

Sygn. akt I ACa 566/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 grudnia 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący :	SSA Mieczysław Brzdąk
Sędziowie :	SA Joanna Kurpierz (spr.) SO del. Aneta Pieczyrak-Pisulińska
Protokolant :	Anna Wieczorek

po rozpoznaniu w dniu 26 listopada 2014 r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w W.

przeciwko (...) w (...) w A., (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w W. i Gminie (...)

o ustalenie

na skutek apelacji pozwanej (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 9 października 2013 r., sygn. akt I C 259/12

1) oddala apelację;

2) zasądza od pozwanej (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na rzecz powoda 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

I ACa 566/14

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy ustalił, że umowa w sprawie udzielenia zamówienia publicznego nr (...) zawarta 13 października 2009 roku w (...) pomiędzy Gminą (...) i działającymi w formie konsorcjum (...) w (...) w (...) i (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w W. w sprawie dodatkowego zamówienia publicznego na świadczenie usług Inżyniera Kontraktu jest nieważna oraz nakazał pobrać na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Katowicach solidarnie od pozwanych Gminy (...) oraz (...) w (...) w (...) i (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwotę 100000 złotych tytułem opłaty od pozwu, od uiszczenia której powód był zwolniony.

Sąd I Instancji obszernie zacytował w uzasadnieniu stanowiska stron w oparciu o zaprezentowany przez nie stan faktyczny. I tak, jeśli chodzi o powoda: Gmina (...) jako zamawiająca przeprowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług Inżyniera Kontraktu dla projektu „Gospodarka ściekowa w (...)” w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ustęp 1 pkt 5 litera a i b ustawy Prawo zamówień publicznych. W umowie tej Gmina (...) udzieliła pozostałym pozwany działającym wspólnie jako konsorcjum zamówienia publicznego na wykonywanie usług Inżyniera Kontraktu podczas realizacji projektu pod tytułem „Gospodarka ściekowa w (...)”. Pismem z 23 lipca 2009 roku powód został zawiadomiony o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług Inżyniera Kontraktu. W wyniku przeprowadzonej przez Urząd Zamówień Publicznych kontroli doraźnej w zakresie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki ustalono, że Gmina (...) w 2005 roku przeprowadziła postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem było wykonywanie usługi Inżyniera Kontraktu w ramach projektu „Gospodarka ściekowa w (...)”. Wartość zamówienia na tę usługę została ustalona na 3 177 300,29 euro. Do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu zostało wybrane konsorcjum składające się z pozostałych pozwanych. Umowa podstawowa została zawarta 11 października 2005 roku w trybie przetargu ograniczonego. Jej przedmiotem było wykonywanie usług Inżyniera Kontraktu, a termin zakończenia świadczenia tych usług został ustalony na 31 grudnia 2009 roku. Terminy wykonania poszczególnych części zamówienia zostały określone w załączniku numer jeden do umowy podstawowej, zgodnie z którym faza przygotowawcza miała zostać zakończona po 8 miesiącach od daty podpisania umowy, nadzór nad realizacją robót miał trwać do 31 grudnia 2008 roku, a następnie przez okres 12 miesięcy miał trwać okres zgłaszania wad. Po upływie tego okresu powinno nastąpić rozliczenie inwestycji.

W następstwie podpisania aneksów do umów na roboty budowlane, nad którymi nadzór sprawuje Inżynier Kontraktu wydłużeniu uległ okres realizacji tych robót, czego nie uwzględniała pierwotna umowa z Inżynierem Kontraktu. W celu zapewnienia nadzoru nad robotami budowlanymi w przedłużonym okresie niezbędnie było zawarcie umowy dotyczącej usług Inżyniera Kontraktu w wydłużonym okresie trwania robót i w okresie zgłaszania wad. Umowa dodatkowa w sprawie dodatkowego zamówienia publicznego na świadczenie usług Inżyniera Kontraktu została zawarta pomiędzy pozwany 13 października 2009 roku w trybie zamówienia z wolnej ręki. W wydanej w dniu 26 marca 2010 roku informacji o wyniku kontroli doraźnej dotyczącej postępowania, w którym doszło do zawarcia umowy dodatkowej Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że pozwana Gmina nie wykazała spełnienia łącznie wszystkich przesłanek wskazanych w art. 67 ustęp 1 pkt 5 litery a i b ustawy p.z.p., który uprawnia do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w przypadku udzielenia dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych nieobjętych zamówieniem podstawowym i nie przekraczających łącznie 50 % wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby niewspółmiernie wysokich kosztów lub wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

W ocenie powoda pozwana Gmina nie udowodniła, iż kontrolowane zamówienie jest zamówieniem dodatkowym nieobjętym zamówieniem podstawowym, konieczność wykonania przedmiotowej usługi powstała na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego, gdyż wykonanie zamówienia dodatkowego polegającego na wydłużeniu pracy Inżyniera Kontraktu nie ma wpływu na zakończenie podstawowego zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie usługi Inżyniera Kontraktu w ustalonym w umowie z wykonawcą zakresie, z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów, a w ocenie powoda zamówienie dodatkowe sprowadza się w tej sprawie do wydłużenia czasu realizacji umowy podstawowej i odpowiedniego zwiększenia wynagrodzenia.

Powód wskazując okoliczności faktyczne podał nadto, że 6 kwietnia 2010 roku pozwana Gmina wniosła zastrzeżenia do wyników kontroli. Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z 4 maja 2010 roku nie uwzględniła tych zastrzeżeń wskazując, że zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala na ustalenie, iż przedmiot umowy dodatkowej zwrętej 13 października 2009 roku w trybie zamówienia z wolnej ręki obejmuje zamówienie dodatkowe w stosunku do

pierwotnej umowy z 11 października 2005 roku. Krajowa Izba wyraziła pogląd, że wykonywanie usługi nadzoru inwestorskiego i inspektorskiego w dodatkowym okresie 24 miesięcy nie warunkowało prawidłowego zrealizowania zamówienia podstawowego w ustalonym zakresie. Krajowa Izba podzieliła także pogląd, że Gmina (...) nie udowodniła, by konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego wynikała z sytuacji niemożliwej do przewidzenia tj. takiej, w której zamawiający nie mógł stwierdzić przy zachowaniu należytej staranności na etapie przygotowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Krajowa Izba uznała, że zamawiający nie przedstawił żadnych argumentów na potwierdzenie, że z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od podstawowego wymagałoby niewspółmiernie wysokich kosztów.

Powód wskazał, że udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki możliwe było tylko w razie spełnienia ustawowych przesłanek zastosowania takiego trybu. Ciężar dowodu, że przesłanki takie zostały spełnione spoczywa na podmiocie stosującym wyjątek od reguły, czyli w tej sprawie na zamawiającej Gminie (...). Możliwość udzielenia zamówienia dodatkowego na podstawie art. 67 ustęp 1 pkt 5 p.z.p. uzależniona jest od łącznych okoliczności wymienionych w tym przepisie, czyli między innymi: zamówienie dodatkowe nie jest objęte zamówieniem podstawowym, wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Powód podniósł, że zamówienie z wolnej ręki jako tryb, w którym nie ma miejsca na realizację zasady konkurencyjności może być stosowane jedynie w sytuacjach gdy spełnione są łącznie wszystkie przesłanki określone w powołanym wyżej przepisie, przesłanki te powinny być interpretowane ściśle a ciężar udowodnienia, że są spełnione spoczywa na zamawiającym.

