



Bartłomiej Wikłański
dr
Uniwersytet Rzeszowski
e-mail: wiklanski.bartlomiej@gmail.com
ORCID: 0000-0003-3948-5052



Tryb zamówienia z wolnej ręki a zasada konkurencyjności w prawie zamówień publicznych

Streszczenie

Niniejsze opracowanie dotyczy problematyki funkcjonowania trybu udzielania zamówienia publicznego z wolnej ręki w obecnym porządku prawnym pod kątem oceny jego zgodności z istotą zasady konkurencyjności. Głównym celem pracy jest weryfikacja tezy mówiącej o tym, że tryb zamówienia z wolnej ręki jako tryb zamówienia klasycznego jest trybem przeciwnym istocie funkcjonowania zamówień publicznych.

W tym celu opracowanie podzielono na sześć podpunktów. We wprowadzeniu do rozważań zawarto krótką charakterystykę omawianego trybu udzielania zamówienia publicznego. Następnie przedstawiono tezę i antytezę związane z tematem rozważań. Kolejno przeprowadzono polemikę z przedstawioną we wstępie tezą i antytezą. Całość zaś zwięźliście podsumowanie, w którym odniesiono się do poruszonych w artykule problemów. Metodologią badawczą zastosowaną w pracy była analiza literatury oraz orzecznictwa z zakresu zamówień publicznych, w szczególności zaś dotyczących trybu zamówienia z wolnej ręki. Przeprowadzona analiza pozwoliła wskazać wiele problemów związanych z zachowaniem zasady konkurencyjności.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne, zamówienie z wolnej ręki, konkurencyjność

Wprowadzenie

Problemem stanowiącym impuls do stworzenia niniejszego opracowania była istota zasady konkurencyjności występująca w prawie zamówień publicznych, a odnosząca się do trybu udzielania zamówienia publicznego z wolnej ręki. Wybrana zasada odnosząca się do konkurencyjności wspomnianego przetargu jest ważna zarówno z punktu widzenia prawnego, jak i ekonomicznego, ponieważ dotyczy trybu odpowiedzialnego za około 9% wszystkich udzielanych zamówień publicznych w Polsce¹. Dlatego też rozstrzygnięcie wątpliwości na korzyść poniższej tezy lub antytezy ma zarówno ważne znaczenie teoretyczne, jak i praktyczne.

Celem przeprowadzonej analizy była weryfikacja następującej tezy głównej: tryb zamówienia z wolnej ręki jako tryb zamówienia klasycznego jest trybem przeczącym istocie funkcjonowania zamówień publicznych. W celu podjęcia polemiki z przedstawioną tezą jako antyteza zostanie przyjęty następujący pogląd: zamówienie z wolnej ręki pozwala w ramach istniejących przesłanek ustawowych na zapewnienie właściwego poziomu konkurencyjności.

Metodologia badawcza wykorzystana w tworzeniu niniejszego opracowania została oparta na trzech filarach analitycznych: analizie aktów prawnych, analizie orzecznictwa sądów krajowych oraz analizie literatury przedmiotu.

Czym jest zasada konkurencyjności w prawie zamówień publicznych?

Zasada konkurencyjności wpisana w treść przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych² jest jednym z filarów właściwego funkcjonowania wszystkich trybów przetargowych. W ramach wprowadzenia do rozważań należy wskazać, jak obecnie jest charakteryzowana zasada konkurencyjności w rozumieniu przepisów Prawa zamówień publicznych. Jak wskazuje A. Gawrońska-Baran, konkurencyjność powinna polegać na umożliwieniu zamawiającemu po wszczęciu postępowania

- 1 Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2020 r., Warszawa 2021, https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0009/51030/Sprawozdanie-Prezesa-Urzedu-Zamowien-Publicznych-z-funkcjonowania-systemu-zamowien-publicznych-w-2020-r.pdf (dostęp 9.08.2022). Tryb zamówienia z wolnej ręki zastosowano w 8,90% postępowań (w 2019 r. – 8,65%) – s. 7.
- 2 Zasada konkurencyjności jest jedną z fundamentalnych zasad zamówień publicznych – I. Skubiszak-Kalinowska, w: E. Wiktorowska, I. Skubiszak-Kalinowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2020, art. 7, s. 133 i n., <https://sip.lex.pl/#/commentary/587754992/622428/skubiszak-kalinowska-irena-wiktorowska-ewa-prawo-zamowien-publicznych-komentarzaktualizowany?keyword=zasada%20konkurencyjno%C5%9Bci%20zam%C3%B3wienia%20publiczne&cm=SREST> (dostęp 9.08.2022).

przekazania do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. Ma to zapewnić transparentność działań zamawiającego oraz wcześniejszą ochronę prawną wykonawcom „pokrzywdzonym” rezygnacją przez zamawiającego z trybu konkurencyjnego, co jest istotne z punktu widzenia naczelných zasad udzielania zamówień publicznych³. Inaczej do zagadnienia konkurencyjności podchodzi natomiast W. Dzierżanowski, wskazujący, że w procedurze „z wolnej ręki” nie można w ogóle mówić o próbie definiowania konkurencyjności z uwagi na jej całkowity brak⁴.

