej lub ograniczonej, przy czym pierwotne warunki zamówienia nie ulegają zasadniczym zmianom, dodatkowo dyrektywa nakłada w takim wypadku wymóg przesłania KE odpowiedniej informacji na ten temat, jeżeli KE o to wystąpi;

W tym punkcie ustawodawca unijny wprowadza definicję **ofert nieodpowiednich** rozumianych jako oferty niezwiązane z zamówieniem, które nie są w stanie odpowiedzieć na potrzeby i wymagania zamawiającego oraz definicję **nieodpowiednich wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu**, za które należy uważać wnioski złożone przez wykonawców, którzy nie spełniają kryteriów kwalifikacji określonych przez zamawiającego lub wobec których istnieją lub mogą zaistnieć przesłanki wykluczenia z postępowania⁷⁷.

- możliwość zrealizowania przedmiotu zamówienia wyłącznie przez jednego wykonawcę, czego przyczyną jest konieczność stworzenia lub nabycia niepowtarzalnego dzieła sztuki lub wykonania artystycznego, ochrona praw wyłącznych, w tym praw własności intelektualnej czy brak konkurencji ze względów technicznych.

W nowej dyrektywie znalazło się doprecyzowanie tej przesłanki, które stanowi, że ma ona zastosowanie jedynie wtedy, kiedy nie są dostępne inne alternatywne rozwiązania, a brak ogłoszenia nie spowodowałaby zwiększenia konkurencji ani nie przyniosłby lepszych wyników zamówienia, szczególnie w sytuacji gdy obiektywnie istnieje tylko jeden wykonawca zdolny do jego wykonania. Tak dzieje się w przypadku prac artystycznych, gdy tożsamość artysty nierozzerwalnie determinuje niepowtarzalny charakter i wartość samego dzieła (motyw 50 preambuły). Unijny ustawodawca podkreśla także, że w każdej sytuacji powoływanie się na kwestię wyłączności związaną ze względami technicznymi, powinno być szczegółowo uzasadnione. Przywołuje przykład technicznej niemożliwość osiągnięcia przez innego wykonawcę wymaganej wydajności lub konieczność skorzystania ze specjalistycznej wiedzy, narzędzi lub środków, którymi dysponuje wyłącznie jeden wykonawca⁷⁸.

- wyjątkowo pilna konieczność spowodowana okolicznościami, których zamawiający nie mógł przewidzieć i których nie można mu przypisać, która powoduje, że terminy przewidziane dla procedury otwartej, ograniczonej ani konkurencyjnej z negocjacjami nie mogą być dochowane.

W przypadku zamówień na **dostawy** przesłanki umożliwiające zastosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji pokrywają się z przesłankami z dyrektywy 2004/18/WE⁷⁹. Dotyczą one:

- wytwarzania produktów na cele badawcze, doświadczalne, naukowe czy rozwojowe;

⁷⁷ Ibidem, art. 32 ust. 2 lit. a).

⁷⁸ Ibidem, motyw 50 preambuły.

⁷⁹ Dyrektywa 2004/18/WE, art. 31 pkt 2.

- realizacji dostaw przez pierwotnego dostawcę w celu zapewnienia kompatybilności z istniejącą instalacją, przy czym okres obowiązywania takich umów ograniczony jest do trzech lat;
- zakupu towarów notowanych i nabywanych na rynku towarowym, gdzie nabywane są produkty takie jak produkty rolne, surowce oraz na giełdach energii, gdy regulowana i nadzorowana wielostronna struktura handlowa w sposób naturalny gwarantuje ceny rynkowe
- zakupu dostaw lub usług na szczególnie korzystnych warunkach związanych np. z likwidacją działalności przez dostawcę.

W przypadku zamówień publicznych na **usługi**, zastosowanie procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji może nastąpić po przeprowadzeniu konkursu zorganizowanego zgodnie z przepisami dyrektywy, gdzie dane zamówienie ma zostać udzielone zgodnie z zasadami przewidzianymi w konkursie, zwycięzcy lub jednemu ze zwycięzców konkursu.

Procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji można również stosować do **nowych robót budowlanych lub usług polegających na powtórzeniu podobnych robót budowlanych lub usług** (zamówienia uzupełniające) powierzonych wykonawcy, któremu udzielono pierwotnego zamówienia. Warunkowane jest to zgodnością takich robót budowlanych lub usług z podstawowym projektem, na który udzielono pierwotnego zamówienia na podstawie jednej z procedur zgodnie z art. 26 ust. 1.

Należy podkreślić, iż w tym wypadku rozszerzony został katalog procedur, w ramach których udzielone powinno być zamówienie podstawowe, aby możliwe było skorzystanie z tej przesłanki. Dotychczas dyrektywa odsyłała jedynie do procedury otwartej i ograniczonej⁸⁰. Dyrektywa 2014/24/UE wskazując na procedury określone w art. 26 ust. 1 rozszerza taką możliwość na wszystkie dostępne procedury. Zamawiający musi przewidzieć możliwość zastosowania tej procedury już na etapie ogłaszania pierwszego projektu, uwzględniając przy tym wartość robót lub usług uzupełniających w całkowitej wartości szacunkowej pierwszego projektu. Udzielenie takiego zamówienia musi nastąpić – podobnie jak dotychczas - w okresie trzech lat od zawarcia pierwszej umowy.

W nowej dyrektywie wśród przesłanek umożliwiających zastosowanie procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu nie znalazła się natomiast przesłanka dotycząca zamówień na dodatkowe roboty budowlane lub usługi (regulowana dotychczas art. 31 pkt 4 a) dyrektywy 2004/18/WE). Nie oznacza to jednak rezygnacji z możliwości bardziej elastycznego podejścia w przypadku, o którym mowa w tej przesłance. Zamówienia dodatkowe, w nowej dyrektywie, zostały bowiem uwzględnione w przepisach regulujących zasady modyfikacji umów o zamówienie publiczne.

⁸⁰ Dyrektywa 2004/18/WE, art. 31 pkt 4 lit. b).

2.3.7. Publikacja ogłoszeń

Dyrektywa 2014/24/UE przewiduje 3 rodzaje ogłoszeń:

- » wstępne ogłoszenie informacyjne,
- » ogłoszenie o zamówieniu i
- » ogłoszenie o udzieleniu zamówienia.

Ogłoszenia te są sporządzane i przesyłane do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wyłącznie za pomocą środków elektronicznych. Są one publikowane przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej w terminie **5 dni** od daty ich wysłania (art. 51 ust. 2). Ogłoszenia publikowane są w całości w języku urzędowym bądź w językach wybranych przez zamawiającego. Jest to niewielka, ale istotna zmiana w porównaniu do przepisów dyrektywy 2004/18/WE⁸¹, zgodnie z którymi pełny tekst ogłoszenia publikowany był wyłącznie w jednym z oficjalnych języków. Publikacja ogłoszenia w wybranych językach pozwoli instytucjom zamawiającym dotrzeć do szerszego grona potencjalnych wykonawców, a co za tym idzie może pozytywnie wpłynąć na konkurencyjność składanych ofert. W pozostałych językach urzędowych, podobnie jak w świetle dotychczasowych regulacji, publikuje się jedynie streszczenie ogłoszenia (art. 51 ust. 3).

W nowych dyrektywach, tak jak miało to miejsce w przepisach z 2004 r., przewidziano również możliwość publikacji w Dzienniku Urzędowym UE ogłoszeń, które nie podlegają obowiązkowi publikacji.

Istotną zmianą jaką wprowadzają nowe dyrektywy jest zakaz publikowania ogłoszeń na poziomie krajowym przed ich **publikacją** w Dzienniku Urzędowym UE⁸². Wyjątek dotyczy jedynie sytuacji, gdy instytucje zamawiające nie zostały powiadomione o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej. Z kolei w dyrektywie 2004/18/WE zakaz publikacji ogłoszenia na poziomie krajowym dotyczył momentu poprzedzającego **wysłanie** ogłoszenia przez zamawiającego do Komisji⁸³.

Zakaz publikacji ogłoszeń na poziomie krajowym przed ich **publikacją** w Dzienniku Urzędowym UE nie dotyczy natomiast wstępnego ogłoszenia informacyjnego, które – zgodnie z art. 52 ust. 3 nowej dyrektywy - zamawiający może opublikować na profilu nabywcy już po **wysłaniu** ogłoszenia o jego publikacji do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej.

Ogłoszenia publikowane na poziomie krajowym nie mogą zawierać treści innej niż ta zawarta w ogłoszeniach przesłanych Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

81 Dyrektywa 2004/18/WE, art. 36 ust. 4.

82 Dyrektywa 2014/24/UE, art. 52 ust. 1.

83 Dyrektywa 2004/18/WE, art. 36 ust. 5.

2.3.8. Wstępne ogłoszenie informacyjne

Nie zmieniają się zasady publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego. Ogłoszenie to może pod pewnymi warunkami, w przypadku procedury ograniczonej i konkurencyjnej z negocjacjami, stanowić zaproszenie do ubiegania się o zamówienie. Dotyczy to jednak wyłącznie instytucji zamawiających poniżej szczebla centralnego (art. 48 ust. 2). Okres objęty tym ogłoszeniem wynosi 12 miesięcy od daty przekazania ogłoszenia do publikacji lub dłużej w przypadku usług społecznych lub innych usług szczególnych. Tak jak miało to miejsce dotychczas, również zgodnie z nowymi dyrektywami, publikując wstępne ogłoszenie informacyjne, które nie stanowi zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, zamawiający mają prawo skrócić termin składania ofert. W świetle dyrektywy 2014/24/UE termin składania ofert może ulec skróceniu w procedurze otwartej z 35 dni do 15 dni od daty wysłania ogłoszenia o zamówieniu⁸⁴, w procedurze ograniczonej i konkurencyjnej z negocjacjami z 30 dni do 10 dni od daty wysłania zaproszenia do składania ofert⁸⁵.

2.3.9. Ogłoszenie o zamówieniu

Ogłoszenie o zamówieniu stanowi sposób zaproszenia do ubiegania się o zamówienie w przypadku wszystkich procedur, z wyjątkiem procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji oraz przypadku kiedy wstępne ogłoszenie informacyjne jest wykorzystywane jako zaproszenie do ubiegania się o zamówienie (procedura ograniczona oraz konkurencyjna z negocjacjami).

2.3.10. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia

Po zawarciu umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej zamawiający przesyła ogłoszenie o udzieleniu zamówienia dotyczące wyników postępowania nie później niż w terminie **30 dni** od zawarcia umowy w sprawie zamówienia bądź umowy ramowej. W przypadku zamówień udzielanych w ramach umowy ramowej zamawiający nie są zobowiązani do przesyłania ogłoszenia po każdym zamówieniu udzielonym na podstawie umowy ramowej. Są oni jednak zobowiązani do przesyłania ogłoszeń o udzieleniu każdego zamówienia w ramach dynamicznego systemu zakupów. Nowa dyrektywa pozostawia państwom członkowskim możliwość zobowiązania instytucji zamawiających do grupowania takich ogłoszeń w okresach kwartalnych i przesyłania ich w terminie 30 dni od daty zakończenia danego kwartału⁸⁶.

2.3.11. Terminy

Główną zmianą jaką wprowadziła dyrektywa 2014/24/UE w tym zakresie jest skrócenie minimalnych terminów składania ofert i wniosków o dopuszczenie

⁸⁴ Dyrektywa 2014/24/UE, art. 27 ust. 2.

⁸⁵ Ibidem, art. 28 ust. 3.

⁸⁶ Ibidem, art. 50 ust. 2 akapit drugi i ust. 3.

do udziału w postępowaniu. Ponadto, instytucje zamawiające poniżej szczebla centralnego zyskały możliwość ustalania terminu składania ofert w uzgodnieniu z wykonawcami. Możliwość ta została przewidziana w procedurze konkurencyjnej z negocjacjami oraz dialogu konkurencyjnym. Zgodnie z artykułem 28 ust. 4 „państwa członkowskie mogą postanowić, że wszystkie instytucje zamawiające poniżej szczebla centralnego – lub określone ich rodzaje – mogą wyznaczyć termin składania ofert w drodze wzajemnego porozumienia między instytucją zamawiającą a zakwalifikowanymi kandydatami, pod warunkiem że wszyscy zakwalifikowani kandydaci będą mieli tyle samo czasu na przygotowanie i złożenie ofert. W przypadku nieosiągnięcia porozumienia w sprawie terminu składania ofert termin ten wynosi co najmniej 10 dni od daty wysłania zaproszenia do składania ofert”.

Co do zasady, termin na składanie ofert bądź wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zamawiający wyznaczają uwzględniając, w szczególności, złożoność zamówienia oraz czas wymagany do sporządzenia ofert lub wniosków, z zastrzeżeniem terminów minimalnych określonych dla poszczególnych procedur⁸⁷. Terminy minimalne należy odpowiednio wydłużyć w sytuacji gdy oferty mogą zostać złożone jedynie po odbyciu wizyty na miejscu albo po dokonaniu na miejscu sprawdzenia dokumentów potwierdzających dokumenty zamówienia tak, aby wszyscy zainteresowani wykonawcy mogli uzyskać wszystkie informacje niezbędne do sporządzenia ofert. Ponadto, instytucje zamawiające przedłużają terminy składania ofert w przypadku 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. W przypadku procedury przyspieszonej związanej ze stanem pilnej konieczności (art. 27 ust. 3 i art. 28 ust. 6), termin składania ofert przedłużany jest o 4 dni. Przedłużenie terminów tak aby wszyscy zainteresowani wykonawcy mogli zapoznać się ze wszystkimi informacjami niezbędnymi do sporządzenia ofert, następuje również w sytuacji gdy w dokumentach zamówienia wprowadzono istotne zmiany. Instytucja zamawiająca nie jest zobligowana do przedłużenia terminów jeśli nie wprowadzono istotnych zmian lub nie dotrzymano terminu na wystąpienie o dodatkowe informacje (art. 47 ust. 3).

Minimalne terminy określone dla poszczególnych procedur ulegają wydłużeniu także w sytuacji gdy instytucja zamawiająca nie jest w stanie zapewnić, zgodnie z art. 53 dyrektywy, nieograniczonego, pełnego, bezpośredniego i bezpłatnego dostępu do dokumentów zamówienia za pomocą środków elektronicznych. Może mieć to miejsce w przypadku poufnej charakteru informacji udzielanych przez instytucje zamawiające w toku postępowania⁸⁸ bądź też w przypadku przewidzianych dyrektywą okoliczności, które zwalniają instytucję zamawiającą z obowiązku korzystania ze elektronicznych środków komunikacji⁸⁹. W takiej sytuacji minimalne terminy składania ofert przedłużane są o 5 dni. Nie dotyczy to przypadku, w którym zamawiający powołuje się na przesłankę należyście uzasadnionej pilnej potrzeby.

87 Ibidem, art. 47 ust. 1.

88 Ibidem, art. 21 ust. 2.

89 Ibidem, art. 22 ust. 1.

Terminy minimalne przewidziane dyrektywą 2014/24/UE obrazuje poniższa tabela:

| PROCEDURA OTWARTA | | |
|--|--|---|
| składanie ofert | 35 dni od daty wysłania ogłoszenia o zamówieniu | |
| | 40 dni (35+5) | brak dostępu do dokumentów zamówienia za pomocą środków elektronicznych |
| | 15 dni od daty wysłania ogłoszenia o zamówieniu | publikacja wstępnego ogłoszenia informacyjnego, które nie stanowi zaproszenia do ubiegania się o zamówienie |
| | 20 dni (15 + 5) | brak dostępu do dokumentów zamówienia za pomocą środków elektronicznych |
| | 15 dni od daty wysłania ogłoszenia o zamówieniu | stan pilnej konieczności uzasadniony przez zamawiającego |
| | 30 dni od daty wysłania ogłoszenia o zamówieniu | składanie ofert za pomocą środków elektronicznych |
| PROCEDURA OGRANICZONA | | |
| składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu | 30 dni od daty wysłania ogłoszenia o zamówieniu lub od daty zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania, w przypadku gdy wstępne ogłoszenie informacyjne stanowi zaproszenie do ubiegania się o zamówienie | |
| | 15 dni | stan pilnej konieczności uzasadniony przez zamawiającego |
| składanie ofert | 30 dni od daty wysłania zaproszenia do składania ofert | |
| | 35 dni (30+5) | brak dostępu do dokumentów zamówienia za pomocą środków elektronicznych |
| | 10 dni | publikacja wstępnego ogłoszenia informacyjnego, które nie stanowiło zaproszenia do ubiegania się o zamówienie |
| | 15 dni (10+5) | brak dostępu do dokumentów zamówienia za pomocą środków elektronicznych |
| | 25 dni | składanie ofert za pomocą środków elektronicznych |
| | 10 dni | stan pilnej konieczności uzasadniony przez zamawiającego |
| | Porozumienie między zamawiającym a zakwalifikowanymi kandydatami (dot. zamawiających poniżej szczebla centralnego) | |
| 10 dni w przypadku braku porozumienia | | |
| 15 dni (10+5) | | brak dostępu do dokumentów zamówienia za pomocą środków elektronicznych |

| PROCEDURA KONKURENCYJNA Z NEGOCJACJAMI | | |
|---|--|---|
| składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu | 30 dni od daty wysłania ogłoszenia o zamówieniu | |
| | 15 dni | stan pilnej konieczności uzasadniony przez zamawiającego |
| składanie ofert wstępnych | 30 dni od daty wysłania zaproszenia do składania ofert | |
| | 35 dni (30+5) | brak dostępu do dokumentów zamówienia za pomocą środków elektronicznych |
| | 10 dni | publikacja wstępnego ogłoszenia informacyjnego, które nie stanowiło zaproszenia do ubiegania się o zamówienie |
| | 15 dni (10+5) | brak dostępu do dokumentów zamówienia za pomocą środków elektronicznych |
| | Porozumienie między zamawiającym a zakwalifikowanymi kandydatami (dot. zamawiających poniżej szczebla centralnego) | |
| | 10 dni w przypadku braku porozumienia | |
| | 15 dni (10+5) | brak dostępu do dokumentów zamówienia za pomocą środków elektronicznych |
| | 25 dni | składanie ofert za pomocą środków elektronicznych |
| | 10 dni | stan pilnej konieczności uzasadniony przez zamawiającego |
| DIALOG KONKURENCYJNY | | |
| składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu | 30 dni od daty wysłania ogłoszenia o zamówieniu | |
| PARTNERSTWO INNOWACYJNE | | |
| składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu | 30 dni od daty wysłania ogłoszenia o zamówieniu | |

2.4. Techniki i instrumenty w zakresie zamówień zagregowanych

Nowa dyrektywa wskazuje na silną tendencję w dotychczasowych praktykach stosowanych w państwach członkowskich do agregacji popytu kreowanego przez publicznych zamawiających, co ma związek nie tylko z obniżaniem kosztów, ale i z profesjonalizacją zarządzania zamówieniami. Koncentracja taka może być osiągnięta poprzez kumulowanie ilości instytucji zamawiających lub ilości i wartości samych zakupów w czasie. Jednocześnie niesie ona ze sobą zagrożenia w postaci nadmiernej centralizacji zamówień i ryzyka zmywy będących w sprzeczności z zasadami przejrzystości, konkurencyjności jak i ryzyko ograniczenia dostępu MŚP do rynku zamówień publicznych.⁹⁰ Ponadto, brak w dotychczasowych przepisach szczegółowych zasad w odniesieniu np. do zamówień udzielanych wspólnie przez instytucje zamawiające z różnych państw członkowskich, mimo, że nie wykluczał takiej formy współpracy między tymi instytucjami, stanowił znaczne utrudnienie.⁹¹ Z uwagi na to w dyrektywie 2014/24/UE zagadnienia takie jak scentralizowane działania zakupowe zostały uregulowane znacznie bardziej szczegółowo niż miało to miejsce pod rządami dyrektywy 2004/18/WE. Uregulowano także kwestię wspólnego udzielania zamówień oraz zamówień, w których biorą udział zamawiający z różnych państw członkowskich. Jednocześnie, regulacje odnoszące się do umów ramowych zachowano co do zasady w dotychczasowej formie, doprecyzowując jedynie niektóre aspekty istotne z punktu widzenia prawidłowego stosowania tego instrumentu.

2.4.1. Umowy ramowe

Dyrektywy wskazują na umowy ramowe jako skuteczną i ugruntowaną technikę zamówieniową w skali całej Europy. W związku z ich częstym stosowaniem kilka kwestii wymagało jednak doprecyzowania w nowych przepisach.⁹² Wynikiem takiego doprecyzowania jest wyraźne zastrzeżenie, że umowy ramowe nie mogą być stosowane przez zamawiających nie będących stroną danej umowy ramowej jak i to, że nowi wykonawcy nie powinni przystępować do umowy ramowej po jej zawarciu.

Wskazuje się również, że zamawiający powinni mieć większą swobodę jeśli umowa ramowa została zawarta z co najmniej dwoma wykonawcami i określiła wszystkie warunki dokonywania zakupów w jej ramach. W takich sytuacjach albo wskazuje się konkretnego wykonawcę – zgodnie z obiektywnymi kryteriami i na warunkach uprzednio określonych – który zrealizuje zamówienie albo przeprowadza się minikonkurs wśród wykonawców-stron umowy. W dokumentach zamówienia dotyczących umowy ramowej powinno się wskazać obiektywne kryteria na podstawie których będzie dokonywany wybór między tymi dwoma metodami (np. wyższy poziom usługi, większy poziom bezpieczeństwa, różnica cen w porównaniu do uprzednio ustalonego cennika). Umowy ramowe nie mogą uniemożliwiać,

⁹⁰ Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 59 preambuły.

⁹¹ Ibidem, motyw 73 preambuły.

⁹² Ibidem, motyw 60 preambuły.

ograniczać ani zakłócać konkurencji. Jednocześnie zamawiający nie powinni mieć obowiązku zamawiania poprzez korzystanie z umów ramowych.⁹³

Doprecyzowaniu uległa również kwestia czasu obowiązywania poszczególnych umów zawartych w ramach umowy ramowej: podkreślono, że o ile umowa w sprawie konkretnego zamówienia udzielanego na podstawie umowy ramowej powinna być zawarta przed końcem umowy ramowej o tyle okres obowiązywania poszczególnych umów o zamówienie może być krótszy lub dłuższy od czasu obowiązywania umowy ramowej.⁹⁴ W takich sytuacjach uwzględnia się np. czas konieczny do ich realizacji, łącznie z utrzymaniem sprzętu o spodziewanym czasie użyteczności przekraczającym 4 lata lub konieczność intensywnego szkolenia personelu w celu realizacji zamówienia.

W tym kontekście w dyrektywie stwierdza się również, że zawarcie umowy ramowej na dłużej niż 4 lata powinno być dopuszczalne w wyjątkowych przypadkach, które powinny być należycie uzasadnione, w szczególności przedmiotem umowy ramowej. Jako przykład dyrektywa wskazuje sytuację, gdy wykonawcy muszą dysponować sprzętem, którego okres amortyzacji przekracza 4 lata i który musi być dostępny w każdej chwili obowiązywania danej umowy ramowej.

Gdy zamówienie poddawane jest ponownie procedurze konkurencyjnej w ramach umowy ramowej możliwe jest wykorzystanie do tego celu katalogów elektronicznych.⁹⁵

Szczegółowe regulacje dyrektywy klasycznej dotyczące umów ramowych⁹⁶ - jak już wspomniano - ogólnie pozostają podobne do tych przewidzianych poprzednią dyrektywą jednak ze znaczącym rozwinięciem przepisów dotyczących zawarcia umowy ramowej z więcej niż jednym wykonawcą. Nowe przepisy nie zmieniają definicji umowy ramowej (jedynie przenoszą ją z artykułów zawierających wszystkie definicje do artykułów poświęconych samym umowom ramowym)⁹⁷, utrzymują czteroletni okres ich obowiązywania jak i wyjątek zawierania ich na dłuższe okresy pod warunkiem należytego uzasadnienia, szczególnie przez przedmiot umowy.

Przepisy nowej dyrektywy klasycznej znoszą wcześniej istniejący wymóg, że w sytuacji, kiedy umowę ramową zawiera się z kilkoma wykonawcami musi ich być co najmniej 3, w związku z czym odnosząc się do liczby wykonawców mówią o „wię-

93 Ibidem, motyw 61 preambuły.

94 Ibidem, motyw 62 preambuły.

95 Ibidem, motyw 68 preambuły.

96 Ibidem, art. 33.

97 *Umowa ramowa oznacza umowę zawartą pomiędzy co najmniej jedną instytucją zamawiającą a co najmniej jednym wykonawcą, której celem jest określenie warunków dotyczących zamówień, które zostaną udzielone w danym okresie, w szczególności w odniesieniu do ceny oraz, w stosownych przypadkach, przewidywanych ilości* (Dyrektywa 2014/24/UE, art. 33 ust. 1; dyrektywa 2014/25/UE, art. 51 ust. 1).

cej niż jednym wykonawcy". Umowy ramowe regulowane dyrektywą klasyczną zawierane z więcej niż jednym wykonawcą mogą być realizowane na trzy sposoby⁹⁸:

- 1) bez ponownego poddawania zamówienia procedurze konkurencyjnej, z uwzględnieniem następujących wymogów:
 - » zamówienie realizuje się zgodnie z warunkami umowy ramowej;
 - » w umowie ramowej określono wszystkie warunki dotyczące realizacji robót budowlanych, usług i dostaw;
 - » w umowie określono obiektywne warunki wyłonienia wykonawców będących stroną umowy ramowej, którzy je zrealizują;
 - » warunki wyłonienia finalnych wykonawców wskazuje się w dokumentach zamówienia dotyczących umowy ramowej.
- 2) częściowo bez ponownego poddawania zamówienia procedurze konkurencyjnej (zgodnie z pierwszym sposobem), a częściowo po ponownym poddaniu zamówienia procedurze konkurencyjnej pomiędzy wykonawcami będącymi stronami umowy (zgodnie z trzecim sposobem), z uwzględnieniem następujących wymogów:
 - » w umowie określono wszystkie warunki dotyczące realizacji robót budowlanych, usług i dostaw;
 - » taka możliwość została przewidziana przez zamawiającego w dokumentach zamówienia dotyczących umowy ramowej;
 - » decyzja o tym, czy określone roboty budowlane, dostawy lub usługi mają zostać nabyte po ponownym poddaniu zamówienia procedurze konkurencyjnej lub bezpośrednio na warunkach umowy ramowej, jest podejmowana na podstawie obiektywnych kryteriów, które są określane w dokumentach zamówienia dotyczących umowy ramowej;
 - » dokumenty zamówienia określają, które warunki mogą być przedmiotem ponownego poddania zamówienia procedurze konkurencyjnej;
 - » możliwość zastosowania tego sposobu odnosi się również do każdej części umowy ramowej, dla której określono wszystkie warunki dotyczące realizacji robót budowlanych, usług i dostaw, bez względu na to, czy w umowie ramowej określono wszystkie warunki dotyczące realizacji robót budowlanych, usług i dostaw dla pozostałych części umowy.
- 3) przez ponowne poddanie zamówienia procedurze konkurencyjnej między wykonawcami będącymi stronami umowy ramowej,
 - » gdy nie wszystkie warunki dotyczące realizacji przedmiotowych robót budowlanych, usług i dostaw określono w umowie ramowej.

Procedura ponownego poddania zamówienia konkurencji pozostaje bez zmian obejmując konsultacje na piśmie, składanie ofert po odpowiednio długim czasie na ich przygotowanie, otwarcie ofert, udzielenie zamówienia.⁹⁹ Jeżeli treść dokumentów zamówienia, w szczególności specyfikacji technicznych, można określić

⁹⁸ Dyrektywa 2014/24/UE, art. 33 ust. 4.

⁹⁹ Ibidem, art. 33 ust. 5.

w sposób precyzyjny wtedy procedura ponownego poddania zamówienia konkurencji może zostać przeprowadzona za pośrednictwem aukcji elektronicznej.¹⁰⁰

Oferty na potrzeby umowy ramowej można składać w postaci katalogów elektronicznych. Zamawiający mogą także zdecydować, że ponowne poddanie zamówienia konkurencji będzie opierać się na zaktualizowanych katalogach.¹⁰¹ W takiej sytuacji zamawiający albo zapraszają oferentów do ponownego złożenia katalogów elektronicznych zaktualizowanych na potrzeby danego zamówienia udzielanego na podstawie umowy ramowej, albo powiadamiają oferentów, że ze złożonych wcześniej katalogów zamierzają pobrać informacje do sporządzenia ofert dostosowanych do danego zamówienia (pod warunkiem że o stosowaniu tej metody poinformowano w dokumentach zamówienia dotyczących umowy ramowej). W tej drugiej sytuacji¹⁰² zamawiający powiadamia o dacie i godzinie kiedy zamierza pobrać informacje, zapewniając jednocześnie oferentom możliwość odmowy zgody na takie pobranie. Zamawiający powinni zapewnić wystarczający czas między powiadomieniem a faktycznym pobraniem informacji, a przed udzieleniem zamówienia przedstawić danemu oferentowi pobrane informacje dla ich zakwestionowania lub potwierdzenia, że sporządzona oferta nie zawiera żadnych istotnych błędów.

Umowy ramowe mogą być zawierane także przez centralne jednostki zakupujące realizujące scentralizowane działania zakupowe¹⁰³ lub przez kilku zamawiających z różnych państw członkowskich¹⁰⁴.

Odnosnie ogłoszeń, nowa dyrektywa klasyczna utrzymuje dotychczasowy przepis, zgodnie z którym zamawiający nie są zobowiązani do przesyłania ogłoszeń o wynikach postępowania o udzielenie zamówienia dla każdego zamówienia opartego na umowie ramowej.¹⁰⁵ Państwa członkowskie mogą natomiast zobowiązać zamawiających do grupowania ogłoszeń o wynikach postępowań prowadzonych na podstawie umowy ramowej w okresach kwartalnych. W takim przypadku należy wysłać zgrupowane ogłoszenie w ciągu 30 dni od zakończenia każdego kwartału.

2.4.2. Centralne jednostki zakupujące

Ze względu na wzrost znaczenia scentralizowanych zakupów i ich profesjonalizację nowe dyrektywy wskazują na potrzebę zdefiniowania centralnych jednostek zakupujących.¹⁰⁶ Podczas gdy preambuła bardziej opisowo odnosi się do działań CJZ, część normatywna dyrektywy dostarcza definicji CJZ bazując na dwóch in-

100 Ibidem, art. 35 ust. 2.

101 Ibidem, art. 36 ust. 4.

102 Ibidem, art. 36 ust. 5.

103 Ibidem, art. 37 ust. 1.

104 Ibidem, art. 39 ust. 4.

105 Ibidem, art. 50 ust. 2.

106 Ibidem, motyw 69 preambuły.

nych pojęciach definiowanych w dyrektywach, tj. „scentralizowanych działaniach zakupowych” oraz „pomocniczych działaniach zakupowych”.

Preambuły opisują centralne jednostki zakupujące jako instytucje, które:

- nabywają,
- zarządzają dynamicznymi systemami zakupów,
- udzielają zamówień,
- zawierają umowy ramowe,

w imieniu innych instytucji zamawiających. Centralne jednostki zakupujące mogą świadczyć tego typu usługi za wynagrodzeniem lub bez wynagrodzenia. W ramach takiego opisu wskazuje się, że CJZ działają w dwojaki sposób:

- jako hurtownicy – kupują, przechowują, odsprzedają (produkty i usługi),
- jako pośrednicy – udzielają zamówień, obsługują dynamiczne systemy zakupów, zawierają umowy ramowe, które zostaną wykorzystane przez instytucje zamawiające. Pośrednictwo CJZ może mieć dwojaki charakter i być:
 - » pośrednictwem autonomicznym – bez instrukcji od zamawiających, lub
 - » pośrednictwem zleconym – z instrukcjami od zamawiających, w ich imieniu i na ich rachunek.

Art. 2 ust. 1 pkt 16 dyrektywy definiuje **centralną jednostkę zakupującą** jako:

instytucję zamawiającą, która realizuje scentralizowane działania zakupowe oraz, ewentualnie, pomocnicze działania zakupowe

przy czym **scentralizowane działania zakupowe** oznaczają¹⁰⁷:

działania prowadzone w trybie ciągłym w jednej z następujących form:

- a) nabywania dostaw lub usług z przeznaczeniem dla instytucji zamawiających;*
- b) udzielania zamówień publicznych lub zawierania umów ramowych na roboty budowlane, dostawy lub usługi z przeznaczeniem dla instytucji zamawiających;*

natomiast **pomocnicze działania zakupowe** określone są jako¹⁰⁸:

działania polegające na zapewnieniu wsparcia dla działań zakupowych, w szczególności w następujących formach:

- a) infrastruktury technicznej umożliwiającej instytucjom zamawiającym udzielenie zamówień publicznych lub zawieranie umów ramowych na roboty budowlane, dostawy lub usługi;*
- b) doradztwa dotyczącego prowadzenia lub planowania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego;*

107 Ibidem, art. 2 ust. 1 pkt 14.

108 Ibidem, art. 2 ust. 1 pkt 15.

c) *przygotowania postępowań o udzielenie zamówienia i zarządzania nimi w imieniu i na rzecz danej instytucji zamawiającej.*

Ponadto, preambuła wskazuje jako istotne, dookreślenie w nowej dyrektywie podziału odpowiedzialności za zgodność z prawem między zamawiającym nabywającym od lub za pośrednictwem CJZ a taką CJZ.¹⁰⁹ Generalnie CJZ i zamawiający odpowiadają za zgodność z prawem tych części postępowania, które prowadzą. W przypadku gdy CJZ ponosi wyłączną odpowiedzialność za przeprowadzanie postępowań o udzielenie zamówienia, powinna ona być również wyłącznie i bezpośrednio odpowiedzialna za zgodność tych postępowań z prawem. W przypadku gdy zamawiający prowadzi niektóre części postępowania (np. ponownie poddaje zamówienie procedurze konkurencyjnej na mocy umowy ramowej, udziela poszczególnych zamówień w oparciu o dynamiczny system zakupów) powinien ponosić odpowiedzialność za realizowane przez siebie etapy.

Dyrektywa podkreśla także, że zamawiającym należy zezwolić na udzielenia zamówienia publicznego CJZ na usługi scentralizowanych działań zakupowych, w tym usługi pomocniczych działań zakupowych, bez stosowania procedur dyrektywowych.¹¹⁰ Jednakże, jeśli zamówienie na usługi pomocniczych działań zakupowych będzie realizowane przez podmiot inny niż CJZ to powinno być one objęte procedurami określonymi w dyrektywie. Nie powinna ona jednak mieć zastosowania, gdy scentralizowane lub pomocnicze działania zakupowe prowadzone są w sposób inny niż na mocy umowy o charakterze odpłatnym.

W preambule wskazuje się także na trudności prawne (konflikt ustawodawstw) i praktyczne jakie napotyka zamawiający dokonując zamówień od CJZ w innych państwach członkowskich lub przy wspólnym transgranicznym udzielaniu zamówień publicznych.¹¹¹ Uznano zatem, że problemom takim należy zaradzić szczególnie ze względu na potencjał tego typu współpracy w rozwijaniu zamówień innowacyjnych. Z uwagi na to stwierdzono, że należy określić warunki transgranicznego korzystania z CJZ m.in. poprzez wskazanie mającego zastosowanie ustawodawstwa, w tym ustawodawstwa dot. środków odwoławczych, uzupełniając w ten sposób normy kolizyjne przewidziane rozporządzeniem 593/2008 w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I)¹¹². Ponadto stwierdzono potrzebę umożliwienia zamawiającym z różnych państw członkowskich ustanawiania wspólnych podmiotów na podstawie prawa krajowego lub unijnego, co wymaga wprowadzenia przepisów dotyczących udzielania zamówień w ramach takich podmiotów.

109 Ibidem, motyw 69 preambuły.

110 Ibidem, motyw 70 preambuły.

111 Ibidem, motyw 73 preambuły.

112 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I); Dz. Urz. L 177 z 4.07.2008, s. 6.

Oдноśne przepisy regulujące kwestie dotyczące CJZ¹¹³ stwierdzają, że państwa członkowskie mogą (ale nie muszą) przewidzieć, że zamawiający mogą nabywać dostawy lub usługi od CJZ (**korzystać z CJZ jako hurtownika**).

Państwa członkowskie mogą również postanowić, że zamawiający mogą nabywać roboty budowlane, dostawy i usługi:

- w drodze zamówień udzielanych przez CJZ,
- za pomocą dynamicznych systemów zakupów obsługiwanych przez CJZ¹¹⁴ lub,
- na mocy umowy ramowej zawartej przez CJZ realizującą scentralizowane działania zakupowe, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 14 lit. b).

(**a więc korzystać z CJZ jako pośrednika**).

W obu tych przypadkach państwa członkowskie mogą postanowić, że niektóre zamówienia będą realizowane za pośrednictwem centralnych jednostek zakupujących lub co najmniej jednej konkretnej CJZ.

Institucja zamawiająca wypełnia swoje obowiązki wynikające z dyrektyw, gdy dokonuje zakupów dostaw lub usług od CJZ realizującej scentralizowane działania zakupowe. Zamawiający wypełniają swoje obowiązki wynikające z dyrektyw również, gdy dokonują zakupów robót, dostaw lub usług w drodze zamówień udzielanych przez CJZ, za pomocą dynamicznych systemów zakupów obsługiwanych przez CJZ lub, na mocy umowy ramowej zawartej przez CJZ realizującą scentralizowane działania zakupowe, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 14 lit. a).¹¹⁵

Zamawiający odpowiada jednak za wypełnienie obowiązków wynikających z dyrektyw w odniesieniu do tych części postępowania, które przeprowadza sam, takich jak:

- a) udzielenie zamówienia za pośrednictwem dynamicznego systemu zakupów obsługiwanych przez CJZ;
- b) prowadzenie postępowania mającego na celu ponowne poddanie zamówienia procedurze konkurencyjnej na mocy umowy ramowej zawartej przez CJZ;
- c) określenie (zgodnie z art. 33 ust. 4 lit. a) lub b) dot. umów ramowych zawieranych z więcej niż jednym wykonawcą), którzy wykonawcy-strony umowy ramowej wykonają dane zadanie na mocy umowy ramowej zawartej przez CJZ.

Institucje zamawiające mogą, bez stosowania procedur przewidzianych dyrektywami, udzielić CJZ zamówienia publicznego na usługi w zakresie realizacji scen-

113 Dyrektywa 2014/24/UE, art. 37.

114 W przypadku gdy dynamiczny system zakupów obsługiwany przez CJZ może być wykorzystywany przez inne instytucje zamawiające, wskazuje się to w zaproszeniu do ubiegania się o zamówienie prowadzącym do ustanowienia takiego dynamicznego systemu zakupów (dyrektywa klasyczna, art. 37 ust. 1).

115 Dyrektywa 2014/24/UE, art. 37 ust. 2.

tralizowanych działań zakupowych a takie zamówienia mogą również obejmować realizację pomocniczych działań zakupowych.¹¹⁶

2.4.3. Okazjonalne wspólne udzielanie zamówień

Preambuła do dyrektywy opisuje okazjonalne wspólne udzielanie zamówień jako mniej zinstytucjonalizowane wspólne zakupy lub ustaloną praktykę zwracania się do usługodawców przygotowujących i zarządzających procedurami udzielania zamówień w imieniu i na rachunek instytucji zamawiającej oraz na jej polecenie¹¹⁷.

Stwierdza także, że wspólne udzielanie zamówień może przybierać różne postacie, takie jak:

- zamówienia skoordynowane,
- opracowywanie wspólnych specyfikacji technicznych dla robót budowlanych, dostaw lub usług, które zostaną zamówione przez pewną liczbę instytucji zamawiających, z których każda prowadzi odrębne postępowanie o udzielenie zamówienia,
- sytuacje, w których dane instytucje zamawiające wspólnie prowadzą jedno postępowanie o udzielenie zamówienia albo działając razem, albo powierzając jednej instytucji zamawiającej zadanie zarządzania postępowaniem o udzielenie zamówienia w imieniu wszystkich instytucji zamawiających.

Podkreśla się, że pomimo, że dyrektywy wzmocniły przepisy dotyczące CJZ nie powinno to stać na przeszkodzie okazjonalnemu wspólnemu udzielaniu zamówień, ale przeciwnie, pewne cechy wspólnego udzielania zamówień powinny zostać doprecyzowane z racji istotnej roli, jaką może odgrywać wspólne udzielanie zamówień, zwłaszcza w związku z projektami innowacyjnymi.

Zgodnie zatem z art. 38 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE dwie lub więcej instytucji zamawiających może uzgodnić przeprowadzenie niektórych konkretnych zamówień wspólnie.

W przypadku gdy całość postępowania o udzielenie zamówienia przeprowadzana jest wspólnie w imieniu i na rzecz wszystkich zainteresowanych instytucji zamawiających – są one również wspólnie odpowiedzialne za wypełnienie swoich obowiązków wynikających z dyrektyw. Ma to również zastosowanie w przypadku, gdy jedna instytucja zamawiająca zarządza przebiegiem postępowania, występując we własnym imieniu i w imieniu pozostałych zainteresowanych instytucji zamawiających.

W przypadku gdy postępowanie o udzielenie zamówienia nie jest w całości przeprowadzane w imieniu i na rzecz zainteresowanych instytucji zamawiających – są one wspólnie odpowiedzialne wyłącznie za te części postępowania, które prowadzone są wspólnie. Każda instytucja zamawiająca ponosi wyłączną odpowiedzialność za wypełnienie swoich obowiązków wynikających z dyrektyw w odniesieniu do tych części postępowania, które prowadzi w swoim imieniu i na swoją rzecz (udzielenie zamówienia, zawarcie umowy ramowej, obsługa dynamicznego sys-

¹¹⁶ Ibidem, art. 37 ust. 4.

¹¹⁷ Ibidem, motyw 71 preambuły.

temu zakupów, ponowne poddanie zamówienia procedurze konkurencyjnej na mocy umowy ramowej lub rozstrzygnięcie, który wykonawca będący stroną umowy ramowej będzie wykonywał dane zadanie).

2.4.4. Wspólne zamówienia transgraniczne

Dyrektywa wprowadza także nowe przepisy dotyczące wspólnych zamówień transgranicznych. Jak podkreślono w preambule, już poprzednia dyrektywa w sposób dorozumiany pozwalała na wspólne transgraniczne zamówienia publiczne, jednakże zamawiający nadal napotykały trudności przy zakupach od CJZ w innych państwach członkowskich lub przy wspólnym udzielaniu zamówień publicznych. Trudności te dotyczą przede wszystkim konfliktu ustawodawstw krajowych.¹¹⁸

Z tego względu za uzasadnione uznano m.in. doprecyzowanie w nowych przepisach mającego zastosowanie ustawodawstwa dotyczącego zamówień publicznych, w tym dotyczącego środków odwoławczych, w przypadkach wspólnych postępowań transgranicznych.

W dyrektywie podkreślono jednocześnie, że wspólne zamówienia transgraniczne nie powinny służyć obchodzeniu prawa krajowego, na przykład przepisów dotyczących przejrzystości i dostępu do dokumentów lub szczególnych wymagań dotyczących identyfikowalności niewralgicznych dostaw.

Art. 39 ust. 1 potwierdza wyraźnie uprawnienie instytucji zamawiających z różnych państw członkowskich do wspólnego działania w celu udzielenia zamówienia, pod warunkiem zastosowania jednego ze sposobów przewidzianych w dyrektywach:

- poprzez scentralizowane działania zakupowe realizowane przez CJZ,
- poprzez wspólne udzielanie zamówień,
- w związku z funkcjonowaniem wspólnego podmiotu,

i pod warunkiem, że takie działanie nie będzie służyć unikaniu stosowania prawa krajowego zgodnego z prawem unijnym, któremu podlegają w swoim państwie członkowskim.

Państwa członkowskie nie mogą zakazać swoim instytucjom zamawiającym korzystania ze **scentralizowanych działań zakupowych realizowanych przez CJZ znajdujące się w innym państwie członkowskim**. W odniesieniu do takich sytuacji, państwa członkowskie mogą jednak sprecyzować, że ich instytucje zamawiające mogą korzystać jedynie ze scentralizowanych działań zakupowych określonych w art. 2 ust. 1 pkt 14 lit. a) lub b) czyli nabywania dostaw lub usług z przeznaczeniem dla instytucji zamawiających (**korzystanie z zagranicznej CJZ jako hurtownika**) lub udzielania zamówień publicznych lub zawierania umów ramowych na roboty budowlane, dostawy lub usługi z przeznaczeniem dla instytucji zamawiających (**korzystanie z zagranicznej CJZ jako pośrednika**).

¹¹⁸ Ibidem, motyw 73 preambuły.

Realizowanie scentralizowanych działań zakupowych przez CJZ z innego państwa członkowskiego przebiega zgodnie z przepisami krajowymi państwa-siedziby CJZ. Przepisy krajowe państwa-siedziby CJZ mają również zastosowanie do:

- a) udzielenia zamówienia w ramach dynamicznego systemu zakupów;
- b) ponownego poddania zamówienia procedurze konkurencyjnej na mocy umowy ramowej;
- c) określenia, którzy wykonawcy będący stronami umowy ramowej wykonają dane zadanie.

Kilka instytucji zamawiających z różnych państw członkowskich może **wspólnie udzielić zamówienia publicznego, zawrzeć umowę ramową lub obsługiwać dynamiczny system zakupów**. Mogą one również udzielać zamówień na mocy umowy ramowej lub za pomocą dynamicznego systemu zakupów (wyłącznie między zamawiającymi, których wyraźnie wskazano w tym celu w zaproszeniu do ubiegania się o zamówienie lub zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania, a wykonawcami będącymi stronami zawartej umowy ramowej). W takim wypadku oraz pod warunkiem, że kwestie te nie są uregulowane umową międzynarodową zawartą między zainteresowanymi państwami członkowskimi, uczestniczące instytucje zamawiające zawierają porozumienie, w którym określa się:

- a) obowiązki stron i mające zastosowanie przepisy krajowe;
- b) wewnętrzną organizację postępowania o udzielenie zamówienia (w tym zarządzania postępowaniem, podział zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług oraz kwestie zawarcia umów.

Zamawiający uczestniczący we wspólnych zakupach wypełnia swoje obowiązki wynikające z dyrektyw, jeżeli dokonuje zakupu robót budowlanych, dostaw lub usług od instytucji zamawiającej, która jest odpowiedzialna za postępowanie o udzielenie zamówienia. Przy określaniu obowiązków i mającego zastosowanie prawa krajowego zamawiający mogą rozdzielić między siebie poszczególne obowiązki oraz określić mające zastosowanie przepisy prawa krajowego jednego spośród uczestniczących zamawiających. Podział obowiązków i mające zastosowanie przepisy krajowe są określone w dokumentach zamówienia dotyczących wspólnie udzielanych zamówień.

Gdy kilka instytucji zamawiających z różnych państw członkowskich utworzyło **wspólny podmiot**, na przykład europejskie ugrupowanie współpracy terytorialnej na mocy rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1082/2006¹¹⁹ lub inny podmiot ustanowiony na mocy prawa unijnego, uczestniczące

119 Europejskie ugrupowanie współpracy terytorialnej (EUWT) może zostać utworzone na terytorium Wspólnoty (art. 1 rozporządzenia). Składa się ono z członków należących do jednej lub kilku z następujących kategorii: państw członkowskich, władz regionalnych, władz lokalnych jak i podmiotów prawa publicznego w rozumieniu europejskich przepisów o zamówieniach publicznych (art. 3 rozporządzenia). Celem ugrupowania jest ułatwianie i upowszechnianie współpracy transgranicznej, transnarodowej lub międzyregionalnej (czyli współpracy terytorialnej), między członkami w celu wzmocnienia spójności ekonomicznej i społecznej (art. 1 rozporządzenia). EUWT posiada osobowość prawną. W każdym z państw członkowskich EUWT posiada zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych o najszerszym zakresie przyznawanym osobom prawnym na mocy prawa krajowego tego państwa członkowskiego. Może ono, w szczególności, nabywać lub zbywać mienie ruchome i nieruchomości oraz zatrudniać pracowników i występować jako strona w postępowaniu sądowym. Członkami mogą być także stowarzyszenia składające

instytucje zamawiające uzgadniają w drodze decyzji właściwego organu wspólnego podmiotu mające zastosowanie krajowe przepisy dotyczące zamówień publicznych obowiązujące w jednym z następujących państw członkowskich:

- a) przepisy krajowe państwa członkowskiego, w którym wspólny podmiot ma siedzibę statutową;
- b) przepisy krajowe państwa członkowskiego, w którym wspólny podmiot prowadzi swoją działalność.

Porozumienie takie może obowiązywać na czas nieokreślony, jeżeli jest umocowane w akcie ustanawiającym wspólny podmiot, lub może być ograniczone w czasie, ograniczone do określonych rodzajów zamówień lub do jednego konkretnego zamówienia lub większej ich liczby.

się z podmiotów należących do jednej lub kilku z tych kategorii. EUWT składa się z członków położonych na terytorium przynajmniej dwóch państw członkowskich. Zadania EUWT są ograniczone przede wszystkim do realizacji programów lub projektów współpracy terytorialnej współfinansowanych przez Wspólnotę za pomocą Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego lub Funduszu Spójności (art. 7.3 rozporządzenia).

2.5. Elektronizacja zamówień publicznych

Nowa dyrektywa klasyczna poświęca wiele miejsca zagadnieniu elektronizacji zamówień publicznych, postrzegając je jako jeden z kluczowych instrumentów służących poprawie otoczenia biznesu i warunków wprowadzania innowacji w przedsiębiorstwach, co z kolei ma się przyczynić do osiągnięcia celów strategii zawartej w komunikacie Komisji Europejskiej z dnia 3 marca 2010 r..pt. „*Europa 2020, Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającemu włączeniu społecznemu*”. Elektroniczne środki komunikacji w procedurach zamówień publicznych mają się także przyczynić do zwiększenia efektywności zarówno pod względem kosztów jak i czasu niezbędnego na przeprowadzenie postępowania. Regulacje, w nowej dyrektywie, które mają prowadzić do szerszego wykorzystania środków elektronicznych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego odnoszą się przede wszystkim do obowiązków w zakresie komunikacji. Jednakże nie mniej istotne są przepisy upraszczające nieco dotychczas funkcjonujące na gruncie poprzedniej dyrektywy, ale w niezadowalającym stopniu wykorzystywane techniki, takie jak dynamiczny system zakupów czy aukcja elektroniczna. Dyrektywa wprowadza także możliwość korzystania z katalogów elektronicznych oraz obowiązki odnoszące się do zapewnienia elektronicznego dostępu do dokumentów zamówienia.

2.5.1. Zasady dotyczące komunikacji

2.5.1.1. Obligatoryjność zastosowania komunikacji elektronicznej

Zgodnie z art. 22 dyrektywy 2014/24/UE, państwa członkowskie zapewniają, że **wszelka komunikacja i wymiana informacji odbywająca się na mocy dyrektywy, w szczególności elektroniczne składanie ofert, przeprowadzane są z wykorzystaniem elektronicznych środków komunikacji.**

Obowiązek zastosowania elektronicznych środków komunikacji został podkreślony również w motywie 52 preambuły, który wskazuje, iż przekazywanie ogłoszeń w formie elektronicznej, elektroniczna dostępność dokumentów zamówienia oraz – po 30-miesięcznym okresie przejściowym – **w pełni elektroniczna komunikacja oznaczająca komunikację za pomocą środków elektronicznych na wszystkich etapach postępowania, łącznie z przekazywaniem wniosków o dopuszczenie do udziału i w szczególności przekazywaniem ofert (elektroniczne składanie ofert), powinny być obowiązkowe.**

W art. 2 ust. 1 pkt 19 zdefiniowano co należy rozumieć pod pojęciem „**środków elektronicznych**”, wskazując mianowicie, iż jest to **sprzęt elektroniczny służący do przetwarzania (w tym także kompresji cyfrowej) i przechowywania danych, które są przesyłane, przekazywane i odbierane za pomocą przewodów, fal radiowych, środków optycznych lub innych środków elektromagnetycznych).**

Znaczenie pojęcia „środki elektroniczne” jest istotne nie tylko z punktu widzenia obowiązku komunikacji z wykorzystaniem środków elektronicznych, ale także ze względu na wykorzystanie tego terminu również w definicji „pisemności”. Zgodnie z dyrektywą **„pisemne” lub „na piśmie”** oznacza każde wyrażenie złożone ze słów lub cyfr, które można odczytać, powielić, a następnie przekazać, **w tym informacje przesyłane i przechowywane za pomocą środków elektronicznych.**

Dyrektywa 2014/24/UE nie wprowadza zmian w zakresie znaczenia „środków elektronicznych” czy „pisemności”, korzystając właściwie z definicji obowiązujących w dyrektywie 2004/18/WE. Zdecydowaną zmianą jest natomiast wprowadzenie obowiązku wykorzystywania środków elektronicznych do komunikacji na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dyrektywa dostrzega przy tym, iż elektroniczne środki komunikacji mają szczególne znaczenie zwłaszcza w kontekście wspierania praktyk i narzędzi służących do scentralizowanych zakupów. Wynika to z możliwości, które oferują w zakresie ponownego wykorzystania i automatycznego przetwarzania danych oraz minimalizacji kosztów informowania i transakcji. Z uwagi na powyższe, jak wskazuje dyrektywa - **należy w pierwszej kolejności wprowadzić obowiązek stosowania tego rodzaju elektronicznych środków komunikacji przez centralne jednostki zakupujące, a jednocześnie ułatwiać zbliżanie praktyk stosowanych w całej Unii.** Następnie, należy wprowadzić powszechny obowiązek stosowania elektronicznych środków komunikacji we wszystkich procedurach udzielania zamówień (motyw 72).

Tym samym centralne jednostki zakupujące powinny obowiązkowo korzystać w postępowaniach o udzielenie zamówienia z elektronicznych środków komunikacji najpóźniej od dnia **18 kwietnia 2017 r.** (jeżeli dane państwo członkowskie zdecyduje się na możliwość odroczenia terminu podstawowego, który jest tożsamy z terminem implementacji dyrektywy, tj. 18 kwietnia 2016 r.), natomiast wszyscy pozostali zamawiający powinni mieć taki obowiązek najpóźniej od dnia **18 października 2018 r.**

2.5.1.2. Zasada niedyskryminacji i interoperacyjności

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.** Oznacza to, iż takie elektroniczne środki komunikacji powinny również w należyty sposób uwzględniać dostępność dla osób niepełnosprawnych.

Zgodnie z załącznikiem IV do dyrektywy 2014/24/UE, narzędzia i urządzenia służące do elektronicznego odbioru ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału oraz planów i projektów w konkursach **muszą co najmniej gwarantować**, za pomocą środków technicznych i odpowiednich procedur, że:

- a) dokładny czas i daty odbioru ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału oraz przedłożenia planów i projektów mogą zostać precyzyjnie ustalone;
- b) można w praktyce zapewnić, aby przed upływem określonych terminów nikt nie uzyskał dostępu do danych przesyłanych zgodnie z tymi wymaganiami;
- c) jedynie osoby uprawnione mogą ustalać lub zmieniać daty otwarcia przesłanych danych;
- d) podczas poszczególnych etapów postępowania o udzielenie zamówienia lub konkursu dostęp do całości lub części przedłożonych danych musi być możliwy jedynie dla osób uprawnionych;
- e) jedynie osoby uprawnione mogą zapewniać dostęp do przesłanych danych i wyłącznie po określonej dacie;
- f) dane otrzymane i otwarte zgodnie z tymi wymaganiami muszą pozostać dostępne wyłącznie dla osób uprawnionych do zapoznania się z nimi;
- g) jeżeli zakazy dostępu lub warunki, o których mowa w pkt b), c), d), e) i f), zostaną naruszone lub nastąpi próba takiego naruszenia, można w praktyce zapewnić oczywiste wykrycie takich naruszeń lub prób.

Ponadto, informacje na temat specyfikacji dotyczących elektronicznego składania ofert oraz wniosków o dopuszczenie do udziału, w tym kodowania oraz oznaczania czasu odbioru powinny być dostępne dla zainteresowanych stron.

2.5.1.3. Wyjątki od zasady dostępności

Zgodnie z art. 22 ust. 5 instytucje zamawiające mogą, w razie potrzeby wymagać zastosowania narzędzi i urządzeń, które nie są ogólnie dostępne, pod warunkiem że instytucje te **oferują alternatywne środki dostępu**.

Dyrektywa uznaje, że oferowane są odpowiednie alternatywne środki dostępu, jeżeli zachodzi dowolna z poniższych sytuacji:

- instytucje zamawiające oferują nieograniczony, pełny, bezpośredni i bezpłatny dostęp za pomocą środków elektronicznych do tych narzędzi i urządzeń od daty publikacji ogłoszenia lub od daty wysłania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania. W tekście ogłoszenia lub zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania podaje się adres internetowy, pod którym dostępne są te narzędzia i urządzenia;
- instytucje zamawiające zapewniają, by oferenci niemający dostępu do tych narzędzi i urządzeń ani możliwości ich uzyskania w stosownych terminach, pod warunkiem że ten brak dostępu nie może być przypisany danemu oferentowi, mogli uzyskać dostęp do postępowania o udzielenie zamówienia przez stosowanie tymczasowych tokenów nieodpłatnie udostępnionych w sieci; lub
- instytucje zamawiające prowadzą alternatywny kanał elektronicznego składania ofert

2.5.1.4. Szczególne narzędzia elektroniczne

W odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane i konkursów, państwa członkowskie mogą także wymagać zastosowania szczególnych narzędzi elektronicznych, takich jak **narzędzia elektronicznego modelowania danych budowlanych lub podobne**. W takich przypadkach instytucje zamawiające muszą zaoferować alternatywne środki dostępu na zasadach opisanych w poprzedzającym punkcie, do czasu, gdy takie narzędzia staną się ogólnie dostępne.

2.5.1.5. Integralność danych i poufność ofert

Instytucje zamawiające mają obowiązek zapewnić zachowanie integralności danych oraz poufności ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w ramach wszelkiej komunikacji, wymiany i przechowywania informacji. Instytucje zamawiające mogą przeanalizować treść ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału dopiero po upływie terminu wyznaczonego na ich składanie.

2.5.1.6. Poziom bezpieczeństwa i proporcjonalność

Istotnym zagadnieniem w kontekście elektronicznych środków komunikacji jest kwestia określenia poziomu wymaganego dla nich bezpieczeństwa oraz proporcjonalności, jaka powinna zostać zachowana. W tym kontekście dyrektywa ustanawia następujące zasady:

- państwa członkowskie, lub instytucje zamawiające działające zgodnie z ogólnymi ramami ustanowionymi przez dane państwo członkowskie, określają poziom bezpieczeństwa wymagany dla elektronicznych środków komunikacji stosowanych na poszczególnych etapach danego postępowania o udzielenie zamówienia; Dyrektywa podkreśla, iż przed określeniem poziomu bezpieczeństwa wymagane dla elektronicznych środków komunikacji, które należy stosować na poszczególnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia, państwa członkowskie i instytucje zamawiające **powinny ocenić proporcjonalność między, z jednej strony, wymogami służącymi zapewnieniu prawidłowej i wiarygodnej identyfikacji nadawców danej wiadomości oraz integralności jej zawartości a, z drugiej strony, ryzykiem powstania problemów takich jak w sytuacjach, w których wiadomości przesyłane są przez innego nadawcę niż uprzednio wskazany** (motyw 57).
- w przypadku gdy państwa członkowskie, lub instytucje zamawiające działające zgodnie z ogólnymi ramami ustanowionymi przez dane państwo członkowskie, stwierdzą, że poziom ryzyka sprawia, że wymagane są zaawansowane podpisy elektroniczne określone w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 1999/93/WE, instytucje zamawiające akceptują zaawansowane podpisy elektroniczne oparte na kwalifikowanym certyfikacie, uwzględniając czy te certyfikaty są wystawione przez podmiot świadczący usługi certyfikacyjne wymieniony na zaufanej liście przewidzianej

w decyzji Komisji 2009/767/WE, składane za pomocą bezpiecznego urządzenia służącego do składania podpisów lub bez takiego urządzenia, o ile spełnione są następujące warunki:

- (i) instytucje zamawiające ustanawiają wymagany format zaawansowanego podpisu w oparciu o formaty ustanowione decyzją Komisji 2011/130/UE (29) oraz wprowadzają niezbędne środki umożliwiające techniczne przetwarzanie tych formatów; w przypadku gdy stosowany jest inny format podpisu elektronicznego, taki podpis lub elektroniczny nośnik dokumentu muszą zawierać informację o istniejących metodach weryfikacji odpowiadają za to państwa członkowskie. Metody weryfikacji umożliwiają instytucji zamawiającej weryfikację – w trybie online, nieodpłatnie i w sposób zrozumiały dla osób niebędących rodzimymi użytkownikami danego języka – otrzymanego podpisu elektronicznego jako zaawansowanego podpisu elektronicznego opartego na kwalifikowanym certyfikacie.

Państwa członkowskie przekazują Komisji informacje na temat podmiotu świadczącego usługi weryfikacji a Komisja podaje informacje otrzymane od państw członkowskich do wiadomości publicznej w internecie;

- (ii) jeżeli oferta jest podpisywana z wykorzystaniem kwalifikowanego certyfikatu, który jest umieszczony na zaufanej liście, instytucje zamawiające nie mogą stosować dodatkowych wymogów mogących utrudnić oferentom korzystanie z tych podpisów.

W odniesieniu do dokumentów wykorzystywanych w kontekście postępowania o udzielenie zamówienia, które są podpisywane przez właściwy organ państwa członkowskiego lub przez inny podmiot wydający dokument, właściwy organ lub podmiot wydający dokument mogą ustanowić wymagany format zaawansowanego podpisu zgodnie z wymogami określonymi w art. 1 ust. 2 decyzji 2011/130/UE. Wprowadzają one niezbędne środki umożliwiające techniczne przetwarzanie tych formatów, umieszczając w danym dokumencie informacje wymagane do przetworzenia podpisu. Dokumenty takie muszą zawierać w podpisie elektronicznym lub w elektronicznym nośniku dokumentu informację o istniejących metodach weryfikacji umożliwiających weryfikację otrzymanego podpisu elektronicznego w trybie online, nieodpłatnie i w sposób zrozumiały dla osób niebędących rodzimymi użytkownikami języka.

2.5.1.7. Wyłączenie obowiązku komunikacji elektronicznej

W trakcie przeprowadzania procedury udzielenia zamówienia publicznego, mogą także nastąpić sytuacje o wyjątkowym charakterze, w których należy instytucjom zamawiającym **zezwolić na odstąpienie od obowiązku wykorzystywania środków elektronicznych**. Taka konieczność zasadniczo może nastąpić bądź ze względu na potrzebę zapewnienia odpowiedniego bezpieczeństwa informacji bądź ze względów technicznych, które powodują, że w określonych sytuacjach przedstawienie pewnych elementów oferty lub innych dokumentów wymagałoby zastosowania szczególnych narzędzi lub urządzeń, które nie są ogólnodo-

stępne lub konieczne jest przedstawienie modelu fizycznego lub zastosowanie skali uniemożliwiającej przekazanie dokumentu drogą elektroniczną. Dyrektywa wymienia zatem **zamknięty katalog przypadków**, w których instytucje zamawiające **nie mają obowiązku wymagać elektronicznych środków komunikacji przy składaniu ofert**, a mianowicie, gdy:

- z uwagi na wyspecjalizowany charakter zamówienia, zastosowanie elektronicznych środków komunikacji wymagałoby szczególnych narzędzi, urządzeń lub formatów plików, które nie są ogólnie dostępne lub które nie są obsługiwane za pomocą ogólnie dostępnych aplikacji;
- aplikacje do obsługi formatów plików, które nadają się do opisu ofert, korzystają z formatów plików, których nie można obsługiwać za pomocą żadnych innych aplikacji otwartoźródłowych lub ogólnie dostępnych, lub są objęte systemem licencji własnościowej i nie mogą zostać udostępnione do pobierania lub zdalnego wykorzystania przez instytucję zamawiającą;
- zastosowanie elektronicznych środków komunikacji wymagałoby specjalistycznego sprzętu biurowego, który nie jest ogólnie dostępny dla instytucji zamawiających;
- dokumenty zamówienia wymagają przedstawienia modelu fizycznego lub w skali, którego nie można przekazać drogą elektroniczną.

Niezależnie od powyższego, instytucje zamawiające **nie mają obowiązku wymagać stosowania elektronicznych środków komunikacji przy składaniu ofert**, także w zakresie, w jakim stosowanie środków komunikacji innych niż środki elektroniczne jest niezbędne z racji naruszenia bezpieczeństwa elektronicznych środków komunikacji albo z uwagi na ochronę szczególnie wrażliwego charakteru informacji wymagającego tak wysokiego poziomu ochrony, że nie można go właściwie zapewnić przez zastosowanie elektronicznych narzędzi i urządzeń, które są ogólnie dostępne dla wykonawców albo które mogą im zostać udostępnione za pomocą alternatywnych środków dostępu.

W odniesieniu do komunikacji, do której nie są stosowane elektroniczne środki komunikacji, **odbywa się ona drogą pocztową lub w inny odpowiedni sposób albo z wykorzystaniem połączenia drogi pocztowej lub innego odpowiedniego sposobu i środków elektronicznych.**

Stosowanie innych środków komunikacji powinno być w takich przypadkach ograniczone jedynie do tych części oferty, dla których droga elektroniczna nie jest wymagana.

Instytucje zamawiające wymagające środków komunikacji innych niż środki elektroniczne przy składaniu ofert **mają obowiązek wskazania w indywidualnym sprawozdaniu (protokole postępowania), powodów takiego wymogu.** W stosownych przypadkach instytucje zamawiające wskazują w indywidualnym sprawozdaniu powody, dla których korzystanie ze środków komunikacji innych niż środki elektroniczne zostało uznane za niezbędne.

2.5.1.8. Dopuszczalność komunikacji ustnej

Niezależnie od powyżej wskazanych zasad, można także stosować komunikację ustną w odniesieniu do przekazywania informacji dotyczących **innych niż istotne** elementów postępowania o udzielenie zamówienia, o ile treść komunikatów ustnych jest w dostatecznym stopniu udokumentowana. Do tego celu istotne elementy postępowania o udzielenie zamówienia obejmują dokumenty zamówienia, wnioski o dopuszczenie do udziału, potwierdzenie zainteresowania i oferty. W szczególności komunikacja ustna z oferentami, która może mieć istotny wpływ na treść i ocenę ofert, musi być udokumentowana w dostatecznym stopniu i w odpowiedni sposób, na przykład na piśmie lub za pomocą nagrań, lub w formie streszczeń głównych elementów rozmowy.

2.5.2. Dynamiczne systemy zakupów

W zakresie dynamicznych systemów zakupów, nowa dyrektywa klasyczna postawiła sobie za cel uproszczenie ich przebiegu tak, aby umożliwić instytucjom zamawiającym pełne wykorzystanie możliwości, które dają.

Uproszczenie ma nastąpić poprzez ich realizację w drodze procedury ograniczonej, co w opinii ustawodawcy miało wyeliminować konieczność składania ofert orientacyjnych, uznawanych za podstawowe obciążenie w dynamicznym systemie zakupów.

Dynamiczne systemy zakupów umożliwiają instytucji zamawiającej korzystanie ze szczególnie szerokiej gamy ofert, a co za tym idzie, zapewniają optymalne wykorzystanie środków publicznych dzięki szerokiej konkurencji w odniesieniu do powszechnie używanych lub gotowych produktów, robót budowlanych lub usług, które są ogólnie dostępne na rynku (motyw 63).

2.5.2.1. Definicja

Zgodnie z art. 34 dyrektywy 2014/24/UE, w przypadku **bieżących zakupów**, których cechy, jako zakupów ogólnie dostępnych na rynku, spełniają wymagania instytucji zamawiających, instytucje zamawiające mogą stosować dynamiczny system zakupów.

Dynamiczny system zakupów jest realizowany jako **w pełni elektroniczny proces i przez cały okres ważności systemu zakupów jest otwarty dla każdego wykonawcy, który spełnia kryteria kwalifikacji.**

System ten **może być podzielony na kategorie produktów, robót budowlanych lub usług, które są obiektywnie zdefiniowane na podstawie cech zamówień, które będą udzielane w ramach danej kategorii.** Cechy te mogą obejmować odniesienie do maksymalnej dopuszczalnej wielkości późniejszych

konkretnych zamówień lub do określonego obszaru geograficznego, na którym późniejsze konkretne zamówienia będą realizowane.

W celu udzielenia zamówień w ramach dynamicznego systemu zakupów instytucje zamawiające **przestrzegają zasad procedury ograniczonej**, z tą różnicą, że w dynamicznym systemie zakupów wszyscy kandydaci, którzy spełniają kryteria kwalifikacji, są dopuszczani do udziału w systemie - **liczba kandydatów dopuszczanych do udziału w systemie nie jest ograniczana**.

Jeżeli instytucje zamawiające podzieliły system na kategorie produktów, robót budowlanych lub usług, określają one mające zastosowanie kryteria kwalifikacji dla poszczególnych kategorii.

Wykonawcy zainteresowani dynamicznym systemem zakupów lub uczestniczący w nim nie mogą być obciążani żadnymi opłatami przed rozpoczęciem okresu ważności dynamicznego systemu zakupów lub w trakcie tego okresu (art. 34 ust. 9).

2.5.2.2. Terminy

Niezależnie od art. 28 (dotyczącego procedury ograniczonej) zastosowanie mają następujące terminy:

- minimalny termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału wynosi **30 dni** od daty wysłania ogłoszenia o zamówieniu lub, w przypadku gdy wstępne ogłoszenie informacyjne jest stosowane jako sposób zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, od daty wysłania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania. Po wysłaniu zaproszenia do składania ofert dla pierwszego konkretnego zamówienia w ramach dynamicznego systemu zakupów **nie wyznacza się żadnych kolejnych terminów na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału;**
- minimalny termin składania ofert wynosi co najmniej **10 dni** od daty wysłania zaproszenia do składania ofert. W stosownych przypadkach zastosowanie ma art. 28 ust. 4 (dotyczący wyznaczenia terminu składania ofert w drodze wzajemnego porozumienia między instytucją zamawiającą a zakwalifikowanymi kandydatami). Nie stosuje się art. 28 ust. 3 i 5 (dotyczących terminu składania ofert w sytuacji opublikowania wstępnego ogłoszenia informacyjnego oraz możliwości skrócenia terminu składania ofert).

Należy podkreślić, iż cała komunikacja dotycząca dynamicznego systemu zakupów przebiega **wyłącznie w formie elektronicznej**.