Następnie powód wskazał na **zakres usług, do których świadczenia zobowiązany był Inżynier Kontraktu w ramach umowy podstawowej z 11 października 2005 roku**, a mianowicie: opracowanie dokumentacji przetargowych na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych z zastosowaniem warunków kontraktowych (...) ((...) Federacja (...)), udział w procedurach przetargowych, aktualizację geodezyjną map, nadzór nad realizacją robót tj. jest nadzór inżynierski, inspektorski, rozliczenia i inwestorski, dokonanie finalnych rozliczeń z realizacji kontraktu. Terminy wykonania poszczególnych czynności zostały określone w załączniku numer (...) do umowy podstawowej. Faza przygotowawcza, czyli przetargowa miała zostać ukończona po ośmiu miesiącach od daty podpisania umowy. Nadzór nad realizacją robót miał trwać do 31 grudnia 2008 roku, a następnie przez 12 miesięcy miał trwać okres zgłaszania wad. Ostateczne rozliczenie inwestycji miało nastąpić do 31 grudnia 2009 roku. Za realizację zespołu czynności w ramach świadczenia usług Inżyniera Kontraktu Gmina (...) ustaliła rozliczenie ryczałtowe w kwocie 3 291 560 euro brutto.

Powód podniósł, że **przedmiot umowy dodatkowej z 13 października 2009 roku** pokrywa się z przedmiotem świadczenia przewidzianym w umowie podstawowej przy modyfikacji dat świadczenia usług. **W pozwie dokonano porównania zakresu obu umów.**

W ocenie powoda przyjęcie przez pozwanych wynagrodzenia ryczałtowego oznacza, że pozwany spółkom, które pełniły funkcje Inżyniera Kontraktu nie przysługiwało roszczenie o dodatkowe wynagrodzenie za wykonanie robót przewidziane w umowie podstawowej. Nie było podstaw do udzielenia zamówienia dodatkowego gdyż przedmiot tego zamówienia dotyczył określonych zakresów czynności, do których pozwane spółki zobowiązały się w ramach umowy podstawowej. W ocenie powoda konieczność udzielenia zamówienia z wolnej ręki w przedmiotowej sprawie wynikała wyłącznie z potrzeby wydłużenia czasu realizacji kontraktu i odpowiedniego zwiększenia wynagrodzenia, a nie z powstałej potrzeby świadczenia usługi nieprzewidzianej na etapie udzielenia zamówienia. Nie można bowiem uznać, że wraz z wydłużeniem czasu realizacji zamówienia występuje konieczność wykonania innych tj. nieprzewidzianych pierwotnym kontraktem usług. Rodzaj czynności świadczonych przez Inżyniera Kontraktu pozostaje bez zmian, natomiast wyłącznym celem zamówienia z wolnej ręki jest umożliwienie rozliczenia finansowego kontraktu w późniejszym terminie za dodatkowym wynagrodzeniem, w konsekwencji nie wypełnia to jednej z przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki określonej w art. 67 ustęp 1 pkt 5 p.z.p., tj. wystąpienia zamówienia dodatkowego nieobjętego zamówieniem podstawowym.

Powód podniósł, że wadliwe zastosowanie przez pozwaną Gminę trybu zamówienia z wolnej ręki, zamiast przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, skutkowało brakiem publikacji wymaganego na gruncie procedur przetargowych ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Zaniechanie wykonania tego obowiązku powoduje nieważność umowy zawartej w wyniku wadliwie przeprowadzonej procedury o udzielenie zamówienia publicznego. Niezależnie od tego nieważność umowy dodatkowej z 13 października 2009 r. wynika z art. 58 k.c. w związku z art. 139 § 1 p.z.p. Umowa ta zawarta została z pominięciem obowiązującej procedury przetargowej, co niweczy cel i charakter zamówienia publicznego.

Powód zaznaczył, że stosownie do art. 168 pkt 3 p.z.p. jest uprawniony wystąpić do Sądu o stwierdzenie nieważności umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Interes prawny Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w takiej sprawie znajduje swoje uzasadnienie w art. 146 ust. 2 i 168 pkt 3 w związku z art. 154 pkt 11 p.z.p. W sprawach tych Prezes Urzędu Zamówień Publicznych występuje w ochronie interesu publicznego polegającego na zapewnieniu przestrzegania zasad systemu zamówień publicznych określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Pozwana Gmina (...) wniosła o oddalenie powództwa. Zarzuciła, że w dacie zawarcia umowy podstawowej na usługi Inżyniera Kontraktu, czyli 11 października 2005 roku nie sposób było przewidzieć możliwości przesunięcia terminu realizacji umów o roboty budowlane, zwłaszcza o okres 24 miesięcy. Projekt przewidywał zakończenie jego realizacji w ostatecznym terminie do 31 grudnia 2009 roku. W umowie o dofinansowanie tego projektu wyraźnie wskazano, że beneficjent winien zamknąć projekt w terminie zgodnym z decyzją Unii Europejskiej tj. do 31 grudnia 2009 roku. Ta data stanowiła datę graniczną dla projektu znajdującą odzwierciedlenie we wszystkich innych dokumentach dotyczących jego realizacji, w tym w zawieranych umowach. Nie sposób było zaplanować i przewidzieć zaistnienia opóźnień realizacji robót budowlanych i ewentualnego czasookresu tych opóźnień. Konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego nie wyniknęła w następstwie źle zorganizowanego procesu inwestycyjnego, a była następstwem wielu niezależnych od zamawiającego obiektywnych okoliczności przesądzających o konieczności powierzenia wykonawcy robót dodatkowych. To oznacza, że wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, a wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Brak świadczenia dodatkowych usług w zakresie nadzoru inżyniera kontraktu w przedłużonym okresie trwania robót budowlanych spowodowałyby brak możliwości sporządzenia przez wykonawcę objętych pierwotną umową raportów okresowych, sprawozdania końcowego i raportu końcowego.

W ocenie pozwanej Gminy rozstrzygnięcie sprawy wino nastąpić na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym po dacie wejścia w życie nowelizacji z 29 stycznia 2010 roku, a zatem brak zastrzeżeń Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do prowadzonego postępowania, w następstwie przesłanego zawiadomienia z 23 lipca 2009 roku, utwierdził pozwanego w przekonaniu o dopuszczalności zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki. W dacie zawarcia umowy dodatkowej, czyli 13 października 2009 roku pozwany miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, iż działa zgodnie z ustawą.

Pozwane spółki wniosły o oddalenie powództwa i w odrębnie złożonych odpowiedziach na pozew zarzuciły brak naruszenia wskazanych w pozwie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych.

