



## Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO  
MACIEJA SZPUNARA  
przedstawiona w dniu 26 czerwca 2018 r.<sup>1</sup>

### Sprawa C-546/16

**Montte SL**  
**przeciwko**  
**Musikene**

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (organ administracyjny właściwy ds. odwołań od decyzji administracyjnych w dziedzinie zamówień publicznych wspólnoty autonomicznej Kraju Basków, Hiszpania)]

Odesłanie prejudycjalne – Zamówienia publiczne – Procedura otwarta – Kryteria udzielenia zamówienia – Etapowa ocena ofert – Minimalna wartość punktowa

#### I. Wprowadzenie

1. Niniejsza sprawa dotyczy w szczególności zakresu swobody, z której korzystają państwa członkowskie przy wdrażaniu do prawa krajowego uregulowań dyrektywy 2014/24/UE<sup>2</sup> w odniesieniu do procedur dotyczących zamówień udzielanych w trybie procedury otwartej.

2. Precyzyjniej rzecz ujmując, pytanie pierwsze dotyczy tego, czy uregulowania krajowe mogą upoważniać instytucje zamawiające do dokonywania dwuetapowej oceny ofert w procedurze otwartej w ten sposób, że na drugim etapie (etapie ekonomicznym) oceniane są tylko te oferty, które osiągnęły wymaganą liczbę punktów na pierwszym etapie (etapie technicznym). Pytanie drugie dotyczy tego, czy takie uregulowania krajowe dotyczące procedury otwartej muszą nakładać na instytucję zamawiającą obowiązek zapewnienia, że na ostatnim etapie procedury ocenie podlegać będzie określona liczba ofert. Wreszcie, pytanie trzecie dotyczy zgodności z dyrektywą 2014/24 rozwiązania zakładającego, że na etapie pierwszym (etapie technicznym) takiej procedury oferta musi uzyskać określoną liczbę punktów, aby mogła ona podlegać ocenie na etapie drugim (etapie ekonomicznym).

<sup>1</sup> Język oryginału: polski.

<sup>2</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18 (Dz.U. 2014, L 94, s. 65).

## II. Ramy prawne

### A. Prawo Unii

3. Stosownie do art. 26 ust. 1 i 2 dyrektywy 2014/24:

„1. Podczas udzielania zamówień publicznych instytucje zamawiające stosują krajowe procedury dostosowane do wymogów niniejszej dyrektywy, pod warunkiem że, nie naruszając przepisów art. 32, opublikowano zaproszenie do ubiegania się o zamówienie zgodnie z niniejszą dyrektywą.

2. Państwa członkowskie zapewniają, by instytucje zamawiające mogły stosować procedurę otwartą lub procedurę ograniczoną zgodnie z przepisami niniejszej dyrektywy”.

4. Artykuł 27 wspomnianej dyrektywy, zatytułowany „Procedura otwarta”, określa terminy, w których zainteresowani wykonawcy mogą złożyć ofertę w tych postępowaniach o udzielania zamówienia publicznego, w których instytucja zamawiająca zastosowała procedurę otwartą.

5. Artykuł 66 dyrektywy 2014/24 stanowi:

„W przypadku gdy instytucje zamawiające korzystają z możliwości ograniczenia liczby negocjowanych ofert, jak przewidziano w art. 29 ust. 6, lub rozwiązań do dyskusji, jak przewidziano w art. 30 ust. 4, stosują one w tym celu kryteria udzielenia zamówienia podane w dokumentach zamówienia. Liczba uzyskana na ostatnim etapie musi zapewniać prawdziwą konkurencję, o ile istnieje wystarczająca liczba oferentów, rozwiązań lub kwalifikujących się kandydatów”.

6. W myśl art. 67 ust. 1, 2 i 4 dyrektywy 2014/24:

„1. Bez uszczerbku dla krajowych przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych dotyczących cen określonych dostaw lub wynagradzania z tytułu określonych usług, instytucje zamawiające opierają udzielanie zamówień publicznych na ofercie najkorzystniejszej ekonomicznie.

2. Ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej określa się na podstawie ceny lub kosztu, z wykorzystaniem podejścia opartego na efektywności kosztowej, takiego jak rachunek kosztów cyklu życia zgodnie z art. 68; może ona obejmować najlepszą relację jakości do ceny, którą szacuje się na podstawie kryteriów obejmujących aspekty jakościowe, środowiskowe lub społeczne związane z przedmiotem danego zamówienia publicznego. [...].

4. Kryteria udzielenia zamówienia nie mogą skutkować przyznaniem instytucji zamawiającej nieograniczonej swobody wyboru. Zapewniają one możliwość efektywnej konkurencji i dołączone są do nich specyfikacje, które umożliwiają skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów, tak aby ocenić, na ile oferty spełniają kryteria udzielenia zamówienia [...].”

## B. Prawo hiszpańskie

7. Artykuł 150 ust. 4 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (ujednoliczonego tekstu hiszpańskiej ustawy – prawo zamówień publicznych, zwanego dalej „TRLCSF”) stanowi:

„W sytuacji gdy należy uwzględnić co najmniej dwa kryteria, ustala się dokładnie sposób, w jaki należy ustalić względną wagę przypisaną każdemu z nich, co może zostać wyrażone za pomocą przedziału z odpowiednią rozpiętością maksymalną. W przypadku gdy postępowanie przetargowe zostaje podzielone na więcej etapów, należy wskazać, na których z nich mają zastosowanie poszczególne kryteria, a także minimalną liczbę punktów, jaką musi uzyskać oferent, aby móc dalej uczestniczyć w procesie selekcyjnym”.

8. W art. 22 ust. 1 lit. d) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (królewskiego dekretu nr 817 z dnia 8 maja 2009 r. wykonującego częściowo ustawę nr 30 z dnia 30 października 2007 r. o zamówieniach publicznych), regulującym działanie Mesas de Contratación [komitetów oceniających], będących kolegiałnymi organami konsultacyjnymi dla komisji przetargowych, wskazano w szczególności:

„Z zastrzeżeniem pozostałych funkcji przyznanych komitetowi oceniającemu w ustawie o zamówieniach publicznych i w przepisach uzupełniających do tej ustawy komitet ten pełni w ramach otwartych postępowań przetargowych następujące funkcje:

[...]

d) Jeśli procedura oceny [złożonych ofert] jest podzielona na kilka etapów, wyłania się oferentów podlegających wyłączeniu z przetargu ze względu na to, iż nie uzyskali oni minimalnej liczby punktów, jaką musi uzyskać oferent, aby móc dalej uczestniczyć w procesie selekcyjnym.

[...]”.

