

## Wybrane aspekty proceduralne zamówienia z wolnej ręki

dr Maciej Lubiszewski,  
Katedra Prawa Gospodarczego i Prawa Handlowego,  
Wydział Prawa i Administracji,  
Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

### 1. Krótka charakterystyka trybu zamówienia z wolnej ręki

Nazwa tego trybu może dziś uchodzić za kolokwializm, który trudno zaakceptować w języku prawnym. Ustawodawcę tłumaczy jednak fakt, iż określenie „zamówienie z wolnej ręki” pojawiło się w polskim prawie zamówień publicznych w okresie międzywojennym<sup>1</sup>. Użycie tego terminu jest zatem nawiązaniem do tradycji polskiego ustawodawstwa regulującego udzielanie zamówień publicznych.

W obecnie obowiązującej ustawie<sup>2</sup>, zamówienie z wolnej ręki zostało uregulowane w art. 213 – 217 Pzp. Zamawiający prowadzący postępowania, których wartość jest mniej-

sza niż progi unijne są zobowiązani uwzględnić również art. 304 – 306 Pzp.

Zważywszy, że polskie prawo cywilne przewiduje trzy zasadnicze sposoby zawarcia umowy (oferta, przetarg, negocjacje), trzeba stwierdzić, że zamówienie z wolnej ręki jest jedynym trybem przewidzianym w Pzp, który ma charakter czysto negocjacyjny<sup>3</sup>. Pozostałe tryby udzielania zamówień publicznych mają charakter przetargowy bądź hybrydowy, tj. negocjacyjno-przetargowy. W trybach przetargowych (przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, tryb podstawowy w wariantach pierwszym) zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej spośród wielu ofert złożonych przez wykonawców. W trybach negocjacyjno-przetargowych zamawiający najpierw prowadzi negocjacje w celu doprecyzowania warunków zamówienia (przede wszystkim warunków związanych w przedmiocie zamówienia lub sposobem jego realiza-

1 Por. Rozdział IV (zatytułowany „Zamówienia z wolnej ręki”) Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29 stycznia 1937 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego, Dz. U. z 1937 r. Nr 13, poz. 92.

2 Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, Dz. U. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, 1598, 2054, 2269, z 2022 r. poz. 25, 872, 1079. Dalej także jako Pzp albo ustawa.

3 W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 560.

cji), a następnie wywołuje oferty i wybiera najkorzystniejszą z nich.

Zamówienie z wolnej ręki nie wykazuje żadnej cechy przetargu, zatem w postępowaniu prowadzonym w tym trybie nie występuje oferta w rozumieniu prawa cywilnego. Wprawdzie praktyka zamówień publicznych dowodzi, że niekiedy zamawiający oczekuje od wykonawcy złożenia „oferty”, jednak można ją potraktować co najwyżej jako stanowisko negocjacyjne, które nie wiąże wykonawcy i może być zmienione w toku rokowań<sup>4</sup>. Wynika to z tego, że istotną cechą cywilistycznie rozumianych negocjacji jest to, że stanowiska negocjacyjne są niewiążące i mogą podlegać zmianom, dzięki czemu strony są w stanie wypracować kompromis<sup>5</sup>. Osiągnięcie przez strony konsensu (zgody) otwiera możliwość zawarcia umowy o uzgodnionej treści. Ta cecha negocjacji została uwzględniona w Pzp, o czym świadczy treść art. 7 pkt 18 ustawy, definiującego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. O ile, zgodnie z tym przepisem, celem postępowania przetargowego albo negocjacyjno-przetargowego jest „wybór najkorzystniejszej oferty”, o tyle celem zamówienia z wolnej ręki będzie „wynegocjowanie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Do podobnego wniosku prowadzi też analiza art. 255 pkt 18 Pzp, zgodnie z którym postępowanie prowadzone w trybie zamówienia z wolnej ręki podlega unieważnieniu, gdy „negocjacje nie doprowadziły do zawarcia umowy”.

Warto w tym miejscu podkreślić – choć będzie o tym mowa w punkcie 4.1. niniejszej ekspertyzy – że samo wynegocjowanie postanowień umowy nie oznacza jeszcze zawarcia umowy. Podobnie jak w przypadku pozostałych trybów, konieczna jest odrębna czynność zawarcia umowy w formie przewidzianej w ustawie.

Negocjacyjny charakter zamówienia z wolnej ręki skutkuje również brakiem specyfikacji warunków zamówienia<sup>6</sup> w tym trybie. SWZ stanowi odpowiednik cywilistycznych warunków przetargu, zatem nie przystaje do trybu czysto negocjacyjnego. Nie oznacza to jednak, że zamawiający

nie jest zobowiązany do opracowania dokumentu, w którym powinny zostać określone parametry zamówienia, którego zamierza udzielić oraz przynajmniej podstawowe reguły prowadzenia postępowania. Takie informacje zamawiający przekazuje wraz z zaproszeniem wykonawcy do negocjacji.

