

**Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek
pozwalających na przeprowadzenie postępowania
o udzielenie zamówienia publicznego w trybie
negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego,
negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki
i zapytania o cenę**

Urząd Zamówień Publicznych

2010

WSTĘP	3
ROZDZIAŁ I	5
PRZESŁANKI ZASTOSOWANIA INNYCH NIŻ PRZETARGOWE TRYBÓW UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH.....	5
I.1 Negocjacje z ogłoszeniem	7
I.2 Dialog konkurencyjny.....	10
I.3 Negocjacje bez ogłoszenia	11
I.4 Zamówienie z wolnej ręki.....	16
I.5 Zapytanie o cenę	30
ROZDZIAŁ II	34
MOŻLIWOŚĆ ZASTOSOWANIA TRYBÓW INNYCH NIŻ PRZETARGOWE W OPARCIU O ART. 5 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH	34
ROZDZIAŁ III	37
SZCZEGÓLNE UREGULOWANIA W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ SEKTOROWYCH.....	37
III.1 Negocjacje bez ogłoszenia	37
III.2 Zamówienie z wolnej ręki.....	38
ROZDZIAŁ IV	40
POZOSTAŁE UREGULOWANIA W ZAKRESIE TRYBÓW INNYCH NIŻ PRZETARGOWE.	40
Obowiązek informowania Prezesa UZP	40
Możliwość publikowania ogłoszeń o zamiarze zawarcia umowy	41
Środki ochrony prawnej na wybór trybu.....	44
PODSUMOWANIE	45

WSTĘP

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych¹ (dalej „ustawa”, „ustawa PZP”) jest aktem implementującym przepisy unijne z zakresu zamówień publicznych, w szczególności wprowadzającym do polskiego systemu prawnego przepisy dyrektyw 2004/17/WE² (dalej „dyrektywy sektorowej”), 2004/18/WE³ (dalej „dyrektywy klasycznej”) oraz dyrektyw 89/665⁴ i 92/13⁵ (dalej „dyrektyw odwoławczych”).

Wspomniane dyrektywy ustanawiają szczegółowe reguły udzielania zamówień publicznych opartych na zasadach równego traktowania, niedyskryminacji, przejrzystości oraz konkurencji obowiązujące na poziomie całej Unii Europejskiej.

W odniesieniu do trybów udzielania zamówień ustawa, w ślad za dyrektywami, jako podstawowe tryby wymienia **przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony**.

Skorzystanie z możliwości przeprowadzenia postępowania w innym trybie ustawowym, tj. w trybie dialogu konkurencyjnego, negocjacji z ogłoszeniem, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę czy też licytacji elektronicznej zostało ograniczone i uzależnione od wystąpienia konkretnych przesłanek określonych w ustawie.

Ze względu na fakt, że skorzystanie z ww. trybów jest wyjątkiem od ogólnej zasady stosowania trybów podstawowych, przesłanki ich zastosowania należy interpretować ściśle, a każdy podmiot, który się na nie powołuje musi być w stanie je udowodnić⁶.

Tym samym, to na zamawiającym spoczywa obowiązek każdorazowego udowodnienia spełnienia przesłanek uprawniających do stosowania trybów innych niż podstawowe.

¹ Ustawa Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. 2010 Nr 113, poz. 759).

² Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. L 134 z 30.4.2004, str. 1).

³ Dyrektywa 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. L 134 z 30.4.2004, str. 114).

⁴ Dyrektywa 89/665/EWG Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. L 395 z 30.12.1989, str. 33).

⁵ Dyrektywa 92/13/EWG Rady z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. L 76 z 23.03.1992, str. 14).

⁶ Orzeczenie ETS z 10 marca 1987 r. w sprawie C-199/85 *Komisja przeciwko Republice Włoskiej* (Zbiory orzecznictwa Trybunału Europejskiego 1987 r., str. 01039); Orzeczenie ETS z dnia 3 maja 1994 r. w sprawie C-328/92 *Komisja przeciwko Królestwu Hiszpanii* (Zbiory orzecznictwa TE 1994 r., str. I-01569); Orzeczenie ETS z dnia 28 marca 1996 r. w sprawie C-318/94 *Komisja przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, pkt 13 (Zbiory orzecznictwa TE 1996 r., str. I-01949) oraz orzeczenie ETS z dnia 10 kwietnia 2003 r. w połączonych sprawach C-20/01 oraz C-28/01 *Komisja przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, pkt 58 (Zbiory orzecznictwa TE 2003 r., str. I-03609); wyrok SN z dnia 6 lipca 2001 r. sygn. akt III RN 16/01; wyrok NSA z dnia 28 lutego 2003 r. sygn. akt II SA 2064/01.

Ponadto, jak podkreślono w orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (ETS) C-84/03⁷ państwa członkowskie wdrażając do prawa krajowego przesłanki uzasadniające odstępianie od stosowania dyrektyw nie mogą dodawać nowych warunków, ani uszczegóławiać tych przesłanek w sposób, który ułatwiałby zamawiającym odstępianie od stosowania bardziej rygorystycznych procedur udzielania zamówień publicznych⁸.

W przypadku tzw. zamówień sektorowych (zamówienia udzielane na podstawie działu III rozdziału 5 ustawy PZP) zgodnie z art. 134 ust. 1 trybami podstawowymi są **przetarg nieograniczony**, **przetarg ograniczony** oraz **negocjacje z ogłoszeniem**. Skorzystanie z trybu negocjacji bez ogłoszenia i zamówienia z wolnej ręki zostało natomiast uzależnione od wystąpienia przesłanek ich stosowania (art. 134 ust. 5 i 6 ustawy PZP). Dla zamówień sektorowych nie przewidziano możliwości udzielenia zamówienia z wykorzystaniem dialogu konkurencyjnego.

Z uwagi na fakt, że to zamawiający są uprawnieni do podejmowania decyzji o wyborze trybu udzielenia zamówienia publicznego oraz ze względu na doniosłość tej decyzji pociągającej za sobą wiele konsekwencji, celem niniejszych wytycznych jest przybliżenie orzecznictwa i decyzji organów, tak krajowych (sądy, Urząd Zamówień Publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza), jak i unijnych (ETS), a tym samym pomoc w interpretacji przepisów ustawy i w konsekwencji w uniknięciu negatywnych skutków decyzji podjętych niezgodnie z prawem.

Warto bowiem podkreślić, iż skutkiem niewłaściwych decyzji dotyczących wyboru trybu, w szczególności trybów, które nie są wszczynane w drodze publikacji ogłoszenia o zamówieniu (negocjacje bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki, zapytanie o cenę), może być:

- a. unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP);
- b. nałożenie kary finansowej (art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b i c) w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP);
- c. nałożenie kary pieniężnej (art. 200 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy PZP);
- d. odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (art. 168 pkt 1 ustawy PZP);
- e. korekta finansowa w przypadku zamówień publicznych współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej (por. wytyczne Komisji Europejskiej z dnia 21 listopada 2007 r. *Wytyczne dotyczące określania korekt finansowych dla*

⁷ Orzeczenie ETS z dnia 13 stycznia 2005 r. w sprawie C-84/03 *Komisja przeciwko Królestwu Hiszpanii* (Zbiory orzecznictwa TE 2005 r., str. I-00139).

⁸ Por. „Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zamówień publicznych w okresie od 1999 do 2005 r.” M. Lemke, D. Piasta, Warszawa 2006.

wydatków współfinansowanych z Funduszy Strukturalnych oraz Funduszu Spójności w przypadku nieprzestrzegania przepisów dotyczących zamówień publicznych oraz dokument Wymierzanie korekt finansowych za naruszenia prawa zamówień publicznych związane z realizacją projektów współfinansowanych ze środków funduszy UE⁹).

Biorąc pod uwagę fakt, że przepisy polskie odnoszące się do trybów udzielania zamówień publicznych oparte zostały na przepisach unijnych, dokonując wykładni przepisów ustawy należy uwzględniać nie tylko przepisy dyrektyw, ale również orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (ETS).

Wytyczne skierowane są przede wszystkim do zamawiających, szczególnie do naczelnych i centralnych organów administracji rządowej, organów im podległych lub przez nie nadzorowanych, niezależnie od formy ich działalności, jak również do wszystkich innych podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy.

Niniejsze wytyczne stanowią uaktualnienie wytycznych przygotowanych przez Urząd Zamówień Publicznych w roku 2006 i przyjętych przez Komitet Europejski Rady Ministrów w dniu 17 listopada 2006 r. W związku ze zmianą przepisów ustawy PZP w zakresie przesłanek zastosowania trybów niekonkurencyjnych oraz z uwagi na znaczny upływ czasu wymagały one uaktualnienia i uzupełnienia o nowe orzecznictwo. Niniejsze wytyczne, inaczej niż poprzednie, odnoszą się również do zamówień na usługi niepriorytetowe oraz nie tylko do zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej.

ROZDZIAŁ I

PRZESŁANKI ZASTOSOWANIA INNYCH NIŻ PRZETARGOWE TRYBÓW UDZIELANIA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Przesłanki zastosowania trybów udzielania zamówień publicznych innych niż przetargowe określają warunki, jakie muszą być spełnione, aby zamawiający mógł skorzystać z trybu negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, trybu zapytania o cenę lub licytacji elektronicznej.

Biorąc pod uwagę warunki jakie muszą zostać spełnione, aby możliwe było zastosowanie jednego z trybów niekonkurencyjnych możliwe jest dokonanie podziału przesłanek na:

⁹ Dokument sporządzony przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego jest wzorowany na wytycznych Komisji Europejskiej i służy odpowiednim instytucjom jako instrument do określania wysokości korekty finansowej za naruszenia przepisów z zakresu zamówień publicznych.

- przesłanki odnoszące się do **podmiotu** udzielającego zamówienia publicznego (np. zastosowanie trybu jest możliwe jedynie w przypadku udzielenia zamówienia przez podmiot wskazany w ustawie – por. art. 67 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP – podmiot udzielający zamówienia musi być placówką zagraniczną w rozumieniu przepisów o służbie zagranicznej);
- przesłanki odnoszące się do **wartości** zamówienia publicznego (np. zastosowanie trybu jest możliwe jedynie w przypadku zamówienia publicznego o określonej wartości – por. art. 55 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP – wartość zamówienia musi być mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP);
- przesłanki odnoszące się do **przedmiotu** zamówienia publicznego (np. zastosowanie trybu jest możliwe jedynie w przypadku określonego przedmiotu zamówienia publicznego – por. art. 70 ustawy PZP – przedmiotem zamówienia muszą być dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych).

Przesłanki odnoszące się do wartości zamówienia publicznego odsyłają do kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP. W chwili obecnej tzw. wartości progowe (progi unijne, progi, kwoty progowe) reguluje *rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich*¹⁰. Rozporządzenie weszło w życie z dniem 1 stycznia 2010 roku.

W chwili obecnej kwoty progowe kształtują się następująco:

- a) Zamówienia udzielane przez zamawiających z sektora finansów publicznych, z wyłączeniem uczelni publicznych, państwowych instytucji kultury, państwowych instytucji filmowych, jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków, jednostek sektora finansów publicznych, dla których organem założycielskim lub nadzorującym jest jednostka samorządu terytorialnego, a także udzielanych przez zamawiających będących innymi państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej:
 - **125 000 euro** – dla dostaw lub usług,
 - **4 845 000 euro** – dla robót budowlanych.

¹⁰ Dz. U. Nr 224, poz. 1795.

- b) Zamówienia udzielane przez zamawiających innych niż określone w lit. a i w lit. c:
- **193 000 euro** – dla dostaw lub usług;
 - **4 845 000 euro** – dla robót budowlanych.
- c) Zamówienia sektorowe:
- **387 000 euro** – dla dostaw lub usług;
 - **4 845 000 euro** – dla robót budowlanych.

Średni kurs złotego w stosunku do euro stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych został określony w *rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych*¹¹ i **wynosi 3,839**. Rozporządzenie weszło w życie z dniem 1 stycznia 2010 r.

I.1 Negocjacje z ogłoszeniem

Negocjacje z ogłoszeniem to tryb udzielenia zamówienia, w którym, po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu, zamawiający zaprasza wykonawców dopuszczonych do udziału w postępowaniu do składania ofert wstępnych niezawierających ceny, prowadzi z nimi negocjacje, a następnie zaprasza ich do składania ofert (art. 54 ustawy PZP).

Ustawa, w art. 55 ust. 1 ustawy pozwala na zastosowanie trybu negocjacji z ogłoszeniem, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- **w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego albo dialogu konkurencyjnego wszystkie oferty zostały odrzucone, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.**

Niniejszy warunek pozwalający na skorzystanie z trybu negocjacji z ogłoszeniem oznacza konieczność uprzedniego przeprowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego albo dialogu konkurencyjnego. Możliwość skorzystania z trybu negocjacji z ogłoszeniem pojawia się w sytuacji, gdy wszystkie oferty w tym postępowaniu zostały odrzucone (przesłanki odrzucenia oferty – art. 89 ust. 1 ustawy PZP).

