

## Tytuł I. ZAKRES STOSOWANIA, DEFINICJE I ZASADY OGÓLNE

### Rozdział I. Zakres stosowania i definicje

#### Sekcja 1. Przedmiot i definicje

##### Art. 1. [Przedmiot i zakres stosowania]

1. Niniejsza dyrektywa ustanawia przepisy dotyczące procedur udzielania zamówień przez instytucje zamawiające w odniesieniu do zamówień publicznych oraz konkursów, których wartość szacunkowa jest nie mniejsza niż kwoty progowe określone w art. 4.

2. Zamówienie w rozumieniu niniejszej dyrektywy stanowi 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 przeznaczone są do celów publicznych.

3. Niniejszą dyrektywę stosuje się z zastrzeżeniem art. 346 TFUE.

4. Niniejsza dyrektywa nie ogranicza swobody państw członkowskich w zakresie definiowania, zgodnie z prawem unijnym, usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, sposobu ich organizacji i finansowania – zgodnie z przepisami dotyczącymi pomocy publicznej – a także określania tego, jakim szczegółowym obowiązkiem usługi te powinny podlegać. Niniejsza dyrektywa nie wpływa również na decyzje organów publicznych dotyczące tego, czy chcą one – oraz w jaki sposób i w jakim stopniu – samodzielnie realizować funkcje publiczne zgodnie z art. 14 TFUE oraz Protokołem nr 26.

5. Niniejsza dyrektywa nie ma wpływu na sposób, w jaki państwa członkowskie organizują swoje systemy zabezpieczenia społecznego.

6. Porozumienia, decyzje lub inne instrumenty prawne regulujące przekazanie uprawnień i obowiązków związanych z wykonywaniem zadań publicznych między instytucjami zamawiającymi lub grupami instytucji zamawiających, które nie przewidują wypłaty wynagrodzenia za wykonanie umowy, uznaje się za kwestie, które podlegają wewnętrznemu uregulowaniu w danym państwie członkowskim i na którą w związku z tym niniejsza dyrektywa nie ma żadnego wpływu.

#### Spis treści

	Nb
1. Zakres i cel dyrektywy . . . . .	1
2. Metoda regulacji . . . . .	2
3. Wartości progowe . . . . .	3
4. Zamówienia publiczne i konkursy . . . . .	4
5. Instytucje zamawiające . . . . .	5
6. Definicja zamówienia w dyrektywie . . . . .	6
7. Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym . . . . .	7
8. SGEI a <i>in-house</i> . . . . .	8
9. Ustęp 6 dyrektywy . . . . .	9
10. Wybrani wykonawcy . . . . .	10

1. **Zakres i cel dyrektywy.** Celem zarówno dyrektywy 2014/24/UE, jak i całego systemu zamówień publicznych jest w szczególności:

- 1) zapewnienie efektywności gospodarowania środkami publicznymi,
- 2) zapewnienie transparentności i wyeliminowanie zjawisk korupcyjnych,
- 3) zapewnienie uczciwej konkurencji i dostępu do rynku dla jak największej liczby podmiotów, w tym głównie małych i średnich przedsiębiorstw.

Akt prawny, jakim jest dyrektywa, obowiązuje państwa członkowskie co do celu, a jednocześnie jest to cel minimalny, w tym sensie, że **dyrektywa określa pewne minimalne standardy, które muszą być zachowane przez państwa członkowskie.** Okoliczność ta jest szczególnie istotna w zakresie regulacji art. 12.

Mając powyższe na uwadze, uzasadniony jest wniosek, iż celem unijnego prawodawcy jest wprowadzenie i stosowanie reguł zawartych w dyrektywie. Natomiast wyjątki i odstępstwa wymienione w dyrektywie powinny być stosowane ściśle, a nie rozszerzająco; nie jest bowiem celem dyrektywy, by jej nie stosować.

Nic nie stoi na przeszkodzie, aby państwa członkowskie w ramach realizacji celów dyrektywy nie ograniczały się do minimalnych, lecz wprowadzały wyższe standardy. Na powyższym tle wyłaniają się dwa wnioski dla implementacji w obszarze podmiotowego zakresu stosowania dyrektywy:

- 1) skoro dyrektywa ma zapewniać dostęp do rynku zamówień publicznych możliwie dużej liczbie podmiotów i chronić konkurencję, to państwo członkowskie nie może wyłączać z zakresu stosowania dyrektywy podmiotów lub postępowań, które nie spełniają warunków wyłączenia przewidzianych w szczególności w art. 10 do art. 12; innymi słowy, zanim konkretny podmiot zostanie wyłączony z obowiązku stosowania dyrektywy lub udzielone zostanie mu zlecenie bezpośrednio (ang. *in-house*), należy się upewnić, że podmiot ten spełnia warunki określone w art. 10 do art. 12; jest to minimalna ochrona rynku – nie można wyłączać stosowania dyrektywy wobec szerszej grupy podmiotów, które nie spełniają kryteriów określonych np. w art. 12;
- 2) państwo członkowskie może natomiast wprowadzić wyższe standardy w zakresie realizacji celów dyrektywy – może zapewniać dostęp do rynku zamówień szerszej liczbie podmiotów i chronić konkurencję w stopniu wyższym, niż czyni to dyrektywa, ograniczając wyjątki od stosowania procedur konkurencyjnych. Państwo członkowskie ma jedynie obowiązek zapewnić, by ewentualne wyłączenia, jeśli zdecyduje się je dopuścić, nie obejmowały innych podmiotów niż te wskazane w dyrektywie, m.in. w art. 12.

2. **Metoda regulacji.** Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 2014/24/UE z 26.2.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L Nr 94, s. 65) [zgodnie z art. 91 dyrektywy uchylenie dyrektywy 2004/18/WE nastąpiło 18.4.2016 r. – przyp. aut.] przewiduje przede wszystkim **przepisy o charakterze proceduralnym**, które regulują zasady udzielania zamówień publicznych, zasady wyboru właściwego trybu udzielania zamówień publicznych, zasady wyboru wykonawców oraz oceny wniosków i ofert składanych przez tych wykonawców. Ponadto w dyrektywie znajdujemy uregulowania, w tym **przepisy o charakterze materialnoprawnym**, które dotyczą między innymi definicji zamówienia publicznego (art. 2 ust. 1 pkt 5), zasad modyfikacji umów w okresie ich obowiązywania (art. 72), jak również zasad rozwiązywania tych umów (art. 73). Kolejny rodzaj norm (sposobu regulacji), jakie przewidziane są w dyrektywie, można określić jako **przepisy organizacyjne**. Mowa tutaj m.in. o art. 83 i 84. Przepisy te skierowane są do państwa członkowskiego w celu ustanowienia określonych rozwiązań instytucjonalnych, które mają zapewnić należyte funkcjonowanie systemu zamówień publicznych. Przykładowo art. 83 przewiduje konieczność ustanowienia bądź wskazania organu, który będzie realizował zadania w zakresie monitorowania procedur, w tym sprawozdań z zastosowania przepisów oraz w celu zgłaszania do

Komisji Europejskiej ewentualnych sugestii i wniosków co do kształtu i regulacji dyrektywy.

Zgodnie z ogólnym charakterem dyrektywy jako aktu prawa Unii Europejskiej o tak zwanym pośrednim skutku, bezpośrednim adresatem dyrektywy jest państwo członkowskie. Warto jednak zwrócić uwagę na szczególny charakter omawianej dyrektywy w sprawie zamówień publicznych. Otóż dyrektywa ta z uwagi na zdecydowaną przewagę regulacji o charakterze proceduralnym stanowi bardzo jasną wskazówkę na temat regulacji praw i obowiązków uczestników procedur o udzielenie zamówienia publicznego, a więc zarówno zamawiających, jak i wykonawców. Z tego względu faktycznie pośrednim adresatem znacznej części norm tej dyrektywy stają się uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy oczywiście mieć na uwadze charakter norm zawartych w dyrektywie jako akcie prawnym pośredniego skutku oraz zasadach i możliwości powoływania się przez indywidualne podmioty na przepisy wynikające z dyrektywy. Zgodnie bowiem z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej bezpośrednie powoływanie się na przepisy dyrektyw możliwe jest wyłącznie po ziszczeniu się określonych warunków (por. wyr. TSWE z 27.2.2003 r., C-327/00, *Santex SpA v. Unita Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia*, Zb.Orz. 2003, s. I-1877).

Należy zauważyć, że zdecydowana część zapisów dyrektywy ma charakter kategoriyczny i wysoce sprecyzowany. Zgodnie zaś z wyr. TSWE z 4.12.1974 r., 41/74, *Yvonne van Duyn v. Home Office*, Zb.Orz. 1974, s. I-1337, dyrektywa ma bezpośredni skutek, jeśli jej przepisy są bezwarunkowe oraz wystarczająco jasne i precyzyjne. W przypadku zatem, jeżeli przepisy dyrektywy nie zostaną odpowiednio transponowane do porządków prawnych państw członkowskich, wówczas przepisy dyrektywy są dla zainteresowanych osób (wykonawców) źródłem uprawnień, na które mogą powoływać się przed sądami w państwach członkowskich i które podlegają ochronie przez te sądy.