Kolejną – obok negocjacyjnego charakteru – specyficzną cechą zamówienia z wolnej ręki jest jego dwustronny charakter. Pozostałe tryby opierają się na wielostronnym stosunku proceduralnym, ponieważ modelowo występuje w nich zamawiający oraz wielu wykonawców<sup>7</sup>. Dotyczy to również trybów negocjacyjno-przetargowych, w tym również, zbliżonego do zamówienia z wolnej ręki, trybu negocjacji bez ogłoszenia, w którym zamawiający jest zobowiązany do zaproszenia do udziału w postępowaniu „wykonawców w liczbie zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 3, chyba że ze względu na specjalistyczny charakter zamówienia liczba wykonawców mogących je wykonać jest mniejsza, jednak nie mniejsza niż 2”<sup>8</sup>. W trybie zamówienia z wolnej ręki negocjacje prowadzone są wyłącznie z jednym wykonawcą, wytypowanym przez zamawiającego. Oznacza to, że po wszczęciu postępowania (po zaproszeniu wykonawcy do negocjacji) zmiany podmiotowe są niedopuszczalne. Zamawiający jest zobowiązany zapewnić materialną i prawną tożsamość: wykonawcy zaproszonego; wykonawcy, z którym prowadzone są negocjacje; wykonawcy, któremu udzielane jest zamówienie. W przypadku wystąpienia konieczności zmiany wykonawcy, niezbędne będzie unieważnienie dotychczasowego postępowania i wszczęcie nowego, poprzez zaproszenie innego wykonawcy do negocjacji<sup>9</sup>. Można rozważać dopuszczalność zmian podmiotowych w przypadkach sukcesji lub szczególnych zmian w składzie konsorcjum, co jednak należy jako wyjątki, podlegające surowszej, zawężającej interpretacji. Nawet w takich sytuacjach zmiany podmiotowe nie mogą prowadzić do sprzeczności z przepisami uzależniającymi dopuszczalność zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki od szczególnej pozycji wy-

4 A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 573.

5 H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 645.

6 Dalej także jako specyfikacja albo SWZ.

7 W praktyce oczywiście może zdarzyć się, że zainteresowanie udziałem w przetargu nieograniczonym wykaże tylko jeden wykonawca. Nie zmienia to jednak wielostronnego charakteru przetargu.

8 Art. 210 ust. 2 Pzp.

9 P. Granecki, I. Granecka, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 615.

konawcy (np. monopolista, dotychczasowy wykonawca, zamówienie *in-house*).

Wreszcie należy pamiętać o szczególnym celu negocjacji prowadzonych w zamówieniu z wolnej ręki. Jak już wcześniej wskazano, jest nim wynegocjowanie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. W pozostałych trybach negocjacyjnych celem tym jest doprecyzowanie warunków zamówienia<sup>10</sup> lub – co dotyczy jedynie trybu podstawowego w wariantcie drugim – ulepszenie treści złożonych ofert w zakresie ocenianym przez zamawiającego na podstawie kryteriów oceny ofert<sup>11</sup>.

## 2. Przebieg, forma i treść negocjacji

Postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki wszczęte jest poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji. Ze względu na fakt, iż wymóg komunikacji elektronicznej dotyczy zasadniczo wszystkich postępowań prowadzonych na podstawie ustawy, zaproszenie do negocjacji powinno być przekazane przy użyciu środka komunikacji elektronicznej, o ile nie zachodzą okoliczności wyłączające obowiązek komunikacji elektronicznej określone w art. 65 ust. 1 Pzp<sup>12</sup>. Prawo zamówień publicznych nie narzuca formy elektronicznej<sup>13</sup> zaproszenia do negocjacji. Wystarczająca będzie postać elektroniczna, pod warunkiem zachowania wymagań określonych w rozporządzeniu o dokumentach elektronicznych<sup>14</sup>. Zgodnie z § 2 ust. 2 tego rozporządzenia zaproszenie do negocjacji może być sporządzone w postaci elektronicznej w jednym z plików określonych w rozporządzeniu w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności<sup>15</sup>. Co ważne, dokument ten nie musi być opatrzony

podpisem elektronicznym. W praktyce wystarczające będzie sporządzenie zaproszenia w postaci pliku tekstowego PDF oraz wysłanie go wykonawcy pocztą elektroniczną. Co więcej, § 2 ust. 2 rozporządzenia o dokumentach elektronicznych pozwala również na sporządzenie zaproszenia do negocjacji jako „tekst wpisany bezpośrednio do wiadomości przekazywanej przy użyciu środków komunikacji elektronicznej”.

