

Interpretacja przesłanek umożliwiających niestosowanie procedur zamówień udzielanych w ramach projektów, o których mowa w pkt 8 w podrozdziale 6.5 Wytucznych w zakresie kwalifikowalności wydatków na lata 2014-2020

Pkt. 8 *Wytucznych* daje beneficjentowi możliwość niestosowania procedur przy udzielaniu zamówień określonych w podrozdziale 6.5. **Interpretacja tych zapisów przy udzielaniu zamówień zgodnie z prawem zamówień publicznych dokonywana jest w oparciu o zapisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2015 poz. 2164 z późn. zm.). Poniżej przedstawiono interpretację wyłączeń od zasady konkurencyjności zawartych w pkt 8.** Zgodnie bowiem z przypisem 32 do ww. pkt 8 określone przesłanki umożliwiające niestosowanie procedur należy interpretować biorąc pod uwagę wykładnię odpowiednich przepisów Pzp, tj. art. 62 i art. 67, umożliwiających zastosowanie trybu niekonkurencyjnego po spełnieniu określonych warunków.

- a) w wyniku przeprowadzenia procedury określonej w sekcji 6.5.2 nie wpłynęła żadna oferta, lub wpłynęły tylko oferty podlegające odrzuceniu, albo wszyscy wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania lub nie spełnili warunków udziału w postępowaniu, pod warunkiem, że pierwotne warunki zamówienia nie zostały w istotny sposób zmienione**

Przesłankę można uznać za spełnioną tylko i wyłącznie jeżeli procedura konkurencyjnego wyboru wykonawcy, która nie doprowadziła do wyboru wykonawcy, była przeprowadzona w sposób prawidłowy, tj. w szczególności właściwie i precyzyjnie opisano przedmiot zamówienia, warunki i kryteria udziału w postępowaniu określono w sposób adekwatny i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania, ogłoszenie o zamówieniu właściwie upubliczniono, a odrzucone zostały tylko i wyłącznie te oferty, które były niezgodne z opisem przedmiotu zamówienia. W przypadku przeprowadzenia nieskutecznej procedury przed podpisaniem umowy o dofinansowanie lub przeprowadzenia nieskutecznej procedury w przypadku zawieszenia działalności bazy w oparciu o pkt. 10 podrozdziału 6.5.2 (i w związku z tym brakiem ogłoszenia zamówienia w bazie konkurencyjności), zaleca się ponowne przeprowadzenie procedury konkurencyjnej po

podpisaniu umowy o dofinansowanie (tym razem z umieszczeniem ogłoszenia zamówienia w bazie konkurencyjności), o ile jest to tylko możliwe z uwagi na termin realizacji zamówienia.

Do zastosowania tej przesłanki niewystarczające jest samo przypuszczenie zamawiającego, że prowadzenie procedur w trybach konkurencyjnych może nie dać oczekiwanych rezultatów, tj. przypuszczenie zamawiającego o braku ofert lub złożeniu ofert podlegających odrzuceniu.

W przypadku stosowania tej przesłanki należy przeprowadzić ponownie całe postępowanie wyboru wykonawcy w zakresie identycznym jak w pierwotnym ogłoszeniu. Zmiana zakresu zamówienia równoznaczna jest z rozpoczęciem nowego postępowania i w takim przypadku niniejszej przesłanki zastosować nie można.

- b) zamówienie może być zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę z jednego z następujących powodów:**

- i. **brak konkurencji ze względów technicznych o obiektywnym charakterze,**
- ii. **przedmiot zamówienia jest objęty ochroną praw wyłącznych, w tym praw własności intelektualnej,**
– **wyłączenie może być zastosowane, o ile nie istnieje rozwiązanie alternatywne lub zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem sztucznego zawężania parametrów zamówienia**

Ad. lit. b i.

