

# Pozacenowe kryteria ekonomiczne oceny ofert przy udzielaniu zamówień publicznych (wybrane zagadnienia)

## Abstrakt

Artykuł dotyczy pozacenowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do efektywności ekonomicznej zamówień publicznych. Artykuł prezentuje również podstawowe ograniczenia swobody formułowania tych kryteriów: zakaz ustanawiania pozacenowych kryteriów oceny ofert o charakterze podmiotowym oraz wymóg ich powiązania z przedmiotem zamówienia publicznego. Artykuł porusza również problem możliwości weryfikacji pozacenowych kryteriów oceny ofert ustalonych przez podmiot zamawiający na podstawie zasady najbardziej korzystnej ekonomicznie oferty. Artykuł kończy się stwierdzeniem o możliwości zakwestionowania w wyjątkowych sytuacjach zgodności stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert dla ich wyboru przez podmiot zamawiający, które wykazują brak związku z korzyściami ekonomicznymi. Artykuł zawiera konkluzję o możliwości stosowania na zasadzie wyjątku kwestionowania zgodności pozacenowych kryteriów oceny ofert ustalanych przez podmiot zamawiający w związku z brakiem ich powiązania z realnymi korzyściami ekonomicznymi.

## Słowa kluczowe

zamówienia publiczne, kryteria udzielenia zamówienia, kryteria ceny wydajności ekonomicznej, najlepszy stosunek jakości do ceny, stosunek do przedmiotu zamówień publicznych.

## 1. Wprowadzenie

Prawo zamówień publicznych z pewnością stanowi obszar normatywny mieszczący się w sferze zagadnień wyznaczonych tytułem niniejszego opracowania, a więc administracji publicznej pod rządami prawa<sup>1</sup>. Wynika to przede wszystkim z faktu ustanowienia tego zespołu unormowań na potrzeby regulacji działań szeroko rozumianego państwa w sferze odpłatnego nabywania na rynku dóbr lub usług. Transakcje, o których tu mowa, mają podstawowe znaczenie dla tworzenia organizacyjnych i materialnych podstaw funkcjonowania organów i instytucji państwowych, a możliwe są także sytuacje, w których wykonawcy umów w sprawach zamówień publicznych bezpośrednio uczestniczą w wykonywaniu zadań publicznych. Podmioty i jednostki organizacyjne administracji

---

<sup>1</sup> Publikację przygotowano w ramach udziału w projekcie badawczym pt. „Nadzór publiczny nad rynkiem zamówień publicznych”, finansowanym przez Narodowe Centrum Nauki na podstawie decyzji z dnia 5 lutego 2015 r., nr DEC-2014/14/E/HS5/00845.

publicznej stanowią zasadniczą grupę zamawiających<sup>2</sup>, a fakt, że reżim prawny zamówień publicznych obejmuje także przedsiębiorców, w szczególności publicznych<sup>3</sup>, oraz wyjątkowo podmioty prywatne<sup>4</sup>, wynika przede wszystkim z dążenia „do uszczelnienia” systemu prawnego zamówień, tak aby uniemożliwić jego obchodzenie, poprzez posługiwanie się przez organy władz publicznych podmiotami formalnie niezaliczanymi do struktury organizacyjnej państwa lub samorządu terytorialnego, lecz pozostających z tymi organami w relacjach różnego rodzaju zależności ekonomicznej (finansowej) czy też kontrolno-zarządczej.

Stwierdzenie o nieodzowności istnienia w porządku prawnym szczególnych reguł zawierania odpłatnych umów przez podmioty administracji publicznej, odmiennych od cywilnoprawnej swobody umów, znajduje swoje potwierdzenie w kilku podstawowych okolicznościach. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na specyfikę własności publicznej (w szerokim rozumieniu) jako pozostającej w gestii struktur organizacyjnych i stojących za nimi osób, niepoddanych zwykłym motywacjom rynkowym (gospodarczym), związanych z zarządzaniem majątkiem własnym, a tym samym dążeniem do jego jak najbardziej efektywnego ekonomicznie wykorzystania<sup>5</sup>. W przypadku mienia publicznego występuje bowiem sytuacja gospodarowania i rozporządzania nim przez osoby, do których mienie to nie przynależy w sensie prawnym, gdyż podmiotami praw majątkowych do tego mienia są „abstrakcyjne”, to jest nieistniejące w rzeczywistym sensie (tak jak osoby fizyczne) jednostki organizacyjne, dysponujące podmiotowością prawną, takie jak: Skarb Państwa, jednostki samorządu terytorialnego, państwowe i samorządowe osoby prawne, w tym przedsiębiorcy publiczni. Potrzebne jest więc stworzenie swoistych reguł dotyczących zarządu mieniem publicznym, dostosowanych do wskazywanych realiów. Nawiasem mówiąc, kwestia tego zarządu w odniesieniu do zamówień publicznych nie powinna być zawężana wyłącznie do faktu wydatkowania w tym reżimie prawnym publicznych środków finansowych lub też środków finansowych, będących w gestii szeroko ujmowanego sektora publicznego. Powinno się ją także odnosić do przedmiotu zamówienia, a więc nabywanych dóbr, które przecież w wyniku wykonania umowy w sprawie zamówienia stają się częścią mienia publicznego

<sup>2</sup> Zob. art. 3 ust. 1 pkt 1–2 ustawy z dnia 24 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164, z późn. zm.), dalej w skrócie jako ustawa p.z.p., w zw. z art. 9 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 885, z późn. zm.).

<sup>3</sup> Zob. art. 3 ust. 1 pkt 3–4 ustawy p.z.p.

<sup>4</sup> Zob. art. 3 ust. 1 pkt 4, 5, 7 ustawy p.z.p.

<sup>5</sup> Zob. A. Szafrąński, *Przedsiębiorca publiczny wobec wolności gospodarczej*, Warszawa 2008, s. 65–66. Autor ten wskazuje na konieczność takiego prawnego ukształtowania zagadnienia szeroko rozumianej własności publicznej, w ramach którego będą się przeplatać elementy administracyjnoprawne z elementami cywilnoprawnymi. Pierwsze z nich powinny stanowić barierę przed pochopną utratą własności publicznej lub zapobiegać niegospodarności w zarządzaniu nią, drugie zaś są „niezbędne ze względu na wymagania gospodarki rynkowej”.

