



WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 stycznia 2012 r.

Naczelny Sąd Administracyjny w składzie:

Przewodniczący Sędzia NSA	Krystyna Anna Stec
Sędzia NSA	Gabriela Jyż (spr.)
Sędzia del. WSA	Piotr Pietrasz
Protokolant	Karolina Mamcarz

po rozpoznaniu w dniu 11 stycznia 2012 r.

na rozprawie w Izbie Gospodarczej

skargi kasacyjnej Centralnej Pompowni BOLKO Spółki z o.o. w Bytomiu

od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie

z dnia 29 lipca 2010 r., sygn. akt V SA/Wa 875/10

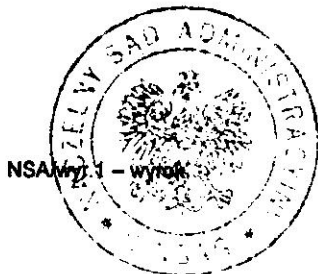
w sprawie ze skargi Centralnej Pompowni BOLKO Spółki z o.o. w Bytomiu

na decyzję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

z dnia 11 lutego 2010 r., nr KP/3/10

w przedmiocie kary pieniężnej z tytułu udzielenia zamówienia publicznego z naruszeniem prawa

1. oddala skargę kasacyjną;
2. zasądza od Centralnej Pompowni BOLKO Spółki z o.o. w Bytomiu na rzecz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych 1800 (tysiąc osiemset) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.



Na oryginalną wyrokowe podpisy
Aleksandra Pełczyńska
starszy inspektor sądowy

UZASADNIENIE

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wyrokiem z 29 lipca 2010 r., sygn. akt V SAWa 875/10, oddalił skargę Centralnej Pompowni "Bolko" Sp. z o.o. w Bytomiu (dalej. skarżąca Spółka) na decyzję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 11 lutego 2010 r., utrzymującą w mocy własną decyzję z 11 grudnia 2009 r., o nałożeniu na skarżącą kary pieniężnej z uwagi na udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów dotyczących udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Sąd orzekł w następującym stanie faktycznym i prawnym:

Pismem z 28 sierpnia 2008 r., Centralna Pompownia "Bolko" Sp. z o.o. zawiadomiła Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania dotyczącego udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki. Zamówienie dotyczyło prowadzenia prac odwadniających w wyrobiskach po nieczynnych kopalniach rud cynku i ołowiu w rejonie tzw. Niecki bytomskiej urządzeniami Centralnej Pompowni "Bolko" wraz z oczyszczaniem i zrzutem wód. W piśmie wskazano, iż wybór trybu udzielenia zamówienia uzasadnia fakt, że usługi będące przedmiotem zamówienia z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę, tj. Pumech-Orzeł Sp. z o.o. Powyższą okoliczność potwierdza treść decyzji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 23 grudnia 2005 r. w sprawie wyrażenia zgody na zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, na podstawie której wskazanemu wykonawcy udzielono zamówienia publicznego (7 czerwca 2006 r.) na prowadzenie prac odwadniających w wyrobiskach po nieczynnych kopalniach rud cynku i ołowiu w rejonie tzw. Niecki bytomskiej urządzeniami Centralnej Pompowni "Bolko" wraz z oczyszczaniem i zrzutem wód. Spółka wyjaśniła, że łącząca strony umowa wygasa z dniem 31 grudnia 2008 r., a zatem koniecznym jest udzielenie zamówienia w tym samym zakresie, celem zapewnienia ciągłości działania. Do pisma załączono m.in. pismo Ministerstwa Gospodarki z 15 grudnia 2005 r., z którego wynika, że Ministerstwu nie były znane inne niż wskazane przez zamawiającego firmy (tj. PUM Pumech-Orzeł Sp. z o.o. oraz P.W. (iwarek), które byłyby zdolne do zrealizowania zamówienia.

Pismem z 31 października 2008 r. Urząd Zamówień Publicznych zwrócił się do Ministerstwa Gospodarki o udzielenie informacji, czy oprócz wymienionego w

zawiadomieniu wykonawcy, tj. firmy Pumech-Orzeł Sp. z o.o., funkcjonują na rynku podmioty będące w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie. W odpowiedzi Ministerstwo Gospodarki wskazało, że w 2005 r. Pumech-Orzeł Sp. z o.o. była jedynym podmiotem zdolnym do zrealizowania ww. zamówienia, lecz obecnie istnieje kilkanaście firm, które mogą świadczyć przedmiotową usługę.

Wobec powyższego Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wszczął kontrolę w zakresie legalności wyboru przez zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655 ze zm., dalej: Prawo zamówień publicznych).

W piśmie z 19 listopada 2008 r. skarżąca odnosząc się do treści informacji udzielonej przez Ministerstwo Gospodarki podkreśliła, że Spółka Pumech - Orzeł jest jedynym podmiotem zdolnym do zrealizowania zamówienia, bowiem żadna z pozostałych firm nie ma w swojej ofercie usługi polegającej na prowadzeniu prac odwadniających wyrobisk po nieczynnych kopalniach rud cynku i ołowiu wraz z oczyszczaniem i zrzutem wód.

W kolejnym skierowanym do Urzędu Zamówień Publicznych piśmie, Spółka podniosła, że przed wszczęciem postępowania dotyczącego udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, została dokonana analiza, z której wynika, że jedynie firma Pumech-Orzeł Sp. z o.o. jest zdolna do wykonania zamówienia.

