

**Sygn. akt: KIO 707/12
KIO 729/12**

**WYROK
z dnia 6 czerwca 2012 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Kuciak
Sylwester Kuchnio
Emil Kuriata**

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach: 24 kwietnia 2012 r., 8 maja 2012 r., 15 maja 2012 r., 24 maja 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 11 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **NDI S.A., Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot**
- B. w dniu 13 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **ALPINE Bau GmbH, A-5071, Alte Bundesstrasse 10, Wals bei Salzburg**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 707/12 i KIO 729/12 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołania.
2. Kosztami postępowania obciąża **NDI S.A., Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** i **ALPINE Bau GmbH, A-5071, Alte Bundesstrasse 10, Wals bei Salzburg** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **NDI S.A., Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** i **ALPINE Bau GmbH, A-5071, Alte Bundesstrasse 10, Wals bei Salzburg** tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od **NDI S.A., Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** i **ALPINE Bau GmbH, A-5071, Alte Bundesstrasse 10, Wals bei Salzburg** na rzecz **Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Żelazna 59, 00-848 Warszawa** kwotę **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, w tym kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **NDI S.A., Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **ALPINE Bau GmbH, A-5071, Alte Bundesstrasse 10, Wals bei Salzburg**.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 707/12

KIO 729/12

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „kontynuacja projektowania i przebudowa drogi S8 odcinek Powązkowska - Marki (ul. Piłsudskiego). Etap II: odcinek Węzeł Powązkowska - węzeł Modlińska.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 grudnia 2012 r. pod numerem 2011/S 238-384108.

Sygn. akt: KIO 707/12

W niniejszym postępowaniu wykonawca NDI Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie (zwanej dalej „Odwołującym” lub „Wykonawcą”) wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2004 r. Nr 19 poz. 177, zwanej dalej „Ustawa PZP” lub „PZP”):

1. naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a poprzez jego błędne zastosowanie, tj. wykluczenie z dalszego udziału w przedmiotowym postępowaniu Odwołującego pomimo, iż wobec Wykonawcy nie spełniła się przesłanka określona w ww. przepisie;
2. naruszenia przepisu art. 51 poprzez niezaproszenie do złożenia oferty Wykonawcy pomimo, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu;
3. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 2 poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia przez osobę, która nie zapewniła bezstronności i obiektywizmu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu uchylecia decyzji z dnia 3 kwietnia 2012 r. o wykluczeniu z dalszego udziału w przedmiotowym postępowaniu Odwołującego;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez NDI S.A. i w wyniku powtórzenia czynności oceny wniosku uznanie, że Odwołujący spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz w konsekwencji zaproszenie go do złożenia oferty;
3. obciążenie w całości Zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, iż czynność wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp, albowiem Zamawiający bezzasadnie przyjął, iż wobec Wykonawcy spełniły się przesłanki

określone w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Na wstępie Odwołujący wskazał, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego, to nie Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad odstąpił od Umowy nr I/94/ZR-R-4/2010, która została zawarta przez strony w dniu 5 lutego 2010 r. (dot. budowy Autostrady A4 odcinek Brzesko-Wierzchosławice), lecz to Wykonawca dokonał skutecznego rozwiązania ww. umowy w drodze skorzystania z prawa do odstąpienia. Odwołujący wyjaśnił, iż w dniu 9 lutego 2011 r. Wykonawca występujący w przedmiotowym postępowaniu w Konsorcjum (ze spółką SB Granit SA z siedzibą w Skopje) złożył Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad reprezentowanemu przez GDDKiA Oddział Kraków - Powiadomienie o odstąpieniu od Kontraktu (umowy nr I/94/ZR-R-4/2010 z dnia 05 lutego 2010r.). W niniejszym Powiadomieniu Konsorcjum wskazało, iż na podstawie Klauzuli 16.2 Warunków Kontraktu udziela niniejszym z 14-dniowym wyprzedzeniem Powiadomienia o odstąpieniu od Kontraktu (umowy nr I/94/ZR-R-4/2010 z dnia 05 lutego 2010 r.) na skutek wystąpienia zdarzeń opisanych w klauzuli 16.2 pkt (d) Warunków Kontraktu, tj.: „Zamawiający w istocie nie wykonuje swoich zobowiązań według Kontraktu”. Przedmiotowe Powiadomienie, zgodnie z treścią warunków kontraktu łączącego Strony, a przewidzianych umową nr I/94/ZR-R-4/2010 z dnia 05 lutego 2010 r. weszło w życie po upływie w/w 14-dniowego terminu (klauzula 16 warunków kontraktu). Ponadto, mając na uwadze art. 395 k.c., w ostatnim dniu 14-dniowego terminu, tj. w dniu 23 lutego 2011 r. Konsorcjum złożyło Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad reprezentowanemu przez GDDKiA Oddział Kraków, oświadczenie o odstąpieniu przez Wykonawcę od kontraktu (umowy NR I/94/ZR-R-4/2010 z dnia 05 lutego 2010 r.). W przedmiotowym piśmie Konsorcjum wyjaśniło, iż stawia Zamawiającemu jednoznaczny zarzut nienależytego wykonywania zobowiązań kontraktowych, co miało miejsce w licznych zdarzeniach i zachowaniach opisanych w niniejszym piśmie. Biorąc pod uwagę ww. odstąpienie Konsorcjum od umowy oraz mając na uwadze szkodę, która wystąpiła po stronie Wykonawcy, na skutek działania Zamawiającego i/lub jego Personelu (Inżyniera), z naruszeniem działań umownych - w dniu 1 kwietnia 2011r. NDI SA oraz SB Granit SA - złożyła pozew do Sądu Okręgowego w Warszawie, XXV Wydział Cywilny przeciwko Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad. Sprawa aktualnie jest w toku.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący podniósł, iż niedopuszczalne jest w polskim porządku prawnym rozwiązanie umowy w drodze odstąpienia od umowy, od której wcześniej druga strona już odstąpiła. W związku z czym oczywistym jest, zdaniem Odwołującego, że wyżej opisana, konkretna sytuacja, która zaistniała w związku z rozwiązaniem przez Konsorcjum NDI - Granit umowy nr I/94/ZR-R-4/2010 z dnia 5 lutego 2010 r. nie jest taką sytuacją, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, albowiem to NDI S.A., zgodnie z łączącą strony umową, w dniu 9 lutego 2011,r. złożyła Powiadomienie o odstąpieniu od Kontraktu, a następnie w dniu 23 lutego 2011r. oświadczenie o odstąpieniu od umowy, a zatem

NDI S.A. nie jest wykonawcą, z którym Zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, iż zarówno orzecznictwo jak i doktryna prezentuje jednolite stanowisko odnośnie warunków jakie strona powinna spełnić, aby skonstruować i złożyć skuteczne oświadczenie o odstąpieniu. Złożenie oświadczenia o odstąpieniu jest czynnością prawną kształtującą, jednostronną. Ponadto zgodnie z Komentarzem do Kodeksu Cywilnego, pod red. Prof. dr hab. Krzysztofa Pietrzykowskiego, C.H. Beck, Warszawa 2011, wydanie 6: *„Prawo do odstąpienia ma charakter kształtujący (..) i wykonywane jest przez złożenie odpowiedniego oświadczenia drugiej stronie (zgodnie z art. 61 KC). Oświadczenie o odstąpieniu nie wymaga żadnego uzasadnienia, chyba że strony uzależniły dopuszczalność skorzystania z tego uprawnienia od warunku. Oświadczenie to może być złożone w dowolnej formie (zob. jednak art. 77 KC - jeżeli umowa zawarta została w formie pisemnej lub innej formie szczególnej, oświadczenie o odstąpieniu wymaga zachowania zwykłej formy pisemnej), także per facta concludentia, jednakże zachowanie takie nie powinno pozostawiać wątpliwości co do zamiaru rozwiązania umowy (por. wyr. SA w Warszawie z 15.9.1997 r, I ACa 534/97, OSA 1998, Nr 2, poz. 18)“.*

Reasumując powyższe, Odwołujący podniósł, iż z zachowaniem warunków przewidzianych przez strony w umowie oraz wszelkich innych formalnych warunków nałożonych przez przepisy prawa dokonał skutecznej czynności, skutkującej rozwiązaniem umowy nr I/94/ZR-R-4/2010 z dnia 5 lutego 2010r., tj. wpierv zgodnie z klauzulą 16.2 akapit 2 Warunków Kontraktu złożył Zamawiającemu z 14-dniowym wyprzedzeniem powiadomienie o odstąpieniu, a następnie w ostatnim dniu 14-dniowego terminu skierował do Zamawiającego stosowane oświadczenie. Jak Odwołujący wskazuje, zgodnie z przytoczonym wyżej stanowiskiem pisma te nie wymagały specjalnego uzasadnienia (choć oświadczenie o odstąpieniu przez Wykonawcę od kontraktu z dnia 23 lutego 2011 r. zawierało obszernie uzasadnienie) i były złożone w formie pisemnej. Odwołujący podkreślił, iż wydając decyzję w przedmiotowym postępowaniu o dokonaniu wykluczenia Wykonawcy, Zamawiający zupełnie pominął wyżej opisane okoliczności, opisując jedynie zdarzenia, które są bez znaczenia w przedmiotowej sprawie, albowiem są bezskuteczne z uwagi na fakt, iż miały miejsce później, tj. w dniu i po dniu 23 lutego 2011 r.

Dalej Odwołujący podaje, iż Zamawiający na str. 27 pisma z dnia 3 kwietnia 2012 r. pozostaje w błędzie stwierdzając, że: *„Odstąpienie przez Zamawiającego od umowy na „Budowę autostrady A4 na odcinku od węzła Brzesko do węzła Wierzchosławice w km 479+000 - 499+800” nastąpiło w dniu 23.02.2011 r. (..)“.* Wykonawca domniemywa, iż być może jest to „skrót myślowy” Zamawiającego, gdyż jest okolicznością niesporną (potwierdzoną w dokumentach sporządzonych przez samego Zamawiającego oraz przyznaną przez Skarb

Państwa w toczącym się postępowaniu XXV C 355/11), że w dniu 23 lutego 2011 r. nie zostało złożone przez Zamawiającego oświadczenie o odstąpieniu, ale powiadomienie o odstąpieniu. Nawet jeżeli uznać, że Zamawiający nie był zobligowany do złożenia osobnym pismem - oświadczenia o odstąpieniu (w terminie 14 dni od złożenia powiadomienia) - to należy wskazać, iż zapisy kontraktu jasno wskazują, iż samo powiadomienie nie powoduje skutecznego odstąpienia, lecz jest niezbędne do „wszczęcia samej procedury” przy odstąpieniu i powinno być ono dane Wykonawcy z 14-dniowym wyprzedzeniem. Zgodnie z klauzulą 15.2 akapit trzeci Warunków Kontraktu „(...) *Zamawiający będzie mógł, po daniu Wykonawcy powiadomienia z 14-dniowym wyprzedzeniem odstąpić od Kontraktu*”. Na marginesie Wykonawca wskazał, iż pismem z dnia 9 marca 2011 r. (tj. ostatni dzień 14-dniowego terminu) Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad złożył Wykonawcy oświadczenie o odstąpieniu. Reasumując, Odwołujący stwierdził, iż powiadomienie o odstąpieniu nie mogło i nie wywarło skutku natychmiastowego, zatem wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nawet gdyby przyjąć, iż w dniu 23 lutego 2011 r. umowa łączyła jeszcze strony, to w tym dniu nie nastąpiło odstąpienie od umowy przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, mając na uwadze powyższe, w dniu 23 lutego 2011 r. umowa nr I/94/ZR-R-4/2010 z dnia 5 lutego 2010 r. przestała istnieć na skutek czynności dokonanych przez NDI S.A., tj. złożenia w dniu 9 lutego 2011 r. powiadomienia o odstąpieniu od kontraktu, a następnie w dniu 23 lutego 2011 r. oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Skutki, które powstają po skorzystaniu przez jedną ze stron z odstąpienia od umowy są w polskim porządku prawnym klarowne, tj. w wypadku wykonania prawa do odstąpienia umowa "uważana jest za niezawartą". Wobec powyższego, jak podnosi Odwołujący, Zamawiający nie mógł skutecznie złożyć w dniu 23 lutego 2011 r., a następnie w dniu 9 marca 2011 r. powiadomienia i oświadczenia o odstąpieniu w odniesieniu do stosunku obligacyjnego, który już w tym momencie nie istniał. Ponadto, w ocenie Odwołującego, nie istniał również przedmiot, co do którego Zamawiający miałby takie oświadczenie skierować ani druga strona umowy (Wykonawca).

Nadto, Odwołujący wskazał, iż zgodnie z licznymi stanowiskami doktryny prawnej przyjmuje się, że oświadczenie o odstąpieniu, po jego złożeniu przez stronę nie może być cofnięte ani odwołane. Zatem, w wypadku wykonania (skorzystania) przez stronę z prawa do odstąpienia wywołuje ono doniosłe skutki prawne. Zgodnie z Komentarzem do Kodeksu Cywilnego, pod red. prof. dr hab. Krzysztofa Pietrzykowskiego, C.H. Beck, Warszawa 2011, wydanie 6: „*Z dniem skuteczności oświadczenia o odstąpieniu (wypowiedzeniu) ustaje bowiem łącząca dotychczas strony więź obligacyjna, nie istnieje między nimi stosunek prawny, nie są one stronami, nie istnieje zatem ani przedmiot, w odniesieniu do którego odstępujący mógłby złożyć oświadczenie o cofnięciu odstąpienia, ani strona, do której miałby on to oświadczenie skierować (tak też B. Jelonek-Jarco, Umowne prawo odstąpienia; Z. Woźniak, Wpływ; tamże*

uwagi o losie praw o charakterze akcesoryjnym, które wygasają w następstwie odstąpienia od umowy). Sama wola nadania mocy wstecznej oświadczeniu nie wystarczy. Nie można - jednostronną czynnością prawną skierowaną do adresata - kształtować jego sytuacji prawnej w ten sposób, że staje się on ponownie stroną stosunku obligacyjnego. Jeżeli stosunek obligacyjny wygasł (przestał istnieć) to nie można go "reanimować", chyba że wyraźny przepis prawa pozwala znieść skutki określonego zdarzenia prawnego z mocą wsteczną. Pogląd, który zakładałby możliwość "wycofania" oświadczenia o odstąpieniu (wypowiedzeniu) od umowy, już po wygaśnięciu stosunku obligacyjnego z niej wynikającego, byłby też niebezpieczny dla bezpieczeństwa obrotu, a także dla interesów osób trzecich. Stworzenie możliwości dowolnego manipulowania stosunkami prawnymi przez "wygaszanie" ich i ponowne "ożywianie" ex tunc otwiera nieograniczone wprost pole do nadużyć. Możliwe jest natomiast oczywiście ponowne nawiązanie stosunku prawnego (zawarcie nowej umowy), o treści identycznej jak treść stosunku, który już wygasł w następstwie odstąpienia (wypowiedzenia), a późniejszą, po nastąpieniu skutku odstąpienia, zgodę strony, do której skierowane zostało oświadczenie o odstąpieniu należy traktować jako przyjęcie oferty zawarcia umowy kreującej taki sam, lecz już nie ten sam stosunek prawny (tak wyr. SN z 6.3.2009 r, II CSK 518/08. Legalis)".

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wnioskuje, iż skoro przyjmuje się, że z dniem skutecznego złożenia oświadczenia o odstąpieniu ustaje łącząca dotychczas strony więź obligacyjna, tj. nie istnieje między nimi stosunek prawny i nie są one stronami, zatem odstępujący nie ma nawet możliwości złożenia oświadczenia o cofnięciu „swojego” odstąpienia, to tym bardziej w takiej sytuacji nie ma skutecznej i prawnej możliwości, aby druga strona umowy (z którą odstępujący rozwiązał umowę) mogła złożyć „swoje” oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Takie działanie jak wskazano powyżej „otwiera nieograniczone pole do nadużyć”.

Na marginesie Odwołujący wyjaśnił, iż Zamawiający „podjął próbę” i złożył wobec NDI S.A. powiadomienie, a następnie oświadczenie o odstąpieniu od umowy (pomimo faktu, iż zgodnie z wyżej przytoczonymi przepisami i stanowiskami doktryny takie działanie jest niedopuszczalne i bezskuteczne), albowiem w tamtym czasie było powszechnie wiadome, iż trwają prace nad nowelizacją ustawy Pzp, w wyniku których został dodany sporny zapis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp.

Z ostrożności procesowej, Odwołujący wskazuje na zaistniałe uchybienia prawne, dotyczące wyżej przywołanego przepisu ustawy Pzp, a mianowicie na aspekt naruszenia przez przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp zasady *lex retro non agit*. Odwołujący wyjaśnił, iż ustawodawca w nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 25 lutego 2011 r. (Dz. U. 2011 r. Nr 87 poz. 484) rozszerzył przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania poprzez dodanie w art. 24 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (t. j: Dz. U. 2010 r. Nr 113 poz. 759) punktu 1a. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp wszedł w życie w dniu 11 maja 2011 r. Tymczasem nawet jeżeli w niniejszej sprawie uznać, iż tak jak wskazuje w swojej decyzji z dnia 3 kwietnia 2012 r., iż to Zamawiający dokonał odstąpienia od umowy - to należy zważyć, iż zdarzenie to miało miejsce przed wejściem w życie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Nie jest jakimkolwiek wytlumaczeniem w tym stanie fakt, iż art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp stanowi, że rozwiązanie umowy albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej powinno nastąpić w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania. Generalnym uzasadnieniem funkcjonowania w porządku prawnym zasady zakazu działania prawa wstecz jest powszechnie przyjęta norma, iż prawo nie może oceniać na nowo, tego co już miało miejsce. W tej sytuacji ta zasada doznaje istotnego naruszenia. Co prawda na gruncie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r., zasada nieretroakcji nie jest zasadą konstytucyjną, ale Trybunał Konstytucyjny uznał działanie prawa wstecz za naruszenie konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawnego, wyrażonej w art. 2 Konstytucji RP. Ponadto jak słusznie wskazał Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 3 października 2001 r., sygn. akt: K 27/2001: *„zasada niedziałania prawa wstecz stanowi podstawę porządku prawnego. Kształtuje zasadę zaufania obywateli do państwa oraz stanowionego przez niego prawa. U podstaw tejże zasady leży wyrażona w art. 2 Konstytucji zasada demokratycznego państwa prawnego.”* Zatem, w ocenie Odwołującego, nowa regulacja (tj. art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp) nie powinna mieć zastosowania do przypadków odstąpienia lub rozwiązania umowy, jakie miały miejsce przed jej wejściem w życie. W innym wypadku takie rozwiązanie godzi w podstawy polskiego porządku prawnego.

Odwołujący wskazał również na niezgodność przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp z prawem unijnym, argumentując, iż pomimo chęci przeprowadzenia nowelizacji ustawy Pzp przy uwzględnieniu obowiązujących norm prawa unijnego - przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp nie jest zgodny z dyrektywą klasyczną 2004/18/WE oraz dyrektywą sektorową 2004/17/WE. Fakt ten powszechnie podkreślany jest m.in. przez przedstawicieli doktryny. Przede wszystkim Odwołujący wskazuje, iż dyspozycja art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy klasycznej stanowi, że wykonawca może być wykluczony z postępowania, jeżeli jest winny poważnego wykroczenia zawodowego udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiającego. Wobec czego, zdaniem Odwołującego, w ww. dyrektywie na wprost została wskazana fakultatywność zastosowania przez zamawiającego niniejszej przesłanki wykluczenia. Tymczasem ustawodawca dokonując błędnej implementacji dyrektywy „nakazał” zamawiającemu obligatoryjne wykluczenie z postępowania wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej

nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.

Ponadto, na co zwraca uwagę Odwołujący, przepisy unijne ograniczają możliwość wykluczenia wykonawcy wyłącznie w przypadku, gdy istotne wykroczenie zawodowe wykonawcy wynika z jego winy. Ustawa Pzp stanowi natomiast o okolicznościach za jakie wykonawca ponosi odpowiedzialność, zatem w tym zakresie mieszczą się również takie okoliczności, które są przez wykonawcę niezawinione.

Jednocześnie Odwołujący zauważa, iż przepisy dyrektywy klasycznej nakładają na „instytucję zamawiającego” obowiązek udowodnienia okoliczności, które uzasadniały rozwiązanie bądź odstąpienie od umowy (tj. zaistnienie zawinionego, poważnego wykroczenia zawodowego wykonawcy). Takiego obowiązku brakuje w polskiej regulacji zamówień publicznych.

Dalej Odwołujący podniósł, iż Krajowa Izba Odwoławcza w innym postępowaniu, dotyczącym zastosowania przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp powzięła istotne wątpliwości odnośnie zgodności ww. przepisu z prawem unijnym. W konsekwencji, Krajowa Izba Odwoławcza skierowała do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w tym zakresie pytanie prejudycjalne (sygn. akt: KIO 1629/11, KIO 1643/11). Odwołujący postuluje rozważenie w przedmiotowym postępowaniu skierowania pytania prejudycjalnego: Czy przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 a jest zgodny z prawem unijnym? (tj.: *„czy pojęcie poważnego wykroczenia zawodowego użyte w dyrektywie klasycznej może być rozumiane jako rozwiązanie albo wypowiedzenie, albo odstąpienie od umowy z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, oraz czy przepis ten może być wyłożony w sposób powodujący automatyzm wykluczania wykonawców bez względu na stopień zawinienia?”*).

Nadto niezależnie od kwestii rozważania przez Krajową Izbę Odwoławczą pytania prejudycjalnego - Odwołujący, biorąc pod uwagę wielokrotnie i jednoznacznie podkreślane przez przedstawicieli doktryny uchybienia polskiej regulacji - wskazał, iż w przedmiotowym przypadku należy rozważyć, czy interpretacja przepisu krajowego nie powinna być dokonana w taki sposób, aby był on zgodny z normami zawartymi w dyrektywach. Na potwierdzenie powyższego stanowiska Odwołujący przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lutego 2011 r. sygn. akt KIO 269/11: *„Należy bowiem dokonać takiej wykładni prawa krajowego, która jest zgodna z treścią i celem danej dyrektywy i powinna być ona „(...) dokonywana tak dalece, jak to możliwe, aby osiągnąć rezultat określony w dyrektywie”* (wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 28 stycznia 2010 r., I S.A./Wr1637/09, LEX 570 107).

W ocenie Odwołującego, interpretacja prawa krajowego musi bezwzględnie uwzględniać reguły zawarte w dyrektywach, ponieważ w przypadku braku precyzyjnego wdrożenia do ustawodawstwa krajowego *„tam gdzie celem dyrektyw jest nadanie praw jednostce, jednostka ta może korzystać z pełni swoich praw i w razie potrzeby powoływać się*

na nie przed sądem krajowym" (orzeczenie ETS z 17 listopada 1993 r. (sygn. akt C -71/92) w sprawie Komisja Europejska przeciw Królestwu Hiszpanii).

Nadto, Odwołujący podniósł również, iż dodana nowelizacją ustawy Pzp przesłanka wykluczenia wykonawcy, zawarta w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, w odróżnieniu od „wcześniej obowiązujących” przesłanek pozostawia kwestię wykluczenia wykonawcy swobodnemu uznaniu zamawiającego. Jak wskazuje wielu komentatorów ustawy Pzp ww. nowy przepis wprowadza swoisty „przesąd”, zakładając bezwarunkowo i jednostronnie zgodność z prawem działań zamawiającego. Do wystąpienia przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp nie jest potrzebne, jak przy pozostałych postanowieniach art. 24 ustawy Pzp, jakiegokolwiek potwierdzenie urzędowe lub sądowe. Tak sformułowane postanowienie, zdaniem Odwołującego, stoi w istotnej sprzeczności z prawem do rzetelnego wymiaru sprawiedliwości, zagwarantowanym w Konstytucji RP (art. 42 ust. 3 i art. 45 Konstytucji).

Ponadto, pozbawienie wykonawcy prawa do sprawiedliwego i jawnego procesu przed niezależnym, bezstronnym i niezawisłym sądem może prowadzić do naruszenia zapewnionej w art. 20 oraz art. 22 Konstytucji RP wolności działalności gospodarczej. Zgodnie z art. 22 Konstytucji, ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny, zaś przedmiotowe ograniczenie wolności działalności gospodarczej, co prawda przewidziane ustawą, nie jest jednak dokonywane ze względu na ważny interes publiczny. Jak zostało wskazane w uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (druk sejmowy nr 3677): *„wykluczenie w przedmiotowych okolicznościach na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, może nastąpić dopiero po wydaniu prawomocnego wyroku sądowego, do którego dochodzi zazwyczaj po przeprowadzeniu dwuinstancyjnego i długotrwałego postępowania sądowego. W takich okolicznościach, nie do przyjęcia należy uznać możliwość zarówno ponownego ubiegania się o to samo zamówienie przez wykonawcę, który wykonał je nienależycie, jak również o inne zamówienia udzielane przez tego samego zamawiającego”*. Budzi wątpliwości Odwołującego, czy takie postępowanie leży w interesie publicznym oraz czy możliwe i prawnie dozwolone jest ograniczanie wolności działalności gospodarczej uzasadniane długotrwałością postępowania sądowego. Ponadto, opisywana sytuacja prowadzi do przerzucania ryzyka gospodarczego na wykonawcę, co w konsekwencji powoduje powstanie sytuacji, w której istotnego ograniczenia doznaje zasada równości wobec prawa wykonawcy i zamawiającego, tj. zasada „równego traktowania przez władze publiczne”, przewidziana w art. 32 Konstytucji RP.