2.5.2.3. Przebieg dynamicznego systemu zakupów

Na potrzeby udzielania zamówień w ramach dynamicznego systemu zakupów instytucje zamawiające:

- publikują zaproszenie do ubiegania się o zamówienie, wyraźnie zaznaczając, że stosują dynamiczny system zakupów;

- wskazują w dokumentach zamówienia co najmniej charakter i szacowaną ilość przewidzianych zakupów, jak również wszelkie niezbędne informacje dotyczące dynamicznego systemu zakupów, w tym sposób funkcjonowania dynamicznego systemu zakupów, a także informacje dotyczące wykorzystywanego sprzętu elektronicznego oraz technicznych rozwiązań i specyfikacji dotyczących połączeń;
- wskazują ewentualny podział na kategorie produktów, robót budowlanych lub usług oraz cechy określające te kategorie;
- przez cały okres ważności systemu oferują nieograniczony, bezpośredni i pełny dostęp do dokumentów zamówienia.

W trakcie całego okresu ważności dynamicznego systemu zakupów, **każdy wykonawca ma możliwość złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w systemie** a analiza takich wniosków powinna zostać przeprowadzona w ciągu maksymalnie 10 dni roboczych od ich otrzymania.

Termin ten może zostać przedłużony do 15 dni roboczych w indywidualnych przypadkach, o ile jest to zasadne, w szczególności w razie potrzeby przeanalizowania dodatkowej dokumentacji lub innego zweryfikowania tego, czy spełniono kryteria kwalifikacji.

Niezależnie od powyższego, o ile zaproszenie do składania ofert w ramach pierwszego konkretnego zamówienia w dynamicznym systemie zakupów nie zostało wysłane, instytucje zamawiające mogą wydłużyć okres oceny, pod warunkiem że w przedłużonym okresie oceny nie zostanie wystosowane żadne zaproszenie do składania ofert. W takiej sytuacji, instytucje zamawiające powinny określić w dokumentach zamówienia długość przedłużonego okresu, który zamierzają zastosować.

Powyzsza możliwość została wprowadzona ze względu na fakt, że - jak podkreślono w motywie 64 preambuły - w sytuacji gdy dynamiczny system zakupów jest ustanawiany po raz pierwszy, instytucje zamawiające mogą - w odpowiedzi na pierwszą publikację ogłoszenia o zamówieniu lub na zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania - otrzymać tak dużą liczbę wniosków o dopuszczenie do udziału, że mogą potrzebować więcej czasu na ich analizę.

Ponadto, instytucje zamawiające powinny mieć swobodę w organizowaniu sposobu analizy wniosków o dopuszczenie do udziału, na przykład postanawiając analizować je tylko raz w tygodniu, pod warunkiem że dotrzymane są terminy rozpatrzenia każdego wniosku.

Instytucja zamawiająca informuje danego wykonawcę w najwcześniejszym możliwym terminie o dopuszczeniu lub niedopuszczeniu go do dynamicznego systemu zakupów.

Instytucje zamawiające zapraszają wszystkich dopuszczonych uczestników do złożenia oferty na każde konkretne zamówienie udzielane w ramach dynamicznego systemu zakupów.

Jeżeli dynamiczny system zakupów został podzielony na kategorie robót budowlanych, produktów lub usług, instytucje zamawiające zapraszają do składania ofert wszystkich uczestników dopuszczonych do kategorii odpowiadającej danemu zamówieniu.

W dowolnym momencie okresu ważności dynamicznego systemu zakupów, instytucje zamawiające mają prawo zażądać, aby dopuszczeni uczestnicy złożyli nowe i zaktualizowane oświadczenia własne o spełnieniu kryteriów kwalifikacji jakościowej. Powinno to nastąpić w przeciągu pięciu dni roboczych od dnia przekazania takiego żądania.

Zamówienie zostaje udzielone oferentowi, który złożył najlepszą ofertę na podstawie kryteriów udzielenia zamówienia określonych w ogłoszeniu o zamówieniu dotyczącym dynamicznego systemu zakupów lub, w przypadku gdy wstępne ogłoszenie informacyjne jest stosowane jako sposób zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Kryteria te mogą, w stosownych przypadkach, zostać sformułowane bardziej precyzyjnie w zaproszeniu do składania ofert.

2.5.2.4. Okres ważności systemu

Instytucje zamawiające **wskazują okres ważności dynamicznego systemu zakupów w zaproszeniu do ubiegania się o zamówienie.**

Dodatkowo, powiadamiają one Komisję o każdej zmianie okresu ważności, używając następujących formularzy standardowych:

- w przypadku zmiany okresu ważności bez zakończenia funkcjonowania systemu – formularza wykorzystanego pierwotnie na potrzeby zaproszenia do ubiegania się o zamówienie dotyczące dynamicznego systemu zakupów;
- w przypadku zakończenia funkcjonowania systemu – ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.

2.5.3. Aukcje elektroniczne

W przypadku procedury otwartej, procedury ograniczonej lub procedury konkurencyjnej z negocjacjami instytucje zamawiające mogą postanowić, że **udzielenie zamówienia publicznego zostanie poprzedzone aukcją elektroniczną, jeżeli można w sposób precyzyjny określić treść dokumentów zamówienia, w szczególności specyfikacji technicznych.**

W tych samych okolicznościach aukcja elektroniczna może zostać przeprowadzona w przypadku ponownego poddania zamówienia procedurze konkurencyjnej pomiędzy stronami umowy ramowej oraz w przypadku otwarcia na konkurencję zamówień udzielanych w ramach dynamicznego systemu zakupów.

Aukcje elektroniczne posiadają formę **powtarzalnego procesu elektronicznego**, podczas którego przedstawiane są **nowe, obniżane ceny lub nowe wartości dotyczące niektórych elementów ofert**, realizowanego po przeprowadzeniu wstępnej pełnej oceny ofert i umożliwiającego ich klasyfikację za pomocą metod automatycznej oceny.

Aukcja elektroniczna jest oparta na jednym z następujących **elementów ofert**:

- **wyłącznie na cenach**, jeżeli zamówienia udziela się wyłącznie na podstawie ceny;
- **na cenach lub nowych wartościach cech ofert** wskazanych w dokumentach zamówienia, jeżeli zamówienia udziela się na podstawie najlepszej relacji jakości do ceny lub oferty o najniższym koszcie, przy zastosowaniu podejścia opartego na efektywności kosztowej.

2.5.3.1. Przedmiot

Nie wszystkie zamówienia publiczne mogą zostać udzielone w wyniku przeprowadzenia aukcji elektronicznej. Nie wszystkie bowiem zamówienia da się sklasyfikować za pomocą metod automatycznej oceny.

Przedmiotem aukcji elektronicznych mogą być bowiem wyłącznie **części nadające się do automatycznej oceny za pomocą środków elektronicznych bez żadnej ingerencji lub oceny ze strony instytucji zamawiającej – są to części nadające się do oszacowania ilościowego, tak by można było je wyrazić w liczbach lub procentach.**

Tym samym, jak podkreślono w preambule, co do zasady aukcje elektroniczne nie będą się nadawały do zastosowania w przypadku zamówień na usługi, których przedmiotem są prace intelektualne. Jednocześnie, dyrektywa wprost wskazuje, że aukcje elektroniczne mogą być wykorzystywane w postępowaniu o udzielenie zamówienia na zakup konkretnego prawa własności intelektualnej.¹²⁰

2.5.3.2. Przebieg aukcji

Instytucje zamawiające, które postanawiają przeprowadzić aukcję elektroniczną, podają tę informację w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.

¹²⁰ Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 67 preambuły.

W przypadku aukcji elektronicznej, dokumenty zamówienia zawierają co najmniej informacje określone w załączniku VI, którymi są:

- aspekty, których wartości będą przedmiotem aukcji elektronicznej, pod warunkiem że aspekty te są wymierne i mogą być wyrażone w postaci liczbowej lub procentowej;
- wszelkie ograniczenia co do przedstawianych wartości, wynikające ze specyfikacji dotyczącej przedmiotu zamówienia;
- informacje, które zostaną udostępnione oferentom w trakcie aukcji elektronicznej, oraz, w stosownych przypadkach, termin ich udostępnienia;
- odpowiednie informacje dotyczące przebiegu aukcji elektronicznej;
- warunki, na jakich oferenci będą mogli licytować, oraz, w szczególności, minimalne wysokości postąpień, które, w stosownych przypadkach, wymagane będą podczas licytacji;
- odpowiednie informacje dotyczące wykorzystywanego sprzętu elektronicznego, rozwiązań i specyfikacji technicznych w zakresie połączeń.

Przed przystąpieniem do aukcji elektronicznej instytucje zamawiające **dokonyują pełnej wstępnej oceny ofert zgodnie z kryterium lub kryteriami udzielenia zamówienia oraz przypisaną im wagą.**

W odniesieniu do ofert i wniosków:

- **Za dopuszczalne** uznaje się oferty złożone przez oferentów, którzy nie zostali wykluczeni i którzy spełniają kryteria kwalifikacji oraz których oferta jest zgodna ze specyfikacjami technicznymi, przy czym nie jest nieprawidłowa ani niedopuszczalna, ani nieodpowiednia.
- **Za nieprawidłowe** należy uznać w szczególności te oferty, które są niezgodne z dokumentami zamówienia, zostały otrzymane z opóźnieniem, w przypadku gdy istnieją dowody na zмовę lub korupcję, lub oferty, które instytucja zamawiająca uznała za rażąco tanie.
- **Za niedopuszczalne** należy uznać oferty przedłożone przez oferentów nieposiadających wymaganych kwalifikacji oraz oferty, których cena przekracza budżet instytucji zamawiającej, ustalony i udokumentowany przed rozpoczęciem postępowania o udzielenie zamówienia.
- Ofertę uznaje się **za nieodpowiednią**, jeżeli nie ma ona związku z zamówieniem, ponieważ wyraźnie nie jest w stanie, bez istotnych zmian, zaspokoić potrzeb i spełnić wymogów instytucji zamawiającej określonych w dokumentach zamówienia.
- Wniosek o dopuszczenie do udziału uznaje się **za nieodpowiedni**, jeżeli dany wykonawca ma zostać lub może zostać wykluczony lub nie spełnia kryteriów kwalifikacji określonych przez instytucję zamawiającą.

Wszyscy oferenci, którzy złożyli dopuszczalne oferty, są zapraszani jednocześnie do udziału w aukcji elektronicznej przy użyciu połączeń zgodnie z instrukcjami zawartymi w zaproszeniu, począwszy od określonego dnia i określonej godziny.

Do zaproszenia dołącza się również wynik pełnej oceny danej oferty, przeprowadzonej zgodnie z wagą kryteriów.

Zaproszenie wskazuje również formułę matematyczną, która zostanie wykorzystana w aukcji elektronicznej do automatycznego tworzenia kolejnych klasyfikacji na podstawie przedstawianych nowych cen lub wartości. Z wyjątkiem przypadków gdy najkorzystniejszą ekonomicznie ofertę ustala się wyłącznie na podstawie ceny, formuła ta uwzględnia wagę przypisaną wszystkim kryteriom określonym w celu ustalenia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, wskazanym w ogłoszeniu stanowiącym zaproszenie do ubiegania się o zamówienie lub w innych dokumentach zamówienia. W tym celu jednak wszystkie przedziały są wcześniej sprawdzane do konkretnych wartości.

W przypadku dopuszczenia ofert wariantowych określa się odrębną formułę dla każdego wariantu.

Rozpoczęcie aukcji elektronicznej następuje nie wcześniej niż po upływie **dwóch dni roboczych od daty wysłania zaproszeń**.

Aukcja elektroniczna **może zostać podzielona na kilka kolejnych etapów**.

W trakcie każdego etapu aukcji elektronicznej instytucje zamawiające niezwłocznie przekazują wszystkim oferentom co najmniej wystarczającą ilość informacji, aby umożliwić im ustalenie ich pozycji w klasyfikacji w dowolnym momencie. Mogą one, jeżeli zostało to wcześniej określone, podawać inne informacje dotyczące innych przedstawionych cen lub wartości. Mogą one także w dowolnym momencie ogłaszać liczbę uczestników danego etapu aukcji. Jednak w żadnym wypadku nie mogą one ujawniać tożsamości oferentów w trakcie dowolnego z etapów aukcji elektronicznej.

Instytucje zamawiające zamykają aukcję elektroniczną w jeden lub więcej z następujących sposobów:

- zgodnie z wcześniej określoną datą i godziną;
- w przypadku gdy nie otrzymają żadnych nowych cen lub nowych wartości spełniających wymagania dotyczące minimalnej wysokości postąpień, pod warunkiem że określili wcześniej dopuszczalny czas, jaki może upłynąć od otrzymania ostatniej propozycji do zamknięcia aukcji elektronicznej; lub
- w przypadku przeprowadzenia wcześniej określonej liczby etapów aukcji.

Po zamknięciu aukcji elektronicznej instytucje zamawiające udzielają zamówienia na podstawie wyników aukcji elektronicznej.

2.5.4. Katalogi elektroniczne

Kilkukrotnie powtarzającymi się w nowej dyrektywie terminami są „**interoperacyjność**” oraz „**standaryzacja**”.

Dyrektywa zwraca uwagę na ich znaczenie w kontekście zamówień publicznych, wskazując, iż zróżnicowane formaty techniczne lub standardy (a zatem brak standaryzacji) dotyczące procesów i przesyłania komunikatów, mogą potencjalnie stwarzać przeszkody dla interoperacyjności, tak wewnątrz państw członkowskich, jak i w kontekście całej Unii Europejskiej. Jako przykładem uzmysławiającym w jaki sposób standaryzacja korzystnie wpływa na interoperacyjność w globalnym wymiarze, dyrektywa posługuje się **katalogami elektronicznymi** – które są formatami do prezentacji i organizacji informacji w sposób wspólny dla wszystkich uczestniczących oferentów, formatami nadającymi się do obsługi elektronicznej. Przy braku standaryzacji katalogów elektronicznych wykonawcy byliby zmuszeni dostosowywać swe katalogi do każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niewątpliwie pociągałoby to za sobą przekazywanie podobnych informacji w różnych formatach, w zależności od specyfikacji przedstawionych przez instytucję zamawiającą. A zatem – jak podkreśla dyrektywa – **standaryzacja formatów katalogów, podniosłaby poziom interoperacyjności, zwiększyła efektywność, a także zmniejszyła wysiłek ze strony wykonawców.**¹²¹ Z tego względu KE została upoważniona do przyjmowania aktów delegowanych zobowiązujących instytucje zamawiające do stosowania określonych standardów technicznych, w tym m.in. w zakresie katalogów elektronicznych.

Komisja, jednak, zanim nałoży obowiązek stosowania konkretnego standardu technicznego, będzie musiała starannie przeanalizować ewentualne koszty, zwłaszcza pod kątem dostosowania do istniejących rozwiązań z zakresu elektronicznych zamówień publicznych, w tym koszty infrastruktury, procesów lub oprogramowania. W przypadku gdy dane standardy nie zostały opracowane przez międzynarodową, europejską lub krajową organizację normalizacyjną, powinny one spełniać wymogi mające zastosowanie do standardów ICT ustanowionych w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 1025/2012¹²².

W nowej dyrektywie klasycznej, katalogi elektroniczne zostały uregulowane w odrębnym artykule 36. Stanowi to zmianę w porównaniu do regulacji wynikającej z dyrektywy 2004/18/WE, zgodnie z którą skorzystanie z katalogów elektronicznych było możliwe jedynie na podstawie regulacji zawartych w preambule, przy czym preambuła mówiła jedynie o możliwości korzystania z katalogów elektronicznych natomiast nie precyzowała zasad na jakich miałyby się to odbywać.

¹²¹ Zob. ibidem, motyw 55 preambuły.

¹²² Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1025/2012 z dnia 25 października 2012 r. w sprawie normalizacji europejskiej, zmieniające dyrektywy Rady 89/686/EWG i 93/15/EWG oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 94/9/WE, 94/25/WE, 95/16/WE, 97/23/WE, 98/34/WE, 2004/22/WE, 2007/23/WE, 2009/23/WE i 2009/105/WE oraz uchylające decyzję Rady 87/95/EWG i decyzję Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1673/2006/WE.

W swym założeniu, katalogi elektroniczne mają przyczynić się do zwiększenia konkurencji i usprawnienia zakupów publicznych, w szczególności pod względem oszczędności czasu i pieniędzy.

2.5.4.1. Definicja

Zgodnie z art. 36 dyrektywy 2014/24/UE, w przypadku gdy wymagane jest stosowanie elektronicznych środków komunikacji, **instytucje zamawiające mogą wymagać przedstawienia ofert w formie katalogu elektronicznego lub dołączenia katalogu elektronicznego do oferty.**

Katalogi elektroniczne stanowią zatem **format prezentacji i organizacji informacji w sposób wspólny dla wszystkich uczestniczących oferentów.** Powinny być możliwe do przetwarzania elektronicznego, a ofertom przedstawionym w formie katalogu elektronicznego mogą towarzyszyć inne dokumenty uzupełniające ofertę.

2.5.4.2. Fakultatywność i obligatoryjność

Wykorzystanie katalogów elektronicznych ma, zgodnie z dyrektywą, charakter fakultatywny i zostało pozostawione w gestii instytucji zamawiających, chociaż państwa członkowskie mogą wprowadzić obowiązek stosowania katalogów elektronicznych w związku z określonymi rodzajami zamówień.

Oznacza to, iż w pewnych przypadkach skorzystanie z katalogu elektronicznego może być obligatoryjne. Ponieważ jednak zostało to pozostawione ustawodawcy krajowemu, każde państwo członkowskie Unii Europejskiej może posiadać inne regulacje wewnętrzne w przedmiotowym zakresie.

2.5.4.3. Tworzenie katalogu elektronicznego

Katalogi elektroniczne są tworzone przez kandydatów lub oferentów na potrzeby udziału w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie ze specyfikacjami technicznymi i formatem ustalonymi przez instytucję zamawiającą.

Jak podkreślono w nowej dyrektywie, korzystanie z katalogów elektronicznych do celów prezentacji ofert nie powinno oznaczać, że wykonawcy mogą się ograniczać do przesłania swojego ogólnego katalogu. Powinni oni nadal mieć obowiązek dostosowania swoich ogólnych katalogów do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia. Dostosowanie takie gwarantuje, że katalog przesyłany w odpowiedzi na dane postępowanie o udzielenie zamówienia będzie zawierał wyłącznie te produkty, roboty budowlane lub usługi, które w ocenie wykonawcy przeprowadzonej na podstawie dogłębnej analizy odpowiadają wymaganiom instytucji zamawiającej. W związku z tym wykonawcom należy zezwolić na kopiowanie informacji przedstawionych w ich ogólnym katalogu, ale nie należy zezwalać im na przedkładanie ogólnego katalogu jako takiego.

Katalogi muszą spełniać wymagania dotyczące elektronicznych narzędzi komunikacji, jak również wszelkie dodatkowe wymagania określone przez instytucję zamawiającą.

W przypadku gdy przedstawienie ofert w formie katalogów elektronicznych jest akceptowane lub wymagane, instytucje zamawiające:

- **stwierdzają to w ogłoszeniu o zamówieniu** lub, w przypadku gdy wstępne ogłoszenie informacyjne jest stosowane jako sposób zaproszenia do ubiegania się o zamówienie, **w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania;**
- wskazują w dokumentach zamówienia wszelkie niezbędne informacje dotyczące formatu, wykorzystywanego sprzętu elektronicznego oraz technicznych warunków i specyfikacji połączenia dotyczących katalogu.

2.5.4.4. Katalogi elektroniczne w umowie ramowej

W przypadku gdy po złożeniu ofert w postaci katalogów elektronicznych umowa ramowa została zawarta z więcej niż jednym wykonawcą, instytucje zamawiające mogą postanowić, że ponowne poddanie konkretnych zamówień procedurze konkurencyjnej odbywa się w oparciu o zaktualizowane katalogi.

W tym przypadku instytucje zamawiające stosują jedną z następujących metod:

- zapraszają oferentów do ponownego złożenia katalogów elektronicznych, dostosowanych do wymagań danego zamówienia; lub
- powiadamiają oferentów, że z katalogów elektronicznych, które zostały już złożone, zamierzają pobrać informacje potrzebne do sporządzenia ofert dostosowanych do wymagań danego zamówienia, pod warunkiem że o stosowaniu tej metody poinformowano w dokumentach zamówienia dotyczących umowy ramowej.

W przypadku gdy instytucje zamawiające ponownie poddają konkretne zamówienia procedurze konkurencyjnej powiadamiają one oferentów o dacie i godzinie, kiedy zamierzają pobrać informacje potrzebne do sporządzenia ofert dostosowanych do wymagań danego konkretnego zamówienia, oraz zapewniają oferentom możliwość odmówienia zgody na takie pobranie informacji.

Instytucje zamawiające muszą jednocześnie zapewnić wystarczający czas między powiadomieniem a faktycznym pobraniem informacji.

Przed udzieleniem zamówienia instytucje zamawiające przedstawiają danemu oferentowi pobrane informacje, aby dać mu możliwość zakwestionowania lub potwierdzenia, że tak sporządzona oferta nie zawiera żadnych istotnych błędów.

2.5.4.5. Katalogi elektroniczne w dynamicznym systemie zakupów

Instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień w oparciu o dynamiczny system zakupów, wymagając, aby oferty w ramach określonego zamówienia były składane w formie katalogu elektronicznego.

Instytucje zamawiające mogą również udzielać zamówień w oparciu o dynamiczny system zakupów, zgodnie z art. 36 ust. 4 lit. b) i ust. 5 (tj. pobierając z katalogów, które zostały już złożone informacje potrzebne do sporządzenia ofert dostosowanych do wymagań danego zamówienia), pod warunkiem że wnioskowi o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów towarzyszy katalog elektroniczny zgodny ze specyfikacjami technicznymi i formatem ustalonymi przez instytucję zamawiającą. Katalog ten jest następnie uzupełniany przez kandydatów, gdy są oni powiadamiani, że instytucja zamawiająca zamierza sporządzić oferty w drodze takiej procedury.

2.5.5. Dostępność w formie elektronicznej dokumentów zamówienia

Zgodnie z nową dyrektywą instytucje zamawiające powinny zapewniać za pomocą środków elektronicznych nieograniczony, pełny, bezpośredni i bezpłatny dostęp do dokumentów zamówienia, od daty publikacji ogłoszenia zgodnie z art. 51 lub od daty wysłania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania. W treści ogłoszenia lub zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania podaje się adres strony internetowej, na której dostępne są dokumenty zamówienia.

Jeżeli **nie można zapewnić nieograniczonego, pełnego, bezpośredniego i bezpłatnego dostępu za pomocą środków elektronicznych do niektórych dokumentów zamówienia** z jednego z powodów określonych w art. 22 ust. 1 akapit drugi, czyli w sytuacjach:

- gdy, z uwagi na wyspecjalizowany charakter zamówienia, zastosowanie elektronicznych środków komunikacji wymagałoby szczególnych narzędzi, urządzeń lub formatów plików, które nie są ogólnie dostępne lub które nie są obsługiwane za pomocą ogólnie dostępnych aplikacji;
- gdy aplikacje do obsługi formatów plików, które nadają się do opisu ofert, korzystają z formatów plików, których nie można obsługiwać za pomocą żadnych innych aplikacji otwartoźródłowych lub ogólnie dostępnych, lub są objęte systemem licencji własnościowej i nie mogą zostać udostępnione do pobierania lub zdalnego wykorzystania przez instytucję zamawiającą;
- gdy zastosowanie elektronicznych środków komunikacji wymagałoby specjalistycznego sprzętu biurowego, który nie jest ogólnie dostępny dla instytucji zamawiających;
- gdy dokumenty zamówienia wymagają przedstawienia modelu fizycznego lub w skali, którego nie można przekazać drogą elektroniczną

instytucje zamawiające **mogą wskazać w ogłoszeniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania, że dane dokumenty zamówienia zostaną przekazane w inny sposób niż za pomocą środków elektronicznych.**

W takim przypadku termin składania ofert zostaje przedłużony o pięć dni, poza przypadkami należycie uzasadnionej pilnej potrzeby.

Jeżeli nie można zapewnić nieograniczonego, pełnego, bezpośredniego i bezpłatnego dostępu za pomocą środków elektronicznych do niektórych dokumentów zamówienia, ponieważ instytucje zamawiające zamierzają zastosować art. 21 ust. 2 niniejszej dyrektywy, mówiący, iż: „instytucje zamawiające mogą nakładać na wykonawców wymogi mające na celu ochronę poufnego charakteru informacji, które te instytucje udostępniają w toku postępowania o udzielenie zamówienia”, **wskazują one w ogłoszeniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania, których środków mających na celu ochronę poufnego charakteru informacji wymagają i jak uzyskać dostęp do tych dokumentów.**

W takim przypadku termin składania ofert jest przedłużany o pięć dni, poza przypadkami należycie uzasadnionej pilnej potrzeby.

O ile wniosek został złożony w odpowiednim terminie, instytucje zamawiające dostarczają wszystkim oferentom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia **informacje dodatkowe** odnoszące się do specyfikacji oraz wszelkie dokumenty potwierdzające nie później niż na **sześć dni** przed terminem składania ofert.

W przypadku **procedury przyspieszonej**, termin ten wynosi **cztery dni**.

2.5.6. Internetowe repozytorium zaświadczeń (e-Certis)

W celu ułatwienia zamówień transgranicznych państwa członkowskie zapewniają stałą aktualizację informacji dotyczących zaświadczeń i innych rodzajów dowodów w formie dokumentów wprowadzanych do systemu e-Certis.

e-Certis jest systemem elektronicznym stworzonym i zarządzanym przez Komisję, który stanowi przewodnik po dokumentach i zaświadczeniach jakie są wymagane od wykonawców biorących udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego we wszystkich krajach Unii Europejskiej.

System, który jest na bieżąco aktualizowany i weryfikowany ma ułatwiać wymianę informacji na temat zaświadczeń i innych dowodów w formie dokumentów wymaganych przez instytucje zamawiające.

W e-Certis Komisja będzie także udostępniać wszystkie wersje językowe jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia.

2.6. Zasady dotyczące kwalifikacji wykonawców do udziału w postępowaniu

2.6.1. Wstęp

Zamówienia publiczne służą realizacji celów interesu publicznego oraz wiążą się z wydatkowaniem znacznych środków publicznych. Zasadnym jest wobec tego wymaganie, by zamówienia publiczne były powierzane podmiotom zdolnym do prawidłowej realizacji zamówienia. Ustaleniu zdolności wykonawców do wykonywania udzielanych zamówień służy procedura kwalifikacji wykonawców, określona w dyrektywie 2014/24/UE w Tytule II „Przepisy dotyczące zamówień publicznych”, Rozdział III „Przeprowadzenie postępowania”, w sekcji 3 „Wybór uczestników oraz udzielenie zamówienia”, w artykułach 56-64.

Kwalifikacja wykonawców może też służyć realizacji celów publicznych, niezwiązanych z celami samego zamówienia, które można określić jako cele wtórne, pod warunkiem jednak, że jest to przeprowadzane w sposób przejrzysty i niedyskryminujący. Służy temu np. zastrzeżenie realizacji zamówienia dla określonych kategorii podmiotów na zasadach określonych w dyrektywie. (zakłady pracy chronionej, programy pracy chronionej).

Dyrektywa 2014/24/UE weszła w życie w dniu 18 kwietnia 2014 r. Termin transpozycji przez państwa członkowskie UE przepisów nowej dyrektywy dotyczących kwalifikacji wykonawców w prawie krajowym upływa zasadniczo 24 miesiące od jej wejścia w życie, czyli z dniem 18 kwietnia 2016 r. Dłuższy termin - 48 miesięcy od wejścia w życie dyrektyw - został przewidziany dla przepisów dotyczących jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (art. 57 ust. 2). Ponadto, państwa członkowskie mogą także odroczyć transpozycję art. 61 ust. 2 dyrektywy, dotyczącego korzystania przez zamawiających z e-Certis.

Kwalifikacja wykonawców jest obowiązkowym elementem konkurencyjnych unijnych procedur udzielania zamówień publicznych. Polega na przeprowadzeniu przez instytucje zamawiające oceny zdolności podmiotów ubiegających się o zamówienie i w oparciu o tę ocenę, dokonanie wyboru uczestników konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z wykorzystaniem dopuszczonych instrumentów weryfikacji (środki dowodowe, jednolity dokument zamówienia, system e-Certis). Procedura kwalifikacji nie może prowadzić do sztucznego ograniczenia konkurencji przy udzielaniu zamówień.

W rezultacie prawidłowo przeprowadzonej procedury kwalifikacji, pozbawieni możliwości uzyskania zamówienia zostają wykonawcy, których rzetelność i kwalifikacje nie gwarantują prawidłowej realizacji zamówienia. Należy też mieć na uwadze, że przepisy unijne przewidują obowiązek przeprowadzenia kwalifikacji wykonawców nie tylko w trakcie postępowania o udzielenie konkretnego zamówienia, lecz również w procedurach służących wyłonieniu wykonawców dla określonych kategorii zamówień, które w chwili przeprowadzania kwalifikacji nie

były skonkretyzowane (umowy ramowe, dynamiczne systemy zakupów, systemy certyfikacji).

Podobnie jak w dotychczasowych regulacjach unijnych, nowa dyrektywa rozróżnia sytuacje, których wystąpienie powinno lub może skutkować eliminacją wykonawcy z udziału w procedurach udzielania zamówień publicznych (obligatoryjne i fakultatywne podstawy wykluczenia), jak również określa dopuszczalne pozytywne kryteria kwalifikacji służące ustaleniu zdolności wykonawców do realizacji konkretnego zamówienia lub kategorii zamówień, które mogą być stosowane przez instytucje zamawiające oraz sposoby ich weryfikacji przez zamawiającego. Nowa dyrektywa rozwija przy tym obie te grupy warunków udziału w postępowaniu, w odniesieniu do katalogu określonego w dyrektywie 2004/18/WE.

Nowa dyrektywa 2014/24/UE wprowadza też nowe instytucje i instrumenty dotyczące przeprowadzania weryfikacji zdolności wykonawców, mające służyć uelastycznieniu tego procesu oraz ułatwieniu wykonawcom ubiegania się o zamówienia, takie jak jednolity dokument zamówienia, e-Certis, procedura *self-cleaning*, weryfikacja kwalifikacji wykonawcy w oparciu o dokumenty, które ma pozyskać sam zamawiający.

Regulacje unijne dotyczące kwalifikacji wykonawców zostały pogrupowane w następujący sposób: Zasady ogólne (art. 56), Podstawy wykluczenia (art. 57), Kryteria kwalifikacji (art. 58), Jednolity dokument zamówienia (art. 59), Środki dowodowe (art. 60), Internetowe repozytorium zaświadczeń e-Certis (art. 61), Normy zapewnienia jakości i normy zarządzania środowiskowego (art. 62), Poleganie na zdolności innych podmiotów (art. 63), Urzędowe wykazy zatwierdzonych wykonawców oraz certyfikacja przez jednostki prawa publicznego (art. 64).

W przedmiotowym opracowaniu zachowany został porządek przyjęty w przepisach unijnych.

2.6.2. Zasady ogólne

Kwalifikacja wykonawców prowadzona w ramach procedur udzielania zamówień publicznych służy zapewnieniu uczciwej konkurencji na rynku zamówień publicznych. Ponieważ w jej wyniku dochodzi do selekcji wykonawców dopuszczonych do ubiegania się o zamówienia publiczne w UE, konieczne jest zapewnienie, by była prowadzona zgodnie z unijnymi zasadami udzielania zamówień publicznych. Dyrektywa 2014/24/UE określa te zasady w motywie 1 i w art. 18. Są to zasady: niedyskryminacji, równego traktowania, przejrzystości, wzajemnego uznawania i proporcjonalności.

Zgodnie z pierwszym motywem dyrektywy 2014/24/UE, udzielanie zamówień publicznych przez instytucje zamawiające państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji powinno być przeprowadzane zgodnie z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, a w szczególności z zasadami swobodnego prze-

pływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Stosownie zaś do art. 18 akapit 1 dyrektywy 2014/24/UE, instytucje zamawiające mają obowiązek zapewnienia równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz działania w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

Unijne przepisy dotyczące kwalifikacji wykonawców konkretyzują te ogólne zasady zamówień publicznych. Regulacje te mają na celu zapewnienie równych szans wykonawcom konkurującym o zamówienie oraz przeciwdziałanie dyskryminacji pomiędzy wykonawcami, w szczególności z powodu ich pochodzenia. Wymagają, by warunki ubiegania się o zamówienie były dostępne dla wykonawców i sformułowane w sposób jasny, pozwalający na obiektywną ocenę ich spełnienia przez wykonawców. Kryteria kwalifikacji powinny być także proporcjonalne do przedmiotu udzielanego zamówienia. W rezultacie regulacje unijne mają służyć zapobieganiu przy udzielaniu zamówień sztucznemu zawężaniu konkurencji, tj. organizacji zamówienia z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców (art. 18 ust. 1 akapit 2 dyrektywy).

Kwalifikacja wykonawców jest obowiązkowym etapem wszystkich procedur udzielania zamówień. Obowiązek przeprowadzenia kwalifikacji wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wynika bezpośrednio z treści art. 56 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2014/24/UE, który stanowi, że zamówienie publiczne może zostać udzielone wykonawcy, który nie został wykluczony zgodnie z art. 57 dyrektywy 2014/24/UE oraz spełnia kryteria kwalifikacji określone przez instytucję zamawiającą, zgodnie z art. 58, a także, w stosownych przypadkach niedyskryminacyjne zasady i kryteria, o których mowa w art. 65 tej dyrektywy, dotyczące ograniczania liczby kandydatów ubiegających się o zamówienie.

Kwalifikacja wykonawców obejmuje więc z jednej strony stosowanie określonych prawem unijnym dopuszczalnych podstaw wykluczenia wykonawców, odnoszących się co do zasady do ich rzetelności i uczciwości lub mających na uwadze inny relewantny interes publiczny, z drugiej zaś, na podstawie oceny zdolności wykonawców w świetle dopuszczalnych, związanych z przedmiotem zamówienia, proporcjonalnych kryteriów kwalifikacji określonych w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia, dokonanie wyboru wykonawców mających realne możliwości wykonania zamówienia.

Kwalifikacja wykonawców, co do zasady poprzedza ocenę ofert złożonych przez wykonawców. Jednakże w procedurach otwartych, instytucje zamawiające mogą podjąć decyzję o rozpatrzeniu ofert przed sprawdzeniem, że nie ma podstaw do wykluczenia i przed weryfikacją spełnienia kryteriów kwalifikacji, zgodnie z przepisami art. 57-64 dyrektywy. Jeżeli instytucje zamawiające korzystają z tej możliwości, powinny zapewnić, by sprawdzenie niewystępowania podstaw wykluczenia i weryfikacja spełnienia kryteriów kwalifikacji przebiegały w sposób bezstronny i przejrzysty.

sty, tak aby żadnego zamówienia nie udzielono oferentowi, który powinien zostać wykluczony na podstawie jednej z sytuacji określonych w art. 57 lub który nie spełnia kryteriów kwalifikacji określonych przez instytucję zamawiającą.

Uregulowania unijne dotyczące kwalifikacji wykonawców godzą potrzebę zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, z potrzebą ochrony interesu publicznego, którym udzielane zamówienia mają służyć. Niewątpliwie z tych względów art. 56 ust. 2 akapit 2 dyrektywy 2014/24/UE przewiduje, że państwa członkowskie mogą wyłączyć stosowanie procedury opisanej w akapicie pierwszym wobec określonych rodzajów zamówień lub w konkretnych okolicznościach lub ograniczyć jej stosowanie do takich rodzajów zamówień lub okoliczności.

Nową w katalogu zasad unijnego prawa zamówień publicznych jest zasada proporcjonalności, która do tej pory nie była formułowana w tekstach normatywnych dotyczących zamówień publicznych. Wymaga ona, by wybory dokonywane przez instytucje zamawiające oraz wymogi i warunki stawiane wykonawcom w ramach procedur udzielania zamówień publicznych, były adekwatne do rodzaju i rozmiaru zamówienia.

Zasada proporcjonalności powinna być stosowana przez instytucje zamawiające m.in. przy formułowaniu kryteriów kwalifikacji podmiotowej, jak i przy dokonywaniu opisu spełnienia kryteriów kwalifikacji podmiotowej przez wykonawców. Kryteria te i opis powinny być zatem proporcjonalne do przedmiotu udzielanego zamówienia lub określonej kategorii zamówień.

W nowej dyrektywie szereg przepisów realizuje zasadę proporcjonalności przy określaniu kryteriów kwalifikacji podmiotowej wykonawców. Tytułem przykładu można podać: art. 57 ust. 3 akapit 2, pozwalający na odstępstwo od obowiązku wykluczenia z powodu naruszenia obowiązków podatkowych lub z zakresu ubezpieczeń społecznych, gdyby miało to być nieproporcjonalne, czy art. 58 ust. 3 akapit 2, stwierdzający, że nieproporcjonalne będzie np. co do zasady wymaganie zdolności wykonawcy przekraczające więcej niż dwukrotnie rozmiar udzielanego zamówienia.

2.6.3. Wykonawcy

Podmioty których zdolność do realizacji zamówienia jest badana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, określani są w przepisach unijnych jako „wykonawcy”.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 ust. 1 pkt 10) dyrektywy 2014/24/UE wykonawca oznacza każdą osobę fizyczną lub prawną, podmiot publiczny lub grupę takich osób lub podmiotów, w tym tymczasowe stowarzyszenie przedsiębiorców, które oferują na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług.

Motyw 14 dyrektywy precyzuje, że pojęcie „wykonawców” powinno być definiowane szeroko, tak aby obejmowało wszelkie osoby lub podmioty, które oferują wykonanie robót budowlanych, dostawę produktów lub świadczenie usług na rynku, niezależnie od formy prawnej, którą te osoby lub podmioty wybrały do celów prowadzenia działalności. W związku z tym firmy, oddziały, jednostki zależne, spółki cywilne, spółdzielnie, spółki akcyjne, uniwersytety – publiczne czy prywatne – oraz formy podmiotów inne niż osoby fizyczne powinny wszystkie być objęte zakresem pojęcia „wykonawca”, bez względu na to, czy są one „osobami prawnymi” w jakichkolwiek okolicznościach.

Z oczywistych względów, zarówno od wykonawców, jak i od grup wykonawców ubiegających się o zamówienie zasadnym jest wymaganie posiadania zdolności do czynności prawnych, czyli zdolności do zaciągania wiążących zobowiązań w dziedzinie zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 19 ust. 1, wykonawcy, którzy zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę, są uprawnieni do świadczenia danych usług, nie mogą zostać wykluczeni jedynie z tego powodu, że zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym zamówienie jest udzielane, wymagane byłoby posiadanie przez nich statusu osób fizycznych lub prawnych.

Udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia mogą również brać grupy wykonawców, które przyjęły formę tymczasowych stowarzyszeń, konsorcjów, bez konieczności przyjmowania określonej formy prawnej, by grupy te mogły przedłożyć ofertę lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 19 ust. 2 akapit 1).

Instytucje zamawiające mogą jednak wymagać, by grupy wykonawców przyjęły określoną formę prawną w przypadku udzielenia im zamówienia, w zakresie, w jakim taka zmiana niezbędna jest do zadowalającej realizacji zamówienia, ze względu np. na potrzebę ustanowienia odpowiedzialności solidarnej członków takiej grupy.

Instytucje zamawiające powinny mieć możliwość jednoznacznego określenia sposobu, w jaki grupy wykonawców mają spełnić wymogi dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej określone w dyrektywie 2014/24/UE, bądź kryteria dotyczące zdolności technicznej i zawodowej, które są wymagane od wykonawców uczestniczących samodzielnie.

W dyrektywie przyznano, że realizacja zamówień przez grupy wykonawców może wymagać ustanowienia warunków, których nie nakłada się na uczestników indywidualnych. Warunki takie, które powinny być uzasadnione obiektywnymi przesłankami i które powinny być proporcjonalne, mogłyby, np. obejmować wymóg wyznaczenia wspólnego przedstawiciela lub głównego partnera do celów postępowania o udzielenie zamówienia lub wymóg przedstawienia informacji o składzie takich grup.

2.6.4. Przesłanki wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego

Pierwszym etapem kwalifikacji wykonawców powinno być ustalenie, czy nie zachodzą podstawy do ich wykluczenia, w oparciu o przesłanki określone zgodnie z art. 57 dyrektywy 2014/24/UE.

Podstawy wykluczenia określone w unijnym prawie zamówień publicznych to sytuacje dotyczące wykonawcy, których wystąpienie skutkuje jego dyskwalifikacją z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dotyczą takich cech wykonawcy, jak jego karalność z tytułu popełnienia określonych przestępstw, rzetelność, uczciwość.

Z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykluczani są zatem wykonawcy, którzy dopuścili się czynów ocenianych ujemnie przez ustawodawcę unijnego oraz nie dający gwarancji prawidłowej i terminowej realizacji zamówienia. Przesłanki wykluczenia służą ponadto realizacji innych celów publicznych, jak realizacja celów fiskalnych i w dziedzinie ubezpieczeń społecznych. Wykluczenie z udziału w postępowaniu skutkuje zamknięciem przed wykonawcą możliwości uzyskania zamówienia.

Podstawy wykluczenia niekoniecznie więc odnoszą się do faktycznych zdolności wykonawcy do realizacji konkretnego zamówienia. Ta bowiem jest ustalana przede wszystkim na podstawie kryteriów kwalifikacji dotyczących kompetencji do prowadzenia danej działalności zawodowej, sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz zdolności technicznej i zawodowej.

Wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu w związku ze stwierdzeniem wystąpienia jednej z sytuacji określonej podstawami wykluczenia może nastąpić w każdym momencie przed udzieleniem zamówienia, jeżeli tylko instytucja poweźmie wiadomość, że taka sytuacja wystąpiła. Wynika to bezpośrednio z treści przepisu art. 57 ust. 5 dyrektywy 2014/24/UE, który stanowi, że w dowolnym momencie w trakcie postępowania instytucje zamawiające wykluczają bądź też mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane do wykluczenia wykonawcy, gdy okaże się, że – z racji czynów popełnionych lub czynności zaniechanych zarówno przed postępowaniem lub w jego trakcie – dany wykonawca znajduje się w jednej z sytuacji objętych odpowiednio obligatoryjnymi lub fakultatywnymi przesłankami wykluczenia określonymi w art. 57.

W rezultacie ustalenia wystąpienia podstaw wykluczenia w odniesieniu do wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, w zależności od tego, czy jest to obligatoryjna, czy fakultatywna podstawa wykluczenia, zamawiający jest więc zobligowany lub uprawniony do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, o ile wykonawca nie skorzystał skutecznie z instytucji *self-cleaning*, pozwalającej w określonych okolicznościach na uchylenie się od skutków istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy.

Co do części podstaw sama dyrektywa określa ich obligatoryjność. W pozostałych przypadkach określonych w dyrektywie, ustawodawca unijny pozostawia państwom członkowskim decyzję co do określenia ich obligatoryjności lub fakultatywności dla zamawiających w prawie krajowym.

2.6.4.1. Obligatoryjne podstawy wykluczenia

Dyrektywa zobowiązuje państwa członkowskie UE do ustanowienia w prawie krajowym obligatoryjnych dla zamawiających przesłanek wykluczenia wykonawców z udziału w procedurach udzielania zamówień, którzy dopuścili się określonych kategorii przestępstw, oraz naruszyli obowiązki dotyczące płatności podatków lub opłacania składek na ubezpieczenie społeczne. Zostały one określone w art. 57 ust. 1 lit. a) – f) oraz w ust. 2 akapit 1 dyrektywy 2014/24/UE.

Dotychczasowy katalog przestępstw skutkujących wykluczeniem z udziału w postępowaniu, określony w dyrektywie 2004/18/WE został przejęty przez regulacje nowej dyrektywy. Został przy tym rozszerzony o dwie nowe kategorie przestępstw, tj. określone w art. 57 ust. 1 lit. d) przestępstwa terrorystyczne lub przestępstwa związane z działalnością terrorystyczną, lub podżeganie, pomocnictwo lub współsprawstwo oraz usiłowanie popełnienia przestępstwa, oraz określone w art. 57 ust. 1 lit. f) wykorzystywanie pracy dzieci i przestępstwa związane z innymi formami handlu ludźmi.

Ustawodawca unijny przyjął także w nowej dyrektywie za konieczne uznanie, dotychczas fakultatywnej przesłanki dotyczącej niewypełnienia zobowiązań podatkowych i z zakresu ubezpieczeń społecznych, za przesłankę skutkującą obowiązkowym wykluczeniem wykonawcy, jednak tylko w sytuacji, gdy naruszenie wykonawcy zostało ustalone w drodze ostatecznego i wiążącego orzeczenia sądowego lub decyzji administracyjnej.

Obowiązek wykluczenia wykonawcy w sytuacji wystąpienia obligatoryjnych podstaw wykluczenia, zgodnie art. 57 ust. 5 dyrektywy 2014/24/UE, oraz nieskorzystania przez wykonawców z instytucji *self-cleaning*, ciąży na zamawiających w każdej fazie postępowania o udzielenie zamówienia do momentu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, tzn. w przypadku postępowań składających się z kilku etapów postępowania, nawet po przeprowadzeniu postępowania kwalifikacyjnego i zaproszeniu zakwalifikowanych wykonawców do składania ofert.

Zamawiający jest obowiązany do wykluczenia wykonawców, zgodnie z art. 57 ust. 1 lit. a) - f) dyrektywy 2014/24/UE, jeżeli w jakikolwiek sposób uzyskał informację, że wykonawca dopuścił się wskazanych przestępstw stwierdzonych prawomocnym wyrokiem lub wie o wydaniu wobec wykonawcy ostatecznego i wiążącego orzeczenia sądowego lub decyzji administracyjnej stwierdzających naruszenie obowiązków dotyczących płatności podatków lub opłacania składek na ubezpieczenie społeczne. Oznacza to, że jeżeli zamawiający, pomimo rzetelnie przepro-

wadzonej kwalifikacji, nie wszedł w posiadanie stosownych informacji, nie będzie mu można zarzucić naruszenia procedury wykluczenia wykonawcy.

2.6.4.2. Możliwość określenia odstępstw w prawie krajowym

Nowym rozwiązaniem jest wprowadzenie możliwości uelastycznienia obowiązku wykluczenia wykonawców w razie zajścia jednej z obligatoryjnych przesłanek wykluczenia (art. 57 ust. 3). W odniesieniu do wszystkich obligatoryjnych przesłanek wykluczenia może to nastąpić w wyjątkowych przypadkach, z uwagi na nadrzędne względy związane z interesem publicznym, takie jak zdrowie publiczne lub ochrona środowiska.

W odniesieniu wyłącznie do przesłanki związanej z potwierdzonym naruszeniem obowiązków podatkowych i w zakresie ubezpieczenia społecznego, państwa członkowskie mogą określić w prawie krajowym odstępstwo od obowiązku wykluczenia, w przypadku gdy wykluczenie byłoby w sposób wyraźny nieproporcjonalne, w szczególności zaś gdy:

1) kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka, lub

2) w związku z naruszeniem obowiązków dotyczących płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne, wykonawca został poinformowany o dokładnej należnej kwocie w takim terminie, że nie miał możliwości spełnienia swoich powinności (np. poprzez dokonanie płatności należnych podatków lub składek lub zawierając stosowne porozumienie) przed upływem terminu złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału lub, w przypadku procedur otwartych, terminu złożenia oferty.

2.6.4.3. Podstawy wykluczenia dotyczące karalności

Pierwsza grupa obligatoryjnych przesłanek wykluczenia, dotyczy sytuacji dopuszczenia się przez wykonawcę określonych kategorii przestępstw, względem których ustawodawca stwierdził potrzebę ich szczególnego napiętnowania. Ustalenie przez zamawiającego na podstawie określonych środków dowodowych, że wykonawca dopuścił się jednego z przestępstw zawierających się w kategoriach przestępstw wymienionych w sposób enumeratywny w art. 57 ust. 1 dyrektywy pozbawia go możliwości uzyskania zamówienia publicznego objętego zakresem dyrektyw unijnych. Podobnie jak na gruncie uchylanej dyrektywy wymagane jest stwierdzenie dopuszczenia się tych przestępstw w prawomocnych wyrokach. Zgodnie z art. 57 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE podstawy wykluczenia dotyczą następujących czynów:

- a) udziału w organizacji przestępczej, zgodnie z definicją takiej organizacji zawartą w art. 2 decyzji ramowej Rady 2008/841/WSiSW¹²³;

¹²³ Decyzja ramowa Rady 2008/841/WSiSW z dnia 24 października 2008 r. w sprawie przestępczości zorganizowanej (Dz. Urz. L 3000 z 11.11.2008, s. 42).

- b) korupcji, zgodnie z definicją zawartą w art. 3 Konwencji w sprawie zwalczania korupcji urzędników Wspólnot Europejskich i urzędników państw członkowskich Unii Europejskiej¹²⁴ i art. 2 ust. 1 decyzji ramowej Rady 2003/568/WSiSW¹²⁵, jak również korupcji zdefiniowanej w prawie krajowym instytucji zamawiającej lub wykonawcy;
- c) nadużycia finansowego w rozumieniu art. 1 Konwencji w sprawie ochrony „interesów finansowych” Wspólnot Europejskich¹²⁶;
- d) przestępstw terrorystycznych lub przestępstw związanych z działalnością terrorystyczną, zgodnie z definicją zawartą odpowiednio w art. 1 i 3 decyzji ramowej Rady 2002/475/WSiSW¹²⁷, bądź podżegania do popełnienia przestępstwa, pomocnictwa, współsprawstwa lub usiłowania popełnienia przestępstwa, o których mowa w art. 4 tej decyzji ramowej;
- e) prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zgodnie z definicją zawartą w art. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE¹²⁸;
- f) pracy dzieci i innych form handlu ludźmi, zgodnie z definicją zawartą w art. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE¹²⁹.

Niezależnie więc od faktycznych możliwości realizacji zamówienia, wykonawcy którzy dopuścili się określonych przestępstw, będą podlegali obowiązkowemu wykluczeniu z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych objętych zakresem unijnych dyrektyw w dziedzinie zamówień.

2.6.4.4. Podmioty zbiorowe

Podobnie jak w uchylanej dyrektywie, nowa dyrektywa precyzuje w akapicie 2 ust.1 art. 57, że obowiązek wykluczenia wykonawcy ma zastosowanie również w przypadku, gdy osoba skazana prawomocnym wyrokiem jest członkiem organów administracyjnych, zarządzających lub nadzorczych tego wykonawcy lub posiada w tych organach uprawnienia do reprezentowania, uprawnienia decyzyjne lub kontrolne.

Jest to zasadne, bowiem podmioty zbiorowe działają co do zasady wyłącznie przez swoje organy, więc osoby wchodzące w skład tych organów mają zasadniczy wpływ na działanie podmiotu zbiorowego. Ustawodawca unijny uznał więc za niewłaściwe, by zamówienia były udzielane podmiotom zbiorowym, w składzie których są osoby fizyczne, które dopuściły się jakiegokolwiek przestępstwa za-

124 Dz. Urz. L 195 z 25.6.1997, s. 1.

125 Decyzja ramowa Rady 2003/568/WSiSW z dnia 22 lipca 2003 r. w sprawie zwalczania korupcji w sektorze prywatnym (Dz. Urz. L 192 z 31.7.2003, s. 54).

126 Dz. Urz. L 316 z 27.11.1995, s. 48.

127 Decyzja ramowa Rady z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie zwalczania terroryzmu (Dz. Urz. L 164 z 22.6.2002, s. 3).

128 Dyrektywa 2005/60/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 października 2005 r. w sprawie przeciwdziałania korzystaniu z systemu finansowego w celu prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu (Dz. Urz. L 309 z 25.11.2005, s. 15).

129 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE z dnia 5 kwietnia 2011 r. w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar (Dz. Urz. L 101 z 15.4.2011, s. 1).

liczanego do kategorii określonych w art. 57 ust.1 dyrektywy. Co do zasady bowiem takie podmioty zbiorowe nie gwarantują rzetelnej realizacji zamówienia przez podmiot zbiorowy.

Podmioty zbiorowe podlegać zatem będą wykluczeniu, zarówno za własne działania, gdy prawo krajowe przewiduje możliwość przypisania odpowiedzialności karnej podmiotom zbiorowym, z tytułu czynów własnych, jak i z powodu zasiadania w organach podmiotu zbiorowego osoby, której postawa budzi zastrzeżenia, w związku z popełnieniem określonych przestępstw.

W ten sposób, wobec sprawców przestępstw należących do kategorii określonych w art. 57 ust. 1 lit. a) - f) dyrektywy 2014/24/UE, oprócz odpowiedzialności karnej, unijne przepisy w dziedzinie zamówień publicznych formułują dodatkowe sankcje, w postaci odebrania im możliwości ubiegania się o zamówienia publiczne i czerpania ewentualnych korzyści z realizacji zamówienia finansowanego ze środków publicznych, a także ograniczenia w sprawowaniu funkcji w organach podmiotów zbiorowych, chcących ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Sankcja ta jest wynikiem uznania przez ustawodawcę unijnego przedmiotowych kategorii przestępstw jako szczególnie szkodliwych dla interesu publicznego.

2.6.4.5. Naruszenie obowiązków podatkowych oraz z zakresu ubezpieczeń społecznych

Zaleganie z należnymi podatkami oraz ze składkami na ubezpieczenie społeczne przez podmiot gospodarczy wskazuje na brak jego wiarygodności, staranności i solidności w zakresie przestrzegania obowiązków prawnych i społecznych. Instytucja wykluczenia wykonawcy na tej podstawie uwzględnia także cele interesu publicznego, gdyż stanowi dodatkową motywację dla podmiotów gospodarczych do wypełniania zobowiązań publicznoprawnych.

Podobnie więc, jak na gruncie dotychczasowych przepisów, w nowej dyrektywie ustawodawca unijny uznał za właściwe ustanowienie podstawy wykluczenia z powodu naruszenia obowiązków podatkowych oraz z zakresu ubezpieczeń społecznych. Nowe przepisy są jednak bardziej szczegółowe, określają szereg konkretnych wyłączeń oraz są bardziej elastyczne w stosowaniu. Dodatkowo ustawodawca wydzielił w ramach tej podstawy wykluczenia przypadek, w którym wykluczenie z udziału w postępowaniu powinno być obligatoryjne, zaś zakres zastosowania fakultatywnej przesłanki wykluczenia został rozszerzony.

Nowa dyrektywa po raz pierwszy wprowadza **obowiązek wykluczenia** wykonawców z powodu naruszenia obowiązków podatkowych i obowiązków w zakresie ubezpieczenia społecznego. Na gruncie poprzedniej ustawy państwa członkowskie nie musiały bowiem ustanawiać w prawie krajowym podstaw wykluczenia z powodu naruszenia takich obowiązków.

Zgodnie z art. 57 ust. 2 akapit 1 dyrektywy 2014/24/UE, instytucje zamawiające muszą wykluczyć wykonawców ubiegających się o zamówienie, gdy naruszenie takich obowiązków zostało stwierdzone ostatecznym i wiążącym orzeczeniem sądowym lub decyzją administracyjną, zgodnie z przepisami prawa kraju, w którym wykonawca ten ma siedzibę, lub zgodnie z przepisami prawa państwa członkowskiego instytucji zamawiającej. Zadaniem państw członkowskich jest zatem określenie w prawie krajowym stosownego nakazu dla instytucji zamawiających.

Nowa dyrektywa określa również **fakultatywną podstawę wykluczenia** dotyczącą naruszenia obowiązków podatkowych i z zakresu ubezpieczeń społecznych.

Zgodnie z art. 57 ust. 2 akapit 2 dyrektywy 2014/24/UE państwa członkowskie mogą więc dodatkowo ustalić obowiązek lub uprawnienie krajowych instytucji zamawiających do wykluczania wykonawców, gdy te są w stanie za pomocą dowolnych stosownych środków wykazać naruszenie przez wykonawcę obowiązków dotyczących płatności podatków lub opłacania składek na ubezpieczenie społeczne.

Uznaniu państw członkowskich dyrektywa przekazuje więc określenie, czy krajowe instytucje zamawiające będą zobowiązane, czy uprawnione do wykluczania wykonawców na podstawie takiej szerokiej przesłanki.

Odmienne niż w przypadku obligatoryjnej przesłanki wykluczenia z tytułu naruszenia obowiązków podatkowych i z zakresu ubezpieczeń społecznych, przesłanka fakultatywna wykluczenia nie została ograniczona wyłącznie do naruszeń przepisów prawa właściwego dla siedziby wykonawcy oraz instytucji zamawiającej. Można więc zasadnie przyjąć, że zakresem tej przesłanki mogą zostać objęte naruszenia obowiązków wykonawcy w przedmiotowej dziedzinie w jakimkolwiek państwie.

Przesłanka ta ma więc szerszy zakres zastosowania niż przesłanka obligatoryjna. Warunkiem wykluczenia na podstawie przesłanki fakultatywnej jest, by instytucja zamawiająca mogła za pomocą dowolnych stosownych środków wykazać, że dany wykonawca naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków lub opłacania składek na ubezpieczenie społeczne.

Przepis art. 57 ust. 2 akapit 3 dyrektywy 2014/24/UE nie pozwala jednocześnie wykluczyć wykonawcy z udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy wykonawca spełnił w określony w dyrektywie sposób wcześniej naruszane obowiązki. Stwierdza bowiem, że podstawa wykluczenia ustaje, pomimo możliwości wykazania naruszenia na wcześniejszym etapie, jeżeli wykonawca zrealizował swoje obowiązki w określony w dyrektywie sposób, tj. poprzez dokonanie płatności należnych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, lub wskutek zawarcia wiążących porozumień w celu spłaty tych należności, obejmujące w stosownych przypadkach narosłe odsetki lub grzywny.

W takiej sytuacji, pomimo ustalenia przez instytucję zamawiającą, że wykonawca naruszył powyższe obowiązki, zamawiający nie będzie uprawniony do wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

2.6.4.6. Pozostałe fakultatywne przesłanki wykluczenia

Fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, określają sytuacje, jakie na mocy własnej decyzji państwa członkowskiego mogą upoważniać lub zobowiązywać instytucje zamawiające tego państwa do wykluczania z udziału w postępowaniu wykonawców, których sytuacje te dotyczą.

Fakultatywność przesłanek wykluczenia określonych w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE oznacza, że to w gestii państw członkowskich UE pozostaje decyzja o tym, czy instytucje zamawiające będą zobowiązane, czy tylko uprawnione do ich zastosowania.

Nowa dyrektywa określa katalog fakultatywnych przesłanek wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w art. 57 ust. 2 akapit 2 oraz ust. 4 lit. a)-i). Katalog ten został rozszerzony w porównaniu z katalogiem określonym w dyrektywie 2004/18/WE. Nowe dopuszczalne przesłanki wykluczenia zostały określone w art. 57 ust. 4 lit. a), d), e), f), g) oraz i) nowej dyrektywy.

Dodatkowo, dotychczasowe przesłanki również zostały zmodyfikowane, przy czym nie zawsze zmiana brzmienia przesłanki zmieniła jej treść, czy zakres, jak np. w przypadku podstaw wykluczenia określonych dotychczas w art. 45 ust. 2 lit. a) i b) dyrektywy 2004/18/WE, które zostały ujęte w jednym punkcie art. 57 ust. 4 lit. b) dyrektywy 2014/24/UE, zmiana wydaje się mieć charakter jedynie redakcyjny.

Pozostałe fakultatywne przesłanki wykluczenia, dopuszczone przez ustawodawcę unijnego, dotyczą następujących sytuacji wykonawcy:

- a) Gdy instytucja zamawiająca za pomocą dowolnych stosownych środków może wykazać naruszenie mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie 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 załączniku X dyrektywy.***

Przesłanka ta stanowi wyraz wymagania prawa unijnego, by państwa członkowskie i instytucje zamawiające podejmowały stosowne środki w celu zapewnienia przestrzegania obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, które mają zastosowanie w miejscu wykonywania robót

budowlanych lub świadczenia usług i które wynikają z przepisów ustawowych i wykonawczych, dekretów i decyzji zarówno na szczeblu krajowym, jak i unijnym, z zastrzeżeniem, że takie przepisy i ich stosowanie są zgodne z prawem unijnym. Stosowne środki powinny mieć zastosowanie zgodnie z podstawowymi zasadami prawa Unii, w szczególności z myślą o zapewnieniu równego traktowania. Takie środki powinny być stosowane zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 96/71/WE z dnia 16.12.1996 r. dotyczącą delegowania pracowników w ramach świadczenia usług, oraz w sposób zapewniający równe traktowanie i brak dyskryminacji bezpośredniej czy pośredniej wobec wykonawców i pracowników z innych państw członkowskich. Monitorowanie przestrzegania przepisów prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy powinno odbywać się m.in. przy stosowaniu zasad ogólnych regulujących wybór uczestników postępowań oraz przy stosowaniu kryteriów wykluczenia. Niezbędna weryfikacja powinna mieć miejsce zgodnie ze stosownymi przepisami niniejszej dyrektywy, w szczególności z przepisami regulującymi środki dowodowe i oświadczenia własne.

b) Jeżeli wykonawca zbankrutował lub prowadzone jest wobec niego postępowanie upadłościowe lub likwidacyjne, jego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, jego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w krajowych przepisach ustawowych i wykonawczych.

Wykonawcy, którzy znajdują się w jednej z powyższych sytuacji, co do zasady nie gwarantują osiągnięcia celu, któremu udzielane zamówienie ma służyć. Państwo członkowskie może jednak określić w prawie krajowym obowiązek lub uprawnienie instytucji do podjęcia decyzji o niewykluczeniu wykonawcy znajdującego się w jednej z powyższych sytuacji, gdy stwierdzi ona, że dany wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie, z uwzględnieniem mających zastosowanie przepisów krajowych i środków dotyczących kontynuowania działalności gospodarczej, w przypadku sytuacji objętych tą podstawą.

Sytuacje, do których odnosi się powyższa podstawa wykluczenia, w nowej dyrektywie zostały zawarte w jednym punkcie nowej dyrektywy 2014/24/UE, podczas gdy na gruncie uchylanej ustawy 2004/18/WE objęte były odrębnymi punktami lit. a) i b) art. 45 ust. 2. Zmiana ta wydaje się być podyktowana względami jedynie redakcyjnymi i nie wpływa na zakres ani treść dotychczasowych podstaw wykluczenia w tej dziedzinie.

c) Jeżeli instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosownych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które poddaje w wątpliwość jego uczciwość.

Przedmiotowa podstawa wykluczenia odpowiada przesłance określonej dotychczas w art. 45 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2004/18/WE, przy czym jej treść została do-

precyzowana, poprzez dodatkowy wymóg oceny wykroczenia zawodowego wykonawcy z perspektywy jego uczciwości.

W interpretacji elementów tej podstawy wykluczenia pomocnymi będą tezy wyroku w sprawie C-465/11 Forposta¹³⁰, w którym Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej dokonał szczegółowej analizy elementów pojęcia „poważnego wykroczenia zawodowego”. Trybunał stwierdził, że pojęcie to obejmuje wszelkie zawinione uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy, nie tylko naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę, przy czym „powaga wykroczenia” wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy.

Nowa dyrektywa dodała do tych elementów dodatkowe kryterium, które muszą uwzględniać przepisy krajowe, na wypadek, gdyby państwo członkowskie zdecydowało się na implementację tej podstawy wykluczenia. Warto jednak zauważyć, że jeszcze na gruncie dyrektywy 2004/18/WE Trybunał nakazywał przeprowadzenie konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy wykonawcy, przyjmując, że „poważne wykroczenie” należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony (tak w wyroku w sprawie C-465/11 Forposta, motywy 30 i 31). Określone aspekty postawy wykonawcy były zatem brane pod uwagę już na gruncie poprzedniej dyrektywy.

d) Jeżeli instytucja zamawiająca może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji.

Tego typu porozumienia są szkodliwe dla interesu publicznego, bowiem w ich wyniku zakłócone zostaje działanie konkurencji, służącej racjonalnemu wydatkowaniu środków publicznych. W rezultacie instytucja zamawiająca jest zmuszona wydatkować większe środki na zamówienie, którego takie porozumienie dotyczy, co może skutkować brakiem możliwości realizowania innych, ważnych zadań publicznych. Przesłanka ta, przeciwdziałając takim porozumieniom, niewątpliwie służyć ma interesowi publicznemu.

Porozumienia między wykonawcami mogą mieć na celu zakłócenie konkurencji przez m.in. współpracę z konkurentami, ustalanie cen lub podział rynku w taki sposób, aby każdy z konkurentów miał monopol na części rynku. Takie porozumienia są z reguły trudne do wykrycia, bowiem jego strony nie są zainteresowane upublicznianiem porozumień zakłócających konkurencję. Z tych zapewne powodów ustawodawca nie wymaga od instytucji zamawiających udowodnienia zawarcia porozumienia antykonkurencyjnego, za wystarczające uznając oparcie się instytucji zamawiających jedynie na wiarygodnych przesłankach, czyli godnych

¹³⁰ Wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 Forposta SA i ABC Direct Contact sp. z o.o. przeciwko Poczta Polska SA, pkt. 27-31; ECLI:EU:C:2012:801.

wiary, zasługujących na zaufanie, np. pochodzących z rzetelnego źródła, dających przekonanie graniczące z pewnością, choć nie potwierdzonych.

e) Jeżeli za pomocą mniej inwazyjnych środków nie można skutecznie zlikwidować konfliktu interesów, w rozumieniu art. 24 dyrektywy.

Konflikt interesów, w myśl art. 24 dyrektywy obejmuje co najmniej każdą sytuację, w której członkowie 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. W rezultacie konflikt interesów może prowadzić do naruszenia tych zasad, niezbędnych dla prawidłowego funkcjonowania konkurencji.

Instytucje zamawiające powinny wykorzystywać zatem wszelkie możliwe środki, jakimi dysponują na mocy prawa krajowego, w celu zapobiegania zakłóceniom w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, wynikającym z konfliktów interesów.

W oparciu o tę przesłankę, państwa członkowskie mogą zatem określić w prawie krajowym uprawnienia lub obowiązki instytucji zamawiających do wykluczania wykonawców z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdy zastosowanie łagodniejszych środków nie będzie skuteczne.

f) Jeżeli zakłócenie konkurencji wynikające z wcześniejszego udziału wykonawców w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 41 dyrektywy, nie może zostać wyeliminowane za pomocą mniej inwazyjnych środków.

Powyższa przesłanka ma na celu realizację podstawowego celu zamówień publicznych, czyli ochronę konkurencji. Wyraża, iż względy ochrony konkurencji uzasadniają zastosowanie wszelkich określonych w prawie krajowym i dostępnych instytucji zamawiającej środków. Środki te zostały wymienione przykładowo w art. 41 oraz motywie 16 dyrektywy 2014/24/UE i obejmują: przekazywanie pozostałym kandydatom lub oferentom istotnych informacji, wymienianych w ramach lub w wyniku zaangażowania kandydata lub oferenta w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, wyznaczanie odpowiednich terminów składania ofert, stosowanie procedur służących rozpoznawaniu konfliktów interesów, zapobieganiu im i ich rozwiązywaniu oraz wykluczenie wykonawców.

Przepis ten jest również wyrazem zasady proporcjonalności. Wykluczenie wykonawców z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem środkiem najdalej idącym, spośród środków dostępnych instytucjom zamawiającym, możliwych do zastosowania w procedurach udzielania zamówień

publicznych i najbardziej dotkliwym dla wykonawców. Z tych względów powinien być stosowany w ostatniej kolejności. Zastosowanie wykluczenia wykonawcy w sytuacji dysponowania przez zamawiającego innymi odpowiednimi środkami należy uznać za naruszenie obu wyżej wskazanych zasad, zarówno ochrony konkurencji, jak i proporcjonalności.

g) Jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

Powyższa przesłanka zdaje się rozwijać przesłankę określoną w art. 45 ust. 2 lit. d) 2004/18/WE związaną z dopuszczeniem się przez wykonawcę poważnego wykroczenia zawodowego. Należy bowiem zgodzić się, że niedociągnięcia w spełnianiu istotnych zobowiązań profesjonalnego uczestnika obrotu można uznać za wykroczenia zawodowe, zaś o powadze tego wykroczenia może decydować znaczący lub uporczywy charakter tych niedociągnięć w połączeniu z koniecznością wcześniejszego rozwiązania wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych poważnych sankcji.

h) Jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających, wymaganych na mocy art. 59 dyrektywy.

Odpowiednikiem tej przesłanki na gruncie dyrektywy 2004/18/WE był art. 45 ust. 2 lit. g), przy czym na gruncie nowej dyrektywy brzmienie obecnego przepisu zostało sprecyzowane, przez wskazanie na określone kategorie dokumentów. Takie sprecyzowanie usuwa niepewności, które ewentualnie mogło rodzić ogólne sformułowanie uchylanego przepisu, tym niemniej wydaje się, że co do zasady zakresem tego przepisu objęte są takie same kategorie dokumentów.

i) Jeżeli wykonawca podjął kroki, aby nienależycie wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależytą przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia.

Ostatnia z przesłanek art. 57 ust. 4 dyrektywy wymienia działania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które ustawodawca unijny uznaje za niepożądane i wobec których właściwą jest sankcja w postaci wykluczenia możliwości konkurowania o zamówienie. Wymienione w tym przepisie działania zostały wyrażone z zastosowaniem sformułowań ocennych, tj. „nienale-

życie wpłynąć”, „nienależytą przewagę”, „istotny wpływ na decyzje”, których treść będzie możliwa do ustalenia w określonych okolicznościach konkretnego zamówienia.

Oceny działań wykonawcy należy przy tym dokonywać z perspektywy wpływu na prawidłowe funkcjonowanie konkurencji, prowadząc do wykluczenia wykonawcy, którego postawa uchybia uczciwości.

Prawo krajowe może zatem upoważnić instytucję zamawiającą do podjęcia decyzji o stosowaniu określonej, fakultatywnej na poziomie unijnym, podstawy wykluczenia w przeprowadzanych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Zasada równego traktowania wykonawców nakazuje przy tym, by zamawiający stosowali fakultatywne przesłanki wykluczenia w sposób jednolity wobec wykonawców ubiegających się o zamówienie. W konkretnym postępowaniu nie będzie zatem możliwe wybiórcze stosowanie danej przesłanki wykluczenia, gdyż naruszałoby to zasadę równego traktowania.