Dodatkowo, w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem, pierwotne warunki zamówienia nie mogą zostać istotnie zmienione.

¹¹ Dz. U. Nr 224, poz. 1796.

Ani ustawa ani dyrektywy nie precyzują jak należy rozumieć **pojęcie istotna zmiana warunków**. Niemniej jednak pojęcie to można doprecyzować w oparciu o orzecznictwo ETS oraz analizując ten przepis w kontekście podstawowego celu unijnych regulacji w dziedzinie zamówień, jakim jest zapewnienie swobodnego przepływu usług i otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich, oraz w kontekście podstawowych zasad prawa unijnego mających zastosowanie do zamówień publicznych, w tym: zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, zasady równego traktowania wykonawców oraz wynikający z nich obowiązek przejrzystości.

W związku z powyższym, za *istotną zmianę* należy uznać modyfikację pierwotnych warunków zamówienia polegającą na wprowadzeniu zmian, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia umożliwiłyby dopuszczenie innych wykonawców niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty¹². Za *istotną zmianę* należy uznać więc taką zmianę, która może wpływać na krąg potencjalnie zainteresowanych oferentów, stanowiąc naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Oznacza to, że nie można zmienić m.in. przedmiotu zamówienia czy jego istotnych cech, w sposób który mógłby mieć wpływ na kształt zamówienia. Zakazane są także istotne zmiany dotyczące warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert.

Istotną zmianą warunków będzie na przykład takie ich określenie, które w sposób znaczący poszerza zamówienie o elementy, które pierwotnie nie były w nim przewidziane, prowadząc w istocie do udzielenia nowego zamówienia.

Za *istotną zmianę warunków zamówienia* należy uznać również obniżenie w ramach postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem wymagań stawianych wykonawcom w stosunku do postępowania prowadzonego uprzednio w jednym z trybów podstawowych albo w dialogu konkurencyjnym.

Takie podejście, znajduje potwierdzenie m.in. w dotychczasowej praktyce Komisji Europejskiej. Zmiana polegająca na obniżeniu wymagań odnoszących się do wykonawców w postępowaniu prowadzonym w trybie niekonkurencyjnym w stosunku do przeprowadzonego wcześniej postępowania w jednym z trybów konkurencyjnych była przedmiotem zastrzeżeń zgłoszonych przez Komisję Europejską. W postępowaniu będącym przedmiotem dyskusji z Komisją Europejską zamawiający obniżył znacznie wymagania dotyczące wysokości wadium, dokonał też modyfikacji w zakresie niektórych parametrów przedmiotu zamówienia, wykreślając ze specyfikacji niektóre sekcje odnoszące się do przedmiotu zamówienia.

¹² Orzeczenie ETS z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-250/07 *Komisja przeciwko Grecji*, pkt 52 (Zbiory orzecznictwa TE 2009 r., str. I-04369).

Komisja Europejska w tym postępowaniu zajęła stanowisko, w którym potwierdziła, że tego rodzaju zmiany stanowią istotną zmianę warunków zamówienia i w związku z tym nie dają podstawy do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia¹³.

- **w wyjątkowych sytuacjach, gdy charakter dostaw, usług lub robót budowlanych lub związane z nimi ryzyko uniemożliwia wcześniejsze dokonanie ich wyceny.**

Niniejszy warunek odnosi się do sytuacji o charakterze szczególnym, w których np. ze względu na konieczność skorzystania z nowoczesnych czy wysoko specjalistycznych technologii lub metod realizacji zamówienia nie da się dokonać wyceny zamówienia za pomocą określonych w ustawie metod szacowania wartości zamówienia.

- **nie można z góry określić szczegółowych cech zamawianych usług w taki sposób, aby umożliwić wybór najkorzystniejszej oferty w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego.**

Specyfika tego rodzaju zamówień polega w głównej mierze na tym, że nie można określić w sposób wystarczająco szczegółowy przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie skorzystać z podstawowych trybów udzielania zamówień publicznych.

Badając zaistnienie powyższej przesłanki można posiłkować się treścią art. 30 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2004/18/WE, który wskazuje przykładowe rodzaje usług, do których może się ona odnosić (usługi należące m.in. do kategorii 6 załącznika IIA¹⁴, usługi intelektualne, usługi związane z projektowaniem obiektów budowlanych).

- **przedmiotem zamówienia są roboty budowlane prowadzone wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, a nie w celu zapewnienia zysku lub pokrycia poniesionych kosztów badań lub rozwoju.**

Niniejsza przesłanka wskazuje wyraźnie na cel w jakim mają być prowadzone roboty budowlane. Muszą być one prowadzone wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych¹⁵, co oznacza, że wynik tych robót nie może służyć także osiągnięciu zysku, niezależnie od jego wielkości, czy nawet zbilansowaniu wydatków poniesionych przez zamawiającego stanowiących koszt badań czy prac rozwojowych z wpływami uzyskanymi w wyniku przeprowadzenia tych robót.

¹³ Pismo Komisji Europejskiej z dnia 6 września 2005 r., sygn. MARKT C2/LR/dm D(2005)11718. Sprawa dotyczyła negocjacji bez ogłoszenia, jednakże pojęcie „istotnej zmiany warunków zamówienia” zostało użyte w dyrektywie 2004/18/WE oraz 2004/17/WE zarówno w odniesieniu do negocjacji z ogłoszeniem jak i negocjacji bez ogłoszenia. Z tego względu w obydwu wypadkach powinno być interpretowane w taki sam sposób.

¹⁴ Kategoria 6 załącznika IIA dyrektywy 2004/18/WE: Usługi finansowe a) usługi ubezpieczeniowe; b) usługi bankowe i inwestycyjne (CPV - od 66100000-1 do 66720000-3).

¹⁵ Cele badawcze, doświadczalne lub rozwojowe należy interpretować zgodnie z ustawą z dn. 8.10.2004 r. o zasadach finansowania nauki (Dz.U. 2008, Nr 169, poz. 1049).

- **wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.**

Przesłanka ta pozwala na zastosowanie trybu negocjacji z ogłoszeniem w sytuacji, gdy wartość zamówienia publicznego jest mniejsza od tzw. progów unijnych¹⁶. Niniejsza przesłanka nie ma odpowiednika w przepisach dyrektyw, ponieważ dotyczy zamówień, które ze względu na swoją wartość nie są objęte wymogiem stosowania procedur wynikających z dyrektyw.

Należy podkreślić, że negocjacje z ogłoszeniem jako tryb wszczynany w drodze publikacji ogłoszenia o zamówieniu zapewniają realizację zasad traktatowych, które obowiązują poniżej progów unijnych, stąd też w przypadku zamówień podprogowych można go stosować na równi z trybem przetargu nieograniczonego lub ograniczonego.

I.2 Dialog konkurencyjny

Dialog konkurencyjny to tryb udzielenia zamówienia, w którym po publicznym ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający prowadzi z wybranymi przez siebie wykonawcami dialog, a następnie zaprasza ich do składania ofert (art. 60a ustawy PZP).

Ustawa PZP pozwala na zastosowanie trybu dialogu konkurencyjnego w sytuacji łącznego wystąpienia następujących przesłanek:

- **nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, ponieważ ze względu na szczególnie złożony charakter zamówienia nie można opisać przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 i 31 ustawy lub obiektywnie określić uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania zamówienia,**
- **cena nie jest jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty.**

Przyjmuje się, że zamówienie może być szczególnie złożone ze względów technicznych lub struktury prawno-finansowej. O zamówieniach szczególnie złożonych pod względem technicznym możemy mówić w sytuacji, gdy zamawiający nie jest w stanie opisać, czy to za pomocą specyfikacji technicznych czy też poprzez wymagania funkcjonalne, przedmiotu zamówienia lub też w sytuacji, kiedy zamawiający nie jest w stanie określić, które z dostępnych rozwiązań technicznych będzie najbardziej odpowiadało potrzebom związanym z realizacją zamówienia.

¹⁶ Przepisem wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy - Prawo zamówień publicznych jest rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 224, poz. 1795). Rozporządzenie weszło w życie z dniem 1 stycznia 2010 r.; por. str. 6 i 7 Wytycznych.

Natomiast z zamówieniami szczególnie złożonymi pod względem struktury prawno – finansowej najczęściej będziemy mieć do czynienia w projektach realizowanych w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego.

Z trybu dialogu konkurencyjnego będzie można skorzystać np. podczas wdrażania istotnych, zintegrowanych projektów w zakresie infrastruktury transportowej, dużych sieci komputerowych lub projektów obejmujących złożone procesy finansowania o skomplikowanej strukturze, których postaci finansowej i (lub) prawnej nie można z góry zdefiniować.

I.3 Negocjacje bez ogłoszenia

Negocjacje bez ogłoszenia to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert (art. 61 ustawy PZP).

Negocjacje bez ogłoszenia to tryb niekonkurencyjny z uwagi na brak obowiązku publikacji ogłoszenia umożliwiającego wszystkim zainteresowanym wykonawcom uzyskanie informacji o zamówieniu i ubieganie się o zamówienie publiczne.

Przesłanki pozwalające na zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia znajdują się w zamkniętym katalogu w art. 62 ust. 1 ustawy.

Jak w przypadku pozostałych trybów niekonkurencyjnych, przesłanki te należy interpretować ściśle. Ponadto, podmiot powołujący się na istnienie przesłanek zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia musi być w stanie udowodnić ich wystąpienie.

Skorzystanie z trybu negocjacji bez ogłoszenia jest możliwe w przypadku zaistnienia przynajmniej jednej z niżej wymienionych przesłanek:

- **w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.**

Skorzystanie z trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie wskazanej przesłanki możliwe jest w sytuacji, gdy uprzednio przeprowadzono postępowanie w jednym z trybów podstawowych (w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego). Nie ma możliwości skorzystania z tego trybu, jeżeli poprzednie postępowanie zostało przeprowadzone np. w trybie dialogu konkurencyjnego.

Dodatковым warunkiem, który musi zostać spełniony łącznie z pierwszym jest brak w pierwszym postępowaniu ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub odrzucenie wszystkich ofert ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia. Odrzucenie ofert z jakichkolwiek innych powodów nie będzie skutkowało możliwością skorzystania z trybu negocjacji bez ogłoszenia.

Ponadto, warunki zamówienia nie mogą zostać zmienione w sposób istotny w stosunku do postępowania uprzednio przeprowadzonego w jednym z trybów podstawowych.

Istotną zmianę warunków zamówienia należy interpretować w taki sam sposób jak w przypadku zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem¹⁷.

- **został przeprowadzony konkurs, o którym mowa w art. 110 ustawy PZP, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych.**

Zaproszenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia powinno stanowić, zgodnie z niniejszą przesłanką, nagrodę w uprzednio przeprowadzonym konkursie. W konsekwencji, zamówienie powinno zostać udzielone jednemu z co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych, którzy zostali zaproszeni do udziału w postępowaniu.

Zgodnie z orzeczeniem ETS w sprawie C-340/02¹⁸ powinien istnieć bezpośredni związek funkcjonalny pomiędzy konkursem i danym zamówieniem. W niniejszym orzeczeniu Trybunał wskazał, że (...) klauzula znajdująca się w pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu z dnia 30 listopada 1996 r. przewiduje jedynie możliwość, a nie obowiązek powierzenia drugiego etapu zwycięzcy konkursu dotyczącego pierwszego etapu. W konsekwencji nie można twierdzić, że zamówienie w ramach drugiego etapu powinno być udzielone zwycięzcy lub jednemu ze zwycięzców konkursu. Zamówienie nie powinno być zatem udzielane z powołaniem się na wspomnianą przesłankę, jeżeli jest udzielane na realizację czynności dodatkowych, nie wchodzących w zakres pojęcia konkursu.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 1 pkt 11 lit. e) dyrektywy 2004/18/WE konkursy oznaczają *te procedury, które umożliwiają instytucji zamawiającej uzyskanie planu lub projektu, wybranego przez sąd konkursowy, przede wszystkim w dziedzinie planowania przestrzennego i urbanistyki, architektury oraz inżynierii lub przetwarzania danych po przeprowadzeniu postępowania konkursowego z przyznaniem nagród lub bez nagród.*

¹⁷ Patrz pkt I.1 *Negocjacje z ogłoszeniem.*

¹⁸ Orzeczenie ETS z dnia 14 października 2004 r. w sprawie C-340/02 *Komisja Europejska przeciwko Republice Francuskiej*, pkt 41 (Zbiory orzecznictwa TE 2004 r., str. I-09845).

