

**Sygn. akt VI Ga 213/16**

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

**Dnia 3 listopada 2016 r.**

Sąd Okręgowy w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Andrzej Borucki (spr.)

Sędziowie: SO Beata Hass-Kloc

SO Anna Harmata

Protokolant: st. sekr. sądowy Joanna Kościak

po rozpoznaniu w dniu 25 października 2016 r. w Rzeszowie

na rozprawie

sprawy z powództwa: Skarbu Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w R.

przy udziale Konsorcjum Firm - Lider: (...) Spółka z o.o. z siedzibą w K., (...)p.A. z siedzibą w R.

i odwołującego (przeciwnika skargi) (...) Sp. z o.o. w B.

na skutek skargi zamawiającego od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W. z dnia 22 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 983/16

I. oddała skargę,

II. zasądza od zamawiającego Skarbu Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w R. na rzecz odwołującego (przeciwnika skargi) (...) Sp. z o.o. w B. kwotę 7.217,00 zł (słownie: siedem tysięcy dwieście siedemnaście złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

SSO Beata Hass-Kloc SSO Andrzej Borucki SSO Anna Harmata

Sygn. akt VI Ga 213/16

## UZASADNIENIE

**wyroku z dnia 3 listopada 2016 r.**

Wyrokiem z dnia 22.06.2016 r. KIO 983/16 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wykonawcy F. (...) sp. o.o. w B.

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w R. przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Firm (...) sp. o.o. i (...)p.A. we W. zgłaszających swoje przystąpienie po stronie zamawiającego i nakazała zamawiającemu unieważnienie postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na Tymczasowe utrzymanie w systemie (...) autostrady A4 na odcinku od węzła R. W. (bez węzła) do węzła J. Z. (bez węzła) w okresie od 20.07.2016 r. do 30.4.2017 r. wszczętego ogłoszeniem

o dobrowolnej przejrzystości ex ante w dniu 28.05.2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, nr ogłoszenia (...) 102- (...) ponadto kosztami postępowania obciążyła zamawiającego.

W uzasadnieniu Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Tymczasowe utrzymanie w systemie (...) autostrady A4 na odcinku od węzła R. W. (bez węzła) do węzła J. Z. (bez węzła) w okresie od 20.07.2016 r. do 30.4.2017 r. wszczętego ogłoszeniem o dobrowolnej przejrzystości ex ante w dniu 28.05.2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, nr ogłoszenia (...) (...) (...) toczyło się w trybie zamówienia z wolnej ręki. Szacunkowa wartość zamówienia wynosiła 41 180 172,40 zł, tj. była wyższa niż wskazana w przepisach wykonawczych wydanych w oparciu o art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo Zamówień Publicznych.

W ocenie zamawiającego spełnione zostały przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (pzp), gdyż m.in. zamówienie uzupełniające jest zgodne z zamówieniem podstawowym i polega na wykonywaniu tej samej kategorii usług. Zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego na „Kompleksowe – całoroczne – utrzymanie w systemie (...) autostrady (...) na odcinku od węzła T. Północ do węzła S. w latach 2014-2020” – Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej nr (...) 136- (...) z dnia 18.07.2014. Zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego – pkt VI.3. Informacje Dodatkowe ogłoszenia o zamówieniu zawiera zapis o treści: „Zamawiający przewiduje możliwość udzielenia zamówień uzupełniających, o których mowa art. 67 ust. 1 pkt 6) ustawy do wysokości 50 % wartości zamówienia podstawowego”.

W dacie 7.06.2016 r. wykonawca F. (...) sp. o.o. z siedzibą w B. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 pzp przez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w zw. z naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 6 tej ustawy. Wskazał, że na skutek uchybień zamawiającego nie mógł wziąć udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i uzyskać zamówienia. Wskazał, że nie zostały spełnione wszystkie przesłanki warunkujące tryb zamówienia z wolnej ręki, a to pkt 6 i 7 art. 67 ustawy, jako że sporne w sprawie zamówienie uzupełniające nie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego oraz brak zgodności zamówienia uzupełniającego z zamówieniem podstawowym.

W sprawie swój udział w postępowaniu odwoławczym zgłosili po stronie zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum Firm (...) sp. o.o. w K. i (...) s.p.a. z siedzibą we W. podnosząc bezzasadność odwołania.