W wyniku przeprowadzonej kontroli Prezes Urzędu stwierdził, iż Centralna Pompownia "Bolko" Spółka z o.o. udzieliła przedmiotowego zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy, gdyż mimo braku okoliczności determinujących wybór wykonawcy zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych, zastosowała ów przepis do przeprowadzenia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki.

W piśmie zawierającym zastrzeżenia do wyniku kontroli skarżąca podtrzymując dotychczasowe stanowisko w sprawie dodatkowo wskazała, że jak wynika z PKD zawartej w Krajowym Rejestrze Sądowym żadna ze wskazanych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych firm (jako zdolnych do realizacji zamówienia) nie prowadzi działalności polegającej na odwadnianiu kopalń i wypompowywaniu wód kopalnianych w zakresie górnictwa rud cynkowo-ołowiowych. Niektóre spośród tych firm prowadzą działalność zbliżoną, jednak w zakresie dotyczącym kopalń węgla kamiennego, podczas gdy proces odwadniania w kopalni rudy cynkowo-ołowiowej

obsługiwanej przez skarżącą jest specyficzny, wymaga bowiem wypompowywania wody w ilości wielokrotnie przewyższającej wartości osiągane w jakiegokolwiek kopalni węgla kamiennego.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie uwzględnił zastrzeżeń dotyczących wyniku kontroli. Podkreślił, iż odmienne stanowiska prezentowane przez Spółkę oraz Ministerstwo Gospodarki w przedmiotowym zakresie wskazują na wątpliwości, co do istnienia wyłącznie jednego podmiotu, któremu można powierzyć wykonanie zamówienia. Skoro zaś pojawia się wątpliwość, to należy przeprowadzić postępowanie w trybie konkurencyjnym, gdyż jest ono najlepszym sposobem weryfikacji rynku. Ponadto zamawiający analizując wystąpienie okoliczności określonej w art. 67 ust 1 pkt 1 lit. a ww. ustawy winien wziąć pod uwagę nie tylko rynek polski, ale również rynek wszystkich państw członkowskich GPA. W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń zgłoszonych przez skarżącą Spółkę przekazano je do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 12 marca 2009 r. wskazała, iż zastrzeżenia dotyczące wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie, bowiem zainteresowana nie wykazała w sposób dostateczny, iż zaistniały okoliczności determinujące wybór wykonawcy zamówienia w trybie z wolnej ręki. Z uwagi na brak pewności odnośnie monopolu technicznego wskazywanego wykonawcy, istnieje potrzeba weryfikacji rynku ; poprzez przeprowadzenie postępowania konkurencyjnego.

2 września 2009 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wszczął postępowanie administracyjne w sprawie nałożenia na Centralną Pompownię "Bolko" Sp. z o.o. w Bytomiu kary pieniężnej z tytułu udzielenia zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki stosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

W piśmie z 11 września 2009 r., zawierającym stanowisko skarżącej w postępowaniu w sprawie nałożenia na nią kary pieniężnej Spółka wniosła o umorzenie postępowania na podstawie art. 105 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2000 r., nr 98, poz. 1071 z późn. zm., dalej. k.p.a.) – jako bezprzedmiotowego. Wskazano, że skarżąca Spółka nie jest jednostką sektora finansów publicznych oraz nie wypełnia też przesłanek, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 prawo zamówień publicznych, tym samym nie podlega przepisom o karze pieniężnej. Wobec powyższego postępowanie w przedmiocie

nałożenia kary powinno zostać umorzone jako bezprzedmiotowe. Ponadto strona wskazała, że na zasadzie porozumienia rozwiązała umowę zawartą z firmą Pumech-Orzeł Sp. z o.o. (umowa z 29 października 2008 r.) i przeprowadziła nowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w tożsamym przedmiocie w trybie przetargu ograniczonego. Jediną firmą, która odpowiedziała na ogłoszenie o zamówieniu była firma Pumech-Orzeł Sp. z o.o. Z firmą tą zawarto umowę 5 maja 2009 r. Spółka podkreśliła, iż w związku z powyższym nie budzi wątpliwości, że prawidłowa była zarówno przeprowadzona przez nią analiza rynku jak i dokonany przez Spółkę wybór trybu udzielenia zamówienia.

Decyzją z 11 grudnia 2009 r., Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nałożył na Centralną Pompownię "Bolko" Sp. z o.o. w Bytomiu karę pieniężną w wysokości 30.000 zł tytułem udzielenia zamówienia publicznego na "prowadzenie prac odwadniających w wyrobiskach po nieczynnych kopalniach rud cynku i ołowiu w rejonie tzw. Niecki bytomskiej urządzeniami Centralnej Pompowni "Bolko" wraz z oczyszczaniem i zrzutem wód" z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych określających przesłanki stosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, oraz ustalił, iż termin płatności nałożonej kary pieniężnej wynosi 14 dni od dnia doręczenia ukaranemu decyzji.

