

II

*(Komunikaty)*KOMUNIKATY INSTYTUCJI, ORGANÓW I JEDNOSTEK ORGANIZACYJNYCH
UNII EUROPEJSKIEJ

KOMISJA EUROPEJSKA

KOMUNIKAT KOMISJI

**Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie stosowania ram dotyczących zamówień publicznych
w sytuacji nadzwyczajnej związanej z kryzysem wywołanym epidemią COVID-19**

(2020/C 108 I/01)

1. Wprowadzenie – możliwości i elastyczność dostępne w oparciu o ramy dotyczące zamówień publicznych

Epidemia COVID-19 wywołała kryzys zdrowotny, który wymaga zastosowania szybkich i inteligentnych rozwiązań i elastyczności, aby poradzić sobie z ogromnym wzrostem popytu na podobnego rodzaju towary i usługi, w sytuacji gdy niektóre łańcuchy dostaw uległy zakłóceniu. Nabywcy publiczni w państwach członkowskich są w gronie tych podmiotów, które są najżywościej zainteresowane zakupem większości tych towarów i usług. Muszą oni zapewnić dostępność środków ochrony indywidualnej, takich jak maski i rękawice ochronne, wyrobów medycznych, w szczególności respiratorów, oraz innych środków medycznych, jak również zapewnić funkcjonowanie infrastruktury szpitalnej i informatycznej.

Na szczeblu europejskim Komisja wraz z państwami członkowskimi zintensyfikowała już działania, uruchamiając wspólne przetargi na różnego rodzaju środki medyczne.

W celu skuteczniejszego ukierunkowania swojej pomocy w obliczu obecnej sytuacji nadzwyczajnej w niniejszych wytycznych Komisja wyjaśnia⁽¹⁾, jakie możliwości i elastyczność są dostępne w oparciu o unijne ramy dotyczące zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane niezbędne, aby stawić czoła kryzysowi.

Nabywcy publiczni mają kilka możliwości, które mogą rozważyć:

- po pierwsze, w pilnych przypadkach mogą skorzystać z możliwości znacznego skrócenia terminów, aby przyspieszyć przebieg postępowań prowadzonych w oparciu o procedurę otwartą lub procedurę ograniczoną,
- jeżeli taka elastyczność będzie niewystarczająca, można przewidzieć procedurę negocjacyjną bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Ostatecznie można by nawet dopuścić bezpośrednie udzielenie zamówienia wybranemu wcześniej podmiotowi gospodarczemu, pod warunkiem że podmiot ten jest jako jedyny w stanie zrealizować wymagane dostawy przy ograniczeniach technicznych i czasowych spowodowanych pilną koniecznością,
- ponadto nabywcy publiczni powinni również rozważyć możliwość znalezienia alternatywnych rozwiązań i nawiązania współpracy z podmiotami rynkowymi.

⁽¹⁾ Podstawę niniejszych wytycznych stanowi „Komunikat Komisji w sprawie zasad udzielania zamówień publicznych w związku z obecnym kryzysem azylowym” z dnia 9 września 2015 r. (COM(2015) 454 final); odzwierciedlają one przyjętą przez Komisję interpretację traktatów, dyrektyw w sprawie zamówień publicznych oraz orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („Trybunał”). Należy podkreślić, że niezależnie od okoliczności wiążąca interpretacja prawa unijnego pozostaje ostatecznie w gestii Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Wytyczne nie zmieniają obowiązujących ram prawnych.

W niniejszych wytycznych skupiono się w szczególności na postępowaniach o udzielenie zamówienia w przypadku zaistnienia wyjątkowo pilnej konieczności, która umożliwia nabywcom publicznym dokonanie zakupu w ciągu kilku dni, a nawet – w razie potrzeby – godzin. Na wypadek sytuacji dokładnie takiej jak obecny kryzys wywołany epidemią COVID-19, który stanowi wyjątkowo pilną okoliczność, której nie można było przewidzieć, w dyrektywach UE przewidziano brak ograniczeń proceduralnych.