## III. Stan faktyczny sporu stanowiącego przedmiot postępowania głównego

9. Musikene (zwana dalej „instytucją zamawiającą”) jest fundacją należącą do sektora publicznego wspólnoty autonomicznej Kraju Basków, która zorganizowała procedurę otwartą zmierzającą do udzielenia zamówienia na dostawę opisaną jako „meble i oznakowanie, specjalne wyposażenie muzyczne, instrumenty muzyczne, wyposażenie elektroakustyczne, audiowizualne i służące do nagrań oraz wyposażenie informatyczne i służące powielaniu”. Wartość zamówienia oszacowano na kwotę przekraczającą próg, który zobowiązywał instytucję zamawiającą do stosowania przepisów wdrażających dyrektywę 2014/24 do prawa hiszpańskiego.

10. Zaproszenie do składania ofert w ramach procedury otwartej w rozumieniu art. 27 dyrektywy 2014/24 zostało opublikowane w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* w dniu 26 lipca 2016 r.

11. W dokumentacji zamówienia określono przebieg postępowania o udzielenie tego zamówienia, w tym także kryteria oceny ofert. W uproszczeniu, w tej dokumentacji wyróżniono dwa etapy, określane jako etap techniczny i etap ekonomiczny. W ramach każdego z tych etapów oferta mogła zostać oceniona maksymalnie na 50 punktów.

12. W ramach etapu technicznego zastosowanie znajdowało kryterium ważne „Przedstawienie i opis projektu”, z podziałem na różnego rodzaju podkryteria dla każdego z części składowych zamówienia. Z kolei w ramach etapu ekonomicznego oceniane było kryterium cenowe. Polegało ono na przyznawaniu punktów za obniżenie ceny ofertowej w stosunku do wartości zamówienia.

13. Dodatkowo, w ramach dokumentacji zamówienia ustanowiony został wymóg przewidujący minimalną liczbę punktów, którą należało uzyskać w ramach etapu technicznego, aby móc uczestniczyć w etapie ekonomicznym. Do tego etapu mieli przechodzić wyłącznie ci oferenci, którzy uzyskali co najmniej 35 punktów na etapie technicznym.

14. Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (organ administracyjny właściwy ds. odwołań od decyzji administracyjnych w dziedzinie zamówień publicznych wspólnoty autonomicznej Kraju Basków, zwany dalej „OARC”) jest stałym organem rozpatrującym odwołania składane w dziedzinie zamówień publicznych.

15. W dniu 11 sierpnia 2016 r. do OARC wpłynęło odwołanie spółki Montte, SL (zwanej dalej „skarżącą”), dotyczące dokumentacji zamówienia. W odwołaniu skarżąca kwestionuje tę dokumentację w zakresie, w jakim ustanowiono w niej wymóg dotyczący minimalnej liczby punktów, którą należy uzyskać w ramach etapu technicznego. Zdaniem skarżącej należy stwierdzić niedopuszczalność tego rodzaju wymogu. Jego ustanowienie powoduje bowiem, że przewidziany w dokumentacji sposób wyważania kryteriów technicznych i ekonomicznych zostaje pozbawiony znaczenia. Wymóg ten prowadzi do sytuacji, w której instytucja zamawiająca nie ma możliwości dokonania oceny ofert również ze względu na zaoferowaną cenę, a także wyłonienia najbardziej korzystnej oferty.

16. Z kolei instytucja zamawiająca jest zdania, że ustanowienie tego wymogu było konieczne z uwagi na przedmiot zamówienia. Dotyczyło ono dostawy wyposażenia stanowiącego integralną część budynku. Z tego względu dana oferta mogła przejść do etapu ekonomicznego, jeżeli spełniała pewne minimalne wymogi. W ten sposób zagwarantowano, że zamówienie zostanie zrealizowane w ustalonych terminach i na odpowiednim poziomie technicznym.

#### **IV. Pytania prejudycjalne i postępowanie przed Trybunałem**

17. W tych okolicznościach OARC postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- „1) Czy jest sprzeczny z dyrektywą 2014/24 przepis krajowy, taki jak art. 150 ust. 4 TRLCSP, bądź też wykładnia czy też sposób stosowania tego przepisu, które dają instytucjom zamawiającym możliwość ustanowienia w dokumentacji dotyczącej zamówienia udzielanego w trybie procedury otwartej kryteriów udzielenia zamówienia, które stosowane są na kolejnych etapach służących eliminowaniu tych ofert, które nie uzyskują ustalonej uprzednio minimalnej liczby punktów?
- 2) W przypadku udzielenia negatywnej odpowiedzi na pytanie pierwsze: czy jest sprzeczny z tą dyrektywą 2014/24 przepis krajowy bądź też wykładnia czy też sposób stosowania tego przepisu, na podstawie których ww. system kryteriów udzielenia zamówienia stosowanych na kolejnych etapach służących eliminowaniu ofert jest wykorzystywany w taki sposób, że na ostatnim etapie postępowania nie pozostaje liczba ofert wystarczająca do tego, aby zapewnić »prawdziwą konkurencję«?
- 3) W przypadku udzielenia pozytywnej odpowiedzi na pytanie drugie: czy ustanowiony w dokumentacji zamówienia wymóg, taki jak ten rozpatrywany w niniejszym przypadku, a zgodnie z którym czynnik cenowy jest oceniany jedynie w przypadku tych ofert, które uzyskały podczas oceny kryteriów technicznych 35 punktów na 50 możliwych, jest sprzeczny z dyrektywą 2014/24 ze względu na niemożność zapewnienia prawdziwej konkurencji lub udzielenia zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę o najlepszej relacji jakości do ceny?”.

18. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym został złożony w sekretariacie Trybunału w dniu 28 października 2016 r.

19. Uwagi na piśmie przedstawiły rządy hiszpański i grecki oraz Komisja Europejska. Te rządy oraz Komisja wzięły również udział w rozprawie, która odbyła się w dniu 16 kwietnia 2018 r.

## V. Analiza

### A. W kwestii dopuszczalności

20. We wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym OARC na wstępie rozważa, czy może on zostać uznany za „sąd” w rozumieniu art. 267 TFUE. W pierwszej kolejności odniósł się zatem do tego zagadnienia.

21. Z utrwalonego orzecznictwa wynika, że w ramach oceny, czy dany organ krajowy stanowi „sąd” w rozumieniu art. 267 TFUE, Trybunał bierze pod uwagę zespół przesłanek, takich jak podstawa prawna istnienia organu, jego stały lub tymczasowy charakter, obligatoryjność jego jurysdykcji, kontradiktoryjność postępowania, stosowanie przez organ przepisów prawa oraz jego niezawisłość<sup>3</sup>. Ponadto organy krajowe mogą występować do Trybunału wyłącznie wtedy, gdy orzekają w ramach postępowania prowadzącego do wydania rozstrzygnięcia o charakterze sądowym<sup>4</sup>. Przesłanki te mają charakter indykatorywny w tym znaczeniu, że nie są ani przesądzające, ani wyczerpujące. Stanowią punkt odniesienia przy ocenie sądowego charakteru organu odsyłającego<sup>5</sup>.

