

**PRACE NAUKOWE**

Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu

**RESEARCH PAPERS**

of Wrocław University of Economics

**270**

# **Zamówienia publiczne – stan obecny i perspektywy**



Redaktorzy naukowi

**Tadeusz Kocowski**

**Janusz Kaspryszyn**



Wydawnictwo Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu  
Wrocław 2012

Redaktor Wydawnictwa: Barbara Majewska  
Redakcja techniczna i korekta: Barbara Łopusiewicz  
Łamanie: Małgorzata Czupryńska  
Projekt okładki: Beata Dębska

Publikacja jest dostępna w Internecie na stronach:  
[www.ibuk.pl](http://www.ibuk.pl), [www.ebscohost.com](http://www.ebscohost.com),  
The Central and Eastern European Online Library [www.ceeol.com](http://www.ceeol.com),  
a także w adnotowanej bibliografii zagadnień ekonomicznych BazEkon  
[http://kangur.uek.krakow.pl/bazy\\_ae/bazekon/nowy/index.php](http://kangur.uek.krakow.pl/bazy_ae/bazekon/nowy/index.php)

Informacje o naborze artykułów i zasadach recenzowania znajdują się  
na stronie internetowej Wydawnictwa  
[www.wydawnictwo.ue.wroc.pl](http://www.wydawnictwo.ue.wroc.pl)

Kopiowanie i powielanie w jakiegokolwiek formie  
wymaga pisemnej zgody Wydawcy

© Copyright by Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu  
Wrocław 2012

**ISSN 1899-3192**  
**ISBN 978-83-7695-286-4**

Wersja pierwotna: publikacja drukowana

Druk: Drukarnia TOTEM

## Spis treści

Wstęp .....	7
<b>Maciej Guziński</b> , Uczelnia publiczna jako podmiot zamówień publicznych (wybrane zagadnienia).....	9
<b>Krzysztof Horubski</b> , Zmiany składu konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz na etapie wykonywania zamówienia .....	24
<b>Karol Kiczka</b> , Uznanie administracyjne w Prawie zamówień publicznych....	38
<b>Leon Kieres</b> , Prawo zamówień publicznych – dziedzina prawa europejskiego, odrębny system regulacji oraz swoiste ujęcie problemów regulowanych..	54
<b>Tadeusz Kocowski</b> , Wspólni zamawiający oraz wspólni wykonawcy w systemie zamówień publicznych .....	74
<b>Natalia Milostan</b> , Zielone zamówienia publiczne jako polityka stosowana przy wyborze oferty .....	91
<b>Piotr Schmidt</b> , Błędna stawka podatku VAT jako błąd w obliczeniu ceny i powód odrzucenia oferty .....	105
<b>Martyna Sługocka-Kolpaczyńska</b> , Podstawy udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki w świetle art. 67 ust. 1 pkt 3 – Prawo zamówień publicznych.....	121
<b>Piotr Soroka</b> , Zamówienia publiczne a wolność gospodarcza .....	131
<b>Małgorzata Stręciwilk</b> , Zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a w świetle orzecznictwa .....	145
<b>Mateusz Winiarz</b> , Definicja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a zakres odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w przedmiocie zamówień publicznych .....	160

## Summaries

<b>Maciej Guziński</b> , Public university as a subject of public procurement (selected problems).....	23
<b>Krzysztof Horubski</b> , Changes of the composition of a consortium in tender procedures and at the initial stage of contract performance .....	36
<b>Karol Kiczka</b> , Administrative discretion in the public procurement law .....	53
<b>Leon Kieres</b> , Public procurement law – the area of European law, the separate system of regulation and the specific approach to adjustable problems.....	73
<b>Tadeusz Kocowski</b> , Joint orderers and joint contractors in the system of public procurement .....	90

---

<b>Natalia Miłostan</b> , Green public procurement as the policy used in selecting an offer.....	104
<b>Piotr Schmidt</b> , Wrong tax rate as an error in the calculation of prices and the reason of tender rejection.....	120
<b>Martyna Sługocka-Kolpaczyńska</b> , Fundamentals of negotiated public procurement in the light of Art. 67 paragraph 1 point 3 – public procurement law.....	130
<b>Piotr Soroka</b> , Public procurement and economic freedom.....	144
<b>Małgorzata Stręciwilk</b> , Retainment of the tender deposit tender based on Article 46 paragraph 4a in the light of jurisprudence.....	159
<b>Mateusz Winiarz</b> , The definition of the procedure for awarding a public contract and the scope of liability for the breach of public finance discipline in the area of public procurement.....	173

