

MICHAŁ STAWIŃSKI

Uniwersytet Wrocławski

DOI: 10.19195/0137-1134.105.11

INSTRUMENTALIZACJA PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W UNII EUROPEJSKIEJ W KONTEKŚCIE KRYTERIÓW OCENY OFERT

WSTĘP

W procesie harmonizacji prawa zamówień publicznych w Unii Europejskiej dostrzegalna jest wyraźna tendencja do tworzenia coraz większej liczby przepisów służących realizacji celów o charakterze pozaekonomicznym. Tytułem przykładu można wymienić ochronę konkurencji, aspekty społeczne, ochronę środowiska i wspieranie rozwoju innowacji. Cele te niewątpliwie wykraczają poza pierwotny priorytet prawa zamówień publicznych, jakim jest racjonalizacja sposobu dysponowania środkami publicznymi (cel ekonomiczny). Taki kierunek rozwoju tej gałęzi określa się jako instrumentalizację prawa zamówień publicznych. Zjawisko to jest dostrzelane również w treści przepisów określających kryteria oceny ofert w zakresie, w jakim nie mają one ściśle ekonomicznego (cenowego) charakteru¹. Zagadnienie dopuszczalności stosowania kryteriów pozwalających na osiągnięcie efektów pozaekonomicznych w początkowym okresie harmonizacji, budziło wątpliwości. Problematyka ta znalazła swoje odzwierciedlenie w wielu orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej². Obecnie wydaje się, że prawodawca unijny uwzględnił orzecznictwo Trybunału i praktykę państw członkowskich m.in. w treści nowej dyrektywy klasycznej³. W świetle jej postanowień dopuszczalność stosowania kryteriów oceny ofert służących realizacji celów o charakterze pozaekonomicznym nie powinna budzić już wątpliwości.

¹ K. Horubski, *Instrumentalizacja kryteriów oceny ofert*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2007, nr 11, s. 26.

² Dalej: Trybunał.

³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94/65), dalej: nowa dyrektywa klasyczna.

Przedmiotem niniejszego opracowania jest przedstawienie i zbadanie procesu instrumentalizacji prawa zamówień publicznych ze szczególnym uwzględnieniem przepisów dotyczących kryteriów oceny ofert. W zakresie tych regulacji omówione zostaną również założenia polskiego projektu ustawy wdrażającej nową dyrektywę klasyczną.

INSTRUMENTALIZACJA PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W UNII EUROPEJSKIEJ — UWAGI OGÓLNE

Początki harmonizacji prawa zamówień publicznych sięgają lat sześćdziesiątych XX wieku (rok 1962 i 1964)⁴. Zauważono wówczas, że rynek dóbr i usług nabywanych przez jednostki zaliczane do sektora publicznego stanowi na tyle istotną część wspólnego rynku, że jej funkcjonowanie nie pozostaje bez wpływu na urzeczywistnienie swobód przepływu towarów, usług i kapitału. Systemy zamówień publicznych poszczególnych państw członkowskich oparte były, w tamtym okresie, najczęściej na rozwiązaniach o charakterze protekcyjnym, a zatem sprzecznych z założeniami swobód unijnych. Przepisy krajowe chroniły rodzimych przedsiębiorców i zapewniały popyt na ich usługi, gwarantując im z reguły wyłączenie konkurencji ze strony podmiotów zagranicznych. Tym samym istotna część transakcji dokonywanych na rynku nie była objęta swobodami charakteryzującymi wspólny rynek funkcjonujący w Unii Europejskiej. Okoliczności te stanowiły przyczynę podjęcia działań w kierunku zharmonizowania krajowych systemów udzielania zamówień publicznych. Ich głównym założeniem było, oczywiście, otwarcie zamówień publicznych na wykonawców z różnych państw członkowskich. Spotykało się to z aktywnym oporem w poszczególnych krajach, które na różne sposoby starały się utrzymać rozwiązania protekcyjne leżące w interesie rodzimych przedsiębiorców. Tego typu regulacje prawne wielokrotnie stawały się przedmiotem analiz w sprawach rozpoznawanych przez Trybunał⁵.

Fundamentem pierwszych unijnych dyrektyw z zakresu prawa zamówień publicznych stała się zasada równego traktowania wykonawców bez względu na narodowość⁶. Wskazywano, że celem polityki unijnej w zakresie zamówień publicznych jest nie tyle efektywne wydatkowanie środków publicznych, ile gwarancje

⁴ L. Kieres, [w:] *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej*, red. M. Guziński, Łódź 2012, s. 14.

⁵ P. Szustakiewicz, *Zasady prawa zamówień publicznych*, Warszawa 2007, s. 15.

⁶ Przyjęto kolejno: dyrektywę 71/305/EEC koordynującą udzielanie zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. WE nr L 225/78), dyrektywę 77/62/EEC w sprawie koordynacji procedur zamówień publicznych na dostawy (Dz.U. WE nr L 013/77), dyrektywę 88/295/EEC z dnia 22 marca 1988 roku nowelizującą dyrektywę z dnia 21 grudnia 1976 roku (Dz.U. WE nr L 127/88), dyrektywę 89/440/EEC z dnia 18 lipca 1989 roku nowelizującą dyrektywę dotyczącą zamówień na roboty budowlane (Dz.U. WE nr L 210/89).

równego dostępu do rynków krajowych⁷. W pierwszym etapie harmonizacji mniej uwagi poświęcano natomiast zagadnieniu wykorzystania systemu zamówień publicznych jako instrumentu umożliwiającego realizację wielu innych, niż budowie wspólnego rynku, celom politycznym.

