

**Sygn. akt V SA/Wa 875/10**

**WYROK  
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

**Dnia 29 lipca 2010 r.**

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie  
w składzie następującym:

Przewodniczący	Sędzia WSA	- Piotr Kraczowski
Sędzia WSA		- Beata Krajewska
Sędzia WSA		- Małgorzata Rysz (spr.)
Protokolant		- Monika Włochińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2010 r.  
sprawy ze skargi Centralnej Pompowni „Bolko” Sp. z o.o. w Bytomiu  
na decyzję Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych  
z dnia 11 lutego 2010 r. nr KP/3/10  
w przedmiocie nałożenia kary pieniężnej z tytułu udzielenia zamówienia  
publicznego z naruszeniem prawa

**oddala skargę**



Na oryginalne własność urzędu  
Za zgodności z oryginałem  
Marcin Waclawek  
*Marcin Waclawek*  
specjalista

## **UZASADNIENIE**

Przedmiotem skargi wniesionej do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie przez Centralną Pompownię „Bolko” Sp. z o.o. w Bytomiu jest decyzja Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 11 lutego 2010 r., nr KP/3/10, utrzymująca w mocy decyzję własną z dnia 11 grudnia 2009 r., nr KP/29/09 o nałożeniu na skarżącą kary pieniężnej z uwagi na udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów dotyczących udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Zaskarżona decyzja wydana została 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 dnia 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. Gwarek), które byłyby zdolne do zrealizowania zamówienia.

Pismem z dnia 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

## Sygn. akt V SA/Wa 875/10

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.).

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. Poza tym wykonawcą, jedynie Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. ma doświadczenie w wykonywaniu wyrobisk podziemnych, jednak tylko w górnictwie węglowym, w którym specyfika procesu odwadniania jest znacząco inna.

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

## Sygn. akt V SA/Wa 875/10

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 na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a cytowanej ustawy. Z uwagi na brak pewności odnośnie monopolu technicznego wskazywanego wykonawcy, istnieje potrzeba weryfikacji rynku poprzez przeprowadzenie postępowania konkurencyjnego.

W dniu 2 września 2009 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wszczął postępowanie administracyjne w sprawie nałożenia na Centralną Pompownię „Bołko” 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. (Dz. U. z 2000 r., nr 98, poz. 1071 z późn. zm.) – Kodeks postępowania administracyjnego jako bezprzedmiotowego. Wskazano, że art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiera zamknięty katalog podmiotów zobowiązanych do stosowania jej przepisów przy udzielaniu zamówień publicznych. Tymczasem spółka nie jest jednostką sektora finansów publicznych, nie wypełnia też przesłanek, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5

## Sygn. akt V SA/Wa 875/10

ww. ustawy, 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. Skarżąca 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 dnia 11 grudnia 2009 r., nr KP/29/09 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, gdyż jednostki sektora finansów publicznych są tylko jedną z kategorii podmiotów zobowiązanych do stosowania przepisów ww. ustawy, w tym konkretnym przypadku na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 1 tej ustawy, natomiast pomiot prawa publicznego jest odrębną kategorią wyróżnioną w art 3 ust.1 pkt 3.

Dalej podkreślono, że udzielenie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit a cytowanej ustawy 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



## Sygn. akt V SA/Wa 875/10

wątpliwość, czy rynek wykonawców zajmujących się realizacją przedmiotu zamówienia obejmuje rzeczywiście tylko jednego wykonawcę.

W przedmiotowej sprawie o powyższych wątpliwościach świadczy opinia wydana przez Ministerstwo Gospodarki - Departament Górnictwa, z której wynika, że obecnie funkcjonują na rynku również inne niż Pumech-Orzeł Sp. z o.o. podmioty będące w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie. Ponadto wskazano, że strona winna brać pod uwagę, iż wykonawcy, którzy nie są w stanie sami zrealizować przedmiotu zamówienia, mogą być wspólnie zdolni do ubiegania się o zamówienie (art. 23 ust. 1 cyt. ustawy). Ponadto spółka nie przeprowadziła rozeznania co do istnienia podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia na rynku wszystkich państw członkowskich GPA. Wyjaśniono również, iż wynik postępowania konkurencyjnego przeprowadzonego przez 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.