**Martyna Sługocka-Kołpaczyńska**

Uniwersytet Wrocławski

---

## PODSTAWY UDZIELENIA ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO Z WOLNEJ RĘKI W ŚWIECIE ART. 67 UST. 1 PKT 3 – PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

---

**Streszczenie:** Celem artykułu jest określenie podstaw udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki w świetle art. 67 ust. 1 pkt 3 – Prawo zamówień publicznych. Pierwsza część pracy przedstawia szczegółową analizę przedmiotowego przepisu prawa. Jednocześnie wskazuje na możliwości błędnej interpretacji zawartych w nim zwrotów. Tezy przedstawiane w artykule każdorazowo potwierdzone są przez bogate orzecznictwo zarówno w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, czyli przez Główną Komisję Orzekającą przy Ministrze Finansów oraz regionalne komisje orzekające przy regionalnych izbach obrachunkowych, jak i inne organy orzekające. Druga część pracy poświęcona została przedstawieniu szeregu sytuacji, w których zamawiający zdecydował się na zastosowanie trybu zamówienia publicznego z wolnej ręki, a które następnie stały się przedmiotem orzecznictwa.

**Słowa kluczowe:** zamówienie publiczne, umowa, postępowanie.

### 1. Szczególny charakter trybu zamówienia z wolnej ręki

Artykuł 10 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych<sup>1</sup> (dalej: p.z.p.) stanowi, że „podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony” (ust.1). Niemniej ustawodawca dopuszcza inne tryby udzielenia zamówień publicznych, stwierdzając w ust. 2 cytowanego artykułu, że „zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej”<sup>2</sup>.

Na szczególną uwagę zasługuje zamówienie z wolnej ręki. Jest ono trybem negocjacyjnym, co oznacza, że po przeprowadzeniu rokowań z jednym kontrahentem zostaje mu udzielone zamówienie publiczne<sup>3</sup>. Zanim jednak do tego dojdzie, strony

---

<sup>1</sup> Dz.U. z 2007, Nr 223, poz. 1655 ze zm.

<sup>2</sup> Art. 10, ust. 2 Dz.U. z 2007, Nr 223, poz. 1655 ze zm.

<sup>3</sup> Orzeczenie GKO z dnia 15 maja 2006 r., DF/GKO-4900-32/43/RN-18/06/615.

muszą doprowadzić do ustalenia wszystkich składników umowy w formie ustnej bądź poprzez wymianę pism<sup>4</sup>. W związku z tym tryb zamówienia z wolnej ręki jest najmniej formalnym trybem<sup>5</sup>.

Aby podkreślić szczególny charakter trybu zamówienia z wolnej ręki, prawodawca ograniczył jego zastosowanie jedynie do przypadków wskazanych w ustawie. Analizowany tryb powinien być stosowany ze szczególną rozważą oraz tylko w sytuacjach spełniających przesłanki ustawowe w sposób ewidentny<sup>6</sup>. Ponadto zanim zamawiający zdecyduje się skorzystać z zamówienia z wolnej ręki, powinien upewnić się, że zastosowanie innych, bardziej konkurencyjnych, trybów nie jest możliwe. Ustalenie tej niemożności musi mieć charakter obiektywny, a nie być uzależnione jedynie od subiektywnej oceny zamawiającego<sup>7</sup>. Główna Komisja Orzekająca, która w orzeczeniu z dnia 2 lutego 2009 r. stwierdza, że „tryb z wolnej ręki, jako tryb najmniej konkurencyjny ze wszystkich przewidzianych prawem zamówień publicznych trybów, powinien być stosowany wyjątkowo, po uprzednim zbadaniu możliwości zastosowania innych trybów konkurencyjnych, takich jak np. tryby negocjacyjne. Przed skorzystaniem z tego trybu zamawiający powinien obiektywnie ocenić, czy zaszły okoliczności uzasadniające zastosowanie trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, a przesłanki dotyczące możliwości stosowania tego trybu powinny być rozważane z należytą ostrożnością, zawsze w sposób bardziej zawężający niż rozszerzający”<sup>8</sup>.

Samo zaproszenie do negocjacji nie przesądza o konieczności udzielenia zamówienia wybranemu podmiotowi. Istotną rolę odgrywa tu spełnienie warunków formalnych, a przede wszystkim złożenie stosownych dokumentów i oświadczeń<sup>9</sup>. Należy pamiętać, że w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki, tak jak w pozostałych trybach, obowiązuje zasada pisemności postępowania. Zamawiający ma też obowiązek żądać od negocjującego podmiotu przedłożenia obowiązkowych oświadczeń i dokumentów<sup>10</sup>.