Również w przypadku fakultatywnych podstaw wykluczenia, w dowolnym momencie postępowania możliwe (lub konieczne) będzie wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 57 ust. 5 akapit 2). Zatem pomimo formalnego zakończenia kwalifikacji wykonawców w postępowaniach wieloetapowych (np. procedura ograniczona), w zależności od przesądzenia charakteru przesłanki w prawie krajowym przez dane państwa, instytucje zamawiające będą uprawnione lub zobowiązane do wykluczenia wykonawcy, gdy okaże się, że z racji czynów popełnionych lub czynności zaniechanych przed postępowaniem lub w jego trakcie, wykonawca znajduje się w jednej z sytuacji objętych fakultatywnymi podstawami wykluczenia.

2.6.4.7. Self-cleaning

Nowa dyrektywa zawiera szereg rozwiązań uelastyczniających przepisy dotyczące udzielania zamówień, w tym w procedurze kwalifikacji wykonawców, których nie zawierała dyrektywa 2004/18/WE. Takim rozwiązaniem jest m.in. instytucja pozwalająca wykonawcy na wykazanie swojej rzetelności w celu umożliwienia ubiegania się o zamówienie, pomimo zaistnienia sytuacji, z którymi dyrektywa wiąże skutek w postaci wykluczenia. Instytucja ta, tzw. *self-cleaning* („samoczyszczenie”) została określona w art. 57 ust. 6 tej dyrektywy.

Zgodnie z art. 57 ust. 6 akapit 1 dyrektywy każdy wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji objętych podstawami wykluczenia, zarówno obligatoryjnymi, jak i fakultatywnymi, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia. Jeżeli takie dowody zostaną uznane za wystarczające, dany wykonawca nie zostanie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia.

Dowody rzetelności przedstawiane przez wykonawcę podlegają zatem zawsze ocenie zamawiającego, do którego należy uznanie, czy takie dowody można

uznać za wystarczające. Swoboda oceny zamawiającego jest przy tym ograniczona wytycznymi, nakładającymi na wykonawcę określone warunki korzystania z instytucji *self-cleaning*, określonymi w art. 57 ust. 6 akapit 2 i 3 dyrektywy.

Wytyczne te wskazują, jakich działań oczekuje się od wykonawcy, by ten mógł skorzystać z instytucji *self-cleaning*. Wykonawca musi mianowicie udowodnić, że zrekompensował wszelkie szkody spowodowane przestępstwem lub wykroczeniem lub zobowiązał się do ich rekompensaty, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności, aktywnie współpracując z organami śledczymi, i podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu.

Ponadto środki podjęte przez wykonawców powinny być oceniane z uwzględnieniem wagi i szczególnych okoliczności przestępstwa lub wykroczenia. Jeżeli środki zostaną uznane za niewystarczające, wykonawca powinien otrzymać uzasadnienie takiej decyzji (akapit 57 ust. 6 akapit 3).

Państwa członkowskie, na podstawie tego przepisu zostały zobowiązane do zapewnienia wykonawcom takiej możliwości w prawie krajowym, zaś na podstawie art. 57 ust. 7 tej dyrektywy do określenia warunków stosowania tej instytucji. Prawo krajowe może np. określić przykładowe dowody, jakie mogą zostać wykorzystane w procesie ustalania rzetelności wykonawcy, jednak przepisy nie powinny określać wiążącego charakteru takich dowodów.

Wydaje się, iż dowód, stosowny generalnie w odniesieniu do podmiotów zbiorowych może stanowić potwierdzenie z właściwego rejestru takich podmiotów wskazujące, że osoby fizyczne ponoszące odpowiedzialność z tytułu czynów określonych art. 57 ust. 1 dyrektywy nie wchodzą już w skład organów administracyjnych, zarządzających lub nadzorczych wykonawcy.

Przepisy unijne nie podważają przy tym krajowych orzeczeń sądowych określających okresy wykluczenia. Zgodnie z art. 57 ust. 6 akapit 4 dyrektywy wykonawca, który został prawomocnym wyrokiem wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub w postępowaniu o udzielenie koncesji, nie może korzystać z instytucji *self-cleaning* w okresie wykluczenia wynikającym z tego wyroku w państwach członkowskich, w których taki wyrok jest obowiązujący.

Zakres uprawnień wykonawców określony w tej instytucji nie może być ograniczany przez przepisy krajowe.

2.6.4.8. Zakres swobody implementacji podstaw wykluczenia

Odpowiednikiem dotychczasowych art. 45 ust. 1 akapit 2 i art. 45 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18/WE wyznaczających sposób implementacji obligatoryjnych i fakultatywnych przesłanek wykluczenia jest obecnie art. 57 ust. 7 dyrektywy 2014/24/UE.

W zdaniu 1 tego ustępu, państwa członkowskie zostały zobowiązane do określenia, w krajowych przepisach ustawodawczych, wykonawczych lub administracyjnych, z uwzględnieniem wymogów prawa unijnego, warunków wykonania przepisów artykułu 57, tj. dotyczących obowiązkowych oraz fakultatywnych podstaw wykluczenia. Stosownie do art. 57 ust. 7 zd. 2 dyrektywy 2014/24/UE takiego określenia wymaga zwłaszcza maksymalny okres wykluczenia w przypadku, gdy wykonawca nie korzysta z instytucji *self-cleaning* w celu wykazania swojej rzetelności. Jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, nie przekracza on pięciu lat od daty skazania prawomocnym wyrokiem w przypadkach określonych obligatoryjnymi przesłankami wykluczenia, i trzech lat od daty zdarzenia w przypadkach, objętych fakultatywnymi przesłankami wykluczenia.

W odniesieniu do długości okresu wykluczenia ustanawianego w prawie krajowym, dyrektywa przewiduje pierwszeństwo wskazań w tym zakresie zawartych w prawomocnym wyroku. Jeżeli wyrok nie ustanawia okresu wykluczenia, okres wykluczenia przewidziany przez prawo krajowe nie powinien przekraczać pięciu lat od daty skazania prawomocnym wyrokiem w przypadkach obligatoryjnych przesłanek wykluczenia oraz 3 lat od daty zdarzeń, których dotyczą fakultatywne przesłanki wykluczenia.

Orzecznictwo Trybunału wydane na gruncie dyrektywy 2004/18/WE potwierdza szerokie uprawnienia państw członkowskich do dostosowywania w prawie krajowym przesłanek wykluczenia, przy czym przesłanki te nie powinny być interpretowane rozszerzająco (np. wyrok w sprawie C-465/11 Forposta).

2.6.5. Kryteria kwalifikacji podmiotowej wykonawców

Kwalifikacja wykonawców służy ustaleniu ogólnych predyspozycji wykonawcy, niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia. Art. 58 dyrektywy 2014/24/UE wskazuje obszary, których mogą dotyczyć określone w prawie krajowym państw członkowskich kryteria kwalifikacji wykonawców oraz zasady według jakich instytucje zamawiające powinny formułować konkretne kryteria kwalifikacji w odniesieniu do konkretnego zamówienia lub kategorii zamówień, objętych zakresem dyrektyw unijnych w dziedzinie zamówień publicznych.

Tak samo jak w dyrektywie 2004/18/WE, kryteria kwalifikacji podmiotowej w dyrektywie 2014/24/UE określane przez instytucje zamawiające mogą dotyczyć kompetencji do prowadzenia danej działalności zawodowej, sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz zdolności technicznej i zawodowej. Nie powinny prowadzić do sztucznego zawężenia konkurencji nieuzasadnionego przedmiotem zamówienia, tzn. do sytuacji, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców.

Kryteria kwalifikacji powinny być formułowane zgodnie z zasadami udzielania zamówień publicznych, czyli z zachowaniem zasad jawności oraz równego i niedy-

skrzynicyjnego traktowania wykonawców. Ponadto wszystkie wymagania muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do tego przedmiotu.

Nowa dyrektywa wskazuje, że kryteria kwalifikacji podmiotowej mogą zostać zastosowane wyłącznie jako wymogi dotyczące udziału wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Instytucje zamawiające są więc zobowiązane do ograniczenia wymagań formułowanych na potrzeby kwalifikacji wykonawców ubiegających się o zamówienie do wymagań, które są odpowiednie do zapewnienia, że kandydat lub oferent posiada zdolność prawną, finansową, techniczną i zawodową niezbędne do realizacji udzielanego zamówienia.

Określane przez zamawiających kryteria kwalifikacji podmiotowej powinny realizować zasadę proporcjonalności, by nie ograniczać konkurencji w trakcie procedur o udzielenie zamówienia publicznego. Nie powinny zatem być wyższe niż wymaga tego przedmiot realizowanego zamówienia.

Zamawiający nie mogą więc w dowolny sposób na podstawie arbitralnych przesłanek określać kryteriów kwalifikacji. Unijne regulacje dotyczące kwalifikacji wykonawców ograniczają bowiem swobodę zamawiających.

Wymagania instytucji zamawiającej dotyczące warunków udziału powinny być zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania od kandydatów lub oferentów. Powinny być wyrażone jako minimalne poziomy zdolności w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, wraz z odpowiednimi środkami dowodowymi.

2.6.5.1. Kryteria kwalifikacji dotyczące kompetencji do prowadzenia określonej działalności zawodowej

Regulacje dyrektywy 2014/24/UE są zasadniczo tożsame z dotychczasowymi uregulowaniami w tym zakresie. Instytucje zamawiające mogą więc wymagać, aby wykonawcy figurowali w jednym z rejestrów zawodowych lub handlowych prowadzonych w państwie członkowskim ich siedziby, określonych w załączniku XI, lub aby spełnili wszelkie inne wymogi określone w tym załączniku.

Instytucje zamawiające mogą wymagać od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia udowodnienia, że posiadają zezwolenie na prowadzenie określonej działalności zawodowej lub są członkami stosownej organizacji, jeżeli do świadczenia danej usługi wymagane jest to w kraju pochodzenia wykonawcy.

2.6.5.2. Kryteria kwalifikacji dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej

W dyrektywie 2014/24/UE zostały rozbudowane przepisy dotyczące sposobu formułowania warunków dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej. Wprost została wyrażona zasada, że w odniesieniu do sytuacji ekonomicznej i finansowej instytucje zamawiające mogą nakładać wymogi zapewniające posiadanie przez

wykonawców zdolności ekonomicznej i finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia. Sprecyzowane zostało też, że w tym celu instytucje zamawiające mogą wymagać w szczególności, aby wykonawcy mieli określony minimalny roczny obrót, w tym określony minimalny obrót w obszarze objętym zamówieniem. Ponadto, instytucje zamawiające mogą wymagać, by wykonawcy przedstawili informacje na temat ich rocznych sprawozdań finansowych wykazujących stosunki na przykład aktywów do zobowiązań. Mogą również wymagać posiadania odpowiedniego ubezpieczenia z tytułu ryzyka finansowego.

Przepisy dyrektywy wyjaśniają również, że minimalny roczny obrót, który muszą wykazać wykonawcy, nie przekracza maksymalnie dwukrotności szacunkowej wartości zamówienia, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków odnoszących się np. do szczególnych ryzyk związanych z charakterem robót budowlanych, usług lub dostaw. Instytucje zamawiające wskazują główne powody zastosowania takiego wymogu w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu dotyczącym postępowań o udzielonym zamówieniu.

Warunkiem brania pod uwagę w ramach tego kryterium stosunku np. aktywów do pasywów jest określenie przez instytucję zamawiającą w dokumentach zamówienia metod i kryteriów takiego uwzględnienia, które są przejrzyste, obiektywne i niedyskryminacyjne.

Dyrektywa wprost też stanowi, że powyższe zasady mają zastosowanie do każdej części podzielonego zamówienia, przy czym instytucja zamawiająca może określić minimalny roczny obrót, który muszą wykazać wykonawcy, poprzez odniesienie do grup części na wypadek, gdyby zwycięskiemu oferentowi przyznano kilka części zamówienia do realizacji w tym samym czasie.

Ponadto, w przypadku, gdy zamówień opartych na umowie ramowej udziela się po ponownym poddaniu zamówienia procedurze konkurencyjnej, wymóg dotyczący maksymalnego rocznego obrotu, o którym mowa w akapicie drugim ustępu 3 art. 58 dyrektywy 2014/24/UE., oblicza się na podstawie przewidywanej maksymalnej wielkości konkretnych zamówień, które będą realizowane w tym samym czasie, lub, w przypadku gdy nie jest to wiadome, na podstawie szacunkowej wartości umowy ramowej.

W przypadku zaś dynamicznych systemów zakupów wymóg dotyczący maksymalnego rocznego obrotu, o którym mowa w akapicie drugim, wyliczany jest na podstawie przewidywanej maksymalnej wielkości określonych zamówień, które mają zostać udzielone w ramach tego systemu.

Dowody, których zamawiający może żądać na potwierdzenie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy zostały podane w części I Załącznika XII do dyrektywy. Katalog tych dokumentów co do zasady odpowiada katalogowi dokumentów wymienionych w art. 47 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE.

W odniesieniu do grup wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w razie potrzeby instytucje zamawiające mogą w dokumentach zamówienia sprecyzować sposób, w jaki grupy wykonawców mają spełnić, określone dla wykonawców samodzielnie ubiegających się o zamówienie, wymogi dotyczące ich sytuacji ekonomicznej i finansowej, pod warunkiem, że jest to obiektywnie uzasadnione i proporcjonalne. Jednocześnie jednak, warunki realizacji zamówienia przez takie grupy wykonawców odmienne od warunków nakładanych na pojedynczych uczestników, muszą być obiektywnie uzasadnione i proporcjonalne.

2.6.5.3. Kryteria kwalifikacji dotyczące zdolności technicznej i zawodowej

Również kwestie dotyczące zdolności technicznej i zawodowej zostały szerzej uregulowane w nowej dyrektywie niż we wcześniejszych przepisach, które co do zasady ograniczały się do wymienienia środków, jakie miały służyć do jej oceny i weryfikacji. Podobnie jak w przypadku zdolności ekonomicznej i finansowej szczegółowy wykaz takich środków znalazł się w załączniku XII do dyrektywy (część I).

W części normatywnej zawarto zaś ogólne zasady dotyczące nakładania wymogów dotyczące tej zdolności. Zgodnie z art. 58 ust. 4 dyrektywy, instytucje zamawiające mogą nałożyć wymogi zapewniające posiadanie przez wykonawców niezbędnych zasobów ludzkich i technicznych oraz doświadczenia umożliwiającego realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W dyrektywie określono, że instytucje zamawiające mogą w szczególności wymagać, aby wykonawcy mieli wystarczający poziom doświadczenia wykazany odpowiednimi referencjami dotyczącymi zamówień wykonanych wcześniej. Instytucja zamawiająca może uznać, że dany wykonawca nie ma wymaganych zdolności zawodowych, jeżeli ustaliła, że wykonawca ma sprzeczne interesy, które mogą mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia (art. 58 ust. 4 akapit 1 i 2).

Wskazano także, powtarzając zapisy dyrektywy 2004/18/WE, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia na dostawy, które wymagają wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, na usługi lub roboty budowlane, zdolność zawodowa wykonawców do świadczenia usługi lub wykonania instalacji lub robót budowlanych może być oceniana w odniesieniu do ich umiejętności, efektywności, doświadczenia i rzetelności (art. 58 ust. 4 akapit 3).

W odniesieniu do grup wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w razie potrzeby instytucje zamawiające mogą w dokumentach zamówienia sprecyzować sposób, w jaki grupy wykonawców mają spełnić wymogi, określone dla wykonawców samodzielnie ubiegających się o zamówienie, dotyczące ich zdolności technicznej i zawodowej, pod warunkiem, że jest to obiektywnie uzasadnione i proporcjonalne. Państwa członkowskie zostały uprawnione do określenia standardowych warunków określających, w jaki sposób grupy wykonawców mają spełniać te wymogi.

2.6.6. Jednolity europejski dokument zamówienia (ESPD)

Jednolity europejski dokument zamówienia jest zaktualizowanym oświadczeniem własnym wykonawcy dotyczącym kryteriów kwalifikacji i wykluczenia. Jest nowym instrumentem ustanawianym przez dyrektywę 2014/24/UE, mającym służyć uproszczeniu procesu kwalifikacji wykonawców. Ma on zastępować konieczność przedstawiania dotychczasowych zaświadczeń lub innych dokumentów dotyczących kryteriów wykluczenia i kwalifikacji na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału lub ofert.

ESPD 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.

Jednolity europejski dokument zamówienia powinien również przedstawiać stosowne informacje w odniesieniu do podmiotów, na których zdolnościach polega wykonawca, tak by weryfikacja informacji dotyczących takich podmiotów mogła zostać przeprowadzona łącznie z weryfikacją odnoszącą się do głównego wykonawcy i na takich samych warunkach.

Jednolity europejski dokument zamówienia powinien także w stosownych przypadkach zawierać informacje o możliwości uzyskania dokumentów potwierdzających bezpośrednio i bezpłatnie za pomocą krajowej bazy danych w dowolnym państwie członkowskim, takie jak adres internetowy bazy danych, wszelkie dane identyfikacyjne oraz gdy jest to niezbędne, oświadczenie o wyrażeniu zgody.

Przepisy dyrektywy zezwalają, by jednolity europejski dokument zamówienia, który został już użyty we wcześniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia mógł zostać ponownie wykorzystany przez wykonawcę, pod warunkiem potwierdzenia przez niego, iż informacje w nim zawarte są nadal prawidłowe.

Jednolity europejski dokument zamówienia jest sporządzany na podstawie standardowego formularza, ustanawianego przez Komisję w drodze aktów wykonawczych. Ma być przedstawiany wyłącznie w formie elektronicznej. Taki formularz ma na celu zmniejszenie problemów związanych z precyzyjnym formułowaniem oświadczeń i oświadczeń o wydaniu zgody, a także z kwestiami językowymi.

Na mocy art. 90 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE stosowanie tego przepisu może zostać jednak odroczone przez państwo członkowskie do 18 kwietnia 2018 r.

ESPD jest zatem dowodem wstępnym zastępującym zaświadczenia wydawane przez organy publiczne lub osoby trzecie na potwierdzenie, że dany wykonawca spełnia którykolwiek z następujących warunków:

- a) nie występują wobec niego podstawy wykluczenia,
- b) spełnia stosowne dla zamówienia kryteria kwalifikacji podmiotowej,
- c) spełnia obiektywne i niedyskryminujące kryteria i zasady, jakie instytucje zamawiające zamierzają stosować przy ograniczaniu liczby kwalifikujących się kandydatów, którzy zostaną zaproszeni do udziału.

Oparcie weryfikacji zdolności wykonawcy wyłącznie na dowodzie wstępnym, w postaci oświadczenia własnego wykonawcy nie daje pewności co do spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Dlatego stosowanie tego dokumentu nie wyłącza weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie tradycyjnych środków dowodowych, lecz jedynie ogranicza jej zakres do wykonawcy, któremu ma być udzielone zamówienie oraz do szczególnych przypadków, gdy jest uzasadniona obawa, że zaniechanie tej weryfikacji prowadziłyby do ograniczenia konkurencji.

Należy zgodzić się, że instytucje zamawiające nie powinny zawierać umów z oferentami, którzy nie są w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających spełnianie przez nich warunków udziału w postępowaniu. Oferent, któremu postanowiono udzielić zamówienia będzie więc zobowiązany do przedstawienia stosownych aktualnych środków dowodowych, przed udzieleniem zamówienia. Z kolei instytucja zamawiająca powinna mieć możliwość zwrócenia się do wykonawców o uzupełnienie lub wyjaśnienie zaświadczeń składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym dotyczących spełnienia norm jakości i norm zarządzania środowiskowego.

Również instytucje zamawiające powinny mieć zapewnioną w prawie krajowym możliwość zwrócenia się w każdej chwili o całość lub część dokumentów potwierdzających, gdy uważają, że jest to niezbędne dla właściwego przebiegu postępowania. Ma to szczególne znaczenie w odniesieniu do procedur dwustopniowych, tj. procedur ograniczonych, procedur konkurencyjnych z negocjacjami, dialogów konkurencyjnych oraz partnerstw innowacyjnych, w ramach których instytucje zamawiające korzystają z możliwości ograniczania liczby kandydatów zaproszonych do złożenia oferty. Wymóg przedłożenia dokumentów potwierdzających w chwili kwalifikacji zapraszanych kandydatów może być uzasadniony, by nie dopuścić do zaproszenia przez instytucje zamawiające kandydatów, którzy następnie nie są w stanie przedłożyć tych dokumentów na etapie udzielania zamówienia, tym samym uniemożliwiając udział kwalifikującym się kandydatom.

Tym niemniej wykonawcy nie będą mieć obowiązku do przedstawienia dokumentów potwierdzających, ani innych dowodów w formie dokumentów, jeżeli i w zakresie, w jakim instytucja zamawiająca ma możliwość uzyskania zaświadczeń lub odpowiednich informacji bezpośrednio za pomocą bezpłatnej krajowej bazy da-

nych w dowolnym państwie członkowskim, takiej jak krajowy rejestr zamówień, wirtualna kartoteka przedsiębiorstw, elektroniczny system przechowywania dokumentów lub system kwalifikacji wstępnej. Również jeżeli instytucja zamawiająca posiada już te dokumenty obowiązek wykonawców do ich przedstawiania będzie wyłączony. Państwa członkowskie są też zobowiązane do umożliwienia dostępu instytucjom zamawiającym z innych państw członkowskich do baz danych wydających zaświadczenia o wykonawcach na potrzeby kwalifikacji wykonawców, jeżeli krajowe instytucje zamawiające mają zapewniony dostęp do tych baz.

Państwa członkowskie mają obowiązek udostępnić i zaktualizować w systemie e-Certis pełny wykaz baz danych zawierających stosowne informacje na temat wykonawców, do których to baz danych dostęp mogą uzyskiwać instytucje zamawiające z innych państw członkowskich. Poza tym państwa członkowskie są zobowiązane do przekazywania innym państwom członkowskim na żądanie wszystkich informacji dotyczących baz danych, o których mowa w niniejszym artykule.

2.6.7. Środki dowodowe

Regulacje unijne określające środki dowodowe, jakich mogą żądać zamawiający od wykonawców w procedurach udzielania zamówień publicznych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu zostały uregulowane w nowej dyrektywie w art. 60 ust. 2-4 oraz w załączniku XII do dyrektywy 2014/24/UE. Na gruncie wcześniejszej dyrektywy środki dowodowe były wymienione jedynie w tekście normatywnym. Środki te mają służyć ustaleniu braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o których mowa w art. 57 dyrektywy oraz stanowić dowody spełnienia kryteriów kwalifikacji, zgodnie z art. 58 dyrektywy.

Katalog środków dowodowych określonych w dyrektywie jest wyczerpujący dla instytucji zamawiających. Nie mogą one wymagać innych środków dowodowych niż te, o których mowa w art. 60 i w art. 62 dotyczącym norm zapewnienia jakości i norm zarządzania środowiskowego.

Z kolei wykonawcy w odniesieniu do art. 63 odnoszącego się do polegania na zdolności innych podmiotów mogą wykorzystać wszelkie odpowiednie środki dowodowe, aby udowodnić instytucji zamawiającej, że będą mieli do swojej dyspozycji niezbędne zasoby.

2.6.7.1. Dowody na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia

Dyrektywa za wystarczające dowody potwierdzające, że do wykonawcy nie ma zastosowania żaden z przypadków wymienionych w art. 57, określa następujące dokumenty:

- a) odnośnie obligatoryjnych przesłanek wykluczenia określonych w art. 57 ust. 1 dyrektywy – wyciąg z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, lub, w przypadku jego braku, równoważny dokument wykazujący, że wymogi te zostały spełnione, wydany przez właściwy organ sądowy lub ad-

ministracyjny państwa członkowskiego lub państwa pochodzenia lub państwa, w którym wykonawca ma siedzibę;

- b) w odniesieniu do przesłanek wykluczenia z powodu naruszenia obowiązków podatkowych i obowiązków z dziedziny ubezpieczenia społecznego oraz określonej w art. 57 ust. 4 lit. b) dyrektywy dotyczącego stanu prowadzonej działalności – zaświadczenie wydane przez właściwy organ danego państwa członkowskiego lub danego państwa trzeciego.

Art. 60 ust. 2 akapit 2 dyrektywy 2014/24/UE przewiduje, że w przypadku, gdy państwo członkowskie lub państwo trzecie nie wydają takich dokumentów lub zaświadczeń, bądź gdy nie obejmują one wszystkich przypadków określonych w art. 57 ust. 1 i 2 oraz w art. 57 ust. 4 lit. b), wykonawcy mogą je zastąpić oświadczeniem złożonym pod przysięgą lub, w państwach członkowskich lub państwach trzecich nieposiadających przepisów o oświadczeniach pod przysięgą, uroczystym oświadczeniem złożonym przez zainteresowaną osobę przed właściwym organem zawodowym lub branżowym w państwie członkowskim lub w państwie pochodzenia wykonawcy lub w państwie, w którym ma on siedzibę. Państwa członkowskie UE nie mają więc obowiązku prowadzenia rejestru skazanych, ani też obowiązku zamieszczania informacji o skazaniu w prowadzonych przez państwa członkowskie rejestrach, jak również nie są zobowiązane do wydawania wyciągów z prowadzonych rejestrów.

Dyrektywa nakłada także na państwo członkowskie obowiązek wystawienia w stosownych przypadkach oświadczenia urzędowego potwierdzającego, że dokumenty lub zaświadczenia potwierdzające brak podstaw do wykluczenia, nie są wystawiane, lub że nie obejmują one wszystkich sytuacji, o których mowa w art. 57 ust. 1 i 2 oraz w art. 57 ust. 4 lit. b) dyrektywy. Do udostępniania takich oświadczeń urzędowych służyć ma internetowe repozytorium zaświadczeń (e-Certis).

2.6.7.2. Sytuacja ekonomiczna i finansowa

Nowe unijne regulacje dotyczące ustalania sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców na potrzeby udzielanych zamówień nie uległy istotnej zmianie w stosunku do przepisów dyrektywy 2014/24/UE. Tak więc jako dowód sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy może być, co do zasady, dostarczony przez jeden lub kilka z następujących dokumentów:

- a) odpowiednie oświadczenia banków lub, w stosownych przypadkach, dowód posiadania odpowiedniego ubezpieczenia z tytułu ryzyka zawodowego,
- b) sprawozdanie finansowe lub wyciągi ze sprawozdania finansowego, w przypadku gdy opublikowanie sprawozdania finansowego jest wymagane na mocy prawa kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania,
- c) oświadczenie o ogólnym obrocie przedsiębiorstwa oraz, w stosownych przypadkach, o obrocie w obszarze objętym zamówieniem za okres nie więcej niż trzech ostatnich lat budżetowych, w zależności od daty utwo-

rzenia przedsiębiorstwa lub rozpoczęcia działalności handlowej przez wykonawcę, pod warunkiem dostępności wspomnianych informacji dotyczących obrotów.

Jeżeli z jakiegokolwiek uzasadnionego powodu wykonawca nie może przedstawić dokumentów wymaganych przez instytucję zamawiającą, może on udowodnić swoją sytuację ekonomiczną i finansową za pomocą dowolnego innego instrumentu, który instytucja zamawiająca uzna za odpowiedni.

2.6.7.3. Zdolność techniczna wykonawcy

Zdolność techniczną wykonawcy, określaną odpowiednio do charakteru, ilości lub znaczenia, a także przeznaczenia robót budowlanych, dostaw lub usług, można udowodnić za pomocą co najmniej jednego ze środków wymienionych w części II Załącznika XII:

a) następujących wykazów:

(i) wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w ciągu ostatnich pięciu lat, wraz z zaświadczeniami zadowolającego wykonania i rezultatu najważniejszych robót budowlanych; w razie potrzeby, w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji, instytucje zamawiające mogą zaznaczyć, iż dowody dotyczące odpowiednich robót budowlanych wykonanych ponad pięć lat wcześniej nie zostaną uwzględnione,

(ii) wykaz głównych dostaw lub usług zrealizowanych nie wcześniej niż w ciągu ostatnich trzech lat, z podaniem kwot, dat wykonania oraz odbiorców publicznych lub prywatnych. W razie potrzeby, w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji, instytucje zamawiające mogą zaznaczyć, iż dowody dotyczące odpowiednich dostaw lub usług zrealizowanych bądź wykonanych ponad trzy lata wcześniej nie zostaną uwzględnione,

- b) wskazania zaangażowanych pracowników technicznych lub służb technicznych, niezależnie od tego, czy są one częścią przedsiębiorstwa danego wykonawcy, w szczególności tych odpowiedzialnych za kontrolę jakości, a w przypadku zamówień na roboty budowlane – tych, którymi ten wykonawca będzie dysponował na potrzeby wykonania robót budowlanych,
- c) opisu urządzeń technicznych oraz środków zastosowanych przez wykonawcę w celu zapewnienia jakości oraz opis zaplecza naukowo-badawczego przedsiębiorstwa,
- d) wskazania systemów zarządzania łańcuchem dostaw i śledzenia łańcucha dostaw, które to systemy wykonawca będzie mógł zastosować podczas realizacji zamówienia,
- e) w przypadku gdy produkty lub usługi, które mają zostać dostarczone, mają złożony charakter lub, wyjątkowo, mają szczególne przeznaczenie, instytucja zamawiająca lub, w jej imieniu, właściwy organ rządowy państwa, w którym dostawca lub usługodawca ma siedzibę, z zastrzeżeniem zgody

tego organu, przeprowadza kontrolę zdolności produkcyjnych dostawcy lub zdolności technicznych usługodawcy, a w razie konieczności także dostępnych im środków naukowych i badawczych, jak również środków kontroli jakości, z których będą korzystać,

- f) wykształcenia i kwalifikacji zawodowych usługodawcy bądź wykonawcy lub personelu zarządzającego przedsiębiorstwem, o ile nie podlegają one ocenie w ramach kryterium udzielenia zamówienia,
- g) wskazania środków zarządzania środowiskiem, które wykonawca będzie mógł zastosować podczas realizacji zamówienia,
- h) oświadczenia na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u usługodawcy lub wykonawcy oraz liczebność personelu zarządzającego w ostatnich trzech latach,
- i) oświadczenia na temat narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych usługodawcy lub wykonawcy na potrzeby realizacji zamówienia,
- j) wskazania procentowej części zamówienia, której realizację wykonawca zamierza ewentualnie zlecić podwykonawcom,
- k) w odniesieniu do produktów, które mają zostać dostarczone:
 - (i) próbek, opisów lub fotografii, których autentyczność musi zostać poświadczona na żądanie instytucji zamawiającej,

(ii) zaświadczeń sporządzonych przez uznane, właściwe urzędowe instytucje lub agencje kontroli jakości, wyraźnie potwierdzających zgodność produktów przez odniesienie do specyfikacji technicznych lub norm.

Należy przy tym zwrócić uwagę, że nowa dyrektywa 2014/24/UE uważa za pożądane, by w miarę możliwości instytucje zamawiające weryfikowały informacje za pomocą dostępu do stosownych baz danych, które powinny być zarządzane przez organy publiczne. Dlatego instytucje zamawiające nie powinny zwracać się do wykonawców o wciąż aktualne dokumenty, które posiadają w związku z wcześniejszymi postępowaniami o udzielenie zamówienia.

2.6.8. e-Certis

e-Certis jest internetowym repozytorium zaświadczeń i oświadczeń urzędowych, jakie wymagane są od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego we wszystkich krajach UE. Jest to system elektroniczny zarządzany przez Komisję.

Celem systemu e-Certis jest ułatwienie wymiany informacji na temat zaświadczeń i innych dowodów w formie dokumentów wymaganych przez zamawiających.

e-Certis pozwala:

- » wykonawcom w zorientowaniu się, jakich dokumentów i zaświadczeń potrzebują, by móc złożyć wniosek o ubieganie się o zamówienie publiczne lub ofertę w dowolnym państwie UE,
- » instytucjom zamawiającym w poszczególnych krajach Europy w określeniu, jakich dokumentów mogą wymagać od wykonawców lub jakie dokumenty mogą uznawać.

W e-Certis zamieszczane są ponadto w stosownych przypadkach oświadczenia urzędowe wystawiane przez państwa członkowskie potwierdzające, że dokumenty lub zaświadczenia dotyczące podstaw wykluczenia, nie są wystawiane, lub że nie obejmują one wszystkich sytuacji, o których mowa w art. 57 ust. 1 i 2 oraz art. 57 ust. 4 lit. b) dyrektywy.

System jest dostępny w 22 językach urzędowych UE. W e-Certis udostępniane będą też wszystkie wersje językowe jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia.

Państwa członkowskie mają obowiązek zapewnienia stałej aktualizacji informacji dotyczących zaświadczeń i innych rodzajów dowodów w formie dokumentów wprowadzanych do tego systemu.

2.6.9. Normy zapewnienia jakości i normy zarządzania środowiskowego

Dyrektywa 2014/24/UE wymaga, by instytucje zamawiające uwzględniały m.in. wymogi środowiskowe w procedurach udzielania zamówień publicznych, dlatego państwa członkowskie i instytucje zamawiające mają obowiązek podejmowania stosownych środków w celu przestrzegania obowiązków przez wykonawców w dziedzinie prawa ochrony środowiska, które mają zastosowanie w miejscu wykonywania robót budowlanych lub świadczenia usług i które wynikają z przepisów ustawowych i wykonawczych, dekretów i decyzji zarówno na szczeblu krajowym, jak i unijnym.

Monitorowanie przestrzegania tych przepisów prawa ochrony środowiska powinno odbywać się również przy stosowaniu zasad regulujących wybór uczestników, przy stosowaniu kryteriów wykluczenia. Niezbędna w tym celu weryfikacja powinna odbywać się zgodnie z przepisami regulującymi środki dowodowe i oświadczenia własne.

Regulacje dyrektywy 2014/24/UE nie wprowadzają zmian dotyczących wymagań przez zamawiających norm zapewnienia jakości i norm zarządzania środowiskowego, w odniesieniu do dotychczasowych uregulowań. Nowe przepisy zostały przy tym sformułowane bardziej szczegółowo w zakresie obowiązków wykonawcy związanych z posługiwaniem się równoważnymi środkami dowodowymi do wymienionych w dyrektywie.

Dyrektywa zobowiązuje państwa członkowskie do ustanowienia w prawie krajowym możliwości wymagania przez zamawiających od wykonawców ubiega-

jących się o zamówienie zaświadczeń sporządzanych przez niezależne jednostki zajmujące się poświadczaniem spełniania przez wykonawcę określonych norm zapewnienia jakości, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych. Na tej podstawie instytucje zamawiające mogą jednak wymagać zaświadczeń odnoszących się do systemów zapewnienia jakości, opartych na odpowiednich seriach norm europejskich, poświadczonych przez akredytowane jednostki.

Do wykazania zdolności technicznej wykonawcy do realizacji zamówienia mogą służyć systemy zarządzania środowiskowego. Mogą to tego służyć zarówno systemy zarejestrowane, jak i niezarejestrowane na mocy unijnych aktów prawnych, takich jak rozporządzenie Parlamentu i Rady (WE) nr 1221/2009¹³¹. Obejmuje to w szczególności certyfikaty Ecolabel zawierające kryteria zarządzania środowiskowego.

Instytucje zamawiające powinny mieć zapewnioną możliwość wymagania przedstawienia przez wykonawców zaświadczeń sporządzonych przez niezależne jednostki zajmujące się poświadczaniem spełnienia wymogów określonych systemów lub norm zarządzania środowiskowego. Wymagane przez instytucje zamawiające zaświadczenia powinny odnosić się do unijnego systemu ekozarządzania (EMAS), do innych systemów zarządzania środowiskowego uznanych zgodnie z art. 45 rozporządzenia (WE) nr 1221/2009 lub do innych norm zarządzania środowiskowego opartych na odpowiednich normach europejskich lub międzynarodowych opracowanych przez akredytowane jednostki.

Instytucje zamawiające mają przy tym obowiązek uznania równoważnych zaświadczeń wydanych przez jednostki mające siedzibę w innych państwach członkowskich. Powinny także zaakceptować inne dowody stosowania równoważnych środków zapewnienia jakości, jeżeli wykonawca nie ma dostępu do takich zaświadczeń lub możliwości uzyskania takich zaświadczeń w odpowiednim terminie z przyczyn, których nie można temu wykonawcy przypisać. W takiej sytuacji na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że wskazane przez niego normy zapewnienia jakości są zgodne z wymaganymi normami zapewnienia jakości.

2.6.10. Urzędowe wykazy zatwierdzonych wykonawców oraz certyfikacja przez jednostki prawa publicznego lub prywatnego

Uregulowania dyrektywy 2014/24/UE dotyczące urzędowych wykazów oraz certyfikacji nie zmieniają dotychczasowych regulacji w tej dziedzinie. Przepisy unijne nadal zapewniają więc możliwość ustanowienia i prowadzenia takich wykazów przez państwa członkowskie. Instrumenty te mają służyć ustaleniu, z wyprzedzeniem do udzielanych zamówień, wykonawców zdolnych do realizacji określonych kategorii zamówień. Mają one na celu usprawnienie procedury kwalifikacji oraz

131 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1221/2009 z dnia 25 listopada 2009 r. w sprawie dobrowolnego udziału organizacji w systemie ekozarządzania i audytu we Wspólnocie (EMAS) (Dz. Urz. L 342 z 22.12.2009, s. 1)

obniżenie kosztów ponoszonych przez wykonawców w związku z weryfikacją ich zdolności do realizacji zamówienia.

Art. 64 dyrektywy 2014/24/UE stanowi, że państwa członkowskie mogą ustanowić lub prowadzić urzędowe wykazy zatwierdzonych wykonawców, dostawców lub usługodawców albo przewidzieć ich certyfikację przez jednostki certyfikujące spełniające wymogi europejskich norm certyfikacji w rozumieniu załącznika VII do dyrektywy.

W takim przypadku powinny powiadomić o tym Komisję oraz pozostałe państwa członkowskie o adresie jednostki certyfikującej albo jednostki odpowiedzialnej za urzędowe wykazy, do których należy przysyłać wnioski.

Państwa członkowskie powinny uregulować warunki wpisów do przedmiotowych wykazów urzędowych oraz warunki wydawania zaświadczeń przez jednostki certyfikujące, w sposób uwzględniający przepisy podsekcji dyrektywy dotyczącej kwalifikacji wykonawców.

Warunki te powinny także zapewniać możliwość powołania się przez wykonawcę należącego do grupy na zasoby innych członków tej grupy, zgodnie z zasadami określonymi w art. 63 dotyczącym polegania na zdolności innych podmiotów. Wykonawcy mają jednak obowiązek udowodnienia organowi sporządzającemu urzędowy wykaz, iż będą mieć te zasoby do dyspozycji przez cały okres ważności zaświadczenia potwierdzającego ich wpis do urzędowego wykazu i że przez ten sam okres podmioty te nadal będą spełniały wymogi kwalifikacji podmiotowej objęte urzędowym wykazem lub zaświadczeniem, na których wykonawcy polegają na potrzeby wpisu do wykazu.

Zaświadczenia mogą być przedkładane instytucjom zamawiającym na potrzeby każdego zamówienia. Wskazane są w nich dokumenty, które stanowiły podstawę wpisu lub uzyskania certyfikacji, a także klasyfikację ustaloną w tym wykazie.

Poświadczony przez właściwy organ wpis do urzędowego wykazu lub zaświadczenie wydane przez jednostkę certyfikującą stanowią podstawę domniemania spełnienia przez dany podmiot wymogów kwalifikacji podmiotowej objętych urzędowym wykazem lub zaświadczeniem. Instytucje zamawiające nie mogą kwestionować bez uzasadnienia informacji, które wynikają z wpisu. Jednakże przed udzieleniem zamówienia można żądać każdorazowo od każdego wpisanego wykonawcy dodatkowego zaświadczenia dotyczącego płatności składek na ubezpieczenie społeczne oraz podatków.

Możliwość czerpania korzyści z wpisu w sposób wyżej określony w innych państwach członkowskich mają jednak wyłącznie wykonawcy, mający siedzibę w państwie członkowskim prowadzącym wykaz urzędowy.

Wymagania dowodowe potwierdzające spełnianie kryteriów kwalifikacji podmiotowej objęte wykazem urzędowym lub certyfikatem powinny odpowiadać zasadom dotyczącym środków dowodowych oraz wymagań dotyczących spełniania norm zapewnienia jakości i norm zarządzania środowiskowego określonych w dyrektywie. Takie same warunki wpisu powinny być stosowane wobec wykonawców niezależnie od tego, z którego z państw członkowskich pochodzą. W szczególności nie można wymagać żadnych innych dowodów ani oświadczeń niż wymagane od wykonawców krajowych.

O dokonanie wpisu do wykazu urzędowego lub wydanie zaświadczenia wykonawcy mogą wystąpić w każdym czasie, zaś o decyzji w przedmiocie takiego wniosku powinni być poinformowani w możliwie krótkim czasie.

Na wykonawców z innych państw członkowskich nie mogą być nakładane obowiązki do uzyskania stosownego wpisu lub certyfikatu przewidzianych w prawie państwa, w którym ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego. Co więcej instytucje zamawiające mają obowiązek uznania równoważnych zaświadczeń wydawanych przez jednostki mające siedziby w innych państwach członkowskich, a także powinny przyjąć również inne równoważne środki dowodowe.

2.6.11. Poleganie na zdolności innych podmiotów

Ustawodawca unijny zgrupował w art. 63 dyrektywy 2014/24/UE regulacje dotyczące polegania na zasobach podmiotów trzecich. Regulacje te odwzorowują zasady stosowane dotychczas na gruncie dyrektywy 2004/18/WE, jednocześnie dość istotnie je doprecyzowując.

Wykonawca może więc w stosownych sytuacjach i w odniesieniu do określonego zamówienia polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od prawnych powiązań jakie wiążą go z nimi. Odnosi się to do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz do kryteriów dotyczących zdolności technicznej i zawodowej. Wykonawca może przy tym powołać się na zdolności więcej niż jednego podmiotu, co potwierdził Trybunał Sprawiedliwości w motywie 30 wyroku w sprawie C-94/12 wydanym na gruncie dyrektywy 2004/18/WE¹³².

Z uwagi na podobną regulację w dyrektywie 2014/24/UE, należy stwierdzić, że co do zasady możliwe jest łączenie kwalifikacji wielu podmiotów gospodarczych w celu spełnienia minimalnych wymogów określonych przez instytucję zamawiającą, o ile zostanie wykazane tej instytucji zamawiającej, że kandydat lub oferent powołujący się na kwalifikacje jednego lub kilku innych podmiotów będzie w rzeczywistości mógł dysponować środkami tych podmiotów, które są niezbędne do wykonania zamówienia (motyw 33 ww. wyroku C-94/12).

Nowa dyrektywa wyraża przy tym wprost pewne ograniczenia, co do możliwości polegania na zasobach innych podmiotów. Zgodnie bowiem z art. 63 ust. 1 akapit 1 zd. 2 dyrektywy, w przypadku kryteriów dotyczących wykształcenia i kwali-

¹³² Wyrok Trybunału z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-94/12 Swm Costruzioni 2 SpA i Mannocchi Luigino DI przeciwko Provincia di Fermo; ECLI:EU:C:2013:646.

fikacji zawodowych lub dotyczących doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te podmioty będą realizować roboty budowlane lub usługi, do których zdolności są potrzebne. Powyższe zastrzeżenie należy uznać za zrozumiałe, z uwagi na szczególnie charakter tych zasobów, które nie mogą być w dowolny sposób skutecznie przenoszone i odzwierciedla dotychczasowe orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości.

Warto też mieć na uwadze art. 63 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym instytucje zamawiające mogą wymagać, by kluczowe zadania zamówień na roboty budowlane, na usługi oraz na prace związane z rozmieszczeniem lub instalacją dostaw, były wykonywane bezpośrednio przez samego oferenta lub, w przypadku oferty złożonej przez grupę wykonawców, przez uczestnika tej grupy. Tego typu zastrzeżenie ogranicza więc możliwość polegania wykonawcy na zasobach innych podmiotów w zakresie wprost zastrzeżonym przez zamawiającego. Określając taki wymóg zamawiający powinien jednak mieć na uwadze, by w ten sposób niezasadnie nie ograniczyć konkurencji. Powyższe ograniczenia stanowią wyjątek od ogólnej reguły dopuszczalności możliwości polegania na zdolności innych podmiotów, więc nie powinny być interpretowane rozszerzająco.

Wykonawca, który zamierza polegać na zdolności innych podmiotów musi udowodnić instytucji zamawiającej, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, przedstawiając na przykład w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów.

Instytucja zamawiająca ma obowiązek sprawdzenia, czy podmioty na których zdolności wykonawca zamierza polegać, spełniają określone w postępowaniu dla danego zamówienia kryteria kwalifikacji, a także czy istnieją wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia. W przypadku gdyby wynik weryfikacji podmiotu okazał się negatywny, wykonawca na wezwanie instytucji zamawiającej powinien zastąpić podmiot, który nie spełnił stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia. Dodatkowo instytucja zamawiająca może wymagać lub zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do wymagania, by wykonawca zastąpił podmiot, wobec którego istnieją nieobowiązkowe podstawy wykluczenia.

Ponadto, art. 63 ust. 1 akapit 3 dyrektywy przewiduje, że jeżeli wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w odniesieniu do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, instytucja zamawiająca może wymagać od wykonawcy i tych podmiotów solidarnej odpowiedzialności za realizację zamówienia. Ustawodawca przeniósł więc w nowej dyrektywie do części normatywnej zapis, który w dyrektywie 2004/18/WE ujęty był jedynie w jej preambule. Zabieg ten nie zmienił jednak przedmiotowej regulacji.

Na tych samych zasadach również grupa wykonawców, może polegać na zdolności członków tej grupy lub innych podmiotów.

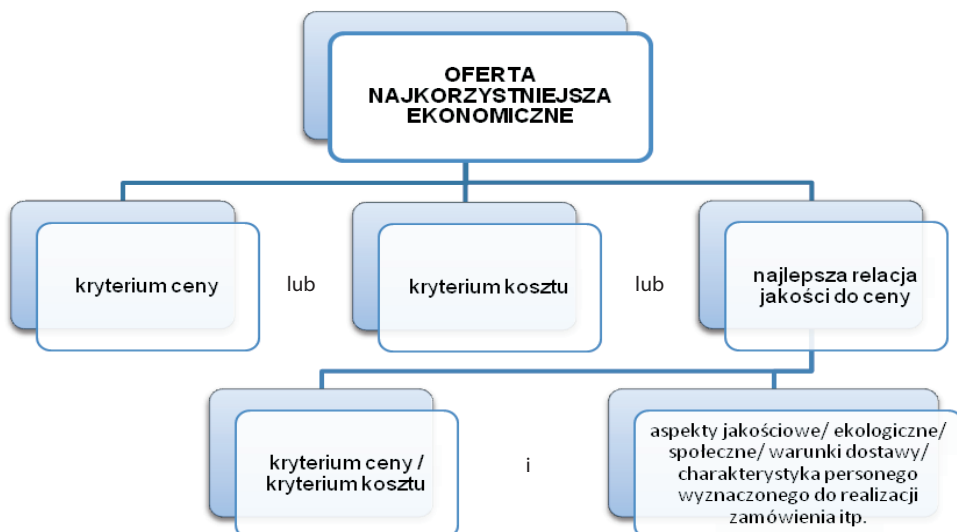
2.7. Udzielenie zamówienia publicznego

2.7.1. Kryteria udzielania zamówienia

Przepisy nowych dyrektyw w sprawie zamówień publicznych zmieniają znany dotychczas na gruncie dyrektyw 2004/18/WE i 2004/17/WE podział kryteriów na „ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie” oraz „najniższą cenę”.

W świetle art. 67 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, instytucje zamawiające udziela-
ją zamówień publicznych w oparciu o **ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie**.
W motywie 89 preambuły podkreślono wagę prostego i przystępnego sformu-
łowania przepisów dyrektywy, w co wpisuje się również zastosowanie jako nad-
rzędnej koncepcji terminu „oferty najkorzystniejszej ekonomicznie”. Uznano, iż
wszystkie zwycięskie oferty powinny być w ostatecznym rozrachunku wybierane
zgodnie z tym, co poszczególne instytucje zamawiające uznają za rozwiązanie
najkorzystniejsze ekonomicznie spośród zaoferowanych.

Dyrektywa wprowadzając terminologię „oferty najkorzystniejszej ekonomicznie”
zezwala na ustalenie kryteriów udzielenia zamówienia **w oparciu o cenę lub
koszt** (efektywność kosztową), czy też wykorzystanie podejścia opartego na **naj-
lepszej relacji jakości do ceny**. Nowością wprowadzoną nowymi dyrektywami
jest wskazana bezpośrednio w przepisach możliwość wyboru kryterium koszt-
owego przy wykorzystaniu rachunku kosztów cyklu życia.¹³³



Rys. Kryteria udzielenia zamówienia w świetle dyrektywy 2014/24/UE

¹³³ Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 96 preambuły.

Dotychczas instytucje zamawiające również mogły uwzględniać w kryteriach udzielenia zamówienia koszty związane z przedmiotem zamówienia, które ponoszone były na różnych etapach cyklu życia produktu. Dyrektywa 2004/18/WE w ramach katalogu przykładowych kryteriów wymieniała bezpośrednio koszty użytkowania, niemniej możliwość uwzględniania dalszych kosztów związanych z cyklem życia produktu wynikała przede wszystkim z otwartego katalogu możliwych do zastosowania kryteriów udzielenia zamówienia, przy założeniu, że koszty te związane były z przedmiotem zamówienia.

Należy także podkreślić, iż chociaż zgodnie z nowymi dyrektywami zamówienia udziela się w oparciu o ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie, w świetle nowych regulacji nadal co do zasady istnieje możliwość wyboru oferty jedynie w oparciu o kryterium ceny. Wybierana oferta powinna być najkorzystniejsza ekonomicznie z punktu widzenia zamawiającego, co może oznaczać możliwość uznania za taką także oferty, w której zaproponowano najkorzystniejszą cenę. Świadczyć o tym mogą również przepisy art. 67 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE upoważniające państwa członkowskie do wyłączenia możliwości stosowania przez instytucje zamawiające kryterium ceny lub kosztu jako jedyne kryterium udzielenia zamówienia lub ograniczenia ich zastosowania do określonych kategorii instytucji zamawiających lub określonych rodzajów zamówień.

Dyrektywa przyznaje państwom członkowskim swobodę co do regulacji tej kwestii w ramach ustawodawstwa krajowego, a zatem to państwa członkowskie będą decydować czy zastosowanie kryterium cenowego w zamówieniach udzielanych w tych państwach powinno być ograniczone. Niemniej jednak dyrektywa zachęca do tego państwa członkowskie m.in. wskazując w preambule, że wyłączenie możliwości stosowania kryterium cenowego lub kosztowego jako jedyne kryterium wykorzystywanego przy ocenie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, bądź też ograniczenie stosowania tych czynników ma na celu zachęcenie instytucji zamawiających do przykładania większej wagi do jakości zamówienia.¹³⁴

Co do zasady ocena oferty najkorzystniejszej ekonomicznie również nie powinna odbywać się jedynie w oparciu o kryteria jakościowe. Powinny im towarzyszyć także kryteria cenowe lub kosztowe. Dyrektywa dopuszcza jednak w szczególnych sytuacjach możliwość konkurowania wykonawców o zamówienie jedynie w oparciu o kryteria jakościowe. Dotyczy to m.in. sytuacji, gdzie przepisy krajowe określają wynagrodzenie za niektóre usługi lub ustalają ceny stałe za niektóre dostawy¹³⁵.

2.7.1.1. Przykładowe kryteria udzielenia zamówienia

Dyrektywa 2014/24/UE w art. 67 ust. 2 wskazuje przykładowy katalog kryteriów służących do oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z wykorzystaniem koncepcji „**najlepszej relacji jakości do ceny**”.

¹³⁴ Ibidem, motywy 90 preambuły.

¹³⁵ Ibidem, art. 67 ust. 2 oraz motywy 92 i 93 preambuły.

Podobnie jak w przypadku dyrektywy 2004/18/WE¹³⁶, wymienione zostały m.in. jakość, wartość techniczna, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, koszty użytkowania, serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, termin dostarczenia, czas dostarczenia lub realizacji.

W egzemplarycznym katalogu kryteriów udzielenia zamówienia w dyrektywie 2014/24/UE pominięte zostało kryterium rentowności. Pojęcie rentowności (ang. *cost-effectiveness*) zawiera się jednak w samej koncepcji „najlepszej relacji jakości do ceny” oznaczając miarę efektywności gospodarowania, która pozwala na weryfikację opłacalności alokacji funduszy m.in. w inwestycjach rzeczowych.¹³⁷

W przepisach nowych dyrektyw uporządkowano ponadto katalog kryteriów według typologii: kryteria jakościowe, kryteria odwołujące się do właściwości wykonawców oraz kryteria dotyczące obsługi posprzedażnej.

Przykładowe kryteria udzielenia zamówienia obejmują zatem:

- 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.

Dyrektywa 2014/24/UE w ramach kryteriów udzielenia zamówienia po raz pierwszy wymienia bezpośrednio aspekty społeczne jako możliwe do uwzględnienia w ramach „najlepszej relacji jakości do ceny”. Jednym z takich przykładowych aspektów jest fakt promowania integracji społecznej osób defaworyzowanych lub członków słabszych grup społecznych wśród osób wyznaczonych do wykonania zamówienia.¹³⁸

Ponadto, wśród nowych przykładowych kryteriów udzielenia zamówienia dyrektywa 2014/24/UE wymienia m.in. **dostępność** (ang. *access-for-all*) i **projektowanie dla wszystkich** (ang. *design-for-all*). Kryteria te służą dodatkowemu wsparciu przepisów dot. specyfikacji technicznych. Zgodnie bowiem z art. 42 ust. 1 akapit 3 „w przypadku zamówień przeznaczonych do użytku osób fizycznych, zarówno ogółu społeczeństwa, jak i pracowników instytucji zamawiającej, specyfikacje techniczne należy sporządzić z uwzględnieniem kryterium dostępności dla osób niepełnosprawnych lub projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników”.

Aspekty środowiskowe zostały wprawdzie wskazane wśród kryteriów udzielenia zamówienia w przepisach dyrektywy 2004/18/WE, jednak w nowym ładzie praw-

¹³⁶ Dyrektywa 2004/18/WE, art. 53 ust. 1 pkt a.

¹³⁷ Zob. <http://biznes.pwn.pl/index.php?module=haslo&id=3967150>.

¹³⁸ Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 93 preambuły.

nym wymieniono dodatkowo przykładowe środowiskowe czynniki możliwe do uwzględnienia na podstawie najlepszej relacji jakości do ceny. Dyrektywa 2014/24/UE wskazuje w preambule m.in. na druk na papierze z makulatury lub na papierze z drewna pochodzącego ze zrównoważonej gospodarki drzewnej czy też koszty przypisane ekologicznym efektom zewnętrznym¹³⁹.

W nowym ładzie prawnym uwzględniono również możliwości wzięcia pod uwagę **aspektów innowacyjnych** w ramach kryteriów udzielenia zamówienia. Aspekty te nie zostały wprowadzić sprecyzowane choćby w formie przykładowego katalogu kryteriów, jednakże w świetle zapisów preambuły do dyrektywy ich uwzględnienie przy ocenie ofert jest jak najbardziej uprawnione. Dyrektywa wskazuje bowiem, że zakup innowacyjnych produktów, robót budowlanych i usług odgrywa kluczową rolę w poprawie skuteczności i jakości usług publicznych, przyczyniając się przy tym do rozwiązywania poważnych problemów społecznych, a zatem organy publiczne powinny optymalnie pod względem strategicznym wykorzystać zamówienia publiczne w celu wspierania innowacji. Ponadto, z uwagi na znaczenie innowacji, należy zachęcać instytucje zamawiające do jak najczęstszego dopuszczania ofert wariantowych¹⁴⁰.

Można przyjąć, iż kryterium „**handel i jego warunki**” wskazuje na ogólne warunki handlowe, wśród których wymienia się m.in. wynagrodzenie i płatności. Bezpośrednie wskazanie w art. 67 ust. 1 tego kryterium miało na celu podkreślenie dopuszczalności kryteriów zastosowanych w postępowaniu przetargowym, stanowiącym przedmiot orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-368/10 - Komisja przeciwko Niderlandom. TSUE stwierdził wprawdzie w tym postępowaniu naruszenie przez zamawiającego przepisów zamówień publicznych m.in. w związku z wprowadzeniem obowiązku posiadania przez oferowane przez wykonawców w ramach postępowania przetargowego produkty określonych etykiet, nie wyszczególniając przy tym kryteriów, na których opierają się owe etykiety, ani nie dopuszczając, by można było przedstawić każdy adekwatny dowód celem wykazania, że dany produkt spełnia owe kryteria. Należy jednak podkreślić, iż Trybunał Sprawiedliwości nie zakwestionował zasadności zastosowania w ramach kryteriów udzielenia zamówienia kryteriów charakteryzujących daną etykietę. Tym samym za dopuszczalne uznane zostało kryterium wprowadzające obowiązek aby produkty stanowiące przedmiot zamówienia zakupione w organizacjach zrzeszających małych producentów z krajów rozwijających się, zostały nabyte po uczciwej cenie i na uczciwych warunkach.¹⁴¹

Należy przy tym podkreślić, iż pojęcie „handel i jego warunki” tożsame jest z wskazanym w definicji cyklu życia (art. 2 pkt 20) pojęciem „obrót i jego warunki” oraz zastosowanym w art. 67 ust. 3 pojęciem „wprowadzenie na rynek”.

139 Ibidem, motyw 93 preambuły.

140 Ibidem, motyw 47 preambuły.

141 Wyrok Trybunału z dnia 10 maja 2012 r. w sprawie C-368/10 Komisja Europejska przeciwko Królestwo Niderlandów, pkt 89-92; ECLI:EU:C:2012:284.

Organizacja, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia, w przypadku gdy właściwości wyznaczonego personelu mogą mieć znaczący wpływ na poziom wykonania zamówienia – to przykład nowego kryterium zasadniczo odróżniającego nowe dyrektywy od porządku prawnego z 2004 r.

Przedmiotowe kryterium udzielenia zamówienia odwołuje się do właściwości wykonawców. Należy jednak podkreślić, iż zastosowanie tego kryterium służy ocenie zespołu wyznaczonego do realizacji zamówienia, a nie przedsiębiorstwa jako całości jak ma to miejsce na etapie kwalifikacji podmiotowej wykonawców. Jak wskazano w motywie 94 preambuły dyrektywy „każdorazowo gdy kwalifikacje zatrudnionego personelu mają wpływ na poziom realizacji zamówienia, instytucjom zamawiającym należy także zezwolić na zastosowanie jako kryterium udzielenia zamówienia organizacji, kwalifikacji i doświadczenia personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia, ponieważ może mieć to wpływ na jakość wykonania zamówienia, a co za tym idzie, wartość ekonomiczną oferty”. Jako przykład zamówienia uzasadniającego zastosowanie tego rodzaju kryteriów dyrektywa wymienia usługi intelektualne, takie jak usługi doradcze lub architektoniczne.

Skorzystanie przez instytucję zamawiającą z ww. kryterium nakłada jednocześnie na nią pewne zobowiązania. Jak zostało to wskazane w motywie 94 preambuły: „Instytucje zamawiające korzystające z tej możliwości powinny – za pomocą odpowiednich postanowień umownych – zapewnić, aby personel wyznaczony do wykonania zamówienia faktycznie spełniał określone standardy jakości i by zastąpienie tego personelu było możliwe wyłącznie za zgodą instytucji zamawiającej, która sprawdza, czy personel zastępczy zapewni równoważny poziom jakości”.

Ponadto, w zależności od rodzaju usługi lub produktu objętego zamówieniem, kryteria udzielenia mogą odwoływać się do warunków dostawy i płatności, czy też aspektów związanych z obsługą posprzedażną (np. zakres usług doradczych i usług w dziedzinie wymiany).¹⁴²

2.7.1.2. Kryteria udzielenia zamówienia a cykl życia produktów

Art. 67 wprowadza możliwość określenia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie w oparciu o efektywność kosztową, z wykorzystaniem np. rachunku kosztów cyklu życia. Tak rozumiane kryterium kosztowe wykracza poza kryterium kosztów użytkowania, do których odwoływał się dotychczas art. 53 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE. Kryterium kosztu pozwala na uwzględnienie innych kategorii kosztów ponoszonych przez instytucje zamawiające w związku z nabyciem produktu, usługi lub robót budowlanych, w tym kosztów utrzymania oraz wycofania z eksploatacji. Wprawdzie, uwzględnienie kosztów cyklu życia produktu, ze względu na przykładowy i niewyczerpujący katalog kryteriów wskazanych w dyrektywie 2004/18/WE możliwe było już pod rządami tejże dyrektywy, jednakże dyrektywa

¹⁴² Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 93 preambuły.

2014/24/UE odnosi się do kosztów cyklu życia produktu bezpośrednio, wskazując wyraźnie jakich aspektów może dotyczyć podejście kosztowe.

Innym istotnym elementem, wskazującym dodatkowo na rozszerzenie zakresu dopuszczalnych kryteriów oceny ofert w nowej dyrektywie jest doprecyzowanie warunku odnoszącego się do powiązania kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia. W świetle art. 67 ust. 3 uznaje się, że „kryteria udzielenia zamówienia są powiązane z przedmiotem zamówienia publicznego, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, we wszystkich aspektach oraz na wszystkich etapach ich cyklu życia, co obejmuje czynniki związane z:

- a) określonym procesem produkcji, dostarczania lub wprowadzania tych robót budowlanych, dostaw lub usług na rynek, albo
- b) określonym procesem dotyczącym innego etapu cyklu życia tych robót budowlanych, dostaw lub usług,

nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem.”

Przepisy nowych dyrektyw, wprowadzając możliwość stanowienia kryteriów udzielenia zamówienia w oparciu o cykl życia produktów, wyraźnie dopuszczają możliwość odwołania się w nich do warunków realizacji zamówienia. W niektórych przypadkach ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, w szczególności gdy zamawiający dąży do uwzględnienia kwestii środowiskowych lub społecznych w postępowaniu przetargowym, kryteria udzielenia zamówienia mogą określać sposób jego realizacji. Taka wykładnia prawa unijnego w zakresie zamówień publicznych wynika z orzecznictwa TSUE, w szczególności orzeczenia w sprawie C-368/10 Komisja przeciwko Niderlandom.¹⁴³

Przepisy art. 67 ust. 3 zostały dodatkowo omówione w motywie 97 preambuły dyrektywy 2014/24/UE. Zgodnie z jego treścią, dla lepszego uwzględnienia kwestii społecznych i środowiskowych w postępowaniach o udzielanie zamówień, instytucje zamawiające powinny mieć możliwość stosowania kryteriów udzielenia zamówienia w odniesieniu do robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane, we wszystkich aspektach i na każdym etapie cyklu życia tych robót, dostaw lub usług. Dotyczy to zarówno wydobycia surowców przeznaczonych dla danego produktu, jak i innych etapów, na utylizacji kończąc, łącznie z czynnikami związanymi z konkretnym procesem produkcyjnym, dostarczeniem lub obrotem i jego warunkami w odniesieniu do tych robót budowlanych, dostaw lub usług, bądź też z konkretnym procesem na późniejszym etapie ich cyklu życia, nawet jeśli te czynniki nie są ich istotnym elementem.

Ustawodawca unijny wskazuje również przykładowe **środowiskowe i społeczne** kryteria udzielenia zamówienia.

¹⁴³ Wyrok Trybunału z dnia 10 maja 2012 r. w sprawie C-368/10 Komisja Europejska przeciwko Królestwo Niderlandów, pkt 89-92; ECLI:EU:C:2012:284.

„**Kryteria** (...) odnoszące się do takich procesów produkcji lub dostarczenia mogą na przykład zakładać, że przy **produkcji zakupionych produktów nie stosowano toksycznych chemikaliów**, lub że **zakupione usługi świadczone są z wykorzystaniem energooszczędnych urządzeń**. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej obejmuje to także kryteria udzielenia zamówienia lub warunki realizacji zamówienia związane z dostarczaniem lub wykorzystywaniem produktów sprawiedliwego handlu w trakcie wykonywania zamówienia, które ma zostać udzielone. **Kryteria** (...) dotyczące obrotu i jego warunków mogą np. odnosić się do faktu, że **dany produkt pochodzi ze sprawiedliwego handlu, łącznie z wymogiem zapłacenia producentom ceny minimalnej i premii**”¹⁴⁴

Zarazem należy pamiętać, że wymóg związku kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia wyklucza kryteria odwołujące się do ogólnej polityki firmy, których nie można uznać za czynnik charakteryzujący konkretny proces produkcji lub dostarczania zakupionych robót budowlanych, dostaw lub usług. Instytucje zamawiające nie mogą zatem wymagać od oferentów aby prowadzili określoną politykę społecznej lub środowiskowej odpowiedzialności przedsiębiorstw.¹⁴⁵ Stawianie tak ogólnie sformułowanych kryteriów naruszałoby podstawowe zasady udzielania zamówień, tj. równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz obowiązek przejrzystego i proporcjonalnego działania ze strony zamawiających.¹⁴⁶

2.7.1.3. Stosowanie etykiet w ramach kryteriów udzielenia zamówienia

Dyrektywa 2014/24/UE wprowadziła możliwość wymagania przez zamawiających w ramach kryteriów udzielenia zamówienia konkretnej etykiety na potwierdzenie określonych cech oferowanego przez wykonawców przedmiotu zamówienia. Dotychczasowe unijne regulacje w zakresie zamówień publicznych zezwalały jedynie na wykorzystanie specyfikacji przyjętych dla konkretnego oznakowania na potrzeby przygotowania przez instytucje zamawiające specyfikacji technicznych konkretnego zamówienia publicznego oraz wykorzystanie przez oferentów oznakowania jako środka dowodowego potwierdzającego spełnianie stawianych przez zamawiającego wymogów.

Dopuszczenie bezpośredniego odwołania w ramach kryteriów udzielenia zamówienia do określonej etykiety uzależnione jest od łącznego spełniania wskazanych w dyrektywie warunków. Zgodnie z art. 43 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, w sytuacji gdy „instytucje zamawiające zamierzają dokonać zakupu robót budowlanych, dostaw lub usług o szczególnych cechach środowiskowych, społecznych lub innych, mogą one m.in. w ramach kryteriów udzielenia zamówienia wymagać określonej etykiety jako środka dowodowego na to, że te roboty budowlane, do-

¹⁴⁴ Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 97 preambuły.

¹⁴⁵ Ibidem.

¹⁴⁶ Ibidem, art. 18 ust. 1; por. wyrok Trybunału z dnia 10 maja 2012 r. w sprawie C-368/10 Komisja Europejska przeciwko Królestwo Niderlandów, pkt 112; ECLI:EU:C:2012:284.

stawy lub usługi spełniają wymagane cechy, o ile spełnione są wszystkie następujące warunki:

- a) wymogi dotyczące etykiety dotyczą **wyłącznie kryteriów, które są związane z przedmiotem zamówienia**, i są odpowiednie dla określenia cech robót budowlanych, dostaw lub usług będących przedmiotem zamówienia;
- b) wymogi dotyczące etykiety są oparte na kryteriach obiektywnie możliwych do sprawdzenia i niedyskryminacyjnych;
- c) etykiety są przyjmowane w drodze otwartej i przejrzystej procedury, w której mogą uczestniczyć wszystkie odpowiednie podmioty, w tym instytucje rządowe, konsumenci, partnerzy społeczni, producenci, dystrybutorzy oraz organizacje pozarządowe;
- d) etykiety są dostępne dla wszystkich zainteresowanych stron;
- e) wymogi dotyczące etykiety są określane przez podmiot trzeci, na który wykonawca ubiegający się o etykietę nie może wywierać decydującego wpływu”.

Należy przy tym pamiętać, iż instytucje zamawiające wymagając określonej etykiety, muszą akceptować wszystkie etykiety, które potwierdzają, że dane roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają **równoważne** wymogi dotyczące etykiety.¹⁴⁷

2.7.1.4. Podstawowe zasady określania kryteriów udzielenia zamówienia

Art. 67 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE stanowi, iż kryteria udzielenia zamówienia nie mogą przyznawać instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru ani prowadzić do ograniczenia konkurencji. Powinny do nich być dołączone specyfikacje, które umożliwią skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów służących ocenie na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia.

Innymi słowy, kryteria udzielenia zamówienia muszą zostać skonkretyzowane przez zamawiającego. Udzielanie zamówienia na podstawie obiektywnych kryteriów gwarantuje bowiem przestrzeganie zasad niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców. Stwarza tym samym możliwość obiektywnego porównania relatywnej wartości ofert, pozwalając na ustalenie w warunkach efektywnej konkurencji, która z ofert jest najkorzystniejsza ekonomicznie.¹⁴⁸ Sformułowanie kryteriów udzielenia zamówienia w sposób obiektywny, wyłącza możliwość arbitralnej decyzji ze strony zamawiającego.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Dyrektywa 2014/24/UE art. 43 ust. 1.

¹⁴⁸ Ibidem, motyw 90 preambuły.

¹⁴⁹ Wyrok Trybunału z dnia 20 września 1988 r. w sprawie 31/87 Gebroeders Beentjes BV przeciwko Staat der Nederlanden, pkt 37 (ii); ECLI:EU:C:1988:422 - Kryterium „najbardziej odpowiedniej oferty”, zgodnie z jego określeniem w prawodawstwie krajowym, może pozostawać w zgodzie z dyrektywą, jeśli odzwierciedla ono swobodę decyzji organów udzielających zamówienia, w zakresie określenia oferty najbardziej korzystnej pod względem ekonomicznym na podstawie obiektywnych kryteriów, a tym samym nie uwzględnia elementów arbitralnego wyboru. Z art. 29 ust. 1 i 2 dyrektywy wynika, że w sytuacji, gdy zamawiający nie przyjmują najniższej ceny jako jedynego kryterium udzielenia zamówienia, ale biorą pod uwagę różne kry-

Zamawiający określa kryteria udzielenia zamówienia w dokumentacji zamówienia lub ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniając przy tym ich zgodność z wszelkimi zasadami ogólnymi prawa unijnego.¹⁵⁰

2.7.1.5. Określenie wagi kryteriów

Nowe regulacje unijne ws. zamówień publicznych powielają sposób ważenia kryteriów określony w art. 53 ust. 2 akapit 2 dyrektywy 2004/18/WE. „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. Wagi te mogą być wyrażone za pomocą przedziału z odpowiednią rozpiętością maksymalną. Jeżeli przypisanie wagi nie jest możliwe z obiektywnych przyczyn, instytucja zamawiająca wskazuje kryteria w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego”.¹⁵¹

Ponadto, należy pamiętać, iż w przypadku zastosowania określonej metodologii LCC istnieje potrzeba dokonania ważenia kosztów tych czynników, które zostały uwzględnione w metodologii. Metodologia LCC nie zapewni odpowiedzi na pytanie jaka powinna być waga kryteriów, ale jedynie wskazuje sposób obliczenia kosztów dla poszczególnych czynników w niej uwzględnionych.

