

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

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 ze zm.) jest aktem implementującym przepisy wspólnotowe z zakresu zamówień publicznych (dyrektywy: 2004/17/WE i 2004/18/WE).

Dokonując wykładni przepisów ustawy należy uwzględnić orzecznictwo polskich sądów oraz Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (ETS).

Ustawa w art. 10 ust. 1 jako podstawowe tryby udzielania zamówień publicznych wymienia przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony.

Skorzystanie z możliwości przeprowadzenia postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem, negocjacji bez ogłoszenia, dialogu konkurencyjnego oraz w trybie z wolnej ręki uzależnione jest od wystąpienia przesłanek określonych w ustawie. Ze względu na to, że zastosowanie ww. trybów jest wyjątkiem od ogólnej zasady przesłanki ich zastosowania należy interpretować ściśle, a podmiot, który się na nie powołuje musi być w stanie je udowodnić.¹

W przypadku tzw. zamówień sektorowych (zamówienia udzielane na podstawie rozdziału 5 ustawy) zamawiający zgodnie z art. 134 ust. 1 może udzielić zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem.

Negocjacje z ogłoszeniem.

Ustawa, w art. 55 ust 1 zezwala na zastosowanie tego trybu jedynie, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z wymienionych w nim przesłanek, a mianowicie:

¹ Orzeczenie ETS z dnia 28 marca 1996 r. w sprawie C-318/94 KE przeciwko Republice Federalnej Niemiec, pkt 13 oraz orzeczenie ETS z dnia 10 kwietnia 2003 r. w połączonych sprawach C-20/01 oraz C-28/01 KE przeciwko Republice Federalnej Niemiec, pkt 58; wyrok SN z dnia 6 lipca 2001 r. sygn. akt III EN 16/01; wyrok NSA z dnia 28 lutego 2003 r. sygn. akt II SA 2064/01;

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

Warunek ten oznacza konieczność uprzedniego przeprowadzenia postępowania w jednym z ww. trybów, a możliwość skorzystania z trybu negocjacji z ogłoszeniem daje dopiero w sytuacji, kiedy wszystkie oferty w tym postępowaniu będą musiały zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy.

Dodatkowo, należy pamiętać o tym, że pierwotne warunki zamówienia nie mogą zostać w sposób istotny zmienione w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Oznacza to m.in., że nie można zmienić przedmiotu zamówienia, ani jego istotnych cech, których zmiana będzie miała wpływ na kształt zamówienia. Zakazane są także istotne zmiany dotyczące warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów wyboru oferty.

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

Warunek ten odnosi się do sytuacji szczególnych, 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.

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

Specyfika tego rodzaju zamówień polega głównie na tym, że nie da się określić w wystarczająco szczegółowy sposób przedmiotu zamówienia, co nie pozwala na zastosowanie trybów podstawowych. Stosując tego rodzaju przesłankę można posiłkować się treścią dyrektywy 2004/18/WE, która w art. 30 ust 1 lit c) wskazuje przykładowe rodzaje usług, do których może odnosić się omawiana przesłanka. Są to m.in. usługi ubezpieczeniowe, usługi bankowe i inwestycyjne.

- **Jeżeli 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.**

Przepis wskazuje wyraźnie na fakt, że roboty budowlane mają być prowadzone wyłącznie w określonym celu. Oznacza to, że nie mogą mieć one podwójnego zastosowania, w szczególności nie jest możliwe czerpanie z nich jakiegokolwiek zysku lub pokrywanie poniesionych kosztów badań lub rozwoju.

- **Jeżeli wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 11 ust. 8, tj. tzw. progów unijnych.**

Stosując tę przesłankę należy pamiętać, że możliwość skorzystania z trybu negocjacji z ogłoszeniem nie zwalnia zamawiającego z obowiązku przestrzegania podstawowych zasad zamówień publicznych określonych w ustawie, tj. m.in. zasady jawności i równego traktowania. Wynika to przede wszystkim z orzecznictwa ETS, który orzekł, że mimo, iż niektóre zamówienia są wyłączone spod zakresu dyrektyw wspólnotowych instytucje zamawiające udzielając takich zamówień zobowiązane są przestrzegać zasad wynikających z Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE)², czyli zasad wymienionych powyżej.