Na podstawie całokształtu judykatury można wysnuć ogólne wnioski dotyczące prawidłowości stosowania analizowanego trybu. Kilka poglądów prezentowanych w orzecznictwie zostanie przedstawionych w dalszej części artykułu.

---

<sup>4</sup> A. Panasiuk, *System zamówień publicznych w Polsce*, Olympos Szkoła Wyższa im. Romualda Kudlińskiego, Warszawa 2004, s. 99.

<sup>5</sup> G. Herc, E. Komorowski, P. Szustakiewicz, *Zamówienia publiczne w Polsce*, Difin, Warszawa 2005, s. 141.

<sup>6</sup> Orzeczenie GKO z dnia 15 maja 2006 r., DF/GKO-4900-32/43/RN-18/06/615.

<sup>7</sup> M. Winiarz, *Prawo zamówień publicznych. Orzecznictwo w zakresie dyscypliny finansów publicznych*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2009, s. 43.

<sup>8</sup> Orzeczenia GKO z dnia 2 lutego 2009 r., DF/GKO-4900-40/44/07/1771.

<sup>9</sup> M. Winiarz, *Prawo...*, s. 43.

<sup>10</sup> D. Szczepański, *Zamówienia publiczne*, Wyższa Szkoła Humanistyczna im. Aleksandra Gieysztora, Pułtusk 2004, s. 160.

## 2. Istota art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p.

Przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki zostały określone w art. 67 ust. 1 p.z.p., który wymienia szereg zdarzeń, po których wystąpieniu zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki. Na uwagę zasługuje fakt, że ustawodawca nie wprowadza wymogu łącznego spełnienia wskazanych w ww. artykule warunków. Uprawnienie zastosowania zamówienia z wolnej ręki powstaje już po wystąpieniu jednej z ustawowych przesłanek. Niemniej pamiętać należy, że przedmiotowe przesłanki stanowią zamknięty katalog<sup>11</sup>.

Artykuł 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p. stanowi, że zamówienia z wolnej ręki udzielić można „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”. Za wyjątkowe sytuacje usprawiedliwiające zastosowanie trybu z wolnej ręki, na podstawie cytowanego przepisu, uznaje należy awarie wysoce specjalistycznych urządzeń przemysłowych, specjalistycznej aparatury medycznej czy też zagrożenia spowodowane klęską żywiołową<sup>12</sup>. Ponadto wyjątkowość sytuacji powinna być interpretowana szeroko odnośnie do jej charakteru, tj. poza okolicznościami gospodarczymi czy społecznymi, winna obejmować także okoliczności polityczne<sup>13</sup>. Okoliczności te powinny być obiektywnie niemożliwe do przewidzenia nawet w przypadku dołożenia szczególnej staranności przez zamawiającego. Każdorazowe zaistnienie zdarzenia, które może być zakwalifikowane do omawianych „wyjątkowych sytuacji”, powinno zostać szczegółowo przeanalizowane właśnie ze względu na szczególny charakter zamówienia z wolnej ręki, będący odstępstwem od ogólnie przyjętych zasad<sup>14</sup>. Ten wyjątkowy charakter został potwierdzony w orzeczeniu Głównej Komisji Orzekającej z dnia 3 kwietnia 2008 r., który stanowi, że „ściśle stosowanie przesłanek nie może polegać na tym, że w sytuacji pojawienia się drugorzędnej wagi wątpliwości, wyżej stawia się ochronę gramatycznej wykładni przepisu, od ochrony dóbr, takich jak życie, zdrowie i bezpieczeństwo ludzi (np. bezpieczeństwo uczestników ruchu drogowego)”<sup>15</sup>.

Nieprzewidywalność powinna być definiowana jako sytuacja, której zamawiający nie mógł przewidzieć przy zachowaniu należytej staranności. Co do zasady ma on bowiem obowiązek planowania swoich wydatków. Należy również zwrócić uwa-

<sup>11</sup> A. Szyszkowski, A. Trzeźniewska-Markowicz, *Prawo zamówień publicznych*, Ośrodek Doradztwa i Doskonalenia Kadr Sp. z o.o., Gdańsk 2008, s. 127.

<sup>12</sup> Wyrok SN z dnia 6 lipca 2001 r., III RN 16/01, zobacz też: wyrok ETS z 18 listopada 2004 r., C-126/03.

<sup>13</sup> H. Niedziela [w:] H. Niedziela (red.), *Nowe podejście do zamówień publicznych*, Centrum Obsługi Zamówień Publicznych, Warszawa 2011, s. 169.

<sup>14</sup> Wyrok SN z dnia 6 lipca 2001 r., III RN 16/01, zobacz też: wyrok ETS z 18 listopada 2004 r., C-126/03.

