

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 grudnia 2017 roku

**Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim I Wydział Cywilny**

**w składzie:**

**Przewodniczący: SSO Renata Lech**

**Protokolant: sekretarz sądowy Daria Mazerant**

po rozpoznaniu w dniu 1 grudnia 2017r. w Piotrkowie Trybunalskim

na rozprawie

sprawy z powództwa **Skarbu Państwa - Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych**

przeciwko **Gminie K. oraz podmiotom działającym wspólnie w ramach konsorcjum: (...) Spółce Akcyjnej z siedzibą w W., Przedsiębiorstwu Budowlanemu „rystal-...” Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., (...) Spółce Akcyjnej z siedzibą w G.**

o stwierdzenie nieważności umowy

1. stwierdza nieważność umowy Nr (...) [ (...)] z dnia 12 maja 2009r. o udzielenie zamówienia dodatkowego do „umowy Nr (...) o budowę w systemie generalnego wykonawstwa kompleksu dydaktyczno (oświatowo) – sportowego w K. przy ul. (...)”, zawartej pomiędzy Gminą K. jako zamawiającym a podmiotami działającymi wspólnie w ramach konsorcjum: (...) Spółką Akcyjną z siedzibą w W., Przedsiębiorstwem Budowlanym „rystal-...” Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., (...) Spółką Akcyjną z siedzibą w G.;
2. zasądza od pozwanych: Gminy K. oraz podmiotów działających wspólnie w ramach konsorcjum: (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W., Przedsiębiorstwa Budowlanego „rystal-...” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w G. solidarnie na rzecz powoda Skarbu Państwa - Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kwotę 7.200,00 zł (siedem tysięcy dwieście złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu;
3. nakazuje pobrać od pozwanych Gminy K. oraz podmiotów działających wspólnie w ramach konsorcjum: (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W., Przedsiębiorstwa Budowlanego „rystal-...” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w G. solidarnie na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim kwotę 122.310,00 zł (sto dwadzieścia dwa tysiące trzysta dziesięć złotych) tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.

Sygn. akt I C 189/11

## UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 20 grudnia 2010r. skierowanym przeciwko Gminie K. oraz podmiotom działającym wspólnie w ramach konsorcjum: (...) Spółce Akcyjnej z siedzibą w W., Przedsiębiorstwu Budowlanemu „(...)” Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., (...) Spółce Akcyjnej z siedzibą w G., **powód Prezes Urzędu Zamówień Publicznych**, reprezentowany w toku procesu przez pełnomocnika radcę prawnego P. L., wniósł o stwierdzenie nieważności umowy Nr (...) [ (...)] z dnia 12 maja 2009r. o udzielenie zamówienia dodatkowego do „umowy Nr (...) o budowę w systemie generalnego wykonawstwa kompleksu dydaktyczno (oświatowo) – sportowego w K. przy ul.

(...)”, zawartej pomiędzy Gminą K. jako zamawiającym a podmiotami działającymi wspólnie w ramach konsorcjum: (...) Spółką Akcyjną z siedzibą w W., Przedsiębiorstwem Budowlanym „(...)” Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., (...) Spółką Akcyjną z siedzibą w G. oraz zasądzenie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

W uzasadnieniu żądania pozwu powód wskazał, iż zamawiający, czyli Gmina K. udzielił zamówienia dodatkowego do przedmiotowej umowy obejmującego roboty konieczne do wykonania: zadaszania płyty lodowiska, dodatkowych parkingów dla samochodów osobowych i autobusów wraz z siecią elektroenergetyczną, oświetleniem, kanalizacją deszczową i siecią teletechniczną, sieci ciepłej od boiska do węzła podgrzewu murawy, technologii ciepłej wraz z urządzeniami do podgrzewu wody basenowej, odzysku energii ciepłej oraz dostawę i montaż szafek ubraniowych zintegrowanych z elektronicznym systemem obsługi klienta ( (...)), bez zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, wymaganego przez art. 40 ust. 2, ewentualnie art. 48 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia przedmiotowej umowy o zamówienie publiczne – Dz. U. z 2007r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.- zwanej dalej ustawą), jak również z rażącym naruszeniem art. 10 ust. 2 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy. Brak jest bowiem, w ocenie powoda, podstaw do uznania, że wymienione roboty dodatkowe były niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, konieczność wykonania owych robót dodatkowych zaistniała na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jak również, że wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

W ocenie powoda charakter robót objętych zamówieniem podstawowym wskazuje na to, iż zamówienie to było w pełni funkcjonalne, a jego realizacja była możliwa do wykonania bez robót dodatkowych, objętych kwestionowaną umową. Zmiany wprowadzone ową umową miały na celu jedynie poprawienie parametrów technicznych (eksploatacyjnych) czy walorów użytkowych obiektów objętych zamówieniem podstawowym. Wyłącznie taki charakter mają, w ocenie powoda, zmiany w instalacjach, dostosowujące obiekty do wykorzystania energii termalnej, zadaszanie lodowiska, rozbudowa parkingu, czy też montaż szafek ubraniowych zintegrowanych z systemem obsługi klienta i kontroli dostępu (k. 2-12).

**Pozwana Gmina K.**, reprezentowana w toku procesu przez pełnomocnika radcę prawnego A. K., a następnie przez pełnomocnika radcę prawnego B. D., nie uznała żądania pozwu, wniosła od oddalenie powództwa oraz zasądzenie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

W ocenie pozwanej w przypadku przedmiotowego zamówienia zostały spełnione wszystkie przesłanki uzasadniające zastosowanie trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego, czyli powierzenie wykonania prac objętych zamówieniem dodatkowym innemu podmiotowi (wyłonionemu w drodze postępowania przetargowego) wiązałoby się z niewspółmiernie wysokimi kosztami. Każda z prac objętych zamówieniem dodatkowym wiązałaby się ze znaczącą ingerencją w prace wykonywane przez pozwane spółki w ramach realizacji zamówienia podstawowego. Jednocześnie prawidłowe wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówień dodatkowych. Pomędzy zamówieniem podstawowym a zamówieniami dodatkowymi zachodziła także zależność organizacyjna, która powodowała, że późniejsze wykonanie zamówień dodatkowych byłoby niecelowe (k. 95-112).

**Pozwane podmioty działające wspólnie w ramach konsorcjum: (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W., Przedsiębiorstwo Budowlane „rystal-(...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w G.**, reprezentowane w toku procesu przez pełnomocnika radcę prawnego M. R., nie uznały żądania pozwu, wnosząc o oddalenie powództwa oraz zasądzenie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych. Pozwani podkreślili, iż inicjatywa wprowadzenia zmian do projektu kompleksu (...) w K. wyszła od głównego projektanta tegoż obiektu. To projektant zaproponował wprowadzenie zmian, które miały wg niego polepszyć walory użytkowe obiektu oraz możliwość jego wykorzystania. Nie można zatem, w ocenie pozwanych, zarzucić Gminie K. braku należytej staranności w opracowaniu koncepcji architektonicznej obiektu. Zmiana projektu budowlanego przez projektanta jest przy tym okolicznością obiektywną, niezależną od inwestora. Co więcej, inwestor nie mógł jej przewidzieć opracowując specyfikację istotnych warunków zamówienia

ani definiując przedmiot w umowie podstawowej. Wobec czego, w ocenie pozwanych, konieczność wykonania robót określonych w zamówieniu dodatkowym zaistniała na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia.

W ocenie pozwanych zlecenie prac dodatkowych dotychczasowemu wykonawcy podyktowane było dbałością o efektywne, racjonalne i gospodarne wydatkowanie publicznych pieniędzy, lepszą jakością wykonanych prac (k. 217-225).

### **Sąd Okręgowy ustali następujący stan faktyczny:**

Umową Nr (...) z dnia 20 września 2007r. pozwana Gmina K. na podstawie wyników przetargu nieograniczonego udzieliła podmiotom działającym wspólnie w ramach konsorcjum: (...) Spółce Akcyjnej z siedzibą w W., Przedsiębiorstwu (...) „rystal-(...)” S. z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., (...) Spółce Akcyjnej z siedzibą w G., zamówienia publicznego na budowę w systemie generalnego wykonawstwa kompleksu dydaktyczno (oświatowo)-sportowego w K. przy ul. (...) za kwotę 192.674.275,79 zł.

