

Sygn. akt I GSK 987/18



WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 grudnia 2018 r.

Naczelny Sąd Administracyjny w składzie:

Przewodniczący Sędzia NSA

Barbara Mleczek-Jabłońska (spr.)

Sędzia NSA

Hanna Kamińska

Sędzia del. WSA

Piotr Kraczowski

Protokolant

Paweł Gorajewski

po rozpoznaniu w dniu 7 grudnia 2018 r.

na rozprawie w Izbie Gospodarczej

skargi kasacyjnej [REDACTED]

z siedzibą w [REDACTED]

od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie

z dnia 13 stycznia 2016 r. sygn. akt V SA/Wa 2391/15

w sprawie ze skargi [REDACTED]

z siedzibą w [REDACTED]

na decyzję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

z dnia [REDACTED] 2015 r. nr ZD [REDACTED]

w przedmiocie kary pieniężnej za udzielenie zamówienia publicznego
z naruszeniem prawa

1) oddala skargę kasacyjną;

2) zasądza od [REDACTED] z o.o.

z siedzibą w [REDACTED] na rzecz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych
2400 zł (dwa tysiące czterysta złotych) tytułem zwrotu kosztów
postępowania kasacyjnego.Na oryginała winnościwe podpisy
Za zgodność z oryginałem

Michał Mazur

starszy radca prawny

UZASADNIENIE

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 13 stycznia 2016 r., sygn. akt V SA/Wa 2391/15, oddalił skargę [REDAKTOWANE] (dalej: „zamawiający” „Spółka”) na decyzję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes UZP”) z dnia 16 marca 2015 r. w przedmiocie kary pieniężnej z tytułu udzielenia zamówienia publicznego z naruszeniem prawa.

Sąd orzekał w następującym stanie faktycznym sprawy:

[REDAKTOWANE] udzieliła w dniu 11 lutego 2010 r. zamówienia, którego przedmiotem był leasing dwóch fabrycznie nowych niskopodłogowych autobusów komunikacji miejskiej – w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655, dalej: p.z.p.).

Zamawiający argumentował, że udzielił zamówienia z wolnej ręki z przyczyn nieleżących po jego stronie, których nie można było przewidzieć; wymagane było bowiem natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można było zachować terminów określonych dla innych trybów zamówienia. Głównym powodem tego trybu był brak ofert w uprzednio przeprowadzonym postępowaniu przetargowym, a także zbieg niekorzystnych okoliczności powodujących, że zamawiający pozostał bez minimalnego zakresu taboru niezbędnego dla realizacji usług zgodnie z wcześniej zawartymi umowami.

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej organ stwierdził, że zamawiający nie wykazał, iż w niniejszym stanie faktycznym zachodziły podstawy do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p. W konsekwencji doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 u.p.z.p. W ocenie Prezesa UZP unieważnienie postępowania przetargowego nie może być uznane za sytuację niemożliwą do przewidzenia, podobnie jak awarie taboru ze względu na warunki atmosferyczne. Nie zachodziła również konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Organ nie uwzględnił też argumentacji dotyczącej niemożności zachowania terminów dla innych trybów udzielenia zamówienia, która została oparta jedynie na przypuszczeniach zamawiającego.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Uchwałą z dnia 3 września 2013 r., sygn. akt KIO 80/13, Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: KIO) nie uwzględniła zastrzeżeń zamawiającego, podzielając stanowisko Prezesa UZP. KIO zwróciła uwagę na niekonsekwentne stanowisko zamawiającego, bowiem inne było uzasadnienie przeprowadzenia postępowania z wolnej ręki w piśmie z 29 stycznia 2010 r. informującym o takim postępowaniu, a inne w toku dalszego postępowania. W ocenie KIO, zagrożenie interesu ekonomicznego poprzez możliwość zapłacenia kar umownych nie może uzasadniać skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p. Zamawiający mógł też zastąpić doraźnie niesprawny tabor autobusami wynajętymi czy wdzierżawionymi na krótki okres.

W związku z powyższym Prezes UZP decyzją z dnia 6 października 2014 r. nałożył na [REDAKCYJNA] karę pieniężną w wysokości 30.000 zł z tytułu udzielenia w dniu 11 lutego 2014 r. zamówienia publicznego na leasing dwóch fabrycznie nowych niskopodłogowych autobusów komunikacji miejskiej w okresie od 15 lutego 2010 r. do 14 lutego 2014 r. o łącznej wartości 1 841 000 zł (to jest w dacie zamówienia 479 551,97 euro) z naruszeniem przepisów ustawy p.z.p. określających przesłanki stosowania trybu udzielania zamówienia z wolnej ręki.

Po ponownym rozpatrzeniu sprawy, Prezes UZP decyzją z 16 marca 2015 r. utrzymał w mocy decyzję wydaną w I instancji.