Mimo braku obowiązku opatrzenia zaproszenia podpisem elektronicznym, w obrocie dominuje praktyka podpisywania zaproszeń przez osobą upoważnioną do reprezentacji zamawiającego. Będzie nią zwykle kierownik zamawiającego albo inna osoba odpowiednio umocowana. Z uwagi na wymóg zachowania postaci elektronicznej, zaproszenie do negocjacji nie musi zawierać odwzorowania własnoręcznego podpisu reprezentanta zamawiającego. Wystarczające będzie ujawnienie w tym dokumencie imienia i nazwiska osoby, która w imieniu zamawiającego zaprasza wykonawcę do negocjacji. Aby rozwiązać wątpliwości należy w tym miejscu dodać, że przesłanie drogą elektroniczną cyfrowego odwzorowania (skanu) zaproszenia sporządzonego pierwotnie w formie pisemnej (a więc własnoręcznie podpisanego) wypełnia wymagania określone w rozporządzeniu o dokumentach elektronicznych.

Zgodnie z art. 217 ust. 1 Pzp zamawiający wraz z zaproszeniem do negocjacji przekazuje wykonawcy „informacje niezbędne do przeprowadzenia postępowania”. Oprócz wskazanych w tym przepisie projektowanych postanowień przyszłej umowy, wraz z zaproszeniem zamawiający powinien przekazać:

- dane zamawiającego oraz osób, które reprezentują go w danym postępowaniu;
- sposób, miejsce i termin przeprowadzenia negocjacji;
- formalności związane z negocjacjami, w tym konieczność odpowiedniego umocowania osób, które będą reprezentowały wykonawcę;
- przedmiotowe warunki zamówienia, zwłaszcza opis przedmiotu zamówienia;
- zakres negocjacji;
- zasady kwalifikacji podmiotowej, w tym: informację,

dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych, Dz. U. z 2017 r., poz. 2247.

10 Wynika to chociażby z faktu, że dopiero po zakończeniu negocjacji zamawiający sporządza i udostępnia wykonawcom SWZ, która „stanowi doprecyzowanie oraz uzupełnienie informacji zawartych w opisie potrzeb i wymagań, wyłącznie w zakresie, w jakim było to przedmiotem negocjacji” – por. art. 167 ust 1, 185 ust. 1 Pzp.

11 Art. 278 pkt 2 Pzp.

12 A. Gawrońska-Baran i in., op.cit., s. 606.

13 Forma elektroniczna łączy w sobie postać elektroniczną z kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

14 Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie, Dz. U. poz. 2452.

15 Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań

czy wykonawca będzie zobowiązany złożyć oświadczenie wstępne; określenie warunków udziału w postępowaniu lub podstaw wykluczenia.

Zakres tych informacji zależy od okoliczności konkretnego postępowania oraz od sposobu ukształtowania postępowania przez zamawiającego<sup>16</sup>. Należy podkreślić, że niektóre z informacji przekazanych wraz z zaproszeniem mogą ulec zmianie. Może dojść do sytuacji, w której strony ustalają odmienny sposób prowadzenia negocjacji, zmieniając terminy spotkań lub nawet formę negocjacji. Strony poszukując kompromisu mogą również rozszerzyć zakres negocjacji w stosunku do zakresu określonego w zaproszeniu.

Jak już wskazano, zaproszenie do negocjacji (a precyzyjnie rzecz ujmując – wprowadzenie zaproszenia do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, aby wykonawca mógł zapoznać się z jego treścią) jest czynnością wszczyńającą postępowanie<sup>17</sup>. Przepisy Pzp pozwalają zamawiającemu na upublicznienie faktu wszczęcia postępowania poprzez ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy. Ogłoszenia te nazywa się ogłoszeniami o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* i co do zasady mają one charakter fakultatywny<sup>18</sup>. W przeciwieństwie do ogłoszeń o zamówieniu, nie stanowią one zaproszeń do udziału w postępowaniu. Zamawiający informuje rynek o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, umożliwiając wykonawcom zaskarżenie wyboru trybu poprzez złożenie odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej<sup>19</sup>. Z publikacją ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* wiążą się dwie korzyści dla zamawiającego. Po pierwsze, skróceniu ulega termin na wniesienie odwołania wobec wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki<sup>20</sup>. Standardowo wynosi on 15 dni od publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych (BZP) o wyniku postępowania oraz 30 dni od publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (TED)

ogłoszenia o udzieleniu zamówienia. W przypadku publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, terminy te biegną od chwili publikacji tego ogłoszenia (a nie od publikacji ogłoszenia o wyniku postępowania albo o udzieleniu zamówienia) i są krótsze, bowiem wynoszą: 5 dni w przypadku publikacji ogłoszenia w BZP i 10 dni w przypadku publikacji ogłoszenia w TED.

