

**Problematyka udzielania zamówień
w trybie z wolnej ręki
z uwzględnieniem wyników kontroli Prezesa UZP**

Spis treści

| | |
|--|-----|
| 1. Tryb zamówienia z wolnej ręki – wprowadzenie..... | 3 |
| 2. Przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki określone w art. 214 ust. 1 oraz art. 305 ustawy Pzp. Uzasadnienie wyboru trybu z wolnej ręki. | 4 |
| 2.1. Postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej i przekraczającej progi unijne. | 7 |
| 2.1.1. Możliwość świadczenia przedmiotu zamówienia tylko przez jednego wykonawcę. | 8 |
| 2.1.1.1. Przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze. | 8 |
| 2.1.1.2. Przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych wynikające z odrębnych przepisów..... | 15 |
| 2.1.1.3. Działalności twórcza lub artystyczna. | 22 |
| 2.1.2. Dostawy, których przedmiotem są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych. | 23 |
| 2.1.3. Konkurs. | 28 |
| 2.1.4. Konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. | 29 |
| 2.1.5. Bezskuteczne uprzednie przeprowadzenie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego. | 47 |
| 2.1.6. Udzielenie zamówienia dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych. | 53 |
| 2.1.7. Udzielenie zamówienia dotychczasowemu wykonawcy na dodatkowe dostawy. | 63 |
| 2.1.8. Udzielenie zamówienia na dostawy na szczególnie korzystnych warunkach..... | 67 |
| 2.1.9. Zamówienie na dostawy dokonywane na rynku towarowym. | 68 |
| 2.1.10. Zamówienia <i>in-house</i> oraz zamówienia dotyczące współpracy międzyinstytucjonalnej. | 69 |
| 2.2. Postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości nieprzekraczającej progów unijnych..... | 99 |
| 2.2.1. Bezskuteczne uprzednie przeprowadzenie postępowania w trybie podstawowym. | 100 |
| 2.2.2. Zamówienie udzielane przez placówkę zagraniczną. | 101 |
| 2.2.3. Zamówienie udzielane na potrzeby własne jednostki wojskowej. | 101 |
| 2.2.4. Zamawiający mający siedzibę poza granicami państwa. | 101 |
| 3. Zamówienia sektorowe..... | 101 |
| 4. Usługi społeczne i inne szczególne usługi. | 105 |
| 5. Zamówienia z dziedziny obronności. | 108 |
| 6. Wybrane zagadnienia związane z przeprowadzeniem procedury udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki. | 114 |
| 6.1. Wszczęcie postępowania. | 114 |
| 6.2. Obowiązek informacyjny zawarty w art. 262 ustawy Pzp. | 114 |
| 6.3. Ogłoszenia związane z trybem zamówienia z wolnej ręki. | 117 |
| 6.4. Wyłączenie stosowania określonych przepisów ustawy Pzp oraz podmiotowe środki dowodowe w trybie zamówienia z wolnej ręki. | 122 |

1. Tryb zamówienia z wolnej ręki – wprowadzenie

W myśl art. 129 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320) dalej: „ustawa Pzp”, podstawowymi trybami udzielenia zamówienia publicznego są przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony, gdyż zastosowanie tych trybów nie wymaga od zamawiającego spełnienia dodatkowych przesłanek. *A contrario*, zastosowanie innych trybów, w tym trybu zamówienia z wolnej ręki, możliwe jest jedynie w przypadku spełnienia dodatkowych przesłanek, w opisywanym przypadku – przesłanek zawartych w art. 214 ust. 1 lub art. 305 ustawy Pzp. Z uwagi na istotę zamówienia z wolnej ręki polegającego na wyjątkowym, niekonkurencyjnym wyborze wykonawcy, wykładnia rozszerzająca przesłanek zastosowania tego trybu jest niedozwolona.

Zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia publicznego, w którym dochodzi do udzielenia zamówienia publicznego po przeprowadzeniu przez zamawiającego negocjacji tylko z jednym wykonawcą.¹ Wszczęcie postępowania następuje w powyższym przypadku, zgodnie z art. 130 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 pkt 18 ustawy Pzp, z chwilą przekazania zaproszenia do negocjacji wybranemu przez zamawiającego wykonawcy. Należy podkreślić, iż charakterystyczną cechą omawianego trybu jest prowadzenie negocjacji tylko z jednym, wybranym przez zamawiającego, wykonawcą. Celem powyższej procedury jest bowiem odformalizowanie i przyspieszenie procedury przetargowej w okolicznościach braku rzeczywistej konkurencji dla udzielenia danych robót budowlanych, dostaw lub usług, bądź okoliczności uzasadniających celowość lub konieczność wyboru wykonawcy w terminach szybszych niż określone dla innych trybów udzielenia zamówienia publicznego.

Ponieważ omawiany tryb udzielenia zamówienia ujęty pod rządami poprzednio obowiązującej ustawy - w art. 66 i nast. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843), dalej: “ustawa Pzp2004” - został uregulowany w nowej ustawie Pzp w sposób nieznacznie zmodyfikowany, dorobek orzecznicy Krajowej Izby Odwoławczej, jak i kontrole postępowania przeprowadzone przez Prezesa UZP na podstawie ustawy Pzp2004, zachowują swoją aktualność.

Najważniejsze zmiany dot. trybu zamówienia z wolnej ręki wprowadzone ustawą Pzp²

- Likwidacja obowiązku zawiadamiania Prezesa UZP o wszczęciu postępowania (wcześniej: art. 67 ust. 2 ustawy Pzp2004).
- Brak obowiązku żądania od wykonawcy jednolitego dokumentu (art. 217 ust. 2 ustawy Pzp).
- Doprecyzowanie przesłanek skorzystania z wolnej ręki w przypadku tzw. zamówień *in-house* poprzez wprowadzenie wymogów określonych w art. 214 ust. 4 i 6 ustawy Pzp.
- W przypadku zamówień udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14 ustawy Pzp zamiast obowiązku publikowania informacji w Biuletynie Informacji Publicznej (wcześniej: art. 67 ust. 11 i 13 ustawy Pzp2004), dopuszczono zamieszczanie tych informacji w postaci ogłoszeń o zamiarze zawarcia umowy oraz ogłoszeń o wyniku postępowania, zawierających informację o udzieleniu lub unieważnieniu postępowania w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej i Biuletynie Zamówień Publicznych (art. 265 ustawy Pzp).

¹ Kom. W definicji zawartej w art. 213 ust. 1 ustawy Pzp nie doprecyzowano pojęcia „negocjacje”, przez które należy rozumieć wszelkie czynności stron bezpośrednio zmierzające do uzgodnienia stanowisk w celu wypracowania wspólnych, zgodnych ustaleń przyszłej umowy. Stosownie do art. 61 ust. 2 ustawy Pzp, dopuszczono komunikację ustną w toku negocjacji w zakresie informacji, które nie są istotne.

² Zob. Uzasadnienie do projektu ustawy Pzp, str. 61.

2. Przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki określone w art. 214 ust. 1 oraz art. 305 ustawy Pzp. Uzasadnienie wyboru trybu z wolnej ręki.

Ustawodawca ukształtował zbiór poszczególnych podstaw zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w formie katalogu zamkniętego, co koresponduje z założeniem wyjątkowego charakteru trybu zamówienia z wolnej ręki względem trybów przetargu nieograniczonego i ograniczonego, wyrażonego w art. 129 ust. 2 ustawy Pzp, z uwzględnieniem specyfiki Działu III ustawy Pzp regulującego zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne, w którym to reżimie tryb zamówienia z wolnej ręki stanowi wyjątek względem trybu podstawowego. Tym samym, zamawiający uprawniony jest do wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie, tj. w sytuacji ziszczenia się przesłanek właściwych dla przynajmniej jednej z enumeratywnie wyliczonych podstaw zastosowania danego trybu. Jednocześnie podkreślić należy fakultatywny charakter danego uprawnienia, co oznacza, iż nawet w przypadku zaistnienia okoliczności przewidzianych przez ustawodawcę jako sankcjonujących zastosowanie trybu z wolnej ręki, zamawiający nie jest zobowiązany do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym trybie, zachowując prawo do wyboru bądź to trybu przetargowego/podstawowego, bądź innego ustawowego trybu – w przypadku ziszczenia się przesłanek jego zastosowania.

Z uwagi na fakt wyjątkowego charakteru trybu z wolnej ręki, dla interpretacji przesłanek zastosowania danego trybu znajduje zastosowanie zasada *exceptiones non sunt extendendae*, co potwierdza liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, dalej również: „KIO”, m.in. wyrok z dnia 26 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3296/21, w którym wskazano, że *zasady udzielania zamówień publicznych: równego traktowania, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości nakazują, aby w razie wątpliwości, co do spełnienia przesłanek do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, przyjmować wykładnię bardziej restrykcyjną, nie zaś rozszerzającą*. Dla oceny prawidłowości wyboru trybu z wolnej ręki podstawowe znaczenie ma kwestia uzasadnienia wyboru trybu. Jak wskazuje w tym zakresie wyrok KIO z dnia 7 października 2022 r., sygn. akt KIO 2493/22:

Z całkowitym wyłączeniem konkurencyjności mamy do czynienia w przypadku zamówień udzielanych w trybie z wolnej ręki. Z tego względu na zamawiających nałożone zostały określone obowiązki informacyjne, w tym w szczególności dotyczące przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (w przedmiotowym przypadku w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy). Przedstawienie takiego uzasadnienia ma kluczowe znaczenie dla wykonawców potencjalnie zainteresowanych danym zamówieniem, którzy na podstawie zamieszczonego uzasadnienia wybranego trybu dokonują oceny prawidłowości czynności zamawiającego i podejmują decyzję co do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Również w oparciu o to uzasadnienie następuje dokonywana następczo przez Izbę ocena legalności zastosowania trybu z wolnej ręki przez zamawiającego. Zamawiający decydując się zatem na skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki musi być w stanie uzasadnić i wykazać spełnienie wszystkich przesłanek niezbędnych do jego zastosowania, a ciężar dowiedzenia powyższego spoczywa właśnie na zamawiającym. To po jego stronie leży zawsze wyczerpujące i wszechstronne przedstawienie okoliczności faktycznych i prawnych warunkujących udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Ustawa Pzp, jak również akty wykonawcze do ustawy obligują zamawiającego udzielającego zamówienia w trybie z wolnej ręki do zamieszczenia uzasadnienia wyboru trybu postępowania w określonych dokumentach. W pierwszej kolejności zauważyć należy, że przepis art. 72 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, iż protokół postępowania zawiera co najmniej informację o trybie udzielenia zamówienia i wskazanie okoliczności uzasadniających zastosowanie wybranego trybu, jeżeli przepisy ustawy przewidują przesłanki zastosowania tego trybu. Z treścią przepisu skorelowany jest pkt 5 wzoru protokołu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki (druk ZP-WR) stanowiącego załącznik nr 7 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2020 r. poz. 2434), z którego wynika, iż ustawodawca wymaga wskazania przez zamawiającego powodów zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, przez co rozumie się uzasadnienie faktyczne jak i prawne.

Przedstawienie uzasadnienia przewidziane zostało także w załącznikach D1-D3 (dla zamówień klasycznych, zamówień sektorowych oraz zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa) do formularza standardowego nr 15 stanowiącego załącznik XII – „Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante” do rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2015/1986 z dnia 11 listopada 2015 r. ustanawiającego standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w dziedzinie zamówień publicznych i uchylającego rozporządzenie wykonawcze (UE) nr 842/2011 (Dz.Urz. UE L 296 z 12.11.2015, str. 1, z późn. zm., dalej: „rozporządzenie 2015/1986”), w ramach którego Zamawiający, przy założeniu objęcia zamówienia zakresem stosowania właściwej dyrektywy, wskazuje uzasadnienie wyboru procedury negocjacyjnej, jak również obowiązany jest jasno i wyczerpująco wyjaśnić, dlaczego udzielenie zamówienia bez uprzedniego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej jest uprawnione, podając istotne fakty oraz, stosownie do okoliczności, wnioski prawne zgodnie z przepisami dyrektywy. Przedmiotowy formularz stanowi w szczególności wzór ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy przekazywanego do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, o którym mowa w art. 213 ust. 2 ustawy Pzp.

Odpowiednikiem powyższego ogłoszenia w ramach reżimu postępowań o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne jest zamieszczane w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, o którym mowa w art. 267 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, dla którego zakres zawartych w nim informacji określa załącznik nr 2 do rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz.U. z 2020 r. poz. 2439), dalej: „rozporządzenie w sprawie ogłoszeń”. W punkcie 4 ppkt 1 i 2 powyższego załącznika wskazano odpowiednio informacja o trybie udzielenia zamówienia oraz o podstawie prawnej zgodnie z ustawą oraz uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki. W treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy zamieszczanego w Biuletynie Zamówień Publicznych informacje te podawane są w Sekcji IV pkt 4.1 oraz 4.2.

Uwzględniając fakt, iż z zastrzeżeniem dyspozycji art. 216 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno przekazanie do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (art. 213 ust. 2 ustawy Pzp), jak i zamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych (art. 306 ust. 2 ustawy Pzp) ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy ma charakter fakultatywny, ustawodawca przewidział analogiczne obowiązki związane ze wskazaniem uzasadnienia dla wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki także w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia oraz ogłoszeniu o wyniku postępowania, co wynika z treści załącznika D1 do formularza standardowego nr 3 stanowiącego załącznik III – „Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia” do rozporządzenia 2015/1986, jak również – z treści pkt 3 ppkt 1 i 3 załącznika nr 3 do rozporządzenia w sprawie ogłoszeń.

W związku z problematyką uzasadnienia wyboru trybu z wolnej ręki należy zaznaczyć, iż ustawodawca przewidział szczególną funkcję ochronną ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy wyeksplikowaną w treści art. 457 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którego treścią umowa [w sprawie zamówienia publicznego] nie podlega unieważnieniu, jeżeli w przypadku określonym w art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta odpowiednio po upływie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych albo po upływie 10 dni od dnia publikacji takiego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Jakkolwiek pojęcie „uzasadnionych podstaw, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą” ma charakter niedookreślony i z natury względny, jednakże w kontekście trybu zamówienia z wolnej ręki nie budzi wątpliwości, iż jakość i zakres uzasadnienia spełnienia przesłanek dla właściwej podstawy prawnej danego trybu, zawartego w szczególności w treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, mogą mieć znaczenie dla oceny, czy po stronie zamawiającego owe uzasadnione podstawy zaistniały.

Z uwagi na fakt, że art. 214 ust. 4 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek zamieszczania w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o spełnieniu okoliczności, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11-14, w terminie 30 dni po upływie każdego 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, regulujący zakres informacji zawartych w tym ogłoszeniu załącznik nr 8 do rozporządzenia w sprawie ogłoszeń, w swym pkt 3 ppkt 5 przewiduje wskazanie informacji o podstawie prawnej, na podstawie której udzielono zamówienia z wolnej ręki, zaś w pkt 4 ppkt 5 – informację, czy nadal spełnione są okoliczności uprawniające do udzielenia zamówienia w trybie zamówienia wolnej ręki na ww. podstawie.

Szczególną rolę uzasadnienia wyboru trybu zamówienia publicznego, zarówno w aspekcie okoliczności faktycznych jak i prawnych, uwypuklają wyniki kontroli Prezesa Urzędu.

Przykład nr 1

Jak wskazano w treści pisma Urzędu z dnia 6 lipca 2022 r. w toku kontroli, znak: KND/192/21/DKZP, w związku z wniesionymi przez zamawiającego zastrzeżeniami od wyniku kontroli:

Zamawiający w przekazanych zastrzeżeniach rozszerzył podstawę prawną udzielenia zamówienia poprzez powołanie się na przepisy: art. 46c ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń oraz chorób zakaźnych u ludzi (t. j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1845, dalej: „ustawa o z.z.z.ch.z.”) oraz art. 6a ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. z 2020 poz. 374 z późn. zm.).

W związku z powyższym należy zauważyć, iż zgodnie z przekazanymi przez Zamawiającego dokumentami postępowania o zamówienie publiczne, tj.: wnioskiem w sprawie wszczęcia procedury, zaproszeniem do negocjacji, protokołem postępowania, ogłoszeniem o udzieleniu zamówienia czy też zawartą umową, podstawą udzielenia zamówienia był wyłącznie tryb zamówienia z wolnej ręki i przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004. Jednocześnie w przekazanych wyjaśnieniach z dnia 20 października 2021 r. Zamawiający wskazał, że (...) potwierdza, iż tak jak w umieszczonym ogłoszeniu w Biuletynie Zamówień Publicznych było to zamówienie udzielone z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie Zamawiający w wyjaśnieniach wskazał, iż (...) inną w istocie sprawą jest kwestia prezentowania bądź nie przez Zamawiającego poglądu, iż w niniejszej sprawie faktycznie wystąpiły niezależne od Zamawiającego przesłanki aktualizujące stosowanie regulacji wskazanych przez Ustawodawcę w trybie art. 46c ustawy o z.z.z.ch.z. (...) omawianie tej kwestii obecnie jest nieuzasadnione albowiem nie dotyczy przedmiotu zarzutu (...).

Prezes Urzędu, odnosząc się do treści zastrzeżeń od wyniku kontroli w powyższej sprawie, powołując się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uchwale z dnia 21 października 2011 r. (sygn. akt KIO/KD 78/11) uznał, iż powoływanie się przez Zamawiającego w zastrzeżeniach na okoliczności zaistnienia przesłanek art. 46c ust. 1 ustawy o z.z.z.ch.z. i art. 6a ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych jest nieuzasadnione.

Powyższa interpretacja została potwierdzona przez skład orzekający KIO w uchwale KIO z dnia 15 lipca 2022 r., sygn. akt KIO/KD 21/22: **W niniejszej sprawie istotne jest także, że jeśli Zamawiający dokonał wyboru takiego trybu, który jest wyjątkiem od zasady udzielania zamówień w trybach konkurencyjnych, ma obowiązek wykazania istnienia przesłanek do jego zastosowania, zaś podstawy i okoliczności, które leżały u podstaw udzielenia zamówienia w tym trybie winny być szczegółowo opisane i uzasadnione w dokumentacji prowadzonego postępowania. Nie można zatem powoływać się, jak to miało miejsce w niniejszej sprawie, na podstawy prawne czy też okoliczności faktyczne, które nie zostały wprost wymienione w uzasadnieniu udzielenia zamówienia publicznego w tym trybie. Tylko bowiem wprost wyartykułowane podstawy prawne i uzasadnienie faktyczne, które zamieści Zamawiający w dokumentacji**

prowadzonego postępowania, są przedmiotem oceny czy to organów kontrolujących, czy też Krajowej Izby Odwoławczej.

Przykład nr 2

Jak wskazano w treści pisma Urzędu z dnia 12 kwietnia 2022 r. w toku kontroli, znak: KND/122/22/DKZP, w związku z wniesionymi przez zamawiającego zastrzeżeniami od wyniku kontroli: *Jednocześnie zauważyć należy, iż Zamawiający w toku kontroli nie kwestionował faktu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia a następnie udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, pomimo przywołania tej kwestii w piśmie Urzędu do Zamawiającego z dnia 22 sierpnia 2022 r. Przeciwnie, w skierowanym do Urzędu piśmie z dnia 5 września 2022 r. Zamawiający wprost referuje do przedmiotowego postępowania jako „postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, w wyniku którego zawarto umowę w sprawie zamówienia publicznego nr RRG.271.19.2021 z dnia 31.12.2021 r.”.*

Zgodnie z treścią uchwały KIO z dnia 21 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO/KD 8/23, zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zostały uznane za niezastępujące na uwzględnienie.

Podkreślenia wymaga także, iż zgodnie z treścią uchwały KIO z dnia 21 października 2011 r., sygn. akt KIO/KD 78/11, *należy odmówić zamawiającemu na etapie zgłaszania zastrzeżeń do wyników kontroli prawa do przywoływania innych podstaw prawnych, wskazywania nowych przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki, które nie były badane przez Prezesa Urzędu w trakcie postępowania kontrolnego i nie zostały wskazane w informacji o wynikach kontroli.*

Zaznaczyć należy, iż zamawiający zobligowany jest do dokonania wnikliwej analizy co do zaistnienia przesłanek wyboru trybu z wolnej ręki na określonej podstawie prawnej, wskazując na właściwe okoliczności uprawniające zamawiającego do zastosowania danego trybu, bowiem przedstawione w dokumentach zamówienia uzasadnienie stanowi podstawę weryfikacji prawidłowości zastosowania danego trybu w toku kontroli Prezesa Urzędu. Nie zasługuje w szczególności na aprobatę praktyka niektórych zamawiających, którzy udzieliwszy zamówienia w trybie z wolnej ręki, przy niemożności wykazania spełnienia przesłanek określonych w pierwotnie wskazanej podstawie prawnej, powołują się w toku kontroli Prezesa Urzędu na potencjalną możliwość zlecenia wykonywania określonego zadania w drodze tzw. powierzenia bezumownego, na podstawie art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 679), co w opinii zamawiających miałyby skutkować wyłączeniem stosowania przepisów ustawy Pzp w danym przypadku. Zasadne jest uznanie, iż w sytuacji, w której zamawiający, w ramach przysługującego mu uprawnienia wynikającego z art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o gospodarce komunalnej, decyduje się na powierzenie wykonywania zadania z zakresu gospodarki komunalnej w drodze umowy w trybie ustawy Pzp, umowa taka co do zasady stanowi umowę w sprawie zamówienia publicznego, a jej zawarcie równoznaczne jest z udzieleniem zamówienia publicznego w rozumieniu art. 7 pkt 25 ustawy Pzp, co przy braku innych okoliczności wyłączających stosowanie ustawy Pzp, obliguje zamawiającego do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z regulacjami ustawy Pzp celem zawarcia tej umowy. Stanowisko to znajduje swoje potwierdzenie w kontrolach Prezesa Urzędu (m.in. pismo Urzędu z dnia 26 lipca 2023 r. w toku kontroli, znak: KND/121/22/DKZP).

2.1. Postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej i przekraczającej progi unijne.

Katalog przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki dla zamówień klasycznych o wartości równej i przekraczającej progi unijne został ujęty w art. 214 ust. 1 ustawy Pzp. Poprzez zamówienie klasyczne należy rozumieć zamówienie udzielane przez zamawiającego publicznego oraz zamawiającego subsydiowanego inne niż zamówienie sektorowe i zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (art. 7 pkt 33 ustawy Pzp), natomiast progi unijne dla zamówień klasycznych zostały określone w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez odesłanie do wartości zamówień określonych w art. 4 i art. 13 dyrektywy

Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, ze zm.), dalej: „dyrektywa klasyczna” lub dyrektywa 2014/24/UE, aktualizowanych w aktach wykonawczych Komisji Europejskiej, wydawanych na podstawie art. 6 ust. 5 dyrektywy 2014/24/UE.

Zgodnie z obecnie obowiązującym obwieszczeniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 grudnia 2023 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (M.P. z 2023 r. poz. 1344) aktualne progi unijne zostały ustalone na poziomie:

- w przypadku zamówień klasycznych, o których mowa w art. 7 pkt 33 ustawy Pzp, na roboty budowlane udzielanych przez zamawiających publicznych – 5 538 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 25 680 260 zł,
- w przypadku udzielania zamówień klasycznych na dostawy i usługi przez zamawiających publicznych, o których mowa w art. 4 pkt 1 ustawy Pzp, będących jednostkami sektora finansów publicznych, z wyłączeniem uczelni publicznych, państwowych instytucji kultury, jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków, jednostek sektora finansów publicznych, dla których organem założycielskim lub nadzorującym jest jednostka samorządu terytorialnego, a także przez zamawiających publicznych, o których mowa w art. 4 pkt 2 ustawy Pzp, będących państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej – 143 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 663 105 zł,
- w przypadku udzielania zamówień klasycznych na dostawy i usługi przez zamawiających publicznych innych niż określone w pkt 2 – 221 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 1 024 799 zł.

2.1.1. Możliwość świadczenia przedmiotu zamówienia tylko przez jednego wykonawcę.

Warunkiem koniecznym do zastosowania przesłanki udzielenia zamówienia publicznego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jest występowanie na rynku naturalnego monopolu wykonawcy. Zamawiający zamierzając udzielić zamówienia z pominięciem zasady konkurencyjności ma obowiązek wykazania, że przedmiot zamówienia może być świadczony wyłącznie przez określonego wykonawcę, który jako jedyny jest zdolny do realizacji zamówienia, co powinno zostać poprzedzone weryfikacją rynku (nie tylko rynku krajowego) pod kątem istnienia faktycznego monopolu wykonawcy.

Zgodnie z brzmieniem przywołanego przepisu zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn:

- a. technicznych o obiektywnym charakterze,
 - b. związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów
- jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Okoliczności uzasadniające zastosowanie omawianego trybu należy interpretować w sposób ścisły jako warunkujące wyjątek od zasady udzielania zamówienia publicznego w trybach konkurencyjnych.

2.1.1.1. Przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze.

Zastosowanie przesłanki unormowanej w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp uwarunkowane jest szczególnym charakterem danego zamówienia, jego specyficznymi cechami technicznymi powodującymi, że na rynku nie występuje więcej niż jeden podmiot, który mógłby zamówienie zrealizować, a więc zaistnieniem faktycznego monopolu wykonawcy na rynku dostaw, usług czy robót budowlanych³. Wybór wykonawcy w trybie zamówienia z wolnej ręki, w oparciu o analizowany przepis uzależniony jest od zaistnienia przesłanek:

³ 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).

1. możliwości realizacji zamówienia wyłącznie przez jednego wykonawcę,
2. obiektywnych, technicznych przyczyn uniemożliwiających wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę,
3. braku rozsądnego rozwiązania alternatywnego lub zastępczego,
4. niemożności zachowania zasad konkurencji, która nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Wykazanie, że wszystkie te przesłanki zaistniały w określonym przypadku kumulatywnie jest wyłączną rolą zamawiającego.

Zauważyć należy, iż przepisy ustawy Pzp nie określają katalogu przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze uzasadniających zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Uznaje się, iż przykładem wystąpienia przyczyn technicznych uzasadniających zastosowanie trybu z wolnej ręki może być sytuacja, w której dany wykonawca dysponuje konkretną technologią nie znajdującą się w posiadaniu innych podmiotów lub też koniecznością zachowania tych samych norm, standardów, czy parametrów technicznych, jeżeli ich niepowtarzalność i charakter nie pozwalają na jakiegokolwiek odstępstwa (możliwość powołania się na te przepisy będzie wyłączona, jeżeli jednak istnieją zbliżone parametry czy też normy jakości). Przyczyny techniczne niewątpliwie muszą mieć charakter obiektywny, tzn. muszą wynikać z określonych, niebudzących wątpliwości faktów, wskazujących jednoznacznie na nieistnienie konkurencji oraz nie mogą wynikać z subiektywnego przekonania zamawiającego o braku alternatywnej możliwości zaspokojenia jego potrzeb⁴. Przyczyny techniczne pozostają najczęściej w ścisłym związku ze szczególnymi cechami przedmiotu zamówienia, np. mogą znaleźć zastosowanie w sytuacji unikatowej technologii, którą dysponuje tylko jeden wykonawca, albo w konieczności kontynuowania standardu urządzeń, którymi dysponuje zamawiający. Przyczyn technicznych nie można utożsamiać z przyczynami organizacyjnymi, gospodarczymi, społecznymi, ani przekonaniem, że wybrany przez zamawiającego wykonawca zrealizuje zamówienie najlepiej, najrzetelniej, w stopniu najwyższym odpowiadając nieuzasadnionym wymaganiom zamawiającego, ani to czy dany wykonawca dysponuje największym doświadczeniem bądź potencjałem organizacyjnym, w szczególności zaś nie może to być monopol spowodowany działaniami czy zaniechaniami dokonanymi przez samego zamawiającego. Przy czym, dokonując tej oceny, należy brać pod uwagę nie tylko rynek polski, ale również rynek państw członkowskich Unii Europejskiej, zaś taki stan rzeczy musi mieć charakter trwały i nieprzewidywalny⁵. W literaturze oraz orzecznictwie dostrzega się pogląd, iż przyczyny techniczne, o których mowa w powyższym przepisie, występują wówczas, gdy usługi świadczy wykonawca mający monopol na ich świadczenie⁶. Za niewystarczającą należy uznać możliwość realizacji zamówienia przez wykonawcę w jak najlepszym, czy też najszerszym zakresie, bowiem konieczne jest aby był to wykonawca, który jako jedyny jest zdolny do realizacji danego zamówienia publicznego. Zatem, istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia powinno wynikać z obiektywnych okoliczności. W szczególności niezasadne jest powoływanie się przez zamawiającego na szczególne zaufanie do konkretnego wykonawcy, jego doświadczenie i możliwości organizacyjne. Wskazać tutaj należy na orzeczenie z dnia 10 marca 1987 r. *C-199/85 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, w którym Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, iż do prawidłowego zastosowania trybu negocjacyjnego bez publikacji ogłoszenia z przyczyn technicznych niezbędne jest wykazanie, iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Konieczne jest zatem obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, istnieją jacykolwiek inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działają co najmniej dwa podmioty mogące wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego

⁴ Por. 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 (dokument przyjęty w dniu 18 listopada 2010 r. przez Komitet Rady Ministrów), s. 17.

⁵ Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 maja 2018 r., sygn. akt KIO/KD 18/18. Tak też KIO w uchwale z dnia 8 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO/KD 54/20.

⁶ Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2014 r., sygn. akt KIO/KD 16/14.

trybu z przyczyn technicznych była wyłączona. Trybunał przy tym podkreślił, że „przyczyny techniczne” muszą nie tylko dotyczyć aspektów technicznych danych usług, robót budowlanych lub towarów, które mają być przedmiotem zamówienia publicznego, lecz także mieć taki charakter, aby w sposób obiektywny wskazywały, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzewidywalny. Powyższe potwierdza także orzecznictwo krajowe. Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że „przesłanka prawna jedyne „wykonawcy”, warunkująca dopuszczalność udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie tego przepisu ustawy, ma charakter obiektywny i dotyczy sytuacji faktycznej, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca - monopolista, świadczący tego rodzaju szczególne usługi i przepis ten nie dotyczy natomiast sytuacji, w której obiektywnie rzecz biorąc - w danym miejscu i czasie na rynku istnieje dwu lub więcej wykonawców, mogących świadczyć tego rodzaju szczególne usługi, ponieważ w tym ostatnim przypadku decyzja o tym, któremu z nich należy udzielić zamówienia publicznego, powinna być podjęta w innym trybie przewidzianym ustawą o zamówieniach publicznych⁷. Również Krajowa Izba Odwoławcza podkreśla, iż *dla zastosowania tego przepisu konieczne jest obiektywne ustalenie, czy w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działa co najmniej dwóch lub więcej wykonawców mogących wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona.*⁸

Dokonując analizy przedmiotowego przepisu nie można pominąć przesłanki odnoszącej się do rozsądnych rozwiązań alternatywnych lub rozwiązań zastępczych. Nadmienić należy, iż przepisy ustawy Pzp nie określają szczegółowych kryteriów będących podstawą oceny istnienia rozwiązań alternatywnych lub zastępczych.

W orzecznictwie przyjmuje się, że *jako rozsądną alternatywę w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 1 PrZamPubl rozumieć należy rozwiązanie równoważne do przedmiotu zamówienia spełniające przesłanki wskazane w lit. a i b tego przepisu, możliwe do wdrożenia bez nadmiernego nakładu sił i środków oraz w porównywalnym czasie.* Jako punkt wyjścia Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, opierając się na internetowym Wielkim Słowniku Języka Polskiego, rozumienie słowa „rozsądny”, które zostało zdefiniowane jako: „nieprzesadny, niewygórowany i świadczący o czymś umiarkowaniu”. Postulowanie przez ustawodawcę kryterium „rozsądnego” rozwiązania alternatywnego lub zastępczego oznacza, że ocena dokonywana w tym zakresie powinna odnosić się do stwierdzenia, czy według merytorycznych i racjonalnych przesłanek można uznać, że istnieje równoważna możliwość zrealizowania tej samej potrzeby przy zastosowaniu innych rozwiązań, niż te oferowane przez wyłącznego wykonawcę⁹. Przesłankę braku istnienia rozsądnych rozwiązań alternatywnych lub rozwiązań zastępczych należy odnosić bezpośrednio do konkretnego przedmiotu zamówienia. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w motywie 50 dyrektywy 2014/24/UE odnoszącym się do możliwości zastosowania procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, w którym stwierdzono, że „Instytucje zamawiające odwołujące się do tego wyjątku powinny przedstawić powody braku racjonalnych rozwiązań alternatywnych lub zamiennych, takich jak wykorzystywanie alternatywnych kanałów dystrybucji, również poza państwem członkowskim, w którym znajduje się instytucja zamawiająca lub rozważenie porównywalnych pod względem funkcjonalności robót budowlanych, dostaw i usług.

WARTO ZAPAMIĘTAĆ

⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2001 r., sygn. akt III RN 16/01.

⁸ Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2020 r., sygn. akt KIO/KD 4/20.

⁹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 2943/21.

Za podstawę udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w oparciu o art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp (art.67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp2004) 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 formalne¹⁰,
- opierania braku możliwości udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym na licznych trudnościach, jakie z tym faktem się wiążą, jeżeli nie są to trudności niemożliwe do przewyciężenia, np. z takimi trudnościami wiązać się będzie przejście skomplikowanego systemu informatycznego przez innego wykonawcę, niemniej mogą one zostać przewyciężone w szczególności poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób kompleksowy, udostępnienie wykonawcy niezbędnej dokumentacji systemu i zapewnienie odpowiedniego czasu na przygotowanie do rozpoczęcia realizacji usług¹¹,
- względy organizacyjne, finansowe oraz terminowe, m.in. obawa o terminowe wykonanie zamówienia, trudności w ocenie odpowiedzialności za wady, utrudnienia związane z wyodrębnieniem i organizacją robót budowlanych przy dwóch wykonawcach pozostających jednocześnie na tym samym placu budowy¹²,
- własne, subiektywne przekonanie zamawiającego, że udzielenie zamówienia proponowanemu przez niego wykonawcy jest racjonalnie uzasadnione ze względu na szczególne zaufanie, posiadane doświadczenie i pełną wiedzę w zakresie przedmiotu zamówienia¹³,
- potrzeba ujednoczenia zadań własnych gminy poprzez udzielenie zamówienia własnej spółce komunalnej (Informacja o wyniku kontroli znak: KND/14/22/DKZP),
- okoliczności uchylania się od podpisania umowy pierwszego wykonawcy poprzez nie wnoszenie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, co skutkowało brakiem możliwości jej zawarcia¹⁴, czy też sama deklaracja, że dany podmiot nie jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia¹⁵.

Przykłady naruszeń art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp w wynikach kontroli Prezesa UZP:

Przykład nr 1:

Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 14 marca 2023 r., znak: KND/52/22/DKZP, w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mającego za przedmiot zakup i wdrożenie zintegrowanego systemu zarządzania zasobami bibliotek w modelu SaaS we wskazanych bibliotekach w celu budowy ogólnokrajowej sieci bibliotecznej. Krajowa Izba Odwoławcza w Uchwale z dnia 19 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO/KD 7/23, nie uwzględniła zastrzeżeń Zamawiającego.

Z informacji o wyniku kontroli:

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż uzasadnienie zastosowania trybu z wolnej ręki opiera się w zasadniczej mierze na uznaniu przez Zamawiającego istnienia konieczności realizacji przedmiotowego zamówienia z wykorzystaniem systemu Alma i wyszukiwarki Primo, produkowanych i dostarczanych wyłącznie przez wykonawcę E(...), z uwagi zawarcie w treści załącznika do uchwały nr 69/2021 Rady Ministrów z dnia 21 maja 2021 r. w sprawie ustanowienia programu wieloletniego „Narodowy Program Rozwoju Czytelnictwa 2.0. na lata 2021–2025” następującego sformułowania: Budowa platformy ogólnokrajowej sieci bibliotecznej będzie odbywać się przez włączanie kolejnych bibliotek do wspólnej platformy informatycznej – systemu Alma i wyszukiwarki Primo [...].

Badanie treści analizy potrzeb i wymagań sporządzonej przez Zamawiającego w wykonaniu dyspozycji art. 83 ust. 1 ustawy Pzp z uwzględnieniem wyjaśnień przekazanych w toku kontroli przez Zamawiającego

¹⁰ Informacja o wyniku kontroli znak: KZ/1224/08.

¹¹ Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lipca 2021 r., sygn. akt KIO/KD 10/21.

¹² Informacja o wyniku kontroli znak: KNZ/1/20/DKZP.

¹³ Informacja o wyniku kontroli znak: KND/170/21/DKZP, KNZ/5/18/DKZP, Uchwała KIO sygn. akt KIO/KD 33/17.

¹⁴ Informacja o wyniku kontroli znak: KNZ/12/19/DKZP.

¹⁵ Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/KD 32/15.

pozwała stwierdzić, iż Zamawiający w rzeczywistości nie prowadził na etapie przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia weryfikacji możliwości realizacji zamówienia przy zastosowaniu produktu innego wykonawcy aniżeli system Alma i wyszukiwarka Primo wykonawcy E(...) w aspekcie technicznym, punktem wyjścia argumentacji Zamawiającego było bowiem założenie o konieczności wykorzystania systemu Alma i wyszukiwarki Primo z uwagi na treść załącznika do uchwały nr 69/2021 Rady Ministrów z dnia 21 maja 2021 r., z uwzględnieniem faktu, iż system Alma i wyszukiwarka Primo stanowią oprogramowanie, którym Zamawiający już dysponuje. Potwierdza to także treść pisma Zamawiającego do Urzędu z dnia 5 kwietnia 2022 r. gdzie wskazano, że współkatalogowanie z Biblioteką Narodową w czasie rzeczywistym jest możliwe do realizacji wyłącznie w tym samym systemie, który jest użytkowany przez Bibliotekę Narodową (str. 4).

Należy w tym względzie zaznaczyć, iż w toku kontroli ustalono, że Zamawiający wcześniej po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego nabył system informatyczny Alma wraz z wyszukiwarką Primo. W toku kontroli zwrócono się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie, czy przygotowując i prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego przewidywał wszczęcie w przyszłości postępowania będącego przedmiotem niniejszej kontroli, a jeśli tak – czy i jakie działania podjął Zamawiający celem uniknięcia ryzyka przywiązania do jednego wykonawcy lub producenta. Zamawiający wskazał na zawarty w umowie z wykonawcą wymóg:

„W przypadku wygaśnięcia Umowy pod jakimkolwiek tytułem prawnym, Wykonawca zobowiązany jest do przekazania w terminie 30 dni kalendarzowych, od dnia wygaśnięcia Umowy całego zasobu danych bibliograficznych co najmniej w poniższych formatach: MARCXML, format wymienny ISO 2709, JSON. Wykonawca jest zobowiązany na żądanie Zamawiającego do przekazania wszystkich pozostałych zasobów niezbędnych do odtworzenia procesów bibliotecznych oraz stanu aktualnego”. Zamawiający nie wyjaśnił dlaczego pomimo tego rodzaju postanowienia, był on zmuszony udzielić zamówienia będącego przedmiotem kontroli w trybie z wolnej ręki. Zasadne jest uznanie, iż przedmiotowe postanowienie umowy nie stanowiło tym samym realnej gwarancji zachowania swobody podejmowania decyzji zakupowych w przyszłości, wbrew zasadom prawidłowego konstruowania opisu przedmiotu zamówienia oraz treści umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W informacji o wyniku kontroli wskazano, iż Należy podkreślić, iż jak wynika z wydanych przez Urząd Zamówień Publicznych w 2009 r. „Rekomendacji udzielania zamówień publicznych na systemy informatyczne¹⁶”, szczególnie istotne jest, aby stosunek prawny łączący zamawiającego z wykonawcą był kształtowany w sposób umożliwiający udzielenie kolejnych zamówień (np. niezbędnych prac rozwojowych) w trybach konkurencyjnych (str. 31). Analogicznie w Tomie II dokumentu pn. „Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na system informatyczny¹⁷” z 2021 r. podkreślono, że zamawiający powinni konstruować opis przedmiotu zamówienia tak, aby w maksymalnym stopniu zachować swobodę podejmowania decyzji zakupowych w przyszłości (także co do trybu postępowania) i uniknąć sytuacji, w której środki publiczne wydatkowane są nieefektywnie, ponieważ określony podmiot może w praktyce dyktować warunki, na których zostanie udzielone zamówienie dotyczące danego systemu informatycznego. W takim wypadku nawet jeśli zamawiający przeprowadzi postępowanie w trybie z nazwy konkurencyjnym, w praktyce konkurencja będzie ograniczona lub wręcz pozorna. Przeciwdziałanie vendor lock-in jest powinnością zamawiającego w przypadku każdego postępowania, które dotyczy danego systemu informatycznego, jednak szczególnie groźne i trudne do naprawienia są błędy popełnione na etapie pierwszego zamówienia. Okoliczności wynikające z zaniechania zamawiającego nie mogą być przy tym traktowane jako obiektywne czynniki przemawiające za odstąpieniem od zastosowania trybu

¹⁶https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0025/27574/Rekomendacje_UZP20ws._zamowiec584_na_systemy_informatyczne.pdf

¹⁷https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0024/53826/II-TOM-REKOMENDACJI-PREZESA-UZP-ZAMOWIENIA_PUBLICZNE-NA-SYSTEMY-INFORMATYCZNE.pdf

konkurencyjnego (str. 44). Oznacza to tym samym, iż Zamawiający nie ma możliwości powołania się na dysponowanie określonym systemem nabytym w uprzednio prowadzonym postępowaniu dla uzasadnienia zastosowania trybu z wolnej ręki na udzielenie kolejnego zamówienia. Należy zauważyć, czego Zamawiający nie zakwestionował w toku kontroli, że co do zasady rynek systemów bibliotecznych jest rynkiem konkurencyjnym, na którym występują systemy pochodzące od różnych producentów i dostarczane przez różnych wykonawców, tym samym ogólny cel udzielenia zamówienia będącego przedmiotem kontroli, tj. budowa platformy ogólnokrajowej sieci bibliotecznej mógłby być realizowany poprzez wykorzystanie produktów innych aniżeli system Alma wraz z wyszukiwarką Primo. W rzeczywistości wyłącznie fakt uprzedniego nabycia przez Zamawiającego konkretnego systemu stanowi podstawę do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki temu samemu wykonawcy. Nie budzi wątpliwości fakt, iż w sytuacji, w której Zamawiający nie zabezpieczył ani uprawnień ani możliwości technicznych do integracji nabytego przez siebie systemu z systemami innych producentów, pełną funkcjonalność w zakresie interoperacyjności (m.in. aspekt dotyczący współkatalogowania w czasie rzeczywistym) może gwarantować w szczególności tożsamy system tego samego producenta. Nie stanowi to jednakże podstawy do uzasadnienia udzielenia zamówienia z wolnej ręki temu producentowi z uwagi na fakt, iż sytuacja ta jest wynikiem samoograniczenia się Zamawiającego do wyboru konkretnego wykonawcy ze względu na nieprzewidzenie środków pozwalających na przeprowadzenie w terminie późniejszym postępowania w trybie konkurencyjnym na etapie prowadzenia wcześniejszego postępowania. (...)

W informacji o wyniku kontroli podniesiono, że „koncentracja danych w jednym systemie informatycznym” nie może stanowić celu udzielenia zamówienia jako taka, dopiero bowiem potencjalne skutki takiej koncentracji mogą świadczyć o istnieniu określonych korzyści ocenianych w perspektywie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Analiza danego przypadku pozwala jednakże na stwierdzenie, iż Zamawiający nie udowodnił istnienia obiektywnych korzyści wynikających z samego faktu koncentracji danych w jednym systemie w sposób, który z góry wykluczałby możliwość zastosowania innych systemów bibliotecznych. Również kwestia świadczenia usługi w modelu SaaS nie przesądza o konieczności wykorzystania systemu Alma wraz z wyszukiwarką Primo z uwagi na fakt, iż Zamawiający nie wykazał, że jest to jedyny na rynku systemów bibliotecznych produkt oferujący taką funkcjonalność. Niezależnie od tego, Zamawiający nie wskazał na czynniki warunkujące zastosowanie takiego modelu z perspektywy uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, które nie wynikają z faktu uprzedniego nabycia i wykorzystywania przez Zamawiającego konkretnie systemu Alma wraz z wyszukiwarką Primo. W nawiązaniu do zawartego w treści analizy potrzeb i wymagań stwierdzenia o konieczności „integracji bibliotek w ramach ogólnokrajowej sieci bibliotecznej” należy wskazać, iż ogólnokrajowa sieć biblioteczna została powołana ex lege na mocy ustawy z dnia 27 czerwca 1997 r. o bibliotekach (t. j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1479 z późn. zm.), przy czym brak jest podstaw do uznania, że cel takiej integracji nie może zostać zrealizowany przy zastosowaniu systemów innych aniżeli system Alma wraz z wyszukiwarką Primo. Wobec zastosowania przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, Prezes Urzędu stwierdził naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a.

Przykład nr 2:

Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 6 lipca 2022 r., znak: KND/14/22/DKZP, w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Administracja i zarządzanie cmentarzami na terenie Gminy. Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

Z informacji o wyniku kontroli:

W uzasadnieniu zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki Zamawiający wskazał, iż postanawia udzielić zamówienia na podstawie art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, Spółce komunalnej, w której Gmina: posiada 100 % udziałów, sprawuje nadzór nad organem zarządzającym, ma prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego. Spółka została powołana dla zaspokajania potrzeb Gminy i wypełniania jej zadań własnych w zakresie świadczenia usług

komunalnych. Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym w art. 7 ust. 1 pkt 13) stanowi, iż zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy. W szczególności zadania własne obejmują sprawy: 13) cmentarzy gminnych. Na podstawie art. 9 ust. 1 ww. ustawy, w celu wykonywania zadań gmina może tworzyć jednostki organizacyjne, a także zawierać umowy z innymi podmiotami, w tym z organizacjami pozarządowymi. Z kolei ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej w art. 2 stanowi, iż „gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach samorządowego zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego”. Gmina (...) dla zaspokajania potrzeb w zakresie wykonywania niektórych zadań własnych powołała do tego celu przedsiębiorstwo komunalne, które uzbroidła w odpowiednie mienie majątkowe i finansowe, stwarzając możliwości wykonywania tych zadań. Powołana Spółka (...) posiada zapisany w Statucie Spółki zakres zadań i odpowiedzialności, w tym m.in. zajmuje się:

- odbiorem i oczyszczaniem ścieków (dysponuje 3 oczyszczalniami ścieków/kolektorami kanalizacyjnymi),
- wywozem nieczystości stałych i płynnych (dysponuje samochodem specjalistycznym oraz ciągnikami z przyczepami i beczką asenizacyjną),
- oczyszczaniem kratek ściekowych i udrażnianiem kanalizacji sanitarnej i burzowej (dysponuje mobilnym urządzeniem DIBO),
- utrzymaniem terenów zielonych,
- usługami pogrzebowymi na terenie cmentarzy w (...), w (...) oraz w (...),
- sprzedażą trumien, utensylii pogrzebowych, pojemników oraz innych materiałów,
- remontowaniem ulicy, chodników i placów.

Mając na względzie ujednoczenie wykonywania zadania własnego w zakresie utrzymania cmentarzy gminnych, uzasadnionym jest aby Spółka objęła również usługi związane z administrowaniem i zarządzaniem cmentarzy komunalnych w miejscowościach (...). Usługi administrowania i zarządzania polegają mają na utrzymaniu porządku na cmentarzach, dozór cmentarzy i domu pogrzebowego w (...), usuwanie odpadów gromadzonych z okazji Święta Zmarłych i na bieżąco, prowadzenie robót konserwacji i remontów budynku domu pogrzebowego, naprawa zainstalowanych urządzeń i instalacji, dostawa wody na cmentarze. Do zadań Spółki będzie należało również przycinanie drzew lub ich usuwanie, wywóz różnych odpadów z terenów cmentarzy. Spółka posiada odpowiednio przygotowane służby, administrację, jest wyposażona w urządzenia i pojazdy specjalne do wykonywania kompleksowej obsługi cmentarzy. Zlecenie wykonywania przez Spółkę administrowania i zarządzania cmentarzami jest racjonalnie uzasadnione, za czym przemawia posiadane duże doświadczenie w administrowaniu obiektami i robotami, posiadane wyposażenie techniczne gwarantujące kompleksowe zarządzanie cmentarzami i obiektami na nich wybudowanymi. Udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki Spółce komunalnej Gminy jest uzasadnione z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze i jest to najbardziej rozsądne rozwiązanie. Podzielenie zamówienia na części (cmentarze) nie ma racjonalnego uzasadnienia i stanowiłoby utrudnienie zarówno organizacyjne i techniczne zwłaszcza, że Spółka Gminy jest jedynym dostawcą wody i jedynym odbiorcą ścieków i odpadów komunalnych.

W informacji o wyniku kontroli stwierdzono, iż Zamawiający nie przeprowadził analizy rynku w zakresie dotyczącym przedmiotu zamówienia (usługa administrowania i zarządzania cmentarzami gminy), pod kątem możliwości realizacji zamówienia przez innych wykonawców działających w tym segmencie rynku. Zatem podejmując decyzję o przeprowadzeniu postępowania z wolnej ręki, nie kierował się przesłankami obiektywnymi, a jedynie własnym subiektywnym przekonaniem, że udzielenie przedmiotowego zamówienia własnej spółce komunalnej jest racjonalnie uzasadnione ze względu na posiadane przez nią doświadczenie w administrowaniu obiektami i robotami, posiadane wyposażenie techniczne gwarantujące kompleksowe zarządzanie cmentarzami i obiektami na nich wybudowanymi oraz okolicznością, że spółka ta jest jedynym dostawcą wody i jedynym odbiorcą ścieków i odpadów komunalnych. W przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z sytuacją faktycznego monopolu wykonawcy, ale celowym działaniem Zamawiającego i jego subiektywnym przekonaniem, że takie rozwiązanie jest racjonalnie uzasadnione. Taka ocena zdarzeń nie upoważnia jednak do przyjęcia,

że zamówienie może być udzielone na podstawie omawianej przesłanki w trybie z wolnej ręki. Należy wskazać, że obowiązkiem Zamawiającego było wykazanie, że tylko wybrany wykonawca jest w stanie zamówienie wykonać i jednocześnie nie istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby je zrealizować. Podane przez Zamawiającego argumenty wskazują, że Zamawiający przy wyborze omawianej przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki kierował się wyłącznie wewnętrznym przekonaniem, że z uwagi na przyczyny organizacyjne Spółka komunalna Gminy i Miasta będzie w stanie najlepiej wykonać niniejsze zamówienie. Uzasadnieniem do zastosowania omawianej przesłanki nie może być również potrzeba ujednoczenia zadań własnych gminy i w konsekwencji udzielenie przedmiotowego zamówienia własnej spółce komunalnej. Nadto należy wskazać, że usługa administrowania i zarządzania cmentarzem stanowi usługę powszechnie dostępną, a tym samym na rynku są firmy, które mogą ją świadczyć. (...) przyczyny organizacyjne, na które powołał się Zamawiający w uzasadnieniu wyboru trybu postępowania (pkt 5 protokołu postępowania), nie mogą być podstawą zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp.

2.1.1.2. Przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych wynikające z odrębnych przepisów.

Zgodnie z treścią art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi okoliczność, że dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów – jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia. Warunki określone analizowanym przepisem muszą być spełnione kumulatywnie.

W przywołanym przepisie ustawodawca uregulował przesłankę tzw. monopolu prawnego, odnoszącą się do sytuacji, gdy tylko jeden wykonawca może zrealizować zamówienie z uwagi na przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych wynikające z odrębnych przepisów¹⁸. Skorzystanie z tej przesłanki uwarunkowane jest od wykazania, że przedmiot zamówienia objęty jest ochroną prawa wyłącznego. Dodatkowo, musi zachodzić sytuacja, w której realizacja zamówienia przez innego wykonawcę jest niemożliwa nie tylko z uwagi na przysługującą danemu podmiotowi ochronę praw wyłącznych, ale również dlatego, że istnienie takich praw wyłącznych skutkuje koniecznością udzielenia zamówienia temu konkretnemu podmiotowi¹⁹. Jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 31 grudnia 2010 r. (sygn. akt: KIO/KD 105/10), która zachowuje swoją aktualność na gruncie obecnie obowiązujących regulacji ustawy Pzp: „Przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów, uzasadniające udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej, muszą mieć charakter zasadniczy, tak by można było wykazać, że podjęcie prac przez innego wykonawcę jest ze względu na ochronę praw wyłącznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzezwycięzalny”.

Istotne jest również wykazanie, że na rynku nie istnieją rozwiązania równoważne tym, które zostały objęte prawem wyłącznym, spełniające potrzeby zamawiającego. Taka sytuacja musi mieć charakter obiektywnie trwały i nieprzezwycięzalny²⁰. Tak jak w przypadku przyczyn technicznych, ustawodawca uzależnił spełnienie powyższej przesłanki od dodatkowego zastrzeżenia – o ile nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia. Innymi słowy – niemożliwe jest nabycie świadczenia zamiennego, a sam zamawiający nie przyczynił się do ograniczenia konkurencji.

¹⁸ Dotyczy to w szczególności praw autorskich i praw pokrewnych chronionych przepisami ustawy z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 2509) lub ochrony patentowej i ochrony innych praw wyłącznych udzielonej na podstawie przepisów ustawy z 30 czerwca 2000 r. - Prawo własności przemysłowej (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1170).

¹⁹ Tak też Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 lipca 2018 r., sygn. akt KIO/KD 29/18.

²⁰ Zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 27 marca 2019 r., sygn. akt I GSK 1144/18.

Warto nadmienić, iż sytuacją przyczynienia się zamawiającego do ograniczenia konkurencji jest tzw. *vendor lock-in*²¹. Warto zwrócić uwagę, iż opisując przedmiot zamówienia na system informatyczny oraz zakres praw do tego systemu, jaki zamawiający chce uzyskać, uwzględniając wytyczną, aby przedmiotu tego nie opisywać w taki sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, zamawiający powinien patrzeć i uwzględniać nie tylko sytuację postępowania, w ramach którego system ten jest zamawiany, ale również zastanowić się nad tym, w jaki sposób po zakończeniu realizacji danego zamówienia system ten będzie wykorzystywany lub rozwijany. Jeśli bowiem zamawiający zakłada, że po zakończeniu realizacji zamówienia system nadal będzie wykorzystywany, a na potrzeby rozwoju i utrzymania tego systemu zamawiający będzie potrzebował skorzystać z pomocy zewnętrznych podmiotów (wykonawców), zamawiający co do zasady powinien w taki sposób ukształtować wymagania odnośnie uprawnień do zamawianego wcześniej systemu, aby realizacja tych czynności była możliwa także przez innych wykonawców, a nie jedynie przez wybranego wcześniej wykonawcę wdrażającego system - czyli, aby nie dopuścić do tak zwanej sytuacji *vendor lock-in* zamawiającego²².

Przesłanka określona w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp dotyczy głównie zamówień obejmujących utwory lub inne przedmioty zawierające oryginalne rozwiązania intelektualne. Prawo wyłączne oznacza jednak nie tylko prawo autorskie czy patent, ale także prawo własności i pochodne od niego prawa względne, ograniczone prawa rzeczowe i inne wyłączne prawa.

WARTO ZAPAMIĘTAĆ

Ochrona praw wyłącznych na podstawie prawa autorskiego, nie obejmuje sprzętu, na którym oprogramowanie autorskie będzie funkcjonowało ani też wersji ogólnodostępnego oprogramowania, z którym będzie współpracowało oprogramowanie autorskie. Te bowiem kwestie związane są z wiedzą specjalistyczną o charakterze technicznym a nie wchodzą w zakres objęty ochroną prawa autorskiego²³.

Przykłady naruszeń art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp w wynikach kontroli Prezesa UZP:

Przykład nr 1:

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 2 listopada 2022 r., znak: KU/105/22/DKZP, w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Dostawa 4 szt. śmigłowców jednosilnikowych z systemami SOL. Zamawiający wykonał zalecenia pokontrolne unieważniając przedmiotowe postępowanie.

Zamawiający przeprowadził przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 b i pkt 5 ustawy Pzp.

Z informacji o wyniku kontroli:

W uzasadnieniu faktycznym do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 b) ustawy Pzp, Zamawiający podnosi, iż przedmiot niniejszego zamówienia stanowi dostawa 4 śmigłowców (...), których producentem i dystrybutorem jest firma „B”. Powyższe, zdaniem Zamawiającego implikuje, iż ze względu na ochronę praw wyłącznych przysługujących ww. podmiotowi w stosunku do przedmiotu zamówienia, jest to jedyny podmiot mogący je zrealizować. Na poparcie powyższego stanowiska zamawiający na etapie kontroli, przy piśmie z dnia 27.10.2022 r., przedłożył

²¹ *Vendor lock-in* to termin na określenie sytuacji biznesowej, w której klient jest uzależniony od produktów sprzedawcy do tego stopnia, że nie może zmienić dostawcy bez poniesienia kosztów zmiany (zob. np. Maruta, b.d.; Opara-Martins, Sahandi i Tian, 2016, s. 2; Sluijs, Larouche i Sauter, 2012).

²²Zob. Rekomendacja szczegółowa nr 14.2. OPZ i przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na systemy informatyczne. UZP, grudzień 2021 r.

