



**ODPIS**

**WYROK**

**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 7 grudnia 2010 r.

Naczelny Sąd Administracyjny w składzie:

Przewodniczący Sędzia NSA	<b>Krystyna Anna Stec</b>
Sędzia NSA	<b>Magdalena Bosakirska</b>
Sędzia del. WSA	<b>Maria Jagielska (spr.)</b>
Protokolant	<b>Jerzy Stelmaszuk</b>

po rozpoznaniu w dniu 7 grudnia 2010 r.

na rozprawie w Izbie Gospodarczej

skargi kasacyjnej **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. w Jastrzębiu Zdroju**

od wyroku **Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie**

z dnia 12 sierpnia 2009 r. sygn. akt V SA/Wa 367/09

w sprawie ze skargi **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. w Jastrzębiu Zdroju**

na decyzję **Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych**

z dnia 5 stycznia 2009 r. nr ZD/2/09

w przedmiocie **nałożenia kary pieniężnej**

1. oddala skargę kasacyjną;
2. zasądza od **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. w Jastrzębiu Zdroju** na rzecz **Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych** kwotę 1200 (tysiąc dwieście) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.



Na oryginale właściwe podpisy  
Za zgodność z oryginałem  
*Aleksandra Pełczyńska*  
starszy inspektor sądowy

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 12 sierpnia 2009 r., sygn. akt V SAWa 367/09 Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie oddalił skargę Jastrzębskiej Spółki Węglowej SA z siedzibą w Jastrzębiu- Zdrój na decyzję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 5 stycznia 2009 r. w przedmiocie nałożenia kary pieniężnej z tytułu udzielenia zamówienia publicznego z naruszeniem prawa.

Sąd orzekał w następującym stanie faktycznym sprawy.

Pismem z dnia 12 lipca 2007r. Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. ( dalej – JSW lub Spółka), działając na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych ( Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 - dalej upzp), poinformowała Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych ( Prezes UZP ) o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na dostawę dla kopalń JSW obudowy chodnikowej giętej V29 w łącznej ilości 1090 ton z terminem realizacji 30 dni od daty zawarcia umowy. W uzasadnieniu wyjaśniono, iż zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki uzasadnia natychmiastowa potrzeba dokonania bieżących zakupów obudowy jako podstawowego materiału używanego do zabezpieczenia podziemnych wyrobisk górniczych przy braku materiału alternatywnego, którym można byłoby go zastąpić. JSW w późniejszym piśmie kierowanym do Prezesa UZP stwierdziła dodatkowo, iż brak obudowy spowodowałby opóźnienie w drażeniu wyrobisk i dostępie do nowych ścian wydobywczych, co doprowadziłoby do zmniejszenia wydobycia węgla przez kopalnie i niewywiązania się Spółki z kontraktów zawartych z odbiorcami.

W dniu 10 września 2007r. Prezes UZP wszczął kontrolę następczą przedmiotowego postępowania, w wyniku której stwierdzono, że JSW nie była uprawniona do udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 w/w ustawy.

Decyzją z dnia 25 września 2008r. Prezes UZP nałożył na Spółkę karę pieniężną w wysokości 30.000 zł. tytułem udzielenia zamówienia publicznego na dostawę dla kopalń JSW obudowy chodnikowej giętej V29 w łącznej ilości 1090 ton z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

W uzasadnieniu decyzji organ wskazał na art. 10 upzp., który zawiera zamknięty katalog trybów, w jakich mogą być udzielane zamówienia publiczne i wyjaśnił, iż istnieją dwa podstawowe rodzaje przetargów: przetarg ograniczony oraz przetarg nieograniczony. Udzielenie zamówienia w trybie szczególnym - z wolnej ręki, możliwe jest jedynie wtedy, gdy ze względu na wyjątkową sytuację nie wynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia. W ocenie Prezesa UZP zdarzeniom, które - zdaniem zamawiającej spółki - skutkowały koniecznością natychmiastowego udzielenia zamówienia, nie sposób przypisać cech wyjątkowości. Trudności z wykonaniem wcześniej zawartych umów ramowych, czy problemy z udzieleniem nowego zamówienia, spowodowane koniecznością unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, nie należą do okoliczności wyjątkowych. Przewidziana natomiast w art. 93 upzp. instytucja unieważnienia postępowania jest wpisana w procedurę udzielenia zamówienia publicznego, a zaistnienie podstaw do jej zastosowania nie powinno stanowić dla zamawiającego zaskoczenia.