Według pozwanych spółek Gmina (...) była uprawniona do zastosowania trybu z wolnej ręki z następujących przyczyn: usługa objęta umową dodatkową z 13 października 2009 roku jest usługą dodatkową w stosunku do usługi objętej umową podstawową z 11 października 2005 roku, **bowiem zakres usług świadczonych w ramach umowy dodatkowej obejmował dodatkowy nadzór nad realizacją robót, które nie zostały ukończone w zakładanym okresie do dnia 31 grudnia 2008 roku**, oraz nadzór w zakresie zgłaszania wad. Zdaniem pozwanych spółek innym świadczeniem jest wykonywanie określonych usług w jednym czasie, a innym będzie świadczenie tych usług w innym czasie, co oznacza iż zamówienie dodatkowe nie pokrywa się z zamówieniem podstawowym. W przypadku wydłużenia realizacji kontraktu na roboty budowlane Inżynier Kontraktu nie miał możliwości wywiązania się z obowiązków wynikających z umowy podstawowej albowiem świadczenie jego usług było ograniczone w czasie. Co do przesłanki konieczności wykonania zamówienia dodatkowego na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia pozwane spółki podniosły, że przewidzenie wydłużenia realizacji robót

budowlanych o okres kilku miesięcy jest możliwe, ale okres dwóch lat jest tak szeroką perspektywą, że trudno jest przewidzieć, że coś może się przedłużyć o tak długi okres czasu.

Sąd Okręgowy podniósł, że wszystkie istotne dla rozstrzygnięcia tej sprawy okoliczności nie są sporne między stronami. Spór dotyczy tego, czy pozwana Gmina (...) miała prawo zawrzeć umowę dodatkową z 13 października 2009 r. w trybie zamówienia z wolnej ręki, a jeżeli nie była do tego uprawniona, to czy umowa zawarta w tym trybie jest ważna.

W ocenie Sądu I Instancji rozstrzygnięcie sporu powinno opierać się o stan prawny obowiązujący w dniu 13 października 2009 r. ponieważ nie ma podstaw prawnych do stosowania prawa obowiązującego w innej dacie. Zdaniem Sądu Okręgowego sporna umowa jest nieważna na podstawie art. 58 § 1 k.c. w związku z art. 10 ust. 2 p.z.p. i art. 67 ust. 1 p.z.p. oraz art. 139 ust. 1 p.z.p., dlatego powództwo uznał za zasadne. Wskazał Sąd, że podstawowymi trybami udzielenia zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Pozwana Gmina mogła udzielić zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki tylko w przypadkach określonych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Przypadki te wymienione są w art. 67 tej ustawy. Zamawiający mógł udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodziła co najmniej jedna z okoliczności wskazanych w powołanym przepisie. Ciężar udowodnienia, że którakolwiek z tych okoliczności zachodziła spoczywa, po myśli art. 6 k.c., na pozwanych, a szczególnie na pozwanej Gminie (...).

W ocenie Sądu I Instancji pozwani nie udowodnili, że zachodziła co najmniej jedna z okoliczności zezwalających na zawarcie spornej umowy w trybie z wolnej ręki. W szczególności nie udowodnili, że zamawiająca Gmina mogła udzielić pozwany Spółkom zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 litery a i b p.z.p. Przepis ten stanowił, że zamawiający mógł udzielić zamówienia z wolnej ręki w przypadku udzielenia dotychczasowemu wykonawcy usług zamówień dodatkowych nieobjętych zamówieniem podstawowym, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Sąd podzielił stanowisko pozwanych w tej tylko części, w której twierdzą oni, że wykonanie zamówienia podstawowego uzależnione było od wykonania zamówienia dodatkowego w części obejmującej okres ostatnich dwunastu miesięcy, w czasie których mogły być zgłaszane wady, a po jego upływie miało nastąpić rozliczenie inwestycji. Skoro doszło do opóźnienia w wykonaniu prac budowlanych, to przed ich ukończeniem nie mógł rozpocząć swego biegu okres zarezerwowany na zgłaszanie wad i nie można było rozliczyć inwestycji. Okoliczność ta nie była jednak wystarczająca do zawarcia umowy dodatkowej w trybie zamówienia z wolnej ręki. Możliwość udzielenia zamówienia dodatkowego na podstawie art. 67 ustęp 1 pkt 5 p.z.p. uzależniona była od łącznego spełnienia przesłanek wymienionych w tym przepisie, czyli między innymi: po pierwsze zamówienie dodatkowe nie mogło być objęte zamówieniem podstawowym i po drugie wykonanie zamówienia dodatkowego stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

Sąd Okręgowy zauważył, że z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia (karta 23 i nast.) wynika, że przedmiotem zamówienia było pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w wydłużonym okresie realizacji projektu „Gospodarka ściekowa w (...)”. W powołanym protokole odwołano się do zapisów punktu (...) Protokołu konieczności nr (...) z dnia 30 kwietnia 2009 r. Analiza treści tego punktu (k. 116) prowadzi do wniosku, że wydłużony okres realizacji projektu, był jedyną przyczyną zawarcia spornej umowy. Dodał Sąd, że świadek W. D., który był kierownikiem zespołu Inżyniera Kontraktu potwierdził, że sporna umowa została zawarta, ponieważ ramy czasowe pierwotnie przyjęte uległy przedłużeniu (k. 244). Świadek A. W. jednoznacznie zeznała, że zawarcie spornej umowy spowodowane było przedłużeniem robót budowlanych. Świadek zeznała, że Gmina prowadziła negocjacje z dotychczasowym Inżynierem Kontraktu co do ceny „za wydłużoną pracę” (k. 219). Zważył zatem Sąd I Instancji, że nie było zatem mowy o jakichkolwiek innych zadaniach, które nie byłyby objęte umową podstawową z 11 października 2005 r. Wskazał na zeznania świadka A. B., który był zastępcą kierownika jednostki realizującej projekt, że całość inwestycji miała być zamknięta do końca 2009 r. Wynikało to z wniosków aplikacyjnych i ostatecznej decyzji Komisji Europejskiej z grudnia 2004 r. Świadek zeznał, że wobec wydłużenia robót budowlanych o 24 miesiące dla jednostki realizującej projekt

ważne było, by prace Inżyniera Kontraktu kontynuowane były przez ten sam podmiot, ponieważ dysponował on konieczną wiedzą do wykonywania prac (k. 270). Świadek ten nie wyjaśnił, czy „konieczna wiedza do wykonywania prac” była tego rodzaju, że żaden inny podmiot, a szczególnie wyłoniony w podstawowym trybie udzielenia zamówienia, czyli w przetargu nieograniczonym lub przetargu ograniczonym nie mógł posiadać tej „koniecznej wiedzy”. Podkreślił Sąd, że nie wyjaśnili tego także pozwani.