Zasadne jest stwierdzenie, że wielu elementów krajowych regulacji prawnych związanych z Prawem zamówień publicznych, w tym z zagadnieniem konkurencyjności, należy szukać w przepisach prawa Unii Europejskiej, a konkretnie w zapisach tzw. dyrektywy klasycznej⁵. Biorąc pod uwagę aspekt praktyczny zasady konkurencyjności, należy zwrócić uwagę na wszystkie czynności, jakie podejmuje zamawiający w toku prowadzonego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Nie budzi najmniejszych wątpliwości, że praktyczne ujęcie zasady konkurencyjności dotyka wielu aspektów prowadzonego postępowania. Niemniej jednak na potrzeby niniejszego opracowania za najważniejsze elementy, w których zasada konkurencyjności odgrywa kluczową rolę, należy wskazać następujące:

1. Opis przedmiotu zamówienia, który w swojej treści powinien być na tyle przejrzysty i zrozumiały dla przeciętnego wykonawcy, aby już na tym etapie nie doszło do zbędnego ograniczania konkurencyjności zamówienia. W przypadku zamówienia z wolnej ręki sytuacja wygląda jednak zupełnie inaczej niż w pozostałych trybach udzielania zamówienia publicznego, o czym będzie mowa w dalszej części opracowania.

3 A. Gawrońska-Baran, w: E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 213.

4 M. Stachowiak, w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 213.

5 Mowa o dyrektywie nr 2014/24/UE, która wskazuje, że: „Udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także z zasadami, które się z nich wywodzą, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości – Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (tekst mający znaczenie dla EOG), <https://eur-lex.europa.eu/> (dostęp 5.08.2022).

2. Kryteria selekcji, gwarantujące odpowiedni doboru wykonawców w postępowaniu⁶.
3. Kryteria oceny ofert, które ze względu na dużą subiektywność należy analizować ze szczególną dokładnością, patrząc przez pryzmat zasady uczciwej konkurencji. Powyższe elementy związane z omawianą zasadą ponad wszelką wątpliwość nie wyczerpują liczby potencjalnych zagadnień, które można połączyć z jej funkcjonowaniem praktycznym. Niemniej jednak stanowią one punkt wyjścia i podstawę do prowadzenia dalszej analizy.

W drugiej części rozważań dotyczących istoty zasady uczciwej konkurencji należy zwrócić uwagę na jej semantyczne powiązanie przez ustawodawcę z zasadą równego traktowania wykonawców⁷. Jak słusznie wskazuje J. Andała-Sępkowska: „Mimo iż obie zasady mogłyby funkcjonować odrębnie, połączenie ich w jedno podstawowe założenie zrównuje ich rangę i unaocznia wzajemne współistnienie”⁸. Biorąc pod uwagę zasady ekonomicznej analizy prawa, jest to połączenie słuszne, wypełniające zarówno cele przepisów ustawy, jak również stanowiące emanację istoty racjonalnego ustawodawcy⁹. Podobne stanowisko można odnaleźć w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w szczególności w wyroku z dnia 2 lipca 2012 roku, 1287/12, w którym podkreślono niedopuszczalność stawiania w sprzeczności ze sobą zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji¹⁰.

Podsumowując dotychczas nakreśloną problematykę, należy w szczególności podkreślić, że zasada uczciwej konkurencji w ujęciu regulacji ustawowych dotyka w głównej mierze zamawiającego, w takim też ujęciu będzie analizowana w dalszym toku rozważań¹¹. Oczywiście, nie można pomijać wpływu omawianej

6 Kryteria selekcji są specjalnym instrumentem pozwalającym na ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do etapu postępowania następującego po ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i występuje w trybach udzielenia zamówienia z prekwalifikacją (przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, partnerstwo innowacyjne) – za M. Stachowiak, w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych...* art. 7, s. 77 i n.

7 T. Filipowicz, *Zasada równego traktowania wykonawców w zamówieniach publicznych dotyczących technologii informatycznych*, Warszawa 2015, s. 298 i n. Autor wskazuje, że zasada równego traktowania wykonawców musi obowiązywać dla zachowania uczciwej konkurencji, niezależnie od tego, z jakim przedmiotem zamówienia mamy do czynienia.

8 J. Andała-Sępkowska, W. Bereszko, *Prawo zamówień publicznych 2021. Praktyczny przewodnik*, Warszawa 2021, s. 56

9 B. Biskup, S. Osmola (red.), *Ekonomiczna analiza prawa. Zastosowania*, Kraków 2018, s. 24.

10 Wyrok KIO z dnia 2 lipca 2012 roku, 1287/12, LEX nr 1212151 (dostęp 5.08.2022).

11 Warto dodać, że czyny nieuczciwej konkurencji są sankcjonowane szeroko w polskim prawie. Zob. przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r., poz. 1010 ze zm.).

zasady również na relacje zamawiający–wykonawca oraz wykonawca–wykonawca, w omawianym kontekście jednak te kwestie zostaną jedynie zasygnalizowane bez pogłębianych rozważań. Reasumując, za trafne należy uznać stanowisko, że

Jedną z najbardziej istotnych funkcji, jaką ma spełniać ustawa Prawo zamówień publicznych, jest zapewnienie przedsiębiorcom uczciwej konkurencji, dzięki czemu mogą oni rywalizować między sobą w rynkowych warunkach. Umożliwia to również osiągnięcie najbardziej korzystnego ekonomicznie efektu przez zamawiających w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednym z elementów, które sprzyjają osiągnięciu tego celu są adekwatne sankcje za dopuszczenie się czynów zabronionych utrudniających zgodne z prawem przeprowadzenie przetargu, które będą odstraszały od ich popełnienia¹².

