

Sygn. akt. KIO/UZP 22/07

**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 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/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 protest dotyczący czynności i zaniechań Zamawiającego, tj.:*

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 żywotnie 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.*

*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 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 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*

*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 koleją 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 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.”, podczas gdy faktycznie to postępowanie zostało już zakończone.*

*Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.*

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:**

.....

.....

---



\* *niepotrzebne skreślić*