

## **Zamawianie usług twórczych**

Korzystając z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c pzp zamawiający musi wykazać nie tylko to, że zamierza nabyć usługę lub produkt o charakterze twórczym, ale również to, że na rynku nie jest dostępny żaden „ekwiwalent” takiego produktu czy usługi.

Zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Należy pamiętać, że ten niekonkurencyjny tryb, może być zastosowany przez zamawiającego tylko w ściśle określonych przypadkach.

### **Aspekt artystyczny**

Jedną z okoliczności uprawniającą zamawiającego do wyboru wykonawcy w tym trybie jest twórczy lub artystyczny charakter zamawianej usługi, robót lub dostawy. Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. DzU z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej: pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę w przypadku udzielania zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej. Artykuł ten stanowi implementację art. 31 pkt 1 lit. b dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (DzUrz UE L 134 z 30 kwietnia 2004 r.), dalej: dyrektywa 2004/18/WE.

Dyrektywa 2004/18/WE w tym zakresie została transponowana do prawa polskiego w pełni. Treść przywołanego przepisu pzp nie odbiega od prawa unijnego i nie prowadzi tym samym do wątpliwości interpretacyjnych. W szczególności nie występuje taka rozbieżność treści dyrektywy z treścią pzp w omawianym zakresie, która utrudniałaby stosowanie tego przepisu w praktyce.

### **Wyjątkowy charakter**

Udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki stanowi wyjątek od zasady udzielania zamówień w trybach podstawowych. Zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem, zarówno sądów cywilnych, jak i administracyjnych, przesłanki zastosowania tego trybu należy interpretować ściśle, z uwagi na fakt, że stanowią one wyjątek od zasady udzielenia zamówień w trybie konkurencyjnym.

Zamawiający powinien z dużą ostrożnością podchodzić do oceny spełniania takich przesłanek.

**\* Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2001 r.(III RN 16/01)**

Sąd Najwyższy stwierdził, że „jeżeli ustawa Pzp dopuszcza możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki tylko w sytuacji, gdy «ze względu na szczególny rodzaj dostaw, usług lub robót budowlanych można je uzyskać tylko od jednego dostawcy lub wykonawcy», to oznacza to, że skorzystanie z tej możliwości jest dopuszczalne wyłącznie wtedy, gdy okoliczność, iż zamówienie może wykonać tylko jeden wykonawca, ma charakter obiektywny, a nie opiera się wyłącznie na subiektywnym przekonaniu zamawiającego, który ma zaufanie do jednego tylko, znanego mu już wcześniej, wykonawcy". W podobnym tonie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: KIO).

**\* Uchwała KIO z dnia 3 grudnia 2010 r. (KIO/KD 92)**

Z kolei KIO w jednej ze swoich uchwał stwierdziła, że „przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki (oraz wszystkich innych niż podstawowe) muszą podlegać wykładni ścisłej, zaś ciężar udowodnienia zaistnienia okoliczności uzasadniających zastosowanie wyjątku spoczywa na tym, kto z tego faktu wywodzi skutki prawne".

Podobnie wypowiadał się również wielokrotnie Europejski Trybunał Sprawiedliwości (dalej: ETS), m.in. w wyroku z dnia 18 listopada 2004 r. w sprawie C 126/03 Komisja Wspólnot Europejskich przeciw Republice Federalnej Niemiec, gdzie stwierdził, że „wszelkie odstępstwa od ogólnych zasad odnoszących się do procedury zamówień publicznych muszą być interpretowane w sposób ścisły, zaś ciężar udowodnienia, że zaistniały podstawy do odstąpienia od procedury, ciąży na tym, kto wywodzi z tego skutki prawne".

Trzeba zatem pamiętać, że zamawiający nie może dokonywać rozszerzającej interpretacji przesłanki, z której chce skorzystać udzielając zamówienia z wolnej ręki. W przypadku sytuacji spornej, budzącej wątpliwość, powinien pamiętać, że to na nim ciążyć będzie obowiązek udowodnienia rzeczywistego wystąpienia wyjątkowych, obiektywnych okoliczności uzasadniających odstąpienia od podstawowego trybu udzielenia zamówienia.

**Art. 31 pkt 1 lit. b dyrektywy 2004/18/WE**

Instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień publicznych w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, [jeżeli - przyp.aut.] z przyczyn technicznych bądź artystycznych lub związanych z ochroną praw wyłącznych, zamówienie może zostać udzielone jedynie określonymu wykonawcy.