W dniu 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.

## Sygn. akt V SA/Wa 875/10

Decyzją z dnia 11 lutego 2010 r., nr KP/3/10 Prezes Urzędu Zamówień Publicznych utrzymał w mocy decyzję własną z dnia 11 grudnia 2009 r., nr KP/29/09.

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, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe stwierdzenie uzasadniono faktem, iż spółka jest osobą prawną, w 100% finansowaną ze środków publicznych oraz prowadzi działalność polegającą na zaspokajaniu potrzeb w interesie ogólnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego.

Następnie zaznaczono, że jako zamawiający, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 cytowanej ustawy spółka udzielając zamówień na dostawy, usługi lub roboty budowlane zobowiązana jest do stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych, w każdej sytuacji gdy zamówienie nie jest zwolnione przedmiotowo z takiego obowiązku, w tym w szczególności gdy jego wartość, tak jak w niniejszej sprawie, przekracza równowartość w złotych kwoty 14.000 euro.

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 wymienionych enumeratywnie w przepisach ustawy - Prawo zamówień publicznych. Organ podniósł, iż 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 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. O wątpliwościach, co do istnienia wyłącznie

## Sygn. akt V SA/Wa 875/10

jednego podmiotu zdolnego do realizacji zamówienia świadczy również opinia wydana przez Departament Górnictwa Ministerstwa Gospodarki, z której wynika, że na rynku funkcjonują też inne niż Pumech-Orzeł Sp. z o.o. podmioty będące w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienia.

Następnie Prezes Urzędu odniósł się do wyjaśnień strony skarżacej, 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. W tym miejscu organ wyjaśnił, 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 nie wykazała spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a cyt. ustawy, 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 wskazał na treść art. 168 cyt. ustawy. 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



## Sygn. akt V SA/Wa 875/10

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 w Warszawie Centralna Pompownia „Bolko” Sp. z o.o. w Bytomiu zwróciła się o uchylenie decyzji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 11 lutego 2010 r., nr KP/3/10 oraz poprzedzającej ją decyzji z dnia 11 grudnia 2009 r., nr KP/29/09.

W pierwszej kolejności spółka zaznaczyła, iż w przedmiotowej sprawie nie ma podstaw do nałożenia kary pieniężnej. Powyższe uzasadniła faktem, iż przed udzieleniem zamówienia zweryfikowała 21 podmiotów gospodarczych w zakresie funkcjonowania na rynku wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Zaznaczyła, iż przeprowadzona przez nią analiza była zbieżna z opinią Ministerstwa Gospodarki z 2005 r., w której stwierdzono, że firma Pumech-Orzeł Sp. z o.o. jest jedynym podmiotem, który jest w stanie zrealizować zamówienie. Następnie spółka zarzuciła, iż z uzasadnienia zaskarżonej decyzji wynika, iż Prezes Urzędu pominął podnoszone przez nią argumenty. W szczególności w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji zabrakło odniesienia się do powoływanej przez skarżącą opinii prof. Janusza Girczysa, która potwierdza stanowisko skarżącej, że tylko wyspecjalizowany podmiot w zakresie wykonywania prac przy odwadnianiu wyrobisk porudnych może wykonać przedmiotowe zlecenie, a także argumenty skarżącej dotyczące konieczności prowadzenia prac odwadniających w sposób ciągły z uwagi na możliwość wystąpienia katastrofy, w przypadku przerwy w pracy pomp przez okres powyżej 12 godzin. Prezes Urzędu nie ustosunkował się także do powołanego przez skarżącą orzeczenia Głównej Komisji Orzekającej z dnia 3 października 2005 r., a także cytowanego przez skarżącą fragmentu komentarza do ustawy Prawo zamówień publicznych. Wobec powyższego skarżąca wyrażając wątpliwość co do bezstronnego działania organu zarzuciła naruszenie art. 107 § 1 i 3 oraz art. 7, 8, i 77 § 1 k.p.a.