2.7.2. Rachunek kosztów cyklu życia (ang. life cycle costing)

Omówienie metodyki rachunku kosztów cyklu życia, tj. obliczania wartości ekonomicznej poszczególnych etapów życia produktu stanowiącego przedmiot zamówienia wymaga odwołania w pierwszej kolejności do definicji samego cyklu życia. Opublikowane 28 marca 2014 r. dyrektywy, po raz pierwszy wprowadzają pojęcie „cyklu życia” do unijnych regulacji z zakresu klasycznych i sektorowych zamówień publicznych. Dotychczasowe dyrektywy 2004/18/WE i 2004/17/WE nie odwoływały się do cyklu życia produktu. Pojęcie to wprowadziła natomiast dyrektywa nr 2009/81/WE regulująca kwestię zamówień publicznych w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa.¹⁵²

teria mające na celu udzielenie zamówienia wykonawcy składającemu ofertę najbardziej korzystną ekonomicznie, są oni zobowiązani określić te kryteria w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach przetargowych.

150 Ibidem, por. wyrok Trybunału z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab, uprzednio Stagecoach Finland Oy Ab przeciwko Helsingin kaupunki i HKL-Bussiliikenne, pkt 64; ECLI:EU:C:2002:495

151 Dyrektywa 2014/24/UE, art. 67 ust. 5.

152 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE art. 1 pkt 26 - „cykl życia” oznacza wszelkie możliwe kolejne fazy produktów, tj. badania i rozwój, projektowanie przemysłowe, produkcja, naprawa, modernizacja, zmiana, utrzymanie, logistyka, szkolenie, testowanie, wycofanie i usuwanie;

Dyrektywa 2014/24/UE w art. 2 pkt 20 definiuje pojęcie cyklu życia jako „wszystkie kolejne lub powiązane ze sobą etapy, w tym działania badawczo-rozwojowe, które należy wykonać, produkcję, obrót i jego warunki, transport, użytkowanie i utrzymanie, w całym okresie istnienia produktu lub obiektu budowlanego lub świadczenia usługi, od nabycia surowca lub wytworzenia zasobów po wywóz, usunięcie i zakończenie obsługi lub użytkowania”.

Pojęcie rachunku kosztów cyklu życia oznacza z kolei wszystkie koszty ponoszone w trakcie cyklu życia robót budowlanych, dostaw lub usług. Obejmuje **koszty wewnętrzne**, ponoszone przez zamawiających lub innych użytkowników, takie jak koszty badań, rozwoju, produkcji, transportu, użytkowania, konserwacji i utylizacji. Ponadto, rachunek kosztów cyklu życia **może obejmować koszty przypisane ekologicznym efektom zewnętrznym**, w tym koszty zanieczyszczenia spowodowane wydobywaniem surowców wykorzystywanych w produkcji lub spowodowane przez sam produkt lub jego wytworzenie, **o ile ich wartość pieniężną można określić i zweryfikować**.¹⁵³

Zgodnie z art. 68 ust. 1, rachunek kosztów cyklu życia obejmuje „niektóre lub wszystkie koszty ponoszone w czasie cyklu życia produktu, usługi lub robót budowlanych, tj.:

- a) koszty poniesione przez instytucję zamawiającą lub innych użytkowników, takie jak:
 - » (i) koszty związane z nabyciem;
 - » (ii) koszty użytkowania, takie jak zużycie energii i innych zasobów;
 - » (iii) koszty utrzymania;
 - » (iv) koszty związane z wycofaniem z eksploatacji, takie jak koszty zbiórki i recyklingu;
- b) koszty przypisywane ekologicznym efektom zewnętrznym związanym z produktem, usługą lub robotami budowlanymi na przestrzeni ich cyklu życia (...).”

Ustawodawca unijny nie narzucił sztywnego obowiązku uwzględniania wszystkich kosztów w ramach rachunku cyklu życia, umożliwiając bardziej elastyczne zastosowanie tej koncepcji w zależności od przedmiotu zamówienia oraz opracowanej metodologii.

Sama koncepcja rachunku kosztów cyklu życia pozwala nie tylko na określenie ekonomiki zakupu produktu, ale również na finansową wycenę wpływu produktu na środowisko. Zewnętrzne koszty środowiskowe są ujmowane w rachunku LCC o ile można określić i zweryfikować ich wartość pieniężną. Wśród przykładowych kosztów środowiskowych dyrektywa wymienia koszty emisji gazów cieplarnianych i innych zanieczyszczeń.

¹⁵³ Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 96 preambuły.

Przepisy nowych dyrektyw ws. zamówień publicznych wprowadzają fakultatywność w zakresie stosowania rachunku kosztów cyklu życia oraz określenia rodzajów kosztów w niej uwzględnionych. Zamawiający nie mają obowiązku stosowania podejścia kosztowego. Jednakże, jeśli zamawiający zdecyduje się na zastosowanie rachunku kosztów cyklu życia wymaga to od niego uszczegółowienia zakresu wymaganych od wykonawców informacji oraz wskazania metody szacowania wartości kosztów.¹⁵⁴

Nie dotyczy to jednak postępowań przetargowych, w których przedmiot zamówienia jest objęty wspólną metodologią szacowania rachunku kosztów cyklu życia. W takim przypadku instytucja zamawiająca udzielając zamówienia z wykorzystaniem LCC, jest zobowiązana do zastosowania w postępowaniu przetargowym określonej metodologii.

Przepisy dyrektywy 2014/24/UE nie określają jednolitej metodologii szacowania kosztów cyklu życia stosowanej powszechnie w odniesieniu do wszystkich rodzajów zamówień publicznych. Nie przyznają również Komisji Europejskiej uprawnień do wydawania aktów delegowanych tym zakresie. Zamawiający mogą zdecydować się na wykorzystanie jednej z istniejących już na rynku metodologii lub wypracować własną metodologię, która mogą stosować na potrzeby określonego zamówienia, określonych typów zamówień lub wszystkich udzielanych przez siebie zamówień uwzględniających metodę kosztową.

W przypadku jednak wprowadzenia obowiązkowej wspólnej metody kalkulacji kosztów cyklu życia na mocy unijnego aktu ustawodawczego przyjętego w określonej dziedzinie, instytucje zamawiające będą ją stosować w ramach postępowania przetargowego. Dotychczas, na szczeblu unijnym została wypracowana tylko jedna taka metodologia. W dyrektywie 2014/24/UE podkreślono jednak potrzebę kontynuacji na szczeblu unijnym działań zmierzających do określenia wspólnych metodologii dotyczących rachunku kosztów cyklu życia dla konkretnych kategorii dostaw lub usług.¹⁵⁵ Należy się zatem spodziewać, że tego typu metodologie zostaną wypracowane w przyszłości także w innych dziedzinach.

W celu zapewnienia przejrzystości w zakresie prawnych regulacji wprowadzających konkretne metody obliczania kosztów cyklu życia, dyrektywa 2014/24/UE określa w załączniku XIII wykaz takich aktów ustawodawczych oraz aktów delegowanych je uzupełniających.¹⁵⁶ Na chwilę obecną załącznik wymienia jedynie dyrektywę 2009/33/WE. Komisja Europejska jest natomiast uprawniona do aktualizacji wykazu w przypadku przyjęcia nowych regulacji wprowadzających obowiązek stosowania wspólnej metody LCC dla kolejnych grup produktowych bądź też wprowadzenia aktów uchylających lub modyfikujących istniejące metody.

¹⁵⁴ Ibidem, art. 68 ust. 2.

¹⁵⁵ Ibidem, motyw 95 preambuły.

¹⁵⁶ Załącznik XIII do dyrektywy 2014/24/UE wg stanu na 28 marca 2014 r. wymienia jedynie Dyrektywę 2009/33/WE.

2.7.2.1. Metody szacowania zewnętrznych kosztów środowiskowych - charakterystyka

W celu zagwarantowania przestrzegania przez zamawiających podstawowych zasad udzielania zamówień, tj. równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz obowiązku działania w sposób przejrzysty i proporcjonalny, ustawodawca unijny określił warunki, które łącznie musi spełniać metoda stosowana do szacowania zewnętrznych kosztów środowiskowych.

Metoda oceny zewnętrznych kosztów środowiskowych musi odpowiadać następującym warunkom:

- » musi być oparta na kryteriach obiektywnie możliwych do zweryfikowania i niedyskryminacyjnych,
- » musi być dostępna dla wszystkich zainteresowanych stron,
- » wymagane dane mogą zostać dostarczone uzasadnionym nakładem sił przez wykonawców działających z należytą starannością.¹⁵⁷

Metody szacowania zewnętrznych kosztów środowiskowych mogą zostać opracowane na dowolnym szczeblu administracyjnym. Mogą zatem mieć charakter krajowy, regionalny lub lokalny. W celu uniknięcia zakłócenia konkurencji, opracowane metody powinny jednak zachować charakter ogólny, zamiast służyć jedynie na potrzeby konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.¹⁵⁸

2.7.2.2. LCC w świetle dyrektywy 2009/33/WE

Dotychczas unijne ustawodawstwo wprowadziło pewne obowiązki w zakresie uwzględnienia kosztów wpływu na środowisko w oparciu o cykl życia produktu tylko w jednym obszarze. *Dyrektywa nr 2009/33/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego*¹⁵⁹ sformułowała obowiązek uwzględnienia aspektów środowiskowych w zamówieniach na zakup pojazdów transportu drogowego dokonywanych przez:

- a) instytucje zamawiające lub podmioty zamawiające na podstawie dotychczasowych dyrektyw ws. zamówień publicznych w dyrektywach 2004/17/WE i 2004/18/WE;
- b) podmioty gospodarcze świadczące usługi publiczne w ramach umów o świadczenie usług publicznych na podstawie rozporządzenia (WE) nr 1370/2007.

Dyrektywa 2009/33/WE zobligowała instytucje i podmioty zamawiające, a także podmioty gospodarcze świadczące na podstawie umowy usługi publiczne do ujęcia przy zakupie pojazdów transportu drogowego czynnika energetycznego

¹⁵⁷ Ibidem, art. 68 ust. 2 akapit 2.

¹⁵⁸ Ibidem, motywy 96 preambuły.

¹⁵⁹ Zob. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?qid=1404721892795&uri=CELEX:32009L0033>.

oraz oddziaływania na środowisko. W świetle dyrektywy 2009/33/WE w tego rodzaju zamówieniach należy uwzględnić:

- » zużycie energii;
- » emisję dwutlenku węgla (CO²) oraz
- » emisje zanieczyszczeń, w tym tlenków azotu (NO_x), węglowodorów niemetalo-
wowych (NMHC) i cząstek stałych (PM).

Czynnik energetyczny i czynniki oddziaływania na środowisko mogą zostać uwzględnione w dokumentacji zakupu pojazdów transportu drogowego poprzez **określenie wymogów technicznych** w zakresie ich parametrów lub też zostać uwzględnione na etapie podejmowania decyzji o zakupie, co w przypadku stosowania procedury przetargowej pozwala na ich rozpatrzenie w ramach **kryteriów udzielenia zamówienia**.¹⁶⁰

Odniesienie do parametrów czynnika energetycznego i czynników oddziaływania na środowisko w ramach **kryteriów udzielenia zamówienia** pozwala na określenie wielkości poszczególnych parametrów środowiskowych bądź też oszacowanie wartości tych czynników w oparciu o cykl życia pojazdu. Monetaryzacja czynników dokonywana jest w oparciu o metodologię określoną w dyrektywie. Precyzuje ona sposób ustalania pieniężnej wartości zużycia energii oraz emisji dwutlenku węgla i zanieczyszczeń w całym cyklu życia pojazdów w oparciu o wskaźniki finansowe i przyjęte poziomy referencyjne.¹⁶¹

Dyrektywa w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego, jest pierwszym aktem prawa unijnego, w którym przyjęto jednolitą metodologię obliczania kosztów operacyjnych podczas całego cyklu użytkowania pojazdów drogowych. Przepisy dyrektywy zostały transponowane do ustawodawstwa krajowego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 10 maja 2011 r. w sprawie innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień publicznych (Dz. U. Nr 96, poz. 559), które weszło w życie 25 maja 2011 r.

2.7.3. Rażąco tanie oferty

W ślad za regulacjami art. 55 dyrektywy 2004/18/WE, dyrektywa 2014/24/UE¹⁶² nakłada na instytucje zamawiające obowiązek uzyskania od wykonawców wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztów zaproponowanych w ofercie w sytuacji gdy złożona przez nich oferta wydaje się zawierać rażąco niską cenę.

Przepisy wskazują główne aspekty weryfikacji przez zamawiającego kwestionowanej oferty. Wyjaśnienia wykonawcy przedkładane instytucji zamawiającej mogą w szczególności dotyczyć:

¹⁶⁰ Dyrektywa 2009/33/WE, art. 5 ust. 3.

¹⁶¹ Ibidem, załącznika do dyrektywy tabela 1-3.

¹⁶² Dyrektywa 2014/24/UE, art. 69.

- » ekonomiczności procesu produkcyjnego, świadczonych usług lub danej metody budowy;
- » wybranych rozwiązań technicznych lub dostępnych dla oferenta wyjątkowo korzystnych warunków dostawy produktów lub usług bądź realizacji obiektu budowlanego;
- » oryginalności obiektu budowlanego, dostaw lub usług, proponowanych przez oferenta;
- » zgodności z obowiązkami, o których mowa w art. 18 ust. 2;
- » zgodności z obowiązkami, o których mowa w art. 71 (tj. podwykonawstwo);
- » możliwości uzyskania przez oferenta pomocy państwa.

Art. 69 dyrektywy 2014/24/UE rozszerza dotychczasowy katalog przykładowych aspektów podlegających wyjaśnieniom w zakresie rażąco taniej oferty złożonej przez wykonawcę. Oprócz wskazanego w przepisach dyrektywy 2004/18/WE zakresu potencjalnych wyjaśnień odwołujących się do ekonomiczności procesu wytwórczego, technicznych warunków, oryginalności rozwiązań czy też możliwości uzyskania pomocy państwowej, wymienia się **zgodność z obowiązkami wynikającymi z prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy w odniesieniu do działań zarówno wykonawców jak i podwykonawców.**

Przepis art. 55 dyrektywy 2004/18/WE w ramach przykładowego zakresu wyjaśnień w kwestii rażąco niskich ofert, wskazuje na obowiązek przestrzegania regulacji dotyczących **ochrony zatrudnienia i warunków pracy, a także miejsca, w którym zamówienie będzie realizowane.**

W dyrektywie 2014/24/UE, wyjaśnienia ze strony wykonawców pod kątem przestrzegania obowiązków wynikających z przepisów ochrony zatrudnienia i warunków pracy, zostały dodatkowo rozszerzone o **ochronę środowiska**. Ponadto, art. 69 znalazł pewne doprecyzowanie w art. 18 ust. 2.¹⁶³ Oferta powinna być obojętnie odrzucana w przypadkach, gdy instytucja zamawiająca stwierdzi, że proponowana rażąco niska cena jest wynikiem niezgodności z obowiązującym prawem unijnym lub ustawodawstwem krajowym w dziedzinach prawa socjalnego, prawa pracy lub prawa ochrony środowiska, bądź też narusza przepisy międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego lub międzynarodowego prawa pracy.¹⁶⁴ W celu doprecyzowania obowiązków ciążących na wykonawcy, a tym samym zakresu potencjalnych wyjaśnień weryfikujących zasadność ceny oferty, prawodawca unijny odwołał się do konkretnych aktów prawa międzynarodowego, odsyłając w art. 18 ust. 2 do załącznika X do dyrektywy.

163 Ibidem, art. 18 ust. 2: Państwa członkowskie podejmują stosowne środki służące zapewnieniu, by przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie 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 załączniku X.

164 Ibidem, motywy 103 preambuły.

Załącznik X do dyrektywy 2014/24/UE wyszczególnia konwencje przyjęte pod auspicjami Programu Środowiskowego Organizacji Narodów Zjednoczonych (UNEP) oraz wskazuje fundamentalne konwencje Międzynarodowej Organizacji Pracy (ILO).¹⁶⁵ Określają one prawa pracowników, kształtują warunki ich zatrudnienia, a także przeciwdziałają dalszemu zanieczyszczeniu środowiska wynikającemu z działalności człowieka. Postanowienia tych konwencji oraz zbieżnych z nimi aktów prawa unijnego i krajowego muszą być bezwzględnie przestrzegane przez wykonawców.

Przedmiotowe regulacje dotyczą newralgicznych obszarów, w których najczęściej dochodzi do naruszeń ze strony przedsiębiorców dążących do obniżenia kosztów prowadzenia działalności, a tym samym zwiększenia atrakcyjności swoich ofert. Z tego względu wyjaśnienia wykonawców w kontekście przestrzegania obowiązującego ustawodawstwa w zakresie prawa pracy, prawa socjalnego i ochrony środowiska mogą być istotne przy ocenie zasadności szacunków cenowych lub kosztowych oferty.

Dodatkowo, dyrektywa 2014/24/UE rozszerzyła zakres przykładowych wyjaśnień ze strony wykonawców o aspekty dotyczące podwykonawstwa. Wyjaśnienia, jakich można żądać od wykonawców w tym zakresie mogą w szczególności dotyczyć wywiązywania się przez podwykonawców z obowiązku przestrzegania przepisów, o których mowa w art. 18 ust. 2¹⁶⁶.

165 Ibidem, załącznik X: Wykaz międzynarodowych konwencji w zakresie prawa socjalnego i prawa ochrony środowiska, o których mowa w art. 18 ust. 2:

- Konwencja MOP nr 87 dotycząca wolności związkowej i ochrony praw związkowych: <http://mop.pl/doc/html/konwencje/k087.html>;
- Konwencja MOP nr 98 dotycząca stosowania zasad prawa organizowania się i rokowań zbiorowych: <http://mop.pl/doc/html/konwencje/k098.html>;
- Konwencja MOP nr 29 dotycząca pracy przymusowej lub obowiązkowej: <http://mop.pl/doc/html/konwencje/k029.html>;
- Konwencja MOP nr 105 dotycząca zniesienia pracy przymusowej: <http://mop.pl/doc/html/konwencje/k105.html>;
- Konwencja MOP nr 138 dotycząca najniższego wieku dopuszczenia do zatrudnienia: <http://mop.pl/doc/html/konwencje/k138.html>;
- Konwencja MOP nr 111 dotycząca dyskryminacji w zakresie zatrudnienia i wykonywania zawodu: <http://mop.pl/doc/html/konwencje/k111.html>;
- Konwencja MOP nr 100 dotycząca jednakowego wynagrodzenia dla pracujących mężczyzn i kobiet za pracę jednakowej wartości: <http://mop.pl/doc/html/konwencje/k100.html>;
- Konwencja MOP nr 182 dotycząca zakazu i natychmiastowych działań na rzecz eliminowania najgorszych form pracy dzieci: <http://mop.pl/doc/html/konwencje/k182.html>;
- Konwencja wiedeńska o ochronie warstwy ozonowej oraz Protokół montrealski w sprawie substancji zubożających warstwę ozonową: http://ozone.unep.org/new_site/en/Treaties/treaties_decisions-hb.php?sec_id=155;
- Konwencja bazylejska o kontroli transgranicznego przemieszczania i usuwania odpadów niebezpiecznych (konwencja bazylejska): <http://www.basel.int/>;
- Konwencja sztokholmska w sprawie trwałych zanieczyszczeń organicznych: <http://chm.pops.int/>;
- Konwencja w sprawie procedury zgody po uprzednim poinformowaniu w międzynarodowym handlu niektórymi niebezpiecznymi substancjami chemicznymi i pestycydami (UNEP/FAO) (konwencja PIC), sporządzona w Rotterdamie dnia 10 września 1998 r., wraz z trzema protokołami regionalnymi: <http://www.pic.int/>.

166 Ibidem, art. 71 ust. 1.

2.8. Realizacja zamówienia

Nowe dyrektywy z zakresu zamówień publicznych w większym niż dotychczas stopniu regulują zagadnienia związane z etapem realizacji zamówienia. Do tej pory kwestie te regulowane były przez dyrektywy 2004/18/WE i 2004/17/WE w sposób szcztątkowy, odnosząc się jedynie do możliwości określenia przez zamawiającego warunków szczególnych dotyczących realizacji zamówienia oraz do możliwości żądania od wykonawcy informacji na temat części zamówienia, których realizację zamierza powierzyć podwykonawcom. Dyrektywy nie odnosiły się natomiast w żaden sposób do kwestii modyfikacji czy też rozwiązywania umów o zamówienia publiczne. Pewne zasady w tym zakresie – wywiedzione przede wszystkim z reguł traktowych - zostały wypracowane jedynie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE.¹⁶⁷

Nowa dyrektywa 2014/24/UE, a w ślad za nią dyrektywa 2014/25/UE oraz dyrektywa 2014/23/UE znacznie bardziej szczegółowo określają zasady mające zastosowanie do podwykonawstwa, a także reguły dotyczące modyfikacji i rozwiązywania umów o zamówienie publiczne. Nowe regulacje unijne przede wszystkim dokonują kodyfikacji dotychczasowego orzecznictwa TSUE w tym zakresie, jednocześnie jednak dodając nowe zasady, które w pewnym stopniu rozszerzają dotychczasowe możliwości dostępne zamawiającym.

2.8.1. Warunki realizacji zamówienia

Regulacje odnoszące się do możliwości ustalania przez zamawiającego szczególnych warunków realizacji zamówienia zawarte w nowej dyrektywie klasycznej nie uległy zasadniczym zmianom w stosunku do dotychczasowych zapisów zawartych w dyrektywie 2004/18/WE, zgodnie z którą instytucje zamawiające mogą określić warunki szczególne związane z realizacją zamówienia, przy czym warunki te muszą:

- być zgodne z przepisami prawnymi Wspólnoty oraz
- zostać wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacjach.

Wśród przykładowych aspektów, które mogą być brane pod uwagę przy określaniu warunków odnoszących się do realizacji zamówienia dyrektywa wskazywała względy społeczne i środowiskowe.

Dyrektywa 2014/24/UE utrzymuje prawo zamawiającego do ustalania szczególnych warunków realizacji zamówienia. W analogicznym przepisie tejże dyrektywy brakuje jednakże wymogu odnoszącego się do zgodności tego typu warunków z przepisami prawnymi UE, co jednak nie powinno być odczytywane jako zwol-

¹⁶⁷ Zob. wyrok z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-337/98 Komisja przeciwko Francji; ECLI:EU:C:2000:543; - wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C- 454/06 Pressetext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Republik Österreich (Bund); ECLI:EU:C:2008:35; - wyrok z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C- 91/08 Wall AG przeciwko La ville de Francfort-sur-le-Main i Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH; ECLI:EU:C:2010:182.

nienie zamawiającego z obowiązku zapewnienia zgodności określanych przez niego warunków realizacji zamówienia z prawodawstwem unijnym, w szczególności z podstawowymi zasadami traktatowymi, w tym z zasadą równego traktowania i niedyskryminacji. Obowiązek taki wydaje się bowiem oczywisty i nie wymagający specjalnego uregulowania w dyrektywie. Ponadto, wskazywałyby na to chociażby zapisy preambuły do dyrektywy, w której w motywie 104 podkreślono, że warunki realizacji zamówienia nie mogą być bezpośrednio ani pośrednio dyskryminujące.

Nowa dyrektywa wskazuje natomiast wprost na konieczność zapewnienia związku warunków realizacji zamówienia z przedmiotem zamówienia, przy czym w tej kwestii odsyła do szczegółowej regulacji zawartej w art. 67 ust. 3. W tym miejscu nowa dyrektywa rozszerza nieco możliwości instytucji zamawiających, ponieważ dotychczas związek z przedmiotem zamówienia rozumiany był dość wąsko jako odnoszący się przede wszystkim do fazy realizacji roboty budowlanej, usługi czy dostawy. Natomiast w świetle art. 67 ust. 3 warunki realizacji zamówienia będą uznawane za powiązane z przedmiotem zamówienia, jeśli będą dotyczyć robót budowlanych, usług czy dostaw, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, **we wszystkich aspektach oraz na wszystkich etapach ich cyklu życia**, co obejmuje czynniki związane z:

- określonym procesem produkcji, dostarczania lub wprowadzania tych robót, dostaw lub usług na rynek lub
- określonym procesem dotyczącym innego etapu cyklu życia tych robót budowlanych, dostaw lub usług.

Możliwe jest uwzględnienie tych czynników w warunkach realizacji zamówienia nawet jeśli nie są one istotnym elementem danej roboty budowlanej, usługi czy też dostawy.

Jako, że warunki te mają być związane z przedmiotem zamówienia nie mogą one odnosić się do ogólnej polityki firmy.

Warunki odnoszące się do realizacji zamówienia powinny być ustalane z poszanowaniem zasady przejrzystości, a zatem – jak nakazuje dyrektywa - powinny być wskazane w zaproszeniu do ubiegania się o zamówienie lub w dokumentach zamówienia, tj. w szczególności w:

- ogłoszeniu o zamówieniu lub we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym, jeśli jest stosowane jako zaproszenie do ubiegania się o zamówienie;
- specyfikacjach technicznych;
- dokumencie opisowym;
- proponowanych warunkach umowy;
- formatach przedstawiania dokumentów przez wykonawców;
- informacjach na temat mających ogólnie zastosowanie obowiązków lub
- dokumentach dodatkowych.

Dotychczasowa dyrektywa 2004/18/WE nakazywała wskazanie dodatkowych warunków realizacji zamówienia, jeśli zamawiający zdecydował się na ich określenie, bądź w ogłoszeniu o zamówieniu bądź w specyfikacjach technicznych, zatem zakres dokumentów, w których możliwe jest zawarcie szczególnych wymogów odnoszących się do realizacji zamówienia w nowej dyrektywie jest szerszy niż w dyrektywie 2004/18/WE.

Rozszerzono także katalog możliwych aspektów, do których mogą odnosić się warunki realizacji zamówienia. Obok czynników społecznych czy środowiskowych znalazły się w nim także aspekty gospodarcze, czynniki związane z innowacyjnością lub też związane z zatrudnieniem. Nadal jest to jednak katalog przykładowy, co pozostawia zamawiającym swobodę w wyborze aspektów, do których będą się odnosić określone przez nich warunki realizacji zamówienia, z zastrzeżeniem ich zgodności z zasadami opisanymi powyżej.

2.8.2. Podwykonawstwo

Nowa dyrektywa istotnie rozszerzyła natomiast zakres regulacji odnoszących się do podwykonawstwa. Dyrektywa 2004/18/WE w tym zakresie przewidywała jedynie możliwość żądania od oferenta, aby wskazał w swojej ofercie te części zamówienia, których wykonanie zamierza zlecić stronom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także aby podał wszystkich proponowanych podwykonawców. Państwa członkowskie mogły umożliwić instytucjom zamawiającym wymaganie tego typu informacji od zamawiającego lub nałożyć na nie obowiązek ich żądania. Dyrektywa przewidywała także pewne możliwości w zakresie podwykonawstwa w regulacjach odnoszących się do koncesji na roboty budowlane, umożliwiając zamawiającym m.in. wymaganie od koncesjonariuszy, aby określona część zamówienia na roboty będące przedmiotem koncesji (nie mniejsza jednak niż 30% wartości tych robót) została powierzona stronom trzecim.

W nowej dyrektywie klasycznej nie znalazły się przepisy odnoszące się do koncesji na roboty budowlane. Odpowiednie uregulowania dotyczące podwykonawstwa w koncesjach znalazły się bowiem w osobnej dyrektywie, która kompleksowo uregulowała problematykę zawierania umów koncesyjnych zarówno na roboty budowlane jak i na usługi. W nowych regulacjach odnoszących się do zamówień klasycznych znacząco rozbudowano natomiast zapisy dotychczasowego art. 25 dyrektywy 2004/18/WE.

W dyrektywie 2014/24/UE zasady odnoszące się do podwykonawstwa w zamówieniach publicznych zostały określone w art. 71. Normy, które zostały w nim zawarte można podzielić na trzy grupy, w zależności od celu, któremu mają służyć:

- przepisy, których celem jest zapewnienie przestrzegania przez podwykonawców obowiązków w zakresie prawa pracy, prawa socjalnego i prawa środowiskowego, o których mowa w art. 18 ust. 2 dyrektywy;
- przepisy mające na celu zapewnienie odpowiedniej przejrzystości w łańcuchu podwykonawców oraz

- przepisy umożliwiające dokonywanie płatności bezpośrednich na rzecz podwykonawców.

2.8.2.1. Przestrzeganie przez podwykonawców obowiązków wynikających z prawa pracy, prawa socjalnego oraz prawa środowiskowego

Jedną z istotnych kwestii, które znalazły odzwierciedlenie w przepisach nowej dyrektywy jest dążenie ustawodawcy unijnego do zapewnienia, by zamówienia publiczne były powierzane wykonawcom, którzy przestrzegają określonych standardów, w tym w szczególności w zakresie prawa pracy, prawa socjalnego czy środowiskowego oraz by te standardy były przestrzegane także podczas realizacji zamówienia. Z tego względu, dyrektywa udostępnia zamawiającemu pewne instrumenty, dzięki którym może on np. nie udzielić zamówienia wykonawcy, który w dotychczasowej swojej działalności dopuścił się naruszenia określonych obowiązków w tej dziedzinie. Ponadto, w art. 18 ust. 2 zawarte zostało ogólne zobowiązanie państw członkowskich do podjęcia stosownych środków, służących zapewnieniu, że wykonawcy również podczas realizacji zamówienia będą przestrzegać mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, w układach zbiorowych bądź w ratyfikowanych przez wszystkie państwa członkowskie UE przepisach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, prawa pracy i prawa socjalnego.

Dyrektywa 2014/24/UE stawia określone wymagania w tym zakresie nie tylko w stosunku do wykonawców, ale też w odniesieniu do podwykonawców, przyznając odpowiednie uprawnienia bądź też w niektórych przypadkach obligując zamawiających lub państwa członkowskie do podejmowania określonych działań w stosunku do podwykonawców.

I tak, zgodnie z art. 71 ust. 1 również podwykonawcy podczas realizacji zamówienia powinni przestrzegać obowiązków, o których mowa w art. 18 ust. 2, co państwa członkowskie powinny zapewnić za pomocą właściwych działań realizowanych przez odpowiednie organy krajowe działające w zakresie ich obowiązków i kompetencji, takie jak np. inspekcje pracy czy agencje ds. ochrony środowiska.

Ponadto, w celu zapewnienia, że obowiązki z zakresu prawa pracy, prawa socjalnego i prawa środowiskowego, o których mowa w art. 18 ust. 2 nie będą naruszane przez podwykonawców dyrektywa przewiduje możliwość zastosowania odpowiednich środków. Po pierwsze, dyrektywa wymaga, aby w przypadku kiedy prawo krajowe państw członkowskich przewiduje mechanizm wspólnej odpowiedzialności między podwykonawcami a głównym wykonawcą państwa członkowskie zapewniły, że odpowiednie przepisy, o których mowa w art. 18 ust. 2 będą stosowane oraz, że ich zastosowanie będzie zgodnie z warunkami określonymi w tym przepisie. Po drugie, instytucje zamawiające mogą sprawdzać lub wręcz zostać zobowiązane przez państwo członkowskie do sprawdzania czy w stosunku do podwykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia określone w art. 57 dyrektywy.

W pierwszym przypadku, dyrektywa nie tyle daje możliwość co wręcz nakłada obowiązek na państwa członkowskie zapewnienia, że odpowiednie regulacje będą miały zastosowanie zgodnie z art. 18 ust. 2, ale tylko w sytuacji, w której prawo krajowe przewiduje mechanizmy wspólnej odpowiedzialności między podwykonawcami.

W drugim przypadku, zgodnie z dyrektywą, instytucjom zamawiającym powinna zostać przyznana możliwość weryfikacji podwykonawców pod kątem ewentualnych podstaw wykluczenia. Państwa członkowskie mogą też zobowiązać instytucje zamawiające do weryfikowania podwykonawców. Jednocześnie mogą też ograniczyć tę możliwość lub obowiązek np. do określonych rodzajów zamówień, określonych kategorii instytucji zamawiających lub wykonawców bądź też do zamówień o określonej wartości. Weryfikacja pod kątem istnienia podstaw wykluczenia powinna być przeprowadzona zgodnie z zasadami określonymi w art. 59, 60 i 61 tj. z przepisami dotyczącymi jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, środków dowodowych i bazy e-Certis. Oznacza to, że co do zasady instytucja zamawiająca będzie mogła wymagać w celu oceny sytuacji podwykonawców jedynie oświadczeń składanych w postaci jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, a dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia będzie mogła żądać dopiero po wyborze oferty i tylko w odniesieniu do tych podmiotów, które zostały wskazane jako podwykonawcy przez wykonawcę, którego oferta została wybrana. Jednakże, w uzasadnionych przypadkach takie dokumenty będą mogły być wymagane wcześniej – na dowolnym etapie postępowania – jeśli jest to konieczne do prawidłowego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie, w art. 71 ust. 5 wskazano, że państwa członkowskie mogą przewidzieć w przepisach krajowych, w odniesieniu do podwykonawców, którzy zostali zgłoszeni po udzieleniu zamówienia, że będą oni zobowiązani do przedłożenia stosownych dokumentów i zaświadczeń a nie oświadczeń własnych. W przypadku, w którym w wyniku weryfikacji podwykonawcy okaże się, że zachodzą w stosunku do niego okoliczności wskazane w dyrektywie jako powodujące obowiązkowe wykluczenie z udziału w postępowaniu instytucja zamawiająca powinna wymagać od wykonawcy zastąpienia takiego podwykonawcy. W przypadku natomiast wystąpienia przesłanek określonych w dyrektywie jako nieobowiązkowe podstawy wykluczenia instytucja zamawiająca będzie – zgodnie z wyborem państwa członkowskiego dokonany w prawie krajowym – mogła lub będzie zobowiązana do wymagania od wykonawcy zastąpienia podwykonawcy.

2.8.2.2. Przejrzystość w łańcuchu podwykonawców

Kolejną grupę nowych przepisów dotyczących podwykonawstwa, wprowadzonych do unijnych regulacji w zakresie zamówień publicznych, dyrektywą 2014/24/UE, stanowią przepisy ustanawiające określone obowiązki po stronie wykonawcy w zakresie informowania instytucji zamawiających o podwykonawcach, którym zamierza on powierzyć realizację części zamówienia.

Nowa dyrektywa, podobnie jak poprzednia, umożliwi instytucjom zamawiającym żądanie od wykonawcy wskazania w ofercie ewentualnej części zamówienia, której wykonanie zamierza on w ramach podwykonawstwa zlecić osobom trzecim oraz podania ewentualnych proponowanych podwykonawców. Instytucje zamawiające mogą także zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do żądania tych informacji od wykonawców.

Nowe regulacje uwzględniają ponadto potrzebę zapewnienia odpowiedniej przejrzystości w łańcuchu podwykonawców w przypadku zamówień na roboty budowlane oraz na usługi realizowane na obiekcie pod bezpośrednim nadzorem zamawiającego. Ustawodawca unijny uznał bowiem, że niezbędne jest zapewnienie instytucjom zamawiającym wiedzy na temat tego kto jest obecny na placach budowy, na których wykonywane są na ich rzecz roboty budowlane czy też na temat tego jakie przedsiębiorstwa świadczą usługi w lub na budynkach, obiektach infrastruktury lub obszarach takich jak ratusze, szkoły, obiekty sportowe czy autostrady, za które instytucje zamawiające są odpowiedzialne lub nad którymi sprawują bezpośredni nadzór.¹⁶⁸

Z tego względu dyrektywa, w art. 71 ust. 5 nakłada na instytucje zamawiające obowiązek żądania od głównego wykonawcy podania nazwy bądź odpowiednio imienia i nazwiska, danych kontaktowych oraz informacji na temat przedstawicieli prawnych podwykonawców, którzy będą zaangażowani w realizację zamówienia – w zakresie znanym w danym momencie. Tego rodzaju informacje wymagane mają być:

- tylko w przypadku zamówień na roboty budowlane oraz w odniesieniu do usług, które mają być wykonane na obiekcie znajdującym się pod bezpośrednim nadzorem instytucji zamawiającej; ww. obowiązek nie ma zastosowania w przypadku dostaw;
- po udzieleniu zamówienia i jednocześnie nie później niż w chwili rozpoczęcia realizacji zamówienia.

Instytucja zamawiająca powinna także wymagać od wykonawcy, aby informował ją o wszelkich zmianach w przekazanych informacjach, a także by przekazywał jej wymagane informacje również na temat ewentualnych nowych podwykonawców, których angażuje do realizacji roboty budowlanej lub świadczenia określonej usługi na późniejszym etapie.

Jednocześnie przepis został skonstruowany w sposób, który umożliwia państwu członkowskim nałożenie w swoim prawie krajowym obowiązków w zakresie informowania instytucji zamawiającej bezpośrednio na wykonawców bez obciążania instytucji zamawiających obowiązkiem żądania takich informacji.

Ponadto, instytucje zamawiające mogą rozszerzyć ww. obowiązki informacyjne lub zostać do tego zobowiązane przez państwa członkowskie na przykład na:

¹⁶⁸ Por. dyrektywa 2014/24/UE, motyw 105 preambuły.

- zamówienia na dostawy, zamówienia na usługi inne niż te, które mają być wykonywane na obiektach pod nadzorem zamawiającego lub też na dostawców uczestniczących w zamówieniach na roboty budowlane lub usługi;
- podwykonawców będących podwykonawcami podwykonawców głównego wykonawcy lub jeszcze dalej na kolejne elementy łańcucha dostaw.

2.8.2.3. Płatności bezpośrednie na rzecz podwykonawców

Nowa dyrektywa reguluje także kwestie płatności bezpośrednich na rzecz podwykonawców, pozostawiając jednak ostateczną decyzję co do wprowadzenia tych regulacji do prawa krajowego państwom członkowskim. Zgodnie z art. 71 ust. 3 państwa członkowskie mogą przewidzieć w regulacjach krajowych, że w przypadku kiedy podwykonawca wystąpi ze stosownym wnioskiem i jednocześnie pozwala na to charakter zamówienia, płatności należne za usługi, roboty budowlane lub dostawy zrealizowane przez niego dla wykonawcy, któremu udzielono zamówienia, przekazywane są bezpośrednio podwykonawcy.

Odpowiednie środki, które państwa członkowskie przyjmą w tym zakresie mogą obejmować odpowiednie mechanizmy umożliwiające głównemu wykonawcy zgłaszanie zastrzeżeń co do nienależnych płatności.

Ponadto, stosowna informacja o takiej formie rozliczenia powinna zostać zawarta w dokumentacji zamówienia.

Dyrektywa zezwala państwom członkowskim na przyjęcie dalej idących środków w zakresie płatności bezpośrednich na rzecz podwykonawców. Przykładowo, mogą one wprowadzić przepisy dotyczące płatności bezpośrednich, które nie wymagają występowania przez podwykonawcę z wnioskiem o płatność.

2.8.3. Modyfikacja umów o zamówienie publiczne

Problematyka modyfikacji umów o zamówienie publiczne do tej pory była przedmiotem jedynie rozstrzygnięć Trybunału Sprawiedliwości UE, dlatego też zapisy dyrektywy 2014/24/UE w tym zakresie stanowią kolejne *novum* w unijnych regulacjach dotyczących zamówień publicznych.

Orzekając w sprawach dotyczących modyfikacji umów o zamówienie publiczne Trybunał uznał, że zmiany w postanowieniach zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia, jeżeli charakteryzują się cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia.¹⁶⁹

Natomiast, zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego może być uznana za istotną, jeżeli:

¹⁶⁹ Wyrok z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-337/98 Komisja przeciwko Francji, ECLI:EU:C:2000:543; pkt 44 i 46.

- wprowadza warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona;
- w sposób znaczący poszerza zamówienie o usługi, które pierwotnie nie były w nim przewidziane;
- modyfikuje równowagę ekonomiczną umowy na korzyść wykonawcy w sposób, który nie był przewidziany w postanowieniach pierwotnego zamówienia.¹⁷⁰

Powyższe wytyczne Trybunału zostały uwzględnione w dyrektywie 2014/24/UE, która jednakże określając w art. 72 zasady dotyczące modyfikacji umów o zamówienie publiczne idzie nieco dalej, precyzując, ale też nieco rozszerzając zakres dopuszczalnych zmian w umowie o zamówienie publiczne, niewymagających przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dyrektywa przede wszystkim określa wyraźnie, jakiego rodzaju modyfikacje umowy o zamówienie publiczne lub umowy ramowej będą uznawane za istotne i co za tym idzie będą wymagały wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 72 ust. 4 za takie uznane zostaną **modyfikacje umowy dokonane w okresie jej obowiązywania, które powodują, że charakter umowy zmienia się w sposób istotny w stosunku do charakteru pierwotnie zawartej umowy**. Modyfikacja zostanie uznana za istotną, jeżeli spełniony będzie co najmniej jeden z poniższych warunków:

- » modyfikacja wprowadza warunki, które, gdyby były częścią pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych kandydatów niż ci, którzy zostali pierwotnie zakwalifikowani, lub przyjęcie oferty innej niż pierwotnie przyjęta, albo zainteresowałyby dodatkowych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia;
- » modyfikacja zmienia równowagę ekonomiczną umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany w pierwotnej umowie lub umowie ramowej;
- » modyfikacja znacznie rozszerza zakres umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej;
- » gdy nowy wykonawca zastępuje wykonawcę, któremu instytucja zamawiająca pierwotnie udzieliła zamówienia, w przypadkach innych niż przewidziane w art. 72 ust. 1 lit. d).

Tym samym modyfikacja **zawsze** zostanie uznana za istotną, jeśli wystąpi jedna z okoliczności wskazanych w ww. punktach. Ponadto, będzie uznana za istotną także w innych, nie wymienionych powyżej sytuacjach, jeśli w wyniku tej modyfikacji charakter umowy zmieni się w sposób istotny w stosunku do charakteru pierwotnej umowy.

¹⁷⁰ Wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 presstext Nachrichtenagentur, ECLI:EU:C:2008:35; pkt 35-37.

Jak wspomniano powyżej, istotne modyfikacje umowy o zamówienie publiczne lub umowy ramowej wymagają co do zasady wszczęcia nowego postępowania o zamówienie publiczne. Dyrektywa w tym względzie dopuszcza jednak pewne wyjątki. Instytucja zamawiająca dokonująca istotnej modyfikacji umowy nie będzie musiała wszczynać nowego postępowania o udzielenie zamówienia w określonych przypadkach, wymienionych w sposób wyczerpujący w art. 72 ust. 1. Przypadki te można co do zasady podzielić na pięć sytuacji:

2.8.3.1. Modyfikacje przewidziane w pierwotnych dokumentach zamówienia w jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych klauzulach przeglądowych

Z tej możliwości modyfikacji umowy bez przeprowadzania odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia instytucje zamawiające mogą skorzystać niezależnie od wartości modyfikacji. Istotne jest, aby modyfikacja i warunki jej przeprowadzenia zostały określone precyzyjnie, a także aby nie powodowała ona zmiany ogólnego charakteru umowy. W klauzulach zmiany umowy powinien zostać podany zakres i charakter możliwych modyfikacji, a także warunki na jakich można je zastosować. Natomiast, jak wskazano w preambule do dyrektywy ze zmianą ogólnego charakteru zamówienia będziemy mieć do czynienia np. w sytuacji zastąpienia danego przedmiotu zamówienia innym lub w sytuacji zmiany rodzaju zamówienia. Klauzule zmiany umowy mogą obejmować opcje lub klauzule zmiany ceny, np. klauzule waloryzacyjne.

2.8.3.2. Modyfikacje spowodowane koniecznością udzielenia dodatkowych robót budowlanych, usług lub dostaw

Instytucja zamawiająca może także dokonać istotnej modyfikacji umowy o zamówienie publiczne w przypadku dodatkowych robót budowlanych, usług lub dostaw, które stały się niezbędne a nie były przewidywane w pierwotnym zamówieniu i będą wykonane przez pierwotnego wykonawcę. Jednocześnie, aby móc skorzystać z tej możliwości instytucja zamawiająca będzie musiała wykazać, że zmiana wykonawcy:

- » nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, takich jak wymogi dotyczące zamienności lub interoperacyjności w odniesieniu do istniejącego sprzętu, usług lub instalacji zamówionych w ramach pierwotnego zamówienia; oraz
- » spowodowałyby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla instytucji zamawiającej.

Ponadto, ewentualny wzrost ceny będący efektem tego rodzaju modyfikacji nie może stanowić więcej niż 50% wartości pierwotnej umowy, przy czym w przypadku wprowadzania kilku kolejnych modyfikacji próg ten ma zastosowanie do wartości każdej z nich a nie wartości wszystkich modyfikacji łącznie. Należy jednak pamiętać o dodatkowym zastrzeżeniu zawartym w dyrektywie, zgodnie z którym kolejne modyfikacje nie mogą mieć na celu obejścia przepisów dyrektywy.

Omawiany przypadek dopuszczalnej modyfikacji stanowi po części odwzorowanie jednej z przesłanek, która na gruncie dyrektywy 2004/18/WE umożliwiała zastosowanie procedury negocjacyjnej bez ogłoszenia. W nowej dyrektywie konieczność udzielenia dodatkowego zamówienia nie znalazła się już wśród przesłanek umożliwiających zastosowanie procedury negocjacyjnej bez ogłoszenia. Została natomiast uwzględniona wśród dopuszczalnych powodów modyfikacji umowy o zamówienie publiczne, nie wymagających wszczynania nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tego typu zabieg zwiększa możliwości instytucji zamawiających. W poprzednim stanie prawnym, konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego stanowiła przesłankę upoważniającą do zastosowania bardziej elastycznej procedury udzielania zamówienia publicznego, niemniej jednak nadal wymagała zastosowania procedury. Zgodnie z nową dyrektywą zamówienie dodatkowe, spełniające warunki opisane powyżej nie będzie wymagało przeprowadzenia nowej procedury – będzie uznawane za dopuszczalną modyfikację umowy o zamówienie publiczne.

Warto ponadto zwrócić uwagę na szerszy zakres przepisu zawartego w nowej dyrektywie w stosunku do przesłanki odnoszącej się do dodatkowych zamówień w dyrektywie 2004/18/WE. Zgodnie z poprzednio obowiązującą dyrektywą zamawiający mógł udzielić z wykorzystaniem procedury negocjacyjnej bez ogłoszenia zamówienia dodatkowego tylko na roboty budowlane i usługi. Natomiast, dyrektywa 2014/24/UE dopuszcza możliwość modyfikacji umowy także w przypadku dodatkowych dostaw. Ponadto, ograniczenie wartości procentowej dodatkowych robót i usług w dyrektywie 2004/18/WE odnosiło się do łącznej wartości udzielanych zamówień dodatkowych, natomiast nowa dyrektywa odnosi to ograniczenie do każdej kolejnej modyfikacji związanej z zamówieniem dodatkowym. Należy jednak pamiętać, że swoboda zamawiającego w tym zakresie nie jest nieograniczona, ponieważ kolejne modyfikacje nie mogą prowadzić do obejścia przepisów dyrektywy.

2.8.3.3. Wystąpienie nieprzewidzianych okoliczności

Modyfikacja umowy nie będzie powodowała obowiązku wszczęcia nowego postępowania także, jeśli konieczność modyfikacji spowodowana jest okolicznościami, których instytucja zamawiająca, działająca z należytą starannością, nie mogła przewidzieć. Istotne jest, aby modyfikacja nie powodowała zmiany ogólnego charakteru zamówienia i aby nie przekraczała wartością 50% wartości umowy podstawowej, przy czym podobnie jak w poprzedniej przesłance obowiązuje ta sama zasada odnosząca się do wartości każdej kolejnej modyfikacji.

2.8.3.4. Zastąpienie wykonawcy, któremu pierwotnie udzielono zamówienia innym wykonawcą

W tym przypadku modyfikacja nie będzie wymagała przeprowadzenia nowego postępowania, jeśli wykonawca, któremu pierwotnie udzielono zamówienia zostanie zastąpiony innym wykonawcą w wyniku:

- » jednoznacznej klauzuli zmiany umowy przewidzianej zgodnie z warunkami określonymi w art. 72 ust. 1 lit. a;
- » sukcesji uniwersalnej lub częściowej w prawa i obowiązki pierwotnego wykonawcy, w wyniku restrukturyzacji, w tym przejęcia, połączenia, nabycia lub upadłości, przez innego wykonawcę, który spełnia pierwotnie ustalone kryteria kwalifikacji podmiotowej, pod warunkiem że nie pociąga to za sobą innych istotnych modyfikacji umowy i nie ma na celu obejścia stosowania niniejszej dyrektywy lub
- » sytuacji, gdy instytucja zamawiająca sama przyjmuje zobowiązania głównego wykonawcy względem jego podwykonawców, gdy możliwość taką przewidują przepisy krajowe na mocy art. 71.

2.8.3.5. Modyfikacje nieistotne

Dyrektywa umożliwia modyfikację umów bez konieczności wszczynania nowego postępowania również w sytuacji, w której modyfikacje niezależnie od ich wartości (tzn. również, gdy przekraczają wartości wskazane art. 71 ust. 2) mogą być uznane za nieistotne w świetle przepisów art. 72 ust. 4.

Ponadto, ustawodawca unijny doszedł do wniosku, że niektóre zmiany w umowie o zamówienie publiczne, ze względu na ich niewielką wartość, można z góry uznać za nieistotne, w związku z czym w przypadku tego rodzaju modyfikacji dopuścić możliwość ich dokonywania bez konieczności wszczynania nowego postępowania i konieczności sprawdzania czy spełnione są warunki wskazane w art. 72 ust. 1.

Dotyczy to modyfikacji, których wartość jest niższa niż **obie** następujące wartości:

- progi określone w art. 4, od których stosuje się procedury wynikające z dyrektywy; oraz
- 10 % pierwotnej wartości umowy w przypadku zamówień na usługi i dostawy oraz 15 % wartości pierwotnej umowy w przypadku zamówień na roboty budowlane.

W dyrektywie podkreślono jednak, że takie modyfikacje nie mogą zmieniać ogólnego charakteru umowy w sprawie zamówienia lub umowy ramowej. Natomiast, w przypadku gdy wprowadzanych jest kilka kolejnych modyfikacji, wartość tę należy oszacować na podstawie **łącznie wartości netto kolejnych modyfikacji**.

Podsumowując, modyfikacji umowy o zamówienie publiczne lub umowy ramowej można dokonać bez konieczności wszczynania nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tylko w przypadku zamówień o charakterze nieistotnym bądź to ze względu na niewielką wartość modyfikacji bądź ze względu na fakt, że nie zostały spełnione przesłanki określone w art. 72 ust. 4 oraz w przypadku zamówień o charakterze istotnym, ale tylko pod warunkiem wystąpienia okoliczności wskazanych w art. 72 ust. 1. Ponadto, co warto podkreślić, w przypadku kiedy zamawiający dokona modyfikacji w oparciu o art. 72 ust. 1 lit

b) lub c) tj. w przypadkach wskazanych powyżej w punktach 2 i 3 zobowiązany jest zamieścić w związku z tym stosowne ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym UE, zawierające informacje wskazane w załączniku V część G do dyrektywy¹⁷¹.

2.8.4. Rozwiązywanie umów o zamówienie publiczne

Całkowicie nową regulacją w unijnych przepisach z zakresu zamówień publicznych jest także regulacja odnosząca się do rozwiązywania umów. Uznano bowiem, że właściwe jest zobowiązanie państw członkowskich do wprowadzenia w prawie krajowym możliwości wcześniejszego rozwiązania umowy o zamówienie publiczne przynajmniej w sytuacjach, w których jest to konieczne do zapewnienia przestrzegania obowiązków wynikających z unijnego prawa w dziedzinie zamówień publicznych.

W związku z tym w art. 73 dyrektywa zobowiązuje państwa członkowskie do umożliwienia w prawie krajowym i na warunkach w tym prawie określonych wcześniejszego rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego, w przypadku gdy:

- umowa została w istotny sposób zmodyfikowana, co zgodnie z art. 72 wymagałoby przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia;
- wykonawca znajdował się w momencie udzielenia zamówienia w jednej z sytuacji, o których mowa w art. 57 ust. 1, w związku z czym powinien być zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia;
- zamówienie nie powinno być zostać wykonawcy udzielone z uwagi na poważne uchybienie zobowiązaniom wynikającym z Traktatów i z dyrektywy, które to uchybienie stwierdził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w ramach procedury przewidzianej w art. 258 TFUE.

¹⁷¹ Zgodnie z załącznikiem V część G do dyrektywy w ogłoszeniu o modyfikacji umowy należy zamieścić m.in. dane instytucji zamawiającej; kody CPV; kod NUTS dla głównej lokalizacji robót budowlanych w przypadku zamówień na roboty budowlane lub kod NUTS dla głównego miejsca realizacji w przypadku zamówień na dostawy i usługi; opis zamówienia przed modyfikacją oraz po jej dokonaniu: charakter i zakres robót budowlanych, charakter i ilość lub wartość dostaw, charakter i zakres usług; w stosownych przypadkach, wzrost ceny spowodowany modyfikacją; opis okoliczności, które spowodowały konieczność dokonania modyfikacji; datę decyzji o udzieleniu zamówienia; w stosownych przypadkach, nazwę, adres łącznie z kodem NUTS, numer telefonu, numer faksu, adres e-mail i adres internetowy nowego wykonawcy lub nowych wykonawców; informacja, czy zamówienie jest związane z projektem lub programem finansowanym ze środków Unii; nazwę i adres organu nadzoru oraz organu odpowiedzialnego za procedury odwoławcze oraz, w stosownych przypadkach, za procedury mediacyjne a także dokładne informacje dotyczące terminu przewidzianego dla procedur odwoławczych lub, w razie potrzeby, nazwa, adres, numer telefonu, numer faksu i adres e-mail biura, w którym można uzyskać takie informacje oraz odniesienie(-a) do wcześniejszych publikacji w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*, istotnych dla zamówienia(-ń), którego(-ych) dotyczy ogłoszenie; datę wysłania ogłoszenia oraz wszelkie inne istotne informacje.

2.9. Nowe dyrektywy jako element realizacji celów Strategii Europa 2020

2.9.1. Instrumenty umożliwiające wsparcie rozwoju innowacji

Oprócz poprawy jakości usług publicznych zamówienia publiczne od dawna służą realizacji także innych celów unijnych i krajowych polityk. Po zamówieniach publicznych uwzględniających kwestie środowiskowe i kwestie społeczne, innowacje stały się kolejnym celem unijnych polityk, który ma być realizowany za pośrednictwem zamówień publicznych. Ochrona środowiska, równomierny rozwój społeczny i ostatnio również innowacyjność stymulująca długookresowy wzrost gospodarczy, wszystkie razem mają prowadzić do zrównoważonego rozwoju i ostatecznie poprawiać unijną zdolność do konkutowania na rynkach światowej gospodarki. Dodatkowo, nowym elementem polityki w tym zakresie jest nacisk na zwiększanie zastosowania wynalazków i innowacji z dziedzin typowo gospodarczych i przemysłowych w obszarze życia społecznego (innowacje społeczne, na przykład w zakresie organizacji przedsiębiorstw lub pracy).

W kontekście innowacji, elementem przekrojowo pojawiającym się w trzech nowych dyrektywach jest strategia *Europa 2020*¹⁷². Reformę europejskiego systemu zamówień publicznych wielokrotnie uzasadnia się w dyrektywach m.in. koniecznością realizacji ww. strategii¹⁷³.

Celem strategii jest inteligentny i zrównoważony rozwój gospodarczy sprzyjający włączeniu społecznemu. Strategia ma prowadzić do przezwyciężenia obecnego kryzysu poprzez transformację opartą o schemat zaproponowany w niej tak, aby do 2020 roku zaadresować istotne problemy związane z kryzysem. Na pięć nadrzędnych celów strategii odpowiadających najistotniejszym problemom składają się: zatrudnienie, badania i rozwój, klimat i energia, edukacja, integracja społeczna i walka z ubóstwem. Cele te będą realizowane w oparciu o siedem inicjatyw przewodnich obejmujących: innowacje, gospodarkę cyfrową, zatrudnienie, młodzież, politykę przemysłową, ubóstwo i oszczędne gospodarowanie zasobami.

Strategia jak i nowe dyrektywy wskazują na zamówienia publiczne jako jeden z instrumentów rynkowych służących osiągnięciu wskazanych celów. Dokument odnosi się do zamówień publicznych w kontekście: ulepszenia warunków do rozwoju innowacji dla biznesu; zwiększania wydajności zasobów i przejścia na gospodarkę niskoemisyjną; oddziaływania na zmianę metod produkcji i konsumpcji; w kontekście ograniczania zużycia energii i zasobów oraz inwestycji w energooszczędne budownictwo i wydajny recycling, polityki przemysłowej oraz w kontekście poprawienia warunków funkcjonowania MŚP. W dokumencie podkreśla się, że polityka zamówień publicznych musi zapewnić efektywne wykorzystanie

172 KOM (2010) 2020 - EUROPA 2020 Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu

173 Dyrektywa 2014/24/UE, motywy 2, 47, 95, 96, 123 preambuły; dyrektywa 2014/25/UE, motywy 4, 57, 100, 101, 129 preambuły; dyrektywa 2014/23/UE, motyw 3 preambuły.

środków publicznych a rynki zamówień muszą pozostawać otwarte w skali całej Europy.

2.9.1.1. Badania, rozwój, innowacje w nowych dyrektywach koordynujących udzielanie zamówień publicznych

Badania oraz innowacje, w tym eko-innowacje i innowacje społeczne, wskazuje się w nowych dyrektywach jako istotę przyszłego wzrostu gospodarczego, a zamówienia publiczne na nie jako stymulator takiego wzrostu. Podkreśla się, że istnieją różne modele zamówień na usługi badawcze i rozwojowe nie objęte dyrektywami, w tym zamówienia przedkomercyjne, które opisano w Komunikacie Komisji z 2007 r. i które nadal będą miały zastosowanie. Jednocześnie, konieczne jest też rozwinięcie możliwości wspierania innowacji z wykorzystaniem zamówień publicznych.¹⁷⁴

Podczas gdy priorytetem strategii jest tworzenie innowacji, nowe dyrektywy definiują pojęcie innowacji poprzez odniesienie do strategii, jako:

*wdrażanie nowego lub znacznie udoskonalonego produktu, usługi lub procesu, w tym między innymi procesów produkcji, budowy lub konstrukcji, nowej metody marketingowej lub nowej metody organizacyjnej w działalności przedsiębiorczej, organizowaniu pracy, lub relacjach zewnętrznych m.in. po to, by pomóc rozwiązać wyzwania społeczne lub wspierać strategię „Europa 2020” na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu.*¹⁷⁵

Odpowiadając na potrzebę wzrostu innowacyjności europejskich gospodarek nowe unijne regulacje w zakresie zamówień publicznych odnoszą się w swej treści do badań i rozwoju, proponują nową procedurę udzielania zamówień publicznych na innowacje – partnerstwo innowacyjne, oraz wprowadzają dodatkowe elementy sprzyjające uwzględnianiu aspektów innowacyjnych przy udzielaniu zamówień publicznych. Przy czym należy w tym kontekście zwrócić uwagę na pewne odmienności pomiędzy dyrektywą 2014/24/UE i 2014/25/UE, które w zasadzie zawierają identyczne instrumenty wspierania innowacji a dyrektywą 2014/23/UE, która nie zwiera wszystkich możliwości przewidzianych ww. dyrektywami. Nie świadczy to jednak o zamiarze ograniczenia innowacji w koncesjach na roboty budowlane i usługi, a wynika jedynie ze specyfiki regulacji dotyczących zawierania umów koncesyjnych, ze względu na którą ustawodawca unijny postanowił pozostawić podmiotom zamawiającym większą swobodę chociażby w określaniu procedury prowadzącej do udzielenia koncesji, którą zamawiający będzie chciał zastosować. Z tego względu dyrektywa koncesyjna nie zawiera np. katalogu dostępnych procedur – a zatem nie przewiduje też partnerstwa innowacyjnego – czy też nie zawiera zapisów odnoszących się do ofert wariantowych. Mimo to zamawiający udzielający koncesji mogą także uwzględniać w stosowa-

174 Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 47 preambuły; dyrektywa 2014/25/UE, motyw 57 preambuły.

175 Dyrektywa 2014/24/UE, art. 2 pkt 22; dyrektywa 2014/25/UE, art. 2 pkt 18; dyrektywa 2014/23/UE, art. 5 pkt 13.

nych przez siebie procedurach potrzeby związane z innowacyjnością, pod warunkiem poszanowania w tych procedurach podstawowych zasad, takich jak: zasada równego traktowania, konkurencyjności, niedyskryminacji i przejrzystości.

Nowe dyrektywy precyzują zakres istniejącego w poprzednich dyrektywach wyłączenia odnoszącego się do usług badawczo-rozwojowych, które dotychczas rodziło wiele wątpliwości interpretacyjnych. W tym kontekście, w motywie 35 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE¹⁷⁶ wskazuje się, że celem tego wyłączenia jest przede wszystkim popieranie współfinansowania programów badawczo-rozwojowych przez przemysł. Z tego względu tam, gdzie mamy do czynienia z tego rodzaju współfinansowaniem zamówienie na usługę badawczo-rozwojową nie będzie podlegało procedurom wynikającym z dyrektywy. Natomiast, dyrektywa będzie miała w pełni zastosowanie w przypadku braku takiego współfinansowania i gdy wynik prac badawczych przeznaczony będzie dla instytucji zamawiającej tj. gdy instytucja zamawiająca zachowuje wyłączne prawo do wykorzystania wyniku prac badawczo-rozwojowych. Jednocześnie w preambule przestrzega się przed fikcyjnym udostępnianiem wyników prac badawczo-rozwojowych i przed symbolicznym udziałem usługodawców z sektora przemysłowego, wskazując, że w takim przypadku zamówienie nie będzie podlegało wyłączeniu spod dyrektywy.

Zapisy preambuły znalazły odzwierciedlenie w art. 14 dyrektywy 2014/24/UE¹⁷⁷, zgodnie z którym dyrektywa ma zastosowanie do zamówień na określone usługi badawcze i rozwojowe¹⁷⁸ pod warunkiem, że korzyści z tych usług przypadają wyłącznie instytucji zamawiającej na potrzeby jej własnej działalności i jednocześnie całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca instytucja zamawiająca. Podczas, gdy podobny przepis zawierały wcześniejsze dyrektywy, zapisy w nowych dyrektywach zostały skonstruowane nieco inaczej: nie w formie wyłączenia a raczej w formie dookreślenia w jakim zakresie w odniesieniu do usług badawczo-rozwojowych mają zastosowanie procedury wynikające z dyrektyw. Ponadto, w preambule dodatkowo wskazano na dopuszczalność publikacji przez wykonawcę usług badawczo-rozwojowych raportu z takich prac badawczo-rozwojowych czy też wyników badań przy jednoczesnym zachowaniu przez zamawiającego prawa do skorzystania z wyłączenia spod przepisów dyrektywy, pod warunkiem jednak, że zamawiający nie zachowuje wyłącznego prawa do wykorzystania takich wyników.

Z kolei, w ramach zamówień publicznych nie podlegających wyłączeniu, na gruncie nowych dyrektyw innowacyjność wspierana jest przede wszystkim przez elastyczne procedury udzielania zamówień uwzględniające możliwość prowadzenia negocjacji: procedurę konkurencyjną z negocjacjami i dialog konkurencyjny. Jednocześnie, w celu bardziej bezpośredniego wsparcia innowacji dyrektywy proponują nową procedurę – gdy dostępne rozwiązania nie pozwalają na dostarczenie innowacyjnych produktów, usług, robót budowlanych odpowiadających

176 Zob. dyrektywa 2014/25/UE, motyw 42 preambuły.

177 Zob. dyrektywa 2014/25/UE, art. 32 oraz dyrektywa 2014/23/UE, art. 25.

178 Dotyczy usług objętych kodami CPV od 73000000-2 do 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 i 73430000-5.

zapotrzebowaniu zamawiającego, może on ustanowić partnerstwo innowacyjne. Partnerstwo innowacyjne ma długookresowy charakter i prowadzi do opracowania i zakupu w ramach jednej procedury nowego, innowacyjnego produktu, usługi lub roboty wykonanych zgodnie z wcześniej ustalonymi parametrami wydajności i kosztami. Jak wyjaśniono w dyrektywie, partnerstwo innowacyjne opiera się na przepisach proceduralnych, które mają zastosowanie w procedurze konkurencyjnej z negocjacjami. Zamówienia w ramach tej procedury powinny być udzielane wyłącznie na podstawie najlepszej relacji jakości do ceny. Jednocześnie, partnerstwo powinno mieć taką strukturę, by mogło zapewnić niezbędny mechanizm popytowy, gdzie innowacyjne rozwiązania opracowywane są w odpowiedzi na zapotrzebowanie rynku.¹⁷⁹

Innowacyjności nabywanych produktów, usług czy też robót budowlanych sprzyjają także oferty wariantowe. W związku z tym powinny one być jak najczęściej dopuszczane przez zamawiających, przy czym istotne jest, aby w takim wypadku określone zostały minimalne wymogi, które powinny spełniać oferty wariantowe. W odniesieniu do wariantów, nowe dyrektywy klasyczna i sektorowa nie tylko umożliwiają zamawiającym dopuszczenia ofert wariantowych, ale również umożliwiają zamawiającym nałożenie na wykonawców obowiązku składania takich ofert.¹⁸⁰

Dyrektywy wskazują na innowacje także w kontekście wspólnego udzielania zamówień i scentralizowanych działań zakupowych. Między innymi ze względu na projekty innowacyjne doprecyzowują zasady dotyczące zakupów dokonywanych za pośrednictwem centralnej jednostki zakupującej oraz wprowadzają zapisy odnoszące się do wspólnego udzielania zamówień.¹⁸¹ W tym kontekście zwraca się również uwagę na wspólne zamówienia transgraniczne na innowacje, odnosząc się do efektu skali i podziału ryzyka, które w przypadku projektów innowacyjnych jest znacznie większe niż przy zwykłych projektach i często niemożliwe do poniesienia przez jedną instytucję.¹⁸² Z tego względu dyrektywy zawierają także zapisy określające zasady udzielania zamówień, w których biorą udział instytucje zamawiające z różnych państw członkowskich.

Kwestia innowacyjności pojawia się również w kontekście specyfikacji technicznych.¹⁸³ Specyfikacje techniczne sporządzane przez zamawiających oprócz tego, że mają na celu otwarcie zamówienia publicznego na konkurencję powinny też realizować cele w zakresie zrównoważonego rozwoju (który jest również celem strategii *Europa 2020*). W związku z tym, zaleca się opracowywanie specyfikacji technicznych poprzez określanie wymagań wydajnościowych i funkcjonalnych. Wymagania dotyczące wydajności i funkcjonalności dyrektywy określają jako środek sprzyjający innowacjom w zamówieniach, zalecając jak najszersze stosowanie

179 Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 49 preambuły; dyrektywa 2014/25/UE, motyw 59 preambuły.

180 Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 48 preambuły, art. 45; dyrektywa 2014/25/UE, motyw 58 preambuły, art. 64.

181 Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 71 preambuły; dyrektywa 2014/25/UE, motyw 80 preambuły.

182 Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 73 preambuły; dyrektywa 2014/25/UE, motyw 82 preambuły.

183 Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 74 preambuły; dyrektywa 2014/25/UE, motyw 83 preambuły.

tych wymagań. W przypadku zakupów o szczególnych cechach społecznych, środowiskowych czy innych dyrektywa zapewnia także możliwość odwoływania się do etykiet, przy czym zastrzega, że takie odwołanie nie powinno skutkować ograniczeniem innowacyjności.¹⁸⁴

Załącznik XII do dyrektywy 2014/24/UE dotyczący środków dowodowych na potrzeby kryteriów kwalifikacji, tak jak poprzednie dyrektywy, wśród środków stanowiących dowód zdolności technicznej wskazuje m.in. opis urządzeń technicznych, zastosowanych środków i zaplecza naukowo-badawczego przedsiębiorstwa. W przypadku zamówień o złożonym charakterze lub szczególnym przeznaczeniu istnieje możliwość przeprowadzenia kontroli zdolności produkcyjnych dostawcy, zdolności technicznych usługodawcy, jak i dostępnych im środków naukowych, badawczych i środków kontroli jakości, z których będą korzystała.

Dość istotnym narzędziem mogącym wpływać na poziom innowacyjności oferowanych zamawiającemu produktów, usług czy robót budowlanych są także kryteria oceny ofert, a dokładniej szersze korzystanie z pozacenowych kryteriów oceny ofert.¹⁸⁵ Zgodnie z nowymi dyrektywami, zamawiający udzielają zamówień w oparciu o ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej. W świetle nowych przepisów ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie może być zarówno oferta uznana za taką na podstawie ceny lub kosztu bądź też obejmująca najlepszą relację jakości do ceny. Relację taką szacuje się z uwzględnieniem oprócz składnika cenowego lub kosztowego także kryteriów jakościowych mogących m.in. uwzględniać innowacyjne cechy zamówienia jak również kwalifikacje i doświadczenie personelu w zakresie innowacyjności¹⁸⁶ jako, że mają one zasadniczy wpływ na poziom wykonania zamówienia o innowacyjnym charakterze. Ponadto, zamawiający mogą oceniać najlepszą relację jakości do ceny i ofertę o najniższym koszcie, stosując rachunek kosztów cyklu życia. Rachunek taki może obejmować wszystkie koszty w trakcie cyklu życia robót budowlanych, dostaw lub usług w tym m.in. koszty badań, które należy przeprowadzić, rozwoju i produkcji.¹⁸⁷

Dodatkowo, dyrektywy umożliwiają zamawiającym określanie szczególnych warunków związanych z realizacją zamówienia pod warunkiem, że będą one związane z przedmiotem zamówienia i zostaną wskazane w zaproszeniu do ubiegania się o zamówienie lub w dokumentach zamówienia.¹⁸⁸ Wprawdzie taką możliwość przewidywały już poprzednie dyrektywy, natomiast w nowych dyrektywach po raz pierwszy wskazano wprost, że szczególne warunki dotyczące realizacji zamówienia, określane przez zamawiającego mogą obejmować m.in. aspekty związane z innowacyjnością.

184 Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 75 preambuły; dyrektywa 2014/25/UE, motyw 85 preambuły.

185 Dyrektywa 2014/24/UE, art. 67; dyrektywa 2014/25/UE, art. 82.

186 Dyrektywa 2014/24/UE, art. 67; dyrektywa 2014/25/UE, art. 82.

187 Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 96 preambuły, art. 68; dyrektywa 2014/25/UE, motyw 97 preambuły art. 83.