jako wyposażenie (rzeczy ruchome) lub też obiekty budowlane, pozostające do użytku administracji publicznej (mienie administracyjne), czy też beneficjentów administracji świadczącej (mienie powszechne)<sup>6</sup>. Stąd też prawne reguły prawidłowego zarządu mieniem publicznym w obszarze zamówień publicznych powinny się koncentrować na uzyskaniu przedmiotu zamówienia reprezentującego najlepszy możliwy stosunek jakości do ceny z perspektywy zaspokajania potrzeb leżących w interesie publicznym, a formułowanych przez instytucję zamawiającą jako wyraziciela interesu publicznego. *Ratio legis* dla tworzenia systemów prawnych zamówień publicznych stanowi także element związania administracji konstytucyjnymi prawami podstawowymi, we wszelkich przejawach jej działalności, także tych niewładczych, przyjmujących postać instrumentów cywilnoprawnych<sup>7</sup>. W związku z tym na potrzeby regulacji uczestnictwa podmiotów publicznych w procesach rynkowych w charakterze nabywcy konieczne jest ustalenie takich zasad i reguł aktywności tego rodzaju, aby zachowane zostały standardy równego traktowania wszystkich podmiotów potencjalnie zainteresowanych odpłatną realizacją świadczeń na rzecz sektora publicznego (art. 32 ust. 1 Konstytucji RP<sup>8</sup>). Konieczna jest tu także ochrona konkurencji w ubieganiu się i wykonywaniu takich świadczeń, a tym samym zapewnienie, by na rynku publicznym (ryнку zamawiających publicznych) respektowano wymogi tworzenia warunków do korzystania przez przedsiębiorców z wolności gospodarczej (art. 5, art. 20 Konstytucji RP). W końcu, gdy chodzi o prawo zamówień publicznych w wymiarze ponadpaństwowym, w procesach międzynarodowej integracji gospodarczej, głównym celem staje się otwarcie krajowych rynków zamówień na konkurencję ze strony przedsiębiorców z innych państw uczestniczących w takich procesach, co w warunkach Unii Europejskiej oznacza włączenie rynków zamówień publicznych w ramy rynku wewnętrznego, zdefiniowanego jako obszar bez wewnętrznych granic dla przepływu osób, towarów, usług i kapitału<sup>9</sup> (art. 26 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej<sup>10</sup>). Przy tym należy tu podkreślić, że wskazywane powyżej

<sup>6</sup> Zob. A. Błaś, J. Boć, *Majątek publiczny*, [w:] J. Boć (red.), *Prawo administracyjne*, Wrocław 2005, s. 296–298, 300–302; M. Guziński, *Przedsiębiorcy publiczni i zarząd mieniem publicznym*, [w:] L. Kieres (red.), *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2009, s. 257–258.

<sup>7</sup> Zob. A. Błaś, *Prawne formy działania administracji publicznej*, [w:] J. Boć (red.), *op. cit.*, s. 306–308, 362–364. Por. orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego wskazujące na status przedsiębiorców publicznych jako podmiotów zobowiązanych wobec osób i jednostek prywatnych (analogicznie do podmiotów władz publicznych) z tytułu konstytucyjnych praw podstawowych – zob. postanowienie TK z dnia 17 marca 2003 r. w sprawie Ts 116/02, OTK ZU 2003, nr 2B, poz. 105; postanowienie TK z dnia 20 grudnia 2007 r., SK 67/05, OTK ZU 2007, nr 11A, poz. 168; postanowienie TK z dnia 6 kwietnia 2011 r. w sprawie SK 21/07, OTK ZU 2011, nr 3A, poz. 28.

<sup>8</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 73, poz. 483, z późn. zm.).

<sup>9</sup> Zob. K. Horubski, *Publiczno- i prywatnoprawne elementy prawa zamówień publicznych*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 7, s. 73–74; M. Lemke, *Wprowadzenie*, [w:] M. Lemke (red.), *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane*, Warszawa 2001, s. 10–11.

<sup>10</sup> Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 326, s. 1–390).

cele ekonomiczne prawa zamówień publicznych w zasadzie nie stoją w sprzeczności z dążeniem do włączenia krajowych rynków zamówień publicznych w ramy rynku wewnętrznego, a to z uwagi na fakt, że względy ekonomicznej efektywności są rynkowymi „wektorami”, którymi kierują się przedsiębiorcy w ramach rywalizacji o klientów, rynki zbytu i zaopatrzenia, w toku wykonywanej przez siebie działalności gospodarczej.

Jednym z zagadnień, dotyczących funkcji prawa zamówień publicznych, o których tu mowa, jest kwestia regulacji prawnej doboru i kształtowania przez zamawiających treści pozacenowych kryteriów oceny ofert o charakterze ekonomicznym (efektywnościowym). Wybrany problemom z tego obszaru zostaną poświęcone poniższe rozważania.

## **2. Prawne ramy posługiwania się kryteriami pozacenowymi przy udzielaniu zamówień publicznych**

Podnosząc zagadnienie ram prawnych swobody doboru i kształtowania treści pozacenowych kryteriów oceny ofert, rozpocząć należy od wskazania zasadniczej dla tego zagadnienia zmiany, która w polskim porządku prawnym została wdrożona nowelizacją ustawy p.z.p. z 2014 r.<sup>11</sup>. Polegała ona na wprowadzeniu, po raz pierwszy w historii polskiego systemu prawnego zamówień publicznych, funkcjonującego w realiach ustroju gospodarczego społecznej gospodarki rynkowej, nakazu dokonywania wielokryterialnej oceny ofert. Zmieniło to gruntownie dotychczasowy stan regulacji prawnej w tej dziedzinie, w świetle której decydowanie o skorzystaniu z kryteriów innych niż cena było objęte zakresem swobody decyzyjnej instytucji zamawiającej. W praktyce oznaczało to wykorzystywanie kryteriów pozacenowych w bardzo nieznacznej liczbie postępowań o udzielanie zamówień. Niemniej jednak należy tu pamiętać o tym, że możliwość korzystania z takich kryteriów, których ustawowy katalog nigdy nie był zamknięty, istniała już na podstawie pierwszej w okresie transformacji ustrojowej ustawy normującej udzielanie i wykonywanie zamówień publicznych, a więc ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych<sup>12</sup>. Tak więc to faktyczny stan rzeczy, wyrażający się w niekorzystaniu przez instytucje zamawiające z kryteriów pozacenowych, pomimo istniejących w tym względzie prawnych możliwości, a także inspiracje płynące z nowych dy-

<sup>11</sup> Zob. art. 1 pkt 13 ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r., poz. 1232). Wprawdzie obowiązek wielokryterialnej oceny ofert wprowadzono już wcześniej, w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 25 maja 2011 r. w sprawie innych niż cena obowiązkowych kryteriów oceny ofert w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień publicznych (Dz. U. Nr 96, poz. 559), niemniej jego zakres przedmiotowy jest bardzo ograniczony i dotyczy tylko zakupu niektórych rodzajów pojazdów samochodowych.

<sup>12</sup> Zob. art. 27d ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. z 2002 r., Nr 72, poz. 644, z późn. zm.).

rektyw unijnego prawa zamówień publicznych przyjętych w roku 2014<sup>13</sup>, stanowiły podstawę dla wprowadzenia nakazu, o którym mowa powyżej, a tym samym dla ograniczenia, w odnośnym zakresie, sfery swobody decyzyjnej zamawiających.