Ta przesłanka ma zastosowanie, gdy zamawiający jest w stanie wykazać, że w związku ze szczególną specyfiką przedmiotu danego zamówienia, może je zrealizować wyłącznie jeden wykonawca. Najczęściej podawanym przykładem przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze jest monopol naturalny, tj. gdy tylko jeden wykonawca wytwarza dane dobro lub jest w stanie świadczyć daną usługę. Przykładami takich monopolów będą dostawy wody czy niektóre usługi pocztowe. Poza monopolem naturalnym, wymienia się sytuacje, gdy wykonawca jest jedynym możliwym do wyboru, z powodu dysponowania unikatową technologią lub gdy zachodzi konieczność zachowania tego samego standardu urządzeń, którymi do tej pory dysponuje zamawiający.

Sam fakt, że konkretny wykonawca może wykonać zamówienie najlepiej lub w jak najszerszym zakresie nie jest wystarczający do zastosowania tej przesłanki¹. Taki wykonawca musi być jedynym podmiotem w Polsce i krajach Unii Europejskiej, który jest zdolny zrealizować zamówienie, przy czym wynikać to powinno z obiektywnych faktów, które nie budzą żadnych wątpliwości, a nie z indywidualnego przekonania zamawiającego.

Nie można również uznać za wystarczającą okoliczność do zastosowania tej przesłanki, przekonania zamawiającego, że w związku ze szczególnym doświadczeniem, zaufaniem, czy możliwościami, tylko proponowany przez niego wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie². Do zastosowania tej przesłanki, niewystarczający jest złożony charakter zamówienia, specyficzne cechy czy też sposób montażu przedmiotu zamówienia. Przeświadczenie zamawiającego o konieczności udzielenia zamówienia konkretnemu wykonawcy, nie może wynikać z wcześniej zawartych przez niego umów³. Wszelkie wcześniejsze działania zamawiającego podjęte przed wszczęciem postępowania, nie mogą mieć konsekwencji w postaci przymusu zawarcia kolejnej umowy na konkretną usługę, z tym samym wykonawcą.

Również wcześniejsze unieważnienie postępowania o zamówienie z powodu braku ofert nie wypełnia przesłanki mówiącej o tym, że zamówienie może być zrealizowane tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, choć taka sytuacja może powodować wyłączenie obowiązku stosowania zasady konkurencyjności z uwagi na lit. a. Niewystarczające jest również samo przypuszczenie zamawiającego, że prowadzenie następnych procedur w trybach konkurencyjnych może nie dać oczekiwanych rezultatów w postaci złożenia przez wykonawcę oferty nie podlegającej odrzuceniu⁴.

W ramach projektów finansowanych z EFS trudno wskazać jakiegokolwiek przykładowe zamówienie w tym zakresie. Należy podkreślić, że jeśli zamówienie miało być unikatowe i spełniać tę przesłankę, powinno to wynikać z wniosku o dofinansowanie projektu, gdzie szczegółowo opisuje się podejmowane w projekcie działania.

Ad. lit. b ii.

Przesłanka ta odnosi się do sytuacji, w której tylko jeden wykonawca, ma wyłączne prawo do dysponowania przedmiotem zamówienia, a prawo to podlega ochronie ustawowej. Chodzi tu między innymi o przypadki dostaw, które polegają na nabyciu praw autorskich lub praw pokrewnych, albo na uzyskaniu licencji na konkretne, indywidualne potrzeby. Prawa te, są w szczególności chronione przez ustawę o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz ustawę prawo własności przemysłowej. Zamawiający zawsze przed powołaniem się na prawa autorskie ma obowiązek dogłębnie zbadać, czy na rynku krajowym i Unii Europejskiej nie istnieją inne podmioty, które mogą zapewnić równoważne rozwiązania wykonania przedmiotu zamówienia. Niedopuszczalna jest interpretacja polegająca na przekonaniu, że zamawiający może użyć tej przesłanki w każdym wypadku, gdy przedmiot podlega takiej ochronie, bez badania czy na rynku istnieją wykonawcy mogący wykonać zamówienie w sposób równoważny.