W uzasadnieniu decyzji wskazano, iż zainteresowana jest podmiotem prawa publicznego, tj. zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 cytowanej ustawy, który udzielając zamówień na dostawy, usługi lub roboty budowlane zobowiązany jest do stosowania przepisów tej ustawy. Poniesiono przy tym, że argument strony, iż nie należy ona do jednostek sektora finansów publicznych, nie ma znaczenia dla ustalenia obowiązku stosowania przez Spółkę procedur zamówień publicznych. Dalej podkreślono, że udzielenie zamówienia z wolnej ręki uzależnione jest od obiektywnego istnienia na rynku w danym miejscu i czasie faktycznie wyłącznie jednego wykonawcy, który jest w stanie wykonać określone zamówienie. Brak możliwości zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy ma miejsce już wówczas, gdy z okoliczności faktycznych wynika choćby wątpliwość, czy rynek wykonawców zajmujących się realizacją przedmiotu zamówienia obejmuje rzeczywiście tylko jednego wykonawcę.

Wyjaśniono również, iż wynik postępowania konkurencyjnego przeprowadzonego przez skarżącą Spółkę po upływie siedmiu miesięcy od dokonania niepełnej analizy rynku nie może prowadzić do uznania, że w chwili

udzielania zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, wskazywany przez stronę wykonawca był jedynym, któremu można było wówczas udzielić zamówienia.

23 grudnia 2009 r. Spółka złożyła wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy. W uzasadnieniu wniosku wskazano, iż strona przed udzieleniem zamówienia w trybie z wolnej ręki dokonała analizy 21 podmiotów, która wykazała, że jedynym podmiotem, który w okresie udzielenia zamówienia mógł zrealizować zamówienie była firma Pumech - Orzeł Sp. z o.o. Dalej zaznaczono, że Urząd Zamówień Publicznych ocenił jako prawidłowe działanie Spółki w przedmiocie udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w wyniku przeprowadzonej analizy, o czym świadczy treść notatki z dnia 11 września 2008 r. Ponadto Prezes Urzędu Zamówień Publicznych pismem z dnia 26 lutego 2009 r., potwierdził, że analiza dokonana przez stronę przeprowadzona została z zachowaniem należytej staranności. Strona wskazała także, że zastosowała się do wyników przeprowadzonej kontroli, rozwiązując dotychczasową umowę z Pumech - Orzeł Sp. z o.o. oraz przeprowadzając postępowanie przetargowe na udzielenie przedmiotowego zamówienia. Do przetargu zgłosił się wyłącznie jeden podmiot - firma Pumech - Orzeł Sp. z o.o., co potwierdziło trafność przeprowadzonej analizy rynku. Strona podniosła również, że nałożenie kary pieniężnej, o której mowa w art. 168 pkt 2 cyt. ustawy nie jest obligatoryjne, bowiem ustawodawca wyraźnie wskazuje, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może nałożyć karę, natomiast nie jest do tego zobligowany.

Decyzją z dnia 11 lutego 2010 r., Prezes Urzędu Zamówień Publicznych utrzymał w mocy decyzję własną z dnia 11 grudnia 2009 r.

W pierwszej kolejności organ powtórzył stanowisko zawarte w decyzji z 11 grudnia 2009 r. dotyczące statusu skarżącej wskazując, iż jest ona podmiotem prawa publicznego, tj. zamawiającym. Następnie zaznaczono, że jako zamawiający, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 cytowanej ustawy Spółka udzielając zamówień na dostawę, usługi lub roboty budowlane zobowiązana jest do stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych. Dalej zwrócono uwagę, że zgodnie z treścią art. 10 ust. 1 ww. ustawy podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Zastosowanie trybu udzielenia zamówienia publicznego innego niż tryb przetargowy, np. zamówienie z wolnej ręki, jest możliwe wyłącznie w wyjątkowych okolicznościach. Organ podniósł, iż skarżąca Spółka uzasadniając zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki wskazała na art.

67 ust. 1 pkt 1 lit. a cyt. ustawy, który stanowi, iż zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Po dokonaniu szczegółowej analizy treści ww. przepisu Prezes Urzędu podkreślił, iż Spółka nie wykazała, iż w chwili udzielania zamówienia zrealizować je mógł wyłącznie jeden wykonawca. Przede wszystkim – jak wynika z opinii Krajowej Izby Odwoławczej – przeprowadzona przez zainteresowaną analiza działalności 21 przedsiębiorców, z której to w ocenie skarżącej Spółki wynikało, iż tylko jeden z tych przedsiębiorców prowadzi działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, nie została dokonana w sposób wszechstronny. Przede wszystkim analiza nie obejmowała rynku wszystkich państw członkowskich GPA, a ponadto nie wiadomo według jakich kryteriów ustalono krąg podmiotów, których przedmioty działalności poddano analizie.

Następnie Prezes Urzędu odniósł się do wyjaśnień strony skarżącej, z których wynika, iż rozwiązała umowę zawartą w trybie zamówienia z wolnej ręki (umowa z 29 października 2008 r.), a następnie przeprowadziła postępowanie przetargowe na udzielenie przedmiotowego zamówienia. Okoliczność, iż do przeprowadzonego przetargu przystąpił wyłącznie Pumech - Orzeł Sp. z o.o., zdaniem Spółki potwierdza trafność przeprowadzonej analizy rynku. Organ wyjaśnił natomiast, iż krąg podmiotów zdolnych do realizacji zamówienia nie musi być tożsamy z kręgiem podmiotów zainteresowanych jego uzyskaniem, gdyż wykonawców zainteresowanych w danym momencie kontraktem publicznym może być mniej niż tych, którzy są w stanie taki kontrakt wykonać. Fakt przystąpienia do postępowania przez jednego tylko wykonawcę nie dowodzi natomiast, że nie istniały wówczas podmioty zdolne do realizacji przedmiotu zamówienia. Ponadto od chwili przeprowadzenia analizy do dnia udzielenia zamówienia w wyniku przetargu ograniczonego upłynęło blisko 7 miesięcy. Tym samym przedsiębiorca, który byłby skłonny (sam lub wspólnie z innym) ubiegać się o zamówienie w czasie gdy wszczynano postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki, nie musiał już być zainteresowany w udziale w przetargu ograniczonym organizowanym po upływie kilku miesięcy.