Odwołujący podniósł również, iż w przedmiotowym postępowaniu doznała uszczerbku zasada równego traktowania podmiotów, ubiegających się o zamówienie i zasada uczciwej

konkurencji. Wobec nieziszczenia się w stosunku do Wykonawcy przesłanki do wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, w ocenie Odwołującego, uzasadniony jest zarzut, dotyczący niezapewnienia przez Zamawiającego oceny przedłożonych przez wykonawców ofert według bezstronnych i obiektywnych wymagań.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Pismem z dnia 3 kwietnia 2012 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 1 punkt 1a ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż intencją ustawodawcy przy wprowadzaniu do ustawy Pzp art. 24 ust. 1 punkt 1a było zapewnienie ochrony zamawiającym przed wykonawcami, którzy w przeszłości nie wykonali lub wykonali nieprawidłowo zawartą z tymi samymi zamawiającymi umowę w sprawie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy okoliczność takiego niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia nie została jeszcze potwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu. Zamawiający, odstępując od umowy, wypowiadając lub rozwiązując ją ze skutkiem natychmiastowym ma na celu, co do zasady, definitywne i ostateczne zakończenie stosunku umownego z konkretnym podmiotem, który nie wywiązał się z zaciągniętych zobowiązań i tym samym uniemożliwił realizację społeczno - gospodarczego zamierzenia, któremu służył zawarty między stronami kontrakt. Zamawiający podkreślił jednocześnie, iż sankcja wykluczenia przewidziana w art. 24 ust. 1 punkt 1a ustawy Pzp jest niezależna od poprawności wypowiedzenia, rozwiązania lub odstąpienia od umowy przez zamawiającego, wystąpienie tej przesłanki nie musi więc być poświadczony urzędowo lub sądowo, a jej wykorzystanie zostało pozostawione zamawiającemu.

Zamawiający podkreślił również, iż zgodnie z uzasadnieniem zawartym w druku sejmowym Nr 3677 z dnia 1 grudnia 2010 r. wprowadzenie przesłanki wykluczenia zawartej w art. 24 ust. 1 punkt 1a ustawy Pzp *„jest uzasadnione faktem, iż niewykonanie zamówienia publicznego przez wykonawcę albo nienależyte jego wykonanie prowadzące do rozwiązania umowy bez uzyskania przez zamawiającego zakładanego świadczenia, tj. realizacji zamówienia publicznego zgodnie z umową zawartą po przeprowadzeniu postępowania w sprawie jego udzielenia, stanowi poważne naruszenie obowiązków wykonawcy wobec zamawiającego. Naruszenie to bowiem niesie za sobą liczne trudności dla zamawiającego związane m.in. z: niezrealizowaniem zadania publicznego w terminie, niebezpieczeństwem utraty środków finansowych, koniecznością zabezpieczenia inwestycji w okresie przejściowym do wyboru kolejnego wykonawcy oraz ponownym przeprowadzeniem postępowania w celu wyboru wykonawcy zamówienia, będącego - co należy podkreślić - już wcześniej przedmiotem postępowania przeprowadzonego zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych”*.

Dalej Zamawiający wyjaśnił, iż powyższy przepis, jak wskazano w sentencji wyroku KIO 1822/11 *przez użycie zwrotu „z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność” odwołuje się do instytucji prawa cywilnego - prawa zobowiązań (por. art. 471 i nast. k.c.). Stosownie zatem do odesłania zawartego w art. 14 Pzp, przy wykładni art. 24 ust. 1 pkt 1 a Pzp, uwzględnić należy przepisy kodeksu cywilnego. Art. 471 k.c. stanowi, że dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.*

W doktrynie podnosi się, że w prawie cywilnym przez pojęcie „skutki niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania” rozumie się w zasadzie prawne następstwa takiego uchybienia zobowiązaniu przez dłużnika, które były spowodowane okolicznościami za które on odpowiada.

Warto również zwrócić uwagę na art. 472 k.c., z którego wynika, że jeżeli zakres odpowiedzialności nie jest zmodyfikowany czynnością prawną albo szczególnym przepisem ustawy, wówczas dłużnik odpowiada za niezachowanie należytej staranności, czyli za winę w postaci niedbalstwa, bowiem tradycyjny pogląd nakazuje utożsamiać winę w postaci niedbalstwa z możliwością postawienia dłużnikowi zarzutu naruszenia reguł należytej staranności. Tym samym za okoliczności obciążające dłużnika, w świetle art. 472 k.c., należy przede wszystkim uznać własne działanie lub zaniechanie dłużnika, który przy spełnianiu świadczenia nie dołożył należytej staranności. W tym przypadku będzie więc chodzić o winę nieumyślną, odnośnie do której prawo cywilne posługuje się właśnie pojęciem „niedbalstwo”. Uprawnia to więc do stwierdzenia, że skoro dłużnik odpowiada za winę nieumyślną, to tym bardziej będzie odpowiadał za winę umyślną, występującą w k.c. pod pojęciem „rażące niedbalstwo” lub „wina umyślna”.

Mając na uwadze powyższe, art. 471 k.c. nie określa zasad odpowiedzialności kontraktowej, co czyni natomiast art. 472 k.c., wprowadzając odpowiedzialność dłużnika na zasadzie winy. W świetle powyższego w polskim systemie prawnym odpowiedzialność kontraktowa jest oparta co do zasady na winie dłużnika. Tym samym sformułowanie „okoliczności za które wykonawca ponosi odpowiedzialność”, zasadniczo będzie dotyczyło okoliczności zawinionych.

Należy zauważyć, iż przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp został wprowadzony ustawą z dnia 25.02.2011 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych, która została ogłoszona 26 kwietnia 2011 r. (Dz. U. Nr 87, poz. 484) i weszła w życie w dniu 11 maja 2011 r. Zamawiający obowiązany jest do stosowania powyższego przepisu do wszystkich postępowań wszczynanych po dacie wejścia w życie ustawy nowelizującej. Wiąże się to z obowiązkiem zbadania zaistnienia okoliczności wykluczenia każdego wykonawcy, który bierze udział w postępowaniu wszczętym po dniu 11 maja 2011 r., w okresie 3 lat przed

wszczęciem danego postępowania. Zamawiający jest więc zobowiązany do przeprowadzenia weryfikacji podmiotowej wykonawców w kontekście zaistnienia zdarzeń, o których mowa w przywołanym przepisie, w okresie trzech lat poprzedzających moment wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający wskazuje również, iż w doktrynie przyjęto pogląd, że przesłanka wykluczenia wykonawcy określona w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp znajduje zastosowanie również do konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, jeżeli z powodu odpowiedzialności, choćby jednego z konsorcjantów, samodzielnie lub wspólnie z innymi podmiotami będącego stroną umowy o zamówienie publiczne, została ona przez zamawiającego rozwiązana, wypowiedziana albo zamawiający od niej odstąpił. Analogicznie powyższa przesłanka wykluczenia odnosi się do wykonawcy, który samodzielnie ubiega się o zamówienie, jeśli był on wspólnie z innymi podmiotami stroną umowy, która została przez zamawiającego rozwiązana, wypowiedziana albo zamawiający od niej odstąpił.

W dalszej części swojej decyzji Zamawiający wskazał na okoliczności faktyczne, które legły u podstaw wykluczenia Odwołującego:

A. odnośnie przesłanki wykluczenia nr 1 *„Zamawiającego łączyła z Wykonawcą umowa w sprawie zamówienia publicznego, którą Zamawiający rozwiązał, wypowiedział lub odstąpił od niej.”*

W dniu 22.12.2008 r. zostało wszczęte postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na „Budowę autostrady A4 na odcinku od węzła Brzesko do węzła Wierzchowice w km 479+000 - 499+800”. W wyniku tego w dniu 05.02.2010 r. zawarta została umowa w sprawie ww. zamówienia publicznego o nr I/94/ZR-R-4/2010 pomiędzy: Skarbem Państwa - Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad, reprezentowanym przez pełnomocników Oddziału GDDKiA w Krakowie a spółkami tworzącymi Konsorcjum w składzie: NDI S.A., 81-718 Sopot, ul. Powstańców Warszawy 19 (lider konsorcjum) oraz SB Granit S.A., ul. Veljiko Vlakovik nr 8, Skopje 100, Republika Macedonii na „Budowę autostrady A4 na odcinku od węzła Brzesko do węzła Wierzchowice w km 479+000 - 499+800”.

W dniu 23 lutego 2011 r. Zamawiający poinformował o zamiarze odstąpienie od ww. umowy pismem znak GDDKiA-BP-ap-jt-4405/3/2011 z dnia 23.02.2011 r., a w dniu 9 marca 2011 r. odstąpił od ww. umowy pismem znak GDDKiA-BP-wk-4405/3/2011. Z powyższego wynika zatem, że Zamawiającego łączyła z Wykonawcą umowa w sprawie zamówienia publicznego, od której Zamawiający odstąpił.

B. odnośnie przesłanki wykluczenia nr 2 „rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego nastąpiło z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca.”

Zamawiający, pismem znak GDDKiA-BP-ap-jt-4405/3/2011 z dnia 23.02.2011 r., powiadomił Wykonawcę, na podstawie Subklauzuli 15.2 (a), (b), (c) Warunków Kontraktu, o odstąpieniu od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. We wskazanym powyżej piśmie powiadamiającym Wykonawcę o odstąpieniu od umowy Zamawiający szczegółowo opisał przyczyny odstąpienia.

Uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy określone zostało w Subklauzuli 15.2 Warunków Kontraktu, której treść stanowi: „Zamawiający uprawniony będzie do odstąpienia od Kontraktu, jeżeli Wykonawca:

- a) *nie zastosuje się do Subklauzuli 4.2 [Zabezpieczenie Wykonania], lub do wezwania według Subklauzuli 15.1 [Wezwanie do poprawienia]*
- b) *porzuca Roboty lub w inny sposób otwarcie okazuje swój zamiar niekontynuowania wykonywania swoich zobowiązań według Kontraktu,*
- c) *bez rozsądnego usprawiedliwienia uchyla się od:*
 - (i) *prowadzenia Robót zgodnie z Klauzulą 8 [Rozpoczęcie, opóźnienia zawieszenie], lub*
 - (ii) *zastosowania się do powiadomienia wystawionego według Subklauzuli 7.5 [Odrzucenie] lub Subklauzuli 7.6 [Prace zabezpieczające], w ciągu 28 dni od otrzymania go.”*

Zamawiający poinformował Wykonawcę, iż zaistniały podstawy do odstąpienia od Kontraktu z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy określone w Subklauzuli 15.2 (a), 15.2 (b), 15.2 (c) Warunków Kontraktu.

I. Przyczyny odstąpienia od umowy zgodnie z Subklauzulą 15.2 (a): „Wykonawca nie zastosuje się do Subklauzuli 4.2 [Zabezpieczenie Wykonania], lub do wezwania według Subklauzuli 15.1 [Wezwanie do poprawienia]”.

Podstawą odstąpienia od Kontraktu w myśl przedmiotowej Subklauzuli jest przesłanka wskazująca na brak zastosowania się Wykonawcy do wezwania według Subklauzuli 15.1 [Wezwanie do poprawienia].

Inżynier Kontraktu, pismem z dnia 03.08.2010 r., na podstawie Subklauzuli 15.1 Warunków Kontraktu wezwał Wykonawcę do spełnienia, w terminie do dnia 30.09.2010 r., ściśle określonych zobowiązań oraz naprawienia strat, które swym działaniem Wykonawca wyrządził Kontraktowi i Zamawiającemu, oraz do nadrobienia zaległości i usunięcia

nieprawidłowości spowodowanych przez Wykonawcę. Następnie pismem z dnia 12.10.2010 r. Inżynier Kontraktu powtórnie wezwał Wykonawcę na mocy Subklauzuli 15.1 Warunków Kontraktu do nadrobienia dotychczasowych zaległości w realizacji Kontraktu wynikających z winy Wykonawcy, wydłużając termin na dokonanie poprawy do dnia 30.10.2010 r. Zakreślone przez Inżyniera Kontraktu terminy były terminami racjonalnymi, opartymi na terminach deklarowanych przez samego Wykonawcę podczas Rad Budowy.

Inżynier Kontraktu poinformował jednocześnie Wykonawcę, iż w przypadku, gdy Wykonawca nie wywiąże się z powyższego zobowiązania oraz nie naprawi wynikłych z tego tytułu strat we wskazanym terminie, Zamawiający będzie uprawniony na mocy Klauzuli 15.2 Warunków Kontraktu do odstąpienia od Kontraktu.

Po upływie czasu określonego przez Inżyniera Kontraktu w Wezwaniu do Poprawy, Zamawiający oraz Inżynier Kontraktu podsumowali zakres wdrożonych działań mających na celu zapewnienie właściwej mobilizacji Wykonawcy i właściwy postęp Robót. Ustalono, iż Wykonawca nie nadrobił żadnych strat czasowych w stosunku do Harmonogramu, oraz dodatkowo doprowadził do dalszej kumulacji opóźnień. Wykonawca dopuścił do zwiększenia rozbieżności między planowanym przerobem i przepływem gotówki, a faktycznym wykonaniem.

Dokonana przez Inżyniera Kontraktu analiza oraz wizje lokalne na Placu Budowy w sposób jednoznaczny wykazały, iż Wykonawca nie podjął działań naprawczych, mających na celu wywiązanie się z nałożonego na niego, wezwaniem w trybie Subklauzuli 15.1 Warunków Kontraktu, zobowiązania do naprawienia strat wyrządzonych Kontraktowi i Zamawiającemu. Powyższe uprawniało Zamawiającego do stwierdzenia, iż Wykonawca nie podjął środków zaradczych i mobilizacyjnych, do podjęcia których został zobligowany w celu nadrobienia opóźnień leżących po stronie Wykonawcy, a uchybienie terminom wskazanym w wezwaniu do poprawy nastąpiło wyłącznie z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Mając na uwadze powyższe Zamawiający stwierdził, iż odstąpienie od umowy z Wykonawcą na podstawie Subklauzuli 15.2 (a) było w pełni uzasadnione.

II. Przyczyny odstąpienia od umowy zgodnie z Subklauzulą 15.2 (b): *„Zamawiający uprawniony będzie do odstąpienia od Kontraktu, jeżeli Wykonawca porzuca Roboty lub w inny sposób otwarcie okazuje swój zamiar niekontynuowania wykonywania swoich zobowiązań według Kontraktu.”*

Pismem z dnia 08.02.2011 r., doręczonym Zamawiającemu w dniu 09.02.2011 r., Wykonawca doręczył Zamawiającemu „Powiadomienie o odstąpieniu przez Wykonawcę od Kontraktu”. Na spotkaniu w dniu 15.02.2011 r. Wykonawca poinformował przedstawicieli Zamawiającego, że nie zamierza kontynuować Kontraktu według dotychczasowych zasad,

zaś w pismach z dnia 16.02.2011 r., 18.02.2011 r. i 22.02.2011 r. wskazał przyczyny, dla których w opinii Wykonawcy Zamawiający w istocie nie wykonuje swoich zobowiązań według Kontraktu. Przedstawione przez Wykonawcę okoliczności nie znajdowały odzwierciedlenia w zaistniałym stanie faktycznym. Faktyczne zaprzestanie wykonywania Robót przez Wykonawcę stanowi uzewnętrznienie przez Wykonawcę zamiaru niekontynuowania wykonywania zobowiązań zgodnie z Kontraktem, co jest przesłanką do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego.

Przeprowadzona przez Inżyniera w dniu 23.02.2011 r. inspekcja Placu Budowy potwierdziła, iż Wykonawca zaprzestał dostaw materiałów na Plac Budowy. Począwszy od grudnia 2010 roku Wykonawca nie wykonywał robót drogowych. Zamawiający wskazuje również, iż zamiar niekontynuowania wykonywania zobowiązań wynikających z Kontraktu Wykonawca wykazywał również brakiem odpowiedniej mobilizacji, czasu pracy zgodnie z Warunkami Kontraktu oraz właściwego zaangażowania w prowadzone Roboty, na co Zamawiający wielokrotnie zwracał uwagę w kierowanej do Wykonawcy korespondencji.

III. Przyczyny odstąpienia od umowy zgodnie z Subklauzulą 15.2 (c): „Zamawiający uprawniony będzie do odstąpienia od Kontraktu, jeżeli Wykonawca (...) bez rozsądnego usprawiedliwienia uchyla się od (...) prowadzenia Robót zgodnie z Klauzulą 8 [Rozpoczęcie, opóźnienia i zawieszenie].”

Klauzula 8.1 Warunków Kontraktu zobowiązuje Wykonawcę do rozpoczęcia realizacji Robót tak szybko, jak jest to rozsądnie możliwe po Dacie Rozpoczęcia i następnie do prowadzenia Robót z należyтым zaangażowaniem i bez opóźnienia. Data Rozpoczęcia Robót została wyznaczona na dzień 17.02.2010 roku. W tym dniu nastąpiło również przystąpienie Wykonawcy do realizacji Umowy. Na mocy postanowień Kontraktu Wykonawca zobowiązany był do ukończenia całości Robót w ciągu Czasu na Ukończenie. Na podstawie Formularza 2.1. Załącznika do Oferty, stanowiącej część dokumentacji kontraktowej, Wykonawca zobowiązał się, zgodnie z Warunkiem 1.1.33. „Czas na Ukończenie”, do wykonania przedmiotu zamówienia w terminie 24 miesiące od Daty Rozpoczęcia Robót. Dokumentem, który umożliwia monitorowanie postępu prac, a także planowanie własnych czynności przez Wykonawcę jest Harmonogram. Obowiązek sporządzenia Harmonogramu spoczywa na Wykonawcy. Harmonogram, zgodnie z Subklauzulą 8.3 OWK będzie zawierał:

- (a) kolejność, w jakiej Wykonawca zamierza prowadzić Roboty, włączając przewidywane rozłożenie w czasie każdego etapu projektowania (jeśli jest), powstawania Dokumentów Wykonawcy, zamawiania, wyboru Urządzeń, dostawy na Plac Budowy, budowy, montażu i dokonywania prób,

- (b) każdy etap roboty każdego mianowanego Podwykonawcy (zgodnie z definicją w Klauzuli 5 [Mianowani Podwykonawcy]),
- (c) kolejność i rozłożenie w czasie inspekcji i prób, wyspecyfikowanych w Kontrakcie, oraz
- (d) uzasadniający raport, który będzie zawierał:
 - (i) ogólny opis metod, które Wykonawca zamierza przyjąć, i głównych etapów w realizacji Robót, oraz
 - (ii) szczegółowe informacje przedstawiające rozsądny szacunek liczebności każdej grupy Personelu Wykonawcy oraz każdego typu Sprzętu Wykonawcy, wymaganych na Placu Budowy dla każdego głównego etapu.

W dniu 16.04.2010 r. Inżynier Rezydent zaakceptował przedstawiony przez Wykonawcę Harmonogram. Jednakże z uwagi na powstałą już na tym etapie realizacji Kontraktu rozbieżność pomiędzy rzeczywistym postępowaniem Robót a przewidywanym Harmonogramem, Inżynier Rezydent wezwał Wykonawcę, zgodnie z Subklauzulą 8.3 SWK, do przedstawienia zaktualizowanego Harmonogramu likwidującego brak spójności z faktycznym postępowaniem prac i podanymi zamierzeniami Wykonawcy. Wykonawca, konsekwentnie przedstawiał do akceptacji Inżyniera aktualizację Harmonogramu, która nie spełniała wymagań określonych w Subklauzuli 8.3 SWK. Zaistniałą sytuację doskonale ilustruje pismo Wykonawcy z dnia 16.07.2010 r., do którego Wykonawca załączył skorygowany Harmonogram zawierający jednostronne wydłużenie terminu realizacji Umowy poprzez Przedłużenie Czasu na Ukończenie o cztery dodatkowe miesiące, do których, na podstawie postanowień Kontraktu, nie był uprawniony. Procedura związana z Przedłużeniem Czasu na Ukończenie, jest unormowana w Subklauzuli 8.4 SWK i Wykonawca, w przypadku wydłużenia terminu realizacji Umowy, winien postępować zgodnie z przedmiotową procedurą.

Wykonawca jako profesjonalny przedsiębiorca zajmujący się wykonywaniem Robót budowlanych zobowiązany jest do działania z należytą starannością określaną przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Z powyższego względu podejmowane przez Wykonawcę zobowiązania i składane zapewnienia w zakresie nadrobienia opóźnień w Robotach były przyjmowane przez Zamawiającego w zaufaniu. Niestety efekty podejmowanych zobowiązań były znikome i z tego względu Wykonawca był wielokrotnie wzywany przez Inżyniera Rezydenta do zintensyfikowania prac, zwiększenia mobilizacji potencjału technicznego i kadrowego. W rzeczywistości, Wykonawca nie nadrobił opóźnień oraz dopuścił do zwiększenia opóźnień w postępie Robót w stosunku do zatwierzonego Harmonogramu. Zwiększenie opóźnień było wynikiem braku należytego i profesjonalnego zaangażowania umożliwiającego sprawną realizację Robót przez Wykonawcę, problemów z odpowiednią mobilizacją ludzi i sprzętu, a także brakiem właściwego zarządzania zasobami Wykonawcy. Wykonawca nie reagował również na częste uwagi i wskazówki Inżyniera co do zaangażowania Wykonawcy, wskazujące na nienależyte podejście do prowadzonych Robót. Powołane uchybienia, zaniedbania i błędy w realizacji Kontraktu leżące po stronie Wykonawcy należy uznać, za poważne, istotne i długotrwałe, które spowodowały że prawidłowa i terminowa realizacja Kontraktu została w wysokim stopniu zagrożona.

Wykonawca nie realizował również postanowień Kontraktu w zakresie Subklauzuli 6.5 Warunków Kontraktu (Godziny pracy). Zgodnie z Formularzem 2.1. Załącznika do Oferty, stanowiącej część dokumentacji kontraktowej, Wykonawca zobowiązany został do normalnych godzin pracy od poniedziałku do soboty w godzinach 6.00-22.00. Zamawiający określił dla Wykonawcy godziny pracy, by Wykonawca na etapie sporządzania dokumentów przetargowych odpowiednio zaplanował i zorganizował własny potencjał kadrowy i techniczny. Należy podkreślić, iż praca w godzinach 6.00-22.00 stanowiła normalne godziny pracy, co w ocenie Zamawiającego, równoznaczne jest z ich wykonywaniem w ww. czasookresie w sposób ciągły i nieprzerwany, czyli nieustannie przez okres 16 godzin, a wyjątkowo w okresie krótszym bądź dłuższym (dłuższym, gdy wymagała tego np. technologia Robót czy zasady sztuki budowlanej). Wykonawca nie realizował Robót w godzinach 6.00-22.00, lecz w niższym wymiarze godzin, na przykład w godzinach 7.00-19.00. Wpływało to, bez wątpienia, na brak możliwości zniwelowania skutków opóźnienia, a dodatkowo spowodowało zwiększenie opóźnienia w stosunku do założeń zaakceptowanego Harmonogramu.

Inżynier Rezydent, mając na uwadze, że istnieje poważne zagrożenie w wykonaniu Kontraktu w sposób rzetelny i zachowaniem zasad należytej staranności oraz ilość zaistniałych uchybień, zaniedbań, zaniechań, wystosował do Wykonawcy Wezwania do poprawienia w trybie Subklauzuli 15.1 SWK, datowane na 03.08.2010r., 12.10.2010 r., 25.10.2010 r. Wykonawca, mimo składania deklaracji w przedmiocie nadrobienia opóźnień, nie realizował ich. Wykonawca nie dokonał również intensyfikacji robót oraz maksymalizacji efektywności posiadanego potencjału.

Powyższe jednoznacznie potwierdza obszerna korespondencja oraz Protokoły z Rad Budowy nr 1-11. Protokoły z Rad Budowy są dokumentami kontraktowymi zawierającymi oświadczenia woli każdej ze stron. Należy przy tym podkreślić, iż treść protokołów z Rad Budowy została zaakceptowana przez Wykonawcę, co oznacza, że zgadza się on z treścią złożonych przez siebie oświadczeń podczas Rad Budowy.

Dodatkowo, w celu uszczegółowienia przedstawionych twierdzeń, powyższe potwierdzają również zapisy z Protokołów z Rad Technicznych, które dokumentują sposób wykonywania zobowiązań umownych przez Wykonawcę:

Zapisy z protokołów z Rad Budowy i rad technicznych, w których treści zawarte są informacje m.in. co do wielokrotnych upomnień Wykonawcy przez Inżyniera w zakresie: konieczności prowadzenia prac w godzinach 6.00-22.00, konieczności wprowadzenia sprawnego systemu zarządzania Kadrami, konieczności zwiększenia zatrudnienia Personelu Wykonawcy, konieczności prowadzenia robót zgodnie z Harmonogramem, konieczności

wykonywania deklarowanych przez Wykonawcę przerobów, konieczności nadrobienia opóźnień leżących po Stronie Wykonawcy i innych, jednoznacznie wskazują, iż przesłanka określona w Subklauzuli 15.2 (c) uprawniająca Zamawiającego do odstąpienia od Kontraktu, jeżeli Wykonawca (...) bez rozsądnego usprawiedliwienia uchyła się od (...) prowadzenia Robót zgodnie z Klauzulą 8 [Rozpoczęcie, opóźnienia i zawieszenie], była w pełni uzasadniona.

C. odnośnie przesłanki wykluczenia nr 3 *„rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, z którego wyklucza się Wykonawcę.”*

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Kontynuację projektowania i przebudowę drogi S8 ode. Powązkowska - Marki (ul. Piłsudskiego). Etap II: ode. węzeł Powązkowska - węzeł Modlińska" zostało wszczęte w dniu 06.12.2011 r. Odstąpienie przez Zamawiającego od umowy na „Budowę autostrady A4 na odcinku od węzła Brzesko do węzła Wierzchowice w km 479+000 - 499+800" nastąpiło w dniu 23.02.2011 r., a więc w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania, z którego Wykonawca został wykluczony.

D. odnośnie przesłanki wykluczenia nr 4 *„wartość zamówienia niezrealizowanego wskutek rozwiązania albo wypowiedzenia umowy w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpienia od niej wynosi co najmniej 5% wartości umowy.”*

Wartość umowy, od której Zamawiający odstąpił wynosiła 622.518.403,13 zł brutto. Wartość zamówienia niezrealizowanego przez Wykonawcę wskutek odstąpienia od umowy wynosi 507.298.964,22 zł brutto, co stanowi 81,49% wartości umowy. Zatem spełniona zostaje przesłanka, iż wartość zamówienia niezrealizowanego wskutek rozwiązania albo wypowiedzenia umowy w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpienia od niej wynosi co najmniej 5% wartości umowy.