Przepisem stanowiącym o obowiązku przeprowadzania wielokryterialnej oceny ofert jest art. 91 ust. 2a p.z.p., zgodnie z którym to przepisem „Kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, z zastrzeżeniem art. 76 ust. 2, a w przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, jeżeli dodatkowo wykażą w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia”. Unormowanie to, ustanawiając zasadę wielokryterialnej oceny ofert, jednocześnie określa ściśle limitowe wyjątki od tej zasady, nadając im charakter przedmiotowo-podmiotowy. Udzielanie zamówień w oparciu o kryterium ceny jest możliwe wyłącznie w sytuacjach, gdy przedmiot zamówienia cechuje się powszechną dostępnością oraz ustalonymi standardami jakościowymi, oraz gdy zamówienie jest udzielane w trybie licytacji elektronicznej, w którym to trybie wyłącznie cena jest dopuszczona jako kryterium oceny ofert<sup>14</sup>. Jednocześnie jeśli zamawiający należą do jednostek sektora finansów publicznych lub są państwowymi jednostkami organizacyjnymi bez podmiotowości prawnej, spoza tego sektora<sup>15</sup>, dodatkowo, aby móc dokonać oceny ofert wyłącznie na podstawie kryterium ceny, są zobowiązani do wykazania w załączniku do protokołu postępowania zamówieniowego, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia. W związku z tym widoczne jest tu bardzo daleko idące ograniczenie zakresu możliwości udzielania zamówień wyłącznie w oparciu o kryterium ceny. Jest to możliwe przede wszystkim w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, w zasadzie dostaw lub usług, odznaczającego się masowością podaży oraz standaryzacją, niewymagającą opisywania jego szczególnych cech czy też parametrów. Ustawodawca posłużył się w art. 91 ust. 2a przesłankami właściwymi dla możliwości zastosowania podprogowego (poniżej progów wartości szacunkowej zamówienia, od których zależy nakaz stosowania wobec niego unormowań unijnego, pochodnego prawa zamówień publicznych) trybu zapytania

<sup>13</sup> Zob. art. 67 ust. 2 akapit 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94/65) oraz art. 82 ust. 2 akapit 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94/243; dalej w skrócie jako dyrektywa 2014/24/UE, dyrektywa 2014/25/UE, lub nowe dyrektywy unijnego prawa zamówień publicznych).

<sup>14</sup> Zob. art. 78 ust. 2 p.z.p.

<sup>15</sup> Zob. art. 3 ust. 1 pkt 1–2 p.z.p.

o cenę. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na konieczność restryktywnej interpretacji podstaw prawnych posługiwania się przez zamawiających trybami innymi niż podstawowe i na konieczność odstępowania od ich stosowania, ilekroć istotne wątpliwości budzi kwestia spełnienia przesłanek, warunkujących udzielanie zamówień w takich trybach<sup>16</sup>. Uwagę tę z pewnością należy odnieść do wymogów powszechnej dostępności oraz ustalonych standardów jakościowych, wyrażonych w art. 91 ust. 2a p.z.p., a mających identyczne brzmienie jak wymogi ustanowione w art. 70 p.z.p., od których spełnienia uzależnione jest korzystanie z trybu zapytania o cenę.

Zasadę, o której mowa w tej części rozważań, należy odnieść do podstawowego unormowania dotyczącego kryteriów oceny ofert, którym jest przepis art. 91 ust. 2 p.z.p. Zgodnie z nim „Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji”. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na brak zamkniętego katalogu kryteriów pozacenowych oraz na podstawową przesłankę, którą muszą one spełniać. Kryteria takie powinny odnosić się do przedmiotu zamówienia. Wymóg związku z przedmiotem zamówienia stanowi w tym przypadku główną barierę przed dowolnością działań zamawiających w zakresie określania kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej<sup>17</sup>. W obecnie obowiązującej postaci ustawy p.z.p. brak jest legalnej definicji związku z przedmiotem zamówienia. Kwestia ta była natomiast przedmiotem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE<sup>18</sup>, zanim nie stała się przedmiotem regulacji prawnej nowych dyrektyw unijnego prawa zamówień publicznych. Sposób rozumienia przez prawodawcę unijnego tego zwrotu został ustalony w treści art. 67 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE. Zgodnie z tym unormowaniem „Uznaje się, że kryteria udzielenia zamówienia są powiązane z przedmiotem zamówienia publicznego, jeżeli dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia, we wszystkich aspektach oraz na wszystkich etapach ich cyklu życia, co obejmuje czynniki związane z: a) określonym procesem produkcji, dostarczania lub wprowadzania tych robót budowlanych, dostaw lub usług na rynek; albo b) określonym procesem dotyczącym innego etapu cyklu życia tych robót budowlanych, dostaw lub

<sup>16</sup> Zob. K. Horubski, *Opracowania planistyczne jako przedmiot zamówień publicznych*, „Problemy Planistyczne” Jesień 2014, Zeszyt SUZOIU 2014, nr 1, s. 15–17; G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 107.

<sup>17</sup> Zob. art. 67 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE.

<sup>18</sup> Zob. pkt 59, 64 wyroku TS UE z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99 *Concordia Bus Finland Oy Ab, uprzednio Stagecoach Finland Oy Ab przeciwko Helsingin kaupunki i HKL-Bussiliikenne* („Zbiór Orzeczeń” 2002, s. I-7213; dalej jako wyrok w sprawie C-513/99), oraz pkt 67, 69 wyroku TS UE z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C-448/01 *EVN AG, Wienstrom przeciwko Republice Austrii* („Zbiór Orzeczeń” I-14527).

usług, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem”. Wyraźnie widoczna jest tu tendencja do szerokiego rozumienia wymogu powiązania kryterium oceny ofert z przedmiotem zamówienia, a to ze względu na odniesienie się do kategorii pojęciowej „cyklu życia” przedmiotu zamówienia. Zgodnie bowiem z pkt 20 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE cykl taki „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”. W świetle przytoczonych tu fragmentów treści dyrektywy 2014/24/UE widoczne jest, że wymóg związku z przedmiotem zamówienia spełnić mogą nie tylko kryteria odnoszące się do elementów bezpośrednio „składających się” na taki przedmiot, w rozumieniu rzeczy (dóbr), które mają być dostarczone, czy też obiektu budowlanego, który ma zostać w ramach wykonania zamówienia wzniesiony i oddany do użytku. Pozacenowe kryteria oceny ofert mogą odnosić się nie tylko do parametrów czy funkcji dostarczanych urządzeń lub też materiałów, techniki czy terminu wykonania obiektu budowlanego, ale także do różnorodnych aspektów dalszego użytkowania przedmiotu zamówienia, a nawet związanych z jego wytworzeniem czy też późniejszym wyłączeniem z użytku, które nie są zależne od podmiotu będącego dostawcą przedmiotu zamówienia.

