

Sygn. akt XXVII Ca 1840/16

POSTANOWIENIE

Dnia 20 lutego 2018 roku

Sąd Okręgowy w Warszawie XXVII Wydział Cywilny Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący: SSO Ewa Cylc (spr.)

Sędziowie: SO Joanna Staszewska

SO Piotr Wojtysiak

Protokolant: sekr. sądowy Robert Rybiński

po rozpoznaniu w dniu 6 lutego 2018 roku w Warszawie

na rozprawie

sprawy ze skargi W. B. (1) prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą (...) w W.

przeciwko zamawiającemu (...) W.

z udziałem:

Konsorcjum: (...) Sp. z o.o. w (...) Sp. z o.o. w W.,

(...) Sp. z o.o. w W.

i Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowo-Usługowego (...)

o udzielnie zamówienia publicznego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 10 kwietnia 2014 roku, sygn. akt KIO (...), KIO (...)

postanawia:

1. umorzyć postępowanie wywołane skargą,
2. znieść wzajemnie między stronami koszty postępowania przed Sądem Okręgowym.

SSO Joanna Staszewska SSO Ewa Cylc SSO Piotr Wojtysiak

Sygn. akt **XXVII Ca 1840/16**

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 10 kwietnia 2014 r. Krajowa Izba Odwoławcza na skutek odwołań wniesionych przez W. B. (1) prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...) (sygn. akt KIO (...)) i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) Sp. z o.o. w W. i Zakład Usług (...) Sp. z o.o. w M. (sygn. akt KIO (...)) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez (...) W. oddaliła odwołania i rozstrzygnęła o kosztach tego postępowania.

W wyniku ww. wyroku, w dniu 15 kwietnia 2014 r. zamawiający – (...) W. zawarło z wykonawcą – (...) zawarł umowy na wykonanie usług objętych przetargiem. Realizacja przedmiotu umowy miała nastąpić w okresie od dnia jej zawarcia do wyzerpania kwoty wynagrodzenia, jednak nie dłużej niż do dnia 31 lipca 2017 r.

Od orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 kwietnia 2014 r. W. B. (1) prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...) wniósł skargę zaskarżając je w całości oraz zarzucając naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że ceny zaoferowane przez (...) Sp. o.o. na wykonanie zadań nr 1 i 9 nie mają charakteru rażąco niskiej, a przez to oferty tego uczestnika nie podlegają odrzuceniu, gdy tymczasem ceny te uznać należało za rażąco niskie, bowiem nie pokrywały one rzeczywistych kosztów wykonania tych zadań;

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 Pzp oraz z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 6 ust. 1 pkt 7) ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że cena oferowana w ramach ubiegania się o zamówienie publiczne winna być skalkulowana jedynie przy uwzględnieniu rynkowej wartości zamówienia i kosztów zmiennych, bezpośrednio związanych z wykonaniem zamówienia, bez uwzględnienia części kosztów stałych, gdy tymczasem przy kalkulacji ceny winny być uwzględniane zarówno koszty zmienne, jak i stałe, a przez to ceny zaoferowane przez (...) Sp. o.o. na wykonanie zadań nr 1 i 9 uznane być winny za rażąco niskie;

3. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że badanie zarzutu rażąco niskiej ceny w postępowaniu odwoławczym przed KIO ograniczone jest jedynie do kontroli samego zastosowania procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 Pzp, a nie jej prawidłowości, w tym przede wszystkim związane z prawidłowością przeprowadzonej przez zamawiającego oceny, czy oferowana cena ma lub nie charakter rażąco niskiej, gdy tymczasem w postępowaniu odwoławczym związanym z zarzutem rażąco niskiej ceny, KIO ocenić musi nie tylko formalną poprawność czynności sprawdzających zamawiającego, prowadzonych w trybie art. 89 i 90 Pzp, ale czy ocena taka jest obiektywnie uzasadniona, a zatem czy kwestionowana cena jest lub nie rażąco niska;

4. art. 180 ust. 3 PZP w zw. z art. 190 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 6 k.c. polegające na przyjęciu, że zarzuty zgłaszane przez odwołującego, odnośnie rażąco niskiej ceny (...) Sp. o.o. mogą być rozpoznawane jedynie, co do zaniżenia kosztów zagospodarowania odpadów, a podnoszenie przez odwołujących dalszych okoliczności ten zarzut potwierdzających i zgłoszone w związku z tym wnioski dowodowe dopiero w toku postępowania stanowią nowe zarzuty, gdy tymczasem były to jedynie kolejne okoliczności potwierdzające zaniżenie kolejnych pozycji kosztowych, ujawnione w związku z odtajnieniem wyjaśnień (...) Sp. o.o. w tym przedmiocie;

