

wPrzetargach

PORTAL PRAWA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

www.wPrzetargach.pl

<https://www.facebook.com/wprzetargach/>

MUSISZ
o tym wiedzieć

Udzielanie zamówienia z wolnej ręki

Wybrane zagadnienia

Numer 10/2020

Materiał edukacyjny

Drodzy Czytelnicy portalu,

portal wPrzetargach.pl to największy otwarty portal o stosowaniu przepisów o zamówieniach publicznych i kompendium wiedzy o zamówieniach publicznych.

Hołdujemy zasadzie: „Zawsze profesjonalnie o zamówieniach publicznych”.

Dokonyjemy analizy przepisów o zamówieniach publicznych, opartej na aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądowym, wynikach kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, obowiązujących opiniach prawnych Urzędu Zamówień Publicznych.

Wskazujemy rozbieżności interpretacyjne.

Informujemy o ważnych wydarzeniach związanych z funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych.

Wspieramy inicjatywy edukacyjne: konferencje, studia podyplomowe, seminaria, szkolenia.

Tworzymy publikacje i materiały szkoleniowe na najwyższym poziomie merytorycznym.

Każdego dnia chcemy być wsparciem dla tych, którzy tego wsparcia potrzebują.

Chcemy współtworzyć WASZ SUKCES, dlatego bądźcie z nami każdego dnia.



Józef Edmund Nowicki, Redaktor naczelny

Spis treści

- 4 Charakterystyka trybu i wszczęcie postępowania**
- 5 Powołanie komisji przetargowej**
- 7 Sporządzenie uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu**
- 8 Przekazanie zaproszenia do negocjacji**
- 8 Zawiadomienie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych**
- 9 Cel ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy (ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex-ante)**
- 13 Dostawy, usługi lub roboty budowlane świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze**
- 17 Dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych**
- 20 Wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć**
- 28 Udzielenie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone**
- 32 Zamówienia polegające na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych**
- 32 Zamówienia na dodatkowe dostawy**

MUSISZ o tym wiedzieć

Charakterystyka trybu i wszczęcie postępowania

Tryb zamówienia z wolnej ręki jest negocjacyjnym, jednoetapowym i niekonkurencyjnym trybem udzielania zamówień publicznych.

Zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą (art. 66 ust. 1 ustawy Pzp).

W trybie zamówienia z wolnej ręki nie dochodzi do złożenia oferty, nie sporządza się specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie żąda się wadium.

W trybie zamówienia z wolnej ręki zamawiający może natomiast żądać zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

W trybie zamówienia z wolnej ręki postępowanie kończy się z chwilą podpisania (zawarcia) umowy w sprawie zamówienia publicznego (udzielenia zamówienia).

Czynność wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki stanowi czynność zastrzeżoną wyłącznie dla kierownika zamawiającego. Kierownik zamawiającego może natomiast powierzyć pisemnie dokonanie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, pracownikowi zamawiającego (art. 18 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp).

Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki (art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp).

W trybie zamówienia z wolnej ręki przepisów art. 36 ust. 1-3 oraz art. 37 i 38 ustawy Pzp nie stosuje się.

Na podstawie art. 36 ust. 2a ustawy Pzp wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12-14 ustawy Pzp, którego

przedmiotem jest świadczenie usług użyteczności publicznej lub roboty budowlane, jest obowiązany osobiście wykonać kluczowe części tych usług lub robót.

Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki (art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp).

MUSISZ o tym wiedzieć

Powołanie komisji przetargowej

Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, kierownik zamawiającego powołuje komisję do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, kierownik zamawiającego może powołać komisję przetargową.

W przypadku zamówień udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki na dostawy, usługi lub roboty budowlane, które mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów (art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp), na dostawy, usługi lub roboty budowlane, które mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę, w przypadku udzielania zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej (art. 67 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp), a także gdy przeprowadzono konkurs, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej (art. 67 ust. 1

pkt 2 ustawy Pzp), a także zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający może odstąpić od powołania komisji przetargowej, wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp oraz przekazania zaproszenia do negocjacji.

Zamawiający może odstąpić od powołania komisji przetargowej, wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 14 oraz przekazania zaproszenia do negocjacji, także w przypadku:

- 1) w przypadku zamówień udzielanych na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, których przedmiotem są:
 - a) dostawy wody za pomocą sieci wodociągowej lub odprowadzanie ścieków do sieci kanalizacyjnej,
 - b) dostawy gazu z sieci gazowej,
 - c) dostawy ciepła z sieci ciepłowniczej,
 - d) usługi przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej, ciepła lub paliw gazowych;
- 2) w przypadku zamówień udzielanych na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 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;
- 3) jeżeli możliwe jest udzielenie zamówienia na dostawy na szczególnie korzystnych warunkach w związku z likwidacją działalności innego podmiotu, postępowaniem egzekucyjnym albo upadłościowym (art. 67 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp);
- 4) jeżeli zamówienie na dostawy jest dokonywane na giełdzie towarowej w rozumieniu ustawy z dnia 26 października 2000 r. o giełdach

towarowych, w tym na 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 tym na giełdzie towarowej innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego (art. 67 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp).

MUSISZ o tym wiedzieć

Sporządzenie uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu

Wszczęcie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki jest poprzedzone zatwierdzeniem przez kierownika zamawiającego uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru tego trybu udzielenia zamówienia.

Uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki zamieszcza się w protokole postępowania, ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia, a także w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy.

W protokole postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki zamawiający wskazuje imiona i nazwiska osób przygotowujących uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu udzielenia zamówienia oraz osobę, która dokonała wyboru wykonawcy zaproszonego do negocjacji.

MUSISZ o tym wiedzieć

Przekazanie zaproszenia do negocjacji

W trybie zamówienia z wolnej ręki wszczęcie postępowania następuje z chwilą przekazania zaproszenia do negocjacji wybranemu wykonawcy.

Wraz z zaproszeniem do negocjacji zamawiający przekazuje informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania, w tym istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub wzór umowy (art. 68 ust. 1 ustawy Pzp), a następnie zamawiający i wykonawca zaproszony do negocjacji, prowadzą negocjacje w celu wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

MUSISZ o tym wiedzieć

Zawiadomienie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

Zgodnie z art. 67 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania zawiadamia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia.

Z art. 67 ust. 2 ustawy Pzp wynika, że w przypadku udzielania zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na dostawy, usługi lub roboty budowlane, jeżeli wartość takiego zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach

wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, zamawiający w terminie 3 dni od wszczęcia postępowania zawiadamia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o jego wszczęciu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania trybu udzielenia zamówienia.

