

# Wstęp

## I. Podstawa prawna przyjęcia Dyrektywy 2014/24/UE

1. Przed przystąpieniem do analizy poszczególnych przepisów dyrektywy 2014/24/UE konieczne wydaje się przedstawienie podstawy prawnej jej przyjęcia, tj. właściwych przepisów TFUE. Pozwoli to wskazać zakres regulacji objętej dyrektywą 2014/24/UE oraz lepiej zrozumieć jej poszczególne przepisy, w szczególności wskazać na konieczny i fakultatywny zakres ich implementacji.

Jak wynika z tekstu, podstawę przyjęcia dyrektywy 2014/24/UE stanowią następujące przepisy TFUE:

- 1) art. 53 ust. 1, który będąc przepisem kompetencyjnym upoważniającym PE i Radę do wydawania dyrektyw w celu ustalania podstawowych zasad wspólnych dla wszystkich państw członkowskich dotyczących wzajemnego uznawania kwalifikacji zawodowych oraz prowadzenia działalności gospodarczej;
- 2) art. 62, który znajduje się w rozdziale dotyczącym swobody świadczenia usług, ale odsyła do przepisów dotyczących swobody przedsiębiorczości i pozwala na ich zastosowanie odpowiednio do swobody świadczenia usług; odesłanie dotyczy następujących przepisów rozdziału 2 tytułu IV TFUE:
  - art. 51 zezwalający na stosowanie wyłączeń z zakresu swobody świadczenia usług, gdy jest to usprawiedliwione wykonywaniem władzy publicznej;
  - art. 52 pozwalający państwom członkowskim na stosowanie wobec podmiotów pochodzących z innych państw członkowskich specjalnego reżimu, jeśli jest to uzasadnione z uwagi na porządek, bezpieczeństwo lub zdrowie publiczne;
  - art. 53 oraz art. 54 definiujący spółkę jako spółkę prawa cywilnego lub handlowego, a także spółdzielnie oraz inne osoby prawne prawa publicznego lub prywatnego, z wyjątkiem spółek, których działalność nie jest nastawiona na osiąganie zysków zgodnie z prawem UE i zrównującego ją jeśli chodzi o korzystanie z zasady swobody świadczenia usług i swobody przedsiębiorczości z osobą fizyczną;
- 3) art. 114, który będąc również normą kompetencyjną upoważnia PE i Radę, stanowiąc zgodnie ze zwykłą procedurą prawodawczą i po konsultacji z Komitetem Ekonomiczno-Społecznym, do przyjmowania środków dotyczących zbliżenia przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich, które mają na celu ustanowienie i funkcjonowanie rynku wewnętrznego.

2. Przepisy te znajdują się w TFUE odpowiednio w Tytule IV 2 dotyczącym Swobody przepływu osób, usług i kapitału w rozdziale 2

## Wstęp

poświęconym prawu przedsiębiorczości (art. 53) i rozdziale 3 poświęconym usługom (art. 62) oraz w Tytule VII dotyczącym Wspólnych reguł w dziedzinie konkurencji, podatków i zbliżenia ustawodawstwa w rozdziale 3 poświęconym zbliżaniu ustawodawstw (art. 114) (stąd np. poszukując orzeczeń TSUE poświęconych zamówieniom publicznym na stronie Trybunału ([www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)) należy wybrać dziedzinę: swoboda przedsiębiorczości oraz swobodne świadczenie usług).

- 3 3. Z drugiej strony, podstawa prawna przyjęcia dyrektywy 2014/24/UE determinuje również zakres przedmiotowy regulacji do obszarów, do których te przepisy się odnoszą, co znajduje wyraz w przepisach samej dyrektywy (por. kom. do art. 1).
- 4 4. Kompetencje prawodawcy unijnego do podejmowania działań legislacyjnych dotyczących zamówień publicznych wynikają bezpośrednio z przywoływanych artykułów TFUE. Podczas gdy sam Traktat nie zawiera żadnych specyficznych postanowień dotyczących bezpośrednio zamówień publicznych [termin „zamówienie publiczne” pojawia się w art. 179 w części poświęconej badaniom, rozwojowi i przestrzeni kosmicznej (art. 179 ust. 2), a termin „przetarg”, ale w rozumieniu „zamówienia publicznego”, w art. 199 dotyczącym inwestycji w krajach trzecich współfinansowanych z budżetu UE (art. 199 ust. 4)], to jednak ustanawia podstawowe zasady, które obowiązują zamawiających. W tym kontekście zasadne wydaje się przywołanie tych przepisów oraz wskazanie, które z nich odnoszą się bezpośrednio do procedur udzielania zamówień publicznych, a zatem regulacji zawartych w dyrektywie 2014/24/UE, które natomiast – choć wprost ich nie dotyczą – to jednak pośrednio związane są z powierzaniem określonych zadań przez zamawiających. Jak zostało to wskazane w pkt 1 preambuły dyrektywy udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu 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. W odniesieniu do zamówień publicznych o wartości powyżej określonej kwoty należy jednak ustanowić przepisy koordynujące krajowe procedury udzielania zamówień w celu zagwarantowania, że zasady te mają praktyczne zastosowanie, a zamówienia publiczne są otwarte na konkurencję.
- 5 5. Do zasad bezpośrednio znajdujących zastosowanie w przypadku udzielania zamówień publicznych [zarówno objętych zakresem przedmiotowym dyrektywy 2014/24/UE, jak nie wchodzących w jej zakres ze względu na ich wartość, ale mających charakter trans graniczny (w kontekście transgraniczności, czy też potencjalnym wpływie zamówienia na