Organ uznał również, iż brak jest podstaw do uznania, że wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia. Wprawdzie istniało niebezpieczeństwo wstrzymania robót przygotowawczych w kopalniach, co łączyło się ze stratami finansowymi dla JSW, jednakże były to jedynie okoliczności ekonomiczne bytu kopalni, nie były natomiast zdaniem organu, wystarczające do podzielenia stanowiska wnioskodawcy, że nie można było zaplanować z odpowiednim wyprzedzeniem zakupu obudów chodnikowych, a jedyną możliwością ich nabycia było udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Po ponownym rozpatrzeniu sprawy Prezes UZP decyzją z dnia 5 stycznia 2009r. o utrymał w mocy zaskarżoną decyzję, podtrzymując w pełni zaprezentowaną wcześniej argumentację. Powtórzył, że udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki jest rozwiązaniem wyjątkowym, możliwym do zastosowania tylko w okolicznościach wymienionych enumeratywnie w przepisach ustawy - Prawo zamówień publicznych, a sam brak wpływu zamawiającego na wystąpienie określonej sytuacji nie przesądza o tym, iż mamy do czynienia z sytuacją wyjątkową. Charakteru sytuacji wyjątkowej nie mają w szczególności trudności związane z udzieleniem zamówienia w ramach wcześniej zawartych umów ramowych. Trudności te nie zostały spowodowane wyjątkowymi

zdarzeniami o charakterze obiektywnym, lecz stanowią skutek niewywiązania się stron umowy ramowej z wcześniej zaciągniętych zobowiązań, czego skutkiem w niniejszej sprawie była konieczność unieważnienia przez Spółkę w dniu 06.03.2007r. postępowania. Organ nie znalazł podstaw do uznania, że w przypadku przedmiotowego zamówienia zaistniała wyjątkowa sytuacja, której zamawiający nie mógł przewidzieć, w której wymagane byłoby - z jakichkolwiek przyczyn - natychmiastowe wykonanie zamówienia, a jednocześnie nie było możliwe zachowanie terminów określonych dla innych, konkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, oddalając skargę uznał, że w świetle przepisu art. 132 ust.1 pkt 1 upzp. skontrolowane przez Prezesa UZP zamówienie jako udzielone w celu wykonywania działalności związanej z wydobywaniem węgla kamiennego jest zamówieniem sektorowym. Sąd I instancji zważył, iż ustawa przewidziała dwa podstawowe tryby udzielania zamówień publicznych: przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, natomiast zamówienia w innym trybie: negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej dozwolone są tylko w przypadkach określonych w ustawie (art.10 upzp). W odniesieniu do zamówień sektorowych Sąd I instancji podał, że jako podstawowe tryby udzielania zamówień publicznych, ustawa w art. 134 ust.1 wskazała przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony oraz negocjacje z ogłoszeniem, zastrzegając w ust. 6 pkt 1 (w brzmieniu obowiązującym w dacie udzielania zamówienia), że zamówienia sektorowego można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1-5.

