



WOJCIECH RACHUBKA
APLIKANT RADCOWSKI Z KANCELARII
CZUBLUN TRĘBICKI



PIOTR TRĘBICKI
SENIOR PARTNER, RADCA PRAWNY
Z KANCELARII CZUBLUN TRĘBICKI

SIŁA WYŻSZA W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA



Instytucja siły wyższej znana jest w doktrynie prawa cywilnego już od czasów prawa rzymskiego. Aby zatem lepiej zrozumieć, czym jest siła wyższa, należy spróbować odnaleźć jej obowiązującą definicję.

ZDARZENIE ZEWNĘTRZNE

Kodeks cywilny nie zdefiniował tego pojęcia, dając tym samym możliwość uczestnikom rynku na wprowadzenie w umowy definicji, które najbardziej odpowiadają ich potrzebom. Zdefiniowania instytucji siły wyższej podjęła się judykatura. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 stycznia 2002 r., sygn. akt: IV CKN 629/00 wskazał, że:

Siła wyższa musi być zdarzeniem zewnętrznym w stosunku do powołującego się na nią podmiotu. Stan określany w ten

sposób powinien istnieć obiektywnie, a więc musi być widoczny i sprawdzalny dla nieuprzedzonego obserwatora; nie może być np. wytworem wyobraźni. Odnośnie do natężenia wpływu tego zdarzenia na działanie lub zaniechanie przeważa tzw. teoria obiektywna, niedopuszczająca, aby miarodajna była wyłącznie ocena podmiotu powołującego się na siłę wyższą. Jednak stosowanie tej teorii musi odbywać się z uwzględnieniem okoliczności ocenianych indywidualnie dla danego przypadku, zatem ocena powinna być dokonywana „z zewnątrz”, ale przy uwzględnieniu konkretnej sytuacji ocenianego.

Wyrok ten wskazuje, że siła wyższa jest zjawiskiem o charakterze zewnętrznym i obiektywnym. Dodatkowo Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29 września 2017 r., sygn. akt: V CSK 642/16 nakreśla kolejną kluczową cechę siły wyższej:

Zgodnie z dominującym w orzecznictwie poglądem siłą wyższą są tylko zdarzenia zewnętrzne w stosunku do uprawnionego, a zarazem nadzwyczajne i w konsekwencji nieuchronne oraz w danym układzie stosunków niemożliwe do przewidzenia, czyli o „przemiennej” mocy oddziaływania, przed którego skutkami nie było żadnej obrony (por. np. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 13 grudnia 2007 r., sygn. akt: III CZP 100/07, OSNC 2008, nr 12, poz. 139 i przywołane tam wcześniejsze orzecznictwo; wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 16 września 2011 r., sygn. akt: IV CSK 77/11; z dnia 8 marca 2012 r., sygn. akt: V CSK 165/11).

Tym samym do testu siły wyższej dochodzi również obowiązek badania „przemiennej” danego zjawiska.

WAŻNE !

Podsumowując, za siłę wyższą w polskim systemie prawa uznać należy zjawisko zewnętrzne, którego nie można było przewidzieć oraz którego skutkiem nie można było zapobiec. Wskazane przesłanki muszą zatem być spełniane łącznie. Potwierdził to Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 13 grudnia 2007 r., sygn. akt: III CZP 100/07.

Gdy ustaliliśmy już, czym jest siła wyższa, w rozumieniu polskiego systemu prawa, przejść należy do jej wpływu na funkcjonowanie systemu zamówień publicznych.

SIŁA WYŻSZA A ZATRZYMANIE WADIUM

Bardzo interesującym przypadkiem jest czynność zamawiającego polegająca na zatrzymaniu wadium wykonawcy. Zgodnie z brzmieniem art. 46 ust. 4a ustawy Pzp:

4a. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, (...) co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Wykonawca, zgodnie z postanowieniem tego przepisu, może skutecznie uchylić się od konsekwencji w postaci zatrzymania przez zamawiającego wadium. Institucja siły wyższej stanowi przyczynę nieleżącą po stronie wykonawcy, która uniemożliwić może złożenie odpowiednich dokumentów bądź oświadczeń na wezwanie zamawiającego.

Zdanie to potwierdza Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w opinii dotyczącej udzielania zamówień w związku z wystąpieniem powodzi, wskazując:

(...) 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 zawnionego zaniechania złożenia żądanych dokumentów przez wezwanego wykonawcę.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 kwietnia 2017 r., sygn. akt: KIO 483/17 pośrednio potwierdziła pogląd Urzędu Zamówień Publicznych wskazując, że:

Należy podkreślić, iż obowiązek zamawiającego zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych nie zachodzi w przypadku, gdy niezłożenie przez wykonawcę żądanych przez zamawiającego dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych było następstwem okoliczności, na które obiektywnie rzecz ujmując, przy dochowaniu należytej staranności, wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu. Tak więc przesłanka do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Prawa zamówień publicznych zachodzi wyłącznie w przypadku zawnionego zaniechania złożenia żądanych dokumentów przez wezwanego wykonawcę.