5. art. 180 ust. 3 Pzp w zw. z art. 190 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 6 k.c. i art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 8 ust. 3 Pzp poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że na odwołującym zgłaszającym zarzuty, co do rażąco niskiej ceny spoczywa ciężar dowodu także i do tych okoliczności, które w związku z wyjaśnieniami złożonymi przez wykonawcę zostały utajnione;

6. art. 190 ust. 4 i 7 Pzp poprzez niewłaściwe prowadzenie postępowania dowodowego w oparciu o dowód z opinii biegłego i w efekcie poczynienie ustaleń sprzecznych z treścią materiału dowodowego zebranego w sprawie i przyjęcie, że ceny oferowane przez (...) Sp. o.o. nie mają charakteru rażąco niskich, co było wynikiem:

a. poczynienia przez Izbę samodzielnych ustaleń i dokonanej oceny materiału dowodowego w zakresie, jaki wymagał wiedzy specjalnej;

b. skorygowania założeń do wniosków końcowych opinii biegłego przez odmówienie biegłemu kompetencji dla kwalifikowania stwierdzonych kosztów, jako mających znaczenie dla oceny, czy ceny ofertowe (...) Sp. o.o. zostały prawidłowo skalkulowane;

7. art. 191 ust. 2 Pzp w zw. z art. 190 ust. 7 Pzp poprzez zaniechanie dostatecznego wyjaśnienia sprawy i ograniczenie rozpoznania odwołań, co do zarzutów rażąco niskich cen zaoferowanych przez (...) Sp. o.o. jedynie do badania wpływu na te ceny kosztów zagospodarowania odpadów i pominięcie oceny wpływu na te ceny pozostałych składników kosztów stałych i zmiennych koniecznych do poniesienia przy wykonywaniu zamówienia, a nadto dokonanie ustaleń sprzecznych z treścią zebranego materiału dowodowego i ustalenie, że ceny ofertowe (...) Sp. o.o. nie mają charakteru rażąco niskich;

8. art. 190 ust. 7 Pzp poprzez zaniechanie wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego i wyprowadzenie wniosków sprzecznych z treścią dowodów zebranych w sprawie, co skutkowało przyjęciem, iż ceny ofertowe (...) Sp. o.o. nie miały charakteru rażąco niskich, przy czym wniosek taki wyprowadzony został w sposób nieprawidłowy, bowiem pomijał, iż przy kalkulacji cen wziąć należy pod uwagę:

a. średni koszt zagospodarowania odpadów na instalacjach należących do podmiotów trzecich, który winien być ustalony na poziomie nie mniejszym niż 270 zł/Mg, a nie jak przyjęła Izba na poziomie 250 zł/Mg;

b. średnią długość kursu pojazdu (...) sp. z o.o. odbierającego odpady w 2013 r., która winna wynosić 50 km, a nie jak przyjęła Izba 70 km,

c. okoliczność, iż ilość odpadów odebranych w drugim półroczu 2013 r. przez (...) sp. z o.o. jest nie większa niż ilość odebrana w pierwszym półroczu 2013 r., a nie jak przyjęła Izba, że ilość odebranych odpadów w drugim półroczu wzrosła o 10% w stosunku do ilości z pierwszego półrocza 2013 r.,

d. koszty zagospodarowania frakcji nadsitowej wynoszące nie mniej niż 42 504 000,00 zł netto, a nie jak przyjęła Izba, iż koszt ten objęty jest jednostkową ceną zagospodarowania odpadów,

e. koszty zakupu pojemników, a nie jak przyjęła Izba, iż koszt ten jest objęty jednostkową ceną za odbiór odpadów;

9. art. 192 ust. 2 Pzp poprzez oddalenie odwołania wniesionego przez skarżącego, mimo iż doszło do naruszenia przepisów ustawy, które miało istotny wpływ na wynik postępowania, w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty (...) Sp. o.o., jako zawierającej cenę rażąco niską;

10. art. 196 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wskazania w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku pełnej podstawy faktycznej rozstrzygnięcia i brak obliczeń, na podstawie których ceny ofertowe (...) Sp. o.o. uznane zostały za niebędące rażąco zaniżonymi;