Drugą korzyścią, którą zamawiający osiąga dzięki ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy jest ochrona przez unieważnieniem umowy<sup>21</sup>. Zgodnie z art. 457 ust. 2 Pzp umowa w sprawie zamówienia publicznego nie podlega unieważnieniu gdy została zawarta po upływie 5 (BZP) albo 10 (TED) dni od ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy a zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą. Obydwie te przesłanki powinny być spełnione łącznie.

Negocjacje mogą być prowadzone ustnie, na co pozwala art. 61 ust 2 Pzp. Ważne jest, aby w takim przypadku treść negocjacji została udokumentowana, np. w protokole z negocjacji lub w notatce służbowej osoby, która brała udział w negocjacjach po stronie zamawiającego<sup>22</sup>. Komunikacja ustna może być prowadzona w toku bezpośredniego spotkania lub za pośrednictwem środków porozumiewania się na odległość (np. rozmowa telefoniczna). Nie ma przeszkód, aby negocjacje były prowadzone za pomocą środków komunikacji elektronicznej, w tym np. poprzez korespondencję elektroniczną (e-mail), chociaż taka forma negocjacji z pewnością wydłuży postępowanie. Formy negocjacji można zmieniać w toku postępowania, stosownie do potrzeb zamawiającego i wykonawcy.

Terminy spotkań negocjacyjnych lub terminy przekazania stanowisk negocjacyjnych określa zamawiający w zaproszeniu do negocjacji. Należy przy tym podkreślić, że terminy te mogą ulegać zmianie. Możliwe jest również wyznaczenie nowych terminów, które nie zostały pierwotnie przewidziane przez zamawiającego. Ta elastyczność jest niezbędna do sprawnego przeprowadzenia postępowania<sup>23</sup>.

16 M. Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, s. 595.

17 Ibidem.

18 H. Nowak, M. Winiarz (red.), op.cit., s. 646. Wyjątkiem są zamówienia *in-house* (art. 214 ust. 1 pkt 11-14), przy udzielaniu których publikacja ogłoszenia (w BZP) o zamiarze zawarcia umowy jest obowiązkowa – por. art. 216 ust. 1.

19 W. Dzierżanowski i in., op.cit., s. 561.

20 M. Jaworska (red.), op.cit., s. 573.

21 P. Granecki, I. Granecka, op.cit., s. 615.

22 H. Nowak, M. Winiarz (red.), op.cit., s. 252.

23 W. Dzierżanowski i in., op.cit., s. 560 i 594.

Jak już wcześniej wskazano, zasadniczym celem negocjacji jest ustalenie uzgodnionej treści umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z treści wzoru protokołu ZP-WR wynika, że w grę wejdą postanowienia kontraktu dotyczące ceny oraz warunków realizacji zamówienia. Zakres negocjacji może ulegać zmianie w odpowiedzi na dynamikę rokowań. Niekiedy strony dążąc do kompromisu poszerzą pole negocjacji w stosunku do pierwotnie zakładanego, tworząc tym samym nową przestrzeń do wzajemnych ustępstw. Oznacza to, że zakres negocjacji określony na etapie inicjowania postępowania może różnić się od zakresu faktycznie wykorzystanego przez negocjujące strony<sup>24</sup>.

Mimo dość szerokiego marginesu swobody, jakim dysponują negocjujące strony, należy pamiętać o pewnych dorozumianych ograniczeniach dotyczących zakresu negocjacji. Rokowania nie powinny prowadzić do zmiany okoliczności, które legły u podstaw zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki<sup>25</sup>. Przykładowo, jeżeli postępowanie jest prowadzone na podstawie 214.1.1 Pzp, negocjacje nie mogą prowadzić do takich zmian opisu przedmiotu zamówienia, które sprawią, że zamawiane dostawy, usługi albo roboty budowlane będą mogły być świadczone przez więcej niż jednego wykonawcę. Podobnie, w przypadku zastosowania art. 214.1.5 Pzp negocjacje nie mogą prowadzić do takiego wydłużenia terminu realizacji zamówienia, że *de facto* będzie to równoznaczne z rezygnacją zamawiającego z natychmiastowego wykonania zamówienia. Innym przykładem może być postępowanie prowadzone na podstawie 214.1.6 Pzp, w którym nie może dojść do istotnej zmiany pierwotnych warunków zamówienia. Należy pamiętać, że przesłanki określone w art. 214 Pzp dotyczą nie tyle warunków dopuszczalności wszczęcia postępowania, ile legalności udzielenia zamówienia. Dobrą praktyką jest wskazywanie takich granic zakresu negocjacji już w zaproszeniu inicjującym postępowanie.