WSA wskazał, iż Spółka, dokonując zamówienia z wolnej ręki, powołała się na przepis art. 67 ust.1 pkt 3 upzp., a w ocenie Sądu, dla skutecznego powołania się na ten przepis konieczne jest łączne spełnienie wszystkich wskazanych w przepisie przesłanek: zaistnienie wyjątkowej sytuacji, przyczyny powstania tej wyjątkowej sytuacji nie mogą leżeć po stronie zamawiającego, niemożność przewidzenia przez zamawiającego sytuacji wyjątkowej, konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia przy jednoczesnym braku możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów zamówienia. Sąd I instancji uznał, iż wymienione przesłanki nie tylko muszą zostać spełnione ale okoliczności w jakich następują muszą być

wzajemnie powiązane. Oznacza to, że sytuacja konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia musi być powiązana nie tylko przyczynowo, ale i czasowo z zaistnieniem zdarzenia, którego podmiot nie mógł przewidzieć. Z uzasadnienia zaskarżonej decyzji wynika, że jako nagłe zdarzenie, którego zamawiający nie mógł przewidzieć strona wskazała unieważnienie postępowania częściowego prowadzonego w ramach umowy ramowej, co nastąpiło dnia 6 marca 2007r. Natomiast postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia z wolnej ręki zostało wszczęte dnia 9 lipca 2007 r., a więc po upływie 4 miesięcy. Różnica czterech miesięcy pomiędzy wystąpieniem zdarzenia uzasadniającego, zdaniem strony, udzielenie zamówienia w trybie szczególnym, a udzieleniem tego zamówienia, wyklucza w ocenie WSA przyjęcie, że spełniona została przesłanka konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia.

Odnosnie do zarzutu Spółki naruszenia przez organ orzekający art. 40 ust.3 lit. d Dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. i błędną implementację tego przepisu przez ustawę Prawo zamówień publicznych Sąd I instancji zważył, iż jak wynika z brzmienia wskazanego przepisu, dla możliwości skorzystania z procedury zamówienia bez ogłoszenia wymaga się łącznego zaistnienia czterech przesłanek: 1. wystąpienia wydarzenia, którego zamawiający nie mógł przewidzieć, 2. pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, 3. dokonanie zamówienia w niezbędnym zakresie, 4. terminy innych określonych trybów nie mogą być dotrzymane. Mając na uwadze warunki jakie zostały określone cyt. przepisem dyrektywy, Wojewódzki Sąd Administracyjny uznał, iż ze względu na znaczący upływ czasu pomiędzy wystąpieniem wydarzenia, którego zamawiający nie mógł przewidzieć, a dokonaniem zamówienia z wolnej ręki, brak jest podstaw do przyjęcia, że w sprawie wystąpiła pilna potrzeba udzielenia zamówienia, a jeśli tak, to nie została spełniona również jedna z przesłanek określonych w cyt. przepisie dyrektywy.

W ocenie Sądu I instancji brak było również podstaw do utożsamiania wyjątkowej sytuacji, o której mowa w art.67 ust.1 pkt 3 ze zdarzeniem losowym. W sytuacji gdy ustawodawca uzależnia określone skutki od wystąpienia kwalifikowanej formy wyjątkowej sytuacji, czyli wystąpienia zdarzenia losowego używa wprost tego terminu, np. w art.67 ust.3 pkt 2 ustawy.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, równocześnie przypomniał, iż zamawiający, działając zgodnie z procedurą określoną w ustawie, miał podpisane

umowy ramowe z dnia 8 lutego 2006 r. z dwoma dostawcami i zgodnie z § 1 ust.3 każdej z umów miał zagwarantowaną w zamówieniach częściowych cenę jednostkową netto za jednostkę wyrobu w okresie 12 miesięcy od daty podpisania umowy, tj. do dnia 8 lutego 2007 r. Zaproszenie do negocjacji zostało przekazane kontrahentom – stronom umów ramowych - dnia 17 stycznia 2007 r., a termin składania ofert upłynął 7 lutego 2007 r. tak więc w okresie związania dostawców ceną. Obie oferty zostały odrzucone z powodu przekroczenia limitu ceny określonego w umowie ramowej. W ocenie Sądu I instancji to zdarzenie mogło być uznane w świetle przepisu art.67 ust. 1 pkt 3 upzp. za sytuację wyjątkową, niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której zamawiający nie mógł przewidzieć, a w postępowaniu nie wykazano, aby zamawiający miał podstawy do przewidywania, że obaj kontrahenci złożą oferty podlegające odrzuceniu.