**Działalność twórcza i artystyczna**

Przesłanka dotycząca przyczyn twórczych i artystycznych powinna być interpretowana w oparciu o przepisy ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych

(tekst jedn. DzU z 2006 r. nr 90, poz. 631 ze zm.). Zgodnie z art. 1 ust. 1 wskazanej ustawy przedmiotem prawa autorskiego jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia (utwór).

W szczególności przedmiotem prawa autorskiego są utwory:

- 1) wyrażone słowem, symbolami matematycznymi, znakami graficznymi (literackie, publicystyczne, naukowe, kartograficzne oraz programy komputerowe);
- 2) plastyczne;
- 3) fotograficzne;
- 4) lutnicze;
- 5) wzornictwa przemysłowego;
- 6) architektoniczne, architektoniczno-urbanistyczne i urbanistyczne;
- 7) muzyczne i słowno-muzyczne;
- 8) sceniczne, sceniczno-muzyczne, choreograficzne i pantomimiczne;
- 9) audiowizualne (w tym filmowe).

Z powyższego wynika, że do przedmiotu działalności twórczej możemy zaliczyć wszelkiego rodzaju zamówienia, w wyniku których powstają dzieła mające charakter utworów, tj. takie dzieła, z którymi wiążą się prawa autorskie wykonawcy. Przykładowo wskazać można na (najczęściej zamawiane przez zamawiających) dokumentacje projektowe, koncepcje architektoniczno-urbanistyczne, koncepcje organizacji wystaw, festiwali itp. Bez wątplenia są to utwory w rozumieniu wyżej wymienionej ustawy, do których każdorazowo zastosowanie znajdą przepisy odnoszące się do działalności twórczej.

### **Możliwość świadczenia usług tylko przez jednego wykonawcę**

Udzielenie zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lic pzp uzależnione jest od kumulatywnego spełnienia dwóch przesłanek, tj. twórczego (artystycznego) charakteru zamawianych usług, dostaw, robót oraz możliwości uzyskania takiego zamówienia tylko od jednego wykonawcy.

Zgodnie z *Wytycznymi dotyczącymi 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* (przyjętymi przez Komitet Stały Rady Ministrów w dniu 18 listopada 2010 r., a opracowanymi przez Urząd Zamówień Publicznych), dalej: wytyczne, podstawą zastosowania omawianej przesłanki jest „wysoki stopień zindywidualizowania i niepowtarzalności danego zamówienia powodujący, że może ono być zrealizowane tylko przez jednego, konkretnego wykonawcę”. Zgodnie z wytycznymi „o możliwości zastosowania trybu niekonkurencyjnego decydują więc szczególne, istotne dla zamawiającego cechy artysty

lub twórcy, jego pozycja, renoma, czy też walory jego twórczości (dzieł)". Nie wystarczy przy tym wskazać, że dany wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie najlepiej bądź w najszerszym zakresie. Musi on być jedynym wykonawcą, który ze względu na zamierzony rezultat zamówienia, jest zdolny do realizacji zamówienia. Mimo iż dyrektywa 2004/18/WE (a w ślad za nią jej polski odpowiednik) tego nie precyzuje, należy przyjąć, że niemożność udzielenia zamówienia innemu wykonawcy z przyczyn wyżej wymienionych musi mieć charakter obiektywny, trwały i nieprzewidywalny.

W orzeczeniu Trybunału z dnia 10 marca 1987 r. sprawie C-199/85 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej stwierdzono, że nie jest wystarczające udowodnienie, iż konkretny wykonawca najefektywniej zrealizuje zamówienie. Zamawiający powinien wykazać, że tylko wskazany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. W celu ustalenia, czy istnieją alternatywni wykonawcy, zamawiający powinien brać pod uwagę przede wszystkim określone przez siebie potrzeby, pod warunkiem oczywiście, że nie zostały ustalone w celu obejścia przepisów.