Podkreślenia wymaga, że celem przepisu art. 67 ust. 2 ustawy Pzp jest umożliwienie Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych wykonania jego ustawowego obowiązku czuwania nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień, w szczególności dokonania kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą Pzp.

Kontrola dokonywana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych polega również na badaniu, czy przy udzielaniu zamówienia nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp w zakresie zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

MUSISZ o tym wiedzieć

Cel ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy (ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex-ante)

Zgodnie z art. 62 ust. 2a ustawy Pzp w trybie negocjacji bez ogłoszenia zamawiający, niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej, może odpowiednio zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazać do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zawierające co najmniej:

- 1) nazwę (firmę) oraz adres zamawiającego;
- 2) określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia;

- 3) uzasadnienie wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia;
- 4) nazwę (firmę) albo imię i nazwisko oraz adres wykonawcy, którego ofertę wybrano.

W trybie zamówienia z wolnej ręki ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zostało unormowane w art. 66 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym w trybie tym zamawiający, po wszczęciu postępowania, może odpowiednio zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazać do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zawierające co najmniej:

- 1) nazwę (firmę) oraz adres zamawiającego;
- 2) określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia;
- 3) uzasadnienie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki;
- 4) nazwę (firmę) albo imię i nazwisko oraz adres wykonawcy, któremu zamawiający zamierza udzielić zamówienia.

Jednocześnie zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki.

Zgodnie natomiast z art. 146 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp umowa nie podlega unieważnieniu, jeżeli w przypadku określonym w art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawy Pzp, 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.

Z przepisu art. 146 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wynika zatem, że zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego nie podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub

zamówienia z wolnej ręki oraz miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawy Pzp oraz:

- 1) umowa została zawarta odpowiednio po upływie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych, albo
- 2) umowa została zawarta po upływie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy (ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex-ante) w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

W opinii „Wybrane kwestie dotyczące stosowania ustawy PZP przez publiczne instytucje kultury (opracowane na podstawie odpowiedzi skierowanej do Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego w związku z uwagami zgłaszanymi przez instytucje kultury i środowiska twórcze)”, Urząd Zamówień Publicznych zwrócił uwagę, że „Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy ma na celu 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. Niemniej jednak ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy ma charakter fakultatywny i jego zamieszczenie jest pozostawione decyzji zamawiającego. Celem zachęcenia zamawiających do poddania się takiej kontroli wykonawców, ustawa ustawy Pzp zawiera szereg uregulowań sprzyjających podjęciu decyzji o zastosowaniu tej instytucji.

Główną korzyścią, jaką odnosi zamawiający poprzez publikację ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy jest uniknięcie negatywnych konsekwencji związanych z unieważnieniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Co do zasady

¹ <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/wybrane-kwestie-dotyczące-stosowania-ustawy-pzp-przez-publiczne-instytucje-kultury-opracowane-na-podstawie-odpowiedzi-skierowanej-do-ministra-kultury-i-dziedzictwa-narodowego-w-zwiazku-z-uwagami-zglaszanymi-przez-instytucje-kultury-i-srodowiska-tworcze> (dostęp w dniu 29 kwietnia 2029 r.)

bowiem, stosownie do brzmienia art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy ustawy Pzp, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki.

Art. 146 ust. 2 ustawy Pzp ustanawia wyjątek od powyższej reguły, stanowiąc, iż w przypadku, gdy zamawiający zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem przepisów określających przesłanki stosowania tych trybów, ale miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą i jednocześnie 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, to umowa ta nie podlega unieważnieniu.

Znaczenie normatywne ww. przepisów jest takie, że umowa w sprawie zamówienia publicznego nie będzie podlegała unieważnieniu nawet w sytuacji, gdy zamawiający zastosował jeden z ww. trybów wbrew przesłankom określonym ustawą ustawy Pzp, o ile uprzednio zamawiający ten skorzystał z możliwości publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, dochował terminu wstrzymania się z zawarciem umowy i pozostawał w usprawiedliwionym przekonaniu, iż jego działanie jest zgodne z prawem.

Powyższy przepis jest spójny z przepisem art. 182 ust. 3 i 4 ustawy Pzp ustanawiającym terminy do wniesienia odwołania. Art. 146 ust. 2 ustawy Pzp określa bowiem termin wstrzymania się przez zamawiającego z zawarciem umowy (tzw. standstill) i jest to odpowiednio 5 dni dla postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne i 10 dni dla postępowań o wartości równej lub wyższej niż progi unijne, liczonych od dnia publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. W tym też terminie, zgodnie z art. 182 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia odwołań. Ewentualne zasadne kwestionowanie w tym czasie wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki – wobec zakazu zawarcia umowy do czasu ogłoszenia orzeczenia KIO – umożliwia sanowanie

wadliwej czynności zamawiającego przed zawarciem umowy. Na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego środki ochrony prawnej są najefektywniejsze zarówno z punktu widzenia wykonawcy dochodzącego swoich praw, jaki i z punktu widzenia zamawiającego, który może „naprawić” postępowanie bez negatywnych konsekwencji wynikających z unieważnienia umowy zawartej z naruszeniem prawa. W sytuacji, gdy zamawiający nie zdecyduje się skorzystać z możliwości opublikowania ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy uniemożliwia wykonawcom, którzy byłiby ewentualnie zainteresowani udziałem w postępowaniu, wniesienie odwołania od decyzji o wyborze trybu niekonkurencyjnego przed zawarciem umowy. Z tych przyczyn ustawa ustawy Pzp, uprawnia wykonawców do wnoszenia środków ochrony prawnej w związku z naruszeniem prawa prowadzącym do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminach dłuższych niż w przypadku, gdy zamiar zawarcia umowy został ogłoszony.”.

MUSISZ o tym wiedzieć

Dostawy, usługi lub roboty budowlane świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze

Na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

W przypadku tej przesłanki bez znaczenia jest pochodzenie wykonawcy. Zamawiający analizując wystąpienie okoliczności określonej w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit.

a) ustawy Pzp powinien wziąć pod uwagę nie tylko rynek polski, ale również rynek innych, no. państw członkowskich GPA (tak w uchwale z dnia 28 kwietnia 2014 r., KIO/KD 37/14).

Nie oświadczenie wykonawcy, tylko stan faktyczny stanowi podstawę zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Oznacza to, że w danym miejscu i czasie dane zamówienie może zrealizować tylko jeden wykonawca, a źródła zaistniałego stanu rzeczy należy poszukiwać w przyczynach technicznych, z zastrzeżeniem, że muszą mieć one charakter obiektywny. Ciężar wykazania zaistnienia przesłanek określonych w ww. przepisie ciąży na zamawiającym.