Wskazując na prawidłowe zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt. 1 lit. a cytowanej ustawy spółka raz jeszcze wskazała, iż przed udzieleniem zamówienia w trybie z wolnej ręki przeprowadziła analizę (weryfikacja 21 podmiotów gospodarczych), z której wynikało, że firma Pumech-Orzeł Sp. z o.o. to jedyny podmiot, który jest w stanie wykonać zamówienie. Ponadto jak wynika z treści notatki służbowej Urzędu Zamówień Publicznych, działania skarżącej ocenione zostały jako prawidłowe. Również Prezes

## **Sygn. akt V SA/Wa 875/10**

Urzędu Zamówień Publicznych w piśmie z dnia 26 lutego 2009 r., nr UZP/DKD/MD/239743/3596/09 stwierdził, że analiza dokonana przez spółkę przeprowadzona została z zachowaniem należytej staranności. Wobec powyższego nie można wymagać aby spółka przeprowadzała niepotrzebne i kosztowne procedury (weryfikacja rynku państw GPA) w celu zapewnienia formalnej zgodności z jednym z przepisów ustawy, w sytuacji gdy realna ocena sytuacji pozwala na wyciągnięcie oczywistego wniosku, że zastosowany tryb udzielenia zamówienia jest trybem właściwym.

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

### **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 - patrz art. 1 § 1 i 2 ustawy z dnia 25 lipca 2002 r. - Prawo o ustroju sądów administracyjnych (Dz.U. Nr 153, poz. 1269). Uzpełnieniem powyższego jest treść art. 3 § 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. - Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. Nr 153, poz. 1270 z późn. zm.) - dalej: p.p.s.a., w którym wskazano, iż sądy stosują środki określone w ustawie.

Powyższe regulacje określają podstawową funkcję sądownictwa i toczącego się przed nim postępowania. Jest nią 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 w tym kontekście argumenty przedstawione w skardze, stwierdzić należy, że są one bezzasadne.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, iż skarżąca spółka jako tzw. podmiot prawa publicznego opisany w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., nr 223, poz. 1655 ze zm.); dalej: upup, (tzn. inne, niż należące do sektora finansów publicznych osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających

## Sygn. akt V SA/Wa 875/10

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 przypomnieć także należy, że podstawowym trybem udzielania zamówienia publicznego są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, a udzielenie zamówienia z wolnej ręki dopuszczalne jest wyłącznie w przypadku określonym w ustawie (art. 10 upzp). Z kolei przepisy określające przesłanki stosowania nieprzetargowych trybów udzielania zamówień publicznych powinny być interpretowane ściśle (por. wyrok SN z dnia 6 lipca 2001r., sygn. III RN 16/01 publ. OSNP 2001/22/657).

Skorzystanie z trybu wskazanego w art. 67 § 1 pkt a upzp uzależnione jest od tego, czy „dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę, z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze”. Za przyczyny techniczne *sensu stricte* uważa się przede wszystkim istnienie takiej sytuacji, w której zamawiający nie ma wyboru ze względu na posiadanie infrastruktury technicznej jaką dysponuje, z tym przypadkiem mamy do czynienia w przypadku dostaw gazu, prądu, wody, odprowadzania ścieków, gdy odpowiednie przyłącza są własnością danego wykonawcy.