188 Dyrektywa 2014/24/UE, art. 70; dyrektywa 2014/25/UE, art. 87.

Z kolei, przepisy nowych dyrektyw, dotyczące szczególnych reżimów udzielania zamówień publicznych w rozdziale dotyczącym usług społecznych i innych usług szczególnych, zobowiązują państwa członkowskie do zapewnienia zamawiającym możliwości uwzględnienia m.in. kwestii innowacyjności w procedurach zamówień publicznych na tego typu usługi.¹⁸⁹ Wprowadzenie tego rodzaju zapisów powinno skutkować wsparciem obszaru innowacji o charakterze społecznym.

Ponadto, dyrektywy dostrzegając potencjał MŚP w generowaniu innowacji kładą nacisk na szerszy ich udział w zamówieniach publicznych.¹⁹⁰

Podczas, gdy dyrektywy wskazują na zamówienia jako kluczowe dla wspierania innowacyjności jednocześnie jednak uznają za niewłaściwe nałożenie obowiązkowych wymogów w odniesieniu do zamówień innowacyjnych (dotyczy to również zamówień środowiskowych czy społecznych) podobnych do tych w sektorze pojazdów transportu drogowego czy w sektorze urządzeń biurowych, pozostawiając ewentualne nałożenie takich wymogów przyszłemu ustawodawstwu sektorowemu.¹⁹¹

2.9.1.3. Dialog i negocjacje – procedury sprzyjające innowacjom

Procedurami pozwalającymi w różnym stopniu uwzględniać kwestie innowacyjności są przede wszystkim procedura konkurencyjna z negocjacjami i dialog konkurencyjny, przy czym warto podkreślić, że zamawiający sektorowi mają w tym wypadku większą swobodę korzystania zarówno z procedury konkurencyjnej z negocjacjami (która w dyrektywie 2014/25/UE nosi nazwę procedury negocjacyjnej z uprzednim zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie) jak i z dialogu konkurencyjnego, których zastosowanie – inaczej niż to ma miejsce w zamówieniach klasycznych – nie wymaga spełnienia określonych przesłanek¹⁹². Natomiast, dyrektywa 2014/23/UE z uwagi na to, że pozostawia kwestie proceduralne do określenia instytucjom zamawiającym, w ogóle nie zawiera przepisów odnoszących się do konkretnych procedur.

Procedura konkurencyjna z negocjacjami stała się również bazą dla nowej procedury partnerstwa innowacyjnego, które ustanawia się w celu stworzenia od podstaw nie istniejącej innowacji. Procedura konkurencyjna z negocjacjami i dialog konkurencyjny jak i zmiany w ich zakresie w stosunku do poprzednich dyrektyw zostały omówione w rozdziale 2.3. W tym miejscu odniesiemy się tylko do kwestii powiązania tych procedur z innowacjami o których mowa w dyrektywach.

Dyrektywa klasyczna stwierdza¹⁹³, że państwa członkowskie powinny mieć możliwość, by przewidzieć stosowanie procedury konkurencyjnej z negocjacjami lub

¹⁸⁹ Dyrektywa 2014/24/UE, art. 76; dyrektywa 2014/25/UE, art. 93.

¹⁹⁰ Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 124 preambuły; dyrektywa 2014/25/UE, motyw 130.

¹⁹¹ Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 95 preambuły; dyrektywa 2014/25/UE, motyw 100.

¹⁹² Dyrektywa 2014/25/UE, art. 47 i 48.

¹⁹³ Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 42 preambuły.

dialogu konkurencyjnego w różnych sytuacjach, w których procedura otwarta lub ograniczona bez negocjacji prawdopodobnie nie przyniosą zadowalających wyników w zakresie zamówień. Takimi sytuacjami niewątpliwie będą zamówienia o innowacyjnym charakterze.

W tym kontekście dyrektywa zwraca uwagę na dialog konkurencyjny wskazując na znaczenie dialogu w przypadkach, gdy instytucje zamawiające nie są w stanie zdefiniować sposobu zaspokojenia swoich potrzeb ani ocenić, co może zaoferować im rynek pod względem rozwiązań technicznych, finansowych lub prawnych i do takich sytuacji zaliczają przypadki projektów innowacyjnych.¹⁹⁴

Wśród sytuacji które uzasadniają skorzystanie z procedury konkurencyjnej z negocjacjami lub dialogu konkurencyjnego wymienia się¹⁹⁵:

- roboty budowlane, których przedmiotem są niestandardowe budynki, lub roboty, które obejmują projektowanie lub rozwiązania innowacyjne;
- usługi lub dostawy wymagające prac dostosowawczych lub projektowych;
- złożone zakupy wysokiej klasy produktów, usług intelektualnych (niektóre usługi doradcze, architektoniczne, z zakresu inżynierii);
- duże projekty z zakresu technologii informatycznych i komunikacyjnych (ICT).

Podkreśla się, że w takich przypadkach negocjacje mogą być konieczne, aby zapewnić że dostawa lub usługa odpowiada potrzebom zamawiającego i jednocześnie przestrzega się przed stosowaniem obydwu procedur w odniesieniu do gotowych usług lub dostaw. Zwraca się również uwagę, że procedura konkurencyjna z negocjacjami powinna gwarantować przestrzeganie zasad równego traktowania i przejrzystości szczególnie przez uprzednie określenie przez zamawiającego minimalnych wymagań które musi spełniać każda oferta i których nie można zmieniać podczas negocjacji. Również kryteria udzielenia zamówienia (w tym ich waga) powinny pozostać stałe przez cały czas trwania postępowania i nie powinny podlegać negocjacom.¹⁹⁶

Adekwatnie do preambuły, art. 26 dyrektywy 2014/24/UE dotyczący wyboru procedury, w ustępie 4, w nowy sposób specyfikuje sytuacje w których należy dopuścić stosowanie procedury konkurencyjnej z negocjacjami i dialogu konkurencyjnego. Artykuł zobowiązuje państwa członkowskie do zapewnienia zamawiającym możliwości stosowania obu procedur w odniesieniu do robót budowlanych, dostaw lub usług w sytuacjach gdy:

- potrzeby instytucji zamawiającej nie mogą zostać spełnione bez dostosowania łatwo dostępnych rozwiązań;
- obejmują one rozwiązania projektowe lub innowacyjne;

194 Ibidem.

195 Ibidem, motyw 43 preambuły.

196 Ibidem, motyw 45 preambuły, art. 29.

- zamówienie nie może zostać udzielone bez wcześniejszych negocjacji z uwagi na szczególne okoliczności dotyczące charakteru, stopnia złożoności lub struktury prawnej i finansowej albo z uwagi na ryzyko związane z tymi robotami budowlanymi, dostawami lub usługami (ryzyko takie może być powiązane z innowacyjnymi przedmiotami zamówienia);
- jeżeli instytucja zamawiająca nie może ustalić specyfikacji technicznych w wystarczająco precyzyjny sposób poprzez odniesienie do określonej normy, europejskiej oceny technicznej, wspólnej specyfikacji technicznej lub referencji technicznej.

Takie same przesłanki odnoszące się do zastosowania obu procedur łącznie z podobieństwem toczonych w ramach nich rokowań (dialog, negocjacje) mogą nasuwać pewne wątpliwości co do potrzeby istnienia dwóch tak podobnych procedur. Niemniej jednak ustawodawca unijny zdecydował o pozostawieniu zamawiającym możliwości wyboru jednej z ww. procedur.

Dodatkowo podtrzymany został zapis istniejący w poprzednich dyrektywach, odnoszący się do możliwości zastosowania procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia, zgodnie z którym można ją zastosować do zamówień publicznych na dostawy jeżeli przedmiotem zamówienia są produkty wytwarzane jedynie do celów badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych. Zamówienie takie nie może jednak obejmować produkcji masowej dla osiągnięcia rentowności ekonomicznej lub dla pokrycia kosztów badań i rozwoju.¹⁹⁷

2.9.1.4. Partnerstwo innowacyjne

Jak wspomniano wyżej strategia *Europa 2020* i innowacje zajmują w treści dyrektyw istotne miejsce. Presja na tworzenie wynalazków i udoskonalanie istniejących rozwiązań, również za pośrednictwem zamówień publicznych, wzrasta. W związku z tym promowana i wspierana jest współpraca sektora publicznego z sektorem nauki i sektorem prywatnym.

Pierwszą unijną inicjatywą w tym zakresie były tzw. zamówienia przedkomercyjne¹⁹⁸, oznaczające nabywanie usług badawczych i rozwojowych bez konieczności stosowania procedur przewidzianych dyrektywami i implementującym je prawem krajowym. Podczas gdy zamówienia przedkomercyjne pozostają nadal aktualnym narzędziem nabywania usług badawczo-rozwojowych w trybie pozadyrektywowym¹⁹⁹, dyrektywy idą dalej proponując zupełnie nową procedurę – partnerstwo innowacyjne – mającą prowadzić do udzielania zamówień na innowacyjne produkty, dostawy lub roboty budowlane objęte dyrektywą²⁰⁰. Partnerstwo innowacyjne jest szczególną procedurą i w przeciwieństwie do innych opiera się na długotrwałej współpracy pomiędzy zamawiającym i wykonawcą lub wykonaw-

197 Ibidem, art. 32 ust. 3 (a).

198 KOM(2007) 799 - Zamówienia przedkomercyjne: wspieranie innowacyjności w celu zapewnienia trwałości i wysokiej jakości usług publicznych w Europie.

199 Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 47 preambuły; dyrektywa 2014/25/UE, motyw 57 preambuły.

200 Dyrektywa 2014/24/UE, art. 31; dyrektywa 2014/25/UE, art. 49.

cami.²⁰¹ Partnerstwo podlega obowiązkowemu wdrożeniu do ustawodawstwa krajowego²⁰², co oznacza, że zamawiający muszą mieć możliwość skorzystania z takiej procedury w formie jaką przewidują dyrektywy.

Dyrektywy nie specyfikują konkretnych przesłanek zastosowania procedury partnerstwa innowacyjnego (tak jak czyni to dyrektywa 2014/24/UE w przypadku dialogu konkurencyjnego i procedury konkurencyjnej z negocjacjami w art. 26 czy w przypadku procedury negocjacyjnej bez ogłoszenia w art. 32), określają jedynie warunek wstępny udzielenia zamówienia w procedurze partnerstwa, którym jest niemożliwość zaspokojenia zapotrzebowania zamawiającego przez dostępne na rynku produkty, usługi lub roboty budowlane²⁰³.

Procedura partnerstwa innowacyjnego łączy dwa odrębne procesy:

- proces opracowania innowacyjnego produktu, usługi lub robót budowlanych, i jednocześnie
- proces ich zakupu.

Warunkiem takiego połączenia jest to, że wypracowane produkty, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wcześniej uzgodnionej między zamawiającym a uczestnikami partnerstwa wydajności oraz kosztom.²⁰⁴

W związku z tym, przy obliczaniu szacunkowej wartości zamówienia publicznego, które zostanie udzielone w procedurze partnerstwa innowacyjnego zamawiający uwzględnia maksymalną szacunkową wartość (bez VAT) wszystkich działań badawczych i rozwojowych, które będą przeprowadzone na wszystkich etapach partnerstwa, a także wszystkich dostaw, usług lub robót budowlanych, które mają być opracowane i zamówione na koniec partnerstwa.²⁰⁵ Jednocześnie, szacowana wartość dostaw, usług lub robót budowlanych powinna być proporcjonalna do wielkości inwestycji niezbędnej do ich opracowania.²⁰⁶

Konstruując dokumentację zamówienia, zamawiający określa swoje zapotrzebowanie na innowacje, precyzyjnie wskazując minimalne wymagania, jakie muszą spełnić wszystkie oferty, tak aby wykonawcy mieli jasność co do charakteru i zakresu rozwiązania i aby mogli zdecydować czy ubiegać się o udział w partnerstwie. Zamawiający decyduje również czy ustanowi partnerstwo z jednym czy z kilkoma partnerami prowadzącymi odrębne działania badawczo-rozwojowe.²⁰⁷ W doku-

201 Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 49 preambuły; dyrektywa 2014/25/UE, motyw 59 preambuły.

202 Dyrektywa 2014/24/UE, art. 26 ust. 3; dyrektywa 2014/25/UE, art. 44 ust. 3.

203 Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 49 preambuły, art. 31 ust. 1; dyrektywa 2014/25/UE, motyw 59 preambuły, art. 49 ust. 1.

204 Dyrektywa 2014/24/UE, art. 31 ust. 2.

205 Dyrektywa 2014/24/UE, art. 5 ust. 6; dyrektywa 2014/25/UE, art. 16 ust. 6.

206 Dyrektywa 2014/24/UE, art. 31 ust. 7.

207 Ibidem, art. 31 ust. 1.

mentach zamówienia instytucja zamawiająca określa również rozwiązania mające zastosowanie do praw własności intelektualnej.²⁰⁸

W ogłoszeniu o zamówienie w trybie partnerstwa innowacyjnego zamawiający wskazuje:

- proponowaną minimalną i, w stosownych przypadkach, maksymalną liczbę kandydatów oraz obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria lub zasady, które zamierza stosować w celu wyboru kandydatów – jeśli przewiduje możliwość ograniczenia liczby kandydatów, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert²⁰⁹,
- czy przewiduje zastosowanie procedury etapowej w celu stopniowego ograniczenia liczby negocjowanych ofert lub diskutowanych rozwiązań²¹⁰,
- oraz termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w partnerstwie innowacyjnym²¹¹.

Minimalny termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w partnerstwie w dyrektywie klasycznej określono na 30 dni od daty wysłania ogłoszenia o zamówieniu, a w dyrektywie sektorowej co do zasady, nie mniej niż 30 dni, z zaznaczeniem, że nie może być on w żadnym wypadku być krótszy niż 15 dni.²¹²

W partnerstwie innowacyjnym, w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, wniosek o dopuszczenie do udziału złożyć może każdy wykonawca, przedstawiając informacje na potrzeby kwalifikacji podmiotowej wymagane przez zamawiającego.²¹³ Natomiast, w samym postępowaniu uczestniczą tylko wykonawcy zaproszeni przez zamawiającego, po dokonaniu przez niego kwalifikacji podmiotowej na podstawie otrzymanych informacji. Tylko tacy wykonawcy mogą przedkładać projekty badawcze i innowacyjne odpowiadające na zamówienie. Zamawiający kwalifikują kandydatów w szczególności na podstawie kryteriów dotyczących ich zdolności w zakresie badań i rozwoju oraz opracowywania i wdrażania innowacji.²¹⁴

Do partnerstw innowacyjnych będzie miał zastosowanie jednolity europejski dokument zamówienia zawierający aktualne oświadczenia własne kandydatów podlegające weryfikacji poprzez przedstawienie odpowiednich dokumentów albo w momencie decyzji o udzieleniu oferentowi zamówienia albo na wcześniejszym etapie postępowania, jeśli żądanie takich dokumentów na tym etapie jest konieczne do zapewnienia prawidłowego przebiegu postępowania. W przypadku partnerstwa będzie to miało znaczenie szczególnie w odniesieniu do ograniczenia ilości kandydatów zaproszonych do składania ofert, kiedy uzasadnione

208 Ibidem, art. 31 ust. 6.

209 Ibidem, art. 65 ust. 2; załącznik V, część C, pkt 15.

210 Ibidem, załącznik V, część C, pkt 16.

211 Ibidem, załącznik V, część C, pkt 17.

212 Dyrektywa 2014/24/UE, art. 31 ust. 1; dyrektywa 2014/25/UE, art. 49 ust. 1.

213 Dyrektywa 2014/24/UE, art. 31 ust. 1.

214 Ibidem, art. 31 ust. 6.

jest wymagane przedłożenie dokumentów potwierdzających w chwili kwalifikacji kandydatów tak, by ci nie będący w stanie potwierdzić deklaracji na etapie udzielenia zamówienia nie ograniczali dostępu pozostałym.²¹⁵

Zamawiający może ograniczyć liczbę kandydatów spełniających kryteria kwalifikacji podmiotowej, których zaprosi do składania ofert, jednak minimalna liczba kandydatów w przypadku partnerstwa określona w dyrektywie klasycznej nie może być mniejsza niż 3.²¹⁶ W przypadku gdy liczba kandydatów spełniających kryteria kwalifikacji oraz posiadających wymagane minimalne poziomy zdolności jest mniejsza niż 3, instytucja zamawiająca nadal może kontynuować postępowanie, zapraszając kandydatów posiadających wymagany potencjał. Zamawiający nie może jednak w tym samym postępowaniu uwzględnić wykonawców, którzy nie złożyli wniosków o dopuszczenie do udziału, ani kandydatów, którzy nie posiadają wymaganego potencjału. Dyrektywa sektorowa nie określa minimalnej liczby zakwalifikowanych kandydatów stwierdzając jednak, że taka liczba musi uwzględniać konieczność zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji.²¹⁷

W procedurze partnerstwa innowacyjnego zamawiający zaprasza równocześnie, na piśmie, zakwalifikowanych kandydatów do składania ofert.²¹⁸ Jeśli stosuje się wstępne ogłoszenie informacyjne jako zaproszenie do ubiegania się o zamówienie, zamawiający zapraszają równocześnie, na piśmie, wykonawców, którzy wyrazili zainteresowanie, do potwierdzenia dalszego zainteresowania. Zaproszenia zawierają informacje określone w załączniku IX oraz adres elektroniczny pod którym zostały bezpośrednio udostępnione dokumenty zamówienia lub dokumenty zamówienia, jeśli nie zostały one do tej pory udostępnione w sposób w pełni otwarty.²¹⁹

Jeśli chodzi o **organizację procedury prowadzącej do zawarcia umowy partnerstwa**, powinno ono opierać się na przepisach procedury konkurencyjnej z negocjacjami.²²⁰ Dyrektywy określają, że samo partnerstwo powinno natomiast być podzielone na etapy.²²¹ Etapy takie powinny odpowiadać kolejnym krokom w procesie badawczo-rozwojowym prowadzącym do wytworzenia innowacji do tej pory niedostępnej na rynku. Dodatkowo dyrektywy stwierdzają, że czas trwania i wartość poszczególnych etapów partnerstwa powinny być adekwatne do stopnia innowacyjności proponowanego rozwiązania. Etapy partnerstwa powinny osiągać ustalone cele pośrednie, za realizację których partnerowi/partnerom wypłaca się odpowiednią ratę wynagrodzenia. W oparciu o takie cele pośrednie zamawiający może po każdym etapie postanowić zakończyć partnerstwo lub, w przypadku partnerstwa z kilkoma partnerami, zmniejszyć liczbę partnerów. Zmniejszenie liczby partnerów poprzez rozwiązanie poszczególnych umów jest

215 Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 84 preambuły, art. 59 ust. 4; dyrektywa 2014/25/UE, motyw 92 preambuły.

216 Dyrektywa 2014/24/UE, art. 65 ust. 1, art. 65 ust. 2.

217 Dyrektywa 2014/25/UE, art. 78 ust. 2.

218 Dyrektywa 2014/24/UE, art. 54 ust. 1.

219 Ibidem, art. 54 ust. 2

220 Ibidem, motyw 49 preambuły.

221 Ibidem, art. 31 ust. 2, art. 31 ust. 5, art. 31 ust. 7.

jednak możliwe tylko pod warunkiem uprzedniego przewidzenia takiej możliwości i określenia jej zasad w dokumentach zamówienia. Tak więc oprócz tego, że etapy partnerstwa powinny podążać za porządkiem prac badawczo-rozwojowych, samo partnerstwo powinno zmierzać do stopniowego ograniczania proponowanych rozwiązań poprzez zastosowanie uprzednio wskazanych kryteriów.

Dodatkowo, w odniesieniu do struktury partnerstwa, preambuła podkreśla²²², że niezależnie od wielkości innowacyjnego projektu partnerstwo powinno być tak skonstruowane, aby zapewniać niezbędny mechanizm popytowy, co oznacza, że opracowane innowacyjne rozwiązania powinny pociągać za sobą zainteresowanie rynku i prowadzić do wzrostu konkurencyjności i innowacyjności w danym obszarze. Wzrostowi takiej konkurencji szczególnie sprzyjać może partnerstwo z kilkoma partnerami.

Procedura zmierzająca do zawarcia umowy partnerstwa opiera się na negocjacjach w których zamawiający negocjują z oferentami wstępne i wszystkie kolejne oferty składane w trakcie jego trwania.²²³ Natomiast, **negocjacjaom nie podlegają:**

- minimalne wymogi, które musi spełniać każda oferta,
- kryteria udzielenia zamówienia,
- oraz ostateczne oferty złożone w ramach procedury.

Zamówienia publicznego w trybie partnerstwa innowacyjnego udziela się wyłącznie na podstawie kryterium najlepszej relacji jakości do ceny²²⁴ pozwalającej uwzględnić cechy innowacyjne jako kryterium udzielenia zamówienia²²⁵.

W trakcie negocjacji oraz w trakcie realizacji umowy partnerstwa zamawiający mają obowiązek zapewnić równe traktowanie wszystkich oferentów, co osiągają poprzez²²⁶:

- niedyskryminacyjne udzielanie informacji, bez zapewniania przewagi któremukolwiek z oferentów,
- informowanie na piśmie wszystkich oferentów o wszelkich zmianach w specyfikacjach technicznych lub innych dokumentach zamówienia, innych niż dokumenty określające minimalne wymogi,
- w przypadku takich zmian, zapewnienie oferentom wystarczająco dużo czasu na zmodyfikowanie i ponowne złożenie poprawionych ofert,
- nie ujawnianie bez zgody kandydata lub oferenta pozostałym uczestnikom negocjacji informacji poufnych (w tym tych dotyczących proponowanych rozwiązań lub tajemnic technicznych), przy czym zgoda taka nie może być

²²² Ibidem, motyw 49 preambuły.

²²³ Ibidem, art. 31 ust. 3.

²²⁴ Ibidem, art. 31 ust. 1.

²²⁵ Ibidem, art. 67.

²²⁶ Ibidem, art. 31 ust. 4.

ogólna, ale musi być wyrażona dla każdego planowanego przekazania informacji²²⁷.

Podsumowując, po zamieszczeniu ogłoszenia, ocenie kandydatów, negocjacjach ofert z wybranymi kandydatami, złożeniu ofert końcowych na podstawie których wybiera się partnerów ostatecznie podpisuje się umowę partnerstwa. Umowa partnerstwa powinna określać: zasady dotyczące organizacji partnerstwa, poszczególnych jego etapów, celów do osiągnięcia po każdym z etapów, zasady dotyczące możliwości zakończenia partnerstwa czy zmniejszenia liczby partnerów na poszczególnych etapach oraz warunki, na jakich produkcja i dostawa produktu będącego wynikiem partnerstwa zostanie powierzona jednemu lub kilku spośród partnerów.

Wyzwaniem w przypadku partnerstwa innowacyjnego może być szacowanie jego wartości. Dotyczy to przede wszystkim oszacowania wartości wszystkich działań badawczych i rozwojowych, które będą przeprowadzone na wszystkich etapach partnerstwa. Ze względu na innowacyjny charakter przedmiotu zamówienia kształt finalnej innowacji najprawdopodobniej nie będzie możliwy do ostatecznego przewidzenia. W związku z tym, konieczność lub niekonieczność przeprowadzenia pewnych części prac badawczo-rozwojowych może stać się jasna dopiero w toku pracy nad innowacją, generując lub nie konieczność poniesienia pewnych kosztów.

Dodatkowo, od wartości prac badawczo-rozwojowych uzależnia się również szacowanie zakupu finalnych produktów, usług lub robót budowlanych, poprzez wymóg, że ich zakup powinien być proporcjonalny do wielkości inwestycji związanej z ich opracowaniem.²²⁸ Ponieważ koszty inwestycji w innowacje mogą być trudne do precyzyjnego oszacowania w związku z tym pewne wyzwanie stanowić może również określenie proporcjonalnej wielkości czy proporcjonalnego powiązania z finalnymi zakupami.

Wydaje się, że większość inwestycji w ramach partnerstw innowacyjnych będzie raczej znacząca, więc zamawiający będą musieli dokonać równie znaczących zakupów wypracowanych produktów, usług lub robót budowlanych. Tylko odpowiednia wielkość finalnych zakupów będzie uzasadniać poniesienie znaczących kosztów całej inwestycji związanej z wypracowaniem innowacji.

W odniesieniu do organizacji partnerstwa, dyrektywa wymaga by szczególnie czas trwania i wartość poszczególnych etapów partnerstwa również były adekwatne do stopnia innowacyjności proponowanego rozwiązania. Jednak, jak stwierdzono wyżej, poziom innowacyjności końcowego rozwiązania nie będzie znany *a priori*, tak więc oprócz wartości nakładów na ten cel również czas niezbędny do jego opracowania może być trudny do uprzedniego i precyzyjnego oszacowania.

O ile partnerstwo z jednym partnerem będzie zorganizowane wyłącznie wokół logiki prac badawczo-rozwojowych o tyle partnerstwo z kilkoma partnerami będzie wymagało zorganizowania swojej struktury nie tylko wokół logiki prac ba-

227 Ibidem, art. 21; 31 ust. 6.

228 Ibidem, art. 31 ust. 2.

dawczo-rozwojowych, ale również wokół potrzeby ograniczenia ilości partnerów. Taka organizacja może wykraczać poza prostą zasadę wykluczania partnera po zakończonym etapie.

Kwestie podobieństw i różnic między procedurą partnerstwa innowacyjnego a zamówieniami przedkomercyjnymi dyskutowane były w trakcie spotkań eksperckich KE po przyjęciu dyrektyw gdzie zwracano uwagę na fakt, że nabycie innowacji jeszcze nie istniejącej na rynku może odbyć się albo poprzez zamówienie przedkomercyjne albo poprzez partnerstwo innowacyjne. Jednak z zamówienia przedkomercyjnego rozumianego jako zakup usług badawczo-rozwojowych poza przepisami dyrektywowymi można skorzystać tylko jeśli spełnia ono warunki wyłączenia dot. usług badawczo-rozwojowych określone w dyrektywach²²⁹. Podstawowa różnica między obydwoma formami nabywania innowacji odnosi się do ich głównych etapów. Zamówienie przedkomercyjne składa się z dwóch etapów przy czym pierwszy, zakup usługi badawczo-rozwojowej, nie podlega dyrektywom natomiast kolejny etap, wyprodukowanie i dostarczenie produktu będącego wynikiem pierwszego, zostaje otwarte na konkurencję poprzez zastosowanie procedury dyrektywowej (otwartej, ograniczonej lub konkurencyjnej z negocjacjami). Z kolei w partnerstwie innowacyjnym oba etapy połączone są w ramach jednej procedury i partnerstwo można podzielić na fazę wyboru partnera/ów zakończoną zawarciem umowy partnerstwa, fazę pracy badawczo-rozwojowej i produkcyjnej (w ramach realizacji umowy partnerstwa) nad innowacją, oraz fazę złożenia (w ramach umowy partnerstwa) zamówienia na powstałą innowację²³⁰.

W trakcie spotkań eksperckich zwracano uwagę, że przebieg partnerstwa jest podobny do fazy badawczo-rozwojowej w zamówieniu przedkomercyjnym. Podczas gdy ogólnie nabycie innowacji można podzielić na dwa główne etapy (etap badawczo-rozwojowy oraz etap produkcji i dostarczenia) o tyle szczegółowe etapy partnerstwa innowacyjnego (czy fazy badawczo-rozwojowej) można by podzielić zgodnie z typowym cyklem życia innowacji, którym kieruje się również zamówienie przedkomercyjne²³¹:

- etap 0 – etap wstępnego rozeznania badawczego, skutkujący stworzeniem pewnej wizji lub wyobrażenia o przyszłym produkcie/dostawie/robocie budowlanej;
- etap 1 – etap poszukiwania rozwiązania, skutkujący zaprojektowaniem takiego rozwiązania;
- etap 2 – etap pracy nad prototypem/prototypami, skutkujący powstaniem prototypu;
- etap 3 – etap pracy nad ograniczoną ilości pierwszych produktów/usług skutkujący powstaniem serii testowej;

229 Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 35 preambuły, art. 14; dyrektywa 2014/25/UE, motyw 42, art. 32; dyrektywa 2014/23/UE motyw 35, art. 25.

230 P. Telles, L. R. A. Butler. (2014). *Public Award procedures in Directive 2014/24/EU*.

231 KOM (2007) 799 - Zamówienia przedkomercyjne: wspieranie innowacyjności w celu zapewnienia trwałości i wysokiej jakości usług publicznych w Europie; Nico Spiegel. (2014). *Procedures Innovation-related aspects*.

- etap 4 – etap prac nad finalnymi produktami/usługami komercyjnymi skutkujący ich produkcją i komercjalizacją.

Podkreślono również, że ustanowienie partnerstwa innowacyjnego wymaga przeprowadzenia gruntownej analizy rynku pozwalającej stwierdzić, że na rynku nie ma produktu, usługi lub roboty budowlanej odpowiadającej zapotrzebowaniu zamawiającego i w związku z tym konieczne jest ich stworzenie. Ocena rynku dokonywana jest na dany moment i pojawienie się produktu/usługi/roboty po wszczęciu procedury nie wymaga unieważnienia lub kwestionowania procedury.

Rozpoczęte nad nową procedurą partnerstwa innowacyjnego dyskusje sygnalizują dodatkowe zagadnienia które mogą stanowić pewne wyzwania przy jej stosowaniu i tu przytaczamy kilka wybranych elementów²³². W ramach dyskusji nad kwestią niekonkurencyjnych zachowań związanych z udzielaniem zamówień, w przypadku partnerstwa innowacyjnego zwraca się uwagę na brak w dyrektywie środków umożliwiających wgląd lub kontrolę partnerstwa po tym jak zostało ono ustanowione, np. poprzez raportowanie czy pewien rodzaju monitoringu. Prognozuje się, że zachowania niekonkurencyjne w przypadku partnerstw mogą być podobne do tych charakterystycznych dla umów ramowych i mieć związek z długotrwałym charakterem współpracy między zamawiającym a wykonawcą/wykonawcami. W tym kontekście przywołuje się brak zapisów dyrektywowych wskazujących lub ograniczających maksymalny czas trwania partnerstw innowacyjnych i rozważa, na ile odpowiednie byłoby ograniczenie maksymalnego czasu trwania partnerstw do okresu przewidzianego dla umów ramowych²³³.

Poza tym, za kłopotliwy uznaje się brak definicji badań i rozwoju²³⁴. Między innymi, wskazuje się na niejasność co do tego na ile to pojęcie powinno lub nie obejmować produkcję. Poza tym, brak takiej definicji jest łączony z trudnościami w szacowaniu zdolności wykonawców do prowadzenia prac badawczo-rozwojowych. Wydaje się, że wskazując na ten aspekt, autorzy mogą mieć na myśli istnienie pewnego ustandaryzowanego zakresu pojęcia badań i rozwoju, które dostarczyłoby swego rodzaju *benchmark* umożliwiając szacowanie takich zdolności względem niego.

Wskazuje się również na nadmierne ograniczenie możliwości tworzenia struktury partnerstwa wynikające z konieczności przesądzenia maksymalnych kosztów do poniesienia w ramach partnerstwa jak i poziomów wydajności, które mają być osiągnięte przed rozpoczęciem procesu prac nad innowacją. Przewiduje się, że to

232 Dyskusje nad problematycznymi elementami procedury partnerstwa innowacyjnego na podstawie P. Telles, L. R. A. Butler. (2014). *Public Award procedures in Directive 2014/24/EU* oraz na podstawie wskazanych w publikacji odniesień do: P. Cerqueira Gomes. (2014). *The innovative Innovation Partnerships under the new EU directive for the public sector*; A. R. Apostol. (2012). *Pre-commercial procurement in support of innovation: regulatory effectiveness?*; T. Inden, K. N. Olesen. (2012). *Legal Aspects of Public Private Innovation*; A. Sanchez-Graells. (2012). *Public procurement and state aid: reopening the debate*; A. Semple. (2014). *Mixed offerings for sustainability in new EU Directives*; A. Semple. (2014). *Procuring innovation – will the new Directives help?*.

233 P. Telles, L. R. A. Butler.

234 Ibidem.

właśnie te dwa czynniki zdeterminują postępowanie urzędników projektujących strukturę partnerstwa, w tym wpłyną na określanie liczby partnerów.²³⁵

Zwraca się również uwagę na to, że kwestia finansowania partnerstw wymaga pewnej równowagi w ponoszeniu kosztów przez zamawiającego i partnerów tak, aby nie rodzić wątpliwości w zakresie niedozwolonej pomocy publicznej. Szczególnie może mieć to znaczenie przy finansowaniu prac badawczo-rozwojowych i będących ich wynikiem innowacji, jeżeli nie są one przeznaczone wyłącznie na użytek instytucji zamawiającej.²³⁶

Innym zagadnieniem jest formułowanie celów pośrednich do osiągnięcia przez partnerów w trakcie trwania partnerstwa. Powstałe na tym gruncie pytania dotyczą tego w jakich kategoriach formułować takie cele pośrednie (czy w kategoriach kosztów, wydajności, połączenia obydwu czy jeszcze innych?), w jakim zakresie zamawiający powinni narzucać takie cele, kwestii podążania za celami przez poszczególnych partnerów, weryfikacji i niedopuszczalności ich rewizji²³⁷. Jako nieelastyczną wskazuje się konieczność dokonywania płatności w ratach po zakończeniu kolejnych etapów ponieważ nie zakłada się, że niektórzy partnerzy mogą mieć środki pochodzące z innych źródeł, pozwalające na finansowanie odpowiednich prac²³⁸.

Pewne wątpliwości budzą kwestie zakończenia partnerstwa między innymi w odniesieniu do praw zamawiającego i niewybranych partnerów po zakończeniu partnerstwa w tym w kontekście wykorzystania informacji poufnych i własności intelektualnej. Dyrektywy jedynie ogólnie wskazują na konieczność określenia rozwiązań mających zastosowanie do praw własności intelektualnej powiązanych z opracowywaną innowacją pozostawiając zamawiającym swobodę w tym zakresie. W związku z tym pojawiają się pytania dotyczące szczegółowych uregulowań tej kwestii. Zwraca się uwagę, że współcześnie nie jest konieczne bezpośrednie przenoszenie/nabywanie praw własności intelektualnej do konkretnych innowacji a zamiast tego możliwe jest korzystanie z takich praw bazując na ich licencjonowaniu. Również kwestia podziału praw własności intelektualnej lub ich wspólnego posiadania pozostaje do uzgodnienia pomiędzy partnerami. W kontekście praw własności intelektualnej jak i pomocy publicznej wskazuje się na przewagę konkurencyjną wykluczonego po kolejnym etapie partnera od którego nie nabywa się praw własności intelektualnej a który dalej rozwija/komercjalizuje innowację.²³⁹

Oprócz wymienionych powyżej elementów przywoływanych dyskusji nad partnerstwem innowacyjnym, istotną kwestią wydaje się również niepewność co do tego jak powinny wyglądać ewentualne rozmowy zamawiającego z partnerami po rozpoczęciu realizacji umowy partnerstwa. O ile partnerstwo do momentu podpisania umowy partnerstwa przebiega według zasad procedury konkuren-

235 P. Telles, L. R. A. Butler; P. C. Gomes.

236 A. Sanchez-Graells; T. Inden, K. N. Olsen.

237 P. Telles, L. R. A. Butler; P. C. Gomes.

238 A. Semple.

239 A. R. Apostol; P. C. Gomes; P. Telles, L. R. A. Butler.

cyjnej z negocjacjami o tyle procedowanie w trakcie realizacji umowy nie zostało przesądzone.

Podczas, gdy w publikacjach dotyczących kwestii które mogą wynikać z praktyki stosowania partnerstw zwraca się uwagę na konieczność obiektywnego formułowania i stosowania kryteriów, KE w trakcie spotkań eksperckich w odpowiedzi na zgłaszane pytania w tym zakresie wyjaśniła, że kryteria takie powinny koncentrować się przede wszystkim na fazie badań i rozwoju, bo właśnie takie kryteria na etapie postępowania jest w stanie określić zamawiający. Mogą one dotyczyć np. jakości proponowanych projektów i ich wykonalności. W odniesieniu do fazy wyboru dostawcy – odpowiednie warunki powinny zostać określone raczej w umowie partnerstwa i powinny się skupiać nie tyle na kryteriach wyboru (wyboru partnerów już dokonano) ale na warunkach, które należy spełnić, aby uzyskać zlecenie dostawy innowacyjnego rozwiązania wypracowanego w trakcie partnerstwa. Dopuszczono możliwość określenia dwóch rodzajów kryteriów: na potrzeby fazy badawczo-rozwojowej i na potrzeby udzielania zamówienia na produkt będący wynikiem partnerstwa, ale pod warunkiem, że kryteria te zostaną określone na początku procedury, na etapie wyboru partnerów, ponieważ jest to jedyny moment, kiedy postępowanie jest otwarte na konkurencję. Podkreślono, że nie powinno się kryteriów/warunków stosowanych do dostawców w drugiej fazie partnerstwa określać w toku trwania partnerstwa, bo naruszałoby to zasadę przejrzystości i równego traktowania.

Podsumowując przepisy dyrektywowe dotyczące ustanawiania partnerstw można stwierdzić, że ogólny charakter tych przepisów z jednej strony daje znaczącą swobodę zamawiającym w formowaniu partnerstw, z drugiej jednak strony może generować pewien stopień niepewności prawnej.

2.9.2. Kwestie środowiskowe w zamówieniach publicznych

2.9.2.1. Wprowadzenie

Nowa dyrektywa ws. zamówień publicznych precyzuje, w jaki sposób instytucje zamawiające mają możliwość „przyczynienia się do ochrony środowiska i wspierania zrównoważonego rozwoju, zapewniając jednocześnie możliwość uzyskania przez te instytucje najlepszej jakości za daną cenę dla ich zamówień”.²⁴⁰ Zwrócono przy tym uwagę na potrzebę uwzględniania wymogów ochrony środowiska naturalnego w ramach ustalania i realizacji polityk i działań Unii dążąc w szczególności do wspierania zrównoważonego rozwoju²⁴¹.

Poniżej omówione zostały dopuszczalne prawem możliwości uwzględnienia aspektów środowiskowych na poszczególnych etapach postępowania przetargowego.

²⁴⁰ Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 91 preambuły.

²⁴¹ TFUE, art. 11 (dawny artykuł 6 TWE) – „Przy ustalaniu i realizacji polityk i działań Unii, w szczególności w celu wspierania stałego rozwoju, muszą być brane pod uwagę wymogi ochrony środowiska naturalnego”.

2.9.2.2. Specyfikacje techniczne

Specyfikacje techniczne określa się w dokumentach zamówienia. W odniesieniu do **zamówień publicznych na roboty budowlane** specyfikacja techniczna oznacza całość zaleceń technicznych zawartych w szczególności w dokumentach zamówienia, określających wymagane cechy materiału, produktu lub dostawy, odpowiadające przeznaczeniu zamierzonemu przez instytucję zamawiającą²⁴². Z kolei w przypadku **zamówień publicznych na dostawy lub usługi**, definiowana jest jako specyfikacja w dokumencie określającym wymagane cechy produktu lub usługi²⁴³. Cechy te mogą nawiązywać do określonego procesu lub metody produkcji lub realizacji wymaganych robót budowlanych, dostaw lub usług, lub do konkretnego procesu charakteryzującego inny etap ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.²⁴⁴

Bez względu na rodzaj zamówienia, specyfikacje techniczne mogą odwoływać się do **poziomów oddziaływania na środowisko i klimat, precyzować kwestię opakowań, oznakowania i etykietowania**, czy też nawiązywać do **procesów i metod produkcji na każdym etapie cyklu życia** obiektów budowlanych, dostaw i usług.

Specyfikacje techniczne sporządzane przez instytucje zamawiające wpływają na cały proces udzielenia zamówienia. Nie mogą powodować ograniczenia konkurencji, a tym samym hamować realizacji celów z zakresu zrównoważonego rozwoju²⁴⁵. Jak wskazano w motywie 74 preambuły „należy umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych, norm i specyfikacji technicznych na rynku, w tym ofert opracowanych na podstawie kryteriów wykonania związanych z cyklem życia procesu produkcji robót budowlanych, dostaw i usług oraz ich zgodności z zasadą zrównoważonego rozwoju”.

Opracowanie specyfikacji technicznych pod względem **wymagań wydajnościowych i funkcjonalnych** realnie przyczynia się do zwiększenia konkurencji wśród wykonawców i stwarza możliwość uzyskania nowych, bardziej efektywnych rozwiązań, również z punktu widzenia ograniczonego wpływu na środowisko.

W świetle art. 42 ust. 3 lit. a dyrektywy 2014/24/UE, specyfikacje techniczne mogą zostać sformułowane w kategoriach wymagań wydajnościowych lub funkcjonalnych, w tym aspektów środowiskowych, pod warunkiem że parametry są dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić oferentom ustalenie przedmiotu zamówienia, a instytucjom zamawiającym udzielenie zamówienia.

Ponadto, specyfikacje techniczne można określić w kategoriach wymagań wydajnościowych lub funkcjonalnych z odniesieniem do specyfikacji technicznych

242 Dyrektywa 2014/24/UE, pkt 1a) Załącznika VII - Definicje niektórych specyfikacji technicznych

243 Ibidem, załącznik VII - Definicje niektórych specyfikacji technicznych, pkt 1b).

244 Ibidem, art. 42 ust. 1.

245 Ibidem, art. 42 ust. 2.

wymienionych m.in. normach, aprobat, specyfikacjach technicznych bądź też innych systemach referencji technicznych²⁴⁶ stanowiących środek domniemania zgodności z tego rodzaju wymaganiami wydajnościowymi lub funkcjonalnymi.²⁴⁷

Możliwe jest również sformułowanie specyfikacji poprzez odniesienie w zakresie określonych cech do specyfikacji technicznych wymienionych w normach, aprobat, specyfikacjach technicznych bądź też innych systemach referencji technicznych odwołując się również do wymagań wydajnościowych lub funkcjonalnych w zakresie innych cech.²⁴⁸

Instytucja zamawiająca formułująca specyfikacje techniczne poprzez odniesienie do norm, aprobat, specyfikacji technicznych bądź też innych systemów referencji technicznych nie może odrzucić oferty na podstawie faktu, iż oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi nie są zgodne ze specyfikacjami technicznymi wskazanego przez instytucję zamawiającą systemu referencyjnego. Oferent może udowodnić w swojej ofercie za pomocą dowolnych odpowiednich środków dowodowych, że proponowane rozwiązania spełniają wymagania określone w ww. specyfikacjach technicznych w stopniu równoważnym.²⁴⁹

W przypadku gdy instytucja zamawiająca korzysta z możliwości sformułowania specyfikacji technicznych w kategoriach wymagań wydajnościowych lub funkcjonalnych, nie może ona odrzucić oferty na roboty budowlane, dostawy lub usługi zgodnej z normą krajową przenoszącą normę europejską, z europejską aprobatą techniczną, ze wspólną specyfikacją techniczną, z normą międzynarodową lub z systemem referencji technicznych ustanowionym przez europejski organ normalizacyjny, jeżeli ww. systemy referencyjne dotyczą wymagań wydajnościowych lub funkcjonalnych określonych przez tę instytucję zamawiającą.²⁵⁰

W swojej ofercie oferent musi udowodnić za pomocą stosownych środków, m.in. na podstawie raportu z testów opracowanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub zaświadczenia wystawionego przez taką jednostkę bądź też dokumentacji technicznej producenta,²⁵¹ że obiekt budowlany, dostawa lub usługa spełniają zgodne z normą wymagania wydajnościowe lub funkcjonalne określone przez instytucję zamawiającą.

Wskazane wyżej możliwości opracowania specyfikacji technicznej są dopuszczalne również na gruncie dyrektyw z 2004 r.²⁵²

246 Ibidem, art. 42 ust. 3 lit. b - w kolejności preferencji do: norm krajowych przenoszących normy europejskie, europejskich ocen technicznych, wspólnych specyfikacji technicznych, norm międzynarodowych, innych systemów referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organy normalizacyjne lub - w przypadku ich braku - do norm krajowych, krajowych aprobat technicznych lub krajowych specyfikacji technicznych dotyczących projektowania, wyliczeń i realizacji robót budowlanych oraz wykorzystania dostaw; każdemu odniesieniu towarzyszą słowa „lub równoważne”.

247 Ibidem, art. 42 ust. 3 lit. c.

248 Ibidem, art. 42 ust. 3 lit. d.

249 Ibidem, art. 42 ust. 5.

250 Ibidem, art. 42 ust. 6.

251 Ibidem, art. 44.

252 Dyrektywa 2004/18/WE, art. 23 ust. 3.

2.9.2.3. Etykiety

Etykieta, zgodnie z definicją określoną w art. 2 pkt 23, oznacza dowolny dokument, zaświadczenie lub poświadczenie potwierdzające, że dany obiekt budowlany, produkt, usługa, proces lub procedura spełniają określone wymogi. Dążąc do zakupu robót budowlanych, dostaw lub usług o szczególnych cechach środowiskowych, instytucje zamawiające mogą wymagać w **specyfikacjach technicznych, kryteriach udzielenia zamówienia** lub w **warunkach realizacji zamówienia** określonej etykiety stanowiącej środek dowodowy spełnienia przez te roboty budowlane, dostawy lub usługi wymaganych cech.²⁵³

Wprowadzenie dyrektywą 2014/24/UE możliwości wymagania przez instytucje zamawiające określonej etykiety jako środka dowodowego potwierdzającego spełnianie przez roboty budowlane, dostawy lub usługi określonych cech uzależnione jest od **łącnego** spełnienia następujących warunków:

„a) wymogi dotyczące etykiety dotyczą wyłącznie kryteriów, które są związane z przedmiotem zamówienia, i są odpowiednie dla określenia cech robót budowlanych, dostaw lub usług będących przedmiotem zamówienia;

b) wymogi dotyczące etykiety są oparte na kryteriach obiektywnie możliwych do sprawdzenia i niedyskryminacyjnych;

c) etykiety są przyjmowane w drodze otwartej i przejrzystej procedury, w której mogą uczestniczyć wszystkie odpowiednie podmioty, w tym instytucje rządowe, konsumenci, partnerzy społeczni, producenci, dystrybutorzy oraz organizacje pozarządowe;

d) etykiety są dostępne dla wszystkich zainteresowanych stron;

e) wymogi dotyczące etykiety są określane przez podmiot trzeci, na który wykonawca ubiegający się o etykietę nie może wywierać decydującego wpływu.”²⁵⁴

Zamawiający mają możliwość odwoływania się do europejskiego oznakowania ekologicznego, ekoetykiet krajowych lub międzynarodowych lub wszelkich innych etykiet, przy założeniu, że wymogi dotyczące danej etykiety związane są z przedmiotem zamówienia. Wymogi takie mogą przykładowo dotyczyć opisu produktu i jego prezentacji, w tym kwestii opakowań.²⁵⁵

Bezpośrednie odwołanie przez instytucję zamawiającą do określonej etykiety uzależnione jest od spełniania przez przedmiot zamówienia wszystkich wymogów charakteryzujących dane oznakowanie. W przypadku gdy specyfikacje techniczne dla określonej etykiety wykraczają poza wymogi stawiane przez instytucje zamawiającą w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, instytucje zamawiające zobowiązane są do skonkretyzowania w specyfikacjach

²⁵³ Dyrektywa 2014/24/UE, art. 43 ust. 1.

²⁵⁴ Ibidem, art. 43 ust. 1.

²⁵⁵ Ibidem, motyw 75 preambuły.

technicznych zamówienia wymogów dot. przedmiotu. W takiej sytuacji instytucje zamawiające nie wymagają określonej etykiety, ale mogą określić specyfikacje techniczne zamówienia poprzez odesłanie do wymogów ze szczegółowych specyfikacji danej etykiety lub ich części, które są związane z przedmiotem zamówienia i są odpowiednie dla określenia cech przedmiotu zamówienia.²⁵⁶

Instytucje zamawiające wymagając określonej etykiety, akceptują wszystkie etykiety, które potwierdzają, że dane roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają równoważne wymogi. „W przypadku gdy wykonawca nie ma możliwości uzyskania określonej etykiety wskazanej przez instytucję zamawiającą lub równoważnej etykiety w odpowiednim terminie z przyczyn niezależnych od wykonawcy, instytucja zamawiająca akceptuje inne odpowiednie środki dowodowe. Mogą one obejmować dokumentację techniczną producenta, o ile dany wykonawca dowiedzie, że oferowane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymogi określonej etykiety lub określone wymogi wskazane przez instytucję zamawiającą.”²⁵⁷

2.9.2.4. Specyfikacje techniczne a rozporządzenie Energy Star

Motyw 95 preambuły dyrektywy 2014/24/UE odwołuje się do *rozporządzenia (WE) nr 106/2008 w sprawie wspólnotowego programu znakowania efektywności energetycznej urządzeń biurowych* jako przykładu ustawodawstwa unijnego, w którym wprowadzone zostały obowiązkowe wymogi dotyczące zamówień publicznych w sektorze urządzeń biurowych.

Rozporządzenie ustanawia zasady znakowania efektywności energetycznej urządzeń biurowych dla Unii Europejskiej, które określono w *umowie z dnia 20 grudnia 2006 r. w sprawie koordynacji programów znakowania efektywności energetycznej urządzeń biurowych* zawartej między Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki i Wspólnotą Europejską.

Rozporządzenie ma zastosowanie do grup urządzeń biurowych określonych w Załączniku C do Umowy, który kompleksowo określa specyfikacje dla sprzętu komputerowego, monitorów oraz urządzeń do przetwarzania obrazu. Specyfikacje precyzują kryteria efektywności energetycznej odwołując się do wymogów w zakresie poboru mocy dla różnych trybów operacyjnych urządzeń (np. trybu włączonego, uśpienia, bezczynności), jak i typowego zużycia energii (TEC)²⁵⁸.

256 Ibidem, art. 43 ust. 2.

257 Ibidem, art. 43 ust. 1.

258 Typowe zużycie energii (TEC): Metoda testowania i porównywania wydajności energetycznej komputerów koncentrująca się na typowym zużyciu energii elektrycznej przez produkt podczas normalnego działania w reprezentatywnym czasie. W odniesieniu do komputerów biurkowych i notebooków kluczowym kryterium koncepcji TEC jest wartość typowego rocznego zużycia energii mierzonego w kilowatogodzinach (kWh), wyznaczonego na podstawie pomiarów przeciętnego poboru mocy dla każdego trybu pracy, przeliczonych odpowiednio do zakładanego typowego modelu eksploatacji (cyklu pracy). W przypadku stacji roboczych wymogi oparte są o wartość TEC obliczoną na podstawie poziomów poboru mocy dla trybu pracy, maksymalnego poboru mocy i zakładanego cyklu pracy.

http://www.eu-energystar.org/downloads/legislation/20090624/L161_16_20090624_pl.pdf

Szczegółowe specyfikacje Energy Star dla urządzeń biurowego sprzętu komputerowego dostępne są na stronie: <http://www.eu-energystar.org/en/index.html>²⁵⁹

W celu propagowania kryteriów efektywności energetycznej rozporządzenie Energy Star nałożyło na centralne organy rządowe w rozumieniu dyrektywy 2004/18/WE obowiązek określania wymagań w zakresie efektywności energetycznej co najmniej równorzędnych wspólnym specyfikacjom przyjętym w ramach programu Energy Star. Obowiązek dotyczy zamówień publicznych na dostawę biurowego sprzętu komputerowego o wartości równej lub przekraczającej kwoty progowe określone na podstawie art. 7 dyrektywy 2004/18/WE.²⁶⁰

Kwoty progowe dla zamówień publicznych objętych stosowaniem przepisów Dyrektywy 2004/18/WE są okresowo aktualizowane. Aktualne poziomy określone zostały w *rozporządzeniu Komisji (UE) nr 1336/2013 z dnia 13 grudnia 2013 r. zmieniające 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*. W świetle obowiązujących regulacji, wymóg stosowania kryteriów efektywności energetycznej co najmniej równoważnych tym określonym w specyfikacjach Energy Star dotyczy zamówień na dostawę, których wartość jest równa lub przekracza równowartość w złotych 134 000 euro (tj. 566 137 zł).²⁶¹

Oznakowanie Energy Star może posłużyć instytucji zamawiającej, podobnie jak w obecnym stanie prawnym²⁶², jako dowód, iż zamawiane produkty spełniają określone wymogi w zakresie efektywności energetycznej. Ponadto, oferenci których produkty nie są znakowane tą konkretną etykietą mogą w oparciu o specyfikacje Energy Star dokonać pomiaru efektywności energetycznej oferowanych urządzeń biurowych przedkładając stosowny raport z testów bądź też zweryfikować poziom efektywności energetycznej programu Energy Star z poziomami oznakowania, którym oferowane produkty są opatrzone.

259 Sprzęt komputerowy: http://www.eu-energystar.org/downloads/legislation/20090624/L161_16_20090624_pl.pdf;
Monitory: http://www.eu-energystar.org/downloads/legislation/20091029/L282_23_20091029_pl.pdf;
Urządzenia do przetwarzania obrazu: http://www.eu-energystar.org/downloads/legislation/20090428/L106_25_20090428_pl.pdf.

260 Rozporządzenie (WE) nr 106/2008, (Dz. Urz. L 39 z 13.2.2008, s. 1), art. 6 – „Propagowanie kryteriów efektywności energetycznej” w brzmieniu z Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 174/2013 z dnia 5 lutego 2013 r. zmieniającego rozporządzenie (WE) nr 106/2008 w sprawie wspólnotowego programu znakowania efektywności energetycznej urządzeń biurowych, (Dz. Urz. L 63 z 6.03.2013, s. 1):

1. W okresie obowiązywania Umowy centralne organy rządowe w rozumieniu dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, bez uszczerbku dla unijnych i krajowych przepisów oraz kryteriów gospodarczych, określają wymagania w zakresie efektywności energetycznej co najmniej równorzędne ze wspólnymi specyfikacjami dla zamówień publicznych na dostawę o wartości na poziomie lub powyżej kwot progowych określonych w art. 7 wspomnianej dyrektywy. Państwa członkowskie zachęcają instytucje zamawiające na szczeblu regionalnym i lokalnym do stosowania tych wymagań. Niniejszy artykuł stosuje się bez uszczerbku dla przepisów ustanowionych w art. 6 dyrektywy 2012/27/UE oraz w lit. c) załącznika III do tej dyrektywy.

261 Komunikat Komisji - Równowartość progów określonych w dyrektywach Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE (2013/C 366/01).

262 Dyrektywa 2004/18/WE, art. 23 ust. 6.

W świetle art. 42 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE instytucje zamawiające są uprawnione do bezpośredniego odwołania się w ramach specyfikacji technicznej do określonej etykiety, w tym oznakowania Energy Star, co znacznie ułatwia przygotowanie postępowania przetargowego. Nowe regulacje w zakresie zamówień publicznych mogą tym samym przyczynić się do popularyzacji oznakowania Energy Star wśród innych uczestników systemu zamówień publicznych, w tym instytucji zamawiających szczebla samorządowego i zamawiających sektorowych.²⁶³

2.9.2.5. Kryteria kwalifikacji podmiotowej

a) Kryteria wykluczenia

Aspekty środowiskowe w ramach zamówień publicznych mogą dotyczyć nie tylko przedmiotu zamówienia, ale również służyć weryfikacji sposobu działania wykonawcy.

Zgodnie z motywem 40 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, monitorowanie przestrzegania przepisów m.in. w zakresie prawa ochrony środowiska, powinno się odbywać na odpowiednich etapach postępowania o udzielenie zamówienia przy stosowaniu zasad ogólnych regulujących wybór uczestników i udzielenie zamówienia, przy stosowaniu **kryteriów wykluczenia** i przy stosowaniu przepisów dotyczących rażąco tanich ofert. Dokonywana w tym zakresie weryfikacja powinna opierać się na środkach dowodowych i oświadczeniach własnych.

Dyrektywa 2014/24/UE w motywie 101 preambuły podkreśla, iż instytucje zamawiające powinny mieć możliwość wykluczenia wykonawców, którzy okazali się niezrzetelni, na przykład z powodu naruszeń obowiązków środowiskowych. W ślad za zapisami preambuły, przepisy art. 57 ust. 4²⁶⁴ dyrektywy 2014/24/UE dopuszczają możliwość wykluczenia przez instytucje zamawiające lub, w przypadku wprowadzenia stosownych regulacji krajowych, nakładają na instytucje zamawiającą obowiązek wykluczenia z udziału w postępowaniu przetargowym wykonawcy, w stosunku do którego instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą dowolnych środków naruszenie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska.

Obowiązki dot. ochrony środowiska mogą wynikać z przepisów unijnych, krajowych bądź też aktów prawa międzynarodowego wymienionych w załączniku X do dyrektywy 2014/24/UE. Dyrektywa odwołuje się tutaj do trzech konwencji, ratyfikowanych przez państwa członkowskie UE, tj.:

²⁶³ Zob. dyrektywa 2014/25/UE, art. 61 ust. 1.

²⁶⁴ Dyrektywa 2014/24/UE, art. 57 ust. 4 – Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji:

a) gdy instytucja zamawiająca za pomocą dowolnych stosownych środków może wykazać naruszenie mających zastosowanie obowiązków, o których mowa w art. 18 ust. 2.

- » Konwencji bazylejskiej o kontroli transgranicznego przemieszczania i usuwania odpadów niebezpiecznych (konwencja bazylejska)²⁶⁵;
- » Konwencji sztokholmskiej w sprawie trwałych zanieczyszczeń organicznych²⁶⁶;
- » Konwencji w sprawie procedury zgody po uprzednim poinformowaniu w międzynarodowym handlu niektórymi niebezpiecznymi substancjami chemicznymi i pestycydami (UNEP/FAO) (konwencja PIC)²⁶⁷ wraz z trzema protokołami regionalnymi.

b) Kryteria kwalifikacji

W art. 58 dyrektywy 2014/24/UE określono kryteria służące ocenie zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia publicznego. Kwalifikacja wykonawców może być weryfikowana pod kątem kompetencji do prowadzenia danej działalności zawodowej, sytuacji ekonomicznej i finansowej czy też zdolności technicznej i zawodowej.

Zgodnie z załącznikiem XII dyrektywy 2014/24/UE uszczegóławiającym zakres środków dowodowych na potrzeby oceny kwalifikacji wykonawców, za dowód potwierdzający zdolność techniczną wykonawców uznać można m.in. **wskazanie środków zarządzania środowiskiem, które wykonawca będzie mógł zastosować podczas realizacji zamówienia.**

Również w świetle regulacji dyrektywy z 2004 r., na etapie weryfikacji kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, za dowód jego zdolności technicznych można uznać wskazanie środków zarządzania środowiskiem, które wykonawca będzie mógł zastosować podczas realizacji zamówienia. Dyrektywa 2004/18/WE ogranicza jednak wykorzystanie środków zarządzania środowiskowego do zamówień publicznych na roboty budowlane i usługi oraz wyłącznie do stosownych przypadków.²⁶⁸

Zgodnie z zapisami motywu 88 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, instytucje zamawiające powinny mieć możliwość wymagania, aby w trakcie realizacji zamówienia publicznego stosowane były środki lub systemy zarządzania środowiskowego. Uwzględnia się zarówno zarejestrowane, jak i niezarejestrowane na mocy unijnych aktów prawnych systemy zarządzania środowiskowego. Wśród przykładowych systemów ustawodawca unijny wymienia rozporządzenie (WE) nr 1221/2009 w sprawie dobrowolnego udziału organizacji w systemie ekozarządzania i audytu we Wspólnocie (EMAS). Do tej kategorii zalicza się również certyfikaty unijnego oznakowania ekologicznego Ecolabel²⁶⁹ przy założeniu, że zawierają kryteria zarządzania środowiskowego.

²⁶⁵ Zob. <http://www.basel.int/>.

²⁶⁶ Zob. <http://www.pic.int/>

²⁶⁷ Zob. <http://chm.pops.int/>.

²⁶⁸ Dyrektywa 2004/18/WE, art. 48 ust. 2 lit. f.

²⁶⁹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 66/2010 z dnia 25 listopada 2009 r. w sprawie oznakowania ekologicznego UE, (Dz. Urz. L 27 z 30.01.2010, s. 1).

W przypadku braku dostępu do tego rodzaju systemów rejestracji lub możliwości jego uzyskania w stosownym terminie, dozwolone powinno być przedłożenie opisu wdrożonych środków zarządzania środowiskowego, o ile dany wykonawca wykaże, iż środki te gwarantują identyczny poziom ochrony środowiska jak środki wymagane na mocy systemu zarządzania środowiskowego.²⁷⁰

W świetle art. 62 ust. 2, „w przypadku gdy instytucje zamawiające wymagają przedstawienia zaświadczeń sporządzonych przez niezależne jednostki zajmujące się poświadczaniem spełnienia przez wykonawcę wymogów określonych systemów lub norm zarządzania środowiskowego, odnoszą się one do unijnego systemu ekzarządzania i audytu (EMAS), do innych systemów zarządzania środowiskowego uznanych zgodnie z art. 45 rozporządzenia (WE) nr 1221/2009²⁷¹ lub do innych norm zarządzania środowiskowego opartych na odpowiednich normach europejskich lub międzynarodowych opracowanych przez akredytowane jednostki”. Instytucja zamawiająca akceptuje także inne dowody dotyczące środków zarządzania środowiskowego, pod warunkiem że wykonawca wykaże, że stosowane środki zarządzania środowiskowego są równoważne środkom wymaganym na mocy referencyjnego systemu zarządzania środowiskowego lub normy. Ww. regulacje stanowią powielenie przepisów dyrektywy 2004/18/WE.²⁷²

W celu zapewnienia przejrzystości oraz ułatwienia oceny kwalifikacji podmiotowej zagranicznych wykonawców, dyrektywa wprowadza obowiązek podjęcia współpracy administracyjnej pomiędzy instytucjami publicznymi państw członkowskich UE. W świetle art. 86 dyrektywy 2014/24/UE, państwa członkowskie udzielają sobie wzajemnie informacji oraz wprowadzają środki służące skutecznej jej wymianie w kwestiach dotyczących m.in. jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia stanowiącego oświadczenia własne wykonawcy, czy też środków dowodowych dotyczących przesłanek wykluczenia oraz służących weryfikacji kwalifikacji

270 Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 88 preambuły.

271 Rozporządzenie (WE) nr 1221/2009, (Dz. Urz. L 342 z 22.12.2009, s. 1), art. 45 - Związek z innymi systemami zarządzania środowiskowego

„1. Państwa członkowskie mogą przedłożyć Komisji pisemny wniosek o uznanie istniejących systemów zarządzania środowiskowego lub ich części, certyfikowanych zgodnie ze stosownymi procedurami certyfikacji uznanymi na poziomie krajowym lub regionalnym, za spełniające odpowiednie wymogi niniejszego rozporządzenia.

2. Państwa członkowskie określają w swoim wniosku stosowne części systemów zarządzania środowiskowego i odpowiadające im wymogi niniejszego rozporządzenia.

3. Państwa członkowskie dostarczają dowodów równoważności wszystkich stosownych części danych systemów zarządzania środowiskowego z niniejszym rozporządzeniem.

4. Po zbadaniu wniosku, o którym mowa w ust. 1, oraz działając zgodnie z procedurą doradczą, o której mowa w art. 49 ust. 2, Komisja uznaje stosowne części systemów zarządzania środowiskowego oraz wymogi akredytacji lub licencjonowania dla organów certyfikacji, jeżeli jej zdaniem państwo członkowskie:

a) dostatecznie jasno określiło we wniosku stosowne części systemów zarządzania środowiskowego i odpowiadające im wymogi niniejszego rozporządzenia;

b) dostarczyło wystarczających dowodów równoważności wszystkich stosownych części danych systemów zarządzania środowiskowego z niniejszym rozporządzeniem.

5. Komisja publikuje w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* odniesienia do uznanych systemów zarządzania środowiskowego z podaniem odpowiednich sekcji EMAS, o których mowa w załączniku I, do których zastosowanie mają te odniesienia, oraz do uznanych wymogów akredytacji lub licencjonowania”.

272 Zob. dyrektywa 2004/18/WE, art. 50.

podmiotowej wykonawców. Dotyczy to również informacji o dokumentach przedstawianych w charakterze dowodów spełnienia wymogów norm środowiskowych.

2.9.2.6. Kryteria udzielenia zamówienia

W świetle art. 67 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, instytucje zamawiające udzielają zamówień publicznych wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie. Zastosowana w dyrektywie koncepcja „oferty najkorzystniejszej ekonomicznie” określana jest na podstawie ceny lub kosztu odwołującego się do efektywności kosztowej (np. LCC). Oferta najkorzystniejsza ekonomicznie może również odwoływać się do najlepszej relacji jakości do ceny, która pozwala oprócz czynnika ekonomicznego na uwzględnienie m.in. wartości technicznych, właściwości funkcjonalnych czy też cech środowiskowych.

W motywie 93 preambuły wskazano przykładowe aspekty środowiskowe, które mogą zostać wykorzystane przy formułowaniu kryteriów udzielenia zamówienia. Instytucje zamawiające mogą wymagać m.in. druku na papierze z makulatury lub na papierze z drewna pochodzącego ze zrównoważonej gospodarki drzewnej. Ponadto, kryteria udzielenia zamówienia mogą obejmować organizację, kwalifikacje i doświadczenie personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia, w sytuacji gdy właściwości wyznaczonego personelu mogą mieć znaczący wpływ na poziom wykonania zamówienia, a także odwoływać się do sposobu dostawy.

Sama koncepcja kryteriów udzielenia zamówienia została w dyrektywie 2014/24/UE rozszerzona na wszystkie aspekty oraz wszystkie etapy cyklu życia robót budowlanych, dostaw lub usług stanowiących przedmiot zamówienia, co obejmuje również mniej istotne czynniki związane z określonym etapem ich cyklu życia.²⁷³ Instytucje zamawiające mają możliwość odwołania się do sposobu wydobycia surowców przeznaczonych dla danego produktu, jak i czynników związanych z konkretnym procesem produkcyjnym, dostarczeniem lub obrotem i jego warunkami. Za przykład kryteriów środowiskowych można uznać zakaz stosowania toksycznych chemikaliów przy produkcji zakupionych produktów lub wymóg świadczenia zakupionych usług z wykorzystaniem energooszczędnych urządzeń.²⁷⁴ Zastosowanie środowiskowych kryteriów udzielenia zamówienia nie powoduje w tym wypadku konieczności dokonywania monetaryzacji ich wpływu na środowisko.

W ramach kryteriów udzielenia zamówienia instytucje zamawiające mają również możliwość odwołania się do **efektywności kosztowej** z wykorzystaniem rachunku kosztów cyklu życia. Zastosowanie metody LCC pozwala na uwzględnienie aspektów środowiskowych poprzez wskazanie ekonomiki zakupu produktów. Rachunek kosztów cyklu życia oprócz kosztów wewnętrznych, takich jak koszty produkcji, transportu, użytkowania, konserwacji i utylizacji na końcu cyklu życia, pozwala również na uwzględnienie kosztów przypisanych ekologicznym efektom zewnętrznym.

Zewnętrzne koszty środowiskowe mogą obejmować koszty emisji gazów cieplarnianych i innych zanieczyszczeń oraz inne koszty łagodzenia zmiany klimatu.²⁷⁵

²⁷³ Dyrektywa 2014/24/UE, art. 67 ust. 3.

²⁷⁴ Ibidem, motyw 97 preambuły.

²⁷⁵ Ibidem, art. 68 ust. 1 pkt b.

Pozwalają na uwzględnienie zanieczyszczenia spowodowanego wydobywaniem surowców wykorzystywanych w produkcie, jego wytworzeniem czy też zanieczyszczenia wynikającego z samego użytkowania produktu.²⁷⁶ Uwzględnienie elementów kosztowych przypisanych czynnikom środowiskowym uzależnione jest jednak od możliwości ustalenia ich poziomów oraz określenia ich wartości finansowej.

Wymaga się, aby stosowane przez instytucje zamawiające metody szacowania kosztów przypisanych ekologicznym efektom zewnętrznym były opracowane z wyprzedzeniem, w sposób obiektywny i niedyskryminujący oraz dostępne dla wszystkich zainteresowanych stron. Metody takie mogą zostać opracowane na dowolnym szczeblu administracyjnym, tj. krajowym, regionalnym lub lokalnym. W celu uniknięcia zakłóceń konkurencji wymaga się jednak aby metody miały ogólny charakter tak by ich wykorzystanie nie ograniczało się do pojedynczego postępowania przetargowego.²⁷⁷

Dyrektywa wspomina ponadto o potrzebie opracowania na szczeblu unijnym wspólnych metodologii kalkulacji kosztów cyklu życia dla konkretnych kategorii dostaw lub usług.²⁷⁸ W przypadku opracowania takich wspólnych metodologii oraz nadania im na mocy unijnego aktu ustawodawczego charakteru obowiązkowego, należy je stosować w ramach procedur przetargowych. Dotychczas, na szczeblu unijnym wypracowano jedną wspólną metodologię szacowania kosztów cyklu życia, która wykorzystywana jest przy zakupie pojazdów transportu drogowego.²⁷⁹

Metoda pozwala na ustalenie kosztów operacyjnych podczas całego cyklu użytkowania pojazdów w odniesieniu do zużycia energii oraz emisji dwutlenku węgla i zanieczyszczeń (podtlenku azotu, węglowodorów niemetalowych oraz cząstek stałych).²⁸⁰

W celu zapewnienia przejrzystości co do liczby oraz zakresu przedmiotowego wypracowanych wspólnych metodologii rachunku kosztów cyklu życia, Komisja Europejska została uprawniona do aktualizacji wykazu aktów prawnych wprowadzających, modyfikujących lub uchylających wspólne metodologie LCC.²⁸¹

Przykładowy katalog kryteriów udzielenia zamówienia wskazany w art. 53 dyrektywy 2004/18/WE również wskazuje wartość techniczną, właściwości funkcjonalne czy aspekty środowiskowe. Ponadto, wśród kryteriów wymieniono również **koszty użytkowania**, mimo iż przepisy dyrektywy z 2004 r. nie odwołują się bezpośrednio do rachunku kosztów cyklu życia.

276 Ibidem, motywy 96 preambuły.

277 Ibidem, motywy 96 preambuły.

278 Ibidem, motywy 96 preambuły.

279 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/33/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego, (Dz. Urz. L 120 z 15.5.2009, s. 5).

280 Patrz pkt 2.7.2.2.

281 Dyrektywa 2014/24/UE, art. 68 ust. 3.

2.9.2.7. Warunki realizacji zamówienia

Zgodnie z art. 70 dyrektywy 2014/24/UE, instytucje zamawiające mogą określić szczególne warunki związane z realizacją zamówienia, pod warunkiem że są one powiązane z przedmiotem zamówienia w jakimkolwiek aspekcie i na jakimkolwiek etapie jego cyklu życia oraz zostały wskazane w zaproszeniu do ubiegania się o zamówienie lub w dokumentach zamówienia. Warunki takie, podobnie jak określono to w dyrektywie z 2004 r.,²⁸² mogą obejmować m.in. aspekty środowiskowe.

