

Stosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia

Procedury negocjacyjne bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, ze względu na ich negatywny wpływ na konkurencję, powinny być stosowane wyłącznie w wyjątkowych okolicznościach (motyw 50 dyrektywy 2014/24/UE).

MARZENA JAWORSKA

Dyrektwa 2014/24/UE nie różnicuje procedury negocjacyjnej na tryb negocjacji bez ogłoszenia oraz tryb zamówienia z wolnej ręki, jak to ma miejsce w prawie krajowym.

W przepisach Pzp tryb negocjacji bez ogłoszenia został przewidziany do udzielenia zamówienia, w szczególnych przypadkach, w których jednak nie jest konieczne negocjowanie warunków umowy tylko z jednym wykonawcą, jak ma to miejsce w zamówieniach udzielanych w trybie z wolnej ręki, ale możliwe jest zachowanie minimalnej konkurencji.

WSZCZĘCIE POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA

Negocjacje bez ogłoszenia to 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). Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w tym trybie nie jest więc wszczynane przez publikację ogłoszenia o zamówieniu, lecz przez przekazanie wykonawcom zaproszenia do negocjacji. Zamawiający może jednak po wszczęciu postępowania zamieścić w BZP ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy.

Celem publikacji ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy jest uzewnętrznienie zamiaru zawarcia umowy w trybie niekonkurencyjnym, a tym samym umożliwienie wykonawcom, którzy nie zostali zaproszeni do negocjacji, zaskarżenia odwołaniem tej czynności.



MARZENA JAWORSKA
Radca prawny, Wspólnik w JMGJ Jaworska,
Matusiak, Jarnicka Kancelaria prawna Sp. j.

Zamieszczenie ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w BZP ma charakter fakultatywny. Jednak nieopublikowanie tego ogłoszenia wydłuża termin na wniesienie odwołania od wyniku tego postępowania do 15 dni od dnia zamieszczenia obligatoryjnego ogłoszenia o wyniku postępowania w BZP, zawierającego uzasadnienie zastosowania tego trybu (art. 515 ust. 4 pkt 1).

Zatem, pomimo braku obowiązku ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, w interesie zamawiającego jest opublikowanie tego ogłoszenia bezpośrednio po wszczęciu postępowania.

WŁAŚCIWE PRZEPISY

Do udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia o wartości zamówienia mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy art. 208–212, określające zasady prowadzenia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia o wartości zamówienia równej lub przekraczającej progi unijne, ze zmianami określonymi w art. 301–303 .

Bezpośrednie zastosowanie znajdują następujące przepisy:

- art. 208 ust. 1 (definicja trybu),
- art. 209 ust. 1 pkt 2 i 3 (przesłanki udzielenia zamówienia w tym trybie, wspólne dla obu procedur),
- art. 210 (określenie momentu wszczęcia postępowania, minimalnych elementów zaproszenia do negocjacji oraz minimalnej liczby zapraszanych wykonawców),
- art. 211 (zasada poufności prowadzonych negocjacji),
- art. 212 ust. 1 (obowiązek poinformowania wykonawców o zakończeniu negocjacji oraz minimalne elementy zaproszenia do składania ofert).

Odpowiednie zmiany, dostosowujące procedurę unijną właściwą dla udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia do procedury krajowej, określone zostały w przepisach:

- art. 301 (przesłanki udzielenia zamówienia w tym trybie),
- art. 302 (możliwość zamieszczenia w BZP ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy), art. 303 (minimalne elementy dokumentów zamówienia, przekazywane wykonawcom wraz z zaproszeniem do składania ofert, zasady ich wyjaśniania i zmiany oraz określenie maksymalnej wysokości wymaganego wadium).

PRZESŁANKI STOSOWANIA

Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia wyłącznie w przypadkach określonych w art. 301.

Przesłanki warunkujące zastosowanie tego trybu, jako wyjątku od zasady udzielania zamówień w trybie podstawowym, muszą być interpretowane ściśle i nie mogą być w drodze zabiegów interpretacyjnych przenoszone na sytuacje podobne lub zbliżone.

Ciężar udowodnienia możliwości odstąpienia od procedury otwartej zawsze obciąża zamawiającego. Ocena spełnienia przesłanek warunkujących udzielenie zamówienia w tym trybie powinna być dokonywana indywidualnie, z uwzględnieniem występujących w danym przypadku okoliczności faktycznych.

