

Tryby udzielania zamówień publicznych

# Kontrola zamówień z wolnej ręki

Uchwały Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie zastrzeżeń do wyników kontroli postępowań prowadzonych w trybie zamówienia z wolnej ręki wskazują na realną potrzebę istnienia ustawowego nadzoru nad działaniami zamawiających w zakresie stosowania trybów niekonkurencyjnych.

## Agnieszka Zaborowska

Prawnik, specjalizująca się w procesie udzielania i realizacji zamówień publicznych, w tym w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC

## Michał Baglaj

Associate w Kancelarii Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski.

## mec. Robert Mikulski

Radca prawny, wspólnik w Kancelarii Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: pzp), zamawiający samodzielnie decyduje o zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki i nie jest w tym zakresie związany dyspozycjami jakichkolwiek innych podmiotów lub organów. Nie oznacza to jednak, iż jest on wolny od obowiązku ścisłego przestrzegania obiektywnych kryteriów stosowania tego trybu udzielania zamówień publicznych, wynikających przede wszystkim z art. 67 pzp. Z uwagi na specyfikę tego trybu, zamawiający musi bowiem wykazać zaistnienie przesłanek uprawniających go do zastosowania zamówienia z wolnej ręki. Wydana w dniu 26 stycznia 2010 r. uchwała KIO (KIO/KD 4/10), jak

również dwanaście podobnych uchwał wydanych w roku 2009, wskazują na liczne naruszenia przepisów pzp popełniane przez zamawiających przy udzieleniu zamówień w omawianym trybie. Instytucja zawiadomienia prezesa UZP o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki spełnia zatem istotną i potrzebną funkcję nadzoru nad działaniami zamawiającego w tym zakresie.

## Zgoda prezesa UZP

Przed nowelizacją pzp z dnia 7 kwietnia 2006 r. zamawiający, który chciał wszcząć postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki o wartości przekraczającej kwotę 60 tys. euro, musiał uzyskać uprzednią zgodę prezesa UZP. Oznaczało to, iż zgoda taka powinna być wyrażona jeszcze przed udzieleniem zamówienia i miała charakter decyzji administracyjnej. Przesłanki zastosowania omawianego trybu zamówienia były jednocześnie przesłankami do wydania wspomnianej decyzji. Brak takiej zgody pociągał za sobą nieważność postępowania, a w razie zawarcia umowy o zamówienie publiczne – również nieważność umowy. Zgodnie bowiem z wyrokiem Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 22 kwietnia 1999 r. (I SA 1008/98) ten, kto udziela zamówienia z wolnej ręki, przy przystąpieniu do jego realizacji musi postarać się o zatwierdzenie dokonanego trybu przez prezesa UZP.

Opisane powyżej rozwiązanie zapewniało znaczny margines bezpieczeństwa prawnego przy udzielaniu zamówień publicznych z wolnej ręki. Jednakże, w celu zmniejszenia wymagań formalnych, którym muszą sprostać zamawiający oraz dla usprawnienia procedur zamówieniowych, zrezygnowano z ww. obowiązku uzyskiwania zgody prezesa UZP<sup>1</sup>.

## Zawiadomienie zamiast decyzji

Po nowelizacji pzp z dnia 7 kwietnia 2006 r. zamiast opisanego powyższej





rozwiązania ustawodawca wprowadził instytucję zawiadomienia prezesa UZP o wszczęciu postępowania z wolnej ręki. Obowiązek ten przewidziano dla zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach. W tym miejscu należy zauważyć, iż art. 67 ust. 2 pzp nie ogranicza się tylko do zamówień na usługi i dostawy, lecz także dotyczy zamówień na roboty budowlane. Zamawiający ma zatem obowiązek informowania o wszczęciu każdego postępowania w trybie zamówienia

z wolnej ręki, jeżeli jego wartość jest równa lub przekracza kwotę:

- 1) 4.845 tys. euro dla robót budowlanych,
- 2) w zależności od statusu prawnego danego zamawiającego – dla dostaw i usług:
  - 125 tys. euro,
  - 193 tys. euro,
  - 387 tys. euro<sup>2</sup>.

Zamawiający jest zobowiązany do przekazania prezesowi UZP przedmiotowego zawiadomienia w stosunkowo krótkim terminie – 3 dni od wszczęcia postępowania. Zgodnie z opinią UZP termin ten jest liczony od dnia skierowania przez zamawiającego do konkretnego wykonawcy zaproszenia do negocjacji.