W ramach projektów finansowanych z EFS trudno wskazać jakiegokolwiek przykładowe zamówienie w tym zakresie. Należy podkreślić, że jeśli zamówienie miało być unikatowe i spełniać tę przesłankę, powinno to wynikać z wniosku o dofinansowanie projektu, gdzie szczegółowo opisuje się podejmowane w projekcie działania.

c) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę, w przypadku udzielania zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej

Możliwość udzielenia zamówienia na podstawie tej przesłanki pojawia się, gdy przedmiotem zamówienia jest działalność twórcza lub artystyczna. Należy wziąć pod uwagę, że działalność taką

¹ Urząd zamówień publicznych, *Wytyczne 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*

² Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 września 2000 r. (sygn. akt II SA 2074/00)

³ Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie urzędu zamówień publicznych z dnia 7 kwietnia 2009 r. (sygn. akt KIO/KD 8/09)

⁴ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 17.12.2013 r. (sygn. akt V SA/Wa 2406/13)

musi cechować duży stopień zindywidualizowania oraz pewna niepowtarzalność. Zamawiający musi być przekonany, że realizacja zamówienia u innego wykonawcy (artysty) nie doprowadziłaby do oczekiwanego rezultatu. W szczególności za działalność twórczą objętą tą przesłanką nie uznaje się przygotowywania materiałów szkoleniowych, czy różnego typu ekspertyz.

W ramach projektów finansowanych z EFS trudno wskazać jakiegokolwiek przykładowe zamówienie w tym zakresie. Należy podkreślić, że jeśli zamówienie miało by dotyczyć działalności twórczej lub artystycznej i spełniać tę przesłankę, powinno to wynikać z wniosku o dofinansowanie projektu, gdzie szczegółowo opisuje się podejmowane w projekcie działania.

- d) w przypadku zamówień, do których ma zastosowanie zasada konkurencyjności, ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych w sekcji 6.5.2**

Należy podkreślić, że przesłanka ta nie powinna być interpretowana w sposób rozszerzający. Każda pilna konieczność (potrzeba) winna być należycie uzasadniona przez zamawiającego⁵. Pilność musi wynikać z obiektywnie istniejących przyczyn, a nie tylko z „wygody zamawiającego”. Stanem faktycznym uzasadniającym powoływanie się na zaistnienie pilnej potrzeby nie może być na przykład konieczność terminowej realizacji poszczególnych zadań w projekcie, w sytuacji, gdy zamawiający nie przewidział odpowiedniego czasu na przeprowadzenie procedur konkurencyjnych lub nie przystąpił do tych procedur z odpowiednim wyprzedzeniem. Nie uzasadnia także pilnej potrzeby przeciąganie się wcześniejszych procedur konkurencyjnych, czy braki kadrowe.

Co do zasady, projekty PO WER opracowywane są przed wnioskodawców z istotnym wyprzedzeniem przed podpisaniem umowy o dofinansowanie projektu. Projekty te realizowane są w oparciu o wnioski o dofinansowanie i stanowiący jego część harmonogram. W związku z tym, realizacja projektu zgodnie z opracowanym przed beneficjenta harmonogramem nie stanowi pilnej konieczności (czy potrzeby), która wyłączałaby stosowanie zasady konkurencyjności. Nawet w przypadku podpisania umowy o dofinansowanie z opóźnieniem w stosunku do oczekiwań beneficjenta, przesłanka pilnej potrzeby nie powinna być stosowana. W takim przypadku wnioskodawca ma bowiem możliwość zmiany okresu realizacji projektu (jeśli ten pierwotnie przewidywany nie jest już wykonalny). Wnioskodawca może jednak podjąć decyzję o rozpoczęciu realizacji projektu zgodnie z zakładanym harmonogramem przed podpisaniem umowy o dofinansowanie projektu na własne ryzyko i w takich przypadkach stosuje zasadę konkurencyjności na warunkach ogólnych.

Stwierdzenie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia możliwe jest jedynie w sytuacji, gdy zamawiający jest w stanie wykazać, iż działając z należytą starannością nie był w stanie przewidzieć zaistnienia określonych faktów⁶. W przypadku powoływania się przez zamawiającego na wystąpienie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, musi on być w stanie udokumentować zaistnienie danego stanu faktycznego. Zaleca się więc beneficjentom PO WER unikanie stosowania tej przesłanki, a w razie takiej konieczności sporządzanie notatek w tym zakresie ze szczegółowym uzasadnieniem.