Nagroda w konkursie

Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli przeprowadzono konkurs, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w tym trybie co najmniej dwóch autorów wybranych prac konkursowych (art. 326 pkt 2). Zaproszenie do negocjacji tylko jednego autora stanowi podstawę do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

W świetle art. 7 pkt 8 konkurs jest przyrzeczeniem publicznym, w którym przez publiczne ogłoszenie zamawiający przyrzeka nagrodę za wykonanie i przeniesienie prawa do wybranej przez sąd konkursowy pracy konkursowej. Konkurs organizowany jest

w celu wyboru pracy konkursowej o charakterze twórczym, dotyczącej w szczególności planowania przestrzennego, projektowania urbanistycznego, projektowania architektonicznego, projektowania architektoniczno-budowlanego, przetwarzania danych, projektowania z zakresu informatyki oraz zamierzenia innowacyjnego (art. 325 ust. 1).

Nagrodą w konkursie może być zaproszenie do negocjacji w trybie negocjacji bez ogłoszenia autorów wybranych prac konkursowych w celu wykonania usługi na podstawie wybranej pracy konkursowej (art. 326 pkt 2). W takim przypadku nie jest konieczne spełnienie jakichkolwiek dodatkowych przesłanek warunkujących udzielenie zamówienia w tym trybie.

Niemniej jednak, zgodnie z wyrokiem TSUE z dnia 14 października 2004 r.¹, powinien istnieć bezpośredni związek funkcjonalny pomiędzy konkursem i danym zamówieniem.

Zdaniem Trybunału zamówienie nie powinno być udzielane z powołaniem się na wspomnianą przesłankę, jeżeli jest udzielane na realizację czynności dodatkowych, niewchodzących w zakres konkursu.

Dostawy rzeczy wytwarzanych wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych

Kolejna przesłanka warunkująca udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia dotyczy jedynie zamówień na dostawy o ściśle określonym przedmiocie. Zamawiane muszą być rzeczy, które wytwarzane są wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych i które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej, służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju.

Obowiązek „wytworzenia rzeczy” oznacza, że efektem zrealizowanego przedmiotem zamówienia nie może być uzyskanie nowych funkcjonalności czy zmodernizowanie już istniejącej rzeczy.

Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 30 września 2014 r.² trafnie wskazała, że „nie znajduje żadnego logicznego uzasadnienia stanowisko, iż prace przy istniejącym w momencie wszczęcia postępowania urzędzeniu, doprowadziły do wytworzenia (powstania, wyprodukowania) owego urzędzenia. Wytworzenie referuje bowiem wprost do rzeczy (przedmiot materialny), a nie do nowych funkcji i możliwości tej rzeczy, uzyskanej w rezultacie szeregu prac. W takim przypadku (modernizacji rzeczy) należy mówić nie o wytworzeniu rzeczy, ale co najwyżej o «wytworzeniu» nowych funkcjonalności, poszerzeniu możliwości pracy takiego urzędzenia”.

Z kolei zastrzeżenie „wyłącznie w celach” badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych, niesłużących prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej, służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju, wyłącza zastosowanie tego przepisu do udzielania zamówień na wytworzenie rzeczy niezbędnych do prowadzenia innej działalności zamawiającego, w szczególności komercyjnej lub mającej na celu pokrycie kosztów badań lub rozwoju.

W świetle opinii UZP „W zakres niniejszej przesłanki nie będzie wchodził np. zakup sprzętu służącego do badań, gdyż pomimo jego przeznaczenia (przeznaczony do przeprowadzania badań i doświadczeń) wytworzony został w celu komercyjnym”³.

¹ Wyrok TSUE z dnia 14 października 2004 r. w sprawie C-340/02, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska, LEGALIS.

² Uchwała KIO z dnia 30 września 2014 r., KIO/KD 86/14, LEGALIS.

³ Zob. Wytyczne przyjęte przez Komitet Stały Rady Ministrów z dnia 18 listopada 2010 r. dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, UZP 2010, s. 13.

Bezskuteczność przeprowadzonego wcześniej postępowania w trybie podstawowym

Zamawiający może sięgnąć po tryb negocjacji bez ogłoszenia, w przypadku, w którym:

- 1) uprzednio bezskutecznie przeprowadził postępowanie w trybie podstawowym, tj. postępowanie nie zakończyło się udzieleniem zamówienia,
- 2) fiasko poprzedniego postępowania spowodowane było jedną z następujących okoliczności:
 - a. nie złożono żadnej oferty albo
 - b. wszystkie oferty zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 (tj. z powodu złożenia oferty przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu lub niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub który nie złożył oświadczeń lub dokumentów określonych w lit. c tego przepisu) lub art. 226 ust. 1 pkt 5 (tj. w przypadku niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia), oraz
- 3) pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione.

