

Dnia 27 marca 2008 r.

Sąd Okręgowy w Radomiu VIII Wydział Gospodarczy

w składzie następującym :

Przewodniczący- Sędzia SO Iwona Poznańska (spr.)

Sędzia SO Danuta Bojarska
Sędzia SO Halina Sulis-Kwiecień

Protokolant: **sekr. sąd. Magdalena Żuchowska**

po rozpoznaniu w dniu 27 marca 2008 r. w Radomiu

na rozprawie

sprawy ze skargi FREIGHTLINER PL Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie

w sprawie zamawiającego Elektrowni Kozienice Spółki Akcyjnej z siedzibą w Świerżach Górnych

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 8 stycznia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 22/07

I. skargę oddala

II. zasądza od FREIGHTLINER PL Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie na rzecz Elektrowni Kozienice Spółka Akcyjna z siedzibą w Świerżach Górnych kwotę 1800 (tysiąc osiemset) złotych tytułem kosztów zastępstwa

Sygn. akt VIII Ga 13/08

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 8 stycznia 2008 roku Krajowa Izba Odwoławcza przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie sygn. akt KIO /UZP 22/07 oddaliła odwołanie złożone przez Freightliner PL Sp. z o.o. w Warszawie od rozstrzygnięcia zamawiającego Elektrowni " Kozienice " S.A. w Świerżach Górnych w przedmiocie protestu wniesionego przez Freightliner PL.

Podstawę rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej stanowiły następujące ustalenia faktyczne i rozważania prawne:

Zamawiający, tj. Elektrownia „Kozienice ” Spółka Akcyjna w Świerżach Górnych w dniu 30 marca 2007r. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia 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. ”.

W dniu 7 listopada 2007r. zamawiający, tj. Elektrownia „Kozienice” S.A. postanowił udzielić przedmiotowego zamówienia PKP CARGO S.A. (uchwała nr 1280/W/2007 Zarządu Elektrowni „Kozienice” S.A. z dnia 7 listopada 2007r.), a w dniu 08 listopada 2007r. umieścił 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 protest dotyczący czynności i zaniechań zamawiającego, wnosząc 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.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej istniał interes prawny odwołującego chociaż nie był on uczestnikiem postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki ponieważ bezspornym jest, iż jest on zainteresowany uzyskaniem zamówienia będącego przedmiotem zamówienia z wolnej ręki.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów wskazano, iż zarzut dotyczący zaniechania opublikowania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty na stronach internetowych zamawiającego, tj. naruszenie art. 92 ust. 2 ustawy Pzp nie znajduje uzasadnienia. W tym przedmiocie podniesiono, iż na podstawie przedłożonej dokumentacji oraz oświadczenia zamawiającego ustalono, 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 Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła za zasadne twierdzenia odwołującego zainteresowanego wynikiem postępowania, były problemy techniczne z wejściem na stronę internetową, na której było umieszczone ogłoszenie, w tym również w dniu 12 listopada 2007 roku. Dlatego też za dzień powzięcia wiadomości o wyborze najkorzystniejszej oferty, Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła dzień 19 listopada 2007r., gdyż tego dnia Odwołujący bezpośrednio od Zamawiającego dowiedział się o wyborze najkorzystniejszej oferty. Powyższe skutkowało przyjęciem do merytorycznego rozpoznania złożonego odwołania przez Freightliner PI Sp z o.o. w Warszawie.

W uzasadnieniu wydanego wyroku wskazano, iż art. 92 ust. 1 i ust. 2 ustawy 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 który miał zastosowanie w niniejszej sprawie. Podniesiono iż 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. Negocjacje zaś 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 w znaczeniu ustalonym w art. 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 stano-

wiła oferty w rozumieniu kc, 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.