To zamawiający zobowiązany jest wykazać zaistnienie owych „przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze”, które uniemożliwiają udzielenie określonego zamówienia innemu podmiotowi, przy czym powołanie się na tą przesłankę musi być poparte rzeczywistym monopolem danego wykonawcy na realizację danego zamówienia.

Okolicznością uzasadniającą zastosowanie tej przesłanki nie może być subiektywne przekonanie zamawiającego, że tylko jeden wskazany przez niego wykonawca daje gwarancję wykonania tego konkretnego zamówienia (tak w uchwale z dnia 28 kwietnia 2014 r., KIO/KD 37/14).

Możliwość wykonania określonej usługi, dostawy lub roboty budowlanej tylko przez jednego wykonawcę musi mieć charakter obiektywny i trwały.

W przypadku art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp chodzi o wykazanie istnienia monopolu na rynku określonych dostaw, usług lub robót budowlanych. Możliwość wykonania określonej usługi, dostawy lub roboty budowlanej tylko przez jednego wykonawcę musi mieć charakter obiektywny i trwały oraz nie może opierać się na subiektywnym przekonaniu zamawiającego, że określony wykonawca wykona zamówienie najlepiej, dysponuje najlepszą wiedzą i doświadczeniem, najlepszymi

osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jest w najlepszej sytuacji ekonomicznej i finansowej lub cieszy się największym uznaniem na rynku określonych usług, dostaw lub robót budowlanych.

Przesłanka świadczenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze musi być poparta rzeczywistym monopolem danego wykonawcy na uzyskanie od niego zamówienia. Subiektywne przekonanie zamawiającego, że tylko jeden wskazany przez niego wykonawca daje gwarancję najlepszego wykonania danego przedmiotu zamówienia, nie jest wystarczającym wypełnieniem w/w przesłanki.

W uchwale z dnia 7 kwietnia 2009 r., KIO/KD 8/09, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „Przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp nie może znaleźć zastosowania w sytuacji, gdy na rynku obiektywnie rzecz biorąc istnieją wykonawcy zdolni zrealizować zamówienie”.

Przepisy ustawy Pzp nie zawierają katalogu przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, które uzasadniałyby zastosowanie przez zamawiających zamówienia z wolnej ręki. Brak jest również wytycznych, jakimi zamawiający powinni się kierować decydując się na udzielenie zamówienia z wolnej ręki.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że przyczyny techniczne, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp występują wówczas, gdy usługi świadczy wykonawca mający monopol na świadczenie usług danego rodzaju. Przyczyną może być konieczność zachowania uprzednich norm, parametrów czy standardów, których jednoznaczność nie powinna pozwalać na jakiegokolwiek odstępstwa.

Przyczyny techniczne pozostają najczęściej w ścisłym związku ze szczególnymi cechami przedmiotu zamówienia. Mogą np. znaleźć zastosowanie w sytuacji unikatowej technologii, którą dysponuje tylko jeden wykonawca albo w konieczności kontynuowania standardu urządzeń, którymi dysponuje zamawiający.

Możliwość zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp wymaga od zamawiających wykazania, że szczególne przyczyny techniczne zamówienia powodują, że jego wykonanie jest możliwe tylko przez jednego wykonawcę.

W wyroku z dnia 6 lipca 2001 r., III RN 16/01, Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że „przesłanka prawna jedyne „wykonawcy”, warunkująca dopuszczalność udzielenia tzw. 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 publicznych, zasadniczo w trybie przetargu”.

W powyższą linię orzeczniczą wpisuje się także Krajowa Izba Odwoławcza (np. uchwała z dnia 25 czerwca 2009 r., KIO/KD 16/09; uchwała z dnia 30 grudnia 2009 r., KIO/KD 54/09, uchwała z dnia 26 czerwca 2013 r. KIO/KD 58/13).

Okolicznością uzasadniającą zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp nie mogą być także trudności związane z brakiem kompatybilności sprzętu, gdyż na ogół nie mają one (trudności) nieprzewidywalnego charakteru i nie świadczą o monopolu jednego wykonawcy (tak w uchwałach z dnia 2 kwietnia 2012 r., KIO/KD 37/12 i z dnia 6 lutego 2012 r., KIO/KD 13/12).

Przyczyną techniczną o obiektywnym charakterze nie może być możliwość utraty gwarancji. W uchwale z dnia 26 kwietnia 2012 r., KIO/KD 43/12, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „możliwość utraty gwarancji na system sygnalizacji pożaru ze względu na ingerencję innego podmiotu w ww. system poprzez wprowadzenie do niego innych urządzeń nie stanowi przyczyny technicznej o obiektywnym charakterze. To Zamawiający konstruując umowę o zamówienie publiczne na

dostarczony system mógł w sposób wyraźny doprecyzować, że dodanie dodatkowych elementów systemu przez inny podmiot nie wpłynie na uprawnienia zamawiającego z tytułu gwarancji na dostarczony system. W konsekwencji to nie przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze, lecz zaniechanie Zamawiającego odpowiedniego ukształtowania postanowień umownych były powodem dla którego zdecydował się udzielić zamówienia wykonawcy realizującemu system”.

MUSISZ o tym wiedzieć

Dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych

Na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli 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.

W przypadku art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp chodzi o przypadki związane m. in. z ochroną praw autorskich i praw pokrewnych na podstawie przepisów ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz o przypadki związane z ochroną patentową i ochroną innych praw wyłącznych udzieloną na podstawie ustawy - Prawo własności przemysłowej. Jednocześnie zamawiający obowiązany jest wykazać, że nie występuje sytuacja preferowania danej usługi lub produktu objętych ochroną wynikającą z praw wyłącznych, jeżeli inne produkty lub usługi (substytuty) mogą obiektywnie zaspokoić jego potrzeby („nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze”). Oznacza to, że

działanie zamawiającego nie może w żaden sposób powodować zaistnienia okoliczności, od których zaistnienia ustawodawca uzależnia zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp.

Ochrona praw wyłącznych nie może wynikać z zawartej umowy, w której zamieszczone były postanowienia o ochronie tych praw (zob. uchwałę z dnia 21 czerwca 2012 r., KIO/KD 52/12, oraz orzeczenie GKO z dnia 30 czerwca 2011 r., BDF1/4900/21/25/11/983).

Źródłem tej ochrony należy poszukiwać w ustawie, a nie w stosunku zobowiązaniowym (zob. uchwałę z dnia 7 stycznia 2016 r., KIO/KD 72/15).

Do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp nie wystarczy, by przedmiot zamówienia objęty był ochroną prawa wyłącznego. Zamawiający musi wykazać, że wykonanie przedmiotu zamówienia publicznego przez innego wykonawcę jest niemożliwe ze względu na przysługującą danemu podmiotowi ochronę praw wyłącznych oraz że istnienie takich praw wyłącznych skutkuje koniecznością udzielenia zamówienia właśnie temu podmiotowi. Konieczne jest zatem spełnienie dwóch przesłanek – istnienie praw wyłącznych oraz jednego podmiotu zdolnego do realizacji zamówienia, pomiędzy którymi musi zachodzić związek przyczynowo - skutkowy.