22. Co ważne, nawet jeśli organ jest postrzegany na gruncie prawa danego państwa członkowskiego jako organ administracyjny, fakt ten, sam w sobie, nie jest decydujący w ramach dokonywania oceny, czy dany organ jest „sądem” w rozumieniu art. 267 TFUE<sup>6</sup>.

23. Z przytoczonych w odesłaniu prejudycjalnym informacji wynika, że OARC jest stałym organem odwoławczym, który został utworzony na podstawie przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Właściwość OARC do rozpoznawania odwołań w sprawach dotyczących zamówień publicznych nie zależy od umowy pomiędzy stronami<sup>7</sup>. Rozstrzygnięcia tego organu są wiążące dla stron. Ponadto OARC rozstrzyga powierzone mu sprawy na podstawie przepisów prawa, po uprzednim przeprowadzeniu postępowania o kontradiktoryjnym charakterze. Wreszcie OARC jest organem niezależnym, który nie podlega żadnym instrukcjom pochodzącym z zewnątrz.

24. W świetle tych uwag uważam, że OARC spełnia kryteria pozwalające na uznanie go za „sąd” w rozumieniu art. 267 TFUE.

3 Zobacz wyroki: z dnia 31 maja 2005 r., Syfait i in. (C-53/03, EU:C:2005:333, pkt 29); z dnia 31 stycznia 2013 r., Below (C-394/11, EU:C:2013:48, pkt 38).

4 Wyroki: z dnia 31 maja 2005 r., Syfait i in. (C-53/03, EU:C:2005:333, pkt 29); z dnia 31 stycznia 2013 r., Below (C-394/11, EU:C:2013:48, pkt 39, 40).

5 Zobacz moja opinia w sprawie Ascendi (C-377/13, EU:C:2014:246, pkt 33).

6 Zobacz wyrok z dnia 6 października 2015 r., Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, pkt 17).

7 Na marginesie zwracam uwagę, że w wyroku z dnia 6 października 2015 r., Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664), Trybunał dokonywał wykładni przepisów dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114), która poprzedzała dyrektywę 2014/24, w kontekście pytań prejudycjalnych, z którymi wystąpił kataloński organ odwoławczy. Prawdą jest, że w tym kontekście przywołano przepis prawa hiszpańskiego, który przewidywał, że szczególnie środek zaskarżenia w zakresie zamówienia publicznego, przed złożeniem skargi w trybie sądowo-administracyjnym, ma charakter fakultatywny. Nie mogę wykluczyć, że ten przepis prawa hiszpańskiego znajduje zastosowanie w odniesieniu do postępowania głównego, które także dotyczy organu odwoławczego innej wspólnoty autonomicznej. Niemniej w wyroku z dnia 6 października 2015 r., Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664, pkt 22–25) Trybunał stwierdził, że kataloński organ odwoławczy spełniał również kryterium dotyczące obligatoryjnego charakteru jurysdykcji, i to pomimo że wnoszący środek zaskarżenia w zakresie zamówień publicznych może wybrać pomiędzy szczególnym środkiem zaskarżenia składanym do organu odsyłającego a skargą sądowo-administracyjną. Decydujące jest to, że właściwość nie zależy od umowy pomiędzy stronami, a orzeczenia są dla stron wiążące.

## B. W przedmiocie pytania pierwszego

25. Poprzez pytanie pierwsze sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy dyrektywa 2014/24 stoi na przeszkodzie temu, by przepisy wdrażające uregulowania tej dyrektywy do prawa krajowego upoważniały instytucję zamawiającą do ustanowienia etapowej oceny ofert w ramach dokumentacji zamówienia udzielanego w trybie procedury otwartej z zastrzeżeniem, że w ramach kolejnych etapów oceniane są tylko te oferty, które w ramach poprzednich etapów uzyskały określoną wartość punktową.

26. Sąd odsyłający wyjaśnia, że wątpliwości związane z możliwością przeprowadzenia kilkietapowej oceny ofert w ramach procedury otwartej wynikają z kilku względów.

27. Po pierwsze, sąd odsyłający wskazuje, że art. 66 dyrektywy 2014/24 przewiduje możliwość ograniczenia liczby ofert i rozwiązań w drodze ustanowienia etapów w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do procedury konkurencyjnej z negocjacjami (art. 29 ust. 6 dyrektywy 2014/24) oraz dialogu otwartego (art. 30 ust. 4 tej dyrektywy). W dyrektywie 2014/24 nie zamieszczono natomiast analogicznego uregulowania, które dotyczyłoby procedury otwartej, o której mowa w art. 27 tej dyrektywy.

28. W tym kontekście sąd odsyłający zwraca uwagę, że możliwość ustanowienia etapów w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do tych procedur, w ramach których istnieje możliwość negocjowania pierwotnie przedstawionych ofert. W konsekwencji, zdaniem sądu odsyłającego można bronić poglądu, że instytucja zamawiająca nie może ustanowić etapów w takich procedurach, w których nie przewiduje się możliwości negocjowania ofert. Do takich procedur zalicza się procedura otwarta.

29. Po drugie, sąd odsyłający wskazuje, że przeciwko wprowadzaniu etapów w procedurze otwartej mogłaby przemawiać także treść motywów 90, 92 i 104 dyrektywy 2014/24. Zdaniem sądu odsyłającego motywy te dotyczą funkcji pełnionej przez kryteria udzielenia zamówienia. Dzięki tym kryteriom możliwe jest porównanie ofert, tak, aby można było dokonać ich obiektywnej oceny. Kryteria udzielenia zamówienia nie mają natomiast na celu eliminacji ofert. Charakter eliminacyjny mają bowiem kryteria sprawdzające zdolność oferenta do wykonania zamówienia lub odnoszące się do minimalnych wymogów technicznych, które określone są w dokumentacji zamówienia.

30. Wreszcie, po trzecie, sąd odsyłający zwraca uwagę, że etapowa ocena ofert, przeprowadzona w sposób odpowiadający temu, który znalazł zastosowanie w postępowaniu krajowym, może prowadzić do sytuacji, w której oferty najbardziej korzystne cenowo nie będą brane pod uwagę przez instytucję zamawiającą. W konsekwencji, zamówienie nie zostałoby udzielone przy uwzględnieniu kryterium cenowego, co mogłoby okazać się sprzeczne w szczególności z art. 67 ust. 2 dyrektywy 2014/24.