Głównym warunkiem bezpośredniego stosowania dyrektywy jest upływ terminu przewidzianego na implementację do krajowego porządku prawnego. Jednakże nawet upływ terminu na wdrożenie dyrektywy do prawa krajowego nie w każdym przypadku uzasadniać może bezpośrednie powoływanie się na przepisy dyrektywy w zakresie indywidualnych praw i obowiązków. Niektóre przepisy omawianej dyrektywy kierowane do państwa członkowskiego, mają charakter fakultatywny i w rezultacie to od państwa członkowskiego zależeć będzie, czy wdroży określone regulacje, czy też zdecyduje się na pozostawienie danego obszaru do „swobodnego” uznania podmiotów uczestniczących w procedurach zamówień publicznych. Taka sytuacja jest jednak możliwa wyłącznie, gdy przepis dyrektywy nie nakłada na państwo członkowskie obowiązku wdrożenia określonego rozwiązania (instytucji prawnej) w ramach krajowego porządku prawnego.

- 3 **3. Wartości progowe.** Stosowanie przepisów i regulacji dotyczących zamówień publicznych ma charakter obligatoryjny w przypadku zamówień publicznych lub konkursów, których wartość szacunkowa jest nie mniejsza niż tzw. kwoty progowe, określane zgodnie z art. 4 dyrektywy. Kwoty progowe nie zostały zwiększone w porównaniu z regulacjami obowiązującymi w dyrektywie Nr 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.3.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.Urz. UE L Nr 134, s. 114 ze zm.), z wyjątkiem wprowadzenia nowego progu, o którym mowa w art. 4 lit. d. Warto zauważyć, iż obowiązek stosowania procedur zamówień publicznych powstaje już wówczas, gdy wartość szacunkowa jest **co najmniej równa** kwocie progowej.
- 4 **4. Zamówienia publiczne i konkursy.** Regulacje wynikające z dyrektywy stosuje się do dwóch rodzajów działań instytucji zamawiających. Obok głównego

sposobu dysponowania środkami publicznymi, jakimi jest zamówienie publiczne, przepisy dyrektywy znajdują również zastosowanie do konkursów prowadzonych przez instytucje zamawiające. Zasady udzielania konkursów uregulowane zostały w Tytule III Rozdziale II (art. 78–82).

**5. Instytucje zamawiające.** Dyrektywa znajduje zastosowanie wyłącznie do działań podejmowanych przez podmioty, instytucje, które posiadają status instytucji zamawiającej w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 1. Oznacza to, iż podejmowanie działań, które przedmiotowo odpowiadają zakresowi stosowania dyrektywy, jednakże przez podmioty nieposiadające statusu „instytucji zamawiającej”, co do zasady, nie jest objęte jej zastosowaniem (uwzględnić jednak należy art. 13).

Dyrektywa z 26.2.2014 r. obejmuje procedury nabywania zarówno robót budowlanych, jak też dostaw oraz usług przez instytucje zamawiające. Zwraca uwagę sformułowanie zawarte w art. 1 ust. 2 (przez co najmniej „jedną instytucję” zamawiającą), które wskazuje na możliwość wspólnego przeprowadzania procedury i udzielania zamówienia publicznego przez kilku zamawiających.

**6. Definicja zamówienia w dyrektywie.** Artykuł 1 ust. 2 wskazuje, iż **zamówieniem** jest nabycie roboty budowlanej, dostawy lub usługi od wykonawcy wybranego przez tę instytucję. Rzeczony przepis należy interpretować w ten sposób, iż nabycie określonego dobra może mieć miejsce po przeprowadzeniu jednej z procedur określonych w dyrektywie, w wyniku której dokonywany jest wybór wykonawcy według określonych zasad i kryteriów. Zawarcie umowy odpłatnej w zakresie przedmiotowym dyrektywy przez instytucję zamawiającą z pominięciem tak dokonanego wyboru należy uznać za naruszenie przepisów dyrektywy, tudzież przepisów krajowych regulujących zamówienia publiczne ustanowionych w procesie implementacji.

Artykuł 1 ust. 2 wskazuje, iż zamówieniem w rozumieniu dyrektywy jest nabycie określonego dobra, bez względu na to, czy jest ono przeznaczone do celu publicznego. Definicja **celu publicznego** nie została przewidziana w dyrektywie. Taka regulacja oraz sformułowanie przepisu wskazuje, iż każde dysponowanie środkami publicznymi, niezależnie od celu (przeznaczenia) nabywanego dobra, wymaga zastosowania transparentnej procedury (por. komentarz do art. 18). Nawet więc nabycie określonego dobra (usługi) w innym celu, niż cel publiczny, możliwe jest tylko przy zastosowaniu przepisów i regulacji dotyczących zamówień publicznych.

**7. Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym.** Jak to zostało wyrażone w art. 1 ust. 4, dyrektywa nie stoi na przeszkodzie zapewnianiu przez państwa członkowskie dostępności usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym. Państwa członkowskie zobowiązane są jednak do zapewniania dostępności tych usług zgodnie z Traktatami oraz innymi przepisami unijnymi. W prawie unijnym nie ma definicji usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (*Services of General Economic Interest*, dalej jako SGEI lub UOIG). Typowym przykładem mogą być usługi transportowe – usługi w zakresie tej działalności w pewnym warunkach wymagają dofinansowania przez państwo, w celu zapewnienia ich świadczenia (np. utrzymanie połączeń nierentownych w celu zapewnienia skomunikowania regionów). Zgodnie z art. 14 TFUE, „bez uszczerbku dla artykułu 4 Traktatu o Unii Europejskiej i artykułów 93, 106 i 107 niniejszego Traktatu oraz zważywszy na miejsce, jakie usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym zajmują wśród wspólnych wartości Unii, jak również ich znaczenie we wspieraniu jej spójności społecznej i terytorialnej, Unia i Państwa Członkowskie, każde w granicach swych kompetencji i w granicach stosowania Traktatów, zapewniają, aby te usługi funkcjonowały na podstawie zasad i na warunkach, w szczególności gospodarczych i finansowych, które pozwolą im wypełniać ich zadania. Parlament Europejski i Rada, stanowiąc w drodze rozporządzeń zgodnie ze zwykłą procedurą

ustawodawczą, ustanawiają te zasady i określają te warunki, bez uszczerbku dla kompetencji, które Państwa Członkowskie mają, w poszanowaniu Traktatów, do świadczenia, zlecenia i finansowania takich usług”. Zgodnie z Protokołem Nr 26 do TFUE, zawierającym przepisy wyjaśniające do stosowania Traktatów do SGEI: „Wspólne wartości Unii w odniesieniu do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym w rozumieniu art. 14 TFUE obejmują w szczególności:

- 1) zasadniczą rolę i szeroki zakres uprawnień dyskrecyjnych organów krajowych, regionalnych i lokalnych w zakresie świadczenia, zlecenia i organizowania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym **w sposób możliwie najbardziej odpowiadający potrzebom odbiorców,**
- 2) różnorodność usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym oraz różnice w potrzebach i preferencjach odbiorców mogące wynikać z odmiennej sytuacji geograficznej, społecznej lub kulturowej,
- 3) wysoki poziom jakości, bezpieczeństwa i przystępności cenowej, równe traktowanie oraz propagowanie powszechnego dostępu i praw odbiorców.

Postanowienia Traktatów nie naruszają kompetencji Państw Członkowskich w zakresie świadczenia, zlecenia i organizowania usług **niemających charakteru gospodarczego** świadczonych w interesie ogólnym”.

Stosownie do art. 106 ust. 2 TFUE „Przedsiębiorstwa zobowiązane do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym lub mające charakter monopolu skarbowego podlegają normom Traktatów, zwłaszcza regułom konkurencji, w granicach, **w jakich ich stosowanie nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonywaniu poszczególnych zadań im powierzonych.** Rozwój handlu nie może być naruszony w sposób pozostający w sprzeczności z interesem Unii”.

Jak wskazuje Komisja Europejska w dokumencie roboczym Służb Komisji [SWD92013] 53 final/2] pojęcie usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym pojawiające się w art. 14 i 106 ust. 2 TFUE oraz w Protokole Nr 26 do TFUE, nie zostało zdefiniowane w Traktacie ani w prawie wtórnym. Komisja wyjaśniła, że SGEI to sektor **działalności gospodarczej**, który oferuje usługi w ogólnym interesie publicznym, które **nie byłyby świadczone na rynku (lub byłyby świadczone na innych warunkach, jeśli chodzi o jakość, bezpieczeństwo, przystępność cenową, równe traktowanie czy powszechny dostęp) bez interwencji publicznej.** Ważne zdanie dot. klasyfikacji usługi jako SGEI zostało wypowiedziane przez Komisję Europejską w Dokumencie Roboczym Służb Komisji „Przewodnik dotyczący stosowania przepisów prawa Unii Europejskiej z zakresu pomocy państwa, zamówień publicznych i rynku wewnętrznego do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, w szczególności do usług socjalnych świadczonych w interesie ogólnym [SWD(2013) 53 final/2]”. Na pytanie „**Czy organ publiczny może zaklasyfikować usługę jako usługę świadczoną w ogólnym interesie gospodarczym, jeżeli jest ona już świadczona przez inne podmioty gospodarcze na rynku, które nie uzyskały zlecenia na wykonywanie usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym?**” Komisja udzieliła odpowiedzi: „Państwa członkowskie Państwa członkowskie mają duży margines swobody w definiowaniu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (zob. odpowiedź na pytanie 4). Jednak jeżeli istnieją inne przedsiębiorstwa działające w ramach normalnych warunków rynkowych, którym nie zlecono wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, a które świadczą już lub mogą świadczyć takie usługi w zadowalający sposób i na warunkach – takich jak cena, obiektywne cechy jakościowe, ciągłość i dostęp do danej usługi – zgodnych z interesem publicznym zdefiniowanym przez państwo, Komisja uważa, że nie byłoby właściwe powiązanie obowiązku świadczenia usługi publicznej z takimi usługami. Zatem **tym ważniejsze jest, aby państwo członkowskie jasno**

**sprecyzowało szczególne cechy charakterystyczne danych usług, a zwłaszcza warunków ich świadczenia oraz grupę docelową, do której skierowana jest dana usługa.** Jeśli jednak na rynku oferowana jest już podobna usługa, ale na warunkach uznawanych przez dane państwo członkowskie za niezadowalające, np. ponieważ rynek nie może dostarczyć usługi takiej jakości lub w cenie, którą organy publiczne uznałyby za zgodną z interesem publicznym (np. ze względu na zbyt wysokie dla rodzin o niskich dochodach opłaty za transport), usługa ta może zostać uznana za usługę świadczoną w ogólnym interesie gospodarczym. Wspomniana usługa musi być oferowana w sposób niedyskryminacyjny” – zob. odpowiedź na pytanie 11 „Przewodnika”.