W odpowiedzi na odwołanie złożonej przez zamawiającego ten wniósł o jego oddalenie w uzasadnieniu przedstawiając argumenty na poparcie stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dowody z dokumentacji postępowania t.j. ogłoszenia oraz opisu przedmiotu zamówienia i protokołu postępowania na Kompleksowe – całoroczne – utrzymanie w systemie (...) autostrady (...) na odcinku od węzła T. Północ do węzła S. w latach 2014 – 2020, ogłoszenia i opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu, porównania zakresów utrzymania autostrady (...) w ramach zamówień podstawowego i uzupełniającego wraz z wyciągiem (...) obu postępowań.

Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante ((...)(...)- (...)) „Tymczasowe utrzymanie w systemie (...) autostrady (...) na odcinku od węzła T. Północ do węzła D. W. w związku z potrzebą awaryjnego zabezpieczenia odcinka w okresie zimowym” – zamówienie zostało udzielone z wolnej ręki, ogłoszenia o udzieleniu zamówienia ((...)(...)- (...)) „Tymczasowe utrzymanie w systemie (...)” autostrady A4 na

odcinka od węzła T. Północ do węzła D. W. w związku z potrzebą awaryjnego zabezpieczenia odcinka w okresie zimowym” – zamówienie to udzielone było z wolnej ręki.

Z mapy przedłożonej przez odwołującego wynikało, że odcinek będący przedmiotem zamówienia podstawowego nie sąsiaduje z odcinkiem będącym przedmiotem zamówienia uzupełniającego.

Rozważając zasadność odwołania (...) przyjęła, że odwołujący wykazał przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy warunkujące wniesienie odwołania, powołując przy tym art. 182 ust.4 ustawy i art. 180 ust. 2 ustawy , art. 7 ust. 1 ustawy i art. 10 ust . 1 i wskazując na szerokie rozumienie interesu w przypadku odwołań wnoszonych na tryb udzielenia zamówienia publicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła zasadność zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy przez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem przepisu art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy. Wskazała, że art. 10 ust. 1 stanowi , że podstawowym trybem udzielenia zamówienia jest przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, zgodnie z ust. 2 zamówienie m.in. w trybie z wolnej ręki może zostać udzielone tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Na zamówienie z wolnej ręki pozwala właśnie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy na warunkach w nim wskazanych.

(...) wskazała, że iż pomimo, że odwołujący wprost nie zarzucił naruszenia art. 10 ust. 1 i 2, nie stanowi to podstawy do uznania wadliwości postawionego zarzutu, jako że podany w uzasadnieniu stan faktyczny pozwala na subsumpcję pod tę normę prawną.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej taka sytuacja miała miejsce, jako że zarzut sprowadzał się do zakwestionowania podstaw do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki jako, że powołał się na brak w ogłoszeniu o zamówieniu podstawowym zamiaru udzielenia zamówień uzupełniających, bo nie określił ich rodzaju i zakresu oraz nie zachodzi przesłanka zgodności zamówienia uzupełniającego z przedmiotem zamówienia podstawowego.

Dalej (...) wskazała, że dowód, iż zamówienie podstawowe dotyczyło utrzymania całej autostrady A4, a nie tylko odcinka, spoczywał na zamawiającym i przystępującym. Materiał dowodowy nie pozwalał jednak na przyjęcie, że zadaniem inwestycyjnym do którego zamawiający zamówienia uzupełniające jest utrzymanie autostrady A4 jako zadania podzielonego na części udzielanego w odrębnych postępowaniach. Ta okoliczność nie wynika z treści zamówienia podstawowego , ani jakiegokolwiek innego dokumentu. Nadto sam zamawiający wyliczeń co do zachowania progu procentowego dokonał w odniesieniu do wartości zamówienia podstawowego na konkretnym odcinku.

Tym samym nie zostały wykazane przesłanki udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, tj. zgodności zamówienia z uzupełniającego z przedmiotem zamówienia podstawowego. Powyższe naruszyła art. 10 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i przepisu art. 7 ust. 1 ustawy jako przejaw ograniczenia uczciwej konkurencji w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Na powyższe orzeczenie wniósł skargę zamawiający Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w R. zarzucając naruszenie:

1. art. 179 ust. 1 ustawy pzp poprzez bezzasadne uznanie, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp – podczas gdy odwołujący wnioskował o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, co wyklucza istnienie interesu w uzyskaniu danego zamówienia,
2. art. 192 ust. 2 pzp poprzez uwzględnienie odwołania na skutek błędnego stwierdzenia przez Izbę, że zamawiający naruszył przepis art. 10 ust. 2 ustawy pzp – podczas gdy odwołujący nie zarzucił naruszenia przepisów ustawy pzp, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – a

więc wychodząc poza żądanie odwołującego się oraz przy braku spełnienia przesłanek do jego uwzględnienia w tym odnoszących się do przepisu art. 10 ust. 2 pzp

3. art. 6 kc w zw. z art. 190 ust. 1 ustawy pzp poprzez błędne przyjęcie, iż to na zamawiającym spoczywa ciężar dowodu co do zaistnienia przesłanek do wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 10 ust. 2 w zw. z art. 67 ust.