Również jako chybiony oceniono zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ustawy 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.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała również, iż brak było podstaw do przyjęcia, iż doszło do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, wobec obarczenia przedmiotowego postępowania wadą prawną uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy o zamówienie publiczne. Odnosząc się do powyższego wskazano, iż 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. W tej sytuacji skoro strony porozumiały się co do wszystkich postanowień umowy, co jednoznacznie potwierdzono w protokole negocjacji, Izba nie można podzielić zarzutu odwołującego iż brak było zgody stron co do istotnych i koniecznych postanowień umowy. 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 tej sytuacji powyższy zarzut oceniono jako bezzasadny.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie znajdował 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. W tym kontekście wskazano, iż 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 koleją około 9.600.000,- ton węgla energetycznego do Elektrowni „Ko-

zienice” 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/W/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.

Wskazano również, iż stosowanie do dyspozycji art. 5 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w postępowaniach o zamówienia, których przedmiotem są usługi transportu kolejowego (w tym także usługi transportu towarowego (kod CPV 60121000-2)) zamawiający mógł 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.

wień 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 podzielono również zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 63 ust. 3 i art. 58 ust. 3 i art. 66 ustawy Pzp, przez wybranie oferty po przeprowadzeniu postępowania nieznanego ustawie. Wskazano, iż w tryb zamówienia z wolnej ręki który zastosowano w przedmiotowej sprawie jest trybem ograniczającym konkurencję i stanowi wyjątek od zasady, niemniej jednak występuje w przypadkach określonych i w ustawie, która statuuje sytuacje, w których może on być zastosowany. W przedmiotowej sprawie w ocenie Krajowej izby Odwoławczej prawidłowo zastosowano przedmiotowy tryb. Jedynie odwołujący z postępowania prowadzonego przez zamawiającego w celu badania cen na rynku usług transportowych błędnie wywodził, 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.

Odwołanie od powyższego wyrok za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wniósł do Sądu Okręgowego w Radomiu skarżący Freightliner PL Sp. z o.o. w Warszawie zarzucając zaskarżonemu wyrokowi:

1. błąd w ustaleniach faktycznych, wyrażający się w przyjęciu, że negocjacje ze Skarżącym prowadziły osoby spoza komisji przetargowej, oraz przyjęciu że zamawiający kierował do skarżącego jedynie niewiążące „zapytania o cenę” a co za tym idzie, uznaniu, że Skarżący nie był uczestnikiem przedmiotowego postępowania;
2. naruszenie art. 5 oraz art. 7 p.z.p. poprzez ich błędną wykładnię, w związku z brzmieniem art. 28, 43 and 49 TWE, artykułów 10 i 13 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/17/EC z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych oraz bez uwzględnienia do-

robku orzeczniczego Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości oraz komunikatów wyjaśniających Komisji Europejskiej, wyrażającą się w:

przyjęciu, że Zamawiający jest uprawniony do arbitralnego wyboru wykonawcy oraz do prowadzenia, w czasie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego negocjacji z innym wykonawcą, bez zamiaru zawarcia umowy, jedynie w celu „uzyskania informacji o cenach na rynku”;

przyjęciu, że art. 5 stanowi wyjątek od wszelkich zasad udzielania zamówień publicznych, w tym od zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 p.z.p., i zasad przejrzystości wynikających z TWE, oraz wiążącą się z tym błędną interpretacją art. 89 p.z.p., wyrażającą się w uznaniu, że w trybie postępowania z wolnej ręki dopuszczalne jest złożenie oferty, stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji oraz odmowie stwierdzenia nieważności postępowania, w sytuacji, w której zarówno Zamawiający jak i PKP Cargo dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji;

3. oraz naruszenie art. 72 Kodeksu cywilnego w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wyrażające się w ich niezastosowaniu, poprzez uznanie, że negocjowanie warunków umowy, bez zamiaru jej zawarcia, oraz wykorzystanie danych, co do których strona zastrzegła ich poufność, nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