Skargę kasacyjną od powyższego wyroku złożyła Jastrzębska Spółka Węglowa, wnosząc o jego uchylenie w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Wojewódzkiemu sądowi Administracyjnemu w Warszawie, względnie uchylenie zaskarżonego wyroku i uchylenie zaskarżonych decyzji Prezesa UZP oraz zasądzenie kosztów postępowania. Zaskarżonemu wyrokowi wnosząca skargę kasacyjną zarzuciła:

1. naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy a w szczególności:
  - art. 145 § 1 pkt 1 lit. c) p.p.s.a. w związku z art. 7, 77 i 107 § 1 i 3 Kpa. polegające na oddaleniu skargi mimo, iż zaskarżona decyzja została oparta na nieprawidłowo ustalonym stanie faktycznym, w szczególności w zakresie spełnienia przesłanek wyboru trybu udzielenia zamówienia,
  - art. 151 p.p.s.a., co doprowadziło z kolei do niezastosowania przepisu art.145 § 1 pkt. 1 lit a lub c tej ustawy,
2. naruszenie prawa materialnego polegające na błędnej wykładni:
  - przepisu art. 91 ust. 3 Konstytucji RP w związku z art. 67 ust. 1 pkt 3 upzp. i w zw. z art. 40 ust. 3 lit. d dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. U. E. L 134/1 z 30.04.2004 r.) poprzez błędne przyjęcie, że art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p. nie jest sprzeczny z art. 40 ust. 3

lit. d Dyrektywy 2004/17/WE (Sąd I instancji stwierdza, że nastąpiła prawidłowa implementacja) i błędne zastosowanie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 upzp.

- art. 67 ust. 1 pkt 3 upzp. w zw. z art. 200 ust. 1 pkt 1 lit. a upzp., przez błędne przyjęcie, że w przypadku zamawiającego sektorowego „sytuacja konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia musi być powiązana nie tylko przyczynowo ale i czasowo z zaistnieniem zdarzenia, którego podmiot nie mógł przewidzieć”.
  - art. 40 ust. 3 lit. d dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady poprzez przyjęcie, że „pilna potrzeba udzielenia zamówienia” musi być czasowo powiązana z zaistnieniem zdarzenia, którego zamawiający nie mógł przewidzieć;
3. naruszenie prawa materialnego polegające na błędnym zastosowaniu, w wyniku błędnej wykładni, przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 upzp. w zw. z art. 200 ust. 1 pkt 1 lit. a upzp. oraz na błędnym zastosowaniu przez niezastosowanie przepisu art. 40 ust. 3 lit. d dyrektywy sektorowej i przyjęciu, że spełnione zostały przesłanki nałożenia kary pieniężnej tj. że skarżąca Spółka udzieliła zamówienia z naruszeniem przepisów dot. stosowania trybu szczególnego;
  4. naruszeniu prawa materialnego polegające na błędnym zastosowaniu art. 14, 28 i 49 Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską oraz art. 22 Konstytucji RP w zw. z art. 3 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 200 ust. 1 pkt 1 lit. a upzp., polegające na błędnym przyjęciu, że przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą w zakresie wydobycia węgla kamiennego ma obowiązek stosować przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w sytuacji, gdy obowiązek taki narusza swobodę działalności gospodarczej i traktatową swobodę przepływu towarów i usług na wspólnym rynku.