Negocjacje powinny być prowadzone przez odpowiednio umocowanych reprezentantów stron. Zamawiającego może reprezentować kierownik zamawiającego lub inne osoby przez niego upoważnione. Warto podkreślić, że

w postępowaniach, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne obowiązkowe jest powołanie komisji przetargowej<sup>26</sup> i obowiązek ten dotyczy również trybu zamówienia z wolnej ręki. Mimo to ustawa nie wymaga, aby komisja prowadziła negocjacje, chociaż nie ma przeszkód, aby kierownik przydzielił jej takie zadanie. Kwestie te powinny być rozstrzygnięte w regulaminie komisji przetargowej.

### 3. Kwalifikacja podmiotowa wykonawcy w zamówieniu z wolnej ręki

Kwalifikacja podmiotowa polega na sprawdzeniu przez zamawiającego, czy wykonawca:

- nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 Pzp;
- nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 Pzp, o ile zamawiający wprowadził do warunków zamówienia fakultatywne podstawy wykluczenia oraz
- spełnia warunki udziału w postępowaniu wprowadzone do warunków zamówienia przez zamawiającego.

W postępowaniach przetargowych wyróżnia się dwa etapy kwalifikacji podmiotowej wykonawców. Pierwszym z nich jest kwalifikacja wstępna, która przeprowadzana jest wobec wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu na podstawie tzw. oświadczenia wstępnego, o którym mowa w art. 125 Pzp. Drugim etapem jest kwalifikacja pełna, którą zamawiający przeprowadza jedynie wobec wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Podstawą tego etapu są podmiotowe środki dowodowe, składane przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego.

Co do zasady ustawowe reguły kwalifikacji podmiotowej dotyczą każdego postępowania prowadzonego na podstawie Pzp, aczkolwiek przepisy przewidują pewne odstępstwa m.in. w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki.

Jeżeli chodzi o kwalifikację podmiotową, polegającą na weryfikacji, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 Pzp, należy zauważyć, że art. 215 ustawy pozwala zamawiającemu odstąpić od stosowania art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, o ile spełnione

<sup>24</sup> Ibidem, s. 594.

<sup>25</sup> Ibidem.

<sup>26</sup> Z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 215 ust. 2 Pzp.

są pewne warunki. Przede wszystkim podstawą udzielenia zamówienia z wolnej ręki są przepisy wskazane w art. 215 ust. 1 Pzp, natomiast w niektórych przypadkach (art. 214 ust. 1 pkt 1a i 5 ustawy) zachodzą określone okoliczności faktyczne. Przykładowo, zamawiający może odstąpić od stosowania art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, jeżeli udziela zamówienia z wolnej ręki monopolistycznie na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1a ustawy a przedmiotem zamówienia są dostawy wody, gazu, ciepła z sieci, usługi przesyłowe i dystrybucyjne energii elektrycznej, ciepła lub paliw gazowych.

Poza omówionym wyżej wyjątkiem, art. 108 ust. 1 ustawy ma pełne zastosowanie do postępowań prowadzonych w trybie zamówienia z wolnej ręki. Oznacza to, że zamawiający będzie zobowiązany zweryfikować, czy wobec wykonawcy, któremu zamierza udzielić zamówienia nie zachodzą przesłanki określone w art. 108 ust. 1 Pzp.

Sprawdzenie, czy wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 Pzp oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu jest konsekwencją wprowadzenia tych podstaw (lub warunków) do warunków zamówienia obowiązujących w danym postępowaniu, co zależy wyłącznie od woli zamawiającego. Z jednej strony niektóre z fakultatywnych podstaw wykluczenia odnoszą się do fundamentalnych kwestii takich jak, uczciwość, lojalność, rzetelność wykonawcy<sup>27</sup>, natomiast warunki udziału w postępowaniu dotyczą m.in. prawnych<sup>28</sup>, technicznych, zawodowych<sup>29</sup> lub ekonomicznych<sup>30</sup> zdolności do realizacji zamówienia. Z drugiej strony ceną za ich wprowadzenie jest zwiększenie stopnia skomplikowania postępowania.

Praktycznym wymiarem kwalifikacji podmiotowej wykonawców jest badanie przez zamawiającego oświadczeń wstępnych wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz podmiotowych środków dowodowych składanych przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona.