Określając ramy prawne posługiwania się pozacenowymi kryteriami oceny ofert, wskazać należy jeszcze na art. 91 ust. 3 p.z.p., wyrażający zakaz nadawania tym kryteriom charakteru podmiotowego. Przepis ten stanowi bowiem, że „Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej”<sup>19</sup>. Chodzi tu zasadniczo o wyeliminowanie sytuacji, w których na etapie oceny ofert ponownie oceniane byłyby elementy zdolności podmiotowej wykonawcy do należytej realizacji zamówienia, co jest przedmiotem weryfikacji w ramach badania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu, poza dwustopniowymi trybami udzielania zamówień, takimi jak przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem oraz dialog konkurencyjny, mają zasadniczo charakter niestopniowalny, służąc ustaleniu występowania po stronie wykonawcy dostatecznej (akceptowalnej, wystarczającej) zdolności do wykonania zamówienia, związanej z jego doświadczeniem, kadrami, wyposażeniem oraz sytuacją ekonomiczną<sup>20</sup>. Biorąc to pod uwagę, dopuszczenie do ponownej oceny, na etapie oceny ofert, wskazywanych elementów sytuacji wykonawcy, wyznaczających jego zdolność do wykonania zamówienia, stanowiłoby przejaw wewnętrznej sprzecz-

---

<sup>19</sup> Zakaz ten został jednak wyłączony w odniesieniu do zamówień na tzw. usługi niepriorytetowe – zob. art. 5 ust. 1 p.z.p.

<sup>20</sup> Zob. art. 22 p.z.p.

ności unormowań ustawy p.z.p. Skoro bowiem spełnienie określonych wymogów podmiotowych uznaje się za wystarczające, aby przyjąć założenie co do prawidłowej realizacji zamówienia przez każdego wykonawcę, który je spełnia, to w zasadzie nie jest uzasadnione kolejne ocenianie tych samych elementów na etapie oceny propozycji ofertowych wykonawców. Jednocześnie należy pamiętać o fakcie, że kryteria oceny ofert są ze swej natury stopniowalne, gdyż ich celem jest możliwie obiektywne porównanie złożonych w postępowaniu ofert, w celu wyboru tych, które zawierają najkorzystniejsze propozycje odpowiadające tym kryteriom. Wobec tego w razie istnienia prawnej możliwości ponownego oceniania, w stadium oceny ofert, wymogów o charakterze podmiotowym należałoby punktować ponadminimalny stopień spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie doświadczenia, wyposażenia, kadry czy sytuacji finansowej, pomimo faktu, że na właściwym etapie oceny spełniania takich warunków uznano, że każdy z wykonawców, który je spełnia, jest zdolny do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Dodatkowo wymagałoby to wykazywania związku takich kryteriów z przedmiotem zamówienia w postaci wyższego stopnia pewności należytej realizacji przedmiotu zamówienia, tak by można było uznać, że pełnią one w postępowaniu właściwą im funkcję<sup>21</sup>.

W końcu korzystanie z kryteriów pozacenowych powinno pozostawać w zgodności, a więc odpowiadać zasadzie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Zasada ta jest wyrażona w art. 67 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym to przepisem „instytucje zamawiające opierają udzielanie zamówień publicznych na ofercie najkorzystniejszej ekonomicznie”. W prawie polskim podstawą dla jej wyróżnienia jest natomiast przepis art. 2 pkt 5 p.z.p. definiujący pojęcie oferty najkorzystniejszej jako oferty, która „przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego”. Implikacje obowiązywania tej zasady dla kwestii doboru i kształtowania pozacenowych kryteriów oceny ofert zostaną przedstawione w kolejnej części rozważań, poświęconych zagadnieniu ekonomicznego charakteru kryteriów pozacenowych.

### **3. Pozacenowe kryteria oceny ofert jako instrumenty zapewniania ekonomicznej efektywności zamówień publicznych**

Kryteria pozacenowe, do których odnoszą się niniejsze rozważania, są formą dążenia do osiągnięcia celów ekonomicznych w ramach udzielanego zamówienia, związanych bezpośrednio z cechami przedmiotu zamówienia lub sposobem jego realizacji<sup>22</sup>. Podstawą do wprowadzania kryteriów tego rodzaju jest chęć uzyskania świadczenia o najwyż-

<sup>21</sup> Na ten temat zob. K. Horubski, *Warunki ubiegania się o zamówienie publiczne w ramach wstępnej kwalifikacji wykonawców*, „Prawo Zamówień Publicznych. Kwartalnik” 2015, nr 3, s. 77–78.

<sup>22</sup> M. Partyka, *Kryteria oceny ofert*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2005, nr 6, s. 32.



szej możliwej jakości za proporcjonalnie najniższą cenę. Chodzi o świadczenie, które reprezentuje najlepszy stosunek jakości do ceny, przy czym słowo jakość należy tu rozumieć możliwie szeroko, w kategoriach wszelkich, mających wartość ekonomiczną, aspektów realizacji zamówienia, które są równoznaczne z wymiernymi korzyściami rekompensującymi wzrost wydatku na ich uzyskanie<sup>23</sup>. Cel, o którym tu mowa, jest jednocześnie podstawowym celem prawa zamówień publicznych jako takiego. S. Arrowsmith stwierdza w tym kontekście, że „głównym celem większości – a być może wszystkich – systemów zamówień jest skuteczne nabywanie towarów, robót lub usług na najlepszych możliwych warunkach”, co jest często określane jako stosunek wartości do ceny (ang. *value for money*), efektywność (wydajność) lub efektywność ekonomiczna (ang. *efficiency, economic efficiency*)<sup>24</sup>. Akceptując założenie o efektywności ekonomicznej zakupów jako podstawowej wartości prawa zamówień publicznych, M. Szydło podnosi jednocześnie, że wszelkie inne cele realizowane czy też możliwe do realizacji, w ramach reżimu prawnego udzielania i wykonywania zamówień publicznych, należy uznać za mające charakter drugorzędny (drugoplanowy)<sup>25</sup>. Autor ten definiuje ową efektywność ekonomiczną zakupów dokonywanych w systemie zamówień publicznych w kategoriach stosunku (relacji) wartości nabywanego dobra (ocenianej w świetle przyjmowanych przez zamawiającego kryteriów oceny tej wartości) do płaconej przez zamawiającego za tę wartość ceny lub do związanych z tym dobrem kosztów. Tak rozumiana efektywność ekonomiczna osiąga swoje optimum w sytuacji, gdy różnica pomiędzy zakładaną przez zamawiającego wartością dobra a jego ceną lub kosztami jest możliwie największa (w realiach rynkowych, w danym momencie). Oznacza to właśnie uzyskanie dobra o możliwie najwyższej wartości, za możliwie najniższą cenę<sup>26</sup>. Jednocześnie należy podkreślić, że przy dokonywaniu oceny efektywności ekonomicznej zamówienia publicznego wartość nabywanego dobra powinna być co do zasady oceniana w ujęciu subiektywnym, a więc z perspektywy samego zamawiającego, gdyż zamówienia służą właśnie zaspokajaniu potrzeb zamawiających i to „sam zamawiający [...] jest – czy też w założeniu powinien być – w stanie najbardziej adekwatnie ocenić wartość nabywanego przez siebie dobra, posługując się w tym celu wybranymi przez siebie kryteriami (miernikami) i przypisując tym poszczególnym stosowanym przez siebie kryteriom preferowaną przez siebie wagę”<sup>27</sup>. Inaczej mówiąc, oferta najkorzystniejsza ekonomicznie

<sup>23</sup> K. Horubski, *Instrumentalizacja kryteriów oceny ofert*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2007, nr 11, s. 24–25; A. Sołtysińska, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*, Kraków 2004, s. 233–234.