### Treść zawiadomienia

1. uzasadnienie faktyczne,
2. uzasadnienie prawne,
3. wartość zamówienia,
4. podstawa prawna uzasadniająca wszczęcie postępowania,
5. szczegółowy opis stanu faktycznego,
6. data wszczęcia postępowania,
7. nazwa i siedziba wykonawcy, do którego zamawiający skierował zaproszenie do negocjacji,
8. dokumenty uzasadniające zastosowanie omawianego trybu na potwierdzenie okoliczności wskazanych w zawiadomieniu.



Należy również zaznaczyć, iż brak przedmiotowego zawiadomienia – choć stanowi istotne naruszenie pzp – nie ma jednak wpływu na przebieg samego postępowania. Zatem, informując prezesa UZP o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki, zamawiający nie jest zobowiązany do powstrzymania się od dalszego prowadzenia postępowania lub zawarcia umowy.

### Wyłączenia

Pomimo przekroczenia wartości zamówienia wskazanej w art. 11 ust. 8 pzp, obowiązek zawiadomienia prezesa UZP nie dotyczy udzielania zamówień publicznych na podstawie art. 67 ust. 3 pzp, tzn. takich, 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,
- zastrzeżone usługi pocztowe,
- usługi przesyłowe lub dystrybucyjne energii elektrycznej, ciepła lub paliw gazowych.

Zasada ta nie dotyczy również zamówienia udzielanego w celu ograniczenia skutków zdarzenia losowego wywołanego przez czynniki zewnętrzne, którego nie można było przewidzieć, w szczególności zagrażającego życiu lub zdrowiu ludzi czy też grożącego powstaniem szkody o znacznych rozmiarach.

Ponadto, ze względu na szczególny charakter podmiotów występujących jako wykonawcy, obowiązek powiadamiania prezesa UZP nie dotyczy zamówień z wolnej ręki wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 8 i 9 pzp<sup>3</sup>.

### Kontrola doraźna

Zgodnie z art. 165-166 pzp zawiadomienie prezesa UZP o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki może wywołać konieczność przeprowadzenia kontroli doraźnej w przypadku, kiedy prezes UZP uzna, iż zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki było nieuzasadnione, a zatem zajdzie

podejrzenie naruszenia przepisów pzp. Wówczas może on wszcząć kontrolę z urzędu lub na wniosek kogokolwiek, kto ma w tym interes prawny, w tym m.in. instytucji zarządzającej, o której mowa w art. 165 ust. 4 pzp<sup>4</sup>.

Wszczęcie omawianej kontroli może nastąpić nie później niż w terminie 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia. Nowelizacją pzp z dnia 2 grudnia 2009 r. dodano

#### Art. 200 ust. 1 pkt 1a pzp

1. Zamawiający, który
  - 1) udziela zamówienia:
    - a) z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki stosowania poszczególnych trybów udzielenia zamówienia: negocjacji bez ogłoszenia, z wolnej ręki lub zapytania o cenę – podlega karze pieniężnej.

#### Art. 201 pzp

1. Wysokość kary pieniężnej, o której mowa w art. 200, ustala się w zależności od wartości zamówienia.
2. Jeżeli wartość zamówienia:
  - 1) jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – kara pieniężna wynosi 3000 zł,
  - 2) jest równa kwocie lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, a jest mniejsza niż 10 000 000 euro dla dostaw lub usług oraz 20 000 000 euro dla robót budowlanych – kara pieniężna wynosi 30.000 zł,
  - 3) jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 10 000 000 euro dla dostaw lub usług oraz 20 000 000 euro dla robót budowlanych – kara pieniężna wynosi 150.000 złotych.

jednak do art. 165 ust. 2 zdanie, zgodnie z którym w przypadku wszczęcia tej kontroli przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego zastosowanie mają przepisy art. 169 ust. 3, art. 170 ust. 2 i 4 oraz art. 171 ust. 1, 3 i 5 pzp, tzn. przepisy zamieszczone w Oddziale 3 pt. „Kontrola uprzednia zamówień współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej”.

Zakończeniem kontroli doraźnej jest moment doręczenia zamawiającemu informacji o wyniku kontroli, zawierającej w szczególności określenie postępowania, które było przedmiotem kontroli oraz informację o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku. Zatem, informacja o wyniku kontroli doraźnej powinna być doręczona zamawiającemu bez względu na stwierdzenie naruszeń czy też ich brak. Natomiast, jeżeli kontrola została wszczęta na wniosek osoby trzeciej, prezes UZP nie ma obowiązku doręczania informacji o zakończeniu kontroli tejże osobie.