Pierwsza przesłanka wymaga, aby zamawiający wykazał, że na rynku istnieje tylko jeden wykonawca, który może świadczyć dostawy, usługi lub roboty budowlane z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych oraz że nie istnieją rozwiązania równoważne tym, objętym prawem wyłącznym, które odpowiadałyby rzeczywistym potrzebom zamawiającego.

Dla zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp nie wystarczy wykazać, że dostawa, usługa lub robota budowlana jest chroniona prawami wyłącznymi. Konieczne jest również wykazanie, że przedmiot zamówienia może być wykonany wyłącznie przez jednego wykonawcę. „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” (zob. uchwałę z dnia 31 grudnia 2010 r., KIO/KD 105/10). Ochrona praw wyłącznych nie może wynikać z zawartej umowy, w której zamieszczone były postanowienia o ochronie tych praw (zob. uchwałę z dnia 21 czerwca 2012 r., KIO/KD 52/12).

Prawami wyłącznymi w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp są m.in. prawa własności rzeczy, a także prawa własności intelektualnej (prawa autorskie, patenty, wzory użytkowe, znaki towarowe). Zakres prawa wyłącznego musi obejmować wyłączne uprawnienie (z wyłączeniem innych osób) do korzystania z rzeczy lub innego dobra. W przypadku przesłanki „związanej z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów” zamawiający musi wykazać, że nie istnieją dostawy, usługi lub roboty budowlane mogące zastąpić dostawy, usługi lub roboty budowlane objęte prawem wyłącznym, spełniające określone potrzeby zamawiającego.

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy Pzp nie może znaleźć zastosowania w sytuacji, gdy na rynku istnieje wielu wykonawców mogących wykonać zamówienie publiczne. Zamawiający musi zatem udowodnić, że tylko wykonawca zaproszony do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki jest w stanie świadczyć dostawy, usługi lub roboty budowlane stanowiące przedmiot zamówienia publicznego. Taki stan rzeczy musi być trwały.

W uchwale z dnia 7 kwietnia 2010 r., KIO/KD 23/10, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że przyjęcie iż jedynym wykonawcą mogącym zrealizować przedmiotową umowę z uwagi na ochronę praw autorskich jest podmiot, który wykonał poprzednie umowy, mogłoby prowadzić do patologii rynku zamówień publicznych i akceptowania sztucznego monopolu. Można wyobrazić sobie sytuację, w której zamawiający nie doprowadzają do przeniesienia autorskich

praw majątkowych i wiążą się w ten sposób z konkretnym wykonawcą, który jako jedyny będzie mógł realizować przyszłe umowy o dużo większych wartościach niż umowa pierwotna.

Podobne stanowisko wyraził Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 6 kwietnia 2006 r., II GSK 7/06, gdzie wskazano, że „praktyka udzielania podobnych zamówień z wolnej ręki mogłaby doprowadzić do omijania wymogów ustawy Prawa zamówień publicznych przez jednostki tego sektora, które zawierałyby umowy wstępne na niewielką wartość tylko po to, aby powołując się na ochronę praw wyłącznych dokonywać później swobodnego wydatkowania środków znacznej wartości z pominięciem wymogów tej ustawy”.

MUSISZ o tym wiedzieć

Wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki 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 może udzielić zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, gdy wszystkie przesłanki określone w tym przepisie zostaną łącznie spełnione i pomiędzy wszystkimi wymienionymi uwarunkowaniami będzie zachodzić zarówno związek przyczynowo - skutkowy oraz związek czasowy (zob. uchwały KIO/KD 17/12, KIO/KD 94/11 i KIO/KD 18/11).

Wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, w której wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia musi być dla zamawiającego nieprzewidywalna. Wyjątkową sytuacją będzie zatem takie zdarzenie, którego wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne, przy czym przewidywalność określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych, podobnych do należytej staranności, którą winien zachować dłużnik. Do takich wyjątkowych sytuacji należy zaliczyć zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, tj. zdarzenia o charakterze przyszłym, nieprzewidzianym, nagłym i niezależnym od woli zamawiającego (klęski żywiołowe, katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki), a także zdarzenia wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego.

Celem udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jest potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia, wynikająca z konieczności uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań, mających na celu uniknięcie tych skutków. Potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia musi wynikać z konieczności uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań i dotyczyć wyłącznie zakresu koniecznego do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom określonego zdarzenia, zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb zamawiającego w czasie niezbędnym do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w innych trybach.

„Natychmiastowość 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 środowiska” (zob. uchwałę z dnia 6 stycznia 2015 r., KIO/KD 115/14).

„Pilna potrzeba udzielenia zamówienia lub wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, których wcześniej nie można było przewidzieć” to przesłanki o charakterze obiektywnym i bezwzględny, co oznacza to, że powinny wynikać z przyczyn niezależnych od zamawiającego, nie zaś z uchybień lub niedołożenia należytej staranności na etapie przygotowania lub przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W uchwale KIO/KD 21/09 Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „że istotną cechą charakteryzującą zamówienia udzielone w oparciu o przesłankę art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jest natychmiastowość wykonania, szybka reakcja i krótki okres trwania zamówienia, mający na celu jedynie usunięcie absolutnie niezbędnych skutków zdarzenia niemożliwego do przewidzenia.”

Pojęcie „natychmiastowy”, oznacza taki, który nastąpił lub nastąpi w jak najkrótszym czasie po pewnym innym zdarzeniu, o którym mowa lub o którym wiadomo. Potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia oznacza zatem wykonanie zamówienia jak najszybciej, zaraz po ustąpieniu okoliczności, które tę potrzebę spowodowały. Przyjmuje się, że „natychmiastowe wykonanie zamówienia” oznacza konieczność jego realizacji „szybciej niż pilnie”, czyli właściwie „z dnia na dzień” (zob. wyrok z dnia 18 września 2013 r., KIO 2137/13).