Zważył Sąd Okręgowy, że zgodnie z art. 140 ust. 1 p.z.p. zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy musi być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Wszystko co wykracza poza ten zakres może być przedmiotem zamówienia dodatkowego. W ocenie Sądu zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na ustalenie, że przedmiot umowy z 13 października 2009 r. zawartej w trybie zamówienia z wolnej ręki obejmuje zamówienie dodatkowe w stosunku do umowy z 11 października 2005 r. Przedmiotem dodatkowej umowy było przedłużenie okresu realizacji kontraktu podstawowego za dodatkowym wynagrodzeniem, a nie zlecenie usług wykraczających poza zakres zamówienia podstawowego. Pozwana Gmina nie tylko nie udowodniła, ale nawet nie wskazała precyzyjnie jakie konkretne sytuacje lub zdarzenia w zakresie realizacji robót budowlanych przyczyniły się do przedłużenia okresu ich realizacji aż o dwa lata. Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 p.z.p. konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego musiała wynikać z sytuacji niemożliwej do przewidzenia w dacie zawarcia umowy podstawowej. Sytuacja niemożliwa do przewidzenia to jest taka sytuacja, której nie można było stwierdzić przy zachowaniu należytej staranności na etapie przygotowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli najpóźniej w dniu zawarcia umowy podstawowej. Podkreślił Sąd, że dla uzasadnienia swego twierdzenia, że udzielenie zamówienia dodatkowego wynikało z sytuacji niemożliwej do przewidzenia pozwana Gmina w odpowiedzi na pozew wskazała wytłuszczonym drukiem (k. 129), że projekt przewidywał zakończenie jego realizacji w ostatecznym terminie do dnia 31 grudnia 2009 r. W umowie o dofinansowanie projektu wyraźnie wskazano, że beneficjent winien zamknąć projekt w terminie zgodnym z decyzją Komisji Unii Europejskiej, czyli do 31 grudnia 2009 r. Data ta stanowiła datę graniczną dla projektu, znajdującą odzwierciedlenie we wszystkich innych dokumentach dotyczących realizacji projektu, w tym w zawieranych przez Gminę umowach. We wszystkich uzgodnieniach z instytucjami pośredniczącymi wyższego szczebla zaznaczono brak możliwości przesunięcia tego terminu. Powyższa okoliczność oznacza, że pozwana Gmina od samego początku miała świadomość tego, że całość prac musi być przeprowadzona w terminach zgodnych z decyzją Komisji Unii Europejskiej. Miała zatem obowiązek takiego planowania tych prac i takiego ich wykonywania, by terminy były dotrzymane. Ewentualne opóźnienie mogłoby być zatem usprawiedliwione wyłącznie nadzwyczajnymi okolicznościami. Pozwani takich okoliczności nie wykazali. Ponadto pozwani nie wykazali, że z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby niewspółmiernie wysokich kosztów. Ta przesłanka zezwalająca na zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki nie była przez pozwanych dowodzona.

Podsumował zatem Sąd Okręgowy, że pozwani zawarli umowę z 13 października 2009 r. z naruszeniem art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, ponieważ nie zachowany został podstawowy tryb udzielenia zamówienia, to jest przetarg nieograniczony lub przetarg ograniczony. Pozwana Gmina nie udowodniła, że była uprawniona do udzielenia zamówienia z wolnej ręki do czego miałaby prawo zgodnie z art. 10 ust. 2 p.z.p., ale tylko wówczas, gdyby wykazała, że zachodziła co najmniej jedna z okoliczności, o których mowa w art. 67 ust 1 p.z.p. Pozwana powołała się na okoliczności, o których mowa w pkt. 5 tego przepisu, ale nie udowodniła, że okoliczności te zachodziły w dacie zawarcia umowy z 13 października 2009 r. Zgodnie z art. 7 ust. 3 p.z.p. zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami tej ustawy. Udzielenie zamówienia wykonawcy, który został wybrany w sposób sprzeczny z przepisami ustawy stanowi czynność prawną sprzeczną z tą ustawą i – z mocy art. 58 k.c. w związku z art. 139 ust. 1 p.z.p. – jest bezwzględnie nieważna. , dlatego żądanie Sąd uwzględnił. Rozstrzygnięcie o kosztach jest oparł o art. 113 ust. 1 ustawy z 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

Apelację od opisanego wyroku wniosła pozwana (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. ((...)), zaskarżając wyrok w całości. Zarzuciła w niej naruszenie prawa materialnego, tj. art. 58 § 1 kodeksu cywilnego w związku z art. 1 ust. 2 i art. 67 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych przez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji przyjęcie, że zawarta pomiędzy stronami

umowa jest nieważna, art. 750 kodeksu cywilnego poprzez jego niezastosowanie i w konsekwencji przyjęcie, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z umową rezultatu, a nie umową starannego działania, naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 5 Ustawy PZP przez błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji przyjęcie, iż w sprawie nie zostały spełnione przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Zarzuciła także sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego wskutek naruszenia przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, a mianowicie art. 233 § 1 kodeksu postępowania cywilnego, poprzez dokonanie oceny dowodów w zakresie okoliczności braku spełnienia w niniejszej sprawie wszystkich przesłanek warunkujących dopuszczalność zawarcia przez pozwaną Gminę (...) z pozwanymi (...) Sp. z o.o. i (...) z siedzibą w A. umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki, zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 Ustawy PZP, tj. przesłanki: zlecenia zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym, konieczności wykonania zamówienia dodatkowego na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, przy braku wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego i uwzględnienia wszystkich dowodów przeprowadzonych w sprawie. Nadto niewyjaśnienie wszystkich okoliczności faktycznych, istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, wskutek naruszenia przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, a mianowicie art. 328 § 2 k.p.c. przez brak w uzasadnieniu wyroku szczegółowego ustosunkowania się przez Sąd Okręgowy do treści przeprowadzonych dowodów z zeznań świadków W. D. oraz dokumentów w postaci umowy podstawowej i dodatkowej, obrazujących różnice zakresu przedmiotowego świadczonych usług oraz okresu ich świadczenia objętego poszczególnymi umowami. W oparciu o wskazane zarzuty wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie powództwa oraz o zasądzenie od powoda na rzecz Pozwanego zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu przed Sądami I i II instancji. W przypadku nieuwzględnienia powyższego wniosku, wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I Instancji do ponownego rozpoznania z uwzględnieniem kosztów postępowania odwoławczego.

Pozostali pozwani przychyliłi się do apelacji pozwanej (...).

Powód wniósł o oddalenie apelacji w całości i zasądzenie od Pozwanego Ad. 2 na rzecz Powoda kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja nie może odnieść zamierzonego skutku, gdyż zaskarżony wyrok odpowiada prawu.

W ocenie Sądu Apelacyjnego podniesione przez skarżącą zarzuty naruszenia prawa procesowego (art. 328 § 2 k.p.c. oraz 233 § 1 k.p.c.), jak również sprzeczności ustaleń faktycznych z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, nie stanowią uzasadnionego zarzutu, który mógłby skutkować uwzględnieniem wniosków apelacji. Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. stwierdzić należy, iż obraza tego przepisu może być skutecznym zarzutem apelacji tylko wtedy, gdy uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie posiada wszystkich koniecznych elementów, bądź zawiera tak kardynalne braki, które uniemożliwiają kontrolę instancyjną. Sąd Odwoławczy rozpoznający niniejszą apelację podziela stanowisko Sądu Najwyższego zawarte w wyroku z 7 lutego 2001 r., że naruszenie przepisu określającego wymagania, jakim winno odpowiadać uzasadnienie wyroku sądu (art. 328 § 2 k.p.c.), może być ocenione jako mogące mieć istotny wpływ na wynik sprawy w sytuacjach wyjątkowych, do których zaliczyć można takie, w których braki w zakresie poczynionych ustaleń faktycznych i oceny prawnej są tak znaczne, że sfera motywacyjna orzeczenia pozostaje nieujawniona bądź ujawniona w sposób uniemożliwiający poddanie jej ocenie instancyjnej (sygn. akt V CKN 606/00, Lex nr 53116). Sytuacja taka w sprawie nie zachodzi, gdyż treść uzasadnienia pozwala na odczytanie sfery motywacyjnej orzeczenia i poddanie go kontroli instancyjnej.