Konkretnie, procedura negocjacyjna bez uprzedniej publikacji umożliwia nabywcom publicznym nabywanie dostaw i usług w możliwie krótkim terminie. Zgodnie z tą procedurą, którą określono w art. 32 dyrektywy 2014/24/UE („dyrektywa”) ⁽²⁾, nabywcy publiczni mogą prowadzić bezpośrednie negocjacje z potencjalnym kontrahentem (potencjalnymi kontrahentami), przy czym nie istnieje wymóg uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, nie ma określonych terminów, minimalnej liczby potencjalnych kontrahentów, których należy zaprosić do negocjacji; brak jest także innych wymogów proceduralnych. Na szczeblu UE nie są regulowane żadne czynności proceduralne. W praktyce oznacza to, że organy mogą działać tak szybko, jak jest to technicznie lub fizycznie możliwe, a postępowanie może stanowić de facto bezpośrednie udzielenie zamówienia i podlegać wyłącznie fizycznym lub technicznym ograniczeniom związanym z faktyczną dostępnością i szybkością dostawy.

W europejskich ramach dotyczących zamówień publicznych przewidziano już wszelką niezbędną elastyczność, dzięki której nabywcy publiczni mogą nabywać towary i usługi bezpośrednio związane z kryzysem wywołanym epidemią COVID-19 w jak najkrótszym terminie. Aby przyspieszyć proces udzielania zamówień, nabywcy publiczni mogą również rozważyć:

- nawiązywanie kontaktów z potencjalnymi wykonawcami z UE i spoza UE telefonicznie, pocztą elektroniczną lub osobiście,
- zatrudnienie pośredników, którzy mają lepsze kontakty na rynkach,
- wysyłanie swoich przedstawicieli bezpośrednio do krajów, w których istnieją niezbędne zapasy i które mogą zapewnić natychmiastową dostawę,
- zwrócenie się do potencjalnych dostawców o zwiększenie produkcji bądź (ponowne) rozpoczęcie produkcji.

Jednakże w sytuacjach wyjątkowego wzrostu popytu na podobnego rodzaju towary, produkty i usługi, któremu towarzyszą dodatkowo istotne zakłócenia w łańcuchach dostaw, dokonywanie zakupów nawet według najszybszych dostępnych procedur może być fizycznie lub technicznie niemożliwe. Aby zaspokoić swoje potrzeby, nabywcy publiczni mogą być zmuszeni do poszukiwania alternatywnych i ewentualnie innowacyjnych rozwiązań, które mogą już być dostępne na rynku lub które mogą zostać wprowadzone w (bardzo) krótkim terminie. Nabywcy publiczni będą musieli znaleźć odpowiednie rozwiązania i przy udziale potencjalnych dostawców ocenić, czy takie alternatywne rozwiązania odpowiadają ich potrzebom ⁽³⁾. Współpraca z podmiotami rynkowymi może również stanowić dobrą okazję do uwzględnienia strategicznych aspektów zamówień publicznych, w ramach których w procesie udzielania zamówienia bierze się pod uwagę wymogi środowiskowe, społeczne i dotyczące innowacji, w tym kwestie dostępności zamówionych usług.

Nabywcy publiczni są zgodnie z unijnymi ramami w pełni upoważnieni do podjęcia współpracy z podmiotami rynkowymi oraz nawiązywania kontaktów biznesowych. Istnieją różne sposoby interakcji z rynkiem w celu pobudzenia podaży i w przypadku potrzeb średniookresowych większe możliwości uzyskania lepszego stosunku jakości do ceny oraz szerszego dostępu do dostępnych dostaw mogłoby przynieść zastosowanie trybu pilnego. Ponadto:

- nabywcy publiczni mogą korzystać z innowacyjnych narzędzi cyfrowych ⁽⁴⁾ w celu wywołania szerokiego zainteresowania podmiotów gospodarczych, które są w stanie zaproponować alternatywne rozwiązania. Przykładowo mogą oni uruchamiać tzw. hackathony (maratony projektowania) służące wypracowaniu nowych koncepcji umożliwiających ponowne wykorzystywanie masek ochronnych po ich dezynfekcji, sposobów skutecznej ochrony personelu medycznego, możliwości wykrywania wirusa w środowisku itp.,
- nabywcy publiczni mogą również ściślej współpracować z ekosystemami innowacji lub sieciami przedsiębiorców, które mogłyby proponować nowe rozwiązania.

⁽²⁾ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65).

⁽³⁾ Wytyczne i dobre praktyki dotyczące zamówień publicznych na innowacje: https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement/support-tools-public-buyers/innovation-procurement_pl

⁽⁴⁾ Udzielanie zamówień publicznych przy wykorzystaniu środków elektronicznych sprzyja innowacyjnym podejściom https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/digital_en

Nabywcy publiczni mogą opierać się na unijnych ramach dotyczących zamówień publicznych, które zapewniają sposoby i środki umożliwiające sprostanie poważnym sytuacjom kryzysowym, takim jak pandemia COVID-19.