- **przedmiotem zamówienia są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, a nie w celu zapewnienia zysku lub pokrycia poniesionych kosztów badań lub rozwoju.**

Zastosowanie tej przesłanki możliwe jest jedynie w przypadku zamówień publicznych na dostawy. Zlecenie wytworzenia towarów musi być uwarunkowane wyłącznie osiągnięciem celu badawczego, doświadczalnego lub rozwojowego, nie zaś zysku lub zbilansowania kosztów badań lub prac rozwojowych służących ich wytworzeniu.

W zakres niniejszej przesłanki nie będzie wchodził np. zakup sprzętu służącego do badań, gdyż pomimo jego przeznaczenia (przeznaczony do przeprowadzania badań i doświadczeń) wytworzony został w celu komercyjnym.

Zgodnie z art. 31 pkt 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE prowadzone prace nie mogą obejmować produkcji seryjnej mającej na celu osiągnięcie rentowności rynkowej lub pokrycie kosztów badań i rozwoju.

Jako przykład takich zamówień można wskazać zakupy prototypów.

- **ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.**

Możliwość skorzystania z tej przesłanki wymaga łącznego¹⁹ spełnienia następujących warunków:

- a) **zaistnienie okoliczności, których nie dało się wcześniej przewidzieć** – tzn. takiej sytuacji, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne.

Do takich okoliczności możemy zaliczyć np. zdarzenia losowe, awarie, katastrofy naturalne.

Nieprzewidywalność okoliczności, na które powołuje się zamawiający powinna być oceniana w sposób obiektywny i indywidualnie dla każdej sytuacji. Samo wystąpienie np. pożarów, powodzi lub lawin nie będzie przesłanką do zastosowania negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli tego typu zjawiska są charakterystyczne dla danego regionu i powtarzają się sezonowo²⁰. Nie można bowiem w takiej sytuacji uznać, że jest zdarzeniem, którego nie dało się wcześniej przewidzieć przy dołożeniu należytej staranności.

¹⁹ Orzeczenie ETS z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 *Komisja przeciwko Republice Greckiej* (Zbiory orzecznictwa TE 2005 r., str. I-04713); orzeczenia ETS z dnia 2 sierpnia 1993 r. w sprawach C-107/92 *Komisja przeciwko Republice Włoskiej* (Zbiory orzecznictwa TE 1993 r., str. I-04655) oraz C-318/94 z dnia 28 marca 1996 r. *Komisja przeciwko Republice Federalnej Niemiec* (Zbiory orzecznictwa TE 1996 r., str. I-01949); wyrok NSA z dnia 28 maja 1999 r. sygn. akt I SA 2226/98.

²⁰ Opinia Rzecznika Generalnego z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-525/03 *Komisja przeciwko Republice Włoskiej* (pkt 62,63) (Zbiory orzecznictwa TE 2005 r., str. I-09405).

O *nieprzewidywalności określonych okoliczności* można natomiast mówić w sytuacji, kiedy mimo, że dane zjawisko występuje na danym obszarze regularnie, to skala tego zjawiska przekracza jego standardowy zakres w porównaniu z poprzednimi okresami²¹.

Za nieprzewidywalne nie mogą również zostać uznane sytuacje, w których zamawiający nie uzyska odpowiednich pozwoleń czy zatwierdzenia projektu od instytucji innych niż zamawiający. Fakt, że odpowiedni organ zobowiązany na mocy przepisów prawa krajowego do zatwierdzenia projektu lub wydania odpowiedniego pozwolenia może w określonym terminie zgłosić zastrzeżenia lub odmówić wydania pozwolenia nie stanowi okoliczności, której nie dało się przewidzieć²².

Podobnie w przypadku konieczności dochowania określonych terminów – fakt, że dany organ może na podstawie obowiązującego prawa nakładać terminy, stanowi przewidywalny element procedury zatwierdzania projektu²³.

Władze publiczne zamierzające udzielić zamówienia są natomiast zobowiązane do dochowania należytej staranności, w związku z czym muszą być świadome konieczności dopełnienia wszelkich obowiązków związanych z zamówieniem i wynikających z prawa krajowego, takich jak konieczność dochowania terminów czy uzyskania zatwierdzenia projektu. Zamawiający musi zatem brać pod uwagę ewentualny negatywny rezultat takich postępowań lub braku wypełnienia zobowiązań i nie może w toku postępowania powoływać się na działania lub zaniechania innego organu w celu uzasadnienia naruszenia prawa wspólnotowego²⁴.

Zamawiający chcąc zrezygnować z obowiązku publikacji ogłoszenia nie może więc powoływać się np. na brak decyzji lub decyzję negatywną czy też brak aktów prawnych, do wydania których zobowiązany był inny organ na mocy prawa krajowego.

Podobnie skorzystanie przez wykonawcę z przewidzianych prawem środków odwoławczych nie jest powodem do odstąpienia od udzielenia zamówienia w trybie zapewniającym warunki konkurencyjne²⁵. Zgodnie ze stanowiskiem Komisji Europejskiej wyrażonym w toku jednego z postępowań prowadzonych w trybie art. 226 TWE²⁶ (obecnie art. 258 TFUE) „*prawo wykonawcy do złożenia protestu, jak również odpowiednie kompetencje sądów krajowych*

²¹ Por. wyrok NSA z dnia 26 lipca 2002 r. sygn. akt II SA 756/02; opinia Rzecznika Generalnego z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-525/03 *Komisja przeciwko Republice Włoskiej* (pkt 64) (Zbiory orzecznictwa 2005 r., str. I-09405).

²² Orzeczenie ETS z dnia 28 marca 1996 r. w sprawie C-318/94 *Komisja przeciwko Republice Federalnej Niemiec* (pkt 18) (Zbiory orzecznictwa TE 1996 r., str. I-01949).

²³ Orzeczenie ETS z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 *Komisja przeciwko Republice Greckiej* (pkt 43) (Zbiory orzecznictwa TE 2005 r., str. I-04713).

²⁴ Opinia Rzecznika Generalnego z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie C-394/02 *Komisja przeciwko Republice Greckiej* (pkt 48, 52) (Zbiory orzecznictwa TE 2005 r., str. I-04713).

²⁵ Wyrok NSA z dnia 28 lutego 2003 r. sygn. akt II SA 2064/01.

²⁶ Pismo KE z dnia 10 kwietnia 2006 r. nr SG/Greffe(2006)D/201901.

oraz właściwych organów administracji są przewidziane w polskim ustawodawstwie. Zatem unieważnienie przetargu na skutek wykonywania tych praw i kompetencji w żadnym wypadku nie może być uznane za nieprzewidywalne zdarzenie w rozumieniu art. 20 ust. 2 pkt d) dyrektywy 93/38/EWG²⁷.

W związku z powyższym, należy podkreślić, że wewnętrzne uregulowania czy też działania lub zaniechania organów państwa członkowskiego nie stanowią uzasadnienia dla naruszenia prawa wspólnotowego.

b) **wystąpienie pilnej potrzeby** – pilność udzielenia zamówienia musi stanowić konsekwencję zaistnienia okoliczności, których wcześniej nie dało się przewidzieć. Na ogół *pilność udzielenia zamówienia* jest podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji, które spowodowane byłyby niepodjęciem w określonym czasie stosownych działań.

W tym przypadku należy jednak przestrzegać zasady proporcjonalności, a zatem udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia jedynie w zakresie koniecznym do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom nieprzewidzianego zdarzenia. Ponadto, wystąpienie negatywnych konsekwencji musi być nie tylko możliwe, ale też bardzo prawdopodobne.

Przesłanką zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia nie będzie zatem np. konieczność zbudowania określonych instalacji zabezpieczających przed ewentualną powodzią lub innym zagrożeniem, jeżeli wiadomo, że tego typu zjawiska nie należą do częstych, w związku z czym ryzyko ich wystąpienia nie jest realne.

Taką przesłanką nie będzie również groźba nałożenia kar finansowych jakie mogłyby wiązać się np. z istnieniem i funkcjonowaniem konkretnych instalacji po terminach wyznaczonych na ich usunięcie²⁸, czy też wygaśnięcie środków finansowych przeznaczonych na określone zadanie, w tym m.in. środków pochodzących z funduszy unijnych. Są to na ogół sytuacje, których zamawiający może się spodziewać, jeżeli nie spełni określonych warunków.

Podobnie, w przypadku groźby wygaśnięcia środków, zamawiający jest świadomy od momentu planowania budżetu na jakich warunkach środki te są dostępne, w związku z czym, takiej sytuacji nie można uznać za powodującą pilność udzielenia zamówienia.

c) **nie dające się przewidzieć okoliczności powodujące pilną potrzebę udzielenia zamówienia nie wynikają z przyczyn leżących po stronie zamawiającego** – co oznacza, że okoliczności te nie mogą być spowodowane działaniem lub zaniechaniem

²⁷ Sprawa dotyczyła postępowania wszczętego w 2004 r., stąd odwołanie do przepisów poprzednio obowiązującej dyrektywy.

²⁸ Orzeczenie ETS z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 *Komisja przeciwko Republice Greckiej* (Zbiory orzecznictwa TE 2005 r., str. I-04713).

zamawiającego, a muszą stanowić konsekwencję okoliczności, które wystąpiły pomimo, że zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie z należytą starannością²⁹.

d) **brak możliwości dochowania terminów przewidzianych dla przetargu nieograniczonego, ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem** – niniejsza przesłanka odnosi się nie tylko do konieczności zachowania podstawowych terminów, ale również do sytuacji, w której niemożliwe jest udzielenie zamówienia z zastosowaniem *tzw. procedury przyspieszonej*, czyli takiej, która pozwala na skrócenie terminów na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia³⁰. Tak wypowiedział się ETS m.in. sprawie C-126/03 stwierdzając, że zamawiający nie może powoływać się na pilną potrzebę udzielenia zamówienia jako przesłankę do odstąpienia od publikacji ogłoszenia o zamówieniu w sytuacji, kiedy jest dość czasu na zastosowanie procedury przyspieszonej.

I.4 Zamówienie z wolnej ręki

Zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą (art. 66 ustawy PZP).

Zgodnie z art. 67 ust. 1 ustawy PZP dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki wymagane jest wystąpienie co najmniej jednej z poniższych okoliczności:

- **dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę:**
 - a) **z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze,**
 - b) **z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów,**
 - c) **w przypadku udzielania zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej.**

²⁹ Wyrok NSA z 2003 r. sygn. akt II SA 2064/01, por. również wyrok ETS z dnia 14 września 2004 r. w sprawie C-385/02 *Komisja przeciwko Republice Włoskiej* (Zbiory orzecznictwa TE 2004 r., str. I-08121)

³⁰ Orzeczenie ETS z dnia 2 sierpnia 1993 r. w sprawie C-107/92 *Komisja przeciwko Republice Włoskiej* (Zbiory orzecznictwa TE 1993 r., str. I-04655); orzeczenie ETS z dnia 18 marca 1992 r. w sprawie C-24/91 *Komisja przeciwko Królestwu Hiszpanii* (Zbiory orzecznictwa TE 1992 r., str. I-01989); orzeczenie ETS z dnia 18 listopada 2004 r. w sprawie C-126/03 *Komisja przeciwko Republice Federalnej Niemiec* (Zbiory orzecznictwa TE 2004 r., str. I-11197); orzeczenie ETS z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 *Komisja przeciwko Republice Greckiej* (Zbiory orzecznictwa TE 2005 r., str. I-04713).

Ad. a) Podstawą zastosowania tej przesłanki jest szczególny charakter danego zamówienia powodujący, że może zostać ono zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę³¹, przy czym nie jest wystarczające, że dany wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie najlepiej bądź w najszerszym zakresie. Musi być on wykonawcą, który jest jako jedyny zdolny do realizacji danego zamówienia publicznego.

Względy techniczne uzasadniające udzielenie zamówienia bez konieczności przeprowadzenia procedury konkurencyjnej muszą mieć charakter zasadniczy, tak aby można było wykazać, że udzielenie zamówienia innemu wykonawcy jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe i że ta okoliczność ma charakter nieprzezwykłalny. Zatem istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, nie budzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania zamawiającego.

Co ważne, należy w tym wypadku brać pod uwagę nie tylko wykonawców prowadzących działalność na terenie Polski, ale również wykonawców pochodzących z innych państw członkowskich UE.

Ponadto, do wykazania, że zamówienie może być wykonane tylko przez jednego wykonawcę nie wystarczy sam fakt, że ma ono złożony charakter, tym bardziej gdy jego realizacja została rozłożona na dłuższy okres³² lub fakt, że przedmiotem zamówienia są urządzenia o specyficznych cechach lub o specyficznych cechach ich montażu³³.