1 pkt 6 ustawy pzp – podczas gdy to na odwołującym się spoczywał ciężar dowodu, jeżeli z określonego stwierdzenia odwołujący się chciał wywieść skutki prawne, a skoro ustawa pzp nie przewiduje modyfikacji w zakresie ciężaru dowodu /jak np. w odniesieniu do rażąco niskiej ceny w art. 190/, to brak jest podstaw do wywodzenia przez (...) zasady odwrócenia ciężaru dowodu w przypadku udzielenia zamówienia z wolnej ręki,

4. art. 7 ust. 1 pzp poprzez błędną wykładnię i przyjęcie, że zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców – podczas gdy w trybie z wolnej ręki - zgodnie z przepisami ustawy – w postępowaniu bierze udział jeden wykonawca, więc nie może dojść do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, odwołujący nie miał możliwości być zaproszonym w tym trybie do postępowania, gdyż nie uczestniczył uprzednio w przetargu „podstawowym” i nie zawarł

w tym przedmiocie w wyniku postępowania przetargowego umowy – co jest jednym z koniecznych elementów wynikających z przepisu art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp,

5. art. 190 ust. 5 oraz ust. 6 pzp poprzez pominięcie okoliczności pozostających poza sporem w sprawie, iż art. 19 ustawy z dnia 21.03.1985 r. o drogach publicznych - stanowi, że zarządcą dróg krajowych jest Generalny Dyrektor Dyrekcji Dróg Krajowych

i Autostrad i na mocy tej ustawy jest zobowiązany do utrzymania dróg krajowych, w tym autostrad – już w 2014 r. , w czasie wszczynania postępowania „podstawowego” , jedynym odcinkiem, wobec którego nie było zabezpieczonej usługi utrzymania- był odcinek właśnie oddawany do użytkowania i jedynie wobec niego mogła być usługa utrzymania uruchamiana w trybie zamówień uzupełniających – stąd rozumienie zamówień uzupełniających zaprezentowane w wyroku stoi w rażącej sprzeczności z zasadami logiki,

6. art. 66 ust. 2 pzp poprzez jego niezastosowanie w niniejszej sprawie

i uznanie, że postępowanie zostało wszczęte na skutek ogłoszenia

o dobrowolnej przejrzystości – podczas gdy nie zostało wskazane (...) żadne naruszenie procedury ogłaszania o udzieleniu zamówienia

w tym zakresie sformułowania zakresu zamówienia uzupełniającego, w tym w przepisach wykonawczych do ustawy, a samo postępowanie

z wolnej ręki wszczynane jest poprzez zaproszenie wyłącznie jednego wykonawcy,

7. art. 190 ust. 7 pzp poprzez nieuwzględnienie stanu faktycznego sprawy i przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów poprzez bezzasadne przyjęcie, iż zamawiający nie przewidział zamówień uzupełniających – podczas gdy była to okoliczność bezsporna pomiędzy stronami,

a dodatkowo nie udowodniono naruszenia przepisów dotyczących konstruowania treści ogłoszenia.

Wskazując na powyższe skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku

w całości poprzez oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu skarżący przytoczył i rozwinął argumenty na poparcie zgłoszonych zarzutów.

Odnosnie braku interesu w zaskarżeniu wskazał, iż sprowadza się on do możliwości uzyskania zamówienia. O powyższym nie może być mowy wobec domagania się unieważnienia postępowania, gdyż powyższe nie przesądza wszczęcia kolejnego postępowania w nowym trybie w którym odwołujący się mógłby uzyskać zamówienie i tym samym brak jest interesu w uzyskaniu danego zamówienia. Dalej wskazał, że art. 179 ust. 1 pzp nie pełni funkcji publicznych

i chodzi wyłącznie o interes prawny wnoszącego odwołanie, który polega na możliwości uzyskania zamówienia. Poniesienie szkody o której mowa w art. 179 ust. 1 pzp możliwe jest wyłącznie, gdy możliwe jest rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia w interesie i na rzecz odwołującego, skutkiem czego możliwym byłoby zawarcie z nim umowy. Środek odwoławczy ma prowadzić do wyboru ofert odwołującego, a nie ogólnej zgodności z prawem działań zamawiającego.