Środowiskowe warunki realizacji zamówienia, jak i w przypadku kryteriów udzielenia zamówienia, mogą odnosić się do procesów produkcji lub dostarczenia produktów, wskazując przykładowo, iż przy produkcji zakupionych produktów nie stosuje się toksycznych chemikaliów, lub świadczenie zakupionych usługi realizowane jest przy wykorzystaniu energooszczędnych urządzeń.²⁸³

Warunki realizacji zamówienia dotyczące kwestii środowiskowych mogą odwoływać się do dostarczenia, opakowania i utylizacji produktów, a w przypadku zamówień na roboty budowlane i na usługi zakładać minimalizację odpadów lub efektywne gospodarowanie zasobami.²⁸⁴

2.9.3. Aspekty społeczne w zamówieniach publicznych

Jednym z priorytetów przyświecających przyjęciu nowych regulacji dotyczących zamówień publicznych było również umożliwienie instytucjom zamawiającym lepszego wykorzystania zamówień publicznych na rzecz wsparcia celów społecznych. Idea ta została wyrażona w motywie 2 preambuły dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE: „Zamówienia publiczne odgrywają kluczową rolę w strategii „Europa 2020” zawartej w komunikacie Komisji z dnia 3 marca 2010 r. zatytułowanym „Europa 2020, Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu” („strategia Europa 2020 na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu”) jako jeden z instrumentów rynkowych wykorzystywanych w celu osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych. W tym celu należy zmienić i zmodernizować przepisy dotyczące zamówień publicznych przyjęte na podstawie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/17/WE oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE, (...) aby **umożliwić zamawiającym lepsze wykorzystanie zamówień publicznych dla wsparcia wspólnych celów społecznych.**” W ramach modernizacji dyrektyw cel ten został zrealizowany poprzez wprowadzenie nowych instrumentów pozwalających promować poprzez zamówienia publiczne włączenie społeczne oraz rozszerzenie możliwości zastosowania dotychczas istniejących rozwiązań.

282 Dyrektywa 2004/18/WE, art. 26.

283 Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 97 preambuły.

284 Ibidem, motyw 97 preambuły.

Mając na uwadze powyższe, przewidziane w dyrektywie 2014/24/UE rozwiązania na rzecz szerszego uwzględniania celów społecznych w procesie udzielania zamówień publicznych można podzielić na:

- 1) instrumenty wspierające integrację społeczną i zawodową,
- 2) horyzontalną klauzulę społeczną mającą na celu zapewnienie przestrzegania przepisów prawa socjalnego oraz prawa pracy,
- 3) instrumenty wspomagające uwzględnienie w procedurze udzielenia zamówienia publicznego potrzeb osób niepełnosprawnych oraz etykiet społecznych.

2.9.3.1. Instrumenty wspierające integrację społeczną i zawodową

Instrumenty wspierające integrację społeczną i zawodową obejmują:

- zamówienia zastrzeżone,
- specjalny reżim zamówień zastrzeżonych w ramach szczególnego reżimu udzielania zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi,
- kryteria oceny ofert o charakterze społecznym oraz
- społeczne warunki realizacji zamówienia.

Nowe regulacje unijne **znacznie rozszerzyły zakres zastosowania tzw. zamówień zastrzeżonych**. Z punktu widzenia instrumentów promujących integrację społeczną i zawodową można uznać, iż jest to najbardziej istotny element modernizacji unijnego prawa zamówień publicznych. Przedmiotowe rozwiązanie, oprócz umożliwienia uwzględniania w procedurze udzielenia zamówienia publicznego sytuacji osób z grup zagrożonych wykluczeniem zawodowym i społecznym, stanowi obecnie szczególny instrument wsparcia w ubieganiu się o zamówienia publiczne zakładów pracy chronionej oraz grupy podmiotów mieszczących się w obrębie tzw. przedsiębiorczości społecznej, które ze względu na swój charakter i misję, jaką pełnią, w ocenie ustawodawcy unijnego są uprawnione do szczególnego typu preferencji w dostępie do zamówień publicznych.

Zakres tych preferencji został zdefiniowany w motywie 36 preambuły dyrektywy 2014/24/UE oraz w artykule 20 tejże dyrektywy. W preambule, dyrektywa 2014/24/UE potwierdza wskazane poprzednio w dyrektywie 2004/18/WE²⁸⁵ powody, dla których istotnym działaniem jest umożliwienie państwom członkowskim wspierania w ramach zamówień publicznych podmiotów działających na rzecz integracji osób zagrożonych wykluczeniem społecznym poprzez aktywny udział tych osób w rynku pracy. Zgodnie z brzmieniem motywu 36 preambuły „*zatrudnienie i praca stanowią kluczowe elementy gwarantujące wszystkim równe szanse i przyczyniające się do integracji społeczeństwa. W związku z tym zakłady pracy chronionej mogą odgrywać istotną rolę. To samo dotyczy innych form społecznej działalności gospodarczej mających głównie na celu wspieranie społecznej i zawodowej integracji lub reintegracji osób niepełnosprawnych i znajdujących się w niekorzystnej sytuacji,*

²⁸⁵ Zob. dyrektywa 2004/18/WE, motyw 28 preambuły.

takich jak bezrobotni, członkowie znajdujących się w niekorzystnej sytuacji mniejszości lub grup w inny sposób społecznie marginalizowanych." Jednocześnie, przedmiotowy motyw preambuły wskazuje, że w przypadku zamówień publicznych w pełni otwartych na konkurencję podmioty te mogą mieć trudności z uzyskaniem zamówienia i w związku z tym należy przyznać państwom członkowskim uprawnienie do ograniczenia prawa do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych lub pewnych ich częściach jedynie dla takich zakładów pracy chronionej lub przedsiębiorstw społecznych bądź też zastrzegać realizację zamówień dla programów zatrudnienia chronionego. Warto podkreślić, iż w nowej dyrektywie 2014/24/UE wprost stwierdza się, że zastrzeżenie zamówienia może dotyczyć jednej lub kilku części w przypadku, gdy przedmiot zamówienia daje się podzielić na części.

Idea wyrażona w motywie 36 preambuły dyrektywy 2014/24/UE znajduje normatywne odzwierciedlenie w brzmieniu artykułu 20 wskazanej dyrektywy, zgodnie z którym **państwa członkowskie mogą zastrzec prawo udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego dla zakładów pracy chronionej oraz wykonawców, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub osób defaworyzowanych**, lub mogą przewidzieć możliwość realizacji takich zamówień w ramach programów zatrudnienia chronionego, pod warunkiem że **co najmniej 30 % osób zatrudnionych przez te zakłady, przez tych wykonawców lub w ramach tych programów stanowią pracownicy niepełnosprawni lub pracownicy defaworyzowani**.

Regulacje prawne dotyczące tzw. zamówień zastrzeżonych zawarte w nowej dyrektywie klasycznej²⁸⁶ zostały w dużej mierze oparte na brzmieniu artykułu 19 dyrektywy 2004/18/WE oraz artykułu 28 dyrektywy 2004/17/WE. Należy jednak podkreślić, iż przewidziane w dyrektywie 2004/18/WE rozwiązania prawne zostały wzbogacone o dodatkowe elementy znacząco rozszerzające zakres zastosowania ułatwienia w ubieganiu się o zamówienia publiczne podyktowanego względami społecznymi, a w szczególności potrzebą wzmocnienia integracji społecznej osób znajdujących się w szczególnie niekorzystnej sytuacji. Wśród elementów pozwalających na szersze zastosowanie zamówień zastrzeżonych w realizacji celów społecznych należy wskazać przede wszystkim na:

- a) **dodanie nowej kategorii podmiotu**, dla którego państwo członkowskie może w swoich krajowych regulacjach przewidzieć możliwość zastrzeżenia prawa udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z nowymi regulacjami oprócz zakładów pracy chronionej oraz realizacji zamówienia w ramach programów pracy chronionej, podmiotami, które mogą ubiegać się o zamówienia zastrzeżone są także **wykonawcy, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych i/lub osób defaworyzowanych**.

²⁸⁶ Zob. dyrektywa 2014/24/UE, art. 20; także dyrektywa 2014/25/UE, art. 38 oraz dyrektywa 2014/23/UE, art. 24.

b) zdecydowane **rozszerzenie tzw. grupy będącej „ostatecznym beneficjentem” zamówień zastrzeżonych.**

W ramach dyrektywy 2004/18/WE zastosowanie instrumentu tzw. zamówień zastrzeżonych dawało możliwość zarezerwowania ubiegania się o zamówienie tylko dla zakładów pracy chronionej lub realizacji zamówienia w ramach programów pracy chronionej, gdzie większość zatrudnionych osób stanowią osoby niepełnosprawne, które ze względu na charakter lub stopień swojej niepełnosprawności nie mogą wykonywać swojej pracy w normalnych warunkach. Zgodnie z nowymi uregulowaniami będą to nie tylko **pracownicy niepełnosprawni**, ale także **pracownicy defaworyzowani**. Dyrektywa 2014/24/UE wskazując na osoby defaworyzowane nie podaje jednak definicji takich osób ani nie odsyła w tym zakresie do innego unijnego aktu prawnego lub dokumentu, w którym takie pojęcie zostałoby zdefiniowane. W takiej sytuacji kierując się pojęciami zawartymi w anglojęzycznej wersji dyrektywy 2014/24/UE²⁸⁷ oraz mając na uwadze, iż ustawodawca unijny, uznając za zgodne z unijnym prawem zamówień publicznych zastrzeganie zamówień tylko dla określonych grup podmiotów pełniących szczególną rolę w realizacji celów społecznych, wykluczył pomoc publiczną w przypadku prawidłowego udzielania tego typu zamówień, można odnosić pojęcie pracownika niepełnosprawnego oraz pracownika defaworyzowanego do definicji pracownika niepełnosprawnego, pracownika znajdującego się w szczególnie niekorzystnej sytuacji oraz pracownika znajdującego się w bardzo niekorzystnej sytuacji, zawartych w *Rozporządzeniu Komisji (UE) NR 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznające niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu UE zastępującym Rozporządzenie WE nr 800/2008 z dnia 6 sierpnia 2008 r. uznającym niektóre rodzaje pomocy za zgodne ze wspólnym rynkiem w zastosowaniu art. 87 i 88 Traktatu (ogólne rozporządzenie w sprawie wyłączeń blokowych)*.

Zgodnie z przedmiotowym Rozporządzeniem „**pracownik niepełnosprawny**” oznacza każdą osobę, która:

- c) *jest uznana za osobę niepełnosprawną na mocy prawa krajowego; lub*
- d) *ma długotrwale naruszoną sprawność fizyczną, umysłową, intelektualną lub sensoryczną, co może, w oddziaływaniu z różnymi barierami, utrudniać im pełne i skuteczne uczestnictwo w środowisku pracy na równych zasadach z innymi pracownikami.*

Rozporządzenie podaje również definicje **pracownika znajdującego się w szczególnie niekorzystnej sytuacji** oraz **pracownika znajdującego się w bardzo niekorzystnej sytuacji**. Pracownik znajdujący się w szczególnie niekorzystnej sytuacji oznacza każdą osobę, która:

²⁸⁷ W angielskiej wersji językowej dyrektywy 2014/24/UE używa się pojęcia disabled or disadvantaged workers, które znajdują się także w artykule 2 Definicje Rozporządzenia Komisji (UE) NR 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznające niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu.

- a) *jest bez stałego zatrudnienia za wynagrodzeniem w okresie ostatnich 6 miesięcy; lub*
- b) *jest w wieku od 15 do 24 lat; lub*
- c) *nie posiada wykształcenia ponadgimnazjalnego lub zawodowego (Międzynarodowa Standardowa Klasyfikacja Kształcenia 3) lub nie minęły więcej niż dwa lata od momentu ukończenia przez nią edukacji w pełnym wymiarze i która nie znalazła do tej pory pierwszego stałego zatrudnienia za wynagrodzeniem; lub*
- d) *jest w wieku ponad 50 lat; lub*
- e) *jest osobą dorosłą mieszkającą samotnie, mającą na utrzymaniu co najmniej jedną osobę; lub*
- f) *pracuje w sektorze lub zawodzie w państwie członkowskim, w którym dysproporcja kobiet i mężczyzn jest co najmniej o 25 % większa niż średnia dysproporcja we wszystkich sektorach gospodarki w tym państwie członkowskim i należy do grupy stanowiącej mniejszość; lub*
- g) *jest członkiem mniejszości etnicznej w państwie członkowskim, który w celu zwiększenia szans na uzyskanie dostępu do stałego zatrudnienia musi poprawić znajomość języka, uzupełnić szkolenia zawodowe lub zwiększyć doświadczenie zawodowe."*

Natomiast **pracownik znajdujący się w bardzo niekorzystnej sytuacji** oznacza każdą osobę, która:

- a) *jest bez stałego zatrudnienia za wynagrodzeniem w okresie co najmniej 24 miesięcy; lub*
- b) *jest bez stałego zatrudnienia za wynagrodzeniem w okresie co najmniej 12 miesięcy i należy do jednej z kategorii od b) do g) wymienionych w ramach definicji „pracownika znajdującego się w szczególnie niekorzystnej sytuacji”.*
- c) **zmniejszenie wymaganej ilości pracowników niepełnosprawnych lub pracowników defaworyzowanych** zatrudnionych w zakładach pracy chronionej, u wykonawców, których głównym celem jest integracja społeczna i zawodowa osób niepełnosprawnych i osób defaworyzowanych lub w ramach programów pracy chronionej.

Zgodnie z nowymi regulacjami, o udzielenie zamówienia zastrzeżonego mogą ubiegać się zakłady pracy chronionej, wykonawcy, których głównym celem jest integracja społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych i osób defaworyzowanych lub mogą one być zrealizowane w ramach programów pracy chronionej gdzie **ponad 30 % zatrudnionych** stanowią pracownicy niepełnosprawni lub pracownicy defaworyzowani, podczas gdy zgodnie z artykułem 19 dyrektywy 2004/18/WE była to **większość pracowników**.

Rozszerzenie grupy osób, jakich odpowiedni odsetek zatrudnienia może być podstawą do ubiegania się o zamówienie zastrzeżone i tym samym rozszerzenie kategorii podmiotów jakie mogą korzystać z zastrzeżenia zamówienia, jak i zmniejszenie prawie o połowę wymaganego odsetka zatrudnienia tych osób,

zdecydowanie liberalizuje regulacje prawne dotyczące instrumentu tzw. zamówień zastrzeżonych w porównaniu do ich poprzedniego brzmienia.

W zakresie zastrzeżenia możliwości ubiegania się o zamówienia tylko dla określonej grupy podmiotów nowa dyrektywa klasyczna oprócz instrumentu tzw. zamówień zastrzeżonych znanego już na gruncie dyrektywy 2014/18/WE, przewiduje również **nowy instrument w postaci tzw. reżimu zamówień zastrzeżonych na usługi społeczne, zdrowotne i kulturalne**. Wprowadzenie nowego rodzaju zamówień zastrzeżonych to kolejny istotny krok, zaraz po rozszerzeniu zakresu zastosowania zamówień zastrzeżonych, we wspieraniu integracji społecznej i zawodowej osób zagrożonych wykluczeniem poprzez umożliwienie szerszego udziału w zamówieniach publicznych podmiotom określanym mianem przedsiębiorstw społecznych. Ponadto, preambuła dyrektywy 2014/24/UE w motywie 118 wskazuje, że celem rozwiązania przewidującego możliwość rezerwowania udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia usługi zdrowotne, społeczne i kulturalne tylko dla określonych podmiotów jest zapewnienie ciągłości świadczenia tego typu szczególnych usług publicznych z myślą o realizacji potrzeb ostatecznych odbiorców tych usług.

Ustanowienie w prawie unijnym tzw. reżimu zamówień zastrzeżonych na wybrane rodzaje usług jest powiązane z wyodrębnieniem w ramach nowej dyrektywy klasycznej **usług społecznych i innych szczególnych usług wymienionych w załączniku XIV dyrektywy**, dla których przewidziano tzw. łżejszy reżim udzielania zamówień publicznych. Nowy reżim udzielania usług społecznych i innych szczególnych usług zastępuje dotychczasowy podział na usługi priorytetowe i niepriorytetowe obowiązujący na podstawie przepisów dyrektywy 2004/18/WE. W konsekwencji przyjęcia powyższego rozwiązania, wszystkie usługi będą zamawiane na tych samych zasadach i będą w pełni podlegać procedurom wynikającym z nowych dyrektyw, z wyjątkiem kilkunastu kategorii usług społecznych i tzw. innych szczególnych usług. Do usług tych należą usługi społeczne i inne szczególne usługi wymienione w zamkniętym katalogu w Załączniku XIV, o których mowa w art. 74 dyrektywy 2014/24/UE²⁸⁸ (i odpowiednio w Załączniku XVII i art. 91 dyrektywy 2014/25/UE). Usługi te częściowo pokrywają się z usługami niepriorytetowymi, wymienionymi w Załączniku II dyrektywy 2004/18/WE. Przedmiotowe usługi są objęte przepisami dyrektyw tylko wtedy, gdy ich wartość przekroczy próg 750.000 euro (1 000 000 euro w przypadku zamówień sektorowych), który jest znacznie wyższy niż określony w nowych dyrektywach próg dla zamówień na usługi.

288 Dyrektywa 2014/24/UE, w załączniku XIV wymienia 15 kategorii usług objętych specjalnym reżimem: 1. usługi zdrowotne, społeczne i pokrewne, 2. usługi administracyjne w zakresie edukacji, opieki zdrowotnej i kultury, 3. usługi w zakresie obowiązkowego ubezpieczenia społecznego, 4. świadczenia społeczne, 5. inne usługi komunalne, socjalne i osobiste, w tym usługi świadczone przez związki zawodowe, organizacje polityczne, stowarzyszenia młodzieżowe i inne organizacje członkowskie, 6. usługi religijne, 7. usługi hotelowe i restauracyjne, 8. usługi prawne, niewyłączone na mocy art. 10 lit. d), 9. inne usługi administracyjne i rządowe, 10. świadczenie usług na rzecz społeczności, 11. usługi w zakresie więziennictwa, bezpieczeństwa publicznego i ratownictwa, o ile nie są wyłączone na mocy art. 10 lit. h), 12. usługi detektywistyczne i ochroniarskie, 13. usługi międzynarodowe, 14. usługi pocztowe, 15. usługi różne.

Łagodniejszy reżim na usługi społeczne i inne wskazane w Załączniku XIV dyrektywy 2014/24/UE zgodnie z artykułem 75 wskazanej dyrektywy zakłada przede wszystkim przestrzeganie zasady przejrzystości poprzez publikację ogłoszenia o zamówieniu oraz ogłoszenia o udzieleniu zamówienia. Natomiast odnośnie procedury udzielania zamówień na wymienione powyżej usługi, dyrektywa w artykule 76 wskazuje, że w gestii państw członkowskich pozostaje ustanowienie odpowiednich przepisów, które zapewnią przestrzeganie przez instytucje zamawiające zasad przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Oznacza to, że państwo członkowskie określa odpowiednią procedurę dla udzielania zamówień na usługi społeczne i pozostałe określone w Załączniku XIV dyrektywy 2014/24/UE tak, aby podczas udzielania tego typu zamówień były przestrzegane zasady wynikające z Traktatu oraz można było uwzględniać szczególny charakter tych usług. Na podstawowe elementy, których uwzględnianie powinna umożliwiać ustanowiona przez państwo członkowskie procedura, tak, aby dostosować się do specyfiki przedmiotowych usług, wskazuje przepis artykułu 76 dyrektywy. Są to „*możliwość uwzględnienia potrzeby zapewnienia jakości, ciągłości, dostępności, przystępności, możliwości korzystania z usług i ich kompleksowości, a także uwzględnienia szczególnych potrzeb różnych kategorii użytkowników, w tym grup defaworyzowanych i słabszych grup społecznych, oraz kwestii zaangażowania i upodmiotowienia użytkowników, jak również innowacyjności*”. W ramach ustanawiania specjalnej procedury udzielania zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi dyrektywa pozwala także na wprowadzenie ograniczenia możliwych do zastosowania przez instytucje zamawiające kryteriów oceny ofert tylko do oferty najkorzystniejszej ekonomicznie opartej na najlepszej relacji jakości do ceny, z uwzględnieniem kryteriów jakości i zrównoważonego charakteru usług społecznych. Daje to państwu członkowskiemu możliwość postanowienia, iż w przypadku usług społecznych i innych szczególnych usług zabronione jest udzielanie zamówień wyłącznie na podstawie kryterium ceny lub kosztu jako jedyne kryterium wyboru oferty.

W ramach zdefiniowanego powyższej specjalnego reżimu udzielania zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi, jak już zostało wspomniane powyżej, dyrektywa 2014/24/UE wprowadza dodatkowo możliwość **zastrzeżenia zamówień na niektóre usługi społeczne, zdrowotne i kulturalne**²⁸⁹ dla podmiotów spełniających przesłanki określone w artykule 77 dyrektywy. Tak, więc w przypadku usług zdrowotnych, społecznych i kulturalnych, oprócz możliwości ustanowienia specjalnej łagodniejszej procedury udzielania zamówień, która pozwoli instytucjom uwzględniać specyfikę i potrzeby związane ze świadczeniem tego typu usług, ustawodawca unijny zdecydował się dodatkowo wprowadzić mechanizm zastrzegania zamówień tylko dla wyodrębnionych podmiotów. Dyrektywa 2014/24/UE w przepisie artykułu 77 podaje warunki, jakie muszą równocześnie spełniać te podmioty, aby ubiegać się o zamówienia zastrzeżone **na usługi społeczne, zdrowotne i kulturalne**. Warunki te obejmują:

²⁸⁹ Są to usługi objęte następującymi kodami CPV: 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, od 85000000-9 do 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4, 98133110-8.

- cel organizacji, jakim jest realizacja misji w zakresie służby publicznej związanej ze świadczeniem usług wskazanych w dyrektywach,
- ponowne inwestowanie zysków osiągniętych przez te podmioty, z myślą o osiągnięciu celu organizacji, natomiast w przypadku, gdy zyski podlegają dystrybucji lub redystrybucji, działania takie następują na podstawie udziałów,
- strukturę zarządzającą lub strukturę własnościową podmiotu realizującego zamówienie, która opiera się na akcjonariacie pracowniczym lub zasadach partycypacji, bądź też struktury, które wymagają aktywnej partycypacji pracowników, użytkowników lub akcjonariuszy oraz
- brak otrzymania przez organizację w ciągu trzech poprzednich lat zamówienia w ramach procedury zamówień zastrzeżonych w odniesieniu do usług określonych w dyrektywach od tej samej instytucji zamawiającej.

Dodatkowo, aby ograniczyć zakłócenia konkurencji na rynku niektórych usług społecznych, zdrowotnych oraz kulturalnych, dyrektywa przewiduje, że umowa w sprawie zamówienia publicznego udzielonego na podstawie specjalnej procedury zamówień zastrzeżonych nie może trwać dłużej niż 3 lata.

Zastosowanie obu powyżej omówionych „rodzajów” zamówień zastrzeżonych sprowadza się do ograniczenia możliwości ubiegania się o zamówienia tylko dla szczególnych podmiotów realizujących cele społeczne. Pierwszy typ zamówień zastrzeżonych przewidziany w artykule 20 dyrektywy 2014/24/UE został oparty na funkcjonujących poprzednio rozwiązaniach, z tym iż obecnie może on być częściej stosowany ze względu na poszerzenie grupy podmiotów kwalifikujących się do ubiegania się o tego typu zamówienia. Jest on także dostępny dla wszystkich rodzajów zamówień, niezależnie od przedmiotu czy wartości zamówienia, podczas gdy możliwość zastrzegania zamówień przewidziana na podstawie przepisu artykułu 77 dyrektywy 2014/24/UE dotyczy jedynie enumeratywnie wskazanych tam rodzajów usług społecznych, zdrowotnych i kulturalnych. W przypadku drugiego typu zamówień zastrzeżonych ze względu na szczegółowo wskazane w dyrektywie cechy organizacji, jakie mogą o nie konkurować, bardziej ograniczona jest też grupa podmiotów, dla których można zarezerwować ubieganie się o zamówienia na usługi społeczne, zdrowotne i kulturalne. Należy zaznaczyć także, iż wprowadzenie do krajowych porządków prawnych regulacji dotyczących obu „rodzajów” zamówień zastrzeżonych pozostaje w gestii państw członkowskich, gdyż zarówno artykuł 20 jak i artykuł 77 zawierają przepisy o charakterze fakultatywnym w zakresie transpozycji. Mając jednak na uwadze rosnące znaczenie instrumentów przewidzianych w ramach tzw. społecznych zamówień publicznych, w szczególności we wspieraniu przedsiębiorczości społecznej oraz integracji zawodowej i społecznej grup zagrożonych wykluczeniem społecznym, jak też fakt, iż większość państw członkowskich wprowadziła do swoich krajowych przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych instrument zamówień zastrzeżonych przewidziany w artykule 19 dyrektywy 2014/18/WE, należy spodziewać się szerokiej skali transpozycji nowych instrumentów w zakresie zamówień zastrzeżonych.

Nowe dyrektywy dotyczące zamówień publicznych, a w szczególności dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, która zastępuje dyrektywę 2004/18/WE, **ustanawiają także dużo szersze niż istniejące dotychczas możliwości brania pod uwagę aspektów społecznych w ramach definiowania kryteriów oceny ofert oraz warunków realizacji zamówienia.**

W przypadku **kryteriów udzielenia zamówienia** przepis artykułu 67 dyrektywy 2014/24/UE wprost stwierdza, że kryteria brane pod uwagę w przypadku zastosowania kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, mogą dotyczyć aspektów społecznych związanych z przedmiotem danego zamówienia publicznego takich jak dostępność, projektowanie dla wszystkich użytkowników oraz cechy społeczne. Bardziej szczegółowe wskazówki w zakresie tego, co można rozumieć pod hasłem „cechy społeczne” dają motywy 97 oraz 99 preambuły dyrektywy 2014/24/UE. Zgodnie z treścią motywu 97 instytucje zamawiające mogą uwzględniać kryteria oceny ofert związane z dostarczaniem lub wykorzystywaniem produktów sprawiedliwego handlu w trakcie wykonywania zamówienia, które ma zostać udzielone. W praktyce oznacza to możliwość wykorzystania w kryteriach udzielenia zamówienia faktu, iż dany produkt pochodzi ze sprawiedliwego handlu, łącznie z wymogiem zapłacenia producentom ceny minimalnej. Dopuszczenie opcji zastosowania kryteriów oceny ofert uwzględniających kwestię sprawiedliwego handlu poprzez bezpośrednie wskazanie na nią w treści preambuły dyrektywy, jest powiązane z uwzględnieniem w ramach reformy unijnego prawa zamówień publicznych wniosków wynikających z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, w szczególności ze stanowiska zaprezentowanego przez Trybunał w orzeczeniu w sprawie 368/10 Komisja Europejska przeciwko Niderlandom (ECLI:EU:C:2012:284)²⁹⁰.

Natomiast motyw 99 preambuły dyrektywy wskazuje na kryteria oceny ofert związane z promocją integracji społecznej osób defaworyzowanych lub członków słabszych grup społecznych wśród osób wyznaczonych do wykonania zamówienia oraz przeprowadzeniem szkoleń z umiejętności potrzebnych przy danym zamówieniu, a także obejmujące środki, które mają na celu ochronę zdrowia personelu biorącego udział w procesie produkcji. Zdecydowane poszerzenie zakresu możliwych do zastosowania kryteriów oceny ofert o charakterze społecznym sprawia, że w pełni uprawnione będzie niejednoznacznie interpretowane dotychczas²⁹¹ udzielenie zamówienia publicznego oferentowi, który zagwarantuje zatrudnienie przy realizacji zamówienia największej liczby osób znajdujących się w niekorzystnej sytuacji - na przykład długotrwale bezrobotnych - czy wdrożenie działań szkoleniowych dla bezrobotnych lub ludzi młodych w trakcie wykonania

290 Trybunał Sprawiedliwości UE podkreślił, że nie jest wymagane, by kryterium udzielenia zamówienia dotyczyło immanentnej cechy produktu, a więc elementu zawartego w nim materialnie, co zasadniczo nie stoi na przeszkodzie, by tego rodzaju kryterium polegało na tym, że produkt powinien pochodzić z uczciwego handlu. Tym samym Trybunał potwierdził, iż kryteria leżące u podstaw etykiet społecznych mogą być związane z przedmiotem zamówienia.

291 Wyrok Trybunału z dnia 26 września 2000 r. w sprawie C-225/98 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej, ECLI:EU:C:2000:494; komentarz Komisji Europejskiej do przedmiotowego orzeczenia w Podręczniku „Kwestie społeczne w zakupach. Przewodnik dotyczący uwzględniania kwestii społecznych w zamówieniach publicznych,” Luksemburg październik 2010 oraz praktyka francuska w tym zakresie – raport Alliance Villes Emploi, „Consolidation Nationale des résultats Clauses Sociales 2012”.

zamówienia. Społeczne kryteria oceny ofert muszą jednak dotyczyć osób faktycznie zaangażowanych w wykonanie robót budowlanych, świadczenie usług oraz produkcję towarów stanowiących przedmiot danego zamówienia.

Tak szeroki katalog kryteriów oceny ofert o charakterze społecznym jest między innymi wynikiem rozluźnienia związku kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia w ścisłym znaczeniu odnoszącym się do cech określanych w specyfikacji technicznej. W ramach nowych dyrektyw dotyczących zamówień publicznych uznaje się, że kryteria oceny ofert są powiązane z przedmiotem zamówienia, jeżeli dotyczą któregośkolwiek etapu procesu produkcji, dostarczania lub wprowadzania zamawianych towarów i usług oraz robót budowlanych nawet, jeżeli czynniki cyklu życia brane pod uwagę w ramach kryteriów oceny ofert nie są istotnym elementem zamawianych robót budowlanych, dostaw i usług będących przedmiotem zamówienia.²⁹² Jednocześnie, co zostało podkreślone w motywie 97 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, związek z przedmiotem zamówienia w powyższym rozumieniu wyklucza jednak kryteria oceny dotyczące prowadzenia przez wykonawcę społecznie odpowiedzialnej polityki firmy, których nie można uznać za czynnik charakteryzujący konkretny proces produkcji lub dostarczania zakupionych robót budowlanych, dostaw lub usług.

Ustawodawca unijny, decydując się na szeroko zakrojoną promocję aspektów społecznych w ramach modernizacji przepisów dotyczących zamówień publicznych, dokonał także **poszerzenia możliwości zastosowania społecznych warunków realizacji zamówienia**. Przepis artykułu 70 dyrektywy 2014/24/UE mówi, że instytucje zamawiające mogą określić szczególne warunki związane z realizacją zamówienia dotyczące aspektów społecznych lub związanych z zatrudnieniem, pod warunkiem że są one powiązane z przedmiotem zamówienia w rozumieniu art. 67 ust. 3. Natomiast, jak zostało wskazane w motywie 99 preambuły dyrektywy, w ramach warunków realizacji zamówienia tak jak w przypadku kryteriów oceny ofert, mogą być uwzględniane „*środki, które mają na celu ochronę zdrowia personelu biorącego udział w procesie produkcji, wspieranie integracji społecznej osób defaworyzowanych lub członków słabszych grup społecznych wśród osób wyznaczonych do wykonania zamówienia lub przeprowadzenia szkoleń z umiejętności potrzebnych przy danym zamówieniu*”. Z kolei motyw 98 preambuły dyrektywy zwraca uwagę na przestrzeganie podstawowych konwencji Międzynarodowej Organizacji Pracy i zatrudnianie większej liczby osób defaworyzowanych niż przewidują to przepisy krajowe. Wskazany w preambule dyrektywy 2014/24/UE zakres warunków realizacji zamówienia o charakterze społecznym jest co do zasady tożsamy z możliwościami przewidzianymi w motywie 33 dyrektywy 2004/18/WE. Dodatkowo, w odpowiedzi na współczesne wyzwania w dziedzinie demografii, wspierania rodzin, równego traktowania oraz zakazu dyskryminacji, modernizacja uregulowań unijnych w zakresie zamówień publicznych wprowadziła nowe elementy możliwe do zastosowania w ramach warunków realizacji zamówienia. Zgodnie z treścią motywu 98 preambuły dyrektywy 2014/24/UE „*warunki realizacji zamówienia mogą także mieć na celu sprzyjanie wdrożeniu środków służących promowa-*

²⁹² Dyrektywa 2014/24/UE, art. 67 ust. 3.

niu równouprawnienia płci w pracy, większemu uczestnictwu kobiet w rynku pracy oraz godzeniu życia zawodowego i prywatnego”.

2.9.3.2. Horyzontalna klauzula społeczna

Wsparcie aspektów społecznych w ramach unijnej reformy prawa zamówień publicznych nie ogranicza się tylko do rozszerzenia istniejących i wprowadzenia nowych instrumentów na rzecz integracji społecznej i zawodowej oraz promocji przedsiębiorczości społecznej. Nowe przepisy obejmują również kwestię poszanowania w ramach zamówień publicznych obowiązków wynikających z prawa pracy i prawa socjalnego, która w poprzednio obowiązującym stanie prawnym była przedmiotem artykułu 27 dyrektywy 2004/18/WE. Jednak nowością w stosunku do poprzednich uregulowań jest ustanowienie w ramach przepisu artykułu 18 ustęp 2 dyrektywy 2014/24/UE²⁹³ ogólnej zasady dotyczącej **podjęcia przez państwa członkowskie odpowiednich środków służących zapewnieniu, by przy realizacji zamówień publicznych wykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków między innymi w dziedzinie prawa socjalnego i prawa pracy**, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy. Międzynarodowe prawo socjalne i międzynarodowe prawo pracy obejmuje konwencje Międzynarodowej Organizacji Pracy ratyfikowane przez wszystkie państwa członkowskie UE i wskazane w załączniku X do dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych.²⁹⁴ Warunkiem zastosowania przy udzielaniu zamówień publicznych obowiązków wynikających z krajowych przepisów ustawodawczych i wykonawczych, dekretów oraz decyzji, obowiązujących układów zbiorowych, jak też przepisów prawa międzynarodowego, jest ich zgodność z prawem unijnym. Jak podaje motyw 37 preambuły dyrektywy 2014/24/UE obowiązki z zakresu prawa pracy i prawa socjalnego wynikające z przepisów wspomnianych powyżej aktów prawnych muszą być stosowane w sposób zgodny z zasadą równego traktowania, co oznacza brak jakiejkolwiek dyskryminacji pośredniej lub bezpośredniej w nakładaniu zobowiązań na wykonawców, w szczególności z innymi państwami członkowskimi UE oraz EOG. W szczególności dyrektywa podkreśla, iż środki mające na celu zapewnienie przestrzegania obowiązków wynikających z prawa pracy i prawa socjalnego powinny być stosowane zgodnie z *dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 96/71/WE dotyczącą delegowania pracowników w ramach świadczenia usług*, która ma zastosowanie także do kwestii związanych z przestrzeganiem uprawnień pracowniczych podczas realizacji zamówień transgranicznych na usługi - gdy pracownicy jednego państwa członkowskiego świadczą usługi w innym państwie członkowskim w celu realizacji zamówienia.

293 Zob. także Dyrektywa 2014/25/UE, art. 36 ust. 2; dyrektywa 2014/23/UE, art. 30 ust. 3.

294 Są to: Konwencja MOP nr 87 dotycząca wolności związkowej i ochrony praw związkowych, Konwencja MOP nr 98 dotycząca stosowania zasad prawa organizowania się i rokowań zbiorowych, Konwencja MOP nr 29 dotycząca pracy przymusowej lub obowiązkowej, Konwencja MOP nr 105 dotycząca zniesienia pracy przymusowej, Konwencja MOP nr 138 dotycząca najniższego wieku dopuszczenia do zatrudnienia, Konwencja MOP nr 111 dotycząca dyskryminacji w zakresie zatrudnienia i wykonywania zawodu, Konwencja MOP nr 100 dotycząca jednakowego wynagrodzenia dla pracujących mężczyzn i kobiet za pracę jednakowej wartości, Konwencja MOP nr 182 dotycząca zakazu i natychmiastowych działań na rzecz eliminowania najgorszych form pracy dzieci.

Preambuła dyrektyw 2014/24/UE daje również wskazówki w zakresie transpozycji przepisu artykułu 18 ustęp 2 i stosowania go w ramach procedury udzielenia zamówienia publicznego. Zgodnie z motywem 39 zobowiązania dotyczące przestrzegania prawa pracy oraz prawa socjalnego powinny znaleźć się w zapisach umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niewywiązywanie się przez wykonawców z określonych w ten sposób zobowiązań umownych może być natomiast uznawane w przypadku danego wykonawcy za poważne naruszenie, mogące skutkować wykluczeniem go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazanie na aspekt związany z wpływem przepisu artykułu 18 ustęp 2 na dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz wybór zwycięskiej oferty znajduje swoją kontynuację w motywie 40 preambuły, który już wprost mówi, że „*monitorowanie przestrzegania tych przepisów prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy powinno się odbywać na odpowiednich etapach postępowania o udzielenie zamówienia **przy stosowaniu zasad ogólnych regulujących wybór uczestników i udzielenie zamówienia, przy stosowaniu kryteriów wykluczenia i przy stosowaniu przepisów dotyczących rażąco tanich ofert.***” Jest to więc przepis mający horyzontalne zastosowanie podczas prowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego oraz dający możliwość formułowania w umowach zawieranych z wybranymi w tej procedurze wykonawcami zapisów przypominających o obowiązku przestrzegania przepisów prawa pracy i prawa socjalnego.

Zgodnie z powyższym realizacja normy zdefiniowanej w przepisie artykułu 18 ustęp 2 w ramach prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinna następować po pierwsze na etapie weryfikacji wykonawców pod kątem podlegania wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przesłanek zdefiniowanych w artykule 57 dyrektywy 2014/24/UE. W szczególności do zastosowania ogólnej klauzuli społecznej odnosi się przepis artykułu 57 w ustępie 4 pkt a, zgodnie z którym „*instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcę w sytuacji gdy instytucja zamawiająca za pomocą dowolnych stosownych środków może wykazać naruszenie mających zastosowanie obowiązków, o których mowa w art. 18 ust. 2*”. Na gruncie prawa unijnego jest to przesłanka mająca charakter fakultatywny, która pozostawia swobodę państwom członkowskim w zakresie zobowiązania instytucji zamawiających do wykluczania oferentów na podstawie warunków w niej przewidzianych, a w przypadku gdy państwo członkowskie nie zdecyduje się wprowadzić jej jako obligatoryjnej decyzja w zakresie zastosowania przedmiotowej podstawy wykluczenia należy do instytucji zamawiającej. W zakresie dokumentów na podstawie, których instytucja zamawiająca może stwierdzić zaistnienie przedmiotowej podstawy wykluczenia, dyrektywa pozostawia otwarte pole możliwości dla instytucji zamawiającej z zastrzeżeniem, iż okres, w jakim możliwe jest wykluczenie wykonawcy uznanego winnym nieprzebrzegania obowiązków w zakresie prawa pracy i prawa socjalnego nie może przekraczać 3 lat od momentu naruszenia tych przepisów.

Kolejnym etapem, na którym zgodnie z przepisami nowych dyrektyw zamawiający może weryfikować przestrzeganie przez wykonawców prawa socjalnego i prawa pracy, jest badanie ofert pod kątem rażąco niskiej ceny. Przepis artykułu 69 w ustępie 2 lit. d wprost wskazuje, że jednym z elementów branych pod uwagę przy wyjaśnianiu przez instytucję zamawiającą wysokości ceny lub kosztów zaproponowanych w ofercie, w sytuacji gdy oferta wydaje się rażąco niska w stosunku do odnośnych robót budowlanych, dostaw lub usług, może być zgodność rozwiązań zaproponowanych w ofercie z obowiązkami w dziedzinie prawa pracy i prawa socjalnego, o których mowa w artykule 18 ustęp 2 dyrektywy. Co więcej, zarówno preambuła dyrektywy w motywie 103 jak i bezpośrednio treść artykułu 69 zobowiązuje instytucję zamawiającą do odrzucenia oferty w przypadkach, gdy instytucja zamawiająca stwierdzi, że proponowana rażąco niska cena jest wynikiem niezgodności z obowiązującym prawem unijnym lub zgodnym z nim prawem krajowym w dziedzinach prawa socjalnego, prawa pracy lub z przepisami międzynarodowego prawa pracy, podczas gdy w przypadku stwierdzenia zbyt niskiego poziomu proponowanej ceny lub proponowanych kosztów na podstawie pozostałych elementów wymienionych w przedmiotowym artykule, dyrektywa nie mówi o obowiązku odrzucenia oferty pozostawiając w tym zakresie ocenę i podjęcie decyzji instytucji zamawiającej. Przedmiotowe rozwiązanie pokazuje jak dużą wagę w przepisach nowej dyrektywy w sprawie zamówień publicznych przywiązuje się do przestrzegania praw pracowniczych przy udzielaniu zamówień publicznych.

Ponadto, zgodnie z ogólnymi zasadami udzielania zamówień publicznych określonymi w artykule 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, o których mowa w art. 18 ust. 2*²⁹⁵. Oznacza to, iż oferta, która jest niezgodna z obowiązkami w dziedzinie prawa pracy nie musi nosić znamion oferty rażąco niskiej, a nawet może to być oferta, która przedstawia najkorzystniejszą cenę lub najkorzystniejszy bilans jakości do ceny, ale ze względu na niezgodność zaproponowanych w niej założeń z obowiązującymi przepisami w dziedzinie prawa pracy i prawa socjalnego może w końcowym efekcie nie zostać wybrana jako oferta zwycięska.

Weryfikacja przestrzegania przez wykonawców obowiązków wynikających z prawa pracy i prawa socjalnego na etapie kwalifikacji wykonawców oraz wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie powinna odbywać się zgodnie z zasadami określonym w przepisach dyrektywy 2014/24/UE regulującymi środki dowodowe i oświadczenia własne²⁹⁵.

Przedmiotowe wymagania w zakresie egzekwowania przestrzegania mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w przepisach międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy wskazane w dyrektywie 2014/24/UE nie ograniczają się tylko do wykonawców. Już w motywie 105 preambuły dyrektywa zwraca uwagę na potrzebę zapewnienia przestrzegania obowiązków wynikających z regulacji pracowniczych i socjal-

²⁹⁵ Dyrektywa 2014/24/UE, art.59 oraz art. 60.

nych przez podwykonawców: „istotne jest, by właściwe organy krajowe, takie jak np. agencje inspekcji pracy lub agencje ds. ochrony środowiska, za pomocą stosowanych działań leżących w zakresie ich obowiązków i kompetencji, zapewniły, by podwykonawcy przestrzegali mających zastosowanie obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy, ustanowionych w przepisach unijnych, krajowych, układach zbiorowych bądź w postanowieniach międzynarodowego prawa ochrony środowiska, międzynarodowego prawa socjalnego i międzynarodowego prawa pracy”. Zobowiązania dla państw członkowskich w zakresie przestrzegania przez podwykonawców obowiązków określonych w artykule 18 ustęp 2 dyrektywy zostały powtórzone w przepisie artykułu 71 dyrektywy. Zgodnie z treścią przedmiotowego artykułu, po pierwsze generalną zasadą jest, że nadzór nad przestrzeganiem przez podwykonawców obowiązków w dziedzinie prawa pracy i prawa socjalnego pełnią specjalnie powołane do tego celu instytucje w państwach członkowskich takie jak na przykład instytucje inspekcji pracy w ramach powierzonych im kompetencji. Ponadto, aby zapobiegać udziałowi w realizacji zamówienia publicznego podwykonawców, którzy dopuszczają się naruszenia praw pracowniczych, przepis artykułu 71 ustępu 6 dyrektywy wskazuje na dwie opcje. Pierwsza z nich ma zastosowanie, gdy przepisy krajowe państwa członkowskiego przewidują mechanizm wspólnej odpowiedzialności między podwykonawcami a głównym wykonawcą i zobowiązuje takie państwo członkowskie do przyjęcia środków zapewniających stosowanie tych przepisów zgodnie z warunkami określonymi w art. 18 ust. 2, czyli wszystkie zobowiązania wynikające z ogólnej klauzuli społecznej dla wykonawcy są właściwe także w przypadku podwykonawców a nieprzestrzeganie ich przez podwykonawców niesie ze sobą takie same konsekwencje dla przebiegu danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak w przypadku braku przestrzegania ze strony głównego wykonawcy. Druga z opcji przewiduje, że nawet w przypadku gdy przepisy państwa członkowskiego nie przewidują solidarnej odpowiedzialności pomiędzy głównym wykonawcą a podwykonawcami, instytucje zamawiające mogą na podstawie przewidzianych w dyrektywie środków dowodowych oraz narzędzi ułatwiających dostęp do zaświadczeń i dokumentów dowodowych sprawdzić, czy istnieją podstawy wykluczenia podwykonawców na mocy przesłanki określonej w przepisie artykułu 57 ustęp 4 lit d dyrektywy 2014/24/UE. Instytucje zamawiające mogą też zostać zobowiązane do weryfikacji podwykonawców, pod względem niepodlegania wykluczeniu z powodu braku przestrzegania obowiązków wynikających z przepisów prawa pracy i prawa socjalnego, na podstawie odpowiednich przepisów przyjętych w tym zakresie przez państwo członkowskie. W przypadku, gdy instytucja zamawiająca stwierdzi podleganie przez podwykonawców wykluczeniu na podstawie przesłanki związanej z ogólną klauzulą społeczną może wymagać by wykonawca zastąpił takiego podwykonawcę innym podmiotem, ale może też zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do wykluczenia takich podwykonawców. Zgodnie z przepisem artykułu 71 ustęp 8 państwa członkowskie mogą ograniczyć zastosowanie obu powyżej wspomnianych opcji na przykład do określonych rodzajów zamówień, określonych kategorii instytucji zamawiających lub wykonawców, lub poprzez wprowadzenie dolnego limitu kwoty zamówienia, od którego będą miały zastosowanie przepisy ustawodawcze,

wykonawcze lub administracyjne w zakresie zastosowania do podwykonawców wymogów określonych w artykule 18 ustęp 2 dyrektywy 2014/24/UE.

Rozszerzenie uprawnień wynikających z ogólnej klauzuli społecznej na podwykonawców zaangażowanych na różnych szczeblach realizacji zamówienia publicznego świadczy o bardzo dogłębnym uregulowaniu w nowej dyrektywie kwestii udziału podwykonawców w realizacji zamówienia publicznego. Tak daleko idąca interwencja jest jednak usprawiedliwiana wzrostem świadomości instytucji zamawiających na temat podmiotów wykonujących dane zamówienie oraz umożliwieniem weryfikacji odpowiedzialności tych podmiotów w zakresie obowiązków społecznych i pracowniczych.

Ogólna zasada sformułowana w przepisie artykułu 18 ustęp 2 dyrektywy 2014/24/UE ze względu na swoje złożone zastosowanie w ramach procedury udzielenia zamówienia publicznego, o czym była mowa powyżej, jest nazywana tzw. „**horyzontalną klauzulą społeczną**”. Pojęcia tego używa Komisja Europejska w broszurze informacyjnej na temat zakresu aspektów społecznych w nowych przepisach dotyczących zamówień publicznych,²⁹⁶ gdzie wskazuje wprost, że wspomniany powyżej przepis artykułu 18 ustęp 2 pełni rolę tzw. **horyzontalnej klauzuli społecznej**. Oznacza to, że na podstawie przedmiotowego przepisu nie tylko należy zapewnić przestrzeganie i monitorowanie przestrzegania wypełniania przez wykonawców obowiązków w zakresie prawa socjalnego oraz prawa pracy w trakcie i miejscu realizacji robót budowlanych lub świadczenia usług, ale można również wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy nie stosują się do tych przepisów oraz odrzucić ofertę, która jest niezgodna z tymi przepisami lub jest ofertą rażąco niska ze względu na nieuwzględnienie w niej kosztów wynikających z obowiązków wypływających z unijnego, krajowego, międzynarodowego prawa socjalnego oraz prawa pracy lub obowiązujących układów zbiorowych. Komisja Europejska wskazuje, że zastosowanie tzw. horyzontalnej klauzuli społecznej, w szczególności w zakresie oceny ofert pod kątem rażąco niskiej ceny, będzie skutecznie przeciwdziałać i zwalczać dumping społeczny w postaci nieprzestrzegania przepisów prawa pracy i braku zabezpieczenia społecznego oraz omijania przez wykonawców prawa obowiązującego w miejscu realizacji zamówienia w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi oferentami.²⁹⁷

2.9.3.3. Instrumenty wspomagające uwzględnienie w procedurze udzielenia zamówienia publicznego potrzeb osób niepełnosprawnych oraz etykiet społecznych

W ramach promocji społecznych zamówień publicznych w nowych regulacjach unijnych nie mogło zabraknąć rozwiązań na rzecz wsparcia osób niepełnosprawnych. Zgodnie z brzmieniem motywu 3 preambuły dyrektywy 2014/24/UE „*przy wdrażaniu niniejszej dyrektywy należy uwzględnić Konwencję Narodów Zjednoczonych o prawach osób niepełnosprawnych*”. Powyższe powinno znaleźć

²⁹⁶ Reforma zamówień publicznych broszura nr 8. Aspekt społeczny nowych przepisów, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/reform/fact-sheets/fact-sheet-08-social_pl.pdf 4.07.2014.

²⁹⁷ Ibidem.

swój wyraz w formułowaniu zapisów dotyczących uwzględniania praw i potrzeb osób niepełnosprawnych jak i wspierania ich integracji na rynku pracy w ramach kryteriów udzielenia zamówienia i warunków realizacji zamówienia. Jednak największy nacisk w przypadku wspierania szczególnej sytuacji osób niepełnosprawnych dyrektywa 2014/24/UE kładzie na **uwzględnianie kryteriów dostępności dla osób niepełnosprawnych lub projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników przy sporządzaniu specyfikacji technicznych**. W motywie 76 preambuły znajdujemy, że, „w przypadku wszelkich zamówień przeznaczonych do użytku osób, zarówno ogółu społeczeństwa, jak i personelu instytucji zamawiającej, niezbędne jest opracowanie przez instytucje zamawiające specyfikacji technicznych w sposób uwzględniający kryteria dostępności dla osób niepełnosprawnych lub opcji projektowania dla wszystkich, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków.” Tożsame zapisy znalazły się w artykule 42 ustęp 1 dyrektywy. Jednocześnie dyrektywa nie wyjaśnia, jakie sytuacje będzie można zaliczyć do należycie uzasadnionych przypadków, w których, w przypadku zamówień przeznaczonych dla ogółu użytkowników lub pracowników instytucji zamawiającej, można odstąpić od formułowania specyfikacji technicznych uwzględniających potrzeby osób niepełnosprawnych.

Przepis przedmiotowego artykułu wskazuje także na sposób formułowania specyfikacji technicznej w przypadku, gdy wymogi w zakresie dostępności wynikają z aktu prawnego UE. W takiej sytuacji instytucja zamawiająca ma obowiązek umieścić w specyfikacji technicznej odesłanie do przedmiotowego aktu prawnego w zakresie kryteriów dostępności dla osób niepełnosprawnych lub projektowania z przeznaczeniem dla wszystkich użytkowników.²⁹⁸ Porównując omówione uregulowania w zakresie formułowania specyfikacji technicznej ze stanem prawnym obowiązującym na podstawie przepisów dyrektywy 2004/18/WE należy wskazać, iż nowa dyrektywa doprecyzowała wymogi w przedmiotowym zakresie dając instytucji zamawiającej jasne wytyczne, co do obowiązków związanych z uwzględnianiem w zamówieniach publicznych potrzeb osób niepełnosprawnych. Na podstawie przepisu artykułu 23 ustęp 1 dyrektywy 2004/18/WE wskazanym było, aby instytucja zamawiająca uwzględniała kryteria dostępności dla wszystkich użytkowników w szczególności osób niepełnosprawnych w ramach formułowania specyfikacji technicznej, ale ocena co do wyboru zamówień publicznych, w których byłoby to konieczne należała, z wyjątkiem przypadków gdy obowiązki takie wynikały z obowiązującego prawa, do instytucji zamawiającej. W nowoprzyjętych regulacjach ustawodawca wprost wymienia zamówienia, w przypadku których instytucja zamawiająca ma obowiązek uwzględniania potrzeb osób niepełnosprawnych, a brak odpowiednich zapisów w specyfikacji technicznej musi być należycie uzasadniony.

Zupełnie nowym rozwiązaniem jest natomiast przewidzenie możliwości określania w specyfikacji technicznej, kryteriach udzielenia zamówienia oraz w warun-

²⁹⁸ Obowiązek odwołania się do akt prawnego może w najbliższej przyszłości zaistnieć w przypadku zamówień na zaprojektowanie stron internetowych dla instytucji publicznych gdyż Komisja Europejska przygotowała Wniosek Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie dostępności stron internetowych instytucji sektora publicznego COM(2012) 721 final 2012/0340 (COD) Bruksela, dnia 3.12.2012. Wniosek w lutym 2014 roku został zaopiniowany w pierwszym czytaniu przez Parlament Europejski.

kach realizacji zamówienia wymogu **posiadania określonej etykiety społecznej jako przykładowego środka dowodowego** na to, że roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagane przez zamawiającego cechy społeczne, o ile wymogi dotyczące danej etykiety są związane z przedmiotem zamówienia - na przykład z opisem produktu i jego prezentacją. Rozwiązanie to zostało wskazane w motywie 75 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, a w zakresie normatywnym uszczegółowione w przepisie artykułu 43 dyrektywy. Zgodnie z powyższym wymóg posiadania określonej etykiety społecznej jako środka dowodowego na to, że roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagane cechy społeczne, może zostać wpisany przez instytucję zamawiającą do specyfikacji technicznej, kryteriów udzielenia zamówienia lub warunków realizacji zamówienia, pod warunkiem że etykieta ta spełnia łącznie wszystkie następujące warunki:

- a) *wymogi dotyczące etykiety dotyczą wyłącznie kryteriów, które są związane z przedmiotem zamówienia, i są odpowiednie dla określenia cech robót budowlanych, dostaw lub usług będących przedmiotem zamówienia;*
- b) *wymogi dotyczące etykiety są oparte na **kryteriach obiektywnie możliwych do sprawdzenia i niedyskryminacyjnych**;*
- c) *etykiety są przyjmowane w drodze **otwartej i przejrzystej procedury, w której mogą uczestniczyć wszystkie odpowiednie podmioty**, w tym instytucje rządowe, konsumenci, partnerzy społeczni, producenci, dystrybutorzy oraz organizacje pozarządowe;*
- d) *etykiety są **dostępne dla wszystkich zainteresowanych stron**;*
- e) *wymogi dotyczące etykiety **są określone przez podmiot trzeci, na który wykonawca ubiegający się o etykietę nie może wywierać decydującego wpływu.***

Instytucje zamawiające mogą wpisać do dokumentacji zamówienia wymóg wykazania posiadania przez zamawiane produkty i usługi konkretnych etykiet społecznych, czyli przede wszystkim etykiet związanych ze sprawiedliwym handlem, ale muszą jednocześnie zaakceptować wszystkie inne etykiety, które potwierdzają, że dane produkty i usługi spełniają równoważne wymogi jak te określone w wymaganej etykiecie. Ponadto, przepis artykułu 43 dyrektywy, mając na uwadze zagrożenie ograniczenia możliwości ubiegania się o zamówienia w przypadku wykonawców, którzy w odpowiednim terminie nie mają możliwości uzyskania konkretnych etykiet wskazanych przez instytucję zamawiającą lub równoważnych etykiet z przyczyn, których nie można przypisać tym wykonawcom, zobowiązuje instytucje zamawiającą do akceptacji innych odpowiednich środków dowodowych. Środki dowodowe „*mogą obejmować dokumentację techniczną producenta, o ile dany wykonawca dowiedzie, że roboty budowlane, dostawy lub usługi, które mają zostać przez niego wykonane, spełniają wymogi określonej etykiety lub określone wymogi wskazane przez instytucję zamawiającą.*”

Wymagając posiadania konkretnej etykiety społecznej, instytucja zamawiająca może odwołać się tylko do wybranych wymogów określonych w specyfikacji etykiety, jeżeli nie wymaga, by dane roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniały

wszystkie wymogi dotyczące etykiety. W takim przypadku wykonawcy, którzy na potwierdzenie spełnienia wymogów określonych przez instytucję zamawiającą przedstawiają etykiety równoważne lub inne odpowiednie środki dowodowe, muszą wykazać równoważność tylko z tymi wybranymi cechami wymaganej przez zamawiającego konkretnej etykiety społecznej. Natomiast w przypadku, gdy etykieta społeczna, wybrana przez zamawiającego jako środek w zakresie weryfikacji cech społecznych zamawianych produktów i usług, określa również wymagania niezwiązane z przedmiotem danego zamówienia, instytucja zamawiająca nie może wymagać etykiety jako takiej, ale może określić specyfikację techniczną zamówienia poprzez odesłanie tylko do szczegółowych specyfikacji danej etykiety lub ich części, które dotyczą przedmiotu zamówienia i są odpowiednie dla określenia cech tego przedmiotu.

Możliwość powoływania się w specyfikacji technicznej na konkretne etykiety społeczne to rozwiązanie, które nie było przewidziane w porządku prawnym obowiązującym na podstawie dyrektywy z 2004 roku. W unijnym stanie prawnym sprzed wejścia w życie dyrektywy 2014/24/UE, przy formułowaniu specyfikacji technicznych istniała możliwość brania pod uwagę kryteriów stanowiących podstawę przyznawania etykiet społecznych, ale nie była ona określona wprost w przepisach dyrektyw, a wynikała bardziej z interpretacji przedstawionej przez Komisję Europejską.²⁹⁹ Sposób korzystania z etykiet społecznych nie mógł jednak sprowadzać się do przyjęcia koncepcji danego oznakowania poprzez postawienie w specyfikacji technicznej bezpośredniego wymogu posiadania konkretnej etykiety społecznej. Patrząc na ewolucję unijnego prawa zamówień publicznych można wnioskować, iż zmiana w zakresie etykiet społecznych została wprowadzona pod wpływem linii orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości UE w zakresie uwzględniania kwestii tzw. uczciwego handlu i korzystania z etykiet społecznych na potwierdzenie wyprodukowania zamawianych produktów i świadczenia usług z poszanowaniem zrównoważonego rozwoju, zaprezentowanej w wyroku w sprawie C-368/10 Komisja przeciwko Niderlandom (ECLI:EU:C:2012:284). Trybunał Sprawiedliwości UE w przedmiotowym orzeczeniu potwierdził zasadność korzystania z kryteriów składających się na specyfikacje etykiet społecznych przy formułowaniu specyfikacji technicznej dla zamówienia publicznego, ale jednocześnie wskazał, że zamawiający nie może wymagać posiadania konkretnej etykiety jako dowodu na spełnianie warunków określonych w specyfikacji technicznej bez możliwości wykazania wszelkich rozwiązań alternatywnych. Może natomiast określić pomocniczo, iż produkty oznaczone daną etykietą spełniają wymagania postawione w specyfikacji i jednocześnie przyjąć wszelkie inne odpowiednie dowody, takie jak dossier techniczne producenta lub raport z testów sporządzany przez uznaną instytucję. Ustawodawca unijny przyjmując nowe dyrektywy w dziedzinie zamówień publicznych przyjął punkt widzenia zaprezentowany przez Trybunał

299 Komisja Europejska w swoim podręczniku dotyczącym kwestii społecznych w zamówieniach publicznych, *Kwestie społeczne w zakupach. Przewodnik dotyczący uwzględniania kwestii społecznych w zamówieniach publicznych* potwierdzała, że instytucja zamawiająca sporządzając specyfikację techniczną dla zamówienia, w którym chciałaby zakupić towary wyprodukowane z poszanowaniem zrównoważonego rozwoju, może wykorzystywać także kryteria cząstkowe warunkujące nadanie etykiety lub certyfikatu etycznego handlu, które są powiązane z przedmiotem zamówienia.

i przyznał instytucji zamawiającej uprawnienia do wskazania w specyfikacji technicznej wymogu posiadania konkretnej etykiety pod warunkiem, że jej zakres jest w całości związany z przedmiotem zamówienia oraz zakłada się przyjęcie etykiet równoważnych i innych odpowiednich środków dowodowych.

Omówione powyżej przepisy dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych pokazują jak dużą rolę ustawodawca unijny przywiązuje do wspierania celów społecznych poprzez zamówienia publiczne. Należy jednocześnie podkreślić, że większość ze wskazanych powyżej przepisów nadal pozostaje nieobligatoryjnymi. Zgodnie z tym co zostało podkreślone w motywie 95 preambuły dyrektywy przy okazji omawiania kryteriów udzielenia zamówienia, „z racji istotnych różnic pomiędzy poszczególnymi sektorami i rynkami nie byłoby jednak właściwe ustanowienie ogólnych obowiązkowych wymogów” między innymi w zakresie społecznych zamówień publicznych. Nowa dyrektywa nadal pozostawia ustawodawstwu krajowemu państw członkowskich pewną dozę swobody w zakresie włączania aspektów społecznych w zamówienia publiczne, ale nie wyklucza ewentualnego nakładania zobowiązań poprzez przepisy unijnego prawa sektorowego w dziedzinie spraw społecznych.

2.9.4. Rozwiązania na rzecz szerszego udziału MŚP w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego

Jak już wielokrotnie wspomniano w niniejszej publikacji, przyjęcie nowych dyrektyw w zakresie zamówień publicznych wiąże się z realizacją celów Strategii Europa 2020 zawartej w komunikacie Komisji Europejskiej z dnia 3 marca 2010 r. zatytułowanym „*Europa 2020, Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu*”. W poprzednich podrozdziałach zostały szczegółowo omówione przepisy dyrektywy 2014/24/UE, poprzez które na szczeblu unijnym zdecydowano się wspierać innowacje, kwestie środowiskowe i społeczne. Kolejnym istotnym osiągnięciem wynikającym z przyjęcia nowych dyrektyw jest dalsze rozszerzenie zakresu wsparcia dla udziału małych i średnich przedsiębiorstw (dalej MŚP) w zamówieniach publicznych.

Kwestia zapewnienia dostępności MSP do zamówień publicznych jest kwestią horyzontalną, która pojawia się w dyrektywie 2014/24/UE przy okazji omawiania różnych instrumentów wspomagających efektywność procesu udzielania zamówień. Jednym z takich instrumentów jest dynamiczny system zakupów, w przypadku którego w motywie 66 preambuły dyrektywy, mając na uwadze szczególną sytuację MŚP, zachęca do umieszczania zamówień w systemie w podziale na obiektywnie określone kategorie produktów, robót budowlanych lub usług, szczególnie w przypadku zakupów realizowanych na dużą skalę przez centralną jednostkę zakupującą. Zgodnie z artykułem 34 ustęp 1 dyrektywy kategorie te powinny być określone przez odniesienie do obiektywnych czynników, które mogą obejmować na przykład maksymalną dopuszczalną wielkość konkretnych zamówień udzielanych w ramach danej kategorii lub konkretny obszar geograficzny, w którym konkretne zamówienia mają być realizowane. Co więcej w przypadku, gdy dynamiczny system zakupów podzielony jest na kategorie, dyrektywa wska-

zuje, że instytucja zamawiająca powinna stosować kryteria kwalifikacji proporcjonalne do cech charakterystycznych dla danej kategorii. Cel, jakim jest ułatwienie dostępu MSP do zamówień publicznych jest też wskazywany przy okazji przepisów dotyczących uelastycznienia terminów udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Motyw 80 preambuły dyrektywy stwierdza, że terminy ustalane przez instytucje zamawiające, „nie powinny stwarzać niepotrzebnych przeszkód w dostępie dla wykonawców z całego rynku wewnętrznego, w szczególności MŚP”

Powyższe pozwala stwierdzić, iż większość czynności podejmowanych w procedurze udzielania zamówienia publicznego ma lub powinno mieć pozytywny wpływ na sytuację MŚP. W ramach omawiania zmian wynikających z modernizacji unijnego prawa zamówień publicznych można jednak mówić także o konkretnych rozwiązaniach mających na celu przede wszystkim wzmocnienie wsparcia dla MŚP. Są to:

- 1) po pierwsze wprowadzenie obowiązku rozważenia przez instytucje zamawiające podziału zamówienia na części,
- 2) po drugie ograniczenie wymogów związanych z ubieganiem się o udział w realizacji zamówienia w zakresie wykazania zdolności finansowej i ekonomicznej,
- 3) po trzecie wprowadzenie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia w ramach uproszczenia zasad potwierdzania spełniania kryteriów kwalifikacji podmiotowej.

Powyżej wymienione instrumenty mają na celu usunięcie barier dla MŚP w dostępie do rynku zamówień publicznych, które, mimo istnienia odpowiednich rozwiązań prawnych i podejmowania działań wspomagających ubieganie się MŚP o zamówienia publiczne, nadal pozostawały problematyczne podczas obowiązywania dyrektyw z 2004 roku.

2.9.4.1. Wprowadzenie obowiązku rozważenia przez instytucje zamawiające podziału zamówienia na części

Dotychczasowe wsparcie dla MŚP w zamówieniach publicznych było oparte przede wszystkim na wdrażaniu wytycznych określonych w dokumencie roboczym Komisji Europejskiej z dnia 25 czerwca 2008 r. zatytułowanym „Europejski kodeks najlepszych praktyk ułatwiających dostęp MŚP do zamówień publicznych”, który wśród narzędzi umożliwiających zwiększenie udziału MŚP w procedurach udzielania zamówień publicznych, wymienia m.in. dzielenie dużych zamówień na części. Nowe zasady wsparcia dla MŚP poprzez dzielenie zamówienia na części zostały określone w preambule dyrektywy 2014/24/UE. Motyw 78 preambuły wskazuje na jeden z priorytetów przyświecających omawianej modernizacji unijnego prawa zamówień publicznych, a mianowicie, iż „zamówienia publiczne powinny być dostosowane do potrzeb MŚP”. Zgodnie z brzmieniem motywu 78 preambuły instytucje zamawiające nadal powinny być zachęcane do korzystania ze wskazówek zawartych w *Europejskim kodeksie najlepszych praktyk ułatwiających dostęp MŚP do zamówień publicznych*. Mając jednak na uwadze wzmocnienie możliwości

dla MŚP związanych z podziałem zamówienia na części i upowszechnienie tego instrumentu również z korzyścią dla konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, przedmiotowy motyw preambuły stwierdza, że instytucje zamawiające należy zachęcać do dzielenia zamówienia na części, a w zakresie szczegółowych wymagań z tym związanych odsyła do artykułu 46 dyrektywy. Zgodnie z nowymi regulacjami zachęta ta w końcowym efekcie przyjmuje jednak postać obowiązku. Preambuła dyrektywy mówi bowiem, iż **rozważenie celowości podziału zamówień na części staje się obowiązkiem instytucji zamawiającej**, choć co prawda w tym samym zdaniu wskazuje na zachowanie przez instytucję zamawiającą swobody autonomicznego podejmowania decyzji na każdej podstawie, jaką uzna za stosowną, nie podlegając przy tym nadzorowi administracyjnemu ani sądowemu. Mając jednak na uwadze określone w przepisie artykułu 46 dyrektywy **zobowiązanie instytucji zamawiających, które nie dokonają podziału zamówienia na części, do wskazania najważniejszych powodów swojej decyzji** w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym piśmennym sprawozdaniu sporządzanym z udzielenia każdego zamówienia, umowy ramowej oraz każdorazowego ustanowienia dynamicznego systemu zakupów, można stwierdzić, iż na gruncie nowych przepisów swoboda instytucji zamawiających w decydowaniu o zastosowaniu omawianego instrumentu została jednak w pewien sposób ograniczona. Jednocześnie motyw 78 preambuły wymienia przykładowe powody, które mogą sprawić, iż podział zamówienia na części nie będzie uzasadniony z punktu widzenia instytucji zamawiającej. Zgodnie z jego brzmieniem, „*instytucja zamawiająca mogłaby stwierdzić, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia.*”

Decydując się na podział zamówienia na części, instytucje zamawiające muszą zadbać o zachowanie zasad przejrzystości także w odniesieniu do tego aspektu postępowania. Artykuł 46 dyrektywy wskazuje, że instytucje zamawiające w przypadku podziału zamówienia na części w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania informują oferentów czy mogą oni składać oferty w odniesieniu do jednej, kilku czy wszystkich części zamówienia. Wskazując w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania, liczbę części, w odniesieniu do których oferent może składać oferty, instytucja zamawiająca może ograniczyć maksymalną liczbę części zamówienia, które można udzielić jednemu oferentowi. Takie ograniczenie nie musi wynikać z fizycznego braku możliwości złożenia ofert w odniesieniu do kilku lub wszystkich części zamówienia. Zgodnie z regulacjami określonymi w nowej dyrektywie decyzja o jego ustanowieniu - na przykład w celu ochrony konkurencji lub zagwarantowania niezawodności dostaw - zostaje pozostawiona instytucji zamawiającej. Jednocześnie przepis artykułu 46 dyrektywy wskazuje, że ograniczenie liczby części, o które może ubiegać się jeden oferent wiąże się z obowiązkiem określenia przez instytucję zamawiającą w dokumentach zamówienia obiektywnych i niedyskryminacyjnych kryteriów lub zasad, które zastosuje ona w celu ustalenia, które

części zostaną udzielone temu oferentowi, gdyby zastosowanie kryteriów udzielenia zamówienia prowadziło do udzielenia jednemu oferentowi większej liczby części niż wynosi przewidziana maksymalna liczba.

Zgodnie z motywem 78 preambuły oraz brzmieniem artykułu 46 dyrektywy, wielkość i przedmiot poszczególnych części zamówienia mogą być dowolnie określone przez instytucję zamawiającą. Instytucja zamawiająca może dokonać podziału zamówienia na części na zasadzie ilościowej, tak by wielkość poszczególnych zamówień lepiej odpowiadała możliwościom wytwórczym MŚP, lub na zasadzie jakościowej, z uwzględnieniem różnych zaangażowanych branż i specjalizacji, tak by w większym stopniu dostosować zakres poszczególnych części zamówienia lub zamówień do wyspecjalizowanych sektorów, w których działają MŚP.

Motyw 78 preambuły określając zasady podziału na części odwołuje się również do związanego z dzieleniem zamówienia na części uprawnieniem instytucji zamawiającej do udzielenia niektórych z tych części bez stosowania procedur zdefiniowanych w dyrektywie, które to uprawnienie zostało szczegółowo zdefiniowane w artykule 5 dotyczącym obliczania szacunkowej wartości zamówienia³⁰⁰.