Należy jednak odnotować, że pierwsze dyrektywy regulujące zamówienia publiczne zawierały również regulacje służące realizacji celów społecznych, czyli celów wykraczających poza wymienione wyżej priorytety. Dyrektywy te zawierały bowiem fakultatywną podstawę wykluczenia wykonawcy z udziału w zamówieniu publicznym, o ile ten miał nieuregulowane zobowiązania z zakresu systemu ubezpieczeń społecznych⁸. Pozwalało to na eliminowanie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia tych podmiotów, których działania negatywnie wpływały na krajowy system zabezpieczeń społecznych. Stanowiło także zachętę do realizowania przez potencjalnych wykonawców ciężących na nich obowiązków publicznych służących celom społecznym. Motywacja taka wynikała z tego, że udział w zamówieniu publicznym najczęściej jest dla przedsiębiorcy istotnym źródłem dochodu i jednocześnie zwiększa jego wiarygodność na rynku. Dyrektywy ówczesne nie zawierały natomiast regulacji prawnych, które miały wspierać realizację innych celów pozaekonomicznych, takich jak rozwój innowacyjności czy ochrona środowiska.

Istotnym zdarzeniem w procesie instrumentalizacji prawa zamówień publicznych było opracowanie nowych dyrektyw zamówieniowych w 2004 roku⁹. Ich uchwalenie stanowiło jedno z następstw przyjętej w 2000 roku przez Radę Europejską strategii rozwoju społeczno-gospodarczego Unii Europejskiej (tzw. strategia lizbońska). Po raz pierwszy wprowadzono wiele narzędzi przeznaczonych głównie do realizacji celów pozaekonomicznych, przede wszystkim do zwiększenia udziału małych i średnich przedsiębiorstw, wspierania rozwoju innowacyjności, ochrony środowiska i celów społecznych. Stanowi to wyraz tzw. nowego podejścia do zamówień publicznych, które polega na szczególnym uwzględnieniu

⁷ A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 356; W. Dzierżanowski, *Nowe dyrektywy o zamówieniach publicznych*, „Zamówienia Publiczne. Doradca”, 2015, nr 6, s. 6. Zob. też stanowisko Trybunału wyrażone w sprawach C-26/03 *Stadt Hale*, RPL *Recyclingpark Lochau GmbH*, pkt 44 i 47, C-337/06 *Bayerischer Rundfunk i in.*, pkt 39, C-568/13 *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze*, pkt 34.

⁸ Art. 23 lit. e) dyrektywy 71/305/EEC i art. 20 ust. 1 lit. e) dyrektywy 77/62/EEC.

⁹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. UE nr 134, poz. 114, tzw. dyrektywa klasyczna) i dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/17/WE z dnia 31 marca 2004 roku koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. UE nr 134, poz. 1, tzw. dyrektywa sektorowa) znowelizowane dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 roku 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 2014/17/WE i 2004/18/WE (Dz.U. UE nr L 216).

wymienionych wyżej aspektów¹⁰. Dyrektywa klasyczna z 2004 roku wyrażała ten ogólny kierunek m.in. w art. 26, który wskazuje na dopuszczalność określenia przez zamawiającego szczególnych warunków realizacji zamówienia, zwłaszcza przez uwzględnienie przywilejów społecznych i środowiskowych. W zakresie elementów społecznych, poza istniejącą od samego początku możliwością eliminowania wykonawców nierealizujących obowiązków z zakresu ubezpieczeń społecznych, wskazać można na dopuszczalność udzielania zamówień publicznych na usługi o charakterze społecznym (np. usługi socjalne, zdrowotne, edukacyjne) z zastosowaniem mniej rygorystycznych procedur¹¹. Promowaniu innowacyjności sprzyjały natomiast m.in. konkursy, które pozwalały przedsiębiorcom na przedstawianie kreatywnych, nowych rozwiązań spełniających oczekiwania instytucji zamawiających¹². W zakresie aspektów proekologicznych dyrektywy z 2004 roku dopuszczały natomiast możliwość określenia, w ramach specyfikacji technicznej, zamówień aspektów środowiskowych, obejmujących np. metody produkcji lub specyficzny wpływ grupy produktów lub usług na środowisko¹³.

Wyrazem nowego podejścia do zamówień publicznych i tym samym postępującej instrumentalizacji tej gałęzi prawa są również nowe dyrektywy z 2014 roku, które zastąpiły dyrektywy z 2004 roku¹⁴. Ich przyjęcie wiązało się z nową strategią rozwoju opracowaną przez Radę Europejską — strategią na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającemu włączeniu społecznemu „Europa 2020”, która zastąpiła przywołaną wyżej strategię lizbońską. Priorytetami strategii „Europa 2020” są inwestycje w innowacje, zrównoważony rozwój (oparty na niskoemisyjnej gospodarce) oraz rozwój sprzyjający włączeniu społecznemu (tworzenie nowych miejsc pracy i zwalczanie ubóstwa).