Nie stanowi przesłanki pozwalającej na skorzystanie z trybu z wolnej ręki przekonanie zamawiającego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne, jest w stanie wykonać zamówienie³⁴.

Przykładowo można wskazać, iż za podstawę udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki nie zostały uznane:

- wcześniejsze trudności w udzieleniu zamówienia w trybie konkurencyjnym z uwagi na konieczność unieważnienia kolejnych postępowań ze względu na cenę oferty, czy też przyczyny formalne³⁵;

³¹ Orzeczenie ETS z dnia 18 maja 1995 r. w sprawie C-57/94 *Komisja przeciwko Republice Włoskiej* (Zbiory orzecznictwa TE 1995 r., str. I-01249).

³² Orzeczenie ETS z dnia 14 września 2004 r. w sprawie C-385/02 *Komisja przeciwko Republice Włoskiej* (Zbiory orzecznictwa TE 2004 r., str. I-08121).

³³ Orzeczenie ETS z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 *Komisja przeciwko Republice Greckiej* (Zbiory orzecznictwa TE 2005 r., str. I-04713).

³⁴ Wyrok NSA z dnia 11 września 2000 r. sygn. akt II SA 2074/00; wyrok SN z dnia 6 lipca 2001 r. sygn. akt III RN 16/01.

³⁵ Informacja o wyniku kontroli - sygn. kontroli KZ/1224/08.

- konieczność zapewnienia jednolitej technologii oprogramowania użytkowego, powiązanie oprogramowania poprzez procedury oraz wspólne struktury danych, brak ustabilizowanego repetytorium projektowego, konieczność posiadania szczegółowej wiedzy o zaimplementowanych rozwiązaniach projektowo–technologicznych, ogromne doświadczenie dotychczasowego wykonawcy i znajomość wszystkich szczegółów modyfikacji systemu³⁶.
- udzielenie w trybie z wolnej ręki zamówienia na nadzór z powodu przedłużenia realizacji umowy (art. 67 ust. 1 lit. a ustawy PZP nie może znaleźć zastosowania w sytuacji, gdy na rynku obiektywnie rzecz biorąc istnieją wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działa co najmniej dwóch lub większa liczba podmiotów mogących wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona. Usługa zarządzania i nadzoru nad robotami budowlanymi stanowi usługę o charakterze powszechnym, a tym samym na rynku jest wiele firm, które mogą ją wykonywać. Istnienie konkurencji na rynku w tym zakresie wyklucza możliwość powołania się na dyspozycję art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy. Dla zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) konieczne jest bowiem istnienie trwałego i nieprzewidywalnego monopolu, który ma charakter obiektywny)³⁷.

Ad. b) Zamówienia w trybie z wolnej ręki można udzielić również wykonawcy, któremu odrębne przepisy przyznają *wyłączne prawo* do prowadzenia określonej działalności, co siłą rzeczy powoduje, że jest on jedynym wykonawcą uprawnionym do realizacji danego zamówienia ze względu na posiadane prawa autorskie lub patenty.

Dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o ten przepis konieczne jest zatem stwierdzenie, że istnieje tylko jeden wykonawca zdolny do zrealizowania zamówienia ze względu na konieczność ochrony uregulowanych w odrębnych przepisach praw wyłącznych.

Aby odwołać się do przesłanki praw wyłącznych, nie wystarczy jednak, że dany produkt chroniony jest prawami wyłącznymi – niezbędne jest również wykazanie, że produkty te mogą być wytworzone lub dostarczone tylko przez określonego wykonawcę.

Należy więc wykazać również, że na rynku nie istnieją rozwiązania równoważne rozwiązaniom, objętym prawem autorskim lub patentem, które odpowiadałyby potrzebom zamawiającego. Tym samym, w sytuacji, gdy na rynku istnieje możliwość uzyskania

³⁶ Informacja o wyniku kontroli - sygn. kontroli KZ/1159/08.

³⁷ Informacja o wyniku kontroli - sygn. kontroli KZ/310/08.

zamówienia od innych wykonawców nie może on powoływać się na przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy PZP, ponieważ prowadziłoby to do nierównego traktowania wykonawców.

Przykładowo, nie zostały uznane za okoliczności uzasadniające skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki sytuacje:

- gdy na rynku obok zaproszonej do negocjacji firmy funkcjonują również inni wykonawcy, którzy w ramach swojej działalności gospodarczej realizują usługi objęte danym zamówieniem³⁸;
- jeżeli okoliczności uzasadniające istnienie praw wyłącznych chronionych przepisami prawa miały swoje źródło w zdarzeniach, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający, w szczególności jeżeli wynika to z zaniechań zamawiającego odnośnie konstruowania umów zawartych z wykonawcą projektów odnośnie przeniesienia autorskich praw majątkowych na zamawiającego.

Ad. c) Udzielanie zamówień publicznych w zakresie działalności artystycznej nie musi być poprzedzone przeprowadzeniem procedury konkurencyjnej, w tym w szczególności trybem podstawowym (przetarg nieograniczony lub przetarg ograniczony). Zamawiający są bowiem uprawnieni do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c ustawy PZP, tj. gdy dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę w przypadku udzielania zamówień w zakresie działalności twórczej lub artystycznej. Należy mieć jednak na uwadze, że przesłanka dotycząca zamówień z zakresu działalności twórczej i artystycznej odnosi się do tych zamówień, które cechuje wysoki stopień zindywidualizowania i niepowtarzalności, co przemawia za tym, aby możliwe było udzielenie ich tylko jednemu, konkretnemu wykonawcy. O możliwości zastosowania trybu niekonkurencyjnego decydują więc szczególne, istotne dla zamawiającego cechy artysty lub twórcy, jego pozycja, renoma, czy też walory jego twórczości (dzieł).

Chodzi tu w szczególności o sytuację istnienia swoistego monopolu na rynku z zakresu danej dziedziny kultury i sztuki, a więc gdy wykonanie określonego dzieła przez innego autora nie przyniosłoby zamierzonego rezultatu³⁹.

Skutecznym sposobem weryfikacji jest przeprowadzenie konkursu, który czyni zadość zasadzie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców⁴⁰.

³⁸ Informacja o wyniku kontroli - sygn. kontroli KZ/664/08.

³⁹ Wyrok NSA z dnia 17 lipca 2003 r. sygn. akt II SA 3944/02.

Dla przykładu można wskazać, iż nie zostało uznane za spełniające omówioną przesłankę postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie usługi polegającej na opracowaniu strategii promocji. W ocenie Prezesa Urzędu zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki nie było prawnie uzasadnione w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy, ponieważ usługa będąca przedmiotem postępowania jest usługą, która ma powszechny charakter i na rynku istnieje wielu wykonawców mogących ją wykonać. Oczywistym jest, że poszczególni wykonawcy mogą zaproponować różne formy wykonania zamówienia, oraz że usługa jest objęta ochroną prawnoautorską. Tym niemniej, aby odwołać się do przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c, nie wystarczy, że dane zamówienie ma charakter twórczy lub artystyczny, niezbędne jest również wykazanie, że przedmiot zamówienia może być wytworzony lub dostarczony tylko przez jednego wykonawcę⁴¹.

Zatem nie w każdej sytuacji objęcie przedmiotu zamówienia prawem autorskim będzie uzasadniało skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki.

Powyższe zostało potwierdzone również w wyroku z dnia 6 kwietnia 2006 r. II GSK 7/06 Naczelnego Sądu Administracyjnego⁴², gdzie wyrażony został pogląd, iż *ustawa Prawo zamówień publicznych w pewnym sensie godzi zupełnie różne wartości związane z funkcjonowaniem nowoczesnego państwa - tj. zasady wolnego rynku z jednej strony i konieczną dbałość o finanse publiczne z drugiej strony. Ta reguła (zależność) powinna być brana pod uwagę przy wykładni przepisów Prawa zamówień publicznych, a więc także przy wykładni art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) i c) tej ustawy. Powołane przepisy - przy przyjęciu wspomnianego założenia - nie mogą w istocie pozbawiać podmiotów sektora finansów publicznych uzasadnionego dostępu do określonych dóbr związanych z działalnością twórczą, artystyczną lub do dóbr związanych z ochroną praw wyłącznych, ale nie mogą również być interpretowane w taki sposób, by możliwe było nabycie w trybie zamówienia z wolnej ręki każdego dzieła, z którym są związane czyjeś prawa autorskie. Takich dzieł w sferze szeroko rozumianego rynku towarów i usług jest wiele i gdyby przyjąć, że mogą one być nabywane na zasadach, których stosowania domaga się strona skarżąca, idea zamówień publicznych nie miałaby sensu.*

W przypadku zamówień na dostawy produktów objętych prawami wyłącznymi, aby skorzystać z trybu niekonkurencyjnego, zamawiający powinien wykazać, że nie istnieją produkty równoważne.

⁴⁰ Wyrok NSA z dnia 6 kwietnia 2006 r. sygn. akt II GSK 7/06; wyrok WSA w Warszawie z dnia 14 października 2005 r., sygn. Akt: III SA/Wa 2091/05, LEX 197315.

⁴¹ Informacja o wynikach kontroli - sygn. kontroli KZ/164/09.

⁴² Por. przypis 40.

Należy także zauważyć, że art. 5 ustawy PZP nie wyklucza zastosowania trybów niepoprzedzonych publicznym ogłoszeniem do udzielania zamówień na usługi niepriorytetowe, w tym usługi kulturalne. Przepis ust. 1a tego artykułu stanowi bowiem, iż zamawiający może wszcząć postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki także w innych uzasadnionych przypadkach, niż określone w art. 67 ust. 1 ustawy PZP.

- **przeprowadzono konkurs, o którym mowa w art. 110 ustawy, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej.**

Cytowany przepis pozwala na zaproszenie do negocjacji w trybie z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej.

Przesłanka ta jest podobna do przesłanki umożliwiającej zastosowanie negocjacji bez ogłoszenia z tą różnicą, że w tym przypadku nie ma wymogu zaproszenia do negocjacji przynajmniej dwóch autorów najlepszych prac konkursowych, a wystarczy zaproszenie zwycięzcy konkursu.

Zgodnie z art. 116 ust. 2 pkt 5 ustawy PZP w przypadku, gdy nagrodami w konkursie są zaproszenie do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki, zamawiający w regulaminie konkursu określa zakres szczegółowego opracowania pracy konkursowej stanowiącego przedmiot zamówienia udzielanego w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia. Oznacza to, że zakres przedmiotu zamówienia udzielonego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP powinien być tożsamy z przedmiotem zamówienia przewidzianym do wykonania na etapie konkursu.

Przykładowo, zamawiający nie mógł udzielić zamówienia na wykonanie dokumentacji projektowo – kosztorysowej, które nie były przewidziane na etapie konkursu⁴³.

- **ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.**

Powyższa przesłanka powinna być odczytywana w świetle postanowień art. 31 dyrektywy 2004/18/WE oraz odpowiednio art. 40 dyrektywy 2004/17/WE.

Z uwagi na fakt, że przepisy dyrektyw nie wprowadzają rozróżnienia na procedurę negocjacyjną bez ogłoszenia i na procedurę zamówienia z wolnej ręki, przesłanki zawarte w powyższych artykułach odnoszą się do obu trybów wskazanych w ustawie.

⁴³ Informacja o wynikach kontroli - sygn. kontroli KN/158/09.

Zgodnie z powyższą przesłanką, zastosowanie trybu z wolnej ręki możliwe jest w razie wystąpienia okoliczności powodujących konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia. Przyjmuje się, że *natychmiastowe wykonanie* zamówienia oznacza konieczność jego realizacji *szybciej niż pilnie*, czyli właściwie *z dnia na dzień*.

Jest to zatem przesłanka, z której można skorzystać jedynie w sytuacjach wyjątkowych, wymagających od zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji. *Natychmiastowość* wykonania musi, w myśl omawianego przepisu, być konsekwencją okoliczności, których wcześniej nie dało się przewidzieć, a potrzeba natychmiastowego zrealizowania zamówienia powinna być podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań.

Wystąpienie okoliczności powodujących konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia musi wynikać z przyczyn niezależnych od zamawiającego, okoliczności których nie można było przewidzieć wcześniej, a w zaistniałej sytuacji nie da się zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia⁴⁴, przy czym czynniki te powinny być interpretowane w taki sposób jak w przypadku *pilnej potrzeby* w negocjacjach bez ogłoszenia.

W jednym z kontrolowanych postępowań Prezes Urzędu zwrócił uwagę, że w sytuacji, gdy zamawiający był świadom postępującego procesu likwidacji wykonawcy inwestycji nie można uznać, że potrzeba udzielenia przedmiotowego zamówienia wystąpiła nagle na skutek nieprzewidywalnej okoliczności⁴⁵.