²³ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 15 października 2019 r., sygn. akt I GSK 1453/18.

oświadczenie „B”, z którego wynika, że „na rynku poza firmą” B” nie funkcjonują żadni inni wykonawcy, którzy w ramach swojej działalności mogliby zrealizować dostawy objęte przedmiotowym zamówieniem”. Przyjmując za prawdziwe ustalenia, że tylko i wyłącznie wykonawca „B” „może wyprodukować i dostarczyć zamawiającemu, fabrycznie nowe śmigłowce (...), zgodnie ze szczegółowymi wymaganiami i w konfiguracji wynikającej ze Specyfikacji Technicznej określonej w dokumentacji postępowania”, należy wskazać, że nie oznacza to, że została spełniona przesłanka wskazana w art. 214 ust. 1 pkt 1 b) ustawy Pzp. Druga część przepisu art. 214 ust. 1 pkt 1 Pzp wymaga, by brak konkurencji nie wynikał z celowego zawężenia parametrów zamówienia. Wyłączna możliwość wykonania przedmiotu zamówienia przez konkretnego wykonawcę musi wynikać z obiektywnych przyczyn, tj. rzeczywistych potrzeb zamawiającego oraz sytuacji rynkowej, a nie konsekwencji wyborów i działań zamawiającego promujących dany produkt²⁴. Zamawiający w uzasadnieniu wyboru trybu z wolnej ręki nie ukrywał, że wybrał ten tryb, mając na uwadze, że wykonawca „B” jest jedynym wykonawcą, który może dostarczyć preferowany przez zamawiającego model śmigłowca tj. (...).

Niemniej jednak w okolicznościach kontrolowanego postępowania o udzielenie zamówienia nie sposób stwierdzić, aby Zamawiający wykazał w sposób niebudzący wątpliwości, że nie istnieje inne rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze w stosunku do przyjętego przez Zamawiającego. Uzasadniając potrzebę zakupu śmigłowców (...) Zamawiający wskazuje, iż na chwilę obecną posiada 12 śmigłowców aż 6 różnych typów. Jego celem jest zaś osiągnięcie stanu, w którym Lotnictwo (...) będzie eksploatowało 2 maksymalnie 3 typy śmigłowców. Zamawiający wskazuje, iż oczekiwaniem jest stworzenie floty co najmniej 7 lekkich śmigłowców, mogących być wykorzystywanych w trybie rotacyjnym. Mając na uwadze fakt, że posiada już 3 śmigłowce (...), uzasadniony zdaniem Zamawiającego jest zakup 4 śmigłowców tego samego typu. Jak podkreśla Zamawiający, są to działania mające na celu standaryzację lotnictwa (...).

Mając na uwadze powyższą argumentację, po pierwsze zauważyć należy, iż fakt eksploatacji kilku typów śmigłowców nie uniemożliwia realizacji zadań przypisanych dla Lotnictwa (...), o których mowa na wstępie przytoczonego powyżej uzasadnienia. Po drugie, posiadanie śmigłowców jednego typu może prowadzić do wystąpienia pewnych ryzyk, np. związanych z potrzebą wycofania wszystkich maszyn ze względu konieczności przeprowadzenia akcji naprawczej maszyn danego typu, co groziłoby brakiem możliwości wykonywania powierzonych zadań.

W uzasadnieniu do zastosowania trybu z wolnej ręki odwołano się również do aspektów związanych z zapewnieniem obsługi nabywanych śmigłowców (personel techniczny, piloci, instruktorzy) wskazując, iż zakup dodatkowych śmigłowców typu (...), z takim samym wyposażeniem, które zainstalowane jest na dotychczas użytkowanych egzemplarzach tego typu spowoduje, że w początkowej fazie eksploatacji nowych śmigłowców można będzie bazować na już przeszkolonym personelu lotniczym Lotnictwa (...).

Mając na uwadze powyższe zauważyć należy, iż fakt nabywania przez Zamawiającego tego samego typu śmigłowca również wymaga, aby odpowiednia ilość osób została przeszkolona z ich obsługi. Powyższe znajduje wyraz w zapisach Wymagań szczegółowych – Specyfikacji technicznej śmigłowców, gdzie w pkt 10 określono konieczne do zrealizowania wymagania w zakresie szkolenia pilotów oraz mechaników. Z dokumentacji postępowania, nie wynika również, że decyzja o zakupie śmigłowców typu (...) poprzedzona została analizą rynku krajowego i zagranicznego pod kątem możliwości nabycia śmigłowców innych producentów. Natomiast Zamawiający określając przedmiot zamówienia, a w szczególności dokonując jego opisu na gruncie ustawy Pzp nie może preferować określonych produktów, które w konsekwencji prowadzą do udzielenia zamówienia publicznego konkretnemu wykonawcy, gdyż w ten sposób ogranicza konkurencję i narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Aby zrealizować potrzeby w

²⁴ H. Nowak, M. Winiarz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, s. 648.

zakresie zakupu śmigłowców Zamawiający powinien najpierw prawidłowo opisać przedmiot zamówienia zgodnie z art. 99 i nast. ustawy Pzp, a następnie dokonać wyboru trybu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego umożliwiającego dokonanie zakupu tak opisanego przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie wskazał żadnych parametrów technicznych samolotu, które ze względu na ich unikalność uniemożliwiałyby realizację zamówienia przez inne podmioty.

W tym miejscu należy zauważyć, iż zakup 3 śmigłowców (...), które Zamawiający nabył w trybie zamówienia z wolnej ręki w 2019 r., poprzedzony został dwiema wskazanymi w uzasadnieniu do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki procedurami. W postępowaniach tych złożone zostały m.in. wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (3 wnioski), w kolejnym postępowaniu również złożona została oferta.

Z ustaleń dokonanych w toku kontroli wynikało, że na rynku są obecni inni wykonawcy oferujący śmigłowce, które mogłyby zostać zaoferowane Zamawiającemu jako alternatywa dla (...). Jeżeli zamówienie na dostawę śmigłowców może zostać wykonane również przez inne podmioty, to Zamawiający nie powinien preferować konkretnego modelu ograniczając w ten sposób dostęp do zamówienia innym wykonawcom. Określenie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie konkretnego modelu samolotu produkowanego jedynie przez firmę "B" w sytuacji, gdy na rynku funkcjonują podmioty oferujące produkty równoważne doprowadziło do zawężenia kręgu podmiotów, które mogły zrealizować zamówienie. Ze stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego wynika, iż jedyną podstawą do ograniczenia, kręgu potencjalnych wykonawców jest chęć unifikacji posiadanej floty statków powietrznych, co z racjonalnego punktu widzenia nie wyklucza, iż prowadząc postępowanie w trybie konkurencyjnym Zamawiający byłby w stanie uzyskać maszyny lepiej dostosowane do swoich nowych potrzeb, czy też na korzystniejszych warunkach. Zakup śmigłowców w trybie konkurencyjnym uznać zatem należy za realną alternatywę do rozwiązania przyjętego przez Zamawiającego w kontrolowanej procedurze. A sam zamiar unifikacji floty śmigłowców należy uznać, za przesłankę niewystarczającą by zrezygnować z udzielenia zamówienia przy zastosowaniu procedur konkurencyjnych.

Mając na uwadze powyższe Prezes Urzędu stwierdził należy, iż Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki m.in. na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp.

Przykład nr 2:

Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 14 marca 2023 r., znak: KND/52/22/DKZP, w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mającego za przedmiot zakup i wdrożenie zintegrowanego systemu zarządzania zasobami bibliotek w modelu SaaS we wskazanych bibliotekach w celu budowy ogólnokrajowej sieci bibliotecznej. Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 19 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO/KD 7/23, nie uwzględniła zastrzeżeń Zamawiającego.

Z informacji o wyniku kontroli:

Wyjaśnić należy, iż w przywołanej kontroli Prezes UZP, obok opisanego w pkt 2.1.1.1. niniejszej publikacji naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a, stwierdzono również naruszenie przesłanki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp. W Informacji o wyniku kontroli wskazano, iż argumentacja Zamawiającego w zakresie możliwości świadczenia przedmiotowej usługi tylko przez jednego wykonawcę z uwagi na przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów jest pochodną żądania przez Zamawiającego konkretnego produktu jednego producenta (wykonawcy), z uwzględnieniem faktu niezagwarantowania przez Zamawiającego w ramach postępowania pn. Zakup i Implementacja Zintegrowanego Systemu Zarządzania Zasobami dla Bibliotek uprawnień niezbędnych do przeprowadzenia postępowania będącego przedmiotem niniejszej kontroli w trybie konkurencyjnym. Wobec stwierdzenia niezasadności ograniczenia zakresu przedmiotowego zamówienia wyłącznie do danego produktu, implikuje to wyłączenie możliwości stwierdzenia zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp. Reasumując, Prezes Urzędu stwierdził jednocześnie, iż poprzez naruszenie zasady uczciwej

konkurencji oraz zasady prymatu trybów przetargowych, Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1 oraz art. 129 ust. 2 ustawy Pzp. Naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, bowiem Zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki pomimo braku podstawy do zastosowania tego trybu.

Przykłady naruszeń art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp2004 w wynikach kontroli Prezesa UZP

Przykład nr 1

*Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 29 października 2020 r., znak: KND/43/20/DKZP, w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Zorganizowanie w Białymstoku Młodzieżowego Pucharu FC Bayern 2018 Polska oraz Pikniku Rodzinnego z Bayern Monachium w kwietniu 2018 r. oraz przeprowadzenie kampanii promującej wydarzenie w okresie poprzedzającym jak i w czasie jego trwania*”.*

Z informacji o wyniku kontroli:

W toku kontroli ustalono, że korespondencja prowadzona drogą elektroniczną pomiędzy Zamawiającym a określonymi osobami fizycznymi w sprawie przedmiotowego zamówienia rozpoczęła się najpóźniej w dniu 4 stycznia 2018 r. Jednocześnie Prezes UZP ustalił, iż zawarcie umowy spółki „L” miało miejsce dnia 29 stycznia 2018 r., podczas gdy rejestracja spółki w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego nastąpiła w dniu 2 lutego 2018 r. Stwierdzono także, że ww. korespondencja była prowadzona m.in. przez osoby, które zostały ujawnione w informacji z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego jako współnicy wykonawcy „L” po rejestracji spółki. Ponadto ustalono, iż umowa pomiędzy wykonawcą „L” a „FC”, której przedmiotem jest zorganizowanie i sfinansowanie krajowych turniejów preselekcyjnych do Młodzieżowego Pucharu FC Bayern w sezonie 2017/2018 w Polsce jako Partner Prezentujący przez wykonawcę „L” została podpisana przez przedstawiciela wykonawcy „L” w dniu 26 lutego 2018 r., zaś przez przedstawiciela „FC” – w dniu 6 marca 2018 r. Prezes UZP wskazał, że z dokumentacji oraz wyjaśnień Zamawiającego wynika, iż fakt uzyskania przez wykonawcę „L” statusu Partnera Prezentującego miał przesądzić o ziszczeniu się w przedmiotowej sprawie przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz b) ustawy Pzp. Prezes UZP ustalił, że w ramach korespondencji toczącej się pomiędzy dniem 4 stycznia 2018 r. a dniem 6 marca 2018 r., tj. dniem zawarcia ww. umowy pomiędzy wykonawcą „L” a „FC”, pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą „L” reprezentowanym przez określone osoby fizyczne jak również pomiędzy Zamawiającym a określonymi osobami fizycznymi przed zawarciem umowy spółki „L” i jej wpisem do rejestru przedsiębiorców KRS dokonywano uzgodnień obejmujących m.in.:

- *sporządzenie i przesłanie Zamawiającemu harmonogramu działań marketingowych poprzedzających Młodzieżowy Puchar FC Bayern 2018 Polska,*
- *sporządzenie i przesłanie Zamawiającemu harmonogramu dotyczącego przebiegu samego turnieju i pikniku,*
- *wybór piłkarzy na projekt tzw. „standu” z Prezydentem Miasta oraz ustalenia dotyczące projektu „standu”,*
- *rodzaj i rozkład atrakcji w związku z organizacją turnieju i pikniku,*
- *wykaz przedstawicieli klubu piłkarskiego, którzy przybędą na turniej,*
- *sposób przekazywania informacji o wydarzeniu do mediów,*
- *sporządzenie planu ramowego z rozpisaniem godzin eliminacji i turnieju wraz z piknikiem,*
- *przygotowanie strony internetowej dotyczącej wydarzenia,*
- *termin organizacji konferencji prasowej dotyczącej wydarzenia oraz zakres osób biorących w niej udział,*
- *określenie sposobu przeprowadzenia preeliminacji do turnieju,*
- *lokalizację banerów reklamowych,*
- *ustalenie terminu przeprowadzenia formalnych negocjacji z wykonawcą „L”,*
- *przekazanie wykonawcy „L” projektu umowy z Zamawiającym.*

Ponadto, Prezes UZP ustalił na podstawie informacji uzyskanych z Komendy Wojewódzkiej Policji, że w dniu 12 grudnia 2017 r. na Stadionie Miejskim odbyło się spotkanie pomiędzy przedstawicielami Zamawiającego oraz m.in. osobą następnie ujawnioną w rejestrze przedsiębiorców KRS jako wspólnik i prezes zarządu spółki „L”, jak również z przedstawicielem „FC”, w celu obejrzenia stadionu i przedstawienia ogólnej koncepcji turnieju, z którego to spotkania brak jest dokumentacji.

W kontekście dokonanych ustaleń w zakresie stanu faktycznego uznać należy, iż w przedmiotowej sprawie Zamawiający wszczął i prowadził negocjacje w sprawie zamówienia publicznego udzielanego w trybie z wolnej ręki w rozumieniu art. 66 ust. 1 ustawy Pzp przed dniem 6 marca 2018 r., tj. dniem, w którym ziszczyły się przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) oraz b) stanowiące podstawę udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Przykład nr 2

Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 20 września 2019 r., znak: KNZ/9/19/DKZP, w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *dostawa w latach 2018–2020 materiału wybuchowego plastycznego MWP-14*. Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 21 października 2019 r., sygn. akt KIO/KD 63/19, nie uwzględniła zastrzeżeń Zamawiającego.

W toku kontroli ustalono, iż podstawą wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki był art. 131h ust. 6 pkt 1 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp2004. W ocenie Prezesa Urzędu okoliczności, w przedstawionym stanie faktycznym, nie uzasadniały wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Z Informacji o wyniku kontroli:

Zamawiający wskazał, iż obowiązek nabycia konkretnego materiału wybuchowego (MWP-14) wynikał z informacji przekazanych przez Gestora wskazanego sprzętu wojskowego – (...), w danych uzupełniających do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę materiału wybuchowego plastycznego MWP-14 z dnia 31 lipca 2017 r., w których wskazano, że przedmiotem dostawy powinien być materiał wybuchowy plastyczny MWP-14 wprowadzony do SZ Poleceniem Szefa Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych RP Nr 61 z dnia 24 sierpnia 2007 r.

W ocenie Prezesa Urzędu nie jest dopuszczalna sytuacja, w której wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasada uczciwej konkurencji doznaje ograniczenia na skutek działań podmiotów nadrzędnych nad Zamawiającym, określających sposób realizacji zamówienia poprzez wskazanie Zamawiającemu konkretnego produktu, który ma zostać dostarczony, uniemożliwiając przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym. Jak podkreślił Rzecznik Generalny w opinii z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji, władze publiczne zamierzające udzielić zamówienia są 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 (...) nie może w toku postępowania powoływać się na działania lub zaniechania innego organu w celu uzasadnienia naruszenia prawa wspólnotowego.

Zamawiający wyjaśnił także, iż proces pozyskiwania sprzętu wojskowego różni się od zakupów towarów i usług na rynku cywilnym, gdyż zgodnie z Decyzją Nr 141/MON pozyskiwanie sprzętu wojskowego w ramach potrzeb bieżących oraz perspektywicznych odbywa się m.in. poprzez prace rozwojowe, dostawę nowego lub będącego na wyposażeniu Sił Zbrojnych RP sprzętu wojskowego, w tym zakup nowego sprzętu wojskowego z dostosowaniem. W przypadku materiału wybuchowego MWP-14 prowadzone zostały prace rozwojowe, na skutek których został on wprowadzony do Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej jako sprzęt wojskowy. Należy jednak zauważyć, że niedopuszczalne jest nabycie konkretnego produktu w trybie zamówienia z wolnej ręki wyłączenie ze względu na fakt, iż został on wprowadzony do Sił Zbrojnych RP

na mocy odpowiedniego polecenia. Wskazane przez Zamawiającego regulacje nie zwalniają go z obowiązku przestrzegania przepisów ustawy Pzp, w tym dotyczących przesłanek stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Fakt wprowadzenia przedmiotowego materiału wybuchowego do Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej Poleceniem Szefa Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych nie stanowi przyczyny związanej z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów, a jest jedynie wynikiem realizacji obowiązków przewidzianych w Decyzji Nr 141/MON.

Powyższe zostało potwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą, która w uchwale z dnia 10 maja 2019 r. (sygn. akt KIO/KD 41/19) wskazała, że zasady stosowania trybu z wolnej ręki zostały ustalone na poziomie prawa unijnego i wewnętrzne regulacje resortowe nie mogą znosić obowiązku stosowania trybów zgodnie z wymaganiami.

Zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp Zamawiający uzasadniał również faktem posiadanie przez Wykonawcę „X” S.A. praw wyłącznych do materiału wybuchowego MWP-14. Należy jednak zauważyć, iż Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 7 października 2014 r. (sygn. akt KIO/KD 89/14) wskazała, że udzielając zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp zamawiający obowiązany jest wykazać, iż nie występuje sytuacja preferowania danej usługi lub produktu objętych ochroną wynikającą z praw wyłącznych, jeżeli inne produkty lub usługi mogą obiektywnie zaspokoić jego potrzeby. Do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy nie wystarczy zatem by przedmiot zamówienia objęty był ochroną prawa wyłącznego (prawem autorskim). Zamawiający musi wykazać, iż wykonywanie zamówienia przez innego wykonawcę jest niemożliwe nie tylko ze względu na przysługującą danemu podmiotowi ochronę praw wyłącznych, ale że istnienie takich praw wyłącznych skutkuje koniecznością udzielenia zamówienia temu podmiotowi. Tym samym należy stwierdzić, iż sam fakt ochrony prawami wyłącznymi materiału wybuchowego nie przesądza o możliwości zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie ww. przepisu przy jego zakupie. Istotne jest również wykazanie przez zamawiającego, że tylko ten konkretny produkt, podlegający ochronie ze względu na prawa wyłączne, jest w stanie spełnić stawiane wymogi, czego Zamawiający w przedmiotowej sprawie nie zrobił. Zamawiający powołał się na regulacje wynikające z Decyzji 141/MON oraz polecenie organu nadrzędnego, nakazujące zakup konkretnego materiału wybuchowego objętego prawami wyłącznymi, nie badając jednocześnie, czy inne występujące na rynku produkty są w stanie sprostać jego oczekiwaniom. Należy zauważyć, iż udzielenie przedmiotowego zamówienia nie zostało poprzedzone przeprowadzeniem dokładnej analizy rynku – Zamawiający wskazał, iż ograniczyła się ona jedynie do akceptacji argumentów wskazanych przez gestora sprzętu wojskowego, dotyczących konieczności pozyskania materiału wybuchowego MWP-14, oraz wystąpieniem do „X” S.A. z zapytaniem o prawa wyłączne do ww. materiału. Tym samym należy wskazać, iż Zamawiający nie przeprowadził analizy rynku w sposób pozwalający na uzyskanie informacji o istnieniu na rynku innych podmiotów, mogących dostarczyć materiał wybuchowy o wymaganych parametrach. Ponadto w przedmiotowej sprawie Zamawiający udzielił zamówienia w trybie z wolnej ręki Wykonawcy „X” S.A. mimo informacji od innego funkcjonującego na rynku podmiotu o możliwości dostarczenia przez ten podmiot materiału wybuchowego o odpowiednich, wymaganych parametrach.

W świetle ww. informacji (które zostały przekazane Zamawiającemu przez „Y” Polska sp. z o.o. jeszcze przed udzieleniem przedmiotowego zamówienia) należy wskazać, iż Zamawiający powinien był zweryfikować możliwość realizacji zamówienia na dostawę materiału wybuchowego, spełniającego odpowiednie wymogi, przez innych wykonawców, przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia w jednym z trybów podstawowych dla zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, przewidzianych w art. 131h ust. 1 ustawy Pzp, opisując przedmiot zamówienia w odpowiedni sposób, z uwzględnieniem wymaganych parametrów technicznych, które spełniałyby jego oczekiwania.

Odnosząc się do wskazanych przez Zamawiającego argumentów zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp, związanych z nabyciem innego materiału wybuchowego, takich jak:

- a) skomplikowanie funkcjonowania istniejącego już podsystemu wsparcia logistycznego,*
- b) negatywny wpływ na ciągłość szkolenia i nabywania doświadczeń w pododdziałach użytkujących środki minersko-zaporowe, co generowałoby dodatkowe koszty i spowodowałoby konieczność przeprowadzenia dodatkowych szkoleń żołnierzy, instruktorów, specjalistów realizujących zadania zabezpieczenia inżynieryjnego oraz zwiększyłoby ryzyko popełnienia błędów zagrażających zdrowiu i życiu,*
- c) brak unifikacji sprzętowej pododdziałów oraz obniżenie poziomu przygotowania i realizacji zadań w ramach systemu ochrony i przetrwania wojsk,*
- d) konieczność zmiany w procesie szkolenia pododdziałów w zakresie prac minerskich,*
- e) konieczność zmiany instrukcji „Prace minerskie i niszczenia”, co generowałoby dodatkowe koszty,*
- f) możliwość wystąpienia błędów powodujących zagrożenie życia lub zdrowia,*
- g) eksploatacja różnych rodzajów materiału wybuchowego, o różnych parametrach techniczno-użytkowych,*

należy wskazać, iż nie uzasadniają one udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie ww. przepisu. Wskazane okoliczności nie wpływają na możliwość realizacji zamówienia wyłącznie przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów.

2.1.1.3. Działalności twórcza lub artystyczna.

Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę, w przypadku udzielenia zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej. Możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w okolicznościach, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wymagane jest kumulatywne spełnienie wszystkich przesłanek w nim zawartych.

W ustawie Pzp nie odnajdziemy definicji „działalności twórczej lub artystycznej” stąd też w tej materii mogą się pojawiać pewne trudności interpretacyjne. Ustalając znaczenie tego pojęcia, należy posłużyć się normami prawnymi regulującymi obszar aktywności twórców i artystów, czyli ustawą z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 2509 ze zm.), dalej: „ustawa o prawie autorskim”. Zgodnie z art. 1 ust. 1 tejże ustawy przedmiotem prawa autorskiego jest utwór, tzn. każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia. Przedmiotem zamówienia może być zarówno stworzenie nowego utworu, jak i opracowanie, wystawienie, przetworzenie utworu już istniejącego.

Określenie „przejaw działalności twórczej”, według orzecznictwa i doktryny oznacza, że utwór powinien stanowić uzewnętrzniony rezultat działalności o charakterze kreatywnym. Przesłanka ta określana niekiedy jako przesłanka „oryginalności” utworu, zrealizowana jest wówczas, gdy istnieje subiektywnie nowy wytwór intelektu; jest ona zatem ujmowana wyłącznie w płaszczyźnie nowości subiektywnej i zorientowana retrospektywnie. Istnienie przesłanki „oryginalności” nie jest jednak warunkiem wystarczającym do zakwalifikowania określonego wytworu jako przedmiotu prawa autorskiego. Konieczne jest bowiem, aby wytwór taki miał charakter indywidualny. Oznacza to, iż przy kształtowaniu formy oraz treści utworu twórca powinien dokonać osobistego, swobodnego wyboru i uporządkowania jego składników²⁵.

Działalność artystyczna natomiast to każda działalność wykonawcza (w odróżnieniu od wytwórczej) o charakterze twórczym, indywidualnym. Działalność taka różni się od działalności mechanicznej, tzn. produkcyjnej czy technicznej, której nie nosi cech twórczości. Sformułowanie: „udzielenie zamówienia

²⁵ H. Nowak, M. Winiarz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2023, s. 661.

w zakresie działalności twórczej lub artystycznej” należy rozumieć w ten sposób, że zamówienie udzielane z wolnej ręki obejmuje zarówno działalność twórczą lub artystyczną *sensu stricto*, jak również usługi lub roboty budowlane towarzyszące tej działalności, niezbędne z punktu widzenia osiągnięcia zamierzonego, unikalnego efektu twórczego bądź artystycznego²⁶.

Aby odwołać się do przesłanki określonej w art. 214 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, 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 wykonawcę. Zatem nie w każdej sytuacji objęcie przedmiotu zamówienia prawem autorskim będzie uzasadniało skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki. Powyższe znalazło potwierdzenie w wyroku z dnia 6 kwietnia 2006 r. II GSK 7/06 Naczelnego Sadu Administracyjnego, aktualnym w obowiązującym stanie prawnym, 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 konieczna 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.*

Przykładem niewłaściwego zastosowania przesłanki zamówienia z wolnej ręki na podstawie omawianej przesłanki jest udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie usługi polegającej na opracowaniu strategii promocji, bowiem usługi o tego rodzaju charakterze, pomimo możliwości wykonania ich w różnych formach oraz objęcia usług ochroną prawnoautorską, są usługami powszechnymi, które mogą być wykonane przez wielu wykonawców²⁷.

WAŻNE!

Odstąpienie od stosowania przepisów

Udzielając zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający może odstąpić od:

- powołania komisji przetargowej - art. 53 – 55 ustawy Pzp,
- wykluczenia wykonawcy z powodów o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp,
- obowiązku przekazania wykonawcom wraz z zaproszeniem do negocjacji, informacji niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, w tym projektowanych postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego – art. 217 ust. 1 ustawy Pzp.

2.1.2. Dostawy, których przedmiotem są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych.

Stosownie do treści art. 214 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli przedmiotem zamówienia na dostawy są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej, służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju, oraz które mogą być wytwarzane tylko przez jednego wykonawcę.

Analiza przesłanek zastosowania danej podstawy trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki pozwala na wyodrębnienie szczegółowych okoliczności dopuszczalności jej wyboru:

²⁶ Tamże, str. 662.

²⁷ Informacja o wyniku kontroli znak: KZ/164/09.

1. Rodzaj zamówienia w konkretnym przypadku stanowi dostawa w rozumieniu art. 7 pkt 4 ustawy Pzp;
2. Przedmiotem zamówienia są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych;
3. Rzeczy, o których mowa w pkt 2 nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej, służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju;
4. Rzeczy, o których mowa w pkt 2 mogą być wytwarzane tylko przez jednego wykonawcę.

Przewidziana przez ustawodawcę konstrukcja danego przepisu oznacza, iż zamawiający uprawniony jest do udzielenia zamówienia na danej podstawie prawnej w przypadku nabywania rzeczy spełniających określone, wąsko zdefiniowane kryteria odnoszące się do celu ich wytworzenia, charakteru związanej z nimi działalności zamawiającego oraz z zastrzeżeniem, iż istnieje tylko jeden wykonawca mogący wytwarzać wskazane rzeczy.

W pierwszej kolejności, wobec treści art. 7 pkt 4 ustawy Pzp wymaga wskazania, że ustawodawca określił szeroki zakres podstaw nabycia znajdujących zastosowanie także w odniesieniu do instytucji art. 214 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, włączając w dany krąg nie tylko przeniesienie własności *sensu stricto* np. na podstawie umowy sprzedaży, ale również inne tytuły do władania rzeczami, w szczególności umowa najmu, dzierżawy czy leasingu.

Należy zwrócić uwagę, iż ustawodawca dokonał w art. 214 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zawężenia zakresu produktów dopuszczalnych do nabycia w ramach dostawy, ograniczając je do pojęcia „rzeczy”, które powinno być definiowane przez pryzmat treści art. 45 kodeksu cywilnego, co oznacza, iż zaliczają się doń wyłącznie przedmioty materialne, posiadające przymiot samoistności. W szczególności zatem nie kwalifikują się jako przedmiot dostaw w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp dobra niematerialne, do których zaliczają się m.in. utwory stanowiące przedmiot prawa autorskiego w rozumieniu ustawy o prawie autorskim, jak również wynalazki czy wzory użytkowe w rozumieniu ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1170).

W tym względzie należy zauważyć, iż wobec faktu zastosowania ustawodawcą pojęcia „dostawy rzeczy wytwarzanych”, w kontekście art. 214 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp należy przyjąć, iż zastosowanie danej podstawy udzielenia zamówienia z wolnej ręki odnosić się będzie do uzyskania (nabycia) przez zamawiającego pewnej nowej jakości, wykraczającej poza aspekt modernizacji, naprawy czy ulepszenia. Jak wskazano w treści uchwały KIO z dnia 30 września 2014 r., sygn. akt KIO/KD 86/14: [...] *nie znajduje żadnego logicznego uzasadnienia stanowisko, iż prace przy istniejącym przecież w momencie wszczęcia postępowania urzędzeniu doprowadziły do wytworzenia (powstania, wyprodukowania) owego urzędzenia. Wytworzenie referuje bowiem wprost do rzeczy (przedmiot materialny), a nie do nowych funkcji i możliwości tej rzeczy, uzyskanej w rezultacie szeregu prac. W takim przypadku (modernizacji rzeczy) należy mówić nie o wytworzeniu rzeczy, ale co najwyżej o „wytworzeniu” nowych funkcjonalności, poszerzeniu możliwości pracy takiego urzędzenia.*

Kolejna przesłanka dopuszczalności udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp odnosi się do wytworzenia rzeczy wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych. Wobec faktu, iż ustawa Pzp nie definiuje przedmiotowych pojęć, dla ustalenia ich zakresu znaczeniowego niezbędne jest odwołanie się do treści innych aktów prawnych. W szczególności należy zwrócić uwagę na treść ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 742 ze zm.). Jak stanowi art. 4 ust. 2 tej ustawy:

2. *Badania naukowe są działalnością obejmującą:*

- 1) *badania podstawowe rozumiane jako prace empiryczne lub teoretyczne mające przede wszystkim na celu zdobywanie nowej wiedzy o podstawach zjawisk i obserwowalnych faktów bez nastawienia na bezpośrednie zastosowanie komercyjne;*

- 2) *badania aplikacyjne rozumiane jako prace mające na celu zdobycie nowej wiedzy oraz umiejętności, nastawione na opracowywanie nowych produktów, procesów lub usług lub wprowadzanie do nich znaczących ulepszeń.*

Z kolei jej art. 4 ust. 3 przedstawia następującą treść:

3. Prace rozwojowe są działalnością obejmującą nabywanie, łączenie, kształtowanie i wykorzystywanie dostępnej aktualnie wiedzy i umiejętności, w tym w zakresie narzędzi informatycznych lub oprogramowania, do planowania produkcji oraz projektowania i tworzenia zmienionych, ulepszonych lub nowych produktów, procesów lub usług, z wyłączeniem działalności obejmującej rutynowe i okresowe zmiany wprowadzane do nich, nawet jeżeli takie zmiany mają charakter ulepszeń.

W orzecznictwie podkreśla się w szczególności, iż *definicje badań naukowych (badań podstawowych i badań aplikacyjnych) oraz prac rozwojowych zawarte w ustawie prawo o szkolnictwie wyższym i nauce mają charakter uniwersalny, co oznacza, że wskazują na działania i elementy, które muszą wystąpić aby możliwe było uznanie określonych działań (czynności) za badania naukowe lub prace rozwojowe. Istotne jest również to, że definicje te wzajemnie się uzupełniają i przenikają, gdyż takie same lub podobne działania (czynności) wypełniają zarówno np. definicję badań aplikacyjnych jak i definicję prac rozwojowych. Przykładem mogą być czynności testowania (badania). Nie ma najmniejszych wątpliwości, że czynności testowania (badania) związane z przeprowadzaniem różnego rodzaju badań są immanentnym elementem badań naukowych czy prac rozwojowych²⁸.*

Istotne znaczenie interpretacyjne należy przyznać także definicjom zawartym w aktach prawa Unii Europejskiej, do których zaliczyć można m.in. rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady UE) 2021/695 z dnia 28 kwietnia 2021 r. ustanawiające program ramowy w zakresie badań naukowych i innowacji „Horyzont Europa” oraz zasady uczestnictwa i upowszechniania obowiązujące w tym programie oraz uchylające rozporządzenia (UE) nr 1290/2013 i (UE) nr 1291/2013 (Dz. Urz. UE. L Nr 170, str. 1), które w art. 2 pkt 32 wprowadza pojęcie „działania w zakresie badań naukowych i innowacji” oznaczające *działanie polegające głównie na działalności w celu stworzenia nowej wiedzy lub zbadania wykonalności nowych lub udoskonalonych technologii, produktów, procesów, usług lub rozwiązań. Może ono obejmować badania podstawowe i stosowane, rozwój i integrację technologii, testowanie, demonstrację i walidację na małą skalę prototypu w środowisku laboratoryjnym lub symulowanym.*

Uznać należy, iż pomocnicze zastosowanie dla wykładni przedmiotowych pojęć mogą mieć także definicje zawarte w załączniku do rozporządzenia Komisji (UE) 2023/1803 z dnia 13 sierpnia 2023 r. przyjmującego określone międzynarodowe standardy rachunkowości zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 1606/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. Urz. UE. L Nr 237, str. 1), gdzie w Międzynarodowym Standardzie Rachunkowości 38 „Wartości niematerialne” wskazano, iż *działalność badawcza i rozwojowa ukierunkowana jest na rozwój wiedzy. Prace badawcze określono jako nowatorskie i zaplanowane poszukiwanie rozwiązań podjętych z zamiarem zdobycia i przyswojenia nowej wiedzy naukowej i technicznej, natomiast prace rozwojowe – jako praktyczne zastosowanie odkryć badawczych lub też osiągnięć innej wiedzy w planowaniu lub projektowaniu produkcji nowych lub znacznie udoskonalonych materiałów, urządzeń, produktów, procesów technologicznych, systemów lub usług, które ma miejsce przed rozpoczęciem produkcji komercyjnej lub zastosowaniem.*

Ustawodawca unijny wskazał przykładowe prace badawcze, do których zaliczono:

- a) działania zmierzające do zdobycia nowej wiedzy;
- b) poszukiwanie, ocenę i końcową selekcję sposobu wykorzystania rezultatów prac badawczych lub wiedzy innego rodzaju;
- c) poszukiwanie alternatywnych materiałów, urządzeń, produktów, procesów, systemów lub usług; oraz
- d) formułowanie, projektowanie, ocenę i końcową selekcję nowych lub udoskonalonych materiałów, urządzeń, produktów, procesów, systemów lub usług.

²⁸ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 17 maja 2022 r., sygn. akt II FSK 321/22.

Katalog prac rozwojowych został z kolei określony w następujący sposób:

- a) projektowanie, wykonanie i testowanie prototypów i modeli doświadczalnych (przed ich wdrożeniem do produkcji seryjnej lub użytkowania);
- b) projektowanie narzędzi, przyrządów do obróbki, form i matryc z wykorzystaniem nowej technologii;
- c) projektowanie, wykonanie i funkcjonowanie linii pilotażowej, której wielkość nie umożliwia prowadzenia ekonomicznie uzasadnionej produkcji przeznaczonej na sprzedaż; oraz
- d) projektowanie, wykonanie i testowanie wybranych rozwiązań w zakresie nowych lub udoskonalonych materiałów, urządzeń, produktów, procesów, systemów lub usług.

Uznać należy, iż prowadzenie działalności polegającej na „badaniach naukowych”, „pracach rozwojowych” czy „działaniu w zakresie badań naukowych i innowacji” w powyższym rozumieniu co do zasady będzie mieścić się w zakresie celów wskazanych jako przesłanka zastosowania art. 214 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Jednocześnie uznać należy, iż dana dostawa nie może być wykorzystywana w celach innych aniżeli konkretny aspekt działalności wpisującej się w zakres przedmiotowy omawianej przesłanki.

Następna przesłanka udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp pozostaje w ścisłym związku z przesłanką omówioną uprzednio, stanowi ona bowiem, iż rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej, służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju.

Wobec braku legalnej definicji pojęcia „produkcja masowa”, możliwe jest odwołanie się do definicji naukowej, gdzie jako istotę tego typu produkcji wskazuje się wytwarzanie dużej liczby pojedynczych produktów o niewielkim zróżnicowaniu²⁹. Stwierdzić należy zatem, iż przeciwko przyznaniu określonego procesowi produkcyjnemu cechy masowości występować będzie wysoki stopień indywidualizacji wytworzonych dóbr, w opozycji do dóbr typowych, powszechnie występujących w obrocie rynkowym.

Przyjęta przez ustawodawcę konstrukcja gramatyczna zawarta w art. 214 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie analizowanej przesłanki skutkuje jednakże koniecznością uznania, iż nie każda produkcja masowa sensu largo, a wyłącznie taka, która służy osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju, stanowi przesłankę negatywną dla zastosowania danej podstawy trybu z wolnej ręki. Zasadne jest stwierdzenie, iż rentowność rynkowa przede wszystkim determinowana jest istnieniem zysku generowanego przez dany podmiot, jakkolwiek istnieją interpretacje wskazujące na szerszy zakres owego pojęcia, odnosząc je także do innych aniżeli zysk wskaźników ekonomicznych³⁰. Podkreślić jednakże należy, iż sam fakt osiągania przez zamawiającego zysku ze swojej działalności nie wyklucza zastosowania omawianej podstawy trybu z wolnej ręki, treść przepisu wskazuje bowiem na konieczność istnienia związku przyczynowego pomiędzy konkretnym typem produkcji a rentownością, co należy interpretować w ten sposób, iż ustawodawca odnosi się przede wszystkim do charakteru danej produkcji jako ukierunkowanej na osiągnięcie rentowności. Analogicznie do rentowności, przepis art. 214 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie dopuszcza prowadzenia przez zamawiającego produkcji masowej służącej pokryciu kosztów badań lub rozwoju, co przede wszystkim podkreśla naukowy a nie stricte komercyjny cel udzielania zamówienia na danej podstawie trybu z wolnej ręki.

Ostatnią przesłanką podstawy udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jest istnienie tylko jednego wykonawcy, który może wytwarzać rzeczy stanowiące przedmiot zamówienia na dostawę. Przesłanka ta ma charakter techniczny, rozgraniczając zakres zastosowania trybu z wolnej ręki względem trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, co stanowi swoisty sposób transpozycji treści art. 32 ust. 3 lit. a) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, str. 65, ze zm., dalej: „dyrektywa klasyczna”). Oznacza to, że w przypadku gdy na rynku istnieje większa liczba potencjalnych wykonawców aniżeli jeden,

²⁹ Waters D., *Zarządzanie operacyjne. Towary i usługi*. Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2001, str. 188.

³⁰ Urząd Zamówień Publicznych, *Materiał szkoleniowy z zakresu trybów negocjacyjnych*. Warszawa 2020, str. 15, str. 28.

zamawiający nie ma możliwości wyboru dowolnego wykonawcy w trybie z wolnej ręki, lecz w takim wypadku stosuje tryb negocjacji bez ogłoszenia, co ma na celu zagwarantowanie wyższego stopnia konkurencyjności w postępowaniu.

Analizując treść art. 214 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp należy zwrócić uwagę na stosunek owego przepisu do art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp zawierającego szczególną regulację wyłączającą stosowanie przepisów ustawy Pzp do *zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne, których przedmiotem są dostawy lub usługi służące wyłącznie do celów prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju.*

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż podstawowym warunkiem dopuszczalności zastosowania wyłączenia z art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp jest ustalenie wartości zamówienia na poziomie poniżej progów unijnych. Z uwagi jednakże na fakt, iż przepis art. 305 pkt 1 ustawy Pzp określający zakres podstaw udzielenia zamówienia z wolnej ręki dla postępowań o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne referuje do okoliczności określonych m.in. w art. 214 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zasadne jest ustalenie charakteru relacji przesłanek zastosowania każdej z powyższych instytucji.

Wykładnia treści przesłanek określonych w art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp pozwala na stwierdzenie, iż ustawodawca określił owe przesłanki w sposób do pewnego stopnia zbieżny z regulacją art. 214 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, z następującymi zastrzeżeniami dla instytucji wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp:

- wyłączenie znajduje zastosowanie zarówno dla dostaw jak i usług;
- przedmiotem dostawy nie muszą być „rzeczy”, co potencjalnie pozwala na rozszerzenie katalogu dóbr nabywanych w ramach przedmiotowej instytucji stosownie do zakresu przedmiotowego pojęcia dostaw, definiowanego w art. 7 pkt 4 ustawy Pzp;
- ustawodawca jako jeden z możliwych celów wskazał „prace eksperymentalne”, podczas gdy w treści art. 214 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp mowa jest o „celach doświadczalnych”;
- w ramach wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp przedmiot dostawy (ew. usługi) nie musi być wytwarzany tylko przez jednego wykonawcę (co zbliża daną instytucję wyłączenia do trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 301 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 209 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp).

W szczególności należy zwrócić uwagę, iż pojęcie „prac eksperymentalnych” nie zostało zdefiniowane przez ustawodawcę polskiego na gruncie ustawy Pzp, jakkolwiek jego wykładnia może zostać dokonana z uwzględnieniem m.in. treści rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu (Dz. Urz. UE. L Nr 187, str. 1, dalej: „rozporządzenie nr 651/2014”), które w art. 2 pkt 86 zawiera definicję „eksperymentalnych prac rozwojowych” sprecyzowanych jako *zdobywanie, łączenie, kształtowanie i wykorzystywanie dostępnych aktualnie umiejętności i wiedzy oraz innych stosownych umiejętności i wiedzy w celu opracowania nowych lub ulepszonych produktów, procesów lub usług, w tym produktów, procesów lub usług cyfrowych, w dowolnej dziedzinie, dowolnej branży lub dowolnym sektorze (w tym między innymi w branżach i technologiach cyfrowych, takich jak obliczenia superkomputerowe, technologie kwantowe, technologie blockchain, sztuczna inteligencja, cyberbezpieczeństwo, duże zbiory danych i technologie związane z chmurą lub technologie przetwarzania brzegowego). Mogą one także obejmować np. czynności mające na celu pojęciowe definiowanie, planowanie oraz dokumentowanie nowych produktów, procesów lub usług.*

Rozporządzenie nr 651/2014 wskazuje także, iż *eksperymentalne prace rozwojowe mogą obejmować opracowywanie prototypów, demonstracje, opracowywanie projektów pilotażowych, testowanie i walidację nowych lub ulepszonych produktów, procesów lub usług w otoczeniu stanowiącym model warunków rzeczywistego funkcjonowania, których głównym celem jest dalsze udoskonalenie techniczne produktów, procesów lub usług, których ostateczny kształt zasadniczo nie jest jeszcze określony. Mogą obejmować opracowywanie prototypów i projektów pilotażowych, które można wykorzystać do celów*

komercyjnych, w przypadku gdy prototyp lub projekt pilotażowy z konieczności jest produktem końcowym do wykorzystania do celów komercyjnych, a jego produkcja jest zbyt kosztowna, aby służył on jedynie do demonstracji i walidacji. Eksperymentalne prace rozwojowe nie obejmują rutynowych lub okresowych zmian wprowadzanych do istniejących produktów, linii produkcyjnych, procesów wytwórczych, usług oraz innych operacji w toku, nawet jeśli takie zmiany mają charakter ulepszeń.

Niezależnie od wskazanych powyżej odmienności, w praktyce istnieje możliwość, iż dla określonej grupy pozyskiwanych dóbr zakres przesłanek właściwych zarówno dla art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp jak i art. 214 ust. 1 pkt 3 (w związku z art. 305 pkt 1 ustawy Pzp) będzie się pokrywał, co pozwala zamawiającemu na odstąpieniu od stosowania przepisów ustawy Pzp przy udzielaniu zamówienia.

2.1.3. Konkurs.

Stosownie do art. 214 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli przeprowadzono konkurs, o którym mowa w art. 326 pkt 2 ustawy Pzp, w którym nagrodą było zaproszenie autora lub autorów wybranych prac konkursowych do negocjacji w omawianym trybie, w celu wykonania usługi na podstawie wybranej pracy konkursowej, albo takie zaproszenie wraz z nagrodą pieniężną lub rzeczową. Możliwość zastosowania omawianego trybu opiera się w tym przypadku na założeniu, że konkurencja w zakresie wyboru wykonawcy została już zapewniona na etapie trwania procedury konkursowej.

Zgodnie z definicją ujętą w art. 7 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez konkurs należy rozumieć przyrzeczenie publiczne, w którym zamawiający, przez publiczne ogłoszenie, przyrzeka nagrodę za wykonanie i przeniesienie prawa do pracy konkursowej wybranej przez sąd konkursowy. Procedura konkursowa została uregulowana w art. 325-358 ustawy Pzp. Zamawiający może zorganizować konkurs w celu wyboru pracy konkursowej o charakterze twórczym, dotyczącej w szczególności planowania przestrzennego, usługi projektowania: urbanistycznego, architektonicznego, architektoniczno-budowlanego, usługi przetwarzania danych, projektowania z zakresu informatyki oraz zamierzenia innowacyjnego. Oznacza to, że przedmiotem zamówienia udzielanego w trybie zamówienia z wolnej ręki po przeprowadzeniu procedury konkursowej będzie zawsze usługa o charakterze twórczym, przy czym zawarty w art. 325 ust. 1 ustawy Pzp katalog ma charakter otwarty. Jednakże, dla możliwości zastosowania tego trybu konieczny jest funkcjonalny związek wybranej pracy konkursowej z finalnym kształtem i wykonaniem zamówienia³¹.

Rozpoczęcie procedury udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp rozpoczyna się z chwilą zaproszenia do negocjacji autora (autorów) wybranej pracy konkursowej w celu ustalenia warunków wykonania usługi. Planowany termin wystosowania przez zamawiającego zaproszenia do negocjacji powinien być zawarty w regulaminie konkursu, przy czym należy pamiętać, iż jest to termin jedynie o charakterze informacyjnym.

W obecnie obowiązującej ustawie zrezygnowano z przepisu zawartego w art. 11 ust. 2 ustawy Pzp2004, który ograniczał zakres przedmiotu zamówienia udzielanego w omawianym trybie jedynie do uszczegółowienia opracowania pracy konkursowej. Zatem, przedmiot zamówienia stanowiący nagrodę w konkursie może stanowić szersze, samodzielne przedsięwzięcie twórcze, którego podstawą jest wybrana praca konkursowa, przy czym to kluczowy charakter pracy konkursowej dla planowanej usługi będzie determinował kierunek prowadzonych negocjacji. Wszelkie propozycje negocjacyjne zamawiającego muszą uzyskać akceptację autora pracy konkursowej, inaczej nie dojdzie do udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki. W art. 356 ust. 2 ustawy Pzp przewidziano sytuację, gdy prowadzone negocjacje nie doprowadziły do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wtedy zamawiający ma możliwość zaproszenia do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki uczestnika konkursu, którego praca konkursowa otrzymała drugą w kolejności najwyższą ocenę, jeżeli przewidział taką opcję w regulaminie konkursu.

³¹ Zob. H. Nowak, M. Winiarz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wydanie II, Warszawa 2023, str. 666.

WAŻNE

W przypadku zamówień udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie omawianej przesłanki, w myśl art. 215 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający może odstąpić od stosowania przepisu art. 53-55,

art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 217 ust. 1 ustawy Pzp, tj. od:

- obowiązku powołania komisji przetargowej,
- wykluczenia wykonawcy z powodów określonych w art. 108 ust. 1 i 2 oraz
- obowiązku przekazania wykonawcy wraz z zaproszeniem do negocjacji, informacji niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, w tym projektowanych postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy.

W art. 325 ust. 2 ustawy Pzp, wprowadzono obligatoryjność przeprowadzania konkursu w przypadku zamówień na usługi projektowania architektonicznego lub projektowania architektoniczno-budowlanego, z wyjątkiem przypadków, gdy nie występuje w nich element twórczości, a projekt przenosi jedynie koncepcję architektoniczną wykonaną własnymi siłami przez zamawiającego na język techniczny. Stosownie do art. 325 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, obligatoryjność przeprowadzenia konkursu przed udzieleniem zamówienia obejmującego ww. usługi nie znajduje zastosowania do zamówień udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki, przy spełnieniu innych przesłanek zastosowania tego trybu niż art. 214 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej:

W wyroku z dnia 17 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2668/19, Izba stwierdziła, iż: z przepisów ustawy pzp wynika nierozzerwalne powiązanie konkursu i prowadzonego następnie postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli nagrodą w konkursie było zaproszenie autora wybranej pracy konkursowej do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, co wprost przewiduje art. 111 ust. 1 pkt 3 pzp. Z kolei skorelowany z tym przepisem art. 67 ust. 1 pkt 2 pzp dopuszcza udzielenie zamówienia z wolnej ręki właśnie, jeżeli przeprowadzono konkurs, o którym mowa w art. 110 pzp, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej. Przy czym art. 110 jest przepisem definiującym konkurs jako przyrzeczenie publiczne, w którym przez publiczne ogłoszenie zamawiający przyrzeka nagrodę za wykonanie i przeniesienie prawa do wybranej przez sąd pracy konkursowej, w szczególności z zakresu planowania przestrzennego, projektowania urbanistycznego, architektoniczno-budowlanego oraz przetwarzania danych. Skoro warunkiem sine qua non zaistnienia okoliczności uprawniającej do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 2 pzp, jest uprzednie przeprowadzenie konkursu, jeżeli będzie on dotknięty wadami wpływającymi na jego wynik, odpadnie podstawa do udzielenia w trybie tego przepisu zamówienia z pominięciem trybów podstawowych (...).

2.1.4. Konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia.

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli 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. Wszystkie ww. przesłanki muszą wystąpić łącznie, tj.:

1. musi dojść do zaistnienia wyjątkowej sytuacji, której zamawiający nie mógł przewidzieć. Poprzez niemożność przewidzenia określonego zdarzenia należy rozumieć jedynie sytuacje, których prawdopodobieństwo wystąpienia jest co do zasady nikłe, tj. zdarzenia wykraczające poza standardowe warunki życia gospodarczego i społecznego, jak np. klęski żywiołowe, katastrofy, pożary, powódzie, trzęsienia ziemi, niespodziewane wypadki lub awarie. Natomiast, nie można uznać za wyjątkowe sytuacje uzasadniające udzielenie zamówienia publicznego przypadki wystąpienia mrozów lub opadów śniegu w sezonie zimowym, w rejonach, gdzie cyklicznie w tym okresie ww. zjawiska atmosferyczne

występują, czy też okoliczność upływu terminu na sfinansowanie określonej inwestycji lub przedsięwzięcia bądź wystąpienie ryzyka utraty finansowania.³²

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej:

W wyroku z dnia 18 października 2021 r., sygn. akt KIO 2685/21, KIO 2689/21, Izba wskazała, iż zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby oraz poglądami doktryny przez pojęcie „wyjątkowej sytuacji”, którym posłużono się w przepisie art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp, należy rozumieć zjawiska losowe i niezależne od Zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe, katastrofy, awarie, wypadki. Specyfika wyjątkowej sytuacji musi powodować, że Zamawiający nie będzie w stanie przewidzieć jej wystąpienia. Sytuacja nieprzewidywalna to taka, której wystąpienie w normalnym toku rzeczy jest nieprawdopodobne, a nieprzewidywalność takiej sytuacji przez Zamawiającego powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych. W konsekwencji uznać należy, że „wyjątkowa sytuacja”, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp, jest co do zasady zjawiskiem losowym, obiektywnie nieprzewidywalnym.

Podobne stanowisko Krajowa Izba Odwoławcza zaprezentowała w wyroku z dnia 20 października 2022 r., sygn. akt KIO 2633/22: Zamawiający jako uzasadnienie dla zastosowania trybu wolnej ręki wskazał, że umowa została zawarta 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. Zamawiający jest zobowiązany do świadczenia usługi żywienia, co wynika z obowiązków, jakie nakłada na niego kontrakt z Narodowym Funduszem Zdrowia. Zamawiający unieważnił piątą procedurę w dniu 19 sierpnia 2022 r., z uwagi na znaczne przekroczenie kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Po dwóch nieudanych negocjacjach, Zamawiający podjął kolejną próbę negocjacji z wykonawcą, który złożył ofertę na kwotę bardzo zbliżoną do kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Umowa została zawarta na okres od 12 września 2022 r. do 12 lutego 2023 r.

W treści powyższego uzasadnienia nie wykazano zasadności zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Przede wszystkim ww. przepis uzależnia zastosowanie tego trybu ze względu na wyjątkową sytuację, której zamawiający nie mógł przewidzieć i wystąpienie tej właśnie sytuacji ma spowodować konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia. Tymczasem w niniejszej sprawie żadna nadzwyczajna sytuacja nie wystąpiła. Zamawiający tak w miesiącu lutym, jak i w kolejnych, był zobowiązany do zapewnienia wyżywienia pacjentom. Przedmiot umowy jest zatem dla Zamawiającego stałym obowiązkiem, a nie wynikiem wystąpienia jakiegokolwiek szczególnej sytuacji, zwłaszcza takiej, której Zamawiający nie mógł przewidzieć. Podobnie nie jest żadną szczególną, wyjątkową sytuacją, której nie można było przewidzieć, unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest to sytuacja, która może wystąpić w każdym postępowaniu, jest uregulowana w ustawie Prawo zamówień publicznych i Zamawiający powinien wziąć ją pod uwagę. Zatem okoliczność niewyłonienia wykonawcy w postępowaniu z uwagi na okoliczności przewidziane w artykule 255 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi uzasadnienia dla zastosowania procedury zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponadto Zamawiający po raz kolejny w ciągu roku postępuje w sposób podobny – tj. przeprowadza procedurę otwartą bez wyboru oferty najkorzystniejszej, a także zawiera na krótki czas umowę z wykonawcą. Nie nastąpiła zatem w ciągu ostatniego półroczia, jak i obecnie, żadna szczególna, nieprzewidywalna sytuacja, nieleżąca po stronie Zamawiającego. Działania Zamawiającego są powtarzalne i przynoszą ten

³² Kom. w sytuacji upływu terminu realizacji zamówienia oraz przy ryzyku utraty finansowania przedsięwzięcia nie mamy do czynienia ani z wyjątkową sytuacją, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ani też z potrzebą natychmiastowego wykonania zamówienia; Zob.: H. Nowak, M. Winiarz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wydanie II, Warszawa 2023, str. 668.

sam efekt. Fakt, że Zamawiający nie wyłonił dotychczas wykonawcy za cenę, jakiej oczekuje, nie oznacza, że znalazł zastosowanie powyższy artykuł ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. wyjątkowa sytuacja nie może wynikać z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Okoliczności uzasadniające zastosowanie omawianego trybu muszą wynikać z przyczyn niezawinionych, niezależnych od samego zamawiającego. Innymi słowy, wystąpienia sytuacji przewidzianej w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, nie można było uniknąć, nawet przy zachowaniu przez zamawiającego należytej staranności przyjętej zwyczajowo w danych okolicznościach. Ocena wystąpienia ww. przesłanki oceniana jest w sposób obiektywny, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności wpływających na ukształtowanie danego stanu faktycznego sprawy.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej:

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3796/21, zamawiający udzielił zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp, zgodnie z którym zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, gdy wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Katalog przesłanek zawartych w tym przepisie tworzą zatem: wyjątkowość sytuacji, brak wpływu zamawiającego na jej zaistnienie (sytuacja nie wynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego), niemożność przewidzenia tej sytuacji przez zamawiającego, konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia oraz brak możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Przesłanki te muszą być spełnione łącznie, co oznacza, że brak ziszczenia choćby jednej z nich wyłącza możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Odnosząc się kolejno do wymienionych przesłanek stwierdzić należy, że w okolicznościach sprawy nie zaistniała sytuacja o wyjątkowym charakterze. Izba zważyła, że trudności związane z zawieraniem umów na odbiór i zagospodarowanie odpadów na przełomie lat są powszechnie znane. Konieczność zapewnienia odbioru odpadów przez jednostki samorządu terytorialnego nakłada zatem na nie obowiązek wzmożonej zapobiegliwości przy prowadzeniu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, której poziom minimalny obejmuje odpowiednio wczesne wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia i jego sprawne przeprowadzenie. Nie można przy tym twierdzić, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia jest sytuacją wyjątkową, której zamawiający nie jest zobowiązany uwzględniać. Przeciwny wniosek wynika już z samej definicji postępowania o udzielenie zamówienia zawartej w art. 7 pkt 18 Pzp. Przepis ten stanowi in finem, że postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu. Ustawodawca zatem - inaczej niż miało to miejsce w przepisach ustawy obowiązującej poprzednio - unieważnienie postępowania uczynił sposobem zakończenia postępowania równorzędnym prawnie z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Potwierdza to również brzmienie art. 254 Pzp. W konsekwencji sam fakt unieważnienia postępowania nie jest de lege lata sytuacją wyjątkową. Przeciwnie, zamawiający planując postępowanie i dążąc do zapewnienia nieprzerwanego świadczenia usług, powinien się z nią liczyć. Skoro możliwość zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia przez jego unieważnienie wynika wprost z przepisów, to zamawiający, który powinien znać przepisy ustawy i prawidłowo je stosować, nie może twierdzić, że jest to okoliczność niemożliwa do przewidzenia.

Po drugie, przyczyny tego stanu rzeczy leżały po stronie zamawiającego. Niezasadnie wskazują zamawiający i przystępujący, że zamiar wycofania się odwołującego z zawarcia umowy na podstawie złożonej przez niego oferty oznaczał, że jest on podmiotem odpowiedzialnym za zaistniałą sytuację. Przede wszystkim dostrzec trzeba, że w praktyce zdarzają się sytuacje, w których wykonawca wybrany przez zamawiającego lub wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę nie zawierają umowy z

zamawiającym. Przyczyny tego stanu rzeczy są różne, część z nich wynika z suwerennych decyzji wykonawców, część podyktowana jest okolicznościami o zewnętrznym charakterze, w tym również wzrostem cen mającym znaczenie dla wykonania umowy, który nastąpił już po złożeniu oferty. Sytuacje takie uwzględnił ustawodawca wskazując w art. 263 Pzp wzorzec postępowania zamawiającego w sytuacji, gdy wykonawca uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

3. występuje konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, która niweluje możliwość zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Przywołana w omawianej przesłance konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia musi wynikać z konieczności ochrony interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego.