Podsumowując, Prezes Urzędu stwierdził, iż skarżąca Spółka nie wykazała spełnienia przesłanek uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Wobec powyższego nie można zgodzić się z twierdzeniem Spółki, iż

postępowanie w sprawie nałożenia kary pieniężnej tytułem udzielenia zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych jest postępowaniem bezprzedmiotowym. Uzasadniając nałożenie kary pieniężnej Prezes Urzędu wyjaśnił, iż z uwagi na fakt, że strona nie należy do jednostek sektora finansów publicznych niecelowe byłoby zawiadomienie rzecznika dyscypliny finansów publicznych o naruszeniu dyscypliny finansów lub wystąpienie z wnioskiem o ukaranie za naruszenie dyscypliny finansów publicznych do właściwej komisji orzekającej, tj. zastosowanie sankcji przewidzianej w pkt 1 ww. artykułu. Podobnie należałoby ocenić wystąpienie do Sądu o stwierdzenie nieważności umowy zawartej w trybie zamówienia z wolnej ręki, ponieważ umowa ta została już wykonana. Wobec powyższego spośród wymienionych w art. 168 cyt. ustawy działań jakie wobec stwierdzonego naruszenia może podjąć Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, adekwatna w okolicznościach sprawy może być wyłącznie kara pieniężna

W skardze wniesionej do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego Centralna Pompownia "Bolko" Sp. z o.o. w Bytomiu zwróciła się o uchylenie decyzji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 11 lutego 2010 r., oraz poprzedzającej ją decyzji z dnia 11 grudnia 2009 r.

W odpowiedzi na skargę organ wniósł o jej oddalenie podtrzymując stanowisko wyrażone w zaskarżonej decyzji.

Wojewódzki Sąd Administracyjny stwierdził, iż argumenty przedstawione w skardze należało uznać bezzasadne. W pierwszej kolejności podkreślono, iż skarżąca Spółka jako tzw. podmiot prawa publicznego opisany w art. 3 ust. 1 pkt 3 prawa zamówień publicznych (tzn. inne, niż należące do sektora finansów publicznych osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot: finansują je w ponad 50% lub posiadają ponad połowę udziałów lub akcji, lub sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego) jest podmiotem zobowiązanym do stosowania przepisów ustawy i podlegającym jej reżimowi.

Na wstępie WSA przypomniał, że podstawowym trybem udzielania zamówienia publicznego jest przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, a

udzielenie zamówienia z wolnej ręki dopuszczalne jest wyłącznie w przypadku określonym w ustawie (art. 10 Prawo zamówień publicznych). Dalej wskazał, iż skorzystanie z trybu wskazanego w art. 67 § 1 pkt Prawa zamówień publicznych uzależnione jest od tego, czy "dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę, z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze". Istnienie przyczyn technicznych w szerszym sensie, a na taki przypadek powoływała się skarżąca Spółka, musi mieć przede wszystkim "charakter obiektywny", a nie wynikać wyłącznie z przekonania zamawiającego zgodnie, z którym istnienie tylko jednego dostawcy lub wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste. Powinno to wynikać z niebudzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania strony zamawiającej.

Następnie Sąd I instancji wskazał, iż skarżąca Spółka powoływała się na przeprowadzoną przed udzieleniem zamówienia publicznego z wolnej ręki analizę rynku, w trakcie której zweryfikowano 21 podmiotów potencjalnie zdolnych do realizacji zamówienia oraz opinię prof. Janusza Girczysa, z których, jej zdaniem wynikało, iż tylko firma Pumech – Orzeł Sp. z o.o., jako wyspecjalizowana w procesie przeprowadzania prac odwadniających po nieczynnych kopalniach porudnych jest jedyną firmą, zdolną do wykonania tych prac w okresie udzielania zamówienia. Twierdzenie to było kwestionowane przez organ. Sąd I instancji zgodził się z Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych, iż analiza rynku, na którą powołuje się skarżąca nie została dokonana w sposób wszechstronny, nie można jej uznać za kompletną i wystarczającą do oceny, że zachodzi przesłanka udzielenia zamówienia z wolnej ręki. W szczególności nie wskazano według jakich (czy obiektywnych) kryteriów ustalono krąg podmiotów funkcjonujących na rynku polskim, których działalność poddawano analizie, nie wskazano też zupełnie kim byli - bliżej nieokreśleni w protokole z analizy rynku - pracownicy "aktualnie funkcjonujących na rynku firm" i czy chociaż mieli uprawnienia do reprezentowania danego podmiotu. Istotne jest również, na co zwróciła uwagę w uchwale z 12 marca 2009 r., Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, iż strona nie wzięta ponadto pod uwagę, że w świetle art. 23 ust. 1 Prawa zamówień publicznych jest dopuszczalne aby wykonawcy, którzy nie są w stanie sami zrealizować przedmiotu zamówienia, mogli wspólnie ubiegać się o udzielenie im zamówienia łącząc swoje potencjały ekonomiczne, finansowe, kadrowe i techniczne, a także powoływać się na nabyte odrębnie doświadczenie. Kolejny poważny argument, który Sąd I instancji