Opisany przez Zamawiającego stan faktyczny należy uzupełnić o następujące okoliczności:

Pismem z dnia 8 lutego 2011 r. Powiadomienie o odstąpieniu przez wykonawcę od kontraktu umowy nr I/94/ZR-R-4/2010 z dnia 5 lutego 2010 r. Konsorcjum NDI S.A. i SB Granit S.A. poinformowało, iż *„na podstawie Klauzuli 16.2 Warunków Kontraktu (dalej: WK) udziela niniejszym z 14-dniowym wyprzedzeniem Powiadomienie o odstąpieniu przez wykonawcę od kontraktu (Umowy Nr I/94/ZR-R-4/2010 z dnia 05 lutego 2010 r.) na skutek*

wystąpienia zdarzeń opisanych w Klauzuli 16.2 pkt (d) WK, tj.: „Zamawiający w istocie nie wykonuje swoich zobowiązań według Kontraktu.” Powiadamiając o powyższym, Wykonawca wskazuje, iż mając na uwadze art. 491 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny odstępuje od Kontraktu – tylko co do tej części świadczenia wynikającego z Umowy Nr I/94/ZR-R-4/2010 z dnia 05 lutego 2010 r., które miałyby być wykonane po dniu odstąpienia od umowy (tj. po dniu wejścia w życie przedmiotowego Powiadomienia). Jednocześnie Wykonawca wskazuje, iż po wejściu w życie przedmiotowego Powiadomienia o odstąpieniu – Wykonawca bezzwłocznie będzie postępował według Klauzuli 16.3 WK, natomiast Zamawiający zgodnie z Klauzulą 16.4 WK winien bezzwłocznie zwrócić Wykonawcy Zabezpieczenie Wykonania oraz zapłacić Wykonawcy taką sumę tytułem wykonanej pracy, która zostanie określona i zatwierdzona w związku z Klauzulą 19.6 i dodatkowo zapłacić Wykonawcy taką sumę tytułem wykonanej pracy, która zostanie określona i zatwierdzona w związku z Klauzulą 19.6 i dodatkowo zapłacić Wykonawcy kary umowne oraz ewentualne odszkodowanie uzupełniające, zgodnie z Klauzulą 8.7 WK.”

Pismem z dnia 23 lutego 2011 r. Konsorcjum NDI S.A. z siedzibą w Sopotcie i SB GRANIT SA złożyło Zamawiającemu Oświadczenie o odstąpieniu przez wykonawcę od kontraktu wskazując, iż „mając na uwadze fakt, iż:

- 1) W dniu 09 lutego 2011 roku Konsorcjum NDI S.A. z siedzibą w Sopotcie i SB GRANIT SA z siedzibą w Skopje w Macedonii - jako Wykonawca przywołanej wyżej Umowy - reprezentowany przez NDI S.A. na podstawie udzielonego w dniu 06 lutego 2011 r. pełnomocnictwa (załączonego do Powiadomienia o odstąpieniu przez Wykonawcę od Kontraktu z dnia 08 lutego 2011r.), w imieniu którego działał Jerzy Gajewski - Prezes Zarządu NDI S.A. na podstawie Klauzuli 16.2 Warunków Kontraktu (dalej: WK) udzielił Państwu z 14-dniowym wyprzedzeniem Powiadomienie o odstąpieniu od Kontraktu (Umowy NR I/94/ZR-R-4/2010 z dnia 05 lutego 2010r.) na skutek wystąpienia zdarzeń opisanych w Klauzuli 16,2 pkt (d) WK, tj.: „Zamawiający w istocie nie wykonuje swoich zobowiązań według Kontraktu”.
- 2) W terminie opisanym w pkt. 1 Strony, pomimo starań ze strony Wykonawcy, nie były w stanie osiągnąć porozumienia co do dalszej możliwości realizacji Umowy opisanej wyżej,
- 3) Nie ustały przesłanki stanowiące podstawę udzielenia powiadomienia o odstąpieniu od Kontraktu,

Wykonawca oświadcza, co następuje:

Działając na zasadzie przywołanej wyżej Klauzuli 16.2 pkt (d) Warunków Kontraktu wobec nie usunięcia przez Zamawiającego naruszeń i z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Zamawiającego, Wykonawca korzysta z przysługującego mu uprawnienia i niniejszym odstępuje od Umowy.”

W uzasadnieniu swojego stanowiska Wykonawca wskazał, iż w jego ocenie odstąpienie od Umowy jest oczywiście uzasadnione z uwagi na nienależyte wykonywanie przez Zamawiającego terminowych zobowiązań wynikających z Klauzuli 3.1 w związku z Klauzulą 2.3 [Personel Zamawiającego] WK w zakresie zapewnienia zgodnego z zasadami Kontraktu oraz zasadami sztuki działania Inżyniera w określonych w Umowie terminach.

Wykonawca wskazał, iż okoliczność, że działający w imieniu i na rzecz Zamawiającego - Inżynier Kontraktu, z naruszeniem postanowień umownych działa na szkodę Wykonawcy, była wielokrotnie podnoszona w korespondencji kontraktowej, w której wskazywano, że: a) Inżynier opóźnia w sposób istotny wydanie rozstrzygnięć (vide rozstrzygnięcie Roszczenia nr 2 i 4); b) Inżynier wydaje rozstrzygnięcia nierozsądne i sprzeczne z zasadami sztuki oraz Warunkami Kontraktu; c) Inżynier konsekwentnie odmawia wystawienia Przejściowych Świadectw Płatności na kwoty wnioskowane przez Wykonawcę zgodnie z zapisami Kontraktu.

Wykonawca przez cały okres obowiązywania Umowy dążył do jak najlepszej realizacji postanowień kontraktowych i na każdym etapie realizacji swoich zobowiązań spotykał się z niezgodną z literą Kontraktu retorsją ze strony Zamawiającego (i/lub jego Personelu),

Oczywiste naruszanie przez inżyniera terminów (w tym przede wszystkim zwłoka w rozstrzygnięciu roszczeń), a także bezpodstawne odrzucenie przedkładanych Inżynierowi roszczeń w zasadzie *in extenso*, pozwalały i pozwalają postawić Zamawiającemu jednoznaczny zarzut nienależytego wykonywania zobowiązań kontraktowych.

W następstwie nieprawnych działań Zamawiającego i jego Personelu, Wykonawca nie tylko nie otrzymał należnego mu wynagrodzenia, ale poniósł szkodę będąc zmuszonym do finansowania budowy w stopniu zdecydowanie przekraczającym standardy wynikające z Umowy. Powyższa sytuacja była - w ocenie Wykonawcy - celowym działaniem Inżyniera, które nie znajduje uzasadnienia w Warunkach Kontraktu i obowiązującym porządku prawnym.

W toku procedur kontraktowych, zarówno przed jak i po złożeniu przez Konsorcjum Powiadomienia o odstąpieniu od Kontraktu (Umowy NR I/94/ZR-R-4/2010 z dnia 05 lutego 2010r.), Wykonawca precyzyjnie wyjaśniał przesłanki swojego postępowania, podstawy Roszczeń oraz to, czym kierował się korzystając z umownego prawa odstąpienia od Kontraktu. W prowadzonej po Powiadomieniu o odstąpieniu korespondencji Konsorcjum podkreślało, że generalną przesłanką powodującą niemożność realizacji Umowy, z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego był również brak jakiegokolwiek racjonalnej współpracy przy wykonywaniu przedmiotu Umowy, bez której realizacja tak skomplikowanego przedsięwzięcia jest niemożliwa. Należy również zwrócić uwagę, że kooperacja Wykonawcy i Zamawiającego przy aktywnym i

konstruktywnym udziale Inżyniera przewidziana była postanowieniami umownymi, a także była zgodna z naturą tego zobowiązania.

Konsorcjum, wbrew stanowisku Zamawiającego, stwierdzało, że istniejące już w chwili obecnej roszczenia (w rozumieniu kontraktowym) odnoszą się do przeszłości, a więc do tego co miało miejsce przed złożeniem przez Konsorcjum oświadczenia w trybie Klauzuli 16.2 pkt (d)WK. Owa „przeszłość” to z jednej strony tzw. przerób „na kontrakcie” obliczany w chwili obecnej (tj. na koniec 2010 roku) na ca 87 mln zł - i roszczenia Konsorcjum na ogólną kwotę ponad 60 mln zł.

Odpowiadając na wezwanie GDDKiA Konsorcjum podjęło próbę negocjacji i ustalenia zasad współpracy między Stronami. W trakcie spotkania z należycie umocowanymi przedstawicielami Zamawiającego, którego celem było omówienie zaistniałych kwestii spornych Wykonawca został zapewniony, że Dyrekcja jest w stanie wypracować konstruktywne stanowisko w sprawie i że uznaje za słuszną Decyzję Komisji Rozjemczej nr 1 w sprawie Roszczenia numer 6 dotyczącego zmiany Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania.

Niestety stanowisko wyrażone podczas spotkania nie zostało potwierdzone w piśmie skierowanym do Wykonawcy dwa dni później, tj. 17 lutego 2011 r., w którym jednoznacznie stwierdzono, że Decyzja Komisji Rozjemczej z dnia 7 lutego 2011 r. nie może zostać zaakceptowana.

Powyższe zdarzenia wskazują, że kooperacja pomiędzy Stronami nawet w podstawowych kwestiach jest niemożliwa. Brak podstawowej współpracy, do której Strony zobowiązały się w Umowie jest nie do zaakceptowania dla Konsorcjum.

Nadto, Konsorcjum nie zgadza się na przyjęty przez Zamawiającego sposób rozwiązywania sporów lub problemów powstałych w trakcie realizacji Umowy (co zgodnie z Kontraktem jest obowiązkiem Zamawiającego i/lub jego Personelu), na zasadzie: bezsporne fakty oraz stanowisko Wykonawcy zostaną uwzględnione lub rozstrzygnięte - dopiero po uzyskaniu decyzji Komisji Rozjemczej lub orzeczenia sądu albowiem celem przyznania inżynierowi określonych uprawnień do podejmowania decyzji, a następnie wydawania rozstrzygnięć za uprzednią zgodą Zamawiającego w istotnych dla realizacji Umowy kwestiach było szybkie rozstrzygnięcie kwestii spornych i zapewnienie Wykonawcy możliwości kontynuowania prac bez narażania go na zbędne straty finansowe. Dlatego też zwłoka Zamawiającego i jego Personelu w uwzględnieniu roszczeń Wykonawcy, które w świetle obiektywnie istniejących okoliczności są w pełni uzasadnione, nie może być akceptowana i stanowi rażące naruszenie Umowy. Żadne z postanowień kontraktowych nie upoważnia do opisanego wyżej sposobu

postępowania, zatem powyższe w ocenie Konsorcjum stanowi i stanowiło jedną z generalnych przesłanek do skorzystania z prawa do odstąpienia od Kontraktu.

Zarówno GDDKiA jak i Konsorcjum zdają sobie sprawę, że Kontrakt jest trudny w realizacji, że w trakcie realizacji robót ujawniono szereg okoliczności wcześniej w Kontrakcie nie przewidzianych, że zmieniły się w istotnej części warunki techniczne jego realizacji. W związku z tym Konsorcjum nie może być jedyną Stroną odpowiedzialną za zdarzenia, których przewidzieć nie mógł ani racjonalnie działający Zamawiający, ani racjonalnie działający Wykonawca.

Powyższe stwierdzenie ma również związek ze zgłoszonymi przez Wykonawcę zastrzeżeniami do jakości Dokumentacji Projektowej, co Konsorcjum poparło wykonanymi na swój koszt dodatkowymi badaniami geologicznymi oraz pomiarami geodezyjnymi, jak też specjalistycznymi opiniami. W naszej ocenie w/w może skutkować zmianami w Dokumentacji Projektowej i Specyfikacji w zakresie konstrukcji nasypów i odwodnienia, które (w przypadku uznania za Zmianę) konsekwentnie skutkowałyby odpowiednim przedłużeniem Czasu na Ukończenie oraz odpowiednimi płatnościami dodatkowymi należnymi Wykonawcy.

Zamawiający nigdy nie przyznał, że bezpodstawne odrzucenie uzasadnionych roszczeń kontraktowych Wykonawcy stanowi działanie nieprawidłowe i z naruszeniem Kontraktu, co więcej autoryzował te działania pomimo oczywistych faktów wskazujących na niewłaściwe działanie Inżyniera, co jednoznacznie upoważnia Wykonawcę do przedmiotowego oświadczenia.”

Izba ustaliła, iż zgodnie z Klauzulą 16.2 Kontraktu, „Wykonawca będzie uprawniony do odstąpienia od Kontraktu, jeżeli:

- a) Wykonawca nie otrzyma rozsądnego dowodu w ciągu 42 dni po nadaniu powiadomienia według Subklauzuli 16.1 [*Uprawnienie Wykonawcy do zawieszenia pracy*] w odniesieniu do niezastosowania się do Subklauzuli 2.4 [*Organizacja finansowania przez Zamawiającego*] (...)
- d) Zamawiający w istocie nie wykonuje swoich zobowiązań według Kontraktu.

Po wystąpieniu każdego z tych wydarzeń lub okoliczności Wykonawca może, po daniu Zamawiającemu powiadomienia z 14-dniowym wyprzedzeniem, odstąpić od Kontraktu.”

Jeśli idzie o uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia od Kontraktu, zawarte w Subklauzuli 15.2 Kontraktu, to oprócz okoliczności, które uprawniają do skorzystania z przedmiotowego uprawnienia, m.in. te wskazane przez Zamawiającego, zawarte jest również postanowienie, zgodnie z którym, „w każdym z tych wypadków lub okoliczności Zamawiający

będzie mógł, po daniu Wykonawcy powiadomienia z 14-dniowym wyprzedzeniem, odstąpić od Kontraktu i usunąć Wykonawcę z Placu Budowy.”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

1. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a a prawo wspólnotowe. Zakres kognicji izby.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp kreuje dla zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.

Przedmiotowy przepis stał się podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania. Dokonanie oceny wskazanej czynności wymaga na wstępie rozważenia przez Izbę aspektu prawa wspólnotowego i jego roli w polskim systemie prawa. Należy zwrócić uwagę, iż naczelnymi zasadami ustrojowymi wspólnotowego porządku prawnego, zapewniającymi mu efektywność i jednolitość stosowania w całej Wspólnocie są: zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego przed prawem krajowym (z pierwszeństwa korzystają wszystkie normy prawa wspólnotowego przed wszystkimi, także konstytucyjnymi normami prawa państw członkowskich) oraz zasada skutku bezpośredniego prawa wspólnotowego w krajowym porządku prawnym. Zasady te nie wynikają bezpośrednio z prawa traktatowego, lecz zostały sformułowane w orzecznictwie ETS.

Istota pierwszej z ustrojowych zasad wspólnotowego porządku prawnego sprowadza się do nakazu skierowanego do wszystkich organów publicznych zapewnienia normom prawa wspólnotowego przewagi w razie konfliktu z jakąkolwiek wcześniejszą lub późniejszą normą krajową. Poszanowanie zasady pierwszeństwa rodzi bardzo konkretne implikacje prawne. W odniesieniu do wszystkich norm prawa wspólnotowego wskazuje się w szczególności na: 1/ nakaz efektywnej implementacji prawa wspólnotowego, w tym zwłaszcza zakaz stanowienia prawa krajowego sprzecznego z prawem wspólnotowym (nakaz uchylecia prawa sprzecznego z prawem wspólnotowym), 2/ zakaz kwestionowania ważności norm wspólnotowych przez organy krajowe, także trybunały konstytucyjne, 3/ zakaz stosowania przez organy krajowe jakichkolwiek przepisów sprzecznych z normami prawa wspólnotowymi, 4/ nakaz zapewnienia bezpośredniej wykonalności orzeczeń sądów wspólnotowych oraz decyzji Rady i Komisji, które nakładają na osoby inne niż państwo zobowiązania pieniężne. ETS opowiedział się za pierwszeństwem stosowania prawa wspólnotowego, nie zaś pierwszeństwem obowiązywania, co oznacza, że stwierdzenie niezgodności normy prawa krajowego z prawem wspólnotowym nie powoduje automatycznie

utrąty mocy obowiązującej (uchylenia) tej normy, lecz odmowę zastosowania tej normy przez organy administracyjne i sądownicze państw członkowskich.

Podkreśla się w literaturze, że stwierdzenie w art. 2 Aktu dotyczącego warunków przystąpienia oraz dostosowań w Traktatach stanowiących podstawę UE, iż prawo wspólnotowe ma być w Polsce stosowane „zgodnie z zasadami określonymi w tych Traktatach i w niniejszym Akcie” oznacza m.in. zaakceptowanie przez Polskę zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego wobec prawa krajowego, zgodnie z interpretacją ETS, a zatem także wobec Konstytucji RP. Zasadniczy problem, polegający na rozważeniu, czy w świetle obowiązujących przepisów Konstytucji RP można zagwarantować przestrzeganie zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego, doktryna rozstrzyga na gruncie art. 90 ust. 1 Konstytucji RP, zezwalającego na przekazanie kompetencji organów władzy państwowej w niektórych sprawach na organizację międzynarodową i jednocześnie otwarcie w tym zakresie porządku prawnego państwa na akty prawne stanowione przez tę organizację. W tym ujęciu konstytucyjny akt integracji stanowi przyzwolenie samej Konstytucji na pierwszeństwo prawa wspólnotowego, przy założeniu, że prawo wspólnotowe w swych celach i warstwie aksjologicznej jest zbieżne z założeniami Konstytucji RP. Podobnie prounijnej wykładni Konstytucji RP i zdolności do samoograniczania się, której przejawem byłaby m.in. powściągliwość przy sprawowaniu następczej kontroli zgodności z Konstytucją RP traktatu akcesyjnego i przejętego za jego pośrednictwem prawa Unii Europejskiej oczekuje się od Trybunału Konstytucyjnego.

Odrębną konstrukcją prawną służącą zapewnieniu prawu wspólnotowemu należytej efektywności jest obowiązek organów państw członkowskich interpretowania prawa krajowego zgodnie z prawem wspólnotowym, stwierdzony w licznych orzeczeniach ETS (sygn. akt C 106/77 Amministrazione della Finanze dello Stato przeciwko Simmenthal SpA) i potwierdzony przez SN (uchwała z dnia 13.05.2010 r., sygn. akt III SZP 2/10). Obowiązek prowspólnotowej wykładni występuje jedynie w granicach „luzu decyzyjnego” przysługującego organom stosującym prawo (szeroko pojętego), bo przedmiotem wykładni i stosowania pozostaje nadal prawo krajowe, a prawo wspólnotowe inspiruje do wyboru jednego z rozstrzygnięć, które wszakże musi mieścić się w granicach obowiązującego prawa. Jako podstawę prawną obowiązku prowspólnotowej wykładni ETS i doktryna wskazują art. 5 TWE, przewidujące zasadę lojalności państw względem Wspólnoty (zasadę solidarności) oraz obowiązek zapewnienia pełnej i realnej efektywności prawu wspólnotowemu.

Zakres obowiązku prowspólnotowej wykładni:

1/ obowiązek występuje tylko w tych dziedzinach, w których zagadnienie jest normowane prawem wspólnotowym (wspólne obszary regulacji z prawem krajowym),

2/ jako wzorzec wykładni mogą służyć różne normy prawa wspólnotowego, przede wszystkim wiążące prawnie, ale również zalecenia, które organy powinny „brać pod uwagę”, ale nie są zobowiązane do podejmowania rozstrzygnięć zgodnie z nimi,

3/ obowiązkiem prawodawcy wspólnotowej wykładni objęte są potencjalnie wszystkie przepisy prawa krajowego (przed i po ustanowieniu prawa wspólnotowego).

Między tym obowiązkiem organów państwowych a zasadą pierwszeństwa prawa wspólnotowego istnieje związek tego rodzaju, że obowiązek prawodawcy wspólnotowej interpretacji prawa jest sposobem uniknięcia niekorzystnych następstw wynikających z zasady pierwszeństwa. Odpowiednia wykładnia pozwala bowiem na nadanie normom prawa krajowego takiego znaczenia, przy którym przestają być one niezgodne z normami wspólnotowymi.

Skutek bezpośredni jest sposobem na zapewnienie efektywnego korzystania przez jednostki z norm prawa wspólnotowego. Należy przyjąć, że bezpośrednie obowiązywanie prawa wspólnotowego oznacza, że normy tego prawa od dnia ich wejścia w życie, stają się automatycznie częścią porządku prawnego w państwach, obok norm prawa krajowego, bez potrzeby dokonywania zabiegów introdukcyjnych. Pojęcie to określa więc sposób, w jaki prawo wspólnotowe przenika do porządku prawnego państwa stając się wiążącym elementem tego porządku. W nawiązaniu do znanych metod określania stosunku prawa międzynarodowego do prawa wewnętrznego przyjmuje się, że prawo wspólnotowe staje się częścią krajowego porządku na zasadzie monistycznej. Wystarczy, że dopełnione zostaną pewne wymogi warunkujące wejście w życie określonego źródła prawa wspólnotowego. Bezpośrednie stosowanie prawa wspólnotowego jest konsekwencją jego bezpośredniego obowiązywania dla organów państw członkowskich i oznacza, że normy prawa wspólnotowego zawarte we wszelkich źródłach prawa wspólnotowego stanowią podstawę prawną dla działań organów państw członkowskich. Bezpośredni skutek przepisu prawa wspólnotowego zaś polega na tym, że z przepisu tego, sformułowanego w sposób jasny, precyzyjny i bezwarunkowy, wynika dające się materialnie zdefiniować uprawnienie dla jednostki, która na tej podstawie może domagać się ochrony przyznanego uprawnienia przed sądem krajowym.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania oraz podnoszone, zarówno w piśmiennictwie, jak i przez Odwołującego wątpliwości, Izba dostrzega potrzebę uwzględnienia wykładni prounijnej w zakresie stosowania przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Jednocześnie Izba, nie mając obowiązku zwrócenia się do ETS z pytaniem prejudycjalnym, nie uwzględniła wniosku Odwołującego w tym przedmiocie. Nadto, kwestia zgodności spornego przepisu z prawem unijnym stanowi przedmiot pytania prejudycjalnego zadanego przez inny skład orzekający KIO w innej sprawie i przyjętego do rozpoznania. Jakkolwiek wskazana okoliczność nie stanowi o niedopuszczalności pytania prejudycjalnego,

to dublowanie tychże czynności, w ocenie Izby, nie znajduje uzasadnienia. Zdaniem Izby, o wiele właściwszym instrumentem w tej sytuacji będzie uwzględnienie wyników wykładni prounijnej.

Wzorca do unijnej wykładni spornego przepisu krajowego należy poszukiwać w przepisie art. 45 ust. 2 lit. d 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 (Dz. U. L 134 z 30.04.2004 r.), zwanej dalej „dyrektywą klasyczną” oraz art. 39 ust. 2 lit. d dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. U. L 216 z 20.08.2009 r.). Zgodnie z powołanym przepisem dyrektywy klasycznej z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, iż przepis art. 45 ust. 2 dyrektywy klasycznej ustanawia zamknięty katalog przesłanek wykluczenia wykonawcy, które mogą być przeniesione na grunt prawa krajowego Państwa Członkowskiego. Oznacza to, że jeśli Państwo Członkowskie decyduje się na transpozycję podstaw wykluczenia wskazanych w ust. 2 powołanego przepisu to przyczyny te nie mogą wykraczać poza te ustanowione w przedmiotowym przepisie.

Nie jest więc trafne twierdzenie Odwołującego, iż przepis art. 45 ust. 2 dyrektywy klasycznej formułuje przesłanki fakultatywnego wykluczenia wykonawcy. Taki sposób rozumienia przedmiotowego przepisu pozwalałby na podejmowanie przez zamawiającego arbitralnych decyzji, przeciwko którym Odwołujący tak żywo się przeciwstawia, a które przede wszystkim w preambule dyrektywy klasycznej, a w szczególności w 43 motywie, zgodnie z którym zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów, zapewniających zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarantujących, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji, nie znajdują uzasadnienia. W świetle powyższego stwierdzić należy, iż absolutnie nie ma miejsca na dowolność zamawiającego w podejmowaniu decyzji o wykluczeniu danego wykonawcy, a taki efekt uzyskalibyśmy, wydaje się wbrew intencjom Odwołującego, gdyby przyjąć za trafne twierdzenia Odwołującego.

Dokonując wykładni spornego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp należy dojść do przekonania, iż ustawodawca ustanawia dla zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy, w szczególności w sytuacji, w której zamawiający odstąpił od umowy z powodu

okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. Pojęcie okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność jest zdefiniowane w art. 472 k.c. Stosownie do tego przepisu dłużnik jest odpowiedzialny za niezachowanie należytej staranności, chyba że co innego wynika ze szczególnego przepisu ustawy lub czynności prawnej. I jakkolwiek przyjmuje się zgodnie, że określenie „niezachowania należytej staranności” oznacza winę dłużnika i to zarówno umyślną, jak i nieumyślną (*M. Piekarski*: Komentarz do k.c., 1972, t. 2, s. 1163; *T. Wiśniewski*: Komentarz do k.c., 2009, s. 720; *J. Dąbrowa*: System prawa prywatnego, t. III, cz. 1, s. 767; *Czachórski* 2009, s. 333; *J. Dąbrowa*: Wina jako przesłanka odpowiedzialności cywilnej, Ossolineum 1968, s. 40; *T. Pajor*: Odpowiedzialność dłużnika, s. 161; *E. Gniewek*: Komentarz do k.c., 2011, s. 867; *tenże*, O okolicznościach kształtujących odszkodowawczą odpowiedzialność dłużnika, w: *P. Machnikowski* (red.), Odpowiedzialność w prawie cywilnym, AUWr 2006, Nr 300, s. 276; *Z. Gawlik*, w: *Kidyba*, Komentarz do k.c., 2010, III, s. 614), to nie sposób nie zauważyć, iż pojęcie „okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność” nie jest tożsame z pojęciem winy. Przyjmując bowiem, że kategoria zdefiniowana w art. 472 k.c. oznacza winę, to strony mogą zarówno kryterium to w umowie złagodzić (do granic umyślności – art. 473 § 2 k.c.) lub w granicach art. 473 § 1 k.c. zaostriżyć. W takich wypadkach, jeżeli zajdą przewidziane umową okoliczności, stosuje się takie konsekwencje, jakie prawo przewiduje dla naruszenia wskutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Ogólna zasada winy doznaje także modyfikacji z mocy przepisów szczególnych. Ograniczenia z mocy ustawy najczęściej polegają na zastrzeżeniu, że dłużnik ponosi odpowiedzialność tylko za winę umyślną i rażące niedbalstwo (art. 777 § 1, art. 801 § 1, art. 849 § 2 k.c.). Z kolei zastrzeżenie odpowiedzialności sprowadza się do jej uniezależnienia od winy dłużnika.