Zgodnie z art. 134 ust. 1 ustawy wyjątkiem od zasady ustanowionej w art. 55 ustawy są zamówienia sektorowe, w przypadku których nie ma konieczności stosowania przesłanek określonych w ustawie dla zastosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem.

Negocjacje bez ogłoszenia.

Jest to tryb niekonkurencyjny, pozwalający na pominięcie obowiązku publikacji ogłoszenia, które umożliwiłoby wszystkim zainteresowanym wykonawcom ubieganie się o zamówienie. Przesłanki pozwalające na zastosowanie tego trybu zostały zawarte w zamkniętym katalogu wskazanym w art. 62 ust. 1 ustawy oraz odpowiednio w art. 134 ust. 5 ustawy w przypadku zamówień sektorowych. Należy je interpretować ściśle oraz stosować nawet w przypadku zamówień nieprzekraczających progów unijnych, a podmiot, który się na nie powołuje musi być w stanie je udowodnić.

Zgodnie ze wskazanymi przepisami skorzystanie z trybu negocjacji bez ogłoszenia jest możliwe jedynie w następujących przypadkach:

- **jeżeli w uprzednio prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego postępowaniu nie wpłynęła żadna oferta, żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu 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.**

Skorzystanie z zastosowania negocjacji bez ogłoszenia na podstawie wskazanej przesłanki możliwe jest, jeśli uprzednio przeprowadzono postępowanie w jednym z trybów podstawowych. Nie ma możliwości skorzystania z tego trybu, jeśli poprzednie postępowanie zostało przeprowadzone w formie dialogu konkurencyjnego. Dodatkowym warunkiem, który musi zostać spełniony łącznie z pierwszym jest brak w pierwszym postępowaniu ofert lub

² orzeczenie z dnia 3 grudnia 2001r. w sprawie C-59/00 Bent Moustén Vestergaard, pkt 20

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.

Oznacza to m.in., że nie można zmienić przedmiotu zamówienia, ani jego istotnych cech, których zmiana będzie miała wpływ na kształt zamówienia. Zakazane są także istotne zmiany dotyczące warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów wyboru oferty.

- **po uprzednim przeprowadzeniu konkursu, w którym nagrodą jest zaproszenie do negocjacji co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych.**

Istotnym elementem tego warunku jest konieczność istnienia bezpośredniego związku między konkursem i postępowaniem prowadzonym następnie w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Powinno ono być następstwem konkursu, a zamówienie powinno być udzielone jednemu ze zwycięzców konkursu. Wyrażenie „w następstwie konkursu” należy natomiast rozumieć w ten sposób, że oznacza, iż powinien istnieć bezpośredni związek funkcjonalny pomiędzy konkursem i danym zamówieniem³. Zamówienie takie nie powinno zatem być udzielane z powołaniem się na tę przesłankę, jeżeli jest udzielane na realizację czynności dodatkowych nie wchodzących w zakres pojęcia konkursu, który zgodnie z definicją zawartą w art. 1 pkt 11 lit. e) dyrektywy 2004/18/WE odnosi się do planu lub projektu przede wszystkim w dziedzinie planowania przestrzennego i urbanistyki, architektury oraz inżynierii lub przetwarzania danych.

- **przedmiotem 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 na dostawy. Nabywane w ten sposób towary nie mogą mieć podwójnego zastosowania, co oznacza, że ich przeznaczenie ma mieć wyłącznie cel badawczy, doświadczalny lub rozwojowy. Zakup np. sprzętu służącego do badań nie będzie wchodził w zakres zastosowania tego wyłączenia, gdyż taki sprzęt będzie wprawdzie służył do badań i doświadczeń, jednak wytworzony został w celu komercyjnym.

Jak wynika 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.