Wskazując na powyższe na zasadzie art 198 ust.2 p.z.p. dowołujący

wniósł o:

zmianę zaskarżonego wyroku w całości, poprzez uwzględnienie X

odwołania w całości oraz unieważnienie postępowania „Wykonanie usługi przewozu koleją około 9.600.000 ton węgla energetycznego do Elektrowni „Kozienice” S.A. w okresie 01.12.2007r.- 30.11.2009r.”, Nr postępowania 10/TPK/ZP/2007, prowadzonym przez Zamawiającego — Elektrownię „Kozienice”

- zasądzenie od Zamawiającego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz kosztów zastępstwa procesowego przed sądem;
- na podstawie art. 234 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (Dz.Urz. UE C 2006, Nr 321E, str. 37, dalej jako „TWE”) wnoszę o skierowanie w trybie prejudycjalnym do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zapytania:
- czy zasada przejrzystości, wynikająca z TWE, sprecyzowana w orzeczeniach Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, w szczególności w sprawach C-234/03 Contse SA i inni przeciwko Ingesa oraz w orzeczeniach C-324/98 Telustria Verlags vs Telekom Austria (oraz do której odwołuje się Komunikat Wyjaśniający Komisji dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych) wymaga, aby zamawiający upublicznił (lub co najmniej udostępnił pytającemu o to wykonawcy) informację o zamiarze udzielenia zamówienia, oraz czy powinien dopuścić do postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który jest w stanie wykonać zamówienie i zgłosił

wcześniej wolę wykonania zamówienia;

- czy w przypadku, gdy prawo krajowe dopuszcza prowadzenie postępowania z wolnej ręki, zasada równego traktowania wykonawców, wynikająca z TWE, sprecyzowana w szczególności w sprawach C-234/03 Contse SA i inni przeciwko Ingesa oraz w orzeczeniach C-324/98 Telaustria Ver-

lags vs Telekom Austria pozwala zamawiającemu żądać złożenia oferty wykonania zamówienia od potencjalnego oferenta, w sytuacji w której zamawiający nie zamierza udzielić mu zamówienia; oraz czy zasada równego traktowania dopuszcza, aby zamawiający prowadził negocjacje dotyczące warunków udzielenia zamówienia z wykonawcą, który jest przekonany że jest uczestnikiem postępowania, tylko w celu uzyskania informacji o cenach stosowanych przez tego wykonawcę.

W odpowiedzi na skargę zamawiający Elektrownia "Kozienice" S.A. w Świerżach Górnych wniosła o jej oddalenie skargi i zasądzenie kosztów postępowania sądowego. Ponadto zawarła wnioski o uchylenie na podstawie art. 196 ust. 1 Prawa zamówień publicznych zakazu zawarcia umowy z PKP CARGO S.A w Warszawie w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki o nr 10 TPK /ZP/2007, który to wniosek postanowieniem Sądu Okręgowego w Radomiu z dnia 19 lutego 2008 roku w sprawie VII Ga 13/08 został uwzględniony.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Podniesione w skardze na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 stycznia 2008 roku zarzuty skarżącego, sprowadzają się do dwóch zasadniczych nurtów. Pierwszy sprowadza się do kwestionowania zastosowania przez Elektrownie „Kozienice” S.A trybu zamówienia z wolnej ręki do zamówienia publicznego na wykonanie usługi przewozu kolejną około 9 600 000 ton węgla energetycznego do Elektrowni „Kozienice” S.A. w okresie od 01.06.2007r. do dnia 31.05.2009 roku. Drugi zaś nurt zarzutów, wyraża się w podnoszeniu uchybień w przeprowadzonym postępowaniu z zakresu zamówień publicznych mających wykluczyć możliwość uznania przeprowadzonego postępowania za tryb z wolnej ręki, w szczególności wobec twierdzenia skarżącego o równoległym prowadzeniu przez zamawiającego nego-

Tj

cjacji na zawarcie w/w zamówienia z Freightliner PI Sp. z o.o. i PKP Cargo.