### 1. Stanowiska stron

31. Odnosząc się do wątpliwości sądu odsyłającego, rząd hiszpański wskazuje, po pierwsze, że ustawodawca Unii nie w pełni zharmonizował przepisy dotyczące procedury otwartej. Państwo członkowskie może zatem dowolnie uregulować kwestie związane z przebiegiem procedury otwartej w prawie krajowym, o ile przyjęta regulacja nie narusza skuteczności przepisów dyrektywy 2014/24.

32. Po drugie, rząd hiszpański nie zgadza się z interpretacją sądu odsyłającego, który uznaje, że etapowa ocena ofert w ramach procedury otwartej ma na celu ograniczenie liczby kandydatów lub ofert. Zdaniem rządu hiszpańskiego, celem ustanowienia dwóch etapów oceny ofert w postępowaniu krajowym było dążenie do tego, aby pod uwagę brane były tylko oferty odpowiadające potrzebom instytucji zamawiającej.

33. Wreszcie, po trzecie, zdaniem rządu hiszpańskiego, prawdą jest, że instytucja zamawiająca nie może określić kryteriów udzielenia zamówienia w sposób zapewniający jej nieograniczoną swobodę. Niemniej jednak, z art. 67 ust. 2 tej dyrektywy wynika, że oferta najkorzystniejsza ekonomicznie może zostać wyłoniona przy wykorzystaniu kryterium odnoszącego się do relacji jakości do ceny.

34. W odniesieniu do pytania pierwszego rząd grecki i Komisja w istocie zajmują stanowisko takie jak rząd hiszpański.

## 2. Analiza

35. W moim przekonaniu wątpliwości sądu odsyłającego, do których nawiązują strony w swoich obserwacjach, budzą trzy kwestie. Po pierwsze, chodzi o zakres swobody, z której korzystają państwa członkowskie w ramach regulowania procedury otwartej w prawie krajowym. Po drugie, wątpliwości sądu odsyłającego dotyczą także tego, czy dwuetapowa ocena ofert, przeprowadzona w sposób taki jak ten, do którego odnosi się postępowanie główne, nie prowadzi do tego, że kryteria oceny ofert mają w istocie charakter eliminacyjny, podczas gdy powinny one pełnić funkcję ewaluacyjną. Po trzecie, sąd odsyłający zastanawia się, czy etapowa ocena ofert nie prowadzi do tego, że kryterium cenowe jest pomijane przy udzielaniu zamówienia. W dalszej części niniejszej opinii odniosę się kolejno do każdego z tych zagadnień.

### **a) Zakres swobody, z której korzystają państwa członkowskie w kontekście regulowania procedury otwartej**

#### 1) Uwagi wprowadzające

36. Stosownie do art. 26 ust. 1 dyrektywy 2014/24 podczas udzielania zamówień publicznych instytucje zamawiające stosują krajowe procedury *dostosowane* do wymogów tej dyrektywy. Ponadto w myśl art. 26 ust. 2 dyrektywy 2014/24 na państwach członkowskich ciąży obowiązek zapewnienia, by instytucje zamawiające mogły stosować procedurę otwartą *zgodnie z przepisami* tej dyrektywy<sup>8</sup>.

37. W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że dyrektywa 2014/24 nie reguluje w sposób wyczerpujący sposobu przeprowadzenia procedury otwartej. Wskazują na to także rządy hiszpański i grecki oraz Komisja. Prawdą jest, że w art. 27 dyrektywy 2014/24 określono terminy, w których powinno nastąpić przedstawienie ofert w procedurze otwartej. Niemniej jednak w dyrektywie nie zamieszczono przepisów dotyczących przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, które przeprowadzane jest przy wykorzystaniu tej procedury.

38. Skoro zaś, z jednej strony, państwa członkowskie są zobowiązane zapewnić, by instytucje zamawiające miały możliwość stosowania procedury otwartej, z drugiej zaś chodzi tu o procedurę *dostosowaną* do wymogów dyrektywy i *zgodną* z jej przepisami, to – wobec uregulowania tej procedury w prawie Unii jedynie w niewielkim stopniu – do ustawodawców krajowych należy stworzenie odpowiedniej regulacji dotyczącej przebiegu takich procedur.

<sup>8</sup> Wyróżnienie moje.

39. Oczywiście swoboda ustawodawców krajowych nie jest w tym zakresie nieograniczona. Uregulowania krajowe nie mogą prowadzić do takiego ukształtowania procedur, w których dochodziłoby do regularnego naruszania przez instytucje zamawiające zasad udzielania zamówień, które zostały ustanowione w art. 18 dyrektywy 2014/24 oraz zasad ogólnych prawa Unii. Uregulowania krajowe nie mogą również pozbawiać skuteczności przepisów tej dyrektywy (*effet utile*)<sup>9</sup>. W ten sposób należy, moim zdaniem, rozumieć wymóg *dostosowania* procedur do wymogów dyrektywy 2014/24 i zachowania ich *zgodności* z przepisami tej dyrektywy.

40. W świetle powyższych uwag należy rozważyć, czy z milczenia dyrektywy 2014/24 w kwestii dopuszczalności etapowej oceny ofert w ramach procedury otwartej należy wyprowadzić wniosek, że upoważnienie instytucji zamawiających do ustanowienia takiego rozwiązania w dokumentacji zamówienia udzielanego w trybie zamówień publicznych stoi w sprzeczności z przepisami dyrektywy 2014/24. W tym kontekście, nawiązując do wątpliwości sądu odsyłającego, należy odwołać się do wykładni systemowej dyrektywy 2014/24 dokonywanej w świetle jej art. 66.

## 2) O roli art. 66 dyrektywy 2014/24 w świetle innych przepisów dyrektywy

41. Sąd odsyłający wyjaśnia, że jego wątpliwości związane z możliwością ustanowienia dwuetapowej oceny ofert w dokumentacji zamówienia udzielanego w trybie procedury otwartej wynikają z zamieszczenia w dyrektywie 2014/24 przepisu wyraźnie dopuszczającego etapowe rozpatrywanie rozwiązań lub ofert w ramach niektórych procedur (art. 66), podczas gdy w dyrektywie brak analogicznego uregulowania odnoszącego się do procedury otwartej.

42. Nie podzielam wątpliwości sądu odsyłającego w tym zakresie.

43. Ustanowienie wyraźnej reguły dopuszczającej etapowe rozpatrywanie rozwiązań lub ofert przy wykorzystaniu kryteriów udzielania zamówienia w ramach procedury konkurencyjnej z negocjacjami oraz dialogu konkurencyjnego jest, moim zdaniem, podyktowane tym, że w tych procedurach istnieje możliwość negocjowania pierwotnie przedstawionych ofert (art. 29 ust. 5 dyrektywy 2014/24) oraz wyjaśniania, uszczegóławiania i optymalizowania takich ofert (art. 30 ust. 6 tej dyrektywy).