Oceniając zamówienie pod kątem istnienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c pzp, warto więc zapoznać się ze stanowiskiem organów kontrolnych w podobnych sprawach:

**\* Wyrok WSA z dnia 14 października 2005 r. (III SA/Wa 2091/05)**

Nie jest wystarczające subiektywne przekonanie zamawiającego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym zdolnym do wykonania zamówienia. Jeśli zatem istnieje więcej wykonawców, którzy mogą wykonać dane zadanie (koncepcję programowo-przestrzenną), subiektywne przekonanie zamawiającego, że może je wykonać tylko jeden wybrany wykonawca, nie jest uzasadnieniem udzielenia zamówienia publicznego bez przetargu z powołaniem się na względy dotyczące działalności twórczej lub artystycznej. Organ podkreślił, że skorzystanie z możliwości udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie powołanego przepisu jest dopuszczalne jedynie wtedy, gdy okoliczność, że zamówienie może wykonać tylko jeden wykonawca, ma charakter obiektywny, a nie opiera się wyłącznie na subiektywnym przekonaniu zamawiającego, który ma zaufanie do jednego, konkretnego wykonawcy.

**\* Uchwała KIO z dnia 12 marca 2009 r. (KIO/KD 5/09)**

To na Zamawiającym - nie na Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych - spoczywa ciężar udowodnienia wystąpienia przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a pzp. Przepis nie dotyczy sytuacji, w której obiektywnie rzecz biorąc - w danym miejscu i czasie na rynku - zarówno krajowym, jak i zagranicznym - istnieje domniemanie dwu lub więcej wykonawców, mogących świadczyć danego rodzaju szczególne usługi. Dla udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a pzp konieczne jest istnienie aktualnie na danym rynku sytuacji, w której funkcjonuje tylko jeden podmiot, zdolny do wykonania zamówienia.

Nabranie przekonania, co do tego faktu, powinno być poprzedzone dokonaniem gruntownej analizy rynku, która wykluczy istnienie możliwości powierzenia zamówienia innej firmie.

**\* Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2001 r. (III RN 16/01)**

Skorzystanie z możliwości udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki jest dopuszczalne wtedy, gdy okoliczność, iż zamówienie może wykonać tylko jeden wykonawca ma charakter obiektywny, a nie opiera się wyłącznie na subiektywnym przekonaniu zamawiającego, który ma zaufanie do jednego tylko, znanego mu wcześniej wykonawcy.

**\* Wyrok NSA z dnia 17 lipca 2003 r. (II SA 3944/02)**

Nie każde zamówienie publiczne na prace z zakresu działalności twórczej i artystycznej w dziedzinie kultury i sztuki, a więc obejmujące również utwory w rozumieniu przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, podpada pod tryb zamówienia publicznego z wolnej ręki. Należy się zgodzić, że udzielenie zamówienia z wolnej ręki na prace z zakresu działalności twórczej i artystycznej w dziedzinie kultury i sztuki może mieć miejsce tylko wówczas, gdy takie zamówienie może być zrealizowane jedynie przez jednego dostawcę lub wykonawcę. Innymi słowy, chodzi tutaj w szczególności o sytuację istnienia swoistego monopolu na rynku z zakresu danej dziedziny kultury i sztuki, a więc gdy wykonanie takiego dzieła przez innego autora nie pozwoliłoby na osiągnięcie zamierzonego rezultatu. Taka zaś sytuacja, jak to trafnie ustalono w zaskarżonej decyzji, nie ma miejsca w okolicznościach faktycznych sprawy, gdyż rynek usług urbanistycznych cechuje się wysoką konkurencyjnością.

**\* Wyrok NSA z dnia 6 kwietnia 2006 r. (II GSK 7/06)**

„Artykuł 67 ust. 1 pkt 1 lit. b i c ustawy - Prawo zamówień publicznych nie może w istocie pozbawiać podmiotów sektora finansów publicznych uzasadnionego dostępu do określonych dóbr związanych z działalnością twórczą, artystyczną lub do dóbr związanych z ochroną praw wyłącznych, ale nie może również być interpretowany w taki sposób, by możliwe było nabycie w trybie zamówienia z wolnej ręki każdego dzieła, z którym są związane czyjeś prawa autorskie (...). Z punktu widzenia rozpoznawanej sprawy trzeba podkreślić, że omawiana ustawa Prawo zamówień publicznych w pewnym sensie godzi w zupełnie różne wartości związane z funkcjonowaniem nowoczesnego państwa - tj. zasady wolnego rynku z jednej strony i konieczną dbałość o finanse publiczne z drugiej strony. Ta reguła (zależność) powinna być brana pod uwagę przy wykładni przepisów Prawa zamówień publicznych, a więc także przy wykładni art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b i c tej ustawy. Powołane przepisy - przy przyjęciu wspomnianego założenia - nie mogą w istocie pozbawiać podmiotów sektora finansów publicznych uzasadnionego dostępu do określonych dóbr związanych z działalnością twórczą, artystyczną lub do dóbr związanych z ochroną praw wyłącznych, ale nie mogą również być interpretowane w taki sposób, by możliwe było nabycie w trybie zamówienia z wolnej ręki każdego dzieła, z którym są związane czyjeś prawa autorskie. Takich dzieł w sferze szeroko