W uchwale z dnia 8 sierpnia 2014 r., KIO/KD 70/14, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła natomiast uwagę, że „Odróżnić zatem należy „pilne udzielenie zamówienia”, o którym mowa w art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp od „natychmiastowego wykonania zamówienia”, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie dotyczy udzielania zamówień, których wykonanie trwa dłużej niż natychmiast, np. trwa miesiąc, jak w niniejszej sprawie. Potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia podyktowana jest koniecznością uniknięcia negatywnych skutków zaniechania niezwłocznego podjęcia działań, mających na celu uniknięcie tych skutków. Musi ona wynikać z konieczności ochrony interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidzianych okoliczności, a który może

doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na wykonanie zamówienia. Do takich interesów zalicza się w szczególności ochronę życia i zdrowia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku i ochronę środowiska. Zagrożenie niedotrzymania terminów określonych w umowie o dofinansowanie projektu ze środków Unii Europejskiej nie stanowi interesu w powyższym rozumieniu, co zostało potwierdzone w orzecznictwie sądowo-administracyjnym (zobacz wyrok WSA w Warszawie z dnia 24 marca 2009 r., V SA/Wa 3123/08, Lex 507731).”

Tak, jak w przypadku „pilnej potrzeby udzielenia zamówienia niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć”, „wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, w której wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia” musi być dla zamawiającego takim zdarzeniem, którego wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne, przy czym przewidywalność określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych. Do wyjątkowej sytuacji niewynikających z przyczyn leżących po stronie zamawiającego należy zaliczyć zdarzenia losowe o charakterze przyszłym i nieprzewidywanym, jak klęski żywiołowe (powodzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki (zob. uchwałę z dnia 27 stycznia 2015 r., KIO/KD 2/15), a także zdarzenia wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego.

W wyroku z dnia 12 września 2012 r., KIO 1833/12, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Okolicznością nieprzewidywalną jest taki przypadek, którego wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne, przy czym przewidywalność określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych, podobnych do należytej staranności, którą winien zachować dłużnik. Do takich okoliczności doktryna oraz orzecznictwo zaliczają zjawiska losowe i niezależne.”

W uchwale z dnia 29 czerwca 2015 r., KIO/KD 35/15, Krajowa Izba Odwoławcza uznała natomiast, że „okoliczność upływu terminu na sfinansowanie określonej inwestycji czy przedsięwzięcia sama w sobie nie może stanowić o wypełnieniu się przesłanki konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Przesłankę tę należałoby wykazać w kontekście obiektywnych okoliczności wskazujących na potrzebę uzyskania i wykorzystania określonego efektu prac objętych zawartą umową w sprawie zamówienia publicznego, niezależnie oczywiście od konieczności wykazania innych przesłanek do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p., przywołanych powyżej (w tym choćby braku przewidywalności wykonania prac na wcześniejszym etapie).”

W wyroku z dnia 16 września 2010 r., V SA/Wa 1404/10 za wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego Naczelny Sąd Administracyjny nie uznał zaburzeń geologicznych w kopalni węgla kamiennego. Zdaniem Sądu zaburzeniom geologicznym w kopalni węgla kamiennego nie można przypisać cech wyjątkowości, gdyż są zjawiskiem charakterystycznym dla danego regionu i powtarzającym się co pewien czas, którego można spodziewać się w każdej chwili, choć o różnym przebiegu i różnej intensywności. Za wyjątkową sytuację, której zamawiający nie mógł przewidzieć nie można uznać wystąpienia wysokich mrozów lub obfitych opadów śniegu w miesiącach styczniu lub lutym, w rejonach, gdzie cyklicznie w tych miesiącach takie mrozy lub opady śniegu występują.

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie może być zastosowany w sytuacji możliwości wykorzystania środków finansowych przeznaczonych na zrealizowanie zamówienia publicznego (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 24 marca 2009 r., V SA/Wa 3123/08. Każde zamówienie realizowane na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, musi dotyczyć wyłącznie zakresu koniecznego do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom określonego zdarzenia oraz zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb zamawiającego w czasie niezbędnym do przeprowadzenia procedury udzielania zamówień

publicznych w warunkach uczciwej konkurencji. Zakres zamówienia determinowany czasem, powinien ograniczać się jedynie do terminu, który był absolutnie niezbędny do usunięcia skutków przedwczesnego zakończenia wykonywania usług sprzątnięcia miasta. Niedopuszczalne i sprzeczne z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, będzie objęcie zamówieniem takiego przedmiotu, który nie pozostaje w bezpośrednim związku z nadzwyczajnym zdarzeniem i wykracza poza jego rozmiar.

Wymóg natychmiastowego wykonania zamówienia będzie spełniony, gdy zachodzi potrzeba i konieczność realizacji zamówienia „szybciej niż pilnie”, tj. z dnia na dzień, gdy powstanie sytuacja wymagająca szczególnie szybkiej reakcji zamawiającego. Przesłanka ta znajduje zatem zastosowanie w sytuacjach wymagających od zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji (zob. uchwałę KIO/KD 26/12). Natychmiastowe wykonanie zamówienia oznacza podjęcie działań w celu wykonania zamówienia publicznego już z chwilą, gdy wystąpi wyjątkowa sytuacja.

W art. 62 ust. 1 pkt 4 i art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, chodzi o okoliczności obiektywnie nieprzewidywalne, tzn. takie, których zamawiający nie mógł przewidzieć przy dołożeniu należytej staranności.

Za wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, nie można uznać sytuacji, gdy zamawiający miał wiedzę o możliwości wystąpienia zdarzenia (np. powodzi), a nie poczynił wcześniej żadnych przedsięwzięć w celu zabezpieczenia ewentualnych skutków takiego zdarzenia. W takim przypadku zamawiający nie może powoływać się na trudności lub niemożność zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówień.

W kwestii „wyjątkowej sytuacji niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć” na uwagę zasługuje uchwała z dnia 6 sierpnia 2010 r., KIO/KD 58/10, w której Krajowa Izba Odwoławcza uznała za wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie

zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, decyzję o rozwiązaniu umowy podjętej przez samych zamawiających i przewidzianej w zawartej umowie.

W uchwale KIO/KD 58/10 Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Żaden inwestor nie zakłada podczas zawierania umowy, że od umowy trzeba będzie odstąpić z winy wykonawcy - Zamawiający również nie mógł się spodziewać, że nastąpi tak wiele istotnych uchybień (brak organizacji na placu budowy, zawarcie wbrew postanowieniom umowy umów z podwykonawcami, w szczególności w zakresie konstrukcji monolitycznych, niereagowanie na wezwania Zamawiającego etc.). Prezes UZP stwierdził, że „w przedmiotowej sprawie samo rozwiązanie umowy nie może stanowić okoliczności wyjątkowej oraz nieprzewidywalnej, albowiem była to decyzja podjęta przez samych Zamawiających.

W ocenie składu orzekającego fakt, że to zamawiający sami podjęli decyzję o rozwiązaniu dotychczasowej umowy nie może przemawiać za brakiem możliwości uznania, że była to decyzja nieprzewidywalna - bowiem uzależniona przecież była od nieprzewidywalnych przesłanek.

