

## **1. Możliwość udzielania zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki, na zakup sprzętu do akcji ratunkowej oraz w związku z usuwaniem skutków powodzi.**

Zgodnie z art. 62 ust. 1 pkt 4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp”, zamawiający może dokonać zakupu określonych dostaw, usług oraz robót budowlanych w oparciu o tryb negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli kumulatywnie zostaną spełnione następujące przesłanki:

- występuje pilna potrzeba udzielenia zamówienia;
- pilna potrzeba udzielenia zamówienia nie wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego;
- wcześniej nie można było przewidzieć konieczności udzielenia przedmiotowego zamówienia;
- nie można zachować terminów przewidzianych przez ustawę dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Przesłanka z art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp ma zatem zastosowanie do postępowań wszczynanych w przypadku nieprzewidywalnych zdarzeń powodujących potrzebę pilnego działania ze strony podmiotu zobowiązanego do stosowania ustawy Pzp, a zaistniała sytuacja nie pozwala na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem terminów przewidzianych dla trybów gwarantujących zachowanie zasady konkurencyjności. Dopuszczalność powoływania się na przesłankę art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp uzależniona jest od łącznego zaistnienia wszystkich wymienionych w przepisie warunków, między którymi powinien zachodzić związek przyczynowo – skutkowy oraz związek czasowy. Udzielenie zamówienia w tym trybie co do zasady powinno ograniczyć się tylko do zakresu koniecznego do zapobieżenia negatywnym skutkom nieprzewidywanego zdarzenia. Dodatkowo należy podnieść, iż możliwość udzielenia zamówienia z zastosowaniem trybu negocjacji bez ogłoszenia musi wynikać również z okoliczności, w których zamawiający nie ponosi winy. Oznacza to, iż powstanie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia nie może wynikać z niestaranności lub niedbalstwa zamawiającego, ale pomimo tego, iż zamawiający dochował należytej staranności w swoim działaniu.

Oprócz zaistnienia wyjątkowej sytuacji nie wynikłej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego ustawodawca wymaga ponadto, aby sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć. Niemożność przewidzenia określonego zdarzenia zasadniczo ocenia się jako nikłe prawdopodobieństwo wystąpienia konkretnej sytuacji. W literaturze przedmiotu do tego rodzaju sytuacji zalicza się zdarzenia, których zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym możliwość przewidywalności określonych sytuacji przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. Konieczne zatem będzie wykazanie przez zamawiającego, iż mimo zachowania należytej staranności nie można było obiektywnie przewidzieć wystąpienia wyjątkowej sytuacji, powodującej konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Okoliczności nieprzewidywalne, to m. in. zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego takie jak: klęski żywiołowe (powodzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp.

Dodatkowym warunkiem udzielenia zamówienia publicznego w oparciu o tryb negocjacji bez ogłoszenia jest obiektywna niemożność zachowania terminów określonych dla trybów konkurencyjnych. Należy jednocześnie zauważyć, iż zarówno tryb przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem przewidują możliwość skrócenia postępowania (art. 49 ust. 3,

art. 52 ust. 4 oraz art. 52 ust. 2 ustawy Pzp) z uwagi na wystąpienie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia. Przepisu art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie stosuje się zatem w przypadku, gdy zamawiający ma wystarczająco dużo czasu na przeprowadzenie postępowania w trybie procedury przyśpieszonej (por. wyrok ETS z dnia 18 marca 1992 C 24/91 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Hiszpanii).

Stosownie do art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację nie wynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp ma zastosowanie do postępowań wszczynanych w przypadku nieprzewidywalnych zdarzeń losowych powodujących konieczność natychmiastowego działania ze strony podmiotu zobowiązanego do stosowania ustawy, a zaistniała sytuacja nie pozwala na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem terminów przewidzianych dla trybów gwarantujących zachowanie zasady konkurencyjności. Dopuszczalność powoływania się na przesłankę art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp uzależniona jest od łącznego zaistnienia wszystkich wymienionych w przepisie warunków, między którymi powinien zachodzić związek przyczynowo – skutkowy oraz związek czasowy. Oprócz zaistnienia wyjątkowej sytuacji nie wynikłej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego ustawodawca wymaga ponadto, aby sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć (przesłanki powyższe omówione zostały przy trybie negocjacji bez ogłoszenia). Dodatkowo wystąpienie okoliczności, której zamawiający nie mógł przewidzieć, zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, musi powodować konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Ważnym jest tutaj odróżnienie pilności udzielenia zamówienia publicznego, od konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Nie wszystkie zamówienia, które powinny być udzielone w trybie pilnym, wymagają natychmiastowego wykonania. Dla udzielania zamówień w trybie pilnym ustawodawca przewidział bowiem inny niż wolna ręka tryb, mianowicie wyżej omówione - negocjacje bez ogłoszenia. Należy również podkreślić, iż zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki powinno służyć wyłącznie do przeciwdziałań lub do usunięcia skutków nieprzewidywalnej sytuacji, która nie była przez zamawiającego zawiniona i której nie mógł on przeciwdziałać, a z powodu zaistnienia której zamawiający staje przed koniecznością natychmiastowego wykonania określonego rodzaju zamówienia.