handel wewnątrzunijny warto wskazać, że w orzeczeniu C-388/12 TSUE – dotyczącym co prawda koncesji, a nie zamówienia – wskazał, że elementem, który należy brać pod uwagę jest nie tylko wartość, ale również możliwości biznesowe, które się z daną transakcją łączą – por. pkt 51: w ramach strategii gospodarczej mającej na celu rozszerzenie części z prowadzonej działalności na obszar innego państwa członkowskiego przedsiębiorstwo może bowiem podjąć taktyczną decyzję o zwróceniu się o udzielenie koncesji w tym państwie członkowskim pomimo tego, że koncesja ta nie może jako taka przysporzyć odpowiednich zysków, gdyż ta sposobność może jednak umożliwić mu wejście na rynek w tym państwie członkowskim, a także zaprezentowanie się na nim celem przygotowania swego dalszego na nim rozwoju – szerzej por. *P. Bogdanowicz*, (Still) Qualitative Approach, s. 22–7; *Comune di Ancona Judgment*) należą:

- art. 18 TFUE zakazujący wszelkiej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową w obrębie państw członkowskich, choć należy dodać, że jest on rozpatrywany raczej jedynie posiłkowo w kontekście kolejnych artykułów. TFUE, tj. art. 34, art. 49 lub art. 56 (por. wyr. TSUE: w sprawie C-507/03, pkt 30; w sprawie C-412/04, pkt 66; w sprawie C-470/13, pkt 31; zob. szerzej *S. Arrowsmith*, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2014, s. 301–302;
- art. 34 TFUE zakazujący stosowania, wprowadzania i utrzymywania ograniczeń ilościowych oraz wszelkich innych środków o skutku równoważnym w handlu pomiędzy państwami członkowskimi (por. wyr. TSUE w sprawie C-59/00, pkt 21, zob. szerzej *D. Miąsik*, w: *A. Wróbel* (red.), *Traktat o funkcjonowaniu*, s. 558–596; *S. Arrowsmith*, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2014, s. 239–289);
- art. 49 TFUE ustanawiający swobodę przedsiębiorczości dla obywateli państw członkowskich (por. wyr. TSUE w sprawie C-470/13, pkt 32; zob. szerzej *M. Szwarz-Kuczer*, w: *A. Wróbel* (red.), *Traktat o funkcjonowaniu*, s. 853–867; *S. Arrowsmith*, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2014, s. 289–301) oraz
- art. 56 TFUE ustanawiający swobodę świadczenia usług wewnątrz państw Unii Europejskiej dla obywateli państw członkowskich mających swe przedsiębiorstwo w państwie członkowskim innym niż państwo odbiorcy świadczenia (tamże; zob. szerzej *A. Brown*, *EU Primary Law Requirements in Practice*, s. 169–181; w odniesieniu do art. 56 TFUE zob. szerzej *E. Skrzydło-Tefelska*, w: *A. Wróbel* (red.), *Traktat o funkcjonowaniu*, s. 929–954; w kontekście zamówień publicznych kwestię praktyki ograniczającej zasadę swobody świadczenia usług ilustruje wyrok TSUE w sprawie C-549/13).

6. Ponadto, obszar zamówień publicznych jest ściśle powiązany z innymi przepisami TFUE, do których należą przede wszystkim: 6