8. **SGEI a in-house.** Dowolność Państw Członkowskich w definiowaniu SGEI na ich terenie jest zatem w pewnym stopniu ograniczona. Powyższe ma w szczególności znaczenie dla właściwego stosowania przepisów dotyczących zleceń bezpośrednich w tzw. formule „in-house”. W szczególności należy przyjąć, że nie jest dopuszczalne takie ukształtowanie zakresu SGEI, które prowadziłoby do monopolizacji rynku lub przemysłu przez państwo (lub jego struktury, np. jednostki samorządu terytorialnego, podmioty publiczne itp.). Szerzej zob. *J. Pawelec* (red.), *Zamówienia na roboty budowlane, usługi, dostawy w systemie in-house*, Warszawa 2016, s. 6 i nast., oraz rozdz. 2 niniejszej publikacji – „Zamówienia publiczne a pomoc publiczna”, s. 69 i nast. Jak wskazał Trybunał w wyr. z 26.11.2015 r. (T-462/13, ECLI:EU:T:2015:902): „przysługujące państwu członkowskiemu uprawnienie do określania UOIG nie jest nieograniczone i nie może być ono wykonywane w arbitralny sposób jedynie w celu wyłączenia szczególnego sektora z zakresu stosowania reguł konkurencji (wyr. TSWE z 23.10.1997 r., C-159/94, *BUPA i in. v. Komisja*, Zb.Orz. 2008, s. I-29, pkt 168). Aby sporną usługę można było uznać za UOIG, musi ona wiązać się z ogólnym interesem gospodarczym, który wykazuje szczególne cechy w porównaniu z interesem leżącym w innych rodzajach działalności w ramach życia gospodarczego (zob. wyroki z: 10.12.1991 r., C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, Zb.Orz. 1991, s. I-464, pkt 27; 17.7.1997 r., C-242/95, *GT-Link*, Zb.Orz. 1997, s. I-376, pkt 53)” – pkt 51.

9. **Ustęp 6 dyrektywy** dotyczy przekazywania uprawnień związanych z wykonywaniem zadań publicznych między instytucjami publicznymi. Zastosowanie przepisu art. 1 ust. 6 możliwe jest jedynie do takich porozumień, które nie przewidują wypłaty wynagrodzenia za wykonanie umowy.

10. **Wybrani wykonawcy.** Zgodnie z art. 1 ust. 2 dyrektywy, ma ona zastosowanie do udzielenia zamówienia wykonawcy **wybranemu** przez instytucję zamawiającą. W tym kontekście należy zwrócić uwagę na wyr. TSUE z 8.8.2016 r. (C-410/14, *Legalis*), zgodnie z którym: „Artykuł 1 ust. 2 lit. a dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.3.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy interpretować w ten sposób, że nie stanowi zamówienia publicznego w rozumieniu tej dyrektywy system umów taki jak system sporny w postępowaniu głównym, poprzez który podmiot publiczny zamierza nabyć na rynku towary w drodze zawierania umów w całym okresie ważności tego systemu z każdym wykonawcą zobowiązującym się dostarczać określone towary na z góry ustalonych warunkach, bez dokonywania wyboru spośród zainteresowanych wykonawców i zezwalając im na przystąpienie do tego systemu w całym okresie jego ważności. W zakresie, w jakim przedmiot postępowania dopuszczającego do systemu umów takiego jak postępowanie sporne w postępowaniu głównym posiada niewątpliwie znaczenie transgraniczne, postępowanie to powinno być zaplanowane i przeprowadzone zgodnie z podstawowymi zasadami TFUE, w szczególności z zasadami niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców oraz z obowiązkiem przejrzystości, który się z nich wywodzi”.

**Art. 2. [Definicje]**

1. Na użytek niniejszej dyrektywy zastosowanie mają następujące definicje:
- 1) „instytucje zamawiające” oznaczają państwo, władze regionalne lub lokalne, podmioty prawa publicznego lub związki złożone z co najmniej jednej takiej instytucji lub z co najmniej jednego takiego podmiotu prawa publicznego;
  - 2) „instytucje administracji centralnej” oznaczają instytucje zamawiające wymienione w załączniku I oraz – w przypadku korekt lub zmian dokonanych na poziomie krajowym – podmioty będące ich następcami prawnymi;
  - 3) „instytucje zamawiające poniżej szczebla centralnego” oznaczają wszystkie instytucje zamawiające, które nie są instytucjami administracji centralnej;
  - 4) „podmiot prawa publicznego” oznacza podmiot, który posiada wszystkie poniższe cechy:
    - a) został utworzony w konkretnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego;
    - b) posiada osobowość prawną; oraz
    - c) jest finansowany 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 przez inne podmioty prawa publicznego;
  - 5) „zamówienia publiczne” oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy co najmniej jednym wykonawcą a co najmniej jedną instytucją zamawiającą, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług;
  - 6) „zamówienia publiczne na roboty budowlane” oznaczają zamówienia publiczne, których przedmiotem jest jedno z następujących działań:
    - a) wykonanie albo zarówno zaprojektowanie jak i wykonanie robót budowlanych związanych z jednym z rodzajów działalności określonych w załączniku II;
    - b) wykonanie albo zarówno zaprojektowanie, jak i wykonanie obiektu budowlanego;
    - c) realizacja, za pomocą dowolnych środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą mającą decydujący wpływ na rodzaj lub projekt obiektu;
  - 7) „obiekt budowlany” oznacza wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samodzielnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną;
  - 8) „zamówienia publiczne na dostawy” oznaczają 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 instalację;
  - 9) „zamówienia publiczne na usługi” oznaczają zamówienia publiczne, których przedmiotem jest świadczenie usług innych niż te, o których mowa w pkt 6;
  - 10) „wykonawca” oznacza każdą osobę fizyczną lub prawną, podmiot publiczny lub grupę takich osób lub podmiotów, w tym tymczasowe stowarzyszenie przedsiębiorstw, które oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług;
  - 11) „oferent” oznacza wykonawcę, który złożył ofertę;
  - 12) „kandydat” oznacza wykonawcę, który ubiegał się o zaproszenie lub został zaproszony do udziału w procedurze ograniczonej, procedurze konkurencyjnej z negocjacjami, procedurze negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji, dialogu konkurencyjnym lub partnerstwie innowacyjnym;

- 13) „dokumenty zamówienia” oznaczają wszelkie dokumenty, które wytworzyła lub do których odwołuje się instytucja zamawiająca w celu opisanie lub określenia elementów zamówienia lub postępowania, w tym ogłoszenie o zamówieniu, wstępne ogłoszenie informacyjne, gdy jest stosowane jako zaproszenie do ubiegania się o zamówienie, specyfikacje techniczne, dokument opisowy, proponowane warunki umowy, formaty przedstawiania dokumentów przez kandydatów i oferentów, informacje na temat mających ogólnie zastosowanie obowiązków oraz wszelkie dokumenty dodatkowe;
- 14) „scentralizowane działania zakupowe” oznaczają 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;
- 15) „pomocnicze działania zakupowe” oznaczają działania polegające na zapewnieniu wsparcia dla działań zakupowych, w szczególności w następujących formach:
  - a) infrastruktury technicznej umożliwiającej instytucjom zamawiającym udzielanie zamówień publicznych lub zawieranie umów ramowych na roboty budowlane, dostawy lub usługi;
  - b) doradztwa dotyczącego prowadzenia lub planowania postępowań o udzielenie zamówienia publicznego;
  - c) przygotowania postępowań o udzielenie zamówienia i zarządzania nimi w imieniu i na rzecz danej instytucji zamawiającej;
- 16) „centralna jednostka zakupująca” oznacza instytucję zamawiającą, która realizuje scentralizowane działania zakupowe oraz, ewentualnie, pomocnicze działania zakupowe;
- 17) „dostawca usług w zakresie obsługi zamówień” oznacza podmiot publiczny lub prywatny, który oferuje pomocnicze działania zakupowe na rynku;
- 18) „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;
- 19) „środki elektroniczne” oznaczają sprzęt elektroniczny 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;
- 20) „cykl życia” oznacza 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;
- 21) „konkursy” oznaczają procedury, które umożliwiają instytucji zamawiającej nabycie planu lub projektu wybranego przez sąd konkursowy po przeprowadzeniu postępowania konkursowego z przyznaniem lub bez przyznania nagród, przede wszystkim w dziedzinie urbanistyki i planowania przestrzennego, architektury oraz inżynierii lub przetwarzania danych;
- 22) „innowacje” oznaczają 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;



- 23) „etykieta” oznacza dowolny dokument, zaświadczenie lub poświadczenie potwierdzające, że dany obiekt budowlany, produkt, usługa, proces lub procedura spełniają określone wymogi;
- 24) „wymóg lub wymogi dotyczące etykiet” oznaczają wymogi, które dany obiekt budowlany, produkt, usługa, proces lub procedura muszą spełniać, by uzyskać odnośną etykietę.