Zapewne, gdyby zapytać inwestora, przy podpisywaniu umowy czy odstąpiłby od niej, jeżeli wykonawca tak dalece opóźnia się z realizacją umowy, że realizacja przedmiotu umowy traci sens - odpowiedziałby, że tak, taka sytuacja uprawnia go do odstąpienia od umowy. Jednak o ile nie wystąpią bardzo poważne podstawy, decyzja o odstąpieniu nie nastąpi. Podsumowując, decyzja o odstąpieniu od umowy następuje niejako automatycznie po zaistnieniu pewnych przesłanek - jednak ich zaistnienie w trakcie realizacji umowy nigdy nie jest pewne.

O przewidywalności można byłoby mówić tylko wówczas, gdyby zostało wykazane, że to Zamawiający przez swoje zaniedbania w nadzorze dopuścili do opóźnień, które ostatecznie stały się podstawą wypowiedzenia umowy - jednak Izba nie jest uprawniona do takich ustaleń, zresztą nie można przeprowadzić analizy w tym zakresie nie znając stanowiska dotychczasowego wykonawcy inwestycji (jak już ostało wyżej powiedziane pewnych ustaleń mógłby dokonać

tylko sąd powszechny w ramach badania, czy wypowiedzenie umowy przez Zamawiających było zasadne). W takiej sytuacji trudno twierdzić, że Zamawiający mógł przewidzieć fakt rozwiązania umowy. Zapewne w miarę narastania opóźnień narastało prawdopodobieństwo wypowiedzenia umowy z winy wykonawcy, ale równie dobrze ostatecznie realizacja umowy mogła się zakończyć pomyślnie (Zamawiając podejmował wielokrotnie próby zmobilizowania wykonawcy, żądał przedstawienia planu naprawczego itd.), i nie ma żadnych podstaw w zgromadzonej dokumentacji, aby sądzić, że były to czynności pozorne.”

Przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, nie można zastosować, gdy zagrożony jest interes ekonomiczny zamawiającego, wynikający ze zdarzeń przewidywalnych. Potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia musi być uzasadniona koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań.

Udzielenie zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, musi 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 (tak w: orzeczeniu Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości C-107/92 Komisja przeciwko Republice Włoch oraz C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji).

MUSISZ o tym wiedzieć

Udzielenie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone

Na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w postępowaniu prowadzonym m. in. w trybie przetargu nieograniczonego nie zostały złożone żadne oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia lub wszyscy wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania, a pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

W wyroku z dnia 24 sierpnia 2017 r., KIO 1668/17, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „przepis art. 67 ust. 1 ustawy Pzp określa szczególne i wyjątkowe okoliczności, o których mowa m.in. w motywie 50 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, które uprawniają zamawiającego do stosowania trybu z wolnej ręki, którego istota przesądza o dopuszczalnym (legalnym) ograniczeniu konkurencyjności w ściśle określonych przypadkach. W przypadku wystąpienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający nie ma obowiązku weryfikować, czy nie ma na rynku podmiotów, które są w stanie zrealizować zamówienie. Żaden przepis ustawy Pzp nie nakłada na zamawiającego takiego obowiązku. (...) W szczególności w świetle przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, Zamawiający nie ma obowiązku wykazania, że na rynku istnieje tylko jeden podmiot zdolny do wykonania zamówienia. Z tego też względu takie informacje nie muszą być też zawarte w uzasadnieniu wyboru tego trybu przez zamawiającego.”

Przesłanka odrzucenia wszystkich ofert została zawężona do ich odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia.

W przypadku przesłanki wykluczenia konieczne jest, aby wszyscy wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania, na jakiegokolwiek podstawie wykluczenia z postępowania określonej w przepisach ustawy Pzp.

Za istotną zmianę należy uznać modyfikację pierwotnych warunków zamówienia, polegającą na wprowadzeniu zmian, które - gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia - umożliwiłyby dopuszczenie innych wykonawców niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty. Za istotną zmianę należy uznać więc taką zmianę, która może wpływać na krąg potencjalnie zainteresowanych oferentów, stanowiąc naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Istotną zmianą warunków zamówienia będzie zatem każda zmiana pierwotnych warunków zamówienia, której wpływ na cenę oferty lub krąg wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o udzielenie zamówienia będzie znaczący.

Do warunków zamówienia w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należy zaliczyć m. in.: przedmiot zamówienia, w tym jego wielkość lub rozmiar), termin wykonania zamówienia, warunki udziału w postępowaniu, podstawy wykluczenia z postępowania, oświadczenia i dokumenty, potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, warunki dotyczące realizacji (wykonania) zamówienia określone we wzorze umowy w sprawie zamówienia publicznego (np. forma wynagrodzenia, warunki zapłaty, wysokość kar umownych, okoliczności naliczania kar umownych, warunki gwarancji, warunki zmiany umowy, warunki określone w harmonogramie rzeczowo finansowym), wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

W uchwale z dnia 13 lipca 2016 r., KIO/KD 45/16, 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. Takie stanowisko prezentuje również Komisja Europejska (por. pismo Komisji Europejskiej z dnia 6 września 2005 r., sygn. MARKT C2/LR/dm D (2005)11718).

W wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-250/07 Komisja przeciwko Grecji, pkt 52, uznano, że za stojącą w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców należy uznać taką modyfikację warunków udziału w postępowaniu, która gdyby była znana na etapie prowadzonego wcześniej postępowania o udzielenie zamówienia w jednym z trybów podstawowych, umożliwiłaby udział w nim innym wykonawców. Analogiczne stanowisko wyrażone zostało w wyroku w sprawie C-496/99 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko CAS Succhi di Frutta SpA, ECR 2004, s. I-3801, w wyroku z 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 Presse-text Nachrichtenagentur oraz w wyroku z 5 października 2000 r. w sprawie C-337/98 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej.

W uchwale z dnia 13 grudnia 2013 r., KIO/KD 110/13, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że warunki zamówienia zostały w istotny sposób zmienione, ponieważ w kontrolowanym postępowaniu zamawiający zmodyfikował przedmiot zamówienia poprzez obniżenie wysokości kwoty środków gotówkowych na sfinansowanie inwestycji z pierwotnie zakładanych 10.500.000 zł do kwoty 7.500.000 zł, których pozyskanie było przedmiotem zamówienia.