Jakkolwiek w istocie Sąd Okręgowy nie przytoczył ustaleń faktycznych, uznając stan faktyczny za bezsporny między stronami, to podkreślić należy, że Sąd Apelacyjny jest obecnie także sądem merytorycznym. Sąd Apelacyjny zauważył zatem, że strony powołują się na fakty, które wynikają z niekwestionowanych przez nie dokumentów. Dlatego za bezsporne należy uznać okoliczności faktyczne wynikające z tych dokumentów, a to fakt, że Gmina (...) w 2005 roku przeprowadziła postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem było wykonywanie

usługi Inżyniera Kontraktu w ramach projektu „Gospodarka ściekowa w (...)”. Wartość zamówienia na tę usługę została ustalona na ponad 3 miliony euro. Do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu wybrano konsorcjum składające się z pozostałych pozwanych. Umowa podstawowa została zawarta 11 października 2005 roku w trybie przetargu ograniczonego. Jej przedmiotem było wykonywanie usług Inżyniera Kontraktu, a termin zakończenia świadczenia tych usług został ustalono na 31 grudnia 2009 roku. Terminy wykonania poszczególnych części zamówienia zostały określone w załączniku numer jeden do umowy podstawowej, zgodnie z którym faza przygotowawcza miała zostać zakończona po 8 miesiącach od daty podpisania umowy, nadzór nad realizacją robót miał trwać do 31 grudnia 2008 roku, a następnie przez okres 12 miesięcy miał trwać okres zgłaszania wad. Po upływie tego okresu powinno nastąpić rozliczenie inwestycji (umowa na k. 47-54, załącznik k. 94-114). Jako, że podpisano aneksy do umów na roboty budowlane, nad którymi nadzór sprawował Inżynier Kontraktu, wydłużeniu uległ okres realizacji tych robót. Gmina uznała, że w celu zapewnienia nadzoru nad robotami budowlanymi w przedłużonym okresie oraz prawidłowego rozliczenia inwestycji, niezbędnie będzie zawarcie umowy dotyczącej usług Inżyniera Kontraktu w wydłużonym okresie trwania robót i w okresie zgłaszania wad. Gmina (...) jako zamawiająca przeprowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług Inżyniera Kontraktu dla projektu „Gospodarka ściekowa w (...)” w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ustęp 1 pkt 5 litera a i b ustawy Prawo zamówień publicznych. Pismem z 23 lipca 2009 roku powód został zawiadomiony o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług Inżyniera Kontraktu (k.44-46). Umowa dodatkowa w sprawie dodatkowego zamówienia publicznego na świadczenie usług Inżyniera Kontraktu została zawarta pomiędzy pozwanymi 13 października 2009 roku w trybie zamówienia z wolnej ręki (umowa na k. 37-43). W umowie tej Gmina (...) udzieliła pozostałym pozwany działającym wspólnie jako konsorcjum zamówienia publicznego na wykonywanie usług Inżyniera Kontraktu podczas realizacji projektu pod tytułem „Gospodarka ściekowa w (...)” za wynagrodzeniem 5.185.000,00 PLN. Urząd Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną w zakresie zastosowanego trybu zamówienia z wolnej ręki. W wydanej w dniu 26 marca 2010 roku informacji o wyniku kontroli doraźnej dotyczącej postępowania, w którym doszło do zawarcia umowy dodatkowej, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że pozwana Gmina nie wykazała spełnienia łącznie wszystkich przesłanek wskazanych w art. 67 ustęp 1 pkt 5 litery a i b ustawy p.z.p., który uprawnia do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w przypadku udzielenia dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych nieobjętych zamówieniem podstawowym i nie przekraczających łącznie 50 % wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby niewspółmiernie wysokich kosztów lub wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego (kopia informacji k.55-60). Pozwana Gmina (...) wniosła zastrzeżenia do wyników kontroli (k. 61- 65). Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z 4 maja 2010 roku nie uwzględniła tych zastrzeżeń wskazując, że zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala na ustalenie, iż przedmiot umowy dodatkowej zwartej 13 października 2009 roku w trybie zamówienia z wolnej ręki obejmuje zamówienie dodatkowe w stosunku do pierwotnej umowy z 11 października 2005 roku. Krajowa Izba wyraziła pogląd, że wykonywanie usługi nadzoru inwestorskiego i inspektorskiego w dodatkowym okresie 24 miesięcy nie warunkowało prawidłowego zrealizowania zamówienia podstawowego w ustalonym zakresie. Krajowa Izba podzieliła także pogląd, że Gmina (...) nie udowodniła, by konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego wynikała z sytuacji niemożliwej do przewidzenia tj. takiej, w której zamawiający nie mógł stwierdzić przy zachowaniu należytej staranności na etapie przygotowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Krajowa Izba uznała, że zamawiający nie przedstawił żadnych argumentów na potwierdzenie, że z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od podstawowego wymagałoby niewspółmiernie wysokich kosztów (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z 4 maja 2010 r. k. 69-75). Jak już wspomniano okoliczności wynikające z przytoczonych dokumentów są bezsporne.

Sąd Okręgowy przeprowadził postępowanie dowodowe uwzględniając wnioski dowodowe stron, a oprócz dowodu z dokumentów opisanych wyżej, przesłuchał świadków, których zeznania przeanalizował (na k. 303,304 akt - uzasadnienie zaskarżonego wyroku), a zeznania te, jako w pełni wiarygodne stanowią uzupełnienie ustaleń faktycznych wynikających z dokumentów. Sąd Okręgowy trafnie w oparciu o te zeznania przytoczył, że sporna umowa

została zawarta ponieważ ramy czasowe pierwotnie przyjęte uległy przedłużeniu (świadek W. D.), zawarcie spornej umowy spowodowane zostało przedłużeniem robót budowlanych, a Gmina prowadziła negocjacje z dotychczasowym Inżynierem Kontraktu co do ceny „za wydłużoną pracę” (świadek A. W.), całość inwestycji miała zostać zamknięta do końca 2009 r., co wynikało z wniosków aplikacyjnych i decyzji Komisji Europejskiej z grudnia 2004 r. (świadek A. B.). W ocenie tego świadka wobec wydłużenia robót budowlanych o 24 miesiące ważne było, by prace Inżyniera Kontraktu kontynuowane były przez ten sam podmiot, który dysponował wiedzą do wykonywania prac. Sąd Okręgowy słusznie zwrócił w tym miejscu uwagę, że świadek ten nie wyjaśnił czy owa „konieczna wiedza” była tego rodzaju, że nie mógł jej posiadać inny podmiot, wyłoniony w podstawowym trybie zamówienia, a więc w przetargu ograniczonym bądź nieograniczonym. Nie uczynili tego także pozwani.