## Wstęp

- art. 101 zakazujący wszelkich porozumień i praktyk między przedsiębiorstwami, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego (zob. szerzej *S. Arrowsmith*, *The Law*, s. 324–337; w odniesieniu do art. 101 TFUE *D. Miąsik, G. Materna, A. Jurkowska-Gomułka*, w: *A. Wróbel* (red.), *Traktat o funkcjonowaniu*, s. 182–314),
  - art. 102 zakazujący nadużywania przez jedno lub większą liczbę przedsiębiorstw pozycji dominującej na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części, w zakresie, w jakim może wpływać na handel między państwami członkowskimi (zob. szerzej *S. Arrowsmith*, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2014, s. 324–337; w odniesieniu do art. 102 TFUE *A. Jurkowska-Gomułka*, w: *A. Wróbel* (red.), *Traktat o funkcjonowaniu*, s. 314–350),
  - art. 106 regulujący zasady dotyczące przedsiębiorstw publicznych i przedsiębiorstw, którym przyznawane są prawa specjalne lub wyłączne jak również zobowiązanych do realizacji usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (ang. *Services of General Economic Interest – SGEI*) (zob. szerzej *S. Arrowsmith*, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2014, s. 317–324; w odniesieniu do art. 106 TFUE *M. Szydło*, w: *A. Wróbel* (red.), *Traktat o funkcjonowaniu*, s. 368–422),
  - art. 107 dotyczący pomocy publicznej (zob. szerzej *A. Sanchez Graells*, *Public Procurement and State Aid*, s. 205–212; *Ph. Nicolaidis, I. E. Rusu*, *Competitive Selection of Undertakings and state Aid*, s. 5–29; *S. Arrowsmith*, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2014, s. 302–317; w odniesieniu do art. 107 TFUE *B. Kurcz*, w: *A. Wróbel* (red.), *Traktat o funkcjonowaniu*, s. 423–457).
- 7 7. Przywołane przepisy TFUE mają zastosowanie zarówno dla działań zamawiających wobec wykonawców (przede wszystkim art. 18, art. 34, art. 49 oraz art. 56) jak i dla samych wykonawców ubiegających się o dane zamówienie jak również tych, którzy potencjalnie mogliby się o zamówienie ubiegać, gdyby proces jego udzielania był zgodny z prawem (art. 101 i art. 102). Ponadto, art. 106 i 107 TFUE mają kluczowe znaczenie dla wybranych sektorów działalności zamawiających, w szczególności w ramach organizacji rynku usług komunalnych, w tym przede wszystkim kwestii tzw. koncepcji zamówień *in-house* (por. komentarz do art. 12 dyrektywy 2014/24/UE).

## II. Dyrektywa jako akt prawa unijnego

1. Podstawowym aktem prawnym regulującym kwestię udzielania zamówień publicznych jest dyrektywa. Zgodnie z art. 288 TFUE dyrektywa wiąże każde państwo członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków. **8**
2. Państwa członkowskie mają zatem swobodę wyboru sposobu i środków wprowadzenia w życie dyrektyw, co umożliwia zagwarantowanie w większym stopniu osiągnięcia stawianych przez nie celów. W tym kontekście warto wskazać, że tzw. implementacja postanowień dyrektywy do krajowego porządku prawnego nie wymaga przyjmowania odrębnego aktu prawnego poświęconego problematyce regulowanej jej postanowieniami. Jak się wskazuje w niektórych przypadkach transpozycja dyrektywy może, w zależności od jej treści, zostać dokonana poprzez odwołanie się do ogólnego kontekstu prawnego tak, że formalne i wyraźne powtórzenie przepisów dyrektywy w szczególnych przepisach krajowych nie jest konieczne (wyr. TSUE: w sprawie C-428/04, pkt 99; w sprawie C-321/05, pkt 44). **9**
3. W przypadku zamówień publicznych ze względu m.in. na to, że jest to odrębny sektor działalności podmiotów publicznych, który został w wielu miejscach dosyć szczegółowo opisany w poprzedniej dyrektywie 2004/18/WE, istniejące rozwiązania krajowe przewidują jednak specyficzne regulacje przyjmowane bezpośrednio na potrzeby tzw. implementacji. **10**
4. Najistotniejsze jednak w procesie tzw. implementacji wydaje się nie to w jaki technicznie sposób zostanie ona dokonana, ale przede wszystkim czy przyjęty sposób zapewni skuteczność postanowieniom dyrektywy, a tym samym czy osiągnięte zostaną cele, dla których dana dyrektywa, ale również jej poszczególne przepisy zostały przyjęte. **11**
5. Przyjmuje się, że dyrektywy stają się częścią porządków prawnych krajów UE i wywołują, określone w nich skutki od ich wejścia w życie. Przepisy dyrektywy, tj. inne normy unijnego prawa pierwotnego i wtórnego, obowiązują bowiem od momentu ich wejścia w życie. Natomiast ich stosowanie w krajowym porządku prawnym jest uzależnione od stopnia prawidłowości ich implementacji. Przepisy dyrektyw mogą stanowić bezpośrednią podstawę prawną dla działań wszystkich organów państw członkowskich, co do zasady, tylko po upływie terminu implementacyjnego i tylko wtedy, kiedy brak jest norm krajowych zgodnych z dyrektywą. Za taką normę „zgodną” należy uznać przepis(y), które w sposób prawidłowy oddają regulację zawartą w dyrektywie, a zatem za normę „niezgodną” uznać wypada zarówno brak regulacji w ogóle jak również regulacje niepełną (wyr. TSUE w sprawie C-138/07, pkt 58). **12**