W obszernym uzasadnieniu skargi kasacyjnej kasator wskazał, że nieprawidłowa implementacja i fakt stosowania przez organ przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 upzp. zamiast bezpośrednio przepisu dyrektywy winno skutkować uchyleniem decyzji, albowiem skarżąca nie miała szans, aby przy pomocy stosownych środków dowodowych wykazać swoje racje (zgłosić środki dowodowe) w zakresie art. 40 dyrektywy, z uwagi na fakt prowadzenia postępowania administracyjnego z punktu

widzenia art. 67 ust. 1 pkt 3 upzp.

W ocenie kasatora nie ma w przypadku zamówień sektorowych oczywistej koincydencji czasowej pomiędzy przyczyną (jedną z przyczyn), a udzieleniem zamówienia, wystarczy jedynie pilna potrzeba, której podmiot racjonalnie oceniający rzeczywistość, nie mógł przewidzieć.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wniósł o oddalenie skargi kasacyjnej oraz zasądzenie od strony skarżącej zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego wraz z kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych..

### **Naczelny Sąd Administracyjny zważył, co następuje**

Skarga kasacyjna nie zawiera usprawiedliwionych podstaw.

Przedmiotem kontroli kasacyjnej jest wyrok, którym oddalona została skarga JSW na decyzję Prezesa UZP w przedmiocie nałożenia, na podstawie art. 200 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz art. 201 ust. 2 pkt 2) upzp., kary pieniężnej za udzielenie zamówienia w trybie szczególnym z naruszeniem przepisów określających przesłanki stosowania tego zamówienia. Zasadniczym motywem uzasadnienia kontrolowanego orzeczenia jest stwierdzenie, iż od wskazywanego przez skarżącą Spółkę wyjątkowego, nie do przewidzenia zdarzenia jakim było unieważnienie postępowania cząstkowego prowadzonego w związku z umową ramową ( 6 marca 2007 r. ) do wszczęcia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia z wolnej ręki ( 9 lipca 2007 r. ) upłynęło ponad cztery miesiące, co wyklucza przyjęcie, że spełniona została przesłanka z art. 73 ust. 1 pkt 3) upzp. konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Zwłoka w uruchomieniu zamówienia w trybie szczególnym uniemożliwia również uznanie, że zachodziła pilna potrzeba udzielenia tego zamówienia, o czym mowa w art. 40 ust. 3 pkt d dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady.

Charakter postawionych w ramach obu podstaw kasacyjnych zarzutów uzasadnia ich rozpatrzenie w kolejności wynikającej z przepisu art. 174 pkt 1) i pkt 2) p.p.s.a.

Na wstępie należy stwierdzić, iż zamówienia składane w celu wykonywania działalności polegającej na poszukiwaniu, rozpoznawaniu lub wydobywaniu m.in. węgla kamiennego i brunatnego stanowią tzw. zamówienia sektorowe regulowane