11. art. 179 ust. 1 Pzp poprzez uznanie, iż skarżący nie posiadał interesu w zaskarżeniu czynności zamawiającego polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty (...) sp. z o.o. w zakresie zadania nr 9, gdy tymczasem interes taki skarżący posiadał z uwagi na samą potencjalną możliwość zawarcia z nim umowy w tym zakresie;

12. art. 190 ust. 1 i ust. 6 Pzp poprzez oddalenie wniosku dowodowego skarżącego o zobowiązanie zamawiającego do przedstawienia opracowania stanowiącego podstawę do ustalenia wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia;

13. art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że brak było podstaw do wezwania (...) Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w zadaniu nr 2;

14. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez uznanie, iż (...) sp. z o.o. nie podlega wykluczeniu, pomimo nie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania przez wszystkie wskazywane w ofercie pojazdy poziomu normy emisji spalin, co najmniej Euro III;

15. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez uznanie, iż (...) sp. z o.o. nie podlega wykluczeniu, pomimo złożenia nieprawdziwych informacji w zakresie spełnianego przez kwestionowane pojazdy poziomu normy emisji spalin;

16. art. 190 ust. 7 Pzp przez dokonanie niewłaściwej oceny dowodów zgłoszonych przez skarżącego na okoliczność, iż samochody (...) sp. z o.o. nie spełniają norm emisji spalin Euro III i dokonanie ustaleń sprzecznych z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego przez przyjęcie, iż pojazdy te spełniają normę emisji spalin Euro III, gdy tymczasem z zaświadczenia producenta tych pojazdów wynikało, iż pojazdy te spełniają wyłącznie normę emisji spalin Euro II;

17. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 i pkt 5 i art. 26 ust. 2a i 2c Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie ustalenia realności posiadania przez (...) Sp. o.o. zdolności finansowej niezbędnej do należytego wykonania udzielanego zamówienia;

18. art. 190 ust. 1 i ust. 6 Pzp poprzez oddalenie wniosku dowodowego skarżącego o zobowiązanie banku prowadzącego rachunek (...) do przedstawienia wyciągu bankowego potwierdzającego przepływy na tym rachunku w okresie poprzedzającym i następującym po dacie wystawienia zaświadczenia załączonego do oferty wykonawcy i w konsekwencji zaniechanie rozpoznania sprawy co do jej istoty.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku i unieważnienie umowy nr (...) zawartej w dniu 15 kwietnia 2014 r. pomiędzy zamawiającym a (...) Sp. o.o., której przedmiotem jest wykonanie zadania 1 - odbiór i zagospodarowanie odpadów z dzielnic B. i Ż., umowy nr (...) zawartej w dniu 15 kwietnia 2014 r. pomiędzy Zamawiającym a (...) Sp. o.o., której przedmiotem jest wykonanie zadania 2 - odbiór i zagospodarowanie odpadów z dzielnic B. i T. oraz umowy nr (...) zawartej w dniu 15 kwietnia 2014 r. pomiędzy Zamawiającym a (...) Sp. o.o., której przedmiotem jest wykonanie zadania 9 - odbiór i zagospodarowanie odpadów z dzielnic W. i B., a następnie zmianę zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w całości poprzez uwzględnienie odwołania wniesionego przez Skarżącego (sygn. akt KIO (...)) i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 1, nr 2 i nr 9, i powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w tych zadaniach;

2. nakazanie zamawiającemu wykluczenia z postępowania (...) Sp. z o.o. w zakresie zadań nr 1, nr 2 i nr 9 z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania, a dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do dysponowania potencjałem technicznym oraz dysponowania zdolnością finansową, nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez (...) Sp. z o.o. na wykonanie zadań nr 1 i 9 z uwagi na okoliczność, iż cena ofertowa wykonawcy jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Alternatywnie, W. B. (1) wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i stwierdzenie, po myśli art. 198f ust. 2 Pzp w zw. z art. 192 ust. 3 pkt 3 Pzp, naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy -Prawo zamówień publicznych poprzez:

1. zaniechanie wykluczenia (...) sp. z o.o. z postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie zadań nr 1, nr 2 i nr 9 z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania, a dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do dysponowania potencjałem technicznym oraz dysponowania zdolnością finansową;

2. zaniechanie odrzucenia ofert tego wykonawcy w zakresie zadania nr 1 i 9 jako zawierających rażąco niską cenę;

3. zaniechanie wyboru ofert skarżącego, jako najkorzystniejszych w zakresie zadania nr 1 i nr 2;

4. nie zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego ze skarżącym w zakresie zadania nr 1 i 2, a w miejsce tego zawarcie umowy na te zadania z (...) sp. z o.o.