- 13 6. Jak się podnosi w orzecznictwie TSUE zobowiązanie państw członkowskich do osiągnięcia rezultatu wskazanego w dyrektywie, jak również powinność podjęcia wszelkich właściwych środków ogólnych lub szczególnych w celu zapewnienia wykonania tego zobowiązania, ciąży na wszystkich organach tych państw, w tym, w granicach ich kompetencji, na organach sądowych (wyr. TSUE w sprawie C-555/07, pkt 47).
- 14 7. Jednak – odmiennie od przepisów TFUE, rozporządzeń oraz decyzji – zagadnienie skuteczności postanowień dyrektyw jest bardziej złożone. Dyrektywa podlega implementacji przez państwa członkowskie, a tym samym, co do zasady, konieczne jest przyjęcie wewnętrznych przepisów odzwierciedlających jej postanowienia. Jest ona bowiem podstawowym instrumentem harmonizacji przepisów w krajach członkowskich UE. W tym znaczeniu w wielu przypadkach postanowienia dyrektywy stanowią kompromis wypracowany pomiędzy krajami członkowskimi mający na celu „europeizację” określonych przepisów i praktyk występujących w poszczególnych państwach. Z drugiej strony, wiele dziedzin prawa unijnego jest regulowanych właśnie poprzez ten akt prawny; należy do nich również sfera zamówień publicznych. W tym znaczeniu, aby można było rzeczywiście mówić o „europeizacji”, czy jak wskazuje np. nazwa dyrektywy 2004/18/WE o koordynacji danych przepisów, konieczne jest zapewnienie ich efektywnego stosowania w państwach członkowskich. Mówiąc inaczej, gdyby państwa członkowskie nie implementowały prawidłowo (lub w ogóle) tych postanowień, polityka UE w tych obszarach nie byłaby należycie egzekwowana. Przeciwdziałając takiemu stanowi rzeczy, Trybunał przyjął koncepcję, zgodnie z którą w określonych sytuacjach przepisy dyrektywy mogą wywoływać bezpośredni skutek w porządku prawnym państwa członkowskiego (szerzej na ten temat *P. Craig, G. de Burca*, EU Law, s.182 i n.; *S. Weatherhill, P. Beaumont*, EU Law, s. 396 i n.).
- 15 8. Jak się powszechnie przyjmuje, bezpośredni skutek dyrektywy mogą wywoływać jedynie w relacji pomiędzy „państwem” a jednostką – mówi się w takim przypadku o skutku wertykalnym (ale nie pomiędzy jednostkami; Trybunał odmawia konsekwentnie przyznania tzw. horyzontalnego skutku bezpośredniego przepisom dyrektywy). Oznacza to, że w sytuacji braku lub nieprawidłowej implementacji postanowień dyrektywy, dana jednostka może przywoływać w relacjach z organami „państwa” jej określone przepisy w celu ochrony wynikających z nich uprawnień (opinia rzecznika generalnego *L.A. Geelhoed* w sprawie C-253/00, pkt 40).
- 16 9. Trybunał potwierdził wertykalny skutek bezpośrednio przepisów dyrektywy w wielu orzeczeniach, można go zatem uznać za jedną z zasad prawa unijnego. Podstawą takiego stanowiska Trybunału jest to, że art. 288 TFUE uznaje wiążący skutek dyrektywy, ale wyłącznie w stosunku do „państwa”, bowiem to do „państwa” dyrektywy są

kierowane bezpośrednio. Stanowisko Trybunału jest oparte na założeniu, że nie można dopuścić do sytuacji, w której „państwo” mogłoby odnosić korzyści z tego, że nie wypełnia ciężących na nim obowiązków implementacyjnych. Mogłoby tak być w sytuacji, w której dyrektywa przyznaje jednostkom określone uprawnienia, z których na skutek braku środków implementacyjnych, jednostki te nie mogą korzystać (opinia rzecznika generalnego *L.A. Geelhoed* w sprawie C-253/00, pkt 40).

10. Co szczególnie istotne dla zamówień publicznych, za „państwo” 17 w tym kontekście uznaje się również wszelkie jego organy, a co więcej również organy jednostek samorządu terytorialnego (choć mogą być one z punktu widzenia rozwiązań konstytucyjnych przewidzianych w poszczególnych państwach członkowskich uznawane za formalnie od „państwa” odrębne) (wyr. TSUE w sprawie C-103/88, pkt 31). Ponadto, bezpośrednio skuteczne mogą być także przepisy dyrektywy w stosunku do spółki prawa prywatnego, która pozostaje pod kontrolą i wykonuje określone zadania powierzone jej przez „państwo” (wyr. TSUE w sprawie C-188/89, pkt 20; szerzej o kwestii rozumienia „państwa” w tym kontekście *P. Craig, G. de Burca*, *EU Law*, s. 208 i n.; *S. Weatherhill, P. Beaumont*, *EU Law*, s. 406 i n.; *N. Foster*, *Foster on UE Law*, s. 185 i n.).

11. Tym samym, gdy przepisy dyrektywy okazują się, ze względu 18 na swoją treść, bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne oraz przyznają jednostkom określone prawa podmiotowe, a ponadto przepisy te nie zostały implementowane w terminie lub zostały implementowane nieprawidłowo, jednostki mają prawo powoływać się na nie przed wszelkimi organami państwa, a zatem przed samymi zamawiającymi jak i przed sądami wobec takich zamawiających (wyr. TSUE w sprawie C115/09, pkt 53-54).