Do takich interesów zalicza się ochronę zdrowia i życia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku czy ochronę środowiska³³. Zatem, użyte w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp określenie „natychmiast” wskazuje na maksymalny priorytet i szybkość większą niż w przypadku „trybu pilnego”. Oznacza to również, że z ww. przesłanki można skorzystać jedynie w wyjątkowych sytuacjach wymagających od zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji, a także – z uwagi na zasadę proporcjonalności – jedynie w zakresie, jakim jest wymagana natychmiastowa wykonalność danego zamówienia. Odróżniając zamówienia wymagające pilnego i natychmiastowego wykonania zamówienia trzeba pamiętać, iż do tych pierwszych będzie miało zastosowanie udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, określone w art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a nie w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej:

O kwestii wystąpienia wyjątkowej sytuacji, której Zamawiający nie mógł przewidzieć oraz konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia rozstrzygnięto w wyroku z dnia 15 października 2021 r., sygn. akt KIO 2454/21, wskazując, iż z twierdzeń stron przedstawionych na rozprawie oraz treści odpowiedzi na odwołanie wynika, że po rozwiązaniu za pismem z 6 maja 2021 r. przez Zamawiającego w części Umów łączących go z Odwołującym, m.in. z uwagi na brak dostępności personelu, strony prowadziły w okresie czerwiec – lipiec rozmowy w sprawie polubownego zakończenia istniejących pomiędzy nimi kwestii spornych, w ramach których była mowa o rozwiązaniu Umów. Oznacza to, że przedterminowe rozwiązanie tych Umów było uwzględniane przez Strony, a w konsekwencji Zamawiający mógł i powinien podjąć działania zmierzające do udzielenia zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami Pzp. Nie jest bowiem sytuacją wyjątkową, że strony, które przewidują rozwiązanie umowy, nie dochodzą w ramach prowadzonych negocjacji do porozumienia, a zatem muszą się liczyć z tym, że rozwiązanie umowy nastąpi jednostronnie przez jedną z nich. Tymczasem przez wyjątkową sytuację, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, należy rozumieć taką, której obiektywnie nie dało się przewidzieć, a w konsekwencji nie dało się uniknąć. Zwykle w takim przypadku chodzi o zdarzenia losowe, np. awarie, klęski żywiołowe, którym nie można przypisać cechy cyklicznego występowania i których nie można było przewidzieć. Rozwiązania w pozostałej części Umów przez Odwołującego wobec wcześniejszego rozwiązania w części Umów przez Zamawiającego i pozostawiania Stron w stanie sporu, zagrożenia obciążenia Odwołującego karami umownymi oraz zapowiedzi rozwiązania Umów, nie można uznać za sytuację wyjątkową, której obiektywnie nie można było przewidzieć.

Nadto zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki może nastąpić w sytuacji, gdy wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia i brak jest możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, a takie okoliczności w analizowanej sprawie nie wystąpiły. Jak sam Zamawiający podał w ww. ogłoszeniu, udzielenie przez niego zamówienia nastąpiło ze względu na wystąpienie pilnej konieczności. Tymczasem wystąpienie pilnej konieczności nie jest tożsame z wystąpieniem natychmiastowej konieczności, o jakiej jest mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

³³ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 listopada 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 125/22.

Określenie „natychmiast” wskazuje bowiem na maksymalny priorytet i szybkość jeszcze większą niż w trybie pilnym. (por. komentarz do art. 214 Pzp, t. 5.1, UZP, 2021). Dla udzielania zamówień pilnych ustawa Pzp przewiduje inne tryby udzielenia zamówienia, zaś tryb zamówienia z wolnej ręki jest możliwy do zastosowania jedynie wówczas, gdy nie jest możliwe zastosowanie żadnego innego trybu. Sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, z powołaniem się na orzecznictwo, rozróżnia przesłankę natychmiastowości wykonania zamówienia od pilności wykonania zamówienia. Należy zatem uznać, że kwestia ta nie powinna być sporna. Tymczasem dalej w odpowiedzi na odwołanie, inaczej niż w ogłoszeniu, Zamawiający pomimo podania w ogłoszeniu, że wystąpiła pilna potrzeba utrzymania ciągłości sprawowania nadzoru inwestorskiego i autorskiego, podaje, że powyższa ciągłość świadczenia usługi wskazuje na potrzebę natychmiastowego wykonania zamówienia. Wynika ona bowiem jego zdaniem z postanowień umów z wykonawcami robót, umów o dofinansowanie projektu, umów emisyjnych, czy pozwoleń na budowę. Nadto Zamawiający wskazuje na zakres usług przewidzianych dla Inżyniera Kontraktu. Wszystkie te okoliczności były znane Zamawiającemu w dacie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, a wówczas uznał, że nie chodzi o natychmiastową lecz pilną konieczność udzielenia zamówienia.

W ocenie Izby zmiana na etapie postępowania odwoławczego stanowiska Zamawiającego co do tego, że potrzeba udzielenia zamówienia nie tyle jest pilna, co natychmiastowa nie zasługuje na uwzględnienie. Przedstawiona w tym zakresie ww. argumentacja nie wskazuje na spełnienie przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki w zakresie dotyczącym natychmiastowego wykonania, zwłaszcza całego zamówienia, które zostało udzielone w trybie niekonkurencyjnym. Skoro Zamawiający zdecydował o zastosowaniu niekonkurencyjnego trybu do udzielenia zamówienia, którego okres realizacji wynosi ponad dwa lata, licząc od formalnego zawarcia umowy, to powinien posiadać i przedstawić pełne i przekonujące uzasadnienie takiej decyzji już w ogłoszeniu wykazując w sposób niebudzący wątpliwości wypełnienie się przesłanki dla zastosowania takiego trybu. Zamawiający tego nie uczynił także w postępowaniu odwoławczym. (...)

W okolicznościach analizowanej sprawy nie można uznać, że zakres zamówienia udzielanego w trybie z wolnej ręki jest konieczny i niezbędny do usunięcia skutków rozwiązania przez Odwołującego Umów. Z § 16 przedmiotowej umowy z 28 lipca 2021 r., zawartej w trybie zamówienia z wolnej ręki, wynika, że wykonawca ma świadczyć objęte nią usługi do 31 lipca 2023 r. z przedłużeniem o okres wykonywania obowiązków wynikających dla wykonawcy z rękojmi, a więc przez okres ponad dwóch lat. Tymczasem, jak wynika z przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie analizy terminów, jakie by się wiązały z przeprowadzeniem postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, wybór Inżyniera Kontraktu mógłby nastąpić w terminie 3-4 miesięcy. Oznacza to, że po upływie tego terminu, a zatem przez okres około 20 miesięcy, umowa mogłaby być realizowana przez wykonawcę wyłonionego w postępowaniu przeprowadzonym z zachowaniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. W ocenie Izby Zamawiający, nie wykazał, dlaczego takie rozwiązanie nie zostało przez niego zastosowane. W tym zakresie Zamawiający wskazał, że udzielenie zamówienia ograniczonego czasowo, zważywszy na terminy zakończenia poszczególnych zadań byłoby niecelowe, zważywszy na szacowany czas na udzielenie zamówienia na pełnienie usługi w trybie konkurencyjnym. Tymczasem, jak wyżej wskazano, zważywszy na czas obowiązywania umowy zawartej w trybie zamówienia z wolnej ręki, okres świadczenia usług przez wykonawcę wyłonionego w trybie konkurencyjnym wynosiłby około 20 miesięcy. Nie można zatem uznać, że proporcje tych terminów (3-4 miesięcy do 20 miesięcy) wskazują na niecelowość ewentualnego udzielenia doraźnego zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, do czasu wyłonienia wykonawcy w trybie konkurencyjnym.

Zapamiętaj:

Okolicznością mającą również znaczenie dla ewentualnego stwierdzenia naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jest zakres udzielanego zamówienia, w tym długość trwania umowy w przypadku wystąpienia potrzeby natychmiastowej realizacji usługi lub dostawy, gdyż cechą charakterystyczną zamówienia udzielanego na podstawie tej przesłanki jest konieczność szybkiej reakcji i krótki okres trwania zamówienia. W wyroku z dnia 24 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1415/17, Krajowa Izba Odwoławcza w pełni podzieliła przytoczone przez odwołującego poglądy wynikające z ugruntowanego orzecznictwa, że przedłużenie się procedury przetargowej skutkiem korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, nie jest okolicznością wyjątkową, gdyż zamawiający z takim rozwojem sytuacji winien się liczyć i z odpowiednim wyprzedzeniem czasowym wszcząć procedurę o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie stanowi jednak naruszenia normy art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp³⁴, stosowanej odpowiednio, jeżeli zamawiający doraźnie, na krótki okres udziela zamówienia z wolnej ręki na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów - na okres do zakończenia postępowania przetargowego w trybie konkurencyjnym i wyboru wykonawcy zamówienia na przewidziany czas do dnia 30 czerwca 2019 r. Izba nie zaaprobowała stanowiska odwołującego, że zamawiający może czekać z odbiorem odpadów od mieszkańców (...) do czasu zakończenia postępowania przetargowego. Sam odwołujący w treści odwołania przyznał, że: „potrzeba odbioru i zagospodarowania odpadów na terenie Gminy Miasta (...) ma charakter trwały, stały, nieprzerwany.” Odpady winny być odbierane na bieżąco, aby nie stwarzać zagrożeń epidemiologicznych. (...)

Reasumując, zarzuty i wnioski odwołania okazałyby się uzasadnione wówczas, gdyby zamawiający udzielił wykonawcy R(...) Sp. z o.o. z siedzibą w (...) zamówienia z wolnej ręki na znaczny/cały okres realizacji, tj. do dnia 30.06.2019 r., lub wielokrotnie powtarzał bez uzasadnionej przyczyny udzielenie tego zamówienia w trybie z wolnej ręki na kolejne krótkie okresy, gdyż łączne przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie byłyby spełnione.

Udzielenie zamówienia z wolnej ręki na czas niezbędny do zakończenia postępowania przetargowego prowadzonego w procedurze konkurencyjnej w sytuacji wygaśnięcia poprzedniej umowy, jest stosowane, przyjęte w praktyce i nie budzi zastrzeżeń w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, wręcz jest wskazywane - jako sposób rozwiązania problemu, przy zamówieniach zwłaszcza na usługi, których ciągłość świadczenia nie może zostać przerwana.³⁵

Podobnie, w trakcie kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mającego za przedmiot zimowe utrzymanie dróg stwierdzono, iż: przedłużenie procedury przetargowej na udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego wynikało z uzyskania przez Zamawiającego informacji, iż oferta wybrana jako najkorzystniejsza podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (...). W zaistniałej sytuacji Zamawiający był zobowiązany do podjęcia dalszych czynności sprawdzających zgodność oferty Wykonawcy (...) z warunkami zamówienia.

Nie ulega wątpliwości, iż udzielenie zamówienia na „Zimowe utrzymanie dróg na terenie Gminy (...)” miało charakter doraźny, o czym świadczy termin realizacji ujęty w § 2 umowy (...), a realizacja przedmiotu zamówienia wymagała natychmiastowego wykonania w celu zapewnienia bezpieczeństwa mieszkańców w razie wystąpienia opadów śniegu, gołoledzi lub niekorzystnych zjawisk atmosferycznych. Zatem, należy uznać, iż Zamawiający miał prawo do udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie zamówienia z

³⁴ Kom. Obecnie: art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Należy zaznaczyć, iż dotychczasowy dorobek orzecznicy dot. normy zawartej w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp2004”, zachowuje swoją aktualność również na gruncie obecnie obowiązującej ustawy Pzp.

³⁵ Por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2018 r., sygn. akt KIO 138/18, w którym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż możliwe jest zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 (obecnie: art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) w tzw. sytuacjach awaryjnych.

wolnej ręki na czas niezbędny do zakończenia postępowania przetargowego prowadzonego w procedurze konkurencyjnej w sytuacji wygaśnięcia poprzedniej umowy.³⁶

W przypadku zamówień udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie omawianej przesłanki, w myśl art. 215 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający może odstąpić od stosowania przepisu art. 53-55, art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 217 ust. 1 ustawy Pzp, tj. od obowiązku powołania komisji przetargowej, od wykluczenia wykonawcy z powodów określonych w art. 108 ust. 1 i 2 oraz od obowiązku przekazania wykonawcy wraz z zaproszeniem do negocjacji, informacji niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, w tym projektowanych postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy – w celu ograniczenia skutków zdarzenia losowego wywołanego przez czynniki zewnętrzne, którego nie można było przewidzieć, w szczególności zagrażającego życiu lub zdrowiu ludzi lub grożącego powstaniem szkody o znacznych rozmiarach.

Przykłady naruszeń art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w wynikach kontroli Prezesa UZP:

Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 7 listopada 2023 r., znak: KND/4/23, w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mającego za przedmiot zimowe utrzymanie dróg gminnych i wewnętrznych na terenie gminy. Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 11 grudnia 2023 r., sygn. akt KIO/KD 19/23, nie uwzględniła zastrzeżeń Zamawiającego.

Z informacji o wyniku kontroli:

Zamawiający nie wykazał, że w niniejszym stanie faktycznym mieliśmy do czynienia z wyjątkową sytuacją, której nie można było przewidzieć. Uznać należy, iż charakteru takiego nie ma sytuacja, w której Zamawiający udziela zamówienia w trybie z wolnej ręki w związku z unieważnieniem postępowań w trybie podstawowym na skutek przewyższenia przez cenę najkorzystniejszej oferty kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jeśli zamawiający nie mógł zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty zgodnie z art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. Należy podkreślić, iż prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym Zamawiający musi liczyć się z możliwością wystąpienia zdarzeń warunkujących konieczność unieważnienia postępowania, w szczególności w związku z przewyższeniem przez cenę najkorzystniejszej oferty kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co oznacza, iż co do zasady nie można potraktować ich jako zdarzeń stanowiących podstawę do udzielenia zamówienia w analogicznym przedmiocie w trybie z wolnej ręki zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zamawiający w wyjaśnieniach stwierdził, że ostatnie unieważnienie nastąpiło już w dniu 24.11.2022 r., a trzeba pamiętać, iż meteorologiczna zima na terenie Zamawiającego następuje na przełomie miesięcy listopada i grudnia. W tej sytuacji aby należycie, odpowiedzialnie i racjonalnie zrealizować zadanie publiczne jakim jest zabezpieczenie ewentualnego odśnieżania Zamawiający nie mógł ponownie przeprowadzić postępowania w innym trybie niż tryb z wolnej ręki. Nie można było zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, gdyż wykonanie zamówienia wymagało już reakcji natychmiastowej.

Jak zostało to już wcześniej wskazane przesłanka udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie przepisu art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wynikać musi z wystąpienia zdarzeń nieprzewidywalnych, czy niezaplanowanych. Wskazuje się, że sytuację wyjątkową należy utożsamiać ze zdarzeniami, których strony działając zgodnie z przyjętym miernikiem staranności w obrocie nie mogą

³⁶ Pismo UZP z dnia 28 marca 2024 r., zawierające informacje o braku podstaw do dalszego prowadzenia kontroli, znak: KND/5/24; Por. pismo UZP z dnia 24 czerwca 2022 r., stanowiące odmowę wszczęcia kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mającego za przedmiot odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych na terenie gminy, znak: WK/135/22; pismo UZP z dnia 8 sierpnia 2022 r., stanowiące odmowę wszczęcia kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mającego za przedmiot utrzymanie i eksploatację szaleatów miejskich, znak: WK/250/22.

zakładać, czy też planować. O nieprzewidywalności określonych okoliczności można mówić w sytuacji, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne. W konsekwencji, wystąpienie, czy też możliwość wystąpienia opadów śniegu i konieczności zabezpieczenia odśnieżania dróg nie może być przesłanką do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, bowiem zjawisko to jest charakterystyczne dla regionu Zamawiającego i powtarza się okresowo. Tym samym, uznać należy, iż takiego charakteru nie ma sytuacja, w której Zamawiający realizuje zadanie publiczne jakim jest zabezpieczenie ewentualnego odśnieżania. Nie można bowiem takiej sytuacji uznać, że jest to zdarzenie, którego nie dało się wcześniej przewidzieć przy dochowaniu należytej staranności. W wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 8 stycznia 2016 r. V SA/Wa 3975/15 zostało wskazane, że nie można uznać za wyjątkowe sytuacje np. wystąpienia mrozów lub opadów śniegu w styczniu, w rejonach, gdzie cyklicznie w tym okresie takie mrozy lub opady śniegu występują.

Należy również zauważyć, że wyjątkowa sytuacja, uzasadniająca wszczęcie postępowania w trybie z wolnej ręki, musi powstać z przyczyn nieleżących po stronie Zamawiającego, co oznacza, że przyczyny te nie mogą być spowodowane jego działaniem lub zaniechaniem. Prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak też jego unieważnienie, jest działaniem Zamawiającego, nie może więc być okolicznością uzasadniającą powstanie wyjątkowej sytuacji nie wynikającej z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Należy mieć na względzie, iż to zamawiający jest odpowiedzialny za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o zamówienie publiczne.

Powyższe prowadzi do wniosku, że w kontrolowanej sprawie nie zachodziły okoliczności faktyczne uzasadniające zastosowanie na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp trybu zamówienia z wolnej ręki. Podkreślenia wymaga zarazem, że jakakolwiek decyzja wewnętrzna Zamawiającego odnośnie konieczności udzielenia zamówienia publicznego, nawet jeśli została podyktowana słusznymi potrzebami, nie może być sprzeczna z powszechnie obowiązującymi przepisami. W przeciwnym razie mogło by to prowadzić do naruszenia podstawowych zasad, na których oparty został system zamówień publicznych, tj. aby zamawiający przygotowywał i przeprowadzał postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców (art. 16 pkt 1 ustawy Pzp).

Reasumując, poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, Zamawiający naruszył art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz zasady prymatu trybów przetargowych, Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1 oraz art. 129 ust. 2 ustawy Pzp.

Naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, bowiem Zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki pomimo braku podstawy do zastosowania tego trybu.

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 2 listopada 2023 r., znak: KU/105/22, w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mającego za przedmiot dostawę 4 szt. śmigłowców jednosilnikowych z systemami SOL. Z informacji o wyniku kontroli:

Mając na uwadze przytoczone przez zamawiającego okoliczności faktyczne wskazane w uzasadnieniu do zastosowanego trybu z wolnej ręki oraz zawarte w piśmie z dnia (...) wyjaśnienia stwierdzić należy, iż w okolicznościach kontrolowanego postępowania nie zostały spełnione wszystkie przesłanki określone w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

O ile przytoczone okoliczności geopolityczne można zaliczyć do sytuacji wyjątkowych oraz uznać za niezależne od Zamawiającego, o tyle pozostałe przesłanki określone w dyspozycji powyższego przepisu nie sposób uznać za wykazane.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, iż okoliczności wskazane przez Zamawiającego w uzasadnieniu do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki nastąpiły w okresie wcześniejszym niż wszczęcie tego postępowania (...). Jak bowiem wynika z powszechnie dostępnych informacji, napięcie na granicy z Białorusią występuje nieprzerwanie od sierpnia 2021 r. zaś wojna na Ukrainie wybuchła w lutym 2022 r. Oznacza to, iż powyższe okoliczności musiały być również znane Zamawiającemu, co oznacza, że nie została również spełniona przesłanka nieprzewidywalności wskazana w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Z wyjaśnień Zamawiającego udzielonych pismem z dnia (...) wynika, że przewidywany wstępnie termin dostawy przypadający na 3 lub 4 kwartał 2023 r., który w wyniku negocjacji ustalony został finalnie na dzień (...), nie wynikał bezpośrednio z pilnej potrzeby Zamawiającego (np. możliwości wystąpienia po tej dacie zdarzeń, które będą wymagały użycia nabywanych śmigłowców), a uzasadnienie znajduje jedynie w możliwościach produkcyjnych Wykonawcy.

Zamawiający podkreśla, iż najwcześniejszy odbiór zamawianych śmigłowców dostosowanych do jego potrzeb będzie możliwy w 3 lub 4 kwartale 2023 roku. Zamawiający nie wykazał zatem, że potrzeba realizacji przedmiotu jest natychmiastowa. Taka argumentacja Zamawiającego prowadzi do wniosku, że skoro istniała możliwość realizacji przedmiotu zamówienia w trzecim kwartale 2023 r., a jednocześnie Zamawiający godzi się na czwarty kwartał, to nie można mówić w takim przypadku o przesłance natychmiastowości.

Jednocześnie jak już wskazano na wstępie, przesłanki pilnej potrzeby nie należy wiązać z okolicznością możliwości utraty dofinansowania, tym samym argument dotyczący ograniczonego okresu finansowania w ramach Programu Infrastruktura i Środowisko, z którego to zakup ma zostać sfinansowany, nie może być brany pod uwagę przy badaniu możliwości zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zamawiający nie przedstawił również uzasadnienia dlaczego jego zdaniem w przypadku zastosowania procedury konkurencyjnej brak byłoby możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, wskazując jednym zdaniem, iż dotrzymanie tych terminów jest niemożliwe. Z tych to względów nie można stwierdzić, aby Zamawiający w sposób uwiarygadniający wykazał ww. przesłankę.

Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 27 kwietnia 2023 r., znak: KND/79/22, w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mającego za przedmiot realizację badania ciągłego (tzw. Trackingu) dotyczącego konsumpcji mediów techniką wywiadu telefonicznego z wykorzystaniem sprzętu informatycznego i systemu do realizacji wywiadów telefonicznych (CATI).

Z informacji o wyniku kontroli:

Mając na uwadze powyższe ustalenia faktyczne oraz prawne, należy stwierdzić, że przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, nie potwierdza, aby w sprawie zachodziły łącznie wszystkie przesłanki, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Po pierwsze należy wskazać, że Zamawiający nie wykazał, że w stanie faktycznym sprawy mieliśmy do czynienia z sytuacją wyjątkową. Zamawiający za wyjątkową sytuację, której nie mógł wcześniej przewidzieć, uznał fakt unieważnienia uprzednio wszczętego w trybie negocjacji bez ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia (...) obejmującego „Realizację badania ciągłego (tzw. Trackingu) dotyczącego konsumpcji mediów techniką wywiadu telefonicznego z wykorzystaniem sprzętu informatycznego i systemu do realizacji wywiadów telefonicznych (CATI)”. Tymczasem zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, cechą wyjątkowości można przypisać wyłącznie zdarzeniom wykraczającym poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego, w szczególności zdarzeniom losowym, awariom, klęskom żywiołowym (powódzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), które wymagają podjęcia natychmiastowych działań zabezpieczających lub podjęcia innych

niestandardowych działań w następstwie zaistniałej sytuacji. Mając powyższe na uwadze należy odmówić okoliczności unieważnienia postępowania charakteru zdarzenia wyjątkowego.

W ocenie Prezesa Urzędu, fakt unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi również sytuacji, której nie można było przewidzieć. Unieważnienie postępowania jest przewidziane w procedurach dotyczących udzielania zamówień. Zamawiający musi więc brać pod uwagę konieczność unieważnienia postępowania bądź jego części w razie wystąpienia jednej z przesłanek wskazanych w art. 255 ustawy Pzp [w tym przypadku art. 255 pkt 1 ustawy Pzp]. Określenie w ustawie Pzp przesłanek obligatoryjnego unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne, wyklucza uznanie unieważnienia postępowania za okoliczność niemożliwą do przewidzenia. Należy również zauważyć, że wyjątkowa sytuacja, uzasadniająca wszczęcie postępowania w trybie z wolnej ręki, musi powstać z przyczyn nieleżących po stronie zamawiającego, co oznacza, że przyczyny te nie mogą być spowodowane jego działaniem lub zaniechaniem. Prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak też jego unieważnienie, jest działaniem zamawiającego, nie może być okolicznością uzasadniającą powstanie wyjątkowej sytuacji nie wynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Uznanie unieważnienia postępowania, za wyjątkowe oraz nieprzewidywalne stanowiłoby znaczne poszerzenie zakresu wyjątku, który nie powinien być traktowany rozszerzająco. Zamawiający prowadząc postępowania o udzielenie zamówienia musi bowiem liczyć się z koniecznością także jego zakończenia unieważnieniem, mimo dochowania należytej staranności.

W tym miejscu warto zacytować treść oceny Najwyższej Izby Kontroli zawartej w opublikowanym w dniu 2 lutego 2023 r.³⁷ wystąpieniu pokontrolnym (sygn. KST.411.001.03.2022), odnoszącej się do unieważnionego postępowania o udzielenie zamówienia wszczętego w trybie negocjacji bez ogłoszenia w zakresie zadania będącego przedmiotem kontrolowanego postępowania. NIK wskazała bowiem: w okresie od dnia 5 do dnia 21 stycznia 2022 r. przedmiot negocjacji obejmował wykonanie aktywnych badań słuchalności w formie nie mniej niż 20 000 wywiadów miesięcznie, a jego szacunkowa wartość wynosiła 6 532 tys. zł. Choć Dyrektor (...) zeznał³⁸, że w jego mniemaniu badanie słuchalności od początku powinno być pasywne i nie wie dlaczego początkowo w przedmiocie zamówienia znalazło się tylko badanie aktywne, to dopiero w dniu 21 stycznia 2022 r. (cztery dni przed końcem postępowania) opis przedmiotu zamówienia został rozszerzony³⁹ o rekrutowanie i wyposażenie w sprzęt badawczy nie mniej niż 3 000 panelistów do końca czerwca 2022 r., a jego szacunkowa wartość wzrosła do 30 532 tys. zł. Takie postępowanie, zdaniem NIK, nie dawało podmiotom biorącym udział w negocjacjach czasu niezbędnego do przygotowania de facto nowych ofert⁴⁰, a potwierdzeniem tego jest ich wystąpienie o przedłużenie terminu składania ofert do dnia 27 stycznia 2022 r. Instytut zgodził się przesunąć ww. termin o dwa dni⁴¹. Ostatecznie żaden z trzech podmiotów nie złożył ofert w tym postępowaniu.

Należy mieć na względzie zatem, że to zamawiający jest odpowiedzialny za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o zamówienie publiczne, w tym za określony w SWZ opis przedmiotu

³⁷ Por. wystąpienie pokontrolne NIK, s. 33-34, <https://www.nik.gov.pl/kontrole/1/22/001/KST/>: „1/22/001/KST – Funkcjonowanie wybranych jednostek sektora finansów publicznych wykonujących zadania analityczne, doradcze, eksperckie i badawcze”, dotyczące działalności m. in. Krajowego Instytutu Mediów w okresie od dnia 4 grudnia 2020 r. do dnia 30 czerwca 2022 r.

³⁸ Przepis oryginalny: Podczas przesłuchania w charakterze świadka w dniu 14 czerwca 2022 r.

³⁹ Przepis oryginalny: Zgodnie z wyjaśnieniami Dyrektora ds. Operacyjnych (...) złożonymi do protokołu (...): „Domyślam się, że OPZ rozszerzono, żeby możliwie szybko rozpocząć badania pasywne, tego od nas oczekiwano, nie chcieliśmy być posądzeni też o to, że powielamy RadioTrack. Pamiętam, że Dyrektor (...) zadzwonił do mnie z informacją, że zmieniamy OPZ natomiast nie jestem w stanie powiedzieć w jakim kontekście to było”.

⁴⁰ Podkreślenie własne.

⁴¹ Przepis oryginalny: Stanowi to w ocenie NIK zaprzeczenie słów Dyrektora (...), który zeznał, w czasie przesłuchania w dniu 14 czerwca 2022 r., że „My rozmawiając z firmami od początku mówiliśmy, że będą badania pasywne, mierniki do kupienia itd.”

zamówienia, czy też za wyznaczenie terminu składania ofert z uwzględnieniem czasu umożliwiającego wykonawcom biorącym udział w negocjacjach przygotowanie ofert.

Należy również zauważyć, że stan faktyczny odnoszący się do przywołanego w wyjaśnieniach Zamawiającego z dnia 1 czerwca 2022 r. przez Zamawiającego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO/KD 22/16⁴² nie stanowi przykładu, gdzie przesłanka nieprzewidywalności została spełniona. Po drugie, za sytuację wyjątkową nie można również zostać uznane polecenie przez Przewodniczącego (...), organu statutowo nadrzędnego wobec (...), pilnego przygotowania nowej koncepcji badania radiowego z uwzględnieniem stanowiska, przedstawionego przez (...) w pismach skierowanych w dniu (...) do Przewodniczącego (...).

W ocenie Prezesa Urzędu, zlecenie przez inny podmiot wykonania zamówienia w określonym terminie nie stanowi zdarzenia wyjątkowego, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, uzasadniającego zastosowanie trybu z wolnej ręki. Należy stwierdzić, że Zamawiający nie może powoływać się na działania innego organu w celu uzasadnienia wszczęcia postępowania w trybie niekonkurencyjnym. Należy podkreślić, iż na procedurę udzielania zamówień publicznych nie mogą mieć wpływu działania lub zaniechania innych podmiotów określających terminy wykonania zamówienia.

Zgodnie z przepisem art. 37 ust. 1 ustawy Pzp za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania odpowiedzialny jest zamawiający. Nie jest więc dopuszczalna sytuacja, w której wyrażona w art. 16 pkt 1) ustawy Pzp zasada uczciwej konkurencji doznaje ograniczenia z przyczyny określenia terminu wykonania zamówienia przez organ nadrzędny. Jak podkreślił Rzecznik Generalny w zachowującej aktualność także w obecnym stanie prawnym opinii z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji: władze publiczne zamierzające udzielić zamówienia są 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 (...) nie może w toku postępowania powoływać się na działania lub zaniechania innego organu w celu uzasadnienia naruszenia prawa wspólnotowego.

Należy nadmienić, że z wyjaśnień Zamawiającego wynika, że polecenie Przewodniczącego (...) nie wymagało udzielania zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Po trzecie, o tym, że w sprawie nie mieliśmy do czynienia z sytuacją wyjątkową, której nie można było przewidzieć może świadczyć również treść samych pism skierowanych w dniu (...) przez (...) do Przewodniczącego (...). Pisma te zawierały przede wszystkim postulaty⁴³ dotyczące rozpoczęcia badań konsumpcji mediów jeszcze w pierwszym kwartale 2022 r., które motywowane były korzyściami, jakie w wyniku tego uzyskają określone podmioty. Z treści tych pism można wywieść wniosek, iż idea nowego modelu badań nie narodziła się w dniu (...). Wskazuje na to nie tylko treść pisma Prezes (...), w której podkreślano wkład (...) w sprawie budowy nowego standardu pomiaru konsumpcji mediów w Polsce, ale również treść załącznika nr 8 przekazanego do UZP przy piśmie Zamawiającego z dnia (...). Powyższe prowadzi do wniosku, że potrzeba opracowania i realizacji nowego modelu telemetrii i badania słuchalności nie stanowiło sytuacji wyjątkowej i nieprzewidywalnej. Podobnie za nieprzewidywalne i wyjątkowe nie może zostać uznana okoliczność, że w dniu (...) wygasły dotychczasowe umowy w przedmiocie badań konsumpcji mediów sposobem „Radio Track” zawarte przez podmioty zrzeszone w (...).

⁴² Por. wyjaśnienia Zamawiającego na wezwanie UZP z dnia (...).

⁴³ Podkreślenie własne.

Należy zatem wywieść, że potrzeba realizacji ww. przedsięwzięcia była znana lub mogła być znana (...), a więc jednostce budżetowej podległej (...), wyspecjalizowanej jako agregator szerokiego strumienia danych dotyczących konsumpcji mediów elektronicznych w Polsce⁴⁴, już od dłuższego czasu, dlatego też możliwe było odpowiednio wcześniejsze przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym. Należy zaznaczyć, że przeciągająca się beczynność w udzieleniu zamówienia nie może stanowić uzasadnienia zastosowania trybu z wolnej ręki.

Należy przy tym zastrzec, że Prezes Urzędu nie rozstrzyga kwestii odpowiedzialności Zamawiającego ani którejkolwiek z zaangażowanych w proces stron za nieprzewidzenie tychże okoliczności we wcześniejszych terminach i podjęcie działań w celu wyłonienia wykonawcy w konkurencyjnej procedurze. Należy również zastrzec, że Prezes Urzędu w ramach swoich kompetencji kontrolnych nie dokonuje oceny potrzeby udzielenia zamówienia, a tym bardziej zasadności przeprowadzenia badań. Po czwarte, w ocenie Prezesa Urzędu w okolicznościach faktycznych sprawy nie została spełniona przesłanka dotycząca konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Należy zauważyć, że natychmiastowość wykonania zamówienia musi wynikać z konieczności ochrony jakiegoś interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. Tymczasem tylko⁴⁵ akcentowana przez Zamawiającego ochrona interesu ekonomicznego radia publicznego oraz lokalnych rozgłośni radiowych nie oznacza automatycznie konieczności podjęcia natychmiastowych działań w rozumieniu przepisu art. 214 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Z przedstawionego bowiem przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego nie wynika, jakie szczególnie negatywne skutki groziłyby w razie rozpoczęcia realizacji zamówienia, np. w drugim kwartale 2022 r. Zasadniczo Zamawiający podkreśla potencjalne negatywne konsekwencje dla określonych podmiotów działających na rynku radiowym, nie precyzując, w jakim zakresie i terminie mogłyby wystąpić. Zamawiający przytoczył także w wyjaśnieniach wartość rynku reklamowego, ale kwota ta pozostaje bez związku z wartością ewentualnych strat, jakie one poniosą z tytułu, np. rozpoczęcia realizacji zamówienia w drugim kwartale roku 2022 r. Również z treści przywoływanych przez Zamawiającego pism (...), nie sposób wywieść, aby istniała potrzeba natychmiastowego zrealizowania zamówienia i jakim negatywnym konsekwencjom udzielenie zamówienia w trybie niekonkurencyjnym ma zapobiec. Należy bowiem zauważyć, że postulowane przez (...) terminy rozpoczęcia realizacji zamówienia (tj. przed końcem pierwszego kwartału 2022 r.) nie koresponduje z terminem, o którym mowa w treści „Uzasadnienia wyboru trybu postępowania”, tj. „aby badania rozpoczęły się w połowie stycznia 2022 r., natomiast pierwsze wyniki zostały udostępnione w lutym 2022 r.”.

Należy dodać w tym miejscu, że ochrona danego interesu może nastąpić jedynie zgodnie z zasadą proporcjonalności, tzn. zamówienie publiczne udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, powinno jedynie dotyczyć zakresu, który jest absolutnie konieczny i niezbędny do usunięcia skutków nieprzewidzianego zdarzenia, zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb Zamawiającego w czasie niezbędnym do przeprowadzenia procedury udzielania zamówień publicznych w warunkach uczciwej konkurencji⁴⁶. Tymczasem, zamawiający udzielił przedmiotowe zamówienie na dłuższy okres czasu (zgodnie z umową Wykonawca miał zrealizować zamówienie w ciągu 16 miesięcy z możliwością skorzystania z prawa opcji przez kolejne 8 miesięcy od upływu okresu obowiązywania umowy). Nie sposób zatem uznać, że zamówienie publiczne na realizację badania ciągłego (tzw. Trackingu) dotyczącego konsumpcji mediów techniką wywiadu telefonicznego z wykorzystaniem sprzętu informatycznego i systemu do realizacji wywiadów telefonicznych (CATI) obejmowało usługi, mające na celu usunięcie bezpośrednich skutków nagłego zdarzenia oraz ryzyka powstania poważnych

⁴⁴ Por. pkt 1.2 OPZ.

⁴⁵ Pokreślenie własne.

⁴⁶ Por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1415/17.

szkód związanych z wystąpieniem takiego zdarzenia. Zamawiający odrzucił możliwość udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na czas niezbędny do wyłonienia wykonawcy w wyniku przeprowadzenia postępowania w jednym z konkurencyjnych trybów, uzasadniając to względami finansowo - organizacyjnymi udzielił zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w pełnym zakresie na czas 16 miesięcy, co istotne z możliwością przedłużenia usługi o kolejne 8 miesięcy po skorzystaniu z prawa opcji⁴⁷.

Jak zostało to już wyżej wskazane, możliwość udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, musiała być ograniczona do zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb Zamawiającego. W konsekwencji, zamówienie, które z uwagi na jego wielkość musiało być realizowane przez 16 miesięcy, a nawet uwzględniając prawo opcji 24 miesiące, co do zasady, nie mogło być udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Tym samym, należy stwierdzić, że w ustalonym stanie faktycznym nie zachodziła ustawowa przesłanka konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia w zakresie niezbędnym do zagwarantowania prawidłowego wykonywania zadań Zamawiającego do momentu wyboru wykonawcy w wyniku postępowania przeprowadzonego w warunkach konkurencyjnych.

Należy podkreślić także, iż powoływanie się przez Zamawiającego na średni czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w konsekwencji nie wykazania potrzeby natychmiastowego rozpoczęcia wykonania zamówienia, należy uznać za argument chybiony. W tym kontekście należy zwrócić uwagę na krótki czas, jaki upłynął pomiędzy rozpoczęciem wykonywania zamówienia a otrzymaniem pierwszych wyników badań, które, zgodnie z oczekiwaniem podmiotów radiowych zainteresowanych realizacją zamówienia, miało nastąpić w pierwszym kwartale 2022 r. (...). W korespondencji skierowanej do Urzędu Zamawiający tłumaczył, że: Faktyczne przeprowadzenie badań w terenie tj. rozpoczęcie realizacji ankiet z respondentami poprzez telefon, jest poprzedzone żmudnym procesem konceptualizacji tj. opracowaniem metodologii projektu badawczego jak również procesem organizacji badania, który obejmuje m.in. proces doboru próby, losowanie próby, szkolenie ankieterów oraz osób kontrolujących przebieg rozmów ankieterów z respondentami, stworzenie kwestionariusza ankiety, oprogramowania ankiety oraz testy. Stąd konieczne było natychmiastowe podjęcie działań mających dać efekty w postaci wyników jeszcze w I kwartale 2022 r. Powyższe tymczasem, pozostaje w sprzeczności z przedstawionymi przez Zamawiającego okolicznościami faktycznymi sprawy. Jak poinformował bowiem Zamawiający: realizacja badań rozpoczęła się niezwłocznie po zawarciu umowy (...) otrzymał pierwsze wyniki z realizacji badania w nowej formule. Powyższe nakazuje uznać, że wobec tak zakreślonych terminów dotyczących otrzymania pierwszych wyników badań możliwym było również wyłonienie wykonawcy do realizacji zamówienia z zachowaniem konkurencyjnych trybów udzielania zamówień publicznych, nawet przy założeniu, że do zawarcia umowy w sprawie zamówienia doszłoby w dniu (...). Wyniki badań byłyby bowiem dostępne już w na koniec pierwszego kwartału 2022 r., a więc w postulowanym przez (...) terminie. To z kolei implikuje wniosek, iż Zamawiający nie wykazał również spełnienia przesłanki niemożności zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia.

Powyższe, w ocenie Prezesa Urzędu, prowadzi do wniosku, że w kontrolowanej sprawie nie zachodziły okoliczności faktyczne uzasadniające zastosowanie na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp o wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki. Podkreślenia wymaga zarazem, że jakkolwiek decyzja wewnętrzna Zamawiającego odnośnie konieczności udzielenia zamówienia publicznego, nawet jeśli została podyktowana słusznymi potrzebami, nie może być sprzeczna z powszechnie obowiązującymi przepisami. Podobnie, na jakiegokolwiek odstępstwa od ścisłej interpretacji przesłanek, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp nie ma wpływu polecenie organu nadrzędnego czy też oczekiwania płynące z otoczenia zewnętrznego. W przeciwnym razie mogło by to prowadzić to naruszenia podstawowych zasad, na których oparty został system zamówień publicznych, tj. aby zamawiający przygotowywał i przeprowadzał

⁴⁷ Podkreślenie własne.

postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji (art. 16 pkt 1 ustawy Pzp). Ostatecznie to Zamawiający zobowiązany jest z należytą starannością ocenić stan faktyczny sprawy pod kątem łącznego spełnienia przesłanek udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki. W zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający zobowiązany był do przeprowadzenia postępowania w jednym z konkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia. Zamawiający powinien był wybrać takie rozwiązanie już bezpośrednio po otrzymaniu polecenia przeprowadzenia postępowania. Wówczas bowiem Zamawiający przykładowo mógłby wziąć pod uwagę możliwość skrócenia terminu składania ofert w oparciu o przesłankę z art. 138 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp. Obiektywnie pozwoliłoby to na przeprowadzenie procedury wyboru w oparciu o konkurencyjny tryb udzielenia zamówienia, tak, aby otrzymanie pierwszych efektów realizacji zamówienia nastąpiło w postulowanych przez zainteresowane podmioty terminach, nawet pomimo ewentualnych procedur odwoławczych. Biorąc powyższe pod uwagę, należy wskazać, że Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, a które to muszą zaistnieć łącznie. Reasumując, należy stwierdzić, że Zamawiający, poprzez udzielenie zamówienia na „Realizację badania ciągłego (tzw. Trackingu) dotyczącego konsumpcji mediów techniką wywiadu telefonicznego z wykorzystaniem sprzętu informatycznego i systemu do realizacji wywiadów telefonicznych (CATI)” (...) w trybie zamówienia z wolnej ręki, naruszył przepisy art. 214 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 7 czerwca 2022 r., znak: KND/192/21, w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mającego za przedmiot wykonywanie usług cateringowych na potrzeby szpitala. Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 15 lipca 2022 r., sygn. akt KIO/KD 21/22, nie uwzględniła zastrzeżeń Zamawiającego.

Z informacji o wyniku kontroli:

W przedmiotowej sprawie nie została spełniona przesłanka dotycząca konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Należy podnieść, iż zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości natychmiastowość wykonania zamówienia musi wynikać z konieczności ochrony jakiegoś interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. Ochrona danego interesu może jednakże nastąpić jedynie zgodnie z zasadą proporcjonalności tzn. zamówienie publiczne udzielone w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004, powinno jedynie dotyczyć zakresu, który jest absolutnie konieczny i niezbędny do usunięcia skutków nieprzewidzianego zdarzenia, zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb Zamawiającego w czasie niezbędnym do przeprowadzenia procedury udzielania zamówień publicznych w warunkach uczciwej konkurencji (C-107/92 Komisja przeciwko Republice Włoch, C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji). Zaznaczyć należy także, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dopuszcza się możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004, jeżeli zamawiający doraźnie, na krótki okres udziela zamówienia na czas do zakończenia postępowania przetargowego w trybie konkurencyjnym i wyboru wykonawcy zamówienia (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1415/17). Wyjątek ten nie może mieć jednak zastosowania w odniesieniu do postępowania będącego przedmiotem niniejszej kontroli, ze względu na fakt, iż Zamawiający zawarł umowę na okres 1 roku, co nie może zostać uznane za okres krótki, w szczególności, iż z wyjaśnień Zamawiającego nie wynika, żeby wszczął postępowanie w trybie konkurencyjnym na analogiczny przedmiot zamówienia. Jak podkreśla się w orzecznictwie: istotną cechą charakteryzującą zamówienia udzielone w oparciu o przesłankę art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy jest natychmiastowość wykonania, szybka reakcja i krótki okres trwania zamówienia, mający na celu jedynie usunięcie absolutnie niezbędnych skutków zdarzenia niemożliwego do przewidzenia. W zaistniałym stanie faktycznym, zlecenie realizacji zamówienia w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy nastąpiło na okres 12 miesięcy, a zatem nie można mówić o krótkim okresie trwania zamówienia, mającym na celu jedynie zapobieżenie najpilniejszym

skutkom nieprzewidywalnego zdarzenia (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lutego 2011 r., sygn. akt KIO/KD 8/11).

Tym samym dopuszczalne jest udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, jednak powinno być ono udzielone jedynie w ograniczonym zakresie, mającym na celu usunięcie doraźnych skutków wystąpienia sytuacji wyjątkowej i zabezpieczenie najpilniejszych, bieżących potrzeb Zamawiającego. Za takie działania w niniejszej sprawie mogłyby zostać uznane np. działania związane wykonywaniem usług cateringowych na czas i w ilości niezbędnej do czasu usunięcia awarii urządzeń kuchennych. Biorąc zatem pod uwagę ww. zasadę proporcjonalności, postępowanie winno uwzględniać w przedmiotowej sytuacji jedynie zakres niezbędny do zagwarantowania prawidłowego wykonywania zadań Zamawiającego do momentu wyboru wykonawcy w wyniku postępowania przeprowadzonego w warunkach konkurencyjnych. W ocenie Prezesa Urzędu, nie sposób uznać, że przedmiotowe zamówienie obejmuje usługi, mające na celu usunięcie bezpośrednich skutków nagłego zdarzenia oraz ryzyka powstania poważnych szkód związanych z wystąpieniem takiego zdarzenia. Przedmiot zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki obejmował wykonywanie czynności w dłuższym okresie czasu (umowa będąca wynikiem przeprowadzonego postępowania została zawarta na czas: od dnia 1 października 2020 r. do dnia 30 września 2021 r.). Jak zostało to już wyżej wskazane, możliwość udzielenia zamówienia na podstawie ww. przepisu, musi być ograniczona do zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb Zamawiającego. W konsekwencji, zamówienie, które z uwagi na jego wielkość musi być realizowane przez wiele miesięcy, co do zasady, nie może być udzielone w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004. Tym samym, błędnym było założenie Zamawiającego, iż w przypadku wykonywania usług cateringowych ustawowa przesłanka konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia mogła mieć miejsce przez okres 1 roku.

Należy zauważyć, iż Zamawiający w odpowiedzi na pytanie Prezesa Urzędu, czy wszczął w okresie obowiązywania dotychczasowej umowy kolejne postępowanie w trybie konkurencyjnym i jaki był jego wynik poinformował Prezesa Urzędu, że do dnia dzisiejszego nie została wszczęta taka procedura. Dodając, że ewentualne wszczęcie takiego postępowania (w przypadku, gdy szpital nie będzie sam prowadził kuchni szpitalnej) przewiduje się dopiero po ustaniu przeszkód związanych z pandemią COVID-19.

Co więcej Zamawiający w dniu 13 października 2021 r. opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych nowe ogłoszenie o udzieleniu zamówienia na wykonywanie usług cateringowych (...) w wyniku postępowania przeprowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, dalej: „ustawa Pzp”). Zgodnie z sekcją VIII pkt 8.1.) oraz pkt 8.3) ogłoszenia umowa została zawarta w dniu 1 października 2021 r. na okres 12 miesięcy. Zamówienie zostało udzielone firmie (...). Należy również wskazać, iż ww. zamówienie zostało ujęte w planie postępowań w Biuletynie Zamówień Publicznych (...).

Biorąc pod uwagę okoliczność powoływania się przez Zamawiającego na wystąpienie awarii urządzeń kuchennych trudno stwierdzić zaistnienie związku przyczynowo-skutkowego oraz związku czasowego pomiędzy awarią urządzeń kuchennych a potrzebą świadczenia usługi cateringowej dla pacjentów Szpitala przez okres 1 roku, tym bardziej, że Zamawiający ponownie udzielił zamówienia w trybie z wolnej ręki powołując się na okoliczność zaistnienia przesłanki wynikającej z art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, tj. wyjątkowej sytuacji niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia – konieczność zachowania ciągłości zabezpieczenia pacjentom żywienia – temu samemu wykonawcy – (...) z okresem obowiązywania umowy na kolejne 12 miesięcy.

Zatem, wskazać należy, że w przedmiotowym postępowaniu tryb z wolnej ręki został wykorzystany do zawarcia umowy na wykonywanie usług cateringowych na okres 1 roku, a nie jak tego wymaga przepis art. 67 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 do potrzeby natychmiastowego zrealizowania zamówienia, w wyniku zaistnienia wyjątkowej sytuacji, której Zamawiający nie był w stanie przewidzieć.

Reasumując, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004, uprawniających do zastosowania trybu z wolnej ręki. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępnie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Pzp2004.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 listopada 2018 r., znak: KND/30/18, w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mającego za przedmiot roboty dodatkowe nieobjęte umową na przebudowę basenu krytego. Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 2 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO/KD 43/18, nie uwzględniła zastrzeżeń Zamawiającego.

Z informacji o wyniku kontroli:

Zamawiający uzasadniając zastosowanie trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wskazał na następujące okoliczności:

- 1. pominięcie robót przez projektanta na etapie przygotowania dokumentacji z uwagi na niedostępność wglądu oraz błędy projektanta;*
- 2. pozostałe elementy rażąco odbiegały standardem od nowo wybudowywanych i brak ich wymiany nie pozwalałby na uzyskanie pełnego celu inwestycji – względy funkcjonalno-użytkowe i estetyczne. Zmiany te dotyczyły sprawnych elementów i urządzeń, które jednakże były eksploatowane przez 18 lat (wymiana głównych drzwi wejściowych, dodatkowa wymiana drzwi wewnętrznych, wymiana kaloryferów, malowanie podbasenia);*
- 3. wniosek zarządcy basenu związany ze zwiększeniem użyteczności basenu (montaż dodatkowej kamery zewnętrznej na budynku), celem wzmocnienia poziomu bezpieczeństwa na otaczającym terenie – skateparku;*
- 4. konieczność dotrzymania terminu wynikającego z umowy podstawowej, tj. 31 października 2016 r. W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezes Urzędu), wskazane przez Zamawiającego okoliczności faktyczne nie uzasadniały wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający w okolicznościach faktycznych sprawy nie wykazał spełnienia określonych w ww. przepisie przesłanek dotyczących wyjątkowości i nieprzewidywalności zaistniałej sytuacji, konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia oraz braku przyczyn powstania tej sytuacji po stronie Zamawiającego.*

W orzecznictwie oraz doktrynie podkreśla się, że za wyjątkową sytuację, której nie można było przewidzieć, należy uznać zjawiska losowe i niezależne od Zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe (powódzie, lawiny, sezonowe pożary), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp⁴⁸. Wskazywane przez Zamawiającego okoliczności zdarzeń takich nie stanowią.

Zamawiający wskazał, iż roboty realizowane w wyniku postępowania wszczętego w trybie z wolnej ręki obejmują swym zakresem wykonanie robót nie objętych umową podstawową, ze względu na fakt, iż nie były wykazane w dokumentacji projektowej i wynikały z błędów projektowych. Wskazał, iż ich rzeczywisty brak w ww. dokumentacji wynikał m.in. z następujących powodów:

⁴⁸ Por. uchwała KIO z dnia 27 lipca 2015 r., sygn. akt KIO/KD 39/15; J. E. Nowicki, Komentarz do art. 67 ustawy - Prawo zamówień publicznych, pkt 40, LEX nr 479968.

– projektant kierował się tzw. zasadą minimalizacji kosztów, co w efekcie spowodowało rezygnację z wykonania niektórych prac i wymiany niektórych urządzeń już na etapie przygotowywania dokumentacji;
– błędów projektowych z uwagi na fakt, iż projektant nie wykazywał się tzw. „dostateczną dalekowzrocznością”, dotyczyło to m.in. konieczności wzmocnienia istniejącego stropu pod konstrukcję zjeżdżalni i stalowych schodów krętych.

Mając na względzie powyższe argumenty podniesione przez Zamawiającego, nie można się zgodzić, iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy zaistniała wyjątkowa sytuacja, której Zamawiający nie mógł przewidzieć. Po pierwsze, to Zamawiający opracowuje opis przedmiotu zamówienia i poprzez zawarte w nim informacje określa swoje wymagania i oczekiwania względem końcowego efektu zamówienia. Po drugie, to na Zamawiającym ciąży obowiązek weryfikacji sporządzonej dokumentacji projektowej. Powyższe zostało potwierdzone w uchwale z dnia 2 stycznia 2017 r. (sygn.: KIO/KD 77/16), w którym Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła stanowisko, iż: to zamawiający w pełni odpowiada za treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, toteż bez znaczenia dla oceny zasadności późniejszego zastosowania zamówienia z wolnej ręki pozostają błędy i przyjęte przez projektanta rozwiązania, o ile z punktu widzenia obowiązujących przepisów prawa oraz technologii wykonywania robót nie może ich zakwalifikować, jako obiektywnych. Ponadto, Zamawiający jest nie tylko odpowiedzialny za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o zamówienie publiczne lecz również za nadzór nad jego wykonaniem. Niedochowanie przez Zamawiającego należytej staranności w nadzorze nad realizacją zamówienia nie może stanowić podstawy do zastosowania zamówienia z wolnej ręki.

Nie można zatem uznać, że ww. okoliczności stanowiły sytuację wyjątkową i nieprzewidywalną dla Zamawiającego. Należy zauważyć, że wyjątkowa sytuacja, uzasadniająca wszczęcie postępowania w trybie z wolnej ręki, musi powstać z przyczyn nie leżących po stronie Zamawiającego, co oznacza, że przyczyny te nie mogą być spowodowane działaniem lub zaniechaniem Zamawiającego. W świetle okoliczności faktycznych nie sposób przyjąć, iż w niniejszej sprawie mieliśmy do czynienia z taką sytuacją. Zamawiający uzasadniając wszczęcie postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wskazał, iż pozostałe elementy rażąco odbiegały standardem od nowo wybudowywanych i brak ich wymiany nie pozwalałby na uzyskanie pełnego celu inwestycji – decydowały tu zatem względy funkcjonalno-użytkowe i estetyczne. Zmiany te dotyczyły sprawnych elementów i urządzeń, które jednakże były eksploatowane przez 18 lat (wymiana głównych drzwi wejściowych, dodatkowa wymiana drzwi wewnętrznych, wymiana kaloryferów, malowanie podbasenia). Jednocześnie Zamawiający dodał, iż z uwagi na wniosek zarządcy basenu związany ze zwiększeniem użyteczności basenu dokonano montażu dodatkowej kamery zewnętrznej na budynku, celem wzmocnienia poziomu bezpieczeństwa na otaczającym terenie – skateparku.

Biorąc pod uwagę powyższe, stwierdzić należy, że zamówienie udzielone w trybie z wolnej ręki związane było ze zmianą koncepcji realizacji inwestycji podjętej przez Zamawiającego w toku jej wykonywania (względy funkcjonalno-użytkowe i estetyczne). Wynikło zatem z subiektywnej decyzji Zamawiającego (dotyczącej rozszerzenia zakresu i wprowadzenia zmian technicznych przedmiotowego zamówienia) niezwiązanej z koniecznością natychmiastowego wykonania zamówienia na skutek wyjątkowych i nieprzewidzianych okoliczności. Tym samym, ma charakter zamówienia publicznego, którego głównym celem było poprawienie funkcjonalności czy też użyteczności wykonywanej inwestycji. Powyższe okoliczności nie wypełniają przesłanek udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie przedstawił również argumentów uzasadniających konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, ze względu na krótki termin wykonania niniejszego zamówienia. Za taką okoliczność nie mogą być uznane wyjaśnienia Zamawiającego, iż udzielenie niniejszego zamówienia musi nastąpić w terminie pozwalającym na dotrzymanie terminu wynikającego z umowy podstawowej, tj. do dnia 31 października 2016 r. W ocenie Prezesa Urzędu, nie jest dopuszczalna sytuacja, w której wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy zasada uczciwej konkurencji doznaje ograniczenia na skutek działań podmiotów publicznych, które określają terminy wykonania zamówienia, uniemożliwiające przeprowadzenie procedury

udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym. Jak podkreślił Rzecznik Generalny w opinii z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji, władze publiczne zamierzające udzielić zamówienia są 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. W ocenie Prezesa Urzędu, realizacja zobowiązań umownych w określonym terminie nie może być także uznana za sytuację wyjątkową, której nie można było przewidzieć, albowiem jest sytuacją występującą w stosunkach handlowych i nie wykracza poza normalne uwarunkowania gospodarcze. Należy stwierdzić, iż to Zamawiający określił termin wykonania umowy. Nie można zatem dojść do wniosku, iż realizacja ww. umowy w ustalonym uprzednio terminie była dla niego sytuacją wyjątkową i nieprzewidywalną.

Należy zauważyć, iż zamówienie z wolnej ręki powinno dotyczyć wyłącznie zakresu koniecznego do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom określonego zdarzenia, zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb Zamawiającego w czasie niezbędnym do przeprowadzenia procedury udzielania zamówień publicznych w warunkach uczciwej konkurencji. W niniejszej sprawie nie zostały spełnione powyższe okoliczności. Należy zauważyć, iż w niniejszej sprawie żadne nadzwyczajne zdarzenie nie miało miejsca, jednocześnie ustalony zakres zamówienia nie miał na celu zapobieżenie skutkom określonego zdarzenia lecz wynikał z błędów projektanta albo jak wskazał Zamawiający, dotyczył głównie zmian sprawnych elementów i urządzeń na nowe w celu z zapobieżeniu rażącemu odbieganiu standardem od nowo wybudowywanych (...) – decydowały tu zatem względy funkcjonalno-użytkowe i estetyczne. W uchwale z dnia 7 listopada 2008 r. (sygn. akt KIO/KU/7/08) zostało stwierdzone, iż „zamówienie z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy może być udzielone w zakresie w jakim jest to absolutnie konieczne – przykładowo, jeśli w wyniku katastrofy zniszczeniu ulegnie dach budynku, to Zamawiający może prowadzić negocjacje w celu zawarcia umowy dotyczącej jego naprawy, ale już nie w zakresie remontu pozostałej części budynku”.