- e) w przypadku zamówień, do których ma zastosowanie zasada konkurencyjności, ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia i nie można zachować terminów określonych w sekcji 6.5.2**

Sytuacja wyjątkowa (nieprzewidywalna) to sytuacja, której wystąpienie w normalnym toku rzeczy jest nieprawdopodobne, a nieprzewidywalność takiej sytuacji przez zamawiającego powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych (nieprzewidywalność zobiektywizowana). Do takich wyjątkowych sytuacji należy zaliczyć zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego - zdarzenia o charakterze przysłym, nieprzewidzianym, nagłym i niezależnym od woli zamawiającego (klęski

⁵ Dyrektywa 2014/24/UE art. 28 ust. 6

⁶ Szczegółowa interpretacja „pilnej potrzeby udzielenia zamówienia” została przedstawiona przez Prezesa UZP w dokumencie: *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* przy określeniu przesłanek wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia (dokument znajduje się w bazie wiedzy UZP www.uzp.gov.pl).

żywiłowe, katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki), a także zdarzenia wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego⁷.

W przypadku powoływania się przez zamawiającego na wystąpienie tej przesłanki, musi on być w stanie udokumentować zaistnienie danego stanu faktycznego.

- f) **przedmiotem zamówienia na dostawy są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych, z wyłączeniem zamówień obejmujących produkcję masową służącą osiągnięciu rentowności ekonomicznej lub pokryciu kosztów badań i rozwoju**

Podmioty realizujące projekty B+R mogą kierować się niniejszą przesłanką pod warunkiem, że:

1. zamówienie dotyczy dostaw,
2. przedmiotem zamówienia są **towary wytwarzane wyłącznie dla celów badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych** – cele te należy interpretować zgodnie z Ustawą o zasadach finansowania nauki; celem wyprodukowania towaru nie może być osiągnięcie rentowności rynkowej (zysku), ani nawet pokrycie kosztów badań lub prac rozwojowych służących jego wyprodukowaniu.

Przykładem zamówień, w przypadku których możliwe jest zastosowanie powyższej przesłanki są zakupy prototypów. Zakresem tej przesłanki nie jest objęty np. zakup sprzętu służącego do badań, gdyż pomimo jego przeznaczenia do przeprowadzania badań i doświadczeń, został **wytworzony w celu komercyjnym**.

- g) **zamawiający udziela wykonawcy wybranemu zgodnie z zasadą konkurencyjności uzupełniających zamówień na dodatkowe dostawy, polegających na częściowej wymianie dostarczonych produktów lub instalacji albo zwiększeniu bieżących dostaw lub rozbudowie istniejących instalacji, a zmiana wykonawcy prowadziłaby do nabycia materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu tych produktów lub instalacji; czas trwania umowy w sprawie zamówienia na dostawy dodatkowe nie może przekraczać 3 lat**

Uzupełniające zamówienia na **dotatkowe dostawy** polegają na częściowej wymianie dostarczonych produktów lub instalacji albo zwiększeniu bieżących dostaw. Beneficjent udziela wykonawcy uzupełniających zamówień na dodatkowe dostawy nie mających charakteru kolejnych części tego samego zamówienia (o takich jest mowa w lit. h). Zamówienia uzupełniające mają charakter nieprzewidywalny w momencie wyboru wykonawcy zamówienia podstawowego. Zamówienie nie ma charakteru zamówienia uzupełniającego, jeżeli zamawiający wiedział o potrzebie przed złożeniem zamówienia podstawowego a kolejne zamówienia wynikają jedynie z podziału zamówienia na mniejsze części w celu uniknięcia stosowania przez zamawiającego procedur konkurencyjnych. Warunkiem udzielenia zamówień uzupełniających na dostawy jest również wykazanie, że zmiana wykonawcy powodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze⁸.

Czas trwania umowy w sprawie zamówienia na dostawy dodatkowe nie może przekraczać 3 lat. Okres 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego, to okres od dnia podpisania umowy w sprawie zamówienia podstawowego do dnia, w którym zostało udzielone ostatnie zamówienie uzupełniające, a nie do dnia, w którym zostało wykonane ostatnie zamówienie uzupełniające. Zamówienia uzupełniające mogą być wykonywane przez okres dłuższy niż trzy lata, licząc od dnia udzielenia zamówienia podstawowego, jeżeli zostały udzielone przed upływem tego terminu.