Wina rozumiana jest zwykle, w ujęciu tzw. teorii normatywnej winy, jako możliwość postawienia sprawcy (dłużnikowi) zarzutu z powodu jego bezprawnego zachowania się (*T. Pajor*, Odpowiedzialność dłużnika, s. 177).

Bezprawność zachowania dłużnika, rozumiana czy to jako przesłanka postawienia zarzutu winy, czy to jako element obiektywny winy, oznacza sprzeczność tego zachowania z obowiązującym porządkiem prawnym.

Naruszenie zobowiązania przez dłużnika, czyli naruszenie powinności ciężącej na nim (*Czachórski* 2009, s. 332; *Radwański, Olejniczak* 2010, s. 320), a zatem naruszenie przysługującego wierzycielowi prawa podmiotowego (do uzyskania świadczenia dłużnika zgodnie z treścią zobowiązania), musi być uznane za sprzeczne z porządkiem prawnym (którego elementem jest m.in. zasada poszanowania przyjętych zobowiązań) i w konsekwencji - w ramach odpowiedzialności kontraktowej - za bezprawne (*M. Sośniak*: Bezprawność, s. 166 i nast.; *tenże*, Elementy winy nieumyślnej, s. 156; *T. Pajor*:

Odpowiedzialność dłużnika, s. 187 i nast.; *W. Warkańto*: Gradacja winy a obowiązek naprawienia szkody w świetle przepisów Kodeksu cywilnego, SP 1970, z. 26-27).

Bezprawność nie może być wszakże utożsamiana z samym niewykonaniem (nienależytym wykonaniem) zobowiązania (jak np. *J. Dąbrowa*, Wina w k.c., s. 229; *Ohanowicz, Górski, Zarys*, s. 183). Bezprawność oznacza zawsze taki stan rzeczy, który może podlegać ujemnej ocenie z punktu widzenia całości porządku prawnego, a nie tylko ze względu na stosunek zobowiązaniowy. W konsekwencji z bezprawnością mamy do czynienia dopiero wówczas, gdy zachowanie dłużnika (w postaci działania lub zaniechania) sprzeczne jest z obowiązkiem określonym treścią zobowiązania i równocześnie - z punktu widzenia porządku prawnego - nie zachodzą okoliczności wyłączające bezprawność. Wśród tych ostatnich wymienia się np. stan wyższej konieczności (wyrok SN z 14.2.1966 r., I PR 478/65, OSNCPIUS 1966, Nr 9, poz. 157) czy konieczność podporządkowania się nakazowi organu władzy (*T. Pajor*: Odpowiedzialność dłużnika, s. 196; *M. Krajewski*: Niezachowanie należytej staranności, s. 39; wyrok SN z 28.6.1972 r., II CR 202/72, OSPiKA 1973, Nr 5, poz. 91).

Warto również zauważyć, że wina dłużnika zachodzi dopiero wówczas, gdy możliwa jest negatywna ocena bezprawnego zachowania dłużnika ze względu na okoliczności podmiotowe, czyli umyślność lub niedołożenie należytej staranności.

Wina umyślna zachodzi, gdy dłużnik chce naruszyć ciężące na nim z mocy zobowiązania obowiązki (*dolus directus*) albo też, przewidując możliwość takiego naruszenia, na to się godzi (*dolus eventualis*). Ten ostatni przypadek może zachodzić np. wówczas, gdy dłużnik już w chwili zawarcia umowy wie, że nie będzie mógł wykonać w ogóle, lub w sposób należyty, zobowiązania wynikającego z tej umowy (wyrok SN z 27.1.1972 r., I CR 458/71, OSNCPIUS 1972, Nr 9, poz. 160, z glosą *J. Dąbrowy*, PiP 1973, z. 3, s. 162; wyrok SN z 5.12.1964 r., II PR 644/64, OSNCPIUS 1965, Nr 10, poz. 170).

Wina umyślna może być przypisana dłużnikowi tylko wtedy, gdy był on świadom, iż jego zachowanie narusza istniejące zobowiązanie (dłużnik działa z zamiarem wyrządzenia wierzycielowi szkody lub w sposób zamierzony powstrzymuje się od spełnienia świadczenia, albo wie, że jego działanie lub zaniechanie spowoduje lub może spowodować naruszenie zobowiązania). Błąd co do istnienia zobowiązania bądź co do istnienia okoliczności wyłączających bezprawność (np. co do zgody wierzyciela na zmianę sposobu wykonania) uniemożliwia postawienie dłużnikowi zarzutu winy umyślnej. Nie oznacza to jednak, że nie może mu być przypisana odpowiedzialność z tytułu winy nieumyślnej (*T. Pajor*: Odpowiedzialność dłużnika, s. 200).

Wina nieumyślna może przybrać postać bądź lekkomyślności (tzw. niedbalstwo świadome), bądź niedbalstwa (tzw. niedbalstwo nieświadome). W obu przypadkach wina

stanowi zarzut niedołożenia przez dłużnika należytej staranności w uniknięciu naruszenia zobowiązania (*M. Piekarski*: Komentarz 1972, t. 2, s. 1166; *T. Pajor*: Odpowiedzialność dłużnika, s. 202; *J. Jastrzębski*: O umownych modyfikacjach podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika, KPP 2007, z. 3). Dolną granicę winy nieumyślnej, w odniesieniu do określonego wymaganego poziomu należytej staranności, wyznacza wszelkie, nawet najłżejsze naruszenie tej staranności (*J. Dąbrowa*: System prawa prywatnego, t. III, cz. 1).

"Niezachowanie należytej staranności", stanowiące w świetle art. 472 okoliczność, za którą dłużnik odpowiada, to uchybienie przez dłużnika takiemu modelowi (wzorcowi) postępowania, który w danej sytuacji jest właściwy ze względu na należyte wykonanie zobowiązania (*M. Sośniak*, Należyta staranność, Katowice 1980; *tenże*, Elementy winy nieumyślnej, s. 161). Model ten konstruowany jest wedle zobiektywizowanego kryterium "staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju" (*M. Sośniak*: Elementy zawodowe w odpowiedzialności odszkodowawczej, Pal. 1964, Nr 9; *Z. Gawlik*, w: *Kidyba*, Komentarz do k.c. 2010, III, s. 620; zob. art. 355 § 1), ewentualnie z uwzględnieniem "zawodowego charakteru działalności dłużnika" (*M. Sośniak*, Cywilnoprawna ocena staranności zawodowej, NP 1980, Nr 2; *K. Zagrobelny*, w: *Gniewek*, Komentarz KC 2011, s. 867; zob. art. 355 § 2), w odniesieniu do konkretnych okoliczności danego zobowiązania (*M. Piekarski*, w: Komentarz 1972, t. 2, s. 1163; *J. Jastrzębski*, O umownych modyfikacjach podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika, KPP 2007).

Wzorzec należytego wykonania zobowiązania przez profesjonalistę konstruowany jest na podstawie przepisów ustawy, postanowień umowy, zasad zawodowych, prawa korporacyjnego, wskazówek wynikających z istoty wykonywanej funkcji, zasad etyki, ustalonych zwyczajów (*K. Zagrobelny*, w: *Gniewek*: Komentarz KC 2011, s. 867; *J. Jastrzębski*: Glosa do wyroku SN z 1.12.2006 r., I CSK 315/06, Glosa 2007, Nr 2, s. 45).

Przepis art. 471 k.c. wiąże okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania. Niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest przeciwieństwem jego "wykonania", czyli spełnienia świadczenia - przez dłużnika lub osobę działającą na jego rachunek - w taki sposób, że wyrażony w treści zobowiązania interes wierzyciela został zaspokojony. Brak takiego zaspokojenia w postaci rozbieżności pomiędzy prawidłowym spełnieniem świadczenia, czyli w takim kształcie, jaki wynika z treści zobowiązania, z zachowaniem zasad opisanych w art. 354 § 1 k.c., bez względu na przyczynę, stanowi stan "niewykonania" ("nienależytego wykonania") zobowiązania.

Reasumując, polski ustawodawca zdecydował się na rozwiązanie, statuujące obowiązek wykluczenia wykonawcy, z którym zamawiający rozwiązał/odstąpił od umowy,

również z powodu okoliczności, które nie są przez wykonawcę zawinione, w sytuacji, w której wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.

Tymczasem w dyrektywie klasycznej mowa jest jedynie o zawinionym działaniu wykonawcy i to nie każdym, ale takim, które stanowi wykroczenie zawodowe o poważnym ciężarze.

Jednocześnie biorąc pod uwagę spójność systemu prawa wspólnotowego i zasadę dokonywania jednolitej wykładni pojęć na gruncie przepisów ze sobą powiązanych, należy zwrócić uwagę, iż we wspomianej dyrektywie obronnej jako przykłady poważnego wykroczenia zawodowego podaje się pogwałcenie zobowiązań w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw w czasie wcześniejszego zamówienia. Wskazuje to, iż ustawodawca unijny poważne wykroczenie zawodowe wiąże z pogwałceniem istotnego elementu zobowiązania.

W tym miejscu godzi się podkreślić, iż istota wykładni prounijnej polega na interpretacji przepisu prawa polskiego w sposób zgodny z prawem unijnym, biorąc pod uwagę dorobek prawa unijnego i przekładając standard unijny na praktykę krajową. Oznacza to, iż ustalenie wzorca unijnego nie jest możliwe w oparciu o przepisy prawa polskiego. Nie jest więc trafne twierdzenie Odwoływającego, iż poszukiwanie znaczenia pojęć, którymi posługuje się dyrektywa, winno być przeprowadzone w oparciu o polskie przepisy prawa i w konsekwencji, jak proponuje Odwołujący, interpretacji wykroczenia zawodowego należy dokonać przez pryzmat przepisów o odpowiedzialności dyscyplinarnej, zawartych w Prawie budowlanym.

Powyższe nie może uzyskać aprobaty przynajmniej z dwóch powodów. Po pierwsze, organ stosujący prawo nie dokonuje wykładni prawa unijnego, a wykładni prawa krajowego z uwzględnieniem standardów unijnych. Po drugie, nie sposób sobie wyobrazić, żeby prawo unijne miało taką treść jaką wyznacza porządek krajowy. Przeczy to bowiem podstawowym zasadom prawa unijnego, o których była mowa wyżej.

Konkludując, skoro ustawodawca unijny wyznaczył zamknięty katalog przesłanek wykluczenia wykonawców z postępowania, to ustawodawca krajowy nie jest uprawniony do rozszerzenia tychże podstaw. Wynik wykładni przepisu prawa krajowego, iż w zakresie, w jakim wykluczenie wykonawcy jest następstwem zdarzeń niezawinionych przez wykonawcę wykracza poza standard unijny. Przy czym zdarzenia te, biorąc pod uwagę przykłady wykroczeń zawodowych można utożsamiać z wadliwą realizacją istotnego elementu zobowiązania. Zatem, oprócz winy wykonawcy, rozumianej w sposób, o którym była mowa wyżej, konieczne jest stwierdzenie w warunkach konkretnego zamówienia (co wyklucza pewien automatyzm), brak właściwej realizacji świadczenia, które z punktu widzenia ich znaczenia dla realizacji zamówienia i zaspokojenia interesu wierzyciela, ma istotne znaczenie.

Skoro ustawodawca unijny stwierdzenie zawinionej wadliwości realizacji świadczenia, stanowiącego istotny element konkretnego zobowiązania czyni podstawą wykluczenia wykonawcy, to nie wydaje się, aby wprowadzone na gruncie prawa polskiego wymóg rozwiązania/wypowiedzenia/odstąpienia od umowy i niewykonanie zamówienia w określonej części przekraczał wzorzec unijny w taki sposób, że byłby z nim niezgodny, bowiem te dwa elementy nie ograniczają dostępu do zamówienia w sposób szerszy niż wynikałby z unijnego wzorca.

Ustalenie znaczenia spornego przepisu z uwzględnieniem wykładni pronunijnej rodzi kolejny problem. Powstaje bowiem pytanie, czy katalog przesłanek, których ziszczenie się warunkuje wykluczenie wykonawcy z postępowania, wymaga ustalenia przez Izbę, w przypadku zgłoszenia zarzutów w tym zakresie. W ocenie składu orzekającego, na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej. Powodów dla przyjęcia takiego stanowiska jest kilka. Po pierwsze, nie jest możliwe zbadanie poprawności wykluczenia wykonawcy z postępowania bez stwierdzenia, że okoliczności, które uzasadniają tę decyzję w istocie wystąpiły. Po drugie, skoro ustawodawca ustanowił konkretne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, a rolą Izby jest m.in. badanie czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, to nie sposób obronić tezę, iż wystąpienie tych przesłanek znajduje się poza kontrolą Izby. Po trzecie, choć wśród przesłanek wykluczenia znajdują się czynności prawne lub określone kategorie prawa cywilnego, to brak podstaw do twierdzenia, iż ich stwierdzenie znajduje się poza kognicją Izby. Świadczy o tym chociażby fakt, iż ustawodawca polski, na gruncie Prawa zamówień publicznych przyjął takie rozwiązania, które upoważniają Izbę do rozstrzygania spraw co do zasady rozpoznawanych w innym postępowaniu. Jako przykład należy tu wskazać ustalenie czynu nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp), czy też właściwej stawki VAT w cenie oferty (art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp), jak i stwierdzenie nieważności oferty na podstawie odrębnych przepisów (art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp), a także stwierdzenie zasadności zatrzymania wadium (art. 46 ust. 4a ustawy Pzp). Potwierdzeniem dla powyższego jest również okoliczność, iż postępowanie w sprawie rozpoznawania odwołań nie zna instytucji „zagadnienia wstępnego” i „zawieszenia postępowania”, znanego innym procedurom, zatem nie ma podstaw do twierdzenia, że okoliczności te należało uprzednio poddać rozstrzygnięciu sądów powszechnych. Powyższe, zdaniem Izby, jednoznacznie potwierdza, iż wolą ustawodawcy było poddanie wskazanych zagadnień kontroli Izby, jednakże co oczywiste, jedynie na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i ze skutkiem tylko dla tego postępowania. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, iż SN wobec pojawiających się wątpliwości, potwierdził kognicję Izby w zakresie rozstrzygania o prawidłowości zastosowania stawki VAT w cenie oferty,

podkreślił, że „kompatybilnie ukształtowany w Pzp zakres obowiązków zamawiającego ma na celu zapewnienie możliwości dokonania prawidłowej oceny merytorycznej złożonych ofert, z zachowaniem wynikającej z ustawy zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”, jednocześnie „brak w ustawie przedmiotowych ograniczeń do dokonywania takiej kontroli”, zaś „skutki prawne takiej interpretacji, tj. oceny zastosowania prawidłowej stawki podatku VAT (...) ograniczają się wyłącznie do płaszczyzny wyboru ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie przesądzają dalej idących konsekwencji jurydycznych” (uchwała SN z 20.10.2011 r., sygn. akt III CZP 52/11).

Przyjęcie koncepcji Zamawiającego, iż rola Izby winna ograniczać się jedynie do stwierdzenia faktu odstąpienia od umowy przez Zamawiającego powodowałby, iż orzeczenie Izby oparte byłoby na pewnym założeniu, iż jeśli miało miejsce odstąpienie od umowy przez Zamawiającego to jest ono skuteczne, a co więcej byłoby wyrazem preferencji dla roszczeń zamawiającego, co z oczywistych względów nie może być uwzględnione. Nadto, oparcie rozstrzygnięcia na podstawie okoliczności podanych przez zamawiającego bez uwzględnienia całego aspektu sporu, z uwzględnieniem wszelkich kwestii podnoszonych przez wykonawców, prowadziłoby do pewnej fikcji w postępowaniu i wydania rozstrzygnięcia, które z racji wadliwości założeń, mogłoby być obarczone błędem.

II. Odstąpienie od umowy.

Przechodząc zatem do analizy przesłanek warunkujących wykluczenie wykonawcy z postępowania w pierwszej kolejności ustalenia wymaga ustalenia, czy to Odwołujący odstąpił od umowy i czy przedmiotowa czynność była skuteczna. Przed dokonaniem powyższego rozstrzygnięcia, godzi się uczynić kilka uwag natury ogólnej.

Strona stosunku zobowiązaniowego nie może go samodzielnie rozwiązać, chyba że ma do tego uprawnienie przyznane przez ustawę lub czynność prawną. Kodeks cywilny zna ustawowe (art. 491-494 k.c.) i umowne (art. 395 k.c.) prawo odstąpienia od zawartej umowy. Przepis art. 395 k.c. stanowi ustawową podstawę dokonywania czynności prawnych przyznających uprawnienie nazywane umownym prawem odstąpienia. Jednocześnie przepis ten określa zakres swobody stron w tej kwestii oraz sposób i skutki wykonania uprawnienia; przy czym w tych dwóch ostatnich kwestiach ma on w zasadzie charakter dyspozytywny.

Co do zasady więc, umowa skutecznie zawarta wiąże strony i nie może zostać rozwiązana na podstawie oświadczenia woli tylko jednej z nich, poza wypadkami wskazanymi w ustawie. Podstawowym, a zarazem najbardziej naturalnym sposobem wygaśnięcia zobowiązania jest jego wykonanie, zgodnie z regułą realnego wypełniania powinności obligacyjnych (art. 354 § 1 k.c.). Zaś, umowne prawo odstąpienia od umowy (art. 395 k.c.) stanowi wyjątek od tak rozumianej zasady *pacta sunt servanda*. Umożliwia ono bowiem doprowadzenie na podstawie oświadczenia woli jednej strony do ustania stosunku

obligacyjnego bez zaspokojenia wierzyciela. Wyjątek ten oparty jest jednak na postanowieniu kontraktowym wynikającym ze zgodnej woli obu stron.

Funkcja zastrzeżenia prawa odstąpienia od umowy polega przede wszystkim na osłabieniu więzi obligacyjnej i umożliwieniu jednej lub obu stronom uwolnienia się jednostronnym działaniem od obowiązku wykonania zobowiązania. Decyzja co do skorzystania z kontraktowego uprawnienia do odstąpienia od umowy może wynikać z potrzeby ochrony interesów strony, zmiany okoliczności, w których umowa została zawarta, lub pojawiających się trudności w wypełnieniu obowiązków umownych.

Do elementów obligatoryjnych zastrzeżenia prawa odstąpienia od umowy należy zaliczyć: 1) określenie strony (lub stron) stosunku obligacyjnego, której przysługuje prawo odstąpienia; 2) wskazanie terminu, po upływie którego prawo odstąpienia wygasa.

Przepis art. 395 § 1 zd. 1 k.c., określający istotne elementy kontraktowego prawa odstąpienia ma charakter *iuris cogentis*, stąd też nie jest dopuszczalne wyłączenie przez strony oznaczenia terminu. Brak tego elementu, na podstawie przepisu art. 58 § 3 k.c. powoduje nieważność zastrzeżenia prawa odstąpienia (A. Rembieliński, w: Komentarz 1989, t. I, s. 365; Z. Radwański, A. Olejniczak, Zobowiązania 2010, s. 346; C. Żuławska, w: Komentarz 2009, s. 238; P. Drapała, w: System PrPryw, t. 5, s. 939; A. Olejniczak, w: Kidyba, Komentarz KC 2010, III, s. 292; M. Boratyńska, Znaczenie terminów w umowach. Wybrane zagadnienia: umowa przedwstępna i umowne prawo odstąpienia, NPN 2004, Nr 3; B. Jelonek-Jarco, Umowne prawo odstąpienia; P. Konik, Umowne uprawnienie do odstąpienia, PiP 2010, z. 1; wyrok SN z 04.02.2009 r., sygn. akt: II PK 223/08, niepubl.; wyrok SA w Katowicach z 23.04.2008 r., sygn. akt: V ACa 130/08, OSA 2008, Nr 3, poz. 24; wyrok SN z 08.02.2007 r., sygn. akt II PK 159/06, OSNAPiUS 2008, Nr 7-8, poz. 91; z 24.10.2006 r., sygn. akt: II PK 126/06, OSNAPiUS 2007, Nr 19-20, poz. 277). Wymóg ten, jak podkreśla się w literaturze przedmiotu, odnosi się do każdego przypadku zastrzeżenia umownego prawa odstąpienia, również takiego, w którym możliwość skorzystania z uprawnienia uzależniono od zdarzenia przyszłego i niepewnego np. niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez drugą stronę. Strony mogą zastrzec, że prawo do odstąpienia przysługiwać będzie w wypadku ziszczenia się określonego warunku, np. wyrok SN z 10.10.2008 r. (II CSK 215/08, OSNC 2009, Nr A, poz. 28), z reguły właśnie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność - *lex commissoria* (art. 492 k.c.) lub niezależnie od przyczyny niewykonania względnie nienależytego wykonania (klauzula kasatoryjna). Warto odnotować, że M. Kuźniak: Umowne prawo odstąpienia z powodu istotnego naruszenia umowy, KPP 2004, z. 2, zwraca uwagę na możliwość "konwersji" nieważnego - z powodu nieoznaczenia terminu - zastrzeżenia prawa odstąpienia na uprawnienie z art. 492 k.c.

Pojawiający się w związku z zastrzeżeniem prawa odstąpienia stan niepewności co do istnienia stosunku zobowiązaniowego zostaje ograniczony przez ustalenie terminu, przed nadejściem którego prawo to powinno być wykonane. Wprowadzenie takiego ograniczenia leży w interesie obu stron umowy. Termin w rozumieniu przepisu art. 395 § 1 zd. 1 k.c. jest terminem końcowym (*dies ad quem*) i zarazem terminem zawitym do wykonywania uprawnienia kształtującego. Może być on określony w taki sposób, iż już w chwili zastrzegania prawa odstąpienia upływ tego terminu jest dokładnie umiejscowiony w czasie (*dies certus an, certus quando*, np. ustalenie daty kalendarzowej lub czasu wyrażonego w dniach, miesiącach). Wskazanie terminu może również polegać na odwołaniu się przez strony do zdarzenia przyszłego pewnego, choć niedającego się jednoznacznie umiejscowić w czasie (*dies certus an, incertus quando*). Nie jest natomiast skuteczne określenie tego terminu przez wskazanie zdarzenia przyszłego, które nie daje się umiejscowić w czasie i którego wystąpienie nie jest według rozsądnych, obiektywnych oczekiwań ludzkich niewątpliwe (*dies incertus an, incertus quando*) [wyrok SN z 30.8.1990 r., sygn. akt IV CR 236/90, OSN 1991, Nr 10–12, poz. 125, Z. Radwański, glosa do wyroku SN z 05.06.2002 r., sygn. akt II CKN 701/00, OSP 2003, Nr 10, poz. 124]. W takim zastrzeżeniu brak bowiem elementu pewności co do wystąpienia zdarzenia wyznaczającego kres terminu (skutek *ad quem*). Określenie terminu końcowego do wykonania prawa odstąpienia może być bowiem powiązane z wystąpieniem zdarzenia przyszłego (stanowiącego przedmiot zastrzeżenia warunku – art. 89 k.c.), jeśli dodanie tego elementu nie doprowadzi do naruszenia funkcji terminu końcowego związanej z ograniczeniem stanu niepewności co do skorzystania z tego uprawnienia kształtującego. Tytułem przykładu można wskazać jako dopuszczalne zastrzeżenie przez strony, iż prawo odstąpienia od umowy wygasa z upływem określonego czasu (np. 3 miesiące) liczonego od wystąpienia wskazanego zdarzenia przyszłego i niepewnego, jednak nie później niż z upływem oznaczonego okresu (np. 1 rok) liczonego od dnia zawarcia umowy (termin końcowy). Termin wygaśnięcia prawa odstąpienia może upływać zarówno przed wykonaniem umowy głównej, jak i po jej całkowitym lub częściowym wykonaniu (np. po dokonaniu przez kontrahenta kontroli jakości spełnionego na jego rzecz świadczenia).

Szczególnym rodzajem umownego prawa odstąpienia jest znana już prawu rzymskiemu klauzula *legis commissoriae* (art. 492 k.c.). Poprzez to zastrzeżenie jednej ze stron zostaje przyznane prawo odstąpienia od umowy wzajemnej na wypadek niewykonania przez drugą stronę zobowiązania w ściśle oznaczonym terminie. Uprawnienie do odstąpienia powinno tu być ustalone w sposób wyraźny, nie jest wystarczające samo ściśle określenie terminu spełnienia przez dłużnika świadczenia z umowy wzajemnej. Odstąpienie opierające się na klauzuli *legis commissoriae* jest dopuszczalne bez wyznaczania przez podmiot uprawniony terminu dodatkowego do spełnienia świadczenia (por. art. 491 § 1 k.c.). W razie

zwłoki z wykonaniem części świadczenia podzielnego, wynikające z tej klauzuli prawo odstąpienia może być wykonane odpowiednio w odniesieniu do części zobowiązania.

Poczynienie przez strony zastrzeżenia umownego prawa odstąpienia (art. 395 § 1 k.c.) nie wpływa na korzystanie przez nie z ustawowego prawa odstąpienia od umowy (art. 491, 493 § 2, art. 560 § 1, art. 635, 637 § 2 k.c.). Pogląd ten jest powszechnie akceptowany zarówno w doktrynie (Z. Gawlik, A. Janiak, A. Kidyba, G. Koziół, A. Olejniczak, A. Pyrzyńska, T. Sokołowski: Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część ogólna), jak i orzecznictwie (wyrok SN z 30.01.1998 r., sygn. akt: III CKN 279/97, Lex 315347).