Dalej wskazał, że wbrew stanowisku (...) odwołanie nie zostało oparte na art. 10 ust. 2 pzp, wskazał na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu i podniósł, że zadaniem (...) nie jest domniemywanie jego treści. Zaprzeczył, aby (...) mógł dokonywać ustaleń w zakresie czy stan faktyczny podlega subsumpcji pod normę art. 10 pzp, (...) orzeka wyłącznie w ramach precyzyjnie powołanych zarzutów.

W zakresie zarzutu ciężaru dowodzenia podniósł, że art. 190 ust. 1 zd. pierwsze odpowiada w art. 6 kc i art. 230 kpc, a zatem ciężar dowodzenia spoczywa na tym kto z danego faktu wywodzi skutki prawne, także w zakresie podnoszonych zarzutów, a nie na przeciwniku, który twierdzeniu temu zaprzecza. W konsekwencji aktywność dowodową winien wykazać przede wszystkim odwołujący.

Odnosnie zarzutu niezastosowania art. 66 pzp podniósł, że nakazując unieważnienie postępowania, (...) wskazała że zostało wszczęte ogłoszeniem o dobrowolnej przejrzystości ex ante w dniu 28.05.2016, podczas gdy zgodnie z tą normą ogłoszenie jest dobrowolne, a postępowanie jest wszczynane poprzez zaproszenie wykonawcy do negocjacji.

Wskazał na niezastosowanie art. 19 ustawy z dnia 21.03.1985 r. o drogach publicznych zgodnie z którym na zamawiającym spoczywał obowiązek utrzymania dróg krajowych i autostrad i był obowiązany zabezpieczyć prawidłowe utrzymanie ciągu drogowego także w zakresie ostatniego oddanego odcinka w ramach całej funkcjonalnej całości w ramach jednolitego standardu.

Dalej zaprzeczył, aby wobec spełnienia się przesłanek postępowania z wolnej ręki, w którym bierze udział tylko jeden wykonawca, nie mogło dojść do naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

Zaprzeczył także, aby ogłoszenie o zamówieniu podstawowym nie przewidywało zamówienia uzupełniającego, jak też aby zamówienie uzupełniające nie było zgodne z podstawowym.

Odwołujący wskazał, iż już na etapie zamówienia podstawowego przewidywał możliwość zamówienia uzupełniającego i dokonał w ramach swoich wewnętrznych procedur odpowiednich czynności i zgłoszeń motywując się swoimi wcześniejszymi doświadczeniami co do braku możliwości ustalenia terminów zakończenia tak postępowania przetargowego jak i terminu oddania ostatniego odcinka autostrady A4, przy jednoczesnym obowiązku zabezpieczenia jego utrzymania. Wskazał, że analogiczną strategię przyjął przy innych odcinkach tej autostrady.

Dalej wskazał, że przedmiot zamówienia podstawowego i uzupełniającego są tożsame jako, że oba łączy utrzymanie w systemie „Utrzymaj Standard” autostrady A-4, który jest projektem GDDKiA o zunifikowanych dla całego kraju zasadach i zakresie obowiązującym w całej Polsce od kilku lat, celem ujednoczenia zasad utrzymania dróg przez prywatne podmioty. W konsekwencji na wykonawców nałożono takie same obowiązki.

Bez znaczenia dla tożsamości przedmiotów zamówień pozostaje, że dotyczą innych odcinków autostrady. Działanie zamawiającego było elementem pewnego planu i zamierzenia inwestycyjnego, który jest wcielany w życie sukcesywnie od wielu lat.

Wskazał, że należy odróżnić przedmiot z każdego z zamówień „utrzymanie autostrady A4 ” /identyczny dla obu zamówień/ od nazwy każdego

z postępowań wskazującej, gdzie utrzymywany odcinek autostrady się znajduje. Przy czym dal tożsamości przedmiotu zamówienia nie jest koniecznym, aby wykonywane było w tym samym miejscu. Autostrada stanowi funkcjonalną całość i po oddaniu ostatniego odcinka J. - R. będzie utrzymywana w jednolitym standardzie.

Wskazał także z uwagi na termin oddania autostrady do użytku w lipcu 2016 r. nie jest możliwym udzielenie zamówienia w innym trybie, nadto podjęte wcześniej próby przetargu zostały wstrzymane z uwagi na sygnały o nieprawidłowościach w wykonaniu kontraktów.