(dowód: kopia umowy Nr (...) z dnia 20 września 2007r. , k. 13-34)

Pismem z dnia 11 maja 2009r. – znak: (...) Wójt pozwanej Gminy K. poinformował Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania z wolnej ręki o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pod nazwą: „Budowa kompleksu dydaktyczno-sportowego w K. – roboty dodatkowe”. **W powyższym piśmie wskazano, iż wartość zamówienia oszacowana z należytą starannością bez VAT wynosi 8.735.879,13 zł.**

W piśmie Wójt Gminy K. wskazał, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wszczęto w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych, albowiem w jego ocenie, wykonanie zamówienia podstawowego uzależnione jest od wykonania zamówienia dodatkowego.

W uzasadnieniu powyższej decyzji Wójt Gminy K. wskazała, iż na sesji w dniu 28 kwietnia 2008r. Rada Gminy K. podjęła decyzję o wybudowaniu zadaszania płyty sztucznego lodowiska oraz wybudowania zadaszania trybun boiska piłkarskiego. Z wnioskiem o wykonanie takich prac wystąpił główny projektant obiektu motywując to znacznym polepszeniem walorów użytkowych obiektu, a także większą możliwością wykorzystania obiektu, zwłaszcza płyty lodowiska, która w momencie zadaszania, może pełnić w okresie letnim dodatkowe funkcje. Na sesji w dniu 25 czerwca 2008r. Rada Gminy K. zadecydowała o podjęciu działań związanych z rozbudową parkingów oraz układu komunikacyjnego w rejonie przedmiotowego kompleksu. W pierwotnym projekcie zostały zaprojektowane parkingi przed obiektem oraz wzdłuż ul. (...) w ramach terenu, którego właścicielem była Gmina K.. Następnie Gmina stała się właścicielem kolejnych terenów wzdłuż ul. (...), stąd przystąpiono do opracowania koncepcji rozbudowy parkingów dla lepszej obsługi klientów obiektu.

W piśmie wskazano także, iż na sesji Rady Gminy w dniu 23 października 2007r. Rada Gminy zdecydowała o podjęciu działań związanych z budową ujęcia wód termalnych w związku z budową przedmiotowego kompleksu.

Odnosnie montażu szafek, z uwagi na to, iż obiekt był realizowany jako obiekt klasy A, uznano, iż szafki na terenie całego obiektu muszą być zintegrowane z elektronicznym systemem obsługi klienta realizowanym przez Generalnego Wykonawcę. Wobec powyższego uznano, iż szafki muszą być dostarczone wcześniej i zamontowane w ramach realizacji zamówienia podstawowego.

(dowód: kopia pisma z dnia 11 maja 2009r. – znak: (...) – zawiadomienie o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, k. 35-38, k. 115)

Umową nr Nr (...) [ (...)] z dnia 12 maja 2009r. o udzielenie zamówienia dodatkowego do „umowy Nr (...) o budowę w systemie generalnego wykonawstwa kompleksu dydaktyczno (oświatowo) – sportowego w K. przy ul. (...)”, zawartą pomiędzy Gminą K. jako zamawiającym a podmiotami działającymi wspólnie w ramach konsorcjum: (...) Spółką Akcyjną z siedzibą w W., Przedsiębiorstwem Budowlanym „rystal-(...)” Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z

siedzibą w K., (...) Spółką Akcyjną z siedzibą w G., pozwana Gmina K. udzieliła podmiotom działającym w ramach konsorcjum zamówienia dodatkowego.

**Zgodnie z zawartą w umowie klauzulą (f)(i) przedmiotem umowy z 12 maja 2009r. miały być wszelkie roboty stałe, jak i roboty pomocnicze (tymczasowe), konieczne do wykonania:**

- a) **zadaszenia płyty lodowiska,**
- b) **dotychczasowych parkingów dla samochodów i autobusów, wraz z siecią elektroenergetyczną, oświetleniem, kanalizacją deszczową i siecią teletechniczną,**
- c) **sieci ciepłej od boiska do węzła podgrzewu murawy, technologii ciepłej wraz z urządzeniami do podgrzewu wody basenowej, odzysku energii ciepłej,**
- d) **dostawy i montażu szafek ubraniowych zintegrowanych z systemem obsługi klienta ( (...)).**

(dowód: kopia umowy nr Nr (...) [ (...)] z dnia 12 maja 2009r. o udzielenie zamówienia dodatkowego do „umowy Nr (...) o budowę w systemie generalnego wykonawstwa kompleksu dydaktyczno (oświatowo) – sportowego w K. przy ul. (...)”, k. 39-60)

O zawarciu umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki ogłoszono w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 maja 2009r.

(dowód: informacja o opublikowaniu ogłoszenia, k. 126)

W piśmie z dnia 3 sierpnia 2009r. skierowanym do Urzędu Zamówień Publicznych Wójt Gminy K. wyjaśniając i uzasadniając decyzję o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, wskazała odnośnie robót dodatkowych związanych z zadaszeniem lodowiska, iż w trakcie realizacji inwestycji powstał pomysł generalnego projektanta inwestycji zadaszenia płyty lodowiska, który to pomysł zyskał akceptację Rady Gminy. Zatem, jak wskazała Wójt Gminy, na etapie procedury przetargowej obejmującej zamówienie podstawowe, nie dało się przewidzieć wymieniowych robót budowlanych. Wykonanie zadaszenia lodowiska związane jest zaś ze znacznym polepszeniem walorów użytkowych obiektu, większą możliwością wykorzystania zwłaszcza płyty lodowiska. Podkreślono także, iż realizacja zadaszenia po zakończeniu robót objętych zamówieniem podstawowym wiązałaby się z licznymi robotami rozbiórkowymi, czyli dodatkowymi kosztami realizacji, brakiem możliwości korzystania z lodowiska i przyległych terenów przez okres kilku miesięcy, jak również utrudnieniem dla szkół w trakcie trwania roku szkolnego. Powstałby także w ocenie pozwanej Gminy problem z warunkami gwarancji. Odnośnie pozostałych prac objętych umową z 12 maja 2009r. została powtórzona argumentacja zawarta w piśmie z dnia 11 maja 2009r.

Odnośnie wykorzystania źródeł geotermalnych Wójt Gminy wyjaśniła, iż z uwagi na rozbieżność w terminach realizacji projektu budowlanego przedmiotowego kompleksu – zakończenie prac projektowych lipiec 2006r., procedurą przetargową na podstawie tej dokumentacji – ogłoszenie przetargu styczeń 2007r., podpisanie umowy wrzesień 2007r., a decyzją Rady Gminy o przystąpieniu do dalszych prac mających na celu wykorzystanie wód geotermalnych – października 2007r., natomiast koncesja wydana w dniu 9 grudnia 2008r., nie było można przewidzieć wykonania prac związanych z wykorzystaniem energii geotermalnej. Dodatkowo, jak podkreślono w piśmie, ze względu na rozwiązania techniczne, włączenie instalacji w istniejący obiekt i specyfikę techniczną, jak również na koordynację prac związanych z budową obiektu, nie było możliwe, w ocenie zamawiającego, oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego. Natomiast wprowadzenie zmian w wybudowanym i zakończonym obiekcie powodowałoby niewspółmiernie wyższe koszty.

(dowód: kopia pisma z dnia 24 sierpnia 2009r. – znak (...), k. 61-65)

Zarówno przedmiot umowy podstawowej, jak i kwestionowanej umowy o roboty dodatkowe, został zrealizowany. Dnia 26 sierpnia 2009r. uzyskano pozwolenie na użytkowanie kompleksu (...), a do końca roku 2009 rozliczono inwestycję i wystawiono świadectwo przejęcia. W chwili obecnej obiekt funkcjonuje.

