

WYROK
z dnia 8 stycznia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo

Protokolant: Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w dniach* 08.01.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Freightliner PL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, al. KEN 36/200** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Elektrownię „Kozienice” Spółka Akcyjna z siedzibą w Kozienicach, Świerże Górne** protestu / protestów* z dnia 23.11.2007 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego xxx - po stronie zamawiającego* .

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Freightliner PL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, al. KEN 36/200**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.064 zł 0 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Freightliner PL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, al. KEN 36/200**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3.600 zł 0 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Freightliner PL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, al. KEN 36/200**, na rzecz **Elektrowni „Kozienice” Spółka Akcyjna z siedzibą w Kozienicach, Świerże Górne** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów zastępstwa prawnego
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15.936 zł 0 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Freightliner PL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, al. KEN 36/200**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Elektrownia „Kozienice” Spółka Akcyjna, Świerże Górne, Gmina Kozienice w dniu 30 marca 2007r. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na: „Wykonanie usługi przewozu kolejną około 9.600.000 ton węgla energetycznego do Elektrowni „Kozienice” S.A. w okresie 24 miesięcy, tj. od dnia 01.06.2007r. do 31.05.2009r.”.

W dniu 7 listopada 2007r. Zamawiający, tj. Elektrownia „Kozienice” S.A. postanowił udzielić przedmiotowego zamówienia PKP CARGO S.A. (uchwała nr 1280/IV/2007 Zarządu Elektrowni „Kozienice” S.A. z dnia 7 listopada 2007r.), a w dniu 08 listopada 2007r. umieścić ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty na swojej stronie internetowej, tablicy ogłoszeń znajdującej się przed wejściem do siedziby Zamawiającego, jak również pismem z dnia 8 listopada 2007r. poinformował PKP CARGO S.A. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przedmiotowej firmy.

Pismem z dnia 23 listopada 2007r. Odwołujący, tj. Freightliner PL Sp. z o.o. złożył

1. zaniechania opublikowania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty na stronach internetowych Zamawiającego, tj. naruszenie art. 92 ust. 2 ustawy Pzp;
2. dokonania wyboru oferty złożonej przez PKP CARGO S.A. po przeprowadzeniu postępowania z rażącym naruszeniem ustawy, a w szczególności:
 - a. art. 96 ust. 2 ustawy Pzp, tj. braku pełnej dokumentacji prowadzonego postępowania, w szczególności zaś braku „śladów po negocjacjach prowadzonych z protestującym – Freightliner PL Sp. z o.o.;
 - b. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 63 ust. 3 i 58 ust. 3 i 66 ustawy Pzp, tj. dokonania wyboru oferty po przeprowadzeniu postępowania nieznanego ustawie;
 - c. art. 89 ust. 1 pkt 4 i pkt 3 ustawy Pzp, tj. nieodrzczenia oferty, która zawierała rażąco niską cenę, a złożenie której stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;
 - d. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, tj. zaniechania unieważnienia postępowania, mimo tego, że obarczone było ono wadą prawną uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy;
 - e. art. 5 ustawy Pzp, tj. nadużycia przesłanek tam określonych i błędny wybór trybu postępowania z wolnej ręki;

Odwołujący wniósł o unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający odrzucił protest jako wniesiony po terminie.

Pismem z dnia 3 grudnia 2007r. Odwołujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu. Odwołujący podtrzymał wszystkie zarzuty podniesione w proteście. Ponadto, biorąc pod uwagę podstawę oddalenia przez Zamawiającego protestu, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu także naruszenie art. 180 ust. 2 i 7 ustawy Pzp. W uzasadnieniu Odwołujący podtrzymał i ponowił argumenty zawarte w uzasadnieniu protestu. Ponadto podniósł, że w okresie, w którym Zamawiający utrzymuje, że zamieścił ogłoszenie na stronie internetowej, tej treści ogłoszenie tam się nie znajdowało.

Skład orzekający Izby po zapoznaniu się dokumentacją zgromadzoną w sprawie oraz po wysłuchaniu stron ustalił i zważył co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W niniejszym postępowaniu mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp ponieważ protest dotyczy zamówienia z wolnej ręki, które Zamawiający postanowił udzielić PKP CARGO S.A.

Interes prawny Odwołującego, chociaż nie był on uczestnikiem postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki nie budzi wątpliwości ponieważ bezspornym jest, iż jest on zainteresowany uzyskaniem zamówienia będącego przedmiotem zamówienia z wolnej ręki.

Zarzut dotyczący zaniechania opublikowania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty na stronach internetowych Zamawiającego, tj. naruszenie art. 92 ust. 2 ustawy Pzp nie znajduje uzasadnienia.