Ponadto, skarżący wniósł o zasądzenie na jego rzecz od strony przeciwnej kosztów postępowania według norm przepisanych.

Skargę od powyższego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 kwietnia 2014 r. wniósł również (...) (...) sp. z o.o. w W. oraz Zakład Usług (...) sp. z o.o. z siedzibą w M., w zakresie której

postępowanie zostało umorzone postanowieniem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22 lipca 2015 r., sygn. akt V Ca 1648/14, wobec oświadczenia skarżących o cofnięciu skargi.

W dniu 27 grudnia 2016 r. (...) W. zawarła z (...) aneksy do umów z dnia 15 kwietnia 2014 r. w trybie art. 19 ust. 3 pkt 2 Ustawy nowelizującej ustawę Prawo zamówień publicznych, określające wzajemne prawa i obowiązki stron w zakresie wykonania zamówienia uzupełniającego.

W toku postępowania apelacyjnego, zamawiający i przystępujący po stronie zamawiającego, złożyli załączniki do protokołu rozprawy z dnia 6 lutego 2018 r. wraz z wnioskami o umorzenie postępowania z uwagi na wykonanie zamówienia publicznego, którego skarga dotyczy. Wskazywali w nich, że skoro umowa z dnia 14 kwietnia 2014 r. o wykonanie zamówienia publicznego, o którego uzyskanie zabiegał skarżący, została wykonana z dniem 31 lipca 2017 r., a umowy z dnia 27 grudnia 2016 r. nie skutkują wydłużeniem określonego wcześniej terminu wykonania zamówienia podstawowego, a stanowią umowy o wykonanie zamówienia uzupełniającego, to postępowanie wywołane skargą winno zostać umorzone.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Postępowanie wywołane skargą podlegało umorzeniu.

Sąd Okręgowy, po dokonaniu szczegółowej analizy materiału dowodowego, a przede wszystkim umów zawartych w wyniku rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) z dnia 15 kwietnia 2014 r. oraz umów zawartych w dniu 27 grudnia 2016 r. dotyczących zamówień uzupełniających w zakresie zadania 1, zadania 2 i zadania 9 w formie umów zmieniających umowy z dnia 15 kwietnia 2014 r. przez zamawiającego z uczestniczącym w niniejszym postępowaniu wykonawcą Miejskim Przedsiębiorstwem (...), doszedł do przekonania, że zachodzi podstawa do umorzenia postępowania wywołanego skargą W. B. (1).

Przed wszystkim Sąd Okręgowy podziela argumentację zaprezentowaną w uzasadnieniu uchwały z dnia 14 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 73/05), że samo zawarcie umowy między zamawiającym a wykonawcą nie czyni zbędnym lub wręcz niedopuszczalnym - w rozumieniu art. 355 § 1 k.p.c. - wyrokowania w przedmiocie skargi na orzeczenie KIO. **Natomiast wykonanie umowy powoduje bezprzedmiotowość kontroli sądowej i uzasadnia umorzenie postępowania.**

Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 października 2007 r. (sygn. akt III CZP 87/07), a następnie w uzasadnieniu wyroku z dnia 8 grudnia 2016 r. (sygn. akt I CSK 19/16) powielił wyżej zaprezentowane stanowisko, rozszerzając je o jednoznaczne stwierdzenie, że stan całkowitego wykonania umowy przesądza o bezprzedmiotowości kontynuowania kontroli sądowej i uzasadnia umorzenie postępowania. Sąd Najwyższy rozważając możliwość i zasadność kontroli postępowania przetargowego wskazał, że możliwe jest wydanie wyroku stwierdzającego naruszenie przepisów ustawy, w sytuacji, gdy umowa w sprawie zamówienia została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie. Z kolei, bezprzedmiotowa staje się **sądowa „kontrola postępowania przetargowego” jako taka, gdy umowa o zamówienie publiczne została już wykonana.** Przeciwnego poglądu nie uzasadnia możliwość wydania w pewnych warunkach wyroku stwierdzającego naruszenie przepisów ustawy.