W tym kontekście roboty budowlane obejmujące m.in.: wymianę stolarki aluminiowej, odbicie głuchych tynków oraz odchodzącej siatki elewacyjnej, wymianę rynien, zabudowę antresoli z malowaniem, balustradę do natrysków; remont pomieszczeń, wymianę grzejników w holu, w szatniach męskiej i damskiej, w korytarzu przy szatniach, w pomieszczeniu ratownika, w szatni głównej, w kawiarni, przy kawiarni, w pomieszczeniach okołosanitarnych, zamianę sufitów podwieszanych, zabezpieczenie antykorozyjne + remont sufitu, wymianę rury wodnej ocynkowanej, roboty dodatkowe wentylacyjne, wykonanie instalacji i montaż dodatkowej kamery – skatepark, przeniesienie gniazd na antresoli, wykonanie instalacji sterowania i zasilania tablicy informacyjnej, wykonanie instalacji i montaż dodatkowych gniazd w recepcji, wykonanie dodatkowych zasilania w serwerowni, dodatkowe wyspy sufitu podwieszanego w recepcji, montaż wywiewek kanalizacyjnych, automatyczne sterowanie wentylacji w szatniach i natryskach, schodów ewakuacyjnych, docieplenia pasa podrynnowego, nie miały charakteru prac absolutnie koniecznych i niezbędnych do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom określonego zdarzenia.

Zamawiający, w okolicznościach faktycznych sprawy, nie wykazał także spełnienia określonej w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przesłanki dotyczącej konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Jak wskazała KIO w uchwale z dnia 6 marca 2012 r. (sygn. KIO/KD 26/12), natychmiastowe wykonanie zamówienia oznacza konieczność jego realizacji „szybciej niż pilnie”, a więc „właściwie z dnia na dzień”. Przesłanka ta znajduje zastosowanie w sytuacjach wymagających od zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji. W przedmiotowej sprawie sytuacja taka nie miała miejsca.

Z protokołu z negocjacji w celu udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki z dnia 18 października 2016 r. wynika, iż podstawą negocjacji były kosztorysy ofertowe na wykonanie robót dodatkowych i uzupełniających oraz im przypisane protokoły konieczności Nr 1 i Nr 2 z dnia odpowiednio 28 lipca 2016 r. i 14 października 2016 r. wraz ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia.

Należy zauważyć, iż niektóre z prac ujętych w protokole konieczności Nr 1 zostały wymienione w kosztorysach opracowanych jeszcze przed zawarciem umowy podstawowej, tj. przed dniem 15 marca 2016 r. w zakresie wykonania: zabudowy antresoli z malowaniem, remontu czerpni – wyrzutni, rynny wschodniej i dachu wysokiego, podkonstrukcji pod panel elewacyjny, zamiany sufitów podwieszanych, obróbki szytu, podkonstrukcji OSB, zabezpieczenia antykorozyjnego + remont sufitu 1 piętro hali – kosztorysy z dnia 16 lutego 2016 r.

Ponadto, niektóre z prac wymienionych w protokole konieczności Nr 2 zostały określone w kosztorysach sporządzonych dwa miesiące przed wszczęciem postępowania w trybie z wolnej ręki, tj. przed dniem 15 października 2016 r., w zakresie wykonania: wymiany instalacji i montażu dodatkowej kamery – skatepark, przeniesienia gniazd na antresoli, wykonania instalacji sterowania i zasilania tablicy informacyjnej, wykonania instalacji sterowania i montażu dodatkowych gniazd w recepcji, wykonania dodatkowych zasilających w serwerowni – kosztorysy z dnia 8 sierpnia 2016 r.

Mając na uwadze powyższe należy uznać, iż Zamawiający posiadał wiedzę o konieczności wykonania zamówienia co najmniej kilka miesięcy przed wszczęciem postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. W tej sytuacji nie można mówić o spełnieniu przesłanki natychmiastowego wykonania zamówienia. Reasumując, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępstwo od stosowania trybów podstawowych naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

2.1.5. Bezkuteczne uprzednie przeprowadzenie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego.

Na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zostaną łącznie spełnione przesłanki:

- 1) uprzednio bezskutecznie przeprowadzono postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego, tj. które nie zakończyło się udzieleniem zamówienia;
- 2) niepomysłność poprzedniego postępowania spowodowana była jedną z następujących okoliczności:
 - a) nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 nowej ustawy, albo
 - b) nie zostały złożone w nim żadne oferty albo wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp lub ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp;
- 3) pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

Przywołany przepis zakłada zatem m.in. konieczność wykazania, że pierwotne warunki zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki nie zostały w istotny sposób zmienione w stosunku do wcześniejszego postępowania.

Analizowany przepis pozwala zamawiającemu na udzielenie zamówienia z wolnej ręki, w przypadku, gdy żaden z wykonawców nie był zainteresowany postępowaniem konkurencyjnym lub gdy postępowanie konkurencyjne okazało się bezskuteczne z przyczyn zależnych od wykonawców. Przywołany przepis zakłada również konieczność wykazania, że pierwotne warunki zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki nie zostały w istotny sposób zmienione w stosunku do wcześniejszego postępowania.

Zgodnie z tym przepisem, by ziszczała się przesłanka uprawniająca zamawiającego do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, w postępowaniu przeprowadzonym w trybie przetargu ograniczonego nie mogły

zostać złożony żadne wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak również wnioski od wykonawców, którzy pozytywnie „przeszliby” kwalifikację podmiotową, tj. wszystkie wnioski zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W tym miejscu przypomnieć należy, iż odrzucenie wniosku następuje, jeżeli został on złożony przez wykonawcę:

1. podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (lit. a),
2. niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (lit. b),
3. który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń (lit. c).

Odrzucenie wniosku na tej podstawie wymaga zakończenia przez zamawiającego toku czynności niezbędnych do dokonania kwalifikacji podmiotowej w szczególności, tj. najczęściej zastosowania dyspozycji art. 126 oraz 128 ustawy Pzp, przy czym możliwa jest sytuacja, w której już z treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, wynika, że wykonawca nie spełnia warunków zamówienia

W przetargu nieograniczonym albo w przetargu ograniczonym na etapie oceny ofert, po ustaleniu listy dopuszczonych wykonawców, nieskuteczność postępowania znajdzie wyraz w braku ofert bądź odrzuceniu ich na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lub art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia. Przypomnieć należy, iż oferty odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp to oferty złożone przez wykonawcę:

1. podlegającego wykluczeniu z postępowania lub
2. niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub
3. który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Natomiast przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odnosi się do ofert, których treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w rozumieniu art. 7 pkt 29 ustawy Pzp. W tym miejscu podkreślenia wymaga, iż z literalnego brzmienia art. 214 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wynika, że nie każde odrzucenie oferty w postępowaniu konkurencyjnym na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp uprawnia zamawiającego do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie wskazanego przepisu. Okolicznością skutkującą odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przywołaną w art. 214 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jest niezgodność treści oferty z przedmiotem zamówienia. Należy zatem zauważyć, iż w przypadku, gdy podstawą odrzucenia ofert w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp będą inne okoliczności niż niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, zamawiający nie będzie uprawniony do udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Nawiązując do przesłanki dotyczącej niemożności zmiany w sposób istotny pierwotnych warunków zamówienia, wyjaśnić należy, iż zgodnie z treścią art. 7 pkt 29 ustawy Pzp warunki zamówienia to warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pojęcie „warunków zamówienia” jest szersze niż pojęcie „warunków udziału w postępowaniu” i obejmuje także wymagania dotyczące procedury, sposobu świadczenia przedmiotu zamówienia (realizacji zamówienia), wymagania związane z kwalifikacją do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ale także essentialia negotii przyszłej umowy o zamówienie publiczne. Ustawa Prawo zamówień publicznych oraz dyrektywy unijne w sprawie zamówień publicznych, nie definiują natomiast pojęcia „istotnej zmiany pierwotnych warunków zamówienia”. Pomocniczo można to sformułowanie doprecyzować w oparciu o orzecznictwo TSUE oraz analizę podstawowych zasad prawa unijnego, mających zastosowanie do zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zasady przejrzystości. W świetle

powyższego za istotną zmianę należy uznać modyfikację pierwotnych warunków zamówienia, polegającą na wprowadzeniu zmian, które – gdyby zostały ujęte w treści pierwotnej procedury udzielania zamówienia – umożliwiłyby dopuszczenie innych wykonawców niż ci, którzy zostali początkowo (wcześniej) dopuszczeni do udziału w postępowaniu, tj. miałyby wpływ na zmianę potencjalnego kręgu wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu, a zarazem naruszałyby zasadę równego traktowania wykonawców⁴⁹.

W jednym z wyroków Krajowa Izba Odwoławcza⁵⁰ nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż warunki zamówienia w postępowaniu z wolnej ręki winny pozostać niezmienione wobec warunków zamówienia postępowania przetargowego w brzmieniu sprzed modyfikacji. Określenie „pierwotne warunki zamówienia” nie odnosi się bowiem do warunków ogłoszonych w dniu wszczęcia postępowania, lecz do warunków, które obowiązywały w uprzednio prowadzonym postępowaniu przetargowym nawet w sytuacji, gdy zamawiający zmienił je w trakcie prowadzonego postępowania. (...) Pierwotne warunki zamówienia to warunki obowiązujące w postępowaniu przetargowym, znane wykonawcom o udzielenie zamówienia publicznego. Dokonanie modyfikacji tychże warunków zgodnie z przepisami ustawy P.z.p. nie powoduje, że zmodyfikowane warunki nie mogą zostać uznane za warunki pierwotne.

Krajowa Izba Odwoławcza za istotną zmianę warunków zamówienia uznała obniżenie w ramach postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki wymagań stawianych wykonawcom w stosunku do postępowania prowadzonego uprzednio w jednym z trybów podstawowych.⁵¹

Dla przykładu, zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z opisem przedmiotu zamówienia (zaoferowanie produktu o gorszych parametrach, właściwościach niż wymagane w opisie przedmiotu zamówienia), zmiana zakresu lub wielkości zamówienia wykluczająca jej poprawienie w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, implikuje konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Natomiast, jako istotną zmianę pierwotnych warunków zamówienia należy uznać zmianę warunków zamówienia, polegającą na wprowadzeniu zmian, które - gdyby zostały ujęte w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie konkurencyjnym, w którym nie złożono żadnej oferty albo wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lub 5 ustawy Pzp, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści.

Przykłady naruszeń w wynikach kontroli Prezesa UZP:

Przykład nr 1:

Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 15 listopada 2021 r., znak: KND/124/21, w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mającego za przedmiot dostawę, przesył i dystrybucję energii cieplnej do Szpitala. Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

Z Informacji o wyniku kontroli:

W wyniku przeprowadzonej kontroli Prezes Urzędu stwierdził, iż zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004 (przyp. obecnie art. 214 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp) uprawniających do zastosowania trybu z wolnej ręki.

⁴⁹ TSUE potwierdził, że zmiana początkowego warunku zamówienia (tzw. renegejacja) może być uznana za istotną, w szczególności, gdy zmieniony warunek, jeżeli by został ujęty w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłby uznanie ofert złożonych w ramach procedury z uprzednim zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie za prawidłowe lub umożliwiłby złożenie ofert przez oferentów innych niż ci, którzy uczestniczyli w pierwotnym postępowaniu; por. wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-250/07 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Greckiej, ECLI:EU:C:2009:338.

⁵⁰ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 października 2018r., sygn. akt KIO 1911/18.

⁵¹ Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2016 r., sygn. akt KIO/KD 45/16.

W toku kontroli stwierdzono, iż zgodnie z §3 ust. 7 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego termin zapłaty za wykonanie zamówienia został określony w następujący sposób: „należności regulowane będą zgodnie z wystawionymi fakturami, po zakończeniu okresu rozliczeniowego, w terminie 60 dni od daty otrzymania przez odbiorcę prawidłowo wystawionej faktury VAT (...)”.

Natomiast w myśl pkt 10 umowy kompleksowej Nr 20DMMC055S sprzedaży i dostarczania ciepła, zawartej w dniu 15 grudnia 2020 r. w wyniku postępowania przeprowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004 wskazano, iż „należności wynikające z realizacji Umowy Odbiorca będzie uiszczał na rzecz „T” na zasadach określonych w OWU”. Zgodnie zaś z §6 ust. 8 Ogólnych Warunków Umów kompleksowych sprzedaży i dostarczania ciepła zawieranych przez „P” S.A. dla obiektów na terenie m.st. Warszawy stanowiącym załącznik nr 1 do ww. umowy „Należności z tytułu wystawionych przez „T” faktur Odbiorca będzie opłacał na rachunek bankowy „T” (...) w terminie do końca miesiąca kalendarzowego następnego po miesiącu, którego dotyczy faktura (...)”.

Należy stwierdzić, iż termin płatności za wykonanie zamówienia jest jednym z czynników determinujących krąg wykonawców, którzy składają oferty w postępowaniu lub też potencjalnie mogliby je złożyć.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga fakt, że w uprzednio prowadzonym postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego to sam Zamawiający nie wyraził zgody na zmianę terminu zapłaty należności z 60 – dniowego na 30 – dniowy, udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców, w tym zaproszonego do negocjacji wykonawcy „P” S.A. w Warszawie, z którym później zawarł umowę w trybie z wolnej ręki na zmienionych warunkach umowy o rozliczeniu należności.

Jak wynika z przekazanej dokumentacji postępowania pismem z dnia 25 listopada 2020 r. Wykonawca „V” S.A. zwrócił się z pytaniem do Zamawiającego dotyczącym zapisów projektu umowy: (załącznik nr 7 do SIWZ) – § 3 ust. 7 – Wykonawca zwraca się z prośbą o informację jak się ma 60 dniowy termin płatności do przepisów ustawy z dnia 08.03.2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. poz. 403). Zgodnie z w/w ustawą w transakcjach pomiędzy przedsiębiorstwami, a podmiotami publicznymi, w których podmiot publiczny jest dłużnikiem, termin zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi nie może przekroczyć 30 dni. Prosimy o podanie uzasadnienia i wskazanie szczególnych warunków, aby móc uwzględnić termin dłuższy niż 30 dni i nie przekraczający 60 dni zgodnie z art. 8 ust. 3 powyższej ustawy, gdyż brak takiego uzasadnienia prowadziłoby do naruszenia dyscypliny finansowej.

W dniu 26 listopada 2020 r. Wnioskodawca „P” S.A. w Warszawie zapytał Zamawiającego: Czy Zamawiający odstąpi od 60 – dniowego terminu płatności faktur. Prosimy o przyjęcie standardowego 30 – dniowego terminu płatności.

W odpowiedzi na powyższe zapytania pismem z dnia 27 listopada 2020 r. Zamawiający udzielił następujących odpowiedzi:

- na pytanie od Wykonawcy „V” S.A. wskazał, iż Podstawą działań Szpitala jest art. 8 ust. 2 in fine ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych w związku z art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o działalności leczniczej. Art. 8 ust. 3 ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych nie znajduje zastosowania do przedsiębiorców spółek komunalnych prowadzących działalność leczniczą.
- na pytanie od Wykonawcy „P” S.A. odpowiedział, że Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie powyższej zmiany.

W konsekwencji należy stwierdzić, iż określony w dokumentach postępowania termin płatności miał duże znaczenie dla podmiotów przystępujących do postępowania, a przez to – na wybór konkretnego wykonawcy. Wykonawcy wiedząc, że otrzymają zapłatę za wykonanie zamówienia publicznego w dwukrotnie krótszym terminie, mogliby złożyć oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego. Zatem należy przyjąć, iż zmiana dokonana przez Zamawiającego w zakresie terminu płatności za realizację zamówienia miała istotny charakter w porównaniu do opisu przedmiotu zamówienia określonego w uprzednio prowadzonym postępowaniu.

Należy też zauważyć, iż podniesione w wyjaśnieniach Zamawiającego kwestie stosowania praktyk ograniczających konkurencję przez podmioty, które były zainteresowane udziałem w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego nie dotyczyły przesłanek wyboru trybu zamówienia

z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004. Nie mogą być zatem brane pod uwagę przy ocenie zasadności wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki.

Przykład nr 2:

Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 25 czerwca 2018 r., znak: KND/19/18/DKZP, w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiocie *wykonanie czwartego poziomu utrzymania parowozu wąskotorowego serii Px29-1704 w połączeniu z rewizją wewnętrzną i próbą ciśnieniową kotła*. Uchwałą z dnia 10 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO/KD 31/18, Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła wniesionych przez zamawiającego zastrzeżeń od wyniku kontroli.

Z Informacji o wyniku kontroli:

Z wyniku przeprowadzonej kontroli Prezes Urzędu stwierdził, iż okoliczności przedmiotowej sprawy nie uzasadniały wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004. Prezes Urzędu wskazał, iż w kontrolowanym postępowaniu w trybie zamówienia z wolnej ręki doszło do istotnej zmiany pierwotnych warunków zamówienia, określonych w ww. uprzednio prowadzonych postępowaniach. W informacji o wyniku kontroli podniesiono, iż w *pierwszej kolejności należy wskazać, że zmieniony został poziom utrzymania parowozu, będący przedmiotem zamówienia, z poziomu P5, przewidzianego w zamówieniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, na poziom P4, wskazany w zamówieniu w trybie z wolnej ręki. W ramach wskazanych poziomów utrzymania podejmowane są inne czynności, mające różne cele ich wykonania. W załączniku nr 3 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 226 z późn. zm., dalej: „rozporządzenie”), scharakteryzowano je w następujący sposób:*

1) Poziom 5 (naprawa główna) – czynności mające na celu podniesienie standardu pojazdu kolejowego lub jego odnowienie, wykonywane w wyspecjalizowanych zakładach lub u producenta. Ramowy zakres prac na tym poziomie utrzymania określono jako:

- a) demontaż zespołów i podzespołów z pojazdów kolejowych i ich wymiana na nowe lub zregenerowane,*
- b) modyfikacje nadwozi pojazdów kolejowych i układów biegowych.*

2) Poziom 4 (naprawa rewizyjna) – czynności z zakresu utrzymania naprawczego wykonywane w zakładach posiadających zaplecze techniczne i stanowiska pomiarowe. Ramowy zakres prac na tym poziomie utrzymania określono jako:

- a) szczegółowe sprawdzenie stanu technicznego przewidzianych w dokumentacji podzespołów i zespołów połączone z ich demontażem z pojazdu kolejowego,*
- b) planowe wymiany podzespołów i zespołów,*
- c) naprawy zespołów i podzespołów wykonywane w wyspecjalizowanych warsztatach.*

Wskazane poziomy utrzymania wykonywane są cyklicznie, po upływie wskazanego w Dokumentacji Systemu Utrzymania danego pojazdu kolejowego okresu czasu lub przejechaniu odpowiedniej odległości, liczonej

w kilometrach, przy czym piąty poziom utrzymania wykonuje się zazwyczaj znacznie rzadziej. Ponadto czynności podejmowane w ramach wskazanych poziomów utrzymania różnią się od siebie poziomem skomplikowania i mogą być świadczone przez różne podmioty – w przywołanym załączniku nr 3 do rozporządzenia wskazano, iż utrzymanie na poziomie 4 może być realizowane przez zakłady posiadające zaplecze techniczne i stanowiska pomiarowe, natomiast na poziomie 5 przez wyspecjalizowane zakłady lub u producenta, co wskazuje na wyższy stopień złożoności tego poziomu utrzymania. Należy też dodać, że już sam fakt rozróżnienia przez ustawodawcę w rozporządzeniu poziomów utrzymania pojazdów kolejowych oraz ramowego zakresu prac dla poszczególnych poziomów świadczy o istotnych różnicach w zakresie czynności, jakie należy podjąć wykonując przegląd okresowy danego poziomu. Ponadto, porównując opis przedmiotu zamówienia, wskazany w załączniku nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (opis przedmiotu zamówienia), dotyczących postępowań prowadzonych w trybie przetargu

nieograniczonego, oraz określenie przedmiotu zamówienia zawarte w zaproszeniu do negocjacji z dnia 19 października 2015 r. i Protokole sporządzonym w dniu 19 stycznia 2016 r. w Jaworzynie Śląskiej, w związku z treścią umowy z dnia 3 listopada 2015 r., dotyczącej remontu lokomotywy parowej wąskotorowej Px29-1704, należy stwierdzić, iż zakres i rodzaj czynności koniecznych do realizacji przedmiotu zamówienia, przewidziany dla zamówienia w trybie z wolnej ręki, różni się od czynności przewidzianych dla zamówień w trybie przetargu nieograniczonego. Należy wskazać m.in. na następujące różnice:

1. określenie przedmiotu zamówienia w trybie z wolnej ręki przewidywało szerszy i bardziej szczegółowy zakres prac związanych z silnikiem, niż opis przedmiotu zamówienia dla przetargu nieograniczonego;
2. w opisie przedmiotu zamówienia dla przetargu nieograniczonego wskazano na wykonanie nowej skrzyni węglowej i wodnej, w ramach zamówienia w trybie z wolnej ręki przewidziano naprawę skrzyni wodnej i węglowej;
3. w opisie przedmiotu zamówienia dla przetargu nieograniczonego przewidziano naprawę dwóch sztuk sprzężarek parowozowych, przedmiot zamówienia w trybie z wolnej ręki przewidywał naprawę jednej sprzężarki powietrznej.

Z powyższego wynika jednoznacznie, iż zakres usługi zrealizowanej w ramach zamówienia w trybie z wolnej ręki został w sposób istotny zmieniony w stosunku do usługi przewidzianej w postępowaniach w trybie przetargu nieograniczonego. Porównanie opisów zamówień wskazuje, iż nie mamy do czynienia z zachowaniem tożsamości przedmiotowej zamówień. Obniżenie w ramach postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki poziomu utrzymania parowozu w stosunku do postępowań prowadzonych w uprzednio w trybach podstawowych stanowi zatem istotną zmianę pierwotnych warunków zamówienia i nie jest zgodne z zasadą równego traktowania wykonawców.

W Informacji o wyniku kontroli stwierdzono, iż zamawiający naruszył art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004, także poprzez dokonanie zmian w zakresie terminu realizacji zamówienia. W okolicznościach przedmiotowej sprawy ustalono, iż w postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego termin realizacji zamówienia wynosił 120 dni licząc od dnia podpisania umowy (w sprawie Muz-ZP.263.5.2015.RM) oraz maksymalnie 7 miesięcy (w sprawie Muz-ZP.263.6.2015.AG), biorąc pod uwagę termin składania ofert (21 września 2015 r.) oraz dzień, na który wyznaczono koniec terminu realizacji zamówienia (30 kwietnia 2016 r.). Natomiast w postępowaniu w trybie zamówienia z wolnej ręki termin realizacji zamówienia, na skutek dwukrotnego aneksowania umowy 136/F/2015, został ostatecznie przesunięty o ponad rok (z 31 marca 2016 r. na 30 kwietnia 2017 r.) i wynosił łącznie około 18 miesięcy. W Informacji o wyniku kontroli, stwierdzono iż termin realizacji zamówienia jest jednym z czynników determinujących krąg wykonawców, którzy składają oferty w postępowaniu lub też potencjalnie mogliby je złożyć. W konsekwencji wydłużenie terminu realizacji zamówienia w trybie z wolnej ręki odpowiednio o 14 i 11 miesięcy w stosunku do przetargów nieograniczonych stanowiło istotną zmianę warunków zamówienia.

Stanowisko przedstawione w Informacji o wyniku kontroli potwierdzone zostało w Uchwale Krajowej Izby Odwoławczej. Izba stwierdziła, że termin wykonania zamówienia to jeden z najistotniejszych elementów każdej umowy o zamówienie publiczne. Zaraz obok opisu przedmiotu zamówienia jest on jednym z najistotniejszych czynników kształtujących krąg potencjalnych wykonawców mogących skutecznie złożyć ofertę oraz wpływających na poziom oferowanych przez wykonawców cen. Zmiana terminu realizacji zamówienia jak również wprowadzenie postanowień umowy dopuszczające takie zmiany terminów realizacji zamówienia muszą być badane w kontekście możliwości zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, należy bowiem wziąć pod uwagę okoliczność ewentualnego wpływu tej zmiany na krąg wykonawców zainteresowanych uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby zamawiający nie wykazał w przedstawionych zastrzeżeniach, że zmiana terminu realizacji zamówienia w wyniku realizacji umowy w zamówieniu z wolnej ręki, jak również postanowienia zawartej w tym trybie umowy nie stanowiły

istotnej zmiany warunków zamówienia w stosunku do pierwotnie wskazywanych w postępowaniach przetargowych.

Natomiast dodać należy, iż zamawiający w zastrzeżeniach, w zasadzie nie odniósł się do wskazanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej uchybień w zakresie istotnej zmiany pierwotnych warunków zamówienia determinujących możliwość wykorzystania przy udzieleniu zamówienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004. Zamawiający nie kwestionował, że nastąpiła zmiana poziomu utrzymania parowozu, będącego przedmiotem zamówienia, z poziomu P5, przewidzianego w zamówieniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, na poziom P4, wskazany w zamówieniu w trybie z wolnej ręki, jak również Zamawiający nie kwestionował pozostałych wskazanych zmian odnoszących się do przedmiotu zamówienia, będące modyfikacją lub rozszerzeniem zakresu przedmiotu zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w stosunku do uprzednio prowadzonych postępowań w trybie przetargu nieograniczonego, i że stanowią te zmiany istotną zmianę pierwotnych warunków zamówienia, niedozwoloną w świetle ww. przepisu ustawy Pzp.

2.1.6. Udzielenie zamówienia dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych.

Stosownie do treści art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, jeżeli takie zamówienie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z jego przedmiotem oraz całkowita wartość tego zamówienia została uwzględniona przy obliczaniu jego wartości.

Zatem dla omawianej podstawy udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki ustawodawca sprecyzował następujący zestaw przesłanek, które muszą być spełnione łącznie:

1. uprzednie udzielenie zamówienia podstawowego na usługi lub roboty budowlane;
2. upływ maksymalnie 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego;
3. zamówienie udzielane jest dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych;
4. zamówienie polega na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych;
5. zamówienie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego;
6. zamówienie jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego;
7. całkowita wartość zamówienia podobnego została uwzględniona przy obliczaniu wartości zamówienia podstawowego.

Tym samym procedura udzielania zamówień na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wiąże się z wyodrębnieniem dwóch kategorii, tj. zamówienia podstawowego – będącego zamówieniem pierwotnym, oraz zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, następczego względem zamówienia podstawowego.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, iż zamówienie polegające na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych stanowi zamówienie nowe, odrębne od zamówienia podstawowego niezależnie od faktu istnienia powiązań o charakterze funkcjonalnym oraz proceduralnym z zamówieniem podstawowym.

Zauważyć należy, iż ustawodawca nie odnosi się wprost do kwestii zakresu trybów, w jakich powinno zostać udzielone zamówienie podstawowe, aby dopuszczalne było następcze udzielenie zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, jakkolwiek uznać należy, iż nie jest to krąg nieograniczony, wobec faktu, iż ustawodawca jako przesłankę udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp ustanowił przewidzenie tegoż zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego, co implikuje konieczność udzielenia zamówienia podstawowego w trybach, dla których ustawa Pzp przewiduje ogłoszenie o zamówieniu. Oznacza to, iż zamówienie podstawowe

nie może zostać udzielone w szczególności w trybie negocjacji bez ogłoszenia oraz w trybie z wolnej ręki, w tym niezależnie od faktu przekazania przez zamawiającego do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy.

Z uwagi na konstrukcję przyjętą przez ustawodawcę, art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp ma zastosowanie wyłącznie do zamówień na usługi i roboty budowlane, zarówno dla zamówień podstawowych, jak i zamówień polegających na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, co oznacza wyłączenie spod zakresu tego trybu zamówień w przedmiocie dostaw.

Dopuszczalność udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w ramach omawianej podstawy prawnej została obwarowana terminem 3-letnim, liczonym od dnia udzielenia zamówienia podstawowego, przez co stosownie do treści art. 7 pkt 25 ustawy Pzp rozumieć należy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Kolejną przesłankę zastosowania art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp stanowi udzielenie zamówienia dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, co wyłącza możliwość dokonania zmiany podmiotowej w zakresie wykonawstwa, nawet w sytuacji faktycznej niemożności realizacji nowego zamówienia przez podmiot wykonujący zamówienie podstawowe. Jednocześnie uznać należy, iż pojęcie „dotychczasowości” nie implikuje konieczności trwania procesu realizacji zamówienia podstawowego w momencie udzielania zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, co oznacza, iż zamówienie takie, przy spełnieniu pozostałych przesłanek, może zostać udzielone po wykonaniu zamówienia podstawowego.

W zakresie tożsamości wykonawcy szczególne wątpliwości może budzić natomiast sytuacja, w której zamówienie podstawowe zostało udzielone kilku wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia np. w formie konsorcjum. W tym względzie, w ślad za opinią Urzędu Zamówień Publicznych uznać należy, że *wykładnia przepisów art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp [2004] [obecnie art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp] nie wyklucza możliwości udzielenia zamówienia podobnego jednemu lub kilku wykonawcom wchodzącym w skład konsorcjum, któremu udzielono zamówienia podstawowego [...] należy jednak zauważyć, iż możliwość udzielenia zamówienia podobnego, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jednemu albo niektórym wykonawcom wchodzącym w skład konsorcjum realizującego zamówienie podstawowe powinno być w każdym przypadku oceniane przez pryzmat zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. W przypadku udzielenia zamówienia podobnego tylko niektórym członkom konsorcjum wyłączona jest możliwość swobodnego wyboru przez zamawiającego wykonawców (uczestników konsorcjum), którym zostanie udzielone zamówienie podobne. Wybór wykonawcy w takim przypadku musi wynikać z przyczyn obiektywnych, którymi są w szczególności okoliczności wyrażenia zgody na udział w postępowaniu tylko przez niektórych z nich lub likwidacja albo upadłość współwykonawcy. W praktyce możliwe są również sytuacje, w których nie wszyscy uczestnicy konsorcjum będą zainteresowani wykonaniem zamówienia dodatkowego (np. z uwagi na ryzyka gospodarcze związane z jego wykonaniem). Nie można przy tym również wykluczyć, iż podstawą do udzielenia zamówienia podobnego konsorcjum w ograniczonym składzie lub jednemu z wykonawców uczestniczących w konsorcjum będą inne przyczyny natury gospodarczej, technicznej lub organizacyjnej pod warunkiem jednak, iż będą miały one charakter obiektywny i nie będą prowadzić do nieuprawnionego uprzywilejowania któregokolwiek z wykonawców realizujących zamówienie podstawowe⁵².*

W aspekcie formalnym przepis art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wymaga przewidzenia zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego. Zamawiający zobligowany jest tym samym do zaznaczenia już w ogłoszeniu wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia podstawowego faktu planowania udzielenia w przyszłości zamówień w trybie z wolnej ręki, przy czym podkreślić należy, iż deklaracja ta nie ma dla zamawiającego charakteru wiążącego, tj. nie jest on zobligowany do udzielenia owego

⁵² Pismo UZP z dnia 11 lutego 2019 r., znak: UZP/DP/O/026/960(5)/18/PK.

zamówienia. Decyzja o udzieleniu zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych pozostaje w sferze autonomii zamawiającego, a wykonawcy nie przysługuje roszczenie o wszczęcie przez zamawiającego procedury zmierzającej do udzielenia takiego zamówienia. Urząd Zamówień Publicznych podkreśla, iż *warunkiem do skorzystania z możliwości udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie jest „konieczność” wykonania zamówienia uzupełniającego, ale przewidzenie takiego zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia podstawowego powinien ustalić zakres ewentualnych świadczeń podobnych (podobnych usług lub robót budowlanych) oraz warunków, na jakich wykonanie takich świadczeń przez wykonawcę zamówienia podstawowego zostanie zlecone. Jednakże, decyzja o udzieleniu zamówienia, a zatem również o skorzystaniu z dyspozycji komentowanego przepisu, należy do Zamawiającego*⁵³.

Dodać należy, iż art. 134 ust. 2 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że również SWZ zawiera informację o przewidywanych zamówieniach, o których mowa m.in. w art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień (analogicznie art. 281 ust. 2 pkt 11 ustawy Pzp).

Jednocześnie ustawa Pzp w art. 214 ust. 2 doprecyzowuje zakres informacji, jakie zamawiający zobowiązany jest umieścić w opisie zamówienia podstawowego, co biorąc pod uwagę fakt, iż opis ten stanowi element obligatoryjny ogłoszenia o zamówieniu, skutkuje włączeniem tychże informacji do treści ogłoszenia

o zamówieniu dla zamówienia podstawowego. Ustawodawca wymaga, aby zamawiający wskazał:

- ewentualny zakres usług lub robót budowlanych;
- warunki, na jakich zostaną one udzielone.

Pojęcie zakresu usług lub robót budowlanych dla zamówień polegających na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych nie może być rozumiane jako *sensu stricto* opis przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem art. 99 ust. 1 i nast. ustawy Pzp przede wszystkim z uwagi na fakt, iż przepisy ustawy Pzp nie przewidują obowiązku formułowania przekazywanych wykonawcy informacji niezbędnych do przeprowadzenia postępowania w trybie z wolnej ręki w zakresie określenia przedmiotu zamówienia zgodnie z regulacjami zawartymi w dziale II rozdziale 1 oddziale 4 ustawy Pzp. Oznacza to tym samym, iż zakres usług lub robót budowlanych może zostać określony w pewnym stopniu ogólności, co związane jest także z faktem, iż moment ujawnienia informacji o przewidzeniu udzielenia zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych może być znacznie oddalony w czasie względem chwili jego faktycznego udzielenia. Niemniej jednak uznać należy, iż zamawiający powinien wyznaczyć co najmniej maksymalną ilość usług lub robót budowlanych planowanych do powtórzenia⁵⁴. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO: *Pomimo tego, że przepisy nie wymagają szczegółowego opisu zamówienia, które ma zostać powtórzone, to jednak nie może być wątpliwości, że sam fakt ogólnego wskazania na tę możliwość uznać należy za niewystarczający*⁵⁵. Jednakże uzasadnione jest przyjęcie, iż w pewnych sytuacjach, w szczególności gdy istnieje prosta możliwość określenia charakteru zamówienia następczego na podstawie analizy zamówienia podstawowego, np. gdy w ramach zamówienia podstawowego mamy do czynienia z jednorodną usługą, stopień szczegółowości zakresu zamówienia następczego może zostać wydatnie ograniczony⁵⁶.

Jednocześnie zamawiający obowiązany jest do wskazania warunków, na jakich zostaną udzielone przyszłe zamówienia, przy czym ustawodawca nie precyzuje szczegółowo zakresu danych warunków jak również relacji zastosowanego terminu do definicji „warunków zamówienia” określonej w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp. Uznać należy, iż pojęcie to należy odnosić zarówno do warunków proceduralnych, jak również odnoszących się do merytorycznie przedmiotu zamówienia, uwzględniając w szczególności okoliczności, w

⁵³ Pismo UZP z dnia 15 grudnia 2022 r., znak: DKZP.WKZ3.442.91.2022.LB.

⁵⁴ H. Nowak, M. Winiarz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wydanie II, Warszawa 2023, str. 672.

⁵⁵ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 maja 2021 r., sygn. akt KIO 1153/21.

⁵⁶ Pismo UZP z dnia 3 lipca 2019 r., znak: UZP/DP/026/330/19/KN.

jakich zamawiający przewiduje udzielanie takich zamówień. Z uwagi na etap, w którym następuje sformułowanie warunków, za nadmierny wymóg należałoby uznać konieczność szczegółowego wyznaczenia wszystkich warunków zamówienia następczego już w momencie wszczynania postępowania o udzielenie zamówienia pierwotnego, zamawiający powinien wskazać w tym względzie jedynie ramowe określenie sposobu realizacji przyszłego świadczenia⁵⁷, obejmujące przykładowo ceny, po jakich udzielone będzie przyszłe świadczenie lub przewidywane kary umowne⁵⁸.

W zakresie przedmiotu zamówienia, ustawodawca jako przesłanki zastosowania art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp sprecyzował dwa zasadnicze, powiązane ze sobą elementy, tj.: zamówienie udzielane w trybie z wolnej ręki ma polegać na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, jak również zamówienie to powinno być zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Przyjęta przez ustawodawcę konstrukcja wskazuje na istnienie szczególnego rodzaju związku funkcjonalnego pomiędzy zamówieniem podstawowym a zamówieniem udzielanym następczo w trybie z wolnej ręki, obejmującego kryteria podobieństwa usług lub robót budowlanych oraz zgodności przedmiotowej.

Niezależnie od pozornie zbliżonego zakresu znaczeniowego zastosowanych sformułowań, wobec redakcyjnego umieszczenia ich w przepisie odnoszącym się do jednej, samoistnej podstawy prawnej udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, zgodnie z zasadą racjonalności ustawodawcy należy przyjąć, iż stanowią one zasadniczo odmienne przesłanki udzielenia zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych. Kryterium podobieństwa usług lub robót budowlanych należy odnosić w szczególności do ogólnej zasady utożsamiającej podobieństwo z tożsamością przeznaczenia poszczególnych usług/robót budowlanych udzielanych w ramach dwóch powiązanych zamówień, przy czym zaznaczyć należy, iż ostateczna ocena podobieństwa dokonywana jest w każdym przypadku indywidualnie⁵⁹. Urząd Zamówień Publicznych stoi na stanowisku, że *użycie przez ustawodawcę słowa „podobnych” wskazuje, iż usługi lub roboty budowlane stanowiące zamówienie uzupełniające nie muszą być takie same jak roboty lub usługi objęte zamówieniem podstawowym – wystarczy, jeśli będą do nich tylko podobne. Tym samym, mogą to być prace stanowiące powtórzenie przedmiotu zamówienia, ale także usługi zbliżone do nich charakterem*⁶⁰. Zgodność przedmiotową rozumieć należy natomiast jako istnienie sytuacji, w której przedmiot zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych dotyczy przedmiotu zamówienia określonego dla zamówienia podstawowego⁶¹, jak również – iż nie wykracza poza zakres zamówienia podstawowego⁶².

Jak wskazano w treści Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 30 sierpnia 2017 r., znak: UZP/DKZP/WKZ3/421/14(9)/17/GE, KND/9/17, KND/10/17, KND/11/17:

[...] przedmiot zamówienia w danym postępowaniu identyfikowany jest przez takie jego cechy, jak m.in. rodzaj zamówienia, zakres, miejsce jego realizacji, czy stopień skomplikowania. Zakres przedmiotu zamówienia obejmuje z kolei wskazanie np. ilości i rodzaju produktów, które mają być dostarczone (w przypadku dostaw), czas i rodzaj czynności, które mają być wykonywane w przypadku usług, czy rodzaj czynności, jakie muszą być wykonane i ilość lub rodzaj obiektów budowlanych, jakie mają powstać, być przebudowane, czy remontowane, w przypadku robót budowlanych. Jak wskazano wyżej, czynnikiem identyfikującym dane zamówienia jest też miejsce jego wykonania. Sformułowanie „zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego” musi być więc rozumiane, jako zgodne z tymi cechami przedmiotu zamówienia podstawowego, które są dla niego charakterystyczne, jak m.in. zakres i miejsce realizacji. W przypadku robót budowlanych oznacza to, że zgodne z przedmiotem zamówienia

⁵⁷ Pismo UZP z dnia 3 lipca 2019 r., znak: UZP/DP/026/330/19/KN.

⁵⁸ H. Nowak, M. Winiarz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie II, Warszawa 2023, str. 672.

⁵⁹ Pismo UZP z dnia 3 lipca 2019 r., znak: UZP/DP/026/330/19/KN.

⁶⁰ Pismo UZP z dnia 15 grudnia 2022 r., znak: DKZP.WKZ3.442.91.2022.LB.

⁶¹ H. Nowak, M. Winiarz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie II, Warszawa 2023, str. 672.

⁶² Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lutego 2015 r., sygn. akt KIO/KD 3/15.

podstawowego są roboty wykonywane w tym samym miejscu, co zamówienie podstawowe i zmierzające do powstania / przebudowania tych samych obiektów budowlanych (np. obiektów liniowych), które były objęte zamówieniem podstawowym. Nie można zatem uznać za zgodne z zamówieniem podstawowym robót, które wykraczają poza miejsce realizacji zamówienia podstawowego i których celem jest realizacja zupełnie nowych obiektów budowlanych, nieobjętych zakresem zamówienia podstawowego. Roboty takie są bowiem niezgodne z zamówieniem podstawowym, tj. z jego zakresem i miejscem wykonania, które to konkretne zamówienie podstawowe identyfikują.

W przedmiotowej sprawie zamówienie podstawowe obejmowało roboty, w wyniku których miała być przebudowana ul. Jaworzyńska na odcinkach konkretnie wskazanych w §1 ust. 3 umowy podstawowej i część ul. Grabskiego. Zamówienie podstawowe nie przewidywało prowadzenia robót na innych ulicach niż ul. Jaworzyńska i ul. Grabskiego, w szczególności nie przewidywało budowy lub przebudowy innych ulic niż wyżej wymienione. Tym samym ul. Jaworzyńska na odcinkach: od ul. Skarbka do ul. Grabskiego, od ul. Grabskiego do ul. Handlowej, od ul. Boiskowej do ul. Borsuczej, skrzyżowanie ul. Jaworzyńskiej z ul. Skarbka, skrzyżowanie ul. Jaworzyńskiej z ul. Grabskiego i od ul. Handlowej do ul. Boiskowej wraz ze skrzyżowaniami oraz odcinek ul. Grabskiego od ul. Jaworzyńskiej do ul. Wojska Polskiego, wyznaczają miejsce realizacji i zakres zamówienia podstawowego. Roboty wykraczające poza ten zakres nie mogą być uznane za zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego, nawet jeśli polegają na powtórzeniu tego samego rodzaju konkretnie wykonywanych czynności, czy prac, np. robót ziemnych, czy robót elektrycznych. W ten bowiem sposób (powtórzenie tych samych czynności fizycznych) spełniona zostaje przesłanka „polegania na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień”, natomiast nie zostaje spełniona przesłanka „zgodności z przedmiotem zamówienia podstawowego”.

Powyższa wykładnia została potwierdzona w treści uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2017 r., sygn. akt KIO/KD 58/17:

Wobec argumentacji Zamawiającego przedstawianej w toku kontroli, a następnie w zastrzeżeniach, niewątpliwie wymagane jest zwrócenie uwagi na dwa aspekty:

O zgodności z przedmiotem zamówienia podstawowego nie może przesądzać sam charakter robót budowlanych, gdyż o tym stanowi wskazywany wyżej punkt 4 – zamówienie polega na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, co nie jest równoznaczne z określeniem zgodności z przedmiotem zamówienia podstawowego. [...] powtarzanie tej samej okoliczności w jednym przepisie i w dodatku za pomocą dwóch różnych pojęć, jak podnosił Prezes Urzędu, byłoby całkowicie niezgodne z regułą racjonalnego Ustawodawcy. Należy zatem przyjąć, że oba te sformułowania oznaczają coś innego, a w konsekwencji – zawierać muszą inne, odmienne przesłanki możliwości udzielenia zamówień uzupełniających w trybie z wolnej ręki. Tym samym sformułowanie „zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego” nie może oznaczać czynności/prac „polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień”, czyli nie może ograniczać się wyłącznie do rodzajowego powtórzenia takich samych robót, jak wchodzące w skład zamówienia podstawowego.

Ostatnią przesłanką udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest uwzględnienie całkowitej wartości zamówienia podobnego przy obliczaniu wartości zamówienia podstawowego. Wobec faktu, iż ustawodawca posłużył się pojęciem wartości zamówienia, uznać należy, iż chodzi o wartość w rozumieniu art. 28 ustawy Pzp, co nakłada na zamawiającego obowiązek stosowania się do sformalizowanych zasad ustalania wartości zamówienia określonych w dziale I rozdziale 5 ustawy Pzp. *Expressis verbis* potwierdza to treść art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiąca, iż jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7, [...] przy ustalaniu wartości zamówienia uwzględnia się także wartość tych zamówień.

Należy zauważyć, iż omawiana przesłanka skorelowana jest z obowiązkiem wskazania przez zamawiającego zakresu usług lub robót budowlanych przewidywanych do powierzenia w ramach zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych w opisie zamówienia

podstawowego, pośrednio determinując także szczegółowość owego zakresu – tj. zamawiający musi być w stanie ustalić na jego podstawie wartość zamówienia następczego. Jak podkreślono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 maja 2021 r., sygn. KIO 1153/21: *Artykuł 214 ust. 1 pkt 7 PrZamPubl odnosi się do przewidzianego w ogłoszeniu o zamówieniu powtórzenia tego samego rodzaju zamówień. Dotyczy zatem sytuacji, w której zamawiający udziela zamówienia podstawowego, ze wskazaniem, że dane zamówienie powtórzy w określonym, konkretnym zakresie. W przeciwnym razie brak byłoby możliwości uwzględnienia wartości zamówień uzupełniających przy obliczaniu wartości zamówienia. Prawidłowe oszacowanie tej wartości musi odnosić się do zakresu robót, które były zamawiającemu znane przy przygotowaniu postępowania i nie zostały objęte zamówieniem podstawowym, lecz były przewidziane do udzielenia w przyszłości.*

Jakkolwiek powyższa konstrukcja skutkuje co do zasady zwiększeniem wartości zamówienia podstawowego, w której uwzględniona zostaje wartość zamówień podobnych, o tyle ustawodawca w art. 97 ust. 4 ustawy Pzp przesądził, że jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, określa kwotę wadium dla wartości zamówienia podstawowego, tj. nie uwzględnia w tym zakresie wartości zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych.

Wątpliwości w praktyce udzielania zamówień na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp może rodzić kwestia obowiązkowości stosowania ustawy Pzp w sytuacji, gdy wartość zamówienia podobnego jest niższa od kwoty progowej 130 000 zł określonej w art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Urząd Zamówień Publicznych stoi na stanowisku, iż *w przypadku [...], gdy zamawiający wyraża wolę udzielenia zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, wartość takiego zamówienia nie ma znaczenia dla dalszej procedury jego udzielenia. Wartość takiego zamówienia została bowiem uwzględniona podczas szacowania wartości zamówienia podstawowego. Zamawiający udzielając zamówienia podobnego działa na podstawie przepisu szczególnego, który uprawnia go do udzielenia zamówienia z wolnej ręki w przypadku, gdy spełnione zostaną określone warunki. Wobec tego koniecznym staje się zastosowanie wymogów formalnych związanych z omawianym trybem udzielenia zamówienia bez względu na to jaką wartość ma zamówienie podobne*⁶³.

Przykłady z wyników kontroli oraz postępowań wyjaśniających prowadzonych przez Prezesa UZP:

Przykład nr 1

Informacja o wyniku kontroli z dnia 10 czerwca 2019 r., znak: KNZ/6/19/DKZP (dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego na podstawie ustawy Pzp2004).

Z informacji o wyniku kontroli:

[...] uznać należy, iż dopuszczalność udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp uzależniona jest m.in. od przewidzenia w ogłoszeniu o zamówieniu dla ogłoszenia podstawowego możliwości udzielenia takiego zamówienia. Analiza stanu faktycznego niniejszej sprawy pozwoliła na stwierdzenie, iż Zamawiający nie przewidział udzielenia takiego zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego. Ponadto należy podkreślić, iż za substytut powyższej czynności nie może być uznane przewidzenie możliwości udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Powyższe potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 17 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO/KU 60/10) stwierdzając, że obowiązkiem Zamawiającego, w sytuacji, gdy przewidywał udzielenie zamówień uzupełniających, było zamieszczenie stosownej treści w ogłoszeniu o zamówieniu. [...] Konsekwencją braku ww. informacji jest niewątpliwie brak możliwości udzielenia przez Zamawiającego zamówień uzupełniających.

⁶³ Pismo UZP z dnia 3 kwietnia 2019 r., znak: UZP/DP/026/901(3)/18/KN.

Podobne stanowisko przedstawiła Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 12 marca 2014 r. (KIO/KD 14/14) wskazując, że brak zawarcia w ogłoszeniu o zamówieniu jednoznacznej informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających uniemożliwia udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp i uzasadnia konieczność zastosowania jednego z trybów podstawowych (art. 10 ust. 1 Pzp), o ile nie zaistnieją przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie innym, niż przetarg nieograniczony lub przetarg ograniczony (art. 10 ust. 2 Pzp).

Jednocześnie w uchwale z dnia 12 marca 2014 r. (KIO/KD 14/14) Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, że nawet jeśli zamawiający, wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia podstawowego, zamieścił na swojej stronie internetowej i w swojej siedzibie ogłoszenie o zamówieniu przekazane do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej [...], to nie wypełnił obowiązku wynikającego z art. 41 pkt 15 Pzp nakazującego podanie w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o zamiarze udzielenia zamówień uzupełniających.

Reasumując stwierdzić należy, że Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. [...] Uchwałą z dnia 18 lipca 2019 r., sygn. akt KIO/KD 50/19, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, iż zgłoszone przez Zamawiającego zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Przykład nr 2

Informacja o wyniku kontroli z dnia 7 marca 2019 r., znak: KND/23/18/DKZP (dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego na podstawie ustawy Pzp2004).

Z informacji o wyniku kontroli:

Zamawiający w pkt II.7) ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 5 SIWZ wskazał, iż „(...) przewiduje możliwości udzielenia zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp – w okresie 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego, udzielenia dotychczasowemu wykonawcy, zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnego przedmiotu zamówienia określonego niniejszą Specyfikacją (...).” Treść przywołanego przepisu wskazuje, iż Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, jeżeli takie zamówienie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z jego przedmiotem oraz całkowita wartość tego zamówienia została uwzględniona przy obliczaniu jego wartości.

Zgodnie z art. 67 ust. 1a ustawy Pzp, w opisie zamówienia podstawowego, o którym mowa w ust. 1 pkt 6, należy wskazać ewentualny zakres tych usług lub robót budowlanych oraz warunki na których zostaną one udzielone.

Zamawiający nie wskazał w opisie zamówienia podstawowego w dokumentacji przedmiotowego postępowania zakresu robót budowlanych, warunków na jakich roboty te na podstawie ww. przepisu, miałyby być udzielane. Powyższe zaniechanie stanowi naruszenie przepisu art. 67 ust. 1a w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

Przykład nr 3

Pismo UZP z dnia 14 czerwca 2021 r., znak: WK/260/20/DKZP (dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego na podstawie ustawy Pzp2004):

W zakresie przesłanki odnoszącej się do powtórzenia podobnych usług lub robót budowlanych, ustawodawca nie określił, jakie usługi czy roboty budowlane należy uznać za podobne. Istotne jest, że

usługi lub roboty budowlane nie muszą być takie same jak roboty lub usługi stanowiące przedmiot zamówienia podstawowego – wystarczy bowiem, jeśli będą do nich podobne. Podobieństwo zamówień należy rozpatrywać w każdym przypadku indywidualnie, biorąc pod uwagę generalną zasadę, że usługą lub robotą budowlaną podobną, jest usługa lub robota budowlana o takim samym przeznaczeniu. Pomocniczo można posłużyć się kategoriami określonymi w CPV, które w przedmiotowej sprawie zostały określone w sposób jednakowy, tj. dla obu zamówień główny kod CPV-45112720-8, oraz dodatkowe kody CPV-45111200-0, 45233226-9, 45311200-2. Ponadto, zamówienie udzielane na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp musi być zamówieniem zgodnym z przedmiotem zamówienia podstawowego. Oznacza to, że zamówienie to powinno dotyczyć przedmiotu zamówienia określonego w dokumentacji sporządzonej dla zamówienia podstawowego. Zgodnie z art. 32 ust. 5 dyrektywy 2014/24/UE „Procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji można stosować do nowych robót budowlanych lub usług polegających na powtórzeniu podobnych robót budowlanych lub usług powierzonych wykonawcy, któremu ta sama instytucja zamawiająca udzieliła pierwotnego zamówienia, pod warunkiem że takie roboty budowlane lub usługi pozostają w zgodności z podstawowym projektem, na który udzielono pierwotnego zamówienia na podstawie jednej z procedur zgodnie z art. 26 ust. 1. Podstawowy projekt musi wskazywać zakres ewentualnych dodatkowych robót budowlanych lub usług oraz warunki, na jakich zostaną one udzielone. Możliwość zastosowania tej procedury musi być wskazana już w chwili ogłoszenia pierwszego projektu, a całkowita szacunkowa wartość dalszych robót budowlanych lub usług musi zostać uwzględniona przez instytucje zamawiające w zakresie stosowania przez nie przepisów art. 4. Procedura ta może być stosowana wyłącznie w okresie trzech lat od chwili zawarcia pierwotnej umowy”. Oznacza to, iż roboty budowlane lub usługi udzielane na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp muszą pozostawać w zgodności z podstawowym projektem, na który udzielono pierwotnego zamówienia. Przedmiot zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki powinien być zgodny z przedmiotem zamówienia podstawowego i polegać na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, tzn. dotyczyć tych samych usług lub tych samych robót budowlanych.

Tym samym, w przedmiotowej sprawie nie została spełniona przesłanka zgodności zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki z zamówieniem podstawowym. Nieuprawnione jest bowiem działanie zamawiającego polegające na zleceniu w trybie z wolnej ręki realizacji innych robót budowlanych niż objęte i zgodne z zamówieniem podstawowym. Zamawiający może udzielić zamówień uzupełniających na usługi lub roboty budowlane tylko w zakresie zamówienia podstawowego. Z analizy dokumentacji oraz wyszczególnionego zakresu przedmiotu zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki wynika jednoznacznie, iż budowa wielofunkcyjnego boiska sportowego w [...] nie znajdowała się w zakresie przedmiotu zamówienia podstawowego. Zamówienie podstawowe obejmowało budowę boiska piłkarskiego, boiska wielofunkcyjnego i skoczni w dal [...]. Natomiast zamówienie udzielone w trybie z wolnej ręki obejmowało wykonanie nowego wielofunkcyjnego boiska sportowego w innej, oddalonej o kilkanaście kilometrów miejscowości [...]. Były to inne, niepokrywające się ze sobą obiekty sportowe. Tym samym zamówienie z wolnej ręki w zakresie, w jakim dotyczyło budowy odrębnego boiska sportowego w [...], nie było zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego, gdyż wykraczało poza zakres zamówienia podstawowego.

W istocie zamówienie udzielone w trybie z wolnej ręki stanowiło nowe zamówienie, niezwiązane z zamówieniem podstawowym i powinno być udzielone w trybie konkurencyjnym. Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 10 października 2017 r., sygn. akt KIO/KD 58/17 zwróciła uwagę na przesłankę zgodności zamówienia podstawowego z zamówieniem udzielanym w trybie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, podziеляjąc zdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, gdzie „przedmiot zamówienia w danym postępowaniu identyfikowany jest przez takie jego cechy, jak m.in. rodzaj zamówienia, zakres, miejsce jego realizacji, czy stopień skomplikowania. Zakres przedmiotu zamówienia obejmuje z kolei wskazanie np. ilości i rodzaju produktów, które mają być dostarczone (w przypadku dostaw), czas i rodzaj czynności, które mają być wykonywane w przypadku usług, czy rodzaj czynności, jakie muszą być

wykonane i ilość lub rodzaj obiektów budowlanych, jakie mają powstać, być przebudowane, czy remontowane, w przypadku robót budowlanych. Jak wskazano wyżej, czynnikiem identyfikującym dane zamówienia jest też miejsce jego wykonania. Sformułowanie „zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego” musi być więc rozumiane, jako zgodne z tymi cechami przedmiotu zamówienia podstawowego, które są dla niego charakterystyczne, jak m.in. zakres i miejsce realizacji. W przypadku robót budowlanych oznacza to, że zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego są roboty wykonywane w tym samym miejscu, co zamówienie podstawowe i zmierzające do powstania / przebudowania tych samych obiektów budowlanych (np. obiektów liniowych), które były objęte zamówieniem podstawowym. Nie można zatem uznać za zgodne z zamówieniem podstawowym robót, które wykraczają poza miejsce realizacji zamówienia podstawowego i których celem jest realizacja zupełnie nowych obiektów budowlanych, nieobjętych zakresem zamówienia podstawowego. Roboty takie są bowiem niezgodne z zamówieniem podstawowym, tj. z jego zakresem i miejscem wykonania, które to konkretne zamówienie podstawowe identyfikują.