<sup>24</sup> S. Arrowsmith, *Public Procurement: Basic Concepts and the Coverage of Procurement Rules*, [w:] S. Arrowsmith (red.), *Public Procurement Regulation: An Introduction*, Nottingham 2011, s. 5 (opracowanie dostępne na stronie [www.nottingham.ac.uk](http://www.nottingham.ac.uk), dostęp w dniu 04.05.2016 r.).

<sup>25</sup> M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 19–20.

<sup>26</sup> Zob. *ibidem*, s. 3–7.

<sup>27</sup> *Ibidem*, s. 4–5.

ma być taką nie w jakimś ujęciu abstrakcyjnym, lecz w odniesieniu do potrzeb instytucji zamawiającej przez nią definiowanych<sup>28</sup>. Nie chodzi więc o poszukiwanie jakiegoś obiektywnego wzorca ochrony interesu publicznego, abstrahującego od ocen w tym zakresie dokonywanych przez samego zamawiającego. Pogląd taki znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w sprawie V Ca 1213/02<sup>29</sup>. W uzasadnieniu tego orzeczenia stwierdzono, że „przetarg organizowany jest w celu wyboru oferty najkorzystniejszej dla użytkownika, a nie najlepszej w świetle jakichś obiektywnych kryteriów”. Komentujący tę tezę słusznie zwracają uwagę na to, że zamawiający, ustalając kryteria oceny ofert, kieruje się własnymi potrzebami, zwracając jedynie uwagę na to, aby każdy wykonawca, który jest w stanie je zaspokoić, był równo traktowany<sup>30</sup>. Powstaje jednak pytanie – czy w związku z tymi stwierdzeniami w praktyce może zostać skutecznie podniesiony zarzut takiego doboru i ukształtowania przez zamawiającego kryterium pozacenowego, że nie służy ono zwiększaniu wartości przedmiotu zamówienia, powodując jednocześnie zagrożenie wzrostu ceny/kosztów jego realizacji? Inaczej mówiąc, chodzi o to, czy przy przyjętych powyżej założeniach istnieje możliwość weryfikacji kryterium pozacenowego pod kątem rzeczywistej zdolności do „wypracowania” zakładanego efektu ekonomicznego. Rozstrzygnięcie tej kwestii wymaga poczynienia dalszych ustaleń co do tego, w jaki sposób kryteria pozacenowe służą osiągnięciu celów z zakresu ekonomicznej efektywności zamówień.

W odniesieniu do tego aspektu w pierwszej kolejności zwrócić uwagę na fakt, że każde kryterium pozacenowe może skutkować zwiększeniem ceny realizacji przedmiotu zamówienia, stymulując pośrednio, poprzez zwiększone ceny ofertowe, wysokość wydatku finansowego podmiotu publicznego<sup>31</sup>. Użycie kryterium pozacenowego oceny ofert oznacza, że zamawiający jest w stanie zapłacić więcej w zamian za uzyskanie innej niż cena cechy oferty. Każde kryterium pozacenowe zmniejsza znaczenie kryterium ceny (gdyż zmniejsza wagę tego kryterium), umożliwiając uznanie za najkorzystniejszą innej oferty niż nominalnie najtańsza ze złożonych w postępowaniu. Skoro więc dochodzi do zwiększenia wydatku finansowego (wzrostu ceny) i wprowadzenia dodatkowego kryterium o możliwym charakterze dyskryminującym (potencjalnie), gdyż ograniczającym pod względem podmiotowym i przedmiotowym dostęp do zamówienia publicznego<sup>32</sup>, należy

<sup>28</sup> R. Szostak, *Kryteria oceny ofert przetargowych w nowym ujęciu*, „Prawo Zamówień Publicznych. Kwartalnik” 2014, nr 3, s. 3.

<sup>29</sup> Wyrok SO w Warszawie z dnia 16 czerwca 2003 r., V Ca 1213/02, „Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie” 2004, nr 3, poz. 32.

<sup>30</sup> W. Dzierżanowski [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 306.

<sup>31</sup> A. Panasiuk, *Publicznoprawne ograniczenia przy udzielaniu zamówień publicznych*, Bydgoszcz–Warszawa 2007, s. 203.

<sup>32</sup> Na potencjalnie dyskryminujący charakter każdego z możliwych kryteriów oceny ofert zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2002 r., III CZP 52/2002 (OSNC 2003, nr 6, poz. 79);

stwierdzić potrzebę jego uzasadnienia w świetle rzeczywistych potrzeb gospodarczych instytucji zamawiającej<sup>33</sup>. Stosowanie kryteriów pozacenowych o charakterze ekonomicznym powinno więc prowadzić do stanu rzeczy, w którym zwiększony wydatek powoduje nabycie świadczenia, będącego rzeczywistym, ekonomicznym ekwiwalentem ceny<sup>34</sup>. Skoro przedmiot zamówienia jest gospodarczym ekwiwalentem ceny, to wynikający z pojęcia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego wskazuje na potrzebę takiego formułowania kryteriów oceny ofert, by wyższa cena płacona przez zamawiającego gwarantowała „lepszy” jakościowo, technicznie, funkcjonalnie przedmiot zamówienia<sup>35</sup>. Kryteria związane z przedmiotem zamówienia, w znaczeniu, o którym była mowa powyżej, jednak nieprzyczyniające się do zaspokojenia ekonomicznego interesu zamawiającego, zmniejszające znaczenie ceny jako podstawy wyboru oferty i nieniosące ze sobą ekwiwalentu w postaci wyższej gospodarczej jakości świadczenia, należałoby uznać za kryteria „pozorne”, a więc niedopuszczalne w świetle zasady oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, wyrażonej w art. 2 pkt 5 p.z.p. Kryterium pozacenowe o charakterze ekonomicznym oznacza więc cechę oferty, która przy realizacji zamówienia powinna przynieść zamawiającemu bezpośrednią korzyść ekonomiczną, rekompensującą wzrost nakła-