Dyrektywy z 2014 roku, spośród dotychczasowych regulacji prawnych, najwyraźniej podkreślają konieczność realizacji pozaekonomicznych celów politycznych Unii Europejskiej za pomocą narzędzi stanowiących część systemu zamówień publicznych. Przede wszystkim nowe dyrektywy istotnie ograniczają znaczenie ceny jako kryterium oceny ofert, dopuszczając nawet możliwość jego wyeliminowania. Dyrektywy te stwarzają pole do promowania proekologicznych sposobów

¹⁰ Z. Kłoda *et al.*, *Nowe podejście do zamówień publicznych — wybrane zagadnienia*, Warszawa 2011, s. 19–20; *Nowe podejście do zamówień publicznych*, red. H. Niedziela, Warszawa 2011, s. 14.

¹¹ Art. 21 dyrektywy 2004/18/WE i art. 31 dyrektywy 2004/17/WE.

¹² Art. 60–66 dyrektywy 2004/17/WE i art. 66–4 dyrektywy 2004/18/WE.

¹³ Motyw 29 dyrektywy 2004/18/WE i motyw 42 dyrektywy 2004/17/WE.

¹⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94/65, tzw. dyrektywa klasyczna), dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 roku 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 94/243, tzw. dyrektywa sektorowa) i dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z 26 lutego 2014 roku w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. UE L 94/1).

realizacji zamówienia, np. przez uwzględnianie wpływu produktu lub usługi na środowisko¹⁵. Wskazać należy również na wprowadzenie nowej procedury udzielania zamówień — partnerstwa innowacyjnego¹⁶. Jest to procedura służąca dokonywaniu zamówień, których przedmiotem są rozwiązania o charakterze innowacyjnym. Dotyczy to zamówień, które nie mogą być zaspokojone przy wykorzystaniu dostępnych na rynku produktów i usług. Procedura ta umożliwia zamawiającym najpierw opracowanie nowego rozwiązania, a dopiero następnie jego zakup. Nowa dyrektywa klasyczna zawiera również rozwiązania realizujące cele społeczne przez umożliwienie zastrzeżenia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dla zakładów pracy chronionej oraz wykonawców, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub osób defaworyzowanych, pod warunkiem że co najmniej 30% osób zatrudnionych przez te podmioty stanowią pracownicy niepełnosprawni lub pracownicy defaworyzowani¹⁷.

Opisany wyżej proces instrumentalizacji prawa zamówień publicznych znajduje odzwierciedlenie w wielu szczegółowych rozwiązaniach prawnych z zakresu zamówień publicznych. Proces ten dostrzegalny jest również w regulacji prawnej kryteriów oceny ofert, które w dalszej części opracowania zostaną poddane bliższej analizie.

INSTRUMENTALIZACJA PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH NA PRZYKŁADZIE KRYTERIÓW WYBORU NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY

Pierwsze dyrektywy dotyczące zamówień publicznych w zakresie regulacji kryteriów wyboru najlepszej oferty dopuszczały możliwość wyznaczenia ceny jako jedyne kryterium branego pod uwagę przez zamawiającego¹⁸. Jednocześnie umożliwiały one stosowanie innych kryteriów pozwalających na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie takich, jak: czas realizacji zamówienia, koszty związane z użytkowaniem przedmiotu zamówienia, jakość, oferowane wsparcie techniczne. Katalog kryteriów innych niż cena miał charakter otwarty.

W okresie obowiązywania pierwszych dyrektyw regulujących zamówienia publiczne zagadnienie stosowania kryteriów służących realizacji celów pozaekonomicznych takich jak ochrona środowiska czy pomoc niepełnosprawnym budziło wątpliwości. Ich przejawem były sprawy rozpoznawane przez Trybunał. Nie było bowiem jasne, czy prawo unijne wyklucza takie praktyki, czy też nie. Źródło wspomnianych wątpliwości tkwiło m.in. w tym, że dyrektywy nie odnosiły się wprost

¹⁵ Np. art. 68 ust. 1 lit. b) nowej dyrektywy klasycznej.

¹⁶ Art. 31 nowej dyrektywy klasycznej.

¹⁷ Art. 20 ust. 1 nowej dyrektywy klasycznej; zamówienia publiczne udzielane na tych zasadach określone są jako tzw. zamówienia zastrzeżone.

¹⁸ Art. 29 ust. 1 dyrektywy 71/305/EEC i art. 25 ust. 1 lit. a) dyrektywy 77/62/EEC.

do pozaekonomicznych celów, jakie można realizować przy okazji udzielania zamówień publicznych, a same kryteria wyboru oferty, wymienione w tych aktach prawnych, odnosiły się ściśle do aspektów ekonomicznych. Powodowało to trudności w wykładni pojęcia kryteriów oceny ofert innych niż cena, których katalog miał jednak charakter otwarty. Nie budził wątpliwości jedynie zasygnalizowany już fakt, że niedopuszczalne były tylko warunki ograniczające dostęp do zamówień wykonawcom z innych państw członkowskich niż państwo zamawiającego.

