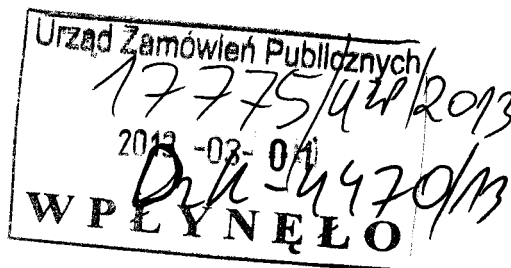


Wojewódzki Sąd Administracyjny
w Warszawie
00-013 Warszawa, ul. Jasna 2/4
WYDZIAŁ V
tel. (22) 553-70-70, 553-70-71, 553-78-86

Dnia 27 lutego 2013 r.
Sygn. akt V SA/Wa 2394/12

W odpowiedzi należy podać
sygnaturę akt Sądu



00015161

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17A
02-676 Warszawa

DORĘCZENIE ODPISU WYROKU

W wykonaniu zarządzenia z dnia 26 lutego 2013 r. sekretariat Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego doręcza Panu/Pani – jako Organowi Administracji – odpis wyroku z dnia 5 lutego 2013 r. wraz z uzasadnieniem.

Marcin Kwiatkowski
starszy sekretarz

POUCZENIE

1. Od powyższego wyroku przysługuje skarga kasacyjna do Naczelnego Sądu Administracyjnego, w terminie 30 dni od daty doręczenia orzeczenia z uzasadnieniem, za pośrednictwem tutejszego Sądu. Skarga kasacyjna złożona po upływie tego terminu zostanie odrzucona (art. 178 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi; tekst jednolity Dz. U. z 2012r., poz. 270 ze zm.).
2. Skarga kasacyjna powinna być sporządzona przez pełnomocnika będącego: adwokatem lub radcą prawnym. Skarga kasacyjna sporządzona przez podmiot nieuprawniony będzie odrzucona bez merytorycznego rozpoznania.
3. Strona może wystąpić do Sądu o przyznanie jej prawa pomocy obejmującego zwolnienie od kosztów oraz ustanowienie adwokata lub radcy prawnego. Wniosek w tym przedmiocie powinien być złożony na urzędowym formularzu określonym w przepisach rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2003 r. w sprawie określenia wzoru i sposobu udostępnienia urzędowego formularza wniosku o przyznanie prawa pomocy w postępowaniu przed sądami administracyjnymi oraz sposobu dokumentowania stanu majątkowego, dochodów lub stanu rodzinnego wnioskodawcy (DZ.U. Nr 227, poz. 2245). Złożenie tego wniosku nie przerywa biegu terminu do wniesienia skargi kasacyjnej.
4. Urzędowe formularze, o których mowa w ust. 3 są udostępniane we wszystkich wojewódzkich sądach administracyjnych oraz w Naczelnego Sądu Administracyjnego, w urzędach gmin a także w internecie pod adresem: <http://www.nsa.gov.pl/>

5. Strony i ich przedstawiciele mają obowiązek zawiadomić Sąd o każdej zmianie swego miejsca zamieszkania lub siedziby. W razie zaniedbania tego obowiązku pismo sądowe pozostawia się w aktach sprawy ze skutkiem doręczenia chyba, że nowy adres jest Sądowi znany.

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 5 lutego 2013r.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie
w składzie następującym:

Przewodniczący	Sędzia WSA	- Beata Krajewska (spr.)
Sędzia WSA		- Izabella Janson
Sędzia NSA		- Piotr Piszczek
Protokolant	st. specjalista	- Małgorzata Broniarek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lutego 2013r.
sprawy ze skargi Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi
Sp. z o.o. w Olsztynie
na decyzję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych
z dnia 14 sierpnia 2012 r. nr KP/37/12
w przedmiocie nałożenia kary pieniężnej z tytułu udzielenia zamówienia
publicznego z naruszeniem przepisów określających przesłanki stosowania
trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki

1. uchyla zaskarżoną decyzję;
2. stwierdza, że zaskarżona decyzja nie podlega wykonaniu do czasu uprawomocnienia się wyroku;
3. zasądza od Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Olsztynie kwotę 3317 zł (trzy tysiące trzysta siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania sądowego.