---

dalej w skrócie jako uchwała SN w sprawie III CZP 52/2002). W uchwale tej stwierdzono, że celem procedur prawa zamówień publicznych „jest wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakichkolwiek elementów, które miałyby charakter dyskryminacyjny. Można uznać, że postępowanie ma charakter dyskryminacyjny wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych dostawców lub wykonawców bez uzasadnionej przyczyny. Także w samym postępowaniu dotyczącym ustalenia i zastosowania kryteriów oceny oferty jako najkorzystniejszej musi być przestrzegana zasada niedyskryminacji. Warunek zaś niedyskryminacji spełniają tylko takie kryteria oceny oferty, które są istotne z punktu widzenia rzeczywistych potrzeb zamawiającego”. Odnosząc się do potencjalnie dyskryminującego charakteru każdego z kryteriów oceny ofert, w tym obligatoryjnego kryterium ceny, Sąd Najwyższy podkreślił, że „przecież zastosowanie kryterium ceny [...] prowadzić może pośrednio do «dyskryminacji» mniejszych firm, bowiem bardzo często korzyści płynące z efektu skali pozwalają na zmniejszenie marży zysku i obniżenie ceny. Także kryterium terminu wykonania może okazać się dyskryminujące dla podmiotów, które nie mają dużych zapasów albo dużych mocy produkcyjnych, a więc przeważnie mniejszych. Uwypuklenie kryterium ceny [...] preferuje bezpośrednich wykonawców przedmiotu zamówienia. Wszystkich zaś oferentów, którzy korzystają z jakiegokolwiek formy pośrednictwa lub podwykonawstwa stawia w gorszej sytuacji”. Jednocześnie podkreślono jednak, że „Tego rodzaju pośrednie oddziaływania «dyskryminacyjne» poszczególnych kryteriów nie mogą mieć zatem znaczenia dyskwalifikującego”. Podobnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza (dalej w skrócie KIO) w wyroku z dnia 25 czerwca 2015 r., KIO 1201/15 (dalej jako wyrok KIO w sprawie 1201/15; wyroki KIO dostępne na stronie [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)), w którym stwierdzono, że „Właściwie każdy opis przedmiotu zamówienia niesie ze sobą ograniczenie konkurencji, pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców obecnych na rynku i dyskryminując innych. Siłą rzeczy w zamówieniach publicznych, nie ma i nie będzie nigdy konkurencyjności absolutnej – zawsze ograniczenie konkurencji w jakimś stopniu występuje”.

<sup>33</sup> R. Szostak, *Publiczno-prawne przesłanki doboru kryteriów oceny ofert*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2001, nr 6, s. 64.

<sup>34</sup> Zob. M. Partyka, *Kryteria oceny ofert* ..., s. 28–34; R. Szostak, *Publiczno-prawne przesłanki...*, s. 62–66.

<sup>35</sup> R. Szostak, *Publiczno-prawne przesłanki* ..., s. 64.

du finansowego na zamówienie<sup>36</sup>. Instytucja zamawiająca, kształtując kryteria oceny ofert, powinna wyważyć znaczenie swych interesów o charakterze ekonomicznym i odpowiednio odzwierciedlić to w stosowanych kryteriach. Zmniejszenie roli ceny może więc wiązać się z zamiarem nabycia dobra o wyższej jakości, gwarantującej zamawiającemu oszczędności związane ze zwiększoną wydajnością, mniejszymi kosztami bieżącego użytkowania czy też kosztami wycofania przedmiotu zamówienia z eksploatacji lub jego dłuższą trwałością (żywnością). Kryterium pozacenowym może być także wielkość korzyści, jaką zamawiający może odnieść przy wykonywaniu zamówienia (np.: wysokość procentowania środków na rachunku bankowym w zamówieniu na obsługę bankową)<sup>37</sup>.

W nawiązaniu do wskazywanych cech kryteriów pozacenowych o charakterze ekonomicznym należy odnotować pojawiające się w nauce prawa oraz w judykaturze stanowiska dotyczące możliwości weryfikacji dokonywanego przez zamawiającego doboru takich kryteriów. R. Szostak wskazał tu na możliwość „nadużycia” kryteriów pozacenowych i potrzebę ich odniesienia do realnych, a nie pozornych korzyści transakcyjnych zamawiającego<sup>38</sup>. Jako kryterium niosące w sobie szczególne zagrożenie „pozornością” Autor ten wskazał na termin wykonania zamówienia. Szczególnie w sytuacji gdy zamawiający tak ukształtuje to kryterium, że będzie premiował każdy, choćby jak najkrótszy, a tym samym nierealny, czas wykonania zamówienia, istnieje będzie zagrożenie udzielenia zamówienia po znaczenie zawyżonej cenie, która nie zostanie zrekompensowana oferowanym terminem wykonania<sup>39</sup>. W takich przypadkach istotne jest też, aby można było wskazać, czy wykonanie zamówienia w terminie krótszym od ustalonego przez zamawiającego „na sztywno”, może w ogóle nieść ze sobą jakąkolwiek korzyść ekonomiczną, gdyż w innym wypadku kryterium takie może jedynie utrudnić i wypaczyć uczciwą konkurencję o zamówienie. Jak podkreśla A. Łojewska-Pyka, „Zamawiający wybierając kryteria oceny ofert musi mieć zawsze na względzie to, że w wyniku dokonania oceny ich spełnienia zobowiązany jest do wyboru *in casu* rzeczywiście oferty najkorzystniejszej”. Do kluczowych „czynników skuteczności wyboru kryteriów ofert”

<sup>36</sup> K. Horubski, *Instrumentalizacja kryteriów oceny ...*, s. 25.

<sup>37</sup> R. Szostak, *Publiczno-prawne przesłanki ...*, s. 65.

<sup>38</sup> R. Szostak, *Kryteria oceny ofert ...*, s. 3.

<sup>39</sup> *Ibidem*. Do kwestii zgodności kryterium terminu wykonania zamówienia z zasadą ochrony konkurencji odniesiono się w wyroku KIO z dnia 23 września 2010 r., KIO 1960/10. W wyroku tym stwierdzono, że „Określone w ramach tego kryterium zasady oceny lub ustalenie jego znaczenia w stosunku do obligatoryjnego w każdym postępowaniu kryterium ceny, może w konkretnych przypadkach zostać uznane za naruszające zasady uczciwej konkurencji. Może tak być w szczególności jeżeli ustalony dla tego kryterium sposób oceny nieproporcjonalnie premiuje najkrótszy termin wykonania zamówienia lub też jego waga została ustalona na poziomie równym kryterium ceny lub większym. Nawet jednak w takich przypadkach, nie można wykluczyć, iż kryterium terminu wykonania zamówienia nie będzie naruszało uczciwej konkurencji w okolicznościach faktycznych konkretnego postępowania”.