Tym samym sformułowanie „zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego” nie może oznaczać czynności / prac „polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień”, czyli nie może ograniczać się wyłącznie do rodzajowego powtórzenia takich samych robót, jak wchodzące w skład zamówienia podstawowego.”. Ogólna wzmianka w ogłoszeniu o zamówieniu co do możliwości udzielenia zamówień w trybie z wolnej ręki w ciągu 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego nie daje podstaw do domniemywania zamiaru udzielenia takich zamówień na roboty w konkretnych lokalizacjach, w tym przypadku w [...], a wręcz przeciwnie - do wniosku, że takie roboty nie są objęte przedmiotem tego samego przedsięwzięcia inwestycyjnego i tym samym, jak w niniejszej sprawie nie są zgodne z zamówieniem podstawowym. Zamawiający, udzielając tego typu zamówień, powinien brać pod uwagę nie tylko powtórzenie tego samego rodzaju zamówień, ale również ocenę czy nowe zamówienie (zamówienie w trybie z wolnej ręki) jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego, tj. związane jest bezpośrednio poprzez identyfikację przedmiotu zamówienia z realizacją danej inwestycji budowlanej. Przeciwnie rozumienie udzielania zamówień uzupełniających w oparciu o przepisy ustawy Pzp prowadziłoby do sytuacji, że zamawiający przez okres 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego posiadająby wykluczające konkurencję uprawnienie do udzielania w trybie wyjątkowym, zamówień na wykonanie każdej roboty budowlanej (w niniejszym przypadku każdego boiska sportowego) nie pozostającej w bezpośrednim związku z przedmiotem zamówienia podstawowego. Co więcej, należy przytoczyć również treść art. 18 ust. 1 zdanie 2 i 3 Dyrektywy 2014/24/UE który wprost stanowi, że „Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców (wyrok z 27 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2567/17). Reasumując, zamawiający nie wykazał łącznego spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, tym samym naruszył art. 67 ust 1 pkt 6 oraz art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1a ustawy Pzp [obecnie art. 214 ust. 2 ustawy Pzp], który wskazuje, iż w opisie zamówienia podstawowego, o którym mowa w ust. 1 pkt 6, należy wskazać ewentualny zakres tych usług lub robót budowlanych oraz warunki na jakich zostaną one udzielone, w toku prowadzonego postępowania wyjaśniającego ustalono, iż zamawiający w pkt X.d siwz, wskazał „Zamawiający przewiduje możliwość udzielenia, w okresie 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy robót budowlanych, zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych robót budowlanych związanych z budową, boisk w zakresie m.in.: a) budowy boiska o nawierzchni poliuretanowej na podbudowie nieprzepuszczalnej asfaltobetonowej o wym. 23 m x 44 m, w opasce szer. 1 m z kostki betonowej. b) wykonania ciągów pieszych o szer. 1,5 m i 2 m, o nawierzchni z kostki betonowej ograniczonej obrzeżami betonowymi, c) wykonanie jezdni manewrowej i

miejsc postojowych z płyt ażurowych betonowych wibroprasowanych gr. 10 cm a) wykonanie miejsc postojowych 2,5 x 5m b) piłkocchywy c) ogrodzenie d) wykonanie oświetlenia". Artykuł 67 ust. 1a ustawy Pzp w sposób jednoznaczny nakłada na zamawiającego obowiązek wskazania w opisie zamówienia podstawowego zakresu przewidywanych do powtórzenia usług lub robót budowlanych oraz warunków, na jakich zostaną one udzielone. Jak już wcześniej zauważono w uchwale KIO z 10 października 2017 r. (KIO/KD/58/17), udzielanie zamówień uzupełniających na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed 28 lipca 2016 r. oraz art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy z dnia 22.06.2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, nie polega bowiem na przewidywaniu abstrakcyjnego zakresu robót, o wartości odpowiadającej abstrakcyjnie określönemu przez zamawiającego odsetkowi wartości zamówienia podstawowego, ale na przewidywaniu robót uzupełniających określonych rodzajowo 1 o wartości uzależnionej od zakresu, rodzaju i stopnia skomplikowania w ten sposób przewidzianych robót. Powyższe wynika z samej treści art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed 28 lipca 2016 r., jak też art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy z dnia 22.06.2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, w których użyto sformułowania „zamówienie uzupełniające było przewidziane”, co oznacza, że przewidziana ma być nie wyłącznie możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego, ale samo zamówienie uzupełniające jako takie, czyli zamówienie określonego rodzaju i w określonym zakresie. Zamieszczenie w ogłoszeniu o zamówieniu tak enigmatycznej informacji o zamówieniach uzupełniających, jak w przedmiotowej sprawie, nie może być więc uznane za wystarczające, w szczególności, gdy zamiarem zamawiającego było udzielenie zamówień uzupełniających wykraczających zupełnie poza przedmiot zamówienia podstawowego. Ponadto, zgodnie z uchwałą KIO z dnia 10 maja 2012 (KIO/KD/46/12) zamówienia uzupełniające są zamówieniami, które na etapie ogłaszania o zamówieniu podstawowym powinny być przez zamawiającego przewidziane do potencjalnego udzielenia. Muszą to być zamówienia rodzajowo tożsame z zamówieniem podstawowym i z nim zgodne. Oznacza to, że na podstawie ogłoszenia o zamówieniu podstawowym tj. na podstawie informacji zawartej w krótkim opisie przedmiotu zamówienia oraz w informacji o możliwości udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, wykonawca ma uzyskać wiedzę, że w ciągu najbliższych 3 lat zamawiający udzieli mu zamówienia tego samego rodzaju o określonej wartości szacunkowej. Celem informowania o zamiarze udzielenia takich zamówień wykonawcy zamówienia podstawowego jest umożliwienie wykonawcom skalkulowania takiego zamówienia. Nie można pominąć tu aspektu dostępu do zamówienia podstawowego z opcją zamówień uzupełniających, gdyż ubiegając się o zamówienie podstawowe wykonawca musi liczyć się z tym, że uzyskując zamówienie podstawowe może być wezwany do negocjacji i zawarcia umowy na zamówienie uzupełniające w terminie lub na warunkach dla siebie niedogodnych. Dopuszczalność udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki zależy od tego, czy postępowanie o zamówienie podstawowe prowadzone było w trybie konkurencyjnym, otwartym.

Ta przesłanka wiąże się w ocenie Izby bezpośrednio z przewidywalnością zamówienia uzupełniającego. Zamówienia uzupełniającego można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki, gdyż wiedzę, że takie postępowanie będzie w przyszłości prowadzone i jaki będzie jego przedmiot (rodzajowo tożsame z zamówieniem podstawowym), wszyscy zainteresowani wykonawcy na jednakowych zasadach i równo uzyskali w toku konkurencyjnego postępowania na zamówienie podstawowe. Dodatkowo, jak przyjęto w doktrynie, dodatkowym ograniczeniem dowolności działań zamawiającego, który zamierza udzielać zamówień „uzupełniających”, jest przepis art. 67 ust. 1a, który w opisie zamówienia podstawowego, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6, nakazuje wskazać ewentualny zakres tych usług lub robót budowlanych oraz warunki na jakich zostaną one udzielone. W związku z powyższym, wymogiem niezbędne jest sprecyzowanie zakresu rzeczowego planowanych zamówień uzupełniających poprzez podanie ich opisu w wielkościach jednostek fizycznych opisujących ów zakres bądź też poprzez inny opis techniczny pozwalający na identyfikację też zakresu. Za niewystarczające w nowym stanie prawnym uznac należy kwotowe określenie wielkości przewidywanych zamówień „uzupełniających”. Taka metoda ich zdefiniowania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zamówienia podstawowego była

dopuszczalna w stanie prawnym sprzed nowelizacji z 22.06.2016 r., gdyż wyraźnie dopuszczał to ówczesny art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7. W przepisie w nowym brzmieniu jest jednak wyraźnie mowa o opisanu zakresu takiego zamówienia, a nie jego wartości, jak miało to miejsce w poprzednim stanie prawnym. Co się z kolei tyczy tego fragmentu przesłanki, który stanowi o podaniu warunków, na jakich zostaną udzielone zamówienia „uzupełniające”, to należy go rozumieć jako wskazanie przez zamawiającego okoliczności, w których zamierza on udzielać takich zamówień. Z pewnością nie chodzi w tym przypadku o wskazanie warunków finansowych, gdyż, jako odrębne zamówienie, także zamówienie z art. 67 ust. 1 pkt 6 jest udzielane po negocjacjach z wykonawcą. Warunki finansowe realizacji takiego zamówienia dopiero zatem zostaną w przyszłości uzgodnione pomiędzy zamawiającym a wykonawcą i w momencie konstruowania opisu przedmiotu zamówienia dla zamówienia podstawowego nie są jeszcze wiadome. Zgodnie z powyższym, wskazanie zakresu robót budowlanych oraz warunków, na jakich zostanie udzielone zamówienie w trybie z wolnej ręki w sposób ogólnikowy nie wypełnia dyspozycji przepis art. 67 ust. 1a ustawy Pzp, co w konsekwencji stanowi jego naruszenie.

Reasumując, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podziela stanowisko Instytucji Zarządzającej, że nie zaistniały podstawy do udzielenia zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz niedochowania przesłanek określonych w art. 67 ust 1a ustawy Pzp.

Jednocześnie, Prezes Urzędu uznał, iż *wobec faktu, iż Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podziela stanowisko Instytucji Zarządzającej oraz weryfikacji prawidłowości postępowania przeprowadzonej przez Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, niecelowe jest powielanie działań administracji publicznej i wszczęcie przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej.*

2.1.7. Udzielenie zamówienia dotychczasowemu wykonawcy na dodatkowe dostawy.

Stosownie do treści art. 214 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w przypadku udzielenia dotychczasowemu wykonawcy zamówienia podstawowego, zamówienia na dodatkowe dostawy, których celem jest częściowa wymiana dostarczonych produktów lub instalacji albo zwiększenie bieżących dostaw lub rozbudowa istniejących instalacji, jeżeli zmiana wykonawcy zobowiązywałaby zamawiającego do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu tych produktów lub instalacji.

Ustawodawca sprecyzował tym samym następujący zbiór kumulatywnie określonych przesłanek:

1. Zamówienie udzielane jest dotychczasowemu wykonawcy zamówienia podstawowego;
2. Przedmiotem zamówienia są dodatkowe dostawy;
3. Celem dodatkowych dostaw jest:
 - a. częściowa wymiana dostarczonych produktów lub instalacji albo
 - b. zwiększenie bieżących dostaw lub
 - c. rozbudowa istniejących instalacji;
4. Zmiana wykonawcy zobowiązywałaby zamawiającego do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby:
 - a. niekompatybilność techniczną lub
 - b. nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu tych produktów lub instalacji.

Analogicznie jak dla podstawy udzielenia zamówienia z wolnej ręki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, również w tym przypadku treść ustawy wyodrębnia dwie kategorie – zamówienie podstawowe mające charakter pierwotny, oraz następcze względem niego zamówienie na dodatkowe dostawy, przy czym są to zamówienia odrębne, jakkolwiek istnieją pomiędzy nimi specyficzne powiązania funkcjonalne i proceduralne. Tym samym odróżnić należy zamówienia na dostawy dodatkowe od opcji i wznowień, dotyczących umów zawartych na czas określony, które zgodnie z warunkami w nich zawartymi

na podstawie decyzji zamawiającego podlegają przedłużaniu na kolejny okres⁶⁴, a co za tym idzie, nie wymagają przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia oraz zawarcia nowej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ustawodawca zawęził zakres podmiotowy możliwych wykonawców zamówienia na dodatkowe dostawy do dotychczasowego wykonawcy zamówienia podstawowego. Jakkolwiek w odróżnieniu od konstrukcji art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, dla zamówienia podstawowego w art. 214 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp ustawodawca nie ograniczył zakresu rodzajowego świadczeń wykonywanych w ramach zamówienia pierwotnego, jednakże wykładnia systemowa danego przepisu z uwzględnieniem treści art. 32 ust. 3 lit. b dyrektywy klasycznej daje podstawę do uznania, iż wykonawcą zamówienia na dodatkowe dostawy może być podmiot realizujący konkretnie dostawy w ramach zamówienia podstawowego.

Jako przedmiot zamówienia w trybie z wolnej ręki zostały wskazane dodatkowe dostawy, które to pojęcie, jakkolwiek zasadniczo rozumiane z uwzględnieniem ogólnej definicji dostaw z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, na potrzeby przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki ustawodawca doprecyzowuje poprzez określenie celu tychże dostaw. Mogą one obejmować częściową wymianę dostarczonych produktów lub instalacji albo zwiększenie bieżących dostaw lub rozbudowę istniejących instalacji. Przyjęte sformułowanie w szczególności wyłącza możliwość udzielenia zamówienia na dostawy zupełnie niepowiązane z zamówieniem podstawowym, co zgodne jest z ratio legis danego przepisu, mającego służyć przede wszystkim do uzupełniania potrzeb zamawiającego w związku z dostawami nabytymi pierwotnie. W związku z zakresem przesłanek odwołujących się zarówno do już istniejących instalacji, jak również bieżących dostaw, Urząd Zamówień Publicznych stoi na stanowisku, iż *w zależności od konkretnego stanu faktycznego, dopuszczalne będzie udzielenie zamówień dodatkowych zarówno w trakcie realizacji umowy pierwotnej (na ogół chodzi tu o zamówienia powtarzające się) lub po zakończeniu realizacji zamówienia pierwotnego. Stanowisko, że udzielenie zamówień dodatkowych jest dopuszczalne jedynie w trakcie realizacji zamówienia pierwotnego jest nie tylko sprzeczne z treścią dyrektywy klasycznej i ustawy Pzp, ale również sprzeczne ze specyfiką zamówień publicznych na dostawy, które co do zasady są zamówieniami o najkrótszym terminie realizacji (z wyjątkiem dostaw powtarzających się)*⁶⁵.

Poza konkretyzacją celu dodatkowych dostaw, jako przesłankę udzielenia zamówienia na omawianej podstawie ustawodawca przewidział sytuację, w której zmiana wykonawcy zobowiązywałaby zamawiającego do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu tych produktów lub instalacji. Tym samym oprócz tego, iż zamawiający zobowiązany jest do udzielenia zamówienia dotychczasowemu wykonawcy zamówienia podstawowego, powinien także wykazać, że potencjalne udzielenie zamówienia innemu wykonawcy rodziłoby określone w przepisie niekorzystne z technicznego punktu widzenia skutki. Podkreślić należy, iż treść przepisu jako obligatoryjny element przesłanki statuuje konieczność stwierdzenia, że nabywane materiały miałyby inne właściwości techniczne, czego konsekwencją jest niekompatybilność techniczna lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu tych produktów lub instalacji – konstrukcja przepisu nie dopuszcza zatem skorzystania z danej podstawy prawnej udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w każdym przypadku nabycia materiałów o innych właściwościach technicznych, jak również nie jest wystarczające wykazanie, że w związku z nabyciem materiałów nastąpiłaby niekompatybilność lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne, jeśli materiały nie mają innych właściwości technicznych. Zauważyć należy jednakże, że pojęcia zastosowane przez ustawodawcę mają charakter niedookreślony, a ich konkretyzacja następuje w okolicznościach danego stanu faktycznego.

Specyfiką podstawy prawnej wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w opozycji do art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest niezastosowanie przez ustawodawcę wymogu przewidzenia udzielenia tego zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia

⁶⁴ Pismo UZP z dnia 29 czerwca 2023 r., znak: DP.O.022.411.2023.AG.

⁶⁵ Pismo UZP z dnia 29 czerwca 2018 r., znak: UZP/DP/026/118(3)/18/DP.

podstawowego jako przesłanki wyboru trybu udzielenia zamówienia. Niemniej jednak należy zaznaczyć, iż art. 134 ust. 2 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że *SWZ zawiera również informację o przewidywanych zamówieniach, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 i 8, jeżeli zamawiający przewiduje udzielenie takich zamówień*. Zasadna jest zatem interpretacja, iż w przypadku, gdy już na etapie wszczynania postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego zamawiający planuje udzielenie w przyszłości zamówień na dodatkowe dostawy, ciąży na nim obowiązek wskazania tej informacji w SWZ. Jednakże nieprzewidzenie takiego zamiaru na tym etapie nie wyklucza możliwości późniejszego udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Ma to związek przede wszystkim z założeniem, że przepis ten obejmuje swoim zastosowaniem również potrzeby incydentalne, nieprzewidziane przez zamawiającego na etapie udzielania zamówienia podstawowego⁶⁶.

Brak obowiązku zamieszczania informacji o przewidzeniu udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego wiąże się z brakiem obowiązku uwzględniania wartości zamówień na dodatkowe dostawy przy ustalaniu wartości zamówienia podstawowego (argument *a contrario* z treści art. 31 ust. 1 ustawy Pzp).

Analogicznie jak w przypadku zamówień udzielanych dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, w przypadku zamówień na dodatkowe dostawy zamawiający nie ma obowiązku ich udzielania, nawet w przypadku przewidzenia tej możliwości w SWZ.

Istotne znaczenie dla stosowania instytucji zamówienia z wolnej ręki na podstawie określonej w art. 214 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp posiada regulacja art. 214 ust. 3 ustawy Pzp, która stanowi, że *okres obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej w wyniku udzielenia zamówienia, o którym mowa w ust. 1 pkt 8, nie może przekraczać 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego*. Podkreślić należy, iż dniem początkowym dla obliczania 3-letniego terminu jest dzień udzielenia zamówienia podstawowego, co oznacza także, iż długość okresu obowiązywania umowy na dodatkowe dostawy jest niezależna od tego, czy zamówienie podstawowe pozostaje w trakcie realizacji, czy też zostało zakończone.

Przykłady z wyników kontroli prowadzonych przez Prezesa UZP:

Przykład nr 1

Informacja o wyniku kontroli z dnia 29 października 2015 r., znak: KNZ/25/15/DKD (dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego na podstawie ustawy Pzp2004):

W niniejszej sprawie Zamawiający nie przedstawił jednak żadnych okoliczności, które wskazywałyby, iż zmiana wykonawcy powodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze.

Należy zauważyć, iż od dnia 1 lipca 2007 r. nastąpiło otwarcie rynku energii elektrycznej na skutek wejścia w życie nowelizacji ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (t. j. Dz. U. z 2012 r., poz. 1059 ze zm.) dokonanej ustawą z dnia 4 marca 2005 r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz o zmianie ustawy – Prawo ochrony środowiska (Dz. U. Nr 62, poz. 552). W wyniku powyższej zmiany Prawa energetycznego oraz zmian na rynku energii elektrycznej obecnie wszyscy odbiorcy energii mają niczym nieograniczone prawo wyboru sprzedawcy energii spośród funkcjonujących na rynku podmiotów zajmujących się sprzedażą tej energii na zasadach konkurencyjnych. Oznacza to możliwość zakupu energii elektrycznej od dowolnego sprzedawcy.

Prezes Urzędu pragnie wskazać, że parametry techniczne dostaw energii elektrycznej są standaryzowane, określone przepisami Prawa energetycznego. Wskazują na to także zapisy zawarte zarówno w umowie podstawowej jak i w umowie uzupełniającej. W §1 ust. 1 obu umów zapisano, że sprzedaż energii

⁶⁶ Pismo UZP z dnia 23 września 2021 r., znak: DP.O.022.817.2021.KO.

elektrycznej ma odbywać się m.in. na warunkach określonych przepisami ustawy Prawo energetyczne, natomiast zgodnie z treścią §4 ust. 1 ww. umów sprzedawca zobowiązywał się zapewnić kupującemu standardy jakościowe obsługi zgodne z obowiązującymi przepisami Prawa Energetycznego. Zmiana wykonawcy zamówienia nie spowodowałaby zatem konieczności nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych. Nie może być również mowy o jakiegokolwiek niekompatybilności technicznej, czy też nieproporcjonalnie dużych trudnościach technicznych w użytkowaniu i dozorze.

O tym, że nie istnieje zagrożenie nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych wskazywała także Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 29 maja 2013 roku (sygn. akt KIO/KD 48/13) „wytwarzana energia elektryczna przez wszystkich wytwórców, jest odprowadzana do ogólnej sieci, skąd jest przekazywana liniami przesyłowymi i zakupywana przez firmy trudniące się obrotem energią i dystrybuowana przez operatorów sieci na poszczególnych odbiorców. Parametry techniczne energii elektrycznej w sieci, są więc jednolite, niezależnie od takiego, czy innego wytwórcy. PKP Energetyka S.A. prowadzi obrót energią, dystrybucję energii, oraz jest operatorem sieci, gdyż w tym zakresie posiada koncesję. Nie jest wytwórcą energii elektrycznej, którą sprzedaje”.

Należy także zwrócić uwagę na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uchwale z dnia 5 sierpnia 2013 roku (sygn. akt KIO/KD 71/13) w którym stwierdzono, iż „oprócz bowiem wymogu, aby zamówienie uzupełniające stanowiło rozszerzenie dostawy objętej zamówieniem podstawowym, warunkiem koniecznym dla jego udzielenia jest okoliczność, iż zmiana wykonawcy zamówienia podstawowego spowodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych lub z nieproporcjonalnie dużymi trudnościami technicznymi w użytkowaniu lub dozorze. Tak więc instytucja ta nie znajduje zastosowania do typowych zamówień o ustalonych standardach jakościowych”. Reasumując w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

Przykład nr 2

Informacja o wyniku kontroli z dnia 3 września 2015 r., znak: KNZ/18/15/DKD (dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego na podstawie ustawy Pzp2004):

W ocenie Prezesa Urzędu Zamawiający w niniejszej sprawie nie wykazał, iż zmiana wykonawcy powodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze. Wskazane przez Zamawiającego okoliczności dotyczące krótkiego terminu realizacji dostawy oraz dysponowania przez wybranego wykonawcę uzgodnieniami technicznymi, umożliwiającymi natychmiastowe uruchomienie produkcji, nie odnoszą się do wyżej wymienionych przesłanek. Nie mają bowiem związku z parametrami technicznymi zamówionych palet i stelaży i ich ewentualną niekompatybilnością techniczną z paletami zakupionymi w ramach zamówienia podstawowego, które powodowałyby nieproporcjonalnie duże trudności w użytkowaniu i dozorze.

Jak wynika ze stanu faktycznego sprawy przedmiotem zamówienia w trybie z wolnej ręki była dostawa typowych produktów o ustalonych standardach jakościowych (palety, stelaże). Zmiana wykonawcy zamówienia nie spowodowałaby zatem konieczności nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, powodujących niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze. Zamawiający miał możliwość opisanie przedmiotu zamówienia odpowiednio do swoich potrzeb, uwzględniających klasę i możliwości techniczne oferowanych na rynku produktów. Powyższe odnosi się zarówno do właściwości technicznych, jak również funkcjonalnych. Nieuzasadnione jest zatem założenie, iż inne podmioty nie byłyby w stanie dostarczyć produktów

kompatybilnych technicznie i zgodnych z wymaganiami Zamawiającego. Szczególnie w sytuacji gdy urządzenia tego typu są oferowane przez wiele podmiotów na rynku, co zostało potwierdzone w toku prowadzenia zamówienia podstawowego, w którym złożono 8 ofert niepodlegających odrzuceniu. Powyższe stanowisko Prezesa Urzędu zostało potwierdzone w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 sierpnia 2013 roku (sygn. akt KIO/KD 71/13) „Oprócz bowiem wymogu, aby zamówienie uzupełniające stanowiło rozszerzenie dostawy objętej zamówieniem podstawowym, warunkiem koniecznym dla jego udzielenia jest okoliczność, iż zmiana wykonawcy zamówienia podstawowego spowodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych lub z nieproporcjonalnie dużymi trudnościami technicznymi w użytkowaniu lub dozorze. Tak więc instytucja ta nie znajduje zastosowania do typowych zamówień o ustalonych standardach jakościowych”.

Należy również zauważyć, że przedmiotem zamówienia podstawowego była dostawa palet stalowych do produkcji i przewozu sadzonek w ilości 5200 sztuk. Tym samym zamówienie to nie dotyczyło dostawy stelaży, objętych zamówieniem z wolnej ręki. Potwierdził to również Zamawiający w przesłanych wyjaśnieniach wskazując, iż dostawa stelaży była przedmiotem odrębnej umowy zawartej w 2014 r. z przedsiębiorstwem [...] Nie sposób więc uznać, że część zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki obejmującego dostawę stelaży wypełniało przesłankę zgodności przedmiotu zamówienia uzupełniającego z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Reasumując w okolicznościach faktycznych sprawy, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Uchwałą z dnia 2 października 2015 r. (sygn. akt KIO/KD 52/15) Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, iż nie uwzględnia wniesionych zastrzeżeń.

2.1.8. Udzielenie zamówienia na dostawy na szczególnie korzystnych warunkach.

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli możliwe jest udzielenie zamówienia na dostawy na szczególnie korzystnych warunkach w związku z likwidacją działalności innego podmiotu albo postępowaniem egzekucyjnym albo upadłościowym.

Zastosowanie tej przesłanki dotyczy wyłącznie dostaw i uwarunkowane jest szczególnie korzystnymi warunkami dostaw⁶⁷. Szczególnie korzystne warunki dostaw występują, jeżeli zamawiający ma możliwość uzyskania przedmiotu dostawy za cenę, która jest znacząco niższa od tej, którą byłby zobowiązany uiścić w normalnych warunkach rynkowych bez względu na wybrany tryb postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Korzystne warunki dostaw mogą być związane ze sprzedażą majątku objętego postępowaniem egzekucyjnym lub upadłościowym, czy też wyprzedażą majątku likwidowanego podmiotu. Niezbędne jest wykazanie związku korzystnych warunków z likwidacją działalności wykonawcy, postępowaniem egzekucyjnym lub upadłościowym.

WAŻNE!

Odstąpienie od stosowania przepisów:

Udzielając zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 9 zamawiający może odstąpić od stosowania przepisów dotyczących:

- komisji przetargowej (art. 53 – 55 ustawy Pzp),

⁶⁷ Przez pojęcie dostaw - należy przez to rozumieć nabywanie produktów, którymi są rzeczy ruchome, energia, woda oraz prawa majątkowe, jeżeli przedmiotem obrotu, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację - art. 7 pkt 4 ustawy Pzp.

- wykluczenia obligatoryjnego (art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp),
- przekazywania informacji wraz z zaproszeniem do negocjacji (art. 217 ust. 1 ustawy Pzp).

2.1.9. Zamówienie na dostawy dokonywane na rynku towarowym.

W oparciu o art. 214 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, zamawiający ma możliwość udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie na dostawy jest dokonywane na rynku towarowym, na którym regulowana i nadzorowana wielostronna struktura handlowa w sposób naturalny gwarantuje ceny rynkowe, w tym na giełdzie towarowej w rozumieniu ustawy z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych (Dz.U. z 2023 r. poz. 380), giełdzie towarowej innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub gdy dokonuje zakupu świadectw pochodzenia, świadectw pochodzenia biogazu rolniczego, świadectw pochodzenia z kogeneracji oraz świadectw efektywności energetycznej na giełdzie towarowej w rozumieniu ustawy z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych, lub na giełdzie towarowej innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Zgodnie bowiem z motywem 50 akapit 4 preambuły dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, *postępowanie o udzielenie zamówienia nie jest też przydatne w przypadku, gdy dostawy nabywane są bezpośrednio na rynku towarowym, w tym na giełdach towarów, takich jak produkty rolne, surowce oraz na giełdach energii, gdy regulowana i nadzorowana wielostronna struktura handlowa w sposób naturalny gwarantuje ceny rynkowe.*

Poprzez giełdę towarową w rozumieniu art. 2 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 380 ze zm.) należy rozumieć 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, tj. dopuszczonymi do obrotu na danej giełdzie towarowej lub do obrotu organizowanego zgodnie z odrębnymi przepisami:

- oznaczonymi co do gatunku rzeczami,
- różnymi rodzajami energii lub paliw gazowych w rozumieniu ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (Dz.U. z 2022 r. poz. 1385, 1723, 2127, 2243, 2370 i 2687),
- prawami majątkowymi wynikającymi ze świadectw, o których mowa w ustawie z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne, oraz ze świadectw pochodzenia i świadectw pochodzenia biogazu rolniczego, o których mowa w ustawie z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii (Dz.U. z 2022 r. poz. 1378, 1383, 2370 i 2687),
- prawami majątkowymi wynikającymi ze świadectwa efektywności energetycznej, o których mowa w przepisach dotyczących efektywności energetycznej.

Możliwość zastosowania przesłanki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, została dopuszczona również w zakresie zamówień na dostawy dokonywanych na giełdzie towarowej innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego, tj. państw należących do Unii Europejskiej oraz Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu z wyjątkiem Szwajcarii.

W przypadku zamówień udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie omawianej przesłanki, w myśl art. 215 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający może odstąpić od stosowania przepisu art. 53-55, art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 217 ust. 1 ustawy Pzp, tj. od obowiązku powołania komisji przetargowej, od wykluczenia wykonawcy z powodów określonych w art. 108 ust. 1 i 2 oraz od obowiązku przekazania wykonawcy wraz z zaproszeniem do negocjacji, informacji niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, w tym projektowanych postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy.

2.1.10. Zamówienia *in-house* oraz zamówienia dotyczące współpracy międzyinstytucjonalnej.

Szczególny charakter jako podstawa prawna udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki posiadają regulacje odnoszące się do zamówień udzielanych podmiotom wewnętrznym w ramach współpracy publiczno-publicznej, które w systematyce ustawy Pzp obejmują dwie główne kategorie:

- 1) zamówienia *in-house* (art. 214 ust. 1 pkt 11-13 ustawy Pzp);
- 2) zamówienia dotyczące współpracy międzyinstytucjonalnej (art. 214 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp).

W szerokim sensie podstawą rozróżnienia obu kategorii jest przede wszystkim charakter relacji pomiędzy podmiotami uczestniczącymi w procedurze udzielania zamówienia – w przypadku zamówień *in-house* występuje stosunek przejawiający się w sprawowaniu kontroli o określonych cechach przez jeden podmiot względem drugiego, zaś funkcje zamawiającego i wykonawcy przyporządkowane są ściśle konkretnym podmiotom, podczas gdy w przypadku współpracy międzyinstytucjonalnej pomiędzy uczestniczącymi zamawiającymi nie musi występować żadna forma podległości organizacyjnej i występują oni względem siebie w roli zamawiającego i wykonawcy (w dowolnej konfiguracji szczegółowej)⁶⁸.

W odniesieniu do zamówień *in-house* wyróżnić można:

- A. *in-house* wertykalny – art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp,
- B. *in-house* odwrócony i siostrzany – art. 214 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp,
- C. *in-house* wspólny – art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp.

Dla każdej wymienionej powyżej podstawy prawnej udzielenie zamówienia dopuszczalne jest przez zamawiających publicznych, których katalog został określony przez ustawodawcę w art. 4 ustawy Pzp jako:

- 1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1270 i 1273);
- 2) inne, niż określone w art. 4 pkt 1 ustawy Pzp, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej;
- 3) inne, niż określone w art. 4 pkt 1 ustawy Pzp, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w art. 4 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:
 - a) finansują je w ponad 50% lub
 - b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
 - c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
 - d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego;
- 4) związki podmiotów, o których mowa w art. 4 pkt 1 lub 2 ustawy Pzp, lub podmiotów, o których mowa w art. 4 pkt 3 ustawy Pzp.

Ponadto ustawodawca przewidział możliwość udzielania zamówienia w ramach *in-house* dla zamawiających sektorowych będących zamawiającymi publicznymi w zakresie, w jakim wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4 ustawy Pzp.

A. *In-house* wertykalny.

Przesłanki dopuszczalności zastosowania instytucji *in-house* wertykalnego zostały sprecyzowane przez ustawodawcę w przepisie art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, który to przepis stanowi, iż zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje

⁶⁸ H. Nowak, M. Winiarz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wydanie II, Warszawa 2023, str. 685.

- dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,
- b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,
 - c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

W zakresie warunku wskazanego w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a ustawy Pzp podstawową kwestią jest sprecyzowanie zakresu pojęcia kontroli sprawowanej przez zamawiającego nad osobą prawną, której udzielane jest zamówienie. Kontrola ta powinna:

- odpowiadać kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami,
- polegać na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej.

W aspekcie praktycznym możliwe jest uznanie, że odrębność pomiędzy zamawiającym a wykonawcą nabiera w takiej sytuacji charakteru głównie formalnego, podczas gdy realnie zamawiający posiada szerokie możliwości wpływania na wykonawcę⁶⁹.

Jednym z zasadniczych czynników warunkujących możliwość uznania danego stosunku kontroli za spełniający powyższe wymogi jest kwestia zależności kapitałowej wykonawcy względem danego zamawiającego udzielającego zamówienia. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE wskazuje, iż *okoliczność, że instytucja zamawiająca posiada, sama lub wraz z innymi instytucjami publicznymi, całość kapitału zakładowego spółki, której udzielono zamówienia, wydaje się wskazywać – jednakże w sposób nieprzesądzający – że instytucja zamawiająca sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami [...] ⁷⁰*. Tym samym jakkolwiek struktura kapitałowa wykonawcy posiada istotne znaczenie w kontekście oceny charakteru kontroli, nie ma ona wymiaru absolutnego, bowiem nawet pomimo posiadania całości kapitału wykonawcy, okoliczności konkretnego przypadku mogą uzasadniać twierdzenie o braku relacji kontroli odpowiadającej wymogom art. 214 ust. 1 pkt 11 lit.

a) ustawy Pzp. Podkreślić należy także, iż istotną przesłanką wskazującą na spełnianie przez konkretny rodzaj relacji kontroli warunku zastosowania trybu z wolnej ręki na wskazanej podstawie jest istnienie podległości organizacyjnej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, która może przejawiać się m.in. w udziale przedstawicieli jednostki kontrolującej w organach statutowych jednostki kontrolowanej. Jednocześnie Trybunał Sprawiedliwości UE podkreślił, iż *ważne jest, aby kontrola sprawowana nad koncesjonariuszem przez instytucję zamawiającą była analogiczna do kontroli sprawowanej przez tę instytucję nad jej własnymi służbami, a nie by była identyczna z nią we wszystkich aspektach. [...] Istotne jest, by kontrola nad koncesjonariuszem była skuteczna, lecz nie jest niezbędne, by była indywidualna ⁷¹*.

Ponadto art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a ustawy Pzp przewiduje spełnienie danej przesłanki także w sytuacji, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób, co dopuszcza istnienie swoistego „łańcucha” powiązań hierarchicznych o charakterze wertykalnym, rozszerzając jednocześnie zakres zastosowania przedmiotowej podstawy udzielenia zamówienia z wolnej ręki także do sytuacji, w której stosunek kontroli przyjmuje charakter pośredni.

W odniesieniu do warunku, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b ustawy Pzp należy wskazać, iż szczegółowe zasady obliczania wartości procentowej wskazanej w treści danego przepisu regulują postanowienia art. 214 ust. 5-7 ustawy Pzp.

⁶⁹ Opinia UZP pt. „Współpraca publiczno-publiczna w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych”, str. 10.

⁷⁰ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 Carbotermo SpA, Consorzio Alisei, przeciwko Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA, ECLI:EU:C:2006:308, pkt 37.

⁷¹ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 Coditel Brabant SA przeciwko Commune d’Uccle, Région de Bruxelles-Capitale, ECLI:EU:C:2008:621, Podsumowanie pkt 2.

Stosownie do treści art. 214 ust. 5 ustawy Pzp, do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 lit. c, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Jak przyjmuje się w doktrynie, *przychód taki powinien uwzględniać całą działalność prowadzoną przez podmiot, z czego ponad 90% musi być generowane w ramach zadań powierzonych mu przez kontrolującą instytucję zamawiającą lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą*⁷². Podkreślić należy tym samym, iż pojęcie przychodu rozumiane jest w ramach przedmiotowego przepisu szeroko i nie podlega różnicowaniu rodzajowemu – w szczególności irrelevantne jest, że w przypadku udzielania zamówienia w danym przedmiocie, wykonawca osiąga przychody przekraczające wartość 90% w ramach wykonywania zadań powierzonych przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę w zakresie działalności dotyczącej tego przedmiotu, jeśli wobec uwzględnienia przychodów z całej działalności tego podmiotu, wartość określona w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b nie zostanie osiągnięta⁷³. Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych, *poprzez „zadania powierzone” należy bez wątpienia rozumieć zadania zlecone w różnej formie przez zamawiającego podległej osobie prawnej. Bez znaczenia pozostaje przy tym źródło przychodu; zlecający zadanie nie musi być jednocześnie płatnikiem za daną usługę. Niezbędne jest jednak, aby płatności odzwierciedlone w strukturze przychodów osoby prawnej były ściśle związane z konkretnym poleceniem podmiotu zamawiającego wykonania zadania powierzonego. Do progu 90% działalności nie należy zatem zaliczać zadań pochodnych (pożytków) w formie dostaw, usług i robót budowlanych, z których spółka czerpie dodatkowy przychód. Nie ma przy tym znaczenia, czy ten dodatkowy przychód jest związany z jej podstawową działalnością, czy też nie. Jeśli działania podejmowane przez spółkę (i przychody przez nią uzyskiwane) dotyczą sfery objętej zadaniami powierzonymi, ale pozostają neutralne dla tych zadań (np. spółka gminna gospodaruje wysypiskiem śmieci i obok opłat za odbiór gminnych odpadów dodatkowo przyjmuje odpady od podmiotów trzecich za wynagrodzeniem), to taka działalność dodatkowa nie wchodzi w zakres wymaganych 90% działalności*⁷⁴.

Ustawa Pzp nie konkretyzuje dokumentu stanowiącego podstawę ustalania przychodu dla poszczególnych podmiotów celem wykazania spełnienia przesłanki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b ustawy Pzp, w szczególności jednakże możliwe jest posłużenie się sprawozdaniem finansowym, o którym mowa w ustawie z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 120).

Stosownie do treści art. 214 ust. 6 ustawy Pzp, *w przypadku gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 lit. c, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych*.

Tym samym istotą powyższego przepisu jest regulacja trybu postępowania w sytuacji, gdy ogólna zasada ustalania procentu działalności kontrolowanej osoby prawnej zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b ustawy Pzp wyrażona w art. 214 ust. 5 ustawy Pzp nie jest możliwa do zastosowania z uwagi na ziszczenie się wskazanych w art. 214 ust. 6 ustawy Pzp przesłanek. Następuje to w razie niedostępności lub nieadekwatności danych dotyczących średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności. W tym kontekście doprecyzowania wymaga w szczególności pojęcie „reorganizacji działalności”. W piśmie Ministerstwa Rozwoju pn. „Odpowiedź na interpelację nr 6264 w sprawie zmian w zakresie udzielania tzw. zamówień *in-house*” z dnia 17 października 2016 r. jako zdarzenia mogące zostać uznane za „reorganizację” w danym rozumieniu wymieniono: przekształcenia podmiotowe, reorganizację struktury właścicielskiej, zmiany zakresu działalności. Wykładnię

⁷² opinia UZP pt. „Współpraca [...]”, str. 13.

⁷³ analogicznie zaprezentowano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lipca 2022 r., sygn. akt KIO 1355/22.

⁷⁴ opinia UZP pt. „Współpraca [...]”, str. 13-14.

przedmiotowego pojęcia dopełnia orzecznictwo KIO, w którym wskazuje się, że *nie można zgodzić się z twierdzeniem wnoszącego odwołanie wykonawcy, że intencją ustawodawcy było, aby reorganizacja, o której mowa w art. 67 ust. 9 ZamPublU w swoich skutkach była porównywalna do sytuacji na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności jednostki, a zatem, aby skutek reorganizacji był porównywalny do sytuacji podmiotu nowopowstałego. Zdaniem Izby, jednym ze sposobów reorganizacji jest zmiana zakresu działalności [...] Izba zgodziła się ze stanowiskiem strony zamawiającej, że reorganizacja to proces ze swej istoty, z założenia raczej długofalowy, a w przypadku reorganizacji działalności, decydujące znaczenie ma wpływ dokonanych zmian na dane finansowe podmiotu, w tym na zmianę struktury przepływów finansowych*⁷⁵.

W przypadku ziszczenia się przesłanek określonych w art. 214 ust. 6 ustawy Pzp, dyspozycja tego przepisu nakazuje ustalanie procentu działalności za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych. Pojęcie to nie zostało przez ustawodawcę zdefiniowane, wobec czego uznać należy, iż katalog dokumentów, jakimi może posłużyć się wykonawca jest otwarty i relatywnie szeroki⁷⁶.

W piśmie UZP z dnia 12 lipca 2018 r., znak: UZP/DKZP/WKZ3/425/386(21)/17/JB, stwierdzono zaistnienie reorganizacji działalności określonego podmiotu w oparciu o następującą argumentację: *Zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego, wykonawca [...] poczynwszy od 2016 r. przeprowadza zmiany w odniesieniu do swojej działalności oraz przechodzi zmiany właścicielskie w zakresie przystępowania kolejnych gmin jako udziałowców, w celu ograniczenia świadczonych przez [...] usług pozostałych (komercyjnych) do poziomu poniżej 10% ogółu działalności. Zamawiający wskazał na szereg działań podjętych przez [...] zmierzających do zwiększenia udziału zadań publicznych oraz ograniczenia zakresu zadań komercyjnych w działalności tego podmiotu. Zamawiający podkreślił także, iż w związku z prowadzoną reorganizacją w latach 2016-2017 oraz planowanym przejęciem zdania odbioru odpadów od niektórych udziałowców, nastąpi znaczący wzrost w przychodach z działalności publicznej w kolejnych latach. Ponadto, zamawiający wskazał na już poniesione oraz planowane wydatki inwestycyjne [...], w związku z rozszerzeniem działalności publicznej w zakresie zadania przetwarzania i odbioru odpadów. Zamawiający zwrócił uwagę, iż będzie to miało znaczący wpływ na przepływy finansowe u wykonawcy [...] w kolejnych latach.*

Jednocześnie, art. 214 ust. 7 ustawy Pzp zastrzega, iż *wymaganie procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. b, pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b i pkt 14 lit. c, nie jest spełnione, jeżeli reorganizacja działalności, o której mowa w ust. 6, została przeprowadzona dla pozorów.* Tym samym ustawa wprost wskazuje na niedopuszczalność działania polegającego na pozornej reorganizacji działalności podmiotu wyłącznie celem wykazania spełnienia przesłanki dotyczącej procentu działalności, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b ustawy Pzp. Jednocześnie wobec braku szczegółowej definicji „pozorności”, uznać należy, iż każdorazowo ocena uzależniona będzie od okoliczności konkretnego przypadku.

Względem warunku, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. c ustawy Pzp wskazać należy, iż jego istotą jest zakaz bezpośredniego udziału kapitału prywatnego w kontrolowanej osobie prawnej. Nie ma on jednak charakteru absolutnego, bowiem w art. 214 ust. 8 ustawy Pzp przewidziany został katalog wyjątków. Przepis ten stanowi, że *zakazu udziału kapitału prywatnego, o którym mowa w ust. 1 pkt 11 lit. c, pkt 12 lit. c i pkt 13 lit. c, nie stosuje się do:*

1) osób prawnych z udziałem partnera prywatnego wyłonionego zgodnie z ustawą z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. z 2023 r. poz. 30 i 203) lub

⁷⁵ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 96/17.

⁷⁶ Opinia UZP pt. „Udzielanie zamówień w trybie zamówienia z wolnej ręki w ramach instytucji tzw. *in-house* w ustawie z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.)”, str. 4.

2) udziału pracowników reprezentujących w sumie do 15% kapitału zakładowego spółki, w przypadku prostej spółki akcyjnej – do 15% akcji tej spółki, posiadających łącznie do 15% głosów na zgromadzeniu wspólników albo walnym zgromadzeniu.

Na kanwie obecnego stanu prawnego w szczególności należy zwrócić uwagę na fakt objęcia zakresem wyjątków z art. 214 ust. 8 ustawy Pzp konstrukcji prostej spółki akcyjnej, wprowadzonej do polskiego systemu prawnego w drodze ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r. poz. 1655).

Warunek określony w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. c ustawy Pzp skorelowany jest z treścią art. 461 ustawy Pzp, który stanowi, że *umowa zawarta w trybie art. 214 ust. 1 pkt 11-13 wygasa z upływem 3 miesięcy od dnia, w którym w kontrolowanej osobie prawnej, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. c, pkt 12 lit. c lub pkt 13 lit. c, udział uzyskał kapitał prywatny, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 214 ust. 8.* Tym samym ustawodawca ustanowił w ten sposób odrębną podstawę wygaśnięcia umowy w sprawie zamówienia publicznego wywołującą skutek ex lege w przypadku ziszczenia się wskazanych przesłanek. Podkreśla to charakter zamówienia *in-house* jako elementu współpracy publiczno-publicznej, w którym wystąpienie udziału kapitału prywatnego w przypadku udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, z zastrzeżeniem enumeratywnie wyliczonych wyjątków, niweczyłoby zasadniczy cel przyjętej konstrukcji oraz mogłoby prowadzić do nadmiernych zaburzeń konkurencyjności na rynku. W zakresie ważności umowy w sprawie zamówienia publicznego w przypadku ziszczenia się sytuacji określonej w art. 461 ustawy Pzp, Urząd Zamówień Publicznych stoi na stanowisku, iż umowa pozostaje ważna do czasu aż upłyną 3 miesiące od pojawienia się kapitału prywatnego, natomiast po wygaśnięciu umowa pozostaje ważna już tylko w części wykonanej⁷⁷.

Przykłady z wyników kontroli prowadzonych przez Prezesa UZP:

Przykład nr 1

Informacja o wyniku kontroli z dnia 13 lipca 2022 r., znak: KND/202/21/DKZP (dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego na podstawie ustawy Pzp2004).

Z informacji o wyniku kontroli:

[...] W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że podstawą wszczęcia przez Zamawiającego ww. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki był art. 67 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp2004.

*Tymczasem, ze względu na fakt, iż przedmiotowe Porozumienie stanowiło podstawę powierzenia realizacji zadania Zamawiającemu – Gminie [...], zasadne jest uznanie, że implikuje to niedopuszczalność udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp2004. Należy podkreślić, że działanie Zamawiającego stanowiło obejście wymogów z art. 67 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp2004 i jako takie było sprzeczne z ustawą Pzp2004. [...] stanowi jednoosobową spółkę Gminy [...] i jedynie ta Gmina posiada nad nią kontrolę i na rzecz tej Gminy spółka wykonuje wymagany wolumen działalności. [...] nie jest w żaden sposób powiązany z Gminą [...], nie mogły mieć zatem zastosowania ww. instytucje „wspólnych” zamówień *in-house*. Zamawiający - Gmina [...], by ominąć konieczność spełnienia przesłanek określonych dla zamówień *in-house* udzielanych przez wielu zamawiających, przejął zadanie od Gminy [...] w drodze Porozumienia i postanowił o udzieleniu go trybie z wolnej ręki [...] – co należy ocenić jako niezgodne z ustawą Pzp2004.*

Zgodnie bowiem z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, porozumienie międzygminne, na podstawie którego następuje przekazanie zadania odbioru odpadów komunalnych pomiędzy jednostkami publicznymi za rekompensatą, a strona powierzająca posiada uprawnienia umożliwiające rozwiązanie porozumienia, w tym w wypadku niewłaściwej realizacji zadania, nie stanowi

⁷⁷ H. Nowak, M. Winiarz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wydanie II, Warszawa 2023, str. 1254.

zamówienia, którego można udzielić w trybie z wolnej ręki. Zamawiający - Gmina [...] nie był zatem uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004 z powodu niespełnienia przesłanek wskazanych w ww. przepisie interpretowanych zgodnie z wytycznymi zawartymi w orzecznictwie TSUE.

Odnośząc się do kwestii Porozumienia zawartego w dniu 7 października 2020 r. pomiędzy Zamawiającym – Gminą [...] i Gminą [...] obejmującego usługę odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych, zlokalizowanych na terenie Gminy [...] i transporcie tych odpadów do Instalacji Komunalnej w [...], należy zauważyć, że podlega ono ocenie przez pryzmat art. 67 ust. 1 pkt 15) ustawy Pzp2004. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli umowa ma być zawarta wyłącznie między co najmniej dwoma zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- a) umowa ustanawia lub wdraża współpracę między uczestniczącymi zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które są oni obowiązani wykonać, z myślą o realizacji ich wspólnych celów,
- b) wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym,
- c) zamawiający realizujący współpracę wykonują na otwartym rynku mniej niż 10% działalności będącej przedmiotem współpracy.

Mając na powyższe na uwadze stwierdzić należy, że treść § 3 ust. 2 Porozumienia z dnia 7 października 2020 r. zawartego między Gminą [...] a Gminą [...] wskazuje na jego odpłatny charakter. Jednocześnie z treści § 4 ust. 1 Porozumienia wynika, że m.in. strona powierzająca posiada uprawnienia do rozwiązania Porozumienia. Ponadto należy stwierdzić, że Wykonawca jest podmiotem zdolnym do działania na rynku. Wobec powyższego należy uznać, że Porozumienie nie stanowi umowy, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 15) ustawy Pzp2004, a działanie Zamawiającego w niniejszej sprawie wprost miało na celu wyłączenie zamówienia z zakresu stosowania dyrektywy i sztuczne zawężenie konkurencji z zamiarem działania na korzyść Wykonawcy – [...]

W rezultacie, przez udzielenie przedmiotowego zamówienia zostały naruszone przez Zamawiającego również zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004. Wyeliminowanie konkurencji poprzez bezpodstawne udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki stanowi jeden z najbardziej jaskrawych przykładów naruszenia zasad, jakimi powinien kierować się Zamawiający zgodnie z art. 7 ustawy Pzp2004. Co więcej, art. 18 ust. 1 zdanie 2 i 3 Dyrektywy 2014/24/UE wprost stanowi, że: „Zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców”.

Stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zajęte w tej kontroli doraźnej uzasadnia także uchwała Krajowej Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2019 r. o sygn. akt: KIO/KD 1/19, w której w podobnym stanie faktycznym i prawnym, Izba doszła do tożsamyh wniosków, tj. że zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp2004 poprzez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na realizację zadań przejętych od innej gminy w drodze porozumienia międzygminnego spółce kontrolowanej wyłącznie przez zamawiającego. Reasumując, należy stwierdzić, że Zamawiający, udzielając zamówienia, którego przedmiot obejmuje świadczenie usług związanych z odbiorem i transportem odpadów komunalnych z terenu nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy, położonych w granicach administracyjnych Gminy [...] w latach 2021-2024, naruszył przepis art. 67 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp2004 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 15) i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp2004. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

W uchwale z dnia 9 sierpnia 2022 r., sygn. akt: KIO/KD 23/22, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, iż zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie. Izba wskazała w szczególności, iż *działanie Zamawiającego doprowadziło do obejścia przepisów ustawy Pzp 2004, gdyż udzielenie zamówienia w niekonkurencyjnym trybie z wolnej ręki skutkowało nieuprawnionym zawężeniem konkurencji, poprzez podjęcie przez Zamawiającego działań na korzyść Wykonawcy, z którym została zawarta umowa z 30.12.2020 r., tj. [...] Należy także zgodzić się z Prezesem UZP, że Zamawiający udzielając zamówienia w trybie z wolnej ręki, które obejmowało realizację zadań przejętych od innej gminy (poprzez zawarcie porozumienia międzygminnego) spółce kontrolowanej wyłącznie przez Zamawiającego nie był zwolniony od spełnienia ustawowych przesłanek wynikających z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp 2004. W przypadku, gdy Zamawiający zdecydował się udzielić przedmiotowego zamówienia w drodze porozumienia międzygminnego podległej sobie jednostce, jest oczywistym, że przy badaniu spełnienia przesłanek sprawowania kontroli nad Wykonawcą należało uwzględnić również Gminę [...]. Niewątpliwie bowiem to porozumienie stanowiło podstawę powierzenia realizacji zadania Zamawiającemu. W rezultacie, jak zasadnie podnosił Prezes UZP – ocena dopuszczalności udzielenia zamówienia na usługę odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych, zlokalizowanych na terenie Gminy [...] i transportu tych odpadów do Instalacji Komunalnej w [...], zlecona w trybie zamówienia z wolnej ręki, podlegała analizie pod kątem zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 15) ustawy Pzp 2004, które w tym przypadku nie zostały spełnione. Natomiast brak wykazania spełnienia wszystkich podstaw, umożliwiających Zamawiającemu skorzystanie z trybu niekonkurencyjnego, stanowi wprost naruszenie norm wskazanych w wyniku kontroli doraźnej. Izba także podziela stanowisko Prezesa UZP, że w przedmiotowym stanie faktycznym - Gmina [...] – wyłącznie odpowiedzialna na podstawie prawa krajowego za wykonanie zadania realizowanego w interesie publicznym, na swoim obszarze nie wykonywała samodzielnie, w całości tego zadania publicznego, ale zleciła innej, niezależnej od siebie instytucji zamawiającej - Gminie [...], która na swoim obszarze jest również odpowiedzialna za wykonanie tego zadania. Wykonanie usługi odbywało się także za wynagrodzeniem. Nie można zatem uznać, że wówczas miała miejsce współpraca pomiędzy zamawiającymi. A to właśnie wspólny udział wszystkich stron porozumienia o współpracy jest niezbędny do zagwarantowania, że zostaną zrealizowane usługi publiczne, które są zobowiązane zapewnić. Sam zaś udział niektórych stron porozumienia, ograniczający się do samego zwrotu kosztów, jest dalece niewystarczający. Jednocześnie, przekazanie kompetencji, których podział jest chroniony na mocy art. 4 ust. 2 TUE, nie spełnia wszystkich przesłanek określonych w definicji pojęcia „zamówienia publicznego”, czyli nie jest umową o charakterze odpłatnym. Podobnie, jak wskazuje się w odpowiedzi na zastrzeżenia, nie świadczy o tym prawo do wypowiedzenia zobowiązania, które miało charakter jednostronny. Izba podziela również stanowisko zawarte w orzecznictwie TSUE, że porozumienie międzygminne – na podstawie którego następuje przekazanie zadania odbioru odpadów komunalnych pomiędzy jednostkami publicznymi za rekompensatą - gdzie strona powierzająca, posiadającą uprawnienia umożliwiające rozwiązanie porozumienia, w wypadku niewłaściwej realizacji zadania publicznego, nie stanowi zamówienia publicznego, które można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki. W efekcie Zamawiający nie był uprawniony do udzielenia zamówienia w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004 z powodu niespełnienia przesłanek wskazanych w tym przepisie, interpretowanym zgodnie z wytycznymi zawartymi w orzecznictwie unijnym.*

Przykład nr 2

Informacja o wyniku kontroli z dnia 22 czerwca 2020 r., znak: KND/25/20/DKZP (dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego na podstawie ustawy Pzp2004).

Z informacji o wyniku kontroli:

Stosownie do treści art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje

- dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,
- b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,
- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Zgodnie zaś z treścią art. 67 ust. 8 ustawy Pzp, do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b, pkt 14 lit. b i pkt 15 lit. c, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia.

Na podstawie informacji przekazanych przez Zamawiającego należy wskazać następujące. W odniesieniu do przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a ustawy Pzp, jak wskazano w zamieszczonej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych opinii pt. „Współpraca publiczno-publiczna w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych”:

Jednostka kontrolowana przez zamawiającego to taka, której niezależność od zamawiającego z art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp ma charakter formalny (jest to odrębna osoba prawna), ale pozostaje zamawiającemu ściśle podległa. Podległość wyraża się poprzez pełną zależność organizacyjną i gospodarczą od instytucji zamawiającej. Zamawiający musi sprawować niezaprzeczalną kontrolę nad instytucją kontrolowaną (...). Poprzez dominujący wpływ na cele strategiczne należy rozumieć określanie przez instytucję zamawiającą celów instytucji podległej, a także możliwość zatwierdzania (i uchylania) celów projektowanych przez samą jednostkę. Oddziaływanie na cele strategiczne osoby prawnej można utożsamiać z określeniem przez zamawiającego nie tylko celu powołania osoby prawnej, np. w akcie konstytuującym osobę prawną, ale tym bardziej z celami bieżącymi, określającymi, np. charakter działalności osoby prawnej, zakres wykonywanej działalności (tj. wybór celów, które dana jednostka ma przede wszystkim realizować w krótkim terminie etc.). Możliwość wydawania jednostce podległej wiążących poleceń (zarówno w ujęciu strategicznym, jak i działalności bieżącej) również jest przejawem kontroli spełniającej przesłanki z tego przepisu. Strategiczny wpływ na wybór celów wyraża się także we wpływie zamawiającego na określenie marginesu autonomii takiego podmiotu wraz z możliwością każdorazowego uchylenia tego marginesu swobody.

Analiza przedłożonej przez Zamawiającego dokumentacji, w tym umowy Spółki [...] przemawia za uznaniem, iż Zamawiający sprawuje nad Wykonawcą [...] kontrolę polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami Wykonawcy [...], co przejawia się m.in. w strukturze własnościowej ww. spółki, jak również w kompetencjach i strukturze jej organów. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu należy uznać za spełnioną przesłankę wyrażoną w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a ustawy Pzp.

Odnosząc się do kolejnej przesłanki, wskazanej w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Pzp, tj. wymogu, aby ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczyło wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, kluczowe jest wykazanie przez Zamawiającego, że 90% całkowitej działalności wykonawcy [...] dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego.

W świetle powołanej powyżej opinii Urzędu Zamówień Publicznych: Przychód taki powinien uwzględniać całą działalność prowadzoną przez podmiot, z czego ponad 90% musi być generowane w ramach zadań powierzonych mu przez kontrolującą instytucję zamawiającą lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą.

Zgodnie zaś z art. 67 ust. 8 ustawy Pzp, aby obliczyć procent działalności, należało uwzględnić średni przychód osiągnięty z tej działalności za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia.

Dane zawarte w informacji o przychodach ze sprzedaży usług za lata 2016, 2017 i 2018, przesłanych przez Zamawiającego i Wykonawcę [...] wskazują, iż działalność Wykonawcy, powierzona mu przez Zamawiającego, w latach 2016-2018 nie przekraczała 90% całkowitej działalności tego Wykonawcy. Z przedłożonych przez Wykonawcę i Zamawiającego wykazów przychodów ze sprzedaży usług wynika, iż w roku 2016 procentowy udział zadań powierzonych [...] wynosił 65,43%, w roku 2017 – 66,11%, natomiast w 2018 r. – 69,60%.

Nie można zatem uznać, że przesłanka określona w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Pzp została spełniona. Powyższe jest zgodne z wyjaśnieniami Zamawiającego zawartymi w piśmie z dnia 5 czerwca 2020 r. Odnosnie przesłanki wskazanej w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. c ustawy Pzp, należy podkreślić, że Zamawiający, wbrew spoczywającemu na nim obowiązkowi wykazania zaistnienia przesłanek do zastosowania trybu z wolnej ręki, nie wykazał, że w [...] nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego. Potwierdza to oświadczenie Zamawiającego w piśmie z dnia 5 czerwca 2020 r., że w sposób niebudzący żadnych zastrzeżeń w stosunku do Wykonawcy [...] została spełniona tylko jedna przesłanka, wynikająca z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a, w przypadku pozostałych – były wątpliwości. Jak podkreślił Zamawiający, te wątpliwości sprawiły, że odstąpił on od poglądu, który w poprzednich latach prowadził do udzielania zamówień publicznych w trybie in-house z pominięciem procedury przetargowej.