(dowód: okoliczności bezsporne, zeznania świadka R. O., k. 304)

Budowa przedmiotowego kompleksu (...) była największą inwestycją Gminy K.. Obejmuje on część dydaktyczną – dwie szkoły oraz część sportową – baseny, (...), sale treningowe, boiska, lodowisko, baseny zewnętrzne i parkingi. Proces projektowania obiektu, jak i jego realizacji trwał długo. Cały proces inwestycyjny trwał ok. 8 lat.

Z wnioskiem o wykonanie zadaszania płyty lodowiska wystąpił główny projektant, motywując to polepszeniem walorów użytkowych obiektu. Zadaszenie lodowiska umożliwia bowiem jego dłuższą eksploatację w okresie zimowym, obniża koszty utrzymania (obniżenie kosztów utrzymania płyty w czystości, niższe koszty zamrażania płyty, możliwość użytkowania przy temp. niższej niż -12 st.) oraz umożliwia wykorzystanie płyty lodowiska na inne cele poza sezonem zimowym, np. jako tor do jazdy na rolkach, miejsce pokazów kina letniego. Po wyrażeniu zgody przez Radę Gminy na wykonanie zadaszania podjęto prace projektowe i przekazano projekt do wyceny wykonawcy kompleksu. Po uzyskaniu wyceny Rada Gminy wyraziła ostatecznie zgodę na wykonanie zadaszania lodowiska, odmawiając zgody na realizację zadaszania trybun boiska, które to rozwiązanie było przedmiotem analizy równoległej z analizą zadaszania lodowiska.

Wykonanie zadaszania na sztucznym lodowiskiem ingerowało w zaplanowany pierwotnie układ chodników i ciągów komunikacyjnych, a ponadto rodziło konieczność ingerencji w instalację elektroenergetyczną oraz sieć kanalizacji deszczowej odbierającą wodę z zadaszania. Wykonanie zadaszania lodowiska, które jest położone w centrum całego kompleksu, po wykonaniu robót objętych pierwotną umową, utrudniałoby korzystanie z całego kompleksu, praktyczne wyłączenie możliwości korzystania z lodowiska i obiektów przyległych przez co najmniej kilka miesięcy, wymagałoby ponadto znaczących prac rozbiórkowych, utrudniało koordynację wykonywanych prac, co mogło w konsekwencji doprowadzić do wydłużenia czasu realizacji całej inwestycji. Ponadto ingerencja w prace wykonywane przez wykonawcę zamówienia podstawowego podczas realizacji zamówienia dodatkowego wiązała się z utratą gwarancji na te prace.

(dowód: zeznania świadka R. O., k. 304-308, pismo Wiceprzewodniczącego Rady Gminy K. z dnia 28 kwietnia 2008r., k. 137-139, zeznania świadka M. W., k. 308-314, zeznania świadka K. T., k. 1176-1178, nagranie przebiegu rozprawy, k. 1179, min. 00:03:13-00:24:45)

W pierwotnym projekcie parking na 150 miejsc wraz z odpowiednim odwodnieniem i oświetleniem był usytuowany wzdłuż ul. (...) na działce nr (...). Gmina na tym etapie dysponowała bowiem tylko tą nieruchomością, nie miała tytułu własności do innych terenów przyległych do terenu planowanej inwestycji, aby zaprojektować większą ilość miejsc parkingowych, aczkolwiek już na tym etapie inwestor miał świadomość, iż zaprojektowany parking będzie niewystarczający z uwagi na wielkość obiektu. Zespół basenów przewidziano bowiem na 200 osób, sala konferencyjna – na 280 osób, z saun, gabinetów masażu i punktów gastronomicznych może jednocześnie korzystać ok. 90 osób, w gimnazjum oraz zespole szkół ponadgimnazjalnych uczy się łącznie ok. 300 uczniów.

W 2006r. Gmina nabyła na własność tereny przyległe do terenu realizowanej inwestycji. Umożliwiło to zaprojektowania, a następnie realizację większej ilości miejsc parkingowych dla samochodów osobowych i autobusów.

Na sesji Rady Gminy K. dniu 25 czerwca 2008r. zdecydowano o podjęciu działań związanych z rozbudową parkingów oraz układu komunikacyjnego w rejonie przedmiotowego kompleksu. Na wspólnym posiedzeniu komisji Rady Gminy w dniu 21 sierpnia 2008r. zaakceptowano koncepcję rozbudowy parkingów.

Parking realizowany w ramach zamówienia dodatkowego stanowił przedłużenie pierwotnego parkingu. Wykonanie dodatkowych parkingów po zakończeniu realizacji zamówienia podstawowego wiązałyby się z koniecznością prac

rozbiórkowych innych już wykonanych elementów, robotami podziemnymi, przebudową już wykonanej sieci elektroenergetycznej, kanalizacji deszczowej, oświetlenia i sieci teletechnicznej.

(dowód: zeznania świadka R. O., k. 304-308, zeznania świadka M. W., k. 308- 314, zeznania świadka K. K., k. 314-320, zeznania świadka K. T., k. 1176-1178, nagranie przebiegu rozprawy, k. 1179, min. 00:03:13-00:24:45, kopia aktu notarialnego Rep. A - (...) z dnia 19 lipca 2006r., k. 141-145, kopia aktu notarialnego Rep. A - (...) z dnia 6 października 2006r., k. 146-153, kopia aktu notarialnego Rep. A- (...) z dnia 4 lipca 2007, k. 154-159, wyciąg z protokołu XXI sesji Rady Gminy K. z dnia 25 czerwca 2008r., k. 160, protokół ze wspólnego posiedzenia komisji Rady Gminy K. z dnia 21 sierpnia 2008r., k. 163 )

We wrześniu 2007r., zatem już w trakcie trwania realizacji kontraktu podstawowego, Gmina K. otrzymała wykonane na jej zlecenie opracowanie, tj. „Wstępna ocenę występowania i możliwości zagospodarowania energii geotermalnej w Gminie K.” przygotowaną przez Polską Akademię Nauk Instytut (...). Z powyższego opracowania wynikała możliwość znaczącego wykorzystania wód geotermalnych.

W dniu 9 grudnia 2008r. Gmina K. uzyskała koncesję na poszukiwanie i rozpoznawanie złożeń wód termalnych.

Wówczas została podjęta przez inwestora decyzja o wykorzystaniu energii geotermalnej do zasilania budowanego kompleksu (...). Zlecono wówczas w ramach robót dodatkowych wykonawcy zamówienia podstawowego budowę sieci ciepłej od boiska do węzła podgrzewu murawy, technologii ciepłej wraz z urządzeniami do podgrzewu wody basenowej, odzysku energii ciepłej. Zmieniono technologię podgrzewania płyty boiska, tak aby można zasilac ją bezpośrednio energią geotermalną. W związku z tym pojawiła się możliwość odzysku energii ciepłej z płyty boiska i wykorzystanie tej energii do ogrzewania wody basenowej przy wykonaniu dodatkowej instalacji odzysku ciepła oraz wykonaniu dodatkowego ciepłociągu pomiędzy płytą boiska i halą basenową. Dodatkowo zaprojektowano także instalację odzysku ciepła z instalacji zamrażania lodowiska.

Prace związane z tym zamówieniem dodatkowo ingerowały bezpośrednio w szereg elementów wykonywanych przez wykonawcę zamówienia podstawowego, w szczególności w system ogrzewania, w system chłodzenia lodowiska oraz w płytę boiska. W efekcie realizacji zamówienia dodatkowego powstał system pozwalający na optymalne zarządzanie energią ciepłą w całym kompleksie.