Przystępujący po stronie zamawiającego w piśmie z dnia 17.10.2016 r. wniósł o uznanie w całości skargi złożonej przez zamawiającego, przeprowadzenie dowodów zgłoszonych w niniejszym piśmie oraz zasądzenie na rzecz przystępującego kosztów postępowania według norm przepisanych. (k.473-486).

Przeciwnik skargi (odwołujący się) w piśmie z dnia 25.07.2016 r. wniósł o oddalenie skargi oraz zasądzenie od skarżącego na swoją rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych (k. 390-396).

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

Skarga nie zasługiwała na uwzględnienie:

Spornym w sprawie był zakres zamówienia podstawowego, a to czy dotyczył utrzymania autostrady jako całości, czy wyłącznie odcinka wskazanego w zamówieniu podstawowym oraz konsekwencji tego, a to możliwości udzielenia zamówienia uzupełniającego o którym mowa w art. 67 ust. pkt 6 pzp w brzmieniu sprzed dnia 28.07.2016 r. po uprzednim spełnieniu warunków w nim wskazanym przy zastosowaniu trybu z wolnej ręki.

W pierwszym rzędzie należało jednak rozpoznać zarzut naruszenia art. 179 ust. 1 pzp. zgodnie z którym, środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przez inny uprawniony podmiot należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej. Nie jest to zatem podmiot, który ma status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub status uczestnika konkursu. Szerokie ujęcie podmiotów uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej ma swoje źródło w art. 1 ust. 3 dyrektywy 89/665/EWG i art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EWG, które nie ograniczają tego uprawnienia tylko do wykonawców. Za podmiot uprawniony można traktować podmiot pominięty w trybie zamówienia z wolnej ręki, a wnoszący odwołanie na wybór trybu. /por.: Prawo zamówień publicznych. Komentarz Jerzy Pieróg Rok wydania: 2015 Wydawnictwo: C.H.Beck Wydanie: 13/.

Kolejną przesłanką jest wykazanie przez taki podmiot wnoszący odwołanie interesu w uzyskaniu zamówienia, przy czym należy zauważyć, iż chodzi o każdy faktyczny interes, nie tylko prawny. Wystarczy zatem, że skarżący wskazywał będzie na chęć uzyskania zamówienia w konkretnym postępowaniu.

Sąd Okręgowy podziela przy tym pogląd, że pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia może być mylące w przypadku zaskarżania wyboru trybu postępowania, z jakim rzeczywiście mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie, o czym będzie jeszcze mowa. Skutkiem uwzględnienia odwołania w takim przypadku jest bowiem unieważnienie postępowania, co nie gwarantuje odwołującemu możliwości uzyskania zamówienia. Zamawiający nie ma obowiązku powtórzenia postępowania

i udzielenia zamówienia, a wykonawcy w tym zakresie nie przysługują żadne roszczenia. Koncepcja abstrakcyjnego rozumienia interesu w uzyskaniu zamówienia jako potencjalnej możliwości, wydaje się w takim przypadku uzasadniona. / por.: Prawo zamówień publicznych. Komentarz Jerzy Pieróg Rok wydania: 2015 Wydawnictwo: C.H.Beck Wydanie: 13/. Powyższe stanowisko znajduje także potwierdzenie w poglądach orzecznictwa. W zakresie zaskarżenia wyboru trybu przez podmiot nieuczestniczący w postępowaniu, interes w uzyskaniu danego zamówienia powinien być rozumiany w sposób abstrakcyjny, jako potencjalna możliwość uzyskania zamówienia, którego przedmiot jest objęty postępowaniem udzielanym w zaskarżanym trybie /por. Wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku - XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z 2012-05-25, XII Ga 92/12/.

Przyjmując w przedmiotowej sprawie interes prawny odwołującego się, należało w konsekwencji uznać zarzut naruszenia art. 179 ust. 1 pzp za bezzasadny.

Niezasadnym był zarzut naruszenia art. 192 ust. 2 pzp, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia w zw. z art. 10 ust. 2 pzp wobec niezaskarżenia tego ostatniego przez odwołującego się.