ustawą o zamówieniach publicznych, w rozdziale 5 tej ustawy. Jak prawidłowo zauważył Sąd I instancji, podstawowymi trybami, w których zamawiający sektorowi mogą udzielić zamówienia jest przetarg ograniczony, przetarg nieograniczony i negocjacje z ogłoszeniem ( art. 134 pkt 1 upzp. ). Ustawa dozwala wszakże zastosowanie trybu uproszczonego - zamówienia z wolnej ręki, ograniczając tę możliwość do określonych przepisem art. 67 ust. 1 okoliczności, m.in. gdy ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie można było przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów zamówienia ( art. 67 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 134 ust. 6 pkt 1) upzp. ). Mając na uwadze cele, jakim służyć mają przepisy ustawy o zamówieniach publicznych, jak też przepisy dyrektyw 2004/17 jak i 2004/18, mowa tu o rzeczywistym otwarciu rynku i zapewnieniu na nim konkurencji również wobec oferentów prywatnych oraz równego ich traktowania, interpretacja przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki, jako odstępstwo od obowiązku stosowania przetargu musi dokonywać się według reguł ścisłych ( aktualny w tej mierze wyrok SN z dnia 6 lipca 2001r. III RN 16/01, OSNP 2001, nr 22, poz. 657 ). Przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 upzp. określający jedną z okoliczności, w których możliwe jest skorzystanie z tego trybu uproszczonego statuuje pięć warunków, które jak trafnie zauważył Sąd I instancji, muszą być spełnione łącznie, aby udzielenie zamówienia w tym trybie mogło zostać uznane za prawidłowe. Nie może budzić wątpliwości stwierdzenie WSA, że określone w art. 67 ust. 1 pkt 3 upzp. przesłanki dopuszczalności zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki muszą być ze sobą wzajemnie powiązane. Za takim rozumieniem przepisu przemawia jego konstrukcja, która zaistnienie sytuacji o konkretnych cechach ( niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego i nie do przewidzenia przez niego ) wiąże z koniecznością wykonania zamówienia natychmiast przy jednoczesnej niemożności zachowania terminów przewidzianych dla innych trybów. Dodać należy, że przez natychmiastowe udzielenie zamówienia należy rozumieć działanie od razu, bezzwłoczne, momentalne od zaistnienia rozpoznanej jako wyjątkowej i nieprzewidzianej sytuacji. Przyjęcie odmiennego stanowiska ( skarga kasacyjna pkt 2 tiret drugie ) zaprzeczyłoby istocie wskazanej w pkt 3) art. 67 ust. 1 podstawy udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki jako **jednej okoliczności**, na którą to składają się wymienione tam przesłanki. Podsumowując tę część rozważań, stwierdzić należy, iż w razie udzielenia

zamówienia ( również sektorowego ) w trybie z wolnej ręki, niezastnienie którejkolwiek z integralnie ze sobą powiązanych przesłanek określonych dla tej formy zamówienia eliminuje możliwość uznania, że zamówienie to zostało udzielone zgodnie z warunkami ustawy.

W sprawie nie jest sporne, że Prezes UPZ uznał, iż wskazywane jako przyczyna skorzystania z trybu uproszczonego, unieważnienie przez skarżącą Spółkę postępowania w ramach umów ramowych zawartych z dotychczasowymi dostawcami nie wynikało z przyczyn leżących po stronie Spółki. Z kolei WSA nie podzielił argumentacji organu co do niespełnienia innej przesłanki zastosowania przez skarżącą zamówienia z wolnej ręki, stwierdzając, że okoliczność, czy zamawiający jest w stanie przewidzieć zaistnienie wyjątkowej sytuacji należy każdorazowo badać indywidualnie, a trudno założyć, że dostawcy ramowi przekroczą dopuszczalny limit ceny określony w umowie ramowej tak, jak to miało miejsce w kontrolowanej przez Prezesa UZP sprawie. Niezależnie jednak od tego, WSA uznał iż zaskarżona decyzja nie narusza prawa, ponieważ z uwagi na uruchomienie trybu zamówienia z wolnej ręki dopiero po upływie czterech miesięcy od wskazanego jako wyjątkowa sytuacja unieważnienia postępowania zamówienie udzielone zostało z naruszeniem zachowania warunku konieczności natychmiastowego jego wykonania. Zważyć należy, że skarżąca Spółka nie kwestionuje samego faktu udzielenia zamówienia po upływie czterech miesięcy od unieważnienia postępowania, jednakże kontestuje zasadność powiązania tych faktów przez organ, a następnie przez Sąd I instancji.

Takie stanowisko kasatora, w świetle dokonanej przez Naczelną Sąd Administracyjny wykładni przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3) upzp. i niepodważonego skutecznie przez skarżącą stanu faktycznego, należy uznać za pozbawione podstaw. Autor skargi kasacyjnej, wskazując na wadliwie ustalony przez organ stan faktyczny, który spowodował błędne zastosowanie przepisu prawa materialnego, podniósł iż Prezes UZP winien był wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności, również te leżące wyłącznie po stronie skarżącego, który z powodu błędnie oszacowanych potrzeb, sam mógł być źródłem pilnej potrzeby udzielenia zamówienia wówczas jego postępowania nie można oceniać w kontekście natychmiastowego działania po wystąpieniu wyjątkowej sytuacji. Podkreślił, iż taka właśnie sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie, a Prezes UPZ nie ustalił żadnej innej okoliczności faktycznej,

przez co „nie ma pewności, czy dotarł do prawdy materialnej i rzeczywiście istniejącego stanu faktycznego”.