(dowód: kopia opracowania, tj. „Wstępna ocena występowania i możliwości zagospodarowania energii geotermalnej w Gminie K.” przygotowana przez Polską Akademię Nauk Instytut (...), k. 164-202, kopia koncesji, k. 207-211, zeznania świadka R. O., k. 304-308, zeznania świadka M. W., k. 308- 314, zeznania świadka K. K., k. 314-320, zeznania świadka K. T., k. 1176-1178, nagranie przebiegu rozprawy, k. 1179, min. 00:03:13-00:24:45)

W pierwotnym projekcie kompleksu (...) przewidziano szafki jako element wyposażenia obiektu, który miał być zrealizowany na podstawie odrębnego zamówienia. Jednocześnie w projekcie przewidziano, że w budynku zostanie zaprojektowany i wykonany system zarządzania obiektem ( (...)) i system obsługi klienta ( (...)). Podczas prac nad tymi systemami ustalono, że szafki basenowe, szafki na sali gimnastyczne i w szkołach winny być zintegrowane z systemem (...), co wymagało przeprowadzenia prac już na etapie budowy kompleksu. Koniecznym było bowiem doprowadzenie zasilania (sieci niskoprądowej) do każdej z szafek, co należało wykonać przed wykończeniem pomieszczeń, w których umieszczono szafki. Ponadto integracja szafek z elektronicznym systemem obsługi klienta wymagała odpowiedniej konfiguracji tegoż systemu. Wykonania obu zamówień w różnym czasie, rozdzielenie ich, wiązałby się ze zwiększonymi kosztami, jak i poważnymi utrudnieniami w działaniu kompleksu (...), w szczególności z uwagi na brak możliwości korzystania z systemu obsługi klientów w okresie zmiany konfiguracji systemu oraz prowadzenia testów.

(dowód: zeznania świadka R. O., k. 304-308, zeznania świadka M. W., k. 308- 314, zeznania świadka K. K., k. 314-320, zeznania świadka K. T., k. 1176-1178, nagranie przebiegu rozprawy, k. 1179, min. 00:03:13-00:24:45)

W wyniku przeprowadzonej kontroli następczej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uznał, iż Gmina K. jako zamawiający nie wykazała, aby w przypadku przedmiotowego

zamówienia zaistniały przesłanki udzielenia zamówień dodatkowych na roboty budowlane, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy Prawo Zamówień Publicznych, uprawniające do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 25 maja 2010r. nie uwzględniono zastrzeżeń zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. W opinii I. przedmiotowe roboty, co wskazuje sam zamawiający, miały polepszyć walory użytkowe obiektu a także zwiększyć możliwość jego wykorzystania. Pierwotny zakres zamówienia podstawowego był w pełni funkcjonalny. W związku z czym w przedmiotowej sytuacji nie mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonanie zamówienia dodatkowego było niezbędne dla prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego.

(dowód: kopia uchwały Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 25 maja 2010r., k. 67-74)

Koszt realizacji zamówienia dodatkowego w postaci zadaszania płyty lodowiska objętego umową z dnia 12 maja 2009r. w trakcie budowy kompleksu (...) jest niemożliwy do ustalenia z uwagi na nie rozważenie tego zagadnienia i brak rozwiązań technicznych w projektach budowlanych i wykonawczych z 2006r.

***Koszt realizacji jako zadania dodatkowego pn. „zadaszenie płyty lodowiska” po ukończeniu budowy kompleksu wg pierwotnego projektu i przekazania obiektu do użytkowania, zgodnie ze sporządzonym przez biegłego kosztorysem, wynosi co najmniej 3.203.660,76 zł netto.***

Koszt realizacji powyższego zamówienia dodatkowego w trakcie budowy kompleksu (...) nie był możliwy do przewidzenia, ponieważ zamysł zadaszania lodowiska powstał w trakcie realizacji umowy podstawowej, a wynikał z dokonującego się postępu technologicznego oraz analizy możliwości wykorzystania terenu lodowiska w znacznie szerszym zakresie, tj. m.in. wydłużenie czasu użytkowania lodowiska, umożliwienie odbywania imprez w czasie opadów atmosferycznych, umożliwienie innego sposobu wykorzystania tego fragmentu obiektu, nie tylko na lodowisko, lecz jako tor do jazdy na rolkach, kino letnie i koncerty. Dodatkowo budowa zadaszania wiązała się z ingerencją w konstrukcję budynku. Stąd koszt realizacji zadaszania, po wybudowaniu kompletnego obiektu wg projektu pierwotnego, wyniósłby co najmniej 3.203.660,76 zł.

***Koszt realizacji zadania pn. „wykonanie dodatkowych parkingów dla samochodów i autobusów wraz z siecią elektroenergetyczną, oświetleniem, kanalizacją deszczową i siecią teletechniczną po ukończeniu budowy kompleksu wg pierwotnego projektu, zgodnie ze sporządzonym przez biegłego kosztorysem, wynosi co najmniej 4.394.310,76 zł netto. Koszt ten jest większy od wartości samych robót realizowanych w trakcie budowy obiektu co najmniej o koszt robót rozbiórkowych wynoszący co najmniej 672.023,56 zł.***

Nie jest możliwy do ustalenia koszt realizacji zamówienia dodatkowego pn. „wykonanie sieci ciepłej od boiska do węzła podgrzewu murawy, technologii ciepłej wraz z urządzeniami do podgrzewu wody basenowej, odzysku energii ciepłej” objętego umową z dnia 12 maja 2009r. w trakcie budowy kompleksu (...).

Przekazane biegłemu projekty nie obejmują stadium wykonawczego lecz projekt budowlany, w związku z tym nie zawierają szczegółowych rozwiązań technicznych, w tym średnic rurociągów. ***Koszt wykonania powyższego zadania inwestycyjnego po ukończeniu budowy kompleksu wg pierwotnego projektu, zgodnie ze sporządzonym przez biegłego kosztorysem, wynosi co najmniej 156.266,68 zł, lecz nie obejmuje on kosztów urządzeń.*** Zakresu powyższego zadania objętego dokumentacją z 2008r. nie można przyrównać do zawartego w dokumentacji z 2006r., albowiem jest on znacznie „bogatszy”, tzn. nowocześniejszy technicznie i technologicznie.

Koszt realizacji zamówienia dodatkowego pn. „dostawa i montaż szafek ubraniowych zintegrowanych z elektronicznym systemem obsługi klienta ( (...))” objętego umową z dnia 12 maja 2009r. realizowanego w trakcie

budowy kompleksu (...), zgodnie ze sporządzonym przez biegłego kosztorysem, wynosi co najmniej 1.683.000,00 zł netto. Koszt realizacji tegoż zadania po ukończeniu budowy przedmiotowego kompleksu, zgodnie ze sporządzonym przez biegłego kosztorysem, wynosi co najmniej 1.728.000,00 zł netto i nie obejmuje kosztów samego najmniej 90.000 zł netto.

W przypadku wykonywania poszczególnych zamówień dodatkowych objętych umową z dnia 12 maja 2009r. przez innego wykonawcę, niż wykonawca zamówienia podstawowego, wykonawca ten musiałby wybudować na ograniczonym terenie własny plac budowy, w tym pełne zaplecze socjalne i magazynowe. Plac budowy przenikałby się z obszarem placu budowy zajmowanym przez generalnego wykonawcę robót z zakresu umowy podstawowej.

Podstawowym celem zamawiającego było przekazanie obiektu do użytkowania przed wrześniem 2009r., co zostało osiągnięte, gdyż decyzja o dopuszczeniu obiektu do użytkowania została wydana w dniu 26 sierpnia 2009r.

Kolejnym utrudnieniem byłaby konieczność utworzenia służb koordynacji BHP na tak znacznym funkcjonalnie obszarze (m.in. liceum, gimnazjum, lodowiska, hala sportowa, kompleks szkoleniowy, rekreacja). Brak koordynacji w zakresie BHP i P.. pomiędzy firmami dwóch generalnych wykonawców mógłby stanowić zagrożenie dla zdrowia i życia użytkowników oraz dla mienia.

Kolejnym problemem byłaby utrata gwarancji na roboty wykonywane przez Generalnego Wykonawcę umowy podstawowej – pozwane konsorcjum. Nowy generalny wykonawca realizujący zakres robót wynikający z umowy o roboty dodatkowe z całą pewnością udzieliłby gwarancji wyłącznie na prace będące w jego zakresie.

Generalny wykonawca robót dodatkowych napotkałby trudności w skoordynowaniu prac wynikających z wykonywania zadania lodowiska, bo pomijając już konieczność ingerencji w układ komunikacyjny obiektu to wykonanie tego zakresu robót dodatkowych powodowało zmiany w instalacjach elektrycznych oraz sieci kanalizacyjnej wybudowanej dla odprowadzenia z obiektu wód opadowych. Dodatkowo do czynnego obiektu należałoby wprowadzić ciężki sprzęt – dźwig lub żuraw dla montażu elementów zadania.