2. Na użytek niniejszego artykułu „władze regionalne” obejmują władze wymienione w niewyczerpującym wykazie NUTS 1 i 2, o którym mowa w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1059/2003<sup>22</sup>, natomiast „władze lokalne” obejmują wszystkie organy jednostek administracyjnych wchodzących w zakres NUTS 3 oraz mniejsze jednostki administracyjne, o których mowa w rozporządzeniu (WE) nr 1059/2003.

### Spis treści

	Nb
1. Uwagi wstępne . . . . .	1
2. Instytucje zamawiające . . . . .	2
3. Przesłanki uznania za podmiot prawa publicznego . . . . .	3
4. Podmiot publiczny . . . . .	4
5. Konkurencja na rynku . . . . .	5
6. Finansowanie działalności . . . . .	6
7. Charakter funkcjonalny . . . . .	7
8. Instytucje administracji centralnej i instytucje zamawiające poniżej szczebla centralnego . . . . .	8
9. Podmiot prawa publicznego . . . . .	9
10. Zamówienia publiczne . . . . .	10
11. Umowy mieszane . . . . .	11
12. Zamówienia publiczne na roboty budowlane . . . . .	12
13. Obiekt budowlany . . . . .	13
14. Zamówienia publiczne na dostawy . . . . .	14
15. Zamówienia publiczne na usługi . . . . .	15
16. Wykonawca . . . . .	16
17. Oferent . . . . .	17
18. Kandydat . . . . .	18
19. Dokumenty zamówienia . . . . .	19
20. Scentralizowane działania zakupowe . . . . .	20
21. Pomocnicze działania zakupowe . . . . .	21
22. Centralna jednostka zakupująca („centralny zamawiający”) . . . . .	22
23. Dostawca usług w zakresie obsługi zamówień . . . . .	23
24. Pisemność . . . . .	24
25. Środki elektroniczne . . . . .	25
26. Cykl życia . . . . .	26
27. Konkursy . . . . .	27
28. Innowacje . . . . .	28
29. Etykieta . . . . .	29
30. Wymóg lub wymogi dotyczące etykiet . . . . .	30
31. Władze regionalne i władze lokalne . . . . .	31

- 1 1. **Uwagi wstępne.** Artykuł 2 wprowadza definicje kluczowych pojęć stosowanych w dyrektywie. Zakres definicji przewidzianych w tym przepisie odnosi się do

<sup>22</sup> 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.U. L 154 z 21.6.2003, s. 1).

regulacji przewidywanych dyrektywą oraz powinien być uwzględniony w procesie implementacji do prawa krajowego.

**2. Instytucje zamawiające.** Interpretacja definicji „instytucji zamawiającej” ma **2** kluczowe znaczenie dla określenia podmiotowego zakresu zastosowania dyrektywy. W tym zakresie rozważyć należy zarówno ogólne wskazówki interpretacyjne zawarte w dyrektywie, w szczególności w preambule, jak również kazuistyczne orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości. W ramach interpretacji należy uwzględnić kwestie o charakterze funkcjonalnym oraz specyfikę funkcjonowania poszczególnych podmiotów w oparciu o przepisy prawa krajowego.

Dyrektywa w art. 2 ust. 1 pkt 1 przewiduje katalog podmiotów, które mają status instytucji zamawiającej. **Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 1 „instytucje zamawiające” oznaczają państwo, władze regionalne lub lokalne, podmioty prawa publicznego lub związki złożone z co najmniej jednej takiej instytucji lub z co najmniej jednego takiego podmiotu prawa publicznego.**

W preambule dyrektywy wskazano, iż termin „podmiot, który działa w zwykłych warunkach rynkowych, **ma na celu wypracowanie zysku i ponosi straty** wynikające z prowadzenia działalności, nie powinien być uważany za **«podmiot prawa publicznego»**, ponieważ potrzeby interesu ogólnego, do zaspokajania których ten podmiot został założony lub zaspokajanie których powierzono mu jako zadanie, można uważać za posiadające charakter **przemysłowy lub handlowy**” (pkt 10).

**3. Przesłanki uznania za podmiot prawa publicznego.** „Instytucje zamawiające”, a zwłaszcza termin podmioty prawa publicznego zostały scharakteryzowane w wyr. TSWE z 11.6.2009 r., C-300/07, *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik v. AOK Rheinland/Hamburg*, Zb.Orz. 2009, s. I-4779.

W powyższym wyroku Trybunał podkreśla, że uregulowanie unijne, tj. dyrektywa 2004/18/WE, zawiera zarówno przepisy podstawowe, takie jak art. 1 ust. 9 akapit 2 (nowy art. 2 ust. 1 pkt 1 dyrektywy), który wskazuje przesłanki, jakie podmiot musi spełniać, by móc zostać uznany za instytucję zamawiającą w rozumieniu tej dyrektywy, jak i środki wykonania tych przepisów podstawowych takie jak wpisanie do Załącznika III niewyczerpującej listy podmiotów publicznych spełniających te przesłanki. „W takim kontekście do sądu wspólnotowego należy – gdy przedstawiony mu zostanie uzasadniony wniosek sądu krajowego – zapewnienie wewnętrznej spójności rozpatrywanego aktu wspólnotowego, weryfikując, czy wpis danego podmiotu na rzeszoną listę stanowi prawidłowe zastosowanie kryteriów materialnoprawnych wskazanych w rzeszonym przepisie. Ta interwencja Trybunału jest wymagana w świetle pewności prawa, która stanowi zasadę ogólną prawa wspólnotowego” (pkt 45).

W omawianej sprawie sąd krajowy podniósł, choć nie *expressis verbis*, zagadnienie istotności wpisu publicznych kas chorych do Załącznika III do dyrektywy 2004/18/WE. Wskazał on na rozbieżności pomiędzy orzecznictwem i doktryną w Niemczech w kwestii, czy wpis ten stanowi wystarczającą i wyłączną przesłankę dla celów kwalifikacji tych kas jako podmiotów prawa publicznego, z uwzględnieniem przesłanek materialnoprawnych, o których mowa w art. 1 ust. 9 akapit 2 lit. c dyrektywy 2004/18/WE (pkt 46).

Trybunał przypomniał, iż trzy przesłanki wskazane w art. 1 ust. 9 akapit 2 dyrektywy 2004/18/WE, które powinny zostać spełnione, by jednostka mogła zostać uznana za podmiot prawa publicznego, mają **charakter kumulatywny** (wyr. z 10.4.2008 r., C-393/06, *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH v. Fernwärme Wien GmbH*, Zb.Orz. 2008, s. I-2339, pkt 36 i przytoczone tam orzecznictwo) (pkt 48 wyr.).

Trybunał stwierdził, iż przesłanki wskazane w art. 1 ust. 9 akapit 2 lit. a i b dyrektywy 2004/18/WE są spełnione w omawianej sprawie. Rozpatrywane po-

wszechne kasy chorych są bowiem osobami prawnymi prawa publicznego, zostały utworzone na mocy przepisów prawa w celu zaspokojenia szczególnych potrzeb związanych ze zdrowiem publicznym, które są potrzebami interesu ogólnego, a potrzeby te mają charakter inny niż przemysłowy lub handlowy, w zakresie, w jakim są świadczone przez rzeczony kasy w celu innym niż zarobkowy. Zdaniem Trybunału pozostaje zatem zbadanie, czy spełniona została przynajmniej jedna z alternatywnych przesłanek przewidzianych w trzech hipotezach art. 1 ust. 9 akapit 2 lit. c dyrektywy 2004/18/WE, a w pierwszej kolejności przesłanka w zakresie „finansowania w przeważającej części przez państwo” (pkt 49 wyr.).

- 4 **4. Podmiot publiczny.** Pojęcie „podmiotu publicznego” stało się przedmiotem analizy w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 2.12.1999 r. (C-176/98, *Holst Italia SpA v. Comune di Cagliari*, Zb.Orz. 1999, s. I-8607), dotyczącym wykładni przepisów dyrektywy Rady Nr 92/50/EWG z 18.6.1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.Urz. UE L Nr 209, s. 1 ze zm.).

Według Trybunału zgodnie z art. 1 lit. b dyrektywy 93/36: „«Instytucją prawa publicznego» jest każdy podmiot: ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, posiadający osobowość prawną, oraz finansowany w przeważającej części przez organy państwowe, organy samorządowe lub inne instytucje prawa publicznego; albo taki, którego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów, albo taki, w którym ponad połowę składu organu kierowniczego, zarządzającego lub nadzorczego stanowią osoby mianowane przez organy państwowe lub samorządowe lub inne instytucje prawa publicznego”.

- 5 **5. Konkurencja na rynku.** Artykuł 2 dyrektywy 2004/18/WE, zatytułowany „Zasady udzielania zamówień”, stanowi: „Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty”. Z tej perspektywy analizy definicji „instytucji zamawiającej” dokonał Trybunał Sprawiedliwości w wyr. z 13.4.2010 r., C-91/08, *Wall AG v. Stadt Frankfurt am Main, Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, Zb.Orz. 2010, s. I-2815, w którym dokonał próby ustalenia, czy podmiot taki jak spółka FES może zostać uznany za organ administracji publicznej, na którym ciąży obowiązek przejrzystości.

Główną przesłanką, jaką należy badać, jest okoliczność, czy zainteresowany przedsiębiorca rzeczywiście podlega organowi władzy państwowej albo innemu organowi administracji publicznej oraz **czy nie działa w warunkach konkurencji na rynku** (pkt 49 wyr.). W ocenie Trybunału podmiot, który kieruje się względami właściwymi interesowi prywatnemu i zmierza do celów innych niż interes publiczny, w którym organ władzy publicznej posiada mniejszościowy udział, nie może zostać uznany za podległy organowi władzy państwowej lub innemu organowi administracji publicznej i tym samym utożsamiany z organem administracji publicznej.