12. Również w orzecznictwie sądów krajowych, w tym przypadku NSA, 19 podnosi się, że należy również wskazać na stanowisko Trybunału Sprawiedliwości UE, który przyjął, że norma dyrektywy może być bezpośrednio skuteczna, jeżeli jest wystarczająco precyzyjna i bezwarunkowa, zaś jej stosowanie nie jest uzależnione od dalszych działań ze strony organów UE lub organów państw członkowskich, oraz jeżeli jest skierowana na przyznanie praw jednostkom. Dlatego też w interesie prawnym jednostki mieści się możliwość zakwestionowania legalności decyzji władz krajowych w zakresie objętym sferą bezpośrednio skutecznych norm dyrektyw (wyr. NSA z 2.10.2012 r., II OSK 1246/12, Legalis).

13. W kontekście przepisów dyrektywy 2014/24/UE kwestia ta nabiera 20 szczególnego znaczenia, ponieważ reguluje ona stosunki pomiędzy zamawiającymi [których najczęściej można utożsamiać z „państwem” (szerzej na ten temat kom. do art. 2 ust. 1 pkt 1)] a wykonawcami [których w dużej większości należy utożsamiać z „jednostkami” (szerzej na ten temat kom. do art. 2 ust. 1 pkt 10)]. Mamy zatem do czynienia w wielu miejscach

## Wstęp

z przepisami, które mogą wywoływać bezpośredni skutek i na które – w przypadku braku lub nieprawidłowej implementacji – wykonawcy będą mogli się powoływać.

- 21** 14. Oczywiście uprawnienie to będzie im przysługiwało w relacji z zamawiającym (ewentualnie przed organami odwoławczymi), ale nie w stosunku do innego wykonawcy. Nie oznacza to jednak, że nie będzie to wpływało na sytuację innych wykonawców. Może tak być np. w przypadku, gdy wykonawca podlegający wykluczeniu na podstawie niezgodnych z przepisem dyrektywy przesłanek, zostaje przywrócony do postępowania w związku z zastosowaniem doktryny skutku bezpośredniego.
- 22** 15. Może również powstać sytuacja, w której organy państwa będą chciały powoływać się na bezpośrednio skuteczny przepis dyrektywy w stosunku do zamawiającego. Inaczej mówiąc sytuacji, w której „państwo” powołuje się na bezpośrednio skuteczny przepis dyrektywy w stosunku do „państwa”. Może tak być w szczególności w przypadku kontroli postępowań prowadzonych przez zamawiających wykonywanych przez wyznaczone w danym państwie organy. W Polsce np. może tak być w przypadku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wykonywanej na podstawie PrZamPubl lub w sytuacji kontroli wydatkowania środków pochodzących z budżetu ogólnego UE przez ustanowione w tym celu instytucje krajowe.
- 23** 16. Jak podkreśla się w doktrynie dany organ państwowy jako organ nadzorczy ma zapewnić prawidłowe zarządzanie i zgodność z prawem przedsięwzięć finansowanych z funduszy strukturalnych. Instytucje zarządzające, które zostały wyznaczone przez państwa członkowskie do zarządzania środkami wydatkowanymi z tych funduszy, ponoszą szczególną odpowiedzialność i powinny się wyraźnie upewnić, że wydatkowanie jest zgodne z postanowieniami traktatów i aktami prawa wtórnego, wśród których znajdują się przepisy mające zastosowanie do udzielania zamówień publicznych (opinia rzecznika generalnego *N. Wahla* do sprawy C-425/12, pkt 65; obowiązek przestrzegania prawa UE przy wydatkowaniu środków unijnych wynika ponadto z art. 6 w zw. z art. 74 rozporządzenia PE i Rady 1303/2013/UE z 17.12.2013 r. ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) Nr 1083/2006).



17. Tego typu sytuacja była przedmiotem rozstrzygnięcia Trybunału **24** w sprawie C-425/12. Trybunał wskazał w swym rozstrzygnięciu, powołując się przy tym na wcześniejsze orzecznictwo, że „wśród podmiotów, przeciwko którym dopuszczalne jest powołanie się na dyrektywę, która może być bezpośrednio skuteczna, figuruje również podmiot, któremu – niezależnie od jego formy prawnej – na podstawie aktu władzy publicznej i pod jej kontrolą powierzono wykonywanie usług użyteczności publicznej i który w tym celu dysponuje uprawnieniami wykraczającymi poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami” (pkt 24 i przywołane tam orzecznictwo, tj. TSUE w sprawach: C-343/98, pkt 23; C-157/02, pkt 24; C-356/05 pkt 40; C-282/10, pkt 39).

18. W takiej sytuacji, to nie tylko jednostka (tu: wykonawca) ma prawo **25** powoływać się w stosunku do takiego podmiotu na bezpośrednio skuteczny przepis dyrektywy (tamże, pkt 32), ale również organ państwa (tamże, pkt 38). Trybunał uzasadnia takie stanowisko tym, że w przeciwnym razie skutkowałoby to umożliwieniem wykonawcy powołania się na przepisy dyrektywy wobec zamawiającego spełniającego ww. kryteria, podczas gdy organy państwowe nie mogłyby powołać się wobec tego ostatniego na zobowiązania wynikające z omawianej dyrektywy. Tym samym taki zamawiający, w zależności od charakteru osób lub podmiotów powołujących się wobec niego na dyrektywę, musiałby zastosować się do przepisów tej dyrektywy lub nie. Tymczasem w takich okolicznościach omawiana dyrektywa nie znajdowałaby już jednolitego zastosowania w wewnętrznym porządku prawnym danego państwa członkowskiego (tamże, pkt 37).