### Zastrzeżenia do wyników kontroli

Jeżeli zamawiający nie zgadza się z treścią informacji o wyniku kontroli, może – na podstawie art. 167 pzp – zgłosić do prezesa UZP umotywowane zastrzeżenia. Musi to jednak zrobić w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli. Prezes UZP rozpatruje ewentualne zastrzeżenia zamawiającego w terminie 15 dni od dnia ich otrzymania.

W przypadku uwzględnienia zastrzeżeń zawiadamia zamawiającego o ostatecznym rozstrzygnięciu sprawy. Wydaje się zatem oczywiste w takiej sytuacji, iż dokonane przez prezesa UZP wskazania naruszeń pzp tracą swoją ważność. Natomiast w przypadku nieuwzględnienia zastrzeżeń prezes UZP przekazuje zastrzeżenia do zaopiniowania przez KIO. W terminie 15 dni od dnia ich otrzymania Izba wydaje uchwałę, która zawiera opinię w sprawie zastrzeżeń. Co istotne, przedmiotowa opinia jest wiążąca dla prezesa UZP.



### Konsekwencje finansowe dla zamawiającego

W przypadku ujawnienia naruszenia przepisów pzp prezes UZP może zawiadomić właściwego rzeczownika dyscypliny finansów publicznych o naruszeniu dyscypliny finansów publicznych lub wystąpić z wnioskiem o ukaranie za naruszenie dyscypliny finansów publicznych do właściwej komisji orzekającej. Ponadto może nałożyć na zamawiającego karę pieniężną, o której mowa w dziale VII pzp.

Analiza nieprawidłowego prowadzenia postępowania w trybie z wolnej ręki uzasadnia także odpowiedzialność kierownika zamawiającego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych na podstawie art. 17 ust. 1 pkt 2c ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Naruszenie przepisów pzp w zakresie wadliwego udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki uzasadnia zastosowanie kar pieniężnych, zgodnie z art. 200 ust. 1 pkt 1a pzp. Wysokość tych kar ustala się w zależności od wartości zamówienia.

### Gdy zawarto już umowę

Opisaną powyżej odpowiedzialnością, co do zasady, nie będzie zatem objęty wykonawca, a jedynie zamawiający. Wykonawcę obciążają jednak konsekwencje prawne i gospodarcze ewentualnego wystąpienia przez prezesa UZP do sądu o unieważnienie w całości lub części umowy zawartej z naruszeniem przepisów pzp.

Należy bowiem zaznaczyć, iż niezależnie od odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych sankcją za zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisu dotyczącego przesłanek stosowania określonego trybu postępowania jest jej nieważność (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 września 2001 roku, IV CKN 381/00).

Nie można wykluczyć sytuacji,

w której przed terminem zakończenia kontroli zamawiający zawrze z wykonawcą umowę o zamówienie publiczne. Co istotne, umowa zawarta podczas prowadzenia kontroli jest ważna. Dopiero po zakończeniu kontroli, w której stwierdzono, iż umowa została zawarta z naruszeniem pzp, prezes UZP – na podstawie art. 168 pzp – może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w całości lub części. W takim przypadku prezes UZP zobowiązany jest wnieść powództwo o stwierdzenie nieważności umowy przeciw wszystkim stronom umowy – również przeciw wykonawcy.

Jednakże, jeżeli wykonawca w całości lub w części wykonał już umowę, może domagać się do zamawiającego naprawienia szkody poniesionej z tego tytułu.

### Orzeczenia Głównej Komisji Orzekającej

Ciekawe poglądy na temat omawianych zamówień z wolnej ręki oraz odpowiedzialności za naruszenie przepisów pzp i dyscypliny finansów publicznych w tym zakresie znajdujemy w orzecznictwie Głównej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

#### Art. 67 ust. 1 pkt 8 i 9 pzp

1. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

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

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

#### Art. 165 pzp

1. Prezes Urzędu może wszcząć z urzędu lub na wniosek kontrolę doraźną w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik.

2. Wszczęcie kontroli doraźnej może nastąpić nie później niż w terminie 4 lat od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia. W przypadku wszczęcia tej kontroli przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego mają zastosowanie przepisy art. 169 ust. 3, art. 170 ust. 2 i 4 oraz art. 171 ust. 1, 3 i 5.