Co się tyczy pierwszej grupy zarzutów należy uznać, iż podnoszenie ich w tym miejscu na tym etapie postępowania jest co najmniej nieporozumieniem. Skarżący całkowicie pomija fakt, iż Sąd Okręgowy w Radomiu postanowieniem z dnia 21 sierpnia 2007 roku w sprawie VIII Ga 39/07 prawomocnie rozstrzygnął już, iż Elektrownia "Kozienice" S.A. w Świerżach Górnych, działając jako zamawiający, była uprawniona do zastosowania zwolnienia przedmiotowego określonego w art. 5 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r., Nr 164, poz. 1163 z późn. zm.) i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nr 10 /TPK/ZP/2007 na wykonanie usługi

przewozu kolejną około 9 600 000 ton węgla energetycznego do Elektrowni „Kozienice” S.A. w okresie od 01.06.2007r. do dnia 31.05.2009 roku,” w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Powyższe rozstrzygnięcie na podstawie art. 365 kpc wiąże nie tylko strony i sąd który je wydał, lecz również inne sądy oraz organy państwowe i organy administracji publicznej. Wobec powyższego rozstrzygnięcie nim objęte ma w pełni zastosowanie do przedmiotowej sprawy, co czyni zarzuty skarżącego Freightliner PL Sp. z o.o. w Warszawie w zakresie prawidłowości zastosowania przez zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki na transport kolejowy w/w węgla za niedopuszczalne i nie mogące odnieść żadnego skutku prawnego.

W drugiej grupie zarzutów skarżący zarzuca, iż zamawiający przeprowadził również negocjacje z nim w zakresie zawarcia umowy przewozu kolejną węgla energetycznego w okresie od 01.06.2007r. do dnia 31.05.2009 roku. Odnośnie tych zarzutów Sąd Okręgowy podziela w pełni ustalenia faktyczne i rozważania prawne zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 stycznia 2008 roku i przyjmuje je za własne. W tej sytuacji zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego nie istnieje potrzeba ich powtarzania (zob. postanowienie Sądu Naj-

wyższego z dnia 22 kwietnia 1997 roku, III UKN 61/97, OSNAP 1998 Nr 3, poz. 104, wyrok SN z 3 kwietnia 2000 roku, III CKN 812/98, OSNC 2000/10/193). Wskazać jedynie należy, iż w trybie zamówienia z wolnej ręki udzielenie zamówienia następuje w drodze negocjacji prowadzonych przez zamawiającego z wybranym przez siebie wykonawcą, o czym skarżący jako profesjonalny uczestnik obrotu powinien wiedzieć. Ponadto w tym trybie nie występuje oferta, a co za tym idzie w toku tego postępowania nie mają zastosowania przepisy ustawy dotyczące oferty, jej oceny i przyjęcia przez zamawiającego, a także przepisy dotyczące specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 68 ust. 1). Jeżeli strony uzgodnią wszystkie postanowienia przyszłej umowy, dochodzi do jej zawarcia, jeżeli nie, postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż z pism zamawiającego z dnia 18 września 2007 roku, 8 października 2007 roku oraz 22 października 2007 roku skierowanych do skarżącego i zawierających zaproszenie do złożenia przez niego oferty na przewóz węgla z kopalni „Bogdanka” S.A. do Elektrowni, w żadnej mierze nie wynika, iż zamawiający traktował firmę Freightliner jako wybranego przez siebie wykonawcę z którym zamierza po przeprowadzeniu negocjacji zawrzeć umowę w trybie zamówienia z wolnej ręki, objętego numerem 10 /TPK/ZP/2007. Wskazać również należy, iż skarżący przy dołożeniu minimum staranności mógł przed zaangażowaniem środków w przygotowanie swojej oferty, ustalić w jakim trybie ma być ono rozpoznawana, zażądać szczegółowych warunków zamówienia, co przecież jest konieczne dla przygotowania właściwej oferty dla stosownego trybu. Ponadto jako profesjonalista powinien już tylko z oznaczenia pisma skierowanego do niego przez zamawiającego, a nie zawierającego żadnego oznaczenia, iż nie dotyczy ono konkretnego zamówienia publicznego, a w szczególności nr 10/ TPK/ZP 2007. Powyższej powinności w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, którą z uwagi na profesjonalny charakter cechuje zwiększona staranność, skarżący nie dopełnił, do czego był zobowiązany