44. Z jednej strony, negocjowanie dużej liczby ofert lub rozwiązań mogłoby w niektórych przypadkach okazać się problematyczne dla instytucji zamawiających. Na tę okoliczność Komisja zwróciła uwagę w swoich obserwacjach pisemnych. Dzięki ograniczeniu liczby ofert lub rozwiązań na kolejnych etapach procedury negocjowane mogą być wyłącznie te, które odpowiadają potrzebom instytucji zamawiających.

45. Z drugiej strony, w wyniku podzielenia procedury na kolejne etapy w celu ograniczenia liczby ofert lub omawianych rozwiązań, mogłoby się okazać, że rzeczywistą możliwością negocjowania oferty i zawarcia na jej podstawie umowy z instytucją zamawiającą mają tylko ci oferenci, których oferty lub rozwiązania nie zostały wyeliminowane na wcześniejszych etapach procedury. Mogłoby to wywoływać wątpliwości co do poszanowania zasad udzielania zamówień, które zostały określone w art. 18 dyrektywy 2014/24. Chodzi tu przede wszystkim o zasadę równego i niedyskryminacyjnego traktowania, obowiązek przejrzystości oraz zakaz sztucznego zawężania konkurencji.

<sup>9</sup> W tym duchu, w odniesieniu do dyrektywy 2004/18, zob. wyrok z dnia 28 lutego 2018 r., MA.T.I. SUD i Duemme SGR (C-523/16 i C-536/16, EU:C:2018:122, pkt 48). W odniesieniu do krajowych norm proceduralnych dotyczących skarg sądowych w dziedzinie zamówień publicznych zob. wyrok z dnia 5 kwietnia 2017 r., Marina del Mediterraneo i in. (C-391/15, EU:C:2017:268, pkt 33).



46. Ustawodawca Unii wyraźnie przesądził zatem, że etapowa ocena ofert jest dopuszczalna w ramach procedur przewidujących możliwość negocjacji ofert. W ten sposób usunięto wątpliwości co do dopuszczalności ustanowienia etapów w tego rodzaju procedurach<sup>10</sup>.

47. Z tego rodzaju wątpliwościami nie mamy jednak do czynienia w procedurze otwartej, która nie zakłada możliwości negocjowania pierwotnie złożonych ofert<sup>11</sup>. Stąd, z braku uregulowania analogicznego do art. 66 dyrektywy 2014/24, które dotyczyłoby procedury otwartej, nie można wywodzić, że w ramach takiej procedury niedopuszczalne jest wprowadzenie etapów, które dotyczą poszczególnych kryteriów udzielania zamówienia.

48. Podsumowując, z zamieszczenia w dyrektywie 2014/24 przepisu takiego jak art. 66 tej dyrektywy, który dotyczy procedury konkurencyjnej z negocjacjami oraz dialogu konkurencyjnego, nie można wyprowadzić wniosku, że w procedurze otwartej etapowa ocena ofert nie jest dopuszczalna, z zastrzeżeniem, że nie może ona naruszać zasad udzielania zamówień przewidzianych w art. 18 tej dyrektywy i zasad ogólnych prawa Unii oraz nie narusza skuteczności przepisów dyrektywy.

### **b) O charakterze i roli kryteriów udzielania zamówienia**

49. We wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym sąd odsyłający wyraża wątpliwość, czy ustanowienie etapowej procedury otwartej takiej jak ta, do której odnosiła się dokumentacja zamówienia kwestionowana w postępowaniu głównym, nie powoduje, że kryteria udzielania zamówienia stają się w praktyce kryteriami sprawdzającymi zdolność do realizacji udzielanego zamówienia, które mają charakter eliminacyjny.

50. W celu ustosunkowania się do wątpliwości przedstawionej przez sąd odsyłający wydaje mi się konieczne, aby wyjaśnić istotę kryteriów stosowanych w ramach udzielania zamówień w postępowaniach objętych zakresem zastosowania dyrektywy 2014/24.

51. W art. 56 dyrektywy 2014/24 ustawodawca Unii wyraźnie odróżnia od siebie dwa rodzaje kryteriów, a mianowicie: kryteria kwalifikacji podmiotowej, na które składają się przede wszystkim podstawy wykluczenia i kryteria kwalifikacji sprawdzającej zdolność wykonawców do realizacji udzielanego zamówienia (zob. art. 57 i 58 dyrektywy 2014/24) oraz kryteria udzielenia zamówienia, która odnoszą się do samych ofert. W odróżnieniu od kryteriów kwalifikacji podmiotowej kryteria udzielenia zamówienia mają charakter przedmiotowy w tym znaczeniu, że chodzi tu o kryteria związane z samym przedmiotem zamówienia (art. 67 ust. 2 zdanie pierwsze in fine dyrektywy 2014/24)<sup>12</sup>.

10 Co więcej, w odróżnieniu od procedury otwartej procedura konkurencyjna z negocjacjami i dialog konkurencyjny mogą być stosowane, o ile spełnione są określone przesłanki. Dodatkowo ustawodawca Unii uregulował przebieg tych procedur w sposób bardziej restrykcyjny niż w przypadku procedury otwartej. W doktrynie wyjaśnia się to tym, że ryzyko zawężenia konkurencji jest zasadniczo wyższe w przypadku stosowania tego rodzaju procedur szczególnych, aniżeli ma to miejsce w razie stosowania przez instytucję zamawiającą procedury otwartej. W odniesieniu do stanu prawnego sprzed przyjęcia dyrektywy 2014/24 zob. C. Bovis, *Public Procurement in the European Union*, New York, Palgrave, 2005, s. 132–133.

11 Zobacz J. González García, w: R. Caranta, G. Edelstam, M. Trybus (editors), *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond*, Bruxelles, Bruylant, 2013, Chapter 3, point 4. Upoważnienie instytucji zamawiającej do prowadzenia negocjacji mogłoby bowiem prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązku przejrzystości. Zobacz wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner Apelski Dariusz (C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 62 i przytoczone tam orzecznictwo).

12 Co ważne w kontekście stwierdzenia dotyczącego przedmiotowego charakteru kryteriów udzielenia zamówienia, kryteria te mogą dotyczyć także personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia, o ile występuje związek pomiędzy właściwościami personelu i wykonaniem zamówienia. Zobacz art. 67 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2014/24. Zobacz także wyrok z dnia 26 marca 2015 r., Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, pkt 33, 34). Warto zaznaczyć, że także na tle wielokrotnie przypomnianego we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym art. 66 dyrektywy 2014/24 do ograniczenia liczby ofert lub rozwiązań dochodzi w drodze podzielenia procedury konkurencyjnej z negocjacjami lub dialogu otwartego poprzez zastosowanie kryteriów udzielenia zamówienia, nie zaś kryteriów kwalifikacji podmiotowej. Zobacz J. Pawelec (red.), *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE. Komentarz*, Warszawa, C.H. Beck, 2017, s. 315; A. Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford–Portland, Hart Publishing, 2015, s. 312.

