

Sygn. akt V SA/Wa 3975/15



WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 czerwca 2016 r.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie
w składzie następującym:

Przewodniczący Sędzia WSA - **Mirosława Pindelska**

Sędzia WSA - **Justyna Mazur (spr.)**

Sędzia WSA - **Sławomir Fularski**

Protokolant: sekr. sąd. - **Marcin Woźniak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 czerwca 2016 r.

sprawy ze skargi [redacted] TBS [redacted]

na decyzję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

z dnia 28 lipca 2015 r. nr UZP/DP/O/027/47(6)/15/OS; Nr KP/14/15; KW-5979/15

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

oddala skargę.

w y r o k z dnia 8.06.16 sygn. akt V SA/Wa 3975/15
postanowienie jest prawomocny(ą) od dnia 23.08.2016
podpis sędziego



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność z oryginałem
Ariusz Debrowski
Starszy sekretarz sądowy

UZASADNIENIE

Przedmiotem skargi wniesionej do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie przez [REDAKTOWANE] TBS [REDAKTOWANE] (dalej: skarżąca, Spółka, Zamawiający) jest decyzja Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: Prezes UZP, Prezes Urzędu, organ odwoławczy) UZP/DP/O/027/47(6)/15/OS, nr KP/14/15, KW-5979/15 z 28 lipca 2015 r., utrzymująca w mocy decyzję własną z 22 czerwca 2014 r. (powinno być 22 czerwca 2015 r.) Nr KP/10/2015, KW-5156/15 o nałożeniu na Spółkę kary pieniężnej w wysokości 30.000 zł z tytułu udzielenia zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Jako podstawę prawną swojego rozstrzygnięcia organ odwoławczy powołał między innymi przepisy art. 200 ust. 1 pkt 1 lit. a) w związku z art. 201 ust.2 pkt 2 oraz art. 67 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.; dalej: „u.p.z.p.” lub „ustawa Pzp”).

Zaskarżona decyzja zapadła w następującym stanie faktycznym i prawnym:

Pismem z 31 marca 2010 r. Spółka zawiadomiła Prezesa UZP o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, którego przedmiotem był: [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE]. Jednocześnie wskazała,

iż zaproszenie do negocjacji skierowała do [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE] Jednocześnie Zamawiający, zgodnie z art. 142 ust. 3 ustawy Pzp, zawiadomił o zamiarze zawarcia umowy, będącej wynikiem powyższego postępowania, na okres 25 lat.

Zamawiający wyjaśnił, że z powodu braku możliwości sfinansowania przedmiotowej inwestycji z własnych środków finansowych, zwrócił się do Banku Gospodarstwa Krajowego o jej dofinansowanie w ramach Krajowego Funduszu Mieszkaniowego. Wniosek, pomimo zakwalifikowania nie uzyskał jednak promesy kredytu. Następnie Zamawiający ogłosił dwa przetargi nieograniczone, które zostały unieważnione. Z tej przyczyny zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki. W jego ocenie zaistniała bowiem wyjątkowa sytuacja, która nie wynikała z przyczyn leżących po jego stronie, w tym nie była możliwa do przewidzenia. Ponadto z uwagi na fakt, że

inwestycja była już rozpoczęta (ze względu na kończący się okres ważności pozwolenia na budowę) wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia, w związku z czym nie można było także zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Zdaniem Zamawiającego nie rozpoczęcie inwestycji naraziłoby Spółkę na ryzyko finansowe, z uwagi na dotychczasowe przeznaczenie środków na przygotowanie inwestycji. Odnośnie terminu realizacji umowy (25 lat) Zamawiający wyjaśnił natomiast, że jest on związany z faktem finansowania inwestycji ze środków zewnętrznych, zaś jedynym źródłem spłaty inwestycji będą przychody z tytułu czynszu najmu za lokale mieszkalne. Wysoki koszt inwestycji determinuje zatem spłatę tych środków w okresie 25 lat.