Analiza orzeczeń Trybunału dotyczących powyższego problemu prowadzi do wniosku, że od początku organ ten akceptował politykę instrumentalizacji zamówień publicznych, uznając stosowanie kryteriów realizujących cele pozaekonomiczne za zgodne z dyrektywami. Warunkiem powtarzanym konsekwentnie w przywołanych dalej orzeczeniach jest to, aby zastosowane kryterium było zgodne z podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego, a w szczególności z zasadą niedyskryminacji. Kolejną niezbędną przesłanką jest stosowanie wybranego kryterium w zgodzie z procedurą udzielania zamówień publicznych. Oznacza to w szczególności konieczność publikacji tych informacji w ogłoszeniu o zamówieniu. Z zastrzeżeniem tych warunków w jednym z pierwszych dotyczących tej materii orzeczeń wydanym w sprawie C-225/98 *Nord-Pas-de-Calais, Komisja WE v. Francja*, Trybunał uznał za zgodne z treścią dyrektyw kryterium mające na celu walkę z bezrobociem (warunek dotyczący zatrudnienia)¹⁹. Nie ulega wątpliwości, że nie odnosi się ono bezpośrednio do ekonomicznych aspektów złożonej oferty, a związane jest z realizacją celów istotnych dla lokalnej społeczności i ma sprzyjać zwiększaniu zatrudnienia w danym regionie (zamówienie w sensie ekonomicznym mogłoby być wykonane na podobnych warunkach cenowych niezależnie od źródła pozyskiwania pracowników i podstaw ich zatrudnienia). Orzeczenie to wydaje się zatem niezwykle istotne dla procesu instrumentalizacji zamówień publicznych w kontekście kryteriów oceny ofert, tym bardziej że takie stanowisko Trybunału było konsekwentnie podtrzymywane w kolejnych sprawach.

W orzeczeniu wydanym w sprawie C-513/99 *Concordia Bus Finland* Trybunał odniósł się natomiast do kwestii stosowania kryteriów związanych z ochroną środowiska²⁰. Pierwsze dyrektywy również wprost nie regulowały tego zagadnienia. W sprawie tej chodziło o zamówienie, którego przedmiotem było świadczenie miejskich usług autobusowych. Zamawiający zastrzegł kryteria dotyczące poziomu emisji tlenu azotu i poziomu hałasu generowanego przez pojazdy wykorzystywane do świadczenia usług przez wykonawcę. Trybunał uznał dopuszczalność tego rodzaju warunków, stwierdzając jednoznacznie, że nie każde z kryteriów obranych przez zamawiającego celem zidentyfikowania oferty najkorzystniejszej ekonomicznie musi koniecznie mieć charakter czysto ekonomiczny. Nie można bowiem wykluczyć, iż czynniki, które nie są czysto ekonomiczne, mogą mieć wpływ na

¹⁹ Orzeczenie w sprawie *Nord-Pas-de-Calais, Komisja WE v. Francja*, C-225/98.

²⁰ Orzeczenie w sprawie *Concordia Bus Finland*, C-513/99.

ofertę z punktu widzenia tego zamawiającego (pkt. 55 wyroku). Nadto, ze względu na specyfikę analizowanych w sprawie kryteriów oceny Trybunał odwołał się również do treści art. 6 TWE²¹, zgodnie z którym przy ustalaniu i realizacji polityk i działań Wspólnoty muszą być brane pod uwagę wymogi ochrony środowiska naturalnego²². Również w tej sprawie Trybunał podkreślił, że dopuszczalność stosowania pozaekonomicznych kryteriów oceny ofert jest warunkowana koniecznością spełnienia wielu warunków. Poza wymienionymi wyżej konieczne jest też to, aby kryterium nie gwarantowało zamawiającemu całkowitej swobody wyboru oferty i aby było związane z przedmiotem zamówienia. Obrane w analizowanej sprawie kryteria proekologiczne mają charakter mierzalny (zarówno poziom hałasu, jak i emisji określonych substancji można podać w konkretnych jednostkach miary), co wyłącza dowolność ocen zamawiającego. Wymóg związku z przedmiotem zamówienia łączony jest natomiast z tym, że niezależnie od charakteru kryterium, w świetle regulacji dyrektywy, zawsze jest ono czynnikiem prowadzącym razem z innymi do wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Taka konstrukcja przepisu określającego otwarty katalog dopuszczalnych kryteriów wyłącza stosowanie tych, które nie są związane z samym przedmiotem zamówienia.