Kolejnym problemem nowego generalnego wykonawcy robót dodatkowych byłoby szybkie pozyskanie materiałów do ich realizacji. Okres ten należy ocenić na ok. 2 miesiące.

Z kolei montaż szafek zintegrowanych z systemem (...) zakłóciłaby rytm pracy generalnego wykonawcy umowy podstawowej, gdyż dla wpięcia szafek do systemu niezbędne byłoby wcześniejsze wykonanie instalacji elektrycznych, jeszcze przed prowadzeniem przez tego wykonawcę prac wykończeniowych w pomieszczeniach z szafkami. Ponadto wpięcie się przez generalnego wykonawcę robót dodatkowych z montażem szafek ubraniowych do systemu kontroli dostępu całego obiektu, mogłoby spowodować nieplanowane zawirowania związane z kompatybilnością systemów zarządzania i obsługi klienta.

Pozwana Gmina K. na tym, że zapłaciłaby za wykonanie robót, których już nie potrzebuje, tj. za rozbiórkę/usunięcie tych nieprzydatnych prac i urządzeń łącznie kwotę 979.349,16 zł, w tym:

- rozbiórka dróg o parkingów - 844.547,87 zł,
- rozbiórki lodowiska – 44.801,29 zł,
- demontaż szafek wg projektu w z 2006r. – 90.000,00 zł.

(dowód: pisemna opinia biegłego z zakresu budownictwa inż. J. T., k. 927-995, pisemna opinia uzupełniająca, k. 1090-1143)

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Powództwo zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Sądu zachodzą przesłanki uzasadniające stwierdzenie nieważności umowy Nr (...) [ (...)] z dnia 12 maja 2009r. o udzielenie zamówienia dodatkowego do „umowy Nr (...) o budowę w



systemie generalnego wykonawstwa kompleksu dydaktyczno (oświatowo) – sportowego w K. przy ul. (...)", zawartej pomiędzy Gminą K. jako zamawiającym a podmiotami działającymi wspólnie w ramach konsorcjum: (...) Spółką Akcyjną z siedzibą w W., Przedsiębiorstwem Budowlanym „rystal-(...)" Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., (...) Spółką Akcyjną z siedzibą w G..

Legitymowanym do wystąpienia z takim żądaniem jest Prezes Urzędu Zamówień Publicznych działający jako statio fisci Skarbu Państwa.

Zgodnie z art. 168 pkt 3 ustawy Prawo zamówień Publicznych z zw. z art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 2 grudnia 2009r. o zmianie ustawy Prawo Zamówień Publicznych (dz. U Nr 233, poz. 1778) Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w przypadku ujawnienia naruszenia przepisów tej ustawy może wystąpić do sądu o stwierdzenie nieważności umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Sąd podziela przy tym w pełni pogląd zaprezentowany w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 września 2009r. sygn. II CSK 104/09, zgodnie z którym artykuł 154 pkt 11 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), w zw. z art. 146 ust. 2 pkt 1 ustawy, stanowi wystarczającą podstawę prawną do wszczęcia procesu cywilnego o stwierdzenie nieważności umowy, której zawarcie nastąpiło w okolicznościach wskazanych enumeratywnie w art. 146 ust. 1 ustawy.

W świetle zapisów art. 154 pkt 11 ustawy Prawo Zamówień Publicznych Prezes Urzędu Zamówień Publicznych czuwa nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień, w szczególności dokonuje kontroli procesu udzielania zamówień w zakresie przewidzianym ustawą.

Zgodnie natomiast z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (zwanej ustawą) w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia przedmiotowej umowy z dnia 12 maja 2009r. z zastrzeżeniem przepisów odrębnych, umowa jest nieważna, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania. W świetle natomiast art. 146 ust. 2 pkt 1 powyższej ustawy Prezes Urzędu zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o stwierdzenie nieważności takiej umowy.

Uzasadniając żądanie pozwu Prezes UZP wskazał, iż pozwana Gmina K. jako zamawiający udzieliła zamówienia dodatkowego do przedmiotowej umowy obejmującego roboty konieczne do wykonania: zadania płyty lodowiska, dodatkowych parkingów dla samochodów osobowych i autobusów wraz z siecią elektroenergetyczną, oświetleniem, kanalizacją deszczową i siecią teletechniczną, sieci ciepłej od boiska do węzła podgrzewu murawy, technologii ciepłej wraz z urządzeniami do podgrzewu wody basenowej, odzysku energii ciepłej oraz dostawę i montaż szafek ubraniowych zintegrowanych z elektronicznym systemem obsługi klienta ( (...)), bez zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, wymaganego przez art. 40 ust. 2, ewentualnie art. 48 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia przedmiotowej umowy o zamówienie publiczne – Dz. U. z 2007r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.- zwanej dalej ustawą), jak również z rażącym naruszeniem art. 10 ust. 2 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy. Brak jest bowiem, w ocenie powoda, podstaw do uznania, że wymienione roboty dodatkowe były niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, konieczność wykonania owych robót dodatkowych zaistniała na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jak również, że wykonanie zamówienia podstawowego było uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego.

W ocenie powoda charakter robót objętych zamówieniem podstawowym wskazuje na to, iż zamówienie to było w pełni funkcjonalne, a jego realizacja była możliwa do wykonania bez robót dodatkowych, objętych kwestionowaną umową. Zmiany wprowadzone ową umową miały na celu jedynie poprawienie parametrów technicznych (eksploatacyjnych) czy walorów użytkowych obiektów objętych zamówieniem podstawowym. Wyłącznie taki charakter mają, w ocenie powoda, zmiany w instalacjach, dostosowujące obiekty do wykorzystania energii termalnej, zadanie lodowiska, rozbudowa parkingu, czy też montaż szafek ubraniowych z systemem obsługi klienta i kontroli dostępu.

W niniejszym procesie mamy w istocie niesporny stan faktyczny, spór zaś ogniskuje się wokół zagadnień prawnych.

Ocena zasadności sformułowanych przez powoda zarzutów wymaga oceny zgodności przedmiotowej umowy z dnia 12 maja 2009r. z przywołanymi regulacjami zawartymi w ustawie z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U z 2007, Nr 233, poz. 1655 ze zm.). Należy przy tym podkreślić, iż ocena ta musi być dokonana w oparciu o przepisy powyżej ustawy w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia spornej umowy.

Należy mieć przy tym na uwadze zasadniczy cel regulacji Prawa zamówień publicznych. Stosowanie określonych ustawą Prawo zamówień Publicznych (zwanej dalej ustawą) rygorystów związanych z procedurą udzielania zamówień publicznych ma służyć zasadniczemu celowi, jaki został określony normą art. 7 ust. 1 powyższej ustawy, tj. zapewnieniu zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamówienia publicznego udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Kluczowymi dla oceny zasadności powództwa w niniejszej sprawie są przepisy art. 10 i art. 67 ustawy Prawo zamówień publicznych. W świetle art. 10 powyższej ustawy podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. **Art. 10 ust. 2 stanowi natomiast, iż zamawiający może udzielić zamówienia w trybie** negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, **zamówienia z wolnej ręki**, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej **tylko w przypadkach określonych w ustawie.**

Przesłanki umożliwiające zamawiającemu udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki zostały wymienione w art. 67 ust. 1 ustawy. **Zgodnie z powyższym przepisem art. 67 ust. 1 pkt 5**, na który powołuje się powód żądając stwierdzenia nieważności przedmiotowej umowy, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki 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.

„Nieprzewidywalna sytuacja, z której zaistnieniem związana jest konieczność wykonania zamówienia dodatkowego, powinna mieć przy tym charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od Zamawiającego. Dotyczy to sytuacji, w których Zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, nie mógł przewidzieć na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego konieczności wykonania pewnych robót budowlanych czy usług. Nie chodzi o roboty nieprzewidziane na etapie planowania zamówienia podstawowego, ale roboty niemożliwe do przewidzenia mimo zachowania należytej staranności. Obligatoryjną przesłanką do zastosowania trybu z wolnej ręki przy udzieleniu zamówienia dodatkowego jest to, aby zamówienie dodatkowe było niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Zamówieniem dodatkowym mogą być objęte tylko takie roboty lub usługi, bez których zamówienie podstawowe nie może funkcjonować” (por. uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2016 r. (...)/KD 59/16).