Istnienie przyczyn technicznych w szerszym sensie, a na taki przypadek powoływała się skarżąca w tej sprawie, musi przede wszystkim mieć „charakter obiektywny”, a nie wynikać wyłącznie z przekonania zamawiającego. W orzecznictwie sądowym wielokrotnie podkreślano wagę tej przesłanki ( por. wyrok WSA w Warszawie z dn. 13 października 2004r., sygn. akt II S.A. 1921/03, wyrok NSA z dn.19 kwietnia 2004r., sygn. IISA2514/01), zgodnie z którym istnienie tylko jednego dostawcy lub wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste, wynikać z obiektywnych, niebudzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania strony zamawiającej. Uważa się też, że „przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze” nie należy utożsamiać ze względami gospodarczymi i organizacyjnymi, warunkującymi celowe, racjonalne i terminowe wykonanie zamówienia i oraz wydatkowanie środków publicznych. Względy organizacyjne i gospodarcze, takie

## Sygn. akt V SA/Wa 875/10

jak np. bliskość dostawcy do miejsca wykonywania zamówienia, jak i racjonalność oferty w oczywisty sposób powinny być zweryfikowane w postępowaniu przeprowadzonym w jednym z trybów konkurencyjnych.

Istnienie tej przesłanki było sporne między stronami. 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. dr hab. inż. 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 zgadza 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 2009r., Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, iż strona nie wzięła ponadto pod uwagę, że w świetle art. 23 ust. 1 upzp 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. Wreszcie kolejny poważny argument, który sąd uznał – ograniczenie analizy do rynku polskiego z całkowitym pominięciem rynku państw członkowskich GPA. Przy wykazaniu istnienia przesłanki z art. 67 § ust.1 pkt 1a upzp zamawiający powinien wziąć pod uwagę nie tylko wykonawców krajowych, ale mając na uwadze zasadę swobodnego przepływu towarów i usług w ramach całego obszaru porozumienia GPA zanalizować również możliwości wykonawców z tego obszaru. W rozumieniu tego przepisu przez rynek należy bowiem rozumieć zarówno rynek krajowy jak i zagraniczny. Takiego rozeznania w żadnym zakresie nie wykonano, co wynika nie tylko z dokumentacji zawartej w aktach administracyjnych, w szczególności protokołu z

## Sygn. akt V SA/Wa 875/10

analizy rynku, lecz również z oświadczeń i stanowiska strony prezentowanych w toku postępowania administracyjnego i sądowego. Sąd nie podziela 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. dr hab. inż. Janusza Girczysa, złożoną przez stronę w postępowaniu administracyjnym, to organ ustosunkował się do tej kwestii w sposób pośredni odwołując się w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji do związania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych stanowiskiem Krajowej Izby Gospodarczej z 12 marca 2009r, na podstawie art. 167 ust.4 upzp. Nie były 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.

Zdaniem sądu 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 sąd te argumenty podziela, 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 upz ) 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 2005r., w której stwierdzono, że firma Pumech – Orzeł Sp. zo.o. jest jedynym podmiotem, który jest w stanie wykonać zamówienie.

Z wyżej przedstawionych względów, a także mając na uwadze prymat trybów



## Sygn. akt V SA/Wa 875/10

konkurencyjnych przy udzielaniu zamówień publicznych oraz, iż to na zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, że odstąpienie od trybu przetargu było uzasadnione, należy uznać 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.