Po pierwsze należy stwierdzić, iż tego rodzaju argumentacja, odchodzi od znajdującej swoje potwierdzenie w aktach sprawy, podawanej przez skarżącą Spółkę przyczyny zastosowania udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, po wtóre zaś chcąc podważyć skargą kasacyjną dokonane przez organ i zaaprobowane przez WSA ustalenia stanu faktycznego nie wystarczy wskazać, iż naruszone zostały przepisy art. 145 § 1 pkt 1 lit. c p.p.s.a. w związku z art. 7, 77 i 107 § 1 i 3 Kpa, lecz równocześnie należy wskazać jakie konkretne dowody nie zostały przeprowadzone. Kontrolowana przez Sąd I instancji decyzja podjęta została po przeprowadzeniu postępowania, w którym dokonana została na podstawie art. 80 Kpa. kompleksowa ocena zebranego materiału dowodowego jako pozwalającego uznać, że skarżąca naruszyła warunki trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Tymczasem, autor skargi kasacyjnej nie wskazał tego podstawowego dla możliwości podważenia ustaleń faktycznych przepisu, co uniemożliwia Naczelnemu Sądowi Administracyjnemu związanemu granicami skargi kasacyjnej ( art. 183 § 1 p.p.s.a. ) skontrolowanie zaskarżonego wyroku w tym obszarze. Z tego względu zarzut naruszenia przez Sąd I instancji wskazanych w skardze kasacyjnej przepisów postępowania należało uznać za chybiony.

Co do zarzutów związanych z dyrektywą 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, kasator podnosząc, iż przepis art. 40 ust. 3 lit. d tej dyrektywy jako niewymagający powiązania czasowego jest bardziej liberalny, niż art. 67 ust. 1 pkt 3 upzp., za błędną uznał ocenę Sądu I instancji, iż przepis krajowy nie jest sprzeczny z przepisem dyrektywy. W konsekwencji zdaniem autora skargi kasacyjnej błędne było również zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 3 upzp., choć z uzasadnienia wynika, iż nie jest dla kasatora jasne czy WSA stosował przepis prawa krajowego czy przepis art. 40 ust. 3 pkt d dyrektywy. Te zarzuty skargi kasacyjnej, w ocenie Naczelnego Sądu Administracyjnego, nie zasługują na uwzględnienie. Przede wszystkim lektura zaskarżonego wyroku nie pozostawia wątpliwości, że Sąd I instancji oceniał zaskarżoną decyzję pod względem zastosowanego przez organ przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 upzp., nie znajdując takiego naruszenia prawa materialnego, które miało wpływ na wynik sprawy ( art. 145 § 1 pkt 1 lit. a p.p.s.a. ). Ponadto nie można Sądowi I instancji postawić zarzutu, że nie rozważył podnoszonego w skardze zarzutu naruszenia przez organ art. 40 ust. 3 lit. d

dyrektywy 2004/17/WE i zarzutu błędnej implementacji przepisu tej dyrektywy, bowiem to właśnie jednoznacznie wyrażona ocena Sądu, który nie dopatrył się wskazywanej wadliwości w zakresie niezbędnym dla rozstrzygnięcia sprawy, posłużyła za podstawę zgłoszonych w skardze kasacyjnej bezzasadnych wątpliwości jaki przepis stosował WSA, kontrolując zaskarżone rozstrzygnięcie. Zarzut niestosowania korzystniejszego, w ocenie kasatora, bezpośredniego przepisu dyrektywy należy rozpatrywać w kontekście bezpośredniej skuteczności dyrektyw. Mimo, że TWE ( Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską ) w art. 249 przypisuje tę cechę wyłącznie rozporządzeniom, na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, należy przyjmować, że normy dyrektyw mogą być, w zależności od konkretnego przypadku, bezpośrednio skuteczne ( orzeczenie ETS w sprawie 41/74 Van Duyn v. Home Office, Rec. 1974, s. 1337 ).