<sup>15</sup> Orzeczenie GKO z 3 kwietnia 2008 r., DF/GKO-4900-5/5/RN-1/08/194.

gę na różnice znaczeniowe pomiędzy pojęciami „nieprzewidywalna” a „nieprzewidziana”. Nieprzewidywalne jest zdarzenie niemożliwe do przewidzenia mimo dołożenia należytej staranności przez zamawiającego i taka sytuacja stanowi realizację ustawowej przesłanki usprawiedliwiającej zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Natomiast sytuacjami nieprzewidzianymi są wydarzenia, które zamawiający mógł przewidzieć, a brak tej przewidywalności wynika wyłącznie z jego winy<sup>16</sup>. Za potwierdzenie przedstawionego stanowiska należy uznać tezę wyroku NSA z dnia 26 lipca 2002 r., która stanowi, że „w polskich warunkach klimatycznych trudno traktować jako wyjątkową sytuację, w której skarżący nie mógł przewidzieć wystąpienia w drugiej połowie grudnia obfitych opadów śniegu, nie jest to sytuacja, której zamawiający nie mógł przewidzieć”<sup>17</sup>.

Ponadto należy odróżnić sytuację konieczności „natychmiastowego wykonania zobowiązania” od „pilnej potrzeby udzielenia zamówienia”. „W aspekcie czasowym jest to sytuacja, w której zamawiający ma mniej czasu na udzielenie wykonania zamówienia niż w przypadku pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, która stanowi przesłankę zastosowania negocjacji bez ogłoszenia”<sup>18</sup>. Dodatkowo „tryb zamówienia z wolnej ręki jest dopuszczalny w sytuacji, w której potrzebne jest jak najszybsze pojawienie się przedmiotu zamówienia. Jest to zatem sytuacja, w której zamawiający musi natychmiast zareagować, by bezzwłocznie uzyskać przedmiot zamówienia”<sup>19</sup>. Przy ocenie natychmiastowej konieczności wykonania zamówienia należy brać pod uwagę przede wszystkim skutki, jakie z dużym prawdopodobieństwem mogą zaistnieć, gdy określonego rodzaju zamówienie nie zostanie wykonane od razu<sup>20</sup>.

Odpowiednikiem „natychmiastowej konieczności wykonania” zamówienia na gruncie prawa Unii Europejskiej jest pojęcie tzw. *extreme urgency* występujące w art. 31 ust. 1 lit. c) Dyrektywy 2004/18 tłumaczone jako „pilna konieczność” i uzasadniające (pod warunkiem spełnienia pozostałych przesłanek wskazanych w tym przepisie) udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Zgodnie z wytycznymi Komisji Europejskiej dotyczącymi Wspólnotowych zasad odnoszących się do zamówień publicznych „pilna konieczność” wynika z okoliczności niemożliwych do przewidzenia, których zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym możliwość przewidywalności określonych sytuacji przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. Okoliczności nieprzewidywalne, to m.in. zjawiska losowe i niezależne od

<sup>16</sup> H. Niedziela [w:] H. Niedziela (red.), *Nowe...*, s. 170.

<sup>17</sup> Wyrok NSA z dnia 26 lipca 2002 r., II SA 756/02, niepubl.

<sup>18</sup> K. Padrak, R. Padrak, *Naruszenie dyscypliny finansów publicznych w związku z naruszeniem przesłanek stosowania trybów udzielania zamówień publicznych*, FK.2006.9.29.

<sup>19</sup> Orzeczenie GKO z 29 maja 2008 r., DF/GKO-4900-24/22/08/1047.

<sup>20</sup> E. Komorowski [w:] M. Chmaj (red.), *Zamówienia publiczne*, Wydawnictwo Publicus, Warszawa 2010, s. 221.



zamawiającego, jak: klęski żywiołowe (powodzie, pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp. Zgodnie ze stanowiskiem Komisji tylko tego rodzaju okoliczności mogą uzasadniać skorzystanie z niekonkurencyjnych procedur. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej również wskazuje, że pojęcie „pilnej konieczności”, na potrzeby prawa zamówień publicznych, należy interpretować wąsko, a ciężar wykazania istnienia pilnej konieczności spoczywa na zamawiającym. Trybunał Sprawiedliwości wskazał w swym orzecznictwie trzy przesłanki, które muszą być spełnione kumulatywnie, aby można było mówić o zaistnieniu „pilnej konieczności”. Musi mianowicie wystąpić nieprzewidywalne zdarzenie losowe, które uniemożliwia dochowanie terminów określonych dla konkurencyjnych trybów udzielania zamówień publicznych, a także musi istnieć normalny związek między zaistniałym nieprzewidywanym zdarzeniem a pilną koniecznością wyboru wykonawcy w trybie niekonkurencyjnym (w omawianym przypadku negocjacji bez ogłoszenia z jednym wykonawcą – na gruncie polskiego prawa, udzielenia zamówienia z wolnej ręki<sup>21</sup>).