Należy jednakże pamiętać, jak słusznie podkreśla powód, o podstawowej regule wykładni, iż wyjątki nie mogą być interpretowane rozszerzająco.

„Przepis art. 10 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie pozwala na jakąkolwiek rozszerzającą interpretację, czy przyjęcie, że mogą wystąpić inne przesłanki niewymienione w przepisach ustawy, które zezwalałyby na zastosowanie niekonkurencyjnego trybu. Zatem powoływanie się przez zamawiającego na przesłanki dotyczące jego organizacji, okoliczności wynikających z wcześniejszych doświadczeń w innych postępowaniach przetargowych, czy argumenty natury ekonomicznej nie może być uznane za skuteczne. Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki może dotyczyć wyłącznie takiego zakresu przedmiotowego jaki ściśle wiąże się z zaistniałą wyjątkową sytuacją i pozostałymi enumeratywnymi przesłankami art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy. Niedopuszczalne i sprzeczne z ustawą jest zatem objęcie

zamówieniem takiego przedmiotu, który nie pozostaje w bezpośrednim związku z nadzwyczajnym zdarzeniem i wykracza poza jego rozmiar. Działanie to jest sprzeczne z zasadą proporcjonalności z której wynika swoista stopniowalność trybów (por. uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2011 r. (...)/KD 3/11)".

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy wskazać, należy, iż w przypadku zamówienia dodatkowego udzielonego kwestionowaną umową z dnia 12 maja 2009r. niewątpliwie spełnione są trzy z określonych normą art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki:

1. zamówienie to zostało udzielone dotychczasowemu wykonawcy robót budowlanych, zarówno pierwotny kontrakt, jak i umowa o udzielenie zamówienia dodatkowego bowiem została zawarta z wykonawcą jakim były podmioty działające wspólnie w ramach konsorcjum: (...) Spółką Akcyjną z siedzibą w W., Przedsiębiorstwem Budowlanym „rystal-(-...)" Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., (...) Spółką Akcyjną z siedzibą w G.;
2. zamówienia dodatkowe nie były objęte zamówieniem podstawowym,
3. wartość zamówień dodatkowych nie przekroczyła łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia podstawowego (wartość zamówienia podstawowego wynosiła 192.674.275,79 zł, zaś wartość netto zamówienia dodatkowego - 8.735.879,13 zł).

W ocenie Sądu, dzielając w tym zakresie w pełni stanowisko powoda, należy uznać, iż w przypadku zamówienia dodatkowego objętego kwestionowaną umową z dnia 12 maja 2009r., nie zostały spełnione pozostałe określone normą art.67 ust. 1 pkt 5 ustawy przesłanki uprawniające zamawiającego do zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Wykonanie zamówienia dodatkowego nie było bowiem niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. W świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego brak jest bowiem podstaw do twierdzenia, iż bez wykonania robót objętych zamówieniem dodatkowym, tj. budowy zadania lodowiska, dodatkowych parkingów wraz z oświetleniem, kanalizacją deszczową, siecią teletechniczną i elektroenergetyczną, sieci ciepłej od boiska do węzła podgrzewu murawy, technologii ciepłej wraz z urządzeniami do podgrzewu wody basenowej i odzysku energii ciepłej oraz montażu szafek ubraniowych zintegrowanych z elektronicznym systemem obsługi klienta ( (...)), zamówienie podstawowe nie zostałoby wykonane w sposób prawidłowy.

Realizacja zamówienia dodatkowego nie stała się konieczna na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Należy bowiem podkreślić, iż nieprzewidywalna sytuacja, z której zaistnieniem związana jest konieczność wykonania zamówienia dodatkowego, powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od zamawiającego. Dotyczy to sytuacji, w których zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, nie mógł przewidzieć na etapie przygotowania specyfikacji zamówienia podstawowego konieczności wykonania pewnych robót budowlanych czy usług. **Nie chodzi o roboty nieprzewidziane na etapie planowania zamówienia podstawowego, ale roboty niemożliwe do przewidzenia mimo zachowania należytej staranności.** W niniejszej sprawie powyższa, tak rozumiana przesłanka niemożności przewidzenia konieczności robót, nie została w żadnym zakresie spełniona. Mamy bowiem do czynienia z robotami nieprzewidywalnymi na etapie planowania zamówienia podstawowego, a nie robotami niemożliwymi do przewidzenia przy zachowaniu należytej staranności.

Charakter i zakres robót dodatkowych wskazuje jednoznacznie, w ocenie Sądu, iż w trakcie realizacji przedmiotowej inwestycji zamawiający zmienił koncepcję i dążył do stworzenia obiektu o większych walorach użytkowych i funkcjonalnych. Powyższe w żadnej mierze nie może oznaczać, iż zaistniały obiektywne przyczyny zewnętrzne w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Jak wskazała pozwana Gmina K., z wnioskiem o wykonanie zadania płyty lodowiska wystąpił główny projektant, motywując to polepszeniem walorów użytkowych obiektu. Zadanie lodowiska miało umożliwić bowiem jego dłuższą eksploatację w okresie zimowym, obniżyć koszty utrzymania (obniżenie kosztów utrzymania płyty w czystości, niższe koszty zamrażania płyty, możliwość użytkowania przy temp. niższej niż -12 st.) oraz umożliwić wykorzystanie płyty lodowiska na inne cele poza sezonem zimowym. Zmiana koncepcji projektowanego obiektu dokonana przez

głównego projektanta i zaakceptowana przez zamawiającego nie jest żadną obiektywną, niezależną od zamawiającego okolicznością. Jest ona wyrazem zmiany koncepcji realizacji inwestycji podjętej przez zamawiającego w toku jej wykonania i wynikającej z subiektywnej decyzji zamawiającego, niezwiązanej z wykonaniem zadania w pierwotnie ustalonym kształcie. Skoro proces inwestycyjny trwał ok. 8 lat, prace projektowe rozpoczęto we wrześniu 2005r., zaś umowa na realizację kompleksu została podpisana 20 września 2007r., zamawiający przy zachowaniu należytej staranności, mógł dokonać takiego sprecyzowania istotnych warunków zamówienia, aby już na etapie pierwotnego projektowania obiektu zaplanowano zadaszenie lodowiska oraz pozostałe prace objęte umową o roboty dodatkowe.

Planowanie tak dużego i wielofunkcyjnego kompleksu wymagało od zamawiającego uwzględnienia takiej ilości miejsc parkingowych dla samochodów osobowych i autobusów, aby zapewnić pełną sprawność komunikacyjną na terenie obiektu i w jego sąsiedztwie. Wobec powyższego zupełnie niezrozumiała jest decyzja Gminy K., iż na etapie opracowywania pierwotnego projektu zaplanowano znacząco nie wystarczającą ilość miejsc parkingowych, zaplanowano bowiem tylko 150 miejsc parkingowych, w sytuacji gdy w ramach kompleksu (...) zespół basenów przewidziano na 200 osób, sala konferencyjna – na 280 osób, z saun, gabinetów masażu i punktów gastronomicznych projektu może jednocześnie korzystać ok. 90 osób, w gimnazjum oraz zespole szkół ponadgimnazjalnych może uczyć się łącznie ok. 300 uczniów. Uzasadnieniem takiej decyzji zamawiającego była okoliczność, iż Gmina nie dysponowała wówczas gruntami, na których mogłyby być posadzone parkingi. W powyższej sytuacji Gmina winna jednakże rozważyć, czy nie przesunąć w czasie planowania tej inwestycji do czasu nabycia na własność takiej ilości gruntów, aby zlokalizować na nich wystarczającą ilość miejsc parkingowych, tym bardziej iż już w 2006r. Gmina stała się właścicielem terenów przyległych do terenu realizowanej inwestycji, co umożliwiło rozbudowę parkingów.

