

Dopuszczalność udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia oraz w trybie z wolnej ręki w związku z wystąpieniem powodzi

W związku z wystąpieniem na terytorium kraju powodzi oraz związanych z tym zdarzeniem różnorodnych i trudnych wyzwań, warto przypomnieć, że ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320, dalej jako: „ustawa Pzp”) przewiduje tryby udzielenia zamówienia pozwalające na szybkie i adekwatne zareagowanie na skutki tego typu zdarzeń losowych, m.in. w celu zapobieżenia, ograniczenia lub konieczności usunięcia skutków zaistniałego zdarzenia.

W powyższym kontekście należy wskazać na **tryby: negocjacji bez ogłoszenia oraz zamówienia z wolnej ręki**. Charakteryzują się one daleko idącym odformalizowaniem oraz przyśpieszeniem procedury udzielenia zamówienia publicznego w szczególnych, określonych ustawą Pzp okolicznościach, uzasadniających celowość i konieczność szybkiego wyboru wykonawcy. Należy przy tym jednak pamiętać, że powyższe tryby, będące niekonkurencyjnymi trybami udzielenia zamówienia, mogą być zastosowane tylko w przypadkach określonych w ustawie Pzp, jak również, że przesłanki warunkujące ich zastosowanie nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej.

I. NEGOCJACJE BEZ OGŁOSZENIA (art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, art. 301 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp)

Negocjacje bez ogłoszenia, o których mowa w art. 208 ust. 1 ustawy Pzp (dla postępowań o wartości równej lub przekraczającej progi unijne) i art. 301 ust. 1 ustawy Pzp (dla postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne) to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert.

W kontekście zaistnienia zdarzeń losowych o charakterze ekstremalnym, do jakich zaliczyć można powódź, należy zwrócić uwagę na przesłankę pilnej potrzeby udzielenia zamówienia niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, o której mowa w **art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp** (dla postępowań o wartości równej lub przekraczającej progi unijne) oraz w **art. 301 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp** (dla postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne).

Wskazane przepisy dotyczą sytuacji, w której występuje **pilna potrzeba** udzielenia zamówienia, w związku z przyczynami, których nie można było wcześniej przewidzieć, mianowicie:

<p>Zgodnie z art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli 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 dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.</p> <p>Dla zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia na ww. podstawie konieczne jest zatem łączne spełnienie następujących przesłanek:</p> <ul style="list-style-type: none">występuje pilna potrzeba udzielenia zamówienia,pilna potrzeba udzielenia zamówienia nie wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego,	<p>Zgodnie z art. 301 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli 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 dla trybu podstawowego.</p> <p>Dla zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia na ww. podstawie konieczne jest zatem łączne spełnienie następujących przesłanek:</p> <ul style="list-style-type: none">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,
--	--

<ul style="list-style-type: none"> • wcześniej nie można było przewidzieć konieczności udzielenia przedmiotowego zamówienia • nie można zachować terminów przewidzianych przez ustawę Pzp dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. 	<ul style="list-style-type: none"> • nie można zachować terminów określonych dla trybu podstawowego.
+ -	

Przesłanki, o których mowa w art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i art. 301 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp będą miały zatem zastosowanie do postępowań wszczynanych w przypadku nieprzewidywalnych zdarzeń powodujących potrzebę pilnego działania ze strony zamawiającego, gdy zaistniała sytuacja nie pozwalała na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem terminów przewidzianych dla wskazanych w przepisie trybów.

Pomiędzy wymienionymi powyżej warunkami 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**. Przepisy mogą mieć zastosowanie również po przejściu powodzi, jeżeli zaistnieje pilna potrzeba działania ze strony zamawiającego, w związku z okolicznościami (zdarzeniami) wywołanymi przez powódź. Dodatkowo należy podkreślić, że możliwość udzielenia zamówienia z zastosowaniem trybu negocjacji bez ogłoszenia musi wynikać z okoliczności, które nie wynikają z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Oznacza to, że powstanie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia nie może wynikać w szczególności z niestaranności lub niedbalstwa zamawiającego.