między innymi również jako podmiot należycie dbający o swoje interesy gospodarcze. W swoim interesie powinien ustalić w jakim celu ma być wykorzystana złożona oferta jaki będzie jej tryb rozpoznania. Nie może też ująć z pola widzenia fakt, iż skarżący uczestniczył w dwóch postępowaniach w trybie z wolnej ręki prowadzonych przez Elektrownię „KOZIENICE” S.A. które zakończyły się podpisaniem z nim umów nr 17/TPK/ZP 2007 i nr 18

TPK/ZP 2007 na przewóz węgla koleją w okresie od 01.09.2007r. do 30.11.2007r. A zatem należy przyjąć, iż nie obca była mu procedura zawierania w tym trybie z wolnej ręki. Ponadto powyższy okres świadczenia usług przez skarżącego pokrywa się z okresem rozstrzygnięcia odwołania CTL Logistics S.A., z siedzibą w Warszawie, kwestionującego zastosowania przez zamawiającego trybu z wolnej ręki na realizację zamówienia objętego nr 10/TPK/ZP /2007 i zaproszenie jedynie do negocjacji PKP Cargo S.A. Powyższe oznacza, iż skarżący jako podmiot rozeznany na rynku świadczenia usług transportu kolejowego i jako zainteresowany aktywnym uczestnictwem w nim, musiał mieć wiedzę w jakim trybie zamawiający miał zamiar zrealizować sporne zamówienie publiczne. Konstatając powyższe stwierdzić należy, iż ze strony skarżącego łagodnie rzecz ujmując daleko posuniętą nie roztropnością było traktowanie siebie jako stronę postępowania prowadzonego w trybie zamówień publicznych w szczególności postępowania prowadzonego przez zamawiającego w trybie z wolnej ręki na przewóz koleją około 9 600 000 ton węgla energetycznego z kopalni „Bogdanka” S.A do Elektrowni „Kozienice” S.A. w okresie od 01.06.2007r. do dnia 31.05.2009 roku i składanie przez siebie oferty dla której sporządzenia jak podał zaangażowano znaczne środki osobowe i materialne.

Odnosząc się natomiast do zarzutów wykorzystania przez zamawiającego złożonej oferty Freightliner PI Sp. z o.o. w negocjacjach prowadzonych z PKP Cargo S.A., co by zdaniem skarżącego miało naruszać reguły uczciwej konkurencji, wskazać należy na gołosłowność przedstawionego zarzutu co czyni ich bezpodstawnymi. Skarżący nie przedstawił bowiem

