

Przesłanki udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia

AGNIESZKA ZABOROWSKA

Tryb negocjacji bez ogłoszenia stanowi transpozycję regulacji art. 32 dyrektyw klasycznej¹, który przewiduje, że w ściśle określonych przypadkach państwa członkowskie mogą dopuścić udzielanie zamówień publicznych w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji, ponadto w przepisie przedstawiono zasady stosowania takiej procedury.

W związku z dyspozycją dyrektywy klasycznej, w polskim porządku prawnym przewidziano taki tryb oraz warunki formalne wyboru wykonawcy. Ustawodawca zdefiniował również negocjacje bez ogłoszenia jako: niekonkurencyjny tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert (art. 208 ust. 1 nowego Pzp²).

Zastosowanie procedury negocjacyjnej od 2021 r., podobnie jak ma to miejsce obecnie na gruncie Pzp³, dopuszczalne jest na zasadzie wyjątku. Każda z czterech przesłanek zostanie pokrótce omówiona w dalszej części artykułu.

PRZESŁANKA I – NIEPOWODZENIE POPRZEDNIEJ PROCEDURY

Art. 209 ust. 1 pkt 1

Pierwsza z przesłanek uprawniająca do udzielenia zamówienia publicznego w omawianym trybie niekonkurencyjnym odnosi się do sytuacji, w której zamawiający w uprzednio prowadzonym postępowaniu nie miał możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej, a w praktyce był zobowiązany do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Opisywana sytuacja dotyczy wcześniejszej procedury prowadzonej wyłącznie w jednym z dwóch trybów konkurencyjnych, czyli przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego.

Nowe Pzp precyzuje jakie konkretnie sytuacje prowadzące do unieważnienia wcześniejszej procedury

przetargowej – uprawniają zamawiającego do następczego prowadzenia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, czyli:

1. nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo nie zostały złożone żadne oferty
2. wszystkie wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały odrzucone na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 nowego Pzp albo wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 nowego Pzp.

Przepisy te wskazują na konieczność odrzucenia ww. wniosku (art. 146 ust. 1 pkt 2 nowego Pzp) lub oferty (art. 226 ust. 1 pkt 2 nowego Pzp) – jeżeli zostały one złożone przez wykonawcę: (i) podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia, (ii) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, (iii) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego, lub nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń.

3. wszystkie oferty zostały odrzucone ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 nowego

¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, ze zm.), dalej: „dyrektywa klasyczna”.

² Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 r. ze zm.), dalej: „nowe Pzp”.

³ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej: „Pzp”.

Pzp. Dla jasności warto wskazać, że dyspozycja art. 226 ust. 1 pkt 5 nowego Pzp odnosi się do sytuacji, w której oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Jeżeli zamawiający spotkał się z sytuacją, gdzie nie rozstrzygnął prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i planuje jeszcze raz prowadzić procedurę, tym razem negocjacji bez ogłoszenia, to warunkiem skorzystania z przesłanki I jest pozostawienie pierwotnych warunków zamówienia bez zasadniczych zmian (takie sformułowanie pojawia się w art. 32 ust. 2 lit. a dyrektywy klasycznej). Polski ustawodawca posłużył się zwrotem o braku możliwości wprowadzania „istotnych zmian w pierwotnych warunków zamówienia”.

Obserwujemy różnorodność stanowisk w doktrynie odnośnie interpretacji znaczenia istotnej zmiany pierwotnych warunków zamówienia. Należy się zatem zastanowić jakie zmiany w dokumentach zamówienia będą dopuszczalne, a jakie nie.

Zdaniem autorki ewentualne modyfikacje nie powinny prowadzić do tego, aby w nowej procedurze wyłaniającej wykonawcę – doszło do zdecydowanego złagodzenia zasad udzielania i/lub realizacji zamówienia publicznego. Chodzi zatem o to, żeby wykonawcy, którzy w unieważnionym przetargu nie mogli złożyć ofert (np. bo nie spełniali podmiotowych warunków udziału w postępowaniu), albo nie byli w stanie wykonać zamówienia (np. z uwagi na krótki termin realizacji lub przeniesienie wszelkich ryzyka na stronę wykonawcy), po zmianie wymagań zamawiającego mogli ubiegać się o takie zamówienie. Z istotną zmianą mamy zatem do czynienia wówczas, gdy modyfikacja może mieć wpływ na podjęcie przez wykonawcę decyzji o wzięciu udziału w postępowaniu.

Zgodzić się należy z poglądem, że niedopuszczalne są zmiany m.in. w zakresie przedmiotu zamówienia czy jego istotnych cech, w sposób który mógłby mieć wpływ na kształt zamówienia (np. opis przedmiotu zamówienia, termin realizacji). Zakazane są także istotne zmiany dotyczące warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert.⁴

Przesłanka I ma inne brzmienie niż treści art. 62 ust. 1 pkt 1 Pzp, obowiązującego, co do zasady, w odniesieniu do postępowań wszczętych do dnia 31 grudnia 2020 r. Przede wszystkim, ustawodawca do-

precyzował zagadnienia związane z odrzuceniem wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i odrzuceniem ofert jako wytycznych do zastosowania ww. przesłanki.