Na oryginale właściwe podpisy

Za zgodność z oryginałem



Marcin Kwiatkowski
starszy sekretarz

UZASADNIENIE

Zaskarżoną decyzją z dnia 14 sierpnia 2012r., nr KP/37/12, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezes UZP) utrzymał w mocy decyzję własną, nr KP/21/12, z dnia 6 lipca 2012r., nakładającą na Zakład Gospodarowania Odpadami Komunalnymi sp. zo.o. w Olsztynie karę pieniężną w wysokości 30.000 zł z tytułu udzielenia zamówienia publicznego na usługi unieszkodliwiania odpadów o kodach: 17 01 17, 19 08 01, 19 12 09, 19 12 10, 19 12 12, 20 03 99, wytwarzanych w Zakładzie Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Olsztynie - z naruszeniem przepisów określających przesłanki stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Zaskarżona decyzja została wydana w następującym stanie faktycznym:

W piśmie z dnia 23 grudnia 2008 r. Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Olsztynie, działając w oparciu o art. 67 ust. 2 ustawy z 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) - zwanej dalej „ustawą Pzp”, przekazał Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych uzasadnienie zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługę unieszkodliwiania odpadów o kodach: 17 01 17, 19 08 01, 19 12 09, 19 12 10, 19 12 12, 20 03 99 wytwarzanych w Zakładzie Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Olsztynie. W uzasadnieniu wskazał, iż zamawiający dwukrotnie wszczywał postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę unieszkodliwiania odpadów. Pierwsze postępowanie zostało wszczęte w dniu 7 października 2008r., a w wyniku wniesionego protestu przez Firmę AMEST Kętrzyn Sp. z o.o. zostało unieważnione w dniu 22 października 2008r. Drugie postępowanie zostało wszczęte w dniu 25 października 2008r. i unieważnione w wyniku protestu wniesionego przez Firmę AMEST Kętrzyn Sp. z o.o. w dniu 16 grudnia 2008r. Zamawiający wskazywał również na okoliczność, iż jest spółką miejską realizującą zadania Gminy Olsztyn w zakresie utrzymania porządku i czystości na terenie gminy, a jego rolą jest zabezpieczenie strumienia odpadów i zapewnienie ich unieszkodliwiania. Ponadto, jak wyjaśniał, konieczność udzielenia zamówienia w trybie natychmiastowym, bez zachowania terminów przewidzianych dla innych trybów udzielania zamówień, wynikała z faktu, iż brak zabezpieczenia regularnego unieszkodliwiania odpadów spowodowałby przepełnienie przesypowni, uniemożliwił przyjmowanie odpadów od mieszkańców miasta Olsztyna i spowodował przepełnienie pojemników na odpady, co mogło

Sygn. akt: V SA/Wa 2394/12

spowodować zagrożenie epidemiologiczne. Zamawiający zmuszony był więc na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki na czas niezbędny do przygotowania kolejnego postępowania i udzielenia zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego. Wskazywał również na okoliczność, iż jest to sytuacja wyjątkowa, niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć.

Następnie, pismem z 2 marca 2009 r. zamawiający przekazał do Urzędu Zamówień Publicznych dalsze wyjaśnienia dotyczące przeprowadzonego postępowania wskazując, iż w dniu 27 listopada 2006 r. Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Olsztynie wszczął postępowanie w sprawie zamówienia publicznego na usługę unieszkodliwiania odpadów. W wyniku rozstrzygnięcia postępowania w dniu 27 lutego 2007 r. została zawarta z ZUK USKOM Sp. z o.o. umowa w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na unieszkodliwianie odpadów. W roku 2008 nastąpiły zmiany w przepisach prawa, które zwiększały opłatę marszałkowską jaką zobowiązany był zapłacić ZUK USKOM Sp. z o.o. w związku z wykonywaniem umowy. Zmiana opłaty była na tyle znacząca, iż w dniu 10 września 2008 r. wykonawca ZUK USKOM Sp. z o.o. wypowiedział umowę na unieszkodliwianie odpadów z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia, który mijał w dniu 31 grudnia 2008 r.