W postępowaniach unijnych (tj. w postępowaniach, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne) wykonawcy są zobowiązani do złożenia oświadczeń wstępnych na formularzu jednolitego europejskiego do-

kumentu zamówienia (JEDZ). Ponadto zamawiający jest zobowiązany wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia podmiotowych środków dowodowych w zakresie art. 108 oraz – gdy do warunków zamówienia zostały wprowadzone fakultatywne podstawy wykluczenia lub warunki udziału w postępowaniu – w zakresie art. 109 lub art. 112 Pzp. W przypadku postępowania unijnego prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki, zamawiający może odstąpić od żądania od wykonawcy złożenia JEDZ, natomiast musi wezwać wykonawcę do złożenia stosownych podmiotowych środków dowodowych najpóźniej wraz z zawarciem umowy.

Postępowania krajowe (tj. o wartości mniejszej niż progi unijne) charakteryzuje mniejszy stopień sformalizowania, co przejawia się m.in. w tym, że obligatoryjne oświadczenia wstępne nie są składane na formularzu JEDZ, natomiast zamawiający nie jest zobowiązany do żądania od wykonawcy złożenia podmiotowych środków dowodowych. W przypadku postępowania krajowego prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki, zamawiający może odstąpić od żądania złożenia zarówno oświadczenia wstępnego, jak również podmiotowych środków dowodowych. Jeżeli zamawiający nie skorzysta z tego uprawnienia, wykonawca, na wezwanie zamawiającego, składa oświadczenie wstępne, jak i podmiotowe środki dowodowe przed udzieleniem zamówienia. Warto podkreślić, że rezygnacja z żądania oświadczenia wstępnego i podmiotowych środków dowodowych nie uchyła stosowania art. 108 Pzp. W konsekwencji, zamawiający ponosi ryzyko, że udzieli zamówienia podmiotowy, wobec którego zachodzi obligatoryjna podstawa wykluczenia z postępowania. Wydaje się więc, że odstąpienie od żądania od wykonawcy złożenia oświadczenia wstępnego powinno dotyczyć przede wszystkim przypadków, w których wykonawca i sytuacja, w której się on znajduje są znane zamawiającemu.

Specyfika postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, w którym występuje tylko jeden wykonawca, sprawia, że podział kwalifikacji podmiotowej na wstępną i pełną nie jest konieczny, zatem zamawiający może – w dowolnym momencie postępowania – wezwać wykonawcę do złożenia oświadczenia wstępnego wraz z podmiotowymi

27 Por. art. 109 ust. 1 pkt 5, 7-10 Pzp.

28 Por. art. 112 ust. 2 pkt 2 oraz art. 114 Pzp.

29 Por. art. 112 ust. 2 pkt 4 oraz art. 116 Pzp.

30 Por. art. 112 ust. 2 pkt 3 oraz art. 115 Pzp.

środkami dowodowymi<sup>31</sup>. Nie jest jednak zabronione wezwanie wykonawcy do złożenia oświadczenia wstępnego wraz z przystąpieniem do negocjacji, natomiast do złożenia podmiotowych środków dowodowych po ich zakończeniu, przed udzieleniem zamówienia.

## 4. Zakończenie postępowania

Obecnie obowiązująca ustawa przewiduje dwa sposoby zakończenia postępowania: udzielenie zamówienia (zawarcie umowy) oraz unieważnienie postępowania. Obydwa te aspekty wymagają odrębnego omówienia. Na zakończenie zaprezentowane zostaną uwagi dotyczące ogłoszenia o wyniku postępowania.

### 4.1. Zawarcie umowy

Jak już wcześniej wspomniano, wynegocjowanie postanowień umowy nie stanowi jeszcze *per se* zawarcia umowy. Strony doszły do porozumienia, a więc osiągnęły konsens, co dopiero otwiera możliwość jej zawarcia. Wymaga to dokonania odrębnej czynności, która – co wynika z definicji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – nie jest już czynnością postępowania.

W postępowaniach przetargowych ważnym mechanizmem ustawowym jest tzw. *standstill period*, który polega na tym, że w terminie określonym przez przepisy strony nie mogą zawrzeć umowy. Termin ten pokrywa się z terminem na wniesienie odwołania przez konkurentów, których oferta nie została wybrana i jest liczony od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Mechanizm *standstill* co do zasady nie ma zastosowania do postępowań prowadzonych w trybie zamówienia z wolnej ręki, ponieważ w takich postępowaniach nie dochodzi do wyboru najkorzystniejszej oferty, a więc czynności, która uruchamia omawiany termin. Wyjątek stanowi rozwiązanie uregulowane w art. 216 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym zamawiający nie może zawrzeć umowy wcześniej niż przed upływem 14 dni od dnia zamieszczenia obowiązkowego ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. Dotyczy to jednak wyłącznie zamówień *in-house*.