Jako kolejny przykład można przedstawić postępowanie, w którym zamawiający udzielił zamówienia z wolnej ręki powołując się na art. 67 ust. 1 pkt. 3 ustawy PZP. Pilna potrzeba udzielenia zamówienia, której nie mógł on przewidzieć, jako przesłanka do zastosowania tego trybu wynikała w jego ocenie z późnego przekazania w stosunku do oznaczonego terminu zakończenia realizacji zadania środków na jego sfinansowanie zaś niewykonanie projektu spowodowałoby zablokowanie dalszych prac modernizacyjnych⁴⁶. W ocenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego ryzyko utraty środków przyznawanych w szczególności w formie dotacji nie mogło stanowić podstawy udzielenia zamówienia z wolnej ręki z zastosowaniem art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP. Dodatkowo długotrwałe starania o

⁴⁴ Orzeczenie ETS z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 *Komisja przeciwko Republice Greckiej* (Zbiory orzecznictwa TE 2005 r., str. I-04713).

⁴⁵ Informacja o wyniku kontroli - sygn. kontroli KZ/562/08; por. wyrok NSA z dnia 28 maja 1999 r., sygn. akt I SA 2226/98, (www.uzp.gov.pl/zagadnienia-merytoryczne/prawo-krajowe/orzecznictwo-sadowe/sady-administracyjne).

⁴⁶ W zakresie „pilnej potrzeby” por. wyrok ETS z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 *Komisja przeciwko Republice Greckiej* (Zbiory orzecznictwa TE 2005 r., str. I-04713); Wyrok ETS z dnia 14 września 2004 r. w sprawie C-385/02 *Komisja przeciwko Republice Włoskiej* (Zbiory orzecznictwa TE 2004 r., str. I-08121).

przyznanie dotacji powodowały, że zamawiający powinien mieć świadomość możliwości opóźnień w realizacji budowy nie mając wiedzy o tym czy i kiedy dotacja będzie przyznana.⁴⁷

- **w prowadzonych kolejno postępowaniach o udzielenie zamówienia, z których co najmniej jedno prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego, nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.**

Przesłankę można zastosować w przypadku bezskuteczności uprzednio prowadzonych postępowań. W sytuacji, gdy pierwsze postępowanie nie przyniosło rezultatu, zamawiający powinien ponownie wszcząć postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Istotne jest, aby przynajmniej jedno z postępowań było przeprowadzone w trybie podstawowym. Dopiero, kiedy i one nie pozwolą na wyłonienie wykonawcy, zamawiający może skorzystać z trybu z wolnej ręki.

Należy podkreślić, że pierwotne warunki zamówienia nie mogą zostać zmienione w sposób istotny.

Kwestie dotyczące *istotnej zmiany warunków zamówienia* zostały omówione w punkcie odnoszącym się do przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem⁴⁸.

W celu uzupełnienia informacji zawartych w ww. punkcie można przytoczyć przykład jednego z postępowań, w którym Prezes UZP nie uznał za spełniającej omówione przesłanki sytuacji, gdy znacząco został zmieniony przedmiot zamówienia, a poza tym zamawiający istotnie zmienił warunki płatności, wysokość kar umownych, okres i warunki gwarancji oraz wysokość odszkodowania⁴⁹.

- **w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:**

⁴⁷ Wyrok WSA w W-wie z dnia 24 marca 2009 r., sygn. akt V SA/Wa 3123/08 (LEX 507731).

⁴⁸ Patrz pkt I.1 *Negocjacje z ogłoszeniem*.

⁴⁹ Informacja o wyniku kontroli - sygn. kontroli KZ/91/06; interpretacja zaprezentowana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych znajduje także odzwierciedlenie w orzecznictwie ETS - por. orzeczenie ETS z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 *Presstetext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Republice Austrii* (Zbiory orzecznictwa TE 2008 r., str. I-04401).

- a) **z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub**
- b) **wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.**

Zgodnie z niniejszą przesłanką, zamówienia dodatkowe mogą być udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki tylko w przypadku, jeżeli łącznie zaistnieją następujące okoliczności:

- zamówienie dodatkowe zostanie udzielone dotychczasowemu wykonawcy;
- zamówienie dodatkowe dotyczy usług lub robót budowlanych;
- zamówienie dodatkowe nie jest objęte zamówieniem podstawowym;
- zamówienie dodatkowe nie przekracza łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia (czyli wartości umowy zawartej z wykonawcą zamówienia podstawowego);
- zamówienie dodatkowe jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego;
- wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia oraz jeżeli z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby niewspółmiernie wysokich kosztów lub jeżeli wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Udzielenie zamówienia dodatkowego musi zatem być ściśle powiązane z prawidłowym wykonaniem zamówienia podstawowego, tzn. takim wykonaniem tego zamówienia, aby spełniało ono podstawowe wymagania funkcjonalne, zgodne z potrzebami zamawiającego. Udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki zamówienia dodatkowe muszą być niezbędne do wykonania zamówienia podstawowego, natomiast nie mogą służyć jedynie poprawieniu parametrów zamówienia podstawowego, czy rozszerzeniu jego zakresu o elementy, bez których zamówienie podstawowe może funkcjonować.

Konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego musi wynikać z sytuacji niemożliwej do przewidzenia, czyli takiej, której nie można było stwierdzić na etapie przygotowania postępowania przy zachowaniu przez zamawiającego należytej staranności. A zatem, konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego musi być nieprzewidywalna, z obiektywnego punktu widzenia, przed udzieleniem zamówienia podstawowego. Zamówienie

dodatkowe będzie występowało zawsze wtedy, gdy bez jego wykonania niemożliwym będzie realizacja zamówienia podstawowego.

Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP może odnosić się wyłącznie do sytuacji, w której następuje rozszerzenie dotychczasowego zamówienia o usługi lub roboty budowlane nie objęte pierwotnym zamówieniem.

Należy podkreślić, że nie będzie zamówieniem dodatkowym zamówienie, którego należy udzielić w wyniku źle przeprowadzonego przez zamawiającego procesu inwestycyjnego⁵⁰.

Zamówieniem dodatkowym jest tylko takie zamówienie, bez którego wykonania przed zakończeniem realizacji zamówienia podstawowego lub równoległe z nim, zamówienie podstawowe nie może być wykonane.

Dla przykładu, w sprawie będącej przedmiotem kontroli, realizacja umowy podstawowej została zakończona przed udzieleniem zamówienia dodatkowego – wykonawca zrealizował przedmiot zamówienia i otrzymał umówione wynagrodzenie. Tym samym, skoro zamówienie podstawowe mogło zostać ukończone bez usług dodatkowych, przesłanka wskazująca, że wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego jest niemożliwa do zastosowania w przedmiotowej sytuacji.

Dodatkowo, należy wskazać, iż okoliczności istnienia na rynku małej ilości wykonawców mogących zrealizować przedmiotowe zamówienie również nie stanowią podstawy do zastosowania trybu z wolnej ręki⁵¹.

Należy również podkreślić, iż niemożność przewidzenia konieczności udzielenia zamówienia dodatkowego musi mieć charakter obiektywny. Zamawiający nie może powoływać się na ww. przesłankę w sytuacji, gdy na skutek swych zaniechań, czy też zaniezań powstaje konieczność rozszerzenia wykonania zakresu zamówienia innego niż pierwotnie zakładany⁵².

- **w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.**

⁵⁰ Wyrok NSA z dnia 22 marca 2000 r. sygn. akt II SA 2169/99.

⁵¹ Informacja o wyniku kontroli - sygn. kontroli KZ/1068/08.

⁵² Informacja o wyniku kontroli - sygn. kontroli KZ/177/08.

Niniejsza przesłanka pozwala na udzielenie zamówień uzupełniających w trybie z wolnej ręki w okresie 3 lat od chwili udzielenia zamówienia podstawowego. Za moment udzielenia zamówienia podstawowego należy uznać podpisanie umowy z wybranym wykonawcą, a nie zakończenie realizacji zamówienia podstawowego⁵³.

Zamówienia uzupełniające muszą być udzielone dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, nie mogą przekraczać 50% wartości zamówienia podstawowego (czyli szacunkowej wartości zamówienia podstawowego - netto⁵⁴) i muszą polegać na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówienia.

Ponadto, aby możliwe było skorzystanie z niniejszej przesłanki, zamówienie podstawowe powinno zostać udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a w ogłoszeniu o zamówieniu powinny zostać przewidziane zamówienia uzupełniające⁵⁵.

Zamówienia uzupełniające powinny dotyczyć przedmiotu zamówienia określonego w *specyfikacji istotnych warunków zamówienia* sporządzonej dla zamówienia podstawowego.

Aby określone zamówienia np. na roboty budowlane mogły zostać uznane za zamówienia uzupełniające w myśl art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP, nie mogą one dotyczyć takich robót, których wykonania zamawiający nie planował na etapie udzielenia zamówienia podstawowego, i których konieczność wykonania pojawiła się po zawarciu umowy w sprawie zamówienia podstawowego.

Z niniejszej przesłanki zamawiający może skorzystać w sytuacji, gdy już na etapie przygotowywania postępowania wie, że kolejny etap prac polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zadania będzie chciał powierzyć temu samemu wykonawcy.

- **w przypadku udzielania, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy dostaw, zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 20% wartości zamówienia podstawowego i polegających na rozszerzeniu dostawy, jeżeli zmiana wykonawcy powodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze,**

⁵³ Orzeczenie ETS z dnia 14 września 2004 r. w sprawie C-385/02 *Komisja przeciwko Republice Włoskiej* (Zbiory orzecznictwa TE 2004 r., str. I-08121).

⁵⁴ Zgodnie z art. 32 ustawy PZP podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.

⁵⁵ Wzór ogłoszenia o zamówieniu stanowi załącznik nr 1 do Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. Nr 12, poz. 69). Zgodnie z rozporządzeniem, informacje o tym, czy przewiduje się udzielenie zamówień uzupełniających i określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówień uzupełniających zamieszcza się w sekcji II ogłoszenia „Przedmiot zamówienia”, w pkt II.1.4.

jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Niniejsza przesłanka pozwala na skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki w sytuacji udzielenia zamówień uzupełniających na dostawy.

Udzielenie zamówień w tym trybie jest możliwe w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, zamówienia muszą zostać udzielone dotychczasowemu wykonawcy, a wartość zamówień uzupełniających nie może przekroczyć 20% wartości zamówienia podstawowego (czyli wartości szacunkowej zamówienia podstawowego – netto⁵⁶).

Zamówienia uzupełniające powinny polegać na rozszerzeniu dostawy i można udzielić ich dotychczasowemu wykonawcy, jeżeli zmiana wykonawcy powodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co spowodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze. Zamawiający powinien zatem być w stanie wykazać, że udzielenie zamówienia innemu wykonawcy powodowałoby konieczność nabycia np. sprzętu, wyprodukowanego przy użyciu odmiennej technologii, w wyniku czego mogłyby powstać niezgodności techniczne lub nieproporcjonalne techniczne utrudnienia w użyciu lub utrzymaniu tego sprzętu⁵⁷.

Warunkiem, który musi być spełniony łącznie z poprzednimi jest udzielenie zamówienia podstawowego w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego. Zamawiający powinien również przewidzieć zamówienia uzupełniające w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego⁵⁸, a zamówienia uzupełniające powinny dotyczyć przedmiotu określonego w specyfikacji zamówienia podstawowego.

Należy pamiętać, że zgodnie z art. 32 ust. 3 ustawy, przy ustalaniu wartości zamówienia publicznego, obok wartości zamówienia podstawowego należy uwzględnić również wartość przewidywanych zamówień uzupełniających. Wartość zamówień uzupełniających powinna być przy tym określana w taki sam sposób jak wartość zamówienia podstawowego (z uwagi na tożsamość przedmiotu zamówienia).

- **możliwe jest udzielenie zamówienia na dostawy na szczególnie korzystnych warunkach w związku z likwidacją działalności innego podmiotu, postępowaniem egzekucyjnym albo upadłościowym.**

⁵⁶ Por. przypis 54.

⁵⁷ Orzeczenie ETS z dnia 8 kwietnia 2008 r. w sprawie C-337/05 *Komisja przeciwko Republice Włoskiej* (Zbiory orzecznictwa TE 2008 r., str. I-02173).

⁵⁸ Por. przypis 55.

Niniejsza przesłanka pozwala na zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, gdy łącznie zachodzą następujące okoliczności:

- przedmiotem zamówienia jest dostawa;
- zachodzą szczególnie korzystne warunki udzielenia danego zamówienia;
- szczególnie korzystne warunki udzielenia zamówienia istnieją w związku z likwidacją działalności innego podmiotu, postępowaniem egzekucyjnym albo upadłościowym.