PRZESŁANKA II – NAGRODA W KONKURSIE

Art. 209 ust. 1 pkt 2

Przesłanką warunkującą zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia jest przeprowadzenie konkursu. W świetle definicji konkurs to przyrzeczenie publiczne, w którym zamawiający, przez publiczne ogłoszenie, przyrzeka nagrodę za wykonanie i przeniesienie prawa do pracy konkursowej wybranej przez sąd konkursowy⁵. Niezbędnym elementem konkursu jest nagroda. Przesłanka II będzie miała zastosowanie, jeżeli zamawiający przewidział, że nagrodą w konkursie jest zaproszenie do negocjacji co najmniej dwóch autorów prac konkursowych. Zamawiający może przyznać nagrodę większej liczbie (niż dwóch) uczestników konkursu.

Podkreślić należy, iż nagrodą w konkursie jest jedynie zaproszenie do udziału w negocjacjach, nie zaś obietnica udzielenia zamówienia.

Warto też pamiętać, że konkurs jest procedurą poprzedzającą udzielenie zamówienia publicznego, a nagrodą w konkursie jest zaproszenie do negocjacji, zaś przedmiotem zamówienia udzielonego po negocjacjach może być jedynie szczegółowe opracowanie i/lub realizacja pracy konkursowej.

Nieprawidłowe jest udzielanie zamówienia publicznego w oparciu o przesłankę II na realizację czynności dodatkowych, niewchodzących w zakres pojęcia konkursu⁶.

Przesłanka II ma co do zasady taką samą treść względem treści obecnie obowiązującego art. 62 ust. 1 pkt 2 Pzp. Różnicą jest podstawa prawna konkursu.

⁴ Tak T. Siedlecki, P. Sawicka, *Ustawa Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 2020, str. 630.

⁵ Tak art. 7 pkt 8 nowego Pzp.

⁶ Opinia Urzędu Zamówień Publicznych pt. *Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – przykłady nieprawidłowości stwierdzonych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP*, publ. Informator UZP 3/2011. Takie stanowisko zostało zaprezentowane w wyroku TS UE w sprawie C-340/02.

PRZESŁANKA III – BADAWCZY, DOŚWIADCZALNY, NAUKOWY LUB ROZWOJOWY CEL DOSTAWY Art. 209 ust. 1 pkt 3

Przesłanka III odnosi się wyłącznie do zamówień na dostawę. Przepis wprost wskazuje na cel dostarczanych rzeczy, czyli: badawczy, doświadczalny, naukowy lub rozwojowy. Tym samym zamówienie nie może obejmować rzeczy wytwarzanych w innych celach.

Ponadto, ustawodawca zastrzegł, że docelowa dostawa nie może zmierzać do produkcji masowej, służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju. Innymi słowy, dostarczany np. sprzęt, komponent nie może służyć np. do badań i doświadczeń, jednak finalnie będzie wytworzony w celu komercyjnym dla osiągnięcia zysku. Nie mogą być to dostawy służące do prowadzenia produkcji masowej, która ma na celu osiągnięcie rentowności lub pokrycie kosztów badań i rozwoju. Warto przy tym nadmienić, że produkcja masowa jest to system wytwarzania wyrobów oparty na podziale, specjalizacji i ciągłości pracy. Produkcja masowa charakteryzuje się również dużą powtarzalnością procesu wytwarzania. Prawidłowo wskazuje zatem UZP, że przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający powinien ustalić czy przedmiot zamówienia będzie używany wyłącznie w celu prowadzenia prac badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych oraz czy nie będzie on służył prowadzeniu przez zamawiającego produkcji seryjnej.⁷

W praktyce zatem przesłanka będzie mogła służyć zamawianiu prototypów, egzemplarzy testowych, w tym także prototypów na etapie projektowania przemysłowego, o ile połączone jest ono z działaniami badawczymi, doświadczalnymi lub rozwojowymi prowadzonymi w stosunku do zakupionej rzeczy.

Z treści tej przesłanki wynika także, iż nie znajdzie ona zastosowania w przypadku produktów służących do przeprowadzania badań, eksperymentów lub doświadczeń (np. sprzęt laboratoryjny).⁸

Przesłanka III może być zastosowana przez wąskie grono zamawiających, tytułem przykładu: uczelnie wyższe czy instytuty badawcze.

Przesłanka ta ma identyczne brzmienie, jak dotychczasowa przesłanka określona w art. 62 ust. 1 pkt 3 Pzp.