³ orzeczenie ETS z dnia 14 października 2004 w sprawie C-340/02, pkt 41

- **wystąpienia pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, nie wynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, ze względu na którą niemożliwe jest dochowanie terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.**

Skorzystanie z tej przesłanki wymaga zatem łącznego spełnienia określonych w niej warunków⁴:

- **zaistnienia okoliczności, których nie dało się wcześniej przewidzieć**, tzn. sytuacji, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne. Do takich okoliczności można zaliczyć np. zdarzenia losowe, awarie, katastrofy naturalne. Nieprzewidywalność okoliczności, na które powołuje się zamawiający powinna jednak być oceniana w sposób obiektywny i w każdej sytuacji odrębnie. Samo wystąpienie np. pożarów, powodzi lub lawin nie będzie przesłanką do zastosowania negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli zjawisko to jest charakterystyczne dla danego regionu i powtarzające się sezonowo. Nie można bowiem w takiej sytuacji uznać, że jest to zdarzenie, którego nie dało się wcześniej przewidzieć przy dołożeniu należytej staranności. O nieprzewidywalności określonych okoliczności można natomiast mówić w sytuacji, kiedy mimo, że dane zjawisko występuje na danym obszarze regularnie to jego skala przekracza jego standardowy zakres w porównaniu z poprzednimi okresami⁵. 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 przewidzieć⁶. Podobnie rzecz się ma jeśli chodzi o konieczność dochowania określonych terminów. Fakt, że dany organ może na podstawie obowiązującego prawa nakładać pewne terminy stanowi przewidywalny element procedury zatwierdzania projektu⁷. 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

⁴ orzeczenie ETS z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02; wyrok NSA z dnia 28 maja 1999 r. sygn. akt I SA 2226/98

⁵ wyrok NSA z dnia 26 lipca 2002 r. sygn. akt II SA 756/02; opinia Rzecznika Generalnego z dnia 2 czerwca 2005 w sprawie C-525/03 Komisja przeciwko Republice Włoch, pkt. 64

⁶ orzeczenie z dnia 28 marca 1996 r. w sprawie C-318/94 Komisja przeciwko Republice Federalnej Niemiec, pkt. 18

⁷ orzeczenie z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji, pkt. 43

uzasadnienia naruszenia prawa wspólnotowego⁸. Zamawiający chcąc zrezygnować z obowiązku publikacji ogłoszenia nie może więc powoływać się na przykład 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 konkurencyjne.⁹

Innymi słowy wewnętrzne uregulowania czy też działania lub zaniechania organów państwa członkowskiego nie stanowią uzasadnienia dla naruszenia prawa wspólnotowego.

- **wystąpienia pilnej potrzeby** – pilność udzielenia zamówienia musi być konsekwencją zaistnienia okoliczności, których wcześniej nie dało się przewidzieć. Na ogół podyktowana jest koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji, które spowodowane byłyby nie podjęciem w określonym czasie stosownych działań. W tym przypadku należy jednak przestrzegać zasady proporcjonalności, a zatem zamówienie w trybie negocjacji bez ogłoszenia powinno być udzielone 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 konieczność zbudowania określonych instalacji, które miałyby zabezpieczać np. przed ewentualną powodzią czy innym zagrożeniem, jeśli wiadomo, że tego typu zjawiska nie należą do częstych w związku z czym ryzyko ich wystąpienia nie jest realne. Taką przesłanką nie będzie również zagrożenie nałożeniem przez odpowiednie władze kar finansowych, jakie mogłyby wynikać np. z istnieniem i funkcjonowaniem konkretnych instalacji po terminach wyznaczonych na ich usunięcie przez odpowiednie władze¹⁰, czy też wygaśnięcie środków przeznaczonych na określone zadanie. 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 tym takiej sytuacji nie można uznać za sytuację powodującą pilność udzielenia zamówienia.

- **nie dające się przewidzieć okoliczności powodujące pilność udzielenia zamówienia nie wynikają z przyczyn leżących po stronie zamawiającego** - oznacza to, że okoliczności te nie mogą być spowodowane działaniem lub zaniechaniem zamawiającego, muszą być konsekwencją okoliczności, które wystąpiły mimo, że zamawiający przygotował i prowadził postępowanie z należytą starannością.¹¹

⁸ opinia Rzecznika Generalnego dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji, pkt. 48 i 52

⁹ wyrok NSA z dnia 28 lutego 2003 r. sygn. akt II SA 2064/01

¹⁰ orzeczenie z dnia 2 czerwca 2005 w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Grecji

¹¹ wyrok NSA z dnia 2003 r. sygn. akt II SA 2064/01;

- **braku możliwości dochowania terminów przewidzianych dla przetargu nieograniczonego, ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem -**

w tym wypadku chodzi nie tylko o zachowanie podstawowych terminów, ale również o sytuację, w której niemożliwe jest udzielenie zamówienia z zastosowaniem tzw. procedury uproszczonej, tzn. umożliwiającej skrócenie terminów na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert ze względu na pilność udzielenia zamówienia¹².