Istota trybu udzielania zamówienia publicznego z wolnej ręki

Drugim zagadnieniem, które należy przybliżyć, jest zamówienie z wolnej ręki. Wskazany tryb przewidziany został przez ustawę Prawo zamówień publicznych. Jego celem jest wynegocjowanie warunków umowy w sprawie realizacji zamówienia publicznego z wybranym przez zamawiającego wykonawcą. W doktrynie omawiany tryb jest określany jako wyjątkowy z uwagi na poniższe odrębności¹³. Po pierwsze, do zawarcia umowy nie dochodzi, jak w pozostałych trybach zamówieniowych, przy wykorzystaniu trybu ofertowego. Zamawiający i wykonawca prowadzą negocjacje w celu osiągnięcia porozumienia odnośnie do wszystkich istotnych postanowień umowy, zbliżonych do formuły określonej w art. 72 Kodeksu cywilnego¹⁴. W przeciwieństwie do negocjacji prowadzonych na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego zawarcie umowy wymaga zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności¹⁵. Po drugie jest to jedyny tryb udzielenia zamówienia publicznego, który nie odpowiada również przetargowemu lub aukcyjnemu sposobowi zawarcia umowy określonego w art. 70¹ i następnym Kodeksu cywilnego¹⁶. Po trzecie, zamawiający prowadzi postępowanie z udziałem jednego wykonawcy, co oznacza, że nie zachodzi bezpośrednia

12 J. Andała-Sępkowska, W. Bereszko, *Prawo zamówień publicznych 2021...*, s. 54 i n.

13 A. Gawrońska-Baran, w: E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2022, art. 213.

14 A. Cempura, A. Kasolik, *Metodyka sporządzania umów gospodarczych*, Warszawa 2017, s. 155 i n.

15 E. Sikorska-Gałecka, *Elementy umowy o zamówienia publiczne*, „Magazyn Zamówień Publicznych” 2021, nr 1, s. 34–37.

16 Przyjęcie modelu cywilistycznego pozwala na odejście w relacji zamawiający – wykonawca od stosunku *stricte* administracyjnoprawnego w kierunku relacji cywilnoprawnej, tj. opartej na równowadze stron. Por. M. Czerwiński, *Grupa wykonawców w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2020, s. 231 i n.

konkurencja pomiędzy uczestnikami postępowania; jest ona *a priori* wykluczona. Stosunki przedkontraktowe są nawiązywane tylko z jednym wykonawcą. Sama procedura prowadzenia postępowania jest uregulowana w sposób minimalistyczny, bez typowego dla pozostałych zamówień rozpisania czynności podejmowanych przez obie strony postępowania¹⁷. Po czwarte, przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki są ściśle określone. Zamawiający nie może zastosować omawianego trybu w innych okolicznościach niż wprost wskazanych w art. 214 P.Z.P., podobnie jak w wypadku innych trybów o ograniczonej konkurencyjności¹⁸.

Tryb udzielania zamówień publicznych w formule z wolnej ręki jest zgodnie oceniany w doktrynie jako wyjątkowy. Decydują o tym w szczególności jego wymienione wyżej cechy. Połączenie rozwiązań cywilistycznych odnoszących się do negocjacji i przetargu jako form zawierania umowy budzi pewne wątpliwości interpretacyjne dotyczące sposobu jego stosowania. Zasadniczym problemem z punktu widzenia prowadzonych rozważań jest jednak kwestia zachowania zasad uczciwej konkurencji w prowadzonych postępowaniach. Określenie funkcjonujących zasad jako minimalistyczne będzie podstawą do rozważań nad tezą. Z kolei odwołanie się do zamkniętego katalogu okoliczności stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki posłuży do rozważań nad antytezą.

Dyskusja nad tezą

Wskazana we wstępie teza niniejszego opracowania zakłada, że tryb zamówienia z wolnej ręki jako tryb zamówienia klasycznego jest trybem przeczącym istocie funkcjonowania zamówień publicznych. Wcześniejsze rozważania dotyczące pojęcia uczciwej konkurencji oraz zdefiniowanie zamówienia z wolnej ręki pozwoliły nakreślić kierunek dalszych analiz.

Mając na uwadze ściśle powiązania krajowego prawa zamówień publicznych z regulacjami unijnymi, należy odwołać się do zmiany w prawodawstwie unijnym z 2017 roku. Wprowadziła ona do zamówień publicznych typu *in-house* możliwość wykorzystywania zamówień z wolnej ręki¹⁹. Zmiana ta, jak wskazuje doktryna,

17 A. Gawrońska-Baran, w: E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2022, art. 213, <https://sip.lex.pl/#/commentary/587871105/683155/gawronska-baran-andrzela-i-in-prawo-zamowien-publicznych-komentarz-aktualizowany?cm=URELATIONS> (dostęp 7.07.2022).