Dodatkowo Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wypowiedział się na temat konieczności łącznego spełnienia przesłanek wymienionych w analizowanym przepisie prawa, wskazując, że nie tylko „wszystkie muszą zostać spełnione, ale również, że okoliczności wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p. muszą być wzajemnie powiązane. Co oznacza, że sytuacja konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia musi być powiązana nie tylko przyczynowo, ale i czasowo z zaistnieniem zdarzenia, którego podmiot nie mógł przewidzieć”<sup>22</sup>.

### 3. Stosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki

W celu całościowej analizy zagadnienia stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki konieczne jest przedstawienie rozważań zawartych w judykaturze.

W orzeczeniu z dnia 2 lutego 2009 r. Główna Komisja Orzekająca w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi inżyniera kontraktu dla projektu „Poprawa stanu środowiska naturalnego poprzez modernizację i rozbudowę oczyszczalni ścieków w (...)” stwierdziła nadużycie Burmistrza Miasta i Gminy (...) polegające na zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p. Burmistrz Miasta i Gminy (...) jako uzasadnienie swojej decyzji wskazał upływający w najbliższym czasie termin ważności pozwolenia na budowę w zakresie robót związanych z modernizacją i rozbudową oczyszczalni ścieków w (...). Jednocześnie obwiniony stwierdził, że okolicznością, której nie mógł przewidzieć, był termin podania informacji o udzieleniu dofinansowania i podpisaniu umowy. Z ustaleń Komisji jednoznacznie wynikało, że informacja o udzieleniu dofinansowania była znana Zamawiającemu w terminie, który umożliwił przeprowadzenie

<sup>21</sup> Wyrok KIO z 19 lipca 2011 r., KIO /1476/11.

<sup>22</sup> Wyrok WSA w Warszawie z dnia 12 sierpnia 2009 r., V SA/Wa 366/09.

konkurencyjnego postępowania. Natomiast termin podpisania umowy nie miał znaczenia, ponieważ miało to miejsce po upływie ważności pozwolenia na budowę. Dodatkowo z zeznań świadków – członków komisji przetargowej wynika, że nie rozważała ona zastosowania innego trybu postępowania niż tryb z wolnej ręki (np. negocjacji bez ogłoszenia). Jednocześnie członkowie komisji zeznali, że nie przeprowadzali żadnego rozeznania co do ilości firm, które byłyby zdolne świadczyć tego typu usługę, opierając się wyłącznie na trzech ofertach, które samoistnie zostały złożone do Urzędu Gminy w (...) <sup>23</sup>.

Kolejnym przykładem błędnego zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki jest orzeczenie Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 24 marca 2009 r. Sąd uznał w nim, że dyrektor Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej dopuścił się naruszenia dyscypliny finansów publicznych poprzez bezpodstawne zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Wskazywał on, że konieczność natychmiastowego wykonania zadania spowodowana była możliwością utraty dotacji na wykonanie tego właśnie zadania. W odpowiedzi WSA w Warszawie stwierdził, że „nawet możliwość niewykorzystania środków finansowych przeznaczonych na zrealizowanie zadania nie może stanowić w niniejszej sprawie przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki w oparciu o przepisy art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Zatem pomimo istniejącej możliwości utraty środków przekazanych w formie dotacji, zachowanie ładu finansów publicznych wymagało stosowania ww. ustawy” <sup>24</sup>.

Artykuł 67 ust. 1 pkt 3 został nieprawidłowo zastosowany również w następującym stanie faktycznym: zastępca dyrektora (...) Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w (...), zawierając w dniu 8 września 2006 r. umowę z Politechniką, na wykonanie „Studium ochrony przed powodzią województwa (...)” udzielił zamówienia publicznego w wyniku postępowania przeprowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zastępca Dyrektora wymienił szereg cech posiadanych wyłącznie przez Politechnikę, które warunkowały wykonanie zamówienia, np. znajomość realiów i specyfiki obszarów, posiadanie odpowiedniego doświadczenia w zakresie modelowania rozwoju powodzi dla oceny przepustowości rzek oraz wpływu obiektów inżynierskich na poziom zagrożenia powodziowego czy posiadanie odpowiedniej bazy narzędziowej do realizacji praw. Regionalna Komisja Orzekająca w orzeczeniu z dnia 6 sierpnia 2007 r. stwierdziła jednak, że wykonanie przedmiotowego studium nie służyło spełnieniu naglej potrzeby zamawiającego <sup>25</sup>. Wprawdzie zostało ono uchylone, ponieważ Główna Komisja Orzekająca stwierdziła, że „istnieje możliwość, że przedmiotowa umowa mogła mieć charakter usług w zakresie badań naukowych (badania stosowane) albo prac rozwojowych, co oznaczałoby, że zamawiający nie musiał stosować przy jej zleceniu ustawy – Prawo zamówień publicz-