żadnego dowodu, dokumentu mającego potwierdzać formułowany fakt, co zgodnie z zasadą rozkładu ciężaru dowodu obciążało go jako stronę wywołującą z niego określone skutki prawne. (art. 6KC). Nie zależnie od powyższego na potwierdzenie bezzasadności podniesionego w tym aspekcie zarzutu wskazać należy, protokołem Nr TPK/3/2007 z dnia 09.10.2007 r. Komisja powołana uchwałą Zarządu Elektrowni Kozienice S.A. Nr 752/IV/2007 z dnia 13.03.2007 r. do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na wykonanie usługi przewozu koleją około 9.600.000 ton węgla energetycznego do Elektrowni „Kozienice” S.A. z kopalni Lubelski Węgiel „Bogdanka”¹ S.A. i kopalń regionu śląskiego w okresie od 01.06.2007 r. do 31.05.2009 r. wystąpiła do Zarządu Elektrowni Kozienice S.A. o wyrażenie zgody na kontynuację negocjacji z PKP Cargo S.A., przeprowadzonych w dniu 5 kwietnia 2007 r. Przyczyną kontynuacji negocjacji było zaistnienie w trakcie toczącego się postępowania odwoławczego nowych, korzystniejszych dla Elektrowni Kozienice S.A. cen na rynku przewozów kolejowych. Uchwałą Zarządu Elektrowni Kozienice S.A. z dnia 11 października nr 1223/IV/2007 w/w. protokół został zatwierdzony. Tą samą uchwałą zatwierdzone zostało również zaproszenie do kontynuowania negocjacji z PKP Cargo S.A., a w/w. Komisja zobowiązana została do wystąpienia z nimi do PKP Cargo S.A. celem kontynuacji negocjacji. Przedmiotowe negocjacje odbyły się w dniu 23 października 2007 r. Jak wynika z Protokołu Komisji TPK/4/2007, osoby biorące udział w tych negocjacjach działały na podstawie posiadanych upoważnień. Podczas negocjacji ustalono brzmienie umowy, w tym w szczególności: termin płatności faktur VAT, czas wolny od opłat za czynności rozładunkowe, dodatkowy czas wolny na czynności rozładunkowe w okresie zimy, formę wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz ceny za przewóz węgla. Ostateczna treść umowy na wykonanie usługi przewozu węgla energetycznego do Elektrowni Kozienice S.A. wraz z załącznikami miała zostać przesłana wykonawcy do akceptacji po ich zredagowaniu przez zamawiającego w terminie do dnia

26.10.2007 r. Zarówno projekt umowy jak i załączniki zostały zaparafowane przez strony uczestniczące w negocjacjach w dniu 23 października 2007 roku.

W dniu 23 października 2007 r. Komisja do przeprowadzenia negocjacji wystąpiła do Zarządu Elektrociepłowni Kozienice S.A. o zatwierdzenie protokołu Nr TPK/4/2007 z dnia 23.10.2007 r., protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia, treści pisma informującego o wyborze najkorzystniejszej oferty i wyrażenia zgody na zawarcie na wynegocjowanych w dniu

23.10.2007 r. warunkach po uprzedniej pozytywnej kontroli przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W przedstawionym wyżej toku wydarzeń mającym oparcie w zgromadzonym materiale dowodowym nie ma najmniejszego sygnału ze strony powołanej Komisji przez zamawiającego do przeprowadzenia w/w zamówienia o konieczności wzięcia pod uwagę w jakimkolwiek elemencie złożoną ofertę przez skarżącego. Powyższe czyni podniesiony zarzut naruszenia reguł uczciwej konkurencji oraz wykorzystania złożonej oferty sprzecznie z tymi zasadami w przeprowadzonym postępowaniu całkowicie bezpodstawnym.

Odnosząc się zaś do wniosku skarżącego o wystąpienia w trybie art.

234 TWE z sformułowaniem pytaniem prejudycjalnym wskazać należy, co następuje.

Jak wynika z wskazanego przez skarżącego art. 324 TWE przedmiotem pytania prawnego z którym może wystąpić sąd państwa członkowskiego do Europejskie Trybunału Sprawiedliwości może być kwestia wykładni prawa wspólnotowego (pierwotnego albo wtórnego) albo kwestia ważności aktów instytucji wspólnotowych. Niedopuszczalne są pytania hipotetyczne w celu uzyskania ogólnego poglądu ETS co do sposobu rozumienia danego przepisu prawa wspólnotowego. Ponadto nie może budzić wątpliwości, iż przedmiotem pytania prawnego nie może być wykładnia prawa krajowego. Wątpliwości pojawiające się w postępowaniu przed sądem krajowym dotyczą wszakże z reguły rozmaitych powiązań między prawem wspólnotowym a