Ocena zaistnienia *szczególnie korzystnych warunków* udzielenia danego zamówienia publicznego została pozostawiona zamawiającemu, który musi porównać dane warunki z przeciętnymi warunkami rynkowymi. Nie wystarczy jednak, aby dane warunki były „lepsze” lub tylko „korzystniejsze” od tych funkcjonujących na rynku. Aby możliwe było skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki, warunki udzielenia zamówienia muszą być *szczególnie korzystne* (np. możliwość uzyskania zdecydowanie niższej ceny od tej funkcjonującej na rynku) i obligatoryjnie związane z likwidacją działalności innego podmiotu, postępowaniem egzekucyjnym albo upadłościowym⁵⁹.

- **zamówienie na dostawy jest dokonywane na giełdzie towarowej w rozumieniu przepisów o giełdach towarowych, w tym na giełdzie towarowej innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego.**

Zgodnie z niniejszą przesłanką, zamawiający może zastosować tryb zamówienia z wolnej ręki w przypadku zamówień na dostawy, które jest dokonywane na giełdzie towarowej, w tym na giełdzie towarowej innych państw członkowskich EOG.

Zgodnie z art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych⁶⁰, przez *giełdę towarową* rozumie się zespół osób, urządzeń i środków technicznych zapewniający wszystkim uczestnikom obrotu jednakowe warunki zawierania transakcji giełdowych oraz jednakowy dostęp w tym samym czasie do informacji rynkowych, a w szczególności do informacji o kursach i cenach towarów giełdowych oraz o obrotach towarami giełdowymi.

- **zamówienie jest udzielane przez placówkę zagraniczną w rozumieniu przepisów o służbie zagranicznej, a jego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.**

⁵⁹ Tryb postępowania egzekucyjnego uregulowany jest w Ustawie z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (Dz. U 2005, Nr 229, poz. 1954) zaś postępowania upadłościowego w Ustawie z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (Dz. U. 2009, Nr 175, poz. 1361 z późn. zm.).

⁶⁰ Dz. U. 2010 r. Nr 48, poz. 284 z późn. zm.

Możliwość zastosowania niniejszej przesłanki dotyczy wyłącznie postępowań prowadzonych przez polskie placówki zagraniczne w rozumieniu ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o służbie zagranicznej⁶¹.

Zgodnie z art. 4 ustawy o służbie zagranicznej „placówka zagraniczna RP” jest to przedstawicielstwo dyplomatyczne, stałe przedstawicielstwo przy organizacji międzynarodowej, urząd konsularny, instytut polski lub inna placówka podległa ministrowi właściwemu do spraw zagranicznych, mająca siedzibę poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej.

Niniejsza przesłanka, pozwalająca na zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, odnosi się po pierwsze do podmiotu udzielającego zamówienia publicznego, (nie jest zatem dopuszczalne skorzystanie z niniejszej przesłanki przez zamawiających nie posiadających statusu placówek zagranicznych w rozumieniu ustawy o służbie zagranicznej, w drodze wykładni rozszerzającej) oraz po drugie do wartości zamówienia.

Możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o niniejszy przepis dotyczy jedynie postępowań udzielanych przez placówki zagraniczne, których wartość zamówienia jest mniejsza od tzw. progów unijnych⁶². Nie ma natomiast znaczenia przedmiot zamówienia publicznego. Zamówienie może być udzielone zarówno na usługi, dostawy jak i roboty budowlane.

- **zamówienie jest udzielane na potrzeby własne jednostki wojskowej w rozumieniu przepisów o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa, a jego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP.**

Aby możliwe było skorzystanie z niniejszej przesłanki, zamówienie musi być udzielone na potrzeby własne jednostki wojskowej w rozumieniu przepisów o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa⁶³, przy czym wartość takiego zamówienia musi być mniejsza od tzw. progów unijnych⁶⁴.

Wprowadzenie niniejszej przesłanki było podyktowane trudnościami w stosowaniu przez jednostki wojskowe trybów konkurencyjnych w krajach, gdzie rynek dostaw, usług i robót budowlanych jest słabo rozwinięty.

⁶¹ Dz. U. 2001 r. Nr 128, poz. 1403 z późn. zm.

⁶² Por. przypis 16.

⁶³ Ustawa z dnia 17 grudnia 1998 r. o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa (Dz. U. Nr 162, poz. 1117 z późn. zm.).

⁶⁴ Por. przypis 16.

Niniejsza przesłanka, pozwalająca na zastosowanie trybu zamówienia publicznego z wolnej ręki ma na celu poprawę funkcjonowania jednostek wojskowych poprzez uproszczenie realizacji zamówień na potrzeby własne, co w konsekwencji przyczyni się do zwiększenia bezpieczeństwa polskich żołnierzy w rejonie działania jednostek poza granicami państwa.

I.5 Zapytanie o cenę

Zapytanie o cenę to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający kieruje pytanie o cenę do wybranych przez siebie wykonawców i zaprasza ich do składania ofert (art. 69 ustawy PZP).

Zgodnie z przesłanką zawartą w art. 70 ustawy PZP:

Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zapytania o cenę, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych, a wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP.

W świetle zacytowanego przepisu, zamawiający może posłużyć się tym trybem wyłącznie w sytuacji, gdy spełnione są dwie wymienione w nim i interpretowane ściśle przesłanki, tj. przedmiotem zamówienia mogą być tylko dostawy lub usługi powszechnie dostępne na rynku o znormalizowanych standardach, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP⁶⁵.

Z uwagi na pozaprzetargowy charakter zapytania o cenę, przesłanki jego zastosowania powinny być interpretowane w sposób ścisły, a wszelkie wątpliwości co do zasadności udzielania zamówienia w tym trybie powinny przemawiać za zastosowaniem procedury otwartej tj. przetargiem nieograniczonym bądź ograniczonym.

Ustawa PZP nie określa bliżej co należy rozumieć przez *dostawy powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych*. Kierując się wykładnią językową, ustawowe pojęcie *powszechnie dostępny* należałoby rozumieć jako „dotyczący wszystkich, wszystkiego”, pospolity, masowy, seryjny, popularny.

Podobnie, pod pojęciem *ustalone standardy jakościowe* należy rozumieć: typy lub gatunki (dostaw/usług) dokładnie określone, znormalizowane, odpowiadające przeciętnym, standardowym, a nie specyficznym wymaganiom (normom), nie wymagające indywidualnego podejścia.

Przez *powszechną dostępność dostaw lub usług* należy rozumieć zatem oferowanie dóbr o pożądanej charakterystyce przez liczne podmioty na rynku, co umożliwia łatwy dostęp do tych dóbr praktycznie nieograniczonej grupie konsumentów, co z kolei łączy się wprost z

⁶⁵ Por. przypis 16.

powszechną konsumpcją takich dóbr czy usług. Oznacza to, że tryb zapytania o cenę nie może być wykorzystywany do nabywania towarów lub usług specjalistycznych, przeznaczonych dla wąskiego kręgu odbiorców, o dostępności ograniczonej do nielicznych, specjalistycznych wykonawców⁶⁶. Nie można go więc stosować do zamówień na wszelkie nietypowe usługi, wymagające szczególnych kwalifikacji bądź usługi wyjątkowego zastosowania.

Do usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych z całą pewnością nie można zaliczyć usług eksperckich, usług koordynatorów projektów, usługi pełnienia roli inżyniera kontraktu⁶⁷.

Wyrokiem Sadu Okręgowego w Poznaniu z dnia 7 lipca 2010 r.⁶⁸ potwierdzona została niedopuszczalność stosowania trybu zapytania o cenę przy nabywaniu usługi nadzoru inwestorskiego. W ocenie Sądu posiadany katalog uprawnień, zamknięty krąg osób które mogą pełnić funkcję inspektora nadzoru budowlanego, powodują że usługa pełnienia takiego nadzoru nie może być uznana za usługę powszechnie dostępną o ustalonych standardach jakościowych. Ponadto, o powszechnej dostępności nie może jedynie świadczyć znaczna ilość osób posiadających uprawnienia inspektora budowlanego na danym terenie, natomiast pełnienie samodzielnej funkcji w procesach budowlanych, przeznaczonej jedynie dla osób posiadających odpowiednie kwalifikacje, potwierdzone złożonym egzaminem nie powoduje, że pełnienie nadzoru jest usługą o ustalonych standardach jakościowych. Sąd w uzasadnieniu wyroku podzielił jednocześnie stanowisko wyrażone w orzeczeniu Regionalnej Komisji Orzekającej w Poznaniu z dnia 17 września 2007 r.⁶⁹, zgodnie z którym usługa pełnienia roli inżyniera kontraktu nie posiada cech usługi standardowej (typowej) i z tego powodu nie może mieć charakteru usługi powszechnie dostępnej o ustalonych standardach jakościowych. Jako przykład usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach Sąd wskazał usługi sprzątnięcia pomieszczeń, mycia szyb, prania, usługi żywienia, proste usługi poligraficzne, usługi translatorskie itp. Zdaniem Sądu tryb zapytania o cenę nie ma też zastosowania do dostaw i usług bardzo skomplikowanych, specjalistycznych, wymagających indywidualnego podejścia do potrzeb zamawiającego. Powszechna dostępność istnieje gdy wiele firm z danej branży jest w stanie wykonać zamówienie bez specjalnych przygotowań.

⁶⁶ Podobnie - Główna Komisja Orzekająca w orzeczeniu z dnia 5 lutego 2001 r. sygn. DF/GKO/Odw.-255/432/RN-146/00.

⁶⁷ Tak: Regionalna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych w orzeczeniu z dnia 17 września 2007 r. sygn. 0965-DB/94/07.

⁶⁸ Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu, Wydział XIII Cywilny Zamiejscowy w Lesznie, z dnia 7 lipca 2010 r. sygn. akt XIII C 332/10/3.

Wyjaśnienie: w kontekście stanu faktycznego sprawy rozstrzygniętej niniejszym wyrokiem jak i obowiązujących regulacji prawnych, należy zaznaczyć, iż pomimo posługiwania się przez sąd terminem inspektora nadzoru budowlanego przedmiotowe orzeczenie dotyczy pełnienia funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego.

⁶⁹ Patrz przypis 61.

Ustalone standardy jakościowe mogą wynikać z przepisów prawa ale także z pewnych zwyczajowo przyjętych schematów działania wykonawców. Jako przykłady dostaw i usług można podać: dostawy materiałów biurowych, artykułów spożywczych, środków czystości, standardowych mebli, usługi sprzątania pomieszczeń biurowych, wywóz nieczystości stałych, konserwacje i naprawy standardowych maszyn i urządzeń.

Przesłankę art. 70 ustawy PZP należałoby zatem rozumieć jako możliwość realizacji typowych w danej branży zamówień, przez większość podmiotów tej branży.

Ponadto, przez *ustalone standardy jakościowe* pojmowane jako „przeciętne typy, wzorce, rodzaje (gatunki), wyroby odpowiadające przeciętnym wymaganiom” należy rozumieć zarówno standardy wynikające z przyjętych dla tych produktów norm określonych przepisami prawa przedmiotu świadczenia, jak i wymagań przyjętych jako normy w powszechnym odbiorze konsumenckim.

Istotną cechą produktów lub usług zamawianych w trybie zapytania o cenę powinna być więc ich typowość, gwarantująca zamawiającemu porównanie cen takiego samego rodzaju produktów czy usług, oferowanych przez różnych dostawców lub wykonawców, poprzez podanie nazwy produktu lub usługi i określenie podstawowych ich parametrów czy zakresu.

Jak wskazała Główna Komisja Orzekająca w orzeczeniu z dnia 26 lutego 2001 r.⁷⁰, „(...) zamawiający formułując zapytanie o cenę, powinien na tyle jednoznacznie i ściśle określić przedmiot zamówienia oraz warunki jego realizacji, aby jedynym elementem odpowiedzi oferentów była cena. Dlatego też przedmiotem zamówienia w trybie zapytania o cenę winny być wyroby gotowe, a standardy przedmiotu zamówienia powszechnie znane, określone już w czasie rozpoczęcia postępowania o udzielenie zamówienia (...)”.

W konsekwencji, tryb zapytania o cenę może być stosowany tylko w odniesieniu do takich dostaw lub usług, których standardy jakościowe nie są ustalane indywidualnie przez zamawiającego, na jego konkretne potrzeby, ale zamawiający zaspokaja swoje potrzeby poprzez nabywanie towarów lub usług ogólnie dostępnych, powszechnie oferowanych, takich jakie są de facto oferowane wszystkim, ewentualnie zainteresowanym ich zakupem.