- 6 **6. Finansowanie działalności.** Trybunał Sprawiedliwości w wyr. z 11.6.2009 r. (C-300/07, *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik v. AOK Rheinland/Hamburg*, Zb.Orz. 2009, s. I-4779), wypowiedział się co do sposobów finansowania, które decyduje o kwalifikacji danego podmiotu jako podmiotu prawa publicznego. W ocenie Trybunału nie jest konieczne, aby działalność omawianych podmiotów była finansowana bezpośrednio przez państwo lub inną jednostkę publiczną, aby uznać spełnienie tej przesłanki. Pośredni sposób finansowania jest zatem wystarczający w tym zakresie.

Kwestia sposobu finansowania podmiotów praw publicznego została podniesiona także w wyr. TSWE z 13.12.2007 r. (C-337/06, *Bayerischer Rundfunk i inni v. GEWA – Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH*, Zb.Orz. 2007, s. I-11173).

W opinii Trybunału wyrażonej w powyższym wyroku „bezpředmiotowy jest argument skarżących w postępowaniu przed sądem krajowym, zgodnie z którym okoliczność, że opłata została ustanowiona w akcie prawnym, nie jest decydująca, gdyż w przeciwnym razie wszyscy lekarze, adwokaci i architekci prowadzący działalność w Republice Federalnej Niemiec byłiby «finansowani przez państwo», ponieważ wysokość ich honorariów jest określana przez państwo. Nawet jeśli te honoraria są uregulowane przez państwo, konsument wstępuje w stosunki zobowiązaniowe z członkami tych zawodów zawsze ze swej wolnej woli i uzyskuje rzeczywiste świadczenie. Ponadto finansowanie działalności osób wykonujących wskazane wolne zawody nie jest zapewnione czy gwarantowane przez państwo. Należy ponadto wskazać, jak słusznie podniosła Komisja Wspólnot Europejskich, że w świetle wskazanej interpretacji funkcjonalnej nie należy odmiennie oceniać sytuacji, w której środki finansowe są przekazywane poprzez budżet państwa, które najpierw pobiera opłatę, a następnie udostępnia pochodzące z niej środki nadawcom publicznym w sytuacji, w której państwo nadaje tym nadawcom prawo do pobierania opłat bezpośrednio” (pkt 47 wyr.).

Zdaniem Trybunału finansowanie „wynikające z aktu prawa publicznego, gwarantowane przez państwo i zapewniane poprzez mechanizm nakładania i poboru istniejący w ramach uprawnień władzy publicznej, spełnia przesłankę «finansowania przez państwo» w kontekście zastosowania przepisów wspólnotowych z dziedziny udzielania zamówień publicznych” (pkt 48 wyr.). Istotną jest konkluzja wyrażona przez Trybunał, iż nie jest ponadto konieczne, aby samo państwo ustanowiło lub wskazało publiczną lub prywatną instytucję właściwą do poboru opłat (pkt 49 wyr.).

**7. Charakter funkcjonalny.** W wyroku z 13.1.2005 r. (C-84/03, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii*, Zb.Orz. 2005, s. I-139), Trybunał wskazał, iż „podmiot prawa publicznego” jest pojęciem zdefiniowanym z funkcjonalnego punktu widzenia jedynie poprzez trzy warunki o charakterze łącznym, wymienione w art. 1 lit. b akapit drugi dyrektyw 93/36 i 93/37. Zdaniem Trybunału pojęciu temu należy nadać wykładnię autonomiczną i jednolitą w całej Wspólnocie (zob. podobnie wyżej powołany wyr. z 15.1.1998 r., C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria i in.*, pkt 20 i 21; wyroki z: 12.12.2002 r., C-470/99, *Universale-Bau i in.*, Zb.Orz. 2002, s. I-11617, pkt 51–53; z 15.5.2003 r., C-214/00, *Komisja v. Hiszpania*, Zb.Orz. 2003, s. I-4667, pkt 52 i 53 oraz z 16.10.2003 r., C-283/00, *Komisja v. Hiszpania*, Zb.Orz. 2003, s. I-11697, pkt 69).

Ponadto w wyr. z 13.1.2005 r. (C-84/03, *Legalis*), Trybunał wskazał, iż „w celu rozstrzygnięcia kwestii ewentualnego uznania podmiotu prawa za podmiot prawa publicznego w rozumieniu dyrektyw 93/36 i 93/37, należy zbadać jedynie, czy podmiot ten spełnia łącznie trzy warunki wymienione w art. 1 lit. b akapit 2 wspomnianych dyrektyw, **natomiast prywatnoprawny charakter owego podmiotu nie stanowi kryterium mogącego samodzielnie wykluczyć uznanie go za instytucję zamawiającą** w rozumieniu tych dyrektyw wykluczyć uznanie go za instytucję zamawiającą w rozumieniu tych dyrektyw” (pkt 28 wyr.).

**8. Instytucje administracji centralnej i instytucje zamawiające poniżej szczebla centralnego.** Komentowana dyrektywa przewiduje podział instytucji zamawiających na instytucje administracji centralnej oraz instytucje zamawiające poniżej szczebla centralnego. Wprowadzona regulacja nie wpływa na zmianę zakresu rozumienia pojęcia „instytucja zamawiająca”, ma jednak doniosłe znaczenie z punktu widzenia korelacji z Porozumieniem WTO w sprawie zamówień rządowych (GPA), które zawiera regulacje istotne z punktu widzenia zamówień dla zamawiających poniżej szczebla centralnego. Dyrektywa definiuje instytucje administracji centralnej poprzez odesłanie do Załącznika I. Państwa członkowskie uprawnione były do zgłaszania wniosków w zakresie treści Załącznika I na etapie prac legislacyjnych.

Nie zamyka to jednak drogi do uzupełnienia bądź zmiany wykazu Załącznika I. Państwa członkowskie mogą bowiem sygnalizować zmiany formy prawnej instytucji administracji centralnej bądź konieczność wprowadzenia dodatkowej pozycji w Załączniku I. W takim zakresie działania powinna podjąć Komisja Europejska na mocy art. 92. Należy wspomnieć, iż dyrektywa nie upoważnia Komisji Europejskiej do samodzielnego wprowadzania zmian w Załączniku I (brak delegacji w art. 87).

Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 2 i 3 „instytucje administracji centralnej” oznaczają instytucje zamawiające wymienione w Załączniku I oraz – w przypadku korekt lub zmian dokonanych na poziomie krajowym – podmioty będące ich następcami prawnymi; natomiast „instytucje zamawiające poniżej szczebla centralnego” oznaczają wszystkie instytucje zamawiające, które nie są instytucjami administracji centralnej.

Już na etapie projektu dyrektywy zakładano zastosowanie uproszczonego reżimu udzielania zamówień w odniesieniu do wszystkich instytucji zamawiających poniżej centralnego szczebla rządowego, takich jak instytucje lokalne i regionalne, wskazując na regulacje wynikające z porozumienia w sprawie zamówień rządowych zawartego w ramach Światowej Organizacji Handlu (WTO) [Bruksela, dnia 20.12.2011 r., KOM(2011) 896 wersja ostateczna 2011/0438 (COD), Wniosek Komisji, Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych, s. 9, <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2011/PL/1-2011-896-PL-F1-1.pdf> (dostęp: 26.7.2017 r.)]. Rezultatem powyższych założeń jest m.in. regulacja przewidziana w art. 26 ust. 5 akapit 2 dyrektywy. Państwa członkowskie mogą wprowadzić regulację, zgodnie z którą instytucje zamawiające poniżej szczebla centralnego lub ich określone kategorie byłyby uprawnione, aby wystosować zaproszenie do ubiegania się o zamówienie za pomocą **wstępnego ogłoszenia informacyjnego** zgodnie z art. 48 ust. 2, jeżeli zamówienie jest udzielane w drodze procedury ograniczonej lub procedury konkurencyjnej z negocjacjami. Ponadto dyrektywa przewiduje bardziej elastyczne rozwiązania w zakresie terminów wyznaczanych na składanie ofert w ramach procedury ograniczonej (art. 28 ust. 4).

**9 9. Podmiot prawa publicznego.** Zgodnie z dyrektywą „podmiot prawa publicznego” oznacza podmiot, który posiada wszystkie poniższe cechy:

- 1) został utworzony w konkretnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego;
- 2) posiada osobowość prawną; oraz
- 3) jest finansowany 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 przez inne podmioty prawa publicznego. Wyżej opisane przesłanki muszą być spełnione łącznie.