Zakresem pojęcia warunków zamówienia, zgodnie z definicją określoną w art. 7 pkt 29 objęte zostały wszystkie warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Warunki zamówienia nie muszą być tożsame w stosunku do obowiązujących w poprzednim postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym, ale nie mogą ulec istotnym zmianom.

Istotność zmian warunków zamówienia należy rozpatrywać pod kątem wpływu tej zmiany na krąg potencjalnych wykonawców zainteresowa-

nych uzyskaniem zamówienia. Istotna zmiana pierwotnych warunków zamówienia polega na wprowadzeniu zmian, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia umożliwiłyby dopuszczenie innych wykonawców niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty⁴.

W szczególności za nieistotne zmiany nie mogą być uznane takie, które powodują zmniejszenie obciążeń po stronie wykonawców, prowadząc do rozszerzenia kręgu potencjalnych wykonawców, zainteresowanych ubieganiem się o pozyskanie zamówienia i zdolnych do jego realizacji (np. znacząca modyfikacja przedmiotu zamówienia, kryteriów oceny ofert, znaczne obniżenie wymagań dotyczących wysokości wadium lub warunków udziału w postępowaniu, istotna zmiana w zakresie określenia kar umownych, warunków płatności lub warunków gwarancji).

W przypadku udzielenia zamówienia na tej podstawie zamawiający zaprasza do negocjacji co najmniej tych wykonawców, którzy złożyli oferty w prowadzonym uprzednio postępowaniu w trybie podstawowym. Zamawiający nie może zastosować tego trybu, jeśli liczba wykonawców jest mniejsza niż 3, a w przypadku specjalistycznego charakteru zamówienia – mniejsza niż 2. W takim przypadku powinien udzielić zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki (art. 305 pkt 2).

Nieprzewidywalna i pilna potrzeba udzielenia zamówienia

Tryb negocjacji bez ogłoszenia może być stosowany w przypadkach nieprzewidywanej i pilnej potrzeby udzielenia zamówienia. Udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 4 PZP wymaga łącznego spełnienia następujących przesłanek:

⁴ Tak TSUE w wyroku. z dnia 4 czerwca .6.2009 r., Komisja v. Grecja, w sprawie C-250/07, LEGALISegalis.

- 1) udzielenie zamówienia musi być podyktowane wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, nieleżących po stronie zamawiającego;
- 2) okoliczności te muszą powodować potrzebę pilnego udzielenia zamówienia (czyli pilnego zawarcia umowy);
- 3) zaistniała sytuacja nie pozwala na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia z zachowaniem terminów przewidzianych dla trybu podstawowego.

Pomiędzy powyższymi warunkami powinien zachodzić związek przyczynowo-skutkowy oraz związek czasowy.

Niemożność przewidzenia określonego zdarzenia powinna być oceniana nie jako nieograniczona pewność jego niewystąpienia, lecz jako niska prawdopodobieństwo jego wystąpienia⁵. Musi mieć charakter obiektywny, co oznacza, że każdy podmiot znajdujący się w określonej sytuacji nie miałby możliwości ich przewidzenia przy zachowaniu należytej staranności, ocenianej z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru prowadzonej działalności.

Do tego rodzaju sytuacji zalicza się zdarzenia, których zaistnienie w normalnym toku rzeczy jest mało prawdopodobne lub których skutki w znacznym stopniu przekraczają konsekwencje, które mogły być przewidziane. Jednocześnie zdarzenia te nie mogą być spowodowane przyczynami leżącymi po stronie zamawiającego (jego działaniem lub zaniechaniem), np. zaniechaniem podjęcia określonych czynności w odpowiednim czasie.

W wyroku z dnia 31 maja 2019 r.⁶ KIO wskazała, że pilna potrzeba udzielenia zamówienia oznacza, iż zakres prac, jakie zamawiający zamierza zlecić w ramach trybu negocjacji bez ogłoszenia, powinien być analizowany przez pryzmat pilności ich wykonania. To bowiem pilność wykonania określonych robót determinuje pilność udzielenia zamówienia przez zamawiającego. Pilność udzielenia zamówienia publicznego zasadniczo skorelowana jest z konsekwencjami,

jakie wynikłyby z udzielenia zamówienia w terminach podstawowych.