Siła wyższa jest okolicznością, która spełnia przesłanki wskazane w ww. wyroku Izby. Uznać należy, że wykonawca w celu uchylenia się od konsekwencji w postaci zatrzymania przez zamawiającego wadium może powołać się na siłę wyższą jako okoliczność wyłączającą jego winę przy niezłożeniu na wezwanie odpowiednich dokumentów bądź oświadczeń.

SIŁA WYŻSZA – W TRYBIE NEGOCJACJI BEZ OGŁOSZENIA I WOLNEJ RĘKI

Siła wyższą może być okolicznością uzasadniająca skorzystanie z trybu negocjacji bez ogłoszenia. Art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wskazuje, że:

1. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: (...)

4) 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.

Art. 46
ust. 4a Pzp

Art. 46
ust. 4a Pzp

Art. 62 ust. 1
pkt 4 Pzp

WAŻNE !

Charakter siły wyższej, jako sytuacji zewnętrznej i „prze-możnej”, może być uzasadnieniem do ograniczenia konkurencji i skorzystania z trybu negocjacji bez ogłoszenia. Jednakże jak wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej przesłankę tę należy interpretować zawężająco.

Izba w wyroku z dnia 27 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO 88/11 wskazała, że:

(...) zamówienie w trybie negocjacji bez ogłoszenia powinno być udzielane jedynie w zakresie koniecznym do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom nieprzewidywalnego zdarzenia, wystarczającym na przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym.

Ponadto, analogicznie do trybu negocjacji bez ogłoszenia, również przy zamówieniach z wolnej ręki istnieje przesłanka do skorzystania z tego trybu, która w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp wskazuje, że:

1. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: (...)

3) 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.

Przesłankę tę uwzględniła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 stycznia 2019 r., sygn. akt: KIO 2488/18, wskazując, że:

Istotą zamówienia z wolnej ręki z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych jest nieprzewidywanie (nieplanowanie) jego udzielenia, a zamówienie samo powinno zmierzać do likwidacji skutków zdarzenia, jakie miało miejsce.

WAŻNE !

Przesłanki wymagane do skorzystania z trybu wolnej ręki na podstawie art. 67 ust 1 pkt 3 Pzp muszą być spełnione łącznie. Siła wyższa spełnia wszystkie te wymogi. Dlatego też nie ma wątpliwości, że w celu likwidacji jej skutków zamawiający są uprawnieni do skorzystania z tego trybu.

SIŁA WYŻSZA W UMOWACH W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Zakaz zmian umowy zawartej na skutek udzielenia zamówienia publicznego jest zasadą wynikającą z art. 144 ust 1. ustawy Pzp. Jednakże przepis ten dopuszcza możliwość

modyfikowania postanowień umownych w konkretnie określonych sytuacjach. Szczególnie interesującym jest art. 144 ust. 1 pkt 3, który wskazuje na możliwość dokonania modyfikacji umowy, gdy:

3) zostały spełnione łącznie następujące warunki:

- a) konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć;
- b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej.

Konieczność zmiany, o której mowa powyżej, została szerzej omówiona w pkt 109 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE.

WAŻNE !

Modyfikacja umowy na podstawie przesłanki z art. 144 ust 1 pkt 3 wymaga ustalenia, czy konieczność modyfikacji kontraktu powstała w związku z okolicznościami, których nie można było przewidzieć pomimo docho-wania przez zamawiającego należytej staranności w przygotowaniu postępowania.

W przypadku tej przesłanki nie chodzi o sytuację, w której zamawiający nie przewidział określonej okoliczności skutkującej zmianą umowy, ale o sytuację, w której nie miał obiektywnej możliwości przewidzenia takiej zmiany. KIO w swoim orzeczeniu z dnia 21 września 2018 r., sygn. akt: KIO 1761/18 wskazała, że:

Z uwagi na to, iż okoliczność braku możliwości docho-wania umownych terminów jest znana na etapie zawarcia umowy, nie można jej przypisać cech nieprzewidywalności mogącej uzasadniać dokonanie takiej zmiany na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1 (jako siła wyższa) czy art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Zmiany terminów realizacji umowy są także zmianami istotnymi, co czyni niedopuszczalnym dokonanie zmian w umowie na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 5 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Ponadto obowiązek wykonania umów zawartych w sprawie zamówienia publicznego jest zasadą. Jednakże zgodnie z brzmieniem art. 145 ust 1 ustawy Pzp, od tej zasady również istnieją wyjątki:

1. W razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub dalsze wykonywanie umowy może zagrozić istotnemu interesowi bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwu publicznemu, zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od dnia powzięcia wiadomości o tych okolicznościach.