W toku kontroli, wszczętej przez Prezesa Urzędu 1 sierpnia 2013 r. na podstawie art. 161 ust. 1 u.p.z.p., skarżąca powołała, że w sprawie spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 4 powołanej ustawy. Dodała przy tym, że wykonawca nie przystąpił do wykonania zamówienia, umowa została rozwiązana i w efekcie środki publiczne nie zostały wydatkowane.

Po przeprowadzeniu kontroli Prezes UZP stwierdził, że Zamawiający nie wykazał, że w realiach niniejszej sprawy spełnione zostały przesłanki wymienione w art. 67 ust. 1 pkt 3 i 4 u.p.z.p. w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia, co stanowi również o naruszeniu treści art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 u.p.z.p. W szczególności w jego ocenie nie można uznać, że wskazana przez Spółkę konieczność zabezpieczenia finansowego realizacji przedmiotowej inwestycji jest sytuacją wyjątkową i nieprzewidywalną. Zdaniem organu odwoławczego nie zaistniała konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Zamawiający nie wykazał bowiem, iż nie było możliwe zachowanie terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, zaś czas pomiędzy unieważnieniem drugiego postępowania przetargowego (12 luty 2010 r.), a zawarciem umowy z Inwestorem Zastępczym (21 maja 2010 r.) dawał Zamawiającemu możliwość wyboru wykonawcy w warunkach uwzględniających zasadę uczciwej konkurencji. Wskazał także, iż Zamawiający zmodyfikował przedmiot zamówienia poprzez obniżenie wysokości kwoty środków gotówkowych na sfinansowanie inwestycji z pierwotnie zakładanych 10.500.000,00 zł do kwoty 7.500.000,00 zł, których pozyskanie było pierwotnie przedmiotem zamówienia. Zamawiający dokonał również zmiany w zakresie wymaganych dokumentów, to jest wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytowa została obniżona z kwoty 10.500.000,00 zł do kwoty 7.500.000,00 zł. W zakresie posiadanego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej odnośnie prowadzonej działalności,

w postępowaniu prowadzonym z wolnej ręki usunięto wysokość minimalnej kwoty, podczas gdy w ramach przetargów nieograniczonych wynosiła ona 2.000.000,00 zł.

W zastrzeżeniach do ww. wyników kontroli Spółka zarzuciła błąd w ustaleniach faktycznych polegający na nieuzasadnionym przyjęciu, że w sprawie nie zostały spełnione przesłanki do udzielania zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp powodujące w konsekwencji stwierdzone przez organ naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 powołanej ustawy.

Uchwałą z 13 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO/KD 110/13 Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła zastrzeżeń Zamawiającego do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. Uznała, iż brak mieszkań w ██████████, ani zbliżający się termin utraty ważności pozwolenia na budowę, ani likwidacja kredytów z Krajowego Funduszu Mieszkaniowego dla Towarzystw Budownictwa Mieszkaniowego, ani zawarcie umowy z wykonawcą budynku, ani zaangażowanie środków finansowych na przygotowanie dokumentacji technicznej nie stanowi o wystąpieniu sytuacji wyjątkowej, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Wskazała, że można uznać, iż przyczyny zaistniałej sytuacji nie leżały po stronie Zamawiającego, jednak Zamawiający mógł je wszystkie przewidzieć. Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła także ocenę dokonaną przez Prezesa UZP, albowiem nie spełniono wymaganej przesłanki co do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na jej niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia, a tylko z powodu nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu o charakterze podmiotowym. Za chybiony uznała także zarzut niestosowania ustawy Pzp do przedmiotowego postępowania, co zostało wykazane przez Prezesa UZP, gdyż z odpisów KRS spółek, zgromadzonych w sprawie wynika, iż Zamawiający spełnia przesłanki do stosowania ustawy Pzp z art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. b), c), d) ustawy Pzp.