Prawo odstąpienia od umowy wykonywane jest poprzez złożenie jednostronnego oświadczenia woli o charakterze prawnokształtującym (art. 395 § 1 zd. 2 k.c.). Oświadczenie to powinno być skierowane do drugiej strony stosunku zobowiązaniowego. Uznaje się je za złożone z chwilą, gdy doszło do drugiej strony w taki sposób, iż mogła zapoznać się z treścią oświadczenia o odstąpieniu (art. 61 zd. 1 k.c.). Do treści tego oświadczenia zastosowanie znajduje przepis art. 60 k.c. Od skutków prawnych oświadczenia o odstąpieniu można się uchylić w oparciu o art. 84-88 k.c.

Oddzielnym zagadnieniem jest dopuszczalność odwołania oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Co do zasady skuteczne odwołanie wymaga złożenia kolejnego oświadczenia, które dojdzie do drugiej strony równocześnie z oświadczeniem o odstąpieniu albo wcześniej (art. 61 zd. 2 k.c.). Późniejsze odwołanie (niekiedy określane jako „cofnięcie”) oświadczenia o odstąpieniu od umowy wymaga zgody drugiej strony stosunku zobowiązaniowego.

Kontraktowe prawo odstąpienia może być wykonane w odniesieniu do części umowy tylko wówczas, gdy świadczenia stron są podzielne. W tym przypadku nie jest konieczne wskazanie w klauzuli odstąpienia możliwości wykonania tego prawa w odniesieniu do części zobowiązania (red. E. Łętowska: System Prawa Prywatnego. Tom 5. Prawo zobowiązań – część ogólna, Wyd: C.H. Becka, 2006)..

W razie złożenia przez uprawnionego oświadczenia o wykonaniu prawa odstąpienia umowa (*verba legis*) „uważana jest za niezawartą” (art. 395 § 2 zd. 1 k.c.). Wspomniane sformułowanie oznacza zniesienie skutków prawnych zawartej umowy z mocą wsteczną (*ex tunc*). Jest to jednak rodzaj fikcji prawnej, bo cofnięcie zdarzeń raz zaistniałych jest niemożliwe. Chodzi tylko o określenie wpływu odstąpienia na dotychczasowe i nowe obowiązki stron. Jednakże przepis nadający odstąpieniu skutek *ex tunc* ma charakter dyspozytywny. Strony, w zależności od ich woli, mogą określić skutki odstąpienia (w szczególności, że ma ono skutek *ex nunc*) i wzajemne obowiązki w razie odstąpienia, inaczej niż przewiduje to art. 395 § 2 k.c., i to niezależnie od charakteru umowy i świadczeń, do których strony umowy były zobowiązane (wyrok SN z 23.01.2008 r., sygn. akt: V CSK 379/07, OSN 2008, Nr 4, poz. 108).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, iż prawo odstąpienia ustanowione w umowie łączącej strony, z powodu braku oznaczenia terminu (art. 395 § 1 k.c.), w ciągu którego z przedmiotowego uprawnienia można skorzystać, dotknięte jest sankcją nieważności (art. 58 § 1 k.c.). Jak bowiem wskazano wyżej, oznaczenie terminu należy do konstytutywnych cech instytucji „odstąpienia” i nie jest objęte zasadą swobody umów (art. 353¹ k.c.).

Brak podstaw do skorzystania z umownego prawa odstąpienia, z powodów, o których była mowa wyżej, rodzi konieczność oceny spornego oświadczenia o odstąpieniu w świetle uprawnienia do odstąpienia, wynikającego z ustawy. Jak wskazywano bowiem wyżej, przejście z reżimu umownego na ustawowy do oceny skuteczności oświadczenia o odstąpieniu, jest zarówno przez doktrynę, jak i orzecznictwo w pełni akceptowalny.

Źródłem ustawowego prawa odstąpienia jest przepis art. 491 § 1 k.c. i 492 k.c. Zgodnie z powołanymi regulacjami, jeżeli dłużnik dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, wierzyciel ma uprawnienie do odstąpienia od umowy, jednak powinien wyznaczyć wcześniej dłużnikowi odpowiedni dodatkowy termin do wykonania zobowiązania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniony do odstąpienia od umowy (art. 491 § 1 k.c.). Przepis art. 492 k.c. ma zaś charakter szczególny wobec tej regulacji, pozwalając wierzycielowi na skorzystanie z jego uprawnienia kształtującego bez składania wcześniej dłużnikowi oświadczenia, wyznaczającego dodatkowy termin. Jednakże przepis art. 492 k.c. określa dwie sytuacje, w których ustawowe prawo do odstąpienia od umowy wzajemnej w przypadku zwłoki dłużnika może być wykonywane bez wyznaczenia terminu dodatkowego: 1) jeżeli uprawnienie do odstąpienia od umowy wzajemnej zostało zastrzeżone na wypadek niewykonania zobowiązania w ściśle oznaczonym terminie, 2) jeżeli wykonanie zobowiązania przez jedną ze stron po terminie nie miałoby dla drugiej strony znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez nią cel umowy, wiadomy stronie będącej w zwłoce. Jednocześnie jak podkreśla się, zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie, zastrzeżenie uprawnienia wierzyciela do odstąpienia na wypadek niewykonania zobowiązania w terminie musi wyraźnie wynikać z umowy (wyrok SN z 19.06.2009 r., sygn. akt V CSK 454/08) lub przynajmniej w sposób dorozumiany (T. Wiśniewski: Komentarz do k.c., 2009r.). Samo ściśle określenie terminu nie jest wystarczające (J. Dąbrowa: System prawa prywatnego, t. III, E. Gniewek: Komentarz do k.c., 2011 r.). Jednocześnie zwrócić należy uwagę, iż jeżeli świadczenia obu stron są podzielne, a dłużnik popada w zwłokę co do części świadczenia, wierzyciel uprawniony jest do odstąpienia z zachowaniem zasad określonych w art. 491 § 2 k.c. (E. Gniewek: Komentarz do k.c., 2011 r.).

Należy jednocześnie podkreślić, iż po pierwsze, w orzecznictwie budzi zastrzeżenia możliwość konwersji nieważnego - z powodu nieoznaczenia terminu - zastrzeżenia prawa

odstąpienia na uprawnienie z art. 492 k.c. Po drugie, w orzecznictwie podnosi się również, przy aprobachie części doktryny (K. Pietrzykowski: Komentarz do k.c.), iż skoro z mocy odesłania, zawartego w art. 656 k.c., do odstąpienia od umowy o roboty budowlane znajdują zastosowanie przepisy o umowie o dzieło (art. 635, art. 646, art. 644 k.c.), a regulacje te mają charakter szczególny wobec ogólnych unormowań dotyczących skutków niewykonania umów wzajemnych (m.in. wobec art. 491), to włącza to stosowanie tych przepisów ogólnych w zakresie odrębnie unormowanym.

Jednakże nawet gdyby przyjąć najbardziej korzystne dla Odwołującego rozwiązanie, a więc i o możliwości konwersji i o możliwości zastosowania przepisów ogólnych dotyczących umów wzajemnych, to nie zmieni to sytuacji Odwołującego. Po pierwsze bowiem wskazać należy, iż w analizowanym stanie faktycznym brak podstaw do przyjęcia, iż zaktualizowały się przesłanki do odstąpienia od umowy przez Odwołującego na podstawie przepisu art. 491 § 1 k.c. Z samej zresztą treści oświadczenia o odstąpieniu, złożonego przez Wykonawcę, nie wynika, aby Wykonawca wyznaczył dodatkowy termin do wykonania zobowiązania. Odwołujący nie przeprowadził również na tę okoliczność żadnego dowodu.

Dalej, nawet gdyby uznać, iż z postanowień klauzuli 16.2 lit. a, b, c Warunków Kontraktu wynika uprawnienie do odstąpienia od umowy na wypadek niewykonania umowy w terminie ściśle oznaczonym (w odniesieniu do świadczenia), a więc istniała podstawa do odstąpienia od umowy przez wykonawcę, które to uprawnienie ma swoje źródło w ustawie i stanowi tzw. *lex commissoria* (art. 492 k.c.), przy założeniu, że istnieje możliwość zastrzegania *lex commissoria* również w stosunku do każdego ze świadczeń i że termin ich spełnienia został przez strony ściśle określony (E. Gniewek: Kodeks cywilny. Komentarz, 2010), to w przypadku podzielności obu świadczeń wzajemnych zastosowanie znajdzie art. 491 § 2 k.c., pozwalający wierzycielowi odstąpić jedynie od tej części świadczenia, co do której dłużnik wzajemny pozostaje w zwłoce albo co do pozostałej części świadczenia (K. Pietrzykowski: Kodeks cywilny. Komentarz, 2011).

Oznacza to, iż gdyby nawet przyjąć (założenie hipotetyczne), że oświadczenie o odstąpieniu przez Wykonawcę było skuteczne, wobec zaktualizowania się podstaw, określonych w klauzuli 16.2 lit. a, b, c Warunków Kontraktu (powody wskazane przez Wykonawcę: „Inżynier opóźnia w sposób istotny wydanie rozstrzygnięć (vide rozstrzygnięcie Roszczenia nr 2 i 4) oraz „Inżynier konsekwentnie odmawia wystawienia Przejściowych Świadectw Płatności na kwoty wnioskowane przez Wykonawcę zgodnie z zapisami Kontraktu” mieszczą się w umownych podstawach odstąpienia), to realizacja tego uprawnienia nie mogła dotyczyć całego kontraktu, a jedynie jego części, wedle wyboru wykonawcy, określonego przepisem 491 § 2 k.c. Co więcej, Wykonawca tego wyboru dokonał, wskazując w powiadomieniu o odstąpieniu, iż „mając na uwadze art. 491 § 2 k.c. (...) odstępuje od Kontraktu – tylko co do tej części świadczenia wynikającego z Umowy Nr

I/94/ZR-R-4/2010 z dnia 05 lutego 2010 r., które miałyby być wykonane pod dniu odstąpienia od umowy (tj. po dniu wejścia w życie przedmiotowego Powiadomienia).” Na marginesie należy jedynie zauważyć, iż od skutków tego oświadczenia woli Wykonawca się nie uchylił (art. 84 k.c.), ani też go nie odwołał (art. 61 k.c.).

W związku z powyższym, brak podstaw do stwierdzenia, wbrew stanowisku Odwołującego, iż Wykonawca skutecznie odstąpił od umowy. Z pewnością nie mógł odstąpić od całości umowy. Jeśli zaś idzie o odstąpienie od części umowy, to Odwołujący nie udźwignął ciężaru wykazania tej okoliczności, musiałby bowiem udowodnić, iż okoliczności podane jako powód odstąpienia stanowią brak realizacji po stronie Zamawiającego obowiązków wynikających z klauzuli 16.2 lit. a, b, c Warunków Kontraktu i że powodem braku ich realizacji jest zwłoka Zamawiającego. Zaś, dowody zawnioskowane przez Odwołującego nie są wystarczające dla wykazania tych okoliczności i stąd też wnioski dowodowe w tym zakresie należało oddalić. Dowody te były bowiem zgłaszane na okoliczność odstąpienia od umowy na innej podstawie niż ta, która ewentualnie mogłaby wchodzić w rachubę.

Zatem, uznać należy, iż Zamawiającemu przysługiwało prawo do odstąpienia od umowy. Uprawnienie do odstąpienia od umowy może mieć swoje źródło w treści samej umowy ale może też wynikać z ustawy. W szczególności chodzi tu o uprawnienia wynikające z przepisów art. 635, 636, 644 k.c., z mocy odesłania przepisu art. 656 k.c. do ww. regulacji, wobec nieważności umownego prawa odstąpienia. Oznacza to, iż Zamawiający miał normatywne podstawy do zrealizowania uprawnienia do odstąpienia od umowy.

Oceniając okoliczności faktyczne sprawy stwierdzić należy, iż po stronie Zamawiającego zaktualizowało się uprawnienie do odstąpienia od umowy na podstawie przepisu art. 635 k.c. Jeżeli bowiem wykonawca opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem robót budowlanych tak dalece, że nie jest prawdopodobne ich ukończenie w umówionym terminie, zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy. Zwrócić należy uwagę, że odstąpienie od umowy w warunkach omawianego przepisu, inaczej niż w art. 491 § 1 k.c., nie wymaga, po pierwsze, aby owo zaniechanie wykonania w ustalonym terminie czynności przyjmującego zamówienie było kwalifikowane w kategoriach zwłoki. Zamawiający może z niego skorzystać nawet wtedy, gdy nie da się przyjmującemu zamówienie postawić zarzutu naruszenia należytej staranności wymaganej w stosunkach danego rodzaju (art. 355 i 472 k.c.). Po drugie, zamawiający nie jest w tym przypadku zmuszony do wyznaczenia drugiej stronie odpowiedniego terminu do wykonania koniecznych czynności, z zastrzeżeniem, że po jego bezskutecznym terminie będzie mógł od umowy odstąpić. W tym wypadku może to czynić w razie ustalenia, że przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła, i to tak dalece, że nie jest prawdopodobne, że zdoła je wykończyć w czasie właściwym.

Materiał dowodowy zgromadzony w sprawie potwierdza zaktualizowanie się przesłanek do odstąpienia od umowy na podstawie art. 635 k.c. Analiza protokołów z Rad Budowy (stanowiących załącznik nr 3 do pisma Zamawiającego z dnia 23.04.2012 r.), oraz pism z dnia 06.12.2010 r. i 25.01.2011 r. (powiadomienia o okolicznościach mających wpływ na realizację kontraktu nr 1-3) i Wezwań do poprawy z dnia 12.10.2010 r. i 25.10.2010 r., a także samo zachowanie Wykonawcy (przedłużenie terminu wykonania zamówienia w zaktualizowanym harmonogramie robót) potwierdzają, iż opóźnienie wykonawcy w realizacji zamówienia były tak duże, iż ukończenie robót w umówionym terminie nie było możliwe.

W tym miejscu godzi się wskazać, iż zgodnie z informacją z dnia 05.12.2012 r., zawartą w Powiadomieniu o okolicznościach mających wpływ na realizację kontraktu nr 1, „do końca października br. Wykonawca nadal nie rozpoczął robót mostowych na obiektach: MA-58 (wg Harmonogramu powinien rozpocząć roboty 01.06.2010 r.), WD-60 (wg Harmonogramu powinien rozpocząć roboty 10.05.2010 r.), PZ-65a (wg Harmonogramu powinien rozpocząć roboty 12.04.2010 r.), PZ-67 (wg Harmonogramu powinien rozpocząć roboty 14.06.2010 r.).” Przy czym należy zauważyć, iż powódź rozpoczęła się 16.05.2010 r., więc nawet gdyby objekty te miały być realizowane na terenach powodziowych, to Wykonawca przed wystąpieniem tej przeszkody nawet nie rozpoczął realizacji dwóch obiektów zgodnie z planem. W kolejnym Powiadomieniu wskazano, iż „w listopadzie br. Wykonawca nie zrealizował także planów tygodniowych w zakresie dostaw materiałowych szczególnie dla robót drogowych: pospółki z „Warysia” – dostarczono tylko 65% w stosunku do planów tygodniowych, kruszywa grubokrucowego z „Celin” – dostarczono tylko 75% w stosunku do planów tygodniowych. Do końca listopada br. Wykonawca nadal nie rozpoczął realizacji obiektów mostowych na obiektach: WD-60 (wg Harmonogramu powinien rozpocząć roboty 10.05.2010 r.), PZ-65a (wg Harmonogramu powinien rozpocząć roboty 12.04.2010 r.) – rozpoczęto tylko sondowanie podłoża, w celu określenia zakresu koniecznego wzmocnienia, PZ-67 (wg Harmonogramu powinien rozpocząć roboty 14.06.2010 r.) – jak wyżej.” W kolejnym Powiadomieniu (ze stycznia 2011 r.), a więc niebawem przed odstąpieniem od umowy, stwierdzono, iż „Wykonawca nie zastosował się do wielokrotnie ponawianego polecenia przedstawienia zaktualizowanego Harmonogramu. (...) Zbyt mała mobilizacja sprzętu na budowie. W Raporcie Inżyniera za październik 2010 r. stwierdzono, iż w stosunku do deklarowanej przez Wykonawcę ilości środków sprzętowych (302 sztuki) nadzór zidentyfikował na budowie tylko 230 sztuk, w tym ok. 10% niepracujących, stwierdzono także znaczną rozbieżność pomiędzy ilością zatrudnionego Personelu deklarowaną przez Wykonawcę (607 osób), a zidentyfikowaną przez Nadzór podczas inspekcji na budowie (średnio 383 osoby). W Raporcie Inżyniera za listopad 2010 r. potwierdzono obecność na budowie średnio 285 jednostek sprzętowych, w tym ok. 10% niepracujących, średnio 291 osób personelu Wykonawcy (w swoim Raporcie Wykonawca

podaje 276 osób łącznie z biurem i kierowcami). Nadzór nie akceptuje tak znacznej rozbieżności. W Raporcie Inżyniera za grudzień 2010 r. potwierdzono obecność na budowie średnio 167 jednostek sprzętowych, w tym ok. 25% niepracujących, średnio 216 osób personelu Wykonawcy (w swoim Raporcie Wykonawca podaje 505 osób łącznie z biurem i kierowcami). Zdaniem Nadzoru jest to rozbieżność nie do zaakceptowania, nawet z uwzględnieniem kilkudziesięcioosobowej obsady biurowej i kilkudziesięciu kierowców dowożących materiały, których nie można zidentyfikować i zliczyć podczas inspekcji na Placu Budowy. Według Inżyniera niewystarczające zasoby Wykonawcy przyczyniły się do niewykonania planowanych robót w Raporcie Miesięcznym Wykonawcy, a także w Raportach Tygodniowych Wykonawcy. (...) Wykonawca nie zrealizował także planów tygodniowych w zakresie dostaw materiałowych szczególnie dla robót drogowych (...), co miało także wpływ na niewykonanie zaplanowanych robót. Wykonawca nie wykorzystał pełnego czasu pracy zgodnie z WK dla realizacji obiektów mostowych (od poniedziałku do soboty w godzinach 6.00-22.00): w miesiącu październiku pracował łącznie tylko 294 godziny, co daje 70% czasu wyznaczonego Kontraktem (26 dni x 16 godzin = 416 godzin), w listopadzie przepracował łącznie tylko 254 godziny, co daje 61% czasu wyznaczonego Kontraktem, w grudniu przepracował łącznie tylko 200 godzin, co daje 48% czasu wyznaczonego Kontraktem. Z tego powodu Wykonawca z własnej winy generuje systematycznie opóźnienia w realizacji Harmonogramu w robotach inżynierskich. W robotach elektroenergetycznych, które w październiku według planów tygodniowych zrealizowano w 70%, czas pracy Wykonawcy wynosił w październiku ok. 70% w stosunku do WK. W listopadzie zrealizowano 75% w stosunku do planów tygodniowych, a czas pracy Wykonawcy od 2-go do 30-go listopada wynosił ok. 70% w stosunku do wymogów WK. W grudniu zrealizowano 75% planów tygodniowych, a czas pracy Wykonawcy wynosił ok. 60% w stosunku do wymogów WK. (...) W robotach wodno-kanalizacyjnych i melioracyjnych Wykonawca wykorzystał tylko 70% czasu w stosunku do WK i realizował własne plany tygodniowe na poziomie 80%. W listopadzie ok. 65% czasu w stosunku do WK i realizował własne plany tygodniowe na poziomie ok. 85%. W grudniu ok. 60% czasu w stosunku do WK i realizował własne plany tygodniowe na poziomie ok. 70%. Na 20 projektowanych przepustów, Wykonawca zrealizował do końca grudnia 2010 r. następujące roboty: 2 przepusty – jedynie w 50%, 13 przepustów – w 5%, 5 przepustów - jeszcze w ogóle nie rozpoczęto.”

Powyższe okoliczności, zdaniem Izby, wyraźnie wskazują, iż zaktualizowały się przesłanki określone w art. 635 k.c. Pozostaje jeszcze analiza okoliczności, stanowiących podstawę odstąpienia, które nie muszą jednocześnie stanowić przesłanek do skutecznego odstąpienia od umowy w świetle wskazanego przepisu, jednakże mogą być kwalifikowane jako zawinione wykroczenie zawodowe.

Wobec nałożenia na zamawiającego, mocą przepisu art. 45 ust. 2 lit d dyrektywy klasycznej, ciężaru dowodu w postaci wykazania zawinionego poważnego wykroczenia zawodowego, potwierdzenia wymagają okoliczności wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 23 lutego 2011 r. Przy czym na potrzeby niniejszego postępowania, w ocenie Izby, nie jest konieczne ustalenie, czy zaistniały wszystkie przyczyny, z powodu których Zamawiający odstąpił od umowy, ale czy znalazła potwierdzenie chociażby jedna z nich.

W ocenie Izby, realizacja robót w terminach ustalonych przez strony i zapewnienie personelu i sprzętu wymaganego przez Zamawiającego jest jednym z podstawowych elementów zobowiązania Wykonawcy. Stąd brak realizacji robót w czasie określonym w formularzu 2.1. załącznika do oferty (od poniedziałku do soboty w godzinach 6.00-22.00), a także brak personelu kluczowego stanowi poważne wykroczenie zawodowe. Nie ulega bowiem wątpliwości, że brak realizacji podstawowych obowiązków ze strony Wykonawcy i to już w początkowym stadium, jest tak istotnym pogwałceniem warunków kontraktu, że wadliwość tego świadczenia może być kwalifikowana, według wzorca określonego w dyrektywie obronnej, jako poważne wykroczenie zawodowe. Z pewnością stanowi to o braku staranności po stronie Wykonawcy, ewentualny dowód przeciwny nie został przez Odwołującego przeprowadzony.

Zwrócić należy uwagę, iż brak właściwej mobilizacji po stronie Wykonawcy generuje ogromne problemy i od początku stanowi zagrożenie dla realizacji kontraktu. Zdecydowanie więc należy się przeciwstawić takim praktykom, że w ofercie wykonawcy deklarują to, czego oczekuje zamawiający, tylko po to, aby uzyskać zamówienie, podczas gdy, jak wynika z doświadczenia życiowego, nie są w stanie sprostać tym obowiązkom. Wykonawcy częstokroć wykorzystują sytuację wiedząc, że dla zamawiającego odstąpienie od umowy stanowi ostateczność, bo generuje to kolejne, niebagatelne problemy. Wymaga to bowiem przeprowadzenia inwentaryzacji budowy, kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia a z tym się wiążą ogromne koszty i czas. Stąd też należy bezwzględnie eliminować tego rodzaju patologię szerzącą się w realizacji robót budowlanych, a narzędzie ku temu stworzone, wydaje się być pomocne dla realizacji tego celu.

III. Lex retro non agit.

Obowiązywanie prawa — od momentu wejścia w życie aktu aż po jego derogację — nie pokrywa się z czasowym zakresem stosowania. „Dawne” prawo działać może dłużej niż okres jego obowiązywania, można bowiem przewidywać dalsze stosowanie ustawy dawnej wobec sytuacji „zapoczątkowanych” przed momentem wejścia w życie nowej. Nowa ustawa może natomiast „przechwytywać” istniejące sytuacje od momentu wejścia w życie. „Przechwytywanie” przez nowe prawo sytuacji w toku może przy tym występować z różną intensywnością. Może wiązać się z przypisywaniem przez nową ustawę faktom już

minionym, zaistniałym pod rządami dawnej ustawy, odmiennego skutku prawnego niż przypisany przez ustawę obowiązującą w czasie trwania tego stosunku. Może dotyczyć relewancji faktów dawniej prawnie obojętnych. Przejęcie sytuacji „w toku” jednak w takim wypadku dotyczy tylko tych fragmentów trwającego stosunku prawnego, który „dzieje się” dopiero od momentu wejścia w życie nowego prawa. Prawo w takim wypadku działa „do przodu”, jakkolwiek dotyczy stosunku prawnego, który powstał przed dniem wejścia w życie ustawy. W takim wypadku mówi się o nie o retroaktywności, lecz o retrospektywności (retroaktywność niewłaściwa). Może występować tu jednak jeszcze bardziej wyrazista sytuacja, gdy nowa ustawa *ex post* zmieni już ukształtowane w przeszłości skutki prawne. W takim wypadku nowa ustawa dotyczyć będzie stosunku prawnego „za czas”, który upłynął pod rządami dawnej ustawy. Wówczas mamy do czynienia z retroaktywnością w ścisłym znaczeniu: nowo uchwalone prawo działa bowiem wtedy „do tyłu”.

Powszechnie znana paremia aksjologiczna: *lex retro non agit*, niemająca zresztą absolutnego charakteru, dotyczy tylko retroaktywności, a nie retrospektywności. Koliduje na tle temporalnego obowiązywania i stosowania prawa mogą być rozwiązywane przy wykorzystaniu którejś z trzech wskazanych możliwości: retroaktywności (aksjologicznie źle ocenianej i niekiedy niedopuszczalnej konstytucyjnie lub zakazanej przez prawa człowieka), retrospektywności (bezpośrednie działanie ustawy nowej) i zasady dalszego działania ustawy dawnej.

Warto zwrócić również uwagę, iż nie ma także reguł intertemporalnych uznawanych za „właściwe” w ramach dogmatyk poszczególnych gałęzi prawa jako zasady prawniczego myślenia czy ogólnie uznanej aksjologii - wyjątek w tym zakresie stanowi prawo karne. Tu bowiem i zakaz retroaktywności i wyższe wymagania co do *claritas* normowania, a także zasada uwzględniania regulacji względniejszej tworzą wykształcony już zrąb dogmatyki intertemporalnej.