Zamawiający wskazał także ponownie na okoliczność, iż dwukrotnie prowadził postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na unieszkodliwianie odpadów, które to postępowania zostały unieważnione. Jak wynika z wskazanego wyżej pisma postępowanie z 7 października 2008r. unieważnione zostało, gdyż jeden z wykonawców złożył protest zarzucając zamawiającemu m.in. niezgodne z prawem żądanie przedłożenia przez wykonawców umowy konsorcjum na etapie badania ofert. W związku z tym zamawiający unieważnił postępowanie obarczone wadą. Natomiast, przy kolejnym postępowaniu, w związku z oddalonym protestem złożonym przez Amest Kętrzyn Sp. z o.o. po złożeniu przez nią odwołania, został wydany przez Krajową Izbę Odwoławczą w dniu 9 grudnia 2008 r. wyrok sygn. akt: KIO/UZP 1372/08, w którym Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ w związku z niewystarczającym w jej ocenie określeniem przez zamawiającego w ogłoszeniu i siwz zakresem zamówienia w odniesieniu do ilości odpadów z poszczególnych grup. Amest Kętrzyn Sp. z o.o. złożyła kolejny protest z żądaniem unieważnienia postępowania z uwagi na nie zamieszczenie informacji o przedłużeniu terminu do składania ofert w ogłoszeniu o zamówieniu przekazanym do Dziennika

Sygn. akt: V SA/Wa 2394/12

Urzędowego UE. Z uwagi na brak możliwości poprawienia przeoczenia w wymaganym przepisami terminie, zamawiający unieważnił również to postępowanie w dniu 16 grudnia 2008 r.

Ponadto, w piśmie z 2 marca 2009 r. zamawiający podtrzymywał zasadność wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki oraz podkreślał konieczność ciągłego zabierania odpadów. Wskazywał również na okoliczność, iż po unieważnieniu w dniu 16 grudnia 2008 r. przetargu nieograniczonego na unieszkodliwienie odpadów oraz po przeprowadzeniu analizy trybów przewidzianych ustawą Pzp, które dawałyby realną możliwość na udzielenie zamówienia ustalono, iż tylko udzielenie zamówienia w trybie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp gwarantowało możliwość zawarcia umowy, a co za tym idzie pozwalałoby unieszkodliwiać odpady zebrane z terenów miasta Olsztyna po dniu 1 stycznia 2009 r. Zamawiający podkreślał również, iż spółka prowadzi działalność użyteczności publicznej, nie mogła więc zaprzestać działalności i nie mogła nie przyjmować odpadów komunalnych w związku z rozwiązaniem umowy przez kontrahenta. Ponadto w ocenie ZGOK Sp. z o.o. interes społeczny nakazywał aby zamawiający miał zapewnioną w drodze umowy cywilnoprawnej możliwość unieszkodliwiania odpadów komunalnych pochodzących z terenu Olsztyna. Podkreślał również, iż powstała sytuacja nie była zawiniona przez zamawiającego, a była rezultatem rozwiązania umowy przez dotychczasowego wykonawcę, w związku ze zmianą ustawodawstwa, które zwiększało obciążenia zakładu unieszkodliwiania odpadów, przez co dalsze trwanie umowy w brzmieniu ustalonym w postępowaniu przetargowym sprzeciwiało się celowi gospodarczemu wykonawcy. Zamawiający próbował także, aby po upływie okresu wypowiedzenia zapewnić sobie dostawcę usługi stosując tryby konkurencyjne, które nie dały jednak efektów, dlatego też zdaniem zamawiającego w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z sytuacją wyjątkową, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Ponadto umowa zawarta w dniu 22 grudnia 2008 r. w trybie z wolnej ręki była zawarta tylko na okres do 6 miesięcy z zastrzeżeniem, że umowa przestanie obowiązywać w przypadku wyłonienia zakładu unieszkodliwiania odpadów w postępowaniu prowadzonym w trybie konkurencyjnym. Dodatkowo zamawiający wskazywał, iż udzielenie przedmiotowego zamówienia znajdowało swoje uzasadnienie również w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, albowiem według wiedzy zamawiającego w okolicznościach przedmiotowej sprawy ZUK USKOM prowadzi jedyny zakład unieszkodliwiania odpadów, który jest w stanie przyjąć ilość odpadów wytwarzanych przez mieszkańców Olsztyna, posiada zezwolenie

Sygn. akt: V SA/Wa 2394/12

zintegrowane i znajduje się w odległości umożliwiającej dostarczanie na bieżąco odpadów do unieszkodliwiania. Biorąc pod uwagę powyższe zamawiający uznał, że zawarcie z ZUK USKOM w Mławie umowy w trybie z wolnej ręki należało uznać za zgodne z przepisami ustawy Pzp.