W tych okolicznościach, Prezes Urzędu zawiadomieniem z dnia 2 marca 2015 r. wszczął wobec Spółki postępowanie administracyjne w sprawie nałożenia kary pieniężnej, zakończone decyzją tego organu z 22 czerwca 2015 r. o nałożeniu na podstawie art. 202 ust. 1 w zw. z art. 200 ust. 1 pkt 1 lit. a) w zw. z art. 201 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp kary pieniężnej w wysokości 30.000 zł tytułem udzielenia wymienionego na wstępie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp określających przesłanki stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

W uzasadnieniu decyzji Prezes UZP po przeprowadzeniu analizy dotyczącej posiadania osobowości prawnej, szczególnego celu działalności oraz przesłanki wywierania wpływu na Spółkę przez jednostki sektora finansów publicznych lub państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, wskazał, że Spółka zarówno w dacie udzielenia przedmiotowego zamówienia, jak i w dacie wydania decyzji zalicza się do podmiotów, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Dodał, iż skarżąca – [REDAKTURA] jest Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością i jako taka została zarejestrowana w Krajowym Rejestrze Sądowym, tym samym posiada osobowość prawną. Jej głównym przedmiotem działalności jest budowanie domów mieszkalnych i ich eksploatacja na zasadach najmu. W dacie zawiązania Spółki (26 stycznia 2000 r.) wszystkiej jej udziały zostały objęte przez Gminę Miasto [REDAKTURA]. W dacie decyzji Gmina Miasto [REDAKTURA] posiadała 6.875 udziałów Spółki, co stanowi 22,07% jej udziałów. Większościowym wspólnikiem Spółki jest [REDAKTURA], która posiada 24.271 udziałów Spółki, co stanowi 77,93% jej udziałów, zaś jedynym wspólnikiem w Spółce [REDAKTURA] jest Gmina Miasto [REDAKTURA]. Świadczenie usług z zakresu budownictwa mieszkaniowego stanowi zadanie własne gminy, które należy zaliczyć do zadań użyteczności publicznej. Przywołując zapisy art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Prezes Urzędu podniósł, iż Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki, w oparciu o ww. przepis. Podniósł, iż konieczność zabezpieczenia finansowego przedmiotowej inwestycji budowlanej nie jest sytuacją wyjątkową i nieprzewidywalną, gdyż terminy wynikające z uprzednio zawartych umów cywilnoprawnych nie świadczą o wyjątkowości zaistniałej sytuacji, a są wynikiem jedynie okoliczności zależnych od samego Zamawiającego, mają charakter organizacyjny i zależny od jego woli. Podniósł, iż Spółka zrezygnowała z promesy kredytu na inwestycje, zatem w kontekście argumentacji Spółki w zakresie konieczności pozyskania kredytu, nie zaszła sytuacja niezależna od zamawiającego, która pozwalałaby jej na zastosowanie niekonkurencyjnego trybu z wolnej ręki. Nie jest sytuacją wyjątkową i nieprzewidywalną okoliczność unieważnienia przez Spółkę dwóch kolejnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, przeprowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, poprzedzających udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki. O wyjątkowości i nieprzewidywalności w zakresie wykonania zamówienia nie przesądzał upływający termin ważności pozwolenia na budowę, wynikający z powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Nie wystąpiła konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Prezes UZP wskazał, iż od otwarcia ofert

Sygn. akt V SA/Wa 3975/15

w drugim postępowaniu, które miało miejsce w dniu 12 lutego 2010 r. do unieważnienia tego postępowania w dniu 12 marca 2010 r. upłynęło 28 dni, zaś od unieważnienia drugiego postępowania do wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki upłynęło kolejnych 17 dni. Umowa z kontrahentem wybranym w trybie z wolnej ręki została zawarta po upływie 69 dni od unieważnienia drugiego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego. Umowa ta została zawarta po upływie 22 dni od zakończenia negocjacji z ww. wykonawcą. Wskazał jednocześnie, iż zamiar zawarcia umowy w ww. przedmiocie na okres 25 - letni jest terminem zbyt długim, nieodpowiadającym celowi przepisu 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zdaniem Prezesa Urzędu, Spółka nie wykazała także spełnienia przesłanki stosowania trybu z wolnej ręki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż istotne warunki zamówienia w postępowaniu przeprowadzonym w trybie z wolnej ręki uległy zmianie w zakresie przedmiotu zamówienia, warunku wiedzy i doświadczenia, a także warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Nadto w postępowaniach przeprowadzonych przez Spółkę w trybie przetargu nieograniczonego, poprzedzających postępowanie z wolnej ręki, nie doszło do odrzucenia ofert z uwagi na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia.