Reasumując stwierdzić należy, iż Zamawiający nie wykazał spełnienia wszystkich przesłanek zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstąpienie od stosowania trybów podstawowych naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W uchwale z dnia 29 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO/KD 43/20, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, iż zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Przykład nr 3

Informacja o wyniku kontroli z dnia 21 grudnia 2018 r., znak: KND/9/18/DKZP (dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego na podstawie ustawy Pzp2004).

Z informacji o wyniku kontroli:

Stosownie do treści art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

12) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,
- b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,
- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Zgodnie z art. 6c ust. 2 ucp, rada gminy może, w drodze uchwały stanowiącej akt prawa miejscowego, postanowić o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne. Z kolei, zgodnie z art. 6c ust. 2a ucp, w przypadku gdy rada

gminy w drodze uchwały, o której mowa w ust. 2, postanowi o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany zorganizować przetarg w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 i 2018) na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli tych nieruchomości albo na odbieranie i zagospodarowanie takich odpadów.

Uchwałą nr XV/143/2015 z dnia 9 grudnia 2015 r. Rada Miejska w [...] postanowiła o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne.

Tym samym, uznać należy, iż zgodnie z treścią ww. cytowanego art. 6c ust. 2a ucpg, Zamawiający miał obowiązek zorganizowania przetargu w rozumieniu ustawy Pzp na odbieranie albo na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy.

Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 96/17, w istocie zgodnie z art. 6c ust. 2 i 2a CzystGmU ustawodawca uregulował wprost sytuację właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz nieruchomości niezamieszkałych określając, kiedy należy przeprowadzić przetarg a kiedy możliwe jest udzielenie zamówienia w trybie in-house.

Zgodnie ze stanowiskiem KIO, na gruncie przepisów ucpg ze względu na właściwy tryb udzielenia zamówienia należy oddzielić sytuacje, w których zamówienie na odbiór lub odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych obejmuje nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy (tzw. „nieruchomości zamieszkałe”) oraz nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy (tzw. „nieruchomości niezamieszkałe”). W odniesieniu do drugiej kategorii, ustawodawca dopuścił możliwość udzielenia zamówienia jedynie po przeprowadzeniu przetargu, co oznacza, iż nie może tu znaleźć zastosowania tryb z wolnej ręki, w tym w ramach tzw. „in-house”.

Tym samym, Zamawiający, udzielając zamówienia, którego przedmiot obejmuje odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy w trybie zamówienia z wolnej ręki, naruszył przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 6c ust. 2a ucpg.

Naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania.

Reasumując, Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 6c ust. 2a ucpg.

W uchwale z dnia 28 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO/KD 2/19, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, iż zastrzeżenia zamawiającego nie zostają uwzględnione. Izba wskazała w szczególności, iż zamawiający nie wykazał podstawy prawnej do objęcia gospodarką odpadami z nieruchomości niezamieszkałych i z nieruchomości zamieszkałych na równych zasadach. Te dwa przedmioty zamówienia [(a) gospodarka odpadami z nieruchomości niezamieszkałych i (b) gospodarka odpadami z nieruchomości zamieszkałych) są regulowane przez różne przepisy. Szczególnie zgodnie z art. 6c ust. 2a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach zamawiający musi zorganizować przetarg w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy. Przepis art. 6c ust. 2a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2018 r. poz. 1454 oraz 1629) brzmi »W przypadku gdy rada gminy w drodze uchwały, o której mowa w ust. 2, postanowi o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest

obowiązany zorganizować przetarg w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i 2018) na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli tych nieruchomości albo na odbieranie i zagospodarowanie takich odpadów».

Ponadto Izba stwierdza, że zgodnie z art. 10 ust. 1 Pzp podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są tryby przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, dlatego w każdym przypadku zamawiający może przeprowadzić postępowanie w jednym z tych trybów bez uzasadniania zastosowania takiego trybu. Przepis art. 10 ust. 1 Pzp brzmi »Podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony«. Natomiast zastosowanie innego trybu jest możliwe tylko w przypadkach określonych w ustawie, co wynika z art. 10 ust. 2 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, partnerstwa innowacyjnego albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie«.

Dlatego Izba nie może przychylić się do stanowiska zamawiającego o wątpliwościach co do zastosowania właściwego trybu przetargowego i wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki.

Również Izba musi dojść do wniosku, że zamawiający nie wykazał podstaw skonstatowania uprawnienia do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie wykładni celowościowej dla interpretacji przepisu art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w kontekście art. 12 Dyrektywy 2014/24/UE, gdyż art. 12 Dyrektywy 2014/24/UE wskazuje jakie zamówienia publiczne nie są objęte stosowaniem tej dyrektywy, a więc zamawiający nie powinien powoływać się na ten przepis Dyrektywy.

Także Izba przychyliła się do stanowiska Prezesa Urzędu, który wykazał, że przepis art. 6c ust. 2a ucpg jest przepisem szczególnym wobec generalnych reguł udzielania zamówień publicznych na gruncie ustawy Pzp, a także przepisu art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w tym przepisów dotyczących instytucji tzw. „in-house”. W przedmiocie określonym przez art. 6c ust. 2a ucpg wymaga się zorganizowania przetargu w trybie ustawy Pzp, czyli przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, a zamawiający nie wykazał, że zostały spełnione przesłanki do zastosowania w badanym przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki szczególnie na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyżej przytoczone argumenty Izba, tak jak Prezes Urzędu, stwierdza, że stanowisko zamawiającego tylko potwierdziło naruszenie przepisów wykazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej z 21.12.2018 r. Zamawiający, udzielając zamówienia na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy [...] w trybie z wolnej ręki, naruszył przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 6c ust. 2a ucpg.

B. In-house odwrócony i siostrzany.

Regulacja, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, innemu zamawiającemu, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, który sprawuje kontrolę nad zamawiającym udzielającym zamówienia, lub innej osobie prawnej kontrolowanej przez tego samego zamawiającego, jeżeli spełnione są następujące warunki:

- a) zamawiający, któremu udzielane jest zamówienie, sprawuje nad zamawiającym udzielającym zamówienia kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami kontrolowanego zamawiającego; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego, któremu udzielane jest zamówienie,

- b) ponad 90% działalności kontrolowanego zamawiającego dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez zamawiającego sprawującego kontrolę, o której mowa w lit. a, lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,
- c) w kontrolowanym zamawiającym i w zamawiającym sprawującym kontrolę nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż przepis ten statuuje dwie instytucje zróżnicowane z uwagi na charakter relacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, tj.:

- 1) zamawiający o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp udziela zamówienia innemu zamawiającemu, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który sprawuje kontrolę nad zamawiającym udzielającym zamówienia – tzw. *in-house odwrócony*;
- 2) zamawiający, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp udziela zamówienia innej osobie prawnej kontrolowanej przez tego samego zamawiającego – tzw. *in-house siostrzany*.

W przypadku *in-house odwróconego*, zamówienie udzielane jest zatem podmiotowi kontrolującemu przez podmiot kontrolowany, podczas gdy *in-house siostrzany* charakteryzuje się udzieleniem zamówienia pomiędzy podmiotami, z których każdy podlega kontroli tego samego zamawiającego.

Tym samym przesłanką, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 12 lit. a ustawy Pzp determinuje cechy kontroli uzasadniającej udzielenie zamówienia *in-house* analogicznie do regulacji art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a ustawy Pzp, z uwzględnieniem specyfiki danego typu *in-house*, co oznacza, iż w przypadku *in-house odwróconego*, stosunek kontroli odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami polegającej na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami kontrolowanego zamawiającego istnieje pomiędzy zamawiającym, któremu udzielane jest zamówienie a zamawiającym udzielającym zamówienia, przy czym warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego, któremu udzielane jest zamówienie, co umożliwi udzielenie zamówień w ramach „łańcucha” hierarchicznych powiązań pomiędzy podmiotami. W odniesieniu do *in-house siostrzanego* natomiast, należy przyjąć stanowisko oparte na wykładni celowościowej art. 214 ust. 1 pkt 12 lit. a ustawy Pzp, iż uznana jest ona za spełnioną w przypadku udzielenia zamówienia przez zamawiającego innej osobie prawnej, jeżeli zarówno udzielający zamówienia jak i podmiot, któremu je udzielono pozostają w relacji zależności od tego samego zamawiającego posiadającego nad każdym z nich pozycję dominującą⁷⁸.

Warunek określony w art. 214 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Pzp odnoszący się do wymogu procentu działalności dotyczącego wykonywania zadań powierzonych należy interpretować analogicznie do art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b ustawy Pzp z zastrzeżeniem ww. uwag dotyczących relacji kontroli pomiędzy podmiotami, które udzielają lub którym udzielane jest zamówienie.

W odniesieniu do warunku określonego w art. 214 ust. 1 pkt 12 lit. c ustawy Pzp należy wskazać, iż wyłącza on dopuszczalność istnienia kapitału prywatnego w strukturze kontrolowanego zamawiającego i zamawiającego sprawującego kontrolę, co stanowi rozszerzenie wymogu odnoszącego się do struktury kapitałowej względem analogicznego art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. c ustawy Pzp, obejmując jego zakresem także zamawiającego sprawującego kontrolę. Ponadto uznać należy, w kontekście art. 12 ust. 2 dyrektywy klasycznej, że w ramach *in-house siostrzanego* analogiczny wymóg dotyczy także osoby prawnej kontrolowanej przez zamawiającego, który sprawuje kontrolę nad podmiotem udzielającym zamówienia, z zastrzeżeniem art. 214 ust. 8 ustawy Pzp⁷⁹. Analogicznie do *in-house odwróconego* i *siostrzanego* znajdują zastosowanie przepisy art. 214 ust. 5-8 ustawy Pzp.

⁷⁸ Opinia UZP pt. „Udzielanie zamówień [...]”, str. 8.

⁷⁹ opinia UZP pt. „Udzielanie zamówień [...]”, str. 9.

C. *In-house* wspólny.

Stosownie do treści art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- a) zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, przy czym wspólne sprawowanie kontroli ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:
 - w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,
 - uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej,
 - kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę,
- b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających,
- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Tym samym istotą omawianej instytucji jest udzielenie zamówienia wykonawcy, nad którym kontrola o cechach wskazanych w treści przepisu sprawowana jest przez zamawiającego wspólnie z innymi podmiotami spełniającymi wskazane warunki.

W odniesieniu do zakresu podmiotowego stosunku kontroli nadmienić należy, iż zamawiający sprawujący kontrolę powinni należeć do grupy podmiotów, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, co oznacza, iż zakres ten obejmuje także zamawiających sektorowych, z wyłączeniem zamawiających sektorowych niebędących zamawiającymi publicznymi, określonych w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp⁸⁰.

W aspekcie charakteru kontroli, zgodnie z zakresem przesłanek określonych w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a ustawy Pzp należy wskazać w pierwszej kolejności, iż analogicznie jak w przypadku art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. a oraz art. 214 ust. 1 pkt 12 lit. a ustawy Pzp, kontrola ta odpowiadać ma kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami. Cechą różnicującą względem innych rodzajów *in-house* jest jednakże element wspólności sprawowania kontroli, który ustawodawca zdefiniował poprzez sformułowanie katalogu szczegółowych przesłanek.

Pierwsza przesłanka, określona w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a tiret pierwsze ustawy Pzp wskazuje na obowiązek udziału przedstawicieli wszystkich uczestniczących zamawiających w składzie organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej, przy czym poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego. Kolejna przesłanka, sprecyzowana w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a tiret drugie ustawy Pzp wymaga wspólnego wywierania przez uczestniczących zamawiających dominującego wpływu na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej. W tym względzie podkreślić należy, iż istnienie takiego wpływu nie jest wprost determinowane strukturą własnościową danego podmiotu związaną z wysokością przysługujących uczestniczącym zamawiającym udziałów, bowiem jak wnioskować można na podstawie orzecznictwa TSUE⁸¹, o istnieniu stosunku dominującego wpływu wywieranego wspólnie decyduje istnienie prawa do wspólnego sprawowania skutecznej kontroli

⁸⁰ Pismo UZP z dnia 9 lutego 2020 r., znak: DP.022.283.2020.AŚ.

⁸¹ M.in. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-295/05 Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) przeciwko Transformación Agraria SA (Tragsa) i in., ECLI:EU:C:2007:227, pkt 56-61; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 Coditel ..., pkt 53; wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 listopada 2012 r. w sprawie C-182/11 i C-183/11 Econord SpA przeciwko Comune di Cagno, Comune di Varese, Comune di Solbiate i Comune di Varese, ECLI:EU:C:2012:758, pkt 31.

nad wykonawcą wynikającego z posiadania udziałów w strukturze wykonawcy, nawet jeśli są to w przypadku poszczególnych zamawiających udziały procentowo niewielkie⁸². Ostatnią przesłanką, wskazaną w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a tiret trzecie ustawy Pzp jest zakaz działania przez kontrolowaną osobę prawną w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę.

Warunki określone w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b i c ustawy Pzp podlegają analogicznej wykładni do warunków wskazanych w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. b i c oraz art. 214 ust. 1 pkt 12 lit. b i c ustawy Pzp przy zastrzeżeniu, iż w odniesieniu do warunku, o którym mowa w lit. b), procent działalności kontrolowanej osoby prawnej ustala się z uwzględnieniem wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających.

Jednocześnie, względem warunku, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b ustawy Pzp znajdują zastosowanie art. 214 ust. 5-7 ustawy Pzp, natomiast w związku z warunkiem wskazanym w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. c ustawy Pzp stosuje się regulacje art. 214 ust. 8 ustawy Pzp, jak również art. 461 ustawy Pzp.

Przykłady z wyników kontroli prowadzonych przez Prezesa UZP:

Przykład nr 1

Informacja o wyniku kontroli z dnia 18 maja 2020 r., znak: KND/21/20/DKZP (dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego na podstawie ustawy Pzp2004).

Z informacji o wyniku kontroli:

Stosownie do treści art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

a) zamawiający wspólnie z innymi zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę, która odpowiada kontroli sprawowanej przez nich nad własnymi jednostkami, przy czym wspólne sprawowanie kontroli ma miejsce, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- w skład organów decyzyjnych kontrolowanej osoby prawnej wchodzi przedstawiciele wszystkich uczestniczących zamawiających, z zastrzeżeniem, że poszczególny przedstawiciel może reprezentować więcej niż jednego zamawiającego,*
- uczestniczący zamawiający mogą wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej,*
- kontrolowana osoba prawna nie działa w interesie sprzecznym z interesami zamawiających sprawujących nad nią kontrolę,*

b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających,

c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Zgodnie zaś z treścią art. 67 ust. 8 ustawy Pzp, do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b, pkt 14 lit. b i pkt 15 lit. c, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia.

Na podstawie uzyskanych w toku postępowania wyjaśniającego informacji przekazanych przez Zamawiającego jak i Wykonawcę [...] ustalono, iż dla obliczenia średniego przychodu Wykonawcy [...] w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, tj. w latach 2015-2017, wzięto pod uwagę przychody pochodzące ze sprzedaży dotyczącej zagospodarowania odpadów oraz sprzedaży surowców z odzysku (surowców wtórnych). Jednocześnie stwierdzić należy, iż analiza wyjaśnień przedstawionych przez Zamawiającego, jak również treści umowy w sprawie zamówienia publicznego daje podstawę do uznania, iż sprzedaż surowców z odzysku nie może być traktowana jako przychód Wykonawcy [...] w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b) w związku z art. 67

⁸² Opinia UZP pt. „Udzielanie zamówień [...]”, str. 10.

ust. 8 ustawy Pzp, tj. jako przychód generowany w ramach wykonywania zadań powierzonych Wykonawcy [...] przez zamawiających sprawujących nad nim kontrolę w warunkach przedmiotowej sprawy. Jak wskazano bowiem w zamieszczonej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych opinii pt. „Współpraca publiczno-publiczna w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych”: Przychód taki powinien uwzględniać całą działalność prowadzoną przez podmiot, z czego ponad 90% musi być generowane w ramach zadań powierzonych mu przez kontrolującą instytucję zamawiającą lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą. Pojęcie „zadanie powierzone” dotyczy wszystkich grup zamawiających nie można go więc utożsamiać z pojęciem „zadania własnego” gminy. Poprzez „zadania powierzone” należy bez wątplenia rozumieć zadania zlecone w różnej formie przez instytucję zamawiającą podległej osobie prawnej.

Bez znaczenia pozostaje przy tym źródło przychodu; zlecający zadanie nie musi być jednocześnie płatnikiem za daną usługę. Niezbędne jest jednak, aby płatności odzwierciedlone w strukturze przychodów osoby prawnej były ściśle związane z konkretnym poleceniem podmiotu zamawiającego wykonania zadania powierzonego. Do progu 90% działalności nie należy zatem zaliczać zadań pochodnych (pożytków) w formie dostaw, usług i robót budowlanych, z których spółka czerpie dodatkowy przychód. Nie ma przy tym znaczenia czy ten dodatkowy przychód jest związany z jej podstawową działalnością, czy też nie. Jeśli działania podejmowane przez spółkę (i przychody przez nią uzyskiwane) dotyczą sfery objętej zadaniami powierzonymi, ale pozostają neutralne dla tych zadań (np. spółka gminna gospodaruje wysypiskiem śmieci i obok opłat za odbiór gminnych odpadów dodatkowo przyjmuje odpady od podmiotów trzecich za wynagrodzeniem) to taka działalność dodatkowa nie wchodzi w zakres wymaganych 90% działalności. W kontekście powyższego należy przyjąć, iż przychód uzyskiwany ze sprzedaży surowców z odzysku, który – jak wskazał Zamawiający w piśmie z dnia 2 września 2019 r. – pochodzi ze sprzedaży tych surowców na podstawie postępowania ofertowego w ramach ofert składanych przez wykonawców, nie stanowi przychodu uzyskanego przez Wykonawcę [...] w ramach zadań powierzonych przez kontrolujące instytucje zamawiające, zgodnie z regulacją art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b) oraz art. 67 ust. 8 ustawy Pzp, nie można bowiem stwierdzić, aby sprzedaż ta była realizowana na podstawie konkretnego polecenia podmiotu zamawiającego w ramach wykonywania zadania powierzonego. Sprzedaż tego rodzaju stanowić może najwyżej zadanie pochodne, z którego Wykonawca uzyskuje dodatkowy przychód. Powyższe potwierdza m.in. fakt wyraźnego rozgraniczenia w strukturze określonej w Sprawozdaniach Zarządu z lat 2015-2017 przychodów pochodzących ze sprzedaży dotyczącej zagospodarowania odpadów oraz sprzedaży surowców z odzysku, jak również brak szczegółowych postanowień regulujących kwestie sprzedaży surowców z odzysku w umowie w sprawie zamówienia publicznego w przedmiocie zagospodarowania odpadów. Jednocześnie należy stwierdzić, iż w kontekście brzmienia art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b) ustawy Pzp brak jest podstaw do wyłączenia działalności związanej ze sprzedażą energii oraz sprzedażą pozostałych usług z ogółu działalności Wykonawcy [...], w stosunku do której należy obliczyć wymagany odsetek działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych przez zamawiających sprawujących nad Wykonawcą [...] kontrolę. Analogicznie, ze względu na fakt konieczności ujęcia jako podstawy obliczenia przychodu Wykonawcy całości działalności tego podmiotu, zasadnym jest uznanie, iż dotyczy to także przychodów finansowych oraz pozostałych przychodów operacyjnych.

Powyższe daje podstawę do przeprowadzenia następujących obliczeń.

| Rok | Przychód obejmujący całą działalność Wykonawcy [...] (PLN) | Przychód ze sprzedaży surowców z odzysku (PLN) | Procent działalności Wykonawcy [...] jaką stanowi sprzedaż surowców z odzysku |
|---------|--|--|---|
| 2015 | [...] | [...] | 14,34% |
| 2016 | [...] | [...] | 13,95% |
| 2017 | [...] | [...] | 16,22% |
| Średnia | [...] | [...] | 14,88% |

Tym samym należy uznać, iż działalność niedotycząca wykonywania zadań powierzonych Wykonawcy [...] przez zamawiających sprawujących nad Wykonawcą kontrolę stanowi w ujęciu przychodowym w okresie lat 2015-2017 co najmniej ok. 14,88% całej działalności Wykonawcy [...] nawet w najszerszym ujęciu tejże działalności (tj. z uwzględnieniem przychodów finansowych oraz pozostałych przychodów operacyjnych), co implikuje konieczność stwierdzenia niewykazania przez Zamawiającego spełnienia przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b) ustawy Pzp. Jednocześnie należy podkreślić, iż niezależnie od przyjętego sposobu obliczenia przychodów Wykonawcy [...], tj. nawet w przypadku uwzględnienia jedynie przychodów pochodzących ze sprzedaży dotyczącej zagospodarowania odpadów oraz sprzedaży surowców z odzysku jako całości przychodów Wykonawcy branych pod uwagę jako podstawę ustalenia zakresu jego działalności zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b) w związku z art. 67 ust. 8 ustawy Pzp, czyli tak jak przyjął Zamawiający, powyższe nie ma wpływu na dokonane ustalenia co do niespełnienia przez Zamawiającego przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b) ustawy Pzp ze względu na fakt, iż co najmniej jedna pozycja przychodowa (sprzedaż surowców z odzysku) potwierdza niespełnienie tej przesłanki w każdym możliwym wariantcie obliczeń.

Reasumując stwierdzić należy, iż Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępstwo od stosowania trybów podstawowych naruszył tym samym art. 10 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W uchwale z dnia 22 czerwca 2020 r., sygn. akt: KIO/KD 28/20 Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, iż zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie. Izba wskazała w szczególności, iż stan faktyczny ustalony w trakcie postępowania kontrolnego nie jest sporny. W szczególności Zamawiający w zastrzeżeniach do wyniku kontroli nie kwestionuje podanych przez Prezesa wielkości wskazujących, że procent działalności Wykonawcy [...] jaką stanowi sprzedaż surowców z odzysku przekracza 10%, jak również nie wykazuje, że procent działalności tego Wykonawcy jaką stanowi przychód pochodzący od zamawiających sprawujących kontrolę jest większy niż 90%. Jak wynika z zastrzeżeń, Zamawiający uznaje, że czynności sprzedaży surowców wtórnych przez Wykonawcę [...], można traktować jako zadania zlecone w różnej formie przez instytucję zamawiającą oraz, że ich wykonanie było ściśle związane z konkretnym poleceniem podmiotu zamawiającego, co jego zdaniem wynika z przywołanych w zastrzeżeniach postanowień §1 ust. 5 i § 5 ust. 2 umowy w sprawie zamówienia publicznego nr RRG.271.25.2018 RC 218/18. Argumentację tę należy uznać za niewystarczającą dla wykazania w analizowanym postępowaniu wypełnienia warunków zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Jak zasadnie zauważył Prezes Urzędu w §1 ust. 5 ww. umowy jest mowa o zagospodarowaniu odpadów komunalnych, a nie zagospodarowaniu surowców wtórnych.

Ma to znaczenie z uwagi na rozróżnienia tych kategorii zarówno w sprawozdaniach zarządu z działalności jednostki [...] jak też w piśmie Zamawiającego z dnia 2 września 2019 r. złożonym do Prezesa Urzędu w dniu 9 września 2019 r. Izba podziela stanowisko Prezesa Urzędu, iż sam fakt ogólnego sformułowania, że wykonawca zobowiązany jest do zagospodarowania przekazanych odpadów komunalnych w sposób zapewniający Zamawiającemu osiągnięcie na obszarze objętym przedmiotem zamówienia wymaganych poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami frakcji odpadów obejmujących papier, metale, tworzywa sztuczne i szkło (...), o czym mowa w §5 ust. 2 umowy ww. w sprawie zamówienia publicznego, nie przesądza o powierzeniu zadania sprzedaży surowców wtórnych. Nie występuje bowiem konkretne polecenie prowadzenia sprzedaży tych surowców, nadto postanowienia te nie określają szczegółowo sposobu realizacji obowiązku zapewnienia wymaganego przez Zamawiającego poziomu recyklingu. Na uwzględnienie zasługuje argumentacja Prezesa Urzędu, że nawet

jeśli przyjąć, że przychody ze sprzedaży surowców wtórnych mogą stanowić przychody Wykonawcy [...] w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 14 lit. b) w związku z art. 67 ust. 8 ustawy Pzp, to dotyczyć to może wyłącznie przychodów uzyskiwanych ze sprzedaży surowców wtórnych, pozyskanych od zamawiających sprawujących nad tym wykonawcą kontrolę. Nadto zauważenia wymaga, iż brak jest wykazania przez Zamawiającego powodów wyłączenia przez niego z ogółu działalności wykonawcy [...], w stosunku do której został obliczony wymagany odsetek działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych przez zamawiających sprawujących nad wykonawcą [...] kontrolę, działalności związanej ze sprzedażą energii, sprzedażą pozostałych usług, a także przychodów finansowych oraz pozostałych przychodów operacyjnych. Udzielenie zamówienia w wyniku przeprowadzenia postępowania w trybie z wolnej ręki stanowi wyjątek od zasady prymatu trybów przetargowych. Zgodnie z powszechnie uznawaną regułą, wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco (m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2000 r., II CKN 738/98, OSNC 2000, nr 7-8, poz. 146). Z tych względów zamawiający jest obowiązany wykazać brak możliwości zastosowania konkurencyjnego trybu postępowania i ściśle wypełnienie się przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający winien powyższe wykazać w sposób niebudzący wątpliwości (por. m.in. wyrok KIO z dnia 3 marca 2017 r. sygn. akt KIO 328/17). Zaniechanie takiego wykazania stanowi bowiem podstawę do stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp W analizowanym postępowaniu Zamawiający, pomimo, iż to na nim ciążył obowiązek w tym zakresie, nie wykazał wypełnienia się warunków zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp jako podstawy przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, który wymaga łącznego spełnienia wymienionych w nim warunków. Przedstawione przez Zamawiającego informacje wskazują, że nie został spełniony warunek, aby ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczyło zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających. Z tych względów należało stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepisy wskazane w Informacji o wyniku kontroli przez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy [...].

Przykład nr 2

Informacja o braku podstaw do dalszego prowadzenia kontroli z dnia 22 czerwca 2022 r., znak: KND/53/22/DKZP, KND/54/22/DKZP.

Z informacji o wyniku kontroli:

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niespełnienia przez Zamawiających przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a ustawy Pzp należy wskazać, iż analiza treści umowy spółki [...] pozwoliła na stwierdzenie, że zakres uprawnień przysługujących zgromadzeniu wspólników w kontekście dominującego wpływu na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej jest zdecydowanie szerszy, aniżeli określił to Wnioskodawca w treści wniosku o wszczęcie kontroli. [...] Należy uznać, iż oprócz wskazanej przez Wnioskodawcę kompetencji do zatwierdzania kierunku rozwoju spółki i planów jej działalności gospodarczej, powyższe uprawnienia, a w szczególności możliwość powoływania i odwoływania członków rady nadzorczej, która zgodnie z §32 pkt 2 umowy spółki powołuje i odwołuje członków zarządu spółki, jak również możliwość decydowania o: zbyciu i wydzierżawieniu przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części oraz ustanowienie na nich ograniczonego prawa rzeczowego; zbyciu, nabyciu lub obciążeniu urzędzeń służących do trwałego użytku spółki o wartości powyżej kwoty 200.000,00 złotych; połączeniu lub przekształceniu spółki; podejmowaniu inwestycji o wartości przekraczającej kwotę 200.000,00 złotych, świadczą o wywieraniu dominującego wpływu na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej. Podkreślić należy także, iż w ramach postanowień umowy spółki nie zawarto klauzuli wyłączającej albo ograniczającej indywidualną kontrolę wspólników stosownie do treści art. 213 §3 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1526 z późn. zm., dalej: „ksh”), tym samym stwierdzić należy, iż Zamawiającym przysługuje ex lege prawo kontroli, o którym mowa w art. 212 §1 ksh, co ma istotne znaczenie z perspektywy oceny statusu osoby prawnej jako podmiotu wewnętrznego względem

Zamawiających (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3069/20). Nie można także pominąć faktu, iż samo ustalenie zadań spółki przez nadanie kształtu aktowi założycielskiemu stanowi o istnieniu wpływu na cele strategiczne oraz istotne decyzje spółki (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 158/17).

Powyższe uprawnienia przesądzają o sprawowaniu przez zgromadzenie wspólników, w skład którego wchodzi Zamawiający, kontroli nad spółką [...] w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a) tiret drugie ustawy Pzp. Na marginesie zauważyć należy, iż Wnioskodawca nie sprecyzował z jakiego powodu uznaje, iż uprawnienie, o którym mowa w §24 pkt 3 umowy spółki nie gwarantuje wpływu na działalność wykonawcy, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. a) tiret drugie ustawy Pzp, biorąc pod uwagę fakt, iż jest to zasadniczy element odnoszący się do możliwości wywierania dominującego wpływu na cele strategiczne oraz istotne decyzje kontrolowanej osoby prawnej w kontekście praktyki funkcjonowania spółki prawa handlowego.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niespełnienia przez Zamawiających przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) ustawy Pzp należy wskazać, iż w toku kontroli na podstawie przekazanych przez Zamawiających informacji oraz kopii dokumentów ustalono, że podstawą do dokonania prognozy przychodów celem wykazania spełnienia przesłanki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) ustawy Pzp, był dokument pod nazwą „Kalkulacja kosztów i przychodów [...] w roku 2022” z dnia 30 listopada 2021 r., który zawiera dane stanowiące wynik obliczeń dokonanych na podstawie:

- 1) dokumentu pn. „Założenia do Kalkulacji kosztów i przychodów [...] w latach 2022-2025” z dnia 29 listopada 2021 r., w którym wskazano m.in., że „[...] w latach 2022-2025 ma świadczyć tylko i wyłącznie usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gmin-Wspólników Spółki (...)”;
- 2) szczegółowych kalkulacjach kosztów spółki obejmujących:
 - a. koszty wynajmu pomieszczeń i placu,
 - b. koszty wynajmu pojazdów,
 - c. zestawienia płac 2022 rok – pracownicy fizyczni,
 - d. plan – zużycie worków do odpadów selektywnych w 2022 r.,
 - e. kilometrąż,
- 3) prognozowanych przychodach od Gmin za zbieranie odpadów w 2022 r. z uwzględnieniem jednakowej dla wszystkich Gmin stawki za 1 km przejazdu pojazdów do odbioru odpadów (dokument pn. „Przychody od gmin za zbieranie odpadów w 2022 roku”).

Należy podkreślić, iż podstawowe znaczenie z perspektywy oceny spełnienia przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) ustawy Pzp jest kwestia ustalenia, czy ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających. W tym względzie brak jest podstaw do uznania braku wiarygodności twierdzenia zawartego w dokumentach przedstawionych przez Zamawiających, iż [...] w latach 2022-2025 ma świadczyć tylko i wyłącznie usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gmin-Wspólników Spółki, co daje podstawę do stwierdzenia, iż [...] nie będzie uzyskiwać innego przychodu aniżeli pochodzący z działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych przez zamawiających sprawujących nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tych zamawiających, a tym samym przesądza o spełnieniu przesłanki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 13 lit. b) ustawy Pzp.

Nie stwierdzono także podstaw do kwestionowania danego założenia na podstawie analizy przedstawionych przez Zamawiających dokumentów, analogicznie Wnioskodawca nie przedstawił

argumentów, które wskazywałyby na nieprawdziwość tego założenia. W szczególności nie może świadczyć o tym fakt, iż zestawienie zostało sporządzone przez prezesa zarządu spółki, a w jego powstaniu nie brał udziału jakkolwiek „wiarygodny podmiot zewnętrzny z zakresu rachunkowości czy też doradztwa gospodarczego” bowiem ustawa Pzp nie nakłada obowiązku przygotowania wiarygodnych prognoz handlowych przez podmiot zewnętrzny względem kontrolowanej osoby prawnej.

W odniesieniu do argumentu Wnioskodawcy odnoszącego się do faktu uwzględnienia przez określone gminy-zamawiających odwołań wnoszonych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę [...] należy wskazać, iż zarzuty podnoszone przez ww. wykonawcę obejmowały szerszy zakres aniżeli zarzuty podniesione przez Wnioskodawcę w przedmiotowym wniosku o wszczęcie kontroli – w szczególności bowiem jeden z zarzutów opierał się na kwestii braku podmiotowości prawnej wykonawcy [...] z uwagi na brak wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego, który to zarzut nie zachowuje swej aktualności w odniesieniu do przedmiotowej kontroli doraźnej ze względu na uzyskanie wpisu do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego przez [...] przed wszczęciem postępowań o udzielenie zamówienia będących przedmiotem kontroli doraźnej. Wobec niewskazania w treści uzasadnień do przywoływanych przez Wnioskodawcę orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej szczegółowych powodów, z uwagi na które wymienieni zamawiający zdecydowali o uwzględnieniu odwołania, powyższy argument Wnioskodawcy nie może stanowić podstawy do przesądzenia o niespełnieniu przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp wykonawcy [...] w postępowaniach o udzielenie zamówienia będących przedmiotem niniejszej kontroli doraźnej. Mając na uwadze powyższe [...] stosownie do treści art. 609 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp kontrola doraźna ulega zakończeniu po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego wobec niepotwierdzenia uzasadnionego przypuszczenia, że w przedmiotowych postępowaniach o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na ich wynik w zakresie zarzutów wynikających z informacji zawartych we wniosku o wszczęcie kontroli.

Zamówienia w ramach współpracy międzyinstytucjonalnej.

Współpraca międzyinstytucjonalna zwykle nie jest systemowo klasyfikowana jako element instytucji zamówień *in-house*, jednakże istnieją pomiędzy nimi zasadnicze związki o charakterze proceduralnym. Przesłanki zastosowania omawianej instytucji określa art. 214 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, z którego wynika, iż zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli umowa ma być zawarta wyłącznie między co najmniej dwoma zamawiającymi, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- a) umowa ustanawia lub wdraża współpracę między uczestniczącymi zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które są oni obowiązani wykonać, z myślą o realizacji ich wspólnych celów,
- b) wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym,
- c) zamawiający realizujący współpracę wykonują na otwartym rynku mniej niż 10% działalności będącej przedmiotem współpracy.

Tym samym wskazać należy, iż w zakresie podmiotowym, umowa realizująca współpracę międzyinstytucjonalną zawierana jest pomiędzy minimum dwoma zamawiającymi, co *expressis verbis* przesądza o dopuszczalności występowania jako stron umowy większej liczby podmiotów. Analogicznie jak w przypadku zamówień *in-house*, zamawiający ci powinni należeć do grup wymienionych w przepisach art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, czyli zamawiających publicznych, włączając zamawiających publicznych w zakresie, w jakim wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4 ustawy Pzp.

Przesłanka, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 14 lit. a ustawy Pzp determinuje charakter zawieranej umowy, do której odnoszą się następujące cechy:

- musi ustanawiać lub wdrażać współpracę między zamawiającymi,

- współpraca jest realizowana w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które są oni obowiązani wykonać,
- wykonanie usług publicznych następuje z myślą o realizacji wspólnych celów uczestniczących zamawiających.

Przesłanka, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 14 lit. b ustawy Pzp konkretyzuje z kolei istotę współpracy, o której mowa w lit. a wskazując, że wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym.

Jak podkreśla się w doktrynie, analizując charakter omawianej współpracy uznać należy, że *chodzi o współpracę trwałą, która wiąże się z istotnym wkładem i zaangażowaniem z obu stron, co jednakże nie wymusza partycypacji poszczególnych uczestniczących zamawiających w realizacji współpracy dokładnie w takiej samej proporcji. Jednocześnie uznać należy, iż nie będzie stanowił o spełnieniu się przedmiotowych przesłanek współpraca, która nakierowana jest na realizację interesów niepublicznych, w szczególności komercyjnych*⁸³. Oznacza to w szczególności, że współpraca w rozumieniu danego przepisu nie może wykazywać cech doraźności, a wspólne cele powinny istnieć już w momencie zawierania umowy. Urząd Zamówień Publicznych zwraca w szczególności uwagę, że nie jest wystarczające, ażeby cel przyświecał jednemu z zamawiających, a dla drugiego był to cel jedynie niesprzeczny⁸⁴. Nie oznacza to jednakże, że wszyscy zamawiający obowiązani są wykonywać w toku współpracy identyczne działania, muszą one jednakże zmierzać do wypełnienia tych samych celów partnerstwa⁸⁵. Specyfiką instytucji współpracy międzyinstytucjonalnej jest fakt jednoczesnego występowania stron umowy w rolach zamawiającego i wykonawcy, co wyklucza możliwość uznania za współpracę w kontekście art. 214 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp relacji charakteryzującej się możliwością przypisania poszczególnym podmiotom wyłącznie określonego typu uprawnień i obowiązków – w szczególności w ramach jednostronnego powierzenia realizacji określonego zadania. Jednocześnie, dla samej możliwości zawarcia przewidzianej w art. 214 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp umowy o współpracę bez znaczenia pozostają wzajemne powiązania między podmiotami tę współpracę podejmującymi, w szczególności pozostawanie przez nich w stosunku zależności⁸⁶.

Zwrócić należy także uwagę na wyrażane w doktrynie opinie, iż *współpraca powinna być motywowana względami interesu publicznego. Dlatego, jeżeli przyświecają jej inne względy (tj. jest ona zasadniczo determinowana innymi względami), zwłaszcza komercyjne, nie będziemy mieli wówczas do czynienia ze współpracą, którą kierują jedynie względy publiczne. Stąd współpracujący partnerzy zasadniczo nie powinni w ramach współpracy prowadzić działalności na rynku. Innymi słowy porozumienie o współpracy nie powinno obejmować działalności, która jest oferowana na wolnym rynku*⁸⁷. Oznacza to także, iż w przypadku współpracy międzyinstytucjonalnej, element odpłatności musi być rozumiany swoiście, jako wzajemny zwrot kosztów poniesionych przez strony.

Urząd Zamówień Publicznych stoi także na stanowisku, że *porozumienie o współpracy międzyinstytucjonalnej zawarte przez podmioty publiczne nie może przewidywać ani przesądzać o udzieleniu ewentualnych zamówień publicznych, gdyż zadania publiczne przewidziane do wspólnej realizacji na mocy porozumienia winny być realizowane bezpośrednio przez umawiające się instytucje zamawiające. W kontekście regulacji art. 12 ust. 4 dyrektywy klasycznej dalsze powierzenie realizacji zadania publicznego przez współpracujące instytucje zamawiające, albo nawet przez jedną z nich, winno nastąpić w trybie ustawy Pzp, gdyż do takiej sytuacji wyłączenie to nie znajduje zastosowania*⁸⁸.

⁸³ Opinia UZP pt. „Udzielanie zamówień [...]”, str. 14-15.

⁸⁴ Pismo UZP z dnia 20 maja 2021 r., znak: DP.022.509.2021.AŚ.

⁸⁵ H. Nowak, M. Winiarz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie II, Warszawa 2023, str. 685.

⁸⁶ Pismo UZP z dnia 19 lutego 2024 r., znak: DP.O.022.9.2024.AŚ.

⁸⁷ H. Nowak, M. Winiarz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie II, Warszawa 2023, str. 685.

⁸⁸ Opinia UZP pt. „Współpraca [...]”, str. 23.

Ponadto, w treści art. 214 ust. 1 pkt 14 lit. c ustawy Pzp ustawodawca ograniczył dopuszczalność zastosowania przedmiotowej instytucji do sytuacji, w której zamawiający realizujący współpracę wykonują na otwartym rynku mniej niż 10% działalności będącej przedmiotem współpracy, co oznacza, iż wyłączone zostały podmioty, dla których znaczną część ich aktywności gospodarczej stanowi działalność stricte rynkowa. Do obliczania powyższego procentu działalności należy stosować regulacje art. 214 ust. 5-7 ustawy Pzp. Urząd Zamówień Publicznych klaryfikuje przy tym, że *wymagane 10% działalności ustalone będzie poprzez odniesienie średniego przychodu z tytułu komercyjnego świadczenia usług do średniego przychodu uzyskiwanego z tytułu świadczenia tego rodzaju usług ogółem (tj. na wolnym rynku i poza nim). Proporcję należy zatem obliczać mając na względzie sferę działalności obu zamawiających, nie zaś konkretny przedmiot współpracy*⁸⁹.

Przykłady z wyników kontroli prowadzonych przez Prezesa UZP:

Informacja o wyniku kontroli z dnia 21 grudnia 2018 r., znak: KND/12/18/DKZP (dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego na podstawie ustawy Pzp2004).

Z informacji o wyniku kontroli:

Uzasadnienie naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 15 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego poprzez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na realizację zadań przejętych od innej gminy w drodze porozumienia międzygminnego spółce kontrolowanej wyłącznie przez Zamawiającego.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

12) zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,*
- b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,*
- c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.*

Na wstępie należy wskazać, iż wyrokiem z dnia 27 grudnia 2017 r. (sygn. akt KIO 2567/17) Krajowa Izba Odwoławcza przesądziła o niedopuszczalności udzielenia zamówienia na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu gminy innej aniżeli gmina

– zamawiający w trybie z wolnej ręki w ramach tzw. „in-house” spółce komunalnej kontrolowanej przez zamawiającego, w sytuacji w której gmina – zamawiający przejęła zadania innej gminy na podstawie porozumienia międzygminnego. W powyższym wyroku Izba, powołując się na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 czerwca 2013 r., sygn. C-386/11) wskazała, iż porozumienie międzygminne, na którego podstawie przekazanie zadania odbioru odpadów komunalnych pomiędzy jednostkami publicznymi następuje za rekompensatą, a strona powierzająca posiada uprawnienia umożliwiające rozwiązanie porozumienia, w tym w wypadku niewłaściwej realizacji zadania, nie stanowi zamówienia, którego można udzielić w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 lub pkt 15 ustawy Pzp. Izba podkreśliła ponadto, iż dla oceny działania zamawiającego najważniejsze jest uprawnienie do skorzystania celem realizacji zadania przez jednostkę zobowiązaną z podmiotów trzecich, które zdolne są do działania na rynku, tj. spółkę komunalną zamawiającego. Wskazano, iż porozumienie, na podstawie którego gmina – zamawiający powierza w trybie z wolnej ręki swojej spółce komunalnej usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych

⁸⁹ Opinia UZP pt. „Współpraca [...]”, str. 23.

na terenie innej gminy stawia tę spółkę w sytuacji przewagi nad konkurentami, co w zasadzie eliminuje konkurencję na tym rynku. Izba nie zgodziła się także z twierdzeniem, iż powierzenie spółce komunalnej realizacji przedmiotowego zadania następuje nie w drodze porozumienia, a jedynie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, gdyż taka kwalifikacja prawna pomija etap i podstawę powierzenia realizacji zadania zamawiającemu, tj. porozumienie międzygminne. Zdaniem składu orzekającego KIO, przyjęta przez zamawiającego wykładnia prowadziłaby do ominięcia wymogu udzielania zamówień publicznych z zachowaniem zasady konkurencyjności, który to wymóg nie znajduje zastosowania jedynie w sytuacjach określonych w art. 12 dyrektywy PE i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych (Dz. Urz. UE.L Nr 94, str. 65). W przedmiotowym wyroku wskazano także:

Należy przy tym zauważyć, że zarówno art. 12 Dyrektywy, jak i art. 67 ZamPublU przewiduje możliwość udzielania zamówienia in-house przez więcej niż jeden podmiot publiczny. Artykuł 12 ust. 3 Dyrektywy i analogicznie art. 67 ust. 1 pkt 14 ZamPublU stanowią o zamówieniu in-house udzielanym przez więcej niż jednego zamawiającego. Z kolei art. 12 ust. 3 Dyrektywy i art. 67 ust. 1 pkt 15 ZamPublU określają przesłanki tzw. zamówienia in-house wertykalnego, w wyniku którego dwóch lub więcej zamawiających ustanawia lub wdraża współpracę. Znamiennym jest, że wszystkie z powołanych przepisów umożliwiają udzielenie zamówienia in-house pod warunkiem spełnienia przesłanek, które uwzględniają wielość zamawiających, jak np. ta, że podmiot któremu zamówienie jest udzielane, musi być kontrolowany przez Zamawiających wspólnie czy wspólne muszą być cele współpracy Zamawiających. Ustawodawca unijny oraz krajowy uwzględnił zatem możliwość powierzania zamówień in-house przez wielu zamawiających, obwarował to jednak zastrzeżeniami odnoszącymi się do istoty tych zamówień, tj. wykonywania ich przy użyciu własnych zasobów - w tym współpracy z innymi organami publicznymi. Odnosząc to do niniejszej sprawy, należy zważyć, że MPGK stanowi jednoosobową spółkę Gminy [...], jedynie ta gmina posiada nad nią kontrolę i na rzecz tej Gminy spółka - w opinii Zamawiającego - wykonuje wymagany wolumen działalności. MPGK nie jest w żaden sposób powiązana z Gminą [...], nie mogły mieć zatem zastosowania ww. instytucje „wspólnych” zamówień in-house. Zamawiający - Gmina [...], by ominiąć konieczność spełnienia przesłanek określonych dla zamówień in-house udzielanych przez wielu zamawiających, przejął zadanie od Gminy [...] w drodze Porozumienia i postanowił o udzieleniu go trybie z wolnej ręki spółce MPGK - co należy ocenić jako niedopuszczalne w świetle wyżej powołanych przepisów.

[...]

Podsumowując, Zamawiający Gmina [...] nie był uprawniony do udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 12 ZamPublU z powodu niespełnienia przesłanek wskazanych w ww. przepisie interpretowanych zgodnie z wytycznymi zawartymi w cytowanym powyżej wyroku TSUE.

Należy uznać, iż konkluzje powyższego wyroku mogą mieć zastosowanie w niniejszej sprawie ze względu na jej zbliżony charakter do sprawy będącej przedmiotem orzeczenia KIO. W ramach analizy stanu faktycznego ustalono bowiem, iż Zamawiający – Gmina [...] zawarł z Gminą [...] Porozumienie obejmujące usługę odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych, wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, z terenu Gminy [...] oraz utrzymanie punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych dla mieszkańców Gminy [...], które to Porozumienie, zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w cytowanym powyżej orzeczeniu KIO, podlega ocenie przez pryzmat art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli umowa ma być zawarta wyłącznie między co najmniej dwoma zamawiającymi, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- a) umowa ustanawia lub wdraża współpracę między uczestniczącymi zamawiającymi w celu zapewnienia wykonania usług publicznych, które są oni obowiązani wykonać, z myślą o realizacji ich wspólnych celów,
- b) wdrożeniem tej współpracy kierują jedynie względy związane z interesem publicznym,
- c) zamawiający realizujący współpracę wykonują na otwartym rynku mniej niż 10% działalności będącej przedmiotem współpracy.

Treść §5 ust. 3 Porozumienia wskazuje na jego odpłatny charakter, podczas gdy z treści §8 ust. 2 Porozumienia wynika, iż m.in. strona powierzająca posiada uprawnienia do rozwiązania Porozumienia. Ponadto analiza dokumentacji uzyskanej od Zamawiającego, w tym prognozy przychodów dotyczącej wykonawcy wskazuje, iż wykonawca jest podmiotem zdolnym do działania na rynku. Tym samym stwierdzić należy, iż przedmiotowe Porozumienie nie stanowi umowy, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 15 ustawy Pzp.

Ze względu na fakt, iż powyższe Porozumienie stanowiło podstawę powierzenia realizacji zadania Zamawiającemu, zasadne jest uznanie, że implikuje to niedopuszczalność udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Należy podkreślić, że działanie Zamawiającego stanowiło obejście wymogów z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i jako takie było sprzeczne z ustawą Pzp.

Tym samym, Zamawiający, udzielając zamówienia, którego przedmiot obejmuje świadczenie usług związanych z odbiorem oraz zagospodarowaniem odpadów komunalnych wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy [...], naruszył przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 67 ust. 1 pkt 15 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego.

Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

Reasumując, Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 67 ust. 1 pkt 15 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego, uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

W uchwale z dnia 31 stycznia 2019 r., sygn. akt: KIO/KD 1/19, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, iż zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie. Izba w szczególności stwierdziła, iż *chybione okazało się stanowisko Zamawiającego, jakoby Prezes Urzędu opierając swą ocenę prawną na wyroku KIO z dnia 27 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2567/17 i wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 czerwca 2013 r. C-386/11, miał pominąć specyfikę rozwiązań prawa polskiego.*

Zamawiający przedstawił w zastrzeżeniach szeroki wywód na temat charakteru instytucji porozumienia międzygminnego, uregulowanej w art. 74 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1875 ze zm.). Stosownie do ww. przepisu:

1. Gminy mogą zawierać porozumienia międzygminne w sprawie powierzenia jednej z nich określonych przez nie zadań publicznych.
2. Gmina wykonująca zadania publiczne objęte porozumieniem przejmuje prawa i obowiązki pozostałych gmin, związane z powierzonymi jej zadaniami, a gminy te mają obowiązek udziału w kosztach realizacji powierzonego zadania

Zamawiający wywiódł, że – jego zdaniem – przedmiotem rozważań w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 czerwca 2013 r. C-386/11 była umowa cywilnoprawna, a ponadto zawarta na podstawie przepisów obowiązujących w innym systemie prawnym, to jest systemie niemieckim. Argumentował, że umowy tej nie można porównywać z umową publicznoprawną, jaką jest porozumienie międzygminne zawierane na podstawie art. 74 u.s.g. Ponadto o odrębności porozumienia międzygminnego od umowy, będącej przedmiotem analizy Trybunału, miało świadczyć to, że na gruncie prawa polskiego gmina przejmująca miała przejmować prawa i obowiązki gminy oddającej zadanie, związane z tym zadaniem. Zamawiający wskazywał, że tym samym gmina przekazująca miała tracić uprawnienia i obowiązki związane z zadaniem (z wyjątkiem finansowania realizacji). Powyższe miało

odróżniać takie zadania przekazane od zadań „zleczanych” do wykonania w drodze umowy cywilnoprawnej, które nie „przechodzą” na zleceniobiorcę. Ponadto Zamawiający wskazywał na autonomię gmin wykonujących zadania publiczne co do wyboru sposobu i formy prawnej realizacji tych zadań.

Stanowisko Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie. Uszło uwadze Zamawiającego, że umowa analizowana przez TS UE w przywołanym wyroku C-386/11 również posiadała charakter publicznoprawny, a nie – jak błędnie utrzymywał Zamawiający – cywilnoprawny. Jak wynikało jednoznacznie z opisu stanu faktycznego w sprawie rozstrzyganej przez Trybunał, umowa ta została zawarta na podstawie § 23 ust. 1 pierwsza alternatywa i § 23 ust. 2 zdanie pierwsze Gesetz über die kommunale Gemeinschaftsarbeit des Landes Nordrhein-Westfalen (ustawy landu Nadrenii Północnej Westfalii w sprawie współpracy międzygminnej, zwanej dalej „GkG NRW”). Dostrzeżenia wymagało, że przepisy te miały następujące brzmienie:

„1) Gminy i związki gmin mogą zawierać umowy, w myśl których jedna ze stron przejmuje w zakres swoich obowiązków poszczególne zadania spoczywające na pozostałych stronach albo (...).

2) W przypadku przejścia przez jedną ze stron w zakres swoich obowiązków zadań należących do pozostałych przechodzą na nią prawo i obowiązek wykonywania tego zadania. (...).

Na uwagę zasługiwał fakt, że w akapicie 18 wyroku, sąd odsyłający wyraźnie zwracał uwagę Trybunałowi na publicznoprawny charakter umowy. Co więcej, sąd odsyłający wskazywał nawet, że sąd I instancji – analogicznie jak Zamawiający w tej sprawie – uznał ww. umowę za decyzję w ramach krajowej organizacji wewnętrznej, która nie podlega przepisom o zamówieniach publicznych, co wywodzono z autonomii administracyjnej gmin. Sąd odsyłający jako źródło wątpliwości wskazał na okoliczność, że organizacja administracyjna państw członkowskich nie należy do kompetencji Unii Europejskiej (por. akapit 17 i akapit 23 wyroku).

Wobec powyższego należało dojść do wniosku, że stanowisko zamawiającego, jakoby przedmiotem rozważań Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej była umowa cywilnoprawna, a nie porozumienie publicznoprawne, nie polegało na prawdzie. Jak wynikało z ustaleń faktycznych i prawnych poczynionych przez Trybunał w sprawie C-386/11, organowi temu znany był publicznoprawny charakter analizowanej przez niego umowy i dotychczasowa praktyka sądów niemieckich. Pomimo to, traktując kwestionowane porozumienie jako zamówienie publiczne, Trybunał wyraźnie uznał za mniej istotną samą podstawę formalną transferu kompetencji, kładąc nacisk na przedmiot i skutki gospodarcze kwestionowanego porozumienia.

Z przywołanych fragmentów wyroku TS UE wynikało także, że skutkiem umowy zawartej na gruncie analizowanych przepisów prawa niemieckiego było przejście praw i obowiązków związanych z powierzonym zadaniem przez Stadt Düren (Zadania opisane w ust. 1 i 2 Stadt Düren przejmuje do swojej wyłącznej kompetencji. Prawo i obowiązek do wykonania tego zadania zostają przekazane na Stadt Düren (§ 23 ust. 1 pierwsza alternatywa i § 23 ust. 2 zdanie pierwsze GkG NRW). Stadt Düren przejmuje obowiązki Kreis i jest jedynym podmiotem zobowiązanym w tym zakresie. – por. akapit 11 wyroku). Zatem – wbrew stanowisku Zamawiającego – należało dojść do wniosku, że kontrolowane Porozumienie i w tym elemencie niczym nie różniło się od umowy między Kreis Düren i Stadt Düren, uznanej przez TS UE za zamówienie publiczne. Skutkiem umowy, co jednoznacznie wyrażono w jej treści, było przejście analizowanych kompetencji na Stadt Düren. Powyższy skutek wynikał także z § 23 ust. 2 zdanie pierwsze „GkG NRW”. Wobec powyższego należało dojść do wniosku, że przedmiotem umowy analizowanej przez Trybunał nie było „zadanie zlecane do wykonania w drodze umowy cywilnoprawnej, które nie przechodzi na zleceniobiorcę”, jak utrzymywał Zamawiający w zastrzeżeniach.

Za chybiony uznano argument Zamawiającego co do odmiennego charakteru przedmiotu umowy analizowanej przez TS UE w sprawie C-386/11. Zamawiający podniósł w zastrzeżeniach, że przedmiotem

umowy między Kreis Duren i Stadt Duren było przekazanie Stadt Duren praw i obowiązków związanych z zadaniem polegającym na utrzymaniu w czystości budynków należących do Kreis Duren, położonych na terenie Stadt Duren. Zamawiający argumentował, że zadania tego nie można porównywać do usługi polegającej na odbiorze oraz zagospodarowaniu odpadów komunalnych wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy [...], będącej przedmiotem Porozumienia. Wywodził, że przedmiotem Porozumienia jest bowiem przejęcie zadania o charakterze użyteczności publicznej.

Jak wynikało jednoznacznie z wyroku C-386/11, Trybunał za decydujący w tym zakresie uznał fakt, że przedmiotem umowy zawartej między Kreis Duren a Stadt Duren było świadczenie odpłatnej „usługi” w rozumieniu załącznika IIA kategoria 14 do dyrektywy 2004/18. Ponadto Trybunał w wyroku, w opisie stanu faktycznego wskazał, że przedmiotowe zadanie nie wchodzi w zakres wykonywania władzy publicznej w rozumieniu art. 51 akapit pierwszy TFUE i art. 62 TFUE i z tego względu nie wymyka się spod obowiązywania przepisów dotyczących swobody przedsiębiorczości i swobodnego świadczenia usług, jak również przepisów aktów prawa wtórnego realizujących te swobody, takich jak dyrektywa 2004/18. Dostrzeżenia wymagało, że przedmiotem kontrolowanego Porozumienia była usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy [...]. Przedmiot Porozumienia wypełniał zatem dyspozycję pojęcia „usługa” w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 9 obecnie obowiązującej dyrektywy 2014/24/UE. Ponadto, analogicznie jak w sprawie rozpoznawanej przez Trybunał, przedmiotem Porozumienia nie było przekazanie „władzy publicznej” w rozumieniu przywołanych przepisów traktatowych. Przepis art. 51 TFUE (Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej) stanowi, że Postanowienia niniejszego rozdziału (zatytułowanego „Prawo Przedsiębiorczości” – przyp. Izby) nie mają zastosowania do działalności, która w jednym z Państw Członkowskich jest związana, choćby przejściowo, z wykonywaniem władzy publicznej. Zdaniem Izby, działalność w zakresie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości z pewnością nie jest wyłączona spod reżimu przepisów traktatowych, regulujących prawo przedsiębiorczości, gdyż nie polega na wykonywaniu władzy publicznej. Co do znaczenia pojęcia „wykonywanie władzy publicznej” Izba uznała za zasadne przywołanie wskazówek interpretacyjnych wyartykułowanych w wyroku Trybunału z dnia 21 czerwca 1974 r. w sprawie 2/74 (Conseil d’État (Belgia) vs Jean Reyners). W orzeczeniu tym Trybunał po pierwsze wskazał na konieczność ścisłej interpretacji pojęcia „wykonywanie władzy publicznej”, jako wyjątku od zasady swobody przedsiębiorczości. Po drugie zaś, nie uznał za sprawowanie władzy publicznej czynności realizowanych przez adwokata, nawet wykonywanych obowiązkowo przed organem władzy. Na uwagę zasługiwały w szczególności motywy takiego rozstrzygnięcia. Nie można w szczególności uznać za udział w wykonywaniu władzy publicznej najbardziej typowych czynności adwokata, jak doradztwo i pomoc prawna, podobnie jak reprezentowanie i obrona stron przed sądem, nawet jeżeli udział lub pomoc adwokata są obowiązkowe lub adwokaci mają w tej mierze wyłączność z mocy prawa; bowiem czynności te nie mają wpływu na rozstrzygnięcie dokonywane przez sędziego i swobodne wykonywanie władzy sądowniczej.). Z powyższego wyroku wynika, że tylko czynności ściśle i bezpośrednio utożsamiane z atrybutem sprawowania władzy publicznej podlegają wyłączeniu ze wspólnych reguł unijnych dotyczących przedsiębiorczości. Czynnością taką z pewnością nie jest działalność w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości, nie posiadająca takich cech.