Ramy te zezwalają nabywcom publicznym na realizację wieloetapowej strategii, a także zachęcają ich do takiej strategii. Po pierwsze, w przypadku istniejących i prognozowanych potrzeb krótkoterminowych powinni oni w pełni wykorzystywać elastyczność wpisaną w istniejące ramy prawne. Oprócz tego zachęca się ich do wspólnego udzielania zamówień oraz do korzystania z inicjatyw Komisji na rzecz wspólnych postępowań o udzielenie zamówienia. Procedury ze skróconymi terminami służą zaspokojeniu ich potrzeb w perspektywie średniookresowej, gdyż procedury te zapewniają zasadniczo większe możliwości uzyskania lepszego stosunku jakości do ceny oraz zapewnienia przedsiębiorstwom szerszego dostępu do możliwości biznesowych i zagwarantowania szerszego zakresu dostępnych dostaw.

Komisja zmobilizuje wszystkie swoje zasoby w celu udzielenia dalszych porad i dodatkowej pomocy ⁽⁵⁾ państwom członkowskim i nabywcom publicznym.

2. **Wybór procedur i terminów zgodnie z unijnymi ramami dotyczącymi zamówień publicznych – zwłaszcza w przypadkach pilnej i wyjątkowo pilnej konieczności**

Unia Europejska stoi obecnie w obliczu szeregu wyzwań w związku z nagłym i rozległym kryzysem zdrowotnym wywołanym epidemią COVID-19. Niniejsze wytyczne przedstawiają możliwości, jakie nabywcy publiczni (instytucje zamawiające ⁽⁶⁾) mają w zakresie szybkiego nabycia dostaw i usług pierwszej potrzeby, a także – w razie potrzeby – dodatkowej infrastruktury.

Europejskie przepisy dotyczące zamówień publicznych dostarczają wszystkich narzędzi niezbędnych do zaspokojenia tych potrzeb zgodnie z przepisami dyrektywy.

2.1. **Wybór procedur w ujęciu ogólnym**

W przypadku zamówień objętych zakresem dyrektywy instytucja zamawiająca może zdecydować o udzieleniu zamówienia w drodze procedury otwartej lub procedury ograniczonej (art. 26 ust. 2 dyrektywy) ⁽⁷⁾.

W przypadku procedur otwartych objętych dyrektywą zastosowanie ma termin 35 dni na składanie ofert ⁽⁸⁾.

W przypadku procedur ograniczonych dyrektywa przewiduje termin 30 dni na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a następnie dodatkowy termin 30 dni na przedstawienie ofert ⁽⁹⁾. Ten ostatni termin może – o ile w przepisach krajowych przewidziano taką opcję – zostać uzgodniony z uczestnikami przez instytucje zamawiające administracji niższego szczebla (takie jak władze lokalne lub regionalne); jeżeli nie dochodzi do takiego uzgodnienia, stosowany może być wówczas minimalny termin wynoszący 10 dni ⁽¹⁰⁾.

Ponadto w przypadku zarówno procedur otwartych, jak i procedur ograniczonych terminy te mogą zostać skrócone:

- 1) w przypadku wstępnego ogłoszenia informacyjnego, które nie zostało wykorzystane jako zaproszenie do ubiegania się o zamówienie, ale które zawierało wszystkie informacje wymagane do celów ogłoszenia o zamówieniu zgodnie z sekcją I w części B załącznika V i które zostało wysłane do publikacji w okresie od 35 dni do 12 miesięcy przed datą wysłania ogłoszenia o zamówieniu;
- 2) lub w przypadkach pilnej konieczności należycie uzasadnionych przez instytucję zamawiającą, w których niewykonalne jest zastosowanie obowiązującego standardowo terminu (zob. pkt 2 poniżej).

2.2. **Przypadki pilnej konieczności – skrócenie terminów**

Jeśli wymaga tego pilna konieczność, dyrektywa przewiduje możliwość znacznego skrócenia terminów: w procedurze otwartej termin składania ofert może zostać skrócony do 15 dni w przypadku należycie uzasadnionej pilnej potrzeby ⁽¹¹⁾; w procedurze ograniczonej termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału może zostać skrócony do 15 dni ⁽¹²⁾, a termin składania ofert – do 10 dni ⁽¹³⁾. Umożliwia to szybkie udzielenie zamówienia.