Proekologiczne kryteria oceny ofert były też poddane analizie przez Trybunał w sprawie C-448/01 *EVN AG, Wienstrom GmbH*²³. Przedmiotem zamówienia były dostawy energii elektrycznej, a kryteriami udzielenia zamówienia była cena netto za kWh z wagą 55% i dostarczanie energii z odnawialnych źródeł energii z wagą 45%. Źródłem wątpliwości prawnych było zastosowanie kryterium pozacenowego, które in concreto charakteryzowało się również brakiem możliwości weryfikacji przez zamawiającego jego rzeczywistego spełniania przez wykonawcę. Instytucja zamawiająca przyznawała bowiem, że nie jest w stanie zweryfikować rzeczywistego pochodzenia źródła energii, tj. czy pochodzi ona ze źródeł odnawialnych. Odwołując się m.in. do przywołanych orzeczeń, Trybunał doszedł do wniosku, że samo kryterium źródła pochodzenia energii nie jest sprzeczne z prawem wspólnotowym i tym samym, co do zasady, dopuszczalne jest jego stosowanie przy spełnieniu jednak innych, opisywanych już wymagań. Trybunał, mając na uwadze stan faktyczny tej konkretnej sprawy, dookreślił, że prawodawstwo wspólnotowe uniemożliwia stosowanie kryterium, które nie może być efektywnie zweryfikowane przez zamawiającego. W szczególności zatem uzasadniony wydaje się wniosek, że wszelkie stosowane kryteria pozaekonomiczne muszą mieć charakter mierzalny²⁴.

²¹ Traktat o utworzeniu Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej (Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2).

²² Obecnie art. 11 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE z dnia 26 października 2012 r., C 326/01 ze zm.), dalej: TfUE.

²³ Orzeczenie w sprawie C-448/01 *EVN AG, Wienstrom GmbH*.

²⁴ W tym kontekście w wątpliwość należy podać zasadność stwierdzenia A. Sołtysińskiej, która analizując wyrok w sprawie C-448/01, stwierdza, że „Trybunał, powołując się na wydane poprzednio orzeczenie w sprawie *Concordia Bus Finland*, potwierdził, że nie wszystkie elementy

Zmiana podejścia do realizacji celów ekonomicznych za pomocą systemu zamówień publicznych na poziomie unijnych aktów prawnych nastąpiła wraz z przyjęciem nowych dyrektyw zamówieniowych w 2004 roku. Z jednej strony, podobnie jak poprzednie dyrektywy również te z 2004 roku przewidywały możliwość stosowania alternatywnie ceny jako wyłącznego kryterium oceny oferty bądź innych elementów podlegających ocenie, a zmierzających do wyłonienia ekonomicznie najkorzystniejszej oferty. Ponownie również wyliczeniu innych kryteriów nadano charakter otwarty. Istotna zmiana polega jednak na tym, że dyrektywy z 2004 roku wyraźnie odnoszą się do możliwości realizowania pozaekonomicznych celów przez prawo zamówień publicznych, umacniając wyrażoną w wymienionych wyżej orzeczeniach Trybunału akceptację polityki instrumentalizacji zamówień publicznych. Co więcej, realizacja celów związanych z ochroną środowiska, celów społecznych i wsparcia rozwoju innowacji stała się jednym z głównych założeń prawa zamówień publicznych w kształcie nadanym dyrektywami z 2004 roku.

Zmianę podejścia wyraża już treść preambuły dyrektywy klasycznej z 2004 roku, która ma fundamentalne znaczenie dla wykładni dyrektywy dokonywanej przez Trybunał. W motywie 1 wskazano, że dyrektywa klasyczna z 2004 roku opiera się w szczególności na orzecznictwie Trybunału odnoszącym się do możliwości zaspokajania przez instytucje zamawiające potrzeb zainteresowanych odbiorców publicznych, także w zakresie aspektów ochrony środowiska lub aspektów społecznych. Motyw 46 tej dyrektywy wskazuje natomiast wyraźnie, że zamawiający mogą stosować m.in. kryteria o charakterze społecznym i środowiskowym, z zastrzeżeniem zachowania podstawowego warunku obiektywności kryteriów. Treść preambuły wyraźnie wskazuje zatem na zamiar jednoznacznego dookreślenia stanowiska, wypracowanego na gruncie poprzednich dyrektyw przez Trybunał, w zakresie instrumentalizacji zamówień publicznych. Jednocześnie jednak dyrektywy te nie ograniczyły znacząco podejścia do stosowania kryterium ceny jako jedyne kryterium, które można określić jako kryterium klasyczne, bo związane z realizacją pierwotnego celu procedury udzielania zamówień publicznych, tj. racjonalizacji wydatkowania środków publicznych.

Kolejny etap instrumentalizacji zamówień publicznych wyznaczają dyrektywy z 2014 roku. Zawarta w ich treści regulacja kryteriów oceny ofert w wyraźny sposób odzwierciedla zmianę spojrzenia na funkcję prawa zamówień publicznych i jego silną instrumentalizację w kierunku narzędzia umożliwiającego realizowanie wielu różnych celów politycznych. Zgodnie bowiem z art. 67 nowej dyrektywy klasycznej zrezygnowano z wyróżniania dwóch alternatywnych kryteriów oceny

składające się na kryterium oferty ekonomicznie najkorzystniejszej muszą być ekonomicznie mierzalne” (tak A. Sołtysińska, *op. cit.*, s. 356). W mojej ocenie uprawniony jest wniosek odmienny, a mianowicie że sprzeczne z prawem unijnym są takie kryteria, które nie poddają się obiektywnej weryfikacji, m.in. na skutek niemożliwości potwierdzenia ich realizacji lub zmierzenia skali ich realizacji przez zamawiającego. Kryteria takie determinują bowiem uznaniowy charakter wyboru dokonywanego przez zamawiającego.

ofert. Artykuł ten formułuje bowiem jedynie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, rezygnując z dotychczasowego podziału na możliwość wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie lub oferty o najniższej cenie. Założeniem eliminacji tego podziału jest zakończenie dyktatu kryterium najkorzystniejszej ceny na rzecz wyboru oferty o najlepszej jakości²⁵.

Wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie może być wprowadzanie nadal dokonywany wyłącznie na podstawie ceny, jeżeli zamawiający tak określi warunki, jednak treść art. 67 ust. 2 nowej dyrektywy klasycznej dopuszcza możliwość wyłączenia przez przepisy krajowe dopuszczalności stosowania ceny jako jedynego kryterium udzielenia zamówienia. Wyłączenie takie może obejmować wszelkie zamówienia bądź też może objąć jedynie określone kategorie instytucji zamawiających lub określone rodzaje zamówień. To nowe rozwiązanie jest konsekwencją zmian zapoczątkowanych orzecznictwem Trybunału, zaadaptowanym następnie do treści dyrektyw zamówieniowych z 2004 roku.

Wskazane zmiany regulacji kryteriów oceny ofert na poziomie dyrektyw wpisują się wyraźnie w przedstawiony wyżej proces instrumentalizacji zamówień publicznych. O ile pierwsze regulacje nie odnosiły się szerzej do zagadnienia stosowania kryteriów pozwalających na realizację celów pozaekonomicznych, o tyle już kolejne dyrektywy, głównie na skutek praktyki orzeczniczej Trybunału, ewoluowały w kierunku uczynienia z tych dodatkowych celów jednego z priorytetów, realizowanego przy użyciu instrumentu, jakim są zamówienia publiczne.

KRYTERIA OCENY OFERT W PROJEKCIE NOWELIZACJI USTAWY — PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH²⁶ A NOWA DYREKTYWA KLASYCZNA

Jak już wskazano, termin implementacji nowej dyrektywy klasycznej upływa 18 kwietnia 2016 roku (jedynie dla niektórych regulacji przewidziano późniejszy termin²⁷). Polski ustawodawca, pomimo wcześniejszego opracowania projektu

²⁵ W. Hartung, [w:] W. Hartung *et al.*, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 662.

²⁶ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku — Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), dalej: p.z.p.

²⁷ Inne terminy implementacji dotyczą wdrożenia obowiązkowej komunikacji elektronicznej, z wyjątkiem przesyłania ogłoszeń, udostępniania dokumentów zamówienia oraz instytucji elektronicznych takich, jak: aukcja elektroniczna, katalogi elektroniczne, dynamiczny system zakupów (do dnia 18 października 2018 roku), obowiązkowej komunikacji elektronicznej w przypadku postępowań prowadzonych przez centralną jednostkę zakupującą (do dnia 18 kwietnia 2017 roku), przepisów dotyczących sposobu sporządzania jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (do dnia 18 kwietnia 2018 roku).

nowej ustawy — Prawo zamówień publicznych²⁸, w celu terminowego implementowania w niezbędnym zakresie nowej dyrektywy klasycznej ostatecznie zdecydował się jedynie na nowelizację obowiązującej już ustawy. Prace legislacyjne nad nową ustawą zostały natomiast odłożone w czasie.

W pierwotnym kształcie projekt nowelizacji ustawy (Prawo zamówień publicznych)²⁹ w zakresie kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty nadaje nową treść art. 91 ust. 2–2a p.z.p. oraz wprowadza nową definicję oferty najkorzystniejszej (art. 2 pkt 5 p.z.p.). Zgodnie z zaprojektowaną definicją najkorzystniejszą ofertą jawi się ta, która spełnia jeden z czterech warunków (wybór właściwego warunku jest uzależniony od kryteriów oceny ofert zastosowanych w konkretnym postępowaniu). Po pierwsze, jest to ta oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. Dotyczy to tych sytuacji, w których o wyborze oferty decyduje grupa zdefiniowanych przez zamawiającego kryteriów o różnej wadze. Po drugie, najkorzystniejsza jest ta oferta, która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena i koszt. Dotyczy to tych przypadków, w których zamawiający określił stałą cenę lub koszt przedmiotu zamówienia, a zatem uczynił z nich element niemający wpływu na konkurencyjność oferty. Możliwość taką przewiduje wprowadzone do projektu nowe brzmienie art. 91 ust. 2b p.z.p. (regulacja ta znajduje oparcie w art. 67 ust. 2 akapit 2 nowej dyrektywy klasycznej). Po trzecie, gdy jedynym kryterium jest cena lub koszt, to najkorzystniejszą ofertą jest ta z najniższą ceną lub kosztem. Stosowanie ceny jako jedynego kryterium zostało jednak poddane przez projekt pewnym ograniczeniom, które zostaną przedstawione dalej. Po czwarte, najkorzystniejszą ofertą jest ta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów, odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Ten ostatni przypadek jest w rzeczywistości identyczny z pierwszym. Wątpliwe wydaje się, czy konieczne było jego wyodrębnienie w ramach definicji w sytuacji, gdy w rzeczywistości chodzi jedynie o zastosowanie pierwszego elementu definicji do szczególnej kategorii zamówień, a nie zdefiniowanie nowego wyznacznika oferty najkorzystniejszej.