Artykuł 3 k.c. obejmuje zakaz wstecznego stosowania prawa. Od czasu wejścia w życie Konstytucji z 1997 r. zakaz ten ma genezę konstytucyjną. Na tym poziomie odnosi się jednak tylko do prawa karnego (art. 42 ust. 1 Konstytucji), a i tu ma charakter względny, bo ograniczony do wymiaru kary i usprawiedliwiający wyjątek dla przestępstw międzynarodowych. Artykuł 3 k.c. wprowadza zakaz retroaktywności prawa - chyba że co innego ma wynikać z kryteriów wyraźnej decyzji ustawodawcy lub efektu interpretacji teleologicznej. Wydaje się, że połączenie przesłanek umożliwiających zastosowanie retroaktywne prawa w art. 3 k.c. jest anachronizmem - tak z uwagi na podniesienie obecnie wartości autonomii woli stron, jak i na konstytucyjną zasadę zaufania. Trafnie zatem wskazuje się tu na słabość gwarancyjnego charakteru art. 3 k.c. i na dezaktualizację jego aksjologicznego stanowiska. Artykuł 3 k.c. nie był bezpośrednio nigdy przedmiotem kontroli konstytucyjności. Jednak krytyczne wypowiedzi TK wobec kwestii retroaktywności w ogóle i

przesłanek ją uzasadniających, dokonane wprawdzie *obiter dicta*, ale mówiące o dopuszczalności wprowadzania retroakcji tylko w wyjątkowy i wyraźny sposób, nakazują przypuszczać, że wynik takiej kontroli byłby dla art. 3 k.c. *in fine* negatywny. Zawsze bowiem retroaktywność „z celu” ustawy wymaga działań interpretacyjnych i z pewnością jej wprowadzenie nie następuje „w wyraźny” sposób, co TK uważa za nieodzowne.

W prawie intertemporalnym formułuje się tezę, iż nowe prawo, jako dające wyraz aktualnej polityce legislacyjnej, wymaga preferencji dla zasady bezpośredniego działania ustawy nowej (ze szkodą dla zasady dalszego działania ustawy dawnej), a poza tym, takie właśnie ukształtowanie zasad prawa międzyczasowego sprzyja możliwie szybkiemu ujednoczeniu reżimów prawnych. Ta strategia aksjologiczna zderza się jednak z punktem widzenia uczestników obrotu. Oni bowiem, kształtując swoje stosunki, biorą pod uwagę stan prawny w dacie podejmowania tych decyzji. Zmiana prawa (nie ma bowiem podstaw do konstruowania zgeneralizowanego obowiązku „niezmieniania” stanu prawa ani jakiegoś prawa podmiotowego do niezmienionego stanu prawnego) obala te rachuby. Stąd też uczestnicy obrotu (albo ściślej biorąc — część z nich) są zainteresowani tym, aby kwestię intertemporalną rozwiązywać zgodnie z regułą dalszego działania ustawy dawnej. Tak, jak w prawie europejskim zasady pewności prawa lub ochrony uzasadnionych oczekiwań są kryteriami decydującymi o rozstrzygnięciu kwestii kolizyjnej między prawem krajowym (dawniejszym, wyłącznie właściwym do wyznaczenia prawnego reżimu i skutków faktów prawnych) i prawem wspólnotowym (od momentu akcesji), tak konflikt aksjologiczny decydujący o wyborze między zasadą bezpośredniego działania ustawy nowej i dalszego działania ustawy dawnej może być rozstrzygany jako konflikt konstytucyjny. Konflikt nowego prawa z interesami jednostki (stosunki w toku) może być rozwiązany przez wybór zasady bezpośredniego działania prawa nowego tylko o tyle, o ile da się wskazać wyraźny ważny interes publiczny, zmuszający do przejścia do porządku dziennego nad interesem jednostki (wyrok z 13 marca 2000 r., K 1/99, OTK ZU 2000, z. 2, poz. 59, podobnie: wyroki — z 28 kwietnia 1999 r., K 3/99, OTK ZU 1999, z. 4, poz. 73 i z 22 czerwca 1999 r., K 5/99, OTK ZU 1999, z. 5, poz. 100). Mówiąc inaczej: na tle utrwalonego stanowiska TK na wypadek kolizji bezpośredniego działania ustawy nowej i interesu jednostki, można mówić raczej o odwróceniu „domniemania” przemawiającego za zasadą bezpośredniego działania (retrospektywności). Ta ostatnia dochodzi do głosu tylko na wypadek wykazania wyraźnie ważnego interesu publicznego.

Zmiana prawa może się dokonywać w sposób mniej lub bardziej dotkliwy dla samych uczestników. Bardzo dotkliwa jest tu retroaktywność prawa w sensie ścisłym, gdy nakazuje się stosować oceny i następstwa „nowego” prawa do faktów już zrealizowanych pod rządem prawa dawnego lub wręcz zamkniętych sytuacji prawnych czy nawet kwestii rozstrzygniętych przez sądy. Oznacza to bowiem poddanie prawu nowemu istniejącego stosunku prawnego

także co do tego jego fragmentu, który już upłynął pod rządem prawa dawnego, albo wręcz sytuacji traktowanej jako ukształtowana, zamknięta, z zakończonym stosunkiem prawnym. Zazwyczaj też poddanie takiej sytuacji (wytworzonej przez ustawodawcę) kontroli konstytucyjności spotyka się z oceną negatywną, jako naruszenie zasad rzetelnej legislacji. Mniej dotkliwa dla strony jest retrospektywność, tj. nakazanie stosowania prawa nowego dla stosunku prawnego także zawiązanego pod rządem dawnego prawa, jednakowoż tylko co do ocen i następstw prawnych tych faktów, które zaistniały od momentu wejścia w życie nowego prawa. Wtedy bowiem następuje tylko zmiana sytuacji, która — istniejąc w momencie podejmowania decyzji gospodarczej - mogła mieć wpływ na dokonanie przez stronę danej czynności prawnej, która - być może - nie zostałaby dokonana, gdyby można było brać pod uwagę przyszłą zmianę prawa. Brak natomiast reguły przewidującej zgodę na to, aby stosunki prawne nawiązane pod rządem prawa dawnego *ad infinitum* do czasu ich zgaśnięcia poddane były reżimowi, pod jakim się zawiązały. To bowiem powodowałoby równoległość reżimów prawnych (ze wszystkimi negatywnymi dalszymi konsekwencjami) i utrudniałoby pełną realizację polityki legislacyjnej władzy.

Reasumując, można wyróżnić następujące sposoby działania ustawy: 1) dalsze działanie ustawy dawnej, 2) działanie bezpośrednio ustawy nowej, 3) działanie na przyszłość ustawy nowej, 4) działanie wstecz ustawy nowej.

Przykłady ustaw działających wstecz są liczne. Można tu np. wymienić art. 10 ustawy z 28 lipca 1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny. Przepis ten pozwala doliczyć do okresu posiadania, wymaganego do nabycia nieruchomości przez zasiedzenie, okres, przez który zasiedzenie nie biegło pod rządami dotychczasowych przepisów (przede wszystkim z uwagi na zakaz nabycia przez zasiedzenie nieruchomości państwowej), chociaż spełnione były wszystkie warunki wymagane do biegu zasiedzenia przez nowe przepisy (którym powyższy zakaz nie jest znany); przy czym nie jest dopuszczalne skrócenie w ten sposób terminu zasiedzenia o więcej niż połowę. Otóż pod rządami dotychczasowych przepisów samoistne posiadanie nieruchomości państwowej przez osobę nie będącą jej właścicielem nie wywoływało skutku w postaci biegu zasiedzenia. Ustawa nowa nakazuje zaś oceniać skutki tego stanu faktycznego, zaszłego przed jej wejściem w życie, według jej właśnie przepisów. Prowadzi to do przyjęcia fikcji, iż zasiedzenie pod rządami ustawy dawnej jednak biegło. Podobnie zasadę działania ustawy nowej wstecz zawierał art. XVIII §1 p.w.k.p. Wedle tego przepisu, kodeks pracy stosować należało do roszczeń zakładów pracy z tytułu szkód wyrządzonych przez pracowników przed wejściem w życie tego kodeksu, chociażby wszczęta już była sprawa o odszkodowanie. Tak więc roszczenie odszkodowawcze pracodawcy, które zostało według dotychczasowych przepisów kodeksu zobowiązań ustalone w wysokości poniesionej przez niego szkody, ulegało ograniczeniu, w razie nieumyślnego wyrządzenia szkody, do wysokości szkody rzeczywistej jednak nie więcej niż

trzymiesięcznego wynagrodzenia pracownika. Kodeks pracy zmieniał tym samym skutki zdarzenia prawnego w postaci wyrządzenia szkody, które nastąpiło przed wejściem w życie tego kodeksu, pomimo iż skutki te już zaszyły pod rządami ustawy dawnej.

Także art. LV §1 p.w.k.c. wyraża zasadę działania ustawy nowej wstecz, gdyż nakazuje stosować k.c. do dziedziczenia gospodarstwa rolnego należącego do spadku otwartego przed wejściem w życie k.c. Przed wejściem w życie k.c. nastąpił w tym wypadku skutek prawny w postaci nabycia spadku przez spadkobierców określonych przez przepisy dotychczasowe; z mocy art. LV §1 p.w.k.c. uważa się jednak, że spadek nabyły inne osoby.

Podsumowując powyższe rozważania należy dojść do wniosku, iż retroaktywność prawa, wynikająca z ustawy jest wprost dozwolona w świetle przepisu art. 3 k.c. i niejednokrotnie była przez ustawodawcę wykorzystywana. Jakkolwiek w doktrynie, jak i orzecznictwie, zauważa się co do zasady brak uzasadnienia w demokratycznym państwie prawa dla retroaktywności prawa, to nie sposób nie zauważyć, iż zakaz *lex retro non agit* nigdy nie został podniesiony do rangi zasady konstytucyjnej. Z tych względów przyjąć należy, iż skuteczne zakwestionowanie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp może nastąpić jedynie w wyniku kontroli Trybunału Konstytucyjnego, natomiast brak takich podstaw dla organu stosującego prawo.

IV. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp a naruszenie zasad konstytucyjnych.

Równość wobec praw (art. 32 ust. 1 Konstytucji) oraz swoboda prowadzenia działalności gospodarczej należą do jednych z podstawowych zasad konstytucyjnych. Na marginesie warto jedynie zauważyć, iż swoboda prowadzenia działalności gospodarczej doznaje pewnych ograniczeń związanych z interwencjonizmem państwowym, jakkolwiek ograniczenie musi mieć swoje źródło wyłącznie w ustawie i ze względu na ważny interes publiczny (art. 22 Konstytucji). Podobnie pojęcie „równości” nie oznacza równość w znaczeniu bezwzględnym.

Jednakże ocena zgodności spornego przepisu w świetle podstawowych zasad, wyrażonych w Konstytucji, pozostaje poza kognicją Izby. Nie budzi wątpliwości, że to Trybunał Konstytucyjny orzeka o zgodności przepisów prawa, wydawanych przez centralne organy państwowe, z Konstytucją, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi i ustawami (art. 188 pkt 3 Konstytucji). Badanie zgodności przepisów prawa polega na stwierdzeniu istnienia ich zgodności lub sprzeczności z Konstytucją. Istotą tej kontroli jest dokonywanie oceny, czy norma niższego rzędu (przedmiot kontroli) jest zgodna z normą wyższego rzędu (podstawą kontroli, wzorcem kontroli). Podstawową dyrektywą tych ocen jest zasada hierarchiczności źródeł prawa, czyli nakaz, aby normy niższego rzędu były zgodne z normami wyższego rzędu.

Izba dostrzega również, iż zgodnie z art. 8 ust. 2 Konstytucji, przepisy Konstytucji stosuje się bezpośrednio, chyba że Konstytucja stanowi inaczej, a bezpośrednio stosowanie Konstytucji *sensu stricto* (samoistne stosowanie Konstytucji), zgodnie z poglądami głoszonymi w nauce prawa (B. Banaszak: Konstytucja RP. Komentarz, 2009), polega na tym, że sąd lub inny podmiot stosujący prawo opiera swoje rozstrzygnięcie wprost na postanowieniach Konstytucji i to one są podstawą prawną wydanego rozstrzygnięcia indywidualnego. Zaś, TK dopuszcza jako jedyną możliwą formę bezpośredniego stosowania Konstytucji tzw. współstosowanie jej norm i zasad z unormowaniami ustaw zwykłych (postanowienie z 22.3.2000 r., P 12/98, OTK 2000, Nr 2, poz. 67).

Nie można jednakże pominąć następującego stanowiska TK: "Bezpośrednie stosowanie Konstytucji nie oznacza kompetencji do kontroli konstytucyjności obowiązującego ustawodawstwa przez sądy i inne organy powołane do stosowania prawa. Tryb tej kontroli został bardzo wyraźnie i jednoznacznie ukształtowany przez samą Konstytucję. Artykuł 188 Konstytucji zastrzega do wyłącznej kompetencji Trybunału Konstytucyjnego orzekanie w wymienionych w nim sprawach bez względu na to, czy rozstrzygnięcie ma mieć charakter powszechnie obowiązujący, czy też ma ograniczać się tylko do indywidualnej sprawy. Domniemanie zgodności ustawy z Konstytucją może być obalone jedynie wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego, a związanie sędziego ustawą obowiązuje dopóty, dopóki ustawie tej przysługuje moc obowiązująca" (wyrok z 31.1.2001 r., P 4/99, OTK 2001, Nr 1, poz. 5).

Reasumując, nie znalazło potwierdzenia stanowisko Odwołującego, że Wykonawca odstąpił od umowy (w całości), a powyższe twierdzenie było istotą zarzutu sformułowanego przez Odwołującego. Jednocześnie wskazać należy, iż nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, iż Odwołujący odstąpił od umowy (czego Odwołujący nie wykazał), to realizacja przedmiotowego uprawnienia przysługiwałaby mu jedynie co do części umowy, biorąc pod uwagę podzielność świadczenia z umowy o roboty budowlane. Powyższe oznacza, iż Zamawiający mógł odstąpić od umowy, zaś skuteczności przedmiotowego odstąpienia, jak i braku właściwej mobilizacji sprzętu i personelu Wykonawca w ogóle nie kwestionował. Wobec wykazania przez Zamawiającego, okoliczności zakwalifikowanych przez Izbę jako ciężkie wykroczenie zawodowe i zwinionych przez Odwołującego, przy jednoczesnym braku dowodu przeciwnego, należało uznać, iż zaktualizowały się przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 20.000,00 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł, na podstawie kopii faktury VAT przedłożonej do akt sprawy.

Sygn. akt: KIO 729/12

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Wykluczenia Odwołującego z postępowania, podnosząc, iż Zamawiający uchybił przepisowi art. 24 ust. 1 pkt 1a Ustawy poprzez wykluczenie Odwołującego pomimo braku ziszczenia się ustawowych przesłanek uprawniających Zamawiającego do wykluczenia Odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu, a to w szczególności na skutek braku tożsamości podmiotowej Odwołującego i podmiotu, wobec którego Zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy w sprawie zamówienia publicznego, jak i braku skutecznego odstąpienia Zamawiającego od tej umowy. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz powtórzenia czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku złożonego przez Zamawiającego. Nadto, Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania. Odwołujący wniósł również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:

- a) odpisu z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dla Alpine Bau GmbH A - 1 spółka jawna z dnia 11 kwietnia 2012 roku - na okoliczność przekształcenia spółki cywilnej pod firmą „Konsorcjum Alpine Bau GmbH / Alpine Bau Deutschland AG / Alpine stavebni společnost Cz. s.r.o. spółka cywilna" w spółkę jawną pod firmą „Alpine Bau GmbH A - 1 sp. j.",
- b) odpisu pisma Zamawiającego z dnia 15 grudnia 2009 roku oraz odpisu pisma Zamawiającego z dnia 16 grudnia 2009 roku - na okoliczność wykazania braku skutecznego odstąpienia Zamawiającego od umowy ze spółką Alpine Bau GmbH A - 1 sp.j.,
- c) odpisu oświadczenia spółki Alpine Bau GmbH A - 1 sp. j.. z dnia 18 grudnia 2009 roku, z potwierdzeniem doręczenia Zamawiającemu w dniu 22 grudnia 2009 roku, w sprawie odstąpienia od umowy zawartej z Zamawiającym - na okoliczność wykazania skutecznego odstąpienia przez spółkę Alpine Bau GmbH A - 1 sp. j. od umowy z Zamawiającym,
- d) odpisu pozwu Alpine Bau GmbH A - 1 sp. j. przeciwko Zamawiającemu z dnia 12 stycznia 2010 roku (bez załączników), odpisu pozwu Zamawiającego przeciwko Alpine Bau

GmbH A - 1 sp. j. z dnia 19 stycznia 2010 roku (bez załączników) oraz odpisu odpowiedzi Alpine Bau GmbH A-I sp. j. z dnia 9 marca 2010 roku na pozew Zamawiającego - na okoliczność sporu pomiędzy Alpine Bau GmbH A - 1 sp. j. i Zamawiającym odnośnie do skutecznego odstąpienia od umowy przez Alpine Bau GmbH A - 1 sp. j.,

e) odpisu wniosku Odwołującego z dnia 4 stycznia 2012 roku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - na okoliczność wykazania, że uczestnikiem postępowania o udzielenie Zamówienia jest Alpine Bau GmbH, a nie Alpine Bau GmbH A - 1 sp.

f) analizy opóźnień w postępie robót poza odpowiedzialnością Wykonawcy - wg stanu na 30.09.2009 - załącznik nr 32 do pozwu z dnia 12 stycznia 2010 roku, złożonego przez Alpine Bau GmbH A - 1 sp. j. przeciwko Zamawiającemu - na okoliczność zwłoki Zamawiającego w wykonaniu umowy z Alpine Bau GmbH A - 1 sp. j.,

g) opinii p. prof. Kazimierza Flagi (styczeń - luty 2010) oraz z zeznań prof. J. Biliszczuka w postępowaniu sądowym z powództwa Zamawiającego przeciwko Alpine Bau GmbH A - 1 sp. j. (Sąd Okręgowy w Warszawie, sygnatura akt I C 202/10) złożone w dniu 23 stycznia 2012 roku - protokół z rozprawy - na okoliczność wykazania wad dokumentacji projektowej przekazanej Alpine Bau GmbH A - 1 sp. j. przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł nadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z biegłego z dziedziny budownictwa lądowego ze specjalnością budowy mostów na okoliczność ustalenia, czy dostarczona przez Zamawiającego dokumentacja projektowa, stanowiąca część specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ze szczególnym uwzględnieniem dokumentacji projektowej dla mostu MA 532, jest wadliwa i uniemożliwia wykonanie obiektu zgodnie z umową zawartą przez Zamawiającego i Alpine Bau GmbH A - 1 sp. j. i zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz zgodnie z zasadami wiedzy technicznej i sztuką budowlaną.

Odwołujący wskazał na następujące elementy faktyczne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy:

1. Umowa z dnia 18 października 2007 roku, dotycząca realizacji inwestycji pod nazwą „Budowa autostrady płatnej A1 odcinek od węzła Świerklany (bez węzła) do granicy Państwa z Republiką Czeską w Gorzyczkach w km 548+897 - km 567+223" (dalej jako „umowa”) została zawarta pomiędzy Zamawiającym a konsorcjum składającym się ze spółek Alpine Mayreder Bau GmbH, Alpine Bau Deutschland AG i Alpine stavebni spolecnost Cz. s.r.o. (dalej jako „Konsorcjum”).

2. Spółka Alpine Mayrder Bau GmbH zmieniła firmę na Alpine Bau GmbH, a zmiana ta została wpisana do austriackiego rejestru handlowego w dniu 1 września 2007 roku. Konsorcjum zostało przekształcone w spółkę cywilną, a w dniu 26 marca 2008 roku wspólnicy spółki cywilnej podjęli jednomyślną uchwałę o przekształceniu spółki cywilnej w spółkę jawną pod firmą Alpine Bau GmbH A - 1 spółka jawna. Przekształcenie nastąpiło na

podstawie art. 26 ust. 4 kodeksu spółek handlowych. Wpis spółki jawnej do rejestru przedsiębiorców nastąpił w dniu 5 września 2008 roku. Zgodnie z umową spółki Alpine Bau GmbH stała się współnikiem wyłącznie uprawnionym do reprezentacji spółki.

3. W dniu 15 grudnia 2012 roku Zamawiający skierował do spółki Alpine Bau GmbH A – 1 spółka jawna oraz do Alpine Holding GmbH i Alpine Bau GmbH pismo, w którym jedynie powiadomił o odstąpieniu od Umowy z dniem 29 grudnia 2012 roku. Następnie pismem z dnia 16 grudnia 2009 roku, kierowanym do spółki Alpine Bau GmbH A - 1 sp. j. Zamawiający powiadomił, że wstrzymuje wszelkie płatności na rzecz Alpine Bau GmbH A- 1 sp. j. oraz obciąża spółkę karą umowną w wysokości 15% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, wzywając spółkę Alpine Bau GmbH A - 1 sp. j. do zapłaty tej kary umownej w terminie 7 dni od daty otrzymania wezwania. Podstawę odstąpienia od Umowy stanowiła subklauzula 15.2 Ogólnych Warunków Kontraktu (stanowiących część składową Umowy), w której uregulowane zostało umowne prawo odstąpienia zastrzeżone dla Zamawiającego. Należy wskazać, że Zamawiający oprócz powiadomienia o odstąpieniu nigdy nie złożył samego oświadczenia o odstąpieniu od Umowy.

4. W dniu 18 grudnia 2009 roku Alpine Bau GmbH jako jedyny współnik uprawniony do reprezentowania spółki Alpine Bau GmbH A - 1 sp. j. złożyła w imieniu tej spółki oświadczenie o odstąpieniu od Umowy. Oświadczenie to zostało przekazane Zamawiającemu w dniu 22 grudnia 2009 roku. Z tym też dniem odstąpienie spółki Alpine Bau A - 1 sp. j. od Umowy stało się skuteczne. Oznacza to, że oświadczenie o odstąpieniu od Umowy stało się skuteczne zanim jeszcze Zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od Umowy.

5. Pomędzy Zamawiającym a spółką Alpine Bau GmbH powstał spór dotyczący zakończenia Umowy oraz związanych z tym roszczeń. W efekcie Alpine Bau GmbH A - 1 sp. j. pozwem z dnia 12 stycznia 2010 roku domagała się uznania, że oświadczenie Zamawiającego o odstąpieniu od Umowy było bezskuteczne (powództwo to zostało następnie rozszerzone o żądanie zapłaty odszkodowani). Postępowanie w tej sprawie toczy się przed Sądem Okręgowym w Warszawie pod sygnaturą akt XXV 39/10. Natomiast Zamawiający w pozwie z dnia 19 stycznia 2010 roku domaga się od Alpine Bau GmbH A- 1 sp. j. zapłaty kary umownej w związku z rzekomym odstąpieniem od Umowy. Postępowanie w tej sprawie toczy się przed Sądem Okręgowym w Warszawie pod sygnaturą akt I C 202/10.

W obu postępowaniach istota sporu dotyczy między innymi ustalenia, iż Zamawiający nie odstąpił od Umowy, gdyż:

- a) złożył jedynie powiadomienie bez oświadczenia o odstąpieniu od Umowy,
- b) osoba podpisująca umocowana była jedynie do powiadomienia o odstąpieniu od Umowy, a nie do złożenia oświadczenia o odstąpieniu,

- c) klauzula umowna przewidująca umowne prawo odstąpienia była nieważna wobec braku określenia terminu (art. 395 kodeksu cywilnego),
- d) umowa została rozwiązana z dniem 22 grudnia 2009 roku wskutek odstąpienia przez Alpine Bau GmbH A-I sj. (od rozwiązanej już umowy nie można odstąpić),
- e) ewentualne odstąpienie Zamawiającego od Umowy musiałyby i tak zostać uznane za bezskuteczne, gdyż Zamawiający sam pozostawał w zwłoce, a Umowy nie można było wykonać z powodu wadliwości dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego.

Wskazując na przytoczone okoliczności faktyczne sprawy, Odwołujący dokonał następującej analizy prawnej:

(A) Brak tożsamości podmiotów:

Odwołujący wskazał, że w chwili składania przez Zamawiającego tzw. powiadomienia o odstąpieniu od umowy stroną tejże umowy była Alpine Bau GmbH A-1 sp. j., a i samo oświadczenie Zamawiającego kierowane było do spółki Alpine Bau GmbH A - 1 sp. j. jako następcy prawnego konsorcjum, z którym Zamawiający zawarł umowę (to bowiem sam Zamawiający wskazał w tzw. powiadomieniu o odstąpieniu, że Konsorcjum zostało „przekształcone następnie w Alpine Bau GmbH A - 1 Spółka Jawna”). Zgodnie bowiem z przepisami kodeksu spółek handlowych (KSH), a w szczególności art. 26 ust. 5 KSH, z chwilą wpisu do rejestru spółka cywilna staje się spółką jawną. Spółce tej przysługują wszystkie prawa i obowiązki stanowiące majątek wspólny wspólników, a przepisy art. 553 § 2 i 3 KSH stosuje się odpowiednio. Oznacza to, że w wyniku przekształcenia mamy do czynienia z sukcesją uniwersalną - nowy podmiot, jakim jest spółka jawna wstępuje z mocy prawa w prawa i obowiązki stanowiące dotychczas majątek wspólny przekształconej spółki cywilnej. Stosunki prawne nawiązane wcześniej przez wspólników działających w formie spółki cywilnej nie ustają, lecz są kontynuowane, przy czym ich stroną staje się spółka jawna. Sukcesja generalna będąca wynikiem przekształcenia dotychczasowego wykonawcy uznawana jest za dopuszczalną w świetle przepisów ustawy Pzp. Co więcej, należy zważyć, że w wyniku dokonanego przekształcenia nie zmienił się skład wspólników spółki jawnej, a nadto wspólnicy ci - na mocy art. 31 § 1 KSH - ponoszą wobec Zamawiającego odpowiedzialność subsydiarną za zobowiązanie spółki jawnej.