Reasumując, zdaniem Prezesa Urzędu w sprawie nie wystąpiły przesłanki uprawniające Spółkę do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, co stanowi o naruszeniu art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 ustawy Pzp.

We wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy Spółka podtrzymała dotychczasowe stanowisko w sprawie. Podniosła, iż nie doszło do naruszenia przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Stąd nałożenie na Spółkę kary pieniężnej jest niezasadne.

Utrzymując w mocy decyzję własną z 22 czerwca 2015 r. Prezes Urzędu nie znalazł podstaw do jej zmiany. Stwierdził, że w decyzji tej, w sposób wyczerpujący uzasadnił podstawy nałożenia na Spółkę administracyjnej kary pieniężnej. Spółka udzieliła bowiem zamówienia publicznego z naruszeniem powołanych w decyzji przepisów ustawy Pzp. Stąd wystąpiły podstawy do nałożenia kary, o której mowa w art. 200 ust. 1, w wysokości określonej w treści art. 201 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Odniosł się przy tym w sposób szczegółowy do argumentacji Spółki zawartej we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, którą uznał za niezasadną (zob. str. 7 -11 zaskarżonej decyzji). Przedstawił również własne stanowisko co do rozumienia treści przepisów art. 67 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. Stwierdził, że powołane przez skarżącą okoliczności przemawiające w jej ocenie za udzieleniem spornego zamówienia z wolnej

ręki nie noszą cech wyjątkowości. Zdaniem Prezesa Urzędu nie wystąpiły zatem podstawy do zastosowania przez Spółkę ww. niekonkurencyjnego trybu udzielenia tego zamówienia.

Organ odwoławczy przedstawił również sposób wyliczenia wartości spornego w sprawie zamówienia, uzasadniający w jego ocenie nałożenie kary pieniężnej w wysokości wskazanej w treści art. 201 ust. 2 pkt 2 u.p.z.p.

W skardze, wniesionej do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, wnosząc o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości Spółka, reprezentowana przez pełnomocnika (adwokata) postawiła zarzuty naruszenia przepisów:

- art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne przyjęcie, że skarżący dopuścił do udzielenia zamówienia publicznego z naruszeniem powyższego przepisu, w następstwie czego została skarżącemu nałożona kara finansowa w wysokości 30.000 zł na podstawie art. 202 ust. 1 w zw. z art. 200 ust. 1 pkt 1 lit. a) w zw. z art. 201 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych;

- art. 67 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych poprzez błędne zastosowanie polegające na uznaniu, iż nie doszło przez skarżącego do spełnienia przesłanek uzależniających zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, kiedy w rzeczywistości przesłanki te zostały przez skarżącego zrealizowane.

Rozwijając powyższe zarzuty w motywach skargi jej autor przedstawił przebieg postępowania w sprawie oraz okoliczności udzielenia przez Spółkę zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki. W ocenie pełnomocnika skarżącej, w sprawie wystąpiły podstawy do skorzystania z tego trybu udzielenia zamówienia, gdyż wystąpiły wyjątkowe okoliczności, niezależne od samej skarżącej uprawniające ją to takiego działania. Z założeń struktury finansowania inwestycji wynikało, że większość środków będzie pochodzić z kredytu. Spółka przeszła pozytywnie procedurę uzyskania kredytu z Krajowego Funduszu Mieszkaniowego, jednak pomimo tego nie otrzymała promesy kredytu z powodu braku środków i praktycznej likwidacji finansowania ze środków KFM. Tym samym koniecznym stało się pozyskanie środków od innego podmiotu zewnętrznego. Spółka dwukrotnie ogłaszała postępowania przetargowe w trybie przetargu nieograniczonego. Postępowania te nie doprowadziły jednak do udzielenia tego zamówienia. Spółka nie mogła przewidzieć, że trzy próby pozyskania finansowania zakończą się niepowodzeniem. Nadto Spółka nie mogła dochować terminów określonych dla innych trybów konkurencyjnych. Znalazła się zatem w wyjątkowej sytuacji. Dochowała przy tym należytej staranności przy prowadzeniu ww. przetargów.