W dniu 5 sierpnia 2009r. Najwyższa Izba Kontroli Delegatura w Olsztynie zawiadomiła Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że w wyniku kontroli przeprowadzonej w Zakładzie Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o. o. w Olsztynie w zakresie realizacji zamówień publicznych w latach 2007-2008, ujawniono fakty wskazujące na naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, m.in. poprzez udzielenie w dniu 22 grudnia 2008 r. w trybie z wolnej ręki zamówienia publicznego na unieszkodliwienie odpadów o wartości szacunkowej 3 744 110 zł (965 968 euro) pomimo niespełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp uzasadniających zastosowanie tego trybu.

Pismem z 23 września 2009r. zamawiający - Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o. o. w Olsztynie został poinformowany o wszczętej kontroli doraźnej w zakresie zamówienia publicznego na usługę unieszkodliwiania odpadów o kodach: 17 01 17, 19 08 01, 19 12 09, 19 12 10, 19 12 12, 20 03 99, wytwarzanych w tym Zakładzie.

Zamawiający pismem z 30 września 2009r. rozszerzył uzasadnienie dotyczące unieważnienia kolejnych postępowań przetargowych oraz zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, podtrzymując twierdzenie o zasadności zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz przytoczył dodatkową argumentację dotyczącą zastosowania tego trybu w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp.

W wyniku przeprowadzonej kontroli zostało ustalono, iż w przedmiotowym postępowaniu, którego szacunkowa wartość wynosiła 3 744 110,50 zł (965 968,71 euro) doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp w zakresie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niewykazanie spełnienia wszystkich przesłanek przewidzianych w tym przepisie. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do informacji o wyniku kontroli doraźnej. Pismem z 1 czerwca 2012 r. zamawiający został poinformowany o wszczęciu postępowania administracyjnego w sprawie nałożenia kary pieniężnej na Zakład

Sygn. akt: V SA/Wa 2394/12

Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. o.o. w Olsztynie z tytułu udzielenie zamówienia na usługę unieszkodliwiania odpadów o kodach: 17 01 17, 19 08 01, 19 12 09, 19 12 10, 19 12 12, 20 03 99, wytwarzanych w Zakładzie Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Olsztynie z naruszeniem przepisów określających przesłanki stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp o łącznej wartości 3 744 110,50 zł (słownie: trzy miliony siedemset czterdzieści cztery tysiące sto dziesięć złotych pięćdziesiąt groszy).

W dniu 13 czerwca 2012 r. do Urzędu Zamówień Publicznych wpłynęło pismo Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Olsztynie, w którym zamawiający wnosił o nie nakładanie kary pieniężnej na Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Olsztynie w związku z naruszeniem przepisów określających przesłanki stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz o umorzenie postępowania z uwagi na przejęcie przez Olsztyński Zakład Komunalny Sp. z o.o. w Olsztynie praw i obowiązków wynikających z umowy nr 06/WR/2008 z Zakładem Usług Komunalnych USKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Mławie na realizację przedsięwzięcia pt. „Usługa unieszkodliwiania odpadów o kodach: 17 01 17, 19 08 01, 19 12 09, 19 12 10, 19 12 12, 20 03 99, wytwarzanych w Zakładzie Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Olsztynie przy ul. Lubelskiej 43 D.”

Decyzją nr KP/21/12, z dnia 6 lipca 2012 r., została nałożona na Zakład Gospodarowania Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Olsztynie kara pieniężna w wysokości 30 000 złotych z tytułu udzielenia zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, określających przesłanki stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Decyzja została oparta na stwierdzeniu, iż w przedstawionych okolicznościach faktycznych sprawy Zakład Gospodarowania Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Olsztynie nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Po rozpatrzeniu wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych decyzją z dnia 14 sierpnia 2012r. utrzymał w mocy własną decyzję z dnia 6 lipca 2012r.