Art. 144 ust. 1
pkt 3 Pzp

Pkt 109
preambuły
do dyrektywy
2014/24/UE

Art. 67 ust. 1
pkt 3 Pzp

Art. 145
ust. 1 Pzp

// Instytucja siły wyższej stanowi przyczynę nieleżącą po stronie wykonawcy, która uniemożliwić może złożenie odpowiednich dokumentów bądź oświadczeń na wezwanie zamawiającego.

Istotna zmiana okoliczności została uchwycona w wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 13 grudnia 2016 r., sygn. akt: I ACa 763/16:

„Istotna zmiana okoliczności” wskazana w art. 145 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) jest zdarzeniem o mniejszym stopniu intensywności niż „nadzwyczajna zmiana stosunków” wymieniona w art. 357¹ k.c., tym niemniej sformułowanie „istotna” wskazuje na zmianę znaczącą, a jednocześnie będącą następstwem zdarzeń występujących bardzo rzadko, niezwykłych, w każdym razie nieobjętą zwykłym ryzykiem kontraktowym, z którym powinni się liczyć kontrahenci. (...)

Zaistnienie istotnej zmiany okoliczności prowadzącej do stanu, w którym wykonanie nie leży w interesie publicznym nie może być przewidywalne w chwili zawarcia umowy. Świadomość zamawiającego co do istnienia okoliczności powodujących niecelowość wykonywania zamówienia, jak również świadomość nieuchronności zaistnienia takich okoliczności nie dają zamawiającemu uprawnienia do odstąpienia od umowy w trakcie jej realizacji.

Przy konieczności zmiany umowy lub odstąpienia od niej z uwagi na siłę wyższą należy dążyć do starań, aby uzasadnić, dlaczego dana okoliczność wpłynęła na wykonanie zobowiązania wynikającego z danej umowy bądź sprawiła, że jej dalsze wykonanie nie leży w interesie publicznym. Samo pojawienie się takiej okoliczności nie spełnia przesłanki, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 3 i art. 145 ust. 1.

Między siłą wyższą a wykonaniem umowy musi istnieć związek przyczynowo-skutkowy, który powinien być możliwy do udowodnienia.

Warto zawczasu przypomnieć, że uchylenie się od skutków siły wyższej nigdy nie zadziała na zasadzie automatyzmu. To, co razi obecnie – to rodzaj oczekiwania, iż każda branża po prostu może zgłosić: *nie wykonałem umowy w terminie z uwagi na COVID-19*. W rzeczywistości, także w praktyce sądowej, wykonawca będzie musiał wskazać: nie dostarczyłem sprzętu IT, bo fabryka XXX wstrzymała produkcję, albo też nie dostarczyłem go, bo choć został wyprodukowany, to transport z tym sprzętem utknął na lotnisku w YYY. Na co przedkładam dowody...: listy, e-maile, różne dokumenty prawne, np. zagraniczne specustawy czy decyzje o kwarantannie czy też blokadzie granic.

Siła wyższa jest wyjątkiem, którego – co do zasady – w prawie się nie rozszerza. Wiele branż, pomimo trudnej sytuacji działa doskonale, wręcz kwitnie. Chociażby różnego rodzaju zdalne usługi IT, sklepy internetowe. Ale tu znów medal ma dwie strony. Sklepowi internetowemu może zabraknąć pracowników czy towaru. Z racji na znane ograniczenia, np. transportowe. Wtedy znów nie może podnieść argumentu o sile wyższej jako generalnego zwolnienia z odpowiedzialności. Będzie musiał punkt po punkcie udowodnić, jaka okoliczność dotknęła akurat jego biznes, i na ile go dotknęła. Dlatego mogą nie być wystarczające np. wszelkiego rodzaju informacje na stronach internetowych czy automatyczne odpowiedzi na e-maile, w których przedsiębiorcy powołują się na siłę wyższą.

COVID-19 nie jest generalnym zwolnieniem nas od wykonywania obowiązków, nie stwarza prawa do bezczynnego „zostaję w domu”. Dotyczy to zarówno umów o pracę, jak i różnych umów handlowych. W tym tych z zakresu zamówień publicznych. Patrzymy na przesłankę siły wyższej jako rodzaj „ostatniej deski ratunku”.

CZ TR 10 lat

CZUBLUN TRĘBICKI

Kancelaria Radców Prawnych Sp. p.
ul. Solec 18 lok. U12,
00-410 Warszawa
t. (+48) 22 826 08 58
kancelaria@cztr.pl
www.cztr.pl

- Zapewniamy kompleksową obsługę prawną na rzecz wykonawców i zamawiających, na każdym etapie postępowania. Z zaangażowaniem i skutecznie reprezentujemy strony przed Krajową Izbą Odwoławczą i sądami.
- Oferujemy zarówno stałą obsługę procesów zamówień publicznych, jak również jednorazowe wsparcie w zakresie rozwiązywania konkretnych problemów w procedurach zamówieniowych. Wszystko to robimy z pasją i pomysłem.