52. Analiza odesłania prejudycjalnego prowadzi do wniosku, że kryteria stosowane na obu etapach procedury otwartej dotyczyły ofert (kryteria udzielenia zamówienia), nie zaś zdolności wykonawców do realizacji udzielanego zamówienia (kryteria kwalifikacji podmiotowej). Według informacji przedstawionych przez sąd odsyłający w ramach etapu technicznego zastosowanie znajdowały bowiem kryteria odnoszące się do przedstawienia i opisu projektu.

53. Prawdą jest, że stosowanie kryteriów udzielenia zamówienia w ten sposób, w jaki miało to miejsce w postępowaniu krajowym, prowadzi w praktyce do tego, że niektóre oferty nie są brane pod uwagę przez instytucję zamawiającą na kolejnych etapach procedury. Niemniej, moim zdaniem, nie chodzi tu o preselekcję oferentów, lecz o usprawnienie sposobu określenia wagi każdego z kryteriów udzielenia zamówienia.

54. Można sobie wyobrazić, że instytucja zamawiająca dokonywałaby oceny kryteriów technicznych i ekonomicznych w procedurze otwartej, w ramach której nie wyróżniono by żadnych etapów. Wymagałoby to określenia wagi poszczególnych kryteriów w dokumentacji zamówienia w ten sposób, że oferta nieodpowiadająca określonym wymaganiom technicznym w praktyce nie mogłaby uzyskać takiej liczby punktów, która pozwalałaby na jej wybór przez instytucję zamawiającą.

55. W moim przekonaniu rozwiązanie opisane w poprzednim punkcie, jak również rozwiązanie zakładające dwuetapową ocenę ofert, które jest kwestionowane przez skarżącą w postępowaniu głównym, same w sobie nie są sprzeczne z dyrektywą 2014/24. W odniesieniu do obu tych rozwiązań kryteria udzielenia zamówienia powinny rzecz jasna, stosownie do art. 67 ust. 4 dyrektywy 2014/24, zostać określone w sposób, który zapewniłby możliwość efektywnej konkurencji. Co ważne w tym kontekście, w postępowaniu głównym skarżąca nie wydaje się kwestionować proporcjonalności tych oczekiwań instytucji zamawiającej, które doprowadziły do ustanowienia 35-punktowego progu na etapie technicznym, w ramach którego dochodziło do oceny ofert pod względem jakościowym.

56. Uważam zatem, że dyrektywa 2014/24 nie sprzeciwia się określeniu w dokumentacji kryteriów udzielania zamówienia, zgodnych z art. 67 ust. 2 i 4 tej dyrektywy, w taki sposób, że ocenie na kolejnych etapach procedury otwartej podlegają tylko te oferty, które osiągnęły określony wynik punktowy na etapach poprzedzających.

### ***c) O roli ceny jako kryterium udzielenia zamówienia***

57. Sąd odsyłający wskazuje także, że etapowa ocena ofert, taka jak ta, która została przewidziana w dokumentacji kwestionowanej przez skarżącą, może prowadzić do tego, że zamówienie zostałoby udzielone z pominięciem elementu cenowego. Zdaniem sądu odsyłającego mogłoby to być niezgodne z dyrektywą 2014/24.

58. Istotnie motyw 90 zdanie drugie dyrektywy 2014/24 stanowi, że ocena na podstawie najlepszej relacji jakości do ceny zawsze powinna obejmować element cenowy lub kosztowy.

59. Niemniej z art. 67 ust. 1 dyrektywy 2014/24 wynika, że instytucje zamawiające opierają udzielanie zamówień publicznych na ofercie najkorzystniejszej ekonomicznie. Stosownie zaś do art. 67 ust. 2 tej dyrektywy chodzi tu o ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie *z punktu widzenia instytucji zamawiającej*, przy czym oferta najkorzystniejsza ekonomicznie *może* obejmować najlepszą relację jakości do ceny<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Wyróżnienie moje.

60. Ponadto, według motywu 90 akapit drugi dyrektywy 2014/24, dąży się do tego, by w zamówieniach publicznych większą uwagę zwracano na jakość. Z tego względu państwa członkowskie powinny mieć prawo – gdy uznają to za stosowne – zabronić stosowania wyłącznie ceny lub wyłącznie kosztu do celów oceny oferty najkorzystniejszej ekonomicznie bądź też *ograniczyć* stosowanie tych czynników. Dodatkowo, według motywu 92 akapit pierwszy zdanie czwarte, należy zachęcać instytucje zamawiające do wybierania takich kryteriów udzielenia zamówienia, *które umożliwią tym instytucjom otrzymanie wysokiej jakości robót budowlanych, dostaw i usług, optymalnie odpowiadających ich potrzebom.*

61. Nie oznacza to, że instytucje zamawiające mają nieograniczoną swobodę w kształtowaniu kryteriów udzielenia zamówienia. W tym zakresie zastosowanie znajduje przypomniany już wcześniej art. 67 ust. 4 dyrektywy 2014/24. Nakłada on na instytucje zamawiające obowiązek określenia kryteriów udzielenia zamówienia w sposób zapewniający możliwość efektywnej konkurencji.

62. Obowiązek wynikający z art. 67 ust. 4 dyrektywy 2014/24 musi być jednak respektowany przez instytucje zamawiające niezależnie od tego, czy ustanawiają one etapową ocenę ofert w dokumentacji zamówienia. Znajdowałby on zatem zastosowanie także wówczas, gdyby w dokumentacji zamówienia kwestionowanej przez skarżącą zdecydowano by się na dokonywanie oceny kryteriów jakościowych i ekonomicznych bez wyróżnienia poszczególnych etapów. Etapowa ocena ofert nie powoduje zaś, iż zaostrzone zostają obowiązki instytucji zamawiającej wynikające z art. 67 ust. 4 dyrektywy 2014/24 w ten sposób, że musi ona szczególną rolę przyznać kryterium cenowemu.