- h) **zamawiający udziela wykonawcy wybranemu zgodnie z zasadą konkurencyjności, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, przewidzianych w zapytaniu ofertowym zamówień uzupełniających na usługi lub roboty budowlane, polegających na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych**

⁷ Uchwały KIO/KD 17/12, KIO/KD 18/11 i KIO/KD 28/12 oraz wyrok KIO 1833/12

⁸ Uchwała KIO/KD 52/15

Zamówienia uzupełniające polegają udzieleniu wykonawcy wybranemu zgodnie z zasadą konkurencyjności, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, przewidzianych w zapytaniu ofertowym **zamówień uzupełniających na usługi lub roboty budowlane**, polegających na powtórzeniu podobnych usług lub robót budowlanych. Nieuprawnione jest działanie zamawiającego polegające na zleceniu w ramach zamówień uzupełniających realizacji innych robót budowlanych niż objęte i zgodne z zamówieniem podstawowym⁹. Zamawiający może udzielić zamówień uzupełniających na usługi lub roboty budowlane tylko w zakresie zamówienia podstawowego.

Okres 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego należy rozumieć tak samo jak we wcześniejszej interpretacji lit. g.

i) przedmiotem zamówienia są dostawy na szczególnie korzystnych warunkach w związku z likwidacją działalności innego podmiotu, postępowaniem egzekucyjnym albo upadłościowym

Wskazana przesłanka dotyczy sytuacji, gdy łącznie zachodzą poniższe okoliczności:

1. przedmiotem zamówienia są dostawy,
2. zachodzą szczególnie korzystne warunki udzielenia danego zamówienia,

szczególnie korzystne warunki zamówienia wynikają z likwidacji działalności innego podmiotu, prowadzonego postępowania egzekucyjnego albo upadłościowego¹⁰.

Odnosi się to do sytuacji, kiedy w związku z likwidacją działalności danego podmiotu (potencjalnego wykonawcy), prowadzonym postępowaniem egzekucyjnym albo upadłościowym dochodzi do „wygaszania” bieżącej działalności tego podmiotu i wyprzedaży jego majątku. Wówczas możliwe jest nabycie od ww. podmiotu określonych dóbr (np. towary, produkty, materiały, surowce) na szczególnie korzystnych warunkach. W projektach realizowanych ze środków EFS mogą to być np. sprzęt, wyposażenie, materiały biurowe i piśmiennicze.

Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki wyłącznie wówczas, gdy porównując przeciętne warunki rynkowe z warunkami zakupu określonych przedmiotów w związku z likwidacją działalności podmiotu, postępowaniem egzekucyjnym albo upadłościowym ocenia, że te ostatnie będą dla niego szczególnie korzystne. **Za warunki szczególnie korzystne nie można uznać warunków „lepszych” czy „korzystniejszych”, gdyż powinny się one cechować pewną wyjątkowością. Przykładem poprawnej interpretacji tego pojęcia jest zakup towarów po cenie zdecydowanej niższej niż cena rynkowa¹¹.**

- j) zamówienie na dostawy jest dokonywane na giełdzie towarowej w rozumieniu przepisów o giełdach towarowych, w tym na giełdzie towarowej innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego**
- k) zamówienie jest udzielane przez placówkę zagraniczną w rozumieniu przepisów o służbie zagranicznej**
- l) zamówienie jest udzielane na potrzeby własne jednostki wojskowej w rozumieniu przepisów o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa Ad. lit. j – l**

Przesłanki nie mają zastosowania w projektach realizowanych ze środków EFS.

⁹ Uchwała KIO/KD 46/12

¹⁰ Przez likwidację należy rozumieć dobrowolne zakończenie działalności wykonawcy. Tryb postępowania egzekucyjnego uregulowany jest w Ustawie o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, zaś postępowania upadłościowego - w Ustawie Prawo upadłościowe i naprawcze.

¹¹ Urząd zamówień publicznych, *Wytyczne 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*