Zdaniem Spółki, z uwagi na konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia i zakończenia rozpoczętej inwestycji budowlanej, w związku z którą poniesiono znaczne wydatki oraz krótki okres prowadzenia prac budowlanych na terenie działania Spółki, była uprawniona do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Nadto w jej ocenie przemawiały za tym względy społecznościowe związane z zapotrzebowaniem w [REDAKTOWANE] na lokale mieszkalne oraz przez wzgląd na odbiór społeczny (spółka w części należy do Skarbu Państwa – Gminy Miasta [REDAKTOWANE]).

Odpowiadając na skargę, Prezes Urzędu wniósł o jej oddalenie, podtrzymując stanowisko zawarte w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji.

Pismem procesowym z dnia 17 listopada 2015 r. Spółka działaniem pełnomocnika podtrzymała dotychczasowe stanowisko w sprawie, zaś na rozprawie poprzedzającej wydanie wyroku w przypadku nie uwzględnienia skargi, wniosła o obniżenie kary co najmniej o połowę, nie kwestionując jednocześnie wartości przedmiotu zamówienia.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie zważył, co następuje:

Sądy administracyjne sprawują wymiar sprawiedliwości między innymi poprzez kontrolę działalności administracji publicznej pod względem jej zgodności z prawem, jeżeli ustawy nie stanowią inaczej - art. 1 § 1 i 2 ustawy z dnia 25 lipca 2002 r. - Prawo o ustroju sądów administracyjnych (Dz.U. z 2014 r., poz. 1647). Na podstawie art. 3 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. - Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tj. Dz.U. z 2012 r., poz. 270; dalej: p.p.s.a.) sądy stosują środki określone w ustawie. Regulacje te określają podstawową funkcję sądownictwa i toczącego się przed nim postępowania, którą jest sprawowanie wymiaru sprawiedliwości poprzez działalność kontrolną nad wykonywaniem administracji publicznej. W tym zakresie mieści się ocena, czy zaskarżona decyzja odpowiada prawu i czy postępowanie prowadzące do jej wydania nie jest obciążone wadami uzasadniającymi uchylenie rozstrzygnięcia.

Rozważając argumenty przedstawione w skardze Sąd stwierdził, że nie są one trafne, a w konsekwencji skarga nie jest zasadna, co skutkowało jej oddaleniem.

Na wstępie przypomnieć należy, iż przedmiotem sporu w niniejszej sprawie jest wystąpienie naruszenia przepisów ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, którego przedmiotem był: [REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE] KW 44412, na którym [REDAKTOWANE] 5", w którym to postępowaniu zaproszenie do negocjacji skarżąca skierowała do [REDAKTOWANE] Fundacja Kapitałowy [REDAKTOWANE] W ocenie Prezesa UZP skarżąca udzieliła zamówienia z wolnej ręki mimo braku wystąpienia wskazywanych przez skarżącą przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, co doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 10 ust. 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji nałożenia kary pieniężnej.