Autorka ta zalicza „ekonomiczne uzasadnienie ich doboru”<sup>40</sup>. W judykaturze ocenie zgodności z zasadą oferty najkorzystniejszej ekonomicznie poddane zostało kryterium warunków płatności<sup>41</sup>. W wyroku Sądu Najwyższego w sprawie III CZP 52/02<sup>42</sup> wyrażono w tej kwestii pogląd, że „kształtowanie poszczególnych kryteriów oceny ofert nie jest działaniem dowolnym. Kształt tych kryteriów musi mieć swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej. Dotyczy to także kryterium terminu płatności. Jego znaczenie musi odpowiadać określonej potrzebie zamawiającego i pozostawać w rozsądnych proporcjach do pozostałych kryteriów, w szczególności do ceny. Nie sposób bowiem przyjąć, że bilansowanie ceny i określenie terminu płatności może mieć charakter czysto uznaniowy”. Zdaniem sądu oznacza to także „praktyczną konieczność ustalenia właściwych proporcji w zakresie wagi poszczególnych kryteriów. Nie mogą to być ustalenia dowolne i nie mogą prowadzić do sytuacji, w których oferta obiektywnie zdecydowanie korzystniejsza, na skutek sztucznych manipulacji kryteriami w ramach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ustępuje ofercie z istotnie odroczonym terminem płatności”. Z kolei w wyroku zespołu arbitrów w sprawie UZP/ZO/0-1102/02<sup>43</sup> podkreślono, że każde kryterium porównawcze (ofertowe) powinno mieć związek z realnymi interesami zamawiającego, a przy stosowaniu kryteriów pozacenowych należy mieć na szczególnym względzie, by nie doprowadzić do sytuacji, w której „jakikolwiek bezprzedmiotowe w świetle interesów zamawiającego kryterium spowoduje ulokowanie zamówienia na warunkach najdroższej oferty”<sup>44</sup>.

Należy jednak podkreślić, że powyższe uwagi nie zmierzają do zaprzeczenia swobody zamawiającego w doborze i kształtowaniu treści pozacenowych kryteriów oceny oferty. Nie ulega wątpliwości, że próba dokonywania ekonomicznej „obiektywizacji” zasady oferty najkorzystniejszej groziłaby odebraniem instytucji zamawiającej możliwości samodzielnego definiowania swoich potrzeb i określania optymalnych sposobów

<sup>40</sup> A. Łojewska-Pyka, *Z problematyki racjonalnego stosowania innych niż cena kryteriów oceny ofert*, „Prawo Zamówień Publicznych. Kwartalnik” 2014, nr 4, s. 81.

<sup>41</sup> Wobec faktu odesłania w art. 2 pkt 1 ustawy p.z.p. do definicji legalnej ceny z ustawy z dnia 10 lipca 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2014 r. poz. 915, ze zm.), zgodnie z którym cena to „wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę”, na gruncie przepisów art. 2 ust. 5 oraz 91 ust. 2–2a ustawy p.z.p., uznać należy, że ewentualne kryteria odnoszące się do sposobu czy terminu płatności ceny to kryteria pozacenowe. Kryterium sposobu (warunków) płatności, jako niezwiązane z właściwościami, sposobem realizacji czy też zakresem (rozmiarem) przedmiotu zamówienia, budzi istotne wątpliwości co do spełniania przez nie warunku związku z przedmiotem zamówienia. Kryterium to nie jest bowiem związane ze świadczeniem wykonawcy, lecz ze świadczeniem zamawiającego. Możliwość posługiwania się kryterium tego rodzaju dopuszczono w wyroku KIO z dnia 18 listopada 2014 r., KIO 2394/14. Odmiennie R. Szostak, *Kryteria oceny ofert ...*, s. 40.

<sup>42</sup> Zob. przypis nr 29.

<sup>43</sup> Wyrok zespołu arbitrów z dnia 10 września 2002 r. w sprawie sygn. akt UZP/ZO/0-1102/02, „Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie. Zeszyty Orzecznicze” 2002, nr 1, s. 11.

<sup>44</sup> *Ibidem*, s. 11.

ich zaspokajania. Zgodzić należy się z wypowiedzianym w orzecznictwie poglądem, że to właśnie „uzasadnione potrzeby zamawiającego stanowią jak najbardziej racjonalną kategorię, służącą ocenie stopnia dopuszczalności danego ograniczenia konkurencji<sup>45</sup> wynikającego z zastanego opisu przedmiotu zamówienia” czy też zastosowanych kryteriów oceny ofert<sup>46</sup>. Zamawiający dysponuje w tym względzie swobodą decyzyjną, ujętą w ograniczenia, o których była mowa powyżej, a elementem tej swobody jest decydowanie o innych niż cena cechach ofert, związanych z ilością, jakością, czy też sposobem wykonania zamówienia, uznawanych przez zamawiającego za zwiększające wartość przedmiotu zamówienia, a tym samym efektywność ekonomiczną zakupu. Swoboda ta nie może być jednak postrzegana jako absolutna i nie oznacza, że jeżeli tylko kryterium pozacenowe pozostaje formalnie w związku z przedmiotem zamówienia, obecnie rozumianym bardzo szeroko, to nie można kwestionować legalności takiego kryterium w kontekście jego zgodności z podstawową zasadą prawa zamówień publicznych, a więc zasadą ochrony konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 p.z.p.)<sup>47</sup>. Należy wobec tego stwierdzić, że zasada oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, jako swoista konkretyzacja wskazanej zasady podstawowej, może być stosowana jako mechanizm podważania legalności doboru kryteriów pozacenowych, lecz tylko takich, które w sposób oczywisty (niewątpliwy) nie niosą ze sobą żadnej korzyści ekonomicznej dla zamawiającego, wobec czego stanowią jedynie nieuzasadnioną barierę w dostępie do zamówienia. Kryteria takie są nieprzydatne do spełniania swej ekonomiczno-efektywnościowej funkcji i zamiast prowadzić do określonej korzyści gospodarczej, przeciwnie, mogą skutkować poniesieniem przez zamawiającego szkody w postaci nadmiernego (nieuzasadnionego) wydatku, od której zamawiający mógłby się uchronić, gdyby kryterium takim się posłużył.

W tym miejscu należy jeszcze podkreślić, że w odniesieniu do działań tych zamawiających, którzy stanowią emanację państwa i samorządu terytorialnego zasada oferty najkorzystniejszej ekonomicznie powinna być odnoszona do kontekstu zadań publicznych spoczywających na tych podmiotach. Chodzi więc o maksymalizację korzyści ekonomicznej w ramach wyznaczanych względami realizacji zadania czy też zadań publicznych, dla których zamówienie stanowi niezbędną materialną przesłankę ich realizacji. Sytuacją sprzeczną z takim rozumieniem zasady oferty najkorzystniejszej ekonomicznie byłby stan rzeczy, w którym kryterium pozacenowe oparto by wyłącznie na przeprowadzonym rachunku ekonomicznym (dążeniu do minimalizacji nakładów) pomimo tego, że względy przyczyniania się do wykonywania zadań publicznych przemawiałyby za zastosowaniem bardziej kosztownych rozwiązań<sup>48</sup>. Inaczej mówiąc, nawet istotnie

<sup>45</sup> Ograniczenia konkurencji w ujęciu potencjalnym – zob. przypis nr 29.

<sup>46</sup> Zob. wyrok KIO w sprawie 1201/15.

<sup>47</sup> Zob. art. 7 ust. 1 p.z.p..

