

*Sygn. akt I ACa 152/18*

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 grudnia 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Lublinie, I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący - Sędzia	SA Walentyna Łukomska-Drzymała
Sędzia:	SA Ewa Bazelan (spr.)
Sędzia:	SA Jerzy Nawrocki
Protokolant	st. sekr. sądowy Maciej Mazuryk

po rozpoznaniu w dniu 5 grudnia 2018 r. w Lublinie na rozprawie

sprawy z powództwa(...) W.

przeciwko (...) reprezentowanemu przez (...) L. zastępowanemu przez (...)

o zapłatę

na skutek apelacji powoda od wyroku Sądu Okręgowego w(...)

z(...)

I. oddala apelację;

II. zasądza od (...) W. na rzecz (...) kwotę 8100 (osiem tysięcy sto) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

I ACa 152/18

## UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 19 grudnia 2016 roku G. (...) W. wniosła o orzeczenie nakazem zapłaty w postępowaniu upominawczym, że pozwany – Skarb Państwa – (...) L. ma zapłacić na rzecz powoda w terminie dwóch tygodni od dnia doręczenia nakazu zapłaty, kwotę 276.038,00 złotych wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie liczonymi od dnia 6 grudnia 2016 r. do dnia zapłaty i kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych.

Wyrokiem z dnia 22 grudnia 2017 roku Sąd Okręgowy w (...)

I. oddalił powództwo;

II. zasądził od powoda Gminy W. na rzecz (...) kwotę 10.800 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Podstawę tego rozstrzygnięcia stanowiły następujące ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego:

W dniu (...) roku (...) L. ogłosił Komunikat do Wstępnej listy rankingowej wniosków o dofinansowanie zadań zgłoszonych na (...) r. przez samorządy powiatowe i gminne województwa (...) w ramach „(...) P. (...) (...) (dalej jako (...)) dotyczącej finansowania przez (...) Łączna liczba wniosków od powiatów i gmin wyniosła 136 pozycji, gdzie postulowana przez zainteresowane podmioty łączna kwota dotacji dla samorządów wynosiła 144.564.698,06 złotych, natomiast kwota przeznaczona przez (...) na dotacje dla województwa (...) na (...) r. wynosiła 74.920.000,00 złotych. Zadanie powoda zgłoszone do dofinansowania pn. „(...) w m. B. relacji Ś.-D.-T. (os. (...)) w celu nadania jej statusu drogi publicznej (...) (dalej jako (...)) zostało sklasyfikowane (...) (...) wniosku pt. (...) G. (...) wskazała, że chodzi o przebudowę drogi gminnej położonej na działce nr (...) w m. B. relacji Ś. – D. – T. (osiedle (...)) od km (...) mającej połączenie przez osiedle (...) w T. z drogą krajową nr (...) (L. – W.) oraz poprzez drogę serwisową (...) z drogą powiatową nr (...) IL (W. – Ś. – J.). W punkcie (...) wniosku G. (...) poinformowała, że inwestycja jest gotowa do realizacji, a powód posiada kompletną dokumentację techniczną i projektową niezbędną do realizacji przedsięwzięcia oraz aktualne zgłoszenie zamiaru wykonania robót budowlanych. W punkcie (...) wniosku pt. (...) G. (...) wskazała, że przebudowywany odcinek drogi, znajdującej się wówczas w złym stanie, stanowić miał przede wszystkim dojazd i dojazd między innymi największego podlubelskiego osiedla mieszkaniowego B. w T. do skupiska (...) w T., a także dla otaczających to osiedle terenów wiejskich do T.. W punkcie (...) wniosku wskazano, że droga ta będzie stanowić najkrótszy dojazd dla (...) Ś. do osiedla (...) w T.. W punkcie (...) wniosku pt. (...) podkreślono rolę przebudowy drogi w zapobieganiu dalszego marginalizowania (...) W.. W punkcie (...) wniosku wskazano, że powstały po przebudowaniu ciąg drogowy stanowić miał objazd w przypadku częstych wypadków na znajdującym się na końcu przebudowywanej drogi skrzyżowaniu drogi krajowej nr (...) z granicami L.. W podsumowaniu części głównej wniosku G. (...) określiła rolę przebudowywanej drogi jako: „(...) O. (...) drogą krajową nr (...) a drogą powiatową nr (...) (...)”

W dniu (...) na stronie internetowej (...) W. zamieszczone zostało ogłoszenie o przetargu nieograniczonym pt. (...) (...) SA w miejscowości Ś., gmina W. (...), realizowana w ramach (...) (...) SA W (...) (nr ogłoszenia (...) (...)). W przetargu wygrała oferta (...) SA, z którym G. (...) (...) roku zawarła umowę nr (...) 43.2015 na realizację inwestycji.

W dniu (...) r. do powoda wpłynęło pismo z L. (...) z informacją, że Zadanie zakwalifikowało się do Ostatecznej listy rankingowej wniosków o dofinansowanie zadań oraz wnioskiem o potwierdzenie czy powód w dalszym ciągu jest zainteresowany otrzymaniem dotacji na realizację Zadania. Pozwany pismem z dnia (...) r. potwierdził wolę otrzymania dotacji oraz realizacji i rozliczenia Zadania do końca (...) roku.

Następnie, na podstawie § 8 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie udzielania dotacji celowych dla jednostek samorządu terytorialnego na przebudowę, budowę lub remonty dróg powiatowych i gminnych (Dz.U. 2014 poz. 316 z późn. zm.) strony zawarły dnia (...) r. Umowę Nr (...) w sprawie udzielenia dotacji celowej budżetu państwa w 2015 r. na zadanie realizowane w ramach Programu (dalej jako (...)). W myśl (...) umowy (...) zobowiązał się do udzielenia powodowi dotacji na Zadanie w kwocie (...) pn. „P. (...) w m. B. relacji Ś. – D. – T. (os. (...)) (...) (...)”. Zgodnie z (...) powód zobowiązany był do wykonania Zadania w zakresie rzeczowym i finansowym do dnia (...) a w myśl (...) Umowy przez wykonanie Zadania rozumieć należy wykonanie zakresu rzeczowego i wykorzystanie dotacji. Zgodnie z (...) dotacja celowa miała być przekazana na rachunek powoda po złożeniu poprawnego wniosku o płatność na co najmniej 10 dni przed wnioskowaną datą przekazania dotacji (...). W myśl (...) ww. umowy, mogła być ona być rozwiązana przez (...) ze skutkiem natychmiastowym w przypadku nieterminowego lub nienależytego wykonania umowy.

Następnie w dniu (...) roku na stronie internetowej (...) W. zamieszczone zostało ogłoszenie o przetargu nieograniczonym pt. „P. (...) w miejscowości B. relacji Ś. – D. – T. ( os. (...)) w celu nadania jej statusu drogi publicznej (...)” ( nr ogłoszenia (...) (...) W przetargu wygrała oferta (...) Sp. z o.o. W dniu (...) powód zawarł z wykonawcą – (...) Sp. z o.o. z/ s w K. umowę nr (...) (...) na realizację Zadania. Tego samego dnia Wykonawcy został przekazany teren budowy. Wykonawca złożył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego najkorzystniejszą ofertę na kwotę 539.122,78 złotych brutto. Pismem z dnia (...) r. (...). Następnie obie strony weszły w spór w zakresie tego, czy przedmiotowa droga została prawidłowo zaprojektowana w dokumentacji. Z uwagi na niedojazd przez strony do porozumienia,

Wykonawca pismem z dnia (...) odstąpił od umowy nr (...) (...) z winy powoda z wezwaniem do inwentaryzacji oraz zabezpieczenia wykonanych robót(...). powód odstąpił od ww. umowy z winy Wykonawcy w części niewykonanej. W związku z faktem obustronnego odstąpienia od umowy, strony spisały dnia(...). protokół z inwentaryzacją stopnia zaawansowania robót na Zadaniu na dzień (...)