18 M. Stachowiak, w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych...*, art. 213.

19 Instytucja *in-house* pierwotnie ukształtowała się na bazie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (m.in. orzeczenia w sprawie Teckal oraz Stadt Halle). Jej istotą było uznanie,

doprowadziła w praktyce do wyłączenia konkurencji na obszarze wyznaczonym przez zamawiającego i realizacji zadania przez podmiot publiczny skutkującej przyjęciem warunków realizacji zamówienia odbiegających od realiów rynkowych²⁰. Odzwierciedleniem stosowania przepisów dotyczących zamówienia z wolnej ręki w krajowej praktyce jest wykorzystywanie wskazanego trybu jako narzędzia politycznego, służącego do realizacji celów stanowiących odpowiedź wyłącznie na tymczasowe wyzwania społeczne, a nawet międzynarodowe, bez szerszego spojrzenia na całokształt problemów związanych z niekonkurencyjnym postępowaniem²¹. Występujący luz decyzyjny w stosowaniu przesłanek ustawowych, uprawniających do stosowania omawianego trybu zamówieniowego, nie powinien być interpretowany rozszerzająco. W sytuacji gdy organy administracji państwowej będą jednak chciały wykorzystać wskazane dla doraźnej korzyści, ryzyko zbyt swobodnej wykładni uderzającej w stanowiącą podstawę systemu zamówień publicznych zasadę konkurencyjności jest bardzo wysokie²². Tworzenie wyjątków od zasady konkurencyjności prowadzi do osłabienia jej faktycznego znaczenia dla postępowania²³. Ryzyko, o którym jest mowa, należy ujmować szerzej. Jak można zauważyć,

że dyrektywy regulujące materię prawa zamówień publicznych nie znajdują zastosowania do zamówień udzielanych przez instytucje zamawiające podmiotom, nad którymi sprawują one kontrolę zbliżoną do kontroli nad własnymi jednostkami, gdy podmiot ten wykonuje istotną część swej działalności na rzecz instytucji zamawiającej z uwzględnieniem konieczności, co do zasady, braku udziału kapitału prywatnego w strukturze właścicielskiej tego podmiotu. Zob. Urząd Zamówień Publicznych, *Udzielanie zamówień w trybie zamówienia z wolnej ręki w ramach instytucji tzw. in-house w ustawie z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych*, LEX/el. 2021, <https://sip.lex.pl/#/publication/151379591/urząd-zamowien-publicznych-udzielanie-zamowien-w-trybie-zamowienia-z-wolnej-reki-w-ramach...?cm=URELATIONS> (dostęp 3.08.2022).

- 20 J. Szymański, *Wpływ formuły in-house na efektywność zamówień udzielanych przez administrację samorządową* *Finanse i Prawo Finansowe*, „Journal of Finance and Financial Law” 2020, vol. 2 (26), s. 129.
- 21 Jako szczególnie wyrazisty przykład można wskazać proces dokończenia budowy stadionu miejskiego w Warszawie przez firmę Max Boegl w styczniu 2010 r. W efekcie rozwiązania z Mostostalem Warszawa kontraktu na budowę areny nowego wykonawcę wyłoniono bez przetargu, w trybie niekonkurencyjnym, z wolnej ręki. Zob. J. Szymański, *Pozacenowe kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty a nowelizacja prawa zamówień publicznych*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2015, nr 412, s. 310.
- 22 Niniejsze stanowisko potwierdzają orzeczenia KIO, które w przypadkach naruszenia zasady konkurencyjności przez zamawiającego, uzasadnionych okolicznościami polityczno-społecznymi, przedkładają je ponad zasadę konkurencyjności. Zob. uchwała KIO z 6 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/KD 58/10.
- 23 Jako przykład należy wskazać U. Kobza, K. Saks, *Zasada konkurencyjności w praktyce zamówień publicznych. Pytania i odpowiedzi*, Warszawa 2021, s. 101. „Tak, w przeciwieństwie do ustawy Prawo zamówień publicznych wytyczne z 2020 r. nie przewidują żadnych ograniczeń w tym zakresie” – cytowane stanowisko wskazuje na pojawiającą się w praktyce tendencję do odchodzenia od zasad ustawowych na rzecz wytycznych stworzonych na potrzeby chwili, co zostało podkreślone w przypisie 21.

problematyka konkurencyjności zamówienia z wolnej ręki odnosi się nie tylko do przedmiotu zamówienia, lecz także do samego podmiotu zamawiającego²⁴. Kluczowym problemem odnoszącym się do wspomnianego przedmiotu zamówienia jest ryzyko polegające na możliwości uzyskania przedmiotu zamówienia o nieodpowiedniej jakości lub zakupienia po zawyżonej cenie. Jest ono tym większe, im większy jest stopień naruszenia zasady konkurencyjności. Z kolei ryzyko podmiotowe, odnoszące się do zamawiającego, jest związane z konsekwencjami, jakie zamawiający może ponieść w przypadku braku skuteczności w udzieleniu zamówienia, włączając w to sankcje karne²⁵.