Jeśli chodzi o zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. skarżąca ogranicza go do pominięcia treści zeznań świadka W. D., a konkretnie jego słów dotyczących raportów, które w umowie dodatkowej składane były kwartalnie, zaś w umowie podstawowej raporty sporządzane były miesięcznie, a okresem zbiorczym był okres półroczny (zeznania podczas rozprawy 3 grudnia 2012 r. protokół k. 243-245 oraz nagranie rozprawy). Zarzut ten nie może jednak odnieść zamierzonego przez apelującą skutku.

Przypomnieć wypada, że pozwani podnosili w toku postępowania przed Sądem I Instancji, że usługa objęta umową dodatkową z 13 października 2009 roku jest usługą dodatkową w stosunku do usługi objętej umową podstawową z 11 października 2005 roku, bowiem zakres usług świadczonych w ramach umowy dodatkowej obejmował dodatkowy nadzór nad realizacją robót, które nie zostały ukończone w zakładanym okresie do dnia 31 grudnia 2008 roku, oraz nadzór w zakresie zgłaszania wad. Zdaniem pozwanych spółek innym świadczeniem jest wykonywanie określonych usług w jednym czasie, a innym będzie świadczenie tych usług w innym czasie, co oznacza iż zamówienie dodatkowe nie pokrywa się z zamówieniem podstawowym. Nie wskazywali na jakiegokolwiek inne różnice. W apelacji dopiero pozwana akcentuje ową różnicę w postaci sporządzania raportów kwartalnych, podczas gdy raporty takie nie były sporządzane na podstawie umowy podstawowej, oraz brak obowiązku sporządzania raportów miesięcznych i półrocznego okresu zbiorczego w umowie dodatkowej. W ocenie pozwanej ta pominięta jakoby okoliczność wynikająca z zeznań świadka D. świadczy o różnicy w zakresie przedmiotowym umowy podstawowej i umowy dodatkowej, co przemawia za tym, że zakres umowy podstawowej nie był tożsamy z zakresem umowy dodatkowej. W ocenie Sądu Apelacyjnego jest to jednak stanowisko chybione. Sporządzanie raportów w ramach umowy podstawowej, jak i dodatkowej w różnych okresach nie może przesądzać o braku tożsamości zakresów obu umów. Taka różnica jest nieistotna z punktu widzenia porównania zakresu przedmiotowego obu umów. Rację ma powód podnosząc w odpowiedzi na apelację, że o charakterze umowy decydują jej essentialia negotii, a nie określenie sposobu wykonywania obowiązków w ramach świadczenia usługi inżyniera kontraktu w poszczególnych umowach. Sąd Apelacyjny zauważa przy tym, że w umowie podstawowej także przewidziany był wymóg składania raportów kwartalnych, co wynika z załącznika do umowy podstawowej – rozdział Raporty – „wymagania odnośnie składania raportów” (k.113), a zatem tak jak w umowie dodatkowej, a nadto apelująca w odpowiedzi na pozew wskazała, powołując się na opis przedmiotu zamówienia stanowiący załącznik do umowy dodatkowej, że raporty zgodnie z tą umową przedkładane miały być w także w okresach miesięcznych, a zatem nie tylko kwartalnych, a nadto złożony miał być raport końcowy (k.212).

Zarzut podniesiony w apelacji, że Sąd I Instancji nie porównał dokumentów umowy podstawowej i umowy dodatkowej, wskazując na zasadnicze różnice zakresu przedmiotowego świadczonych usług jest o tyle nieskuteczny, że jak już wyżej wspomniano, sami pozwani na takie różnice nie wskazywali, za wyjątkiem czasu w jakim nastąpić miało wykonywanie usług. Nawet w apelacji pozwana – poza owymi terminami składania raportów okresowych – nie wskazuje na inne różnice zakresu przedmiotowego w obu umowach. Pozwani nie odnieśli się też do wypunktowanych przez powoda podobieństw obu umów, zarówno w uzasadnieniu pozwu, jak i w piśmie z 28 listopada 2012 r. Powód podczas rozprawy w dniu 3 grudnia 2012 r. złożył oświadczenie, że popiera stanowisko zawarte w pozwie i piśmie procesowym z 28 listopada 2012 r., zaś pozwani podtrzymali jedynie stanowisko zawarte w odpowiedziach na pozew (protokół rozprawy k.242). Powód - czemu pozwani nie zaprzeczają, opierając się na porównaniu dokumentów załączonych do umowy podstawowej z 2005 r. i umowy zawartej w trybie z wolnej ręki z 2009 r. w części dotyczących opisu przedmiotu zamówienia wskazał, że: zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia na „usługi dodatkowe”, (dalej

(...), stanowiącym Załącznik nr (...) do umowy nr (...) w sprawie dodatkowego zamówienia publicznego na świadczenie usług Inżyniera Kontraktu dla projektu „Gospodarka ściekowa w (...)” z dnia 13 października 2009 r. w (...), zakres prac objętych umową został wskazany w pkt (...) „Konkretnie działania”, na który składają się pkt (...) „Nadzór nad realizacją robót”, „Faza realizacji: Zadania ogólne; Nadzór na terenie budowy, inspekcje, próby, itp., Faza powykonawcza, Konsultacje z instytucjami pośredniczącymi, Sposób wykonywania obowiązków. Zaś zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia podstawowego (dalej (...)), zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - część III „Opis przedmiotu zamówienia”, którego zakres został następnie objęty umową z 2005 r. obejmował: punkt (...) „Nadzór nad realizacją robót” - odpowiadający w całości (...), w tym określone „Faza realizacji: Zadania ogólne”, Nadzór na terenie budowy, inspekcje, próby, itp. (...) - odpowiadający w całości zawartemu w (...) pt. „Nadzór na terenie budowy, inspekcje, próby, itp., Faza powykonawcza (str. 1–11 (...)) - odpowiadający w całości części wskazanej na str. 8 (...) pt. „Faza powykonawcza”, Konsultacje z Instytucjami Pośredniczącymi (str. 11 (...)), odpowiadająca w całości takiej samej części w (...) pt. „Konsultacje z Instytucjami Pośredniczącymi, Sposób wykonywania obowiązków (str. 11-12 (...)) - odpowiadająca w całości takiej samej części opisanej w (...) na str. 8-9. Zwrócił uwagę, że zgodnie z pkt (...) (...) i odpowiadającym mu w całości pkt (...) (...) oba pod tym samym tytułem: „Nadzór nad realizacją robót”, zadanie będące przedmiotem każdej z umów obejmować miało świadczenie usług Inżyniera kontraktu w rozumieniu (...) nad realizacją następujących kontraktów: a) według „Warunków Kontraktowych dla urzędzeń oraz Projektowania i Budowy dla urzędzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót inżynierskich i budowlanych projektowanych przez Wykonawcę”, drugie wydanie angielsko-polskie 2004 (tłumaczenie 1 wydania 1999 r.), (...) 2004: Kontrakt 1: Kanalizacja sanitarna i deszczowa w dzielnicach W., J. i C., Kontrakt 2: Kanalizacja sanitarna i deszczowa w dzielnicy (...), Kontrakt 3: Kanalizacja sanitarna i deszczowa w dzielnicach Z., W. i Z.; Kontrakt 4: Kanalizacja sanitarna i deszczowa w dzielnicach W. i M., Kontrakt 5: Kanalizacja sanitarna i deszczowa w dzielnicy C. oraz b) według „Warunków Kontraktowych dla urzędzeń oraz Projektowania i Budowy dla urzędzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót inżynierskich i budowlanych projektowanych przez Wykonawcę”, drugie wydanie angielsko-polskie 2004 (tłumaczenie 1 wydania 1999 r.), (...) 2004: Kontrakt 6: Gospodarka osadami na Oczyszczalni (...). Dokonane porównanie przez powoda wskazuje wprost, że opis przedmiotu zamówienia obejmujący część dotyczącą zadań Inżyniera Kontraktu w zakresie nadzoru nad realizacją robót z (...) został recypowany wprost do (...) i udzielono zamówienia „dodatkowego” na zakres przedmiotu umowy, który już pierwotnie w ramach wynagrodzenia ryczałtowego obejmowało zamówienie podstawowe. Obie umowy co do zakresu związanego z usługą świadczenia nadzoru nad realizacją robót różnią jedynie punkty (...) (...) i (...) (...), wskazujące zmienione terminy realizacji dokładnie tych samych świadczeń rzeczowych określonych w jednej i drugiej umowie (k. 254-255). W świetle powyższego, zarzut braku porównania przez Sąd I Instancji obu umów jest bez znaczenia.