Po zinwentaryzowaniu stanu robót, powód niezwłocznie wszczął nową procedurę o udzielenie zamówienia publicznego w celu jak najszybszego wyłonienia kolejnego wykonawcy, aby zdążyć z realizacją Zadania w wyznaczonym w Umowie terminie - tj. przed końcem(...)r. Powód jako Zamawiający w tej procedurze uznał, że w okolicznościach faktycznych sprawy zachodzą podstawy do przeprowadzenia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, powód przyjął, że zostały spełnione przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 6) PZP w wersji ówczesnie obowiązującym brzmieniu (do dnia 28.07.2016 r.). (...)powód zaprosił do negocjacji spółkę (...) S.A. z/s w L. (...) a dnia(...) ogłosił o zamiarze zawarcia umowy. W trakcie negocjacji, wykonawca ten dnia 4 listopada 2015 r. oznajmił, że jest w stanie wykonać Zadanie za kwotę z oferty poprzedniego wykonawcy –(...), ponieważ technologia wykonania drogi nie posiada podbudowy betonowej i nie wymaga tym samym przerw technologicznych, co powód zaakceptował, ponieważ cena była zgodna z jego oczekiwaniami oraz niższa od zawartej w kosztorysie inwestorskim, zaś kosztorys ofertowy nie jest potrzebny, ponieważ umowa ma charakter ryczałtowy. Poza tym, strony porozumiały się co do terminów płatności, rękojmi i gwarancji oraz innych warunków, które miały pozostać takie jak w umowie na wykonanie zamówienia podstawowego tego Wykonawcy. (...)

W tym samym czasie, powód przesłał do L. (...) ww. umowę oraz pismo z dnia z(...) z informacją, że powód jako inwestor odstąpił od umowy z Wykonawcą z powodu zaprzestania wykonywania robót i niepodjęcia ich w wyznaczonym terminie do dnia(...) oraz, że wykonane do tej pory roboty oszacowano na wartość(...) Powód wskazał również, że w związku z tym, nastąpiła pilna konieczność wyboru nowego wykonawcy w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako (...)) i planowana data podpisania nowej umowy(...) Jednocześnie powód wyjaśnił, że po rozpoczęciu prac okazało się, iż wystąpiła konieczność zmian w (...) drogi w terenie i jej przesunięcie oraz rezygnacja z jej podnoszenia. Po wykonaniu projektu zamiennego, zamiar wykonania robót został zgłoszony w (...)w L., które to nie wniosło zastrzeżeń, przy czym ww. zmiany w żaden sposób nie wpływały na parametry użytkowe drogi – tj. jej długość i szerokość. Powód zapewnił również, że w opisanych realiach sprawy, termin zakończenia(...) Następnie, L. (...) (...) wskazał, że zgodnie z Umową (nr (...)) z 12.06.2015 r. powód zobowiązany jest przy realizacji Zadania w ramach (...) oraz ustawy o finansach publicznych. W związku z tym, zwrócono się o przekazanie dokumentów dowodzących, że tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki zastosowany został zgodnie z zapisami(...) W odpowiedzi, powód przesłał do pozwanego pismo z dnia (...) w którym uzasadnił swoje stanowisko co do wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

W dniu (...), które to zrealizowane zostały zgodnie (...) W tym samym dniu, w piśmie z dnia(...) L. rozwiązał Umowę nr (...) w trybie natychmiastowym powołując się na (...) Umowy. W uzasadnieniu (...) L. wskazał między innymi, że „wykonawca przedmiotowego zadania został wyłoniony w postępowaniu w trybie z wolnej ręki niezgodnie z przepisami ustawy, a tym samym G. (...) W. dopuściła się nieuprawnionego zaniechania stosowania przepisów tej ustawy, tj. naruszyła art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 1 ustawy dotyczących trybów konkurencyjnych przy udzieleniu przedmiotowego zamówienia. (...) W. do zapisów § 11 umowy nr (...). W związku z powyższym umowa nr (...) z dnia (...) roku była wykonywana nienależycie i zgodnie z §9 tej umowy podlega ona rozwiązaniu ze skutkiem natychmiastowym”. (...)r. odniósł się merytorycznie do rozwiązania Umowy ze skutkiem natychmiastowym oraz z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie okoliczności sprawy i zweryfikowanie wcześniej powziętej decyzji. W odpowiedzi, W. (1) L. pismem z dnia (...)podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko i stwierdził, że główną podstawą rozwiązania Umowy było zastosowanie niezgodnego z PZP trybu wyłonienia wykonawcy Zadania w listopadzie (...) r., w związku z czym ponowny wniosek powoda o wypłatę w (...) r. dotacji celowej z budżetu państwa na dofinansowanie Zadania, jako bezprzedmiotowy pozostanie bez rozpoznania.

Pismem z dnia(...) L. (...)poinformował powoda, że decyzją (...) na podstawie art. 177 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 162 pkt 4 ustawy o finansach publicznych dokonano blokady wydatków w kwocie(...)które to środki – pochodzące z rezerwy

celowej – przeznaczone były na sfinansowanie Zadania. Wskazano również, że powstałe oszczędności wynikają z rozwiązania z powodem Umowy nr (...) z uwagi na wyłonienie wykonawcy niezgodnie z regulacjami PZP.

Powyższy stan faktyczny, Sąd ustalił na podstawie wskazanych w uzasadnieniu dowodów.

Sąd Okręgowy uznał powództwo za nieuzasadnione. Wyjaśnił, że powód dochodzi zapłaty od pozwanego kwoty odszkodowania ex contractu (art. 471k.c.) z tytułu rozwiązania umowy dotacyjnej w wysokości niewypłaconej dotacji celowej z budżetu państwa – wysokości kwoty (...) a podstawę zawartej umowy dotacyjnej stanowiły przepisy ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, ustawy z dnia 13 listopada 2003 r. o dochodach jednostek samorządu terytorialnego oraz Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 27 marca 2009 r. w sprawie udzielania dotacji celowych dla jednostek samorządu terytorialnego na przebudowę, budowę lub remonty dróg powiatowych i gminnych.

Przepis art. 471 k.c. reguluje odpowiedzialność odszkodowawczą dłużnika w sytuacji, kiedy doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania z powodu okoliczności, za które jest on odpowiedzialny.

W niniejszej sprawie, pozwany wypowiedział Umowę nr (...) ze skutkiem natychmiastowym – w ocenie Sądu - pomimo i wobec braku podstaw do tego wypowiedzenia, co powoduje odpowiedzialność odszkodowawczą po stronie pozwanej. Jednocześnie powód poniósł szkodę przejawiającą się w wartości nieotrzymanej dotacji celowej na realizację Zadania. Z okoliczności sprawy w sposób oczywisty wynika również związek przyczynowy między naruszeniem zobowiązania przez pozwanego, a(...)