Ocena spełnienia przesłanek zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia z powołaniem się na przesłankę art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, lub też trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w odniesieniu do konkretnych okoliczności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, należy do zamawiającego, przy czym jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. „progi unijne”, zamawiający ma obowiązek zawiadomić Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu takiego postępowania, podając uzasadnienie faktyczne i prawne zastosowania odpowiednio trybu negocjacji bez ogłoszenia (arg. z art. 62 ust. 2 ustawy Pzp), lub też trybu zamówienia z wolnej ręki (arg. z art. 67 ust. 2 ustawy Pzp). Niemniej jednak, w oparciu o okoliczności przedstawione w nadesłanych do Urzędu Zamówień Publicznych pismach, należy rozróżnić dwie sytuacje. Pierwsza, to taka, w której w danej chwili występuje klęska żywiołowa (np. powódź) i z tego względu istnieje potrzeba natychmiastowej realizacji zamówień niezbędnych do zapobieżenia, ograniczenia lub natychmiastowego usunięcia jej skutków (np. zakupy na akcję ratowniczą, wykonanie prac umożliwiających jedyny dojazd do miejscowości, prace porządkowe mające na celu zapobieżenie epidemiom itp.) – wówczas, po spełnieniu przewidzianych prawem przesłanek, uzasadnione będzie skorzystanie z dyspozycji art. 67 ust.

1 pkt 3 ustawy Pzp. Jeżeli nie istnieje konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, ale sytuacja, która uzasadnia pilną potrzebę udzielenia zamówienia wówczas zamawiający może, stosownie do treści art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zastosować tryb negocjacji bez ogłoszenia. Druga sytuacja może dotyczyć okoliczności, w których nie mamy w danym momencie do czynienia ze zjawiskiem klęski żywiołowej, uzasadniającej pilną potrzebę realizacji świadczeń (dostaw, usług lub robót budowlanych), natomiast zakup np. sprzętu do akcji ratunkowych wynika z chęci (konieczności) poczynienia zapasów na wypadek takiej klęski w przyszłości – wówczas brak jest podstaw do zastosowania trybów niekonkurencyjnych.

## **2. Szacowanie wartości zamówienia na dostawy, usługi, roboty budowlane udzielane w związku z wystąpieniem powodzi.**

Stosownie do treści art. 32 ust 2 ustawy Pzp, ustalając wartość zamówienia, zamawiający nie może dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. Sens normatywny tego przepisu sprowadza się do ustalenia, iż zamawiający nie może dokonywać podziału zamówienia (zaniżać jego wartości) w taki sposób, aby na skutek ustalenia wartości dla każdej z wydzielonych części zamówienia doszło do nieuprawnionego wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp odnoszących się do zamówień o wartości powyżej określonego progu. Dla ustalenia czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza konkretnego przypadku.

Podkreślenia wymaga, iż z jednym zamówieniem mamy do czynienia, gdy ze względu na określone wyróżniające cechy można traktować je jako jeden proces. W tym celu należy posługiwać się łącznie następującymi kryteriami: podobieństwo przedmiotowe i funkcjonalne zamówienia (dostawy, usługi roboty budowlane tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu), tożsamość czasowa zamówienia (możliwość przewidzenia przez zamawiającego pełnego zakresu przedmiotowego zamówień sfinansowanych i udzielanych w znanej zamawiającemu perspektywie czasowej, obejmującej zasadniczo okres jednego roku budżetowego, finansowego albo objęty decyzją o udzieleniu wsparcia finansowego na realizację określonego projektu) i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę.

I tak, z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwym jego nabycie u tego samego wykonawcy. W przeciwnym wypadku, tzn. gdy udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy należy uznać, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem.

Dla ustalenia czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem istotne są okoliczności towarzyszące wszczęciu postępowania. Zamawiający szacuje wartość zamówienia z uwzględnieniem wszystkich usług, dostaw czy też robót budowlanych tego samego rodzaju, które zamierza nabyć jednorazowo (lub sukcesywnie w ramach odrębnych postępowań). Jeżeli jednak potrzeba udzielenia określonego zamówienia ujawni się już po udzieleniu zamówienia tożsamego przedmiotowo, nie mamy do czynienia z jednym zamówieniem co za tym idzie z nieuprawnionym dzieleniem zamówienia. Stąd podział zamówień jako taki nie jest zakazany, o ile nie zmierza do uniknięcia stosowania przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp właściwych dla zamówienia o określonej wartości szacunkowej.

Jeżeli zatem określone zamówienia mają charakter nieprzewidywalny, nie mogły być przy dochowaniu należytej staranności szacowane z innymi, wcześniejszymi zamówieniami, każde kolejne zamówienie będzie zamówieniem odrębnym, a nie częścią zamówienia które podlegało uwzględnieniu przy ustaleniu wartości wcześniejszych zamówień.