19. Jak słusznie zauważa rzecznik generalny *N. Wahl* „możliwość **26** powołania się przez organ władzy państwowej na nieprzestrzeganie przepisów dyrektywy przeciwko innemu członowi państwa wchodziłaby w zakres problematyki niezwiązanej z tradycyjnymi rozważaniami dotyczącymi wertykalnej – i *a fortiori* horyzontalnej – bezpośredniej skuteczności dyrektyw, lecz miałaby źródło w nałożonym na wszystkie władze państwowe obowiązku zastosowania się do przepisów dyrektyw (art. 288 ak. 3 TFUE) oraz lojalnej współpracy i zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z traktatów lub aktów instytucji (art. 4 ust. 3 TUE)” (opinia rzecznika generalnego *N. Wahla* do sprawy C-425/12, pkt 52 i n.).

20. Pamiętać przy tym należy, że odmiennie w tym kontekście wygląda **27** kwestia zamawiającego będącego organem państwa lub nawet jednostką samorządu terytorialnego (można zakładać, że mamy w tych przypadkach do czynienia *a priori* z „państwem”), inaczej zaś tzw. podmiotu prawa publicznego, czy też w ogóle podmiotu prywatnego zobowiązanego do stosowania dyrektywy 2014/24/UE na podstawie jej art. 13 (szerzej na ten temat kom. do art. 13), gdzie przypisanie roli „państwa” powinno być

## Wstęp

zawsze poprzedzone szczegółową analizą. W szczególności dlatego, że sama dyrektywa nie może tworzyć obowiązków dla jednostki, a zatem na przepis dyrektywy sam w sobie nie można się powoływać wobec takiej osoby (wyr. TSUE w sprawie C-168/95, pkt 36). Władze krajowe nie mogą podnosić przeciwko jednostce przepisu dyrektywy, której wymagane wdrożenie do prawa krajowego jeszcze nie nastąpiło (wyr. TSUE w sprawie 80/86, pkt 10). Mogą to jednak uczynić – jak zostało wskazane wyżej – w stosunku do „państwa”.

- 28 21. Inną kwestią jest ewentualna możliwość powoływania się na bezpośredni skutek przepisów dyrektywy przez samego zamawiającego w stosunku do innych organów państwowych, które kontrolują jego działania. Z sytuacją taką możemy mieć do czynienia, gdy zamawiający, np. jednostka samorządu terytorialnego, powołuje się na przepis dyrektywy, który nie został prawidłowo implementowany do porządku krajowego. Jak wskazano już wyżej, co prawda przepisy dyrektywy 2014/24/UE nie ustanawiają wyczerpującego systemu udzielania zamówień, to jednak nie można wnioskować na tej podstawie, iż nie reguluje ona w sposób wyczerpujący pewnych etapów lub aspektów procedury.
- 29 22. W tym kontekście – jak podnosi się zasadnie w doktrynie – dyrektywy dotyczące zamówień publicznych określają w sposób wyraźny dwa rodzaje kompetencji: takie, które przysługują państwom członkowskim, oraz takie, które przysługują instytucjom zamawiającym. Niektóre postanowienia regulują natomiast w sposób wyraźny obowiązki państw członkowskich, jak i instytucji zamawiających. Nie przewidując wyraźnej kompetencji instytucji zamawiającej, mogą zawierać alternatywne rozwiązania, którego to uprawnienia do wyboru instytucja zamawiająca zostaje pozbawiona poprzez określony wybór ustawodawcy krajowego [opinia rzecznika generalnego *Ch. Stix-Hackl* przedstawiona 1.7.2004 r. do sprawy C-247/02, pkt 53–55; jest jeszcze trzecia kategoria przepisów (poza dwiema wskazanymi przez rzecznik generalną *Stix-Hackl*) – chodzi mianowicie o przepisy, które mówią o tym, że dany obszar nie jest objęty przepisami dyrektywy 2014/24/UE; szczegółowo zostanie to omówione przy okazji komentarza do art. 12]. Jak dalej słusznie podnosi rzecznik generalna „prawodawca krajowy nie może ograniczyć swobodnego uznania instytucji zamawiającej w sposób, jakiego dyrektywa nie przewiduje w sposób wyraźny” (pkt 65 opinii rzecznika generalnego *Ch. Stix-Hackl*). Należy przy tym wskazać, że rzecznik generalna nie rozstrzyga wprost kwestii bezpośredniego skutku przepisów dyrektywy dla zamawiającego (w tym konkretnym przypadku chodziło o tzw. podmiot prawa publicznego) (tamże, pkt 56: „nawet przy przyjęciu założenia, iż instytucja zamawiająca będąca podmiotem prawa publicznego nie posiada podmiotowego prawa wyboru, pojawia się pytanie czy Państwa Członkowskie mogą zobowiązać instytucje zamawiające do stosowania

określonego kryterium”). Kwestia ta jest o tyle problematyczna, że zamawiający występowałby w takich przypadkach w „podwójnej roli”, tj. jako „państwo” w stosunku do wykonawców i jako „jednostka” w stosunku do organów państwa. Można jednak przyjąć, że z punktu widzenia przepisów prawa unijnego nie ma to większego znaczenia, ponieważ zamawiający udzielając zamówień publicznych występuje w roli „państwa”, a tym samym – jak wynika z przywołanego orzeczenia Trybunału w sprawie C-103/88 – ma obowiązek przestrzegać przepisów dyrektywy, w szczególności tych bezpośrednio skutecznych.