Dla zakwalifikowania podmiotu jako podmiotu prawa publicznego zgodnie z wyr. TSWE z 10.4.2008 r. (C-393/06, *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH v. Fernwärme Wien GmbH*, Zb.Orz. 2008, s. I-2339), nieistotne jest to, iż poza zadaniami w interesie ogólnym omawiany podmiot wykonuje również inną działalność w celach zarobkowych, jeżeli nadal zajmuje się zaspokajaniem potrzeb w interesie ogólnym, które ma on szczególnie obowiązek zaspokajać. Również to, jaką część w ramach ogólnej działalności tego podmiotu stanowi działalność prowadzona dla zysku, jest nieistotne do celów uznania tego podmiotu za podmiot prawa publicznego. Ponadto należy dodać, że termin „potrzeby w interesie ogólnym niemające charakteru przemysłowego lub handlowego” nie wyłącza potrzeb, które są lub mogą być zaspokajane również przez podmioty prywatne. **Fakt istnienia konkurencji nie jest wystarczający do tego**, by wyłączyć możliwość podejmowania przez podmiot finansowany lub kontrolowany przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inny podmiot prawa publicznego decyzji w oparciu o czynniki

inne niż ekonomiczne (wyr. TSWE z 10.11.1998 r., C-360/96, *Gemeente Arnhem i Gemeente Rheden v. BFI Holding BV*, Zb.Orz. 1998, s. I-6821, pkt 2). Jednakże istnienie konkurencji może mieć znaczenie dla oceny, czy potrzeba w interesie ogólnym jest potrzebą inną niż przemysłowa lub handlowa. W powyższym wyroku Trybunał wskazał, iż „status podmiotu prawa publicznego, o którym mowa w art. 1 lit. b akapit drugi dyrektywy 92/50/EWG odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi [odpowiednio art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18/WE oraz art. 2 ust. 1 pkt 4 dyrektywy 2014/24/UE – przyp. aut.], nie zależy od względnego znaczenia, w ramach całej działalności tego podmiotu, potrzeb w interesie ogólnym niemających charakteru przemysłowego lub handlowego. Podobnie, pozostaje bez znaczenia to, że działalność handlowa może być prowadzona przez odrębną osobę prawną będącą częścią tej samej grupy lub koncernu” (pkt 3 sentencji wyr.). Obszerne omówienie por. Nb 2.

10. **Zamówienia publiczne.** Zamówienia publiczne oznaczają umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie pomiędzy co najmniej jednym wykonawcą a co najmniej jedną instytucją zamawiającą, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług (art. 2 ust. 1 pkt 5). Definicja zawarta w dyrektywie koncentruje się zatem na kontraktowej stronie zamówienia publicznego, wskazując na formę prawną, na podstawie której dochodzi do realizacji zadania powierzonego przez jednostkę zamawiającą. Zamówienie publiczne stanowi zatem umowę. Ocena charakteru prawnego umowy zawieranej w celu realizacji zamówienia publicznego będzie każdorazowo dokonywana z punktu widzenia przepisów prawa krajowego.

Na temat charakteru prawnego oraz zasad kształtowania umów w sprawie realizacji zamówienia publicznego wypowiedział się TSUE w wyr. z 19.12.2012 r., C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce i Università del Salento v. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in.*, Legalis. Trybunał podkreślił, iż „udzielanie zamówień, na które w państwach członkowskich zawarte zostały umowy w imieniu państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub innych podmiotów prawa publicznego, podlega poszanowaniu zasad traktatu [WE – przyp. aut.], a w szczególności zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości” (pkt 3 wyr.). W tym kontekście kluczowe jest podkreślenie przez Trybunał, iż umowa zawierana pomiędzy dwoma podmiotami publicznymi nie może być zawierana w dowolny sposób. Trybunał stwierdził bowiem, iż „prawo Unii w dziedzinie zamówień publicznych sprzeciwia się obowiązywaniu przepisów krajowych, które umożliwiają, bez odwołania się do zasad dotyczących udzielania zamówień publicznych, zawarcie umowy, na mocy której podmioty publiczne ustanawiają między sobą współpracę, jeżeli – czego zbadanie należy do sądu odsyłającego – przedmiotem takiej umowy nie jest zapewnienie wykonania **misji publicznej wspólnej dla tych podmiotów**, umowa ta nie jest wyłącznie dyktowana względami i wymogami związanymi z realizacją **celów leżących w publicznym interesie** lub może ona prowadzić do **uprzywilejowania** prywatnego usługodawcy względem jego konkurentów” (pkt 40 wyr.).

11. **Umowy mieszane.** Niezwykle doniosłe zagadnienie dotyczy tzw. umów mieszanych, tj. obejmujących różne rodzaje świadczeń, w tym częściowo wykraczających poza zakres stosowania dyrektyw w sprawie zamówień publicznych. Problem ten był rozpatrywany w wyr. TSUE z 22.12.2010 r., C-215/09, *Mehiläinen Oy i Terveystalo Healthcare Oy v. Oulun kaupunki*, Legalis. Trybunał zauważył, że „utworzenie przez instytucję zamawiającą i prywatny podmiot gospodarczy wspólnego przedsiębiorstwa nie należy jako takie do zakresu stosowania dyrektywy

2004/18/WE. Powyższy wniosek został zresztą przypomniany w pkt 66 zielonej księgi Komisji w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji [COM(2004) 327 wersja ostateczna]" (pkt 33 wyr.). Ponadto rzezonona zielona księga Komisji podkreśla konieczność zapewnienia, aby transakcje kapitałowe nie ukrywały w rzeczywistości zawarcia z partnerem prywatnym umów, które mogą zostać zakwalifikowane jako zamówienia publiczne lub koncesje.

Tak więc każdorazowo i indywidualnie należy ocenić obowiązek zastosowania do danej transakcji (tj. umowy lub umów) dyrektywy. Trybunał podkreśla przy tym, że „w przypadku umów mieszanych, których różne części są połączone w nierozłączny sposób i stanowią nierozdzielalną całość, **analizowana umowa powinna zostać zbadana jako całość**, w sposób jednolity, w celu jej kwalifikacji prawnej w świetle przepisów regulujących udzielanie zamówień publicznych, i musi zostać rozpatrzona na podstawie przepisów dotyczących części, która stanowi główny przedmiot lub dominujący element umowy” (pkt 36 wyr.).

**12 12. Zamówienia publiczne na roboty budowlane.** Zamówienia publiczne na roboty budowlane oznaczają zamówienia publiczne, których przedmiotem jest jedno z następujących działań:

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

Trybunał wielokrotnie rozpatrywał zagadnienie dotyczące kwalifikacji umowy jako umowy na roboty budowlane. Między innymi w wyr. z 26.5.2011 r., C-306/08, *Komisja Europejska v. Królestwu Hiszpanii*, Legalis, Trybunał wskazał w odniesieniu do pojęcia „zamówień publicznych na roboty budowlane”, że „dotyczy ono umów o charakterze odpłatnym, zawieranych na piśmie między jednym lub kilkoma przedsiębiorcami a jedną lub kilkoma instytucjami zamawiającymi, których przedmiotem jest albo wykonanie, albo zarówno **wykonanie, jak i zaprojektowanie robót budowlanych**, związanych z jedną z działalności określonych w załączniku II do dyrektywy 93/37/EWG lub obiektu budowlanego, określonego w art. 1 lit. c dyrektywy 93/37/EWG i w art. 1 ust. 2 lit. b dyrektywy 2004/18/WE, albo wykonanie, **za pomocą jakichkolwiek środków**, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą” (pkt 88 wyr.). Istotne jest przy tym, iż umowa może być uważana za zamówienia publiczne na roboty budowlane jedynie wówczas, „gdy jej przedmiot odpowiada definicji podanej w punkcie poprzedzającym oraz o ile roboty o charakterze dodatkowym nie stanowią przedmiotu umowy i nie mogą uzasadniać zakwalifikowania jej jako zamówienia na roboty budowlane” (pkt 89 wyr.).

Ponadto z orzecznictwa Trybunału wynika, że „w przypadku gdy umowa zawiera zarówno elementy stanowiące «zamówienia publiczne na roboty budowlane, jak i elementy stanowiące inny rodzaj» zamówienia publicznego, to **główny przedmiot umowy** jest decydujący dla ustalenia, który zbiór zasad Unii z dziedziny zamówień publicznych należy co do zasady zastosować (zob. podobnie w wyr. TSWE z 18.1.2007 r., C-220/05, *Jean Auroux i inni v. Commune de Roanne*, Zb.Orz. 2007, s. I-385, pkt 37)” (pkt 90 wyr.).

W wyr. z 18.1.2007 r. (C-220/05, *Jean Auroux i inni v. Commune de Roanne*, Zb.Orz. 2007, s. I-385), Trybunał rozważał (w oparciu o postanowienia dyrektywy 92/50/EWG) m.in. zagadnienie, gdy w ramach jednej umowy, obok robót budowlanych realizowany jest również inny rodzaj zamówienia. Jak podkreślił Trybunał

w swoim wyroku, nie jest zasadne twierdzenie, że „skoro porozumienie zawiera elementy wykraczające poza wykonanie robót budowlanych, wymyka się spod zakresu stosowania dyrektywy” (pkt 36 wyr.). Oznacza to, że nawet jeśli „umowa zawiera zarówno elementy stanowiące zamówienie publiczne na roboty budowlane, jak i elementy stanowiące inny rodzaj zamówienia publicznego, to główny przedmiot umowy jest decydujący dla ustalenia, którą z dyrektyw wspólnotowych z dziedziny zamówień publicznych należy co do zasady zastosować” (pkt 37 wyr.).

W praktyce wątpliwości może budzić zakres przedmiotowy i podmiotowy zamówień publicznych na roboty budowlane. Trybunał w wyr. z 25.3.2010 r. (C-451/08, *Helmut Müller GmbH v. Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, Legalis), stwierdził, że sprzedaż na rzecz przedsiębiorstwa, przez organ publiczny, terenu niezabudowanego lub wraz z istniejącymi już budynkami nie stanowi zamówienia publicznego na roboty budowlane w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b dyrektywy 2004/18/WE, chyba że zachodzi możliwość traktowania sprzedaży terenu i późniejszego udzielenia zamówienia na roboty budowlane na tym terenie jako całości z prawnego punktu widzenia.