<sup>23</sup> Orzeczenie GKO z dnia 2 lutego 2009 r., DF/GKO-4900-40/44/07/1771.

<sup>24</sup> Wyrok WSA w Warszawie z 23 marca 2009 r., V SA/Wa 3123/08.

<sup>25</sup> Orzeczenie RKO z dnia 6 sierpnia 2007 r., sygn. akt: RKO-511/44/07.

nych”<sup>26</sup>, jednak stan faktyczny dobitnie przedstawia sytuację nadużycia stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Kolejnym przykładem jest orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej, którego przedmiotem jest udzielenie zamówienia publicznego na budowę ścieżki pieszo-rowerowej wraz z budową sieci kanalizacji deszczowej. Burmistrz Miasta (...) wskazywał, że podpisana została umowa z Wojewodą Śląskim zapewniająca dofinansowanie przedmiotowego zadania inwestycyjnego. W związku z tym została podpisana umowa z wykonawcą inwestycji wyłonionym w drodze przetargu nieograniczonego. Niemniej na skutek braku postępu w pracach, umowa została zerwana przez zamawiającego. Następnie, w związku ze zbliżającym się terminem realizacji projektu ustalonym w umowie z Wojewodą, Burmistrz Miasta (...) podjął decyzję o wyborze wykonawcy na dalszą realizację przedmiotowego zadania, w trybie z wolnej ręki i udzielił zamówienia publicznego firmie Usługi – Spółka Jawna z (...). Zamawiający wyjaśnił, że zdecydował się na wskazany tryb, ponieważ uznał, iż w świetle ustalonych terminów realizacji inwestycji zachodziła pilna potrzeba wykonania zamówienia, by uzyskać dotację od Wojewody i nie narazić Gminy na załamanie planu budżetowego. Konieczność zerwania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, była w ocenie Burmistrza Miasta (...), okolicznością zewnętrzną, niezawinioną przez zamawiającego, uzasadniającą natychmiastowe wykonanie zamówienia. Główna Komisja Orzekająca stwierdziła jednak, że wystąpienie wspomnianych przesłanek nie dawało podstaw do udzielenia zamówienia na wykonanie robót budowlanych związanych z budową ścieżki pieszo-rowerowej wraz z budową kanalizacji deszczowej. Ponadto GKO wskazała na utrwalony w orzecznictwie pogląd, według którego zamówienia z wolnej ręki udzielić można w szczególnych okolicznościach, np. usuwanie awarii, czy zanieczyszczenia środowiska, zdarzeniach zabezpieczających zdrowie i życie ludzi i innych temu podobnych.

Odmierna sytuacja miała miejsce w orzeczeniu Głównej Komisji Orzekającej z dnia 21 stycznia 2008 r. opartym na stanie faktycznym, gdzie dyrektor Domu Pomocy Społecznej udzielił zamówienia publicznego na roboty malarskie w trybie zamówienia z wolnej ręki. Jako przyczynę zastosowania analizowanego trybu zamawiający podał krótki termin realizacji oraz trudności w pozyskaniu wykonawców, którzy mogliby podjąć się wykonania robót. Główna Komisja Orzekająca stwierdziła, że istniała sytuacja, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p. Konieczność pilnego zrealizowania zamówienia w bardzo krótkim czasie (dotacja pod rygorem jej zwrotu powinna zostać wykorzystana w ciągu miesiąca), w połączeniu z trudnościami występującymi na rynku usług budowlanych (popyt na usługi przeważający podaż wykonawców) złożyły się w ocenie Komisji na to, iż realizowane przez Dom Pomocy Społecznej zamówienie na roboty malarskie wymagało podjęcia natychmiastowego działania. Sytuacja, w jakiej znalazł się dyrektor Domu Pomocy Społecznej, z pewnością nie została spowodowana przez niego. Gdyby nie udzielił on

<sup>26</sup> Orzeczenie GKO z 31 stycznia 2008 r., DF/GKO-4900-81/89/07/3488.

zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, dotacja została niewykorzystana, a roboty podnoszące standard życia mieszkańców Domu Pomocy Społecznej zostały odłożone na bliżej nieokreślony czas przyszły<sup>27</sup>.