Na podstawie przedłożonej dokumentacji oraz oświadczenia Zamawiającego stwierdzono, iż istotnie w dniu 8 listopada 2007r. zamieszczono ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty na stronie internetowej Zamawiającego i przedmiotowe ogłoszenie znajdowało się tam do 15 listopada 2007r., jak również na tablicy ogłoszeń Zamawiającego o zamówieniach publicznych i niepublicznych. Niemniej jednak Zamawiający stwierdził, iż kiedy w dniu 12 listopada 2007r. podjął próbę wejścia na stronę internetową, na której było umieszczone ogłoszenie, próba ta nie powiodła się. Dopiero po konsultacji z informatykami

podjął kolejną próbę, która tym razem zakończyła się sukcesem. W oparciu o powyższe nie można i nie dać wiary Odwołującemu, który twierdzi, iż ponieważ był żywo i zainteresowany wynikiem postępowania od 5 do 9 listopada 2007r. i od 12 do 16 listopada 2007r. wielokrotnie sprawdzał zamieszczone tam informacje. Powyższe wskazuje, iż istotnie mogły być pewne problemy z wejściem na stronę internetową zawierającą przedmiotowe ogłoszenie, co Zamawiający przyznał. Dlatego też za dzień powzięcia wiadomości o wyborze najkorzystniejszej oferty, przyjęto dzień 19 listopada 2007r., gdyż tego dnia Odwołujący bezpośrednio od Zamawiającego dowiedział się o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W art. 92 ust. 1 i ust. 2 ustawa Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek bezzwłocznego zawiadomienia wykonawców, którzy złożyli oferty o wyborze najkorzystniejszej oferty, jednakże procedura ta nie ma zastosowania do trybu zamówienia z wolnej ręki.

Procedura wynikająca z trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki polega bowiem na tym, że zamawiający negocjuje umowę z jednym, z góry wybranym, wykonawcą. W postępowaniu tym nie dochodzi do porównywania ofert i wyboru najkorzystniejszej z nich.

4

Negocjacje polegają na uzgadnianiu przez strony treści planowanej umowy, w tym koniecznych elementów umowy, bez których umowa nie może dojść do skutku. W trybie tym przepisy Pzp nie przewidują obowiązku składania przez wykonawcę oferty wznaczeniu ustalonym wart. 82 ustawy Pzp. „Nawet jeśli w trakcie prowadzonych negocjacji strony będą swoje stanowiska co do treści przyszłej umowy przekazywać sobie na piśmie, to taka propozycja nie będzie stanowiła oferty w rozumieniu k.c., ani prawa zamówień publicznych. Dlatego też ze względu na brak instytucji oferty, w trybie zamówienia z wolnej ręki nie będzie znajdowało zastosowania wiele instytucji właściwych dla trybów opartych na przetargowym modelu zawarcia umowy. Chodzi przede wszystkim o wyłączenie części przepisów o ocenie ofert, ale także tych instytucji, które wprost lub pośrednio odwołują się do instytucji oferty lub z ofertą wiążą swoje zastosowanie” (Stachowiak M.; Prawo zamówień publicznych, s.27-28; Warszawa 2007).

Art. 89 ustawy Pzp jest kolejnym przepisem, który w swojej dyspozycji odwołuje się wprost do instytucji oferty i jako taki do postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki nie ma zastosowania. Odrzucenie oferty następuje bowiem tylko w przypadku zaistnienia enumeratywnie wymienionych w tym przepisie przesłanek, w tym m.in. właśnie w przypadkach wskazanych przez Odwołującego, tj. wtedy gdy złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak również wtedy gdy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W przypadku zamówienia z wolnej ręki, a więc trybu w którym strony negocjują treść umowy, przesłanki odrzucenia oferty nie mają zastosowania. Dlatego też rozważanie ich zaistnienia na gruncie tego przepisu nie znajduje uzasadnienia, zwłaszcza że w trakcie negocjacji prowadzonych przez Zamawiającego z PKP CARGO S.A. kwestia ceny stanowiła istotny i konieczny element przyszłej umowy i niewątpliwie musiała być porównywana do kwot zawartych w dokumencie szacującym wartość przedmiotowego zamówienia, jak również cen istniejących na rynku tych usług

Brak jest również podstaw do twierdzenia, iż doszło do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, ponieważ miałyby ono być obarczone wadą prawną. W dniu 23 października 2007r. komisja przetargowa sporządziła protokół negocjacji z PKP CARGO S.A., z treści którego wynika, iż ustalono treść umowy, w tym ceny i warunki płatności. Skoro więc strony porozumiały się co do wszystkich postanowień umowy, co jednoznacznie potwierdzono w protokole negocjacji, nie można mówić o braku zgody stron co do istotnych i koniecznych

5

postanowień umowy. Niewątpliwie zaprzeczeniem stanowiska Odwołującego jest fakt, iż komisja przetargowa pismem z dnia 23.10.2007r. zwróciła się do Zarządu Elektrowni „Kozienice” S.A. o udzielenie zamówienia PKP CARGO S.A., wskazując iż zakończono

negocjacje z PKP CARGO S.A. W konsekwencji powyższego Zamawiający, tj. Elektrownia „Kozienice” S.A. postanowił udzielić przedmiotowego zamówienia PKP CARGO S.A. (uchwała nr 1280/IV/2007 z dnia 7 listopada 2007r. Zarządu Elektrowni „Kozienice” S.A.). W konsekwencji powyższego zarzut Odwołującego jest więc bezzasadny.