Przepisy projektu określające kryteria oceny ofert wskazują, że mogą być nimi cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Inne kryteria ujęte zostały w przykładowym wyliczeniu, które zawiera między innymi aspekty środowiskowe, aspekty innowacyjne i aspekty społeczne. Artykuł 91 ust. 2a p.z.p., zgodnie z treścią określoną w projekcie, sta-

²⁸ Projekt ustawy — Prawo zamówień publicznych z dnia 12 października 2015 roku (numer projektu na stronie internetowej Rządowego Centrum Legislacji: UC158).

²⁹ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy numer 366 (projekt wpłynął do Sejmu 24 marca 2016 roku), dalej: projekt.

nowi natomiast przejaw skorzystania z opisanej wyżej możliwości ograniczenia stosowania kryterium ceny jako jedyne go kryterium oceny oferty. Projekt zakłada, że instytucje wymienione w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 p.z.p. oraz ich związki, co do zasady, nie mogą korzystać z kryterium ceny jako jedyne go bądź jako kryterium o wadze przewyższającej 60%. Podmioty wymienione w tym przepisie to jednostki sektora finansów publicznych, w rozumieniu ustawy o finansach publicznych³⁰, oraz inne państwowe jednostki organizacyjne niebędące jednostkami sektora finansów publicznych. Regulacja ta realizuje jeden z priorytetów nowej dyrektywy klasycznej, polegający na ograniczeniu zastosowania ceny jako jedyne go kryterium. Jednocześnie jednak projektodawca nie zdecydował się na umożliwienie zamawiającym całkowitej rezygnacji z ceny jako kryterium oceny ofert. Zamyka to niestety drogę do stosowania popularnej w wielu krajach Unii Europejskiej praktyki porównywania cen wyłącznie tych ofert, które uzyskały odpowiedni poziom ocen w pozacenowych aspektach³¹.

Projekt wprowadza jednak również wyjątek od opisanego wyżej ograniczenia. Jednostki sektora finansów publicznych, inne państwowe jednostki organizacyjne i związki tych podmiotów będą mogły zastosować cenę jako jedyne kryterium bądź kryterium o wadze powyżej 60%, wówczas gdy spełnione będą łącznie dwa warunki. Po pierwsze, zamawiający będzie musiał określić w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe, odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia. Po drugie, konieczne będzie wykazanie w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia. Zgodnie z definicją wprowadzaną przez nowelizację do art. 2 pkt 1a p.z.p. cykl życia to wszelkie możliwe kolejne lub powiązane fazy istnienia przedmiotu dostawy, usługi lub roboty budowlanej, w szczególności: badanie, rozwój, projektowanie przemysłowe, testowanie, produkcja, transport, używanie, naprawa, modernizacja, zmiana, utrzymanie przez okres istnienia, logistyka, szkolenie, zużycie, wyburzenie, wycofanie i usuwanie.

³⁰ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2013 roku, poz. 885 ze zm.), dalej U.f.p. Zgodnie z art. 9 U.f.p. jednostkami sektora finansów publicznych są: organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały; jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki; związki metropolitalne; jednostki budżetowe; samorządowe zakłady budżetowe; agencje wykonawcze; instytucje gospodarki budżetowej; państwowe fundusze celowe; Zakład Ubezpieczeń Społecznych i zarządzane przez niego fundusze oraz Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i fundusze zarządzane przez Prezesa Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego; Narodowy Fundusz Zdrowia; samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej; uczelnie publiczne; Polska Akademia Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne; państwowe i samorządowe instytucje kultury; inne państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, instytutów badawczych, banków i spółek prawa handlowego.

³¹ W. Dzierżanowski, *op. cit.*, s. 12.

Zestawienie treści opisanego wyżej ograniczenia dopuszczalności stosowania kryterium cenowego jako jedyne go elementu oceny oferty z dotychczasową treścią art. 91 ust. 2a p.z.p. prowadzi do krytycznych konkluzji. Ograniczenie znaczenia kryterium cenowego jest — jak wykazano wyżej — jednym z podstawowych założeń nowej dyrektywy klasycznej. Co do zasady zatem, pozytywnie należy ocenić fakt wprowadzania tego typu regulacji, gdyż sprzyjają one zwiększaniu znaczenia kryteriów jakościowych, środowiskowych czy społecznych. Niemniej nie może umknąć uwagi, że zaproponowane brzmienie art. 91 ust. 2a p.z.p. zawęża jego aktualny zakres zastosowania³². W obecnym stanie prawnym zasada zakazu stosowania kryterium cenowego jako jedyne go, obejmuje wszystkich zamawiających, a nie tylko ich wyodrębniony katalog. Regułą jest zatem system oceny ofert bazujący na wielości kryteriów, a kryterium cenowe, jako jedyne, stanowi wyjątek od tej zasady³³. Tymczasem projekt obejmuje zakazem jedynie podmioty z art. 3 ust. 1 i 2 p.z.p. oraz związki tych podmiotów, co *a contrario* należy odczytywać jako brak przeszkód do stosowania kryterium cenowego jako wyłączne go przez wszystkie inne grupy zamawiających.