Konsekwencją dokonanego przekształcenia spółki cywilnej działającej pod firmą „Konsorcjum Alpine Bau GmbH / Alpine Bau Deutschland AG / Alpine stavebni společnost Cz. s.r.o. spółka cywilna” było powstanie nowego podmiotu, tj. spółki jawnej pod firmą „Alpine Bau GmbH A - 1 sp. j.”, która przejęła prawa i obowiązki stanowiące uprzednio majątek wspólny wspólników spółki cywilnej. Okoliczność ta nie budziła i nie budzi wątpliwości Zamawiającego, albowiem w zawisłych obecnie postępowaniach sądowych stroną przeciwną Zamawiającego jest właśnie spółka Alpine Bau GmbH A - 1 sp. j., a nie jej

wspólnicy. Tym samym stroną umowy w dniu składania przez Zamawiającego oświadczenia o zamiarze odstąpienia od tej umowy była spółka Alpine Bau GmbH A-I sp-j-

Odwołujący podniósł, że przepis art. 24 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie rozróżnia wykonawcę niebędącego osobą prawną i jego wspólników (choćby podstawy wykluczenia wskazane w pkt. 2), 3) oraz 5), 6) i 7) tegoż przepisu). Należy zatem uznać, że ustawodawca jedynie w wyjątkowych sytuacjach dopuszcza wykluczenie wykonawcy będącego np. spółką jawną z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wyjątków tych nie można rozciągać na inne przypadki. W szczególności dotyczy to sytuacji, w której dany wykonawca jest jedynie wspólnikiem innego wykonawcy, który - według arbitralnej oceny zamawiającego - nie wykonał należycie udzielonego mu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący stwierdza, że Zamawiający tylko wówczas mógłby zasadnie stosować przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, gdyby wykonawcą ubiegającym o udzielenie się Zamówienia była spółka Alpine Bau GmbH A - 1 sp. j. Taka sytuacja nie ma jednak miejsca w niniejszym postępowaniu, albowiem wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony został przez Odwołującego (tj. przez spółkę Alpine Bau GmbH).

(B) Odstąpienie od Umowy

1. Kolejna przesłanka uzasadniająca wykluczenie danego wykonawcy, zawarta w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, określona została w ten sposób, że to dany zamawiający odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego. Konieczne jest zatem, aby oświadczenie zmierzające do przedterminowego zakończenia stosunku prawnego wiążącego zamawiającego i wykonawcę zostało złożone przez zamawiającego oraz aby to właśnie oświadczenie wywarło skutek w postaci zakończenia stosunku prawnego.

2. Należy wskazać, że rozstrzygnięcie Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia nie spełnia tego warunku, bowiem umowa wiążąca Zamawiającego i spółkę Alpine Bau GmbH A - 1 sp. j. ustała nie w wyniku oświadczenia złożonego przez Zamawiającego, lecz wskutek oświadczenia złożonego przez Alpine Bau GmbH A - 1 sp. j. Okoliczność powyższą potwierdza zresztą sam Zamawiający w piśmie z dnia 3 kwietnia 2012 roku, wskazując, że odstąpienie od Umowy „nastąpiło w dniu 29.12.2009 r.” (str. 15 pisma Zamawiającego z dnia 3 kwietnia 2012 roku).

3. Zamawiający pominął zupełnie okoliczność, że sam otrzymał w dniu 22 grudnia 2009 r. oświadczenie spółki Alpine Bau GmbH A - 1 sp. j. o odstąpieniu od umowy i to że odstąpienie to nastąpiło ze skutkiem natychmiastowym. Tym samym umowa uległa zakończeniu już w dniu 22 grudnia 2009 r. W konsekwencji odstąpienie od umowy nie mogło nastąpić - jak chce Zamawiający - w dniu 29 grudnia 2009 r., albowiem w tym dniu umowa wskutek oświadczenia spółki Alpine Bau GmbH A - 1 sp. j. już nie wiązała stron.

4. Należy w tym miejscu zważyć, że Zamawiający nie może obecnie wykazać, iżby to on skutecznie odstąpił od Umowy, albowiem pomiędzy Zamawiającym a spółką Alpine Bau GmbH A - 1 sp. j. trwają spory sądowe, których przedmiotem jest m.in. rozstrzygnięcie kwestii skuteczności odstąpienia od umowy. Na marginesie tylko zaznaczyć można, że istotne wątpliwości budzą postanowienia umowy wskazane przez Zamawiającego jako podstawy do wykonania prawa odstąpienia od umowy (subklauzula 15.2 Ogólnych Warunków Kontraktu). Postanowienie to należy bowiem odczytywać jako zastrzeżenie przez Zamawiającego umownego prawa odstąpienia. Skuteczne zastrzeżenie takiego prawa wymaga jednakże wskazania terminu końcowego, w jakim prawo to może zostać wykonane. Tymczasem subklauzula 15.2 Ogólnych Warunków Kontraktu takiego terminu nie zawiera, co powoduje, że należy ją uznać za nieważną (art. 58 kodeksu cywilnego).

5. Niezależnie od kwestii dotyczących ważności postanowień umowy, na podstawie których Zamawiający odstąpił od umowy, uwzględnić należy również okoliczność, że to Zamawiający swym zachowaniem i brakiem współdziałania przy wykonywaniu umowy doprowadził do powstania opóźnień przy jej realizacji lub też wręcz uniemożliwił jej realizację. Na dowód powyższego Odwołujący załączył wykaz opóźnień poza odpowiedzialnością wykonawcy, stanowiący załącznik nr 32 do pozwu z dnia 12 stycznia 2010 roku, złożonego przez spółkę Alpine Bau GmbH A - 1 sp. j. Wskazane tam okoliczności potwierdzają, że Zamawiający nie był uprawniony do odstąpienia od Umowy.

(C) Niewłaściwe zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp - naruszenie zasady nie działania prawa wstecz:

1. Odwołujący zauważa, że ustawa z dnia 25 lutego 2011 roku o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2011, Nr 87, poz. 484), wprowadzająca przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a do ustawy pzp, zawiera jedynie bardzo oszczędne regulacje intertemporalne. Ograniczają się one do regulacji zawartej w art. 2, zgodnie z którym to przepisem do postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe. Nie można też nie zauważyć, że ustawa ta weszła w życie już po upływie 14 dni od daty jej ogłoszenia.

2. Odwołującemu znany jest pogląd prezentowany przez Krajową Izbę Odwoławczą, zgodnie z którym wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp następuje także wówczas, gdy wykonawca ten nie wywiązał się z umowy z danym zamawiającym także w okresie trzech lat przed dniem wejścia w życie tego przepisu. W ocenie Odwołującego, pogląd ten nie jest jednak zasadny i nie powinien być powielany przez Skład Izby rozstrzygający niniejsze odwołanie, a to ze względu na sprzeczność tego poglądu z zasadami konstytucyjnymi, na co zwracał uwagę Sąd Najwyższy.

3. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 3 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp ustawa nie działa wstecz, chyba, że co innego wynika z jej brzmienia lub celu. Z brzmienia ustawy z dnia 25 lutego 2011 roku nie wynika jednakże w żaden sposób, że ma odnosić się także do zdarzeń sprzed dnia jej wejścia w życie. Gdyby taki był rzeczywisty zamiar ustawodawcy, zawarłby on odpowiedni przepis w samej ustawie, aby wyraźnie uregulować powyższą kwestię. Trudno także uznać, że nakaz stosowania ustawy w odniesieniu do zdarzeń, które nastąpiły przed dniem jej wejścia w życia wynikał z celu ustawy. Nie ulega wprawdzie wątpliwości, że celem ustawodawcy było ograniczenie prawa określonych wykonawców do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże z takiego sformułowania celu ustawy nie wynika i nie może wynikać stwierdzenie, że ustawa ta działa wstecz. Ponadto, w orzecznictwie wprost zakwestionowano dopuszczalność stosowania prawa z mocą wsteczną z uwagi na cel ustawy. Sąd Najwyższy w jednym z wyroków stwierdził, że „W demokratycznym państwie prawnym nie można wywodzić mocy wstecznej ustawy z jej celu.” Wskazuje się też, że „W art. 3 kc. sformułowana została zasada, według której prawo nie działa wstecz (*lex retro non agit*) co oznacza, że nowego prawa nie stosuje się do zdarzeń prawnych i ich skutków jeżeli miały one miejsce przed wejściem w życie nowego prawa. Zasada nieretroakcji prawa wynika z wyrażonej w art. 2 Konstytucji RP zasady demokratycznego państwa prawa i stanowi jeden z jego wyznaczników. Aczkolwiek Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie nie wykluczył możliwości odstępstw od tej zasady, jednakże z uwagi na jej fundamentalne znaczenie dla ustroju demokratycznego wskazał, że odstępstwa są dopuszczalne jedynie w przypadkach, gdy jest to konieczne dla realizacji innej wartości (zasady) konstytucyjnej ocenionej jako ważniejsza od wartości chronionej zakazem retroakcji. [...] Niedookreśloność użytego w art. 3 kc. pojęcia "celu" ustawy w kontekście podstawowej dla porządku prawnego zasady "*lex retro non agit*" oraz treści art. LXIV przepisów przejściowych określającego przecież sposób stosowania prawa w przypadkach wątpliwych, nakazuje ograniczenie możliwości odwoływania się do tej podstawy stosowania nowego prawa do zdarzeń przeszłych, do przypadków wyjątkowych, w których z uwagi na przedmiot regulacji ustawy nie byłoby możliwe jej stosowanie bez odwołania się właśnie do zdarzeń prawnych i ich skutków powstałych przed wejściem w życie tejże ustawy."

4. Nie ulega wątpliwości, że w przypadku art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp cel zamierzony przez ustawodawcę może być osiągnięty poprzez stosowanie tego przepisu wyłącznie w odniesieniu do zdarzeń, które nastąpiły po dniu wejścia w życie tego przepisu (o ile w ogóle uznaje się za dopuszczalne i zasadne działanie prawa wstecz tylko z uwagi na cel ustawy). Co więcej - tego rodzaju wykładnia pozwala też na zapewnienie równowagi w zakresie ochrony słusznych praw wykonawców i zamawiających. Z powyższych względów uznać należy, że brak jest podstaw do przyjęcia, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 a ustawy Pzp

znajduje zastosowanie także do tych przypadków wypowiedzenia, rozwiązania albo odstąpienia od umowy przez zamawiającego, które miały miejsce przed dniem 11 maja 2011 r. (tj. przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 25 lutego 2011 r., wprowadzającej przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp).

5. Odwołujący przywołuje pogląd wyrażony w jednym z wyroków Trybunału Konstytucyjnego, zgodnie z którym: „[...] zasada państwa prawnego wymaga, by zmiana prawa dotychczas obowiązującego, która pociąga za sobą niekorzystne skutki dla sytuacji prawnej podmiotów, dokonywana była zasadniczo z zastosowaniem techniki przepisów przejściowych, a co najmniej odpowiedniego *vacatio legis*. Stwarzają one bowiem zainteresowanym podmiotom możliwość przystosowania się do nowej sytuacji prawnej. Ustawodawca może z nich zrezygnować - decydując się na bezpośrednie (natychmiastowe) działanie nowego prawa - jeżeli przemawia za tym ważny interes publiczny, którego nie można wyważyć z interesem jednostki.” Odnosząc powyższe do sposobu wprowadzenia regulacji zawartej w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, Odwołujący stwierdza, że ustanowienie krótkiego *vacatio legis* dla przepisu, który w istotny sposób negatywnie wpływa na sytuację prawną wielu podmiotów, które zostają pozbawione możliwości obiektywnego stwierdzenia okoliczności dotyczących niewykonania konkretnego zamówienia i to nawet w odniesieniu do sytuacji, w których rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej przez zamawiającego nastąpiło przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej Ustawę i jest np. przedmiotem postępowania sądowego.

(D) Sprzeczność przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a Ustawy z prawem wspólnotowym:

1. W ocenie Odwołującego, przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp należy uznać za sprzeczny z prawem wspólnotowym, a w szczególności z art. 45 ust. 2 lit. d) 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 z dnia 31 marca 2004 r. (Dz. Urz. UE. L Nr 134, str. 114 z późn. zm., zwanej dalej „Dyrektywą”). Przepis ten dopuszcza wykluczenie każdego wykonawcy, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające”.

2. Zdaniem Odwołującego, już sama redakcja przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp budzi wątpliwości co do jego zgodności z art. 45 ust. 2 pkt d) Dyrektywy. O ile bowiem Dyrektywa posługuje się pojęciem „wykroczenie zawodowe”, o tyle ustawa Pzp ogranicza się do wskazania „okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność”. Dyrektywa nie zawiera definicji pojęcia „wykroczenie zawodowe”. W doktrynie wskazuje się jednak, że podstawy wykluczenia wykonawców wskazane w art. 45 ust. 2 Dyrektywy „[...] mają w niektórych przypadkach zastosowanie wobec wykonawców, którzy zostali utworzeni jako

spółki, a w innych - wobec osób indywidualnych, szczególnie w przypadku skazania za działalność przestępczą oraz typowe wykroczenia zawodowe popełniane przez osoby indywidualne." Analizując przesłankę wskazaną w art. 45 ust. 2 pkt d) Dyrektywy wskazuje się też, że przesłanka ta nie wskazuje na prawomocny wyrok sądowy, więc gdy naruszenie dotyczy przepisów prawa czy też kodeksów postępowania, (nie zostało orzeczone na podstawie prawomocnego wyroku sądowego) i jest złamaniem prawa administracyjnego lub prowadzi do wszczęcia procedur dyscyplinarnych przez organizacje zawodowe, jest wystarczającym powodem do wykluczenia. W tym przypadku instytucja zamawiająca ma swobodę wyboru wymaganego dowodu pod warunkiem, że jest on uzasadniony. Przypadkami naruszeń zawodowych, w sensie formalnym, zajmują się organizacje zawodowe, którym podlega dany zawód lub profesja. W zakresie, w jakim organizacje te mogą wydawać oświadczenia lub certyfikaty potwierdzające prawidłowość postępowania, powinny one stanowić akceptowalne dowody."

3. Mając na uwadze powyższe wywody, uznać należy, że pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego” nie może być (lub przynajmniej nie zawsze może być) utożsamiane z niewykonaniem zobowiązania. Tym samym nie może ono także stanowić podstawy do wykluczenia danego wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (chyba, że zamawiający wykaże, że w danych okolicznościach niewykonanie umowy rzeczywiście stanowi poważne wykroczenie zawodowe).

4. W tym miejscu godzi się też przywołać jeden z wyroków Trybunału Sprawiedliwości, zapadły jeszcze na gruncie artykułu 29 dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (powołany przepis w zakresie przesłanek wykluczenia odpowiada treścią art. 45 obecnej Dyrektywy). Trybunał Sprawiedliwości stwierdził wprost, że: „W kontekście koordynacji, art. 29 dyrektywy przewiduje siedem podstaw wykluczenia kandydatów z udziału w zamówieniu, które odnoszą się do ich uczciwości zawodowej, wypłacalności, wiarygodności. Przepis ten pozostawia zastosowanie tych wszystkich przypadków wykluczenia do oceny państw członkowskich, o czym świadczy wyrażenie 'z udziału w zamówieniu można wykluczyć [...] ', które znajduje się na początku tego przepisu i wyraźnie odsyła w lit. e) i f) do przepisów krajowych. W ten sposób, jak zasadnie zauważa Komisja Wspólnot Europejskich, rozważany przepis sam określa wyłączne Branice uprawnień państw członkowskich w tym znaczeniu, że nie mogą one ustanawiać innych przypadków wykluczenia niż przypadki tam wskazane. To uprawnienie państw członkowskich jest również ograniczone przez ogólne zasady przejrzystości i równego traktowania (w szczególności wyroki z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 *Universale-Bau i in.*, Rec. str. 1-11617, pkt 91 i 92 oraz z dnia 16 października 2003 r. w sprawie C-421/01 *Traunfellner*, Rec. str. 1-11941, pkt 29)“].

5. Mając na uwadze treść cytowanego powyżej orzeczenia oraz istotne wątpliwości dotyczące zgodności przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp z art. 45 ust. 2 pkt d) Dyrektywy należy rozważyć, czy wprowadzenie powyższej regulacji nie tworzy nowej, nieistniejącej w prawie wspólnotowym, przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Skoro bowiem przesłanka wykluczenia wykonawcy wykracza dalece poza pojęcie „wykroczenia zawodowego”, uznać należy, że przepis ten jest niezgodny z art. 45 ust. 2 pkt d) Dyrektywy, a jego stosowanie może być co najwyżej ograniczone do tych przypadków, w których zamawiający wykaże popełnienie przez wykonawcę „poważnego wykroczenia zawodowego”. Nie ulega żadnej wątpliwości, że w niniejszej sprawie Zamawiający takiej okoliczności w żaden sposób nie wykazał.

(E) Niespełnienie się przesłanki w postaci niewykonania zamówienia przez Alpine Bau GmbH A - 1 Sp. j. z przyczyn, za które spółka ta ponosiłaby odpowiedzialność:

1. Z ostrożności procesowej, Odwołujący wskazuje także, że brak jest podstaw do przyjęcia, że Zamawiający mógłby odstąpić od Umowy z Alpine Bau GmbH A - 1 sp. j. z powodu okoliczności, za które spółka ta miałaby ponosić odpowiedzialność. Na dowód powyższego twierdzenia Odwołujący pragnie wskazać choćby na treść oświadczenia spółki Alpine Bau GmbH A-1 sp. j. z dnia 18 grudnia 2009 r., w którym wskazano liczne uchybienia Zamawiającego w zakresie wykonywania umowy czy powołany już wyżej załącznik nr 32 do pozwu Alpine Bau GmbH A - 1 sp. j. z dnia 12 stycznia 2010 r.

2. Co więcej, zarzuty uczynione w oświadczeniu Alpine Bau GmbH A-1 sp. j. o odstąpieniu od umowy zostały następnie potwierdzone działaniami samego Zamawiającego, który zlecił opracowanie opinii dotyczących poprawności projektu mostu MA 532, a po jej otrzymaniu zlecił sporządzenie projektu różnicowego dla mostu MA 532 w celu usunięcia pewnej części wad w pierwotnej dokumentacji projektowej dla tego obiektu.

3. Z uwagi na powyższe uznać należy, zdaniem Odwołującego, że działania Zamawiającego podjęte wobec spółki Alpine Bau GmbH A - 1 sp. j. nie były uzasadnione, albowiem spółka ta nie mogła wykonać umowy z przyczyn dotyczących Zamawiającego - zwłoki Zamawiającego w wykonaniu jego zobowiązania do dostarczenia dokumentacji projektowej wolnej od wad (art. 486 kodeksu cywilnego w zw. z art. 647 kodeksu cywilnego). Zwłoka wierzyciela ma bowiem ten skutek, iż „dłużnikowi, który nie świadczył w terminie, nie tylko nie można zarzucić zwłoki, ale nawet przypisać opóźnienia.” Uzupełniająco Odwołujący wskazuje, że wskutek wadliwości dokumentacji projektowej dostarczonej przez Zamawiającego przedmiotowy odcinek autostrady do dnia złożenia niniejszego odwołania nie został wybudowany, a zatem już w dacie tzw. powiadomienia o odstąpieniu ówczesny wykonawca (tj. Alpine Bau GmbH A - 1 sp. j.) nie mógł wykonać umowy z przyczyn niezależnych od siebie.

IV. Dodatkowe okoliczności i dowody dla zaprzeczenia twierdzeniom Zamawiającego, zawartym w piśmie z dnia 3 kwietnia 2012 r. – uzasadnienie braku spełniania przesłanki, iż odstąpienie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Alpine Bau A-1 sp. j.

Odwołujący wyjaśnił, iż wskazane w poniższym opisie dowody znajdują się w aktach spraw I C 202/10 oraz XXV C 39/10, prowadzonych przez Sąd Okręgowy w Warszawie. W związku z powyższym wniósł o wystąpienie do Sądu Okręgowego w Warszawie o udostępnienie dowodów zgromadzonych w tych postępowaniach a powołanych w niniejszym piśmie.

W celu zaprzeczenia, iż odstąpienie nastąpiło z powodu przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Odwołujący wskazał na następujące okoliczności (podając szczegółowe uzasadnienie w treści odwołania i dowody na ich poparcie):

1. brak przekazania pozwolenia na budowę i innych wymaganych pozwoleń,
2. brak przekazania kompletnej i niewadliwej Dokumentacji Projektowej,
3. naruszenie obowiązków przez Zamawiającego przy przekazaniu placu budowy,
4. naruszenie przez GDDKiA obowiązku współdziałania w wykonaniu umowy,
5. naruszenie przez GDDKiA jego obowiązków jako inwestora i Zamawiającego:
 - a. wady placu budowy - niemożność prowadzenia prac z powodu niewybuchów,
 - b. wadliwa dokumentacja dla mostu autostradowego MA 532,
 - c. wady placu budowy i wadliwa dokumentacja – konieczność ulepszenia podłoża (drogi) – dodatkowe wzmocnienia podłoża nasypu i wykopu,
 - d. wady placu budowy i wadliwa dokumentacja – konieczność ulepszenia podłoża (mosty) – zmiana rozstawu, średnic i długości kolumn kamiennych,
 - e. wady placu budowy i wadliwa dokumentacja – wykopaliska archeologiczne,
 - f. wadliwa dokumentacja – przeszkody w robotach przezbrojeniowych (brak podstawowych rysunków w dokumentacji projektowej dla przepustów KA-24 i KA-26, nośne podłoże pod przepustem KA-24 i KA-26),
 - g. wadliwa dokumentacja – brak projektów (brak rysunków projektowych dla MOP III Mszana, wadliwa dokumentacja – gwoździe gruntowe),
 - h. brak dostępu do placu budowy,
 - i. wadliwa dokumentacja – przebudowa linii wysokiego napięcia 110 kV,
 - j. wadliwa dokumentacja – skarpy wykopów,
 - k. wadliwa dokumentacja – brak pozwoleń wodnoprawnych,
 - l. wadliwa dokumentacja – ochrona środowiska: brak uwzględnienia stanowiska ptaków chronionych,
 - m. roszczenie o przedłużenie czasu,
 - n. pospółka na goeoruszcie,

- o. brak współdziałania – brak zapewnienia stałej obecności na placu budowy nadzoru autorskiego,
- p. brak należytego przygotowania dokumentacji – wycinka drzew, odhumusowanie,
- q. brak możliwości wykonania umowy z przyczyn niezależnych od stron – wyjątkowo niesprzyjające warunki pogodowe (roszczenia nr 6, 23, 31),
- r. roszczenia wykonawcy nr: 2, 3, 4, 5, 9, 17, 24, 33a, 33b.

Reasumując Odwołujący stwierdził, iż brak przekazania placu budowy w terminie, brak przekazania placu budowy w stanie umożliwiającym prowadzenie robót, braki i wadliwość dokumentacji, zlecenie robót nieobjętych przedmiotem zamówienia, tj. SIWZ, brak należytego współdziałania Zamawiającego poprzez opóźnianie jego koniecznych decyzji, wreszcie brak wykonywania obowiązków GDDKiA jako Zamawiającego w zakresie współdziałania w dokonywaniu zmian do umowy oraz wypłacania należnego Wykonawcy wynagrodzenia miały wpływ nie tylko na możliwość wykonania umowy w terminie, ale na możliwość wykonania umowy w ogóle.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W niniejszym postępowaniu Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania, na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, wskazując na następujące okoliczności:

A. odnośnie przesłanki wykluczenia nr 1 *„Zamawiającego łączyła z Wykonawcą umowa w sprawie zamówienia publicznego, którą Zamawiający rozwiązał, wypowiedział lub odstąpił od niej”*

W dniu 21.11.2006 r. zostało wszczęte postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na „Budowę autostrady płatnej A1 odcinek od węzła Świerklany (bez węzła) do granicy Państwa z Republiką Czeską w Gorzyczkach w km 548+897 - km 567+223”. W wyniku tego, w dniu 18.10.2007 r., zawarta została umowa w sprawie ww. zamówienia publicznego o nr FS/2006/PL/16/C/PT/001-3 pomiędzy: Zamawiającym Generalną Dyрекcją Dróg Krajowych i Autostrad, a spółkami tworzącymi Konsorcjum w składzie: Alpine Mayreder Bau GmbH (lider konsorcjum), Alpine Bau Deutschland AG, Alpine stavebni společnost Cz, s.r.o.

Pismem z dnia 15.12.2009 r. Zamawiający powiadomił Wykonawcę o odstąpieniu od umowy z dniem 29.12.2009 r.

Wniosek o dopuszczenie do udziału w niniejszym postępowaniu złożyła spółka Alpine Bau GmbH.

Analiza odpisu z austriackiego rejestru przedsiębiorców dla spółki Alpine Bau GmbH (prowadzonego przez Landesgericht Salzburg Sąd Rejonowy w Salzburgu), zawierającego dane historyczne, prowadzi do jednoznacznego wniosku, że spółka Alpine Bau GmbH z siedzibą Wais bei Salzburg jest tym samym podmiotem co spółka pod firmą Alpine Mayreder Bau GmbH z siedzibą Wais bei Salzburg. Spółka Alpine Mayreder Bau GmbH dokonała zmiany umowy spółki (uchwałą wspólników z dnia 04.07.2007 r.), na mocy której dokonano zmiany jej firmy (nazwy). Zmiana ta została zarejestrowana przez właściwy sąd rejestrowy w dniu 01.09.2007 r., zatem od tego dnia spółka formalnie funkcjonuje pod firmą (nazwą) Alpine Bau GmbH. Oznacza to również, że wszelkie odpisy z rejestru Spółki wydane przed 1 września 2007 r. w rubryce FIRMA wskazywać będą jeszcze na firmę (nazwę) Spółki - Alpine Mayreder Bau GmbH. Odpisy wydane po tej dacie będą już z kolei zawierały aktualną firmę (nazwę) Spółki - Alpine Bau GmbH.

Z powyższego wynika zatem, w ocenie Zamawiającego, że Zamawiającego łączyła z Wykonawcą umowa w sprawie zamówienia publicznego, od której Zamawiający odstąpił.

B. odnośnie przesłanki wykluczenia nr 2 *„rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego nastąpiło z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca”*

Zamawiający, pismem z dnia 15.12.2009 r., powiadomił Wykonawcę, na podstawie Subklauzuli 15.2 (a), (b), (c) Warunków Kontraktu, o odstąpieniu z dniem 29.12.2009 r. od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. We wskazanym powyżej piśmie powiadamiającym Wykonawcę o odstąpieniu od umowy Zamawiający szczegółowo opisał przyczyny odstąpienia.

I. Przyczyny odstąpienia od umowy zgodnie z Subklauzulą 15.2 (a): *„Wykonawca nie zastosuje się do Subklauzuli 4.2 [Zabezpieczenie Wykonania], lub do wezwania według Subklauzuli 15.1 [Wezwanie do poprawienia]”*.

Podstawą odstąpienia od Kontraktu na podstawie przedmiotowej Subklauzuli jest przesłanka wskazująca na brak zastosowania się Wykonawcy do wezwania według Subklauzuli 15.1 [Wezwanie do poprawienia].