Powyższe okoliczności świadczą o braku należytej staranności na etapie planowania inwestycji, nie dowodzą natomiast, iż realizacja zamówienia dodatkowego stała się konieczna na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Sytuacja związana z niewystarczającą ilością miejsc parkingowych była bowiem znana zamawiającemu już na etapie projektowania obiektu.

Odnosnie robót dodatkowych w postaci montażu szafek ubraniowych zintegrowanych z systemem obsługi klienta (...), jak wskazała pozwana Gmina K., w pierwotnym projekcie kompleksu (...) przewidziano szafki jako element wyposażenia obiektu, który miał być zrealizowany na podstawie odrębnego zamówienia. Jednocześnie w projekcie przewidziano, że w budynku zostanie zaprojektowany i wykonany system zarządzania obiektem ((...)) i system obsługi klienta ((...)). Podczas prac nad tymi systemami ustalono, że szafki basenowe, szafki na S. gimnastyczne i w szkołach winny być zintegrowane z systemem (...), co wymagało przeprowadzenia prac już na etapie budowy kompleksu.

Powyższe okoliczności, jak i twierdzenia zamawiającego, iż na etapie projektowania inwestycji Gmina nie posiadała odpowiedniej wiedzy technicznej, która pozwalałaby na stwierdzenie, iż szafki ubraniowe winny być przewidziane już na etapie zamówienia podstawowego, nie mogą prowadzić do uznania, iż konieczność wykonania tych robót dodatkowych była spowodowana obiektywną, niemożliwą wcześniej do przewidzenia okolicznością.

Także w przypadku objętych umową z dnia 12 maja 2009r. robót w postaci sieci cieplnej od boiska do węzła podgrzewu murawy, technologii cieplnej wraz z urządzeniami do podgrzewu wody basenowej, odzysku energii cieplnej, trudno uznać spełnienie opisanej powyżej przesłanki, warunkującej objęcie takich prac umową o roboty dodatkowe w trybie zamówienia z wolnej ręki. Pozwana Gminy wskazywała, iż we wrześniu 2007r., zatem już w trakcie trwania realizacji kontraktu podstawowego, Gmina K. otrzymała wykonane na jej zlecenie opracowanie, tj. „Wstępną ocenę występowania i możliwości zagospodarowania energii geotermalnej w Gminie K.” przygotowaną przez Polską Akademię Nauk Instytut (...). Z powyższego opracowania wynikała możliwość znaczącego wykorzystania wód geotermalnych. W dniu 9 grudnia 2008r. Gmina K. uzyskiwała koncesję na poszukiwanie i rozpoznawanie złożeń wód termalnych. Wówczas została podjęta przez inwestora decyzja o wykorzystaniu energii geotermalnej do zasilania budowanego kompleksu (...).

Powyższe okoliczności nie mogą prowadzić do uznania, iż konieczność wykonania tych robót dodatkowych była spowodowana obiektywną, niemożliwą wcześniej do przewidzenia okolicznością i dowodzą one w sposób nie budzący wątpliwości zmiany przez zamawiającego koncepcji realizacji przedmiotowej inwestycji.

Dochowanie należytej staranności na etapie planowania inwestycji obligowało zamawiającego do stworzenia precyzyjnej koncepcji obiektu o oczekiwanych walorach użytkowych i funkcjonalnych. Zmiana koncepcji realizacji inwestycji w trakcie jej wykonywania, choćby prowadziła do stworzenia obiektu o znacząco wyższych walorach użytkowych i funkcjonalnych, nie może w żadnej mierze prowadzić do naruszenia reguł proceduralnych przewidzianych przez Prawo zamówień publicznych, in concreto nie może uzasadniać udzielenia zamówienia z wolnej ręki z powołaniem się na okoliczność, iż wykonanie robót dodatkowych było niezbędne do realizacji zamówienia podstawowego, a wykonanie ich stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Wobec nie spełnienia powyższej przesłanki zawarcie przez pozwaną Gminę jako zamawiającego przedmiotowej umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki stanowi rażące naruszenie normy art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie została także spełniona kolejna z przesłanek określonych normą art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, a mianowicie, przesłanka zgodnie z którą udzielenie zamówienia z wolnej ręki jest dopuszczalne, gdy z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów. Nawet jeżeli na skutek rozdzielenia robót dodatkowych od robót podstawowych zamawiający poniósłby wyższe koszty ich realizacji, to należałoby jeszcze wykazać, iż koszty te są niewspółmierne i spowodowane przyczynami technicznymi lub gospodarczymi, inne przyczyny, np. te o charakterze organizacyjnym, nie mogłyby uzasadniać zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

W toku niniejszego procesu Sąd na wniosek pozwanych dopuścił dowód z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczność porównania kosztów realizacji poszczególnych zamówień dodatkowych w trakcie budowy kompleksu (...) i kosztów realizacji analogicznych prac po ukończeniu budowy kompleksu wg pierwotnego projektu, zagrożeń oraz trudności w przypadku wykonywania prac dodatkowych przez innego wykonawcę niż wykonawca zamówienia podstawowego. Pierwsza wydana w sprawie opinia sporządzona przez biegłą E. D. nie spełniła wymogów oczekiwanych przez Sąd, nie stanowiła w żadnym zakresie odpowiedzi na pytania postawione przez Sąd, zawierała tylko opis i skatalogowanie procesu realizacji inwestycji i nieuprawnioną ocenę jego przebiegu i zgodności z przepisami prawa budowlanego.

W świetle opinii kolejnego biegłego z zakresu budownictwa J. T., której wnioski jako spójne, logiczne, wnikliwie uzasadnione, Sąd podzielił, koszt realizacji zamówienia dodatkowego w postaci zadaszenia płyty lodowiska objętego umową z dnia 12 maja 2009r. w trakcie budowy kompleksu (...) jest niemożliwy do ustalenia z uwagi na nie rozważenie tego zagadnienia i brak rozwiązań technicznych w projektach budowlanych i wykonawczych z 2006r.

***Koszt realizacji jako zadania dodatkowego pn. „zadaszenie płyty lodowiska” po ukończeniu budowy kompleksu wg pierwotnego projektu i przekazania obiektu do użytkowania, zgodnie ze sporządzonym przez biegłego kosztorysem, wynosi co najmniej 3.203.660,76 zł netto.***

Koszt realizacji powyższego zamówienia dodatkowego w trakcie budowy kompleksu (...) nie był możliwy do przewidzenia, ponieważ zamysł zadaszenia lodowiska powstał w trakcie realizacji umowy podstawowej, a wynikał z dokonującego się postępu technologicznego oraz analizy możliwości wykorzystania terenu lodowiska w znacznie szerszym zakresie, tj. m.in. wydłużenie czasu użytkowania lodowiska, umożliwienie odbywania imprez w czasie opadów atmosferycznych, umożliwienie innego sposobu wykorzystania tego fragmentu obiektu, nie tylko na lodowisko, lecz jako tor do jazdy na rolkach, kino letnie i koncerty. Dodatkowo budowa zadaszenia wiązała się z ingerencją w konstrukcję budynku. Stąd koszt realizacji zadaszenia, po wybudowaniu kompletnego obiektu wg projektu pierwotnego, wyniósłby co najmniej 3.203.660,76 zł.