Jak zostało już wyżej wskazane - rzeczy i usługi powszechnie dostępne to takie, które jako dobra popularne są wszędzie na rynku oferowane i wykonywane przez wszystkich wykonawców działających w określonej branży. Można je nabywać bez względu na miejscowość i czas. Natomiast przyjęcie, że określone usługi są *standardowe* oznacza, iż niezależnie od faktu, kto będzie ich wykonawcą, jedyną różnicą będą zaoferowane ceny (tzn. sam przedmiot będzie zestandaryzowany - identyczny, niezależnie od tego, który z wykonawców go wykona). Na rynku dostaw, w trybie zapytania o cenę mogą zostać

⁷⁰ Sygn. DF/GKO/Odw.-279/471-472/2000.

zakupione np. artykuły biurowe, produkty spożywcze różnego asortymentu, opał, paliwo. Rynek takich usług to m.in. proste usługi poligraficzne, usługi utrzymania czystości lub usługi pralnicze.

Natomiast, do kategorii usług, określonych w art. 70 ustawy PZP w szczególności nie można zaliczyć usług szkoleniowych, albowiem wymagają od podmiotów oferujących ich wykonanie szczególnych cech bądź kwalifikacji odpowiadających ich przedmiotowi.

Do kategorii dostaw oraz usług powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych **nie można zakwalifikować również m. in.:**

- usług polegających na usuwaniu produktów niebezpiecznych - z uwagi na ich wysokospecjalistyczny charakter oraz konieczność uzyskania przez wykonawców odpowiednich uprawnień oraz pozwoleń, w tym posiadania szczególnych kwalifikacji wskazanych w ustawie z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach⁷¹;
- usług pełnienia funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego - albowiem funkcja ta może być pełniona wyłącznie przez osoby lub podmioty zatrudniające osoby posiadające wymagane uprawnienia budowlane w zakresie pełnienia funkcji nadzoru inwestorskiego w danej specjalności. Przy wykonywaniu przedmiotowej usługi istotne znaczenie odgrywają kwalifikacje danego wykonawcy, jego wiedza i doświadczenie wyniesione z wcześniej świadczonych usług na inwestycjach podobnych pod względem rodzaju, skomplikowania oraz wielkości do tej, na której nadzór ma być pełniony. W konsekwencji, konkretnej usługi nadzoru inwestorskiego nie może świadczyć każdy podmiot działający w branży, lecz tylko te podmioty, które spełniają, poza posiadaniem uprawnień budowlanych, także inne warunki udziału w postępowaniu, uwarunkowane specyfiką przedmiotu zamówienia. Ponadto, nie ma podstaw do uznania, iż usługa nadzoru inwestorskiego posiada ustalone standardy jakościowe. Niewątpliwie przepisy prawa budowlanego określają zadania i obowiązki inspektora nadzoru inwestorskiego, jednakże ich szczegółowy i konkretny zakres jest określony w umowie zawartej z inwestorem, a z kolei postanowienia umowy wynikają przede wszystkim z charakteru inwestycji, na której inspektor będzie pełnił swoje obowiązki. Stąd też, nie można twierdzić, iż usługa nadzoru inwestorskiego może mieć charakter typowy, standardowy i z tego powodu posiadać ustalone standardy jakościowe⁷².

⁷¹ Dz. U. z 2007 r. Nr 39, poz. 251 z późn. zm.

⁷² Informacja o wynikach kontroli - sygn. kontroli KN/70/09.

- opracowania studium wykonalności, zarządzania i rozliczania projektów unijnych - z uwagi na profesjonalny charakter oraz wymóg posiadania fachowej wiedzy⁷³;
- usług opracowania programu funkcjonalno-użytkowego - ponieważ wiążą się z koniecznością dokładnego opisu zadania budowlanego wraz z określeniem przeznaczenia robót budowlanych, a także sporządzenia fachowego opisu stawianych wymagań technicznych, ekonomicznych, architektonicznych, materiałowych i funkcjonalnych. Wymagania zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia powinny być uzależnione od specyfiki obiektu budowlanego tzn. m. in. od przygotowania terenu budowy, architektury, potrzebnych instalacji, wymaganego wykończenia, czy zagospodarowania terenu. Powyższe wskazuje, iż sporządzenie ww. programu wymaga posiadania specjalnych kwalifikacji dostosowanych do rodzaju i stopnia skomplikowania opracowywanego programu funkcjonalno - użytkowego. Podkreślić również należy, iż wprawdzie zakres i formę jakiej ma odpowiadać projekt funkcjonalno - użytkowy określają przepisy prawa, to jego szczegółowy i konkretny zakres powinien zostać określony w umowie zawartej przez zamawiającego z wykonawcą uwzględniającej specyfikę projektowanego obiektu budowlanego. Usługi tej nie charakteryzuje powszechna dostępność oraz nie istnieją przeciętne (typowe, standardowe) wzorce jej wykonywania. Analogicznie, kryteriów określonych w art. 70 ustawy PZP nie spełniają usługi opracowania projektu budowlanego lub architektoniczno - budowlanego;
- dostaw specjalistycznego sprzętu medycznego - z uwagi na brak cechy powszechnej dostępności i zachowywania ustalonych standardów jakościowych.

ROZDZIAŁ II

MOŻLIWOŚĆ ZASTOSOWANIA TRYBÓW INNYCH NIŻ PRZETARGOWE W OPARCIU O ART. 5 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Nowelizacja ustawy wprowadzona *ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw*⁷⁴ wprowadziła zmiany w zakresie zamówień, których przedmiotem są tzw. usługi niepriorytetowe, ograniczając możliwość zastosowania trybów innych niż przetargowe do udzielania tego rodzaju zamówień.

Podział usług na priorytetowe i niepriorytetowe ma istotne znaczenie z punktu widzenia stosowania przepisów ustawy. Zgodnie z dyrektywami, reżimem udzielania zamówień w

⁷³ Informacja o wynikach kontroli - sygn. kontroli KN/40/09.

⁷⁴ Dz. U. Nr 223, poz. 1778.

pełni objęte są zamówienia na usługi priorytetowe, których wykazy znajdują się w załącznikach IIA dyrektywy klasycznej i XVIIIA dyrektywy sektorowej⁷⁵. Natomiast w odniesieniu do zamówień na usługi niepriorytetowe zastosowanie znajdują, poza przepisami części ogólnej dyrektyw (takimi jak: zakres podmiotowy, zakres przedmiotowy, podstawowe zasady itp.), przepisy dotyczące niedyskryminującego opisu przedmiotu zamówienia i ogłoszeń o udzieleniu zamówienia⁷⁶.

Zgodnie ze znowelizowanym brzmieniem art. 5 ust. 1 ustawy, do postępowań o udzielenie zamówień, których przedmiotem są usługi niepriorytetowe, nie stosuje się przepisów dotyczących:

- terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert,
- obowiązku żądania wadium,
- obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy,
- przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej.

Co do zasady, udzielanie zamówień na usługi niepriorytetowe następuje w trybach, w których ma miejsce publikacja ogłoszenia o zamówieniu. Tym samym, poza trybami podstawowymi: przetargiem nieograniczonym i przetargiem ograniczonym, zamawiający ma nieograniczoną możliwość udzielania tego rodzaju zamówień w trybach negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego, a także w trybie licytacji elektronicznej. W tym ostatnim przypadku podkreślenia wymaga swoboda wyboru tego trybu do udzielania zamówień na usługi niepriorytetowe niezależnie od wartości zamówienia, a zatem również powyżej progów unijnych.

Na mocy dodanego nowelizacją art. 5 ust. 1a ustawy, zamawiającemu przysługuje również uprawnienie do zastosowania trybów negocjacji bez ogłoszenia i zamówienia z wolnej ręki, poza przypadkami enumeratywnie wymienionymi odpowiednio w art. 62 ust. 1 i art. 67 ust. 1 ustawy, również w innych, uzasadnionych przypadkach. Taka możliwość powstaje, w szczególności, jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków, naruszeniem zasad dokonywania wydatków w wysokości i w terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych

⁷⁵ Zob. art. 20 dyrektywy klasycznej i art. 31 dyrektywy sektorowej.

⁷⁶ Zob. art. 21 dyrektywy klasycznej i art. 32 dyrektywy sektorowej.

zobowiązań, poniesieniem straty w mieniu publicznym czy uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań.

Wymienione wyżej przypadki pozwalające na zastosowanie negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki zostały wskazane w ustawie jedynie przykładowo. Ustawa nie określa co należy rozumieć pod pojęciem „innych uzasadnionych przypadków”, należy jednak podkreślić, że możliwość stosowania trybów nie poprzedzonych ogłoszeniem o zamówieniu stanowi odstępstwo od podstawowych zasad, takich jak np. zasada przejrzystości i w związku z tym przesłanki pozwalające na ich zastosowanie powinny być interpretowane ściśle i wręcz zawężająco. Możliwość przewidziana w art. 5 powinna ponadto uwzględniać zasadę proporcjonalności, a zatem powinna być stosowana tylko w takim zakresie, w jakim tych samych celów nie da się osiągnąć za pomocą środków mniej ograniczających konkurencję.

Jedyny wyjątek od zasady wprowadzonej art. 5 ust. 1a ustawy PZP dotyczy usług prawniczych polegających na wykonywaniu zastępstwa procesowego przed sądami, trybunałami lub innymi organami orzekającymi lub doradztwie prawnym w zakresie zastępstwa procesowego lub jeżeli wymaga tego ochrona ważnych praw lub interesów Skarbu Państwa. Mocą dodanego art. 5 ust. 1b ustawy, w odniesieniu do tego rodzaju zamówień przepisy dotyczące przesłanek wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia i zamówienia z wolnej ręki nie znajdują zastosowania. Celem wprowadzenia tej zmiany było zapewnienie właściwej ochrony interesów Skarbu Państwa.

W tym miejscu trzeba zaznaczyć, że udzielanie zamówień na usługi niepriorytetowe w trybie zapytania o cenę będzie możliwe jedynie w przypadku spełnienia przesłanek określonych w art. 70 ustawy, tj. jedynie w przypadku udzielania zamówień o wartości poniżej progów, których przedmiotem są usługi powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych.

Jednocześnie należy zauważyć, że w odniesieniu do zamówień na usługi niepriorytetowe, których wartość jest równa lub przekracza wspomniane wyżej wartości progowe, zachodzi obowiązek zawiadomiania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o zastosowaniu trybów negocjacji bez ogłoszenia i zamówienia z wolnej ręki przewidziany w art. 62 ust. 2 i 67 ust. 2 ustawy. Ma to służyć zwiększeniu przejrzystości udzielania zamówień tego rodzaju.

ROZDZIAŁ III

SZCZEGÓLNE UREGULOWANIA W ZAKRESIE ZAMÓWIEŃ SEKTOROWYCH

Regulacje odnoszące się do zamówień sektorowych zostały zawarte w dziale III, rozdziale 5 ustawy, transponującym na grunt prawa polskiego wymagania ujęte w dyrektywie sektorowej.

Podstawową różnicą w stosunku do zamówień „klasycznych” jest fakt, że zamawiający organizujący postępowania w ramach zamówień sektorowych są zobowiązani do stosowania przepisów ustawy PZP w przypadku postępowań przekraczających progi unijne (art. 133 ust. 1 ustawy PZP), co oznacza, że do postępowań poniżej progów zamawiający są zobowiązani do przestrzegania zasad traktatowych, nie muszą natomiast stosować procedur przewidzianych ustawą.

Drugą zasadniczą różnicą jest rozszerzenie katalogu trybów podstawowych o negocjacje z ogłoszeniem (art. 134 ust. 1 ustawy PZP). Tryb ten, inaczej niż w przypadku zamówień „klasycznych” może być stosowany w odniesieniu do zamówień sektorowych bez konieczności realizacji przesłanek zawartych w art. 55 ustawy.

Wśród trybów niekonkurencyjnych, możliwych do zastosowania jedynie w ściśle określonych sytuacjach, w przypadku których konieczne jest spełnienie dodatkowych warunków, ustawa wymienia tryb negocjacji bez ogłoszenia (art. 134 ust. 5) oraz tryb zamówienia z wolnej ręki (art. 134 ust. 6).

III.1 Negocjacje bez ogłoszenia

Zgodnie z art. 134 ust. 5 ustawy zamawiający może skorzystać z trybu negocjacji bez ogłoszenia w przypadku:

- **gdy zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w art. 62 ust. 1 ustawy**

Przesłanka odsyła do przesłanek zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia dla kategorii zamówień klasycznych.