Organ uznał, że w stanie faktycznym sprawy nie zostały spełnione warunki do udzielenia zamówienia sektorowego z wolnej ręki, co stanowi podstawę do nałożenia kary pieniężnej. Jego zdaniem nie zaistniała bowiem wyjątkowa sytuacja, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p. Do tego rodzaju sytuacji zalicza się zdarzenia, których zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym możliwość przewidywalności określonych sytuacji przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. W ocenie Prezesa UZP i Krajowej Izby Odwoławczej częstsze awarie autobusów w warunkach eksploatacji zimowej nie są niczym nadzwyczajnym, nie ma przy tym podstaw do uznania, że zjawiska atmosferyczne przybrały w tym okresie kształt klęski żywiołowej, która także u innych podmiotów realizujących usługi przewozowe powodowałaby analogiczne skutki w postaci masowych awarii autobusów. Fakt, że zamawiający nie ma wpływu na wystąpienie określonego zjawiska atmosferycznego nie oznacza, że zjawiska tego nie mógł przewidzieć.

Za wyjątkową sytuację organ nie uznał również konieczności unieważnienia postępowania przetargowego. Nie jest to sytuacja wyjątkowa i nieprzewidywalna, bowiem wynika wprost z przepisów prawa.

Zdaniem Prezesa UZP nie można też było uznać, że przyczyny zaistnienia sytuacji, na którą powołuje się skarżąca, nie leżą po jej stronie. Brak odpowiedniej liczby taboru i związane z tym faktem utrudnienia w realizacji umowy miały charakter organizacyjny (gospodarczy) zależały od skarżącej, prowadzącej od wielu lat profesjonalnie ten rodzaj działalności.

W realiach sprawy nie występowała też konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy p.z.p. Organ podkreślił, że leasing nie jest jedynym sposobem nabycia autobusów, gdyż zamawiający miał możliwość zabezpieczenia ciągłości świadczenia usług poprzez zachowania adekwatne do sytuacji przy wykorzystaniu innych niż leasing umów.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie oddalił skargę na powyższą decyzję.

Zdaniem Sądu I instancji, przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p., mający kluczowe znaczenie w tej sprawie, znajduje zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy występują łącznie wszystkie wymienione w nim przesłanki, to jest gdy zamawiający w wyniku wyjątkowego, nieprzewidywalnego zdarzenia zmuszony jest do natychmiastowej reakcji, niezbędnej do ograniczenia bezpośrednich skutków takiego zdarzenia, np. usunięcie bezpośredniego zagrożenia dla zdrowia lub życia czy zabezpieczenia majątku przed poniesieniem szkody o znacznych rozmiarach. Muszą to zatem być sytuacje wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego. Nie mogą przy tym wynikać z przyczyn leżących po stronie zamawiającego (zaniedbań, niezachowania należytej staranności, niedbalstwa).

Natychmiastowe wykonanie zamówienia ze względu na wyjątkową sytuację oznacza – zdaniem WSA – konieczność ochrony określonego interesu (ochrona zdrowia, życia lub mienia, a także zapobieganie wystąpieniu straty w majątku), którego naruszenie jest zagrożone wystąpieniem wyjątkowej sytuacji. Specyfika wyjątkowej sytuacji musi powodować, że zamawiający nie będzie w stanie przewidzieć jej wystąpienia. W ocenie Sądu, za taką wyjątkową sytuację nie można uznać wystąpienia mrozów lub opadów śniegu w styczniu w rejonach, gdzie cyklicznie w tym okresie takie mrozy lub opady śniegu występują. Pomędzy

mowa w art. 132 i nast. p.z.p. i do udzielania takiego zamówienia z wolnej ręki zgodnie z art. 134 ust. 6 pkt 1 p.z.p. stosuje się art. 67 ust. 1 pkt 3 tej ustawy.

W tych okolicznościach Sąd uznał za zasadne zastosowanie art. 200 ust. 1 pkt 1 lit. a w zw. z 201 ust. 2 pkt 2 ustawy oraz § 1 pkt 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowo Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. Nr 282, poz. 1649 z 2012 r., poz. 1360).

Skargę kasacyjną od powyższego wyroku, skarżąc go w całości złożyło [REDAKTOWANE] wnosząc o jego uchylenie w całości i rozpoznanie skargi oraz o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Na podstawie art. 174 pkt 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (obecnie t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1302; dalej: p.p.s.a.) Spółka zarzuciła naruszenie prawa materialnego, tj. art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że:

- a) za wyjątkową sytuację, której skarżący (jako zamawiający) nie mógł przewidzieć, nie można uznać mrozów lub opadów śniegu w styczniu w regionie, w którym cyklicznie w tym okresie takie mrozy lub opady występują,
- b) za wyjątkową sytuację nie można uznać wyłączenia z eksploatacji 17 autobusów, podczas gdy zwykle w okresie zimowym wyłączeniu ulega 13-15 autobusów,
- c) przesłanki wymogu natychmiastowego wykonania zamówienia nie uzasadniają zagrożenie interesu ekonomicznego zamawiającego,
- d) przesłanki wymogu natychmiastowego wykonania zamówienia nie uzasadniają zagrożenie braku obsługi linii autobusowych będące następstwem braków w taborze.