Sąd wskazał, że pozwany w dniu (...) rozwiązał ze skutkiem natychmiastowym Umowę nr (...) na podstawie (...) („Umowa może być rozwiązana przez (...) ze skutkiem natychmiastowym, w przypadku nieterminowego lub nienależytego wykonania umowy”) w zw. z § (...) („W zakresie nieuregulowanym niniejszą umową stosuje się odpowiednio przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawy o finansach publicznych oraz inne przepisy powszechnie obowiązującego prawa.”). Jako przyczynę rozwiązania tej umowy W. (1) L. wskazał, iż nie sposób uznać, że Zadanie jest zadaniem uzupełniającym w stosunku do zadania podstawowego pn. (...) (...) SA w miejscowości Ś., gmina W. (...): (...) S.A. (...), ponieważ:

1. Zadanie dotyczy budowy drogi, a zamówienie realizowane jako podstawowe dotyczy przebudowy drogi, które to pojęcia rozróżnia ustawa Prawo budowlane i tym samym nie można ich zakwalifikować jako taki sam przedmiot zamówienia publicznego;
2. (...) (...) mają inny cel inwestycji, które nie są funkcjonalnie powiązane;
3. Zadanie dotyczy innej drogi zlokalizowanej w innej miejscowości niż zadanie realizowane jako zamówienie podstawowe;
4. wskutek zajścia powyższego, wykonawca Zadania został wyłoniony w trybie z wolnej ręki niezgodnie z przepisami ustawy PZP, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ust. 1 PZP.

W kolejnym zaś piśmie W. (1) L. sprecyzował, że przyczyną rozwiązania Umowy nr (...) było zastosowanie przez Powoda niezgodnego z ustawą PZP trybu wyłonienia wykonawcy Zadania.

Następnie Sąd wyjaśnił, że zamówienie z wolnej ręki zdefiniowane w art. 66 ust. 1 PZP jest sposobem zawarcia umowy odpowiadającym negocjacom z art. 72 § 1 k.c. Tryb zamówienia z wolnej ręki nie ma wprost bezpośredniego odpowiednika w przepisach dyrektyw Unii Europejskiej normujących udzielanie zamówień publicznych. Tryb ten nie jest jednak sprzeczny z prawem unijnym.(...)“(...)Przesłanki zastosowania tego trybu zostały określone w art. 67 PZP i mają charakter katalogu zamkniętego.

Zgodnie z treścią przepisu art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu znajdującym zastosowanie w sprawie, a to sprzed dnia

(...), zamawiający mógł udzielić zamówienia z wolnej ręki, w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, (...) przez zamawiającego z trybu o jakim mowa w cyt. wyżej przepisie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Sądu Okręgowego, w niniejszej sprawie, (...)(...)

W pierwszej kolejności Sąd zwrócił uwagę, że dotacji udzielono na zadanie będące zadaniem podstawowym, a nie uzupełniającym wykonanie innego rodzaju zamówienia. Nie można w żadnym razie uznać zadania w postaci przebudowy drogi jako zadania uzupełniającego to samo (...). Z okoliczności niniejszej sprawy wynika, że G. (...) traktowała od pewnego momentu dotychczasowe zamówienie podstawowe w postaci przebudowy(...) Ś., na którą dotacji nie udzielono. Na początku (...) G. (...), ogłosiła przetarg nieograniczony na wykonanie zadania, o jakie wnioskowała do L. (...). Dopiero po problemach z realizacją inwestycji przez wybranego przez wykonawcę w trybie konkurencyjnym uznała, że zamówienie to powinno mieć charakter zamówienia uzupełniającego w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych celem wykorzystania przewidzianego w nim trybu zamówienia z wolnej ręki. (...) Nie można w tej sytuacji mówić

o jakimkolwiek związku funkcjonalnym pomiędzy zamówieniem, uznanym przez powoda za główne, a (...) (...) W., wniosku o udzielenie dotacji oraz szczegółowych warunków przetargów, trudno wywodzić istnienie związku dróg objętych zamówieniem głównym

i uzupełniającym. Nie można zasadnie twierdzić, że zadanie budowy drogi gminnej jest zamówieniem podstawowym dla zadania traktowanego jako(...)P. (...) Wprawdzie w ogłoszonych warunkach przetargu na budowę drogi dojazdowej do lotniska zamieszczono informacje o możliwości udzielenia zamówienia uzupełniającego, jednakże w okolicznościach sprawy wykonanie zadania w postaci przebudowy drogi za zamówienie uzupełniające dla tego zadania zakwalifikowane być nie może. Podkreślenia wymaga, iż obydwa zadania są odrębnymi przedmiotami dwóch odrębnych zamówień, a ponadto w żaden sposób nie można ich uznać za powiązane w taki sposób by jedno z nich było zamówieniem podstawowym a drugie zamówieniem uzupełniającym zwłaszcza, że w zgłoszonym wniosku

o dofinansowanie dotacją celową powód jako inwestor nie podnosił, nie określił, ani nie przedstawił, że (...) Nie może umknąć uwadze, że istnieją nie dające się przezwyciężyć różnice w lokalizacji i funkcji obu zamówień. Oczywistym jest, że wykonanie zamówienia uzupełniającego nie musi odbywać się w tym samym miejscu, w którym realizowane jest zamówienie podstawowe i ocena czy w danym przypadku doszło do naruszenia przepisów ustawy uzależniona jest od specyfiki konkretnego zamówienia. W realiach niniejszej sprawy nie sposób w żadnym razie uznać, że lokalizacyjnie i funkcjonalnie jedno zamówienie mogło pełnić rolę zamówienia uzupełniającego dla drugiego.

Po drugie, brak jest według Sądu spełnionej przesłanki(...) (...) Jak wynika z materiału (...) osiedla (...) (...) (...). Podkreślenia wymaga przy tym, że (...) W konsekwencji wystąpienia trudności i nie wykonania przez (...)

Nadto nie można też uznać w realiach sprawy, że doszło również do realizacji tego samego rodzaju zamówienia w zakresie zamówienia podstawowego polegającego na (...) (...) (...). Wskazać należy, że nazwy kodów stanowią tylko i wyłącznie opis dostaw, robót budowlanych lub usług, które mogą być przedmiotem zamówienia w postępowaniu i dostarczają informacji statystycznej. Ponadto w niniejszej sprawie powód zawarł z wykonawcą (...) Sp. z o.o. w K. umowę nr (...)43.2015 na realizację zamówienia podstawowego dnia 25.02.2015 r., natomiast na zamówienie uzupełniające z wykonawcą (...) SA w L. (...)

Odmienne od powyższej interpretacja przepisu art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp, prowadziłaby do wypaczenia celu udzielania zamówień uzupełniających i istotnego ograniczenia konkurencyjności postępowań przetargowych na zamówienia publiczne. W konsekwencji powyższych rozważań zasadnym jest przyjęcie, że zamówienie uzupełniające winno, jako niezwiązane z zamówieniem podstawowym i będące nowym zamówieniem, zostać udzielone w trybie konkurencyjnym.

Sąd nie neguje co do zasady tezy, że droga stanowi funkcjonalną całość, jednak powyższe nie znosi obowiązku zamawiającego przeprowadzenia procedury udzielania zamówień publicznych, tak aby nie doszło do naruszenia

zasad konkurencyjności. Sąd podkreślił, że nie można w niniejszej sprawie uznać, że zadanie w postaci przebudowy przedmiotowej drogi wewnętrznej przez Gminę kwalifikuje się jako zadanie uzupełniające w stosunku do zadania pt. (...) (...). Ponadto zadanie dotyczy przebudowy drogi natomiast zadania realizowane w ramach projektu jako zamówienie podstawowe dotyczyły budowy drogi. Różny jest zatem nadto cel obu inwestycji, co powoduje że nie są to inwestycje funkcjonalnie powiązane – przebudowa miała nadać drodze status drogi publicznej, (...)