A zatem, żeby możliwe było skorzystanie z tego trybu konieczne jest, aby zachodziła co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- 1) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ze względu na ich

niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;

- 2) został przeprowadzony konkurs, o którym mowa w art. 110 ustawy, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych;
 - 3) przedmiotem zamówienia są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, a nie w celu zapewnienia zysku lub pokrycia poniesionych kosztów badań lub rozwoju⁷⁷;
 - 4) ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.
- **gdy w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie negocjacji z ogłoszeniem nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w sposób istotny zmienione.**

III.2 Zamówienie z wolnej ręki

Zgodnie z art. 134 ust. 6 ustawy PZP, zamówienia sektorowego można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki w sytuacjach, gdy:

- **zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1-5 oraz pkt 8 i 9 ustawy;**

Artykuł odsyła do przesłanek pozwalających na zastosowanie trybu z wolnej ręki w przypadku zamówień klasycznych, czyli do sytuacji, gdy:

- 1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę:
 - a) z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze,
 - b) z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów,

⁷⁷ Por. przypis 15.

- c) w przypadku udzielania zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej;
- 2) przeprowadzono konkurs, o którym mowa w art. 110 ustawy, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej;
- 3) ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia;
- 4) w prowadzonych kolejno postępowaniach o udzielenie zamówienia, z których co najmniej jedno prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego, nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;
- 5) w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli:
 - a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub
 - b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego;

oraz w sytuacjach, gdy:

- 1) możliwe jest udzielenie zamówienia na dostawy na szczególnie korzystnych warunkach w związku z likwidacją działalności innego podmiotu, postępowaniem egzekucyjnym albo upadłościowym;
- 2) zamówienie na dostawy jest dokonywane na giełdzie towarowej w rozumieniu przepisów o giełdach towarowych, w tym na giełdzie towarowej innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego;

- w związku z trwającymi przez bardzo krótki okres szczególnie korzystnymi okolicznościami możliwe jest udzielenie zamówienia po cenie znacząco niższej od cen rynkowych,
- jeżeli udziela się, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i dotyczy przedmiotu zamówienia w nim określonego;
- w przypadku udzielania, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy dostaw, zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na rozszerzeniu dostawy, jeżeli zmiana wykonawcy powodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i dotyczy przedmiotu zamówienia w niej określonego.

ROZDZIAŁ IV

POZOSTAŁE UREGULOWANIA W ZAKRESIE TRYBÓW INNYCH NIŻ PRZETARGOWE

Obowiązek informowania Prezesa UZP

Zgodnie z art. 62 ust. 2 ustawy, zamawiający decydując się na wybór trybu negocjacji bez ogłoszenia, w sytuacji gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza określone wartości

progowe⁷⁸, jest zobowiązany, w terminie 3 dni od chwili wszczęcia postępowania, zawiadomić Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wyborze trybu, podając przy tym uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu.

Podobnie, w przypadku wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, zgodnie z dyspozycją art. 67 ust. 2 ustawy, w sytuacji gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. wartości progowe, zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania zawiadamia Prezesa Urzędu. Obowiązkiem zamawiającego działającego z należytą starannością jest właściwe sformułowanie uzasadnienia zastosowania trybu z wolnej ręki, tak w zakresie faktycznym, jak i prawnym.

Przepis art. 67 ust. 3 ustawy PZP określa sytuacje, w których zamawiający nie jest zobowiązany do poinformowania Prezesa UZP o wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki.

Obowiązek informowania Prezesa UZP o wyborze jednego z ww. trybów niekonkurencyjnych służy zwiększeniu przejrzystości udzielania zamówień publicznych i może skutkować dla zamawiającego wszczęciem postępowania wyjaśniającego oraz/lub kontroli w przypadkach uzasadnionego podejrzenia naruszenia ustawy.

Obowiązek ten nie dotyczy wszystkich zamówień publicznych lecz jedynie tych, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi (o ile nie zachodzi okoliczność wymieniona w art. 67 ust. 3 ustawy).

Warto podkreślić, iż dla robót budowlanych próg, od którego wymagane jest przekazanie Prezesowi Urzędu informacji o wyborze trybu jest taki sam jak dla zamówień na dostawy i usługi.

Możliwość publikowania ogłoszeń o zamiarze zawarcia umowy

Nowelizacja ustawy dokonana *ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw* wdrażając postanowienia dyrektywy odwoławczej 2007/66/WE⁷⁹ wprowadziła nowy typ ogłoszenia – ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy.

⁷⁸ Por. przypis 16.

⁷⁹ Dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. U. L 335 z dn. 20.12.2007, str. 31).

Wzór ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, do publikacji w Biuletynie Zamówień Publicznych określa *rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. Nr 12, poz. 69)*.

Podkreślić należy, że ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy ma charakter fakultatywny i jego zamieszczenie jest pozostawione uznaniu zamawiającego.

Rozwiązanie to ma umożliwić wykonawcom pozyskanie wiedzy w przedmiocie udzielania przez zamawiających zamówień w trybach niepoprzedzonych publikacją ogłoszenia o zamówieniu, w celu umożliwienia im ewentualnego zakwestionowania ich wyboru w przypadku, gdy nie zachodzą przesłanki do ich zastosowania. Z drugiej strony, zamieszczenie ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* chroni zamawiającego przed zawarciem umowy, która ewentualnie będzie mogła zostać unieważniona oraz skraca czas, w jakim potencjalni wykonawcy są uprawnieni do kwestionowania dokonanego przez zamawiającego wyboru trybu (art. 182 ust. 3 ustawy).

Gdyby zamawiający nie opublikował takiego ogłoszenia termin do wniesienia odwołania dla wykonawców biegłby od dnia zamieszczenia w BZP albo od dnia publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o udzieleniu zamówienia i wynosił odpowiednio 15 albo 30 dni (pod warunkiem, że zamawiający zamieścił lub opublikował ogłoszenie o udzieleniu zamówienia wraz z uzasadnieniem). W przypadku braku publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia lub niepełnej publikacji (tj. niezawierającej uzasadnienia wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki) termin do wniesienia odwołania biegnie od dnia zawarcia umowy i wynosi, w zależności od tego, czy jest to zamówienie powyżej progów unijnych, czy też podprogowe, 6 miesięcy lub 1 miesiąc.

Należy zwrócić uwagę, że możliwość uchronienia się zamawiającego, który opublikował ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, przed ewentualnym unieważnieniem takiej umowy (art. 146 ust. 2) jest konsekwencją wdrożenia postanowień dyrektywy odwoławczej 2007/66/WE (art. 2d ust. 4). Zgodnie ze wspomnianym przepisem dyrektywy przepisy dotyczące uznawania umowy za bezskuteczną nie mają zastosowania, gdy spełnione zostaną łącznie następujące warunki:

- zamawiający uważa, że udzielenie zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE jest dopuszczalne w świetle dyrektywy klasycznej lub sektorowej,
- zamawiający opublikował w Dzienniku Urzędowym UE ogłoszenie, w którym wyraża zamiar zawarcia umowy z określonym wykonawcą,

- umowa nie została zawarta przed upływem okresu co najmniej 10 dni licząc od dnia następującego po publikacji tego ogłoszenia.

Innymi słowy, zawarta umowa nie powinna być uznana za bezskuteczną, jeżeli zamawiający działa w dobrej wierze uznając, że nie ma obowiązku opublikowania ogłoszenia o wszczęciu postępowania, publikuje ogłoszenie, w którym informuje o tym, że zamierza udzielić zamówienia określonego wykonawcy oraz zastosuje się do wymogów związanych z tzw. *klauzulą standstill* (klauzula standstill, czyli minimalny odstęp czasu pomiędzy zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej a podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Klauzula, która znajduje się w art. 2a dyrektywy odwoławczej 2007/66/WE, została wprowadzona na grunt prawa polskiego art. 94 ustawy PZP).

To ostatecznie ma na celu umożliwienie innym wykonawcom, którzy byliby ewentualnie zainteresowani udziałem w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego, wniesienie odwołania od decyzji zamawiającego o wyborze takiego a nie innego, konkurencyjnego, trybu udzielania zamówień.

Wzór ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* określa załącznik III *rozporządzenia Komisji (WE) Nr 1150/2009 z dnia 10 listopada 2009 r. zmieniającego rozporządzenie (WE) nr 1564 w odniesieniu do standardowych formularzy do publikacji ogłoszeń w ramach procedur zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG (Dz. U. L 313 z 28.11.2009, s.3)*. Ma ono zastosowanie zarówno do zamawiających „klasycznych” (objętych dyrektywą 2004/18/WE) jak i „sektorowych” (dyrektywa 2004/17/WE).

Możliwość publikacji nowego typu ogłoszenia odnosi się do dwóch spośród niekonkurencyjnych trybów udzielania zamówień publicznych, mianowicie do trybu negocjacji bez ogłoszenia oraz do trybu zamówienia z wolnej ręki.

W przypadku **negocjacji bez ogłoszenia**, zgodnie z art. 62 ust. 2a ustawy PZP, zamawiający niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej, może zamieścić w zależności od wartości zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazać do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej odpowiednio ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy/ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*.

W przypadku **zamówienia z wolnej ręki**, zgodnie z art. 66 ust. 2 ustawy PZP, zamawiający, po wszczęciu postępowania, może odpowiednio, zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazać do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zamiarze

zawarcia umowy/ ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*. Możliwość publikacji ogłoszenia po wszczęciu postępowania wynika z faktu, że w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki wykonawca jest znany już na etapie wszczynania postępowania.

Inaczej, w przypadku negocjacji bez ogłoszenia – z uwagi na fakt, że ustawa wymaga podania w ogłoszeniu danych wykonawcy (*nazwa (firma) albo imię i nazwisko oraz adres wykonawcy, którego ofertę wybrano*) publikacja ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy jest możliwa dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Dla zamówień o wartościach równych lub przekraczających progi unijne właściwym miejscem publikacji jest, tak jak w przypadku innych ogłoszeń, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej.

Środki ochrony prawnej na wybór trybu

Środki ochrony prawnej (odwołanie, skarga do sądu) ujęte w dziale VI ustawy PZP przysługują zgodnie z art. 179 ustawy wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołanie (rozdział 2 działu VI ustawy PZP) przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ustawy PZP). O ile jednak w przypadku zamówień przekraczających wartością tzw. progi unijne prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej nie jest ograniczone żadnymi dodatkowymi przesłankami, o tyle w przypadku zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne odwołanie przysługuje jedynie wobec czynności wyraźnie wymienionych w ustawie (art. 180 ust. 2 ustawy).

Należy jednak podkreślić, że wybór jednego z trybów nieprzetargowych, w których nie przewiduje się publikacji ogłoszenia tj. **trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę**, stanowi czynność wobec której odwołanie przysługuje zawsze, niezależnie od tego czy zamówienie przekracza wartością progi unijne czy też nie. Ze względu na fakt, że ustawa przewiduje w przypadku wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki możliwość publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy terminy na wniesienie odwołania na wybór trybu liczone są bądź od dnia publikacji takiego ogłoszenia lub dnia publikacji ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.

Istotną konsekwencją wniesienia odwołania na wybór trybu jest możliwość unieważnienia w całości lub w części umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli zamawiający zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę z naruszeniem przepisów zawartych w ustawie. Umowa nie podlega unieważnieniu jedynie w przypadku zamówienia udzielonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki, kiedy zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działał zgodnie z ustawą, opublikował ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy oraz nie zawarł umowy przed upływem odpowiednio: 5 lub 10 dni od publikacji tego ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (art. 146 ust. 2 pkt 1 ustawy).

PODSUMOWANIE

Podsumowując analizę regulacji dotyczących możliwości skorzystania z trybów innych niż przetargowe w polskim systemie zamówień publicznych należy raz jeszcze podkreślić wyjątkowy charakter ww. trybów w stosunku do konkurencyjnych, przejrzystych trybów przetargu nieograniczonego i ograniczonego (w przypadku zamówień sektorowych także negocjacji z ogłoszeniem), czyli możliwość ich zastosowania jedynie w ściśle określonych przypadkach ujętych w zamkniętym katalogu zawartym w ustawie - Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie należy podkreślić, że z uwagi na fakt, że to na zamawiającym spoczywa obowiązek dokonania wyboru trybu w którym przeprowadzone zostanie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji, gdy zdecyduje się on na wybór trybu niekonkurencyjnego, musi za każdym razem udowodnić spełnienie przesłanek uprawniających do zastosowania trybu innego niż podstawowy.

W interpretacji przesłanek pozwalających na zastosowanie trybów niekonkurencyjnych pomocne jest orzecznictwo zarówno Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, jak również orzecznictwo polskich sądów, które wielokrotnie wypowiadały się na temat możliwości zastosowania wspomnianych trybów. Niniejsze wytyczne, skierowane przede wszystkim do instytucji zamawiających, również mają za zadanie pomóc w dokonaniu właściwego wyboru trybu i uniknięciu najczęstszych błędów w przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.