Sąd Okręgowy miał na uwadze, iż Izba za podstawę orzekania może wziąć tylko te zarzuty, które zostały podniesione w odwołaniu. /art. 192 ust. 7 pzp/. Sąd Okręgowy podziela jednocześnie stanowisko, iż o treści zarzutu nie przesądza wyłącznie wskazanie lub nie samego przepisu – podstawy prawnej. Należy mieć na uwadze, że zarzut składa się z podstawy prawnej i faktycznej - o ile sama podstawa prawna często wynika z opisu popełnionych nieprawidłowości i brak jej podania czy nieprawidłowe podanie nie uniemożliwia rozpoznania odwołania, to podstawa faktyczna zarzutu musi być precyzyjnie podana w odwołaniu. /KIO 15/14 Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2014-01-22 /. O zarzucie odwołania decydują przede wszystkim przywołane przez odwołującego okoliczności faktyczne, a nie wskazana przez niego podstawa prawna. Sam fakt wskazania przez odwołującego błędnej podstawy prawnej odrzucenia jego oferty nie oznacza że nie podniósł zarzutu. Zatem nawet błędne wskazanie podstawy prawnej zarzutu odwołania nie może skutkować zaniechaniem rozpoznania zarzutów przez Krajową Izbę Odwoławczą lub automatycznym oddaleniem odwołania. /Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2014-09-25 KIO 1866/14/.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie także w orzecznictwie sądów powszechnych. Stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego /Wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku - XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z 2012-05-25, XII Ga 92/12/.

Tym samym, zważywszy na treść uzasadnienia skargi i przytoczonych tam okoliczności, zasadnym było przyjęcie, iż w oczywisty sposób zaskarżony został w istocie tryb udzielenia zamówienia publicznego i art. 10 ust. 2 pzp ustanawiający zamówienie z wolnej ręki, jako wyjątek od reguły i jako taki dopuszczalny wyłącznie w razie spełnienia się przesłanek wskazanych w ustawie.

Przepisem zezwalającym na tryb z wolnej ręki jest właśnie art. 67 ust.1 pkt 6 pzp którego wykazania przesłanek i ciężaru dowodzenia dotyczył kolejny zarzut, a to naruszenia art. 6 kc w zw. z art. 190 ust. 1 ustawy pzp.

Zarzut ten także nie zasługiwał na uwzględnienie.

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 6 pzp w brzmieniu znajdującym zastosowanie w sprawie, a to sprzed dnia 28.07.2016 r. stanowił , że zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, 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**.

Zamiarem przepisu art. 190 ust. 1 wzorowanym na art. 6 kc, jest kontrydiktoryjność postępowania, stąd pozostawienie stronom inicjatywy we wskazywaniu dowodów i wywodzeniu z nich skutków prawnych. W odniesieniu zatem do tego przepisu zasadnym jest odwołanie się do koncepcji wypracowanych na tle art. 6 kc i instytucji ciężaru dowodu w znaczeniu materialnym, która służy do kwalifikacji prawnej negatywnego wyniku postępowania dowodowego. Przepis ten określa kto poniesie wynikające

z przepisów prawa materialnego negatywne konsekwencje nieudowodnienia pewnych faktów. Powyższe nie oznacza jednak, iż ciężar całego procesu ponosi strona go inicjująca - w przedmiotowej sprawie odwołujący się. Prawidłowe stosowanie reguły z art. 6 kc wymaga uwzględnienia podziału dowodów na dowody główne, dowody przeciwności i dowody przeciwnie. Dopiero ostateczny wynik postępowania dowodowego pozwala na stwierdzenie, czy udowodniono fakty, z których strona wywodzi skutki prawne i tego dla niej konsekwencje.

Dowód główny to dowód jakiegoś twierdzenia. Dowód przeciwności i dowód przeciwny zmierzają do obalenia twierdzeń, z których strona przeciwna wywodzi skutki prawne. Dowód przeciwności polega na udowodnieniu negacji twierdzeń przeciwnika (wykazaniu ich fałszywości), natomiast dowód przeciwny polega jedynie na wykazaniu, że twierdzenia przeciwnika są wątpliwe (nie zostały udowodnione; ich prawdziwości lub fałszu nie da się ustalić na podstawie zebranych materiałów dowodowych). Udany dowód przeciwny oznacza, że przeciwnik nie przeprowadził skutecznie dowodu głównego. /Kodeks cywilny. Komentarz red. prof. dr hab. Edward Gniewek, prof. dr hab. Piotr Machnikowski Rok wydania: 2016 Wydawnictwo: C.H.Beck/.