Dokonanie oceny zgodności z prawem zaskarżonej decyzji wymaga oceny prawidłowości zastosowania ustawy o Pzp do skarżącej w świetle art. 3 ust. 1 ustawy Pzp. Odnosząc się do powyższej okoliczności wywody i wnioski Prezesa UZP w tej mierze należy uznać za trafne. Jak wynika z Krajowego Rejestru Sądowego, [REDAKTOWANE] TBS [REDAKTOWANE] jest Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w [REDAKTOWANE]. Tym samym posiada osobowość prawną. Z aktu założycielskiego Spółki (z dnia 26 stycznia 2000 r.) wynika, iż została ona zawiązana na podstawie uchwały Rady Miasta [REDAKTOWANE] Nr VIII/67/99 z dnia 28 kwietnia 1999 r. Przez Gminę Miasto [REDAKTOWANE] a jej głównym przedmiotem działalności jest budowanie i nabywanie domów mieszkalnych i ich eksploatacja na zasadach najmu. W dacie zawiązania Spółki (26 stycznia 2000 r.) wszystkiej jej udziały zostały objęte przez Gminę Miasto [REDAKTOWANE]. Z aktu założycielskiego uwzględniającego zmiany wprowadzone aktem notarialnym z dnia 30 czerwca 2009 r. Rep. A Nr 4426/2009 wynika zaś, iż Gmina Miasto [REDAKTOWANE] posiada w kapitale zakładowym Spółki na 29.686 udziałów – 6.875 udziałów, pozostałe udziały w ilości 22.811 należą do [REDAKTOWANE] Zakładu. Z Krajowego Rejestru Sądowego wynika, iż jedynym udziałowcem Spółki [REDAKTOWANE] jest Gmina Miasto [REDAKTOWANE]. Jak trafnie zauważa Prezes UZP, w akcie założycielskim Spółki, wskazano, iż działa ona na podstawie ustawy z dnia 26 października 1995 r. o niektórych formach popierania budownictwa mieszkaniowego (Dz. U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1070 ze zm.) i z uwagi na podstawowy przedmiot działalności realizuje zadanie własne gminy, polegające na zaspokajaniu zbiorowych potrzeb wspólnoty w zakresie gminnego budownictwa mieszkaniowego. Zadanie to wynika wprost z art. 7 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2001 r., Nr 142, poz. 1591 ze zm.). Nie ulega zatem wątpliwości prawidłowość dokonanej przez Prezesa Urzędu oceny, iż do Spółki mają

zastosowanie postanowienia ustawy Pzp, z uwagi na spełnienie przesłanek z art. 3 ust. 1 pkt 3 tej ustawy.

Tym samym Spółka udzielając zamówienia z wolnej ręki winna wykazać wystąpienie co najmniej jednej z okoliczności wskazanych w art. 67 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Spółki udzielenie zamówienia z wolnej ręki uzasadnione było okolicznościami, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, 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. Przepis ten 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 być zatem sytuacje wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego. Za taką wyjątkową sytuację, w świetle poglądów prawnych zaprezentowanych m.in. w wyrokach Naczelnego Sądu Administracyjnego z 14 czerwca 2011 r., sygn. akt II GSK 688/10 oraz z 3 lutego 2013 r., sygn. akt II GSK 1337/12, której zamawiający nie mógł przewidzieć, należy uznać zdarzenia losowe (klęski żywiołowe, katastrofy, powodzie, pożary huragany, trzęsienia ziemi). Wyjątkowa sytuacja nie może przy tym wynikać z przyczyn leżących po stronie zamawiającego (zaniedbań, niezachowania należytej staranności, niedbalstwa). Natychmiastowe wykonanie zamówienia ze względu na wyjątkową sytuację oznacza 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. Sytuacja nieprzewidywalna to taka, której wystąpienie w normalnym toku rzeczy jest nieprawdopodobne, a nieprzewidywalność takiej sytuacji przez zamawiającego powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych. Za wyjątkową sytuację, której zamawiający nie mógł przewidzieć, nie można uznać wystąpienia mrozów lub opadów śniegu w styczniu, w rejonach, gdzie cyklicznie w tym okresie takie mrozy lub opady śniegu występują. Pomiedzy koniecznością natychmiastowego wykonania zamówienia,