Oprócz zaistnienia wyjątkowej sytuacji niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, dla zastosowania tego trybu wymagane jest, aby sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć. Niemożność przewidzenia określonego zdarzenia zasadniczo należy rozumieć jako nikłe prawdopodobieństwo wystąpienia konkretnej sytuacji. Do tego rodzaju sytuacji zalicza się zdarzenia, których zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym możliwość przewidzenia określonych sytuacji przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. Konieczne zatem będzie wykazanie przez zamawiającego, że mimo zachowania należytej staranności nie można było obiektywnie przewidzieć wystąpienia wyjątkowej sytuacji, powodującej konieczność pilnego udzielenia zamówienia. Do kategorii okoliczności nieprzewidywalnych, niezależnych od zamawiającego zasadniczo mogą być zaliczane zjawiska przyrodnicze o charakterze losowym, jakimi są powodzie.

Dodatkowym warunkiem udzielenia zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie ww. przepisów jest obiektywna niemożność zachowania terminów przewidzianych dla trybów wymienionych w przepisie.

II. ZAMÓWIENIE Z WOLNEJ RĘKI (art. 214 ust. 1 pkt 5 i art. 305 pkt 1 ustawy Pzp ustawy Pzp)

W kontekście zaistnienia zdarzeń losowych o charakterze ekstremalnym, do jakich zaliczyć można powódź, należy zwrócić uwagę na przesłankę udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, o której mowa w **art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp** (dla postępowań o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, **art. 305 pkt 1 ustawy Pzp** dla postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne), odnoszącej się do konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia.

Trzeba podkreślić, że wskazane przepisy dotyczą sytuacji wyjątkowej, przejawiającej się wystąpieniem okoliczności powodujących konieczność **natychmiastowego wykonania zamówienia**.

Zgodnie z treścią art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą 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.

Przepis art. 305 pkt 1 ustawy Pzp, dotyczący postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne odsyła do treści art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, dlatego poniższe uwagi będą dotyczyć zarówno dla postępowań

o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, jak i do postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne.

Dla zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na ww. podstawach konieczne jest łączne spełnienie następujących przesłanek:

- wyjątkowa sytuacja,
- przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego,
- sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć,
- wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia,
- nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Pomiędzy wymienionymi powyżej warunkami powinien zachodzić związek **przyczynowo-skutkowy** oraz **związek czasowy**.

Przez **wyjątkową sytuację** należy rozumieć – zgodnie ze wskazaną wyżej zasadą ściślejszej interpretacji przesłanek zastosowania trybów niekonkurencyjnych – wyłącznie sytuacje wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego, które wymagają podjęcia natychmiastowych działań zabezpieczających lub podjęcia innych niestandardowych działań w następstwie zaistniałej sytuacji.

Wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego to przesłanka o charakterze obiektywnym, co oznacza, że okoliczności uzasadniające jej wystąpienie muszą wynikać z przyczyn niezależnych od zamawiającego, a zatem powyższe zdarzenia nie mogą być spowodowane przez działania bądź zaniechania zamawiającego w szczególności takie jak lekkomyślność, niedbalstwo lub niezachowanie należytej staranności.

Cechą charakterystyczną zamówienia udzielanego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (art. 305 pkt 1 ustawy Pzp) jest **konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia**. Na gruncie tego przepisu konsekwencją wystąpienia wyjątkowej sytuacji musi być bowiem konieczność natychmiastowego podjęcia działań niezbędnych do ograniczenia bezpośrednich skutków wystąpienia zdarzenia nieprzewidzianego, np. usunięcia bezpośredniego zagrożenia dla zdrowia lub życia ludzkiego, a więc natychmiastowego wykonania zamówienia. Określenie „natychmiast” wskazuje na maksymalny priorytet i szybkość jeszcze większą, niż w trybie pilnym (a więc jednej z przesłanek zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia, zob. pkt I). Z przesłanki określonej w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (art. 305 pkt 1 ustawy Pzp) można zatem skorzystać jedynie w sytuacjach wyjątkowych, wymagających od zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji przejawiającej się koniecznością wykonania zamówienia.