Ponadto, przepis artykułu 46 dyrektywy pozostawia państwom członkowskim swobodę w zakresie przyjęcia przepisów pozwalających instytucji zamawiającej na udzielenie kilku lub wszystkich części zamówienia jednemu oferentowi, w przypadku gdy więcej niż jedna część zamówienia może zostać udzielona temu samemu oferentowi i jest to bardziej korzystne niż udzielenie zamówienia w częściach. Przepisy takie muszą jednak przewidywać, że instytucja zamawiająca, aby udzielić kilku lub wszystkich części zamówienia jednemu oferentowi, musi najpierw zastrzec sobie taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania i wskazać tam części lub grupy części, które mogą zostać połączone. Dodatkowo zgodnie z motywem 79 preambuły powyżej zdefiniowana możliwość udzielenia kilku lub wszystkich części zamówienia jednemu oferentowi powinna być poprzedzona przeprowadzeniem przez instytucję zamawiającą oceny porównawczej ofert w celu ustalenia, czy oferty złożone przez konkretnego oferenta w odniesieniu do konkretnej kombinacji części spełniałyby - jako całość - kryteria udzielenia zamówienia w odniesieniu do tych części w sposób lepszy niż oferty dotyczące poszczególnych odnośnych części rozpatrywane oddzielnie. Co więcej, zezwolenie instytucji zamawiającej na udzielenie jednemu oferentowi zamówienia obejmującego kilka lub wszystkie części powinno być uzależnione od pozytywnego wyniku takiej oceny. Motyw 79 preambuły precyzuje zasady przeprowadzania takiej oceny porównawczej wskazując, *„że instytucje zamawiające powinny przeprowadzać taką ocenę porównawczą, po pierwsze określając,*

300 Dyrektywa 2014/24/UE, art. 5 ust. 10: „(...) instytucje zamawiające mogą udzielić zamówień na poszczególne części bez stosowania procedur przewidzianych w niniejszej dyrektywie, pod warunkiem że szacunkowa wartość bez VAT danej części wynosi w przypadku dostaw lub usług mniej niż 80 000 EUR, a w przypadku robót budowlanych mniej niż 1 mln EUR. Łączna wartość części zamówienia udzielonych w ten sposób bez stosowania niniejszej dyrektywy nie może jednak przekroczyć 20 % łącznej wartości wszystkich części, na które zostały podzielone proponowane roboty budowlane, proponowane nabycie podobnych dostaw lub proponowane świadczenie usług.”

które oferty najlepiej spełniają kryteria udzielenia zamówienia określone w odniesieniu do każdej części, a następnie – porównując je z ofertami złożonymi przez konkretnego oferenta w odniesieniu do konkretnej kombinacji części, w ujęciu całościowym”. Przedmiotowe rozwiązanie pozostawia swobodę udzielenia zamówienia jednemu oferentowi nawet w przypadku, gdy w ogłoszeniu o zamówieniu przewidzi się podział zamówienia na części i tym samym pozwala na większą elastyczność w przypadku, gdy na etapie wyboru oferty taki sposób udzielenia zamówienia okaże się bardziej korzystny. Nie oznacza to jednak sposobu na obejście obowiązków związanych z rozważaniem podziału na części, gdyż decyzja o połączeniu części, które zostaną udzielone jednemu oferentowi, musi zostać poparta potwierdzeniem, iż łącznie spełniają one kryteria udzielenia zamówienia lepiej niż oddzielnie.

Z powyższego wynika, że dyrektywa 2014/24/WE pozwala instytucjom zamawiającym udzielić zamówienia w oddzielnych częściach, definiuje szczegółowe zasady mające zastosowanie w przypadku podziału zamówienia na części, a w przypadku braku zastosowania takiego podziału wymaga podania powodów dla takiej decyzji.

Jest to nowy przepis regulujący stosowanie podziału zamówień na części. Zgodnie z uregulowaniami prawnymi obowiązującymi na pomocy dyrektywy 2004/18/WE instytucje zamawiające mogły dokonywać podziału zamówienia na części oraz udzielać zamówień w częściach, ale możliwości takie nie zostały zdefiniowane w postaci odrębnego przepisu dyrektywy. Podział na części był uwzględniony w przepisach dyrektywy 2004/18/WE jedynie w zakresie dotyczącym sposobu obliczania szacunkowej wartości zamówienia w przypadku zastosowania takiego rozwiązania.³⁰¹ Nie jest to jednak jedyna nowość w przedmiotowym zakresie w stosunku do przepisów dyrektywy 2004/18/WE. Otóż nowe przepisy unijne w dziedzinie zamówień publicznych w celu ułatwienia MŚP udziału w rynku zamówień publicznych uprawniają państwa członkowskie do przyjmowania jeszcze dalej idących krajowych regulacji prawnych, w ramach których mogą one pod pewnymi warunkami uczynić podział zamówienia na części obowiązkowym. W przypadku wprowadzenia krajowych przepisów prawa zobowiązujących do podziału zamówienia na części, zastosowanie mają omówione powyżej regulacje dyrektywy dotyczące możliwości ograniczenia liczby części, które mogą zostać udzielone jednemu oferentowi oraz zasad w zakresie połączenia części zamówienia, które mają zostać udzielone jednemu oferentowi.

Podsumowując powyższe należy wskazać, że w nowym stanie prawnym podział zamówienia na części staje się regułą, a każdorazowe odstępianie od tej reguły wymaga przedstawienia uzasadnienia ze strony instytucji zamawiającej. Co prawda, dyrektywa nie określa wprost obowiązku dzielenia zamówienia na części przez wszystkie instytucje zamawiające i we wszystkich rodzajach zamówień, ewentualną decyzję w tym zakresie pozostawiając państwom członkowskim, ale poprzez zobowiązanie do składania każdorazowych wyjaśnień w przypadku, gdy instytucja zamawiająca nie zdecyduje się na taki podział, kładzie bardzo silny nacisk na

³⁰¹ Dyrektywa 2004/18/WE, art. 9 dotyczący metod obliczania szacunkowych wartości zamówień publicznych, umów ramowych oraz dynamicznych systemów zakupów.

tę właśnie formę wspierania MSP. Przedmiotowe rozwiązania nie pozostają także bez wpływu na dodatkowe obciążenia nakładane na instytucje zamawiające.

2.9.4.2. Ograniczenie wymogów związanych z ubieganiem się o udział w realizacji zamówienia w zakresie wykazania zdolności finansowej i ekonomicznej

Wybór wykonawcy na podstawie odpowiednio sformułowanych i dopasowanych do zakresu przedmiotu zamówienia kryteriów kwalifikacji podmiotowej niewątpliwie przekłada się na sprawną i prawidłową realizację zamówienia publicznego. Zakres kryteriów, jakie instytucje zamawiające mogą poddawać ocenie w ramach weryfikacji zdolności podmiotowej wykonawcy, został określony w artykule 58 dyrektywy 2014/24/UE. Jednym z obszarów, jakiego mogą dotyczyć kryteria kwalifikacji podmiotowej jest sytuacja ekonomiczna i finansowa wykonawcy, w ramach której można nakładać wymogi związane z posiadaniem przez wykonawcę rocznego obrotu w określonej wysokości. W zakresie wymogów związanych z wysokością obrotu przedsiębiorstwa na gruncie przepisu artykułu 47 dyrektywy 2004/18/WE instytucja zamawiająca mogła wymagać ogólnego obrotu przedsiębiorstwa i stosownego obrotu w obszarze objętym zamówieniem z ograniczeniem do maksymalnie trzech ostatnich lat budżetowych. Dyrektywa nie wskazywała natomiast na maksymalną wysokość rocznego obrotu, jakiej może wymagać instytucja zamawiająca określając jedynie, że zakres informacji wymaganych w ramach oceny kwalifikacji podmiotowej oraz minimalne zdolności wymagane w przypadku konkretnych zamówień muszą być związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Doświadczenia związane z dotychczasowym zastosowaniem przedmiotowych przepisów dyrektywy 2004/18/WE³⁰² pokazały jednak, że odwołanie do proporcjonalności względem przedmiotu zamówienia w przypadku oceny zdolności ekonomicznej i finansowej nie jest wystarczające, aby zapobiec formułowaniu nadmiernych wymagań, które stanowią nieuzasadnioną przeszkodę dla udziału MŚP w zamówieniach publicznych. W szczególności wymogi związane z legitymowaniem się zbyt wysokim minimalnym rocznym obrotem mogły w sposób nieuzasadniony ograniczać liczbę oferentów i powodować, że małemu przedsiębiorcy trudno było przejść etap kwalifikacji podmiotowej. Aby ograniczyć negatywny wpływ wymogów związanych z obrotem przedsiębiorstwa na udział MŚP w zamówieniach publicznych, ustawodawca unijny zdecydował się określić maksymalną wysokość dla minimalnego obrotu rocznego, który może być wymagany przez instytucje zamawiające. Motyw 83 preambuły nowej dyrektywy oraz przepis artykułu 58 ustęp 3 przewiduje, że **instytucje zamawiające mogą wymagać, aby wykonawcy mieli określony minimalny roczny obrót, w tym określony minimalny obrót w obszarze objętym zamówieniem nieprzekraczający maksymalnie dwukrotności szacunkowej wartości zamówienia**, z wyjątkiem należyście uzasadnionych przypadków odnoszących się np. do szczególnych ryzyk związanych z charakterem robót budowlanych, usług lub dostaw. Tak, więc wymóg w zakresie obrotu rocznego wyższy niż dwukrotność wartości przedmiotu zamówienia, z wyjątkiem szczególnych przypadków, został uznawany przez

302 Zob. Reforma zamówień publicznych broszura nr 2. uproszczone reguły dla oferentów http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/reform/fact-sheets/fact-sheet-02-simplification-tenderers_pl.pdf.

ustawodawcę unijnego za co do zasady nieproporcjonalny względem przedmiotu zamówienia. Jak wyjaśnia motyw 83 preambuły dyrektywy 2014/24/UE uzasadnione okoliczności dopuszczające podniesienie wymaganego minimalnego rocznego obrotu mogą być związane z koniecznością zapewnienia terminowej i prawidłowej realizacji zamówienia, na przykład ze względu na fakt, że jest ona niezbędnym etapem poprzedzającym realizację innych zamówień. Dyrektywa pozostawia instytucjom zamawiającym decyzję w zakresie tego czy w przypadku danego zamówienia zachodzą odpowiednio uzasadnione okoliczności dopuszczające surowsze wymogi dotyczące wysokości minimalnego rocznego obrotu, przypominając jednak, że musi on być związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny. Swoboda ta nie pozostaje jednak bez kontroli. Przepis artykułu 58 ustęp 3 dyrektywy zakłada bowiem, że w przypadku gdy instytucja zamawiająca postanowi, że wymóg dotyczący minimalnego obrotu powinien zostać ustalony na wyższym poziomie niż dwukrotność szacunkowej wartości zamówienia, powinna wskazać główne przyczyny dla takiej decyzji w dokumentach zamówienia lub w indywidualnym sprawozdaniu z udzielenia zamówienia publicznego.

Ponadto, ustawodawca unijny w przepisie artykułu 58 dyrektywy przewidział rozwiązania dotyczące wymogów związanych z wykazaniem minimalnego rocznego obrotu w przypadku, gdy zamówienie jest podzielone na części. W przypadku podziału zamówienia na części, ponownie mając na uwadze ułatwienie udziału MŚP w poszczególnych częściach zamówienia, minimalny roczny obrót, który muszą wykazać wykonawcy ubiegający się o część zamówienia, nie może przekraczać maksymalnie dwukrotności szacunkowej wartości danej części zamówienia, z wyjątkiem należycie uzasadnionych przypadków, o których mowa w przedmiotowym artykule. Mając jednak na uwadze przypadek, gdy więcej niż jedna część zamówienia może zostać udzielona temu samemu oferentowi, który dopuszcza omówiony powyżej artykuł 46 dyrektywy dotyczący podziału zamówienia na części, instytucja zamawiająca może jednak określić minimalny roczny obrót, który muszą wykazać wykonawcy, poprzez odniesienie do grup części na wypadek, gdyby zwycięskiemu oferentowi przyznano do realizacji kilka części zamówienia w tym samym czasie.

Ograniczenie wymogu minimalnego obrotu na poziomie zasadniczo nieprzekraczającym dwukrotności wartości zamówienia jest jednym z istotniejszych rozwiązań znoszących bariery w dostępie do zamówień publicznych dla małych przedsiębiorców. Jest to także nowe rozwiązanie mające na celu zapobieganie stawianiu przez instytucje zamawiające nieproporcjonalnych wymagań w zakresie wysokości rocznych obrotów w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia.

2.9.4.3. Wprowadzenie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia w ramach uproszczenia zasad potwierdzania spełniania kryteriów kwalifikacji podmiotowej

Kwestia ograniczenia barier w dostępie do rynku zamówień publicznych dla małych i średnich przedsiębiorstw wiąże się niewątpliwie także z **uproszczeniem wymogów w zakresie składania dokumentów potwierdzających spełnianie kryteriów kwalifikacji podmiotowej**. Aspekt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego związany z koniecznością przedstawienia przez oferentów

znacznej liczby zaświadczeń lub innych dokumentów dotyczących kryteriów wykluczenia i kwalifikacji jest szczególnie uciążliwy dla MŚP, które ze względu na mniej rozbudowany potencjał w zakresie obsługi i zarządzania przedsiębiorstwem, muszą ponosić wysokie obciążenia administracyjne związane z uzyskaniem oraz złożeniem przedmiotowych dokumentów. Pogląd ten znajduje swoje potwierdzenie w treści motywu 84 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, który powołując się na informacje uzyskane od samych MŚP stwierdza, że jedną z głównych przeszkód dla ich uczestnictwa w zamówieniach publicznych są obciążenia administracyjne. Rozwiązaniem tego problemu, jakie proponuje nowa dyrektywa klasyczna, jest zastosowanie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia obejmującego zaktualizowane oświadczenie własne wykonawców. Zgodnie z przepisem artykułu 59 dyrektywy zamiast wymaganej dotychczas pełnej dokumentacji, w przeważającej części składającej się z zaświadczeń wydawanych przez właściwe instytucje i organy w państwach członkowskich, instytucje zamawiające, w chwili składania przez wykonawców ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału, będą musiały przyjąć jednolity europejski dokument zamówienia obejmujący zaktualizowane oświadczenie własne jako dowód wstępny na potwierdzenie, że dany wykonawca nie znajduje się w jednej z sytuacji, w przypadku której musiałby zostać wykluczony z postępowania, spełnia określone w dokumentach zamówienia kryteria kwalifikacji oraz w stosownych przypadkach spełnia obiektywne zasady i kryteria ustalone dla kwalifikacji w przypadku procedur dwustopniowych lub wieloetapowych. Formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia ma zostać przygotowany przez Komisję Europejską i po upływie okresu przejściowego przewidzianego w dyrektywach dla wprowadzenia rozwiązań elektronicznych będzie funkcjonował wyłącznie w formie elektronicznej dostępnej we wszystkich wersjach językowych w systemie e-Certis. Natomiast dostarczenia pełnej dokumentacji będzie można wymagać przede wszystkim od zwyczajnego oferenta, który będzie dostarczał ją osobiście lub w przypadku gdy jest ona dostępna za pomocą bezpłatnych krajowych baz danych w dowolnym państwie członkowskim, instytucja zamawiająca będzie ją pobierać bezpośrednio z tych baz danych, wskazanych przez tego oferenta w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia. Ułatwieniem dla MŚP jest także, wskazana w artykule 59 dyrektywy, możliwość ponownego wykorzystania jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, który został już użyty we wcześniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, pod warunkiem, że wykonawca potwierdzi prawidłowość i aktualność zawartych w nim informacji.

Z punktu widzenia MŚP, które często występują w roli podwykonawców lub podmiotów trzecich, na których potencjał powołuje się główny wykonawca, istotny jest też fakt, że jednolity europejski dokument zamówienia będzie zawierał również informacje dotyczące przesłanek wykluczenia oraz kryteriów kwalifikacji dotyczących kompetencji do prowadzenia danej działalności zawodowej, sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz zdolności technicznej i zawodowej, w odniesieniu do podmiotów trzecich, na których zdolności polega wykonawca.

Omawiając nowe rozwiązania ułatwiające udział MŚP w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie należy zapominać, że nowa dyrektywa klasyczna przewiduje także instrumenty pośrednio wspomagające udział MŚP w ubieganiu się o zamówienia publiczne, które były przewidziane już w dyrektywie 2004/18/WE, a mianowicie możliwość korzystania z potencjału podmiotów trzecich (patrz rozdział 2.6), podwykonawstwo (patrz rozdział

2.8), możliwość ubiegania się o zamówienia przez grupy wykonawców (patrz artykuł 19 dyrektywy) oraz wykorzystanie środków elektronicznych w procedurze udzielania zamówień publicznych (patrz rozdział 2.5). W ramach uregulowania w nowych przepisach kwestii podwykonawstwa w zamówieniach publicznych, od strony wsparcia dla MŚP na szczególną uwagę zasługuje przewidziana w motywie 78 preambuły oraz przepisie artykułu 71 ustęp 3 dyrektywy możliwość **zapewnienia przez państwa członkowskie mechanizmów służących dokonywaniu przez instytucje zamawiające na rzecz podwykonawców bezpośrednich płatności** należnych za usługi, dostawy lub roboty budowlane zrealizowane dla wykonawcy, któremu udzielono zamówienia publicznego (głównego wykonawcy).

Przyjęcie odpowiednich rozwiązań na poziomie prawa unijnego nie jest jednak jedynym decydującym czynnikiem w poprawie dostępu MŚP do zamówień publicznych. Motyw 124 preambuły dyrektywy, doceniając potencjał MŚP w kontekście tworzenia miejsc pracy oraz wzrostu gospodarczego i innowacji, stwierdza, że istotnym jest, aby zachęcać MŚP do udziału w zamówieniach publicznych zarówno przez odpowiednie przepisy omawianej dyrektywy, jak i przez inicjatywy podejmowane przez państwa członkowskie na szczeblu krajowym. Tak, więc mimo, iż zakłada się że nowe przepisy dyrektywy 2014/24/UE powinny przyczynić się do zwiększenia udziału MŚP w całkowitej wartości udzielonych zamówień publicznych, **intencją ustawodawcy unijnego jest także zaktywizowanie państw członkowskich do podejmowania odpowiednich działań i inicjatyw na rzecz wsparcia MŚP na rynku zamówień publicznych**. Na jedno z takich działań podejmowanych na szczeblu krajowym wskazuje bezpośrednio przepis artykułu 83 ustęp 4 dyrektywy, zgodnie z którym państwa członkowskie muszą zapewnić nieodpłatny dostęp do informacji i wytycznych dotyczących wykładni i stosowania unijnego prawa zamówień publicznych, tak aby pomóc instytucjom zamawiającym i wykonawcom, w szczególności MŚP, w prawidłowym stosowaniu unijnych przepisów. Ponadto, znaczenie kwestii wsparcia dla MŚP poprzez zamówienia publiczne wymaga, aby krajowe inicjatywy, mimo iż na chwilę obecną nie ma obowiązku, aby wykazywać ich skuteczność poprzez osiągnięcie założonego na poziomie unijnym wskaźnika udziału MŚP w zamówieniach publicznych, były uważnie monitorowane. Dlatego też nowa dyrektywa w przepisie artykułu 83 ustęp 3 zobowiązuje państwa członkowskie do przekazania Komisji Europejskiej do dnia 18 kwietnia 2017 r., a następnie, co trzy lata po tej dacie, informacji na temat stopnia udziału MŚP w zamówieniach publicznych w ramach sprawozdania z monitorowania krajowego systemu zamówień publicznych.

2.10. Rozwiązania w zakresie tzw. ładu administracyjno-regulacyjnego

Dyrektywa 2014/24/UE wprowadziła szereg nowych regulacji, które w założeniu mają uprościć procedury udzielania zamówień publicznych oraz ułatwić ich wykorzystanie do realizacji celów innych polityk nie zapominając przy tym o celu nadrzędnym, jakim jest zapewnienie, aby zamówienia publiczne udzielane były z poszanowaniem zasad konkurencji, równego traktowania i przejrzystości. Jednakże, aby regulacje te mogły przynieść zamierzone rezultaty niezbędne jest zapewnienie przestrzegania przez instytucje zamawiające tych przepisów oraz prawidłowego ich zastosowania. Z tego względu unijny legislator przewidział w nowej dyrektywie odrębny rozdział poświęcony zagadnieniom tzw. ładu administracyjno – regulacyjnego. Określono w nim podstawowe obowiązki dotyczące przede wszystkim monitorowania przez państwa członkowskie stosowania przepisów z zakresu zamówień publicznych oraz udostępniania wyników takiego monitoringu opinii publicznej oraz Komisji Europejskiej, dotyczące sprawozdawczości państw członkowskich oraz instytucji zamawiających, a także wspierania przez państwa członkowskie zamawiających i wykonawców we właściwym stosowaniu przepisów m.in. poprzez udostępnianie informacji dotyczących zamówień publicznych. W porównaniu z dyrektywą 2004/18/WE zakres tych obowiązków został dość znacznie rozszerzony.

2.10.1. Monitoring

W dotychczas obowiązujących regulacjach unijnych z zakresu zamówień publicznych (dyrektywa 2004/18/WE oraz dyrektywa 2004/17/WE) nie wskazywano konkretnych obowiązków państw członkowskich w zakresie prowadzenia szeroko zakrojonego monitoringu własnych systemów zamówień publicznych. Jedynym odniesieniem w tym zakresie był artykuł 81 dyrektywy klasycznej (mechanizm monitorowania), który brzmi:

„Zgodnie z dyrektywą Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawę i roboty budowlane³⁰³ Państwa Członkowskie zapewniają wykonanie niniejszej dyrektywy przy pomocy skutecznych, dostępnych i przejrzystych mechanizmów.

W tym celu mogą one między innymi powołać lub ustanowić niezależny organ”.

Przepis ten wskazywał przede wszystkim na obowiązek zapewnienia skutecznego stosowania przepisów dyrektywy, nie wskazując jednocześnie konkretnych środków, jakie miałyby temu służyć. Państwa członkowskie miały w tym względzie swobodę przy czym brzmienie art. 81 wskazywało na szczególną rolę procedur odwoławczych w tym zakresie.

W nowej dyrektywie kwestia monitoringu została uregulowana bardziej szczegółowo. Zgodnie bowiem z motywem 121 preambuły dyrektywy 2014/24/UE „z my-

³⁰³ Dz. Urz. L 395 z 30.12.1989, Dyrektywa zmieniona dyrektywą 92/50/EWG.

ślą o efektywniejszym i bardziej konsekwentnym stosowaniu tych przepisów niezbędne jest uzyskanie dobrego ogólnego oglądu ewentualnych problemów strukturalnych i generalnych wzorców w krajowych politykach w zakresie zamówień, by rozwiązać potencjalne problemy w bardziej ukierunkowany sposób. Ogląd ten należy uzyskać dzięki odpowiedniemu monitorowaniu, którego wyniki powinny być regularnie publikowane, by umożliwić wnikliwą debatę na temat ewentualnych ulepszeń przepisów i praktyk w zakresie zamówień. Uzyskanie takiego dobrego oglądu mogłoby również pozwolić na lepsze zrozumienie stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych w kontekście realizowania projektów współfinansowanych przez Unię”.

W związku z tym, na państwa członkowskie nałożono obowiązek monitorowania stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych (art. 83 ust. 2), a także udostępniania wyników takich działań opinii publicznej, a także przekazywania stosownej informacji w tym zakresie Komisji Europejskiej (art. 83 ust. 3).

Państwom członkowskim pozostawiono jednak swobodę w zakresie wyznaczenia krajowego podmiotu odpowiedzialnego za prowadzenie monitoringu systemu zamówień publicznych, jak również sposobu jego prowadzenia - bądź w oparciu o wybiórczą kontrolę *ex post* bądź w oparciu o systematyczną kontrolę *ex ante* postępowań o udzielenie zamówień publicznych objętych dyrektywą³⁰⁴.

Co więcej, państwa członkowskie zachęca się również do zgłaszania odpowiednim organom kontrolnym, sądom, trybunałom czy innym stosownym strukturom, zdiagnozowanych w ramach monitoringu problemów systemowych czy stwierdzonych naruszeń³⁰⁵.

2.10.2. Sprawozdawczość

W dyrektywie klasycznej z 2004 r. obowiązki sprawozdawcze ograniczały się do przesyłania przez instytucje zamawiające rocznych sprawozdań z udzielonych zamówień³⁰⁶ oraz przekazywania przez państwa członkowskie Komisji Europejskiej rocznej informacji statystycznej w zakresie udzielonych zamówień³⁰⁷.

W nowej dyrektywie obowiązek przekazywania przez instytucje zamawiające sprawozdań statystycznych z udzielonych w danym roku zamówień został utrzymany. Instytucje zamawiające zobowiązano do sporządzania indywidualnych sprawozdań w odniesieniu do każdego zamówienia i umowy ramowej objętych zakresem nowej dyrektywy, a także w odniesieniu do każdego ustanowionego dynamicznego systemu zakupów (art. 84 ust. 1). Przepis ten nakłada na zamawiających obowiązek gromadzenia informacji nie tylko o wartości zawartych umów oraz wskazanie zwycięskiego oferenta wraz z uzasadnieniem jego wyboru, ale również informacji na temat wyników kwalifikacji podmiotowej, informacji w zakresie podwykonaw-

304 Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 121 preambuły.

305 Ibidem, art. 83 ust. 2 akapit drugi.

306 Dyrektywa 2004/18/WE, art. 43.

307 Ibidem, art. 75 – 76.

stwa, uzasadnienia wyboru trybów negocjacyjnych, powodów wykorzystania do składania ofert środków komunikacji innych niż elektroniczne, przypadków konfliktu interesu, przypadków rażąco tanich ofert etc. Sprawozdanie to, bądź jego główne elementy, zgodnie z artykułem 84 ust. 3, przekazuje się na żądanie, Komisji lub właściwym organom, podmiotom lub strukturom.

Obowiązek przechowywania dokumentacji przetargowej obejmuje trzy lata od daty udzielenia zamówienia³⁰⁸. Dodatkowo, zgodnie z art. 83 ust. 6, zamawiający zostali zobligowani do przechowywania przynajmniej przez okres obowiązywania umowy kopii umów w sprawach zamówień publicznych o wartości co najmniej 1 mln euro (dostawy, usługi) oraz 10 mln euro (roboty budowlane) oraz zapewnienie dostępu do tych umów, jednak z pewnymi zastrzeżeniami unijnych i krajowych przepisów z zakresu dostępu do dokumentów i ochrony danych.

Na państwa członkowskie również nałożono szersze niż dotychczas obowiązki sprawozdawcze. Zgodnie z artykułem 85 ust. 2 państwo członkowskie zobowiązane jest przekazywać Komisji Europejskiej co trzy lata sprawozdanie statystyczne (dotychczas co roku) i dotyczy ono zamówień, których wartość nie przekracza progów określonych w artykule 4 nowej dyrektywy. Państwa członkowskie wskazują przy tym szacunkową łączną wartość zamówień udzielonych w danym okresie, określając ją np. na podstawie ogłoszeń publikowanych w krajowym publikatorze. Dodatkowo, na mocy artykułu 83 ust. 3 akapit 2 państwa członkowskie mają obowiązek przekazywania KE raz na trzy lata sprawozdania z wyników monitorowania. Sprawozdanie to zawierać ma m.in. „informacje na temat najczęstszych źródeł nieprawidłowego stosowania przepisów lub najczęstszych źródeł braku pewności prawa, w tym ewentualnych strukturalnych lub powracających problemów w stosowaniu przepisów, na temat stopnia udziału MŚP w zamówieniach publicznych, a także na temat zapobiegania, wykrywania i odpowiedniego zgłaszania przypadków oszustw, korupcji, konfliktu interesów i innych poważnych nieprawidłowości w dziedzinie zamówień”³⁰⁹.

Ponadto, sprawozdanie zawierające wyniki działań monitorujących może zostać uzupełnione o:

- » informacje na temat organizacji instytucjonalnej związanej z wdrożeniem, monitorowaniem i egzekwowaniem przepisów dyrektywy, a także informacje na temat krajowych inicjatyw podjętych w celu dostarczenia wytycznych w zakresie wdrożenia unijnych przepisów, przekazywane KE (art. 85 ust. 3);
- » informacje na temat praktycznej realizacji krajowych strategicznych polityk w dziedzinie zamówień, przekazywane na wniosek KE (art. 83 ust. 3).

2.10.3. Wsparcie i współpraca

Na państwa członkowskie nałożono ponadto obowiązek wsparcia instytucji zamawiających i wykonawców w celu zapewnienia prawidłowego stosowania prze-

308 Dyrektywa 2014/24/UE, art. 84 ust. 2.

309 Ibidem, art. 83 ust. 3 akapit drugi.

pisów w zakresie zamówień publicznych³¹⁰. Wsparcie to ma przyczynić się do zwiększenia efektywności zamówień publicznych poprzez pogłębianie wiedzy uczestników rynku zamówień publicznych, zwiększanie pewności prawnej oraz profesjonalizację praktyk z zakresu zamówień. Polegać ma ono przede wszystkim na udzielaniu informacji, udostępnianiu bezpłatnie wytycznych dotyczących wykładni stosowania prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych, a także na doradztwie dla instytucji zamawiających w kwestii planowania i prowadzenia procedury przetargowej. Ustawodawca zaznacza przy tym, że doradztwo prawne w tym zakresie nie jest jednoznaczne z „całościową analizą prawną danych zagadnień”, ale polegać ma m.in. na „wskazaniu orzecznictwa, które może być w danym przypadku stosowne, lub uwag kierunkowych bądź innych źródeł, w których dokonano analizy danej kwestii”³¹¹.

Ustawodawca nałożył na państwa członkowskie również obowiązek w zakresie udzielania wzajemnej pomocy w celu zapewnienia wymiany informacji w kwestiach wskazanych w artykule 86 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE. Należy do nich udzielanie informacji na temat m.in. środków dowodowych, które potwierdzają spełnienie przez dany przedmiot zamówienia określonych wymagań wydajnościowych lub funkcjonalnych (specyfikacje techniczne) czy określonych cech (etykiety), zgodność z wymaganiami lub kryteriami (raporty z testów akredytowanych instytucji). Współpraca w świetle artykułu 86 dotyczy także udzielania informacji dotyczących np. dokumentów przedstawianych w charakterze dowodów spełnienia przez wykonawców wymogów norm jakościowych i środowiskowych, wymogów dotyczących wpisu do urzędowego wykazu zatwierdzonych wykonawców czy też dowodów na to, że wykonawcy z innego państwa członkowskiego posiadają równoważne zaświadczenie, jak również dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Dyrektywa nakłada na państwa członkowskie także obowiązek wyznaczenia punktu do kontaktów z Komisją Europejską na potrzeby współpracy w zakresie stosowania prawodawstwa w dziedzinie zamówień publicznych³¹².

310 Ibidem, art. 83 ust. 4.

311 Ibidem, motyw 121 preambuły.

312 Ibidem, art. 83 ust. 5.

3. Regulacje szczególne dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE

3.1. Wprowadzenie

W dniu 28 marca 2014 roku został opublikowany pakiet regulacji modernizujących dotychczasowe zasady udzielania zamówień publicznych i koncesji w Unii Europejskiej. Jednym z dokumentów wchodzących w skład tego pakietu jest dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE³¹³.

Jak wskazano w preambule nowej dyrektywy, przepisy koordynujące procedury udzielania zamówień mają zapewnić otwarcie zamówień udzielanych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych na konkurencję. Taka koordynacja jest potrzebna w celu zapewnienia skuteczności zasad Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, a w szczególności zasad swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości, swobody świadczenia usług jak również zasad, które się z nich wywodzą, takich jak zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Nowa dyrektywa 2014/25/UE ma na celu uproszczenie i przyspieszenie procesu udzielania zamówień publicznych w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

Termin implementacji nowej dyrektywy sektorowej do porządków prawnych państw członkowskich Unii Europejskiej upływa co do zasady **18 kwietnia 2016 r.** Państwa członkowskie mogą skorzystać z możliwości wydłużenia tego terminu w odniesieniu do przepisów dotyczących obowiązkowej komunikacji elektronicznej, z tym, że stosowanie środków elektronicznych w zamówieniach publicznych powinno stać się obowiązkowe w państwach członkowskich **nie później niż od 18 października 2018 r.** Natomiast w przypadku tzw. centralnych jednostek zakupujących wymóg ten zaczyna obowiązywać **najpóźniej od 18 kwietnia 2017 r.**

Powyższe terminy pokrywają się z terminami implementacji nowej dyrektywy klasycznej.

³¹³ Dz. Urz. UE L 94 z dn. 28.03.2014 r., str. 243.

3.2. Przepisy wspólne

Nowa dyrektywa sektorowa w dużej części powtarza regulacje zawarte w nowej dyrektywie klasycznej, oczywiście z zachowaniem odrębności w kwestii zakresu zastosowania dyrektywy oraz z uwzględnieniem konieczności zapewnienia odpowiedniej elastyczności zamawiającym sektorowym.

Z tego względu lista przepisów dyrektywy 2014/25/UE, które są co do zasady tożsame (jedynie z drobnymi różnicami w niektórych przypadkach – dot. partnerstwa publiczno-publicznego oraz CJZ) z przepisami zawartymi w dyrektywie 2014/24/UE jest zdecydowanie obszerniejsza niż lista przepisów uregulowanych odmiennie. Znajdą się na niej regulacje odnoszące się do następujących zagadnień:

- tzw. współpracy publiczno-publicznej, czyli zamówień między instytucjami zamawiającymi (art. 28);
- usług badawczych i rozwojowych (art. 32);
- przestrzegania obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy (art. 36 ust. 2);
- zamówień zastrzeżonych (art. 38);
- poufności (art. 39);
- zasad mających zastosowanie do komunikacji (art. 40);
- nomenklatury (art. 41);
- konfliktów interesów (art. 42);
- aukcji elektronicznych (art. 53);
- katalogów elektronicznych (art. 54);
- scentralizowanych działań zakupowych i centralnych jednostek zakupujących (art. 55);
- okazjonalnego wspólnego udzielania zamówień (art. 56);
- zamówień, w których biorą udział podmioty zamawiające z różnych państw członkowskich (art. 57);
- wstępnych konsultacji rynkowych (art. 58);
- wcześniejszego udziału kandydatów lub oferentów (art. 59);
- specyfikacji technicznych (art. 60);
- formy i sposobu publikacji ogłoszeń (art. 71);
- publikacji na poziomie krajowym (art. 72);
- dostępności w formie elektronicznej dokumentów zamówienia (art. 73);
- kryteriów udzielenia zamówienia (art. 82);
- rachunku kosztów cyklu życia (art. 83);
- rażąco niskich ofert (art. 84);
- podwykonawstwa (art. 88);
- modyfikacji umów w okresie ich obowiązywania (art. 89);

- rozwiązania umowy (art. 90);
- egzekwowania przepisów (art. 99).

Ponadto, w obydwu dyrektywach w sposób niemal identyczny sformułowano przepisy odnoszące się do definicji, z tą jednak różnicą, że dyrektywa sektorowa nie zawiera odniesienia do zamawiających szczebla centralnego i poniżej centralnego, co wynika z faktu, iż nie przewiduje ona - ani różnych progów dla tego typu zamawiających - ani odrębnych uregulowań.

Powyższa tematyka została omówiona w części publikacji poświęconej nowej dyrektywie klasycznej. Z tego względu w niniejszym rozdziale skupiono się na prezentacji regulacji specyficznych dla dyrektywy sektorowej, których brzmienie jednocześnie uległo zmianie w stosunku do dyrektywy 2004/17/WE lub które stanowią nowość w stosunku do dotychczasowych regulacji sektorowych. Należy w tym kontekście wymienić przede wszystkim doprecyzowanie znaczenia pojęcia „praw specjalnych i wyłącznych” wykorzystywanego na potrzeby określenia zakresu podmiotowego dyrektywy, zmiany dotyczące zakresu przedmiotowego dyrektywy oraz doprecyzowanie pewnych pojęć w tym obszarze, modyfikacje w zakresie procedury mającej na celu ustalenie czy dana działalność bezpośrednio podlega konkurencji, modyfikacje w zakresie procedur oraz technik udzielania zamówień i wreszcie pewne odmienności w przepisach dotyczących podziału zamówienia na części.

3.3. Prawa specjalne lub wyłączne

Jedną z regulacji, która została w znacznym stopniu doprecyzowana w nowej dyrektywie sektorowej jest definicja praw specjalnych i wyłącznych, zawarta w art. 4 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE. Zagadnienie praw specjalnych lub wyłącznych ma **kluczowe znaczenie dla określenia zakresu obowiązywania nowej dyrektywy sektorowej** ponieważ, jak podkreślono w motywie 20 preambuły do dyrektywy, podmioty, które nie są ani instytucjami zamawiającymi, ani przedsiębiorstwami publicznymi w rozumieniu niniejszej dyrektywy, **podlegają jej przepisom jedynie w zakresie, w jakim wykonują jeden z objętych nią rodzajów działalności na podstawie takich praw.**

Zgodnie z przywołanym powyżej przepisem prawa specjalne i wyłączne oznaczają prawa przyznane przez właściwy organ państwa członkowskiego w drodze dowolnych przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych, które skutkują **zastrzeżeniem wykonywania rodzajów działalności określonych w art. 8–14 (rodzaje działalności sektorowej) dla jednego lub kilku podmiotów oraz które wywierają istotny wpływ na możliwość wykonywania takiej działalności przez inne podmioty.**

Jak wskazano w dalszej części art. 4, prawa, które przyznano w drodze procedury zapewniającej **odpowiednie upublicznienie** postępowania i których przyznanie opierało się na obiektywnych kryteriach, **nie stanowią** „praw specjalnych lub wyłącznych” w rozumieniu tego przepisu.

Zgodnie z dyrektywą procedurami spełniającymi powyższy warunek będą:

- procedury udzielania zamówienia z uprzednim zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie zgodnie z dyrektywą 2014/24/UE, dyrektywą 2009/81/WE, dyrektywą 2014/23/UE lub dyrektywą 2014/25/UE;
- procedury, których podstawę stanowią inne unijne akty prawne wymienione w załączniku II do dyrektywy 2014/25/UE, zapewniające odpowiednią uprzednią przejrzystość w zakresie przyznawania zezwoleń w oparciu o obiektywne kryteria.

Zgodnie z załącznikiem II do dyrektywy za procedury zapewniające taką przejrzystość uznane zostały:

- a) wydawanie zezwoleń na eksploatację instalacji gazu ziemnego zgodnie z procedurami określonymi w art. 4 dyrektywy 2009/73/WE;
- b) wydawanie zezwoleń lub zaproszenie do składania ofert na budowę nowych instalacji służących do wytwarzania energii elektrycznej zgodnie z dyrektywą 2009/72/WE;
- c) wydawanie zezwoleń zgodnie z procedurami określonymi w art. 9 dyrektywy 97/67/WE w odniesieniu do usługi pocztowej, która nie jest lub nie może być zastrzeżona;
- d) procedura udzielania zezwoleń na prowadzenie działalności obejmującej wydobywanie węglowodorów zgodnie z dyrektywą 94/22/WE;
- e) umowy o świadczenie usług publicznych w rozumieniu rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 dotyczące świadczenia usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego autobusem, tramwajem, koleją lub metrem i udzielone w drodze konkurencyjnej procedury przetargowej zgodnie z art. 5 ust. 3 tego rozporządzenia, pod warunkiem że okres obowiązywania tych umów jest zgodny z art. 4 ust. 3 lub 4 tego rozporządzenia.

Wskazany powyżej wykaz aktów prawnych **nie jest wyczerpujący**, w związku z tym prawa w dowolnej postaci, które przyznano w drodze innych procedur opartych na obiektywnych kryteriach i w przypadku których zapewniono odpowiednie upublicznienie postępowania, nie stanowią praw specjalnych lub wyłącznych do celów określenia zakresu podmiotowego dyrektywy sektorowej.

Pojęcie praw wyłącznych pojawia się także w kontekście określenia, czy zastosowanie procedury negocjacyjnej bez uprzedniego zaproszenia do ubiegania się o zamówienie byłoby uzasadnione, ponieważ roboty budowlane, dostawy lub usługi mogą zostać wykonane tylko przez konkretnego wykonawcę z uwagi na ochronę określonych praw wyłącznych. W tym przypadku, należy jednakże mieć na uwadze – co podkreślono także w preambule do dyrektywy – że z uwagi na różne *ratio legis* stojące za przepisami odnoszącymi się do praw specjalnych i wyłącznych i przepisami dotyczącymi przesłanki zastosowania procedury negocjacyjnej bez ogłoszenia pojęcie praw wyłącznych w tych dwóch przypadkach nie musi mieć takiego samego znaczenia.³¹⁴

314 Dyrektywa 2014/25/UE, motyw 20 preambuły.

3.4. Zakres przedmiotowy

Nowa dyrektywa sektorowa nie rozszerzyła zakresu działalności podlegających jej regulacjom. Nadal, znajduje zastosowanie do określonych działalności prowadzonych w ramach poniższych sektorów, wprowadzając jednak kilka istotnych modyfikacji:

- Gaz i energia cieplna (art. 8)
- Energia elektryczna (art. 9)
- Gospodarka wodna (art. 10)
- Usługi transportowe (art. 11)
- Porty i porty lotnicze (art. 12)
- Usługi pocztowe (art. 13)
- Wydobycie ropy naftowej i gazu oraz poszukiwanie lub wydobycie węgla lub innych paliw stałych (art. 14)

W powyższym zakresie dyrektywa 2014/25/UE przede wszystkim doprecyzowała **pojęcie „dostawa”** wskazując wyraźnie, że w odniesieniu do działalności związanej z gazem, energią cieplną, energią elektryczną oraz gospodarką wodną obejmuje ono **zarówno wytwarzanie jak i sprzedaż hurtową i detaliczną.**³¹⁵

Ponadto, w odniesieniu działalności w zakresie produkcji, przesyłu lub dystrybucji energii chłodniczej, w preambule do dyrektywy wyraźnie podkreślono, że w przeciwieństwie do działalności prowadzonej w zakresie energii cieplnej tego typu działalność nie podlega regulacjom dyrektywy sektorowej. W praktyce oznacza to, że instytucje zamawiające prowadzące tego rodzaju działalność stosują w tym celu procedury wynikające z dyrektywy 2014/24/UE, natomiast przedsiębiorstwa publiczne i podmioty prywatne, nawet jeśli działają w oparciu o prawa specjalne lub wyłączne nie są zobligowane do stosowania ani dyrektywy klasycznej ani sektorowej.³¹⁶

W nowych regulacjach dokonano także zmian dotyczących zakresu działalności związanej z wydobyciem ropy naftowej i gazu oraz poszukiwaniem lub wydobyciem węgla lub innych paliw stałych. Dyrektywa **nie będzie miała już zastosowania do działalności polegającej na poszukiwaniu ropy i gazu**, ponieważ jak wyjaśniono w preambule, sektor ten podlega takiej presji konkurencyjnej, że nie jest już potrzebne zapewnianie za pomocą unijnych przepisów dotyczących zamówień dyscypliny w tym zakresie.³¹⁷ Na użytek tego przepisu w preambule uściślono także jak należy rozumieć pojęcie „poszukiwanie”. W związku z tym „poszukiwanie” na potrzeby niniejszej dyrektywy obejmuje czynności podejmowane w celu sprawdzenia czy w danej strefie znajdują się ropa i gaz oraz czy nadają się do komercyjnej eks-

315 Zgodnie z art. 7 dyrektywy, do celów art. 8 (obejmującego gaz i energię cieplną), 9 (obejmującego energię elektryczną) i 10 (obejmującego gospodarkę wodną) „dostawa” oznacza wytwarzanie/produkcję, sprzedaż hurtową i detaliczną.

316 Ibidem, motyw 21 preambuły.

317 Ibidem, motyw 25 preambuły.

ploatacji. Z kolei termin „wydobycie” należy uznać za „produkcję” ropy i gazu, obejmującą (w przypadkach dotyczących łączenia przedsiębiorstw) „rozwój” czyli stworzenie odpowiedniej infrastruktury dla przyszłej produkcji (platformy, rurociągi itp.)

W zakresie działalności pocztowej dyrektywa modyfikuje zakres „**usług innych niż usługi pocztowe**” objętych dyrektywą. Zgodnie ze zmodyfikowanym przepisem jej regulacje mają zastosowanie tylko do niżej wymienionych usług uznawanych za usługi inne niż pocztowe:

- » usługi zarządzania usługami pocztowymi (zarówno usługi poprzedzające wysyłkę, jak i usługi następujące po wysyłce, w tym „usługi zarządzania kancelarią pocztową”);
- » usługi dotyczące przesyłek pocztowych nieuwzględnionych w art. 13 ust. 1 lit. a), takich jak bezadresowe przesyłki reklamowe.

Tym samym zawężono zastosowanie do dyrektywy w odniesieniu do działalności pocztowej w porównaniu z regulacjami obowiązującymi na gruncie dyrektywy 2004/17/WE.

Analizując zakres przedmiotowy nowej dyrektywy sektorowej należy także wskazać na przepisy odnoszące się do wyłączeń spod dyrektywy. W nowych regulacjach **zlikwidowano wyłączenie w zakresie transportu autobusowego**. Ponadto, należy także zwrócić uwagę na nowe wyłączenie, przewidziane wprawdzie również dyrektywą klasyczną jednakże istotne szczególnie z punktu widzenia działalności sektorowej. Wyłączenie to dotyczy usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego koleją lub metrem, które podlegają rozporządzeniu (WE) nr 1370/2007³¹⁸, a jego wprowadzenie miało na celu doprecyzowanie relacji pomiędzy ww. rozporządzeniem a dyrektywami w zakresie zamówień publicznych.

3.5. Kwoty progowe

W zakresie kwot progowych jedyną odmiennością w stosunku do regulacji dyrektywy klasycznej, nie istniejącą na gruncie dotychczasowych dyrektyw jest próg określony na potrzeby specjalnego reżimu mającego zastosowanie do zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi.

Nowa dyrektywa sektorowa, podobnie jak miało to miejsce pod rządami dyrektywy 2004/17/WE, ma zastosowanie do zamówień o wartości wyższej niż ma to miejsce w przypadku zamówień klasycznych, a mianowicie do zamówień, których szacunkowa wartość bez podatku od wartości dodanej (VAT) jest co najmniej równa następującym progom:

- **414 000 euro** w przypadku zamówień na dostawy i usługi oraz konkursów i

318 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1370/2007 z dnia 23 października 2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) 1107/70; Dz. Urz. L 315 z 3.12.2007 r., s 1.

- **5 186 000 euro** w przypadku zamówień na roboty budowlane.

Dodatkowo, dyrektywa sektorowa – podobnie jak dyrektywa klasyczna - wprowadza jeszcze jeden próg, który ma zastosowanie w przypadku zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi wymienione w załączniku XVII do dyrektywy i który wynosi **1 000 000 euro**, podczas dla zamówień klasycznych próg ten wynosi 750 000 euro.

3.6. Działalność bezpośrednio podlegająca konkurencji

Dyrektywa 2014/25/UE wprowadziła pewne zmiany także w zakresie regulacji dotyczących procedury wyłączenia spod dyrektywy działalności bezpośrednio podlegającej konkurencji (dotychczas procedura określona była w art. 30 dyrektywy 2004/17/WE).

Zgodnie z obecną regulacją, ujętą w art. 34 nowej dyrektywy sektorowej, zamówienia mające na celu umożliwienie prowadzenia działalności wymienionej w art. 8–14 (rodzaje działalności sektorowej) nie podlegają niniejszej dyrektywie, jeżeli państwo członkowskie lub podmioty zamawiające, po przedstawieniu wniosku zgodnie z art. 35, mogą wykazać, że **w państwie członkowskim, w którym ta działalność jest wykonywana, bezpośrednio podlega ona konkurencji na rynkach, do których dostęp nie jest ograniczony**. Dyrektywie **nie podlegają również konkursy organizowane na potrzeby wykonywania takiej działalności na danym obszarze geograficznym**.

Na potrzeby określenia, czy dany rodzaj działalności podlega bezpośrednio konkurencji, stosuje się **kryteria zgodne z postanowieniami Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej** dotyczącymi konkurencji, które mogą obejmować cechy danych produktów lub usług, istnienie alternatywnych produktów lub usług uważanych za zastępowalne po stronie popytu lub podaży, ceny oraz rzeczywistą lub potencjalną obecność więcej niż jednego dostawcy przedmiotowych produktów lub usług.

Referencyjny rynek geograficzny, stanowiący podstawę oceny podlegania konkurencji, obejmuje obszar, na którym dane przedsiębiorstwa zaangażowane są w mechanizm podaży i popytu w odniesieniu do produktów lub usług oraz na którym warunki konkurencji są wystarczająco jednolite i który odróżnia się od obszarów sąsiednich, w szczególności ze względu na istnienie na tych obszarach znacząco różnych warunków konkurencji. Ocena ta powinna uwzględniać w szczególności istotę i cechy danych produktów lub usług, istnienie barier wejścia na rynek lub preferencji konsumentów, znaczące różnice w udziałach rynkowych przedsiębiorstw między danym obszarem a obszarami sąsiednimi lub istotne różnice cen.

Jak wskazano w art. 34 ust. 1 dyrektywy, **przyjmuje się, że dostęp do rynku nie jest ograniczony, jeżeli dane państwo członkowskie wdrożyło i stosuje przepisy unijne wymienione w załączniku III, którymi są:**

- dla transportu lub dystrybucji gazu lub energii cieplnej - dyrektywa 2009/73/WE;
- dla produkcji, przesyłu lub dystrybucja energii elektrycznej - dyrektywa 2009/72/WE;

- w zakresie podmiotów zamawiających w obszarze usług kolejowych: dla towarowego transportu kolejowego - dyrektywa 2012/34/UE i dla międzynarodowego pasażerskiego transportu kolejowego - dyrektywa 2012/34/UE;
- w zakresie podmiotów zamawiających w obszarze usług pocztowych - dyrektywa 97/67/WE;
- dla wydobycia ropy lub gazu - dyrektywa 94/22/WE.

W zakresie:

- produkcji, transportu lub dystrybucji wody pitnej;
- krajowego pasażerskiego transportu kolejowego;
- poszukiwania i wydobycia węgla lub innych paliw stałych;
- podmiotów zamawiających w obszarze wyposażenia portów morskich lub portów śródlądowych lub innych terminali;
- podmiotów zamawiających w obszarze instalacji portów lotniczych;
- podmiotów zamawiających w obszarze usług w zakresie kolei miejskich, tramwajów, trolejbusów lub autobusów

na razie **brak takich regulacji**.

Jeżeli na podstawie wskazanych powyżej regulacji nie da się stwierdzić, czy dostęp do danego rynku jest swobodny, wówczas – zgodnie z art. 34 ust. 3 dyrektywy – **należy wykazać, że jest on swobodny de facto i de iure**.

Dokładna procedura służąca ustaleniu czy art. 34 nowej dyrektywy sektorowej znajduje zastosowanie w danym przypadku, została opisana w art. 35.

Zgodnie z nowymi przepisami, co do zasady wnioskowi w tej sprawie składanemu do KE powinno towarzyszyć stanowisko niezależnego organu krajowego właściwego w odniesieniu do danego rodzaju działalności. Nowa dyrektywa daje także możliwość państwu członkowskiemu lub podmiotowi składającemu wniosek, jego znacznej modyfikacji już po złożeniu wniosku. Można to jednak zrobić za zgodą KE. Modyfikacja powoduje także stosowne wydłużenie terminów na przyjęcie stosownych aktów wykonawczych przez KE.

W odniesieniu do regulacji przewidzianej w dyrektywie 2004/17/WE, zmianie uległy też terminy na przyjęcie aktu wykonawczego przez KE. Dotychczas KE miała 3 miesiące na podjęcie decyzji dotyczącej tego czy do danej działalności ma zastosowanie art. 30 dyrektywy 2004/17/WE. Zgodnie natomiast z załącznikiem IV do dyrektywy 2014/25/UE terminy te kształtują się w różny sposób, w związku z czym KE przyjmuje odpowiednie akty wykonawcze w ciągu:

- **90 dni roboczych**, jeżeli państwo wdrożyło i stosuje przepisy wskazane w załączniku III do dyrektywy lub
- **30 dni roboczych** w przypadkach innych niż określone w poprzedzającym punkcie.

Powyższe terminy można **wydłużyć o 15 dni roboczych**, w przypadku gdy wnioskowi nie towarzyszy uzasadnione i poparte dowodami stanowisko przyjęte przez niezależny organ krajowy, właściwy w odniesieniu do danego rodzaju działalności, które obejmuje dogłębną analizę wa-

runków ewentualnej stosowalności art. 34 ust. 1 do danego rodzaju działalności zgodnie z art. 34 ust. 2 i 3.

Bieg tych terminów rozpoczyna się pierwszego dnia roboczego następującego po dacie otrzymania przez Komisję wniosku lub, jeżeli informacje przekazywane wraz z wnioskiem są niepełne, w dniu roboczym następującym po otrzymaniu pełnych informacji.

Komisja może zobowiązać:

- dane państwo członkowskie lub
- dany podmiot zamawiający lub
- niezależny organ krajowy lub
- każdy inny właściwy organ krajowy

do udzielenia wszelkich niezbędnych informacji lub uzupełnienia bądź doprecyzowania przedstawionych informacji w odpowiednim terminie. W przypadku opóźnienia w przekazaniu informacji lub przekazania niepełnych informacji, **bieg terminów zostaje zawieszony na okres między upływem terminu określonego w żądaniu udzielenia informacji a otrzymaniem pełnych i prawidłowych informacji.**

3.7. Procedury i techniki udzielania zamówień sektorowych

Nowa dyrektywa sektorowa wprowadza także dość istotne zmiany przede wszystkim w zakresie dostępnych zamawiającym sektorowym procedur udzielania zamówień. Oprócz dotychczas stosowanych procedur:

- otwartej,
- ograniczonej
- negocjacyjnej z i bez uprzedniego zaproszenia do ubiegania się o zamówienia

pojawiły się również nowe, takie jak **partnerstwo innowacyjne** czy znany dotychczas tylko dyrektywie klasycznej **dialog konkurencyjny** wprowadzony nową dyrektywą również do zamówień sektorowych.

Warto także podkreślić, że zamawiający sektorowi mają w tym wypadku znacznie szerszy zakres swobody, jeśli chodzi o wybór procedury, którą zastosują w danym przypadku, ponieważ dyrektywa 2014/25/UE wymaga zaistnienia określonych przesłanek (w zasadzie takich samych jak w przypadku zamówień klasycznych) tylko w przypadku, kiedy zamawiający zamierza skorzystać z procedury negocjacyjnej bez uprzedniego zaproszenia do ubiegania się o zamówienie.

Elementem, który odróżnia regulacje nowej dyrektywy sektorowej od dyrektywy klasycznej jest także fakt, że nie określa ona w sposób szczegółowy przebiegu negocjacji w procedurach negocjacyjnych. Wskazuje jedynie, iż w negocjacjach uczestniczyć mogą tylko wykonawcy zaproszeni przez podmiot zamawiający po dokonaniu przez niego oceny dostarczonych informacji. Podmioty zamawiające mogą ograniczyć liczbę odpowiednich kandydatów, których zaproszą do udziału w postępowaniu, przy czym również w tym wypadku dyrektywa sektorowa nie wprowadza takich ograniczeń jak dyrektywa klasyczna, zgodnie z którą minimalna liczba zaproszonych kandydatów powinna wynosić 5. Liczba zakwalifikowanych kandydatów w przypadku zamówień sektorowych musi tylko odpowiadać potrzebie zapewnienia odpowiedniej konkurencji.

Nowa dyrektywa sektorowa wprowadziła także dość istotną zmianę w zakresie umów ramowych. Dotyczy ona okresu, na jaki zamawiający sektorowy może zawrzeć umowę ramową. Pod rządami dyrektywy 2004/17/WE nie istniało ograniczenie czasu obowiązywania umowy ramowej. Ustawodawca unijny uznał to jednak za stwarzające możliwości potencjalnego ograniczania konkurencji, w związku z czym postanowiono określić stosowne zasady w tym zakresie. Jednocześnie, uwzględniono też fakt, że mogą zaistnieć przypadki, w których powinno się zezwolić na to, by okres obowiązywania samych umów ramowych był dłuższy niż wskazany w dyrektywie. Takie przypadki, powinny jednak być **należyście uzasadnione**, w szczególności przedmiotem umowy ramowej. Jako przykład takiego uzasadnionego przypadku, preambuła wskazuje m.in. sytuację, gdy wykonawcy muszą dysponować sprzętem, którego okres amortyzacji przekracza osiem lat i który musi być dostępny w każdej chwili w całym okresie obowiązywania danej umowy ramowej. Może się tak zdarzyć również w szczególnym kontekście zakładów użyteczności publicznej świadczących podstawowe usługi na rzecz ogółu społeczeństwa, kiedy mogą pojawić się przypadki, gdy konieczne będą zarówno umowy ramowe o dłuższym okresie obowiązywania, jak i poszczególne umowy o dłuższym okresie obowiązywania - tak może być np. w przypadku umów ramowych mających zapewnić zwykłe utrzymanie sieci oraz ich utrzymanie w sytuacjach nadzwyczajnych, co może wymagać kosztownego sprzętu obsługiwanego przez pracowników, którzy przeszli wysoce specjalistyczne, doraźne przeszkolenie mające zapewnić ciągłość usług i zminimalizowanie ewentualnych zakłóceń.

W związku z powyższym, zgodnie z nową dyrektywą sektorową, okres obowiązywania umowy ramowej co do zasady **nie może przekraczać ośmiu lat**, poza wyjątkowymi przypadkami, które są należyście uzasadnione, w szczególności pod kątem przedmiotu umowy ramowej. Termin ten jest dłuższy niż termin wprowadzony w nowej dyrektywie klasycznej, który wynosi 4 lata.

3.8. Podział zamówienia na części

Artykuł 65 nowej dyrektywy sektorowej, nieco inaczej aniżeli nowa dyrektywa klasyczna, reguluje kwestie związane z podziałem zamówienia publicznego na części.

Zgodnie z tym artykułem, podmioty zamawiające mogą postanowić o udzieleniu zamówienia w oddzielnych częściach oraz określić rozmiar i przedmiot takich części. Jak podkreśla dyrektywa, nawet jeżeli możliwe jest złożenie ofert w odniesieniu do kilku lub wszystkich części, podmioty zamawiające mogą ograniczyć liczbę części zamówienia, które można udzielić jednemu oferentowi, pod warunkiem że maksymalna liczba części, jaka może być udzielona jednemu oferentowi, jest określona w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania, zaproszeniu do składania ofert lub do negocjacji. Podmioty zamawiające wskazują w dokumentach zamówienia obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria lub zasady, które zamierzają zastosować w celu ustalenia, które części zostaną udzielone, gdyby zastosowanie kryteriów udzielenia zamówienia prowadziło do udzielenia jednemu oferentowi większej liczby części niż wynosi maksymalna liczba.

W gestii państw członkowskich zostawiono decyzję czy w przypadku gdy więcej niż jedna część zamówienia może zostać udzielona temu samemu oferentowi, podmioty zamawiające mogą udzielać zamówień obejmujących kilka lub wszystkie części, jeżeli określiły w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania, zaproszeniu do składania ofert lub do negocjacji, że zastrzegają sobie taką możliwość, i wskazały poszczególne części lub grupy części, które mogą zostać połączone.

W przypadku podziału na części zamówienia sektorowego, inaczej niż w przypadku zamówień klasycznych, **zamawiający sektorowi nie mają obowiązku wskazania najważniejszych powodów swojej decyzji o niedokonaniu podziału zamówienia na części.**

Ponadto, zgodnie z art. 65 ust. 4 dyrektywy, państwa członkowskie **mogą przewidzieć obowiązek** udzielania zamówień w formie oddzielnych części na warunkach określanych zgodnie ze swoim prawem krajowym i z uwzględnieniem prawa unijnego.

4. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji

4.1. Wprowadzenie

Przed przyjęciem dyrektywy 2014/23/UE³¹⁹, dalej: dyrektywa koncesyjna, koncesje, rozumiane jako umowy tego samego rodzaju co zamówienia publiczne z tą różnicą, że wynagrodzeniem wykonawcy (koncesjonariusza) jest albo wyłącznie prawo do ekonomicznego wykorzystania przedmiotu koncesji, albo takie prawo wraz z płatnością, były regulowane w ograniczonym zakresie przez przepisy unijnego prawa wtórnego. Koncesje na roboty budowlane udzielane przez zamawiających klasycznych, tj. państwo, jednostki samorządu terytorialnego i podmioty prawa publicznego, podlegały zaledwie paru podstawowym regułom określonym w dyrektywie 2004/18/WE³²⁰, dalej: dyrektywa klasyczna. Koncesje na usługi zostały spod zakresu obowiązywania tej dyrektywy, na mocy jej art. 17, wyłączone. Natomiast dyrektywa 2004/17/WE³²¹, dalej: dyrektywa sektorowa, w myśl jej art. 18, nie ma zastosowania do koncesji na roboty budowlane i koncesji na usługi udzielane przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

Nie ulega zarazem wątpliwości, że do udzielania koncesji stanowiących przedmiot zainteresowania transgranicznego znajdują zastosowanie zasady prawa pierwotnego, tj. zasada swobody przepływu towarów, zasada swobody przedsiębiorczości oraz zasada swobody świadczenia usług, a także zasady, które się z nich wywodzą, takie jak zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Jak zauważył Trybunał w wyroku w sprawie *Telaustria i Telefonadress*³²², mimo że umowy koncesyjne na świadczenie usług publicznych w obecnym stanie prawa unijnego są wyłączone z zakresu obowiązywania dyrektyw, organy udzielające koncesji mają ogólny obowiązek przestrzegania podstawowych zasad Traktatu, w tym w szczególności zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową (pkt 60). Zasady równości traktowania i niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową pociągają za sobą między innymi obowiązek przejrzystości, który pozwala organowi władzy publicznej udzielającemu koncesji na upewnienie się, że zasady te są przestrzegane; obowiązek przejrzystości ciążyący na instytucji udzielającej koncesji wymaga zagwarantowania wszystkim potencjalnym koncesjonariuszom odpowiedniego poziomu jawności umożliwiającego otwarcie sfery koncesji na świadczenie usług na konkurencję oraz kontrolę bezstronności procedur ich udzielania (pkt 61 i 62).³²³

319 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, str. 1).

320 Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004, str. 114; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 06, t. 7, str. 132).

321 Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 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 30.4.2004, str. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 06, t. 7, str. 19).

322 orzeczenie z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH i Telefonadress GmbH przeciwko Telekom Austria AG, przy udziale Herold Business Data AG*, ECLI:EU:C:2000:669.

323 Zob. także orzeczenia: z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 *Consorzio Aziende Metano (Coname) przeciwko*

4.2. Rys historyczny

Koncesje na roboty budowlane zostały po raz pierwszy wprowadzone na grunt prawa unijnego na mocy dyrektywy 89/440/EWG³²⁴ zmieniającej dyrektywę 71/305/EWG³²⁵. Zmienione przepisy dyrektywy koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane od tamtego momentu definiowały koncesję na roboty budowlane jako umowę tego samego rodzaju co zamówienia publiczne na roboty budowlane z tą różnicą, że wynagrodzeniem za wykonanie robót jest albo wyłącznie prawo do ekonomicznego wykorzystania przedmiotu koncesji, albo takie prawo wraz z płatnością.³²⁶ Jednocześnie zamawiający udzielający koncesji na roboty budowlane zostali objęci obowiązkami publikacji ogłoszenia o koncesji i wyznaczenia co najmniej 52-dniowego terminu składania wniosków; ponadto zamawiający zostali upoważnieni do żądania od koncesjonariusza, by udzielił stronom trzecim zamówień o wartości co najmniej 30 % całkowitej wartości robót będących przedmiotem koncesji albo do żądania od kandydatów ubiegających się o koncesję, by wskazali w ofercie procentowy udział robót, które zamierzają zlecić na zewnątrz; przy udzielaniu zamówień o wartości przekraczającej próg 5 000 000 ECU koncesjonariusze będący zamawiającymi w rozumieniu dyrektywy zostali zobowiązani do stosowania jej przepisów, zaś koncesjonariusze niebędący zamawiającymi zostali objęci obowiązkami publikacji ogłoszenia o zamówieniu (z wyjątkiem przypadków uzasadniających zastosowanie procedury negocjacyjnej bez ogłoszenia i zamówień udzielanych przedsiębiorstwom powiązanym) oraz wyznaczenia co najmniej 37-dniowego terminu składania wniosków i 40-dniowego terminu składania ofert.³²⁷ Podobne reguły, przy jednoczesnym rozszerzeniu na koncesje na roboty budowlane wyjątków od obowiązku publikacji ogłoszenia przewidzianych dla zamówień klasycznych, obowiązywały pod rządami dyrektywy 93/37/EWG^{328 329}.

wko Comune di Cingia de' Botti, ECLI:EU:C:2005:487, pkt 16-19; z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 *Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG*, ECLI:EU:C:2005:605, pkt 46-49; z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C410/04 *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) przeciwko Comune di Bari i AMTAB Servizio SpA*, ECLI:EU:C:2006:237, pkt 18-21; z dnia 17 lipca 2008 r. w sprawie C-347/06 *ASM Brescia SpA przeciwko Comune di Rodengo Saiano*, ECLI:EU:C:2008:416, pkt 58; z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-206/08 *Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) przeciwko Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH*, ECLI:EU:C:2009:540, pkt 44; z dnia 15 października 2009 r. w sprawie C-196/08 *Acoset SpA przeciwko Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa i innym*, ECLI:EU:C:2009:628, pkt 46-49; z dnia 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08 *Wall AG przeciwko Stadt Frankfurt am Main i Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, ECLI:EU:C:2010:182, pkt 33 i 34; z dnia 3 czerwca 2010 r. w sprawie C-203/08 *Sporting Exchange Ltd przeciwko Minister van Justitie*, ECLI:EU:C:2010:307, pkt 39-41; z dnia 9 września 2010 r. w sprawie C-64/08 *Postępowanie karne przeciwko Ernst Engelmann*, ECLI:EU:C:2010:506, pkt 49 i 50; z dnia 14 listopada 2013 r. w sprawie C-221/12 *Belgacom NV przeciwko Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (INTEGAN) i inni*, ECLI:EU:C:2013:736, pkt 28.

324 Dyrektywa Rady 89/440/EWG z dnia 18 lipca 1989 r. zmieniająca dyrektywę 71/305/EWG koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz. Urz. WE L 210 z 21.7.1989, str. 1).

325 Dyrektywa Rady 71/305/EWG z dnia 26 lipca 1971 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz. Urz. WE nr L 185 z 16.8.1971, str. 5).

326 Zob. art. 1 lit. d) dyrektywy 71/305/EWG w brzmieniu nadanym dyrektywą 89/440/EWG.

327 Zob. art. 1b dyrektywy 71/305/EWG w brzmieniu nadanym dyrektywą 89/440/EWG.

328 Dyrektywa Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz. Urz. WE L 199 z 9.8.1993, str. 54; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 06, t. 2, str. 163).

329 Ibidem, art. 3.

Z kolei pierwszą próbę zdefiniowania i uregulowania koncesji na usługi stanowił wniosek legislacyjny Komisji z dnia 13 grudnia 1990 r. dotyczący dyrektywy koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych na usługi³³⁰. Zgodnie z art. 1 lit. h) projektu koncesje na usługi miały być rozumiane jako umowy inne niż koncesje na roboty budowlane w rozumieniu dyrektywy 71/305/EWG zawierane między zamawiającym a wybranym przez niego wykonawcą, na mocy których zamawiający przekazuje świadczenie usług publicznych wykonawcy w zamian za prawo do ekonomicznego wykorzystania tych usług albo takie prawo wraz z płatnością; definicja miała nie obejmować umów dotyczących świadczenia usług nadawczych. Zamysłem projektodawcy było objęcie koncesji na usługi reżimem wzorowanym na przepisach obowiązujących w odniesieniu do koncesji na roboty budowlane: zamawiający udzielający koncesji na usługi mieli zostać objęci obowiązkami publikacji ogłoszenia o koncesji i ogłoszenia o udzieleniu koncesji oraz wyznaczenia co najmniej 52-dniowego terminu składania wniosków; z kolei koncesjonariusze niebędący zamawiającymi w rozumieniu dyrektywy przy udzielaniu zamówień na usługi o wartości przekraczającej próg 200 000 ECU mieli zostać objęci obowiązkami publikacji ogłoszenia o zamówieniu (z wyjątkiem przypadków uzasadniających zastosowanie procedury negocjacyjnej bez ogłoszenia i zamówień udzielanych przedsiębiorstwom powiązanym), ogłoszenia o udzieleniu zamówienia oraz wyznaczenia co najmniej 37-dniowego terminu składania wniosków i 40-dniowego terminu składania ofert, zaś koncesjonariusze będący zamawiającymi przy udzielaniu takich zamówień mieli zostać zobowiązani do stosowania jej przepisów.³³¹ W toku prac legislacyjnych Rada zrezygnowała jednak z objęcia koncesji na usługi regulacją dyrektywy. Ostatecznie dyrektywa 92/50/EWG³³² nie zawierała nawet definicji koncesji na usługi.

Próba uregulowania koncesji udzielanych przez podmioty prowadzące działalność sektorową również skończyła się wówczas niepowodzeniem. Przedstawiony w dniu 18 lipca 1989 r. wniosek legislacyjny Komisji dotyczący dyrektywy koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji³³³ jeszcze zawierał propozycję uregulowania koncesji na usługi, ale przyjęta na jego podstawie dyrektywa 90/531/EWG³³⁴ już nie. Podobnie projekt dyrektywy zmieniającej tę dy-

330 COM (90) 372 wersja ostateczna – SYN 293 opublikowany w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich nr C 23 z dnia 31 stycznia 1991 r., str. 1.

331 Projekt COM (90) 372, art. 2 i 19.

332 Dyrektywa Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz. Urz. WE L 209 z 24.7.1992, str.1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 06, t. 1, str. 322).

333 COM (89) 380 wersja ostateczna – SYN 153 opublikowany w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich nr C 264 z dnia 31 października 1989 r., str. 22.

334 Dyrektywa Rady 90/531/EWG z dnia 17 września 1990 r. w sprawie procedur udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. WE L 297 z 29.10.1990, str. 1).

rektywę³³⁵ i przyjęta na jego podstawie dyrektywa 93/38/EWG³³⁶ nie zawierały przepisów dotyczących koncesji.