W uchwale z dnia 10 sierpnia 2018 r., KIO/KD 31/18, Krajowa Izba Odwoławcza za istotną zmianę warunków zamówienia uznała, zmianę terminu realizacji zamówienia o kilkanaście miesięcy. „W analizowanym stanie faktycznym, w postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, termin realizacji zamówienia wynosił 120 dni licząc od dnia podpisania umowy (...) oraz maksymalnie 7 miesięcy (...), biorąc pod uwagę termin składania ofert (...) oraz dzień, na który wyznaczono koniec terminu realizacji zamówienia (...). Natomiast w postępowaniu w trybie zamówienia z wolnej ręki termin realizacji zamówienia, na

skutek dwukrotnego aneksowania umowy (...), został ostatecznie przesunięty o ponad rok (...) i wynosił łącznie około 18 miesięcy. Należy zauważyć, 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 pierwotnych warunków zamówienia, niedozwoloną w świetle art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.”

W uchwale z dnia 3 grudnia 2013 r., KIO/KD 99/13, Krajowa Izba Odwoławcza zgodziła się z zamawiającym, że o ile wprowadzone przez niego w opisie przedmiotu zamówienia zmiany dotyczące przedmiotu zamówienia (rezygnacja z centralnej instalacji sprężonego powietrza wyposażonej w minimum 1 punkt poboru, dopuszczenie zamontowania dwóch, zamiast pierwotnie wymaganych czterech stalowych trąb w odniesieniu do dodatkowych sygnałów pneumatycznych, zmiana parametrów defibrylatora wskazanych w punktach 4, 23, 48-50 oraz właściwości worka samosprężalnego z wlotem dla tlenu, określone w punkcie 7) nie miały charakteru istotnego i były wynikiem negocjacji prowadzonych z wykonawcą w toku postępowania, a także znajdowały swoje oparcie w zapytaniach składanych w tym zakresie do zamawiającego w trybie uprzednio prowadzonych postępowań w trybie przetargu nieograniczonego, to zmiana w zakresie warunków udziału w postępowaniu była istotna i tym samym nie może wskazywać na wypełnienie dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że ustawodawca w art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp założył, że zamawiający w sposób istotny nie będzie dokonywał zmian pierwotnych warunków zamówienia. Skoro w prowadzonych uprzednio postępowaniach przetargowych zamawiający oczekiwał od wykonawców wykazania się określonym potencjałem w zakresie wiedzy i doświadczenia (co najmniej jedna dostawa ambulansu medycznego typu B lub C, o wartości nie mniejszej niż 350.000 zł), a także konkretnym potencjałem finansowym

(posiadanie środków finansowych lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 350.000 zł), uznając, że tylko taki doświadczony wykonawca może podjąć się dla niego realizacji przedmiotu zamówienia, analogiczne wymagania powinien był on przedstawić wybranemu przez siebie - faktycznie w sposób dowolny - wykonawcy, z którym prowadził negocjacje w sprawie zawarcia umowy. Takich warunków ani w zakresie doświadczenia, ani w zakresie potencjału finansowego zamawiający nie określił wobec wykonawcy zaproszonego do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, ani też tych kwalifikacji tego podmiotu nie zweryfikował w toku tego postępowania przed udzieleniem zamówienia publicznego. Z tych też względów nie dopełnił on ustawowego wymogu i nie wykazał wypełniania przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

MUSISZ o tym wiedzieć

Zamówienia polegające na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 6 i ust. 1a ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli łącznie zostaną spełnione następujące przesłanki:

- 1) zamówienie będzie udzielane w okresie 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego,
- 2) zamówienie będzie udzielone dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych,
- 3) zamówienie będzie polegało na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych,
- 4) zamówienie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla

zamówienia podstawowego i jest zgodne z jego przedmiotem,

- 5) całkowita wartość tego zamówienia została uwzględniona przy obliczaniu jego wartości,
- 6) w opisie zamówienia podstawowego wskazano ewentualny zakres tych usług lub robót budowlanych oraz warunki, na jakich zostaną one udzielone.

Dzień udzielenia zamówienia podstawowego to dzień podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Użyte w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wyrażenia „polegającego na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych” oraz „jest zgodne z jego przedmiotem” oznacza, że przedmiotem zamówienia, o którym mowa w tym przepisie, nie może być usługa lub robota budowlana nieujęta w opisie przedmiotu zamówienia podstawowego.

W uchwale z dnia 4 lutego 2015 r., KIO/KD 3/15, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Powołany przez zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp określa jedną z przesłanek trybu zamówienia z wolnej ręki, a mianowicie tę przesłankę, którą zamawiający – w niniejszym stanie faktycznym – wskazał, jako podstawę jego zastosowania. Jak stanowi powyższy przepis zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Zamówienie uzupełniające powinno być zgodne z przedmiotem zamówienia, a więc, jak stanowi dyrektywa 2004/18/WE, zgodne z „projektem podstawowym”.

Dokonując przy tym wykładni prounijnej oraz przyjmując słownikowe znaczenie słowa „projekt”, jako „zamiar, zamysł, zamierzony plan działania”, za „podstawowy projekt” czy za „przedmiot zamówienia podstawowego”, w rozumieniu ustawy, należy przyjąć jako planowane przez zamawiającego zamówienia, obejmujące zarówno zamówienie pierwotne (podstawowe), jak i zamówienia uzupełniające (System zamówień publicznych w Polsce pod redakcją Jacka Sadowego, wydawnictwo UZP, W-wa 2013). Oznacza to, iż wykonanie zamówienia uzupełniającego nie musi się odbywać w tym samym miejscu, w którym realizowane jest zamówienie podstawowe. Konieczne jest jednak powiązanie prac realizowanych w ramach zamówienia uzupełniającego z określonymi zamierzeniami, planami inwestycyjnymi realizowanymi w ramach zamówienia podstawowego. Zamawiający może bowiem udzielić zamówień uzupełniających na roboty budowlane tylko i wyłącznie w zakresie zamówienia podstawowego. Tymczasem zamawiający nie wykazał, iż przedmiot zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp) był częścią szerszego projektu czy przedsięwzięcia budowlanego, w którego zakres wchodzi zamówienie podstawowe, a tym samym, aby było ono zgodne z zamówieniem podstawowym. Przeciwnie, podniesione przez niego argumenty oraz przedstawione okoliczności faktyczne potwierdzają, że prace zrealizowane w ramach zamówienia uzupełniającego takim planem objęte nie były. Pojawiły się one dopiero na skutek zaistnienia określonych okoliczności, wskazanych następnie przez zamawiającego w treści uzasadnienia zastosowania tego trybu. Zamawiający podniósł bowiem, że »w trakcie realizacji zamówienia podstawowego zaobserwowano liczne zniszczenia nawierzchni ul. Naruszewicza na odcinku nie objętym przebudową, jak również, że dla poprawy bezpieczeństwa wszystkich uczestników ruchu oraz aby okolica nowo wybudowanego mostu była estetyczna niezbędny jest remont ww. ulicy. Zamówienie uzupełniające w takim zakresie - jak zamawiający wskazał w treści uzasadnienia jego zastosowania - nie było przez niego wcześniej przewidywane, a o jego zrealizowaniu zdecydowały kwestie bezpieczeństwa i estetyki, a nie fakt ich przewidywania na wcześniejszym etapie postępowania” (zob. także uchwałę z dnia 29 lipca 2014 r., KIO/KD 68/14.