**3. Czy w sytuacji, w której w skutek powodzi utrudnione jest terminowe wykonywanie dostaw lub usług, zamawiający wobec opóźnień w realizacji umów mogą domagać się od wykonawców zapłaty kar umownych? Czy można w tym przypadku mówić o vis maior w rozumieniu KC? Czy wykonawcy mają prawo domagać się w związku z wzrostem cen np. materiałów budowlanych lub artykułów spożywczych podwyższenia wynagrodzenia ustalonego w umowie z zamawiającym?**

Zagadnienia dotyczące zapłaty kar umownych oraz podwyższenia wynagrodzenia ustalonego w umowie z zamawiającym nie są regulowane przepisami o zamówieniach publicznych. W odniesieniu do umów w sprawach zamówień publicznych w zakresie nie uregulowanym ustawą, zgodnie z regułą wyrażoną art. 139 ust. 1 Pzp, mają zastosowanie przepisy ogólne kodeksu cywilnego. Tym samym, odpowiedź na pytanie o możliwość domagania się przez zamawiających od wykonawców zapłaty kar umownych w sytuacji opóźnień w realizacji umów spowodowanych powodzią jest uzależniona przede wszystkim od tego, jakie zasady odnoszące się do kar strony wprowadziły do umowy. Obowiązująca w tym zakresie kodeksowa zasada swobody umów może prowadzić do różnorodnych rozwiązań, a co za tym idzie do odmiennych skutków w odniesieniu do odpowiedzialności w sytuacji wystąpienia opóźnień.

Najczęściej kary umowne zastrzegane są na wypadek nie wykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego z wyłączeniem odpowiedzialności wykonawcy z tego tytułu, gdy powodem niewykonania lub nienależytej realizacji zobowiązania są przyczyny niezależne od niego. Wspomniana w pytaniu siła wyższa stanowić będzie z zasady element zwalniający wykonawcę z odpowiedzialności. Trzeba jednak pamiętać, że wpływ takiego czynnika jak siła wyższa (w tym wypadku powódź) musi być realny, tzn. sam fakt wystąpienia w określonym rejonie Polski powodzi nie usprawiedliwia każdego opóźnienia w realizacji każdej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ale czynnik ten musi mieć realny wpływ na sposób realizacji określonego zamówienia, co wykonawca zamówienia, chcąc uchronić się przed odpowiedzialnością z tytułu zapłaty kar umownych, powinien wykazać. Innymi słowy, nie można uznać, że zasadą jest, iż powódź jako siła wyższa usprawiedliwia każdą nieterminową realizację zamówienia na terenach dotkniętych tą powodzią.

Podobne uwagi można odnieść do kwestii wzrostu wynagrodzenia ustalonego w umowie w sprawie zamówienia publicznego w związku ze wzrostem cen żywności lub materiałów budowlanych na terenach powodziowych. Obecnie obowiązujące przepisy nie dopuszczają możliwości dokonania istotnej zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty na podstawie której został dokonany wybór wykonawcy, jeżeli zamawiający nie przewidział możliwości dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz nie określił w jakich warunkach taka zmiana może być dokonywana (por. art. 144 ust. 1 Pzp). Zmiana wysokości wynagrodzenia z tytułu świadczenia stanowi co do zasady istotną zmianę dotychczas obowiązującej umowy, stąd jej wprowadzenie jest możliwe tylko w okolicznościach i obszarach wyszczególnionych w umowie, w tym np. sytuacji, w których doszłoby do nadzwyczajnej, nieprzewidywalnej w chwili zawarcia umowy, zmiany stosunków takich jak powódź, pożar, katastrofa a spełnienie

świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami lub groziłoby stronie rażąca stratą. A zatem, strony tych umów, których mogłyby dotknąć zmiany cen żywności lub materiałów budowlanych powinny co do zasady zabezpieczyć się w umowie na wypadek takich zmian poprzez odpowiednie klauzule indeksowe odnoszące się do cen wybranych towarów lub ich grup na podstawie określonego w umowie źródła informacji o cenach. Przy czym, trzeba podkreślić, że tak jak w przypadku kwestii zapłaty kar umownych zagadnienie podwyższenia wynagrodzenia nie jest możliwe do rozstrzygnięcia na poziomie ogólnym, jedynie ze wskazaniem na fakt wystąpienia powodzi, ale musi odnosić się ściśle do okoliczności danego przypadku.

#### **4. Problemy z uzupełnianiem dokumentów na skutek powodzi. Zatrzymanie wadium przez zamawiającego.**

Stosownie do treści art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. A zatem, obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego na podstawie ustawy nie zachodzi w przypadku, gdy niezłożenie przez wykonawcę żądanych przez zamawiającego dokumentów było następstwem okoliczności, na które nawet przy dochowaniu należytej staranności wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu takich jak powódź. Tak więc podstawa do zatrzymania wadium zachodzi wyłącznie w przypadku zawinionego zaniechania złożenia żądanych dokumentów przez wezwanego wykonawcę.