W tym samym wyroku Trybunał podnosi, że pojęcie „zamówienia publiczne na roboty budowlane” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. b dyrektywy 2004/18/WE nie wymaga, by roboty będące przedmiotem zamówienia zostały wykonane materialnie lub fizycznie dla instytucji zamawiającej, jeżeli stanowią dla niej bezpośrednio przysporzenie w sensie gospodarczym. Wymaga natomiast tego, by wykonawca bezpośrednio lub pośrednio zobowiązał się do wykonania robót będących przedmiotem zamówienia oraz by istniała możliwość dochodzenia wykonania tego zobowiązania na drodze sądowej (por. pkt 58 i 63 wyr.).

**13. Obiekt budowlany.** Obiekt budowlany oznacza wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samodzielnie spełniać funkcje gospodarczą lub techniczną.

Kwalifikacja robót budowlanych, w zakresie zagadnień dotyczących rozpoczęcia i zakończenia procesu budowlanego, będzie podlegała każdorazowo przepisom prawa krajowego. W tym zakresie istotne znaczenie ma wyr. TSWE z 18.1.2007 r. (C-220/05, *Jean Auroux i in. v. Commune de Roanne*, Legalis), w którym Trybunał stwierdził, iż istnienie obiektu budowlanego powinno być oceniane w związku z funkcją gospodarczą lub techniczną rezultatu wykonanych robót budowlanych (pkt 41 wyr.).

Należy również wskazać, iż preambuła dyrektywy podkreśla różnorodność zamówień publicznych na roboty budowlane. Z tego powodu preambuła zauważa, iż instytucje zamawiające powinny mieć możliwość oddzielnego lub łącznego udzielania zamówień na zaprojektowanie oraz wykonanie obiektu budowlanego (pkt 8 akapit 2 preambuły).

Analizując pojęcie zamówień publicznych na roboty budowlane, warto pochylić się nad innymi wersjami językowymi omawianych dyrektyw. Na tle dyrektywy 2004/18/WE oraz komentowanej dyrektywy dostrzegamy pewną zmianę, gdzie według nowej dyrektywy zamówieniem publicznym jest realizacja obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą, która ma „decydujący wpływ na rodzaj lub projekt obiektu”. Natomiast w uchylanej dyrektywie 2004/18/WE obiekt budowlany miał odpowiadać „wymogom określonym przez instytucję zamawiającą”.

W wyroku z 25.3.2010 r. (C-451/08, *Helmut Müller GmbH v. Bundesanstalt für Immobilienaufgaben*, Legalis), Trybunał zauważył, że w większości wersji językowych dyrektywy 2004/18/WE „pojęcie «zamówienia publiczne na roboty budowlane» zawarte w art. 1 ust. 2 lit. b obejmuje trzy warianty. Pierwszy polega na wykonaniu, ewentualnie wraz z projektowaniem, robót budowlanych należących do jednej z kategorii wymienionych w Załączniku I do tej dyrektywy. Drugi



dotyczy wykonania, ewentualnie wraz z projektowaniem, obiektu budowlanego. Trzeci wariant polega na wykonaniu, za pomocą dowolnych środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą. «Obiekt budowlany» w rozumieniu tego przepisu oznacza «**wynik całości robot budowlanych**» w zakresie budownictwa, inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną» (pkt 34 i 35 wyr.).

- 14** 14. **Zamówienia publiczne na dostawy.** Zamówienia publiczne na dostawy oznaczają 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 instalację.

Trybunał Sprawiedliwości w wyr. z 11.6.2009 r. (C-300/07, *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik v. AOK Rheinland/Hamburg*, Zb.Orz. 2009, s. I-4779), dokonał doprecyzowania pojęcia zamówień publicznych na dostawy.

Według Trybunału, zgodnie z definicją pojęcia „zamówienia publiczne na dostawy” zawartego w art. 1 ust. 2 lit. c akapit 1 dyrektywy 2004/18/WE, pojęcie to dotyczy operacji takich, jak np. **kupno lub dzierżawa** „produktów”. Trybunał wskazał, iż „pojęcie «produkt», do którego odsyła w sposób ogólny ten przepis, zawiera też proces konfekcjonowania, niezależnie od kwestii, czy rozważany produkt jest udostępniany konsumentom jako gotowy, czy po wytworzeniu go zgodnie z wymogami klientów” (pkt 64 wyr.).

- 15** 15. **Zamówienia publiczne na usługi.** Zamówienia publiczne na usługi obejmują wszystkie kategorie zamówień publicznych, których przedmiotem jest świadczenie usług, z wyłączeniem zamówień na roboty budowlane. Warto zauważyć, iż literalna wykładnia tej definicji prowadzi do wniosku, iż zamówienia publiczne na roboty budowlane stanowią *de facto* formę usługi.

W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości zwraca się uwagę, iż dla właściwej kwalifikacji określonej umowy jako zamówienia publicznego na usługi ma znaczenie ryzyk związanych z tą umową. Istotne jest jednak, iż kwalifikacja ta powinna być dokonywana w oparciu o przepisy krajowe i przez sąd krajowy, z uwzględnieniem specyfiki danej umowy. W wyroku TSUE z 10.11.2011 r. (C-348/10, *Norma A SIA i Dekom SIA v. Latgales plānošanas reģions*, Zb.Orz. 2011, s. I-10983), Trybunał, dokonując interpretacji przepisów dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.3.2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.Urz. UE L Nr 134, s. 1 ze zm.), ocenił, że „zamówieniem na usługi” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. d dyrektywy 2004/17/WE jest umowa, przez którą kontrahent na podstawie **przepisów prawa publicznego** i klauzul umownych regulujących świadczenie usług nie przejmuje znacznej części ryzyka, które ponosi organ zamawiający. Trybunał podkreślił w tym wyroku, iż „do sądu krajowego należy ocena, czy sporna w postępowaniu przed nim transakcja powinna zostać zaklasyfikowana jako koncesja na usługi lub jako zamówienie publiczne na usługi z uwzględnieniem wszystkich charakterystycznych cech rzeczowej transakcji” (pkt 59 wyr.).

- 16** 16. **Wykonawca.** Wykonawca oznacza każdą osobę fizyczną lub prawną, podmiot publiczny lub grupę takich osób lub podmiotów, w tym tymczasowe stowarzyszenie przedsiębiorstw, które oferują na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług.

Dyrektywa szeroko zakreśla definicję wykonawcy. Status ten przysługuje każdemu podmiotowi funkcjonującemu na rynku. Status wykonawcy posiada podmiot indywidualny lub podmioty działające wspólnie (w praktyce określane jako „konsorcjum” lub „stowarzyszenie przedsiębiorców”). Bez znaczenia dla uznania

określonego podmiotu za wykonawcę w rozumieniu dyrektywy jest okoliczność, czy zamierza on złożyć wniosek o udział w postępowaniu lub ofertę. Ponadto nie-relevantne dla przyznania statusu wykonawcy jest posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia.

W tym kontekście na uwagę zasługuje wyr. TSUE z 18.12.2014 r., C-568/13, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze v. Data Medical Service Srl*, Legalis. Trybunał podkreślił, że „jednym z celów przepisów Unii w dziedzinie zamówień publicznych jest otwarcie na jak najszerszą konkurencję, które to otwarcie leży również we własnym interesie zainteresowanej instytucji zamawiającej, dysponującej szerszymi możliwościami wyboru oferty najkorzystniejszej i najlepiej dopasowanej do potrzeb danych odbiorców publicznych. **Wykładnia zawężająca pojęcia «wykonawcy» spowodowałaby, że umowy zawarte pomiędzy** instytucjami zamawiającymi a jednostkami organizacyjnymi, które nie działają zasadniczo w celu osiągnięcia zysku, nie mogłyby być uznane za «zamówienia publiczne», wobec czego umowy te mogłyby być zawierane w sposób nieformalny, co spowodowałoby ich wyłączenie spod przepisów Unii dotyczących równego traktowania i przejrzystości, wbrew celowi tych przepisów” (pkt 34 wyr.).

Wymaga podkreślenia, iż wykonawca nie musi wykazywać celu zarobkowego. Wniosek ten znajduje potwierdzenie m.in. w wyr. TSWE z 23.9.2009 r., C-305/08, *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) v. Regione Marche*, Zb.Orz. 2009, s. I-12129. Trybunał, dokonując wykładni art. 1 ust. 2 lit. a oraz art. 8 akapity 1 i 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.3.2004 r., które odwołują się do pojęcia „wykonawcy”, stwierdził, że „zezwalają one na udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi podmiotów, które nie mają zasadniczo celu zarobkowego, nie posiadają struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa i nie są w sposób stały obecne na rynku, takim jak uniwersytety i instytuty badawcze, jak również zgrupowania powołane przez uniwersytety i organy administracji publicznej” (pkt 45 wyr.). Pogląd ten zachowuje aktualność w odniesieniu do art. 2 ust. 1 pkt 10 omawianej dyrektywy.

Należy zwrócić uwagę, iż art. 1 ust. 8 dyrektywy 2004/18/WE definiuje określenia „przedsiębiorca budowlany”, „dostawca” oraz „usługodawca”. Zgodnie z powołanym przepisem terminy te oznaczają każdą osobę fizyczną lub prawną, podmiot publiczny lub grupę takich osób lub podmiotów, które oferują na rynku, odpowiednio, wykonanie robót lub obiektu budowlanego, produkty lub usługi. W przeciwieństwie do tej regulacji omawiana dyrektywa poprzestaje na ogólnym sformułowaniu zawartym w art. 2 ust. 1 pkt 10 „wykonawca”. Nie zmienia to jednak okoliczności, iż termin „wykonawca” obejmuje w równym stopniu stosowane w praktyce pojęcia przedsiębiorcy budowlanego, dostawcy i usługodawcy (por. m.in. pkt 5 wyr. TSWE z 23.9.2009 r., C-305/08, Legalis).