W tym stanie rzeczy, na podstawie wyżej przytoczonych ustaleń uznać należy, że słuszna jest konstatacja Sądu Okręgowego, że pozwani (bo to na nich spoczywał ciężar dowodu z art. 6 k.c., czego pozwani nie kwestionują także na etapie postępowania apelacyjnego) nie wykazali przesłanek zawarcia umowy z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy prawo zamówień publicznych. Na marginesie zauważyć należy, że konstatacja ta nie może świadczyć o naruszeniu prawa procesowego – art. 233 § 1 k.p.c. i dokonaniu sprzecznych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, dotyczy bowiem wniosku o sąd w aspekcie stosowania przez niego prawa materialnego.

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 p.z.p. umożliwia zamawiającemu zastosowanie niekonkurencyjnego trybu z wolnej ręki wyłącznie w przypadku, gdy wystąpią przesłanki w tym przepisie wymienione. Pozwala on zawrzeć taką umowę w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych, zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli: a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

Interpretacja wymienionych przesłanek dokonana być musi w sposób ścisły, zawężający. Przepis ten bowiem określa wyjątki od zasady wynikającej z ustawy prawo zamówień publicznych, to jest zamówień publicznych w trybach

nieograniczonego lub ograniczonego przetargu. W pełni zachowuje swoją aktualność stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 6 lipca 2001 r., (sygn. III RN 16/01, OSNP 2001, nr 22, poz. 657), że przepis stanowiący, iż zamawiający może udzielić tzw. zamówienia z wolnej ręki tylko wtedy, gdy zachodzi jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności, powinien być interpretowany w sposób ścisły, jako wyjątek od zasady udzielania zamówień publicznych w trybie przetargu.

Analizując wymienione w omawianym przepisie przesłanki niewątpliwie nie można mówić o tym, że zamówienie dodatkowe nie pokrywało się z zamówieniem podstawowym, co wynika z wcześniejszych wywodów i porównania obu umów. Z samego faktu ustanowienia terminu granicznego wykonania usług określonego w umowie podstawowej i jego upływu nie można bowiem wywodzić odmienności zakresu przedmiotowego usług Inżyniera Kontraktu w stosunku do usług określonych w umowie dodatkowej, abstrahując od zakresu obu umów, wynikających z „Opisu Przedmiotu Zamówienia” do umowy Podstawowej i załącznika nr (...) do spornej umowy, szczegółowo wyżej przytoczonych. Sąd Apelacyjny akceptuje zatem stwierdzenie Sądu Okręgowego, że przedmiotem dodatkowej umowy było w istocie przedłużenie okresu realizacji umowy podstawowej, za dodatkowym wynagrodzeniem, nie zaś zlecenie usług wykraczających poza zakres przedmiotowy zamówienia podstawowego.

Co do przesłanki zaistnienia sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, zamówieniem dodatkowym nie będzie zamówienie, którego należy udzielić w wyniku nieprawidłowo przeprowadzonego przez zamawiającego procesu inwestycyjnego. Konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego musi wynikać z sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, to jest takiej, której zamawiający nie mógł stwierdzić przy zachowaniu należytej staranności na etapie przygotowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niemożliwość ta musi mieć charakter obiektywny. Starannie działający zamawiający powinien przewidzieć, zwłaszcza przy planowanych robotach budowlanych, że zwykle termin realizacji jest dłuższy niż zaplanowany. Można też przewidzieć wydłużenie okresu uzyskania dokumentacji przetargowej, jak i nawet uzyskania odpowiednich pozwoleń administracyjnych. Dlatego w umowie podstawowej na świadczenie usług Inżyniera Kontraktu powinno zawrzeć się odpowiednie klauzule umowne, które pozwalałyby rozliczyć umowę podstawową, także w przypadku wydłużenia okresu realizacji robót budowlanych. Termin wykonania umowy podstawowej upływał 31 grudnia 2009 r. ((...)umowy podstawowej k.49), co wynikało z wymogów zawartych w stanowisku Komisji Europejskiej i warunkowało dofinansowanie w ramach Funduszu Spójności. W § (...)umowy podstawowej (k.53) zakazano zmian postanowień umowy w stosunku do treści ofert, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, lub zmiany te są korzystne dla zamawiającego. W tym trybie umowy podstawowej nie zmieniono. Wypada zauważyć, że z § (...) umowy w sprawie dodatkowego zamówienia wynikają także czasowe ramy realizacji umowy (k.39), lecz w § 14 pod zastrzeżonym zakazem zmian postanowień umowy w stosunku do protokołu negocjacji i opisu przedmiotu zamówienia (ust.1), dopuszczono możliwość zmiany terminu wykonania poszczególnych części zamówienia lub terminu wykonania umowy, jeżeli niedotrzymanie tego terminu stanowi konsekwencję okoliczności niemożliwych do przewidzenia i tu wskazano na zmiany terminu zakończenia robót budowlanych i dodatkowe roboty budowlane związane z realizacją poszczególnych kontraktów (§ (...)– k.41,42). W umowie zawartej z wolnej ręki, mimo określonego terminu realizacji tej umowy, dopuszczono zatem możliwość niedotrzymania terminu w określonych sytuacjach, czego nie uczyniono w umowie podstawowej, zawartej w wyniku wyłonienia wykonawcy w procedurze przetargowej, z określonymi w niej rygorami. Należy ponownie zaznaczyć, że powstanie opóźnień w realizacji robót budowlanych, opóźnienia w procesie wydawania decyzji o pozwoleniu na budowę, czy korzystanie przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, nie stanowią okoliczności niemożliwych do przewidzenia. Okoliczności te jako występujące w praktyce obrotu gospodarczego powszechnie, są niewątpliwie możliwe do przewidzenia. Trzeba też zauważyć, że pozwani nie wykazali i nie udowodnili pozostałych przesłanek wynikających z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. a i b, to jest: „a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów” i „b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego”. Pozwani nie wykazali w żaden sposób, że realizujący zamówienie podstawowe jako jedyny podmiot był w stanie zrealizować przedmiot zamówienia po upływie terminu określonego w umowie podstawowej, na co trafnie wskazał Sąd Okręgowy.