W ocenie Sądu pierwszej instancji w przedmiotowej sprawie nie może być mowy o uznaniu przywołanych zamówień za podstawowe i uzupełniające, a nawet gdyby hipotetycznie przyjąć i je za takie uznać, to nie zostały spełnione przesłanki uprawniające do zastosowania trybu art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, z których wynika, że zamówienie uzupełniające polega na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień co zamówienie podstawowe, że zamówienie podstawowe oraz że zamówienie uzupełniające jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego oraz że zamówienie uzupełniające zostało powierzone temu samemu wykonawcy. Powyższe jednoznacznie oznacza, iż przez zastosowanie wyboru trybu zamówienia wykonawcy z wolnej ręki powód naruszył przepisy ustawy, w szczególności art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, naruszając tym samym postanowienia umowy, czym doprowadził do jej nienależytego wykonania. Prowadzi to do wniosku, iż wykonanie przez (...)L. uprawnienia do natychmiastowego rozwiązania Umowy nr (...) było zatem w pełni uzasadnione, przez co rozwiązanie umowy nie stanowi naruszenia obowiązków kontraktowych przez Wojewodę L. i nie powoduje odpowiedzialności odszkodowawczej po stronie pozwanej, o której mowa w art. 471 k.c.

Z uwagi na powyższe powództwo podlegało oddaleniu w całości. O kosztach procesu, Sąd orzekł na podstawie przepisu art. 98 k.p.c.

Apelację od tego wyroku wniosła strona powodowa G. (...) W., która zaskarżyła wyrok w całości i zarzuciła:

I. naruszenie przepisów prawa materialnego:

1) art. 67 ust. 1 pkt 6) ustawy Prawo zamówień publicznych (w brzmieniu obowiązującym do dnia 28.07.2016r. - dalej jako (...)) w zw. z art. 1 ust. 11 pkt a), b), d) oraz art. 31 pkt 4) lit. a) i b) DYREKTYWY 2004/18/WE PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (obowiązującej do dnia 18.04.2016 r. - dalej jako (...)) w zw. z art. 288 akapit 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej jako (...)) poprzez błąd wykładni polegający na niedokonaniu przez Sąd pronijnę wykładni przepisu art. 67 ust. 1 pkt 6 PZP w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty przepisami Dyrektywy i w efekcie jego niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu, że zamówienie publiczne na realizację inwestycji pn.: „(...)w m. B. relacji Ś.-D.-T. (os. (...)) w celu nadania jej statusu drogi publicznej (...)” (dalej jako (...)) nie może być wskutek pilnej konieczności wyboru wykonawcy, trudnej sytuacji, w której znalazł się Powód oraz różnic lokalizacyjnych i funkcjonalnych traktowane jako zamówienie uzupełniające w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 6) PZP mogące być udzielonym w trybie z wolnej ręki wobec inwestycji pn. (...) (...) SA w miejscowości Ś., gmina W. (etap II)(...): (...) S.A. (...)” (dalej jako „Zamówienie podstawowe”), podczas gdy z pronijnę wykładni PZP opartej na brzmieniu regulacji Dyrektywy wynika, że zamówienie uzupełniające może zostać udzielone w trybie procedury negocjacyjnej (z wolnej ręki):

- jeżeli stało się niezbędne z powodu nieprzewidzianych okoliczności,

- nie może zostać oddzielone technicznie ani ekonomicznie od pierwotnego zamówienia bez przysporzenia poważnych niedogodności instytucji zamawiającej,

- roboty w ramach zamówienie uzupełniającego są niezbędne dla zakończenia realizacji zamówienia, mimo iż można je wyodrębnić z realizacji pierwotnego zamówienia:

a tym samym Pozwany bezzasadnie rozwiązał umowę z Powodem, który mógł udzielić wykonawcy Zamówienia jako zamówienia uzupełniającego w trybie z wolnej ręki;

2) art. 67 ust. 1 pkt 6) PZP w zw. z art. 1 ust. 11 pkt a), b), d) oraz art. 31 pkt 4) lit. a) i b) Dyrektywy w zw. z art. 288 akapit 3 (...) poprzez błąd wykładni polegający na niedokonaniu przez Sąd prounijnej wykładni przepisu art. 67 ust. 1 pkt 6 PZP w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty przepisami Dyrektywy i w efekcie jego niewłaściwe zastosowanie polegające na błędnym uznaniu, że z powodu różnych statusów obu zrealizowanych dróg (...) (...), odmiennych programów finansowania (dotacja ze Skarbu Państwa - środki unijne), budowy i przebudowy oraz mimo zastosowania w obu zamówieniach identycznych kodów (...) (ang. C. Y.), to Zamówienie jak i zakres robót nie polega na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień a rozumiane jako(...)nie jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego, podczas gdy z prounijnej wykładni PZP opartej na brzmieniu regulacji Dyrektywy wynika, że:

- zamówienie uzupełniające polega na powtarzaniu podobnych robót powierzonych wykonawcy, któremu te same instytucje zamawiające udzieliły pierwotnego zamówienia,

- roboty w ramach zamówienia uzupełniającego pozostają w zgodności z podstawowym projektem,

- nie ma znaczenia czy wykonawcę dla realizacji zamówienia podstawowego wyłoniono w drodze procedury otwartej czy ograniczonej;

a tym samym Pozwany bezzasadnie rozwiązał umowę z Powodem, który mógł udzielić wykonawcy Zamówienia jako zamówienia uzupełniającego w trybie z wolnej ręki;

3) art. 65 k.c. w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 6) PZP w zw. z art. 1 ust. 11 pkt a), b), d) oraz art. 31 pkt 4) lit. a) i b) Dyrektywy w zw. z art. 288 akapit 3 (...) poprzez dokonanie błędnej wykładni § 9 i 11 umowy dotacyjnej nr 443 zawartej między stronami dnia 12.06.2015 r. i przyjęcie na potrzeby niniejszej sprawy, że Pozwany zasadnie rozwiązał z Powodem ze skutkiem natychmiastowym umowę dotacyjną przyjmując, że Powód poprzez udzielenie Zamówienia jako zamówienia uzupełniającego w trybie z wolnej ręki naruszył art 67 ust. 1 pkt 6 PZP, podczas gdy dokonanie przez Sąd prawidłowej, prounijnej wykładni ww. przepisu z uwzględnieniem treści ww. przepisów' Dyrektywy powinno doprowadzić Sąd do konkluzji, że Powód w sposób zgodny z prawem udzielił wykonawcy Zamówienia w trybie z wolnej ręki, a tym samym Pozwany rozwiązał umowę bez podstawy prawnej;

4) art. 30 ust. 7 w zw. z art. 139 ust. 1 PZP poprzez niezastosowanie polegające na przyjęciu przez Sąd, że zastosowanie przez Powoda przy postępowaniach o udzielenie(...) (...) nie stanowi o identyczności przedmiotu i rodzaju zamówienia oraz że sam kod klasyfikacji (...) stanowi jedynie opis i dostarcza informacji statystycznej podczas gdy z treści przepisu art. 30 ust. 7 PZP wynika, że kod (...) (Wspólny Słownik Zamówień) jest sposobem na określenie przedmiotu zamówienia przez zamawiającego, a tym samym w przypadku posłużenia się przez Powoda w dwóch postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego identycznym kodem (...) - 6 - Roboty w zakresie budowy dróg należy uznać, że przedmiot Zamówienia jest tożsamy z przedmiotem Zamówienia podstawowego oraz polega na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień czy też nawet ewentualnie — w kontekście treści art. 31 pkt 4) Dyrektywy — świadczy o „podobieństwie” robót oraz o „zgodności z podstawowym projektem”;