<sup>48</sup> Zob. pkt 28–29 wyroku w sprawie C-513/99.

zwiększające wydatek kryteria pozacenowe (np.: jakościowe), jeśli przekładają się na składanie propozycji ofertowych korzystnych z punktu widzenia obowiązku prawidłowego wykonywania zadań publicznych, spoczywających na instytucji zamawiającej, nie mogą zostać uznane za nieuzasadnione oraz dyskryminacyjne. Właściwe rozumienie roli, jaką zamówienie publiczne powinno spełnić w realizacji zadań publicznych, przekłada się na zapewnienie udzielania zamówień w oparciu o kryteria wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej z punktu widzenia interesu publicznego reprezentowanego przez instytucję zamawiającą.

#### **4. Zakończenie**

Powyższe rozważania służyły ukazaniu specyfiki normatywnych, w istocie publicznoprawnych, ograniczeń swobody umów zawieranych w reżimie prawnym zamówień publicznych, dotyczących posługiwania się przez zamawiających pozacenowymi kryteriami oceny ofert o charakterze ekonomicznym. Znaczenie tego zagadnienia będzie niewątpliwie rosło, a to z uwagi na fakt wskazywanej tendencji rozwojowej prawa zamówień publicznych, polegającej na przechodzeniu od swobody wyboru innych niż cena kryteriów udzielenia zamówienia do ograniczania tej swobody. Ograniczenie to wyraża się w formułowaniu wobec zamawiających obowiązków w zakresie posługiwania się kryteriami pozacenowymi, mającymi w swym założeniu prowadzić do zwiększenia bezpośrednich korzyści ekonomicznych z przedmiotu zamówienia. Podstawowe ramy prawne doboru i kształtowania takich kryteriów wyznaczają: konieczność respektowania wymogu ich związku z przedmiotem zamówienia, a także zakaz wiązania tych kryteriów z podmiotowymi właściwościami wykonawcy, ocenianymi w ramach jego kwalifikacji na podstawie warunków udziału w postępowaniu. Szczególnie problematyczną kwestią, odnoszącą się do kryteriów, o których mowa w niniejszych rozważaniach, jest możliwość ich podważania w oparciu o ocenę przyczyniania się do osiągnięcia zakładanego efektu ekonomicznego. W tej kwestii podstawowe znaczenie ma uznanie założenia o swobodzie zamawiającego w określaniu sposobu zaspokajania jego potrzeb, a tym samym w rozstrzyganiu o elementach przedmiotu zamówienia, które bierze on pod uwagę jako mogące pozytywnie wpływać na ekonomiczną efektywność dokonywanego zakupu. Założenie to nie ma jednak charakteru absolutnego, gdyż pozacenowe kryteria ofertowe podlegają także ewaluacji ich legalności w świetle ogólnej zasady równego traktowania wykonawców oraz ochrony konkurencji w dostępie do zamówień. W sprzeczności z tymi zasadami stoi bowiem posługiwanie się kryteriami, wprawdzie formalnie związanymi z przedmiotem zamówienia, ale faktycznie nie służącymi osiągnięciu korzyści ekonomicznej z realizacji zamówienia, a przeciwnie, niosącymi ze sobą

ryzyko zwiększonego nakładu finansowego, bez jego zbilansowania wyższą gospodarczą wartością świadczenia. Negatywna weryfikacja zgodności z prawem takich kryteriów pozacenowych może dotyczyć wyłącznie konkretnych kryteriów wprowadzonych do postępowań zamówieniowych, którym bez wątpliwości można przypisać brak pozytywnych skutków w zakresie efektywności ekonomicznej zamówienia, przy czym skutki takie, w przypadku zamawiających, będących podmiotami obowiązku realizacji zadań publicznych, powinny być oceniane w świetle całokształtu takich zadań.

## Non-price criteria for economic evaluation of tenders for the award of public contracts (selected issues)

### Abstract

The article was devoted to non-price criteria for tender evaluation concerning the economic efficiency of the public procurement. It presents the basic restriction on the freedom to form such criteria: the ban on giving non-price criteria the shape of the subjective nature, and the requirement of a connection with the subject-matter of the procurement. Also the article raised the problem of the possibility of verification of non-price criteria selection made by the contracting entity on the basis of the principles most economically advantageous tender. The article concludes of a unique opportunity to challenge the compliance of non-price criteria for the selection made by the contracting authority, which manifest lack of connection with economic benefits. The article contains an application of exceptional opportunity to challenge the compliance of the selection of non-price criteria made by the contracting entity due to the obvious lack of connection with real economic benefits.

### Keywords

public procurement, contract award criteria, non-price criteria, economic efficiency, best value for money, relation to the subject-matter of the public procurement.

## Wykaz literatury

- Arrowsmith S., *Public Procurement: Basic Concepts and the Coverage of Procurement Rules*, [w:] S. Arrowsmith (red.), *Public Procurement Regulation. An Introduction*, Nottingham 2011
- Błaś A., Boć J., *Majątek publiczny*, [w:] J. Boć (red.), *Prawo administracyjne*, Wrocław 2005
- Błaś A., *Prawne formy działania administracji publicznej*, [w:] J. Boć (red.), *Prawo administracyjne*, Wrocław 2005
- Guziński M., *Przedsiębiorcy publiczni i zarząd mieniem publicznym*, [w:] L. Kieres (red.), *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2009
- Horubski K., *Instrumentalizacja kryteriów oceny ofert*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2007, nr 11
- Horubski K., *Opracowania planistyczne jako przedmiot zamówień publicznych*, „Problemy Planistyczne” Jesień 2014, Zeszyt SUZOIU 2014, nr 1



- Horubski K., *Publiczno- i prywatnoprawne elementy prawa zamówień publicznych*, „Państwo i Prawo” 2009, z. 7
- Horubski K., *Warunki ubiegania się o zamówienie publiczne w ramach wstępnej kwalifikacji wykonawców*, „Prawo Zamówień Publicznych. Kwartalnik” 2015, nr 3
- Łojewska-Pyka A., *Z problematyki racjonalnego stosowania innych niż cena kryteriów oceny ofert*, „Prawo Zamówień Publicznych. Kwartalnik” 2014, nr 4
- Lemke M., *Wprowadzenie*, [w:] M. Lemke (red.), *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej. Dyrektywy dotyczące zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane*, Warszawa 2001
- Panasiuk A., *Publicznoprawne ograniczenia przy udzielaniu zamówień publicznych*, Bydgoszcz-Warszawa 2007
- Partyka M., *Kryteria oceny ofert*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2005, nr 6
- Sołtysińska A., *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*, Kraków 2004
- Stachowiak M., Jerzykowski J., Dzierżanowski W., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2005
- Szafrański A., *Przedsiębiorca publiczny wobec wolności gospodarczej*, Warszawa 2008
- Szostak R., *Kryteria oceny ofert przetargowych w nowym ujęciu*, „Prawo Zamówień Publicznych. Kwartalnik” 2014, nr 3
- Szostak R., *Publiczno-prawne przesłanki doboru kryteriów oceny ofert*, „Zamówienia Publiczne. Doradca” 2001, nr 6
- Szydło M., *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014
- Wicik G., Wiśniewski P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007