uznał to ograniczenie analizy do rynku polskiego z całkowitym pominięciem rynku państw członkowskich GPA. WSA nie podzielił w tym zakresie zarzutu skargi, iż wymaganie przez organ dla wykazania spełnienia przesłanki z art. 67 § 1 pkt 1 a, weryfikacji rynku państw GPA należy uznać za całkowicie chybione. Jeśli zaś chodzi o opinię prof. Janusza Girczysa, złożoną przez stronę w postępowaniu administracyjnym, to w ocenie Sądu I instancji organ ustosunkował się do tej kwestii w sposób pośredni odwołując się w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji do związania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z stanowiskiem Krajowej Izby Gospodarczej z 12 marca 2009 r. Nie były natomiast kwestionowane przez organ, wynikające z przedmiotowej opinii twierdzenia co do okoliczności związanych ze złożonością przedmiotu zamówienia.

Zdaniem WSA prawidłowo także oceniono w postępowaniu administracyjnym argument strony, iż za istnieniem jedyne go wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia ze względów technicznych przemawia fakt zgłoszenia się do przetargu organizowanego przez skarżącą ok. 7 miesięcy po dokonanej analizie rynku tylko jednej firmy Pumech – Orzeł. Jak wyjaśnił organ i WSA te argumenty podzielił, obowiązek udzielania zamówień publicznych z zachowaniem zasad wolnej konkurencji nie skutkuje wzajemnym obowiązkiem wykonawców uczestniczenia w ogłaszanych przetargach, krąg podmiotów zdolnych do realizacji zamówienia (a o takie podmioty chodzi w art. 67 ust.1 pkt 1 lit. a Prawa zamówień publicznych) w żadnym wypadku nie jest jednoznaczny z kręgiem podmiotów zainteresowanych jego uzyskaniem, wykonawców zainteresowanych w danym momencie kontraktem publicznym może być bowiem mniej niż tych, którzy są w stanie taki kontrakt wykonać. Ponadto zaistnienie ww. przesłanki odstąpienia od trybu przetargu musi występować w chwili udzielania zamówienia, a nie w okresie wcześniejszy czy późniejszym. Z tej ostatniej przyczyny nie można też przyjąć kolejnego argumentu strony o dysponowaniu opinią Ministerstwa Gospodarki z 2005 r., w której stwierdzono, że firma Pumech – Orzeł Sp. zo.o. jest jedyne m podmiotem, który jest w stanie wykonać zamówienie. Z wyżej przedstawionych względów, a także mając na uwadze prymat trybów konkurencyjnych przy udzielaniu zamówień publicznych oraz, iż to, że na zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, że odstąpienie od trybu przetargu było uzasadnione, WSA uznał za prawidłowe stanowisko organu że zamawiający nie wykazał, iż w chwili udzielania zamówienia na prowadzenie prac

odwadniających w rejonie niecki bytomskiej zrealizować mógł je wyłącznie jeden wykonawca.

Ponadto zdaniem WSA organ działając w ramach uznania administracyjnego właściwie uargumentował swoje stanowisko co do nałożenia kary, uprzednio wszechstronnie analizując wszelkie mogące mieć wpływ na rozstrzygnięcie okoliczności sprawy i nie znajduje uzasadnienia zarzucane przez skarżącą naruszenie prawa materialnego w tym zakresie (art. 200 ust. 1 pkt 1 lit. a w zw. z art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit a Prawa zamówień publicznych). Jednocześnie nie zasługuje na uwzględnienie podniesiony w skardze zarzut naruszenia przepisów prawa procesowego (art. 7, 8, 77 § 1 i 107 § 1 i 3 k.p.a.), poprzez nieustosunkowanie się przez organ do zarzutów podnoszonych przez skarżącą we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy. Organ wnikliwie odniósł się do wszelkich twierdzeń i zarzutów strony podnoszonych we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, nie dzieląc jej poglądów, co jednak, jak wyżej wskazano, nie stanowiło naruszenia prawa materialnego regulującego sporne kwestie.

Skargę kasacyjną od powyższego wyroku wniósł pełnomocnik Spółki "Bolko" zaskarżając to orzeczenie w całości oraz wnosząc o przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, a także o zasądzenie kosztów postępowania wraz z kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Zaskarżonemu wyrokowi na podstawie art. 174 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. z 2002 r. Nr 153, poz. 1270 ze zm.; dalej p.p.s.a.) zarzucił naruszeniem przepisów postępowania mających istotny wpływ na wynik sprawy

1) art. 151 i 145 § 1 pkt 1 lit. c p.p.s.a. w zw. z art. 3 § 2 pkt 1 p.p.s.a., w zw. z art. 1 § 1 i § 2 ustawy z dnia 25 lipca 2002 r. Prawo o ustroju sądów administracyjnych. (Dz. U. Nr 153, poz. 1269 ze zm., dalej: p.u.s.a.) w zw. z art. 7, 8, 77 § 1, i 107 § 3 k.p.a. polegające na niedostrzeżeniu przez WSA naruszenia przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych powołanych przepisów k.p.a., skutkujące oddaleniem skargi w sytuacji, gdy obowiązkiem Sądu dokonującym kontroli legalności działania organu administracji publicznej było uchylenie zaskarżonej decyzji z uwagi na następujące uchybienia, których dopuścił się organ:

- niedostateczne wyjaśnienie okoliczności sprawy i nie rozpatrzenie przez organ całego materiału dowodowego, w szczególności załączonej przez skarżącego w postępowaniu administracyjnym opinii prof. Janusza Girczysa oraz zupełne

pominięcie przez organ podnoszonego przez skarżącą faktu, że wszyscy wymienieni w piśmie Ministerstwa Finansów z dnia 5 listopada 2008 r. potencjalni wykonawcy, funkcjonowali na rynku w dniu 15 grudnia 2005 r., czyli w dacie wydania opinii przez Departament Polityki Przemysłowej Ministerstwa Gospodarki z dnia 15 grudnia 2005 r., w której stwierdzono, że Pumech-Orzeł Sp. z o.o. jest jedynym podmiotem zdolnym do realizacji zamówienia, co wyklucza możliwość realizacji zamówienia przez te podmioty w roku 2008 (7, 8, 77, § 1, oraz 107 § 3 k.p.a.),

- nie ustosunkowanie się organu do wszystkich twierdzeń i argumentów podnoszonych przez skarżącą w toku toczącego się postępowania administracyjnego, (art. 8, 11 i 107 § 3 k.p.a.)

2) naruszeniem przepisów prawa materialnego tj. art. 200 ust. 1 pkt. 1 lit. a w zw. z art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a Prawa zamówień publicznych poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że nie zaistniała przesłanka do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, co w konsekwencji doprowadziło do nałożenia na skarżącą kary pieniężnej.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie skorzystał z prawa do wniesienia odpowiedzi na skargę kasacyjną.

Naczelny Sąd Administracyjny zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ pozbawiona jest usprawiedliwionych podstaw.

Zgodnie z art. 183 § 1 p.p.s.a. Naczelny Sąd Administracyjny rozpoznaje sprawę w granicach skargi kasacyjnej, biorąc z urzędu pod rozwagę jedynie nieważność postępowania. Oznacza to związanie NSA zarzutami i wnioskami skargi kasacyjnej, które mogą dotyczyć wyłącznie ocenianego wyroku Sądu I instancji, a nie postępowania administracyjnego i wydanych w nim rozstrzygnięć.

Natomiast stosownie do treści art. 176 p.p.s.a. skarga kasacyjna powinna czynić zadość wymaganiom określonym dla pisma w postępowaniu sądowym oraz zawierać oznaczenie zaskarżonego orzeczenia ze wskazaniem, czy jest ono zaskarżone w całości czy w części, przytoczenie podstaw kasacyjnych i ich uzasadnienie, wnioski o uchylenie lub zmianę orzeczenia z oznaczeniem zakresu żądanego uchylenia lub zmiany.

Przepis art. 174 p.p.s.a stanowi z kolei, iż skargę kasacyjną można oprzeć na następujących podstawach: a) naruszenia prawa materialnego poprzez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie (art. 174 pkt 1 p.p.s.a.) lub b) naruszenia przepisów postępowania, jeżeli uchybienie to mogło mieć wpływ na wynik sprawy (art. 174 pkt 2 p.p.s.a.). W świetle cytowanych przepisów do autora skargi kasacyjnej należy wskazanie konkretnych przepisów prawa materialnego lub przepisów procesowych, które w jego ocenie naruszył Sąd I instancji i precyzyjne wyjaśnienie na czym polegało ich niewłaściwe zastosowanie lub błędna interpretacja - w stosunku do prawa materialnego, bądź wykazanie istotnego wpływu naruszenia prawa procesowego na rozstrzygnięcie sprawy przez Sąd I instancji - w odniesieniu do przepisów postępowania. A zatem Naczelny Sąd Administracyjny, z uwagi na ograniczenia wynikające ze wskazanych regulacji prawnych, nie może we własnym zakresie konkretyzować zarzutów skargi kasacyjnej, ani uściślać bądź w inny sposób ich korygować.

W zarzutach dotyczących naruszenia przepisów postępowania analizowanej skargi kasacyjnej, strona skarżąca zarzuciła naruszenie przez Sąd pierwszej instancji art. 1 § 1 i § 2 ustawy z 25 lipca 2002 r. - Prawo o ustroju sądów administracyjnych (Dz. U. Nr 153, poz. 1269 ze zm.; dalej p.u.s.a.) oraz art. 3 § 2 pkt 1 p.p.s.a. Zakwestionowane przepisy są w istocie przepisami ustrojowymi, które bezpośrednio nie mogą być zaliczone do żadnej z podstaw kasacyjnych określonych w art. 174 p.p.s.a. Na skutek działania określonego organu w oparciu o przepisy prawa ustrojowego mogą jednak powstać, ustać lub przekształcić się stosunki prawne, z tego względu uprawnione jest przyjęcie, że zarzuty naruszenia przepisów ustrojowych mogą być powołane w ramach podstawy kasacyjnej z art. 174 pkt 2 p.p.s.a.