Zamówienie udzielane w trybie z wolnej ręki.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 ustawy oraz odpowiednio w art. 134 ust. 6 ustawy w przypadku zamówień sektorowych dla zastosowania tego trybu wymagane jest wystąpienia co najmniej jednej z niżej wymienionych okoliczności:

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

podstawą zastosowania tej przesłanki jest szczególny charakter danego zamówienia powodujący, że może ono być zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę, przy czym nie jest wystarczające, że dany wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie najlepiej bądź w najszerszym zakresie. Musi on być jedynym wykonawcą, który ze względu np. na specyficzne cechy techniczne zamówienia jest zdolny do realizacji zamówienia. Pamiętać przy tym należy, że w tym wypadku należy 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 zamówienie ma charakter złożony tym bardziej, jeśli jego realizacja została przewidziana w dłuższym okresie czasu¹³ czy też specyficzne cechy dostarczanych urządzeń i sposób ich montażu¹⁴.

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 zamówienie.¹⁵

¹² orzeczenie w sprawie C-107/92 Komisja przeciwko Republice Włoch, sprawa C-24/91 Komisja przeciwko Królestwu Hiszpanii, C-126/03 Komisja przeciwko Republice Federalnej Niemiec, Niemiec-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji

¹³ sprawa C-385/02 Komisja przeciwko Republice Włoch

¹⁴ C-394/02 Komisja przeciwko Grecji

¹⁵ wyrok NSA z dnia 11 września 2000 sygn. akt II SA 2074/00, wyrok SN z dnia 6 lipca 2001 sygn. akt III EN 16/01

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 autorskiego lub patenty. W tym wypadku należy jednakże wykazać dodatkowo, że na rynku nie istnieją rozwiązania równoważne tym, objętym prawem autorskim lub patentem, które odpowiadałyby potrzebom zamawiającego. W przeciwnym wypadku niemożliwe jest skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki, ponieważ prowadziłoby to do nierównego traktowania wykonawców i preferencji na rzecz rozwiązań opatentowanych. Przesłanka dotycząca zamówień z zakresu działalności twórczej i artystycznej odnosi się natomiast do zamówień, które cechuje wysoki stopień zindywidualizowania i niepowtarzalności, co przemawia za tym, aby możliwe było udzielenie go konkretnemu wykonawcy. W tym wypadku decydują więc szczególne cechy twórcy, jego pozycja, walory jego prac, a nie fakt, że jest on jedynym wykonawcą zdolnym do realizacji zamówienia. Chodzi tu w szczególności o sytuacje istnienia swoistego monopolu na rynku z zakresu danej dziedziny kultury i sztuki, a więc gdy wykonanie określonego dzieła przez innego autora nie pozwoliłoby na osiągnięcie zamierzonego rezultatu.¹⁶

Możliwość skorzystania z trybu z wolnej ręki w związku z powołaniem się na istnienie praw wyłącznych w dziedzinie działalności twórczej lub artystycznej nie może prowadzić do sytuacji, w której możliwe byłoby nabycie w tym trybie każdego dzieła, z którym związane są czyjeś prawa autorskie. Takie dzieła mogą być dostępne na rynku i gdyby przyjąć, że mogą być nabywane w trybie z wolnej ręki mogłoby to doprowadzić do omijania wymogów ustawy Prawo zamówień publicznych. Skutecznym sposobem weryfikacji jest przeprowadzenie konkursu, który czyni zadość zasadzie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.¹⁷ W przypadku zamówień na dostawy produktów objętych prawami wyłącznymi, aby skorzystać z trybu niekonkurencyjnego, zamawiający powinien wykazać, że nie istnieją produkty równoważne.

- **przeprowadzono konkurs, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej -**

przesłanka 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, wystarczy zaproszenie zwycięzcy.