Nie znajduje uzasadnienia również zarzut naruszenia art. 96 ust. 2 ustawy Pzp, tj. braku pełnej dokumentacji prowadzonego postępowania, w szczególności zaś braku „śladów po negocjacjach prowadzonych z protestującym – Freightliner PL Sp. z o.o.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp Zamawiający sporządza pisemny protokół postępowania o udzielenie zamówienia bez względu na tryb i wartość zamówienia. Zamawiający postępowanie o zamówienie publiczne na „wykonanie usługi przewozu kolejją około 9.600.000,- ton węgla energetycznego do Elektrowni „Kozienice” S.A. z kopalni Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. oraz kopalń regionu śląskiego w okresie 01.12.2007r – 30.11.2009r.” prowadził w trybie zamówienia z wolnej ręki. W tym celu powołał komisję przetargową (uchwała nr 752/IV/2007 z dnia 13.03.2007r.), którą zobowiązał do przeprowadzenia negocjacji z firmą PKP CARGO S.A. Wszelką korespondencję z PKP CARGO S.A. prowadziła w przedmiotowym postępowaniu komisja przetargowa, co znalazło wyraz w dokumentacji przedmiotowego postępowania. Natomiast z analizy korespondencji prowadzonej z Odwołującym wynika, iż w sprawie „Wykonywania przewozów węgla z firmy Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. do Elektrowni „Kozienice” S.A. w okresie 01.12.2007 – 30.11.2009” korespondencję prowadził prokurent zarządu, a jej celem jak przyznał sam Zamawiający, było jedynie badanie cen występujących na rynku usług towarowego transportu kolejowego, co było objęte postępowaniem prowadzonym niezależnie od prowadzonego postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Bezspornym jest, iż Zamawiający jest Zamawiającym udzielającym zamówienia sektorowego w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 132 ust. 1 ustawy Pzp, a więc co do zasady zobowiązany jest do stosowania przesłanek określonych w art. 134 ust. 6 ustawy Pzp.

Jednakże z dyspozycji art. 5 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wynika, iż w postępowaniach o zamówienia, których przedmiotem są usługi transportu kolejowego (w tym także usługi

transportu towarowego (kod CPV 60121000-2)) zamawiający może nie stosować wskazanych w przedmiotowym przepisie instytucji (...), a dla zamówień określonych w pkt 3-12, a więc także wymienionych w pkt 4 usług transportu kolejowego – również przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki oraz obowiązku informowania w tych przypadkach Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Powyższe oznacza, iż w przypadku wyboru przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki nie jest wymagane wystąpienie przesłanek pozwalających na zastosowanie przedmiotowego trybu, tym bardziej że, ustawa nie uzależnia zastosowania przedmiotowego przepisu od określonych warunków okresu realizacji zamówienia, czy też kwoty odpowiadającej wartości szacunkowej zamówienia. Zamawiający dysponuje w tym zakresie pełną swobodą i decyduje, czy i z jakiego trybu przy konkretnym zamówieniu skorzysta. Na zastosowanie zamówienia z wolnej ręki przy udzielaniu zamówień na usługi transportu towarowego pozwala ustawa, a zastosowanie tego trybu poprzedzone było także przeprowadzeniem rozeznania na rynku tego rodzaju usług. Dlatego też prawidłowości zastosowania tego trybu nie można kwestionować.

Nie można się zgodzić z twierdzeniem, iż naruszono art. 7 ust. 1 w związku z art. 63 ust. 3 i art. 58 ust. 3 i art. 66 ustawy Pzp, tj. wybrano ofertę po przeprowadzeniu postępowania nieznanego ustawie.

W przedmiotowym postępowaniu zastosowano tryb zamówienia z wolnej ręki. Niewątpliwie tryb zamówienia z wolnej ręki jest trybem ograniczającym konkurencję i stanowi wyjątek od zasady, niemniej jednak występuje w przypadkach określonych w ustawie, która statuuje sytuacje, w których może on być zastosowany. W przedmiotowej sprawie prawidłowo zastosowano przedmiotowy tryb. Jedynie Odwołujący z postępowania prowadzonego w celu badania cen na rynku usług transportowych błędnie wywiódł, iż jest

ono postępowaniem prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jak również iż jest on uczestnikiem postępowania o zamówienie w trybie z wolnej ręki na: „Wykonanie usługi przewozu koleją około 9.600.000 ton węgla energetycznego do Elektrowni „Kozienice” S.A. w okresie 24 miesięcy, tj. od dnia 01.06.2007r. do 31.05.2009r.”, podczas gdy faktycznie to postępowanie zostało już zakończone.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

7

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Radomiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

8

* niepotrzebne skreślić

9