prawem krajowym, np. tego czy w danej sprawie orzeczenie powinno być oparte na prawie krajowym, czy na prawie wspólnotowym, albo czy jak to uczynił skarżący normy prawa krajowego są zgodne z prawem wspólnotowym. Odnosząc powyższe do okoliczności przedmiotowej sprawy stwierdzić należy, iż sformułowane przez skarżącego pytanie prejudycjalne sprowadzające się defacto do pytania, czy normy prawa polskiego dotycząca przepisów o zamówieniach publicznych, przewidujące możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (z natury rzeczy ograniczający konkurencję) w przypadku realizacji zamówienia transportu kolejowego są zgodne z prawem wspólnotowym, nie może być przedmiotem postępowania prejudycjalnego przed ETS w trybie 234 TWE. Wskazane przez skarżącego zagadnienie dotyczące tego czy dana norma prawa krajowego jest zgodna z prawem wspólnotowym mogłoby być jedynie przedmiotem postępowania przed ETS na podstawie art. 226 TWE w przypadku określonych w tym przepisie okoliczności. Wskazać jednak należy, iż jak podniesiono na wstępie, zgodność zastosowania przez zamawiającego trybu z wolnej ręki także w aspekcie jego zgodności z prawem wspólnotowym, została prawomocnie rozstrzygnięta przez Sąd z pozytywnym wynikiem w sprawie VIII Ga 39/07. W tym miejscu warto jedynie wskazać iż odpowiednikiem trybu zamówienia z wolnej ręki w Prawie wspólnotowym jest procedura negocjacyjna bez uprzedniego ogłoszenia zawarta w art. 31 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE oraz w art. 40 ust 3 dyrektywy 2004/17/WE co czyni zarzut sprzeczności zastosowanego trybu z prawem wspólnotowym całkowicie chybionym.

Odnosząc się zaś do akcentowanego przez skarżącego obowiązku wystą-

pienia przez Sąd Okręgowy z pytaniem prejudycjalnym do ETS, wskazać należy, iż zasługuje jedynie na uwzględnienie przedstawiony pogląd zgodny z którym, obowiązek wystąpienia z pytaniem prawnym spoczywa na sądzie, jeżeli od jego rozstrzygnięcia nie przysługuje środek odwoławczy. Jednakże o czym zapomniał skarżący, z obowiązku powyższego Sąd jest zwolniony jeżeli jak to ma miejsce w okolicznościach przedmiotowej sprawy,

określony przepis był już przedmiotem wykładni ETS; jeżeli wykładnia jest powszechnie znana i nie pozostawia żadnych wątpliwości, oraz jeżeli chodzi wyłącznie o kwestię, czy ma być stosowane prawo krajowe i sąd krajowy uzna tę kwestię za przesądzoną. W tym stanie rzeczy wobec braku przesłanek do wystąpienia z wnioskowanym pytaniem zawarty w tym przedmiocie wniosek skarżącego należało oddalić.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności Sąd Okręgowy działając na mocy art. 198 ust 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień Publicznych oddalił skargę jako bezzasadną.

O kosztach postępowania ze skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej orzeczono przy uwzględnieniu obowiązujących w tym zakresie przepisów art. 98 § 1 kpc oraz art. 99 kpc w zw. z art. 98 § 3 kpc oraz § 4 ust.2 pkt b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie wysokości oraz szczegółowych zasad pobierania wpisu od dowołania oraz szczegółowych zasad rozliczenia kosztów w postępowaniu (Dz. U. z 24 maja 2006 roku Nr 87, poz. 608). Zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania zasądzono od skarżącego Freightliner PI Sp. z o.o. w Warszawie jako przegrywającego na rzecz zamawiającego kwotę 1800 zł tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika co odpowiada połowie stawki określonej we wskazanym przepisie rozporządzenia.