3. Prezes Urzędu informuje wnioskodawcę o wszczęciu kontroli doraźnej albo o odmowie wszczęcia kontroli doraźnej, podając uzasadnienie wskazujące na brak okoliczności, o których mowa w ust. 1.

4. Prezes Urzędu wszczyna kontrolę doraźną na wniosek instytucji zarządzającej, o której mowa w przepisach o Narodowym Planie Rozwoju oraz w przepisach o zasadach prowadzenia polityki rozwoju lub w przepisach o wspieraniu rozwoju obszarów wiejskich z udziałem środków Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich, zwanej dalej „instytucją zarządzającą”, jeżeli z uzasadnienia wniosku instytucji wynika, że zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik.



Naruszenie przepisów pzp w zakresie wadliwego udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki uzasadnia zastosowanie kar pieniężnych zgodnie z art. 200 ust. 1 pkt 1a pzp. Wysokość tych kar ustala się w zależności od wartości zamówienia.

■ **Orzeczenie GKO z dnia 30 września 2004 r. (DF/GKO/Odw.-71/99/2004/870, niepubl)**

Osobą zdolną do ponoszenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych jest kierownik jednostki sektora finansów publicznych, który – zawierając umowę w sprawie zamówienia publicznego – odpowiada za poprawność formalną i merytoryczną całego przeprowadzonego postępowania przetargowego.

■ **Orzeczenie GKO z dnia 15 maja 2006 r. (DF/GKO/Odw.-4900/32/43/RN-18/06/615)**

Zamówienia z wolnej ręki są tym trybem udzielania zamówień publicznych, który – jako niekonkurencyjny – powinien być stosowany ze szczególną rozważą i wyłącznie w sytuacjach ewidentnie spełniających

przesłanki ustawowe. „Przekonanie zamawiającego” i „błędne rozumienie” tych przesłanek nie może być potraktowane jako podstawa do usprawiedliwienia bezpodstawnego zastosowania tego trybu i/lub uznania naruszenia dyscypliny finansów publicznych jako popełnionego w sposób nieumyślny. Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych uchyla jedynie nieświadomość usprawiedliwiona tego, że podjęte przez sprawcę działanie lub zaniechanie stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Błąd może usprawiedliwiać niejasna lub błędna redakcja przepisu uniemożliwiająca jego zrozumienie i stosowanie, częste i liczne zmiany (inflacja prawa), vacatio legis na tyle krótkie, że zapoznanie się z brzmieniem nowych regulacji prawnych

było w praktyce niemożliwe, a także przynależność naruszonego przepisu do gałęzi prawa o specjalistycznym charakterze.

System zamówień publicznych służyć ma racjonalnemu wydatkowaniu środków publicznych, przeciwdziałaniu korupcji oraz zapewniać równe traktowanie wykonawców przez stworzenie warunków uczciwej konkurencji w trakcie ubiegania się o zamówienie publiczne. Należy zatem stwierdzić, iż instytucja zawiadomienia prezesa UZP o wszczęciu postępowania z wolnej ręki, jako trybu niekonkurencyjnego, jest niezbędną w ramach systemu zamówień publicznych formą kontroli, która pozwala mu nadzorować działania zamawiającego przy udzielaniu zamówień w trybie z wolnej ręki, a w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów pzp – reagować. Instytucja ta daje także prezesowi UZP bezpośredni wgląd w sposób prowadzenia postępowań zamówieniowych, umożliwiając odpowiednie reagowanie na pojawiające się problemy – za pośrednictwem opinii UZP, wytycznych lub odpowiednich inicjatyw prawotwórczych. ▬

**Przypisy:**

- <sup>1</sup> Uzasadnienie rządowego projektu ustawy z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.
- <sup>2</sup> Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (DzU z 2009 r. nr 1795, poz. 244).
- <sup>3</sup> P. Granecki, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2007.
- <sup>4</sup> E. Norek, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, Lexis Nexis 2009.

**Dyżur redakcyjny**



Na pytania dotyczące problemów z zakresu zamówień publicznych odpowiada **Elżbieta Sobczuk**, redaktor naczelna „Przetargów Publicznych”

**27 kwietnia 2010 r. (wtorek)  
godz. 12<sup>00</sup>–14<sup>00</sup>**

**zadzwoń i zapytaj  
(+71) 797 28 36**

„Przetargi Publiczne” profesjonalnie i praktycznie o zamówieniach publicznych