**Koszt realizacji zadania pn. „wykonanie dodatkowych parkingów dla samochodów i autobusów wraz z siecią elektroenergetyczną, oświetleniem, kanalizacją deszczową i siecią teletechniczną po ukończeniu budowy kompleksu wg pierwotnego projektu, zgodnie ze sporządzonym przez biegłego kosztorysem, wynosi co najmniej 4.394.310,76 zł netto. Koszt ten jest większy od wartości samych robót realizowanych w trakcie budowy obiektu co najmniej o koszt robót rozbiórkowych wynoszący co najmniej 672.023,56 zł.**

Nie jest możliwy do ustalenia koszt realizacji zamówienia dodatkowego pn. „wykonanie sieci ciepłej od boiska do węzła podgrzewu murawy, technologii ciepłej wraz z urządzeniami do podgrzewu wody basenowej, odzysku energii ciepłej” objętego umową z dnia 12 maja 2009r. w trakcie budowy kompleksu (...). Przekazane biegłemu projekty nie obejmują stadium wykonawczego lecz projekt budowlany, w związku z tym nie zawierają szczegółowych rozwiązań technicznych, w tym średnic rurociągów. **Koszt wykonania powyższego zadania inwestycyjnego po ukończeniu budowy kompleksu wg pierwotnego projektu, zgodnie ze sporządzonym przez biegłego kosztorysem, wynosi co najmniej 156.266,68 zł, lecz nie obejmuje on kosztów urządzeń.** Koszt realizacji zamówienia dodatkowego pn. „dostawa i montaż szafek ubraniowych zintegrowanych z elektronicznym systemem obsługi klienta ( (...))” objętego umową z dnia 12 maja 2009r. realizowanego w trakcie budowy kompleksu (...), zgodnie ze sporządzonym przez biegłego kosztorysem, wynosi co najmniej 1.683.000,00 zł netto. Koszt realizacji tegoż zadania po ukończeniu budowy przedmiotowego kompleksu, zgodnie ze sporządzonym przez biegłego kosztorysem, wynosi co najmniej 1.728.000,00 zł netto i nie obejmuje kosztów samego najmniej 90.000 zł netto.

Z opinii biegłego, wynika, iż pozwana Gmina K. na tym, że zapłaciłaby za wykonanie robót, których już nie potrzebuje, tj. za rozbiórkę/usunięcie tych nieprzydatnych prac i urządzeń łącznie kwotę 979.349,16 zł, w tym:

- rozbiórka dróg o parkingów - 844.547,87 zł,
- rozbiórki lodowiska – 44.801,29 zł,
- demontaż szafek wg projektu w z 2006r. – 90.000,00 zł.

Powyższe wnioski zawarte w opinii biegłego pomimo wskazania, iż przy wykonywaniu prac dodatkowych po zakończeniu realizacji inwestycji wg pierwotnego projektu, Gmina K. jako zamawiający musiałaby ponieść dodatkowe koszty w kwocie ok. 980 tys. zł., nie pozwalają jednakże na uznanie, iż koszty te są niewspółmierne (biorą pod uwagę ogólny koszt inwestycji wynoszący 192.674.275,79 zł, zaś wartość netto zamówienia dodatkowego oraz koszt robót dodatkowych - - 8.735.879,13 zł netto). Trudno także uznać, aby wszystkie z tych kosztów były spowodowane przyczynami technicznymi czy gospodarczymi a nie organizacyjnymi.

Brak jest także podstaw do uznania spełnienia ostatniej z przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy, tj. wykazanie, iż wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. W toku niniejszego procesu pozwana Gmina K. jako zamawiający w żaden sposób nie wykazała zaistnienia powyższej okoliczności. Istota i charakter robót dodatkowych objętych umową z dnia 12 maja 2009r. wskazuje, w ocenie Sądu, jednoznacznie, iż wykonanie tych robót nie warunkowało wykonania zamówienia podstawowego, nie było niezbędne do realizacji tegoż zamówienia. Zamówienie podstawowe mogło być w pełni zrealizowane i funkcjonować bez elementów wprowadzonych umową o roboty dodatkowe. Roboty te służyły li tylko polepszeniu walorów użytkowych i funkcjonalnych obiektu, nie warunkowały one jednakże samej możliwości funkcjonowania obiektu. Kompleks (...) wykonany w wersji objętej umową podstawową mógłby bowiem funkcjonować.

Sąd podziela przy tym w pełni przywołane przez stronę powodową stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 września 2001r., sygn.. IV CSK 381/00, w którym Sąd Najwyższy wskazał, iż „umowa (w sprawie zamówienia publicznego) zawarta z pominięciem obowiązkowej procedury przetargowej przewidzianej w ustawie z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz.U. Nr 76, poz. 344) jest nieważna bez względu na to, czy przepisy regulujące ten typ umowy przewidują skutek nieważności”. W uzasadnieniu powyższego orzeczenia Sąd Najwyższy

wskazał, iż „Istota zagadnienia występującego w sprawie tkwi w tym, czy i jakie znaczenie dla oceny ważności umowy dotyczącej zamówienia publicznego ma okoliczność, że naruszone zostały, mające charakter publicznoprawny, przepisy określające postępowanie poprzedzające zawarcie takiej umowy. Rozważając tę kwestię zauważyć trzeba, że zawarcie i realizacja zamówienia publicznego następuje przy wykorzystaniu instrumentów cywilnoprawnych. Umowę o zamówienie publiczne - mimo występujących zastrzeżeń, na które zwraca się uwagę w piśmiennictwie prawniczym - uznać należy za pozakodeksowy typ umowy nazwanej. Zgodnie z art. 72 ustawy do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Umowy w sprawach zamówień publicznych wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności, chyba że przepisy szczególne wymagają innej formy szczególnej; zawarte zostają z chwilą podpisania przez obie strony (art. 73 i 74 ustawy). Przepisy rozdziału 7 zatytułowanego "Umowy w sprawach zamówień publicznych" nie zawierają - jak już zaznaczono - rygору nieważności umowy w przypadku pominięcia obowiązkowej procedury przetargowej. Brak takiego unormowania nie oznacza, że zaniechanie obowiązku przeprowadzenia przetargu nie rodzi skutku w postaci nieważności umowy dotyczącej zamówienia publicznego. Nieważnością, o jakiej stanowi art. 58 § 1 i 2 KC 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 KC - ważność umowy dotyczącej zamówienia publicznego uwzględnić trzeba nie tylko bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa prywatnego, ale także nakazy i zakazy zamieszczone w normach prawa publicznego, regulujące postępowanie poprzedzające zawarcie takiej umowy. Umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta z pominięciem obowiązkowej procedury przetargowej niweczy wskazany wyżej cel i charakter zamówienia publicznego. Celem takiej wadliwie zawartej umowy jest obejście ustawy. Nie może zatem budzić wątpliwości, że jest nieważna (art. 58 § 1 i 2 KC w zw. z art. 71 ustawy o zamówieniach publicznych)”.

Mając powyższe na uwadze Sąd uwzględnił powództwo w całości, uznając, iż zachodzą przesłanki uzasadniające stwierdzenie nieważności umowy z dnia 12 maja 2009r. na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy wobec uznania rażącego naruszenia przez Gminę K. jako zamawiającego przepisów art. 10 ust. 2 w związku z art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy Prawo Zamówień Publicznych (w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia przedmiotowej umowy o zamówienie publiczne – Dz. U. z 2007r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) i w związku z art. 58 § 1 k.c.

Sąd nie podzielił natomiast stanowiska powoda, iż pozwana gmina jako zamawiający dopuściła się także naruszenia procedury, gdyż zawarła umowę z dnia 12 maja 2009r. bez zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, wymaganego przez art. 40 ust. 2, ewentualnie art. 48 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Jak wynika z przedłożonych przez pozwaną Gminę K. dokumentów ogłoszenie takie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 maja 2009r.

***O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98 k.p.c., stosując zasadę odpowiedzialności za wynik procesu. Skoro pozwani przegrali proces w całości winni zwrócić powodowi solidarnie poniesione przez niego koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony. Wysokość należnych powodowi kosztów z tytułu zastępstwa procesowego Sąd ustalił na podstawie § 2 pkt 7 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. z 2013 r. poz. 490).***

Na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych w związku z art. 98 k.p.c. Sąd nakazał pobrać solidarnie od pozwanych na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim kwotę 122.310,00 zł tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych, tj. nieuiszczonej przez powoda opłaty sądowej od pozwu wynoszącej 100.000 zł (zwolnienie z mocy ustawy) oraz kosztów pisemnej opinii biegłego J. T. oraz uzupełniającej opinii tegoż biegłego, wypłaconych w łącznej kwocie 22.310,00 zł tymczasowo ze środków Skarbu Państwa - na mocy postanowienia z dnia 10 października 2016r. oraz postanowienia z dnia 27 września 2017r.