W ocenie Sądu Okręgowego skarżący (...) sp. z o.o. ostatecznie wykazał, iż zamówienie uzupełniające nie było zgodne z zamówieniem podstawowym, tym samym nie ziszczyły się przesłanki zezwalające na zamówienie z wolnej ręki. Do powyższych wniosków prowadzi porównanie

i ocena treści ogłoszenia i opisu zamówienia głównego oraz zamówienia uzupełniającego. Dowodami w sprawie są m.in. dokumenty, w tym najważniejsze z nich, a to dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia. W niniejszej sprawie poza sporem był fakt i treść ogłoszenia, opisu przedmiotu zamówienia podstawowego dotyczącego Kompleksowego – całorocznego – utrzymania w systemie Utrzymaj Standard autostrady A-4 na odcinku od węzła T. Północ do węzła S. w latach 2014-2020 oraz zamówienia uzupełniającego Tymczasowe utrzymanie w systemie „Utrzymaj Standard autostrady (...) na odcinku od węzła R. W. (bez węzła) do węzła J. W. (bez węzła) w okresie od 20.07.2016 r. do 30.04.2017 r.” ogłoszenia i opisu przedmiotu zamówienia, co do których w oparciu o przedłożoną dokumentację, wskazaną w uzasadnieniu wyroku (...), ta poczyniła ustalenia faktyczne, a których skarżący nie kwestionował.

Sąd Okręgowy miał na uwadze, iż o braku związku nie świadczy sam fakt, iż przedmiot zamówienia uzupełniającego znajduje się gdzie indziej niż zamówienia podstawowego. Nadal jednak zamawiający winien wykazać, iż przedmiot zamówienia udzielonego w trybie z wolnej ręki /art. 67 ust. 1 pkt 6 pzp/ był częścią szerszego projektu, którego zakres obejmuje lub w którego zakres wchodzi zamówienie podstawowe dotyczące konkretnego odcinka autostrady.

Sąd Okręgowy zgadza się ze stanowiskiem, że zamówienie podstawowe pomimo zbieżności prac wykonywanych w tym zamówieniu nie wypełnia przesłanek wiążących zamówienie podstawowe z uzupełniającym. Inaczej mówiąc, aby było zgodne z podstawowym projektem, na który udzielono pierwotnego zamówienia.

Zamawiający nie podał żadnego tożsamego projektu, zgodnie z którym było realizowane tak zamówienie podstawowe jak i „uzupełniające”.

O powyższym nie przesądza to, że obu zamówień udzielono przy zastosowaniu ustalonego przez zamawiającego celem ujednolicenia zasad utrzymania dróg

i autostrad dla całego kraju, systemu (...). Stosowanie jednolitego systemu utrzymywania autostrad, będąc działaniem racjonalnym



i z oczywistych względów pożądanym, nie wyklucza samo w sobie udzielania przy zastosowaniu tego systemu zleceń, na poszczególne jej odcinki w ramach odrębnych, nie pozostających ze sobą w związku zamówień. Innymi słowy zastosowanie tego systemu i jego wskazanie w zamówieniu podstawowym oraz uzupełniającym samo w sobie, nie przesądza o zgodności w przedmiotowej sprawie zamówienia uzupełniającego z zamówieniem podstawowym.

W świetle powyższego zasadnym było przy ustalaniu tej tożsamości odwołanie się do opisu przedmiotu zamówienia podstawowego, które jest właściwym punktem odniesienia i z którym miało być zgodne uzupełniające. Zamówienie podstawowe samo w sobie także nie było szerszym projektem polegającym na utrzymaniu całej autostrady A-4 w systemie „Utrzymaj Standard”, a w ramach którego możliwym byłoby poszczególne zamówienia dotyczące poszczególnych jej odcinków. Na powyższe nie wskazuje treść opisu i ogłoszenia. Przeciwnie wyraźnie wskazano w nim na odcinek od węzła T. Północ do węzła S.. Sporne w sprawie zamówienie uzupełniające dotyczyło odcinka od węzła R. W. (bez węzła) do węzła J. W. (bez węzła). Sąd Okręgowy zgadza się ze stanowiskiem, iż zamawiający i przystępujący nie przeprowadzili skutecznie dowodu przeciwnego, a to na okoliczność, że zamawiający projektował zamówienie uzupełniające w odniesieniu do podstawowego określonego jako kompleksowe utrzymanie autostrady A4, które było zadaniem podzielnym

i udzielanym w odrębnych postępowaniach. Nie stanowią dowodu na tę okoliczność, wyłącznie same twierdzenia podnoszone w tym zakresie czy argumenty zamawiającego, iż skoro w dacie zamówienia podstawowego, wyłącznie sporny w sprawie odcinek wobec jego nieoddania do użytkowania

w tamtej dacie, nie miał zabezpieczonego utrzymania, to oczywistym jest, iż

z góry implikowało to zamiar zamawiającego i objęcie przez niego planem, zamówienie uzupełniające o treści jak w przedmiotowej sprawie. Również stanowiska przedstawionego na rozprawie apelacyjnej przez zamawiającego

i przystępującego po jego stronie Konsorcjum, odnośnie tego że podmioty działające na lokalnym rynku, uczestniczące już uprzednio w przetargach ogłaszanych przez zamawiającego znają zasady w oparciu o które udziela się zamówień z wolnej ręki, nie można uznać zdaniem Sądu jako przekonujących, biorąc pod uwagę konieczność zapewnienia i zachowania przez zamawiającego zasady konkurencyjności.