Przedstawione w tej części artykułu przykłady stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki świadczą o częstych przypadkach niewłaściwego korzystania z analizowanego trybu. Nie sposób określić, czy sytuacja ta wynika ze złej woli zamawiającego, świadomie nadużywającego trybu zamówienia z wolnej ręki, czy też jej źródłem jest niewiedza oraz błędna wykładnia przepisów prawa. Niemniej z pewnością każdorazowo konieczna jest wnikliwa analiza stanu faktycznego, w którym ma być zastosowane zamówienie z wolnej ręki.

Na uwagę zasługuje również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lipca 2011 r., który wprawdzie ostatecznie nie rozstrzyga sprawy bezpodstawnego zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p., jednak zawiera ciekawą analizę stanu faktycznego. Mianowicie przedmiotem sprawy było udzielenie zamówienia publicznego na „Kontynuację projektowania i wykonanie robót budowlanych w zakresie Autostrady A2 od Strykowa do Konotopy na odcinku od km 365 + 261,42 (od węzła „Stryków I” bez węzła) do km 394 + 500”, dokonane przez Skarb Państwa – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie. Stroną skarżącą była spółka China Overseas Engineering Group Co. Ltd z siedzibą w Pekinie – Chińska Republika Ludowa (znana pod nazwą COVEC), która była głównym wykonawcą wskazanej inwestycji. GDKiA zerwała umowę z COVEC, po czym udzieliła przedmiotowego zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, uzasadniając fakt ten koniecznością wypełnienia zobowiązań w zakresie budowy infrastruktury drogowej, wynikających z organizacji turnieju finałowego UEFA EURO 2012. Jednak KIO oddaliła odwołanie, stwierdzając brak interesu prawnego po stronie COVEC, ponieważ umowa na wykonanie przedmiotowej inwestycji została zawarta nie z China Overseas Engineering Group Co. Ltd z siedzibą w Pekinie – Chińska Republika Ludowa, lecz z konsorcjum, na które składają się: China Overseas Engineering Group Co. Ltd. z siedzibą w Pekinie Chińska Republika Ludowa, jako lider, oraz partnerzy: Shanghai Construction (Group) General Co. z siedzibą w Szanghaju Chińska Republika Ludowa, China Railway Tunnel Group Co. Ltd z siedzibą w Luoyang, Chińska Republika Ludowa i Decoma Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Tym samym to nie odwołujący był wykonawcą tej umowy, lecz Konsorcjum z udziałem czterech wykonawców, w tym odwołującego i COVEC, nie może skutecznie w uzasadnieniu interesu w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy p.z.p. powoływać się na okoliczności, które dotyczą w tym przypadku innego podmiotu niż odwołujący<sup>28</sup>.

Należy jednak zastanowić się, jakie rozstrzygnięcie zapadłoby w przypadku złożenia odwołania przez całe Konsorcjum posiadające interes w rozumieniu wymienionego wcześniej artykułu. Przedmiotem niniejszej sprawy jest kontynuacja pro-

<sup>27</sup> Orzeczenie GKO z dnia 21 stycznia 2008 r., DF/GKO- 4900-71/77/RN-25/07/3130.

<sup>28</sup> Wyrok KIO z 19 lipca 2011 r., KIO /1476/11.

jektowania oraz wykonania prac budowlanych na autostradzie A2. Zakończenie prac na przedmiotowej inwestycji zaplanowano na maj 2012 roku. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, wyznaczając wymieniony termin jako czas, w którym inwestycja powinna zostać zakończona, brała pod uwagę cel inwestycji drogowej, jakim jest zapewnienie komunikacji drogowej podczas turnieju finałowego UEFA EURO 2012. Wynika z tego, że maj 2012 roku jest terminem, w którym zamówienie powinno zostać wykonane. Jednak, aby realizacja tego założenia była możliwa, konieczne było pilne udzielenie zamówienia w okresie, w którym GDKiA zerwała umowę z COVEC oraz udzieliła zamówienia innym podmiotom w trybie zamówienia z wolnej ręki. Analizując przesłankę zawartą w art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p. we wcześniejszej części artykułu, zwróciłam już uwagę na różnicę między koniecznością natychmiastowego wykonania zamówienia, a pilnością udzielenia zamówienia. W świetle tej analizy oczywiste wydaje się stwierdzenie, że inwestycja drogowa polegająca na projektowaniu i budowie autostrady nie może zostać uznana za możliwą do natychmiastowego wykonania. Ponadto w przedmiotowej sprawie nie istnieje nawet konieczność natychmiastowej wykonalności, o czym świadczy sam zamawiający, określając termin zakończenia prac na maj 2012 roku. Dlatego też można przypuszczać, że w przypadku prawidłowo wniesionego odwołania rozstrzygnięcie byłoby korzystne dla Konsorcjum.