PRZESŁANKA IV – PILNOŚĆ UDZIELENIA ZAMÓWIENIA Art. 209 ust. 1 pkt 4

Sytuacja, z którą wiąże się konieczność udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, powinna być dla zamawiającego nieprzewidywalna oraz od niego niezależna. Warunek ten spełnia jedynie takie zdarzenie, którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy byłoby mało prawdopodobne, przy czym jego wystąpienie nie jest uzależnione od przyczyn zależnych od zamawiającego.

Kolejnym z warunków zastosowania przesłanki IV jest brak możliwości wcześniejszego przewidzenia okoliczności, która zrodziła potrzebę udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Przepis nie wskazuje do jakiego „wcześniejszego” okresu należy odnosić tę niespodziewaną sytuację. Może być to zatem niespodziewana sytuacja powstała z dnia na dzień, czy wręcz z godziny na godzinę, przykładowo: nagła burza wywołująca uszkodzenie sieci trakcyjnej.

Brak przewidywalności określonych zdarzeń oraz nieprzyczynienie się do ich wystąpienia powinny być postrzegane w kategoriach obiektywnych. Okolicznościami odpowiadającymi powyższym warunkom będą więc w szczególności zjawiska losowe (np. katastrofy, awarie, wypadek etc.) wymagające pilnego działania.

W odróżnieniu od przesłanki natychmiastowości, do której odnosi się art. 214 ust. 1 pkt 5 nowego Pzp, który umożliwia natychmiastowe wykonanie zamówienia w trybie z wolnej ręki, przesłanka pilności odwołuje się nie wprost do wykonania zamówienia, lecz do potrzeby jego udzielenia.

Do oceny „przewidywalności” należy jednak podchodzić bardzo racjonalnie, czyli jeżeli dane zjawisko (np. podtopienia) są charakterystyczne dla danego obszaru i wskazują na to wszystkie regionalne stacje

⁷ Opinia UZP pt. *Wyłączenie stosowania ustawy Pzp w przypadku zamówień, których przedmiotem są dostawy lub usługi służące wyłącznie do celów badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych (art. 4 pkt 8a ustawy Pzp)*, publ.: www.uzp.gov.pl.

⁸ W. Hartung, M. Bałtaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, CH BECK 2015, s. 412.

pomiarów – to trudno przesądzić, że taką okoliczność cechuje nieprzewidywalność.

Dalej, możliwość udzielania zamówienia przy zastosowaniu trybu negocjacji bez ogłoszenia uzależniona jest od zaistnienia okoliczności, w której konieczne jest pilne udzielenie zamówienia, przy czym zamawiający nie dysponuje dostateczną ilością czasu na przeprowadzenie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. Niemożność zachowania terminów przewidzianych przez przepisy ustawy Pzp – dla trzech wskazanych trybów udzielenia zamówień publicznych – musi być następstwem sytuacji, która w aspekcie czasowym nie jest możliwa do zrealizowania. Co oznacza, że zamawiający ma mniej czasu na udzielenie zamówienia niż czasu niezbędnego dla prowadzenia postępowania w ww. trybach wszczynanych ogłoszeniem o zamówieniu i nie może zachować terminów określonych dla ww. trybów konkurencyjnych.

Na ogół pilność udzielenia zamówienia jest poddyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji, które spowodowane byłyby niepodjęciem w określonym czasie stosownych działań.

W tym miejscu warto pomocniczo zacytować orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej – zgodnie z którym „przez pilną potrzebę udzielenia zamówienia należy rozumieć konieczność ochrony jakiegoś interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który to interes 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 i ochronę środowiska”⁹.

Ponadto, na gruncie nowego Pzp, aktualna pozostaje opinia Urzędu Zamówień Publicznych wskazująca, że „[...] w tym wypadku chodzi nie tylko o zachowanie podstawowych terminów, ale również o sytuację, w której niemożliwe jest udzielenie zamówienia z zastosowaniem tzw. procedury uproszczonej, tzn. umożliwiającej skrócenie terminów na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert ze względu na pilność udzielenia zamówienia”¹⁰.

Przesłanka IV ma identyczną treść względem treści dotychczasowego uregulowania zawartego w art. 62 ust. 1 pkt 4 Pzp.

⁹ Wyrok KIO z dnia 27 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO 88/11.

¹⁰ Opinia Urzędu Zamówień Publicznych pt. *Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki*, publ.: www.uzp.gov.pl.



AGNIESZKA ZABOROWSKA

Adwokat, założyciel Kancelarii Adwokackiej Zaborowska.

Specjalizująca się w procesie udzielania i realizacji zamówień publicznych, głównie w zakresie takich branż jak: budownictwo, IT, energetyka, sektor

medyczny oraz edukacja. Ekspert w zakresie warunków kontraktowych FIDIC. Autorka wielu publikacji dotyczących zamówień publicznych.

Zapraszamy do odwiedzenia naszej strony internetowej pod adresem:

www.zamowieniapublicznedoradca.pl

Odwiedź nas jeszcze dziś!