a wyjątkową sytuacją musi zachodzić związek przyczynowy. Ponadto podstawą do udzielenia zamówienia z wolnej ręki z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. nie może być zagrożenie interesu ekonomicznego zamawiającego wynikające ze zdarzeń przewidywalnych. Potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia musi być uzasadniona koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań. Zamówienie z wolnej ręki powinno dotyczyć wyłącznie zakresu koniecznego do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom określonego zdarzenia, zabezpieczenia najpilniejszych bieżących potrzeb zamawiającego w czasie niezbędnym do przeprowadzenia procedury udzielania zamówień publicznych w warunkach uczciwej konkurencji (por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, dalej TSUE z 2 sierpnia 1993 r. w sprawie C-107/92 oraz z 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-394/02; zob. także uchwała KIO z 15 marca 2012 r., KIO/KD 28/12, www.uzp.gov.pl; p. Józef E. Nowicki, Komentarz do art. 67 ustawy Prawo zamówień publicznych, pub. Lex).

Odnosząc powyższe rozważania do stanu faktycznego niniejszej sprawy, w ocenie Sądu organy trafnie uznały, że nie zaistniały w niniejszej sprawie nadzwyczajne okoliczności dające podstawy do zastosowania trybu z art. 67 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p. Za takie w szczególności nie można uznać, wbrew twierdzeniu skarżącej braku możliwości pozyskania własnych środków na realizację inwestycji (stąd w ocenie Spółki konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia), w szczególności, że jak wynika także z twierdzeń skargi, już z założeń struktury finansowania wynikało, iż większość środków będzie pochodzić z kredytu, a uzyskanie środków kredytu pochodzącego z Krajowego Funduszu Mieszkaniowego nie mogło być uznawane za pewne. Także wyjątkowej sytuacji nie stanowi okoliczność dotycząca zakończenia realizacji inwestycji i całkowitego rozliczenia się z wykonawcą, gdyż wskazane elementy wynikają z zawartej umowy dotyczącej realizacji inwestycji, a zatem są to okoliczności o charakterze organizacyjnym, przewidywalnym, są zależne od woli stron i są typowe w obrocie gospodarczym przy tego typu inwestycjach. Także zbliżający się termin wygaśnięcia udzielonego Spółce pozwolenia na budowę nie stanowi okoliczności wyjątkowej, gdyż wynika on z przepisów prawa budowlanego, o którym Spółka miała wiedzę od początku prowadzenia procesu inwestycyjnego. Także względy społecznoekonomiczne nie znajdują oparcia w przepisach u.p.z.p. Ustawodawca nie wprowadził bowiem odmiennych przesłanek stosowania zamówień z wolnej ręki ze względu na specyfikę działalności podmiotów w obrocie gospodarczym (tutaj budownictwo mieszkaniowe). Trafnie także w ocenie Prezesa UZP skarżąca nie

wykazała, iż wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia i nie było możliwe zachowanie terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Z akt administracyjnych wynika bowiem, iż okres od daty unieważnienia drugiego postępowania przetargowego do daty zawarcia umowy z Inwestorem Zastępczym jest określony datami od 12 marca 2010 r. do 21 maja 2010 r., umowa zawarta po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki została zawarta po 22 dniach od zakończenia negocjacji. W ocenie Prezesa UZP czas pomiędzy unieważnieniem przetargu a zawarciem umowy z Inwestorem Zastępczym dawał skarżącej możliwość wyboru wykonawcy w warunkach uczciwej konkurencji. Okoliczności, które by skutecznie podważyły prawidłowość tego twierdzenia skarżąca nie przedstawiła. Nie można bowiem z taką potraktować obawy, iż kolejny przetarg mógłby nie dojść do skutku.