Izba wskazała, że chodzi tu o ochronę interesu, który może doznać uszczerbku wskutek zbyt późnego udzielenia zamówienia, np. mogłoby to prowadzić do powstania nieodwracalnych, ujemnych skutków finansowych dla zamawiającego lub też ze względu na pilną konieczność ochrony określonych i istotnych interesów publicznych, w tym interesu społecznego, związanych z realizacją inwestycji publicznych.

Pilność udzielenia zamówienia powinna być odnośzona do braku możliwości zachowania terminów przewidzianych dla trybu podstawowego. W szczególności chodzi tu o brak możliwości zachowania minimalnych terminów na składanie ofert, ale też konieczne jest uwzględnienie czasu niezbędnego na badanie i ocenę ofert, kwalifikację podmiotową wykonawców a także na ewentualne korzystanie przez wykonawców ze środków ochrony prawnej.

Termin składania ofert powinien być wyznaczony z uwzględnieniem złożoności zamówienia oraz czasu potrzebnego na ich przygotowanie, z tym że w przypadku dostaw lub usług termin ten nie może być krótszy niż 7 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w BZP, a w przypadku robót budowlanych – nie krótszy niż 15 dni od zamieszczenia ogłoszenia w BZP.

Udzielenie zamówienia niezbędnego do zakończenia robót budowlanych

Ostatnia spośród możliwych do zastosowania przesłanka udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, określona w art. 295 ust. 1 pkt 4, znajdzie zastosowanie wyłącznie w sytuacji, w której zamawiający w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia na roboty budowlane odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy i udzielenie zamówienia jest nie-

⁵ Tak KIO w wyroku. z dnia 2 stycznia 2020 r., KIO 2568/19, LEGALIS.

⁶ KIO 904/19, LEGALIS.

zbędne do zakończenia robót budowlanych stanowiących przedmiot wcześniejszego zamówienia.

Zastosowanie tej przesłanki pozwala na udzielenie zamówienia w zakresie niezbędnym do zakończenia robót budowlanych, a nie do wykonania całego przedmiotu poprzedniego zamówienia na roboty budowlane. W przypadku, gdy przedmiotem wcześniejszego zamówienia było np. wykonanie określonego obiektu wraz z dostawą mebli czy sprzętu, przedmiot zamówienia udzielanego w trybie negocjacji bez ogłoszenia może obejmować tylko roboty budowlane i tylko w zakresie niezbędnym do zakończenia robót budowlanych, niewykonanych w związku z odstąpieniem od umowy przez zamawiającego.

Przesłanka ta może być stosowana, jeżeli do odstąpienia od umowy doszło w okresie 3 lat od udzielenia poprzedniego zamówienia na roboty budowlane, przez co należy rozumieć zawarcie umowy (art. 7 pkt 25).

Możliwość wszczęcia postępowania na podstawie tej przesłanki ograniczona została do okresu 3 miesięcy od dnia odstąpienia od umowy przez zamawiającego. Zamawiający zobowiązany jest zaprosić do negocjacji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w wcześniejszym postępowaniu, z wyjątkiem wykonawcy, z którym została zawarta umowa, od której zamawiający odstąpił. Z literalnej wykładni tego przepisu wynika, że obowiązek zaproszenia do negocjacji wszystkich wykonawców nie został zawężony do tych, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuce-

niu. Poza nimi zamawiający może do negocjacji zaprosić również innych wykonawców.

PROCEDURA UDZIELENIA ZAMÓWIENIA

Zamawiający zaprasza do negocjacji 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.

Prowadzone negocjacje mają charakter poufny. Nieopuszczalne jest ujawnianie informacji technicznych i handlowych związanych z negocjacjami przez którąkolwiek ze stron bez zgody drugiej strony. Zgoda ta powinna być udzielona przez drugą ze stron w odniesieniu do konkretnych informacji, które mogą podlegać ujawnieniu, oraz przed ich ujawnieniem.

O zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, z którymi prowadził negocjacje i którzy pozostali w postępowaniu. Wraz z zaproszeniem do składania ofert przekazuje dokumenty zamówienia, zawierające co najmniej informacje określone w art. 282 ust. 1 (obligatoryjne elementy SWZ, stosowanej w dwóch wariantach trybu podstawowego, o których mowa w art. 275 pkt 1 i 2).

Badanie i ocena ofert, a także wybór najkorzystniejszej oferty odbywa się z zastosowaniem przepisów właściwych dla udzielania zamówień krajowych, wskazanych w art. 266.

Zapraszamy do odwiedzenia naszej strony internetowej pod adresem:

www.zamowieniapublicznedoradca.pl

Odwiedź nas jeszcze dziś!