Jak to wyżej wskazano, sama realizacja zamierzenia w postaci objęcia utrzymania autostrad, w tym A-4 jednolitym systemem „Utrzymaj Standard” nie stanowi wystarczającego wyróżnika w postaci szerszego projektu, który zezwalałby na objęcie każdej kolejnej umowy zlecającej utrzymanie kolejnego odcinka autostrady już z wolnej ręki, dotychczasowemu wykonawcy zamówienia publicznego na konkretny odcinek udzielonego w trybie przetargu.

Taka 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 w zakresie kolejnego odcinka od węzła R. (bez węzła) do węzła J. Z. (bez węzła) winno, jako niezwiązane z zamówieniem podstawowym i będące nowym zamówieniem, zostać udzielone w trybie konkurencyjnym.

Sąd nie neguje co do zasady tezy, iż jako że autostrada A4 stanowi funkcjonalną całość, byłoby racjonalnym utrzymanie jej w jednolitym systemie, tak co do standardu jak i organizacyjnym, a co ułatwiłoby powierzenie jej utrzymania w całości jednemu wykonawcy. Jednak powyższe nie znosi obowiązku zamawiającego przeprowadzenia procedury udzielania zamówień publicznych, tak aby nie doszło do naruszania zasad konkurencyjności.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 pzp.

Jego naruszenie stwierdzone przez (...) wbrew treści zarzutu - polegało już na nieprawidłowym przeprowadzeniu zamówienia z wolnej ręki, a nie na niedopuszczeniu w ramach zamówienia z wolnej ręki odwołującego się jako kolejnego, obok wykonawcy z umowy przetargowej uczestnika. Jednymi

z najistotniejszych przepisów Prawa zamówień publicznych, mających zapewnić uczciwą konkurencję są te, które regulują możliwość stosowania trybów,

w szczególności art. 10 ust. 2 pzp. Pozwala on na zastosowanie innych niż podstawowe trybów tylko w wyjątkowych wypadkach, ściśle przewidzianych

w ustawie.

Jest to konsekwencją słusznego założenia, że tryby przetargowe w pełni realizują istotę zamówień publicznych, jako że są najszerszej dostępne, najbardziej przejrzyste i zapewniające największą konkurencję. Ponieważ zamawiający w istocie zlecał utrzymanie kolejnych odcinków autostrady odrębnymi zamówieniami, nieuzasadnione zaniechanie trybu konkurencyjnego w stosunku do każdego z tych zleceń uniemożliwiło wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia. Wobec braku przesłanek do zastosowania wyjątkowego co do swej istoty trybu z wolnej ręki, jego zastosowanie stanowiło właśnie naruszenie art. 7 ust. 1 pzp i zasady konkurencyjności.

Niezasadnym był także zarzut naruszenia art. 66 ust. 2 pzp jako, że jak to wskazano powyżej, naruszenie polegało już na zastosowaniu trybu z wolnej ręki, a nie jego przebiegu.

Niezasadnym był zarzut naruszenia art. 190 ust. 5 pzp w zw. z art. 19 ustawy z dnia 21.03.1985 r. o drogach publicznych poprzez nieuwzględnienie obowiązku zamawiającego utrzymania autostrady, także w zakresie nieoddanego jeszcze na etapie zamówienia podstawowego odcinka autostrady. W sprawie nie był kwestionowany obowiązek zamawiającego wskazany w powołanym przepisie.

Niezasadnym był zarzut naruszenia art. 190 ust. 7 pzp poprzez bezzasadne przyjęcie, że zamawiający nie przewidział zamówień uzupełniających, jako że uchybieniem, które stwierdziła (...) była niezgodność zamówień podstawowego i uzupełniającego.

Reasumując, Sąd Okręgowy przedmiotową skargę oddalił jako bezzasadną, na podstawie art. 198 f ust. 2 zd. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

W przedmiocie kosztów Sąd orzekł na podstawie art. 198 f ust. 5 ww. ustawy.