Organ odwoławczy wyjaśnił, że Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o. o. w Olsztynie jest posiadającą osobowość prawną spółką prawa handlowego, w której 100 % udziałów należy do gminy Olsztyn. Podstawowym przedmiotem działalności Spółki jest m.in. odprowadzanie i oczyszczanie ścieków, przetwarzanie i unieszkodliwianie odpadów, działalność związana z rekultywacją i pozostała działalność

Sygn. akt: V SA/Wa 2394/12

usługowa związana z gospodarką odpadami, a do roku 2010 do zadań spółki należało również m.in. utrzymanie czystości i porządku na terenie gminy Olsztyn.

Przedmiotowe zamówienie na usługi, jak zaznaczył Prezes Urzędu, zostało ustalone na kwotę 3 744 110,50 zł, co stanowiło równowartość 965 968,71 euro, a zatem kwotę przewyższającą próg 14 tys. euro, co oznacza, iż Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o. o. w Olsztynie przy udzieleniu zamówienia na usługę unieszkodliwiania odpadów o kodach: 17 01 17, 19 08 01, 19 12 09, 19 12 10, 19 12 12, 20 03 99, wytwarzanych w Zakładzie Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Olsztynie zobowiązany był do stosowania przepisów ustawy Pzp.

Przy tym, jak podkreślił organ II instancji, nie zachodzi w sprawie bezprzedmiotowość postępowania w związku z podziałem spółki i przejęciem obowiązków w zakresie realizacji umowy na unieszkodliwianie odpadów przez spółkę powstałą w wyniku podziału. Okoliczność, iż z Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Olsztynie w trakcie realizacji zamówienia, którego dotyczy niniejsza sprawa, została wydzielona spółka, która przejęła obowiązki w zakresie wykonywania umowy na unieszkodliwianie odpadów, pozostaje bez wpływu na odpowiedzialność Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Olsztynie jako zamawiającego za właściwe stosowanie przepisów ustawy Pzp przy udzielaniu zamówienia publicznego w 2008 r. na utylizację odpadów o kodach: 17 01 17, 19 08 01, 19 12 09, 19 12 10, 19 12 12, 20 03 99, wytwarzanych w tym Zakładzie.

Organ odwoławczy nadmienił, że możliwość udzielenia zamówienia publicznego z powołaniem się na przesłankę określoną w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp uzależniona została od zaistnienia przyczyny nie leżącej po stronie zamawiającego, wyjątkowej i obiektywnie nieprzewidywalnej sytuacji, która powoduje natychmiastową konieczność wykonania zamówienia oraz od istnienia obiektywnej niemożności dochowania terminów przewidzianych dla innych trybów udzielania zamówień. Konieczne jest więc powstanie sytuacji wyjątkowej (zaistnienia zagrożeń wymagających natychmiastowego usunięcia) z przyczyn nie leżących po stronie zamawiającego. Uzasadnieniem zastosowania omawianej normy prawnej nie mogą być natomiast okoliczności, które były zamawiającemu znane lub powinny być przewidziane z wyprzedzeniem umożliwiającym przygotowanie i przeprowadzenie procedury konkurencyjnej, bądź do powstania których sam się przyczynił.

Zdaniem Prezesa Urzędu analiza okoliczności niniejszej sprawy, z uwzględnieniem zebranej w jej toku dokumentacji oraz wyjaśnień udzielonych przez

Sygn. akt: V SA/Wa 2394/12

zamawiającego, prowadzi do wniosku, iż w sprawie tej zamawiający nie wykazał, że zaistniały wszystkie z wymienionych wyżej przesłanek, warunkujących zastosowanie przy udzieleniu zamówienia publicznego trybu z wolnej ręki, z powołaniem się na art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Wypowiedzenie umowy przez wykonawcę może być okolicznością trudną do przewidzenia, to jednak uznaje się, że za sytuacje przewidywalne dla zamawiającego powinny być uznawane okoliczności zaistniałe w sferze jak i poza sferą zamawiającego, które mieszczą się w granicach zwykłego ryzyka związanego z działalnością zamawiającego i na których wystąpienie powinien być zawsze przygotowany.