W uzasadnieniu skargi kasacyjnej podano argumenty na poparcie podniesionych zarzutów.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną (wniesioną po upływie przewidzianego prawem termin), organ wniósł o jej oddalenie i zasądzenie zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego według norm przepisanych. Obecny na rozprawie przed NSA reprezentujący organ profesjonalny pełnomocnik - radca prawny- wniósł o oddalenie skargi kasacyjnej i zasądzenie kosztów postępowania

Naczelny Sąd Administracyjny zważył, co następuje.

Odnosząc się do wniesionego środka prawnego, zdaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego skarga kasacyjna nie zasługuje na uwzględnienie z powodu niewłaściwie sformułowanych w niej zarzutów.

Przedstawiona w skardze kasacyjnej ich konstrukcja wymaga przypomnienia podstawowych zasad rozpoznawania spraw przez Naczelny Sąd Administracyjny.

W myśl art. 183 § 1 p.p.s.a., Naczelny Sąd Administracyjny rozpoznaje sprawę w granicach skargi kasacyjnej, z urzędu bierze pod rozwagę jedynie nieważność postępowania.

Jeżeli zatem nie wystąpią - jak w tej sprawie - przesłanki nieważności postępowania, enumeratywnie wymienione w art. 183 § 2 pkt 1-6 p.p.s.a., to Naczelny Sąd Administracyjny, kontrolując zaskarżony wyrok, zobowiązany jest ograniczyć się do zbadania, czy wyrok ten uchybia przepisom wskazanym w skardze kasacyjnej w ramach podstaw z art. 174 p.p.s.a. Stosownie do ostatniego skargę kasacyjną można oprzeć na następujących podstawach:

- 1) naruszeniu prawa materialnego przez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie;
- 2) naruszeniu przepisów postępowania, jeżeli uchybienie to mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy.

Zgodnie z art. 176 p.p.s.a. skarga kasacyjna powinna czynić zadość wymaganiom przepisanych 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, wniosek o uchylenie lub zmianę orzeczenia z oznaczeniem zakresu żądanego uchylenia lub zmiany. Przez przytoczenie podstaw kasacyjnych należy rozumieć dokładne wskazanie przez profesjonalnego pełnomocnika (art. 175 p.p.s.a.) przepisów, które zdaniem strony naruszył Sąd I instancji, z podaniem numeru artykułu, paragrafu, ustępu, itd. oraz oznaczeniem aktu prawnego, w którym są zawarte, a także wyjaśnienie na czym to naruszenie polegało oraz jaki mogło mieć wpływ na wynik sprawy (por. postanowienie NSA z 8 marca 2004 r., sygn. akt FSK 41/04; postanowienie NSA z 1 września 2004 r., sygn. akt FSK 161/04; postanowienie NSA z 24 maja 2005 r., sygn. akt FSK 2302/04; a także wyrok NSA z 25 marca 2014 r., sygn. akt I GSK 705/12 oraz wyrok NSA z 21 listopada 2014 r., sygn. akt II FSK 2602/14, publ.

<http://orzeczenia.nsa.gov.pl>). Natomiast uzasadnienie podstaw kasacyjnych powinno szczegółowo wskazywać do jakiego, zdaniem skarżącego, naruszenia przepisów prawa materialnego lub procesowego doszło i na czym to naruszenie polegało, a w przypadku zarzucania uchybień przepisom procesowym należy dodatkowo wykazać, iż to naruszenie mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy.

Bez wątplenia skarga kasacyjna jest środkiem odwoławczym wysoce sformalizowanym, a jej granice wyznaczone są przez podstawy i wnioski. Związanie podstawami skargi kasacyjnej polega na tym, że wskazanie przez stronę skarżącą naruszenia konkretnego przepisu prawa materialnego, czy też procesowego, określa zakres kontroli Naczelnego Sądu Administracyjnego. Zatem sam autor skargi kasacyjnej wyznacza zakres kontroli instancyjnej wskazując, które normy prawa zostały naruszone. Przytoczenie podstawy kasacyjnej musi więc być precyzyjne, gdyż - z uwagi na związanie sądu kasacyjnego granicami skargi kasacyjnej - Naczelny Sąd Administracyjny może uwzględnić tylko te przepisy, które zostały wyraźnie wskazane w skardze kasacyjnej jako naruszone. Nie jest natomiast władny badać, czy sąd administracyjny pierwszej instancji nie naruszył innych przepisów (por. postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 5 sierpnia 2004 r., sygn. akt FSK 299/2004, OSP 2005/3, poz. 36). Naczelny Sąd Administracyjny nie jest zatem uprawniony do powtórnego badania zgodności z prawem zaskarżonego aktu administracyjnego (ad meritum) w jego całokształcie.