- **ze względu na wyjątkową sytuację, niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest**

¹⁶ wyrok NSA z dnia 17 lipca 2003 r. sygn. akt II SA 3944/02

¹⁷ wyrok NSA z dnia 6 kwietnia 2006 r. sygn. akt II GSK 7/06

natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia -

należy pamiętać, że przesłanka ta powinna być odczytywana w świetle zapisów art. 31 dyrektywy 2004/18/WE oraz odpowiednio art. 40 dyrektywy 2004/17/WE. Przepisy dyrektyw nie zawierają rozróżnienia na procedurę negocjacyjną bez ogłoszenia i na wolną rękę. Przesłanki tam wskazane odnoszą się więc do obu trybów wskazanych w ustawie.

W tym przypadku zastosowanie trybu zamówienia 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 w sytuacjach wyjątkowych, wymagających od zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji. Pamiętać należy przy tym, że wystąpienie okoliczności powodujących konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia musi wynikać z przyczyn niezależnych od zamawiającego, okoliczności tych nie można było przewidzieć wcześniej, a w zaistniałej sytuacji nie da się zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, przy czym czynniki te powinny być interpretowane w taki sposób jak w przypadku pilnej potrzeby w negocjacjach bez ogłoszenia.

- **w prowadzonych kolejno postępowaniach, z których przynajmniej jedno prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego lub 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 ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w sposób istotny zmienione –**

przesłankę tę można zastosować w przypadku bezskuteczności uprzednio prowadzonych postępowań. Istotne jest, aby przynajmniej jedno z nich było przeprowadzone w jednym z trybów podstawowych. W razie, gdyby to postępowanie nie przyniosło rezultatu, zamawiający powinien ponownie wszcząć postępowanie w trybie podstawowym lub, jeśli spełnione są odpowiednie przesłanki, skorzystać z możliwości przeprowadzenia postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia. Dopiero, kiedy i one nie pozwolą na wyłonienie wykonawcy, zamawiający może skorzystać z trybu z wolnej ręki. Należy pamiętać o tym, że pierwotne warunki zamówienia nie mogą zostać w sposób istotny zmienione.

Oznacza to m.in., że nie można zmienić przedmiotu zamówienia, ani jego istotnych cech, których zmiana będzie miała wpływ na kształt zamówienia. Zakazane są także istotne zmiany dotyczące warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów wyboru oferty.

- **udzielenie zamówienia dodatkowego dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych –**

zamówienia dodatkowe mogą być udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki tylko w przypadku, jeśli zaistnieją łącznie 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 20 % wartości realizowanego zamówienia podstawowego, jest niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, jego wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, oraz co najmniej jeden z poniższych warunków:

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

Udzielenie zamówienia dodatkowego musi więc być ściśle powiązane z prawidłowym wykonaniem zamówienia podstawowego, tzn. takim wykonaniem tego zamówienia, aby spełniało ono podstawowe wymagania funkcjonalne, zgodne z potrzebami zamawiającego. Konieczność ich udzielenia musi wynikać z sytuacji niemożliwej do przewidzenia, czyli takiej, której nie można było stwierdzić na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia przy dochowaniu należytej staranności przez zamawiającego. Zamówienie dodatkowe będzie występowało zawsze wtedy kiedy bez jego wykonania niemożliwym będzie zrealizowanie zamówienia podstawowego. Sytuacja ta nie powinna być wynikiem zaniedbań lub niestaranności zamawiającego.

Nie będzie zamówieniem dodatkowym zamówienie, którego należy udzielić w wyniku źle przeprowadzonego przez zamawiającego procesu inwestycyjnego.¹⁸

- **udzielenie zamówienia uzupełniającego dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych –**

zamówienie takie może zostać udzielone w trybie z wolnej ręki w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego. Za moment udzielenia zamówienia podstawowego należy uznać moment podpisania umowy z wybranym wykonawcą a nie zakończenia realizacji zamówienia podstawowego¹⁹. Zamówienie musi być udzielone dotychczasowemu wykonawcy, nie przekraczać 20 % wartości zamówienia podstawowego i polegać na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówienia. Ponadto, zamówienie podstawowe powinno zostać udzielone w trybie przetargu ograniczonego lub nieograniczonego (w przypadku zamówień sektorowych również w trybie negocjacji z ogłoszeniem), a w ogłoszeniu o zamówieniu powinno być przewidziane udzielenie zamówienia uzupełniającego. Zamówienie

¹⁸ wyrok NSA z dnia 22 marca 2000 r. sygn. akt II SA 2169/99

¹⁹ C-385/02 Komisja przeciwko Republice Włoskiej

uzupełniające powinno dotyczyć przedmiotu zamówienia określonego w siwz dla podstawowego zamówienia. Z tej przesłanki można zatem skorzystać na przykład w sytuacji, kiedy zamawiający już na etapie przygotowania postępowania wie, że kolejny etap prac, polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zadania, będzie chciał powierzyć temu samemu wykonawcy.