63. Podsumowując, po pierwsze, z zamieszczenia art. 66 w dyrektywie 2014/24 nie można wyprowadzić wniosku, że w dokumentacji zamówienia udzielanego w trybie procedury otwartej nie można ustanowić etapowej oceny ofert, z zastrzeżeniem, iż nie narusza ona zasad udzielania zamówień przewidzianych w art. 18 tej dyrektywy i zasad ogólnych prawa Unii oraz nie narusza skuteczności przepisów dyrektywy. Po drugie, kryteria stosowane w ramach tego rodzaju etapowej oceny ofert pozostają kryteriami udzielenia zamówienia, pod warunkiem że są one zgodne z art. 67 ust. 2 i 4 dyrektywy 2014/24. Po trzecie, tego rodzaju etapowa ocena ofert nie oznacza, że instytucja zamawiająca nie opiera udzielania zamówienia na ofercie najkorzystniejszej ekonomicznie.

64. W świetle tych uwag proponuję, ażeby na pytanie pierwsze Trybunał udzielił następującej odpowiedzi: dyrektywę 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ona na przeszkodzie temu, by, przy wykorzystaniu kryteriów udzielania zamówienia zgodnych z art. 67 ust. 2 i 4 tej dyrektywy instytucja zamawiająca była upoważniona do ustanowienia etapowej oceny ofert w dokumentacji zamówienia udzielanego w trybie procedury otwartej.

### **C. W przedmiocie pytania drugiego**

65. Pytanie drugie zostało sformułowane na wypadek udzielenia przez Trybunał odpowiedzi na pytanie pierwsze oznaczającej, że ustawodawca krajowy może upoważnić instytucje zamawiające do ustanowienia etapowej oceny ofert w dokumentacji zamówienia udzielanego w trybie procedury otwartej. Poprzez pytanie drugie sąd odsyłający zmierza w istocie do wyjaśnienia, czy dyrektywa 2014/24 sprzeciwia się temu, by instytucja zamawiająca nie była zobowiązana do uzyskania na ostatnim etapie postępowania takiej liczby ofert, która jest wystarczająca do zapewnienia „prawdziwej konkurencji” w rozumieniu art. 66 dyrektywy 2014/24.

66. Rząd hiszpański uważa, że pytanie drugie ma charakter hipotetyczny. Zdaniem tego rządu nic nie wskazuje bowiem na to, że etapowa ocena ofert w postępowaniu krajowym mogła prowadzić do udzielenia zamówienia w warunkach braku konkurencji. Ponadto rząd hiszpański wskazuje, że w postępowaniu głównym chodzi o dokonanie oceny dokumentacji zamówienia, która jest kwestionowana przez skarżącą. Z kolei rząd grecki oraz Komisja stoją na stanowisku, że wymóg dotyczący zapewnienia „prawdziwej konkurencji” nie ma zastosowania w procedurze otwartej.

## **1. W przedmiocie dopuszczalności**

67. Na wstępie należy odnieść się do wątpliwości rządu hiszpańskiego, które dotyczą dopuszczalności pytania drugiego.

68. Uregulowania prawa hiszpańskiego, które odnoszą się do procedury otwartej, nie przewidują wymogu dotyczącego „prawdziwej konkurencji”. Nic nie wskazuje na to, że taki wymóg został przewidziany w dokumentacji zamówienia, która jest kwestionowana przez skarżącą.

69. Moim zdaniem sąd odsyłający zastanawia się nad koniecznością przestrzegania wymogu dotyczącego „prawdziwej konkurencji” w ramach etapowej oceny ofert dokonywanej w procedurze otwartej z uwagi na brzmienie art. 66 dyrektywy 2014/24, który został kilkakrotnie przywołany w odesłaniu prejudycjalnym. Jeżeli bowiem okazałoby się, że wymóg przewidziany w art. 66 dyrektywy 2014/24 znajduje zastosowanie wprost lub per analogiam także w odniesieniu do procedur otwartych, w których dochodzi do etapowej oceny ofert, to sąd odsyłający musiałby zbadać, czy dokumentacja zamówienia pozwalała instytucji zamawiającej na zapewnienie „prawdziwej konkurencji” na ostatnim etapie procedury.

70. W świetle powyższych uwag należy przyjąć, że pytanie drugie jest dopuszczalne.

## **2. Co do istoty**

71. Udzielenie odpowiedzi na to pytanie wymaga rozstrzygnięcia, czy art. 66 dyrektywy 2014/24 znajduje zastosowanie bądź wprost, bądź per analogiam w procedurze otwartej, w ramach której dochodzi do etapowej oceny ofert.

72. Moim zdaniem art. 66 dyrektywy 2014/24 nie może znaleźć zastosowania w odniesieniu do procedur otwartych.

73. Po pierwsze, art. 66 dyrektywy 2014/24 odnosi się wyłącznie do procedury konkurencyjnej z negocjacjami i do dialogu konkurencyjnego. Przepis ten nie ma natomiast zastosowania w odniesieniu do procedury otwartej<sup>14</sup>. Instytucja zamawiająca może zresztą kontynuować procedurę otwartą, pomimo że kryteria udzielenia zamówienia powodują, iż wyłącznie niewielka liczba wykonawców może ubiegać się o udzielenie zamówienia<sup>15</sup>.

74. Po drugie, art. 66 zdanie drugie dyrektywy 2014/24 przewiduje, że liczba ofert lub rozwiązań uzyskana na ostatnim etapie musi zapewniać prawdziwą konkurencję, *o ile istnieje wystarczająca liczba oferentów, rozwiązań lub kwalifikujących się kandydatów*.

<sup>14</sup> Zobacz pkt 47 niniejszej opinii.

<sup>15</sup> W tym duchu zob. wyrok z dnia 17 września 2002 r., Concordia Bus Finland (C-513/99, EU:C:2002:495, pkt 85). Co więcej, w wyroku z dnia 16 września 1999 r., Fracasso i Leitschutz (C-27/98, EU:C:1999:420, pkt 32–34), dotyczącym stanu prawnego sprzed wejścia w życie dyrektywy 2014/24, Trybunał wskazał, że jeśli w wyniku postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego pozostaje tylko jedna oferta, zamawiający nie jest zobowiązany do udzielenia zamówienia oferentowi, który przedstawił tę ofertę. Nie wynika z tego jednak, że instytucja zamawiająca musi unieważnić taką procedurę.

75. Z treści tego przepisu wynika, że wymóg zapewnienia określonej liczby ofert i rozwiązań na ostatnim etapie postępowania nie ma charakteru absolutnego. Znajduje on zastosowanie wówczas, gdy istnieje możliwość uzyskania odpowiedniej liczby ofert, rozwiązań lub kwalifikujących się kandydatów<sup>16</sup>. Uważam zatem, że dążenie do tego, aby liczba uzyskana na ostatnim etapie procedury konkurencyjnej z negocjacjami i dialogu otwartego zapewniała *prawdziwą konkurencję*, ma na celu unikanie sytuacji, w której dany oferent lub kandydat nie byłby zainteresowany negocjowaniem oferty, skoro byłby jedynym wykonawcą branym pod uwagę przez instytucję zamawiającą, pomimo że inni wykonawcy mogą złożyć instytucji zamawiającej ofertę, która spełniałaby jej oczekiwania i odpowiadałaby jej potrzebom.