5) art. 3 pkt 3), 3a), 6), 7), 7a) ustawy Prawo budowlane w zw. z art. 31 ust. 1 PZP poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu przez Sąd, że czynności wykonawcy w postaci przebudowy drogi w ramach zamówienia oraz budowy drogi w ramach Zamówienia podstawowego stanowią o braku tożsamości przedmiotowej oraz innym rodzaju obu zamówień, podczas gdy z treści naruszonych przepisów wynika wprost, że „budowa” i „przebudowa” liniowych obiektów budowlanych (dróg) wchodzi w zakres pojęcia „robót budowlanych”, a ustawa PZP oraz Dyrektywa nie czynią dystynkcji pomiędzy rodzajami robót budowlanych, ale wręcz PZP stanowi w art. 31 ust. 1, że zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, tym samym oba pojęcia powinny zostać uznane przez Sąd jako tożsame przedmiotowo i rodzajowo przedmiot zamówienia:

6) art. 471 k.c. poprzez niezastosowanie do ustalonego w sprawie stanu faktycznego, pomimo że Pozwany bezpodstawnie rozwiązał z Powodem umowę dotacyjną nr 443, czym dopuścił się niewykonania swojego zobowiązania i w efekcie powinien ponieść odpowiedzialność odszkodowawczą w wysokości utraconej przez Powoda dotacji;

7) art. 7 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 6) PZP w zw. z art. 1 ust. 11 pkt a), b), d) oraz art. 31 pkt 4) lit. a) i b) Dyrektywy w zw. z art. 288 akapit 3 (...) poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu przez Sąd, że udzielenie przez Powoda Zamówienia w trybie zamówienia uzupełniającego z wolnej ręki zostało dokonane niezgodnie z przepisami ustawy i bez zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców oraz niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, podczas gdy Powód udzielił wykonawcy zamówienia zgodnie z krajową oraz prounijną wykładnią treści przepisu art. 67 ust. 1 pkt 6 PZP i art. 31 pkt 4) Dyrektywy z zachowaniem uczciwej konkurencji i równości wykonawców, gdyż wykonawca wybrany przez Powoda w trybie zamówienia uzupełniającego z wolnej ręki zgodził się wykonać i wykonał Zamówienie za identyczne wynagrodzenia oraz w tym samym terminie, co wykonawca, który pierwotnie realizował zamówienie i odstąpił od umowy z Powodem, co oznacza, że nie doszło do naruszenia żadnych naczelných zasad uczciwej udzielania zamówień publicznych;

8) art. 67 ust. 1 pkt 6 PZP poprzez błędną wykładnię i przyjęcie, że udzielone przez Powoda zamówienie nie miało charakteru uzupełniającego, a co za tym idzie, że zastosowany tryb wyboru wykonawcy „z wolnej ręki” stanowił naruszenie PZP w stopniu uzasadniającym natychmiastowe wypowiedzenie Powodowi Umowy pomimo, iż materiał dowodowy zgromadzony w sprawie pokazuje, że powodowa gmina spełniła literalnie wszystkie przesłanki udzielenia wykonawcy zamówienia uzupełniającego w trybie z wolnej ręki;

II. naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na jego wynik:

1) art. 328 § 2 k.p.c. poprzez logiczną sprzeczność w treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku (str. 20 i 21) a jego sentencją oddalającą powództwo poprzez stwierdzenie w uzasadnieniu wyroku przez Sąd, że Pozwany wypowiedział umowę dotacyjną „pomimo i wobec braku podstaw do tego, co powoduje po jego stronie odpowiedzialność odszkodowawczą” oraz że Powód „poniósł szkodę przejawiającą się w wartości nieotrzymanej dotacji” a ponadto, że z okoliczności sprawy wynika również „związek przyczynowy między naruszeniem zobowiązania przez pozwanego, a szkodą powstałą u powoda wskutek braku wypłaty dotacji celowej”;

2) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie oceny materiału dowodowego z pominięciem jego istotnej części, tj. treści punktu (...) in fine dokumentu pt. Wniosek o dofinansowanie zadania w ramach programu wieloletniego (...) kierowanego do Wojewody L. przed zawarciem umowy dotacyjnej nr (...) (przy Odpowiedzi na pozew), gdzie Powód wyraźnie wskazał w zakresie znaczenia inwestycji dla rozwoju (...), że inwestycja umożliwi „skrócenie czasu przejazdu z T. i z osiedla (...) w kierunku (...) S.A., co będzie miało znaczenie w rozwoju współpracy ponadlokalnej i ponadregionalnej dla mieszkańców i przedsiębiorców”, co stoi w oczywistej sprzeczności ze stwierdzeniem Sądu, że z treści wniosku „trudno wywodzić istnienie związku dróg objętych zamówieniem głównym i uzupełniającym”, podczas gdy z treści ww. wniosku, mapy złożonej na rozprawie (...) (...) S.A. w latach (...) oraz zeznań świadków - Sekretarza (...) W., dwóch pracowników (...) W. wynika jasno, że powodowa gmina konsekwentnie przez okres 5-ciu lat realizowała wokół (...) jak najwięcej inwestycji drogowych w celu zapewnienia alternatywnej drogowej sieci komunikacyjnej;

3) art. 227 k.p.c. poprzez wadliwe przyjęcie przez Sąd, że okoliczność finansowania przez Powoda pozostałych inwestycji drogowych wokół terenu lotniska (vide: mapa z kolorowymi zaznaczeniami) z dofinansowaniem ze środków z programów Unii Europejskiej oraz fakt zawarcia na realizację Zamówienia umowy dotacyjnej nr (...) tj. dofinansowania dotacją ze Skarbu Państwa ma znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy) poprzez przyjęcie, że różne źródła finansowania przedmiotowych inwestycji wykluczają wystąpienie przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 6) PZP (str. 25 uzasadnienia), tj. tego samego rodzaju zamówień i tożsamości przedmiotowej, podczas gdy kwestia źródeł dofinansowania przedmiotowych inwestycji nie ma żadnego znaczenia dla kwestii udzielania zamówień publicznych i tożsamości świadczeń wykonawców;



4) art. 328 § 2 w zw. z art. 230 w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. poprzez niezawarcie w uzasadnieniu wyroku wskazania podstawy faktycznej rozstrzygnięcia dowodów na których Sąd się oparł rozstrzygając, że nie istnieje funkcjonalne powiązanie pomiędzy drogą wybudowaną w ramach Zamówienia oraz drogą wybudowaną w ramach Zamówienia podstawowego jak i przyczyn dla których Sąd odmówił mocy dowodowej (...) od L. drogami ekspresową i krajową realizowanych przez powodową gminę jako inwestora w latach (...) oraz zeznaniom świadków - (...) W., dwóch pracowników (...) W., którzy wprost zeznali jako osoby merytorycznie zajmujące się tą sprawą u Powoda, że celem powodowej gminy była możliwie jak najszybsza realizacja budowy dróg w celu zapewnienia alternatywnej drogowej sieci komunikacyjnej z lotniskiem, podczas gdy Pozwany żadnym środkiem dowodowym (ani dokumentami ani zeznaniami świadka K. P.) - a jedynie gołosłownymi twierdzeniami - nie zaprzeczył okoliczności funkcjonalnego powiązania wszystkich dróg;

5) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego wyprowadzenie faktu braku powiązania funkcjonalnego między drogami zrealizowanymi w ramach Zamówienia oraz Zamówienia podstawowego, skutkiem czego Sąd błędnie ustalił, że Powód naruszył art. 67 ust. 1 pkt 6) PZP poprzez wadliwe udzielenie wykonawcy zamówienia uzupełniającego w trybie z wolnej ręki, podczas gdy z treści zeznań świadków - (...) W., dwóch pracowników (...) W., którzy merytorycznie zajmowali się sprawą u Powoda, treści dokumentu - (...) że istniało funkcjonalne powiązanie wszystkich dróg realizowanych przez powodową gminę na swoim terenie w sąsiedztwie(...) jako alternatywna sieć komunikacyjna, a inwestycja realizowana w ramach Zamówienia jako ostatnia (vide mapa - kolor RÓŻOWY) stanowi swoiste domknięcie przedmiotowej sieci komunikacyjnej łączące os. (...) i m. T. oraz drogę krajową nr (...) i (...)

6) art. 227 w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędne przyjęcie przez Sąd, że status prawny obu dróg realizowanych w ramach Zamówienia (gminna klasy D) i Zamówienia podstawowego (publiczna klasy (...))(...) np. różnych spadków czy kątów nachylenia, rozmiaru pobocza, ale inwestycja skutkuje koniecznością wykonania w obu przypadkach identycznych robót budowlanych opartych na identycznych pozycjach kosztorysowych, o czym zeznawali wprost świadkowie powołani w sprawie przez stronę powodową oraz co wynika z dokumentacji załączonej do pozwu - kosztorysów budowlanych dla obu inwestycji, co oznacza tym samym, że różny status prawny obu dróg nie ma w niniejszej sprawie znaczenia dla jej rozstrzygnięcia.

Wskazując na powyższe zarzuty powód domagał się:

- 1) zmiany zaskarżonego wyroku i uwzględnienie powództwa w całości;
- 2) zasądzenie od Pozwanego na rzecz Powoda zwrotu kosztów postępowania za obie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm prawem przepisanych.

W odpowiedzi na apelację(...) - W. (1) L. zastępowany przez (...) wniósł o jej oddalenie i zasądzenie od powoda na rzecz (...) kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

### **Sąd Apelacyjny zważył co następuje:**

Apelacja powoda jako bezzasadna podlega oddaleniu.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd I instancji, ponieważ ustalenia te znajdują oparcie w zebranych materiale dowodowym, ocenionym przez ten Sąd w granicach zakreślonych przepisem art. 233 § 1 k.p.c. Wprawdzie skarżący stawia zarzuty dotyczące naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. (zarzut II.2, II.4-6), ale ich rozwinięcie nie tyle dotyczy oceny miarodajności dowodów czy poczynionych przez Sąd Okręgowy ustaleń co do konkretnych faktów, co sprowadza się do kwestionowania braku przyjęcia przez Sąd Okręgowy powiązania funkcjonalnego pomiędzy zadaniem potraktowanym jako podstawowe, a zadaniem dotowanym i w konsekwencji braku przyjęcia spełnienia przesłanek do udzielenia zamówienia z wolnej ręki oraz przypisania innym okolicznościom niewłaściwego znaczenia

przy ocenie spełnienia tych przesłanek. Tym samym zarzuty te w rzeczywistości dotyczą błędnego zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 6 pzp i zostaną omówione w ramach tego zarzutu.

Sąd Apelacyjny podziela także ocenę prawną co do tego, że nie zachodziły przesłanki z art. 471 k.c. do uwzględnienia roszczenia odszkodowawczego (...)W. w związku z niewykonaniem przez pozwaną Skarb Państwa zobowiązania z umowy dotacyjnej.

Należy zauważyć, że Sąd Okręgowy z niezrozumiałych względów wskazał, iż: „w niniejszej sprawie, pozwany wypowiedział Umowę nr (...) ze skutkiem natychmiastowym – w ocenie Sądu - pomimo i wobec braku podstaw do tego wypowiedzenia, co powoduje odpowiedzialność odszkodowawczą po stronie pozwanej”, co, jak trafnie zarzuca skarżący (zarzut II. 1) pozostaje w sprzeczności z pozostałymi wywodami uzasadnienia i treścią rozstrzygnięcia i co należy potraktować jako pomyłkowe stwierdzenie Sądu. Prawidłowe jest natomiast końcowe stanowisko Sądu, że zachodziły podstawy do rozwiązania umowy nr (...) i tym samym rozwiązanie umowy nie stanowi naruszenia obowiązków kontraktowych przez (...) L. i nie powoduje odpowiedzialności odszkodowawczej po stronie pozwanej, o której mowa w art. 471 k.c.

Stanowisko strony powodowej jakoby pozwany (...) bezpodstawnie rozwiązał umowę dotacyjną nie jest słuszne, gdyż powodowa G. (...) wyłoniła kolejnego wykonawcę przedmiotowego zadania z naruszeniem prawa o zamówieniach publicznych (dalej jako pzp) - w trybie zamówienia z wolnej ręki pomimo braku przesłanek ku temu z art. 67 ust. 1 pkt 6 pzp - co uprawniało pozwanego do rozwiązania umowy(...)umowy).

W tym względzie chybione są zarzuty apelacji strony powodowej z punktu(...)dotyczące niedokonania przez Sąd Okręgowy prounijnej wykładni art. 67 ust. 1 pkt 6 pzp w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty przepisami Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

Przede wszystkim zgodnie z art. 288 akapit 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej ( (...)): dyrektywa wiąże każde Państwo Członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków. Oznacza to, że postanowienia dyrektywy nie podlegają bezpośredniemu stosowaniu, a Sądy (i inne podmioty krajowe) winny bazować na brzmieniu przepisów krajowych obejmujących implementację dyrektywy – w niniejszym przypadku jest to ustawa prawo zamówień publicznych.

Ponadto biorąc pod uwagę cel i rezultat, do jakiego zmierza przedmiotowa Dyrektywa 2004/18/WE, to nakazuje ona udzielać zamówień przy poszanowaniu zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości (art. 2), jak też nakazuje zapewnić warunki efektywnej konkurencji. W tym celu nie zezwala na udzielanie zamówienia przy zastosowaniu innych niż przewidziane przez nią procedury oraz przewiduje jako zasadę udzielanie zamówień przy zastosowaniu procedur otwartych i ograniczonych, a innych (dialog konkurencyjny, procedura negocjacyjna z publikacją ogłoszenia lub bez jego publikacji) tylko w szczególnych przypadkach i okolicznościach, o których mowa wyraźnie w art. 30 i 31 (art. 28). Te same zasady obowiązują na tle prawa zamówień publicznych (art. 10 ust. 1 i 2).

W konsekwencji zastosowanie wyjątkowego trybu ograniczającego konkurencję, jakim jest tryb z wolnej ręki winno mieć miejsce tylko w szczególnych przypadkach, gdy przepis na to zezwala, jak też zachodzi konieczność ścisłej, nie rozszerzającej wykładni przesłanek stosowania tego trybu, tym bardziej, że jest on najmniej konkurencyjny. W niniejszym przypadku nie można się zgodzić ze skarżącym jakoby postąpił zgodnie z prounijną wykładnią przepisów o zamówieniach publicznych i celami Dyrektywy nr 2004/18/ WE w zakresie poszanowania zasad konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki, choć nie zostały spełnione wszystkie przesłanki do tego trybu.