Zgodnie z art. 1 § 1 p.u.s.a. sądy administracyjne sprawują wymiar sprawiedliwości przez kontrolę działalności administracji publicznej oraz rozstrzyganie sporów kompetencyjnych i o właściwość między organami jednostek samorządu terytorialnego, samorządowymi kolegiami odwoławczymi i między tymi organami a organami administracji rządowej. W myśl natomiast § 2 kontrola ta sprawowana jest pod względem zgodności z prawem, jeżeli ustawy nie stanowią inaczej. Z kolei powołany przez skarżącą przepis art. 3 § 2 p.p.s.a. określa zakres działania sądów administracyjnych. W ocenie składu orzekającego Naczelnego Sądu Administracyjnego w niniejszej sprawie Sąd pierwszej instancji nie naruszył żadnego

z tych przepisów, albowiem skontrolował, czy organy administracji w toku rozpoznawania sprawy nie naruszyły prawa w stopniu mogącym mieć wpływ na wynik sprawy i władczo rozstrzygnął spór, co do treści stosunku publicznoprawnego, a tym samym orzekł w zakresie wyznaczonym sądownictwem administracyjnym. Dlatego zarzut naruszenia omawianych przepisów ustrojowych nie może być uznany za uzasadniony.

Następne podstawy kasacyjne odnoszące się do omawianej grupy zarzutów procesowych dotyczą art. 145 § 1 pkt 1 lit. c) p.p.s.a., którego naruszenie upatruje wnoszący skargę kasacyjną w tym, iż Sąd I instancji nie dostrzegł błędów popełnionych w tym zakresie przez organ, czyli nie dostrzegł naruszenia przez organ art. 77 § 1 k.p.a. oraz art. 7 i art. 8 k.p.a. i art. 107 § 3 k.p.a. W rezultacie WSA, w ocenie wnoszącej skargę kasacyjną Spółki, naruszył także art. 151 p.p.s.a. poprzez oddalenie skargi mimo wskazanych przez skarżącą naruszeń prawa procesowego mających istotny wpływ na wynik sprawy, co winno skutkować uchyleniem zaskarżonej decyzji w oparciu o art. 145 § 1 pkt 1 lit c) p.p.s.a.. W ocenie wnoszącej skargę kasacyjną Spółki organ niedostatecznie wyjaśnił okoliczności sprawy i nie rozpatrzył całego materiału dowodowego, w szczególności nie rozpatrzył załączonej przez skarżącego w postępowaniu administracyjnym opinii prof. Janusza Girczysa oraz zupełnie pominął podnoszony przez skarżącą fakt, że wszyscy wymienieni w piśmie Ministerstwa Finansów z dnia 5 listopada 2008 r. potencjalni wykonawcy, funkcjonowali na rynku w dniu 15 grudnia 2005 r., czyli w dacie wydania opinii przez Departament Polityki Przemysłowej Ministerstwa Gospodarki z dnia 15 grudnia 2005 r., w której stwierdzono, że Pumech-Orzeł Sp. z o.o. jest jedynym podmiotem zdolnym do realizacji zamówienia, co wyklucza możliwość realizacji zamówienia przez te podmioty w roku 2008, co stanowiło naruszenie art. 7, 8, 77, § 1, oraz 107 § 3 k.p.a. Nadto organ nie ustosunkował się do wszystkich twierdzeń i argumentów podnoszonych przez skarżącą w toku toczącego się postępowania administracyjnego, co skutkowało naruszeniem art. 8,11 i 107 § 3 k.p.a.

Odnosząc się do tych zarzutów Naczelny Sąd Administracyjny uznał, iż są one niezasadne. Jak słusznie podkreślił Sąd pierwszej instancji do opinii prof. Janusza Girczysa, złożonej przez stronę w postępowaniu administracyjnym, organ ustosunkował się w sposób pośredni odwołując się w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji do związania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych stanowiskiem Krajowej

Izby Gospodarczej z 12 marca 2009 r. „Nie były natomiast kwestionowane przez organ, wynikające z przedmiotowej opinii, okoliczności związane ze złożonością przedmiotu zamówienia, z obiektywną możliwością wystąpienia zagrożeń oraz specyficznych zdarzeń wymagających natychmiastowego podjęcia czynności zaradczych, a także koniecznością zaangażowania specjalistycznego sprzętu i wysokokwalifikowanej kadry. Jednak, jak wyżej wspomniano względy gospodarcze i organizacyjne, czy też skomplikowany charakter zamówienia nie mogą stanowić wystarczającej podstawy do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a upz” (s. 12 uzasadnienia zaskarżonego wyroku. Należy podkreślić, iż opinia ta złożona przez stronę w toku postępowania ma walor dokumentu prywatnego, a nie dokumentu urzędowego.

Nadto fakt, iż wszyscy wymienieni w piśmie z 5 listopada 2008 r. potencjalni wykonawcy funkcjonowali na rynku w dniu 15 grudnia 2005 r., czyli w dacie wydania opinii przez Departament Polityki Przemysłowej Ministerstwa Gospodarki z dnia 15 grudnia 2005, nie jest wbrew stanowisku strony wnoszącej skargę kasacyjną równoznaczne ze stwierdzeniem, iż także w 2008 r. te podmioty nie mogły wykonać przedmiotowego zadania. W ciągu kilku lat podmioty te mogły zmienić swój potencjał kadrowy, finansowy, techniczny i sprzętowy w takim stopniu, który umożliwił im wykonanie przedmiotu zamówienia. Dodatkowo, jak prawidłowo to skonstatował Sąd pierwszej instancji dzielając stanowisko organu, trzeba mieć na względzie treść art. 23 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, który stanowi, iż: „Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia”.

W konsekwencji w ocenie Naczelnego Sądu Administracyjnego WSA w niniejszej sprawie prawidłowo skontrolował zaskarżoną decyzję i poprzedzające ją postępowanie administracyjne dochodząc do zasadnego wniosku, iż organy w tej sprawie nie naruszyły wskazanych w skardze przepisów proceduralnych, tj. art. 7, art.8, art. 11, art. 77 § 1 i art. 107 § 3 k.p.a.