76. Zatem w mojej ocenie nie ma potrzeby stosowania art. 66 dyrektywy 2014/24 w drodze analogii w procedurze otwartej, w ramach której dochodzi do etapowej oceny ofert. Na kolejnych etapach takiej procedury dochodzi do sytuacji, w których brane są pod uwagę jedynie oferty spełniające oczekiwania instytucji zamawiającej i odpowiadające jej potrzebom. Nie ma natomiast możliwości negocjowania tych ofert.

77. W świetle powyższych uwag wymóg uzyskania określonej liczby ofert na ostatnim etapie procedury otwartej, tak by liczba ta zapewniała „prawdziwą konkurencję” w rozumieniu art. 66 dyrektywy 2014/24, nie znajduje zastosowania ani wprost, ani per analogiam w procedurze otwartej takiej jak ta, do której odnosi się dokumentacja zamówienia kwestionowana przez skarżącą.

78. Proponuję zatem, aby na pytanie drugie Trybunał udzielił następującej odpowiedzi: dyrektywę 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się ona temu, by na instytucji zamawiającej, która ustanawia etapową ocenę ofert w dokumentacji zamówienia udzielanego w trybie procedury otwartej, nie ciążył obowiązek uzyskania, na ostatnim etapie takiej procedury, liczby ofert wystarczającej do tego, aby zapewnić „prawdziwą konkurencję” w tym znaczeniu, jakie z tym pojęciem wiąże art. 66 tej dyrektywy.

#### **D. W przedmiocie pytania trzeciego**

79. Poprzez pytanie trzecie sąd odsyłający pragnie w istocie wyjaśnić, czy wymóg, taki jak ten, który został zakwestionowany przez skarżącą, jest sprzeczny z dyrektywą 2014/24 ze względu na niemożność zapewnienia prawdziwej konkurencji lub udzielenia zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę o najlepszej relacji jakości do ceny.

80. Pytanie trzecie zostało sformułowane na wypadek udzielenia odpowiedzi pozytywnej na pytanie drugie. Taka odpowiedź oznaczałaby, że wymóg uzyskania na ostatnim etapie oceny ofert liczby zapewniającej prawdziwą konkurencję w rozumieniu art. 66 dyrektywy 2014/24 znajduje zastosowanie także w procedurze otwartej.

81. W świetle zaproponowanej przeze mnie odpowiedzi na pytanie drugie nie ma potrzeby udzielania odpowiedzi na pytanie trzecie. Niemniej, w razie gdyby Trybunał nie podzielił mojego stanowiska dotyczącego odpowiedzi na pytanie drugie, pokrótce odniosę się także do pytania trzeciego.

<sup>16</sup> Zgodnie z notą wyjaśniającą dotyczącą dialogu konkurencyjnego, która została opracowana przez Komisję (European Commission Directorate General Internal Market And Services Public Procurement Policy, *Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive*, dostępną na stronie internetowej: ec.europa.eu, s. 8–9), ograniczenie liczby rozwiązań może prowadzić do tego, że na ostatnim etapie postępowania zostanie wyłonione wyłącznie jedno rozwiązanie. Nie stoi to jednak na przeszkodzie temu, aby instytucja zamawiająca kontynuowała to postępowanie. W tym duchu zob. także motyw 41 zdanie drugie dyrektywy 2004/18, w którym wyjaśniano, że redukcja liczby ofert, które ostatecznie zostaną poddane dyskusji lub negocjacji w przypadku dialogu konkurencyjnego oraz procedur negocjacyjnych z publikacją ogłoszenia, powinna zapewniać warunki prawdziwej konkurencji w stopniu, w jakim pozwala na to liczba odpowiednich rozwiązań lub kandydatów.

82. W kontekście wymogu uzyskania na ostatnim etapie procedury liczby ofert zapewniającej prawdziwą konkurencję należy przypomnieć, że nawet gdyby taki wymóg wyprowadzić z art. 66 dyrektywy 2014/24 stosowanego wprost lub w drodze analogii, to nie ma on charakteru absolutnego. Znajdowałyby on zastosowanie, o ile pozwalałaby na to liczba odpowiednich ofert<sup>17</sup>. W każdym razie ostateczną ocenę w tym zakresie należałoby pozostawić sądowi odsyłającemu.

83. Co zaś się tyczy udzielenia zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę o najlepszej relacji jakości do ceny, to dyrektywa 2014/24 nakłada na instytucje zamawiające obowiązek udzielania zamówień w oparciu o ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie. Kryterium to nie może natomiast być rozumiane w taki sposób, że instytucja zamawiająca jest zobowiązana dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej cenowo, pomimo że oferta ta nie spełnia wymagań jakościowych tej instytucji, które zostały określone w dokumentacji zamówienia. Swobodę instytucji zamawiających w kontekście określania kryteriów udzielania zamówienia ogranicza natomiast art. 67 ust. 4 dyrektywy 2014/24<sup>18</sup>. Sądowi odsyłającemu należałoby pozostawić ocenę, czy instytucja zamawiająca dochowała wymogów przewidzianych w tym przepisie.

## VI. Wnioski

84. W świetle przedstawionych powyżej rozważań proponuję Trybunałowi udzielenie na pytania prejudycjalne przedłożone przez Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (organ administracyjny właściwy ds. odwołań od decyzji administracyjnych w dziedzinie zamówień publicznych wspólnoty autonomicznej Kraju Basków, Hiszpania) następującej odpowiedzi:

- 1) Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE, należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ona na przeszkodzie temu, by przy wykorzystaniu kryteriów udzielania zamówienia zgodnych z art. 67 ust. 2 i ust. 4 tej dyrektywy instytucja zamawiająca była upoważniona do ustanowienia etapowej oceny ofert w dokumentacji zamówienia udzielanego w trybie procedury otwartej.
- 2) Dyrektywę 2014/24 należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się ona temu, by na instytucji zamawiającej, która ustanawia etapową ocenę ofert w dokumentacji zamówienia udzielanego w trybie procedury otwartej, nie ciążył obowiązek uzyskania, na ostatnim etapie takiej procedury, liczby ofert wystarczającej do tego, aby zapewnić „prawdziwą konkurencję” w tym znaczeniu, jakie z tym pojęciem wiąże art. 66 tej dyrektywy.

<sup>17</sup> Zobacz pkt 75 niniejszej opinii.

<sup>18</sup> Zobacz pkt 61 i 62 niniejszej opinii.