Organ odwoławczy podkreślił, że zamawiający zgodnie z warunkami wypowiedzenia miał trzy miesiące na wyłonienie wykonawcy usługi w trybie konkurencyjnym. Zamawiający wszczął dwa następujące po sobie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego (nr 17/2008 i nr 18/2008), które zostały następnie unieważnione w związku z wnoszonymi protestami związanymi m.in. z nieprawidłowościami w opisie przedmiotu zamówienia, nie wywiązaniem się przez zamawiającego z obowiązku przekazania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich informacji dotyczącej zmiany pierwotnie ustalonego terminu składania i otwarcia ofert, a zatem z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Nie można zgodzić się więc z zamawiającym, iż nieskuteczność zastosowania trybów konkurencyjnych i niemożliwość udzielania zamówienia w tych trybach z powodu ich unieważnienia było okolicznością niezależną od zamawiającego, której nie dało się przewidzieć. Należy bowiem wskazać, iż korzystanie przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, nie stanowi sytuacji wyjątkowej, której nie można było przewidzieć, albowiem jest to sytuacja określona w ustawie Pzp, z której zaistnieniem w toku postępowania zamawiający powinien się liczyć. Pierwsze postępowanie przetargowe zostało wszczęte przez zamawiającego 7 października 2008 r., a więc miesiąc po wypowiedzeniu w dniu 10 września 2008 r. ze skutkiem na dzień 31 grudnia 2008r. umowy przez dotychczasowego wykonawcę. Po unieważnieniu postępowania w dniu 22 października 2008 r. kolejne zostało wszczęte 25 października 2008 r. a następnie unieważnione w dniu 16 grudnia 2008r. Zamawiający nie wszczął więc postępowania w trybie konkurencyjnym niezwłocznie po wypowiedzeniu umowy przez dotychczasowego wykonawcę lecz dokonał tej czynności dopiero miesiąc później, co mogło powodować problemy z wyłonieniem wykonawcy w trybie konkurencyjnym.

Sygn. akt: V SA/Wa 2394/12

W opinii organu II instancji nie można uznać, iż zamówienie z wolnej ręki na usługę unieszkodliwiania odpadów o kodach: 17 01 17, 19 08 01, 19 12 09, 19 12 10, 19 12 12, 20 03 99, wytwarzanych Zakładzie Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Olsztynie było udzielone we właściwym trybie zgodnie z przesłankami uprawniającymi do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w szczególności określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Organ odwoławczy odniósł się również do wskazanej przez zamawiającego możliwości zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy Pzp w postępowaniu na usługę unieszkodliwiania odpadów. Przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp 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. Tym samym, dopuszczalność udzielenia zamówienia na podstawie ww. przepisu uzależniona jest od istnienia na rynku w danym miejscu i czasie faktycznie jednego wykonawcy, który może wykonać dane zamówienie, przy czym taki stan rzeczy musi mieć charakter trwały i nieprzewidywalny.

Prezes Urzędu zaznaczył, że samo przekonanie zamawiającego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne, jest w stanie wykonać zamówienie, nie stanowi przesłanki pozwalającej na skorzystanie z trybu zamówienia z wolnej ręki zgodnie z dyspozycją ww. przepisu. Zamawiający nie wykazał więc, że tylko jeden wykonawca USKOM sp. z o.o. w Mławie był w stanie wykonać dane zamówienie, gdyż tylko on był z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze do tego zdolny.

W skardze do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 18 września 2012r. Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Olsztynie, reprezentowany przez pełnomocnika, wniósł o stwierdzenie nieważności w całości wydanych w sprawie decyzji lub o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości.

Pełnomocnik Zakładu zarzucił zaskarżonej decyzji naruszenie:

- przepisów postępowania tj. art. 28 Kodeksu postępowania administracyjnego, poprzez błędne przyjęcie, iż „Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi” spółka z o. o. z siedzibą w Olsztynie jest stroną postępowania administracyjnego o nałożenie kary pieniężnej za udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych,

Sygn. akt: V SA/Wa 2394/12

- prawa materialnego - w postaci przepisu art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Prawo Zamówień Publicznych, które miało wpływ na wynik sprawy, poprzez błędne przyjęcie, iż nie zostały spełnione wymienione w tym przepisie przesłanki uzasadniające dokonanie zamówienia w trybie zamówień z wolnej ręki,
- prawa materialnego - w postaci przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, które miało wpływ na wynik sprawy, poprzez błędne przyjęcie, iż nie zostały spełnione wymienione w tym przepisie przesłanki uzasadniające dokonanie zamówienia w trybie zamówień z wolnej ręki,
- przepisów postępowania - art. 107 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, poprzez niewskazanie motywów, jakimi kierował się organ przy wydaniu decyzji z dnia 14 sierpnia 2012 r., a powielenie jedynie dotychczasowej argumentacji organu I instancji.