W wyroku z 18.12.2014 r. (C-568/13, *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze v. Data Medical Service Srl*, Legalis), TSUE rozpatrywał znaczenie pojęcia „usługodawca” zawartego w art. 1 lit. c dyrektywy 92/50/EWG. Trybunał wskazał, iż przymiot „usługodawcy” może mieć każda osoba fizyczna lub prawna, która oferuje usługi, w tym również podmiot publiczny (por. pkt 33 wyr.). Analogiczne wnioski wynikają m.in. z wyr. z 18.11.1999 r. w sprawie C-107/98, *Teckal Srl v. Comune di Viano i Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia* (pkt 51 wyr.).

Trybunał podkreślił w wyr. z 18.12.2014 r., C-568/13, iż szerokie znaczenie pojęcia „wykonawca” ma kluczowe znaczenie dla **zapewnienia konkurencji** na rynku. Trybunał Sprawiedliwości orzekł następująco: „Artykuł 1 lit. c dyrektywy Rady 92/50/EWG z 18.6.1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi sprzeciwia się przepisom krajowym, które wykluczają udział publicznej placówki szpitalnej, takiej jak będąca przedmiotem postępowania

głównego, w postępowaniach w sprawie udzielania zamówień publicznych z uwagi na jej status publicznej jednostki gospodarczej, jeżeli i w zakresie w jakim placówka ta może działać na rynku zgodnie ze swoimi instytucjonalnymi i statutowymi celami” (pkt 1 sentencji wyr.). Zdaniem Trybunału „osoba może być uznana za odpowiednią w celu zapewnienia realizacji tego zamówienia, niezależnie od tego, czy posiada status podmiotu prawa prywatnego, czy też podmiotu prawa publicznego, a także bez względu na to, czy działalność na rynku tej osoby lub podmiotu ma charakter systematyczny, czy też wyłącznie okazjonalny” (pkt 35 wyr.).

W wyroku z 18.12.2014 r. (C-568/13, Legalis) Trybunał podkreślił ponadto, iż przepisy prawa krajowego nie powinny zabraniać określonym kategoriom podmiotów udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wskazując, iż „jak wynika z treści art. 26 ust. 2 dyrektywy 92/50/EWG, państwa członkowskie mają bez wątpienia możliwość udzielenia bądź nie udzielenia określonym kategoriom wykonawców zezwoleń na świadczenie określonych usług. Mogą one regulować działalność podmiotów takich, jak uniwersytety i instytuty badawcze, które nie mają celu zarobkowego, lecz których podstawowym zadaniem jest prowadzenie działalności naukowo-dydaktycznej. Państwa członkowskie mogą w szczególności zezwolić albo też nie zezwolić takim podmiotom na prowadzenie działalności na rynku zależnie od tego, czy taka działalność jest do pogodzenia z ich celami instytucjonalnymi i statutowymi. Niemniej jednak, jeżeli i w zakresie, w jakim takie podmioty mają prawo do oferowania, chociażby sporadycznie, odpłatnie określonych usług na rynku, państwa członkowskie **nie mogą zabraniać im uczestniczenia w postępowaniu** o udzielenie zamówienia publicznego na takie usługi” (pkt 36 wyr.).

- 17 17. **Oferent.** Oferent oznacza wykonawcę, który złożył ofertę. A zatem oferent to pojęcie zarezerwowane dla wykonawców uczestniczących w postępowaniu na jego końcowym etapie, tj. po złożeniu ofert, niezależnie od rodzaju procedury. Charakterystyka terminu „oferent” pod względem organizacyjnym jest analogiczna do terminu wykonawca. W wyroku TSUE z 23.12.2009 r. (C-305/08, *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) v. Regione Marche*, Zb.Orz. 2009, s. I-12129), Trybunał ocenił, iż „art. 4 dyrektywy 2004/18/WE, zatytułowany «Wykonawcy», w ust. 1 zakazuje państwu członkowskim odrzucania kandydatów lub oferentów, którzy zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę, są uprawnieni do świadczenia usług będących przedmiotem ogłoszenia o zamówieniu, jedynie na podstawie tego, że zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym zamówienie jest udzielane, wymagane byłoby posiadanie przez nich statusu osób fizycznych lub prawnych. W ocenie Trybunału przepis ten nie dokonuje również rozróżnienia pomiędzy kandydatami czy oferentami wedle tego, czy przysługuje im status podmiotu prawa publicznego, czy też podmiotu prawa prywatnego” (pkt 31 wyr.).

- 18 18. **Kandydat.** Kandydat oznacza wykonawcę, który ubiegał się o zaproszenie lub został zaproszony do udziału w procedurze ograniczonej, procedurze konkurencyjnej z negocjacjami, procedurze negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji, dialogu konkurencyjnym lub partnerstwie innowacyjnym. Termin „kandydat” należy zatem odnosić przede wszystkim do wykonawcy zaangażowanego w udział w postępowaniu w jednej z procedur wieloetapowych uregulowanych w art. 28, 29, 30 oraz 31. Ponadto jako kandydatów określa się uczestników dynamicznego systemu zakupów w związku z odesłaniem do regulacji procedury ograniczonej (art. 34 ust. 2).

Z punktu widzenia chronologii postępowania kandydatem jest wykonawca, który pozytywnie przeszedł weryfikację formalną i wykazał spełnienie warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, jak również spełnił warunki minimalne np. w zakresie doświadczenia. Kwestią rozpatrywaną indywidualnie jest natomiast

liczba wykonawców spełniających warunki minimalne, którzy zostaną zaproszeni do udziału w negocjacjach lub konsultacjach z zamawiającym.

W tym zakresie wypowiedział się TSWE m.in. w wyr. z 15.10.2009 r., C-138/08, *Hochtief AG i Linde-Kca-Dresden GmbH v. Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság*, Zb.Orz. 2009, s. I-9889. W ocenie Trybunału za „odpowiedniego kandydata» w rozumieniu art. 22 ust. 3 dyrektywy 93/37/EWG należy uznać **każdego przedsiębiorcę, który zwrócił się o zaproszenie do udziału** w danym postępowaniu i który, spośród tych, którzy posiadają kwalifikacje wymagane w art. 24–29 tej dyrektywy, spełnia warunki o charakterze gospodarczym i technicznym określone dla danego postępowania” (pkt 38 wyr.). Trybunał wskazał ponadto, iż „jeżeli udziela się zamówienia w drodze procedury negocjacyjnej, a liczba odpowiednich kandydatów jest mniejsza niż dolna granica ustalona dla danego postępowania, która nie może wynosić mniej niż trzech kandydatów, instytucja zamawiająca może mimo to prowadzić dalej to postępowanie, zapraszając do negocjowania warunków zamówienia odpowiedniego kandydata lub odpowiednich kandydatów” (pkt 42 wyr.).

**19. Dokumenty zamówienia.** Dokumenty zamówienia oznaczają wszelkie dokumenty, które wytworzyła lub do których odwołało się instytucja zamawiająca w celu opisanego lub określenia elementów zamówienia lub postępowania, w tym ogłoszenie o zamówieniu, wstępne ogłoszenie informacyjne, gdy jest stosowane jako zaproszenie do ubiegania się o zamówienie, specyfikacje techniczne, dokument opisowy, proponowane warunki umowy, formaty przedstawiania dokumentów przez kandydatów i oferentów, informacje na temat mających ogólne zastosowanie obowiązków oraz wszelkie dokumenty dodatkowe.

Definicja „dokumentów zamówienia” została określona szeroko i obejmuje wszelkie dokumenty, które zostały wytworzone przez instytucję zamawiającą w związku z zamówieniem lub postępowaniem. Zakres tej definicji obejmuje zatem nie tylko oficjalne protokoły z postępowania, ale również korespondencję pomiędzy zamawiającym i wykonawcami, wszelkiego rodzaju materiały robocze, jak notatki i protokoły z obrad komisji, notatki z oceny ofert, wniosków oraz poszczególnych dokumentów złożonych przez wykonawców, jak również wszelkie inne zapiski wytworzone przez instytucję zamawiającą (jej przedstawicieli) oraz członków komisji przetargowej (konkursowej).

Należy wyrazić pogląd, m.in. z uwagi na szybki rozwój techniczny środków komunikacji oraz metod archiwizacji danych, iż jako „dokument” należy rozumieć nie tylko materiał przekazywany w postaci „papierowej”, lecz również w innych formatach, jak np. zapis na elektronicznym nośniku danych.

Dokumentami dodatkowymi są m.in. wszelkie materiały, których wykonanie zleciła instytucja zamawiająca w związku z prowadzonym postępowaniem, np. opinie ekspertów, materiały dotyczące szacowania wartości zamówienia (na temat zasad udostępniania dokumentów zamówienia por. kom. do art. 53 Nb 2).

**20. Scentralizowane działania zakupowe.** Scentralizowane działania zakupowe oznaczają działania prowadzone w trybie ciągłym w jednej z następujących form:

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

Scentralizowane działania zakupowe stanowią jedną z form tzw. zamówień zagregowanych (art. 33 i n.), czyli działań umożliwiających nabywanie towarów lub usług w większej skali w sposób zorganizowany. Szczegółowa regulacja w tym zakresie zawarta jest w art. 37 dyrektywy (por. kom. do art. 37).

Preambuła dyrektywy dostrzega wzrost znaczenia scentralizowanych zakupów (pkt 69 preambuły). Podmiotem prowadzącym te działania jest centralny zamawiający, natomiast jednym z narzędzi możliwych do zastosowania są umowy ramowe.