Pewną „namiastką” mechanizmu *standstill* jest rozwiązanie, o którym mowa w art. 457 ust. 2 pkt 1 Pzp. Jest on ściśle związany z omówionym już ogłoszeniem o zamiarze zawarcia umowy. Ogłoszenie to przyspiesza moment, w którym wykonawcy dowiadują się o wszczęciu niekonkurencyjnego postępowania i mogą skorzystać ze środka ochrony prawnej (odwołania). Zawarcie umowy po upływie terminu na wniesienie odwołania (5 dni od zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w BZP albo 10 dni od dnia publikacji takiego ogłoszenia w TED) uchroni zamawiającego przed ewentualnym unieważnieniem umowy, o ile wykaże on, że miał uzasadnione podstawy, by sądzić, że działa zgodnie z ustawą. W odróżnieniu od mechanizmu *standstill*, ustawodawca nie posługuje się tu zakazem zawarcia umowy, ale przyznając zamawiającemu pewną korzyść, zachęca go do wstrzymania się z zawarciem umowy do czasu upływu terminu na wniesienie odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Skoro w trybie zamówienia z wolnej ręki mechanizm *standstill* zasadniczo nie ma zastosowania, do zawarcia umowy może dojść bezpośrednio po zakończeniu negocjacji. Oczywiście nie ma przeszkód, aby do kontraktowania doszło później, w terminie ustalonym przez strony.

Warto nadmienić, że zawarcie umowy nie jest czynnością postępowania, więc nie jest ono objęte obowiązkiem komunikacji elektronicznej. W konsekwencji, nie tylko sama umowa może być zawarta w formie pisemnej<sup>32</sup>, ale dokumenty przekazywane zamawiającemu w bezpośrednim związku z zawarciem umowy (np. zabezpieczenie należytego zawarcia umowy, ubezpieczenie związane z realizacją umowy, uprawnienia osób, które będą kierowały robotami budowlanymi etc.) mogą być przekazane w postaci papierowej.

Wreszcie należy pamiętać, że pełnomocnictwo do prowadzenia negocjacji w imieniu wykonawcy nie jest *per se* pełnomocnictwem do zawarcia umowy (choćby obydwie pełnomocnictwa mogły być udzielone w jednym dokumencie, albo – ujmując rzecz precyzyjniej – jedno pełnomocnictwo może umocowywać pełnomocnika zarówno do prowadzenia negocjacji, jak i do zawarcia

31 Odmienne: A. Gawrońska-Baran i in., op.cit., s. 607.

32 Chociaż może być również zawarta w formie elektronicznej, która jest równoważna formie pisemnej.

umowy). To rozróżnienie ma wpływ na wymaganą formę pełnomocnictwa. O ile pełnomocnictwo związane z reprezentowaniem wykonawcy w postępowaniu (a więc m.in. do prowadzenia negocjacji) wymaga postaci elektronicznej z podpisem elektronicznym, o tyle pełnomocnictwo do zawarcia umowy wymaga formy pisemnej lub formy elektronicznej.

## 4.2. Unieważnienie postępowania

Zamknięcie postępowania bez udzielania zamówienia następuje poprzez jego unieważnienie. Katalog przesłanek unieważnienia postępowania zawiera art. 255 Pzp, który jest uzupełniony przesłankami fakultatywnymi z art. 256-258 Pzp, przy czym odpowiednikiem przesłanki określonej w art. 257 w postępowaniach krajowych jest przesłanka z art. 310 Pzp.

Zasadniczą część podstaw unieważnienia odnosi się do postępowań przetargowych lub negocjacyjno-przetargowych, w których występują oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Ich zastosowanie w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki, w którym nie dochodzi do złożenia oferty lub wniosku, jest zatem niemożliwe.

Z kolei pole zastosowania przesłanki określonej w art. 255 pkt 8 Pzp ogranicza się wyłącznie do omawianego trybu. Zgodnie z tym przepisem, postępowanie podlega unieważnieniu, gdy negocjacje prowadzone w trybie zamówienia z wolnej ręki nie doprowadziły do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ustawodawca nie wskazuje przyczyn fiaska negocjacji<sup>33</sup>, co oznacza, że w przesłance tej mieszczą się różne stany faktyczne – od nieusuwalnej rozbieżności stanowisk negocjujących stron<sup>34</sup>, po utratę zainteresowania uzyskaniem lub udzieleniem zamówienia co najmniej przez jedną ze stron. Jeżeli chodzi o ten ostatni przypadek, należy pamiętać, że w obrocie gospodarczym przystępowanie do negocjacji bez zamiaru zawarcia umowy albo prowadzenie negocjacji z naruszeniem dobrych obyczajów (a więc np. nieuzasadnione zerwanie negocjacji) może skutkować odpowie-

działnością cywilnoprawną za szkodę wyrządzoną drugiej stronie, która liczyła na zawarcie umowy<sup>35</sup>.