Zdaniem pełnomocnika Zakładu organy nie wzięły pod uwagę kwestii przejęcia na mocy art. 531 § 1 KSH przez Olsztyński Zakład Komunalny sp. zo.o. praw i obowiązków Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi sp. zo.o. w Olsztynie w zakresie usług unieszkodliwiania odpadów wytwarzanych w tym Zakładzie oraz uzasadnionego dokonania przez skarżącego zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp.

Zamawiający, co podkreślono w skardze, w sposób dostateczny udowodnił, że ZUK USKOM w Mławie był jedynym wykonawcą będącym w stanie obiektywnie zrealizować przywołane zamówienie. Wykonawca ten posiada pozwolenie zintegrowane i znajduje się w odległości, w której zamawiający ma możliwość dostarczania na bieżąco gromadzonych z terenu miasta odpadów do unieszkodliwiania.

W odpowiedzi na skargę Prezes UZP wniósł o jej oddalenie, podtrzymując argumentację zawartą w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności Sąd winien był rozważyć podniesione w skardze zarzuty dotyczące naruszenia przez Prezesa UZP art. 28 Kodeksu postępowania administracyjnego, poprzez błędne przyjęcie, iż skarżąca spółka jest stroną postępowania administracyjnego o nałożenie kary pieniężnej za udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych oraz nie wzięcia przez organy obu instancji pod uwagę kwestii przejęcia na mocy art. 531 § 1 KSH przez

Sygn. akt: V SA/Wa 2394/12

Olsztyński Zakład Komunalny sp. zo.o. praw i obowiązków Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi sp. zo.o. w Olsztynie w zakresie usług unieszkodliwiania odpadów wytwarzanych w tym Zakładzie. Dopiero bowiem prawidłowe ustalenie strony postępowania otworzy drogę do rozważań na gruncie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Koncentrując się zatem na zarzutach dotyczących określenia właściwej strony odpowiedzialnej za udzielenia zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, odnoszących się do przesłanek stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki Sąd uznał te zarzuty za usprawiedliwione.

Sąd podkreśla, iż jest w sprawie bezsporne i wynika ze znajdujących się w aktach administracyjnych dokumentów, iż w dniu 21 czerwca 2010 r. Nadzwyczajne Zgromadzenie Wspólników Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi sp. zo.o. w Olsztynie, przed notariuszem Iwoną Syrewicz-Kozłowską prowadzącą Kancelarię Notarialną w Dobrym Mieście przy ul. Olsztyńskiej 19, podjęło „Uchwałę Nr 30/2010 w sprawie podziału spółki przez wydzielenie i obniżenie kapitału zakładowego” (Akt Notarialny, Repertorium A 3436/2010). § 1 pkt 1 Uchwały Nr 30/2010 stanowi, iż Nadzwyczajne Zgromadzenie Wspólników postanowiło dokonać podziału spółki Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi sp. zo.o. w Olsztynie w ten sposób, że w oparciu o zorganizowaną część majątku Spółki Dzielonej zawiązuje się spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością pod firmą Olsztyński Zakład Komunalny sp. zo.o. (Spółka Nowo Zawiązana). Podział nastąpił poprzez przeniesienie zorganizowanej części majątku Spółki Dzielonej na Spółkę Nowo Zawiązaną na podstawie art. 529 § 1 pkt 4 KSH, na warunkach określonych w Planie Podziału, sporządzonym przez Zarząd Spółki w dniu 29 marca 2010 r. i ogłoszonym w Monitorze Sądowym i Gospodarczym Nr 70/2010 (3428) z dnia 12 kwietnia 2010 r., stanowiącym załącznik nr 1 do podjętej Uchwały o podziale przez wydzielenie.