Przechodząc do analizy zarzutu dotyczącego naruszenia prawa materialnego, tj. art. 200 ust. 1 pkt. 1 lit. a w zw. z art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a Prawa zamówień publicznych poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że nie zaistniała przesłanka do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, co w konsekwencji doprowadziło do nałożenia na skarżącą kary pieniężnej, należy przypomnieć, iż przez pojęcie „niewłaściwego zastosowania” prawa materialnego rozumie się: „błąd subsumcji, polegający na wadliwym uznaniu, że ustalony w

sprawie konkretny stan faktyczny odpowiada abstrakcyjnemu stanowi faktycznemu określone w hipotezie określonej normy prawnej." (H. Knysiak-Molczyk: Skarga kasacyjna w postępowaniu sądowoadministracyjnym. Warszawa 2009, s. 225-226).

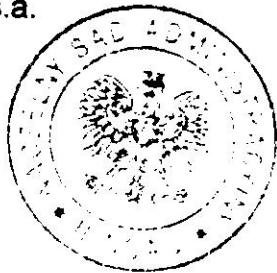
Zgodnie z podstawową zasadą wynikającą z ustawy - Prawo zamówień publicznych, zamówienia publiczne udzielane są w trybach konkurencyjnych, co oznacza, że zastosowanie trybu ograniczającego konkurencję jest możliwe tylko wówczas, gdy przepis szczególny na takie działanie zezwala. Artykuł 67 ust. 1 określa przesłanki stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Stosownie do tego przepisu: „Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: 1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę: a) z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.” W przypadku wszystkich trybów niemających charakteru podstawowego, także w przypadku zamówienia z wolnej ręki zamawiający jest uprawniony zastosować ten tryb jedynie w okolicznościach określonych w ustawie (art. 10 ust. 2 Prawa zamówień publicznych). Orzecznictwo sądowe wskazuje również na konieczność ścisłej wykładni przesłanek zastosowania zamówienia z wolnej ręki, odrzucając możliwość dokonywania wykładni rozszerzającej (por. wyroki NSA : z 11 czerwca 2011 r. sygn. akt II GSK 688/10, 7 grudnia 2010 r., sygn. akt II GSK 1002/09; wyroki WSA: z 26 lutego 2008 r., sygn. akt V SA/Wa 2403/07- LEX nr 470050, z 14 października 2005 r., sygn. akt III SA/Wa 2091/05 - LEX nr 197315). W pełni zachowało swoją aktualność stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 6 lipca 2001 r., sygn. akt III RN 16/01, że przepis stanowiący, iż zamawiający może udzielić tzw. zamówienia z wolnej ręki tylko wtedy, gdy zachodzi jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności, powinien być interpretowany w sposób ścisły, jako wyjątek od zasady udzielania zamówień publicznych w trybie przetargu (OSNCP 2001, nr 22, poz 657). Zamówienie z wolnej ręki zostało także przewidziane jako tryb udzielania zamówień w sytuacjach nagłych i nieprzewidywalnych, na warunkach określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Natomiast art. 200 ust. 1 pkt 1 lit. a Prawa zamówień publicznych stanowi, że podlega karze pieniężnej zamawiający, który udziela zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki stosowania poszczególnych trybów udzielenia zamówienia.

Odnosząc powyższe do rozpatrywanej sprawy, zdaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego, nie można zarzucić Sądowi pierwszej instancji niewłaściwego

zastosowania omawianego przepisu, tj. art. 200 ust. 1 pkt 1 lit a w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a Prawa zamówień publicznych, ponieważ jak słusznie wywiódł Sąd pierwszej instancji nie udało się skarżącemu skutecznie podważyć ustaleń faktycznych w tej sprawie, z których bezsprzecznie wynika, że udzielił on kwestionowanego zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, gdy w sprawie nie istniała przesłanka do jego zastosowania wynikająca z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a Prawa zamówień publicznych. Ustaleń faktycznych w sprawie oraz oceny materiału dowodowego nie można podważać zarzutami niewłaściwego zastosowania prawa materialnego. Podsumowując zarzut ten okazał się chybiony.

Naczelny Sąd Administracyjny ocenił także, iż WSA zasadnie uznał, że organ uzasadnił należycie stanowisko nałożenia na skarżącą Spółkę kary pieniężnej pomimo zastosowania się przez nią do zaleceń pokontrolnych, tym samym nie uznał jej argumentów podanych dla poparcia wniosku o odstąpienie od wymierzenia kary. Z uzasadnienia zaskarżonej decyzji wynika też wprost, iż organ przyznaje teoretyczną możliwość odstąpienia od wymierzenia kary w przypadku lżejszego naruszenia przepisów ustawy, uznając, że w tym konkretnym przypadku (rażące naruszenie przepisów) nie ma zastosowania. Zatem słusznie Sąd pierwszej instancji oddalił skargę w oparciu o art. 151 p.p.s.a.

Mając na uwadze wskazane wyżej okoliczności Naczelny Sąd Administracyjny w oparciu o art. 184 p.p.s.a. skargę oddalił. O kosztach orzeczono na podstawie art. 204 pkt 1 p.p.s.a.



Na oryginał w właściwym podpisie
z dołączoną z orzeczeniem
Aleksandra Pefczyńska
starszy inspektor sądowy