Ostatnim podniesionym w niniejszym opracowaniu argumentem za tezą jest brak specyfikacji warunków zamówienia w przypadku postępowania w sprawie udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Wskazana powyżej forma negocjacji w przypadku zamówienia z wolnej ręki jako forma substytutu SWZ pozwala na zbyt daleko idącą swobodę kształtowania regulacji przedmiotu zamówienia²⁶. Brak konkurencyjności w prowadzonych negocjacjach z jednym podmiotem jest zezwoleniem udzielonym przez ustawodawcę, którego skutkiem jest zredukowanie charakteru stosunku między zamawiającym a wykonawcą. Przez redukcję należy rozumieć zmianę stosunku administracyjno-prawnego w cywilnoprawny, co jest podnoszone w doktrynie przez odwoływanie się do regulacji Kodeksu cywilnego.

Można zatem stwierdzić, że procedura zamówieniowa z wolnej ręki w sposób wielowektorowy wpływa na ograniczenie konkurencji. Po pierwsze, wyłączając konkurencyjność w danym obszarze przez arbitralny wybór wykonawcy, uwzględniając przesłanki ustawowe, nie można w ogóle mówić o jakiegokolwiek konkurencyjności danej procedury. Po drugie, niekonkurencyjny tryb zamówienia z wolnej ręki zwiększa wydatnie ryzyko stagnacji rozwoju rynku nasyconego zamówieniami publicznymi uzyskanymi w trybie niekonkurencyjnym. Po trzecie, podmioty zawierające umowy w sprawie realizacji zamówienia publicznego, które z przyczyn systemowych stały się mniej efektywne przez niezasadne ograniczenie konkurencji, wpływają swoim działaniem na obniżenie konkurencyjności całego systemu gospodarczego. Nie sposób zgodzić się z wyrokiem z dnia 24 sierpnia 2017 roku, KIO 1668/17, odnoszącym się, co prawda, do poprzedniego stanu prawnego, lecz ciągle

24 J. Szymański, *Pozacenowe kryteria...*, s. 311.

25 Orzeczenie REG.KO z 21 października 2010 r., RIO-IV-R-62/09-K-57/09, Biuletyn orzecznictwa w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych 2011, nr 1, poz. 4, <https://sip.lex.pl/#/jurisprudence/537705513/1/rio-iv-r-62-09-k-57-09-orzeczenie-regionalnej-komisji-orzekajacej?cm=URELATIONS> (dostęp 9.07.2022).

26 K. Horubski, *Prawne uwarunkowania wpływu wykonawców na treść umów o zamówienia publiczne*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 2019, nr 3977 (Prawo, t. CCCXXIX), s. 552.

aktualnego w obecnym stanie prawnym²⁷. Po czwarte, skutki naruszenia zasady konkurencyjności oddziałują na wiele płaszczyzn. Dotyczy to zarówno płaszczyzny ekonomicznej, jak i aksjologicznej, a także *stricte* prawnej.

Podsumowując, można stwierdzić, że tryb udzielania zamówień publicznych z wolnej ręki jest formą w istotny sposób zagrażającą zachowaniu zasady uczciwej konkurencji na wielu płaszczyznach. Jak wskazano powyżej, istnieją bowiem cztery zasadnicze formy ryzyka naruszenia zasady konkurencyjności.

Dyskusja nad antytezą

Antyteza niniejszego opracowania prezentuje się następująco. Zamówienie z wolnej ręki pozwala w ramach istniejących przesłanek ustawowych na zapewnienie właściwego poziomu konkurencyjności. Przyjęcie rozwiązania opartego na polemice z przedstawioną tezą ma na celu ukazanie złożoność problemu z różnych punktów widzenia, czego założonym efektem jest wykreowanie optymalnej syntezy obu poglądów. Jak wspomniano we wstępie, charakter procedury zamówienia z wolnej ręki jest dopuszczalny wyłącznie w sytuacji zaistnienia właściwych przesłanek ustawowych pozwalających na eliminację jednej z podstawowych zasady zamówień publicznych – konkurencyjności postępowania²⁸.

Przechodząc zatem do głównego argumentu antytezy, należy przytoczyć przesłanki dopuszczalności stosowania zawarte w treści ustawy Prawo zamówień publicznych określone w art. 214 PZP. Z uwagi na ich dużą liczbę w przytoczonym przepisie zostaną przedstawione tylko kluczowe z punktu widzenia rozważań przesłanki dopuszczalności stosowania omawianego trybu. Wybranymi przesłankami

27 „Przepis art. 67 ust. 1 ustawy P.Z.P. określa szczególne i wyjątkowe okoliczności, o których mowa m.in. w motywie 50 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, które uprawniają zamawiającego do stosowania trybu z wolnej ręki, którego istota przesądza o dopuszczalnym (legalnym) ograniczeniu konkurencyjności w ściśle określonych przypadkach. W przypadku wystąpienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy P.Z.P., zamawiający nie ma obowiązku weryfikować, czy nie ma na rynku podmiotów, które są w stanie zrealizować zamówienie. Żaden przepis ustawy P.Z.P. nie nakłada na zamawiającego takiego obowiązku. (...) W szczególności w świetle przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy P.Z.P., Zamawiający nie ma obowiązku wykazania, że na rynku istnieje tylko jeden podmiot zdolny do wykonania zamówienia. Z tego też względu takie informacje nie muszą być też zawarte w uzasadnieniu wyboru tego trybu przez zamawiającego” – cyt. za: J.E. Nowicki (red.), *Udzielanie zamówienia z wolnej ręki. Wybrane zagadnienia*, https://www.wprzetargach.pl/application/files/8015/8810/2655/MUSISZ_o_tym_wiedziec_Numer_10-2020.pdf, s. 28.