MUSISZ o tym wiedzieć

Zamówienia na dodatkowe dostawy

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 7 i ust. 1b ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli łącznie zostaną spełnione następujące przesłanki:

- 1) zamówienie na dodatkowe dostawy będzie udzielone dotychczasowemu wykonawcy zamówienia podstawowego,
- 2) przedmiotem zamówienia będzie częściowa wymiana dostarczonych produktów lub instalacji albo zwiększenie bieżących dostaw lub rozbudowa istniejących instalacji,
- 3) 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,
- 4) zamówienie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego (art. 41 pkt 15, art. 48 ust. 2 pkt 15, art. 36 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp),
- 5) całkowita wartość tego zamówienia została uwzględniona przy obliczaniu jego wartości (art. 32 ust. 3 ustawy Pzp),
- 6) czas trwania umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia, o którym mowa w ust. 1 pkt 7, nie może przekraczać 3 lat (art. 67 ust. 1b ustawy Pzp).

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania do typowych zamówień o ustalonych standardach jakościowych lub gdy przedmiot dostawy może być zaoferowany przez wielu wykonawców, a nie tylko tego, który był dostawcą w ramach zamówienia podstawowego.

Zamieszczenie informacji o przewidywanych zamówieniach, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp, w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest warunkiem niezbędnym ich udzielenia². Obowiązek zamawiającego w zakresie zawierania w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających aktualizuje się również w odniesieniu do ogłoszeń przekazywanych Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, tak samo jak do ogłoszeń publikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych. Informacja o przewidywanych zamówieniach uzupełniających zamieszczona w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszeniu o zamówieniu powinna określać przedmiot oraz wielkości lub zakres zamówień uzupełniających.

Zamieszczenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszeniu o zamówieniu informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających nie daje wykonawcy, któremu udzielono zamówienia, podstawowego uprawnienia do roszczenia o udzielenie zamówienia uzupełniającego. Nie przysługuje mu również roszczenie do wykonawcy, aby ten wykonał zamówienie uzupełniające.

W przypadku dopuszczenia składania ofert częściowych albo udzielania zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, zamówieniem podstawowym, w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp, będzie każda (poszczególne) część zamówienia, a wartością zamówienia podstawowego, od której należy obliczać wartość przewidywanych zamówień uzupełniających, wartość każdej (poszczególnej) części zamówienia.

Jeżeli wartość zamówienia, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp, nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty, o

² Kontrola udzielania zamówień publicznych. Zamówienia dodatkowe na usługi i roboty budowlane w świetle ostatnich wyników kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2 z 2012 r., s. 16.

której mowa w art. 4 pkt 8 (w przypadku zamówień sektorowych – art. 133 ust. 1 ustawy Pzp), zamawiający nie stosuje przepisów Prawa zamówień publicznych.

Jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia, dotychczasowym wykonawcą usług, dostaw lub robót budowlanych lub robót budowlanych w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 lub art. 134 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp będą wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku zamawiający może żądać wykonania całości lub części przedmiotu zamówienia od wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie zamawiającego przez któregokolwiek z tych wykonawców zwalnia pozostałych (zob. art. 141 ustawy Pzp).

Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych, wyrażonym w opinii „Zamówienia dodatkowe i uzupełniające dla konsorcjum”³, wykładnia przepisu art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie wyklucza możliwości udzielenia zamówienia, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jednemu lub kilku wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia, któremu udzielono zamówienia podstawowego.

W opinii Urząd Zamówień Publicznych stwierdza również, że w tym zakresie konieczne jest przyjęcie wykładni funkcjonalnej i systemowej przepisu art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. „Ustalenie sensu normatywnego przesłanki udzielenia zamówienia dodatkowego i uzupełniającego „dotychczasowemu wykonawcy”, jako gwarancji przejrzystości procedur udzielania zamówień publicznych, nie prowadzi wprost do zakwestionowania możliwości udzielenia takiego zamówienia jednemu albo niektórym wykonawcom uczestniczącym w konsorcjum wykonującym zamówienie podstawowe. W dalszym bowiem ciągu jest zachowany

³<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/zamowienia-dodatkowe-i-uzupelniajace-dla-konsorcjum> (dostęp w dniu 1 lipca 2019 r.).

zamknięty krąg podmiotów, którym może zostać udzielone zamówienie dodatkowe lub uzupełniające. A tego dotyczy istota omawianej przesłanki”.

Zdaniem Urzędu Zamówień Publicznych „Uzasadnienie dla udzielenia zamówienia dodatkowego lub uzupełniającego tylko jednemu albo niektórym wykonawcom uczestniczącym w konsorcjum wykonującym zamówienie podstawowe może wynikać z różnych okoliczności. Może to być następstwem obiektywnych okoliczności, takich jak likwidacja podmiotu albo ogłoszenie jego upadłości. Nie można również wykluczyć, iż z uwagi na samodzielny charakter zamówienia dodatkowego i uzupełniającego zaistnieje sytuacja, w której udzielenie zamówienia dodatkowego lub uzupełniającego w konkretnych okolicznościach możliwe będzie, tylko jednemu albo niektórym wykonawcom uczestniczącym w konsorcjum wykonującym zamówienie podstawowe. Sytuacja taka może zachodzić na przykład, gdy ze względu na zakres usług lub robót budowlanych objętych zamówieniem dodatkowym warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp będą spełniać jeden albo niektórzy z wykonawców. 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)”.

Za niedopuszczalną uznać należy praktykę polegającą na zobowiązaniu wykonawcy do ustalania kosztów wykonania robót budowlanych w ramach zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp na podstawie cen składników cenotwórczych wynikających z kosztorysu ofertowego dla zamówienia podstawowego (zob. wyroki z dnia 8 kwietnia 2009 r., KIO/UZP 388/09 i z dnia 14 września 2009 r., KIO/UZP 1155/09).

Zawarte w opracowaniu teksty i sygnatury orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej pochodzą z bazy orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej dostępnej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych www.uzp.gov.pl, orzeczeń NSA lub WSA z Centralnej Bazy Orzeczeń Sądów Administracyjnych dostępnej na stronie internetowej www.nsa.gov.pl, orzeczeń SA z bazy Portalu Orzeczeń Sądów Powszechnych dostępnej na stronie internetowej www.orzeczenia.ms.gov.pl, a orzeczeń Sądu Najwyższego z bazy orzeczeń dostępnej na stronie internetowej www.sn.pl