W powyższym kontekście ważne jest 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 tryb negocjacji bez ogłoszenia (art. 209 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp – dla postępowań o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, art. 301 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp – dla postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne, zob. pkt I).

W myśl art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, aby możliwe było zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, konieczność natychmiastowego wykonania musi być konsekwencją okoliczności, których wcześniej nie dało się przewidzieć. Przez **niemożność przewidzenia** określonej sytuacji bądź zdarzenia należy rozumieć również bardzo niskie prawdopodobieństwo ich wystąpienia. Ponadto, wystąpienie okoliczności, której zamawiający nie mógł przewidzieć, musi powodować konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia.

Należy również podkreślić, że udzielenie zamówienia w ww. trybie może nastąpić tylko w sytuacji, gdy zamawiający **nie ma możliwości zachowania terminów przewidzianych dla jakiegokolwiek innego trybu udzielenia zamówienia**, przewidzianego w ustawie Pzp, z uwagi na natychmiastową potrzebę realizacji zamówienia.

Jak wyjaśniono wyżej, dla zastosowania art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (poza spełnieniem innych przesłanek ustawowych) konieczne jest m.in. wystąpienie wyjątkowej sytuacji i natychmiastowej potrzeby wykonania zamówienia, przez którą należy rozumieć konieczność ochrony jakiegoś interesu, który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na realizację zamówienia. Przykładem takim może być konieczność podjęcia niezwłocznych działań w celu ochrony zdrowia i

ratowania życia ludzkiego w warunkach wystąpienia powodzi, ale również działań mających na celu zabezpieczenie przed powodzią w związku z przebiegiem tego zdarzenia, czy konieczność natychmiastowego usunięcia skutków powodzi na danym obszarze.

Należy również podkreślić, że zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki powinno służyć **wyłącznie do przeciwdziałania lub do usunięcia skutków nieprzewidywalnej sytuacji, która nie wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, w szczególności nie była przez zamawiającego zawiniona i której nie mógł on przeciwdziałać, a z powodu zaistnienia której zamawiający staje przed koniecznością natychmiastowego wykonania określonego zamówienia.**

III. PODSUMOWANIE

W sytuacji, w której w danej chwili występuje zdarzenie, takie jak 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, zasadniczo, możliwe będzie skorzystanie z dyspozycji art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy (art. 305 pkt 1 ustawy Pzp dla postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne) i realizacją zamówienia z wolnej ręki.

Jeżeli nie istnieje konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, lecz występuje sytuacja, która uzasadnia pilną potrzebę udzielenia zamówienia, wówczas zamawiający może, stosownie do treści art. 209 ust. 1 ustawy Pzp (art. 301 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp dla postępowań o wartości mniejszej niż progi unijne), zastosować tryb negocjacji bez ogłoszenia.

Wskazać jednak należy, że w sytuacji, w której mamy do czynienia z sytuacją losową i niespodziewaną (powódź), której rozmiar był trudny do przewidzenia, omawiane tryby niekonkurencyjne nie mogą być wykorzystywane do zakupu produktów, usług lub robót budowlanych, których potrzeba zamówienia nie jest pilna, ani w stosunku do których nie zachodzi konieczność natychmiastowego ich nabycia.

Należy podkreślić, że ocena, czy w danej sytuacji możliwe będzie zastosowanie wskazanych wyżej niekonkurencyjnych trybów powinna uwzględniać wszystkie okoliczności faktyczne i prawne towarzyszące zastosowaniu danego trybu, w tym m.in. czasu, którym zamawiający dysponuje na udzielenie czy też wykonanie danego zamówienia.