Powód w apelacji powołuje się na art. 31 pkt 4 a i b Dyrektywy 2004/18/WE, zgodnie z którymi: instytucje zamawiające mogą udzielać zamówień publicznych w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w następujących przypadkach:

- w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane i usługi:

a) w odniesieniu do dodatkowych robót budowlanych lub usług nieuwzględnionych we wstępnie rozpatrywanym projekcie lub w pierwotnej umowie, które jednak z powodu nieprzewidzianych okoliczności stały się niezbędne dla realizacji robót budowlanych lub usług opisanych w wyżej wskazanych dokumentach, pod warunkiem że zamówienia udziela się wykonawcy realizującemu te roboty budowlane lub usługi:

- gdy takich robót budowlanych lub usług nie można oddzielić technicznie ani ekonomicznie od pierwotnego zamówienia bez przysporzenia poważnych niedogodności instytucjom zamawiającym,

lub gdy takie roboty lub usługi są absolutnie niezbędne dla zakończenia realizacji zamówienia, mimo iż można je wyodrębnić z realizacji pierwotnego zamówienia.

Łączna wartość zamówień udzielonych w celu realizacji dodatkowych robót budowlanych lub usług nie może jednak przekroczyć 50% kwoty, na którą opiewa pierwotne zamówienie;

b) w odniesieniu do nowych robót lub usług polegających na powtarzaniu podobnych robót lub usług powierzonych wykonawcy, któremu te same instytucje zamawiające udzieliły pierwotnego zamówienia, pod warunkiem że takie roboty lub usługi pozostają w zgodności z podstawowym projektem, na który udzielono pierwotnego zamówienia, zgodnie z procedurą otwartą lub ograniczoną. Możliwość zastosowania tej procedury musi być wskazana w zaproszeniu do ubiegania się o realizację pierwszego projektu a całkowita wartość zamówienia na kolejne roboty budowlane jest uwzględniana przez instytucję zamawiającą w zakresie stosowania przez nią przepisów art. 7. Procedura ta może być stosowana wyłącznie w okresie trzech lat od chwili udzielenia pierwotnego zamówienia.

W apelacji pojawia się także przesłanka „pilnej konieczności wyboru wykonawcy”, która występuje w art. 31 pkt 1 c Dyrektywy: w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi w zakresie, w jakim jest to absolutnie konieczne, ze względu na wystąpienie pilnej konieczności spowodowanej wydarzeniami, których instytucje zamawiające nie mogły przewidzieć, terminy przewidziane dla procedur otwartej, ograniczonej lub negocjacyjnych z publikacją ogłoszenia, o której mowa w art. 30, nie mogą być dotrzymane. Zaistnienie okoliczności uzasadniających taką pilną konieczność nie może być w żadnym wypadku przypisane instytucji zamawiającej.

Należy wskazać, że odpowiednikami powyższych unormowań Dyrektywy są odpowiednio art. 67 ust.1 pkt 5 i 6 oraz pkt 3 prawa zamówień publicznych, według których (w brzmieniu obowiązującym w niniejszym postępowaniu):

zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

-pkt 3 ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia;

- pkt 5 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;

- pkt 6 w przypadku udzielenia, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego i polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Należy dodać, że sytuacje przewidziane w powyższych punktach – 3, 5 i 6 są to sytuacje odrębne i należy oceniać oddzielnie wystąpienie przesłanek z każdego z tych przepisów, ale jednocześnie brak którejkolwiek przesłanki w przypadku każdego z nich wyłącza możliwość skorzystania z trybu z wolnej ręki. Natomiast strona powodowa w apelacji traktuje przesłanki z każdej z tych sytuacji wybiórczo oraz wymiennie, co nie ma uzasadnienia.

Jeżeli chodzi o przesłanki z punktu 3 to należy mieć na względzie, że przyczyną, która spowodowała konieczność poszukiwania kolejnego wykonawcy przebudowy drogi w B. były wady w dokumentacji - spór na tym tle doprowadził do obustronnego odstąpienia od umowy przez pierwotnego wykonawcę Spółkę (...) i zamawiającą(...)Kolejny wykonawca został wybrany po wykonaniu projektu zamiennego - naniesieniu korekty przebiegu drogi w terenie i jej przesunięciu. Potwierdza to, że w pierwotnej dokumentacji były nieprawidłowości, co obciąża zamawiającą Gminę, a tym samym już to wyklucza to zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 3 pzp (sytuacja wynikała z przyczyn leżących po stronie zamawiającego).

Z kolei odnosząc się do przesłanek z art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp w pierwszej kolejności należy przypomnieć, że jako zadanie podstawowe było potraktowane przez (...) W. zadanie pod nazwą: (...) (...) SA w miejscowości Ś., gmina W. (etap (...) na odcinku (...) realizowana w ramach indywidualnego projektu kluczowego (...) SA (...), a jako dodatkowe, czy też uzupełniające zadanie polegające na (...)w m. B. relacji Ś.-D.-T. (os. (...)) w celu nadania jej statusu drogi publicznej (...) (dalej jako zadanie dotowane).

Powód w apelacji przytaczając przesłanki z tego unormowania pomija jego istotny fragment. Mianowicie dodatkowe zamówienie z wolnej ręki winno być niezbędne nie tylko z powodu nieprzewidzianych okoliczności, ale przede wszystkim ma być niezbędne dla realizacji robót budowlanych z zamówienia podstawowego, co w niniejszym przypadku nie występuje. Niewątpliwie przebudowa drogi w miejscowości B. nie była niezbędna ani dla prawidłowego wykonania, ani dla zakończenia zamówienia podstawowego – budowy etapu (...) drogi w Ś.. Z uwagi na brak tej przesłanki zbędna jest analiza pozostałych wymogów zawartych w tym unormowaniu.

Natomiast pozostaje kwestia spełnienia wymogów z art. 67 ust. 1 pkt 6 pzp. Także w tym zakresie zarzuty apelacji jakoby G. (...) W. spełniła literalnie wszystkie przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki nie są trafne.

Można się częściowo zgodzić z autorem apelacji, że status prawny obu dróg nie ma większego znaczenia w tym względzie. Podobnie realizacja obu zadań w ramach odrębnych programów finansowania nie wyklucza zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 6 pzp (choć pośrednio może wpływać na ocenę braku tożsamości celów obu zadań).

Niemniej jednak, nawet pomijając status dróg, różne źródła finansowania obu zadań, a nawet uznając za dopuszczalne (z uwagi na treść Dyrektywy 2004/18/WE), aby powtórzenie zamówienia dotyczyło robót podobnych (budowa drogi i przebudowa drogi), to i tak należy przyznać rację Sądowi Okręgowemu, że w okolicznościach sprawy nie można uznać, że zadanie w postaci przebudowy przedmiotowej drogi wewnętrznej przez (...) kwalifikuje się jako zadanie uzupełniające w stosunku do zadania pt.(...) i że jest zgodne z przedmiotem tego zadania.

Wbrew zarzutowi apelacji Sąd Okręgowy wskazał na jakiej podstawie dokonał tej oceny, mianowicie w oparciu o mapę sieci dróg, treść wniosku o udzielenie dotacji i dokumentacji przetargowej, a dokumenty te w pełni uzasadniały wprowadzenie takich wniosków.