rozumianego rynku towarów i usług jest wiele i gdyby przyjąć, że mogą one być nabywane na zasadach, których stosowania domaga się strona skarżąca, idea zamówień publicznych nie miałaby sensu".

Podstawą zastosowania omawianego trybu udzielania zamówienia jest więc wykazanie, że w danej, konkretnej sytuacji istnieje jeden wykonawca, który pozwoli osiągnąć zamawiającemu zamierzony przez niego efekt, a obiektywne ograniczenie konkurencji do jednego tylko podmiotu spowodowane jest specyfiką twórczej (artystycznej) działalności. Chodzi tutaj w szczególności o sytuację istnienia swoistego monopolu na rynku z zakresu danej dziedziny kultury i sztuki, a więc gdy wykonanie danego dzieła przez innego autora nie pozwoliłoby na osiągnięcie zamierzonego rezultatu.

### **Ciężar wykazania i weryfikacji rynku wykonawców**

Zamawiający już na etapie przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia powinien przedstawić pełne i wyczerpujące uzasadnienie skorzystania z niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia, jakim jest tryb zamówienia z wolnej ręki.

#### **\* Uchwała KIO z dnia 29 listopada 2010 r. (KIO/KD 91/10)**

Musi przy tym pamiętać, że „to wyłącznie na zamawiającym, który podejmuje decyzję o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, wyjątkowym, spoczywa ciężar wykazania, iż jest on do podjęcia takiego działania uprawniony". Zamawiający jest zobowiązany wykazać, że oceniając sytuację na rynku w sposób obiektywny, wynikający z określonych faktów, istnieje na tym rynku tylko jeden wykonawca, który może zrealizować przedmiot zamówienia o określonym - szczególnym charakterze".

Zamawiający musi zatem wykazać, że w konkretnej sprawie zachodzą okoliczności uzasadniające skorzystanie ze szczególnego trybu przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, które dodatkowo mają trwały i nieprzewidywalny charakter. Analizując orzecznictwo, zarówno KIO, jak i sądów powszechnych, wskazać należy, że powoływanie się w takich sytuacjach przez zamawiającego jedynie na własną analizę rynku, bez przedstawienia żadnych innych dowodów, może być uznane za niewystarczające. Zamawiający powinien przeprowadzić takie postępowanie wyjaśniające, w tym obiektywną i wszechstronną analizę rynku, które bezspornie wykluczy istnienie możliwości powierzenia zamówienia innemu wykonawcy.

W orzecznictwie wielokrotnie zwracano uwagę, że skutecznym sposobem weryfikacji rynku w zakresie działalności twórczej (artystycznej), który czyni zadość zasadzie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jest możliwość zorganizowania przez zamawiającego konkursu, którego zwycięzcę można zaprosić do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki (zob. wyrok WSA z dnia 14 października 2005 r.; III SA/Wa 2091/05).

Jest to skuteczny sposób weryfikacji rynku, który czyni zadość podstawowym zasadom udzielania zamówień publicznych, tj. zasadzie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

## **Podsumowanie**

Mając na uwadze powyższe rozważania należy podkreślić raz jeszcze, iż tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stanowiącym wyjątek od zasady udzielania zamówień w trybach konkurencyjnych. Jego zastosowanie powinno być wyjątkowe a przesłanki udzielenia interpretowane ściśle, nigdy rozszerzająco. Zamawiający, który zamierza udzielić zamówienia w oparciu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c pzp powinien pamiętać, że zobowiązany jest wykazać nie tylko fakt, że zamierza nabyć usługę lub produkt o charakterze twórczym, ale również powinien udowodnić, że na rynku nie jest dostępny żaden „ekwiwalent” takiego produktu czy usługi.

Autor: Joanna Staniewicz, radca prawny, Kancelaria Prawna Piszcz i Wspólnicy