Tym samym spełniona została przesłanka z art. 200 ust. 1 pkt 1 lit a, stanowiącego, że podlega karze pieniężnej zamawiający, który udziela zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy określających przesłanki stosowania poszczególnych trybów udzielenia zamówienia. Jak podkreślił organ naczelnym celem ustawy o zamówieniach publicznych było ustanowienie takich reguł, aby wydatkowanie środków publicznych następowało w warunkach wolnej konkurencji i równego dostępu zainteresowanych podmiotów do zamówień publicznych (art. 7 ustawy). Udzielenie zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem przesłanek jego stosowania jest rażącym naruszeniem przepisów ustawy, gdyż godzi w podstawowe zasady udzielania zamówienia publicznego i niweczy cel dla którego zasady te zostały ustanowione. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych którego ustrojowym zadaniem jest czuwanie nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień publicznych może podjąć decyzję o niestosowaniu sankcji w przypadku stwierdzenia naruszeń o mniejszej wadze, ale nie w przypadku rażącego naruszania zasad systemu zamówień publicznych. Jak wskazał ponadto organ z możliwych do zastosowania sankcji z art. 168 wchodziła w grę tylko kara pieniężna, gdyż skarżąca nie podlega karom za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, z kolei umowa zawarta w trybie zamówienia z wolnej ręki na wykonanie usług odwadniania wyrobisk porudnych została już wykonana, zatem bezcelowe byłoby występowanie do sądu o stwierdzenie jej nieważności. Z tych przyczyn jedyną adekwatną karą w okolicznościach niniejszej sprawy była kara pieniężna, w wysokości określonej w art. 201 ust. 2 pkt 2 ustawy. Zdaniem sądu 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 upzp ).

Nie zasługuje również na uwzględnienie podniesiony w skardze zarzut naruszenia przepisów prawa procesowego ( art. 7, 8, 77 § 1 i 107 § 1 i 3 kpa) poprzez nieustosunkowanie się przez organ do zarzutów podnoszonych przez skarżącą

## Sygn. akt V SA/Wa 875/10

we wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że nie każde naruszenie przepisów postępowania może prowadzić do uchylenia zaskarżonej decyzji, a tylko takie które mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy.

Po drugie 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.

Słusznie w odpowiedzi na skargę Prezes Urzędu wskazał, że ustosunkowanie się do zarzutów podnoszonych przez stronę nie polega na wypunktowaniu każdego argumentu i wskazaniu w odniesieniu do każdego z nich osobno odmiennej oceny organu. Zdaniem sądu obowiązek ustosunkowania się do zarzutów strony jest spełniony, jeśli organ pogrupował zarzuty podobne i zaprezentował własną argumentację odwołując się do przeprowadzonych dowodów i wszechstronnie analizując okoliczności sprawy w zakresie poszczególnych zarzutów ( art. 7 i 77 § 1 kpa). Nie jest konieczne aby analizować każde zdanie napisane przez stronę, czy też każdy fragment komentarza lub poszczególne, cytowane w pismach strony orzeczenia sądów czy innych organów, ważne jest to, aby przy rozpoznaniu sprawy nie został pominięty żaden istotny problem. Sąd zgadza się z organem, że przytoczenie fragmentu komentarza czy orzeczenia GKO nie stanowi zarzutu, dowodu czy okoliczności faktycznej, które powinien uwzględnić organ wydając decyzję. Zostały one przytoczone dla poparcia stanowiska strony i mogą co najwyżej zostać uznane za uzasadnienie zarzutów strony, a nie za sam zarzut. Organ uzasadnił należycie swoje stanowisko nałożenia na 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 ona zastosowania. Jeśli chodzi zaś o odniesienie się do powoływanej przez skarżącą opinii, to jak wyżej wskazano, organ odniósł się do niej w zaskarżonej decyzji pośrednio powołując się na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej, która w zakresie zastrzeżeń do wyniku kontroli jest dla Prezesa Urzędu wiążąca, a która wyczerpująco ustosunkowała się do stanowiska prezentowanego w opinii i nie kwestionując go uznała za niemające wpływu

## Sygn. akt V SA/Wa 875/10

na ocenę wykazania spełnienia przesłanek z art. 67 ust.1 pkt 1 lit. a upzp.

Z tych wszystkich względów skarga jako niezasadna podlegała na podstawie art. 151 p.p.s.a. oddaleniu.



Ka oryginał wusur e p. 00/09

Za zgodność z oryginałem

Marcin Wacławek

*Marcin Wacławek*  
specjalista