28 J. Andała-Sępkowska, W. Bereszko, *Prawo zamówień publicznych 2021...*, s. 247 i n.

są: obiektywna sytuacja na rynku, rozumiana również jako natychmiastowa potrzeba wykonania zamówienia, konkurs oraz kwestie techniczne²⁹.

Pierwsza z omawianych przesłanek dotyczy decyzji o udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie przytoczonego przepisu, która to decyzja powinna w każdym przypadku wynikać z obiektywnej oceny faktycznej sytuacji na rynku³⁰. Przesłanką zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki jest też zajęcie okoliczności, w których wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, potrzeba ta nie wynika z przyczyn zawinionych przez zamawiającego i ma obiektywny charakter, a nie jest możliwe zachowanie terminów przewidzianych przez przepisy przy zastosowaniu trybów rozpoczynających się ogłoszeniem³¹. Charakterystyka wspomnianej sytuacji nie może opierać się na subiektywnym przekonaniu zamawiającego, że tylko jeden określony wykonawca może wykonać zamówienie. Opisana sytuacja nie jest bowiem uzasadnieniem udzielenia zamówienia bez przeprowadzenia postępowania konkurencyjnego. Udzielając zatem zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a PZP, nie można powoływać się na renomę danej firmy lub zaufanie, jakim jest darzona przez zamawiającego, albowiem taka subiektywna ocena wykonawcy nie ma znaczenia dla dopuszczalności zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na wskazanej podstawie prawnej. Rzeczywisty monopol danego wykonawcy musi mieć charakter trwały i nieprzewidywalny oraz podlegać obiektywnej ocenie³².

W prawie polskim ustawodawca posłużył się pojęciem pilnej potrzeby udzielenia zamówienia w przesłance negocjacji bez ogłoszenia, zaś pojęciem natychmiastowej potrzeby wykonania zamówienia w przesłance zamówienia z wolnej ręki³³. Kierunki interpretacji wskazują na rozróżnienie stopnia pilności wykonania zamówienia – w trybie z wolnej ręki jest to stopień wyższy niż w negocjacjach bez ogłoszenia³⁴.

29 Wybrane przesłanki stanowią jedynie wycinek z problematyki zawartej w art. 214 PZP, jednakże z punktu widzenia autora zostały przedstawione te, które w największym stopniu mają powiązanie z tematyką opracowania.

30 Obiektywny charakter sytuacji na rynku jako przesłankę oceną o znacznej wartości z punktu widzenia konkurencyjności podkreśla m.in. P. Nowicki, *Efektywne zamówienia publiczne jako rezultat stosowania nowego podejścia do zamówień publicznych*, Warszawa 2013, s. 75 i n.

31 M. Stachowiak, w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 561 i n., <https://sip.lex.pl/#/commentary/587859793/657233/dzierzanowski-wlodzimierz-i-in-prawo-zamowien-publicznych-komentarz?cm=URELATIONS> (dostęp 2.08.2022).

32 M. Stachowiak, w: W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz...*, s. 561 i n.

33 Za art. 209 ust. 1 pkt 4 oraz art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019).

34 Por. uchwała KIO z 29 września 2014 r., KIO/KD 81/14, LEX nr 1578701.

Jeśli chodzi o kwestię konkursu jako przesłanki dopuszczalności udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, nie jest ona limitowana wyłącznie koniecznością przeprowadzenia konkursu. Biorąc pod uwagę przesłanki ustawowe, doznaje również ograniczenia w płaszczyźnie przedmiotu zamówienia, które może być w ten sposób udzielone, a jest nim wyłącznie wykonanie usługi na podstawie wybranej pracy konkursowej³⁵. Przesłankę tę należy zatem oceniać zawsze w powiązaniu z przeprowadzoną procedurą konkursową. We wskazanym zakresie przedmiot zamówienia udzielonego w trybie zamówienia z wolnej ręki może dotyczyć wykonania usługi na podstawie wybranej w tym konkursie pracy konkursowej bądź samej koncepcji wyłonionej w toku procedury konkursowej³⁶. Sam konkurs jako element pozwalający na konkurencyjny wybór podmiotu uprawnionego do realizacji zamówienia zatem jest spełnieniem zasady konkurencyjności w niekonkurencyjnym trybie postępowania.

Powołując się na stanowisko doktryny w kwestii określenia przyczyn technicznych, warto zwrócić uwagę na wyróżnienie dwóch kategorii monopoli w zamówieniach publicznych³⁷ – monopolistów naturalnych, np. przedsiębiorstw zarządzających siecią przesyłu energii³⁸, oraz monopolistów technicznych, dysponujących konkretną technologią nieznaną innym podmiotom lub też kierujących się koniecznością zachowania tych samych norm, standardów czy parametrów technicznych, jeżeli ich niepowtarzalność i charakter nie pozwalają na jakiegokolwiek odstępstwa³⁹.