Możliwość powoływania się jednostek na treść dyrektyw przed sądami krajowymi związana jest z obowiązkiem państwa członkowskiego wdrożenia dyrektywy oraz prawem sądów krajowych do przedkładania Trybunałowi pytań prejudycjalnych dotyczących ważności i interpretacji aktów wspólnotowych i dokonywania wykładni przepisów prawa krajowego przy uwzględnieniu przepisów wspólnotowych. Należy jednak stwierdzić, iż zaskarżony wyrok nie jest obciążony wadą dokonania sprzecznej wykładni przepisu prawa krajowego nieuwzględniającej norm wskazanych dyrektyw, a Sąd I Instancji dokonał jedynie prawidłowej oceny co do braku sprzeczności powoływanego przez kasatora przepisu dyrektywy z przepisem prawa krajowego. Podkreślić należy, iż tak jak art. 67 ust. 1 pkt 3 upzp. wymaga natychmiastowego wykonania zamówienia ze względu na zaistniałą szczególną/wyjatkową, nieprzewidzianą i niezawinioną przez zamawiającego sytuację, tak również art. 40 ust. 3 lit. d dyrektywy stanowi o pilnej potrzebie związanej z wydarzeniem, którego zamawiający nie mógł przewidzieć. W jednym i drugim przypadku zatem normodawca, stwarzając możliwość zastosowania procedur uproszczonych udzielenia zamówienia, odnosi je do stanu, w którym zamówienie jest pilne ( dyrektywa ) lub natychmiastowe ( ustawa pzp. ), a w obu przypadkach stan ten związany jest z określonym nieprzewidzianym przez zamawiającego wydarzeniem. Różnice redakcyjne między omawianymi przepisami nie mogą uzasadnić twierdzenia o istotnej pomiędzy nimi różnicy, skutkującej uzasadnionymi wątpliwościami co do prawidłowości implementacji dyrektywy w tej części do krajowego porządku prawnego.

Wreszcie za całkowicie chybiony należało uznać zarzut ujęty w pkt 4 skargi kasacyjnej sprowadzający się do braku zgody kasatora na obowiązek stosowania przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność gospodarczą w zakresie wydobycia węgla kamiennego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które zdaniem kasatora narusza swobodę działalności gospodarczej i traktatową swobodę przepływu towarów i usług na wspólnym rynku. Takim zarzutem autor skargi kasacyjnej kwestionuje dotyczący sfery zamówień publicznych, a uregulowany aktem rangi ustawowej porządek prawny, którego zobowiązani przestrzegać są adresaci tych norm, a przede wszystkim, który muszą respektować organy administracji publicznej stosujące prawo. Z tych względów nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja, że obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych ogranicza konstytucyjną zasadę swobody działalności gospodarczej, tym bardziej cele krytykowanej przez kasatora ustawy mają m.in. tej zasadzie służyć przez ochronę prowadzących działalność gospodarczą wszystkich oferentów i stworzenie im warunków do konkurencji na rynku zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze na podstawie art. 184 p.p.s.a. orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono na zasadzie art. 204 pkt 1 p.p.s.a. oraz § 14 ust. 2 pkt 2) lit. c rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu ( Dz. U. Nr 163, poz. 1349 ze zm. ),



Na oryginalne właściwe podpisy  
Za zgodność z oryginałem

Aleksandra Pelczyńska  
starszy inspektor sądowy