⁽⁵⁾ W UE jest ponad 250 000 instytucji zamawiających, w związku z czym Komisja już nawiązała i utrzymuje kontakt z wyznaczonymi krajowymi punktami kontaktowymi w państwach członkowskich za pośrednictwem specjalnego internetowego narzędzia w formie serwisu typu wiki.

⁽⁶⁾ Państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki złożone z jednej lub wielu takich jednostek lub z jednego lub wielu podmiotów prawa publicznego.

⁽⁷⁾ Procedura negocjacyjna z uprzednią publikacją oraz dialog konkurencyjny prawdopodobnie nie będą mieć znaczenia w tym kontekście, ponieważ warunki ich zastosowania nie zostaną spełnione w sytuacjach przewidzianych w niniejszych wytycznych.

⁽⁸⁾ Art. 27 dyrektywy 2014/24/UE.

⁽⁹⁾ Art. 28 dyrektywy 2014/24/UE.

⁽¹⁰⁾ Art. 28 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE.

⁽¹¹⁾ Art. 27 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE.

⁽¹²⁾ Art. 27 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE.

⁽¹³⁾ Art. 28 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE.

Zastosowanie trybu „przyspieszonego” w procedurze otwartej lub procedurze ograniczonej jest zgodne z zasadami równego traktowania i przejrzystości oraz zapewnia konkurencję nawet w przypadkach pilnej konieczności. W tego rodzaju przypadkach, gdy niewykonalne jest wyznaczenie terminów obowiązujących w normalnych okolicznościach, instytucje zamawiające mogą zgodnie z dyrektywą skrócić terminy mające zastosowanie do otwartej lub ograniczonej procedury udzielania zamówień publicznych.

Procedura	Minimalne zwykle terminy	Minimalne skrócone terminy
Procedura otwarta	35 dni ⁽¹⁴⁾	15 dni
Procedura ograniczona (etap 1: wnioski o dopuszczenie do udziału)	30 dni ⁽¹⁵⁾	15 dni ⁽¹⁶⁾
Procedura ograniczona (etap 2: składanie ofert)	30 dni ⁽¹⁷⁾	10 dni ⁽¹⁸⁾

2.3. **Przypadki wyjątkowo pilnej konieczności – procedura negocjacyjna bez uprzedniej publikacji**

W przepisach unijnych przewidziano „procedurę negocjacyjną bez publikacji”, która stanowi dodatkowe narzędzie umożliwiające szybsze udzielanie zamówień mających na celu zaspokojenie potrzeb związanych z pandemią COVID-19.

Instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień publicznych w drodze procedury negocjacyjnej bez publikacji, w przypadku gdy w zakresie, w jakim jest to absolutnie niezbędne, jeżeli – ze względu na wystąpienie wyjątkowo pilnej konieczności spowodowanej wydarzeniami, których instytucja zamawiająca nie mogła przewidzieć – terminy przewidziane dla procedury otwartej lub procedury ograniczonej lub procedury konkurencyjnej z negocjacjami nie mogą być dotrzymane. Okoliczności przywoływane w celu uzasadnienia wyjątkowo pilnej konieczności nie mogą być w żadnym wypadku przypisane instytucji zamawiającej (art. 32 ust. 2 lit. c) dyrektywy).

Ponieważ instytucje zamawiające odstępują w tym przypadku od podstawowej zasady Traktatu dotyczącej przejrzystości, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wymaga, aby korzystanie z tej procedury miało nadal charakter wyjątkowy. Wszystkie warunki muszą być spełnione łącznie i należy je interpretować w sposób zawężający (zob. np. sprawy C-275/08 Komisja przeciwko Niemcom oraz C-352/12 Consiglio Nazionale degli Ingegneri). „Procedura negocjacyjna bez uprzedniej publikacji” umożliwia instytucjom zamawiającym negocjowanie bezpośrednio z potencjalnymi wykonawcami; bezpośrednie udzielenie zamówienia wybranemu wcześniej podmiotowi gospodarczemu pozostaje wyjątkiem, który ma zastosowanie wówczas, gdy tylko jedno przedsiębiorstwo jest w stanie zrealizować zamówienie w warunkach ograniczeń technicznych i czasowych nakładanych z uwagi na wyjątkowo pilną konieczność.