W konsekwencji za chybione należało uznać stanowisko Zamawiającego jakoby wykazał przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Gmina [...] „przekazała” gminie [...] zadanie w zakresie usługi związanej z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych, wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, z terenu Gminy [...]. Następnie zaś gmina [...] udzieliła zamówienia na ww. usługi wykonawcy [...], powołując się na instytucję zamówień in house uregulowaną w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zamawiający

w zastrzeżeniach wywiódł, że warunki określone w przepisie muszą być spełnione wyłącznie przez gminę przejmującą zadania do wykonania, a nie przez gminę „przekazującą”.

Jak wskazał Trybunał w wyroku C-386/11, w ramach umowy takiej jak umowa będąca przedmiotem postępowania krajowego nie jest spełniona żadna z tych przesłanek. Z postanowienia odsyłającego wynika bowiem, że w kontekście postępowania krajowego przede wszystkim żadna jednostka nie stanowi własności drugiej. Następnie jednostka powierzająca wykonanie zadania innej, choć zastrzega sobie prawo kontrolowania odpowiedniego wykonania tego zadania, nie sprawuje nad tą drugą jednostką kontroli, która mogłaby zostać określona jako analogiczna do kontroli sprawowanej nad własnymi służbami.

Wreszcie ta druga jednostka nie prowadzi zasadniczej części swojej działalności dla pierwszej jednostki. (por. akapit 35 wyroku). Jak wynikało z przytoczonego fragmentu wyroku, Trybunał jednoznacznie uznał, iż przy badaniu spełnienia przesłanki „sprawowania kontroli” nad wykonawcą należy uwzględnić także podmiot „przekazujący” usługę. Przesłanka ta nie została wykazana w analizowanej sprawie. Oczywistym było bowiem, że Gmina [...] nie stanowiła własności Gminy [...]. Gmina [...] nie sprawowała także nad Gminą [...] kontroli analogicznej do kontroli sprawowanej nad własnymi służbami. W konsekwencji nie można było mówić o sprawowaniu wymaganej kontroli przez Gminę [...] wobec wykonawcy [...], skoro jedynym udziałowcem tego wykonawcy była Gmina [...].

Podsumowując należało stwierdzić, że Zamawiający naruszył przepisy wskazane w Informacji o wyniku kontroli przez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na realizację zadań przejętych od innej gminy w drodze porozumienia międzygminnego spółce kontrolowanej wyłącznie przez Zamawiającego.

Inne regulacje wspólne.

- dla zamówień *in-house*

Art. 214 ust. 9 ustawy Pzp.

Stosownie do treści art. 214 ust. 9 ustawy Pzp, wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 11-13, nie może powierzyć wykonania części zamówienia podwykonawcy, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia.

Przepis ten wprowadza zatem generalny zakaz powierzania podwykonawcy wykonania części zamówienia, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia w odniesieniu do wszystkich rodzajów zamówień *in-house* (wertykalny, odwrócony, siostrzany i wspólny). A *contrario* oznacza to, iż dopuszczalne jest powierzenie podwykonawcy wykonania części zamówienia, która dotyczy innych elementów aniżeli główny przedmiot zamówienia. Powyższa regulacja stanowi tym samym *lex specialis* względem art. 462 ust. 1 ustawy Pzp statuującego ogólną zasadę dopuszczalności powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy, jak również względem art. 121 pkt 1-2 ustawy Pzp, zgodnie z treścią którego zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi lub prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy. Odmienna logika zastosowania podwykonawstwa przy zamówieniach *in-house* polegająca na ograniczeniu z zasady jego dopuszczalności, koresponduje z *ratio legis* instytucji uregulowanej w art. 214 ust. 1 pkt 11-13 ustawy Pzp, która ma charakter wyjątkowy z uwagi na możliwy szczególnie negatywny wpływ na konkurencyjność na rynku zamówień publicznych w przypadku znacznego udziału tego rodzaju zamówień. Ustawodawca w szczególności zmierzał do uniknięcia sytuacji, w której udział podmiotów pozostających w określonym stosunku organizacyjnym z zamawiającym w wykonywaniu zamówienia *in-house* byłby relatywnie niski, podczas gdy zasadnicza jego część wykonywana byłaby przez podmiot pozostający poza tym stosunkiem, co mogłoby skutkować istnieniem zamówień *in-house* udzielanych jedynie dla pozorów. Jak podkreśla się w doktrynie, art. 214 ust. 9 ustawy

Pzp stanowi potwierdzenie reguły, że udzielenie zamówienia wewnętrznego musi być ściśle skorelowane ze zdolnością podmiotu do jego wykonania⁹⁰.

Tym samym w kontekście zastosowania instytucji podwykonawstwa zgodnie z art. 214 ust. 9 ustawy Pzp, podstawową kwestią staje się zdefiniowanie pojęcia „głównego przedmiotu zamówienia”. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, iż sformułowanie to jest tożsame z zastosowanym przez ustawodawcę m.in. w treści art. 25 ust. 1 pkt 1 oraz art. 27 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, wobec czego możliwa jest harmonizacja interpretacji w ramach wykładni systemowej owego pojęcia na gruncie ustawy Pzp, poprzez odwołanie się do wypracowanych w orzecznictwie i doktrynie definicji w tym zakresie. I tak wskazuje się, że *główny przedmiot zamówienia ustala się, co do zasady, w świetle zasadniczych, przeważających zobowiązań, które cechują dane zamówienie, przeciwstawiając je zobowiązaniom drugorzędnym, które mają jedynie dodatkowy lub uzupełniający charakter, ale wymaga ich właściwy przedmiot i cel umowy. Pojęcie „główny przedmiot zamówienia” należy utożsamiać z głównym świadczeniem wykonawcy, natomiast zobowiązania drugorzędne ze świadczeniami ubocznymi. Świadczenia uboczne mają charakter instrumentalny względem świadczenia głównego, ponieważ służą jego realizacji lub go uzupełniają. Przy ustaleniu, co jest głównym przedmiotem zamówienia, należy również brać pod uwagę wartość poszczególnych świadczeń, ale jedynie jako jedno z wielu kryteriów*⁹¹.

Jednocześnie wymaga zauważenia, iż jakkolwiek pojęcie „głównego przedmiotu zamówienia” z art. 214 ust. 9 ustawy Pzp stanowi konstrukcję odmienną od zastosowanego uprzednio przez ustawodawcę w ramach odpowiednika ww. przepisu art. 36a ust. 2a ustawy Pzp2004 sformułowania „kluczowych części usług lub robót”, to zasadne jest uznanie, iż w znacznej części przypadków zakresy znaczeniowe przedmiotowych pojęć mogą się pokrywać, wobec czego również w ramach obecnie obowiązującego stanu prawnego możliwe jest, *mutatis mutandis*, odwoływanie się do dorobku doktryny i orzecznictwa wypracowanego pod rządami poprzednio obowiązującej ustawy. I tak przykładowo w informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 16 czerwca 2023 r. (sygn. akt KND/121/22/DKZP) stwierdzono, iż *jakkolwiek ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „kluczowych części usług lub robót” w treści ustawy Pzp2004, zasadne jest jego rozumienie jako odnoszącego się do głównych elementów określonych usług lub robót determinujących ich charakter w kontekście zamówienia, zasadniczo niezależnie od ich wartości oraz zakresu ilościowego czy czasowego*.

Przykłady z wyników kontroli prowadzonych przez Prezesa UZP:

Informacja o wyniku kontroli z dnia 20 marca 2023 r., znak: KND/122/22/DKZP.

Z informacji o wyniku kontroli:

[...] Analiza stanu faktycznego daje podstawy do uznania, iż w sprawie będącej przedmiotem kontroli doraźnej ziściły się przesłanki zastosowania dyspozycji art. 214 ust. 9 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że zamówienie zostało udzielone wykonawcy [...] na podstawie art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp, z uwzględnieniem treści art. 304 ustawy Pzp.

Ponadto stwierdzić należy, iż jak wynika z ustaleń sprawy, wykonawca [...] nie wykonał całości zamówienia osobiście, lecz powierzył wykonanie części zamówienia podwykonawcom – podmiotom: [...]

Należy zwrócić uwagę, iż względem pojęcia „części zamówienia, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia” użytego przez ustawodawcę w treści art. 214 ust. 9 ustawy Pzp wskazuje się w doktrynie, iż główny przedmiot zamówienia ustala się, co do zasady, w świetle zasadniczych, przeważających zobowiązań, które cechują dane zamówienie, przeciwstawiając je zobowiązaniom drugorzędnym, które mają jedynie dodatkowy lub uzupełniający charakter, ale wymaga ich właściwy przedmiot i główny cel umowy. Oznacza to tym samym, że za dopuszczalne należy co do zasady uznać podzlecenie elementów wewnętrznego zamówienia publicznego, które mają charakter pomocniczy i nie świadczą o istocie tego zamówienia .

⁹⁰ H. Nowak, M. Winiarz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie II, Warszawa 2023, str. 691.

⁹¹ Tamże, str. 199.

W kontekście przedmiotowej sprawy należy zauważyć, iż jakkolwiek Zamawiający w piśmie do Urzędu z dnia 5 września 2022 r. sprecyzował zakres przedmiotowy umów o podwykonawstwo jako wykonanie usługi w zakresie wynajmu sprzętu specjalistycznego nie będącego w posiadaniu [...] lub będącego w ilości niewystarczającej do realizacji zadania opisanego szczegółowo w § 1 „Przedmiot umowy” – ust. 2 w/w umowy, o tyle analiza znajdującego się w dokumentacji postępowania wzoru umowy o podwykonawstwo przekazanego przez wykonawcę [...] Zamawiającemu, jak również treści zawartych w dniu 5 stycznia 2022 r. umów pomiędzy wykonawcą [...] a podwykonawcami, daje podstawę do uznania, iż zakres ten nie obejmuje wyłącznie udostępnienia przez podwykonawcę sprzętu wykonawcy [...], lecz wykonywanie przez osoby pozostające w dyspozycji podwykonawcy na sprzęcie należącym do podwykonawcy zadań wchodzących w główny zakres obowiązków wykonawcy [...] wynikających z umowy w sprawie zamówienia publicznego. Poświadczą to w szczególności treść §2 ust. 2, 11, 12 jak również §4 wzoru umowy o podwykonawstwo oraz umów z dnia 5 stycznia 2022 r., w kontekście §1 ust. 2 umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie budzi wątpliwości, iż zakres przewidzianego podwykonawstwa mieści się w zakresie zasadniczych, pierwszorzędnych zobowiązań wykonawcy [...] do odśnieżania dróg, chodników, ciągów pieszych i placów, przystanków (§1 ust. 2 lit. b umowy w sprawie zamówienia publicznego) jak również zwalczania środkami chemicznymi i niechemicznymi gołodzi, szronu, sadzi, śliskości pośniegowej i lodowicy powstałej na nawierzchniach dróg, chodników ciągów pieszych i placów, przystanków (§1 ust. 2 lit. c umowy w sprawie zamówienia publicznego). W kontekście charakteru zleconego zadania nie jest wątpliwe, że obiektywne niezrealizowanie świadczeń stanowiących przedmiot umów o podwykonawstwo byłoby traktowane przez Zamawiającego jako naruszenie głównego zobowiązania umownego po stronie wykonawcy [...], świadczącego o istocie zamówienia, przy czym wykonawca [...] nie był w stanie wykonać tego zobowiązania własnymi siłami. Interpretację taką potwierdza wskazanie przez Zamawiającego w treści pisma z dnia 5 września 2022 r., iż zakres zadań powierzanych podwykonawcom dotyczy wynajmu sprzętu specjalistycznego nie będącego w posiadaniu [...] lub będącego w ilości niewystarczającej do realizacji zadania opisanego szczegółowo w § 1 „Przedmiot umowy” – ust. 2 w/w umowy.

Podkreślić przy tym należy, że sam zakres ilościowy lub wartościowy prac czy długość okresu ich wykonywania nie może bezpośrednio przesądzać o odstąpieniu od traktowania określonych usług jako stanowiących część zamówienia, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia, ten bowiem determinowany jest w pierwszym rzędzie w aspekcie jakościowym, a nie ilościowym czy wartościowym, które to czynniki mogą mieć dla oceny charakteru świadczenia znaczenie co najwyżej subsydiarne. Niemniej jednak podkreślić należy, iż jak wynika z uzyskanych od wykonawcy [...] informacji, umowy o podwykonawstwo zostały zawarte w dniu 5 stycznia 2022 r. z datą obowiązywania do dnia 31 grudnia 2022 r., co biorąc pod uwagę fakt, że umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta na okres od dnia 1 stycznia 2022 r. do dnia 31 grudnia 2022 r. oznacza, że umowy o podwykonawstwo obejmują praktycznie cały okres wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, z wyłączeniem okresu 1-4 stycznia 2022 r. stanowiącego relatywnie niewielką część rocznego okresu wykonywania umowy. Analogicznie uwzględniając przekazaną przez wykonawcę [...] informację, że łączny procent wynagrodzenia [...] wypłacony podwykonawcom wynosi 26,64%, powyższą wartość należy uznać za znaczną w kontekście zakresu zadań powierzanych podwykonawcom, wskazującą na ich istotny udział w realizacji przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Dokonana ocena pozwala tym samym na uznanie, że części zamówienia powierzone przez wykonawcę GZK podwykonawcom dotyczyły głównego przedmiotu zamówienia.

Tym samym zasadne jest uznanie, iż poprzez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki pomimo niedopuszczalności zastosowania tego trybu, Zamawiający naruszył art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 11 oraz w związku z art. 214 ust. 9 ustawy Pzp.

W uchwale z dnia 21 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO/KD 8/23, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, iż zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie. Izba wskazała w szczególności, iż *zakres świadczeń zleconych podwykonawcom stanowił główny przedmiot zamówienia. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, przedmiotem umów podwykonawczych nie był jedynie najem sprzętu potrzebnego do realizacji zamówienia, ale też wykonywanie tym sprzętem usług stanowiących istotę zamówienia i należących do głównych obowiązków wykonawcy (zimowe utrzymanie dróg). Świadczą o tym postanowienia umów podwykonawczych, które jednoznacznie przeczą tezie o ograniczeniu podwykonawstwa do najmu sprzętu. Z umów tych wynika, że do obowiązków podwykonawcy należy nie tylko zapewnienie sprzętu, ale również personelu, który będzie wykonywał odśnieżanie dróg, chodników i parkingów, po uprzednim załadunku materiałów do posypywania, co – w świetle umowy z 31 grudnia 2021 r. – należy do głównych obowiązków wykonawcy [...], obejmujących odśnieżania dróg, chodników, ciągów pieszych i placów, przystanków (§1 ust. 2 lit. b umowy) czy zwalczanie środkami chemicznymi i niechemicznymi gołoledzi, szronu, sadzi, śliskości pośniegowej i lodowicy powstałej na nawierzchniach dróg, chodników ciągów pieszych i placów, przystanków (§1 ust. 2 lit. c umowy). W ocenie Izby nie sposób uznać, że odśnieżanie oraz zwalczanie śliskości nie stanowi istoty zamówienia na zimowe utrzymanie dróg. Jak słusznie zauważył Prezes Urzędu, potwierdzeniem tego jest okoliczność, że niezrealizowanie tych świadczeń objętych umowami podwykonawczymi musiałoby być niewątpliwie uznane za naruszenie głównych zobowiązań umownych przez wykonawcę [...]. W tej sytuacji kwestią drugorzędną jest zakres ilościowy i wartościowy prac zleconych podwykonawcom, za rozstrzygające w tym względzie należy bowiem uznać ich merytoryczne i praktyczne znaczenie. Niezależnie jednak od powyższego, trudno uznać aby udział wartościowy prac zleconych podwykonawcom w wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego, wynoszący ponad 26%, był udziałem nieistotnym. [...]*

- **dla zamówień *in-house* i współpracy międzyinstytucjonalnej**

Art. 214 ust. 4 ustawy Pzp.

Stosownie do treści art. 214 ust. 4 ustawy Pzp, istnienie okoliczności, o których mowa w ust. 1 pkt 11-14, jest wymagane przez cały okres, na jaki została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o spełnianiu okoliczności, o których mowa w ust. 1 pkt 11-14, w terminie 30 dni po upływie każdego 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2.

Tym samym ustawodawca wprowadził obowiązek utrzymywania istnienia przesłanek udzielenia zamówienia *in-house* oraz w ramach współpracy międzyinstytucjonalnej przez całość okresu trwania umowy, mając na celu w szczególności zapobieżenie sytuacji tworzenia wykonawców spełniających warunki otrzymania takiego zamówienia wyłącznie na moment jego udzielenia. Ustawa Pzp nie przewiduje sankcji wzruszalności umowy w przepisie skorelowanym bezpośrednio z art. 214 ust. 4 ustawy Pzp, niemniej jednak do części sytuacji objętych hipotezą tego przepisu zastosowanie będzie miał omawiany uprzednio art. 461 ustawy Pzp przewidujący wygaśnięcie umowy zawartej w trybie art. 214 ust. 1 pkt 11-13 ustawy Pzp z upływem 3 miesięcy od dnia, w którym w kontrolowanej osobie prawnej, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11 lit. c, pkt 12 lit. c lub pkt 13 lit. c, udział uzyskał kapitał prywatny, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 214 ust. 8. Jednocześnie art. 214 ust. 4 ustawy Pzp przewiduje obowiązek periodycznego zamieszczania w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o spełnianiu okoliczności wskazanych we właściwych przepisach.

Art. 216 ustawy Pzp.

Istotne wymogi formalne wprowadza art. 216 ustawy Pzp, którego ust. 1 stanowi, że zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, przed udzieleniem zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2.

Należy zwrócić uwagę, iż organem publikacyjnym dla omawianego ogłoszenia jest Biuletyn Zamówień Publicznych niezależnie od wartości zamówienia (argument z art. 304 ustawy Pzp), tym samym ustawodawca odszedł od obecnego pod rządami ustawy Pzp2004 (art. 67 ust. 11 ustawy Pzp2004) rozwiązania polegającego na zamieszczaniu analogicznej informacji o zamiarze zawarcia umowy na stronie podmiotowej BIP albo stronie internetowej zamawiającego.

Art. 216 ust. 2 ustawy Pzp wprowadza swoistą klauzulę standstill, zgodnie z którą zamieszczenie ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy stanowi początek 14-dniowego terminu, po upływie którego zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia udzielonego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14 ustawy Pzp. Korelatem powyższego przepisu jest art. 457 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z treścią którego umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2 ustawy Pzp.

Stosownie do treści art. 216 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o wyniku postępowania, niezwłocznie, ale nie później niż w terminie 14 dni od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2. Analogicznie jak dla ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, o którym mowa w art. 216 ust. 1 ustawy Pzp, również dla ogłoszenia o wyniku postępowania właściwym publikatorem jest Biuletyn Zamówień Publicznych.

Przykłady z wyników kontroli prowadzonych przez Prezesa UZP:

Informacja o wyniku kontroli z dnia 17 kwietnia 2024 r., znak: KNZ/4/19/DKZP (dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego na podstawie ustawy Pzp2004).

Uzasadnienie naruszenia art. 67 ust. 12 ustawy Pzp poprzez zawarcie umowy w sprawie zamówienia udzielanego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wcześniej niż po upływie 14 dni od dnia zamieszczenia informacji, o której mowa w art. 67 ust. 11 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 67 ust. 12 ustawy Pzp, Zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia udzielonego na podstawie ust. 1 pkt 12-15 nie wcześniej niż po upływie 14 dni od dnia zamieszczenia informacji, o której mowa w ust. 11.

Należy uznać, iż na podstawie art. 14 ust. 1 ustawy Pzp do wyznaczania terminu, o którym mowa w art. 67 ust. 12 ustawy Pzp zastosowanie znajdują zasady ogólne dotyczące obliczania terminów określone w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (dalej: „KC”). Zgodnie z art. 111 §1 i §2 KC termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia terminu, przy czym jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu tego terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło. Zatem umowa o zamówienie publiczne może zostać skutecznie zawarta najwcześniej w piętnastym dniu od dnia zamieszczenia przez zamawiającego informacji o zamiarze zawarcia umowy, ponieważ termin z art. 67 ust. 12 ustawy Pzp ulega zakończeniu dopiero z upływem czternastego dnia.

Przy wyznaczaniu przedmiotowego terminu nie uwzględnia się również dnia, w którym zamawiający zamieścił informację o zamiarze zawarcia umowy. Zatem bieg czternastodniowego terminu rozpoczyna się w dniu następującym po opublikowaniu ww. informacji.

Podsumowując, umowa o zamówienie publiczne zgodnie z art. 67 ust. 12 ustawy Pzp może zostać zawarta najwcześniej po upływie 14 dni, tj. w piętnastym dniu, od publikacji informacji o zamiarze zawarcia umowy. Ze względu na fakt, iż Zamawiający zamieścił informację o zamiarze zawarcia umowy 11 stycznia 2017 r., czternastodniowy termin upłynął z dniem 25 stycznia 2017 r., zatem umowa o zamówienie publiczne najwcześniej mogła zostać zawarta dnia 26 stycznia 2017 r.

Tym samym, Zamawiający poprzez zawarcie umowy w sprawie zamówienia udzielanego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wcześniej niż po upływie 14 dni od dnia zamieszczenia informacji, o której mowa w art. 67 ust. 11 ustawy Pzp, naruszył przepis art. 67 ust. 12 ustawy Pzp.

Ponadto należy wskazać, iż zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 67 ust. 12. Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.

Art. 444 ustawy Pzp.

Specyficzną regulację odnoszącą się do kontroli zamówień udzielanych na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14 ustawy Pzp przewiduje art. 444 ust. 1 ustawy Pzp, przyznając organowi sprawującemu nadzór finansowy nad zamawiającym publicznym kompetencję do zakazania zawarcia umowy na czas wyjaśnienia sprawy (nie dłużej niż 21 dni) w razie powzięcia wątpliwości co do prawidłowości zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki na ww. podstawach prawnych.

Zgodnie z dyspozycją art. 444 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, jeżeli organ sprawujący nadzór stwierdzi, że nie zachodzą podstawy do udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14 ustawy Pzp, zakazuje zawarcia umowy, a jeżeli umowa została zawarta, zwraca się do zamawiającego o wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od umowy, w wyznaczonym przez ten organ terminie. W przypadku bezskutecznego upływu terminu, o którym mowa w ust. 2, organ sprawujący nadzór występuje do sądu o unieważnienie umowy w całości lub w części.

W przepisie art. 444 ust. 4 ustawy Pzp doprecyzowano, iż przepisy ust. 1-3 nie wyłączają uprawnień i obowiązków organów sprawujących nadzór finansowy nad zamawiającym publicznym wynikających z odrębnych przepisów.

2.2. Postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości nieprzekraczającej progów unijnych.

Stosownie do art. 304 ustawy Pzp, do udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki stosuje się przepisy działu II rozdziału 3 oddziału 8, ze zmianami wynikającymi z niniejszego oddziału, tj. działu III rozdziału 4 oddziału 4. Katalog przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki dla zamówień klasycznych o wartości nieprzekraczającej progów unijnych został ujęty w art. 305 ustawy Pzp. Przesłanki zastosowania omawianego trybu zawarte w art. 305 pkt 1 ustawy Pzp, tj. art. 214 ust. 1 pkt 1-5 i 7-14 ustawy Pzp, zostały omówione szczegółowo w poprzednim rozdziale. Dla przypomnienia:

Obecnie obowiązujące progi unijne dla zamówień klasycznych⁹²:

- w przypadku zamówień klasycznych, o których mowa w art. 7 pkt 33 ustawy Pzp, na roboty budowlane udzielanych przez zamawiających publicznych – 5 538 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 25 680 260 zł,
- w przypadku udzielania zamówień klasycznych na dostawy i usługi przez zamawiających publicznych, o których mowa w art. 4 pkt 1 ustawy Pzp, będących jednostkami sektora finansów publicznych, z wyłączeniem uczelni publicznych, państwowych instytucji kultury, jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków, jednostek sektora finansów publicznych, dla których organem założycielskim lub nadzorującym jest jednostka samorządu terytorialnego, a także przez zamawiających publicznych, o których mowa w art. 4 pkt 2 ustawy Pzp, będących państwowymi

⁹² Zgodnie z obecnie obowiązującym obwieszczeniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 grudnia 2023 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (M.P. z 2023 r. poz. 1344).

jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej – 143 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 663 105 zł,

- w przypadku udzielania zamówień klasycznych na dostawy i usługi przez zamawiających publicznych innych niż określani w pkt 2 – 221 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 1 024 799 zł.

2.2.1. Bezskuteczne uprzednie przeprowadzenie postępowania w trybie podstawowym.

Zgodnie z art. 305 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie podstawowym:

1. nie złożono żadnej oferty albo
2. wszystkie oferty zostały odrzucone z powodu niezgodności ich treści z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) lub wykonawca, który złożył odrzuconą ofertę (art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp):
 - a) podlegał wykluczeniu z postępowania (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp),
 - b) nie spełniał warunków udziału w postępowaniu (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp) albo
 - c) nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp),
3. pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

Zauważyć należy, iż zastosowanie przesłanki zamówienia z wolnej ręki, na podstawie przywołanego przepisu, zależy od przyczyny nieskuteczności postępowania prowadzonego w trybie podstawowym. W świetle brzmienia tej przesłanki w porównaniu z zamówieniami o wartości równej lub przekraczającej progi unijne (art. 214 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp) uprawnienia zamawiającego są szersze. Powyższy przepis obejmuje bowiem wszystkie przypadki, gdy oferta jest odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a zatem za każdym razem, gdy treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Mając na uwadze definicję warunków zamówienia z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp⁹³ należy podkreślić, że niezgodność oferty może dotyczyć (oprócz wymagań wynikających bezpośrednio z opisu przedmiotu zamówienia) również wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odrzucenie wszystkich ofert powodujące wypełnienie przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki może dotyczyć odpowiednio:

- 1) ofert składanych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu (wszystkie warianty trybu podstawowego),
- 2) ofert ostatecznych złożonych po negocjacjach z zamawiającym i ukształtowaniu SWZ (wariant trzeci trybu podstawowego – art. 275 pkt 3 ustawy Pzp).

Nadmienić należy, że oferta dodatkowa składana w wariantcie drugim trybu podstawowego (art. 275 pkt 2 ustawy Pzp) nie jest samodzielną ofertą, a jedynie ulepszeniem oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, zatem odrzucenie oferty, dające podstawę do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, musiałoby w tym wariantcie nastąpić wobec oferty złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie.

Zauważyć należy, iż uwagi poczynione w pozostałym zakresie dotyczące interpretacji przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, (m.in. dotyczących warunków zamówienia i ich istotności) należy odnieść również do przesłanki określonej w art. 305 pkt 2 ustawy Pzp, a tym samym, nie wymagają dodatkowego komentarza.

⁹³ Szerzej o definicji warunków zamówienia w pkt 2.1.5.

2.2.2. Zamówienie udzielane przez placówkę zagraniczną.

Stosownie do art. 305 pkt 3 ustawy Pzp, z trybu zamówienia z wolnej ręki dla udzielenia zamówień o wartości nieprzekraczającej progów unijnych mogą skorzystać placówki zagraniczne, bez względu na jego przedmiot. Zgodnie z art. 7 pkt 7 ustawy z dnia 21 stycznia 2021 r. o służbie zagranicznej (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 85) poprzez placówkę zagraniczną Rzeczypospolitej Polskiej należy rozumieć przedstawicielstwo dyplomatyczne, stałe przedstawicielstwo przy organizacji międzynarodowej, konsul generalny, konsul, wicekonsulat, agencję konsularną, instytut polski lub inną placówkę podległą ministrowi właściwemu do spraw zagranicznych mającą siedzibę poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej.

2.2.3. Zamówienie udzielane na potrzeby własne jednostki wojskowej.

Z możliwości udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, w przypadku zamówień o wartości nieprzekraczających progów unijnych określonych w art. 3 ustawy Pzp, mogą skorzystać jednostki wojskowe w rozumieniu ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 755), lecz jedynie w przypadku, gdy zamówienie jest udzielane na potrzeby własne. Stosownie do art. 1 ww. ustawy, ustawa ta dotyczy użycia lub pobytu poza granicami państwa związków operacyjnych i taktycznych oraz oddziałów i pododdziałów, zwanych dalej „jednostkami wojskowymi”. Zatem, przesłanka zawarta w art. 305 pkt 4 ustawy Pzp nie znajdzie zastosowania do innych jednostek wojskowych, nieobjętych przepisem art. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa.

2.2.4. Zamawiający mający siedzibę poza granicami państwa.

Zgodnie z art. 305 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie jest udzielane przez zamawiających mających siedzibę poza granicami państwa i jest wykonywane poza jego granicami. Należy podkreślić, iż zastosowanie omawianego trybu może nastąpić jedynie w zakresie zamówień o wartości nieprzekraczających progów unijnych, bez względu na jego przedmiot, lecz jedynie w przypadku łącznego spełnienia dwóch ww. przesłanek.

3. Zamówienia sektorowe.

Ustawa Prawo zamówień publicznych rozróżnia 4 rodzaje zamówień, tj. zamówienia klasyczne, zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi, zamówienia sektorowe i zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Stosownie do art. 7 pkt 35 ustawy Pzp, poprzez zamówienie sektorowe należy rozumieć zamówienie udzielane przez zamawiającego sektorowego w celu prowadzenia jednego z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy Pzp, do kategorii zamawiających sektorowych należą:

- 1) zamawiający publiczni w zakresie, w jakim wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4 ustawy Pzp,
- 2) inne, niż określone w pkt 1, podmioty, które wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4 ustawy Pzp, oraz na których zamawiający publiczni, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają dominujący wpływ, w szczególności:
 - a) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji lub
 - b) posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub
 - c) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego,
- 3) inne, niż określone w pkt 1 i 2, podmioty, które wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej, o której mowa w art. 5 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych.

Rodzaje działalności sektorowej szczegółowo wymienione w art. 5 ust. 4 ustawy Pzp dotyczą działalności wykonywanych przez zamawiających sektorowych w zakresie: gospodarki wodnej, energii elektrycznej,

gazu i energii cieplnej, usług transportowych, portów, przystani i portów lotniczych, usług pocztowych oraz wydobycia paliw.

Obecnie obowiązujące progi unijne dla zamówień sektorowych⁹⁴:

- w przypadku udzielania zamówień sektorowych, o których mowa w art. 7 pkt 35 ustawy Pzp na dostawy i usługi lub organizowania konkursów przez zamawiających sektorowych - wynosi 443 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 2 054 235 zł,
- w przypadku zamówień sektorowych na roboty budowlane udzielanych przez zamawiających sektorowych - wynosi 5 538 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 25 680 260 zł.

Zgodnie z art. 362 ustawy Pzp, do udzielania zamówień sektorowych stosuje się przepisy:

- 1) działu II, z wyjątkiem art. 83, art. 89, art. 91 ust. 2, art. 115 ust. 2 oraz z wyjątkiem przepisów rozdziału 3, chyba że przepisy działu V stanowią inaczej;
- 2) działu IV, z wyjątkiem przepisów rozdziału 1, art. 319 ust. 1 oraz art. 325 ust. 2 ustawy Pzp.

Szczególne wyłączenia stosowania przepisów ustawy w zakresie działalności sektorowej zostały ujęte w art. 364-366 ustawy Pzp.⁹⁵

Do podstawowych trybów udzielania zamówień sektorowych należą: przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, sektorowe negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny oraz partnerstwo innowacyjne. Stosownie do art. 376 ust. 2 ustawy Pzp, tryb negocjacji bez ogłoszenia oraz zamówienia z wolnej ręki jest dopuszczalny jedynie w przypadkach wskazanych w ustawie Pzp. Przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki do udzielenia zamówień sektorowych zostały ujęte w art. 388 ustawy Pzp, poprzez dopuszczenie ww. trybu:

- 1) w przypadkach określonych w art. 214 ust. 1 pkt 1-5 i 9-14 ustawy Pzp;
Przesłanki zastosowania omawianego trybu wymienione w art. 214 ust. 1 ustawy Pzp zostały omówione szczegółowo w rozdziale 2.1.
- 2) jeżeli:
 - a) w związku z trwającymi przez bardzo krótki okres szczególnie korzystnymi okolicznościami możliwe jest udzielenie zamówienia po cenie znacząco niższej od cen rynkowych;
Przesłanka właściwa tylko dla zamówień sektorowych, nieznajdująca swojego odpowiednika w przesłankach zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki dla zamówień klasycznych, chociaż jest zbliżona w brzmieniu do art. 214 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp. Jednakże, dla zamówień sektorowych nie zawarto ograniczenia przedmiotowego, dotyczy wszystkich rodzajów zamówienia i nie wymaga nabycia w związku z likwidacją działalności innego podmiotu, prowadzonym postępowaniem egzekucyjnym lub upadłościowym. Art. 388 ust. 2 lit. a ustawy Pzp umożliwia zamawiającym sektorowym wykorzystanie szczególnie korzystnych uwarunkowań rynkowych, przy jednoczesnym zastrzeżeniu, iż muszą być one dostępne w ograniczonym, bardzo krótkim okresie.
 - b) w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy zamówienia podstawowego, zamówienia na dodatkowe dostawy, których celem jest częściowa wymiana dostarczonych produktów lub instalacji albo zwiększenie bieżących dostaw lub rozbudowa istniejących instalacji, jeżeli zmiana wykonawcy zobowiązywałaby zamawiającego do nabywania materiałów o innych właściwościach

⁹⁴ Zgodnie z obecnie obowiązującym obwieszczeniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 grudnia 2023 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (M.P. z 2023 r. poz. 1344).

⁹⁵ Kom. W art. 394 ustawy Pzp przewidziano procedurę uzyskania decyzji Komisji Europejskiej, która zwalnia ze stosowania przepisów ustawy Pzp zamawiających, wykonujących działalność sektorową, o której mowa w art. 5 ust. 4 ustawy Pzp, działających na rynku konkurencyjnym, do którego dostęp nie jest ograniczony.

technicznych, co powodowałyby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu tych produktów lub instalacji;
Omawiana przesłanka jest tożsama z zawartą w art. 214 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, która została szczegółowo omówiona w rozdziale 2.1.8.

- c) zamówienie jest udzielane dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych i polega na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych, jeżeli takie zamówienie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z jego przedmiotem oraz całkowita wartość tego zamówienia została uwzględniona przy szacowaniu jego wartości, a w opisie zamówienia podstawowego wskazano zakres tych usług lub robót budowlanych oraz warunki, na jakich zostaną one udzielone;

Podobnie, jak w przypadku przesłanki zawartej w art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp dotyczącej zamówień klasycznych, istota tego zamówienia sprowadza się do powtórzenia podobnych usług lub robót budowlanych przez dotychczasowego wykonawcę, jednakże w przypadku zamówień sektorowych zrezygnowano z ograniczenia zastosowania do 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego. Możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki jest uzależniona od wskazania na etapie ogłoszenia o zamówieniu podstawowym informacji o możliwości udzielenia zamówienia dodatkowego, uwzględnienia jego wartości przy szacowaniu wartości zamówienia podstawowego oraz zawarcia w opisie zamówienia podstawowego zakresu tych usług lub robót budowlanych oraz warunków, na jakich zostaną one udzielone.

- d) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, sektorowych negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego albo partnerstwa innowacyjnego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2, albo nie zostały złożone żadne oferty, albo wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lub, ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;

Powyższa przesłanka stanowi odpowiednio zmodyfikowaną regulację zawartą w art. 214 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp dla zamówień klasycznych, gdyż dopuszcza zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w następstwie nie tylko uprzedniego unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego oraz przetargu ograniczonego, ale również: sektorowych negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz partnerstwa innowacyjnego, a więc wszystkich podstawowych trybów udzielenia zamówień sektorowych (art. 376 ust. 1 ustawy Pzp).

Wszczęcie postępowania następuje w powyższym przypadku, zgodnie z art. 377 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 pkt 18 ustawy Pzp, z chwilą przekazania zaproszenia do negocjacji wybranemu przez zamawiającego wykonawcy. Zatem, wszczęcie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na udzielenie zamówienia sektorowego następuje na tych samych zasadach, jak w przypadku zamówień klasycznych.⁹⁶ Natomiast, w art. 387 ustawy Pzp zawarto odesłanie do analogicznego stosowania przepisów art. 213 i art. 215-217 ustawy Pzp do udzielania zamówień sektorowych w trybie zamówienia z wolnej ręki.

W zakresie zamówień sektorowych stanowiących jednocześnie usługi społeczne i inne szczególne usługi wymienione w załączniku XVII do dyrektywy 2014/25/UE, przepisy ustawy właściwe dla zamówień sektorowych stosuje się, jeżeli wartość tych zamówień jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 1 000 000 euro (4 637 100 zł). Zgodnie z art. 392 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, udzielając ww. zamówień w trybie zamówienia z wolnej ręki zamawiający może nie stosować przepisów ustawy dotyczących: obowiązku składania oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, na formularzu jednolitego dokumentu oraz obowiązku żądania dokumentów jako podmiotowego środka dowodowego.⁹⁷

⁹⁶ Zob. art. 130 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 pkt 18 ustawy Pzp.

⁹⁷ Por. Uwagi dotyczące art. 360 pkt 2 i 4 ustawy Pzp w rozdziale 2.4.

Natomiast, brak obowiązku powołania komisji przetargowej w zakresie zamówień sektorowych został ujęty w art. 393 ust. 5 ustawy Pzp. Odstępując od powołania komisji przetargowej, kierownik zamawiającego jest zobowiązany określić sposób prowadzenia postępowania zapewniający sprawność udzielania zamówień, indywidualizację odpowiedzialności za wykonywane czynności oraz przejrzystość prac.

Stosownie do art. 393 ust. 1 pkt 1-3 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego:

- 1) Zamawiający, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3, mogą nie stosować podstaw wykluczenia wykonawcy, o których mowa w art. 108 ustawy Pzp;
W pierwszej kolejności należy wskazać, iż w myśl art. 215 ust. 1 w zw. z art. 387 ustawy Pzp, zamawiający może odstąpić od stosowania art. 108 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zakresie zamówień udzielanych na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b, pkt 2, 4, 9 i 10 ustawy Pzp, lub art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w celu ograniczenia skutków zdarzenia losowego wywołanego przez czynniki zewnętrzne, którego nie można było przewidzieć, w szczególności zagrażającego życiu lub zdrowiu ludzi lub grożącego powstaniem szkody o znacznych rozmiarach lub art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, których przedmiotem są: dostawy wody za pomocą sieci wodociągowej lub odprowadzanie ścieków do sieci kanalizacyjnej, dostawy gazu z sieci gazowej, dostawy ciepła z sieci ciepłowniczej oraz usługi przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej, ciepła lub paliw gazowych. Zatem, powyższe uprawnienie dotyczy wszystkich zamawiających sektorowych, jednakże z uwzględnieniem ograniczeń wynikających z zastosowanej przesłanki. Natomiast, w oparciu o art. 393 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp mogą nie stosować podstaw wykluczenia wykonawcy wskazanych w art. 108 ustawy Pzp w zakresie szerszym niż ten wynikający z art. 215 ust. 1 ustawy Pzp, bez względu na podstawę prawną zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. W obu przypadkach, uprawnienie odstąpienia od stosowania art. 108 ustawy Pzp nie wyłącza obowiązku badania wystąpienia podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu uregulowanych w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (t.j. z 2024 r. poz. 507) oraz art. 5k rozporządzenia Rady (UE) Nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE. L Nr 229, str. 1).
- 2) Zamawiający może zastosować podstawy wykluczenia oraz warunki udziału w postępowaniu, inne niż określone w art. 108, art. 109 i art. 112, o ile mają one obiektywny charakter i zostały określone w dokumentach zamówienia;
Powyższe uprawnienie dotyczy wszystkich zamawiających sektorowych, również zamawiających publicznych. Jednakże, z uwagi na treść art. 393 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp należy przyjąć, iż zamawiający, do których nie znajduje zastosowania art. 393 ust. 1 pkt 1 lub art. 215 ust. 1 w zw. z art. 387 ustawy Pzp mogą zastosować dodatkowe podstawy wykluczenia obok obligatoryjnych przesłanek zawartych w art. 108 ustawy Pzp. Natomiast, zamawiający, którzy nie są zobowiązani do stosowania podstaw wykluczenia określonych w art. 108 ustawy Pzp, mogą zastosować dowolne przesłanki wykluczenia, o ile mają one charakter obiektywny i zostały określone w dokumentach zamówienia. W przypadku warunków udziału w postępowaniu należy pamiętać, iż zgodnie z art. 112 ustawy Pzp, zawsze mają charakter fakultatywny, więc każdy zamawiający sektorowy będzie mógł zastosować je w zależności od własnych potrzeb, pamiętając o zachowaniu obiektywnego charakteru warunków, a także obowiązku określenia ich w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia (art. 112 ust. 1 ustawy Pzp).
- 3) Zamawiający może żądać przedstawienia także innych podmiotowych środków dowodowych niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 128 ust. 6 ustawy Pzp, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców warunków oraz braku podstaw wykluczenia;
Katalog podmiotowych środków dowodowych zawarto w treści rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415 ze zm.),

wydanego w oparciu o delegację ustawową zawartą w art. 128 ust. 6 ustawy Pzp. Co do zasady, zamawiający nie mogą wymagać od wykonawców innych dokumentów i oświadczeń niż te ujęte w rozporządzeniu. Wyjątek przewidziano w przypadku zamówień sektorowych. Na podstawie art. 393 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp umożliwiono zamawiającym sektorowym żądanie od wykonawców także innych oświadczeń i dokumentów, jeśli są one niezbędne do oceny spełniania określonych przez zamawiającego podstaw wykluczenia oraz warunków udziału. Powyższe rozwiązanie znajdzie zastosowanie w szczególności, gdy zamawiający skorzysta na podstawie art. 393 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z możliwości sformułowania pozaustawowych podstaw wykluczenia oraz warunków udziału w postępowaniu, innych niż określone w art. 108, art. 109 i art. 112 ustawy Pzp. Należy pamiętać, iż zamawiający zobowiązani są do wskazania wszystkich żądanych podmiotowych środków dowodowych w dokumentach postępowania.

- 4) Zamawiający może, w przypadku zamówienia na dostawy, odrzucić ofertę, w której udział produktów, w tym oprogramowania wykorzystywanego w wyposażeniu sieci telekomunikacyjnych pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE, nie przekracza 50%, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu, a jeżeli postępowanie nie jest wszczynane za pomocą ogłoszenia o zamówieniu - w SWZ; Powyższa przesłanka nie znajdzie zastosowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, ponieważ to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą, któremu wraz z zaproszeniem do negocjacji przekazuje informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Ponadto, zgodnie z art. 393 ust. 4 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego wykonawca nie podlega wykluczeniu w przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h, oraz w przypadku, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 2, jeżeli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 108 ust. 1 pkt 1 lit. h ustawy Pzp.

4. Usługi społeczne i inne szczególne usługi.

Poprzez usługi społeczne i inne szczególne usługi, o których mowa w art. 359 i nast. ustawy Pzp, należy rozumieć zamówienia klasyczne lub zamówienia sektorowe, na usługi wymienione odpowiednio w załączniku XIV do dyrektywy 2014/24/UE oraz załączniku XVII do dyrektywy 2014/25/UE.

| |
|---|
| <p>Usługi społeczne i inne szczególne usługi</p> <p><u>Usługi zdrowotne, społeczne i pokrewne:</u> kod CPV 75200000-8, 75231200-6, 75231240-8, 79611000-0, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, od 85000000-9 do 85323000-9, 98133100-5, 98133000-4, 98200000-5, 98500000-8, 98513000-2 do 98514000-9;</p> <p><u>Usługi administracyjne w zakresie edukacji, opieki zdrowotnej i kultury:</u> kod CPV 85321000-5, 85322000-2, 75000000-6, 75121000-0, 75122000-7, 75124000-1, od 79995000-5 do 79995200-7, od 80000000-4 do 80660000-8, od 92000000-1 do 92700000-8, 79950000-8, 79951000-5, 79952000-2, 79952100-3, 79953000-9, 79954000-6, 79955000-3, 79956000-0;</p> <p><u>Usługi w zakresie obowiązkowego ubezpieczenia społecznego:</u> kod CPV 75300000-9;</p> <p><u>Świadczenia społeczne:</u> kod CPV 75310000-2, 75311000-9, 75312000-6, 75313000-3, 75313100-4, 75314000-0, 75320000-5, 75330000-8, 75340000-1;</p> <p><u>Inne usługi komunalne, socjalne i osobiste, w tym usługi świadczone przez związki zawodowe, organizacje polityczne, stowarzyszenia młodzieżowe i inne organizacje członkowskie:</u> kod CPV 98000000-3; 98120000-0; 98132000-7; 98133110-8 i 98130000-3;</p> <p><u>Usługi religijne:</u> kod CPV 98131000-0;</p> |
|---|

Usługi hotelowe i restauracyjne: kod CPV 55100000-1 do 55410000-7, 55521000-8 do 55521200-0, 55520000-1, 55522000-5, 55523000-2, 55524000-9, 55510000-8, 55511000-5, 55512000-2, 55523100-3;

Usługi prawne, niewyłączone na mocy art. 10 lit. d) dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 21 lit. c) dyrektywy 2014/25/UE: kod CPV 79100000-5 do 79140000-7, 75231100-5;

Inne usługi administracyjne i rządowe: kod CPV 75100000-7 do 75120000-3, 75123000-4, 75125000-8 do 75131000-3;

Świadczenie usług na rzecz społeczności: kod CPV 75200000-8 do 75231000-4;

Usługi w zakresie więziennictwa, bezpieczeństwa publicznego i ratownictwa, o ile nie są wyłączone na mocy art. 10 lit. h) dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 21 lit. h) dyrektywy 2014/25/UE: kod CPV 75231210-9 do 75231230-5, 75240000-0 do 75252000-7, 794300000-7, 98113100-9;

Usługi detektywistyczne i ochroniarskie: kod CPV 79700000-1 do 79721000-4, 79722000-1, 79723000-8;

Usługi międzynarodowe: kod CPV 98900000-2, 98910000-5;

Usługi pocztowe: kod CPV 64000000-6, 64100000-7, 64110000-0, 64111000-7, 64112000-4, 64113000-1, 64114000-8, 64115000-5, 64116000-2, 64122000-7;

Usługi różne: kod CPV 50116510-9, 71550000-8.

Zgodnie z art. 359 ustawy Pzp, przy udzielaniu zamówień na ww. usługi stosuje się przepisy ustawy właściwe dla:

- 1) zamówień klasycznych, o wartości równej lub przekraczającej progi unijne - jeżeli wartość zamówienia wyrażona w złotych jest równa lub przekracza równowartość kwoty 750 000 euro, z uwzględnieniem zmian wynikających z niniejszego rozdziału,
- 2) zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne - jeżeli wartość zamówienia wyrażona w złotych jest mniejsza niż równowartość kwoty 750 000 euro, nie mniejsza jednak niż równowartość kwoty 130 000 złotych.

Jednocześnie, w przypadku zamówień sektorowych na usługi społeczne i inne szczególne usługi konieczność stosowania przepisów właściwych dla zamówień sektorowych dotyczy zamówień o wartości równej lub przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty 1 000 000 euro (art. 392 ust. 1 ustawy Pzp)⁹⁸.

Zatem, kwalifikacja zamówienia jako zamówienia na usługi społeczne lub inne szczególne usługi ma charakter przedmiotowy i jest rozpatrywana w oparciu o art. 7 pkt 34 ustawy Pzp oraz odesłanie do dyrektyw Parlamentu Europejskiego. Natomiast, wartość szacunkowa usług determinuje wybór stosowanej procedury dla udzielenia zamówienia, zgodnie z wytycznymi zawartymi w art. 359 i 392 ust. 1 ustawy Pzp.

Usługi społeczne a tryb zamówienia z wolnej ręki:

Przepisy działu IV rozdziału 4 ustawy Pzp nie przewidują przepisów odrębnych dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zatem, za wiążące należy uznać przesłanki udzielenia zamówienia w

⁹⁸ Zgodnie z obecnie obowiązującym obwieszczeniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 grudnia 2023 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (M.P. z 2023 r. poz. 1344):

- aktualny próg unijny, o którym mowa w art. 4 lit. d) dyrektywy 2014/24/UE, wynoszący 750 000 euro, w przypadku zamówień klasycznych na usługi społeczne i inne szczególne usługi, o których mowa w art. 359 pkt 1 ustawy, udzielanych przez zamawiających publicznych - stanowi równowartość kwoty 3 477 825 zł,
- aktualny próg unijny, o którym mowa w art. 15 lit. c) dyrektywy 2014/25/UE, wynoszący 1 000 000 euro, w przypadku zamówień sektorowych na usługi społeczne i inne szczególne usługi, o których mowa w art. 392 ust. 1 ustawy, udzielanych przez zamawiających sektorowych - stanowi równowartość kwoty 4 637 100 zł.

omawianym trybie na podstawie art. 214 ust. 1 i art. 305 ustawy Pzp, przy uwzględnieniu progów określonych w art. 359 i art. 392 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie samej procedury udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki należy zaznaczyć, iż zgodnie z art. 360 pkt 1, 2 i 4 ustawy Pzp⁹⁹, Zamawiający może nie stosować przepisów ustawy dotyczących:

1) Obowiązku powołania komisji przetargowej;

Przy zamówieniach na usługi społeczne lub inne szczególne usługi zamawiający może odstąpić od stosowania art. 53-55 ustawy Pzp w zakresie szerszym niż wynikającym z art. 215 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż powyższe uprawnienie dotyczy wszystkich zamówień mających za przedmiot ww. usługi, a nie tylko tych udzielanych na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b, pkt 2, 4, 9 i 10 ustawy Pzp, lub art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w celu ograniczenia skutków zdarzenia losowego wywołanego przez czynniki zewnętrzne, którego nie można było przewidzieć, w szczególności zagrażającego życiu lub zdrowiu ludzi lub grożącego powstaniem szkody o znacznych rozmiarach lub art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, których przedmiotem są: dostawy wody za pomocą sieci wodociągowej lub odprowadzanie ścieków do sieci kanalizacyjnej, dostawy gazu z sieci gazowej, dostawy ciepła z sieci ciepłowniczej oraz usługi przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej, ciepła lub paliw gazowych.

2) Obowiązku składania oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, na formularzu jednolitego dokumentu;

Powyższe uprawnienie zwalnia zamawiającego z zastosowania art. 125 ust. 2 ustawy Pzp, a więc może dopuścić złożenie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, w innej formie niż formularz JEDZ. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż w zakresie żądania oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp uprawnienia zamawiającego zawarte w art. 217 ust. 3 ustawy Pzp są znacząco szersze. Przy udzielaniu zamówień publicznych w trybie zamówienia z wolnej ręki zamawiający może zawsze odstąpić od żądania złożenia przez wykonawcę oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp.

3) Obowiązku żądania dokumentów jako podmiotowego środka dowodowego;

Przy zamówieniach mających za przedmiot usługi społeczne i inne szczególne usługi o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, zamawiający może dokonać weryfikacji wykonawców wyłącznie w oparciu o oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, oraz podmiotowe środki dowodowe będące oświadczeniami własnymi zamawiającego składanymi w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia¹⁰⁰. Zatem, przy udzielaniu zamówień z wolnej ręki, będących usługami społecznymi o wartości równej lub wyższej niż progi unijne, zamawiający może skorzystać z ww. uprawnienia. Należy zaznaczyć, iż art. 217 ust. 3 ustawy Pzp zwalnia zamawiającego z obowiązku żądania złożenia przez wykonawcę oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, a więc nie dotyczy podmiotowych środków dowodowych, które stosownie do art. 217 ust. 2 ustawy Pzp, powinny być złożone przez wykonawcę nie później niż wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. W zakresie zamówień o wartości poniżej progów unijnych, zamawiający nie ma obowiązku żądania przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, co w zakresie trybu zamówienia z wolnej ręki znalazło wyraz w art. 306 ust. 2 ustawy Pzp.

⁹⁹ Kom. W zakresie zamówień sektorowych na usługi społeczne i inne szczególne usługi, zamawiający może nie stosować przepisów dotyczących obowiązku składania oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, na formularzu jednolitego dokumentu oraz obowiązku żądania dokumentów jako podmiotowego środka dowodowego (art. 392 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp). Brak obowiązku powołania komisji przetargowej został ujęty w art. 393 ust. 5 ustawy Pzp.

¹⁰⁰ Kom. Stosownie do § 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415 ze zm.), w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o wartości mniejszej niż progi unijne zamawiający, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, może zamiast podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1, 2 lub 4-6, żądać oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego. Natomiast, uprawnienie odstąpienia od wymogu żądania podmiotowych środków dowodowych dotyczących warunków udziału w postępowaniu wynika wprost z art. 124 pkt 2 ustawy Pzp.

5. Zamówienia z dziedziny obronności.

W myśl art. 7 pkt 36 ustawy Pzp, poprzez zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa należy rozumieć zamówienie udzielane przez zamawiającego publicznego lub zamawiającego sektorowego, którego przedmiotem są:

- a) dostawy sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów, podzespołów lub jego oprogramowania,
- b) dostawy newralgicznego sprzętu, w tym wszelkich jego części, komponentów, podzespołów lub jego oprogramowania,
- c) roboty budowlane, dostawy i usługi związane z zabezpieczeniem obiektów będących w dyspozycji podmiotów realizujących zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa lub związane ze sprzętem, o którym mowa w lit. a i b, i wszystkich jego części, komponentów i podzespołów związanych z cyklem życia tego produktu lub usługi,
- d) roboty budowlane i usługi przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych, newralgiczne roboty budowlane lub newralgiczne usługi.

Zgodnie z art. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przepisy ustawy stosuje się do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, przez zamawiających publicznych oraz zamawiających sektorowych.

Obecnie obowiązujące progi unijne dla zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa¹⁰¹:

- w przypadku udzielania zamówień klasycznych na dostawy i usługi lub organizowania konkursów przez zamawiających publicznych, o których mowa w art. 4 pkt 1 ustawy, będących jednostkami sektora finansów publicznych, z wyłączeniem uczelni publicznych, państwowych instytucji kultury, jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków, jednostek sektora finansów publicznych, dla których organem założycielskim lub nadzorującym jest jednostka samorządu terytorialnego, a także przez zamawiających publicznych, o których mowa w art. 4 pkt 2 ustawy, będących państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej - wynosi 143 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 663 105 zł; w odniesieniu do zamówień publicznych na dostawy udzielanych przez zamawiających działających w dziedzinie obronności próg ten dotyczy wyłącznie zamówień na produkty objęte załącznikiem III do dyrektywy 2014/24/UE,
- w przypadku udzielania zamówień klasycznych na dostawy i usługi lub organizowania konkursów przez zamawiających publicznych innych niż określone w pkt 2 - wynosi 221 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 1 024 799 zł; próg ten stosuje się także do zamówień publicznych na dostawy udzielanych przez zamawiających określonych w pkt 2 działających w dziedzinie obronności, gdy zamówienia te dotyczą produktów nieobjętych załącznikiem III do dyrektywy 2014/24/UE,
- w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, o których mowa w art. 7 pkt 36 ustawy, na dostawy i usługi udzielanych przez zamawiających publicznych lub zamawiających sektorowych - wynosi 443 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 2 054 235 zł,
- w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, o których mowa w art. 7 pkt 36 ustawy, na roboty budowlane udzielanych przez zamawiających publicznych lub zamawiających sektorowych - wynosi 5 538 000 euro, co stanowi równowartość kwoty 25 680 260 zł.

Do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa stosuje się przepisy ustawy Pzp przewidziane dla zamówień klasycznych w zakresie przewidzianym w art. 395 ustawy Pzp, czyli przepisy:

¹⁰¹ Zgodnie z obecnie obowiązującym obwieszczeniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 grudnia 2023 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów (M.P. z 2023 r. poz. 1344).