Nie doszło też do naruszenia art. 750 k.c. przez jego niezastosowanie. Skarżąca twierdzi, że umowę podstawową zawartą przez pozwanych należy traktować jako umowę starannego działania, a nie rezultatu, a zatem, że cały przedmiot umowy dodatkowej z 13 października 2009 r., wobec wygaśnięcia umowy podstawowej w dniu 31 grudnia 2009 r., należy traktować jako zamówienie dodatkowe, nieobjęte zamówieniem podstawowym. Jest to zarzut chybiony. Stanowi on modyfikację wywodów pozwanych przedstawianych w postępowaniu przed Sądem I Instancji, że zamówienie dodatkowe nie pokrywa się z zamówieniem podstawowym, bowiem czym innym jest świadczenie usług wykonywanych w innym czasie. Inny zakres przedmiotowy umów wynika zatem z tego, że te same usługi wykonywane są w innym czasie (odpowiedź na pozew k. 212, 213). Rodzi się zatem pytanie, dlaczego te same usługi, które miały być wykonane w konkretnym czasie wymagały przeprowadzenia procedury przetargowej, a te same usługi, lecz wykonane w innym czasie, według pozwanych takiej procedury już nie wymagały, a wystarczyła procedura wolnej ręki? Pośrednio odpowiedź dają sami pozwani, że Inżynier Kontraktu nie miał możliwości wywiązania się z obowiązków wynikających z umowy podstawowej, bowiem jego świadczenie było ograniczone w czasie. W dodatkowym okresie zatem wykonał usługi Inżyniera Kontraktu, ostatecznie sporządzając sprawozdanie końcowe z realizacji projektu. Bez tych elementów umowa podstawowa nie zostałaby wykonana, a Inżynier Kontraktu nie otrzymałby pełnego wynagrodzenia wynikającego z umowy (odpowiedź na pozew, k.214). Stwierdzenia te potwierdzają jednakże stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, jak i dowodzą słuszności zaskarżonego rozstrzygnięcia, co wynika także z wcześniejszych wywodów zawartych w niniejszym uzasadnieniu.

Trzeba też podzielić poglądy orzecznictwa, że artykuł 139 ust. 1 p.z.p. potwierdza cywilistyczny charakter instytucji zamówień publicznych. Do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się bowiem przepisy k.c., chyba że przepisy ustawy stanowią inaczej, przy czym wyłączenie przepisów k.c. uzależnione jest od istnienia odrębnej regulacji w p.z.p. W odniesieniu do wielu instytucji o zakorzenionej tradycji cywilistycznej adaptacja ogólnych reguł z k.c. na grunt zamówień publicznych powinna następować z uwzględnieniem właściwości (natury) stosunku prawnego powoływanego do życia w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie zawsze bowiem reguły kodeksowe będą przystawać do sytuacji wyznaczonych rygoryzmem formalnym prawa zamówień publicznych. Obrót dokonywany na podstawie wskazanej regulacji, mimo zasadniczo cywilnoprawnego charakteru, wykazuje specyficzne cechy skutkujące koniecznością uwzględnienia również prawa publicznego i założeń systemowych, które stały się dla niej ratio legis (wyrok SA w Łodzi z 20.06.2013 r. sygn. I ACa 80/13 LEX 1342287). Analizując zatem stosunki prawne łączące pozwanych, nie można pominąć odmienności wynikającej z art. 67 ust. 1 pkt 5 p.z.p.

Trafnie Sąd Okręgowy zastosował przepisy ustawy obowiązującej w dniu zawierania umowy. Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2009 r. Nr 223 poz.1778) „do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz zawartych w następstwie przeprowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe”. Z przepisu tego wynika wprost, że do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem apelującej, że ustawa prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w dacie zawierania umowy w dniu 13 października 2009 r., a więc w dacie sprzed nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. nie zakazywała zawierania umów w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zawieranie i wykonywanie umów w trybie ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, i to także przed ową zmianą, było poddane szczególnej regulacji związanej z celem tej ustawy, mającej zapewnić uczciwą konkurencję, równe traktowanie wykonawców, celowe i oszczędne wydatkowanie środków publicznych. Oznacza to konieczność respektowania przepisów tej ustawy. Aktualność zachowuje stanowisko Sądu Najwyższego, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta z pominięciem obowiązkowej procedury przetargowej przewidzianej w ustawie o zamówieniach publicznych jest nieważna bez względu na to, czy przepisy regulujące ten typ umowy przewidują skutek nieważności (wyrok z 13.09.2013 r. sygn.. IV CKN 381/00, OSNC 2002/6/75, Pr.Gosp. 2002/6/6, Biul.SN 2001/12/8). A zatem brak ustawowej sankcji nieważności w ustawie p.z.p. nie wyklucza stwierdzenia

nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartego w postępowaniu z wolnej ręki. Do umów w sprawie zamówień publicznych będą się odnosić wszelkie przesłanki nieważności określone w odrębnych przepisach, w tym w szczególności wskazane w kodeksie cywilnym. W uzasadnieniu cytowanego wyżej orzeczenia Sądu Najwyższego podkreślono, że nieważnością, o jakiej stanowi art. 58 § 1 i 2 k.c., dotknięta jest czynność prawna sprzeczna z nakazem lub zakazem zawartym w każdym bezwzględnie obowiązującym przepisie prawnym. Badając zatem - przy zastosowaniu przesłanek z art. 58 § 1 i 2 k.c. - ważność umowy dotyczącej zamówienia publicznego uwzględnić trzeba nie tylko bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa prywatnego, ale także nakazy i zakazy zamieszczone w normach prawa publicznego, regulującego postępowanie poprzedzające zawarcie takiej umowy. Umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta z pominięciem obowiązkowej procedury przetargowej niweczy cel i charakter zamówienia publicznego. Celem takiej wadliwie zawartej umowy jest obejście ustawy. Nie może zatem budzić wątpliwości jej nieważność. W ocenie Sądu Apelacyjnego nie można zatem podzielić zarzutu apelacji dotyczącego naruszenia art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 10 ust. 2 i 67 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (p.z.p.).

Podsumowując, zarzuty apelacji okazały się nieuzasadnione, dlatego apelacja podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c.

Orzeczenie Sądu Apelacyjnego w przedmiocie kosztów procesu za instancję odwoławczą, mając na uwadze wynik sporu oraz wartość przedmiotu zaskarżenia, uzasadniają przepisy art. 108 § 1 k.p.c., art. 98 k.p.c., stosowane po myśli art. 391 § 1 k.p.c. oraz § 6 pkt 7 i § 12 ust 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U.163 poz.1349 z późn.zm.).