Pozytywnie należy natomiast ocenić rozwiązanie wskazujące na maksymalną wagę, jaką można przypisać do kryterium cenowe go występujące go łącznie z innymi kryteriami oceny ofert. Pozwala to na wyeliminowanie fikcji polegające j na przypisywaniu przez zamawiających jedynie symbolicznej wagi kryteriom innym niż cena. Wymóg stosowania zróżnicowane go kryteriów oceny ofert bywa bowiem obchodzony w praktyce w ten sposób, że ustala się wagę ceny do inne go kryterium w proporcjach 99:1. Praktyka taka nie była przedmiotem głębszej analizy ani w orzecznictwie Trybunału, ani w orzecznictwie organów krajowe go³⁴.

Projekt określa też podstawowe reguły formułowania kryteriów oceny ofert utrwalone w orzecznictwie Trybunału i wyrażone w treści obecnie obowiązujące go dyrektyw zamówienie go. W projektowane go art. 91 ust. 2c p.z.p. wyrażono zasadę, że kryteria oceny ofert zawsze muszą być związane z przedmiotem zamówienia niezależnie od tego, do jakie go etapu cyklu życia się odnoszą (począwszy od procesu produkcji). W art. 91 ust. 2d p.z.p. przywołano natomiast zasadę konstruowania kryteriów oceny w sposób jednoznaczny, zrozumiały i umożliwiające sprawdzanie informacji przedstawiane go przez wykonawców. W kontekście tego ostatnie go kryterium, warto przypomnieć wyrok Trybunału w sprawie C-448/01,

³² Ustawowe ograniczenie stosowania kryterium cenowe go zostało wprowadzone ustawą z dnia 29 sierpie nia 2014 roku o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2014 r. poz. 1232); ustawa weszła w życie w dniu 19 października 2014 roku.

³³ W. Dzierżanowski, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 487; J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 362.

³⁴ J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 319. W. Dzierżanowski wskazuje, że tego rodzaju praktyki stanowią obejście prawa (W. Dzierżanowski, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *op. cit.*, s. 487).

kwestionujący możliwość stosowania takich kryteriów, których faktycznej realizacji zamawiający nie jest w stanie zweryfikować (jak się wydaje, wyrok w tej sprawie zachowuje aktualność pomimo zmiany stanu prawnego).

Odnosząc się do problemu zgodności projektu z założeniami nowej dyrektywy klasycznej w zakresie kryteriów oceny ofert, można stwierdzić, że co do zasady są one zgodne. Przyjęte rozwiązania mieszczą się w granicach wyznaczonych nową dyrektywą klasyczną. Negatywnie należy jednak ocenić ograniczenie zakazu stosowania kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert, co jest krokiem wstecz w porównaniu do stanu prawnego wprowadzonego z dniem 19 października 2014 roku. Wydaje się, że zmiana taka nie wpłynie na zwiększenie zakresu stosowania kryteriów ekonomicznych, środowiskowych i społecznych, które, wbrew założeniom nowych dyrektyw obecnie są marginalizowane przez polskich zamawiających³⁵.

WNIOSKI

Mając na uwadze przeprowadzoną wyżej analizę, uzasadniony jest wniosek, że współcześnie zakres celów realizowanych przez prawo zamówień publicznych znacznie rozszerzył, dzięki obecnie obowiązującym dyrektywom unijnym. Procedura udzielania zamówień publicznych nie tylko realizuje cele ekonomiczne, istotną rolę odgrywają także cele pozaekonomiczne, takie jak ochrona środowiska, rozwój innowacyjności i aspekty społeczne. Realizacja takich celów początkowo stanowiła zagadnienie problematyczne w prawie unijnym, jednak m.in. na skutek przyjęcia kolejnych dyrektyw zamówieniowych i na skutek ukształtowania się opisanej linii orzeczniczej Trybunału obecnie dopuszczalność takich działań nie budzi wątpliwości. Odzwierciedleniem tej zmiany, polegającej na ograniczeniu znaczenia celów ekonomicznych, jest zmniejszenie w nowych dyrektywach z 2014 roku roli kryterium ceny jako odrębnego kryterium oceny ofert. Postępujące ograniczenie roli tego kryterium powinno znaleźć swój wyraz również w krajowych przepisach transponujących dyrektywę klasyczną. Niestety, polski ustawodawca opracował projekt nowelizacji zawężający dotychczasowe ograniczenia posługiwania się ceną jako zasadniczym kryterium oceny ofert.

³⁵ Według danych ze Sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2014 roku cenę jako jedyne kryterium oceny ofert zastosowano w 84% zamówień o wartości poniżej progów unijnych i w 75% zamówień powyżej progów unijnych.

THE INSTRUMENTALISATION OF PUBLIC PROCUREMENT LAW IN EUROPEAN UNION IN THE CONTEXT OF TENDER EVALUATION CRITERIA

Summary

The article presents the evolution of objectives of public procurement law in the context of tender evaluation criteria. Author divides tender evaluation criteria into two categories: economical and non-economical and presents the evolution of importance of those criteria taking into account the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union.