- **udzielenie dotychczasowemu dostawcy zamówienia uzupełniającego na dostawy –**

możliwe jest w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, musi zostać udzielone dotychczasowemu wykonawcy, wartość zamówienia uzupełniającego nie może przekraczać 20% wartości zamówienia podstawowego. Zamówienie uzupełniające powinno polegać na rozszerzeniu dostawy i można go udzielić dotychczasowemu wykonawcy jeżeli: zmiana wykonawcy powodowałaby konieczność nabycia rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorcze. Warunkiem, który powinien być spełniony łącznie z poprzednimi jest udzielenie zamówienia podstawowego w jednym z trybów podstawowych. Zamawiający powinien takie zamówienie przewidzieć w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zamówienia podstawowego, a zamówienie uzupełniające powinno dotyczyć przedmiotu określonego w tej specyfikacji.

- **jeżeli możliwe jest udzielenie zamówienia na dostawy na szczególne korzystnych warunkach w związku z likwidacją działalności innego podmiotu, postępowaniem egzekucyjnym lub upadłościowym**

– **zamawiający sektorowy ma dodatkowo możliwość udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w przypadku, kiedy w związku z trwającymi przez bardzo krótki okres szczególnie korzystnymi okolicznościami możliwe jest udzielenie zamówienia po cenie znacząco niższej od cen rynkowych -** celem tej przesłanki jest umożliwienie zamawiającemu skorzystania z wyjątkowo korzystnych okoliczności, dostępnych zazwyczaj w krótkim okresie, umożliwiających nabycie określonych produktów po cenach niższych niż rynkowe. Okoliczności te powodują, że niecelowe by było wszczynanie procedury udzielenia zamówienia ze względu na okres czasu potrzebny na przeprowadzenie postępowania niepozwalający na skorzystanie z wyjątkowo korzystnych warunków oraz możliwość uzyskania ceny korzystniejszej niż gdyby przeprowadzona została taka procedura.

- **zamówienie na dostawy jest dokonywane na giełdzie towarowej**

- **zamówienie jest udzielane przez placówkę zagraniczną –**

możliwość ta dotyczy wyłącznie postępowań prowadzonych przez polskie placówki zagraniczne w rozumieniu ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o służbie zagranicznej. Należy zaznaczyć, że dotyczy to jedynie postępowań, których wartość zamówienia jest mniejsza od

kwot wskazanych w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie kwot wartości zamówień i konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Dialog konkurencyjny.

Zgodnie z art. 60 a ustawy dialog konkurencyjny może zostać zastosowany, kiedy zamawiający ze względu na szczególną złożoność zamówienia nie może przeprowadzić postępowania w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego ponieważ:

- nie jest w stanie obiektywnie określić środków/rozwiązań technicznych, umożliwiających udzielenie zamówienia zgodnego z potrzebami zamawiającego lub;
- nie jest w stanie obiektywnie określić struktury finansowo-prawnej projektu.

Ponadto w przypadku takiego zamówienia cena nie może być jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty.

Przyjmuje się, że o zamówieniu szczególnie złożonym pod względem technicznym możemy mówić w sytuacji, kiedy 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. Natomiast, jeśli chodzi o zamówienia szczególnie złożone pod względem struktury prawno-finansowej z takimi przypadkami najczęściej będziemy mieć do czynienia w projektach realizowanych w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego. Chodzi tu np. o sytuacje, w których zamawiający nie jest w stanie przewidzieć czy wykonawcy będą skłonni zaakceptować ryzyko związane z faktem, że trudno jest na początkowym etapie postępowania przesądzić czy zamówienie przybierze ostatecznie formę koncesji czy też zamówienia tradycyjnego.

Z formy dialogu konkurencyjnego będziemy zatem mogli skorzystać głównie 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.