- ogólne działu I ustawy Pzp, z wyjątkiem przepisów dotyczących polityki zakupowej państwa i planów postępowań o udzielenie zamówienia (art. 21–23 ustawy Pzp), obowiązku wskazania w protokole postępowania powodów odstąpienia od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej przy składaniu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert, podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych (art. 72 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) i obowiązku przechowywania protokołu postępowania wraz z załącznikami przez cały okres obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli okres obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego przekracza cztery lata (art. 78 ust. 4 ustawy Pzp);
- działu II ustawy Pzp, z wyjątkiem przepisów dotyczących analizy potrzeb zamawiającego (art. 83 ustawy Pzp), obowiązku przekazywania ogłoszeń zgodnie z formatem i procedurami elektronicznego przesyłania ogłoszeń, ustanowionymi przez Komisję Europejską, dostępnymi na stronie internetowej, o której mowa w ust. 3 załącznika VIII do dyrektywy klasycznej (art. 87 ust. 2 ustawy Pzp), wstępnego ogłoszenia informacyjnego zamieszczanego przez zamawiających udzielających zamówień klasycznych (art. 89 ust. 1 i 3 ustawy Pzp), obowiązku wskazania w dokumentach zamówienia powodów niedokonania podziału zamówienia na części (art. 91 ust. 2 ustawy Pzp), ofert wariantowych (art. 92 ustawy Pzp), zamówień zastrzeżonych (art. 94 ustawy Pzp), opisu przedmiotu zamówienia (art. 100–102 ustawy Pzp), możliwości podejmowania przez wykonawców, w stosunku do których zachodzą podstawy wykluczenia, działań naprawczych w ramach procedury self-cleaning (art. 110 ust. 2 i 3 ustawy Pzp), ograniczenia wysokości wymaganych minimalnych rocznych przychodów do dwukrotności wartości zamówienia (art. 115 ust. 2 ustawy Pzp), jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (art. 125 ust. 2, 3 i 6 ustawy Pzp), żądania podmiotowych środków dowodowych dopiero przed wyborem oferty najkorzystniejszej (art. 126 ust. 1 i 2 ustawy Pzp), wyłączenia obowiązku żądania podmiotowych środków dowodowych (art. 127 ustawy Pzp), otwarcia ofert przy użyciu systemu teleinformatycznego (art. 222 ust. 2–5 ustawy Pzp), obowiązkowych metod rachunku kosztów cyklu życia (art. 245 ust. 6 ustawy Pzp) i obowiązku niezwłocznego zawiadomienia wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w unieważnionym postępowaniu, o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia (art. 262 ustawy Pzp). Znajdują zastosowanie przepisy rozdziału 3, z wyjątkiem art. 129 i art. 130 ust. 2 ustawy Pzp, chyba że przepisy działu VI stanowią inaczej. Dla zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zawarto osobny katalog trybów w art. 410 ustawy Pzp. Ponadto, w art. 395 ust. 3 ustawy Pzp wskazano, iż do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa nie stosuje się przepisów ustawy właściwych dla przetargu nieograniczonego, partnerstwa innowacyjnego, dynamicznego systemu zakupów oraz konkursu;
- działu IV rozdziału 1 ustawy Pzp, tj. dotyczące umów ramowych, z wyłączeniem przepisów dotyczących katalogu trybów, w których można przeprowadzić postępowanie prowadzące do zawarcia umowy ramowej (art. 311 ust. 1 ustawy Pzp) i ograniczenia możliwości zawarcia umowy ramowej na okres do czterech lat (art. 311 ust. 3 ustawy Pzp);
- działu VII ustawy Pzp regulujące umowy w sprawie zamówienia publicznego i ich wykonanie stosuje się do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, z wyjątkiem części przepisów dotyczących zaliczek (art. 442 ust. 1 i 2 ustawy Pzp), płatności częściowych (art. 443 ustawy Pzp), przepisów dotyczących raportu z realizacji zamówienia (art. 446 ustawy Pzp) i przepisów dotyczących ogłoszenia o wykonaniu umowy (art. 448 ustawy Pzp);
- działu VIII ustawy Pzp dotyczące organów właściwych w sprawach zamówień, działu IX ustawy Pzp dotyczące środków ochrony prawnej, działu X ustawy Pzp dotyczące pozasądowego rozwiązywania sporów, działu XI dotyczące kontroli udzielania zamówień - w całości.¹⁰²

Ponadto, do zamówień w dziedzinach obronności nie stosuje się przepisów działu I rozdziału 7 w zakresie, w jakim przewidują obowiązek komunikacji z wykonawcą wyłącznie przy użyciu środków komunikacji

¹⁰² Zob. H. Nowak, M. Winiarz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie II, Warszawa 2023, str. 1011-1015.

elektronicznej, oraz art. 97 ust. 10 w zakresie, w jakim przewiduje obowiązek przekazania oryginału gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej (art. 395 ust. 2 ustawy Pzp).

Zgodnie z art. 410 ust. 1 ustawy Pzp, podstawowymi trybami udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa są przetarg ograniczony i negocjacje z ogłoszeniem. Natomiast, zastosowanie trybu dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w rozdziale 3 działu VI ustawy Pzp.

W tym miejscu należy ponownie zauważyć, iż zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą¹⁰³. Wszczęcie postępowania następuje z chwilą przekazania wykonawcy zaproszenia do negocjacji. Udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w omawianym trybie może nastąpić jedynie w przypadku spełnienia przesłanek określonych w art. 415 ust. 2 ustawy Pzp, tj. jeżeli zachodzi co najmniej jedna z okoliczności:

- 1) określonych w przepisach art. 214 ust. 1 pkt 1 i 9-14 ustawy Pzp;
Przesłanki zastosowania omawianego trybu wymienione w art. 214 ust. 1 ustawy Pzp zostały omówione szczegółowo w rozdziale 2.1.
- 2) określonych w przepisach art. 414 ust. 2 pkt 1 i 3-7 ustawy Pzp, gdy niecelowe albo niemożliwe jest zwrócenie się do innych wykonawców lub gdy wymagają tego pilne potrzeby operacyjne;
Ustawodawca zdecydował się na odesłanie do przepisów dotyczących możliwości zastosowania negocjacji bez ogłoszenia do udzielenia zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, z zastrzeżeniem że oprócz spełnienia przesłanek zawartych w art. 414 ust. 2 pkt 1 i 3-7 ustawy Pzp, zwrócenie się do innych wykonawców jest w danym przypadku niecelowe albo niemożliwe lub wymagają tego pilne potrzeby operacyjne.

| Przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 415 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp | |
|--|---|
| Art. 414 ust. 2 pkt 1 - przedmiotem zamówienia są produkty wytwarzane jedynie do celów prac badawczych i rozwojowych z wyjątkiem produkcji seryjnej mającej na celu osiągnięcie zysku lub pokrycie poniesionych kosztów badań lub rozwoju | + zwrócenie się do innych wykonawców jest w danym przypadku niecelowe albo niemożliwe lub wymagają tego pilne potrzeby operacyjne |
| Art. 414 ust. 2 pkt 3 - ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia wynikającą z sytuacji kryzysowej, o której mowa w art. 408 ust. 3, nie można zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem | |
| Art. 414 ust. 2 pkt 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, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem | |
| Art. 414 ust. 2 pkt 5 - przedmiot zamówienia na usługi lub dostawy jest przeznaczony do celów usług badawczych lub rozwojowych, innych niż usługi, o których mowa w art. 11 ust. 1 pkt 3 | |

¹⁰³ Kom. W stosunku do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa znajduje zastosowanie art. 213 ust. 1 ustawy Pzp dotyczący zamówień klasycznych. Przepisy działu VI ustawy Pzp nie wyłączają stosowania również art. 213 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający, po wszczęciu postępowania, może przekazać do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, z uwzględnieniem art. 216 ust. 1 ustawy Pzp.

| | |
|---|--|
| <p>Art. 414 ust. 2 pkt 6 - w przypadku zamówień związanych ze świadczeniem usług transportu lotniczego i morskiego dla Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej, a także sił, do których zadań należy ochrona bezpieczeństwa, związanych z uczestnictwem w misji zagranicznej, jeżeli zamawiający musi zwrócić się o takie usługi do wykonawców, którzy gwarantują ważność swoich ofert jedynie przez tak krótki okres, że terminy przewidziane dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, w tym skrócone terminy, nie mogą być dotrzymane</p> | |
| <p>Art. 414 ust. 2 pkt 7 - w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1, lub zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3, pod warunkiem że pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione i zamawiający zaprosi do negocjacji wyłącznie wszystkich wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz w prowadzonym uprzednio postępowaniu w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego złożyli oferty, które nie zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1, 2, 6, 7, 9, 12-14 lub 18 ustawy Pzp¹⁰⁴</p> | |

- 3) ze względu na sytuację kryzysową, o której mowa w art. 408 ust. 3 ustawy Pzp, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem;
Stosownie do art. 408 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez sytuację kryzysową należy rozumieć: wojnę, konflikt zbrojny lub inną sytuację, w której wystąpiła lub nieuchronnie wystąpi szkoda, wyraźnie przekraczająca swoim rozmiarem szkody występujące w życiu codziennym oraz narażająca życie i zdrowie wielu osób lub mająca poważne następstwa dla dóbr materialnych, lub wymagająca podjęcia działań w celu dostarczenia ludności środków niezbędnych do przeżycia.
W celu zastosowania omawianej przesłanki opisana wyżej sytuacja kryzysowa musi powodować konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, przy jednoczesnej niemożności zachowania terminów, w tym terminów skróconych, przewidzianych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, tj. określonego w art. 411 ust. 7, 13 i 16 oraz art. 412 ust. 4 i 7 ustawy Pzp 10-dniowego terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofert. Użyte określenie „natychmiast” wskazuje na maksymalny priorytet i szybkość większą niż w przypadku „trybu pilnego”. Odróżniając zamówienia wymagające pilnego i natychmiastowego wykonania zamówienia trzeba pamiętać, iż do tych pierwszych będzie miało zastosowanie udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, określone w art. 414 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a nie w trybie zamówienia z wolnej ręki
- 4) 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, w tym terminów skróconych, określonych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.
Udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 415 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp możliwe jest wyłącznie w przypadku łącznego spełnienia wszystkich wymienionych przesłanek. Podobnie, jak w przypadku art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, musi wystąpić wyjątkowa sytuacja, której zamawiający nie mógł przewidzieć, tj. sytuacja, której prawdopodobieństwo wykracza poza

¹⁰⁴ Zob. Komentarz do art. 414 ustawy Pzp [w:] H. Nowak, M. Winiarz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie II, Warszawa 2023, str. 1104-1117.

standardowe warunki życia gospodarczego i społecznego. Okoliczności uzasadniające zastosowanie omawianego trybu muszą wynikać z przyczyn niezawinionych, niezależnych od samego zamawiającego. Wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, co powoduje brak możliwości zachowania terminów, w tym terminów skróconych, przewidzianych dla przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, tj. określonego w art. 411 ust. 7, 13 i 16 oraz art. 412 ust. 4 i 7 ustawy Pzp 10-dniowego terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofert. Należy podkreślić, iż natychmiastowe wykonanie zamówienia oznacza konieczność jego realizacji szybciej niż w trybie pilnym, a więc jedynie w wyjątkowych sytuacjach wymagających od zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji, a także (z uwagi na zasadę proporcjonalności) jedynie w zakresie, jakim jest wymagana natychmiastowa wykonalność danego zamówienia. Należy podkreślić, iż w przypadku zamówień pilnych, ale nie wymagających natychmiastowego wykonania, zastosowanie będzie miał art. 414 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp umożliwiający udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie negocjacji bez ogłoszenia, a nie tryb zamówienia z wolnej ręki.

- 5) zamówienie dotyczy dodatkowych dostaw realizowanych przez dotychczasowego wykonawcę, których celem jest częściowe powtórzenie dostaw lub odnowienie instalacji, lub zwiększenie dostaw, lub rozbudowa instalacji istniejących, jeżeli zmiana wykonawcy zobowiązywałaby zamawiającego do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu, przy czym czas trwania takich zamówień nie może przekraczać 5 lat od udzielenia zamówienia podstawowego; Zastosowanie omawianej przesłanki jest możliwe jedynie w przypadku nabycia dodatkowych dostaw realizowanych przez dotychczasowego wykonawcę, których celem jest częściowe powtórzenie dostaw lub odnowienie instalacji, lub zwiększenie dostaw, lub rozbudowa instalacji istniejących. Jednocześnie, zmiana wykonawcy zobowiązywałaby zamawiającego do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu. Wszystkie ww. przesłanki muszą być spełnione łącznie. Natomiast, w kwestii ostatniego warunku należy wskazać, iż o ile art. 415 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp wymaga, aby czas trwania takich zamówień nie przekraczał 5 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, to zgodnie z art. 415 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, w przypadku nadzwyczajnych okoliczności związanych z oczekiwanym okresem funkcjonowania dostarczonych urządzeń, instalacji lub systemów, a także trudnościami technicznymi, jakie może spowodować zmiana wykonawcy, istnieje możliwość zniesienia ograniczenia czasowego.

Należy również pamiętać, iż *na mocy art. 411 ust. 2 pkt 5 i ust. 3 pkt 2 Pzp w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na zamawiającym spoczywa obowiązek zawarcia w SWZ informacji o przewidywanym udzieleniu zamówienia na dostawy dodatkowe w rozumieniu art. 415 ust. 2 pkt 5 Pzp. Analogiczny obowiązek w odniesieniu do OPW oraz SWZ w postępowaniach prowadzonych w trybach negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego wynika z przepisów odpowiednio art. 412 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 pkt 2, art. 413 ust. 3 pkt 3, ust. 4 pkt 3 i ust. 8 zdanie drugie Pzp¹⁰⁵.*

- 6) w okresie 5 lat od udzielenia zamówienia podstawowego dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych udzielane jest zamówienie uzupełniające tego samego rodzaju co zamówienie podstawowe, pod warunkiem że zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego, i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego;

Możliwość udzielenia zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o ww. przesłankę wymaga, aby:

- przedmiotem zamówienia uzupełniającego były usługi lub roboty budowlane tego samego rodzaju co usługi lub roboty budowlane stanowiąc przedmiot zamówienia podstawowego,

¹⁰⁵ H. Nowak, M. Winiarz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie II, Warszawa 2023, str. 1130.

- zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu wszczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia podstawowego, przy czym w myśl art. 31 ust. 1 ustawy Pzp wartość zamówienia uzupełniającego powinna zostać jednocześnie uwzględniona przy szacowaniu wartości podstawowego,
 - zamówienie uzupełniające musi być zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego,
 - udzielanie zamówienia uzupełniającego powinno nastąpić w terminie do 5 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, z wyjątkiem okoliczności, o których mowa w art. 415 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, tj. w przypadku nadzwyczajnych okoliczności związanych z oczekiwanym okresem funkcjonowania dostarczonych urządzeń, instalacji lub systemów, a także trudnościami technicznymi, jakie może spowodować zmiana wykonawcy, ograniczeń czasowych nie stosuje się. Należy pamiętać, iż *na mocy art. 411 ust. 2 pkt 5 i ust. 3 pkt 2 Pzp, jeżeli postępowanie o udzielenie zamówienia podstawowego jest prowadzone w trybie przetargu ograniczonego, na zamawiającym spoczywa obowiązek zawarcia w SWZ informacji o przewidywanym udzieleniu zamówienia uzupełniającego na usługi lub roboty budowlane w rozumieniu art. 415 ust. 2 pkt 6 Pzp. Analogiczny obowiązek w odniesieniu do OPW oraz SWZ w postępowaniach prowadzonych w trybach negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego wynika z przepisów odpowiednio art. 412 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 pkt 2, art. 413 ust. 3 pkt 3, ust. 4 pkt 3 i ust. 8 zdanie drugie Pzp*¹⁰⁶.
- 7) w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie zostały złożone żadne oferty albo wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp lub ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione;
- Stosownie do art. 415 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli uprzednio przeprowadzone postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego, zakończyło się niepowodzeniem, a ponadto brak udzielenia zamówienia wynikał z faktu zaistnienia którejkolwiek z poniższych sytuacji:
- nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
 - wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały złożone przez wykonawców, którzy podlegali wykluczeniu z udziału w postępowaniu lub nie spełniali warunków udziału w postępowaniu, lub nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, lub innych dokumentów lub oświadczeń,
 - nie zostały złożone żadne oferty
 - wszystkie oferty zostały złożone przez wykonawców, którzy podlegali wykluczeniu z udziału w postępowaniu lub nie spełniali warunków udziału w postępowaniu, lub nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, lub innych dokumentów lub oświadczeń,
 - wszystkie oferty zostały odrzucone ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia.

Ponadto, pierwotne warunki zamówienia nie mogą zostać w istotny sposób zmienione, co należy rozumieć jako zakaz wprowadzania do wcześniej ustalonych warunków zamówienia zmian istotnych, które

¹⁰⁶ Tamże, str. 1131.

umożliwiłyby dopuszczenie do udziału w postępowaniu innych wykonawców niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innych oferty niż te, które zostały pierwotnie dopuszczone.

Jednocześnie należy pamiętać, iż w myśl art. 415 ust. 1 ustawy Pzp, do udzielenia zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie zamówienia z wolnej ręki nie stosuje się przepisów art. 214 ust. 1 pkt 2-8 oraz ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Natomiast, obowiązuje art. 217 ustawy Pzp dotyczący zamówień klasycznych, zgodnie z którym: wraz z zaproszeniem do negocjacji, zamawiający przekazuje wykonawcy informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a wykonawca zobowiązany jest złożyć oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, oraz podmiotowe środki dowodowe nie później niż wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, przy czym w danym postępowaniu zamawiający może odstąpić od żądania złożenia przez wykonawcę oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp.

6. Wybrane zagadnienia związane z przeprowadzeniem procedury udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki.

6.1. Wszczęcie postępowania.

Wszczęcie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki następuje poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji wykonawcy. Powyższa regulacja została ujęta w art. 130 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 pkt 18 ustawy Pzp znajduje zastosowanie do zamówień klasycznych oraz zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, a także do zamówień sektorowych w oparciu o art. 377 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Wraz z zaproszeniem do negocjacji, zamawiający jest zobowiązany do przekazania wykonawcy informacji niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, w tym projektowanych postanowień umowy.

Należy pamiętać, iż w obecnie obowiązującej ustawie Pzp ustawodawca zrezygnował z obowiązku zawiadamiania Prezesa UZP o wszczęciu postępowania (wcześniej: art. 67 ust. 2 ustawy Pzp2004).

Odnosząc się do etapu przygotowania postępowania, tj. czynności dokonywanych przed przekazaniem zaproszenia do negocjacji wybranemu wykonawcy, należy zamieścić kilka uwag w zakresie obowiązku powołania komisji przetargowej przy trybie zamówienia z wolnej ręki. Stosownie do art. 53 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, kierownik zamawiającego jest zobowiązany do powołania komisji do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, natomiast przy zamówieniach o mniejszej wartości ustawa pozostawia kwestię powołania komisji przetargowej do samodzielnej decyzji zamawiającego. Jednocześnie, przy zamówieniach o wartości równej lub większej niż progi unijne, w przypadkach określonych w art. 215 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może odstąpić od powołania komisji przetargowej w zakresie zamówień udzielanych na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b, pkt 2, 4, 9 i 10 ustawy Pzp, lub art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w celu ograniczenia skutków zdarzenia losowego wywołanego przez czynniki zewnętrzne, którego nie można było przewidzieć, w szczególności zagrażającego życiu lub zdrowiu ludzi lub grożącego powstaniem szkody o znacznych rozmiarach lub art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, których przedmiotem są: dostawy wody za pomocą sieci wodociągowej lub odprowadzanie ścieków do sieci kanalizacyjnej, dostawy gazu z sieci gazowej, dostawy ciepła z sieci ciepłowniczej oraz usługi przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej, ciepła lub paliw gazowych. Ponadto, w stosunku do zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne zamawiający może zrezygnować z powołania komisji przetargowej przy zamówieniach klasycznych stanowiących usługi społeczne lub inne szczególne usługi (art. 360 pkt 1 ustawy Pzp) oraz przy zamówieniach sektorowych, w tym tych stanowiących usługi społeczne lub inne szczególne usługi (art. 393 ust. 5 ustawy Pzp).

6.2. Obowiązek informacyjny zawarty w art. 262 ustawy Pzp.

W świetle art. 262 ustawy Pzp, w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, obowiązkiem zamawiającego jest niezwłoczne zawiadomienie wykonawców, którzy ubiegali się o

udzielenie zamówienia w tym postępowaniu, o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia.

Obowiązek informacyjny aktualizuje się w przypadku wszczęcia nowego postępowania dotyczącego:

- tego samego przedmiotu,
- obejmującego ten sam przedmiot zamówienia, co postępowanie unieważnione.

Zatem, przedmiot zamówienia nowego postępowania nie musi być tożsamy z przedmiotem wcześniejszego postępowania.

Adresatami są wykonawcy, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia, tj. wykonawcy którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji.

Obowiązek zawiadomienia wykonawców powinien być wykonany niezwłocznie po wszczęciu nowego postępowania.

Zauważyć należy, iż obowiązek informacyjny dotyczy zarówno przypadku, gdy nowe postępowanie jest udzielane w trybie konkurencyjnym, jak i w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej:

Jak słusznie zauważyła Izba w wyroku z dnia 20 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3796/21 artykuł 262 Prawa zamówień publicznych nie jest przepisem o charakterze wyłącznie formalnym. Jego funkcją jest zwiększenie konkurencyjności postępowań przez przekazanie informacji wykonawcom potencjalnie zainteresowanym zamówieniem. Jego prawidłowe stosowanie jest istotne dla zachowania zasad prowadzenia postępowania - uczciwej konkurencji, równego traktowania i przejrzystości. Poszanowanie tych zasad może zostać zagrożone zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający, który zamierza udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki nie dopełni obowiązków informacyjnych. W tej bowiem sytuacji zastosowanie trybu niekonkurencyjnego nie może być poddane kontroli przez wniesienie środków ochrony prawnej na wczesnym etapie. Nie można też pominąć, że stosowanie wskazanego przepisu nie jest ograniczone wyłącznie do konkurencyjnych trybów udzielania zamówienia. Powołany przepis nie zawiera takiego ograniczenia. Obowiązkiem zamawiającego jest zatem, w razie unieważnienia postępowania, poinformowanie wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie konkurencyjnym, o zamiarze wszczęcia kolejnego postępowania niezależnie od planowanego trybu udzielenia zamówienia.

Przykłady naruszeń art. 262 ustawy Pzp w wynikach kontroli Prezesa UZP.

Informacja o wyniku kontroli z dnia 7 listopada 2023 r., znak: KND/4/23/DKZP. Krajowa Izba Odwoławcza Uchwałą z dnia 11 grudnia 2023 r., sygn. akt KIO/KD 19/23, nie uwzględniła zastrzeżeń od wyniku kontroli.

Z informacji o wyniku kontroli:

W Informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził, iż zgodnie z art. 262 ustawy Pzp w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający niezwłocznie zawiadamia wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w tym postępowaniu, o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia.

Z przekazanej dokumentacji postępowania nie wynika, by po unieważnieniu drugiego z dwóch postępowań przeprowadzonych w trybie podstawowym (nr referencyjny: GKil.271.11.2022) Zamawiający zawiadomił wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w tym postępowaniu, o wszczęciu kolejnego postępowania, tj. w trybie zamówienia z wolnej ręki, czym naruszył przepis art. 262 ustawy Pzp. Zawiadomienie powinno nastąpić niezwłocznie po wszczęciu nowego postępowania. Podkreślić należy, iż wszczęcie kolejnego postępowania i wynikający stąd obowiązek zawiadomienia dotyczy – ze względu na brak rozróżnienia – zarówno w przypadku, gdy nowe zamówienie jest udzielane w trybie konkurencyjnym, jak i z wolnej ręki.

Brak zawiadomienia wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, o wszczęciu kolejnego postępowania w trybie z wolnej ręki, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia stanowi naruszenie art. 262 ustawy Pzp. Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła w pełni stanowisko Prezesa Urzędu, wskazując iż poprzez niezawiadomienie wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w postępowaniu w trybie podstawowym, o wszczęciu kolejnego postępowania w trybie z wolnej ręki, które obejmowało ten sam przedmiot zamówienia Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania i przejrzystości.

Izba podniosła, iż w myśl art. 262 ustawy Pzp „W przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający niezwłocznie zawiadamia wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w tym postępowaniu, o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia. ”Analizowany przepis nakłada więc na zamawiającego obowiązek informacyjny, którego wykonanie powinno nastąpić niezwłocznie po wszczęciu kolejnego postępowania i znaleźć odzwierciedlenie w dokumentach zamówienia. Obowiązek zamawiającego materializuje się bez konieczności zwrócenia się wykonawców o taką informację. „Zawiadomienie kieruje się do każdego wykonawcy, który na dowolnym etapie ubiegał się o udzielenie zamówienia, niezależnie od tego, czy wykonawca złożył ofertę. (...) Obowiązek przekazania informacji (...) jest niezależny od trybu, w jakim będzie udzielane kolejne zamówienie, włącznie z trybem zamówienia z wolnej ręki, nie jest też uzależnione od nazwy lub zakresu zamówienia. Jeśli obejmuje ten sam przedmiot zamówienia i dodatkowo inne elementy lub jeśli obejmuje ten przedmiot tylko częściowo – obowiązek taki powstaje.” (tak też: W. Dzierżanowski [w:] Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 262.) Nie ulega wątpliwości, że wykonanie tego obowiązku jest wyrazem realizacji zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości. „Poszanowanie tych zasad może zostać zagrożone zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający, który zamierza udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki nie dopełni obowiązków informacyjnych. W tej bowiem sytuacji zastosowanie trybu niekonkurencyjnego nie może być poddane kontroli przez wniesienie środków ochrony prawnej na wczesnym etapie. (...) Obowiązkiem zamawiającego jest zatem, w razie unieważnienia postępowania, poinformowanie wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie konkurencyjnym, o zamiarze wszczęcia kolejnego postępowania niezależnie od planowanego trybu udzielenia zamówienia.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3796/21). Cel przepisu jest więc oczywisty – zwiększenie konkurencyjności w postępowaniu oraz weryfikacja działań zamawiającego w ramach środków ochrony prawnej.

W odniesieniu do stwierdzonego naruszenia Zamawiający w zastrzeżeniach podnosił, że dopełnił obowiązku zawiadomienia poprzez poruszenie tematu odśnieżania dróg na terenie Gminy podczas transmisji on-line na jednym z portali społecznościowych. Wywodził, że: „Powyższa informacja dotarła do wszystkich dotychczasowych oferentów lub z łatwością mogła dotrzeć - w tym również do Pana „J”. Z nieznanymi dla Zamawiającego powodów jeden z dotychczasowych oferentów nie przystąpił do trybu z wolnej ręki.”

Izba za Prezesem Urzędu stwierdza, że ustawa pzp nie przewiduje takiej formy zawiadomienia. Zgodnie z art. 20 ust. 1 ustawy pzp postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, prowadzi się pisemnie. Zaznaczenia przy tym wymaga, że art. 262 ustawy pzp takiego wyjątku nie wprowadza. Przez pisemność należy rozumieć sposób wyrażenia informacji przy użyciu wyrazów, cyfr lub innych znaków pisarskich, które można odczytać i powielić, w tym przekazywanych przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (art. 7 pkt 16 ustawy pzp). Nie ulega więc wątpliwości, że w

postępowaniu o zamówienie publiczne, które zasadniczo polega na przekazywaniu przez strony informacji i dokumentów, czynności te podejmowane są i dokonywane w sposób zarejestrowany za pomocą znaków pisarskich, co oczywiście wyklucza prowadzenie postępowania ustnie za wyjątkami wprost wyrażonymi regulacją ustawową.

Zważywszy, że Zamawiający nie powiadomił pisemnie wykonawców poprzednio biorących udział w dwóch ogłoszonych postępowaniach w trybie podstawowym o wszczęciu postępowania w trybie niekonkurencyjnym to zasadnie Prezes Urzędu stwierdził naruszenie art. 262 ustawy pzp. W świetle wcześniejszych rozważań nie można było uznać za skuteczną realizację obowiązku wynikającego z powyższego przepisu poprzez transmisję on-line, a więc formę ustną, w przypadku której brak jest potwierdzenia czy dotarła do określonych adresatów. Być może informacja w takiej formie mogła łatwo dotrzeć do wykonawców, ale Zamawiający nie przedstawił potwierdzenia, że taka okoliczność zaistniała. Notatka załączona do zastrzeżeń stwierdza jedynie, że „W dniu 25 listopada 2022 roku do Urzędu Gminy zgłosiły się podmioty, które zaoferowały wykonanie usługi zimowego odśnieżania na terenie Gminy.” Z notatki nie wynika jednak, że zgłosiły się wszystkie podmioty. Trudno również zrozumieć stwierdzenie Zamawiającego, że „Z nieznanych dla Zamawiającego powodów jeden z dotychczasowych oferentów nie przystąpił do trybu z wolnej ręki.” skoro zgodnie z art. 217 ustawy pzp to Zamawiający przekazuje wybranemu przez siebie wykonawcy zaproszenie do negocjacji. Izba zauważa ponadto, że postępowanie w trybie z wolnej ręki Zamawiający wszczął w dniu 25 listopada 2022 r., a więc w myśl dyspozycji art. 262 ustawy pzp, dopiero po tym terminie Zamawiający był zobligowany niezwłocznie zrealizować obowiązek informacyjny. Z zastrzeżeń Zamawiającego i przedłożonej notatki wynika natomiast, że transmisja on-line miała miejsce przed wszczęciem postępowania. W ocenie Izby w kontekście braku w dokumentacji postępowania pisemnego zawiadomienia zgodnie z art. 262 ustawy pzp, naruszenie ww. przepisu zostało stwierdzone prawidłowo przez Prezesa Urzędu, a zastrzeżenia Zamawiającego również w tym zakresie nie zasługiwały na uwzględnienie.

6.3. Ogłoszenia związane z trybem zamówienia z wolnej ręki.

I. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy.

Zamawiający, po wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, może przekazać do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, z uwzględnieniem art. 216 ust. 1 ustawy Pzp (art. 213 ust. 2 ustawy Pzp). Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zamawiający przekazuje do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej po wszczęciu postępowania, tj. po przesłaniu wykonawcy zaproszenia do negocjacji. Zauważyć należy, iż ogłoszenie to nie wszczyna postępowania o udzielenie zamówienia, stanowi natomiast informację o prowadzeniu takiego postępowania dla podmiotów, które byłyby zainteresowane uzyskaniem zamówienia, a nie zostały zaproszone do udziału w negocjacjach. Zatem celem ogłoszenia o zamiarze zawarcia jest umożliwienie wykonawcom zdobycia wiedzy o planowanym przez zamawiającego udzieleniu zamówienia w trybie, który nie wymaga uprzedniego upublicznienia zamiaru przeprowadzenia postępowania, a w konsekwencji - ewentualnego kwestionowania podstaw do zastosowania takiego trybu.

Odpowiednikiem powyższego ogłoszenia w ramach reżimu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o wartości mniejszej niż progi unijne jest ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zamieszczane w Biuletynie Zamówień Publicznych po wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, tj. po przekazaniu wykonawcy zaproszenia do negocjacji (art. 306 ust. 1 ustawy Pzp). Zakres informacji zawartych w ogłoszeniach zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych dla ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy określono w § 2 pkt 2 rozporządzenia w sprawie ogłoszeń, tj. m.in. dotyczących trybu udzielenia zamówienia, obejmujących uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki oraz zawarcia umowy. Zgodnie z art. 267 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek udokumentować zamieszczenie

ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych i przechowywać dowód jego zamieszczenia.

Zarówno przekazanie do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej jak i zamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy ma charakter fakultatywny i jego zamieszczenie jest pozostawione decyzji zamawiającego.

Co do zasady, ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy jest ogłoszeniem fakultatywnym, jednak w przypadku udzielania zamówień *in-house* staje się ono ogłoszeniem obligatoryjnym. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy należy zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych przed udzieleniem zamówienia udzielanego w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 214 ust. 1 pkt 11-14 ustawy Pzp, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2. Bez względu na obowiązek zamawiającego do zamieszczenia ogłoszenia Biuletynie Zamówień Publicznych o zamiarze zawarcia umowy, przed udzieleniem zamówienia na podstawie wskazanych powyżej przepisów, zamawiający może po wszczęciu takiego postępowania przekazać do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy na zasadach określonych w art. 213 ust. 2 ustawy Pzp.

WARTO ZAPAMIĘTAĆ

Korzyścią jaką odnosi zamawiający decydując się na zamieszczenie ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy jest uniknięcie konsekwencji związanych z unieważnieniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Należy bowiem zauważyć, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego nie będzie podlegała unieważnieniu nawet w sytuacji, gdy zamawiający zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki, o ile uprzednio skorzystał z możliwości publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, dochował terminu wstrzymania się z zawarciem umowy i pozostawał w uzasadnionym przekonaniu, iż jego działanie jest zgodne z prawem¹⁰⁷.

Zgodnie natomiast z art. 216 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia udzielonego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 11-14 ustawy Pzp nie wcześniej niż po upływie 14 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Decyzja zamawiającego o opublikowaniu ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy ma wpływ na środki ochrony prawnej. Wskazać należy, iż od daty zamieszczenia/publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy rozpoczyna swój bieg termin na kwestionowanie decyzji o wyborze trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w drodze przewidzianych w ustawie Pzp środków ochrony prawnej. Moment zamieszczenia/publikacji ogłoszenia pozwala bowiem zainteresowanym podmiotom uzyskać informację o podjętym przez zamawiającego działaniu, które można zakwestionować poprzez wniesienie odwołania.

Zauważyć należy, iż w art. 457 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp określono terminy wstrzymania się zamawiającego od zawarcia umowy (tzw. *standstill*).

- 5 dni dla postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne i
 - 10 dni dla postępowań o wartości równej lub wyższej niż progi unijne,
- liczonych odpowiednio od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych lub opublikowania ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

W tych terminach wykonawcy przysługuje uprawnienie do wniesienia odwołania. Zakwestionowanie w powyższych terminach decyzji zamawiającego o wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki - wobec zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą - umożliwia sanowanie wadliwej czynności zamawiającego jeszcze przed zawarciem umowy. Na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego środki ochrony prawnej są najefektywniejsze. Wykonawca bowiem

¹⁰⁷ Zob. art. 457 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

ma możliwość dochodzenia swoich praw, a zamawiający podjęcia działań naprawczych niezbędnych do uniknięcia negatywnych skutków jakie wiążą się z unieważnieniem umowy zawartej z naruszeniem przepisów ustawy.

Jeżeli natomiast zamawiający nie zdecyduje się na ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy uniemożliwiają tym samym potencjalnym wykonawcom wniesienie odwołania od decyzji o wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki przed zawarciem umowy, ustawa Pzp uprawnia wykonawców do wnoszenia środków ochrony prawnej w terminach dłuższych niż w przypadku, gdy zamiar zawarcia umowy został ogłoszony.

Jeżeli zamawiający nie opublikował ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy odwołanie wnosi się w terminie:

- 1) 15 dni od dnia zamieszczenia w BZP ogłoszenia o wyniku postępowania albo
- 2) 30 dni od dnia publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.

Dłuższy termin na wniesienie odwołania przewidziany został w przypadku, gdy zamawiający:

- 1) nie opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o udzieleniu zamówienia albo opublikował takie ogłoszenie, jednak niezawierające uzasadnienia przyczyn udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki – w takim przypadku odwołanie można wnieść w terminie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy;
- 2) nie zamieścił w BZP ogłoszenia o wyniku postępowania albo zamieścił takie ogłoszenie, jednak niezawierające uzasadnienia przyczyn udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki – w takim przypadku odwołanie można wnieść w terminie 1 miesiąca od dnia zawarcia umowy¹⁰⁸.

II. Ogłoszenie o wyniku postępowania.

Obowiązkiem zamawiający po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zarówno w przypadku zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, jak i unieważnienia postępowania, jest przekazanie do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, nie później niż w terminie 30 dni od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zawierającego informację o wynikach tego postępowania (art. 265 ust. 1 ustawy Pzp). Komentowany przepis znajduje zastosowanie do postępowań o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne.

Zamawiający przygotowuje ogłoszenie zgodnie ze wzorami standardowych formularzy (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp). Ogłoszenie o wyniku postępowania powinno zawierać informację o udzieleniu zamówienia - zawarciu umowy lub unieważnieniu postępowania¹⁰⁹. Niedopełnienie obowiązku przekazania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia do publikacji skutkuje wydłużeniem terminu na wniesienie odwołania¹¹⁰.

Ustęp drugi komentowanego przepisu zawiera pewne wyłączenie. Zamawiający może w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia oznaczyć niektóre informacje jako nieprzeznaczone do publikacji, jeżeli ich ujawnienie w treści opublikowanego ogłoszenia mogłoby utrudnić egzekwowanie prawa lub w inny sposób byłoby sprzeczne z interesem publicznym, mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom gospodarczym konkretnego wykonawcy lub mogłoby negatywnie wpłynąć na uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami. Zauważyć należy, iż przepis ten jest tożsamy z art. 50 ust.

4 dyrektywy 2014/24/UE, z tym że dyrektywa obejmuje swoim zakresem także umowę ramową. Nieujawnienie informacji, o których mowa w komentowanym przepisie powinno być jednak traktowane jako wyjątek od zasady jawności i przejrzystości postępowania.

Informacje, których ujawnienie mogłoby utrudnić egzekwowanie prawa, to w szczególności informacje prawnie chronione, takiej jak informacje niejawne, dane osobowe oraz informacje stanowiące tajemnicę

¹⁰⁸ Art. 515 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

¹⁰⁹ Zob. art. 254 ustawy Pzp.

¹¹⁰ Zob. art. 515 ust. 4 pkt 2 lit. a ustawy Pzp.

przedsiębiorstwa. Informacje, których ujawnienie w inny sposób byłoby sprzeczne z interesem publicznym, obejmują przede wszystkim informacje niejawne. Do informacji, których ujawnienie mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom gospodarczym konkretnego wykonawcy lub mogłoby negatywnie wpłynąć na uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami, należy zaliczyć informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy¹¹¹.

Termin określony w tym przepisie ma charakter instrukcyjny. Artykuł 265 ust. 1 ustawy Pzp nie określa terminów końcowych czy początkowych, a uzależnia je od zdarzenia, którym jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zatem, termin ten można liczyć dopiero od momentu udzielenia zamówienia (zawarcia umowy).

W postępowaniach prowadzonych w oparciu o dział III komentowany przepis ma swój odpowiednik w art. 309 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią przywołanego przepisu, zamawiający nie później niż w terminie 30 dni od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o wyniku postępowania zawierające informację o udzieleniu zamówienia lub unieważnieniu postępowania. Obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych dotyczy zamówień, których wartość nie przekracza tzw. progów unijnych. Zakres informacji zamieszczanych w ogłoszeniu określa załącznik nr 3 do rozporządzenia w sprawie ogłoszeń.

Ogłoszenie o wyniku postępowania jest ogłoszeniem o charakterze obligatoryjnym, co oznacza iż jest obowiązkowe dla wszystkich umów w sprawie zamówienia publicznego we wszystkich trybach, w tym również w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Podobnie, jak w przypadku ogłoszenia o wyniku postępowania, o wartości powyżej progów unijnych, Zamawiający może nie zawierać niektórych informacji w ogłoszeniu, o którym mowa w art. 309 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli ich ujawnienie w treści opublikowanego ogłoszenia mogłoby utrudnić egzekwowanie prawa lub w inny sposób byłoby sprzeczne z interesem publicznym, mogłoby zaszkodzić uzasadnionym interesom gospodarczym konkretnego wykonawcy lub mogłoby negatywnie wpłynąć na uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami (art. 309 ust. 2 ustawy Pzp).

Przykład naruszenia art. 262 ustawy Pzp w wyniku kontroli Prezesa UZP.

Informacja o wyniku kontroli z dnia 7 listopada 2023 r., znak: KND/4/23/DKZP. Krajowa Izba Odwoławcza Uchwałą z dnia 11 grudnia 2023 r., sygn. akt KIO/KD 19/23 nie uwzględniła zastrzeżeń od wyniku kontroli. Z Informacji o wyniku kontroli:

W Informacji o wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził, iż stosownie do treści art. 309 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający nie później niż w terminie 30 dni od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o wyniku postępowania zawierające informację o udzieleniu zamówienia lub unieważnieniu postępowania.

Obowiązek zamieszczenia przez zamawiającego w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o wyniku postępowania dotyczy zarówno sytuacji, w której została zawarta umowa w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, jak i w sytuacji w której postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało unieważnione. Zakres informacji zamieszczanych w ogłoszeniu określa załącznik nr 3 rozporządzenia wydanego na podstawie art. 272 ust. 2 ustawy Pzp, tj. rozporządzenie w sprawie ogłoszeń w Biuletynie Zamówień Publicznych.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający po udzieleniu zamówień w dniu 5 grudnia 2022 r. oraz 8 grudnia 2022 r., opublikował ogłoszenia o wyniku postępowania w Biuletynie Zamówień Publicznych:

- 1) w dniu 10 marca 2023 r., pod numerem 2023/BZP 00130284/01;*
- 2) w dniu 10 marca 2023 r., pod numerem 2023/BZP 00130524/01;*

¹¹¹ H. Nowak, M. Winiarz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wydanie II, Warszawa 2023, str. 732.

3) w dniu 15 marca 2023 r., pod numerem 2023/BZP 00136512/01, tj. po upływie 3 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

Zaniechanie przez zamawiającego zamieszczenia ogłoszenia o wyniku postępowania w Biuletynie Zamówień Publicznych w ustawowym terminie stanowi naruszenie art. 309 ust. 1 ustawy Pzp.

III. Ogłoszenie o wykonaniu umowy.

Zgodnie z art. 448 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o wykonaniu umowy, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2, tj. zasadach dotyczących zamieszczania ogłoszeń w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Termin 30 dni na zamieszczenie w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o wykonaniu umowy powinien być liczony od dnia spełnienia przez wykonawcę świadczenia, czyli od dnia, w którym wykonawca wykona umowę. Należy zwrócić uwagę, że początek biegu terminu, o którym mowa w art. 448 ustawy Pzp powinno się każdorazowo ustalać indywidualnie w odniesieniu do danego zamówienia. Co do zasady przyjmuje się, że przez wykonanie umowy cywilnoprawnej należy rozumieć jako spełnienie wszystkich zobowiązań i warunków umownych przez strony umowy zgodnie z ustalonymi terminami i warunkami. Niemniej jednak stwierdzić należy, iż zasadne wydaje się przyjęcie, że na potrzeby zrealizowania obowiązku przewidzianego w komentowanym przepisie umowę można uznać za wykonaną, gdy zrealizowany zostanie przedmiot świadczenia głównego.

Posiłkując się regulacją przepisu art. 446 ust. 4 ustawy Pzp, należy wskazać, iż obowiązek publikacji ogłoszenia o wykonaniu umowy będzie się aktualizował od dnia sporządzenia protokołu odbioru lub uznania przez zamawiającego umowy za wykonaną. Warto podkreślić, iż zamawiający nie powinien czekać z publikacją ogłoszenia o wykonaniu umowy do np. zakończenia okresu gwarancji czy rękojmi, tylko wykonać ciążący na nim obowiązek w terminie 30 dni od wykonania umowy (np. przyjęcia czy odbioru przedmiotu dostawy). Należy podkreślić, że przepis art. 448 ustawy Pzp odnosi się do każdej umowy zawartej po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której realizacja została zakończona i to niezależnie od tego, czy umowa została wykonana w całości w terminie, czy też została zakończona przed terminem (i wykonana jedynie w ograniczonym zakresie)¹¹².

Ogłoszenie o wykonaniu umowy to ogłoszenie obligatoryjne dla wszystkich umów bez względu na tryb oraz wartość zamówienia, w tym również dla umów zawartych po przeprowadzeniu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. Co istotne, jeżeli zamawiający zawarł umowę po przeprowadzeniu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie przepisów ustawy Pzp, a następnie zamieścił ogłoszenie o wyniku postępowania w Biuletynie Zamówień Publicznych, to również powinien zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o wykonaniu umowy.

Koniecznym jest zwrócenie uwagi, iż obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o wykonaniu umowy powstaje również w sytuacji odstąpienia od umowy przez zamawiającego na mocy art. 456 ustawy Pzp bądź rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego albo mocą postanowień umownych lub porozumienia stron¹¹³.

Zamawiający zobligowany jest do zamieszczenia w ogłoszeniu o wykonaniu umowy, m. in. informacji o tym, czy umowa została wykonana, oraz informacji, czy umowa została wykonana należycie.

Jednocześnie należy zwrócić uwagę, iż obowiązek publikacji ogłoszenia o wykonaniu umowy dotyczy zarówno umów zawartych w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o wartości mniejszej niż progi unijne, jak i równej lub przekraczającej te progi. A więc obowiązek publikacji tego rodzaju ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych aktualizuje się niezależnie od tego, czy

¹¹² Zob. załącznik nr 7 do rozporządzenia w sprawie ogłoszeń.

¹¹³ Tamże.

postępowanie poprzedzające zawarcie takiej umowy prowadzone było na podstawie przepisów działu II, czy działu III ustawy Pzp.

IV. Ogłoszenie o spełnieniu okoliczności, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 11–14 ustawy Pzp.

Zauważenia wymaga, iż zamawiający udzielający zamówienia z wolnej ręki na podstawie okoliczności określonych w art. 214 ust. 1 pkt 11-14 ustawy Pzp, tzw. zamówienia *in-house*, musi spełnić określone obowiązki ogłoszeniowe. Po pierwsze, zgodnie z art. 216 ust. 1 nowej ustawy Pzp, przed udzieleniem zamówienia *in-house* musi zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2 ustawy Pzp (co zostało wyjaśnione w pkt I). Następnie niezwłocznie, ale nie później niż w terminie 14 dni od dnia zakończenia postępowania, zamawiający musi zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o wyniku postępowania. Ponadto, w związku z tym, iż istnienie okoliczności uprawniających do udzielenia zamówienia *in-house*, jest wymagane przez cały okres, na jaki została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, art. 214 ust. 4 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o spełnieniu tych okoliczności w terminie 30 dni po upływie każdego 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, na zasadach określonych w dziale III rozdziale 2 ustawy Pzp. Wskazane wyżej obowiązki dotyczą zamówień *in-house* niezależnie od ich wartości.

6.4. Wyłączenie stosowania określonych przepisów ustawy Pzp oraz podmiotowe środki dowodowe w trybie zamówienia z wolnej ręki.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż co do zasady postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki prowadzone jest na podstawie ogółu przepisów właściwych dla danego reżimu prawnego postępowań o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem regulacji ze swej istoty niezajmujących zastosowania do danego trybu (np. przepisy dotyczące ofert, z uwagi na brak oferty w postępowaniu w trybie z wolnej ręki). Jednakże w art. 215 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przewidział szereg wyłączeń fakultatywnych, które pozwalają zamawiającemu odstąpić od stosowania określonych instytucji prawnych wymaganych ustawą Pzp w toku postępowania w trybie z wolnej ręki celem uproszczenia procedury udzielenia zamówienia. W określonych sytuacjach zamawiający uprawniony jest do odstąpienia od stosowania następujących przepisów ustawy Pzp:

- art. 53-55 – dotyczących powoływania komisji przetargowej, zakresu jej kompetencji, składu, jak również powoływania biegłych;
- art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 – ustanawiających obligatoryjne przesłanki wykluczenia z postępowania w związku z prawomocnym skazaniem za określone przestępstwa wykonawcy będącego osobą fizyczną albo urzędującego członka organu zarządzającego lub nadzorczego wykonawcy, współnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta;
- art. 217 ust. 1 – przewidującego obowiązek przekazania wykonawcy zamówienia w trybie z wolnej ręki wraz z zaproszeniem do negocjacji informacji niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Przepis art. 215 ust. 1 ustawy Pzp limituje dopuszczalność stosowania powyższych wyłączeń jedynie do enumeratywnie wskazanych podstaw prawnych udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, które można podzielić na dwie kategorie:

| | |
|--|---|
| Nieograniczone (art. 215 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), obejmujące podstawy wskazane w: | Ograniczone celem albo przedmiotem, obejmujące podstawy wskazane w: |
|--|---|

| | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> • art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. b; • art. 214 ust. 1 pkt 2; • art. 214 ust. 1 pkt 4; • art. 214 ust. 1 pkt 9; • art. 214 ust. 1 pkt 10. | <ul style="list-style-type: none"> • art. 214 ust. 1 pkt 5 - w celu ograniczenia skutków zdarzenia losowego wywołanego przez czynniki zewnętrzne, którego nie można było przewidzieć, w szczególności zagrażającego życiu lub zdrowiu ludzi lub grożącego powstaniem szkody o znacznych rozmiarach (art. 215 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp); • art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a, których przedmiotem są: <ol style="list-style-type: none"> 1) dostawy wody za pomocą sieci wodociągowej lub odprowadzanie ścieków do sieci kanalizacyjnej; 2) dostawy gazu z sieci gazowej; 3) dostawy ciepła z sieci ciepłowniczej; <ol style="list-style-type: none"> a) usługi przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej, ciepła lub paliw gazowych (art. 215 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp). |
|--|---|

W szczególności wymaga zauważenia, iż ograniczenie zakresu stosowania wyłączeń wskazane w art. 215 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dla art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na cel determinujący udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki w wydatnym stopniu zawęża dopuszczalność stosowania danych wyłączeń względem ogólnego zakresu przesłanek udzielenia zamówienia dla wskazanej podstawy prawnej. Ograniczenie przedmiotowe wskazane w art. 215 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp związane jest natomiast z monopolistycznym charakterem poszczególnych usług, co pozwala na znaczne uproszczenie procedury.

A contrario, wyłączenia przewidziane w przepisie art. 215 ust. 1 ustawy Pzp nie znajdują zastosowania dla podstaw prawnych udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki określonych w art. 214 ust. 1 pkt 3, 6-8, 11-14 ustawy Pzp oraz w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a i pkt 5 ustawy Pzp dla innych okoliczności aniżeli wskazane w art. 215 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp.

W zakresie problematyki podmiotowych środków dowodowych w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki należy wskazać, iż z uwagi na niewystępowanie w przedmiotowej procedurze specyfikacji warunków zamówienia, zamawiający określa zakres żądanych podmiotowych środków dowodowych w ramach informacji przekazywanych wykonawcy wraz z zaproszeniem do negocjacji (art. 217 ust. 1 ustawy Pzp). Dla postępowań o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne znajduje tu zastosowanie ogólna regulacja art. 124 ustawy Pzp, co oznacza, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający:

- 1) żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia;
- 2) może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Podkreślenia wymaga, iż fakt względnego odformalizowania postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki jak również uczestnictwo w postępowaniu tylko jednego wykonawcy nie zwalnia zamawiającego z obowiązku przeprowadzenia weryfikacji podmiotowej tego wykonawcy. Zamawiający żąda podmiotowych środków dowodowych w zakresie określonym treścią rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415, dalej: „rozporządzenie w sprawie dokumentów”), jak również w razie potrzeby stosuje *mutatis mutandis* procedurę naprawczą z art. 128 ustawy Pzp.

Specyficzną osobiwość proceduralną dla trybu z wolnej ręki wprowadza jednakże art. 217 ust. 2 ustawy Pzp, stanowiący, iż wykonawca składa oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, oraz podmiotowe środki dowodowe nie później niż wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Uznać należy, iż regulacja ta zasadniczo wyłącza stosowanie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp w danym trybie, uprzywilejowując wykonawcę w ten sposób, iż zamawiający nie może wprost wyznaczyć wiążącego terminu na złożenie wskazanych w przepisie podmiotowych środków dowodowych oraz oświadczenia z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, zaś jedynym czasowym ograniczeniem dla wykonawcy, określonym ex lege, jest data zawarcia umowy w sprawie zamówienia.

Dodać należy, iż § 9 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów przewiduje, że okresy wyrażone w latach lub miesiącach, o których mowa w §9 ust. 1 pkt 1, 2 i 9 rozporządzenia w sprawie dokumentów, liczy się wstecz od dnia złożenia podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w §9 ust. 1 pkt 1, 2 i 9 rozporządzenia w sprawie dokumentów, w przypadkach, o których mowa m.in. w art. 217 ust. 2 ustawy Pzp.

Art. 217 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może odstąpić od żądania złożenia przez wykonawcę oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1. Tym samym niezależnie od faktu, iż postępowanie w trybie z wolnej ręki prowadzone jest w reżimie właściwym dla udzielenia zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, oświadczenie z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia ma charakter względnie obligatoryjny, tj. obowiązek jego złożenia istnieje, o ile zamawiający nie postanowi inaczej. Nadmienić należy, iż stosownie do treści §2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów, m.in. w przypadku, o którym mowa w art. 217 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający nie żądał od wykonawcy oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, jako podmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, zamawiający może żądać oświadczenia wykonawcy o braku podstaw wykluczenia w zakresie podstaw wykluczenia wymienionych w §2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia w sprawie dokumentów, tj.:

- a) art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp,
- b) art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, dotyczących orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka zapobiegawczego,
- c) art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, dotyczących zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji,
- d) art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp,
- e) art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, odnośnie do naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1170),
- f) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, dotyczących ukarania za wykroczenie, za które wymierzono karę ograniczenia wolności lub karę grzywny,
- g) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp,
- h) art. 109 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, dotyczących ukarania za wykroczenie, za które wymierzono karę ograniczenia wolności lub karę grzywny,
- i) art. 109 ust. 1 pkt 5-10 ustawy Pzp.

Urząd Zamówień Publicznych stoi na stanowisku, iż § 2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów nie dopuszcza odstąpienia od żądania złożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia w postępowaniu w trybie zamówienia z wolnej ręki zgodnie z art. 124 pkt 1 ustawy Pzp¹¹⁴.

Dla postępowań o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki o wartości mniejszej niż progi unijne, art. 306 ust. 2 ustawy Pzp przewiduje, iż zamawiający, przed udzieleniem zamówienia, może żądać od wykonawcy złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowych środków

¹¹⁴ Pismo UZP z dnia 7 lutego 2022 r., znak: DP.O.022.43.2022.PK.

dowodowych. Powyższa konstrukcja pozostawia zatem zamawiającemu szeroką swobodę co do sposobu prowadzenia weryfikacji podmiotowej wykonawcy. Jednocześnie należy stanąć na stanowisku, iż ustawodawca wymaga nie tylko *sensu stricto* żądania przez zamawiającego, ale także złożenia przez wykonawcę wskazanych środków na etapie przed udzieleniem zamówienia¹¹⁵. Do art. 306 ust. 2 ustawy Pzp zastosowanie znajduje także §2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów analogicznie jak w odniesieniu do art. 217 ust. 3 ustawy Pzp.

Przykłady z wyników kontroli prowadzonych przez Prezesa UZP:

Informacja o wyniku kontroli z dnia 10 września 2021 r., znak: KNZ/1/21/DKZP (dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego na podstawie ustawy Pzp2004):

[...] stwierdzono, iż w dokumentacji postępowania przekazanej do Urzędu brak jest informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej wykonawcy W[...]. w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 i 21 ustawy Pzp2004. [...]

Stosownie do treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp2004, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę:

12) *który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.*

Przepis art. 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów stanowi, że w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu zamawiający może żądać następujących dokumentów:

1) *informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy oraz, odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.*

Stosownie do treści art. 68 ust. 2 ustawy Pzp2004, najpóźniej wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawca składa oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych

na podstawie art. 11 ust. 8, również dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków. Przepis art. 25 stosuje się odpowiednio.

Przepis art. 25 ust. 1 ustawy Pzp2004 wskazuje natomiast, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

1) *spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,*

2) *spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,*

3) *brak podstaw wykluczenia*

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

¹¹⁵ Pismo UZP z dnia 22 kwietnia 2024 r., znak: DP.O.022.183.2024.PK.

Tym samym zasadne jest uznanie, iż w sytuacji, w której Zamawiający przewidział w zaproszeniu do negocjacji obowiązek złożenia przez wykonawcę dokumentów na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, wykonawca zobowiązany jest do złożenia tych dokumentów, zaś Zamawiający – do ich weryfikacji pod względem istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania. W przypadku niezłożenia tych dokumentów przez wykonawcę, obowiązkiem Zamawiającego jest wezwanie wykonawcy do ich złożenia.

Jednocześnie nie sposób uznać argumentacji Zamawiającego, który powołuje się na wiedzę co do sytuacji formalnoprawnej wykonawcy w związku z posiadaniem całości udziałów spółki-wykonawcy. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na fakt, że to sam Zamawiający żądał od konkretnego wykonawcy złożenia dokumentów na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia w zakresie podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 i 21 ustawy Pzp2004 w zaproszeniu do negocjacji, co daje podstawę do uznania, iż Zamawiający nie posiadał wiedzy w tym zakresie. Niemniej jednak niezależnie od faktycznie posiadanej przez Zamawiającego wiedzy należy podkreślić, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w ramach trybu z wolnej ręki jest postępowaniem sformalizowanym, co oznacza, iż wykazywanie określonych faktów odbywa się w ramach skonkretyzowanych w treści ustawy Pzp2004 procedur i poprzez wskazane w ustawie środki. W odniesieniu do braku podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, na podstawie przytoczonych powyżej przepisów należy przyjąć, iż wykazanie przedmiotowej okoliczności powinno nastąpić poprzez złożenie przez wykonawcę informacji z Krajowego Rejestru Karnego, czego wykonawca zaniechał. W tym względzie nie może znaleźć uznania także twierdzenie Zamawiającego, że dany dokument nie był niezbędny do przeprowadzenia postępowania w sytuacji, jeśli był to dokument wskazany przez samego Zamawiającego w treści zaproszenia do negocjacji. Podkreślić należy także, iż jakkolwiek art. 68 ust. 2 ustawy Pzp2004 nie odwołuje się wprost do dokumentów składanych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, wykładnia systemowa i celowościowa przedmiotowego przepisu w kontekście treści art. 25 ustawy Pzp2004 daje podstawę do uznania, iż dyspozycja przepisu art. 68 ust. 2 ustawy Pzp2004 obejmuje także tego rodzaju dokumenty. Tym samym należy uznać, iż poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy W[...] do złożenia dokumentów na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp2004 w związku z §5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, a w konsekwencji – poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy W[...], który nie wykazał braku podstaw wykluczenia Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp2004.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń od wyniku kontroli.