W tym stanie rzeczy kluczowe znaczenie dla stwierdzenia, czy w sprawie niniejszej doszło do wykonania umowy zawartej w wyniku kwestionowanego przez skarżącego w świetle argumentów podniesionych przez niego w odwołaniu postępowania przetargowego, miała odpowiedź na pytanie, czy zawarcie przez zamawiającego z uczestnikiem (...) umów zmieniających w dniu 27 grudnia 2016 r. powoduje, że umowy z dnia 15 kwietnia 2014 r. nie zostały jeszcze wykonane, a zatem konieczne jest kontynuowanie postępowania skargowego, czy też należy podzielić pogląd, że zawarcie wyżej wskazanych umów stanowi kwestię irrelevantną dla oceny ziszczenia się przesłanek umorzenia postępowania.

Okoliczność upływu z dniem 31 lipca 2017 r. terminu, na, jaki zostały zawarte umowy z dnia 15 kwietnia 2014 r. pomiędzy zamawiającym a (...) w zakresie zadań 1, 2 i 9 **jest pomiędzy stronami bezsporna** i, jak słusznie podkreślił sam skarżący w piśmie z dnia 12 czerwca 2017 r., jest ona **znana zarówno stronom, jak i Sądowi Okręgowemu**.

Z kolei umowy z dnia 27 grudnia 2016 r., będące de facto aneksem do umów z dnia 15 kwietnia 2014 r., odnoszące się do zamówienia podstawowego, regulują wzajemne prawa i obowiązki stron **wyłącznie w zakresie zamówienia uzupełniającego**. Taki ich zakres jest w pełni zrozumiały, zważywszy, że umowy te zostały zawarte na podstawie art. 19 ust. 3 pkt 2 ustawy nowelizującej z dnia 22 czerwca 2016 r. Pzp, tj. przepisu intertemporalnego. Celem ww. regulacji było umożliwienie udzielenia zamówień uzupełniających w stosunku do zamówień udzielonych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej - a więc także w stosunku do zamówienia objętego niniejszą sprawą - pomimo wyłączenia w tym zakresie stosowania trybu zamówień z wolnej ręki.

Przeprowadzona analiza tych umów prowadzi do wniosku, że posiadają one całkowicie odrębny przedmiot, który stanowi zamówienie uzupełniające odnoszące się do zbliżonych rodzajowo, aczkolwiek **w pełni niezależnych i samodzielnych usług**, których początkowym dniem realizacji jest dzień następujący **po dniu wyczerpania** kwoty łącznego wynagrodzenia określonego w umowach podstawowych (nie późniejszy niż dzień 1 sierpnia 2017 r.).

Za określone w umowach z dnia 27 grudnia 2016 r. usługi przewidziane zostało m.in. **odrębne wynagrodzenie** (§ 6a dodany do treści umów podstawowych), które zostało ustalone już nie w wyniku poddanej kontroli w niniejszym postępowaniu skargowym procedury przetargowej, lecz w drodze negocjacji pomiędzy zamawiającym a (...).

Nie można zatem zaaprobować stanowiska skarżącego jakoby zamówienie to można było utożsamiać ze „spornym zamówieniem publicznym”, a więc zamówieniem, o którego udzielenie zabiegał skarżący w ramach przetargu i którego dotyczy niniejsze postępowanie oraz do którego odnosi się oznaczenie przedmiotu tej sprawy (tj. sprawy „o udzielenie zamówienia publicznego”). Należy podkreślić i przypomnieć, czego zresztą skarżący nie kwestionuje, że tylko zamówienie podstawowe udzielane w wyniku przeprowadzonego przetargu było objęte ofertami (...) złożonymi na zadanie 1, zadanie 2 i zadanie 9, a w konsekwencji wyznaczało granice rozstrzygnięcia przez Sąd Okręgowy w postępowaniu skargowym.

Zamówienia uzupełniające objęte aneksami nie były objęte umowami podstawowymi, ponieważ ze swej istoty i z definicji mają charakter zamówień odrębnych od zamówienia podstawowego, nieobjętych zakresem umowy podstawowej, udzielanych dodatkowo po spełnieniu przesłanek wynikających z przepisów. Przepisy art. 19 ust. 3 pkt 2 lit.

b) i c) ustawy nowelizującej nie przyniosły w tym zakresie żadnej merytorycznej zmiany. W przywołanych przepisach, mających charakter przepisów przejściowych, które dotyczą umów w sprawie zamówienia publicznego zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej lub zawartych w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej, z uwagi na uchylenie możliwości udzielenia zamówień uzupełniających na dotychczasowej podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 Pzp, przewidziano możliwość ich udzielenia w drodze zmiany umowy. Art. 19 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy nowelizującej zawiera analogiczne przesłanki udzielenia zamówienia, co uchylony art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp, modyfikując jedynie sposób udzielenia zamówienia uzupełniającego - zamiast trybu zamówienia z wolnej ręki udzielenie zamówienia uzupełniającego następuje poprzez aneks do umowy.