Definicja koncesji na usługi została wprowadzona w unijnym prawodawstwie w 2004 r. w art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy sektorowej i w art. 1 ust. 4 dyrektywy klasycznej. Dyrektywa klasyczna zawiera definicje koncesji na usługi i koncesji na roboty budowlane, zarazem wyłączając koncesje na usługi spod swojego zakresu obowiązywania, a koncesje na roboty budowlane regulując w ograniczonym zakresie: podobnie jak na gruncie dyrektyw 71/305/EWG i 93/37/EWG, zamawiający udzielający koncesji na roboty budowlane mają obowiązek publikacji ogłoszenia o koncesji i wyznaczenia co najmniej 52-dniowego terminu składania wniosków; zarazem mogą żądać, by koncesjonariusz udzielił stronom trzecim zamówień o wartości co najmniej 30 % całkowitej wartości robót będących przedmiotem koncesji albo wezwać kandydatów ubiegających się o koncesję, by wskazali w ofercie procentowy udział robót, które zamierzają zlecić na zewnątrz; przy udzielaniu zamówień o wartości przekraczającej próg 5 186 000 euro koncesjonariusze będący zamawiającymi w rozumieniu dyrektywy zostali zobowiązani do stosowania jej przepisów, zaś koncesjonariusze niebędący zamawiającymi zostali objęci obowiązkami publikacji ogłoszenia o zamówieniu (z wyjątkiem przypadków uzasadniających zastosowanie procedury negocjacyjnej bez ogłoszenia i zamówień udzielanych przedsiębiorstwom powiązanym) oraz wyznaczenia co najmniej 37-dniowego terminu składania wniosków i 40-dniowego terminu składania ofert; dyrektywa klasyczna wprost przewiduje możliwość udzielenia koncesjonariuszowi dodatkowych zamówień na roboty budowlane. Z kolei w dyrektywie sektorowej, poza definicjami nie znajdziemy żadnych przepisów regulujących udzielanie koncesji.³³⁷

Na przyjęcie dyrektywy regulującej kompleksowo udzielanie koncesji na roboty budowlane i usługi przez zamawiających klasycznych i sektorowych trzeba było czekać kolejną dekadę.

335 COM(91) 347 wersja ostateczna – SYN 361 opublikowany w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich nr C 337 z dnia 31 grudnia 1991 r., str. 1.

336 Dyrektywa Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. WE L 199 z 9.8.1993, str. 84; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 06, t. 2, str. 194).

337 Przepisy dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE przestaną obowiązywać z dniem 18 kwietnia 2016 r.

4.3. Dyrektywa koncesyjna

W ocenie unijnego prawodawcy brak na poziomie Unii jasnych przepisów regulujących udzielanie koncesji rodził niepewność prawa oraz stanowił przeszkodę w swobodnym świadczeniu usług, a także powodował zakłócenia w funkcjonowaniu rynku wewnętrznego (zob. motyw 1 preambuły). Dyrektywa koncesyjna, wprowadza po raz pierwszy w sposób jednolity na skalę unijną model zawierania umów koncesyjnych.

Mimo że dyrektywa koncesyjna jest aktem prawnym dostosowanym do specyfiki udzielania koncesji, szereg jej przepisów jest wzorowany na postanowieniach pozostałych dwóch dyrektyw przyjętych przez Parlament Europejski i Radę na początku 2014 r., tj. dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych,³³⁸ dalej: nowa dyrektywa klasyczna, i dyrektywy 2014/25/UE w sprawie zamówień udzielanych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych,³³⁹ dalej: nowa dyrektywa sektorowa, a także na dyrektywie 2009/81/WE³⁴⁰, dalej: dyrektywa obronna. Dotyczy to w szczególności łagodniejszego reżimu udzielania koncesji na usługi społeczne i inne szczególne usługi³⁴¹, reguł dotyczących umów mieszanych³⁴², możliwości zastrzeżenia udziału w postępowaniu na rzecz zakładów pracy chronionej³⁴³, usług badawczych i rozwojowych³⁴⁴, przepisów dotyczących wykonawców³⁴⁵, stosowania Wspólnego Słownika Zamówień (CPV)³⁴⁶, poufności, w tym ochrony tajemnic technicznych i handlowych,³⁴⁷ obowiązków w dziedzinie prawa ochrony środowiska, prawa socjalnego i prawa pracy³⁴⁸, formy i sposobu publikacji ogłoszeń³⁴⁹, udostępniania

338 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, str. 65).

339 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, str. 243).

340 Dyrektywa 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.8.2009, str. 76).

341 Zob. dyrektywa 2014/23/UE, art. 19; por. dyrektywa 2014/24/UE, art. 74 i nast.; dyrektywa 2014/25/UE art. 91 i nast.; zob. także dyrektywa 2009/81/WE, art. 16.

342 Zob. dyrektywa 2014/23/UE, art. 20-23; por. dyrektywa 2014/24/UE, art. 3 i 16; dyrektywa 2014/25/UE, art. 5, 6, 25 i 26; zob. także dyrektywa 2009/81/WE, art. 1 pkt 4 i 5 i art. 3.

343 Zob. dyrektywa 2014/23/UE, art. 24; por. dyrektywa 2014/24/UE art. 20; dyrektywa 2014/25/UE, art. 38; zob. także Dyrektywa 2009/81/WE, art. 14.

344 Zob. dyrektywa 2014/23/UE, art. 25; por. dyrektywa 2014/24/UE, art. 14; dyrektywa 2014/25/UE, art. 32; zob. także dyrektywa 2009/81/WE, art. 16.

345 Zob. dyrektywa 2014/23/UE, art. 26; por. dyrektywa 2014/24/UE, art. 19; dyrektywa 2014/25/UE, art. 37; zob. także Dyrektywa 2009/81/WE, art. 5

346 Zob. dyrektywa 2014/23/UE, art. 27; por. dyrektywa 2014/24/UE, art. 23; dyrektywa 2014/25/UE, art. 41; zob. także dyrektywa 2009/81/WE, art. 1 pkt 1.

347 Zob. dyrektywa 2014/23/UE, art. 28; por. dyrektywa 2014/24/UE, art. 21; dyrektywa 2014/25/UE, art. 39; zob. także dyrektywa 2009/81/WE, art. 6.

348 Zob. dyrektywa 2014/23/UE, art. 30 ust. 3; por. dyrektywa 2014/24/UE, art. 18 ust. 2 i dyrektywa 2014/25/UE, art. 36 ust. 2.

349 Zob. dyrektywa 2014/23/UE, art. 33; por. dyrektywa 2014/24/UE, art. 51; dyrektywa 2014/25/UE, art. 71; zob.

w formie elektronicznej dokumentów koncesji³⁵⁰, zapobiegania konfliktom interesów³⁵¹, kwalifikacji i oceny podmiotowej kandydatów, w tym procedury *self-cleaning*³⁵², informowania wykonawców o decyzjach podjętych w toku postępowania³⁵³, a także podwykonawstwa³⁵⁴, modyfikacji³⁵⁵ i rozwiązywania umów³⁵⁶ oraz monitorowania i sprawozdawczości³⁵⁷.

Jednocześnie dyrektywa koncesyjna dokonuje zmiany dyrektyw odwoławczych 89/665/EWG³⁵⁸ i 92/13/EWG³⁵⁹, rozszerzając ich zakres zastosowania na umowy koncesyjne.³⁶⁰

4.3.1. Zakres zastosowania dyrektywy

Na mocy art. 1 dyrektywa reguluje udzielanie koncesji zdefiniowanych w art. 5 pkt 1, których wartość szacunkowa osiąga próg określony w art. 8, przez instytucje zamawiające określone w art. 6 i podmioty zamawiające, o których mowa w art. 7. Tym samym, *ratione materiae* dyrektywa reguluje udzielanie koncesji o wartości

także dyrektywa 2009/81/WE, art. 32.

350 Zob. dyrektywa 2014/23/UE, art. 34; por. dyrektywa 2014/24/UE, art. 53; dyrektywa 2014/25/UE, art. 73; zob. także dyrektywa 2009/81/WE, art. 33 ust. 5.

351 Zob. dyrektywa 2014/23/UE, art. 35 ; por. dyrektywa 2014/24/UE, art. 24 i dyrektywa 2014/25/UE, art. 42.

352 Zob. dyrektywa 2014/23/UE, art. 38; por. dyrektywa 2014/24/UE, art. 57 i 58; dyrektywa 2014/25/UE, art. 78 i 80; zob. także dyrektywa 2009/81/WE, art. 39 i nast.

353 Zob. dyrektywa 2014/23/UE, art. 40; por. dyrektywa 2014/24/UE, art. 55; dyrektywa 2014/25/UE, art. 75; zob. także dyrektywa 2009/81/WE, art. 35.

354 Zob. dyrektywa 2014/23/UE, art. 42; por. dyrektywa 2014/24/UE, art. 71; dyrektywa 2014/25/UE, art. 88.

355 Zob. dyrektywa 2014/23/UE, art. 43; por. dyrektywa 2014/24/UE, art. 72; dyrektywa 2014/25/UE, art. 89.

356 Zob. dyrektywa 2014/23/UE, art. 44; por. dyrektywa 2014/24/UE, art. 73; dyrektywa 2014/25/UE, art. 90.

357 Zob. dyrektywa 2014/23/UE, art. 45; por. dyrektywa 2014/24/UE, art. 83; dyrektywa 2014/25/UE, art. 99; zob. także dyrektywa 2009/81/WE, art. 66.

358 Dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. Urz. WE L 395 z 30.12.1989, str. 33; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 06, t. 1, str. 246).

359 Dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. WE L 76 z 23.3.1992, str. 14; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 06, t. 1, str. 315).

360 Dyrektywa 2014/23/UE, art. 46 i 47.

szacunkowej równej lub wyższej niż 5 186 000 euro, tj. 21 910 331 złotych³⁶¹.³⁶² *Ratione personae* dyrektywa obejmuje instytucje zamawiające zdefiniowane identycznie jak na gruncie dyrektywy klasycznej, tj. państwo, władze regionalne lub lokalne i podmioty prawa publicznego, oraz podmioty zamawiające rozumiane podobnie jak na gruncie dyrektywy sektorowej, tj. państwo, władze regionalne lub lokalne, podmioty prawa publicznego, przedsiębiorstwa publiczne prowadzące działalność w sektorach energetyki, transportu i usług pocztowych, a także inne podmioty prowadzące działalność w sektorach energetyki, transportu i usług pocztowych na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych, o ile udzielają koncesji w związku z tą działalnością; dyrektywa koncesyjna, inaczej niż dyrektywa sektorowa, nie obejmuje koncesji udzielanych przez podmioty działające w sektorze gospodarki wodnej.

Dyrektywę stosuje się z zastrzeżeniem art. 346 Traktatu, co oznacza, że żadne państwo członkowskie nie ma obowiązku udzielania informacji, których ujawnienie uznaje za sprzeczne z podstawowymi interesami jego bezpieczeństwa, oraz że każde państwo członkowskie może podejmować środki, jakie uważa za konieczne w celu ochrony podstawowych interesów jego bezpieczeństwa, a które odnoszą się do produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi; środki takie nie mogą negatywnie wpływać na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych.

Zarazem dyrektywa pozostaje bez wpływu na porozumienia, decyzje lub inne instrumenty prawne regulujące przekazanie uprawnień i obowiązków związanych z wykonywaniem zadań publicznych między instytucjami zamawiającymi lub podmiotami zamawiającymi lub grupami instytucji zamawiających lub podmiotów zamawiających, które nie przewidują wypłaty wynagrodzenia za realizację zadań określonych w umowie, uznając je za kwestię, która podlega uregulowaniom wewnętrznym.

Zgodnie ze sformułowaną w art. 2 zasadą swobodnego administrowania przez organy władzy publicznej, dyrektywa uznaje i potwierdza prawo państw członkowskich i organów publicznych do określania środków administracyjnych, jakie ich zdaniem są najważniejsze w celu realizacji robót budowlanych i świadczenia usług w interesie publicznym. W szczególności dyrektywa w żaden sposób nie wpływa na swobodę decydowania przez państwa członkowskie i organy publiczne o tym, jak najlepiej zarządzać wykonaniem robót budowlanych lub świadcze-

361 Wzorem pozostałych dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych, próg stosowania dyrektywy koncesyjnej podlega raz na dwa lata korekcie zgodnie z mechanizmem określonym w art. 9, celem zapewnienia zgodności z progiem stosowania Porozumienia w sprawie zamówień rządowych (GPA); wartość progu oblicza się na podstawie średnich dziennych wartości euro w odniesieniu do specjalnych praw ciągnięcia (SDR), jednostki rozliczeniowej Światowej Organizacji handlu (WTO), z 24-miesięcznego okresu, którego koniec przypada na ostatni dzień sierpnia poprzedzającego korektę ze skutkiem od początku następnego roku; wartość progu poddanej takiej korekcie, w razie potrzeby, zaokrągla się w dół do pełnego tysiąca euro; raz na dwa lata ustalana jest również równowartość progu w walutach krajowych państw członkowskich, których walutą nie jest euro; podstawą ustalenia tych wartości są średnie dzienne kursy walut narodowych w stosunku do waluty unijnej z 24-miesięcznego okresu, którego koniec przypada na ostatni dzień sierpnia poprzedzającego korektę ze skutkiem od początku następnego roku.

362 Wskutek rozwiązań przyjętych w art. 8 ust. 2 dyrektywy dyrektywą nie są objęte koncesje, których wartość w chwili zawarcia umowy wynosi maksymalnie 6 223 200 euro czyli 26 292 398 złotych, pod warunkiem, że w chwili wszczęcia postępowania wartość oszacowana przez zamawiającego z należytą starannością nie przekraczała progu stosowania dyrektywy.

niem usług, aby zapewnić wysoki poziom jakości, bezpieczeństwa i przystępności, równe traktowanie i propagowanie powszechnego dostępu oraz praw użytkowników w dziedzinie usług publicznych. Organy publiczne zachowują prawo do decydowania o bezpośrednim wykonywaniu robót budowlanych lub świadczeniu usług na rzecz ogółu społeczeństwa, wykorzystując własne zasoby lub we współpracy z innymi organami, czy też o powierzeniu wykonywania tych robót lub świadczenia usług wykonawcom. Dyrektywa nie pociąga za sobą liberalizacji usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym – zarezerwowanych dla podmiotów publicznych lub prywatnych – ani prywatyzacji podmiotów publicznych świadczących usługi.

Ponadto, w myśl wyrażonej w art. 4 zasady swobody określania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, państwa członkowskie mają swobodę decydowania – zgodnie z traktatowymi zasadami równego traktowania, niedyskryminacji, przejrzystości i swobodnego przepływu osób – w zakresie organizacji świadczenia usług jako usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, jako usług o charakterze niegospodarczym świadczonych w interesie ogólnym lub jako połączenia tych rodzajów usług. Zgodnie z deklaracją zawartą w motywie 6 preambuły dyrektywa nie ogranicza swobody krajowych, regionalnych i lokalnych organów publicznych w zakresie definiowania, zgodnie z prawem unijnym, usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, ich zakresu oraz cech usług, jakie mają być świadczone, w tym warunków dotyczących jakości usług, tak aby mogły one realizować cele polityki publicznej. Jednocześnie dyrektywa nie narusza kompetencji krajowych, regionalnych i lokalnych organów w zakresie świadczenia, zlecenia świadczenia i finansowania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym zgodnie z art. 14 Traktatu oraz z Protokołem nr 26. Zarazem dyrektywa nie dotyczy finansowania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym i nie ma zastosowania do systemów pomocy udzielanej przez państwa członkowskie, w szczególności w dziedzinie polityki społecznej, zgodnie z unijnymi regułami konkurencji. Dyrektywa pozostaje też bez wpływu na ustawodawstwo państw członkowskich dotyczące zabezpieczenia społecznego. Wreszcie zakresem dyrektywy koncesyjnej nie są objęte świadczone w interesie ogólnym usługi o charakterze niegospodarczym.

4.3.2. Definicja

Koncesje zostały w art. 5 pkt 1 akapit pierwszy dyrektywy zdefiniowane jako umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, za pomocą których co najmniej jedna instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający powierza wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług [innych niż wykonanie robót budowlanych] i zarządzanie tymi usługami co najmniej jednemu wykonawcy w zamian za wynagrodzenie stanowiące albo

wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego lub prawo do wykonywania usług będących przedmiotem umowy, albo takie prawo wraz z płatnością. Jednocześnie zgodnie z art. 5 pkt 1 akapit drugi udzielenie koncesji na roboty budowlane lub usługi wiąże się z przeniesieniem na koncesjonariusza **ryzyka operacyjnego** związanego z eksploatacją tych obiektów lub wykonywaniem tych usług.

W odróżnieniu od definicji koncesji na usługi i koncesji na roboty budowlane obowiązujących na gruncie dyrektyw klasycznej i sektorowej z 2004 r. definicja koncesji wprowadzona w dyrektywie sektorowej uwzględnia element ryzyka operacyjnego, odzwierciedla dotychczasowy dorobek orzecznictwa w tym zakresie.

W wyroku w sprawie *Parking Brixen*³⁶³ Trybunał po raz pierwszy zwrócił uwagę, że cechą charakterystyczną koncesji jest przejęcie przez usługodawcę ryzyka związanego z prawem do wykonywania usług (pkt 40).

W orzeczeniu w sprawie *Eurawasser*³⁶⁴ Trybunał stwierdził, że nawet jeśli ryzyko ponoszone przez zamawiającego jest bardzo ograniczone ze względu na uregulowania prawa publicznego mające zastosowanie w danym sektorze, w celu stwierdzenia istnienia koncesji na usługi niezbędne jest, by zamawiający przeniósł na koncesjonariusza całość lub znaczną część ponoszonego przez siebie ryzyka prowadzenia tej działalności (pkt 77).

W wyroku w sprawie *Oymanns*³⁶⁵ Trybunał zwrócił uwagę, że rodzajem ryzyka związanego z prowadzeniem działalności, stanowiącym okoliczność charakteryzującą pozycję koncesjonariusza w ramach koncesji usług, jest ryzyko związane z uzyskaniem swego wynagrodzenia i niewypłacalnością klientów indywidualnych (pkt 74).³⁶⁶

W orzeczeniu w sprawie *Privater Rettungsdienst*³⁶⁷ wskazał, że ryzyko prowadzenia działalności związane ze świadczeniem usług należy rozumieć jako **ryzyko narazenia na niebezpieczeństwa rynku**, które może się przekładać na:

- ryzyko konkurencji ze strony innych wykonawców,

363 Orzeczenie z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 *Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG*, ECLI:EU:C:2005:605.

364 Orzeczenie z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-206/08 *Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreismunicipalitäten (WAZV Gotha) przeciwko Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH*, ECLI:EU:C:2009:540.

365 Orzeczenie z dnia 11 czerwca 2009 r. w sprawie C-300/07 *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik przeciwko AOK Rheinland/Hamburg*, ECLI:EU:C:2009:358.

366 W ocenie Trybunału w tej sprawie przedsiębiorca ponosił pewne ryzyko, w zakresie w jakim jego produkty i usługi mogą nie być poszukiwane przez ubezpieczonych, jednak ryzyko to nie było wystarczające do uznania umowy za koncesję: przedsiębiorca nie ponosił ryzyka związanego z uzyskaniem swego wynagrodzenia i niewypłacalnością klientów indywidualnych, jako że kasa chorych jest z prawnego punktu widzenia jedynym dłużnikiem w zakresie tego wynagrodzenia; ponadto, będąc wystarczająco wyposażonym z punktu widzenia świadczenia swych usług, nie musiał on ponieść znaczących wydatków przed zawarciem indywidualnej umowy z ubezpieczonym; wreszcie, ilość ubezpieczonych mających syndrom stopy cukrzycowej, którzy mogą się do niego zwrócić była znana, wobec czego mógł on w rozsądny sposób przewidzieć ilość wniosków w tym zakresie.

367 Orzeczenie z dnia 10 marca 2011 r. w sprawie C-274/09 *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler przeciwko Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau*, ECLI:EU:C:2011:130.

- ryzyko braku równowagi pomiędzy popytem a popytem na usługi,
- ryzyko niewypłacalności ze strony dłużników winnych opłat za świadczone usługi,
- ryzyko braku pełnego pokrycia wydatków przychodami lub ryzyko odpowiedzialności za szkodę powstałą w wyniku uchybienia w świadczeniu usług (pkt 37).

Natomiast ryzyko tego rodzaju, jak

- ryzyko nieprawidłowego zarządzania przedsiębiorstwem lub
- ryzyko popełnienia przez wykonawcę błędów w ocenie

nie jest decydujące dla celów zakwalifikowania umowy jako zamówienie publiczne lub jako koncesja na usługi, bowiem te rodzaje ryzyka są związane z każdą umową, niezależnie od tego, czy chodzi o zamówienie publiczne, czy też o koncesję na usługi (pkt 38).³⁶⁸

Echa tych orzeczeń można odnaleźć w treści preambuły i części normatywnej dyrektywy koncesyjnej:

W myśl motywu 18 preambuły główna cecha koncesji, czyli prawo do eksploatacji obiektów budowlanych lub wykonywania usług, zawsze pociąga za sobą przeniesienie na koncesjonariusza ryzyka operacyjnego o charakterze ekonomicznym wiążącego się z możliwością, 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 część ryzyka ponosi zamawiający. Stosowanie przepisów szczególnych regulujących udzielanie koncesji nie byłoby uzasadnione, gdyby zamawiający uwalniał wykonawcę od wszelkich potencjalnych strat, gwarantując minimalny przychód, co najmniej równy poczynionym inwestycjom i kosztom, które wykonawca musi ponieść w związku z wykonaniem umowy. Z drugiej strony porozumienia, na mocy których wynagrodzenie wypłaca wprawdzie wyłącznie zamawiający, ale w przypadku których odzyskanie nakładów inwestycyjnych i kosztów poniesionych przez wykonawcę w celu wykonania robót budowlanych lub świadczenia usług uzależnione jest od faktycznego zainteresowania potencjalnych użytkowników, powinny kwalifikować się jako koncesje.

Zgodnie z motywem 19 preambuły fakt, że ryzyko jest od początku ograniczone, nie powinien wykluczać zakwalifikowania umowy jako koncesji.

Jak wskazuje motyw 20 preambuły, ryzyko operacyjne 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

³⁶⁸ W tej sprawie za ryzyko wystarczające do uznania umowy za koncesję na usługi Trybunał uznał okoliczność, że wysokość opłat za korzystanie z omawianych usług zależała od wyników negocjacji prowadzonych co roku z osobami trzecimi i wykonawca nie miał gwarancji pełnego pokrycia kosztów poniesionych w ramach prowadzenia działalności zgodnie z zasadami ustanowionymi przez prawo krajowe.

siły wyższej nie są decydujące przy klasyfikowaniu koncesji, ponieważ te ryzyka są częścią każdej umowy, niezależnie od tego, czy chodzi o zamówienie publiczne czy o koncesję. Ryzyko operacyjne powinno być rozumiane jako ryzyko narażenia na niebezpieczeństwa rynku, które może polegać albo na ryzyku związanym z popytem lub podażą, albo na ryzyku związanym zarówno z podażą, jak i z popytem.

Zgodnie z art. 5 pkt 1 akapit drugi uznaje się, że koncesjonariusz przejmuje ryzyko operacyjne, jeśli w normalnych warunkach funkcjonowania nie ma gwarancji odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych lub kosztów poniesionych w związku z eksploatacją obiektów budowlanych lub wykonywaniem usług będących 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.

4.3.3. Wartość

Na mocy art. 8 dyrektywy wartością koncesji jest całkowity obrót koncesjonariusza wytworzony podczas okresu obowiązywania umowy, bez VAT, oszacowany przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, z tytułu wynagrodzenia za roboty budowlane i usługi będące przedmiotem koncesji oraz dostawy towarzyszące takim robotom i usługom. Zamawiający dokonuje oszacowania tej wartości przy użyciu obiektywnej metody wskazanej w dokumentach koncesji. Dyrektywa podaje przykładowe wyliczenie elementów, które powinna taka obiektywna metoda szacowania wartości koncesji zawierać. Do takich elementów zaliczają się w szczególności: (i) przychody z opłat i kar uiszczanych przez użytkowników robót budowlanych lub usług inne niż te pobierane w imieniu instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego i (ii) płatności lub jakiegokolwiek korzyści finansowe niezależnie od ich postaci, przekazywane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający albo jakiegokolwiek inny organ publiczny koncesjonariuszowi, co obejmuje rekompensatę z tytułu spełnienia obowiązku świadczenia usługi publicznej i publiczne dotacje inwestycyjne, a także (iii) wartość wszelkich opcji i ewentualne przedłużenie okresu obowiązywania koncesji, (iv) wartość dotacji lub wszelkich innych korzyści finansowych w jakiegokolwiek formie od osób trzecich z tytułu realizacji koncesji, (v) przychody ze sprzedaży wszelkich aktywów wchodzących w skład koncesji, (vi) wartość wszelkich dostaw i usług udostępnianych koncesjonariuszowi przez instytucje zamawiające lub podmioty zamawiające, pod warunkiem że są one niezbędne do wykonania robót budowlanych lub świadczenia usług, (viii) nagrody lub płatności na rzecz kandydatów lub oferentów.

W świetle wymienionych w art. 3 dyrektywy nadrzędnych zasad, jakimi powinni kierować się zamawiający w toku postępowania o udzielenie koncesji, oszacowanie wartości nie może zostać dokonane z zamiarem wyłączenia koncesji z zakresu stosowania dyrektywy.

Ustalenia wartości szacunkowej koncesji należy dokonać na dzień wysłania ogłoszenia o koncesji albo wszczęcia postępowania w inny sposób, jeśli zamawiający nie przewiduje publikacji ogłoszenia. Na mocy art. 8 ust. 2 akapit trzeci do-

puszczalny margines błędu wynosi 20 %. Gdyby okazało się, że wartość koncesji w chwili jej udzielania jest o ponad 1/5 wyższa od wartości szacunkowej ustalonej w momencie wszczęcia postępowania i jednocześnie osiąga próg stosowania dyrektywy, mimo że w momencie wszczęcia postępowania wartość szacunkowa tego progu nie osiągała, konieczne będzie powtórzenie procedury zgodnie z wymaganiami określonymi w dyrektywie.

Jak w przypadku zamówień klasycznych i sektorowych, w przypadku koncesji udzielanych w częściach, wartością koncesji jest całkowita wartość wszystkich części. Jeżeli łączna wartość wszystkich części przekracza próg stosowania dyrektywy, dyrektywę stosuje się do udzielenia każdej z tych części.

4.3.4. Wyłączenia

Wyłączenia spod obowiązku stosowania dyrektywy koncesyjnej powielają wyłączenia spod obowiązku stosowania nowych dyrektyw klasycznej³⁶⁹ i sektorowej³⁷⁰ oraz dyrektywy obronnej³⁷¹. Jedynymi wyłączeniami, których nie znajdziemy w żadnej z pozostałych dyrektyw, są:

- ⇒ wyłączenie dotyczące koncesji udzielanych w sektorze gospodarki wodnej: zgodnie z art. 12 dyrektywy dyrektywa nie ma zastosowania do koncesji udzielonych na (i) zapewnianie lub obsługę stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług dla odbiorców publicznych w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją wody pitnej oraz (ii) dostawę wody pitnej do takich sieci, ani do koncesji związanych z taką działalnością, których przedmiot stanowią (iii) projekty dotyczące inżynierii wodnej, nawadniania lub melioracji, pod warunkiem że ilość wody wykorzystywanej do celów dostaw wody pitnej stanowi ponad 20 % łącznej ilości wody dostępnej dzięki wspomnianym projektom lub instalacjom nawadniającym lub melioracyjnym; lub (iv) odprowadzanie lub oczyszczanie ścieków
- ⇒ wyłączenie koncesji na usługi transportu lotniczego świadczone w oparciu o udzieloną koncesję w rozumieniu rozporządzenia nr 1008/2008³⁷²

369 Dyrektywa nie ma zastosowania m.in. do koncesji do koncesji między podmiotami w sektorze publicznym (współpraca publiczno-publiczna), koncesji w dziedzinie łączności elektronicznej, koncesji udzielanych na podstawie prawa wyłącznego (chyba że takie prawo zostało przyznane na podstawie przepisów, które nie przewidują obowiązków w zakresie przejrzystości; w takim przypadku należy opublikować ogłoszenie o udzieleniu koncesji).

370 Dyrektywa nie ma zastosowania do koncesji udzielanych przedsiębiorstwu powiązanemu, koncesji udzielanych przedsiębiorstwu typu *joint venture* lub podmiotowi wchodzącemu w skład przedsiębiorstwa typu *joint venture*, przy zachowaniu takich samych obowiązków informacyjnych jak na gruncie dyrektywy sektorowej, a także do koncesji udzielanych na potrzeby prowadzenia działalności w państwie trzecim bez fizycznego wykorzystania sieci lub obszaru geograficznego w ramach Unii Europejskiej; dyrektywa nie będzie miała także zastosowania do koncesji udzielanych przez podmioty prowadzące działalność bezpośrednio podlegającą konkurencji na rynku, do którego dostęp nie jest ograniczony, co zostanie stwierdzone zgodnie z procedurą przewidzianą w nowej dyrektywie sektorowej.

371 Tytułem przykładu, dyrektywa nie ma zastosowania do koncesji udzielanych przez rząd innemu rządowi, odnoszących się do robót budowlanych i usług bezpośrednio związanych ze sprzętem wojskowym lub sprzętem newralgicznym lub robotami budowlanymi i usługami przeznaczonymi specjalnie na cele wojskowe, bądź robotami budowlanymi i usługami mającymi newralgiczny charakter.

372 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1008/2008 z dnia 24 września 2008 r. w sprawie wspól-

- ⇒ wyłączenie koncesji na usługi publiczne w zakresie transportu pasażerskiego w rozumieniu rozporządzenia nr 1370/2007³⁷³
- ⇒ wyłączenie koncesji na usługi prowadzenia loterii objęte kodem CPV 92351199-7 udzielonych na podstawie prawa wyłącznego przyznanego w procedurze bez ogłoszenia publicznego na mocy obowiązujących krajowych przepisów ustawowych, wykonawczych lub opublikowanych przepisów administracyjnych zgodnych z Traktatem: dyrektywa pozostaje bez wpływu na możliwość wyboru przez państwa członkowskie, zgodnie z prawem unijnym, metod organizowania i kontroli działalności związanej z hazardem i zakładami, w tym poprzez zezwolenia. Wyłączenie to jest uzasadnione przyznaniem wyłącznego prawa jednemu podmiotowi, co wyklucza zastosowanie procedury konkurencyjnej, a także koniecznością zachowania przez państwa członkowskie możliwości regulowania sektora gier na szczeblu krajowym z powodu obowiązku ochrony porządku publicznego i społecznego.

4.3.5. Zasady dotyczące udzielania koncesji (zasady ogólne, gwarancje proceduralne)

4.3.5.1. Ramy ogólne

W myśl art. 30 dyrektywy koncesyjnej zamawiającemu przysługuje swoboda w kształtowaniu postępowania o udzielenie koncesji. Tę swobodę ograniczają jedynie ogólne ramy nakreślone dyrektywą. Nadrzędne znaczenie mają wymienione w art. 3 dyrektywy zasady równego traktowania wykonawców i niedyskryminacji oraz działania w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Jak doprecyzowano w art. 30 ust. 2, wynika z nich w szczególności zakaz udzielania przez zamawiającego informacji w sposób dyskryminacyjny, który mógłby zapewnić niektórym wykonawcom jakąkolwiek przewagę nad innymi.

W pierwszej kolejności dyrektywa w art. 31 wymaga, by postępowanie o udzielenie koncesji było wszczynane publikacją ogłoszenia o koncesji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Wyjątek od obowiązku publikacji ogłoszenia o koncesji uczyniono jedynie na rzecz dwóch rodzajów sytuacji:

- ⇒ roboty budowlane lub usługi mogą zostać wykonane lub mogą być świadczone jedynie przez konkretnego wykonawcę z jednego z następujących powodów: a) celem koncesji jest stworzenie lub nabycie unikatowego dzieła sztuki lub działania artystycznego; b) braku konkurencji ze względów technicznych; c) istnienia prawa wyłącznego; d) ochrony praw własności intelektualnej oraz praw wyłącznych³⁷⁴

nych zasad wykonywania przewozów lotniczych na terenie Wspólnoty (Dz. Urz. UE nr L 293 z 31.10.2008, str. 3).

373 Rozporządzenie (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 (Dz. Urz. UE nr L 315 z 03.12.2007, str. 1).

374 Wyjątki określone w lit. b), c) i d) mają zastosowanie wyłącznie w przypadku, gdy nie istnieje inne rozsądne rozwiązanie alternatywne lub zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem sztucznego zawężenia parametrów udzielenia koncesji.

- ⇒ w toku procedury z uprzednim ogłoszeniem nie złożono żadnego wniosku, żadnej oferty, żadnej odpowiedniej oferty ani żadnego odpowiedniego wniosku, pod warunkiem że początkowe warunki umowy koncesji nie ulegają zasadniczym zmianom.³⁷⁵

Nie przesądzając, jaką procedurę należy zastosować, dyrektywa wyraźnie dopuszcza możliwość prowadzenia negocjacji zamawiającego z wykonawcą.

Dyrektywa koncesyjna, w odróżnieniu od nowych dyrektyw klasycznej i sektorowej, nie narzuca zamawiającym porozumiewania się z wykonawcami za pomocą środków elektronicznych. Korzystanie z elektronicznych środków komunikacji jest obowiązkowe jedynie w dwóch przypadkach:

- ⇒ przekazywania ogłoszeń do publikacji w Dzienniku Urzędowym oraz
- ⇒ zapewnienia nieograniczonego, pełnego, bezpośredniego i bezpłatnego dostępu do dokumentów koncesji.

Dyrektywa koncesyjna określa minimalne terminy składania wniosków i ofert. Natomiast po zawarciu umowy dyrektywa wymaga publikacji ogłoszenia o udzieleniu koncesji.

Wykonawcom, którzy mają lub mieli interes w uzyskaniu koncesji i którzy ponieśli lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia prawa unijnego w dziedzinie zamówień publicznych lub krajowych przepisów transponujących to prawo, przysługują środki odwoławcze od decyzji podjętych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie koncesji.

4.3.5.2. Ogłoszenia

Dyrektywa koncesyjna przewiduje pięć rodzajów ogłoszeń: (i) ogłoszenie o koncesji, (ii) wstępne ogłoszenie informacyjne dotyczące koncesji na usługi społeczne i inne szczególne usługi, (iii) ogłoszenie o udzieleniu koncesji, (iv) ogłoszenie o udzieleniu koncesji na usługi społeczne i inne szczególne usługi oraz (v) ogłoszenie o modyfikacji koncesji w okresie jej obowiązywania.

Postępowanie o udzielenie koncesji wszczynane jest ogłoszeniem o koncesji, które musi zawierać dwa podstawowe elementy: (1) opis koncesji i (2) opis warunków udziału. Kryteria udzielenia koncesji muszą znaleźć się w ogłoszeniu tylko w sytuacji gdy nie zostały wskazane w innych dokumentach koncesji. Treść ogłoszenia o koncesji określa załącznik V.³⁷⁶

375 Oferta uznawana jest za nieodpowiednią, jeżeli nie odpowiada koncesji, ponieważ w oczywisty sposób bez istotnych zmian nie może spełnić potrzeb i wymogów instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego określonych w dokumentach koncesji; wniosek jest uznawany za nieodpowiedni, jeżeli (i) dany wnioskodawca jest lub może zostać wykluczony lub nie spełnia kryteriów wyboru ustanowionych przez zamawiającego; (ii) wnioski obejmują nieodpowiednie oferty w powyższym rozumieniu.

376 Zgodnie z załącznikiem V ogłoszenie o koncesji powinno zawierać co najmniej następujące informacje: 1) Nazwa, numer identyfikacyjny (jeżeli przewidziany w przepisach krajowych), adres łącznie z kodem NUTS, numer telefonu, numer faksu, adres e-mail i adres internetowy instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego oraz, jeśli są różne, biura, w którym można uzyskać dodatkowe informacje. 2) Rodzaj instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego oraz

Postępowanie o udzielenie koncesji na usługi społeczne i inne szczególne usługi wymienione w załączniku IV³⁷⁷ wszczynane jest wstępnym ogłoszeniem informacyjnym, którego treść została określona w załączniku VI.³⁷⁸

Ogłoszenie o udzieleniu koncesji należy przekazać Urzędowi Publikacji nie później niż w terminie 48 dni od dnia zawarcia umowy. W przypadku koncesji na usługi społeczne i inne szczególne usługi takie ogłoszenia mogą być grupowane kwartalnie. Zgrupowane ogłoszenia o udzieleniu koncesji na usługi społeczne i inne szczególne usługi należy przekazać do publikacji nie później niż w terminie 48 dni od zakończe-

główny rodzaj prowadzonej działalności. 3) Jeżeli wnioski mają zawierać oferty: adres e-mail lub adres internetowy, pod którym umożliwiony zostanie nieodpłatnie nieograniczony i pełny bezpośredni dostęp do dokumentów koncesji. Jeżeli nieograniczony, pełny, bezpośredni i bezpłatny dostęp nie jest możliwy w przypadkach wymienionych w art. 34 ust. wskazanie, jak można uzyskać dokumenty zamówienia. 4) Opis koncesji: charakter i zakres robót budowlanych, charakter i zakres usług, rząd wielkości lub szacunkowa wartość i, w miarę możliwości, okres obowiązywania umowy. Jeżeli koncesja jest podzielona na części, informacje podaje się dla każdej części. W stosownych przypadkach opis wszelkich opcji. 5) Kody CPV. Jeżeli koncesja jest podzielona na części, informacje podaje się dla każdej części. 6) Kod NUTS dla głównej lokalizacji robót budowlanych w przypadku koncesji na roboty budowlane lub kod NUTS dla głównego miejsca realizacji w przypadku koncesji na usługi; jeżeli koncesja jest podzielona na części, informacje podaje się dla każdej części. 7) Warunki udziału, w tym: a) w stosownych przypadkach wskazanie, czy koncesja zastrzeżona jest dla zakładów pracy chronionej lub czy jej realizacja ograniczona jest do programów zatrudnienia osób niepełnosprawnych; b) w stosownych przypadkach wskazanie, czy świadczenie usługi jest zastrzeżone przepisami ustawowymi, wykonawczymi lub administracyjnymi dla określonych zawodów; odniesienia do odpowiednich przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych; c) w stosownych przypadkach wykaz i krótki opis kryteriów kwalifikacji; minimalne poziomy ewentualnie wymaganych standardów; wskazanie wymaganych informacji (oświadczenia własne, dokumentacja). 8) Termin składania wniosków lub składania ofert. 9) Kryteria, które zastosowane zostaną przy udzieleniu koncesji, o ile nie figurują w innych dokumentach koncesji. 10) Data wysłania ogłoszenia. 11) Nazwa i adres organu odpowiedzialnego za procedury odwoławcze oraz, w stosownych przypadkach, procedury mediacyjne. Dokładne informacje dotyczące terminu przewidzianego dla składania odwołań lub, w razie potrzeby, nazwa, adres, numeru telefonu, numer faksu i adres e-mail biura, w którym można uzyskać takie informacje. 12) W stosownych przypadkach szczególne warunki, którym podlega realizacja koncesji. 13) Adres, na który należy przekazywać wnioski lub oferty. 14) W stosownych przypadkach informacja o wymogach i warunkach dotyczących stosowania środków komunikacji elektronicznej. 15) Informacja, czy koncesja jest związana z projektem lub programem finansowanym ze środków Unii. 16) W przypadku koncesji na roboty budowlane, informacja, czy koncesja jest objęta Porozumieniem GPA.

377 Katalog usług społecznych i innych szczególnych usług z załącznika IV dyrektywy koncesyjnej jest identyczny z katalogami tych usług w nowych dyrektywach klasycznej i sektorowej.

378 Zgodnie z załącznikiem VI wstępne ogłoszenie informacyjne dotyczące koncesji na usługi społeczne i inne szczególne usługi powinno zawierać co najmniej następujące informacje: 1) Nazwa, numer identyfikacyjny (jeżeli przewidziany w przepisach krajowych), adres łącznie z kodem NUTS, numer telefonu, numer faksu, adres e-mail i adres internetowy instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego oraz, jeśli są różne, biura, w którym można uzyskać dodatkowe informacje. 2) W stosownych przypadkach, adres e-mail lub adres internetowy, pod którym umożliwiony zostanie dostęp do specyfikacji i wszelkich dokumentów potwierdzających. 3) Rodzaj instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego oraz główny rodzaj prowadzonej działalności. 4) Kody CPV; jeżeli zamówienie jest podzielone na części, informacje podaje się dla każdej części. 5) Kod NUTS dla głównego miejsca realizacji w przypadku koncesji na usługi. 6) Opis usług, szacunkowy rząd wielkości lub wartość. 7) Warunki udziału. 8) W stosownych przypadkach, termin(-y) zgłoszenia się do instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego w celu udziału. 9) W stosownych przypadkach, krótki opis głównych aspektów procedury udzielania koncesji, jaka zostanie zastosowana. 10) Wszelkie inne istotne informacje.

nia każdego kwartału. Treść ogłoszenia o udzieleniu koncesji określa załącznik VII,³⁷⁹ a w przypadku koncesji na usługi społeczne i inne szczególne usługi – załącznik VIII.³⁸⁰

W przypadku dokonania, na warunkach określonych w art. 43 ust. 1 lit. b) i c) dyrektywy, zmiany umowy koncesji w zakresie objęcia umową koncesji dodatkowych robót budowlanych lub usług oraz modyfikacji z powodu nieprzewidywalnych okoliczności, na zamawiających spoczywa obowiązek przekazania do publikacji ogłoszenia o modyfikacji umowy, którego treść została określona w załączniku XI.³⁸¹

- 379 Zgodnie z załącznikiem VII ogłoszenie o udzieleniu koncesji powinno zawierać co najmniej następujące informacje: 1) Nazwa, numer identyfikacyjny (jeżeli przewidziany w przepisach krajowych), adres łącznie z kodem NUTS, a w stosownych przypadkach: numer telefonu, numer faksu, adres e-mail i adres internetowy instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego oraz, jeśli są różne, biura, w którym można uzyskać dodatkowe informacje. 2) Rodzaj instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego oraz główny rodzaj prowadzonej działalności. 3) Kody CPV. 4) Kod NUTS dla głównej lokalizacji robót budowlanych w przypadku koncesji na roboty budowlane lub kod NUTS dla głównego miejsca realizacji w przypadku koncesji na usługi. 5) Opis koncesji: charakter i zakres robót budowlanych, charakter i zakres usług, okres obowiązywania umowy. Jeżeli koncesja jest podzielona na części, informacje podaje się dla każdej części. W stosownych przypadkach opis wszelkich opcji. 6) Opis zastosowanej procedury udzielenia koncesji, w przypadku udzielenia koncesji bez uprzedniej publikacji – uzasadnienie. 7) Kryteria, o których mowa w art. 41, zastosowane w celu udzielenia koncesji. 8) Data lub daty decyzji o udzieleniu koncesji. 9) Liczba otrzymanych ofert w odniesieniu do każdej udzielonej koncesji, w tym: a) liczba ofert otrzymanych od wykonawców należących do kategorii małych i średnich przedsiębiorstw; b) liczba ofert otrzymanych z zagranicy; c) liczba ofert otrzymanych drogą elektroniczną. 10) Dla każdego udzielonego zamówienia: nazwa, adres łącznie z kodem NUTS, a w stosownych przypadkach: numer telefonu, numer faksu, adres e-mail i adres internetowy zwycięskiego oferenta (zwycięskich oferentów), w tym: a) informacja, czy zwycięski oferent należy do kategorii małych i średnich przedsiębiorstw; b) informacja, czy koncesja została udzielona konsorcjum. 11) Wartość i główne warunki finansowe dotyczące udzielonej koncesji, w tym: a) opłaty, ceny i kary, jeżeli jakieś nałożono; b) nagrody i płatności, jeżeli jakieś miały miejsce; c) wszelkie inne szczegóły związane z wartością koncesji zgodnie z art. 8 ust. 3. 12) Informacja, czy koncesja jest związana z projektem lub programem finansowanym ze środków Unii. 13) Nazwa i adres organu odpowiedzialnego za procedury odwoławcze oraz, w stosownych przypadkach, za procedury mediacyjne. Dokładne informacje dotyczące terminu przewidzianego dla procedur odwoławczych lub, w razie potrzeby, nazwa, adres, numer telefonu, numer faksu i adres e-mail biura, w którym można uzyskać takie informacje. 14) Data(-y) oraz odniesienie(-a) do wcześniejszych publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, istotnych dla koncesji, której(-ych) dotyczy dane ogłoszenie. 15) Data wysłania ogłoszenia. 16) Metoda wykorzystywana do obliczania szacunkowej wartości koncesji, jeżeli nie jest określona w innych dokumentach koncesji zgodnie z art. 8. 17) Wszelkie inne istotne informacje.
- 380 Zgodnie z załącznikiem VIII ogłoszenie o udzieleniu koncesji na usługi społeczne i inne szczególne usługi powinno zawierać co najmniej następujące informacje: 1) Nazwa, numer identyfikacyjny (jeżeli przewidziany w przepisach krajowych), adres łącznie z kodem NUTS, w stosownych przypadkach, numer telefonu, numer faksu, adres e-mail i adres internetowy instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego oraz, jeśli są różne, biura, w którym można uzyskać dodatkowe informacje. 2) Rodzaj instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego oraz główny rodzaj prowadzonej działalności. 3) Kody CPV; jeżeli zamówienie jest podzielone na części, informacje podaje się dla każdej części. 4) Streszczenie przedmiotu koncesji. 5) Ilość otrzymanych ofert. 6) Wartość zwycięskiej oferty łącznie z opłatami i cenami. 7) Nazwa, adres łącznie z kodem NUTS, numer telefonu, numer faksu, adres e-mail i adres internetowy zwycięskiego wykonawcy (zwycięskich wykonawców). 8) Wszelkie inne istotne informacje.
- 381 Zgodnie z załącznikiem XI ogłoszenie o modyfikacji koncesji w okresie jej obowiązywania powinno zawierać co najmniej następujące informacje: 1) Nazwa, numer identyfikacyjny (jeżeli przewidziany w przepisach krajowych), adres łącznie z kodem NUTS, numer telefonu, numer faksu, adres e-mail i adres internetowy instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego oraz, jeśli są różne, biura, w którym można uzyskać dodatkowe informacje. 2) Kody CPV. 3) Kod NUTS dla głównej lokalizacji robót budowlanych w przypadku koncesji na roboty budowlane lub kod NUTS dla głównego miejsca realizacji w przypadku koncesji na usługi. 4) Opis koncesji przed modyfikacją oraz po jej dokonaniu: charakter i zakres robót budowlanych, charakter i zakres usług. 5) W stosownych przypadkach, modyfikacja wartości koncesji, w tym wzrost cen lub opłat spowodowany modyfikacją. 6) Opis okoliczności, które spowodowały konieczność dokonania modyfikacji. 7) Data decyzji o udzieleniu koncesji. 8) W stosownych przypadkach, nazwa, adres łącznie z kodem NUTS, numer telefonu, numer faksu, adres e-mail i adres internetowy nowego wykonawcy lub nowych wykonawców. 9) Informacja, czy koncesja jest związana z projektem lub programem finansowa-

Standardowe formularze ogłoszeń zostaną przyjęte przez Komisję w drodze aktów wykonawczych przyjmowanych zgodnie z komitetową procedurą doradczą, o której mowa w art. 4 rozporządzenia 2011/182.³⁸² W tym zakresie swoją opinię wydaje ustanowiony na mocy decyzji Rady 71/306/EWG³⁸³ Komitet Doradczy ds. Zamówień Publicznych, w razie konieczności w drodze głosowania. W przypadku głosowania do wydania opinii potrzebna jest zwykła większość głosów wchodzących w jego skład członków. Decyzję o tym, jaki będzie ostateczny kształt przyjmowanego aktu wykonawczego, podejmuje Komisja, uwzględniając w jak największym stopniu wnioski płynące z dyskusji w ramach Komitetu oraz wydaną opinię.

4.3.5.3. Wymagania techniczne i funkcjonalne

Opisu koncesji dokonuje się za pomocą wymagań technicznych i funkcjonalnych. Przepis art. 36 dyrektywy regulujący wymagania techniczne i funkcjonalne częściowo wzorowany jest na przepisach dotyczących specyfikacji technicznych na gruncie zamówień klasycznych i sektorowych.³⁸⁴

Zgodnie z art. 36 ust. 1 wymagania techniczne i funkcjonalne określają wymagane **cechy charakterystyczne** robót budowlanych lub usług będących przedmiotem koncesji. Znajdują się one w dokumentach koncesji. Jak w przypadku zamówień klasycznych i sektorowych, te cechy charakterystyczne mogą odnosić się również do konkretnego procesu produkcyjnego, realizacji zamówionych robót budowlanych lub świadczenia usług, pod warunkiem że są powiązane z przedmiotem koncesji i proporcjonalne do jej wartości oraz celów. Zgodnie ze wskazówkami zawartymi w motywie 67 preambuły, konkretny proces produkcyjny może obejmować wymagania dotyczące dostępności dla osób niepełnosprawnych lub poziomów oddziaływania na środowisko.

Inaczej niż w przypadku specyfikacji technicznych na gruncie pozostałych dyrektyw,³⁸⁵ klasycznej i sektorowej dyrektywa koncesyjna nie zawiera zamkniętego katalogu dopuszczalnych sposobów określenia wymagań technicznych i funkcjonalnych. Wyliczenie w art. 36 akapit drugi ma charakter przykładowy i mniej sformalizowany niż katalogi dopuszczalnych specyfikacji technicznych zawarte w innych dyrektywach. Te cechy charakterystyczne mogą obejmować:

nym ze środków Unii. 10) Nazwa i adres organu odpowiedzialnego za procedury odwoławcze oraz, w stosownych przypadkach, za procedury mediacyjne. Dokładne informacje dotyczące terminu przewidzianego dla procedur odwoławczych lub, w razie potrzeby, nazwa, adres, numer telefonu, numer faksu i adres e-mail biura, w którym można uzyskać takie informacje. 11) Data(-y) oraz odniesienie(-a) do wcześniejszych publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, istotnych dla koncesji, której(-ych) dotyczy dane ogłoszenie. 12) Data wystania ogłoszenia. 13) Wszelkie inne istotne informacje.

382 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 182/2011 z dnia 16 lutego 2011 r. ustanawiające przepisy i zasady ogólne dotyczące trybu kontroli przez państwa członkowskie wykonywania uprawnień wykonawczych przez Komisję (Dz. Urz. UE nr L 55 z 28.02.2011, str. 13).

383 Decyzja Rady z dnia 26 lipca 1971 r. ustanawiająca Komitet Doradczy ds. Zamówień Publicznych na Roboty Budowlane (Dz. Urz. WE nr L 185 z 16.8.1971, str. 15; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 01, t. 1, str. 54).

384 Por. dyrektywa 2014/24/UE, art. 42 i dyrektywa 2014/25/UE, art. 60.

385 Por. dyrektywa 2014/24/UE, art. 42 i dyrektywa 2014/25/UE, art. 60; zob. także dyrektywa 2009/81/WE, art. 18.

- ⇒ poziomy jakości,
- ⇒ poziomy oddziaływania na środowisko i klimat,
- ⇒ dostosowanie projektu do wszystkich potrzeb (w tym dostępność dla osób niepełnosprawnych)
- ⇒ ocenę zgodności,
- ⇒ wydajność,
- ⇒ bezpieczeństwo
- ⇒ wymiary,
- ⇒ terminologię,
- ⇒ symbole,
- ⇒ testy i metody testowania,
- ⇒ oznakowanie i etykietowanie
- ⇒ instrukcje użytkownika.

Zarazem, w zakresie w jakim nie jest to uzasadnione przedmiotem koncesji, wymagania techniczne i funkcjonalne nie mogą zawierać odniesienia do znaku handlowego, patentu, typu bądź konkretnego sposobu produkcji, ani do konkretnej marki lub źródła, ani do szczególnego procesu charakteryzującego produkty lub usługi świadczone przez konkretnego wykonawcę, które mogłyby prowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania pewnych przedsiębiorstw lub produktów. Stosowanie takich odniesień dopuszcza się wyjątkowo, jeżeli opisanie przedmiotu koncesji w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób jest niemożliwe. Takim odniesieniom zawsze muszą towarzyszyć słowa „lub równoważne”.

Jak wskazano w preambule, wymagania techniczne i funkcjonalne sporządzone przez instytucje zamawiające i podmioty zamawiające muszą umożliwiać otwarcie procesu udzielania koncesji na konkurencję. Inaczej mówiąc, ustalenie wymagań technicznych i funkcjonalnych, w myśl nadrzędnej zasady równego traktowania oraz podstawowych swobód traktatowych, nie może zostać dokonane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców lub niektórych robót budowlanych, dostaw lub usług.

W każdym przypadku oferty obejmujące roboty budowlane lub usługi, w tym dostawy towarzyszące takim robotom i usługom, zgodne w sposób równoważny z ustalonymi wymaganiami technicznymi i funkcjonalnymi koncesji powinny być uwzględnione przez zamawiającego. Zamawiającemu wolno odrzucić oferty ze względu na to, że proponowane przez wykonawcę roboty budowlane i usługi nie spełniają wymagań, tylko wtedy gdy wykonawca nie udowodni w ofercie, że proponowane rozwiązania spełniają te wymagania na zasadzie równoważności.

4.3.5.4. Gwarancje proceduralne

Ogólne ramy postępowania o udzielenie koncesji nakreślone zostały w art. 37, który jest przez to jednym z najważniejszych przepisów dyrektywy koncesyjnej. Na mocy tego przepisu zamawiający udziela koncesji na podstawie kryteriów ustalonych zgodnie z art. 41 dyrektywy po zweryfikowaniu że:

- ⇒ wykonawca nie podlega wykluczeniu,
- ⇒ wykonawca spełnia warunki udziału,
- ⇒ oferta spełnia wymagania minimalne, o ile zostały określone.

Wymagania minimalne, w myśl art. 37 ust. 1 akapit drugi, oznaczają warunki i cechy charakterystyczne (w szczególności techniczne, fizyczne, funkcjonalne i prawne), które każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie koncesji powinien spełnić lub zapewnić.

Przepis art. 37 ust. 2 nakłada na zamawiającego obowiązek przedstawienia w ogłoszeniu wszczynającym postępowanie opisu koncesji i warunków udziału. Kryteria udzielenia koncesji i, o ile zostały określone, wymagania minimalne należy przedstawić w ogłoszeniu o koncesji, w zaproszeniu do składania ofert lub w innych dokumentach koncesji.

Na podstawie art. 37 ust. 3 zamawiający może ograniczyć liczbę kandydatów lub oferentów do odpowiedniego poziomu, pod warunkiem że odbywa się to w sposób przejrzysty i w oparciu o obiektywne kryteria. Liczba zaproszonych kandydatów lub oferentów musi być wystarczająca do zapewnienia rzeczywistej konkurencji.

Zgodnie z art. 37 ust. 4 dyrektywy zamawiający ma obowiązek przedstawić opis i orientacyjny harmonogram planowanego postępowania wszystkim uczestnikom. Wszyscy uczestnicy są informowani o jakichkolwiek zmianach w tym harmonogramie, a w zakresie, w jakim zmiany te dotyczą elementów przedstawionych w ogłoszeniu o koncesji, są one przedstawiane wszystkim wykonawcom.

Mocą art. 37 ust. 5 zamawiający ma obowiązek zapewnić właściwe rejestrowanie głównych etapów postępowania, przy wykorzystaniu środków, jakie uzna za stosowne, pod warunkiem że będą przestrzegane obowiązki w zakresie poufności.

W myśl art. 37 ust. 6 zamawiający może prowadzić negocjacje z wykonawcami, z tym że negocjacje nie podlegają:

- ⇒ przedmiot koncesji,
- ⇒ kryteria udzielania koncesji oraz
- ⇒ wymagania minimalne.

4.3.5.5. Kwalifikacja podmiotowa

Zgodnie z art. 38 ust. 1 dyrektywy, ustalone przez zamawiającego warunki udziału postępowaniu w zakresie zdolności zawodowych i technicznych oraz sytuacji finansowej i ekonomicznej muszą być związane z przedmiotem koncesji i proporcjonalne oraz mieć na celu zapewnienie rzeczywistej konkurencji. Zamawiający weryfikuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców na podstawie ich oświadczeń własnych.

W myśl art. 38 ust. 2 wykonawca ubiegający się o udzielenie koncesji może polegać na zdolności innych podmiotów, pod warunkiem, że udowodni podmiotowi zamawiającemu, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami w ciągu całego okresu realizacji koncesji. Gdyby wykonawca miał zamiar powołać się na zdolność finansową podmiotu trzeciego, zamawiający może wymagać odpowiedzialności solidarnej wykonawcy i ewentualnych podmiotów trzecich za realizację koncesji. Na mocy art. 38 ust. 3 analogiczne uprawnienie przysługuje grupie wykonawców.

Mocą art. 38 ust. 4-8 zamawiający klasyczni (instytucje zamawiające) i ci spośród sektorowych, którzy są zarazem zamawiającymi w rozumieniu dyrektywy klasycznej, mają obowiązek wykluczenia z postępowania wykonawców ubiegających się o udzielenie koncesji w przypadkach identycznych z obligatoryjnymi przesłankami wykluczenia przewidzianymi w nowej dyrektywie klasycznej.³⁸⁶ Na mocy art. 38 ust. 7 wszyscy zamawiający udzielający koncesji mogą wykluczyć albo mogą zostać zobowiązani przez państwo członkowskie do wykluczenia wykonawcy znajdującego się z jednej z sytuacji, których katalog przypomina do złudzenia katalog fakultatywnych przesłanek wykluczenia przewidzianych nową dyrektywą klasyczną^{387,388} dodatkowo, w ślad za dyrektywą obronną, dyrektywa koncesyjna przewiduje przesłankę wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy na podstawie jakichkolwiek środków dowodowych, w tym chronionych źródeł danych, stwierdzono, że wykonawca nie posiada wiarygodności niezbędnej do wykluczenia ryzyka zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa.

W pozostałym zakresie przepisy regulujące kwalifikację wykonawców są odzwierciedleniem rozwiązań przyjętych na gruncie dyrektywy klasycznej.³⁸⁹

4.3.5.6. Terminy

Zgodnie z ogólną zasadą zamawiający ma obowiązek ustalania terminów składania wniosków lub ofert z uwzględnieniem, w szczególności, złożoności koncesji oraz czasu wymaganego do sporządzenia ofert lub wniosków. Jednocześnie dyrektywa zastrzega następujące terminy minimalne:

386 Zob. dyrektywa 2014/24/UE, art. 57 ust. 1-3.

387 Ibidem, art. 57 ust. 4.

388 W odróżnieniu od nowej dyrektywy klasycznej dyrektywa koncesyjna nie przewiduje przesłanki wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy zakłócenie konkurencji wynikające z wcześniejszego udziału wykonawców w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia nie może zostać wyeliminowane za pomocą mniej inwazyjnych środków, co wynika z faktu, że dyrektywa koncesyjna nie reguluje z wcześniejszego udziału wykonawców w przygotowaniu postępowania o udzielenie koncesji.

389 Zob. dyrektywa 2014/23/UE, art. 38 ust. 8-10; por. dyrektywa 2014/24/UE, art. 57 ust. 5-7.

- ⇒ 30-dniowy termin na składanie wniosków, liczony od dnia wysłania ogłoszenia o koncesji, niezależnie od tego, czy wnioski o koncesję obejmują oferty, czy też nie, oraz
- ⇒ 22-dniowy termin na składanie ofert wstępnych, liczony od dnia wysłania zaproszenia do składania ofert, z możliwością skrócenia o pięć dni, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert drogą elektroniczną.

W przypadku gdy wnioski lub oferty mogą zostać złożone jedynie po odbyciu wizyty na miejscu albo po dokonaniu na miejscu sprawdzenia dokumentów potwierdzających dokumenty dotyczące udzielenia koncesji, terminy składania wniosków o koncesje lub składania ofert należy ustalić tak, aby wszyscy zainteresowani wykonawcy mogli uzyskać wszystkie informacje niezbędne do sporządzenia wniosków lub ofert; w każdym przypadku są one dłuższe od powyższych terminów minimalnych.

4.3.5.7. Kryteria udzielenia koncesji

Zgodnie z art. 41 dyrektywy zamawiający udziela koncesji na podstawie **obiektywnych** kryteriów zgodnych z zasadami:

- równego traktowania
- niedyskryminacji
- przejrzystości
- proporcjonalności.

Ustalone przez zamawiającego kryteria udzielenia koncesji muszą gwarantować ocenę ofert w warunkach rzeczywistej konkurencji, a także pozwalać na ustalenie całościowej korzyści gospodarczej dla zamawiającego udzielającego koncesji.

Kryteria udzielenia koncesji muszą być związane z przedmiotem koncesji i nie mogą dawać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru. Mogą one obejmować, między innymi:

- ⇒ kryteria środowiskowe,
- ⇒ kryteria społeczne lub
- ⇒ kryteria związane z innowacyjnością.

W przypadku koncesji nie znajduje zastosowania ograniczenie w stosowaniu kryteriów związanych z właściwościami wykonawcy. Jedyne warunki, jakie muszą spełniać kryteria udzielenia koncesji, poza zgodnością ze wspomnianymi zasadami, są następujące:

- muszą mieć obiektywny charakter,
- muszą umożliwiać porównanie ofert w warunkach konkurencji,
- muszą umożliwiać ocenę korzyści ekonomicznej dla zamawiającego,
- muszą być związane z przedmiotem zamówienia.

W odróżnieniu od pozostałych dyrektyw w dziedzinie zamówień, na gruncie koncesji zasadą jest, że zamawiający udzielający koncesji podaje kryteria udzielenia koncesji w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego.³⁹⁰ Zmiana kolejności kryteriów możliwa jest wyjątkowo w przypadku przedłożenia innowacyjnych rozwiązań. Jeżeli zamawiający otrzyma ofertę zawierającą innowacyjne rozwiązania o wyjątkowym poziomie funkcjonalności, których przy zachowaniu staranności nie mógł przewidzieć, może zmienić kolejność kryteriów udzielania koncesji, by uwzględnić to innowacyjne rozwiązanie. W takim przypadku na zamawiającym spoczywa obowiązek poinformowania o takiej zmianie kolejności ważności kryteriów wszystkich oferentów i wysłania nowego zaproszenia do składania ofert, z zachowaniem minimalnych terminów składania ofert. Jeżeli kryteria udzielania koncesji zostały opublikowane w momencie opublikowania ogłoszenia o koncesji, zamawiający ma obowiązek przekazania do publikacji nowego ogłoszenia o koncesji, przy zachowaniu odpowiednich terminów minimalnych. W żadnym wypadku taka zmiana kolejności kryteriów nie może skutkować dyskryminacją któregośkolwiek z wykonawców.

4.3.5.8. Okres, na jaki zawierana jest umowa (okres obowiązywania) koncesji

W wyroku w sprawie *Engelmann*³⁹¹ Trybunał stwierdził, że udzielenie koncesji na okres piętnastu lat może przeszkodzić, a wręcz uniemożliwić, wykonywanie przez wykonawców znajdujących się w innych państwach członkowskich swobód zagwarantowanych przez art. 43 i art. 49 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (obecnie art. 49 i art. 56 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej) i stanowi tym samym ograniczenie w wykonywaniu tych swobód (pkt 46). Obawy te podzielił unijny prawodawca, wskazując w motywie 52 preambuły, że koncesje zawierane na bardzo długi okres mogą prowadzić do zamykania rynku, a tym samym utrudniać swobodny przepływ usług i swobodę przedsiębiorczości. Dostrzeżono jednocześnie, że zawarcie umowy koncesji na długi okres może być jednak uzasadnione specyfiką tego rodzaju umów. Koncesje są w praktyce złożonymi i długoterminowymi porozumieniami, na mocy których koncesjonariusz przyjmuje na siebie szereg obowiązków i ryzyko ponoszone z reguły przez zamawiających. Zawarcie umowy na dłuższy okres może być zatem niezbędne, aby umożliwić koncesjonariuszowi odzyskanie nakładów inwestycyjnych zaplanowanych na wykonanie koncesji oraz uzyskanie zwrotu z zainwestowanego kapitału.

W konsekwencji na mocy art. 18 dyrektywy umowy koncesyjne zawierane są na czas określony. Dyrektywa wprowadza domniemanie, że okres pięciu lat jest wystarczający dla odzyskania nakładów inwestycyjnych na wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług wraz ze zwrotem z zainwestowanego kapitału. W przypadku koncesji zawieranych na okres krótszy niż pięć lat nie ma potrze-

390 W przypadku zamówień klasycznych, sektorowych i obronnych zamawiający ma obowiązek wskazać względną wagę, jaką przypisuje każdemu z kryteriów wybranych do celów ustalenia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie; dopiero gdy przypisanie wagi nie jest możliwe z obiektywnych przyczyn, zamawiający wskazuje kryteria, porządkując je w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego (zob. dyrektywa 2014/24/UE, art. 67; dyrektywa 2014/25/UE, art. 82 i dyrektywa 2009/81/WE, art. 47).

391 Orzeczenie z dnia 9 września 2010 r. w sprawie C-64/08 *Postępowanie karne przeciwko Ernst Engelmann*, ECLI:EU:C:2010:506.

by obliczania maksymalnego okresu, na jaki może być zawarta umowa. Natomiast w przypadku zawarcia umowy na okres dłuższy niż pięć lat maksymalny okres, na jaki umowa może być zawarta, został ograniczony do okresu, podczas którego koncesjonariusz może odzyskać nakłady inwestycyjne na wykonanie robót budowlanych lub świadczenie usług, a także zapewnić sobie zwrot z zainwestowanego kapitału w normalnych warunkach funkcjonowania, z uwzględnieniem szczególnych zobowiązań umownych podjętych przez koncesjonariusza dotyczących, tytułem przykładu, poziomu jakości lub wysokości opłat ponoszonych przez użytkowników.

Szacunkowa ocena długości okresu, na jaki może być zawarta umowa, powinna być ważna w chwili udzielania koncesji. Takie szacunki powinny uwzględniać początkowe i kolejne inwestycje uznawane za konieczne w przypadku realizacji koncesji, w szczególności wydatki na infrastrukturę, prawa autorskie, patenty, sprzęt, logistykę, zatrudnienie, wyszkolenie personelu i wydatki początkowe.

Maksymalny okres obowiązywania koncesji powinien być wskazany w dokumentach koncesji, chyba że okres obowiązywania jest jednym z kryteriów udzielenia zamówienia.

Zgodnie ze wskazówką zawartą w preambule zamawiający powinni zawsze mieć możliwość udzielenia koncesji na okres krótszy niż okres konieczny do odzyskania poniesionych nakładów inwestycyjnych, pod warunkiem że ewentualna rekompensata przewidziana w takiej sytuacji nie eliminuje ryzyka operacyjnego. W przeciwnym razie umowa utraciłaby charakter umowy koncesyjnej.

Ewentualne wydłużenie okresu, na jaki została zawarta umowa koncesji, może mieć miejsce na warunkach określonych w przepisach dotyczących modyfikacji umów.

4.3.5.9. Przepisy dotyczące realizacji umowy koncesji

Przepisy dyrektywy koncesyjnej dotyczące podwykonawstwa (art. 42), modyfikacji umowy (art. 43) i rozwiązania umowy koncesji (art. 44) powielają rozwiązania przyjęte na gruncie nowej dyrektywy klasycznej. Podobnie – chociaż w mniejszym stopniu – rzecz się ma z przepisami dotyczącymi monitorowania i sprawozdawczości: w myśl art. 45 na państwach członkowskich spoczywają następujące obowiązki:

- ⇒ monitorowania przestrzegania zasad udzielania koncesji i udostępniania wyników monitorowania opinii publicznej,
- ⇒ przekazywania Komisji na jej wniosek sprawozdania obejmującego przegląd najczęstszych przyczyn niewłaściwego stosowania zasad udzielania koncesji, w tym ewentualnych problemów strukturalnych lub powtarzających się problemów w stosowaniu przepisów, włącznie z ewentualnymi przypadkami nadużyć lub innych nielegalnych zachowań,
- ⇒ nieodpłatnego udostępniania informacji i wskazówek dotyczących wykładni i stosowania prawa unijnego w zakresie udzielania koncesji.

4.4. Podsumowanie

Dyrektywa koncesyjna w pierwszej kolejności doprecyzowuje definicję koncesji, w sposób bezpośredni odwołując się do kryterium przeniesienia związanego z wykonywaniem koncesji ryzyka operacyjnego przez zamawiającego na koncesjonariusza jako elementu odróżniającego umowy typu koncesyjnego od zamówień. Zarazem dyrektywa ogranicza długość okresu, na jaki zawierana jest umowa koncesyjna, do czasu niezbędnego dla odzyskania poniesionych nakładów wraz ze zwrotem zainwestowanego kapitału. Ponadto dyrektywa upowszechnia obowiązek publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o koncesji, które wszczyna postępowanie o udzielenie koncesji zarówno w przypadku robót budowlanych jak i usług. Dyrektywa nie narzuca żadnej konkretnej procedury udzielenia koncesji, pozostawiając w tym zakresie zamawiającemu szeroki margines swobody ograniczony jedynie ogólnymi gwarancjami proceduralnymi. Kształt postępowania o udzielenie koncesji zdeterminowany jest przede wszystkim zasadami równego traktowania, niedyskryminacji, przejrzystości i proporcjonalności. Tym samym zasadom podporządkowane są ustalane przez zamawiającego wymagania techniczne i funkcjonalne, warunki udziału w postępowaniu, wymagania minimalne i kryteria udzielenia koncesji. W przeciwieństwie do dyrektywy klasycznej z 2004 r. dyrektywa koncesyjna nie zawiera przepisów dotyczących minimalnego poziomu podwykonawstwa w przypadku koncesji, ani żadnych reguł dotyczących udzielania zamówień przez koncesjonariuszy. Jednocześnie dyrektywa przenosi na grunt koncesji szereg rozwiązań przyjętych na mocy nowej dyrektywy klasycznej, takich jak możliwość zastrzeżenia udziału w postępowaniu na rzecz zakładów pracy chronionej, obowiązek zapewnienia pełnego, nieograniczonego, bezpośredniego i bezpłatnego dostępu do dokumentów koncesji za pomocą środków elektronicznych czy zasady modyfikacji umów.

Termin transpozycji dyrektywy koncesyjnej upływa w dniu **18 kwietnia 2016 r.**