Należy wskazać, że określenie „uzupełniające” oznacza takie, które coś dopełnia, czyni kompletnym. W zaistniałych warunkach trudno uznać, że przebudowa drogi w B. (oznaczona na mapie na k. 204 na różowo) miała czynić

kompletnym – uzupełniać budowę drogi w Ś. (oznaczona na mapie na jasnoniebiesko) i że ich przedmioty się pokrywają.

Przede wszystkim nie ulega wątpliwości, że oba zadania dotyczyły innych i niezależnych od siebie dróg, położonych w różnych miejscowościach, drogi te nie łączyły się bezpośrednio, a nawet za pośrednictwem jednej drogi, a łączy je dopiero kilka dróg. Niewątpliwie nie stanowią jednego obiektu budowlanego i były realizowane na podstawie odrębnych projektów budowlanych, przebudowa drogi w B. (oznaczona na mapie na różowo k.204) nie była objęta dokumentacją stworzoną na potrzeby budowy drogi w Ś. (...), tj. nie występowała ani w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, ani w dokumentacji projektowej – brak jest danych do tego. Trafnie także przyjął Sąd Okręgowy, że inny był cel realizacji obu zadań, w szczególności nie można ich uznać za powiązane funkcjonalnie w taki sposób, by jedno z nich było zamówieniem podstawowym a drugie zamówieniem uzupełniającym i to nawet przy założeniu, że obie drogi miały stanowić element planów Gminy W. rozbudowy sieci dróg na swoim terenie.

Jak podnosi powód odwołując się do uchwały (...) (...) wykonanie zamówienia uzupełniającego nie musi się odbywać w tym samym miejscu, w którym realizowane jest zamówienie podstawowe. Konieczne jest jednak powiązanie prac realizowanych w ramach zamówienia uzupełniającego z określonymi zamierzeniami, planami inwestycyjnymi realizowanymi w ramach zamówienia podstawowego.

Niemniej jednak należy odnieść to powiązanie do celów konkretnego zadania podstawowego, nie ogólnych i szerokich zamierzeń inwestora. W niniejszym wypadku nie można dopatrzeć się takiego powiązania, żeby można uznać zadanie dotowane - przebudowę przedmiotowej drogi w B. za dopełniające budowę drogi w Ś. i żeby realizowało ono tożsame plany i cele inwestycyjne.

O ile samo zadanie podstawowe było elementem szerszego projektu – (...) S.A. w miejscowości Ś. i stanowiło (...). Nie stanowiło ono także kolejnego etapu pierwotnej inwestycji. Już, jak wynika z nazwy zadania podstawowego celem budowy tej drogi była obsługa L., natomiast przebudowywana droga nie ma w ogóle charakteru okołolotniskowego, o czym świadczy jej położenie, a wskazane we wniosku o dotację cele (k.121) wprost nawiązywały do potrzeb lokalnych – obsługi osiedla (...) i terenów sąsiednich ułatwienia komunikacji ich mieszkańcom.

Wprawdzie rzeczywiście pracownicy strony powodowej – W. S., R. P. i T. M. składając zeznania przed Sądem wskazywali, że G. (...) zmierzała do tego, żeby stworzyć funkcjonalny system dróg związanych z L. i określali drogę do osiedla (...) jako element tego systemu, ale nie może być to automatycznie podstawa do zakwalifikowania zadania dotowanego jako uzupełniającego i przyjęcia przedmiotów obu zadań jako zgodnych ze sobą w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 6 pzp, szczególnie gdy całokształt okoliczności, w tym usytuowanie dróg oraz treść dokumentacji prowadzą do odmiennych wniosków.

Także zawarte we wniosku o dofinansowanie zadania przebudowy drogi w B. dodatkowe wskazanie: „Ponadto umożliwi skrócenie czasu przejazdu z T. i z Osiedla (...) w kierunku (...) SA, (...) (k.121) nie świadczy, że celem przebudowy tej drogi było zaspokojenie potrzeb L., w tym zapewnienie alternatywnej drogi na potrzeby L.. Przede wszystkim ta funkcja drogi miała znaczenie całkowicie marginalne, a podstawowym jej celem było zapewnienie komunikacji mieszkańcom sąsiednich terenów i ułatwienie dostępu do obiektów użyteczności publicznej w T., przykładowo wśród licznych wymienionych obiektów tego rodzaju (k. 121- 122) nie wymieniono L..

Ponadto tylko zbieżność terytorialna i wskazywane przez powoda powiązanie funkcjonalne pomiędzy drogą wybudowaną w ramach zamówienia podstawowego a w ramach drugiego zadania, polegające na tym, że obie drogi stanowią element systemu dróg na pewnym terytorium, a nawet, że można nimi dostać się do dróg, które prowadzą do jednego celu (...) stanowią zbyt odległe powiązanie, żeby uznać je za wystarczające do spełnienia wymogów zadania uzupełniającego z art. 67 ust. 1 pkt 6 pzp.

Przy takim rozumowaniu strony powodowej wszystkie drogi położone na pewnym terenie, np. obszarze gminy, a nawet województwa można by uznać za powiązane funkcjonalnie, gdyż zawsze można w razie potrzeby skorzystać z danej drogi i potraktować ją dodatkowy, czy alternatywny dojazd do pewnego miejsca. Podobnie za takie można by uznać np.

wszystkie drogi w Polsce budowane w ramach jednego programu – np. Przebudowy dróg lokalnych jako, że realizują tożsame zamierzenia inwestycyjne. Jest to wnioskowanie zbyt daleko idące i nie ma uzasadnienia.

Dlatego też tego rodzaju odległe powiązanie funkcjonalne nie mogło stanowić o zgodności przedmiotu zamówienia uznanego jako uzupełniające (dotowanego) z przedmiotem zamówienia podstawowego i nie można uznać, że przebudowa drogi w B. miała uzupełniać budowę drogi w Ś.. (...)

Z tych względów nie zachodziły podstawy do skorzystania przez stronę powodową z przewidzianego w art. 67 ust. 1 pkt 6 pzp trybu zamówienia z wolnej ręki, a zarzuty apelacji zmierzające do podważenia tego stwierdzenia nie zasługiwały na uwzględnienie.

Jeżeli chodzi o zarzut z punktu I.3 apelacji to wprawdzie obejmuje naruszenie art. 65 k.c. i zarzuca dokonanie błędnej wykładni(...)umowy, ale jego rozwinięcie w istocie nie dotyczy wykładni umowy stron (interpretacji wskazanych postanowień), a ponownie zmierza do wskazania, że powód udzielił zamówienia zgodnie z 67 ust. 1 pkt 6 pzp, a pozwany bezpodstawnie rozwiązał umowę, co zostało omówione powyżej.

Z uwagi na powyższe zastosowanie przez powoda trybu wyłonienia wykonawcy zadania mającego podlegać dotacji było niezgodne z ustawą prawo zamówień publicznych, co uzasadniało rozwiązanie umowy nr (...) zgodnie z jej treścią (...) i co prowadzi do wniosku, że nie zachodziły podstawy z art. 471 k.c. do obciążania odpowiedzialnością odszkodowawczą strony pozwanej. Dlatego też rozstrzygnięcie oddalające powództwo było prawidłowe, zaś apelacja powoda podlegała oddaleniu na mocy art. 385 k.p.c.

Na mocy art. 98 § 1 i 3 k.p.c. oraz art. 99 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. Sąd Apelacyjny zasądził od powodowej (...)W. jako strony przegrywającej na rzecz pozwanego(...) kwotę 8100 zł tytułem zwrotu kosztów procesu za drugą instancję – wynagrodzenia pełnomocnika.