Wypada przypomnieć, że w dacie zawarcia umów z dnia 15 kwietnia 2014 r. obejmujących zamówienie podstawowe, zamówienia uzupełniające na usługi mogły być udzielone tylko w odrębnym postępowaniu w trybie zamówienia z wolnej ręki, po spełnieniu przesłanek, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli wystąpiła okoliczność tego typu, że 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, ale tylko 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. Taka sytuacja miała miejsce w niniejszej sprawie.

Oczywistym jest zatem, że zamówienie podstawowe i uzupełniające miały całkowicie odrębny charakter, co wielokrotnie było podkreślane także w orzecznictwie. Inny był również przedmiot (zakres) zamówienia podstawowego i zamówienia uzupełniającego.

W świetle powyższych ustaleń, w ocenie Sądu Okręgowego przyjąć należało, że umowy zawarte pomiędzy Zamawiającym a (...) na podstawie art. 19 ust. 3 pkt 2) lit b) ustawy nowelizującej, pomimo określenia ich, jako umowy „zmieniające” umowy w przedmiocie zamówienia podstawowego z dnia 15 kwietnia 2014 r., w rzeczywistości stanowią w pełni odrębne umowy **na nowe, dodatkowe usługi**, natomiast podstawę do umorzenia postępowania skargowego stanowi wykonanie „umowy zawartej w okolicznościach dopuszczonych w ustawie”, która to umowa z istoty rzeczy odnosić może się wyłącznie do spornego **zamówienia podstawowego**.

Dodatkowo, na aprobatę zasługuje stanowisko zamawiającego i przystępującego po stronie zamawiającego, że o charakterze umów z dnia 27 grudnia 2016 r. i wpływu faktu ich zawarcia na przedmiotowość wydania rozstrzygnięcia, co do wniesionej przez W. B. (2) skargi, świadczy również dowolność ich zawarcia. Nie ulega bowiem wątpliwości, że zawarcie umów zmieniających było uprawnieniem zamawiającego, a nie jego obowiązkiem. Tym samym, nawet gdyby skarga została uznana za zasadną, to skarżący nie mógłby się spodziewać zawarcia z nim przez zamawiającego umów zmieniających, analogicznych do umów z dnia 27 grudnia 2016 r.

Nie stanowi też argumentu przeciwko umorzeniu niniejszego postępowania twierdzenie skarżącego, jakoby orzeczenie stwierdzające, iż przy zawarciu kwestionowanych umów doszło rzekomo do naruszenia prawa miało odgrywać kluczową rolę w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych. Wbrew sugestiom skarżącego, uzyskanie tego rodzaju orzeczenia nie stanowi niezbędnego w tym zakresie prejudykatu, a w cytowanych powyżej uchwałach Sąd Najwyższy wyraźnie przyjął, iż możliwość występowania z roszczeniami odszkodowawczymi **nie uzasadnia kontynuowania postępowania skargowego** po tym, jak wykonana została umowa dotycząca spornego zamówienia.

Z tych wszystkich względów postępowanie przed Sądem Okręgowym wywołane skargą podlega umorzeniu, a skarżącemu kwestionującemu wynik przetargu pozostaje droga dochodzenia ewentualnych roszczeń odszkodowawczych na drodze procesu cywilnego (por. postanowienie Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 maja 2011 r., XXII Ga 200/11).

Niezależnie więc od oceny zasadności zarzutów skargi Sąd nie ma obecnie możliwości uwzględnienia jej wniosków, co skutkuje stwierdzeniem bezprzedmiotowości postępowania wywołanego skargą i zbędnością wydania w jego przedmiocie orzeczenia.

Wobec powyższego, zgodnie z art. 355 k.p.c. w związku z art. 198a ust. 2 p.z.p. i art. 391 § 1 k.p.c. umorzono postępowanie wywołane skargą.

O kosztach rozstrzygnięto na zasadzie art. 102 k.p.c. w związku z art. 198a ust. 2 P.z.p. Sąd Okręgowy uznał, że wynik postępowania nie uzasadnia obciążenia którejkolwiek ze stron obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania przeciwnikowi, gdyż umorzenie postępowania jest spowodowane okolicznościami, na które żadna ze stron nie miała wpływu. Zatem w niniejszej sprawie zachodzi przypadek szczególnie uzasadniający odstąpienie od wzajemnego obciążania uczestników kosztami postępowania.