Warto zauważyć, że możliwość udzielania zamówienia z wolnej ręki była także przedmiotem analizy TSUE pod kątem kwestii technicznych. Orzecznictwo TSUE odnosiło się do negocjacji bez ogłoszenia, ponieważ w prawie UE jest to tryb połączony z trybem z wolnej ręki⁴⁰.

35 Por. z art. 326 pkt 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

36 Por. uchwała KIO z 5 marca 2014 r., KIO/KD 12/14, LEX nr 1469235.

37 Szerzej na temat monopolu w zamówieniach z wolnej ręki zob. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 lipca 2018 r., sygn. akt: KIO/KD 29/18 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie V Wydział Cywilny – Odwoławczy z dnia 30 października 2012 r., sygn. akt KIO 2033/12, <https://www.uzp.gov.pl/> (dostęp 2.08.2022).

38 Sam fakt złożenia zaproszenia do złożenia oferty również innego przedsiębiorcy zaprzeczy istnieniu monopolu, por. wyrok z 2 czerwca 2005 r., sprawa C-394/02, Komisja Europejska v. Republika Grecka, EU:C:2005:336).

39 J. Andąła-Sępkowska, W. Bereszko, *Prawo zamówień publicznych 2021...*, s. 247–253.

40 W wyroku z 10 marca 1987 r., C-199/85, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoch, EU:C:1987:115, Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że do prawidłowego zastosowania trybu negocjacyjnego bez publikacji ogłoszenia z przyczyn technicznych nie jest wystarczające wykazanie, że konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Należy bowiem wykazać, że wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie

Podsumowując rozważania dotyczące antytytezy, należy wskazać następujące wnioski. Okoliczność udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki powinna w każdym przypadku wynikać z obiektywnej oceny faktycznej sytuacji na rynku, aby zapewniona była realizacja zasady konkurencyjności w praktyce. W sytuacji gdy na rynku istnieje więcej podmiotów mogących wykonać dane zamówienie, subiektywne przekonanie zamawiającego, że tylko jeden określony wykonawca może je zrealizować, nie stanowi podstawy uzasadniającej udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia postępowania konkurencyjnego. Podmiot, udzielając zamówienia na podstawie ust. 1 pkt 1 lit. a, nie może powoływać się na renomę danej firmy lub zaufanie, jakim jest darzona przez zamawiającego, albowiem taka subiektywna ocena wykonawcy nie ma znaczenia dla dopuszczalności zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na wskazanej podstawie prawnej. Rzeczywisty monopol danego wykonawcy musi mieć zatem charakter trwały i nieprzewidywalny oraz podlegać obiektywnej ocenie.

Wskazane okoliczności sprowadzają się do następującego wniosku. Do zdarzeń uzasadniających zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie przytoczonego przepisu należą przede wszystkim wszelkiego rodzaju wyjątkowe, nieprzewidziane i niezawinione przez zamawiającego awarie, które powinny zostać natychmiast usunięte. Typowymi sytuacjami, których nie można było wcześniej przewidzieć, a do których odnosi się przedmiotowy przepis, są zdarzenia losowe lub inne zdarzenia podobnego typu niezależne od zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe, katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki. Sama konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia nie musi być jednak związana wyłącznie z wydarzeniami nadzwyczajnymi, może odnosić się też do zapewnienia bieżącego funkcjonowania zamawiającego, zwłaszcza w zakresie pełnionych przez niego funkcji publicznych⁴¹.

Omawiany tryb powinien być traktowany jako absolutnie nadzwyczajne odstępstwo od reguł ustawowych. Przytoczone argumenty uzasadniają wszakże funkcjonowanie tego trybu na podstawie przesłanek ustawowych, nie wszystkie jednak wydają się wystarczające do zachowania w przepisach ustawy i jednoczesnego nie naruszania zasady uczciwej konkurencji.

wykonać. Konieczne jest zatem obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, istnieją jacykolwiek inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działają co najmniej dwa podmioty mogące wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona.

41 Por. R.O. Rytel, *Zasady udzielania zamówień publicznych w Polsce. Przykład zamówień na roboty budowlane*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Przyrodniczo-Humanistycznego w Siedlcach” 2012, nr 20, s. 115–133.

Wnioski

Podsumowując prowadzone rozważania dotyczące zasady konkurencyjności w trybie zamówieniowym z wolnej ręki, można dojść do następujących wniosków. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że celem udzielenia zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP jest potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia, wynikająca z konieczności uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań. Przepisu tego nie można jednak zastosować, gdy zagrożony jest interes ekonomiczny zamawiającego, wynikający z zdarzeń przewidywalnych⁴².

Po drugie, należy zaakcentować podobieństwa pomiędzy trybem zamówienia z wolnej ręki i negocjacjami bez ogłoszenia, szczególnie na szczeblu unijnym. Wskazane podobieństwo oraz zbieżne punkty dotyczące dopuszczalności na podstawie ustawowych przesłanek obu postępowań prowadzą do konkluzji o pewnej zasadności przedstawienia tezy o potrzebie połączenia obu typów postępowań również na polu prawa krajowego. Kwestia ta pozostaje jednak w tym miejscu jedynie zasygnalizowana jako przyszły potencjalny problem badawczy.