Odnosząc się do postawionych w skardze zarzutów, w ocenie NSA usprawiedliwienia nie znajduje oparcie skargi kasacyjnej na naruszeniu prawa materialnego - art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p. - przez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż nie zostały spełnione wymienione w tych przepisach przesłanki uzasadniające dokonanie zamówienia w trybie zamówień z wolnej ręki.

Odniesienie się do tak postawionego zarzutu wymaga przypomnienia, że naruszenie prawa materialnego przez błędną wykładnię to mylne rozumienie treści określonej normy prawnej. Błąd zatem, jakiego może się dopuścić wojewódzki sąd administracyjny może dotyczyć nieprawidłowego odczytania normy, mylnego zrozumienia przepisu, bądź niezrozumienia intencji ustawodawcy. W każdym więc z tych przypadków chodzi o sytuację, gdy wykładnia dokonana przez sąd jest nie do przyjęcia w kontekście logiczno- językowym, pozostałych przepisów prawa lub celu, w jakim został wprowadzony dany przepis.

Natomiast uchybienie prawu materialnemu przez niewłaściwe zastosowanie polega na tzw. błędzie w subsumcji, co wyraża się w tym, że stan faktyczny ustalony w sprawie błędnie uznano za odpowiadający stanowi hipotetycznemu przewidzianemu w normie prawnej, względnie że ustalonego stanu faktycznego błędnie nie "podciągnięto" pod hipotezę określonej normy prawnej (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 października 2001 r., sygn. akt CKN 102/99). W obu tych przypadkach autor skargi kasacyjnej wykazać musi jak, w jego ocenie, powinien być rozumiany stosowany przepis prawa, czyli jaka powinna być zatem jego prawidłowa wykładnia, a w przypadku zarzutu niezastosowania przepisu dlaczego powinien być zastosowany.

W ramach zarzutów dotyczących naruszenia prawa materialnego, autor skargi kasacyjnej wskazuje, że Sąd I instancji I instancji dopuścił się naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p. poprzez jego błędną wykładnię i uznanie, że wskazane w sprawie okoliczności faktyczne nie stanowią wyjątkowej sytuacji niewynikającej z przyczyn po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, jak też braku przesłanki wymogu natychmiastowego wykonania zamówienia.

Konstrukcja omawianego zarzutu (naruszenie przepisów prawa materialnego przez przyjęcie, że nie zostały spełnione wymienione w nich przepisach) jednoznacznie świadczy o tym, że skarga kasacyjna w istocie nie zmierza do podważenia rozumienia treści art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p. ale de facto kwestionuje jego niezastosowanie w okolicznościach sprawy.

Wypada przypomnieć, że w pisemnych motywach kontrolowanego wyroku Sąd I instancji wskazał, że według art. 67 ust.1 pkt 3 p.z.p., 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.

Skarga kasacyjna nie podważa poglądu Sądu I instancji, że literalna wykładnia tego przepisu wskazuje na możliwość jego zastosowania przy łącznym spełnieniu wszystkich wymienionych w nim przesłanek.

Ocenę, że nie zaistniały określone powołanymi przepisami możliwości zamówienia z wolnej ręki oparto na ustaleniu, że za taką wyjątkową sytuację nie można uznać wystąpienia mrozów lub opadów śniegu w styczniu w rejonach, gdzie cyklicznie w tym okresie takie mrozy lub opady śniegu występują. Sąd I instancji

Sygn. akt I GSK 987/18

To zaś powoduje, że Naczelny Sąd Administracyjny nie może zajmować się okolicznościami faktycznymi, które mogłyby uzasadniać zastosowanie normy art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p.

W tym stanie rzeczy, z uwagi na przedstawione wady konstrukcyjne skargi kasacyjnej brak również podstaw by uznać zasadność stawianego Sądowi I instancji zarzutu błędu subsumcji.

Wobec powyższego, Naczelny Sąd Administracyjny na podstawie art. 184 p.p.s.a. skargę kasacyjną oddalił.

O kosztach postępowania kasacyjnego orzeczono na podstawie art. 204 pkt 1 p.p.s.a w związku z § 14 ust. 1 pkt 2 lit. c) i § 14 ust. 1 pkt 1 lit. a w zw. z § 2 pkt 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2015 r. poz. 1804 ze zm.).



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność z oryginałem

Michał Mazur

starczy sekretarz sądowy