#### **4. Artykuł 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p. jako źródło błędów w stosowaniu prawa przez zamawiających**

Przedstawione rozważania wskazują na istotny problem pojawiający się przy stosowaniu art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p. Przepis ten ze względu na swą zawilgość często staje się źródłem błędów w stosowaniu prawa przez zamawiających.

Źródłem takiej sytuacji może być zarówno pośpiech w interpretacji przepisu, ale też nie sposób nie zgodzić się ze stwierdzeniem, iż jego konstrukcja stwarza możliwości do próby dostosowania sytuacji faktycznej do przesłanek w nim wymienionych. Ocena zdarzeń wymienionych w analizowanym przepisie prawa co do zasady powinna być obiektywna. Jednak wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, może być rozumiana różnorodnie przez odrębne podmioty, nawet mimo chęci zachowania przez nie obiektywizmu. Ponadto przepis wskazuje kolejne przesłanki umożliwiające zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, tj. konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, a jednocześnie niemożność zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Wydaje się, że drugie zdanie analizowanego przepisu prawa stwarza mniejsze możliwości błędów interpretacyjnych. Jednak nie oznacza to, że nie może dojść na jego tle do nieporozumień.

Należy zwrócić także uwagę na możliwość nadużyć art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p. przez zamawiających, dokonywanych przez nich świadomie. Mianowicie przepis, który zawiera tak dużą liczbę zwrotów niedookreślonych, takich jak „wyjątkowa

sytuacja”, „sytuacja niemożliwa do przewidzenia” czy „konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia”, kusi zamawiających do prób skorzystania z niego w sytuacji, w której udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki jest dla nich korzystniejsze czy zwyczajnie łatwiejsze. Nie sposób jednak odmówić ustawodawcy słuszności w ustanowieniu analizowanego przepisu. Istnieją bowiem przypadki, w których przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p. jest jedyną możliwością szybkiej reakcji podczas zagrożenia czy pogłębiania się sytuacji kryzysowej.

## Literatura

- Chmaj M.(red.), *Zamówienia publiczne*, Wydawnictwo Publicus, Warszawa 2010.
- Herc G., Komorowski E., Szustakiewicz P., *Zamówienia publiczne w Polsce*, Difin, Warszawa 2005.
- Niedziela H. (red.), *Nowe podejście do zamówień publicznych*, Centrum Obsługi Zamówień Publicznych, Warszawa 2011.
- Padrak K., Padrak R., *Naruszenie dyscypliny finansów publicznych w związku z naruszeniem przesłanek stosowania trybów udzielania zamówień publicznych*, FK.2006.9.29.
- Panasiuk A., *System zamówień publicznych w Polsce*, Olympos Szkoła Wyższa im. Romualda Kudlińskiego, Warszawa 2004.
- Szczepański D., *Zamówienia publiczne*, Wyższa Szkoła Humanistyczna im. Aleksandra Gieysztor, Pułtusk 2004.
- Szyszkowski A., Trześniewska-Markowicz A., *Prawo zamówień publicznych*, Ośrodek Doradztwa i Doskonalenia Kadr Sp. z o.o., Gdańsk 2008.
- Winiarz M., *Prawo zamówień publicznych. Orzecznictwo w zakresie dyscypliny finansów publicznych*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2009.
- Winiarz M., *Przesłanki stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w świetle orzecznictwa w zakresie dyscypliny finansów publicznych*, FK.2009.1-2.

## FUNDAMENTALS OF NEGOTIATED PUBLIC PROCUREMENT IN THE LIGHT OF ART. 67 PARAGRAPH 1 POINT 3 – PUBLIC PROCUREMENT LAW

**Summary:** This article aims to determine the basis of negotiated public procurement in the light of Art. 67 paragraph 1 item 3 – public procurement law. The first part of the paper provides a detailed analysis of the provision of law. At the same time it points to the possibility of misinterpretation of the phrases contained in it. The theses presented in the article are always confirmed by both the extensive jurisprudence on the matters of public finance discipline violation, by the Chief Trial Commission, by the Minister of Finance and the regional committees adjudicating at regional chambers of auditors, and other adjudicating bodies. The second part of the paper is devoted to the development of a number of situations in which the contracting authority has decided to apply negotiated public procurement and which subsequently became the subject of case law.

**Keywords:** public procurement, agreement, conduct.