Po trzecie, należy wskazać, jaki charakter przyjmuje zasada konkurencyjności. Stanowiąca podstawę rozważań teza o kluczowej roli wspomnianej zasady uległa pewnej modyfikacji w toku rozważań. Pozwala to na sformułowanie wniosku, że teza zakładająca całkowitą eliminację trybu zamówienia z wolnej ręki jako formy niekonkurencyjnej została przyjęta nad wyrost. Niemniej jednak zasygnalizowane problemy pozwoliły na wskazanie innych istotnych kwestii związanych z konkurencyjnością omawianego trybu zamówieniowego.

Reasumując, jako syntezę wskazanej w treści tezy i antytezy można wskazać następujący wniosek. Zamówienie publiczne z wolnej ręki jest w obecnej formie nadmiernie dostępnym trybem postępowania dla zamawiających. Jak jednak wskazuje antyteza, istnieją ustawowe przesłanki ku temu, aby format zamówień publicznych z wolnej ręki pozostał obowiązujący, z uwagi na jego niewątpliwą rolę dla gospodarki i społeczeństwa. Dlatego też zasada konkurencji w trybie z wolnej ręki musi być naruszana, jednakże granice tych naruszeń należy ograniczyć, wprowadzając odpowiednie, sygnalizowane w treści artykułu zmiany legislacyjne.

⁴² J.E. Nowicki, *Gdy wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia*, „Magazyn Zamówień Publicznych” 2022, nr 4, s. 38–40.

Bibliografia

- Andała-Sępkowska J., Bereszko W., *Prawo zamówień publicznych 2021. Praktyczny przewodnik*, Warszawa 2021.
- Biskup B., Osmola Sz. (red.), *Ekonomiczna analiza prawa. Zastosowania*, Kraków 2018.
- Cempura A., Kasolik A., *Metodyka sporządzania umów gospodarczych*, Warszawa 2017.
- Czerwiński M., *Grupa wykonawców w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2020.
- Dzierżanowski W., Jaźwiński Ł., Jerzykowski J., Kittel M., Stachowiak M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Filipowicz T., *Zasada równego traktowania wykonawców w zamówieniach publicznych dotyczących technologii informatycznych*, Warszawa 2015.
- Horubski K., *Prawne uwarunkowania wpływu wykonawców na treść umów o zamówienia publiczne*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 2019, nr 3977 (Prawo, t. CCCXXIX).
- Kobza U., Saks K., *Zasada konkurencyjności w praktyce zamówień publicznych. Pytania i odpowiedzi*, Warszawa 2021.
- Sikorska-Gałęcka E., *Elementy umowy o zamówienia publiczne*, „Magazyn Zamówień Publicznych” 2021, nr 1.
- Nowicki J.E., *Gdy wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia*, „Magazyn Zamówień Publicznych” 2022, nr 1.
- Nowicki J.E. (red.), *Udzielanie zamówienia z wolnej ręki. Wybrane zagadnienia*, https://www.wprzetargach.pl/application/files/8015/8810/2655/MUSISZ_o_tym_wiedziec_Numer_10-2020.pdf.
- Nowicki P., *Efektywne zamówienia publiczne jako rezultat stosowania nowego podejścia do zamówień publicznych*, Warszawa 2013.
- Rytel O.R., *Zasady udzielania zamówień publicznych w Polsce. Przykład zamówień na roboty budowlane*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Przyrodniczo-Humanistycznego w Siedlcach” 2012, nr 20.
- Szymański J., *Pozacenowe kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty a nowelizacja prawa zamówień publicznych*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2015, nr 412.
- Szymański J., *Wpływ formuły in-house na efektywność zamówień udzielanych przez administrację samorządową* *Finanse i Prawo Finansowe*, „Journal of Finance and Financial Law” 2020, vol. 2 (26).
- Wiktorowska E., Wiktorowski A., Wójcik P., Gawrońska-Baran A., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2022.
- Wiktorowska E., Skubiszak-Kalinowska I., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2020.

Single-source procurement and the principle of competition in the public procurement law

Abstract

This study addresses the functioning of the single-source public procurement procedure in the current legal order in terms of its compliance with the essence of the principle of competition. The main purpose of this work is to verify the following thesis: single-source procurement as a classical procurement procedure is a procedure that contradicts the essence of public procurement.

For this purpose, the study is divided into six sub-sections. The introduction to the topic presents a short description of the discussed procedure of awarding a public contract. Then, the thesis and antithesis related to the topic of the discussion are presented. Subsequently, a polemic with the thesis and antithesis presented in the introduction is conducted. The paper closes with a summary containing the answer to the problems raised in the article. The research methodology used in the work is the analysis of literature and jurisprudence in the field of public procurement, in particular regarding the procedure of single-source procurement. This analysis allows the identification of a number of problems related to maintaining the principle of competition.

Keywords: public procurement, single-source procurement, competition

CYTOWANIE

Wikłański B., *Tryb zamówienia z wolnej ręki a zasada konkurencyjności w prawie zamówień publicznych*, „Acta Iuris Stetinensis” 2024, nr 1 (47), 127–141, DOI: 10.18276/ais.2024.47-08.