Wydaje się, że omawiana przesłanka może obejmować również przypadek, w którym w toku postępowania ujawniają się okoliczności skutkujące wykluczeniem wykonawcy z postępowania, aczkolwiek taka sytuacja może być również podstawą unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6 Pzp (niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu), który pozwala zamawiającemu wycofać się z postępowania wszczętego lub prowadzonego z naruszeniem ustawy.

Postępowanie prowadzone w trybie zamówienia z wolnej ręki może być również unieważnione na podstawie art. 255 pkt 5 Pzp (istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć) oraz art. 257 (postępowania unijne) albo 310 (postępowania krajowe) Pzp, których zastosowanie wymaga przewidzenia w zaproszeniu do negocjacji możliwości unieważnienia postępowania, jeżeli środki publiczne, które zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostaną przyznane zamawiającemu.

Wreszcie w omawianym trybie zastosowanie może znaleźć przesłanka unieważnienia postępowania określona w art. 255 pkt 7 Pzp, gdy wykonawca uchylił się od zawarcia umowy lub nie wnoszą wymaganego zabezpieczenia należytego jej wykonania. Należy przy tym dodać, że ta okoliczność może również stanowić podstawę do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 8 Pzp oraz że przy unieważnianiu postępowania na mocy art. 255 pkt 7 Pzp nie znajdzie zastosowania odesłanie do art. 263 Pzp, który odnosi się wyłącznie do postępowań konkurencyjnych.

Unieważnienie postępowania wymaga doręczenia wykonawcy zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego, o czym przesądza art. 260 ust. 1 Pzp. Nie zachodzi przy tym obowiązek umieszczania stosownej informacji na stronie internetowej prowadzonego postępowania, po-

<sup>33</sup> M. Jaworska (red.), op.cit., s. 694.

<sup>34</sup> A. Gawrońska-Baran i in., op.cit., s. 717.

<sup>35</sup> Por. art. 72 § 2 Kodeksu cywilnego. Por. też H. Nowak, M. Winiarz (red.), op.cit., s. 770-771.



nieważ w trybie zamówienia z wolnej ręki postępowanie nie jest prowadzone z wykorzystaniem takiej strony. Data wprowadzenia tego zawiadomienia do środka komunikacji elektronicznej jest datą zakończenia postępowania, aczkolwiek należy pamiętać, że unieważnienie postępowania, nawet w trybie zamówienia z wolnej ręki, może zostać skutecznie zaskarżone przez wykonawcę w drodze odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

### **4.3. Ogłoszenie o wyniku postępowania**

Mimo że postępowanie prowadzone w trybie zamówienia z wolnej ręki nie ma charakteru konkurencyjnego, jest postępowaniem objętym podstawowymi zasadami Pzp: zasadą jawności i przejrzystości. Z tego powodu fakt zakończenia postępowania powinien być podany do publicznej wiadomości, niezależnie od jego wyniku. Chodzi tu m.in. o umożliwienie wykonawcom, którzy nie wzięli udziału w postępowaniu zaskarżenia wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.

Zamawiający w terminie 30 dni od zawarcia umowy albo unieważnienia postępowania jest zobowiązany do przekazania do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia o udzieleniu zamówienia publicznego albo do zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o wyniku postępowania. W przypadku zamówień *in-house* ustawodawca modyfikuje zasady ogłaszania wyniku postępowania, skracając termin na zamieszczenie ogłoszenia w BZP do 14 dni od dnia zakończenia postępowania. Należy pamiętać, że obowiązek ten dotyczy również postępowań unijnych, w których zamawiający musi zamieścić ogłoszenie o wyniku postępowania (BZP) w terminie 14 dni od zakończenia postępowania oraz – w terminie 30 dni od dnia zakończenia postępowania – zamawiający jest zobowiązany przekazać Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o udzieleniu zamówienia.

Na zakończenie warto nadmienić, że wbrew nazwie, w ogłoszeniach o udzieleniu zamówienia publicznego ujawnia się nie tylko zawarcie umowy, ale również fakt unieważnienia postępowania.



Narodowy Instytut Samorządu Terytorialnego powstał w 2015 r.  
Jest państwową jednostką budżetową podległą MSWiA.  
Działa na rzecz dalszej profesjonalizacji samorządu terytorialnego i administracji publicznej.

EKSPERTYZY NIST, ul. Zielona 18, Łódź 90-601  
Sekretariat tel. +48 42 633 10 70  
e-mail: sekretariat@nist.gov.pl