Art. 531 § 1 KSH stanowi, iż spółki nowo zawiązane powstałe w wyniku podziału wstępują z dniem wydzielenia w prawa i obowiązki spółki dzielonej, określone w planie podziału. Zgodnie natomiast z art. 531 § 3 KSH za zobowiązania spółki dzielonej, nieprzypisane w planie podziału spółkom nowo zawiązanym, spółki te odpowiadają solidarnie.

Bez wątplenia zatem bez szczegółowej analizy Planu Podziału Spółki - Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi sp. zo.o. w Olsztynie, stanowiącego załącznik nr 1 do Uchwały nr 30/2010 z dnia 21 czerwca 2010 r. nie jest możliwe ustalenie podmiotu

Sygn. akt: V SA/Wa 2394/12

odpowiedzialnego za udzielenia zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, określających przesłanki stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Organ, w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji, poprzestał na stwierdzeniu (str.7), iż „ taka okoliczność jak wydzielenie ze struktury zamawiającego innego przedsiębiorstwa i utworzenie takiego podmiotu, który przejął wszelkie zobowiązania związane z realizacją umowy o udzielenie zamówienia publicznego zawartej w wyniku wadliwie przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zasadniczo nie ma wpływu na odpowiedzialność podmiotu udzielającego zamówienia” oraz podkreślił, że „w definicji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie mieszczą się zagadnienia związane z realizacją umowy o udzielenie zamówienia”.

W ocenie Sądu, jakkolwiek istotnie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie można utożsamiać z zagadnieniami związanymi z realizacją umowy dotyczącej tego zamówienia, to problem w rozpoznawanej sprawie sprowadza się do ustalenia, czy zgodnie z Planem Podziału Spółki - Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi sp. zo.o. w Olsztynie Spółka Nowo Zawiązana - Olsztyński Zakład Komunalny sp. zo.o. przejęła tylko – jak twierdzi organ – odpowiedzialność za realizacją umowy o udzielenie zamówienia publicznego zawartej w wyniku wadliwie przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego czy też – jak wywodzi skarżąca – także odpowiedzialność za przeprowadzone postępowania o udzielenie zamówienia publicznego łącznie z ewentualnymi konsekwencjami nałożenia kary pieniężnej z tytułu udzielenia zamówienia na usługę unieszkodliwiania odpadów z naruszeniem przepisów określających przesłanki stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odpowiedź na to pytanie wymaga analizy zapisów Planu Podziału, stanowiącego załącznik nr 1 do Uchwały nr 30/2010, z dnia 21 czerwca 2010 r., o podziale przez wydzielenie.

Analizy takiej Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie przeprowadził.

Winien to więc uczynić w toku ponownego rozpoznania sprawy, mając na uwadze postanowienia Części II Planu Podziału Spółki, w której w pkt 1 przyjęto zasadę, określając ją jako podstawową, iż głównym kryterium podziału i przekazania OKZ sp. z o.o. jako Spółce Nowo Zawiązanej jest zwiążanie składników majątku oraz analogicznie wszelkich zobowiązań, należności, decyzji administracyjnych, zezwoleń i koncesji z jej działalnością podstawową polegającą na wykonywaniu zadań w zakresie

Sygn. akt: V SA/Wa 2394/12

użyteczności publicznej, w tym utrzymaniem czystości i porządku oraz odzyskiem i unieszkodliwianiem odpadów na terenie Gminy Olsztyn.

Z mocy art.153 prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi organ związany jest oceną prawną i wskazaniem sądu co do dalszego postępowania.

Dopiero prawidłowe rozstrzygnięcie w zakresie właściwego określenia strony postępowania pozwoli na sądową kontrolę zasadności nałożenia na nią kary pieniężnej w wysokości 30.000 zł z tytułu udzielenia zamówienia publicznego na usługi unieszkodliwiania odpadów o kodach: 17 01 17, 19 08 01, 19 12 09, 19 12 10, 19 12 12, 20 03 99, wytwarzanych w Zakładzie Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Olsztynie - z naruszeniem przepisów określających przesłanki stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Mając powyższe na uwadze Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, w oparciu o art. 145 § 1 pkt 1 lit. c, art. 152 oraz art. 200 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. - Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. Nr 153, póź. 1270 ze zm.), orzekł jak w sentencji wyroku.

Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność z oryginałem



Marcin Kwiatkowski
Starszy sekretarz