Każda instytucja zamawiająca będzie musiała ocenić, czy warunki zastosowania tego rodzaju „procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji” zostały spełnione. Będzie również musiała uzasadnić wybór takiej procedury w indywidualnym sprawozdaniu ⁽¹⁹⁾. Przy indywidualnej ocenie każdego przypadku spełnione muszą być łącznie poniższe kryteria:#

2.3.1. Wydarzenia, których dana instytucja zamawiająca nie mogła przewidzieć

Liczba pacjentów z COVID-19, którzy wymagają leczenia, rośnie każdego dnia, a większość państw członkowskich spodziewa się dalszego wzrostu zakażeń aż do osiągnięcia najwyższego poziomu.

Wydarzenia te, a zwłaszcza ich konkretny rozwój, należy uznać za niemożliwe do przewidzenia przez jakąkolwiek instytucję zamawiającą. Szczególne potrzeby szpitali i innych instytucji opieki zdrowotnej w zakresie zapewnienia leczenia, sprzętu ochrony osobistej, respiratorów, dodatkowych łóżek oraz dodatkowej intensywnej terapii i infrastruktury szpitalnej, w tym wszelkich urządzeń technicznych, nie mogły z pewnością zostać przewidziane i zaplanowane z wyprzedzeniem, a zatem stanowią dla instytucji zamawiających niemożliwe do przewidzenia wydarzenia.

2.3.2. Wyjątkowo pilna konieczność uniemożliwiająca zachowanie ogólnych terminów

Nie ulega wątpliwości, że natychmiastowe potrzeby szpitali i instytucji opieki zdrowotnej (dostawy, usługi i roboty budowlane) muszą być realizowane możliwie jak najszybciej.

⁽¹⁴⁾ Art. 27 dyrektywy 2014/24/UE.

⁽¹⁵⁾ Art. 28 dyrektywy 2014/24/UE.

⁽¹⁶⁾ Art. 28 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE.

⁽¹⁷⁾ Art. 28 dyrektywy 2014/24/UE.

⁽¹⁸⁾ Art. 28 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE.

⁽¹⁹⁾ Art. 84 ust. 1 lit. f) dyrektywy 2014/24/UE.

Kwestię tego, czy uniemożliwia to zachowanie nawet bardzo krótkich terminów stosowanych w trybie przyspieszonym w ramach procedury otwartej lub procedury ograniczonej (odpowiednio 15 i 10 dni na złożenie ofert), trzeba będzie oceniać indywidualnie, ale w większości przypadków jest to prawdopodobne, przynajmniej w odniesieniu do znacznie zwiększonych potrzeb krótkoterminowych w miarę wzrostu krzywej zakażeń.

Jak wyjaśniono w orzecznictwie Trybunału ⁽²⁰⁾, jeżeli przywoływana jest wyjątkowo pilna konieczność, potrzeba, której dotyczy zamówienie, musi zostać zaspokojona niezwłocznie. Nie można powoływać się na ten wyjątek w odniesieniu do udzielania zamówień, które trwa dłużej niż miałyby to miejsce w przypadku zastosowania przejrzystej procedury otwartej lub ograniczonej, w tym procedury przyspieszonej (otwartej lub ograniczonej).

2.3.3. *Związek przyczynowy pomiędzy nieprzewidzianym wydarzeniem a wyjątkowo pilną koniecznością*

W przypadku zaspokajania w bardzo krótkim czasie natychmiastowych potrzeb szpitali i instytucji zdrowia publicznego związek przyczynowy z pandemią COVID-19 nie może zostać w rozsądny sposób zakwestionowany.

2.3.4. *Zastosowanie mające wyłącznie na celu wypełnienie luki do czasu znalezienia bardziej długofalowych rozwiązań*

Procedury negocjacyjne bez uprzedniej publikacji mogą dawać możliwość zaspokojenia pilnych potrzeb. Wypełniają one lukę do czasu znalezienia stabilniejszych rozwiązań, takich jak umowy ramowe na dostawy i usługi, uzyskanych w drodze zwykłych procedur (w tym w trybie przyspieszonym).

⁽²⁰⁾ Zob. wyrok Trybunału w sprawie C-352/12 z dnia 20 czerwca 2013 r., pkt 50–52.