23. Taka sytuacja jest jednak dopuszczalna. W sprawie będącej przedmiotem wyroku, Trybunał uznał, iż jednostki samorządu terytorialnego, *a priori* utożsamiane z „państwem”, mogą powoływać się na jasne i bezwarunkowe przepisy nietransponowanej dyrektywy na podstawie bezpośredniej skuteczności dyrektyw. Przedmiotowa sprawa dotyczyła zwolnienia z podatku VAT określonych transakcji, które w państwie członkowskim nie zostały objęte wyłączeniem w stosunku do jednostek samorządu terytorialnego. Trybunał uznał, że w takiej sytuacji, jednostki samorządu terytorialnego mogą powołać się na bezpośrednio skuteczny przepis dyrektywy w stosunku do regulacji krajowej (wyr. TSUE w sprawach połączonych C-231/87 i 129/88, pkt 29–33), a tym samym mogą również występować jako „jednostka”.

24. Wydaje się, że ta bezpośrednia skuteczność przepisów dyrektywy wiążąca zamawiającego nabierze dodatkowego uzasadnienia w kontekście ogólnych celów dyrektywy. Jak się podkreśla w doktrynie, na bezpośredni skutek norm dyrektywy można się powoływać wyłącznie wtedy, gdy cel takiego powołania jest zgodny z celem dyrektywy (*B. Kurcz*, w: *A. Wróbel* (red.), *Traktat o funkcjonowaniu*, s. 682).

25. W tym kontekście na szczególną uwagę zasługuje fakt, że w odróżnieniu od dotychczasowej regulacji zawartej w dyrektywie 2004/18/WE i wcześniej w przepisach dyrektyw 92/50/EWG, 93/36/EWG i 93/37/EWG, w których podkreślano przede wszystkim element otwarcia rynku na konkurencję (pkt 2 preambuły dyrektywy 2004/18/WE; wyr. TSUE w sprawie C-285/99 i C-286/99, pkt 84), dyrektywa 2014/24/UE wskazuje na inne, równie ważne w ocenie ustawodawcy unijnego, wartości. I tak zgodnie z pkt 2 preambuły zamówienia publiczne odgrywają kluczową rolę w strategii «Europa 2020» zawartej w komunikacie Komisji z 3.3.2010 r. zatytułowanym «Europa 2020, Strategia 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.

- 33** 26. Co więcej, w dalszej części tego punktu jednoznacznie wskazuje się, że „w tym celu należy zmienić i zmodernizować przepisy dyrektywy 2004/18/WE, aby zwiększyć efektywność wydatków publicznych, ułatwiając w szczególności udział małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w zamówieniach publicznych, oraz aby umożliwić zamawiającym lepsze wykorzystanie zamówień publicznych dla wsparcia wspólnych celów społecznych”.
- 34** 27. Można zatem uznać, że to już nie tylko element konkurencji, ale również efektywność i racjonalność realizacji zadań publicznych powinna podstawę interpretacji przepisów dyrektywy 2014/24/UE. Uprawnionym wydaje się więc twierdzenie, że gdy w przypadku dyrektywy 2004/18/WE jej regulacje należało interpretować przez pryzmat otwarcia rynku, tak postanowienia dyrektywy 2014/24/UE wymagają zachowania równowagi pomiędzy konkurencją a innymi wartościami. Być może najlepiej obrazuje to stanowisko Trybunału, który już na bazie poprzednio obowiązujących przepisów wskazywał, że celem dyrektyw z dziedziny zamówień publicznych jest w wykluczenie sytuacji, w których podmioty finansowane lub kontrolowane przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego mogłyby się kierować kryteriami pozagospodarczymi (wyr. TSUE w sprawie C-393/06, pkt 37). Chodzi zatem o to, aby stworzyć mechanizmy niejako wymuszające na zamawiających zachowania racjonalne, efektywne i gospodarne. Regulacje zamówieniowe stanowią jedynie instrument realizacji określonych potrzeb, bardzo często zresztą nie samego zamawiającego, ale potrzeb ogólnych, które zamawiający jest zobowiązany lub decyduje się zaspokajać. Wyraz tychże zasad odnaleźć można w przepisach ogólnych regulujących finanse publiczne, np. w polskiej ustawie o finansach publicznych, gdzie istnieje ogólna wytyczna, zgodnie z którą wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów oraz terminowości (ustawa z 27.8.2009 r. o finansach publicznych; t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 885 – art. 44 ust. 3).
- 35** 28. Włączenie omawianych zapisów do dyrektywy 2014/24/UE wprowadza w końcu do tekstu często postulowaną w doktrynie ideę, która powinna przyświecać zamówieniom publicznym, tj. *Best Value for Money*, czyli uzyskiwania najlepszych efektów z angażowanych środków. Przy czym *Value* (efekt) należy rozumieć szerzej niż jedynie otwarcie rynku na konkurencję. To ostatnie traktować należy jedynie jako jeden ze środków prowadzących do osiągnięcia opisanych wyżej i wskazanych wprost w pkt 2 preambuły dyrektywy 2014/24/UE celów.
- 36** 29. Bezpośredni, wertykalny skutek przepisu dyrektywy będzie się przejawiał w następujący sposób:

- a) poprzez brak stosowania normy prawa krajowego będącej w sprzeczności z nieimplementowaną bezpośrednio skuteczną normą dyrektywy – tzw. zastosowanie negatywne albo
- b) substytucja normy krajowej przez bezpośrednio skuteczną normę dyrektywy – tzw. zastosowanie pozytywne (*B. Kurcz*, w: *A. Wróbel* (red.), *Traktat o funkcjonowaniu*, s. 682).

30. W konsekwencji, władze administracyjne, w tym jednostki samorządu terytorialnego jak również inne podmioty, którym można przypisać rolę «państwa», podlegają tym samym obowiązkom jak sąd krajowy, jeżeli chodzi o stosowanie bezpośrednio skutecznego przepisu dyrektywy oraz mają obowiązek powstrzymywanie się od stosowania tych przepisów krajowych, które są sprzeczne z takim bezpośrednio skutecznym przepisem dyrektywy (wyr. TSUE w sprawie C-103/88, pkt 27–33). **37**

31. Drugim, poza skutkiem bezpośrednim, środkiem zapewniającym efektywne stosowanie prawa unijnego, w tym dyrektyw, w porządku krajowym jest obowiązek dokonywania wykładni przepisów krajowych w świetle brzmienia i celu danej dyrektywy. Jak się podkreśla w orzecznictwie Trybunału „(...) stosując prawo wewnętrzne, sądy krajowe zobowiązane są tak dalece, jak jest to możliwe, dokonywać jego wykładni w świetle brzmienia i celu rozpatrywanej dyrektywy, by osiągnąć przewidziany w niej rezultat, a zatem dostosować się do art. 288 akapit trzeci TFUE. Obowiązek zgodnej wykładni dotyczy wszystkich krajowych przepisów prawnych, zarówno wcześniejszych, jak i późniejszych w stosunku do rozpatrywanej dyrektywy. Wymóg zgodnej wykładni prawa krajowego jest bowiem nieodłączną cechą systemu traktatowego, który umożliwia sądom krajowym zapewnienie w ramach ich właściwości pełnej skuteczności prawa wspólnotowego przy rozstrzygnięciu wniesionych przed nie sporów” (wyr. TSUE w sprawie C-212/04, pkt 108–109). **38**

32. Należy przy tym wskazać, że spoczywający na organach państwa obowiązek odniesienia się do treści dyrektywy przy dokonywaniu wykładni i stosowaniu odpowiednich przepisów prawa krajowego jest ograniczony przez ogólne zasady prawa i nie może służyć jako podstawa dla dokonywania wykładni prawa krajowego *contra legem* (wyr. TSUE w sprawie C351/12, pkt 43–45; szerzej o kwestii wykładni prawa krajowego w świetle celów dyrektywy *P. Craig, G. de Burca*, *EU Law*, s. 211 i n.; *S. Weatherhill, P. Beaumont*, *EU Law*, s. 409 i n.; *B. Kurcz*, w: *A. Wróbel* (red.), *Traktat o funkcjonowaniu*, s. 683 i n.). **39**

33. Podsumowując, należy zwrócić uwagę na specyficzny charakter regulacji jakim są kwestie zamówień publicznych. Odnoszą się one bowiem do wskazanych w dyrektywie podmiotów, często mogących zostać uznane za «państwo», a zatem za podmioty, na których spoczywa ciężar stosowania bezpośrednio skutecznych przepisów dyrektywy 2014/24/UE. **40**

## Wstęp

- 41** 34. Ponadto, podmioty te są również odpowiedzialne za interpretację tych przepisów jak również przepisów krajowych w taki sposób, aby zapewnić realizację celów wskazanych w dyrektywie 2014/24/UE. W tym kontekście niezwykle istotny jest fakt rozszerzenia katalogu tychże celów w stosunku do dotychczas obowiązującej dyrektywy 2004/18/WE o jednoznaczne wskazanie, że poza otwarciem rynku zamówień publicznych na konkurencję, chodzi również o efektywne gospodarowanie środkami publicznymi.
- 42** 35. Omawiając poszczególne przepisy dyrektywy 2014/24/UE oraz ich skutki w prawie krajowym należy również zwrócić uwagę na podstawy jej przyjęcia, a co za tym idzie na jej zakres przedmiotowy i podmiotowy oraz zagadnienia, które pozostają poza obszarem tej regulacji.