Prawidłowo organ przyjął nadto, że w przypadku skarżącej nie zostały spełnione przesłanki, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 4 u.p.z.p. Warunki zamówienia w postępowaniu przeprowadzonym przez Spółkę w trybie udzielenia zamówienia z wolnej ręki w odniesieniu do postępowania w trybie przetargu nieograniczonego zostały zmienione w zakresie przedmiotu zamówienia. Nie została zatem spełniona przesłanka uzależniająca zastosowanie trybu z wolnej ręki od braku istotnych zmian pierwotnych warunków zamówienia. Przedmiot zamówienia został bowiem zmodyfikowany poprzez obniżenie wysokości kwoty środków gotówkowych na sfinansowanie inwestycji z pierwotnie zakładanych 10.500.000, 00 zł do kwoty 7.500,00 zł, których pozyskanie było przedmiotem zamówienia. Zmodyfikowano również żądanie co do wymaganych dokumentów oraz w zakresie posiadanego ubezpieczenia o odpowiedzialności cywilnej. W szczególności modyfikacja przedmiotu zamówienia nie może być uznana za nieistotną, co sprawia, że już tylko z tego względu powoływanie się na okoliczności z art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie jest możliwe, albowiem przesłanka wskazująca na brak możliwości istotnej zmiany warunków zamówienia nie została spełniona. Nadto nie wystąpiły okoliczności przewidziane w art. 89 ust. 1 pkt 2 u.p.z.p., gdyż poprzednie dwa przetargi nieograniczone zostały unieważnione z innych niż wymienione w ww. przepisie przyczyn. Jak wynika z protokołu postępowania w sprawie 1/FINANSOWANIE/2009 postępowanie o udzielenie zamówienia zostało unieważnione w dniu 31 grudnia 2009 r. z uwagi na to, że nie wpłynęła żadna oferta, zaś z protokołu postępowania w sprawie 2/FINANSOWANIE/2009 wynika, iż to postępowanie o udzielenie zamówienia zostało unieważnione w dniu 12 marca 2010 r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 powołanej ustawy.

Konkludując należy uznać, że Prezes Urzędu i KIO trafnie oceniły, że w sprawie doszło do naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 3 i 4 u.p.z.p. w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2 tej ustawy. Spółka zatem nie była uprawniona do udzielenia spornego zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdyż nie wykazała okoliczności wymienionych zarówno w treści art. 67 ust. 1 pkt 3, jak i pkt 4 ustawy Pzp.

W tej sytuacji, wystąpiły podstawy do zastosowania wobec niej przepisów art. 200 ust. 1 pkt 1 lit. a) w związku 201 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie ze wskazanymi przepisami, zamawiający, który udziela zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki stosowania trybów udzielania zamówienia: negocjacji bez ogłoszenia, z wolnej ręki, lub zapytania o cenę podlega karze pieniężnej. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, a jest mniejsza niż 10.000.000 euro kara pieniężna wynosi 30.000 zł. Ze względu na prawidłowo ustaloną (co szczegółowo opisano w zaskarżonej decyzji, jako decyzji ją poprzedzającej) i niekwestionowaną wartość przedmiotowego zamówienia w niniejszej sprawie znajduje zastosowanie art. 201 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, czego skutkiem jest nałożenie kary pieniężnej w wysokości 30.000 zł. Zauważyć jednocześnie należy, iż art. 201 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wskazuje na wysokość kary wynoszącą 30.000 zł, uzależniając powyższe jedynie od wartości zamówienia. Tym samym nie jest możliwe modyfikowanie wysokości kary, albowiem działanie takie byłoby sprzeczne z obowiązującymi w tej mierze przepisami.

Z powyższych względów uznając, że nie nastąpiło naruszenie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, ani też art. 200 ust. 1 pkt 1 lit a) oraz art. 201 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 u.p.z.p. Sąd nie dopatrył się też innych naruszeń prawa materialnego mających wpływ na wynik sprawy, ani też naruszeń przepisów postępowania mogących mieć istotny wpływ na wynik sprawy. Nie stwierdził też naruszeń prawa dających podstawę do wznowienia postępowania administracyjnego, ani okoliczności powodujących stwierdzenie nieważności objętych kontrolą decyzji.

Biorąc to wszystko pod uwagę, na podstawie art. 151 p.p.s.a Sąd był zobowiązany orzec, jak w sentencji.



Na oryginale właściwe podpisy
Za zgodność z oryginałem

Artur Sobrowolski

Stary sekretarz sądowy