Pismem z dnia 9 października 2009 roku Inżynier Kontraktu na podstawie Subklauzuli 15.1 wezwał Wykonawcę do spełnienia ściśle określonych zobowiązań oraz naprawienia strat, które swym działaniem Wykonawca wyrządził Kontraktowi i Zamawiającemu, a tym samym do nadrobienia zaległości całkowicie leżących po stronie Wykonawcy i usunięcia nieprawidłowości spowodowanych przez Wykonawcę. Wykonawca w terminach określonych w wyżej wskazanym piśmie zobligowany został do wykonania asortymentu robót drogowych,

mostowych oraz naprawienia i wyeliminowania okoliczności wpływających na brak właściwej mobilizacji Wykonawcy i właściwy postęp Robót określonych w pkt. III ww. pisma Inżyniera.

Pismem z dnia 26 października 2009 r., Inżynier Kontraktu poinformował Wykonawcę, iż mając na względzie jego powiadomienie o opadach panujących od 12.10.2009 r. (pismo Wykonawcy z dnia 21.10.2009 r.), przedłużył termin wywiązania się z wezwania do poprawy na mocy Subklauzuli 15.1 Warunków Kontraktu o 14 dni, tj. z 30.10.2009 r. do 14.11.2009 r. Powyższe jak dalej wskazał Inżynier Kontraktu, nie dotyczy robót, które w podnoszonych przez Wykonawcę rzekomo niekorzystnych warunkach atmosferycznych, można było wykonać w terminach określonych w piśmie Inżyniera z dnia 9.10.2009 r., tj.: zabezpieczenia skarp wykopów - termin zakończenia do 30.10.2009 r.; drenaże - termin zakończenia do 26.10.2009 r.; obiekty mostowe - termin zakończenia do 30.10.2009r.;

Zakreślone przez Inżyniera terminy, w których Wykonawca został zobligowany do naprawienia wynikłych strat i opóźnień, dla w pełni doświadczonego Wykonawcy były terminami racjonalnymi. Należy podkreślić, że terminy zakreślone przez Inżyniera Kontraktu zostały oparte na terminach deklarowanych przez samego Wykonawcę na Radach Budowy.

Inżynier jednocześnie poinformował Wykonawcę, iż w przypadku, gdy w terminach określonych w piśmie Inżyniera z dnia 9 października 2009 roku, zmienionych następnie pismem Inżyniera z dnia 26 października 2009 roku, Wykonawca nie wywiąże się z powyższego zobowiązania oraz nie naprawi wynikłych z tego tytułu strat, Zamawiający uprawniony będzie na mocy Klauzuli 15.2 Warunków Umowy do odstąpienia od Kontraktu.

Zgodnie z wezwaniem do naprawienia Wykonawca zobligowany został do wykonania określonego zakresu robót budowlanych oraz podjęcia działań naprawczych. W trakcie okresu objętego wezwaniem w trybie Subklauzuli 15.1 Inżynier Kontraktu, Przedstawiciel Zamawiającego oraz Przedstawiciel Wykonawcy dokonywali codziennych objazdów budowy monitorując zakres wykonywanych prac i sposób zaangażowania w powyższe Wykonawcy.

Po upływie czasu określonego przez Inżyniera w wezwaniu do naprawienia, Zamawiający oraz Inżynier podsumowali zakres wdrożonych działań mających na celu zapewnienie właściwej mobilizacji Wykonawcy i właściwy postęp Robót.

W okresie objętym wezwaniem do naprawy, tj. pomiędzy 9.10.2009 -14.11.2009 r., Inżynier Kontraktu wraz z Przedstawicielem Wykonawcy oraz Przedstawicielem Zamawiającego dokonywał codziennych przeglądów terenu budowy oceniając, czy tempo wykonywanych przez Wykonawcę robót zwiększyło się oraz czy i w jakim zakresie wykonywane są roboty w asortymentach i na obiektach określonych w wezwaniu Inżyniera. Przedmiotowe raporty zawierają informacje z placu budowy w zakresie rodzaju

wykonywanych robót, ilości Personelu Wykonawcy na budowie, ilości sprzętu oraz warunków pogodowych. Dokładna analiza przedmiotowych raportów, jak i codzienne wizje lokalne na placu budowy w sposób jednoznaczny wykazały, iż Wykonawca nie podjął działań naprawczych mających na celu wywiązanie się z nałożonego na niego, wezwaniem w trybie Subklauzuli 15.1, zobowiązania do naprawienia strat wyrządzonych Kontraktowi i Zamawiającemu. Liczba personelu Wykonawcy, przez cały okres tj. pomiędzy 9.10.2009 r. a 14.11.2009 r., była niewystarczająca i w żaden sposób nie mogła zapewnić zrealizowania zakreślonego przez Inżyniera Kontraktu zakresu prac w określonych terminach.

Przykładowo raport z 26.10.2009 roku, kiedy to temperatura powietrza wynosiła 8°C-9°C, nie było opadów atmosferycznych, wykazuje obecność - w chwili dokonywania objazdu na placu budowy:

na odc. I (godz. 9.00-12.00):

2 pracowników kadry kierowniczej Wykonawcy

87 pracowników kadry robotniczej Wykonawcy

na odc. II (godz. 9.30):

3 pracowników kadry kierowniczej Wykonawcy

58 pracowników kadry robotniczej Wykonawcy

obiekty Inżynierskie (godz. 10.30-15.30):

3 pracowników kadry kierowniczej Wykonawcy

135 pracowników kadry robotniczej Wykonawcy

Reasumując, w trakcie objazdu, na placu budowy było 8 pracowników kadry kierowniczej oraz 280 pracowników kadry robotniczej Wykonawcy, co przy tak dużym froncie robót, opóźnieniach leżących po stronie Wykonawcy oraz fakcie zawezwania Wykonawcy przez Inżyniera do zwiększenia zasobów personelu Wykonawcy było ilością absolutnie niewystarczającą. Ilości zatrudnianego Personelu w pozostałych dniach objętych zawezwaniem do naprawy przedstawiały się podobnie i również były zdecydowanie niewystarczające. Doświadczony Wykonawca, jakim jest Konsorcjum firm Alpine, nie podjął środków zaradczych i mobilizacyjnych, do podjęcia których został zobligowany. Przedmiotowe raporty zostały podpisane przez Przedstawiciela Wykonawcy, Inżyniera Kontraktu oraz Zamawiającego. Powyższe jednoznacznie określa, iż mimo zakreślonych przez Inżyniera Kontraktu terminów na wdrożenie działań naprawczych mających na celu nadrobienie opóźnień leżących po stronie Wykonawcy, Konsorcjum nie podjęło stosownych działań mających na celu wywiązanie się ze zobowiązań nałożonych wezwaniem zgodnie z Subklauzulą 15.1 Warunków Kontraktu.

Poza opadami deszczu, na które powołał się Wykonawca, a co zostało uwzględnione przez Inżyniera Kontraktu, Wykonawca nie wskazał na wystąpienie innych niezależnych od

niego przyczyn, które mogłyby uniemożliwić mu prawidłowe zrealizowanie wezwania Inżyniera z dnia 09.10.2009 r. w okresie 09.10.2009 r. - 14.11.2009 r. W ocenie Inżyniera i Zamawiającego, takie przyczyny niezależne od Wykonawcy nie wystąpiły we wskazanym wyżej okresie. Uchybienie terminom wskazanym w wezwaniu do poprawy nastąpiło wyłącznie z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

II. Uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia od Kontraktu na podstawie Subklauzuli 15.2 (c): „Zamawiający uprawniony będzie do odstąpienia od Kontraktu, jeżeli Wykonawca (...) bez rozsądnego usprawiedliwienia uchyła się od (...) prowadzenia Robót zgodnie z Klauzulą 8 [Rozpoczęcie, opóźnienia i zawieszenie]”.

Zgodnie z Klauzulą 8 Warunków Kontraktu, Wykonawca zobowiązany był rozpocząć realizację Robót tak szybko, jak jest to rozsądnie możliwe po Dacie Rozpoczęcia i następnie prowadzić Roboty z należyтым pośpiechem i bez opóźniania. Wykonawca zobowiązany był ukończyć całość Robót w ciągu Czasu na Ukończenie. W przypadku opóźnień leżących po stronie Wykonawcy wskazujących, że całość Robót nie zostanie zakończona w ciągu Czasu na Ukończenie, Wykonawca powinien przyspieszyć postęp prac, w tym zwiększyć godziny pracy i liczbę personelu.

Wykonawca od początku realizacji Kontraktu nie wykazywał należytego i profesjonalnego zaangażowania umożliwiającego sprawną realizację Robót. Realizacja kontraktu prowadzona była niezgodnie z Harmonogramem oraz dalszymi jego aktualizacjami. Problemy w mobilizacji ludzi i sprzętu, brak właściwego zarządu nad zasobami Wykonawcy, liczne i częste zmiany na stanowiskach kierowniczych, liczne zmiany schematu organizacyjnego Wykonawcy, brak reakcji na częste uwagi i wskazówki Inżyniera co do zaangażowania Wykonawcy, wskazują na brak profesjonalnego i rzetelnego podejścia do prowadzonych Robót. Ponadto, powołane uchybienia, zaniedbania i błędy w realizacji Kontraktu leżące po stronie Wykonawcy były na tyle długotrwałe, poważne i istotne, że zagrożona była prawidłowa i terminowa realizacja Kontraktu.

Należy podkreślić, iż od chwili stwierdzenia, iż Wykonawca nie wywiązuje się z wymogów Subklauzul 8.1 oraz 6.5 Warunków Kontraktu, Inżynier Kontraktu domagał się od Wykonawcy przedłożenia zaktualizowanego Harmonogramu. Harmonogram ten miał przedstawiać, kiedy i w jaki sposób Wykonawca zamierza nadrobić powstałe z jego winy opóźnienia w realizacji robót. Inżynier Kontraktu sygnalizował również wielokrotnie, iż Wykonawca nie realizuje zadania zgodnie z Subklauzulą 6.5 Warunków Kontraktu, w której obowiązuje czas pracy w godz. od 6.00 do 22.00, w okresie od maja do września. Jednocześnie Inżynier Kontraktu sugerował Wykonawcy usprawnienie brakującej skutecznej organizacji robót, co negatywnie wpływało na postęp Robót na budowie.

Wykonawca nie przedstawił wspomnianego Harmonogramu. W zamian za to na każdej Radzie Budowy w swojej prezentacji konsekwentnie deklarował terminy nadrobienia wskazanych strat i opóźnień. Terminy te, bez żadnych racjonalnych argumentów i podstaw kontraktowych, przedłużał z miesiąca na miesiąc i nadal nie przestrzegał wymogów Subklauzuli 6.5 dot. Czasu Pracy. Wykonawca nie pracował w godz. od 6.00 do 22.00.

Inżynier Kontraktu, w dalszym ciągu wskazywał, iż bez usprawnienia organizacji na budowie oraz bez dostosowania się do wymogów dotyczących godzin pracy od 6.00 do 22.00 zgodnie z Warunkami Kontraktu, istnieje poważne zagrożenie, że Wykonawca nie zdoła nadrobić powstałych opóźnień.

Należy również wskazać, iż opóźnienia powstałe na samym początku realizacji Kontraktu nie były nadrabiane, tylko narastały. Zdumiewający jest fakt, iż w 5 miesiącu realizacji Kontraktu Wykonawca dysponował 69 pracownikami fizycznymi na Placu Budowy.

Ponadto, zobowiązania kontraktowe nałożone na Wykonawcę np. przekazanie w ciągu 28 dni od Daty Rozpoczęcia Robót zgodnego z Warunkami Kontraktu rozbitcia cen jednostkowych, nie były przez niego wykonywane.

Powyższe jednoznacznie potwierdza znaczna korespondencja oraz Protokoły z Rad Budowy nr 1-25.

Protokoły z Rad Budowy są dokumentami kontraktowymi zawierającymi oświadczenia woli każdej ze stron. Należy przy tym podkreślić, iż treść protokołów z Rad Budowy została zaakceptowana przez Wykonawcę, co bezspornie oznacza, że zgadza się on z treścią złożonych przez siebie oświadczeń podczas Rad Budowy.

Wykonawca niejednokrotnie deklarował, iż podejmie działania mające na celu przyspieszenie, poprawę wydajności, nadrobienie zaległości, po czym uprzednio deklarowane terminy bez żadnych uzasadnionych przyczyn i bez podstaw kontraktowych wydłużał i zmieniał.

Zapisy z protokołów potwierdzają, że Wykonawca wielokrotnie był upomniany przez Inżyniera m. in. w zakresie:

- konieczności prowadzenia prac w godzinach 6.00-22.00,
- konieczności wprowadzenia sprawnego systemu zarządzania Kadrami,
- konieczności zwiększenia zatrudnienia Personelu Wykonawcy,
- konieczności prowadzenia robot zgodnie z Harmonogramem,
- konieczności wykonywania deklarowanych przez Wykonawcę przerobów,
- konieczności nadrobienia opóźnień leżących po Stronie Wykonawcy,

oraz jednoznacznie wskazują, iż przesłanka określona w Subklauzuli 15.2 (c) uprawniająca Zamawiającego do odstąpienia od Kontraktu, jeżeli Wykonawca (...) bez rozsądnego usprawiedliwienia uchylił się od (...) prowadzenia Robót zgodnie z Klauzulą 8 [Rozpoczęcie, opóźnienia i zawieszenie], była w pełni uzasadniona.

III. *Uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia od Kontraktu na podstawie Subklauzuli 15.2 (b). „Zamawiający uprawniony będzie do odstąpienia od Kontraktu, jeżeli Wykonawca porzuca Roboty lub w inny sposób otwarcie okazuje swój zamiar niekontynuowania wykonywania swoich zobowiązań według Kontraktu (...)”.*

W ramach realizacji Kontraktu Wykonawca wielokrotnie w sposób otwarty okazywał zamiar niekontynuowania swoich zobowiązań według Kontraktu.

Powyższe potwierdzają zapisy z protokołów z Rad Budowy. Podstawowym przykładem powyższego jest brak prowadzenia robót budowlanych w godzinach przewidzianych kontraktem (tj. od maja do września w godz. 6.00-22.00 przez 6 dni w tygodniu), do czego zobowiązywała Wykonawcę Subklauzula 6.5 Warunków Kontraktu, pomimo wielokrotnych wezwań Inżyniera i Zamawiającego. Należy przy tym podkreślić, że Wykonawca pomimo sprzeciwu Inżyniera i Zamawiającego, wprowadził własny, sprzeczny z Warunkami Kontraktu system godzin prowadzenia prac, polegający na 10 dniach pracy i 4 dniach wolnych. Z potwierdzeń Inżyniera Kontraktu z Tygodniowych Spotkań Roboczych oraz kontroli Placu Budowy, wynika że pracę prowadzono w godzinach od 7⁰⁰ do 19⁰⁰ od poniedziałku do piątku, natomiast w soboty czas pracy ograniczono do godziny 15⁰⁰. Ponadto, stosowany przez Wykonawcę system pracy skutkowało tym, iż już w piątek część załogi nie pracowała, a wydajność robót była bardzo niska, a nawet zerowa.

C. *odnośnie przesłanki wykluczenia nr 3 „rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, z którego wyklucza się Wykonawcę”*

Niniejsze postępowanie zostało wszczęte w dniu 06.12.2011 r. Odstąpienie przez Zamawiającego od umowy na „Budowę autostrady płatnej A1 odcinek od węzła Świerklany (bez węzła) do granicy Państwa z Republiką Czeską w Gorzyczkach w km 548+897 - km 567+223” nastąpiło w dniu 29.12.2009 r., a więc w okresie trzech lat przed wszczęciem postępowania, z którego Wykonawca został wykluczony.

D. *odnośnie przesłanki wykluczenia nr 4 „wartość zamówienia niezrealizowanego wskutek rozwiązania albo wypowiedzenia umowy w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpienia od niej wynosi co najmniej 5% wartości umowy”*

Wartość umowy, od której Zamawiający odstąpił, tj. na „Budowę autostrady płatnej A1 odcinek od węzła Świerklany (bez węzła) do granicy Państwa z Republiką Czeską w Gorzyczkach w km 548+897 - km 567+223” wynosiła 223 548 691,56 Euro netto. Wartość zamówienia niezrealizowanego przez Wykonawcę wskutek odstąpienia od umowy wynosi

132 286 948,75 Euro netto, co stanowi 59,18% wartości umowy. Zatem spełniona zostaje przesłanka, iż wartość zamówienia niezrealizowanego wskutek rozwiązania albo wypowiedzenia umowy w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpienia od niej wynosi co najmniej 5% wartości umowy.

Podane powyżej przez Zamawiającego okoliczności, dotyczące terminu i przedmiotu zawarcia spornej umowy oraz stron kontraktu, a także przekształceń podmiotowych po stronie wykonawcy znajdują oparcie w stanie faktycznym sprawy, co Izba ustaliła na podstawie dowodów wskazanych przez Zamawiającego i Odwołującego (dopuszczając dowód wskazany w pkt 3 lit. a na str. 3 odwołania).

Nadto, dopuszczając dowód wskazany w pkt 3 lit. b na str. 3 odwołania, Izba ustaliła, iż pismem z dnia 15 grudnia 2009 r., adresowanym m.in. do Dyrektora Alpine Bau GmbH, GDDKiA powiadomiła (z 14-dniowym wyprzedzeniem), iż na podstawie subklauzuli 15.2 a, b, c, z dniem 29.12.2009 r. odstępuje od Kontraktu na „Budowę autostrady płatnej A1 odcinek od węzła Świerklany (bez węzła) do granicy Państwa z Republiką Czeską w Gorzyczkach w km 548+897 - km 567+223” z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, szczegółowo uzasadniając powody odstąpienia.

Pismem z dnia 18 grudnia 2009 r. przedstawiciele Wykonawcy poinformowali, iż odstępują od ww. umowy „z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, tj. z następujących przyczyn, każdej z osobna:

- brak uczynienia przez Państwa zadość wezwaniu z dnia 29 września 2009 roku doręczonemu Państwu w dniu 29.09.2009 r. do „dostarczenia wolnego od wad i zdatnego do wykonania prac budowlanych projektu budowlanego dla mostu MA 532 oraz do zawarcia aneksu do wyżej wskazanej umowy, który regulować będzie zmiany w dokumentacji budowlanej i związane z tym skutki” wobec bezskutecznego upływu określonego Państwu terminu 14 dni, co nastąpiło w dniu 13.10.2009 r. oraz w związku z faktem, iż Państwa działania świadczą, iż taki projekt nie zostanie w ogóle dostarczony,
- brak współdziałania Zamawiającego w wykonaniu umowy,
- rażące naruszenie warunków umowy poprzez podjęcie przez Zamawiającego bezzasadnej próby odstąpienia od umowy.” Powyższe ustalono w oparciu o dowód wskazany w pkt 3 lit. c na str. 3 odwołania.

Izba ustaliła, na podstawie dołączonego do odwołania odpisu pozwu i odpowiedzi na pozew, iż pomiędzy Alpine Bau GmbH A-1 sp. j. a Zamawiającym toczy się spór, odnośnie skutecznego odstąpienia od umowy przez Alpine Bau GmbH A-1 sp. j.

W niniejszym postępowaniu wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co zostało stwierdzone na podstawie odpisu wniosku, złożyła Alpine Bau GmbH.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

I. Tożsamość podmiotów.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp kreuje dla Zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy.

Zgodnie z uzasadnieniem zawartym w druku sejmowym Nr 3677 z dnia 1 grudnia 2010 r. wprowadzenie przesłanki wykluczenia, zawartej w art. 24 ust. 1 punkt 1a ustawy Pzp, *„jest uzasadnione faktem, iż niewykonanie zamówienia publicznego przez wykonawcę albo nienależyte jego wykonanie prowadzące do rozwiązania umowy bez uzyskania przez zamawiającego zakładanego świadczenia, tj. realizacji zamówienia publicznego zgodnie z umową zawartą po przeprowadzeniu postępowania w sprawie jego udzielenia, stanowi poważne naruszenie obowiązków wykonawcy wobec zamawiającego. Naruszenie to bowiem niesie za sobą liczne trudności dla zamawiającego związane m.in. z: niezrealizowaniem zadania publicznego w terminie, niebezpieczeństwem utraty środków finansowych, koniecznością zabezpieczenia inwestycji w okresie przejściowym do wyboru kolejnego wykonawcy oraz ponownym przeprowadzeniem postępowania w celu wyboru wykonawcy zamówienia, będącego - co należy podkreślić - już wcześniej przedmiotem postępowania przeprowadzonego zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych”.*

Jednocześnie nie sposób pominąć, iż w nauce prawa, prezentowany jest pogląd, że do najważniejszych przyczyn wywołujących wątpliwości, powodujące konieczność posługiwania się wykładnią należą:

- 1) popełnione przy formułowaniu przepisów błędy językowe (użycie wieloznacznych wyrazów i sformułowań, wadliwa budowa zdań, błędy interpunkcyjne itd.);
- 2) rozbieżność między gramatycznym sformułowaniem normy a celem, dla realizacji którego powołana jest norma lub akt normatywny
- 3) zmiana ustroju społeczno-gospodarczego lub politycznego i inne poważniejsze zmiany w stosunkach społecznych, które narzucają konieczność odmiennego rozumienia niektórych norm prawnych;
- 4) ogólny (abstrakcyjny) charakter norm prawnych mogący powodować wątpliwości, czy norma odnosi się do konkretnego stanu faktycznego.

Zestawienie spornego przepisu z powołanym uzasadnieniem pokazuje rozbieżność pomiędzy gramatycznym sformułowaniem normy a celem, jaki winna realizować. Stąd, pojawia się konieczność dokonania wykładni spornego przepisu. Jednocześnie rezultat tego

porównania prowadzi do wniosku, iż zastosowanie wykładni językowej nie uwzględni celu, dla którego sporny przepis został ustanowiony. Pojawia się zatem pytanie o granice wykładni.

Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie dopuszcza się możliwość stosowania wyjątków od zasady pierwszeństwa wykładni językowej. Ustalony przez zasadę pierwszeństwa wykładni językowej porządek preferencji jest jedynie porządkiem *prima facie*, a nie porządkiem absolutnym co znaczy, że w pewnych sytuacjach można od niego odstąpić i przypisać pierwszeństwo wykładni systemowej lub funkcjonalnej (M. Zieliński, Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki, Warszawa 2002 r. s. 228). Podkreśla się również, że interpretatorowi wolno jest odstąpić od wykładni językowej tylko wtedy, gdy uzasadni to powołaniem na jakieś ważne racje prawne, społeczne, ekonomiczne lub moralne. W wyroku z dnia 28.6.2000 r. (K 25/99, OTK 2000, Nr 5, poz. 141) TK stwierdził, że w pewnych szczególnych sytuacjach rola wykładni funkcjonalnej nie będzie jednak ograniczać się wyłącznie do roli dyrektywy wyboru jednego ze znaczeń językowych, ale może tworzyć swoiste, różne od alternatyw językowych, znaczenie tekstu prawnego. Przyjęcie takiego swoistego znaczenia tekstu prawnego, ustalonego na podstawie wykładni funkcjonalnej (celowościowej) będzie prowadziło zawsze do wykładni rozszerzającej lub zwężającej. W wyroku z dnia 08.05.1998 r. (I CKN 664/97, OSNC 1999, Nr 1, poz. 7) SN stwierdził, że wolno odstąpić od znaczenia literalnego danego przepisu, gdy znaczenie to pozostaje w oczywistym konflikcie lub sprzeczności ze znaczeniem innych norm systemu, gdy prowadzi do absurdalnych z punktu widzenia społecznego lub ekonomicznego konsekwencji, gdy prowadzi do rażąco niesprawiedliwych rozstrzygnięć lub pozostaje w oczywistej sprzeczności z powszechnie akceptowanymi normami moralnymi.

Z analizy orzecznictwa, można wyprowadzić wniosek, iż dopuszczalne są odstępstwa od wykładni językowej, jeśli :

1. wynik wykładni prowadzi do przyjęcia absurdalnego lub niedorzecznego znaczenia przepisu (uchwała SN z 8.2.2000 r., I KZP 50/99),
2. zakres zastosowania normy "niewątpliwie wskazywałaby na zbyt wąski lub zbyt szeroki zakres jej stosowania" (uchwała SN z 11.1.1999 r., I KZP 15/98),
3. posłużenie się wyłącznie wykładnią językową prowadziłoby do "zniekształcenia lub wypaczenia treści przepisu" (wyrok SN z 8.4.2002 r., V KKN 281/00; uchwała 7 sędziów SN 18.10. 2001 r., I KZP 22/01).

Powyższe rozważania, w ocenie Izby, upoważniają do dokonania wykładni celowościowej spornego przepisu i przypisania normie prawnej, zawartej w przedmiotowym przepisie takiego zakresu zastosowania, który wnika z celu ustanowienia tego przepisu. Nie budzi bowiem wątpliwości, iż z udziału w postępowaniu należy wykluczyć wykonawcę, który doprowadził, z powodu okoliczności przez siebie zwinionych, do rozwiązania, odstąpienia

albo wypowiedzenia umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Rozstrzygającą przesłanką do ustalenia wykonawcy, podlegającego wykluczeniu nie jest ustalenie, który z wykonawców był adresatem oświadczenia o rozwiązaniu, odstąpieniu albo wypowiedzeniu umowy w poprzednim postępowaniu, zważywszy na dokonane po stronie wykonawcy przekształcenia podmiotowe i czy jest to ten sam podmiot, którym złożył ofertę lub wniosek w kolejnym postępowaniu, ale ustalenie, iż wykonawca, który ubiega się o zamówienie był również wykonawcą innego zamówienia, jednakże nie zrealizował tego zamówienia, bowiem doszło do rozwiązania, odstąpienia albo wypowiedzenia umowy.

Nadto, w opinii Izby, wykładnia przepisu nie może prowadzić do takich rezultatów, tj. odkodowania normy prawnej, której obejście umożliwia zastosowanie najprostszych rozwiązań prawnych, taki sposób wykładni przeczyłby bowiem celowości wprowadzenia spornego przepisu i stanowiłby przyzwolenie na wypaczenie treści przepisu, który nie jest w orzecznictwie akceptowany.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu prawnego stwierdzić należy, iż bezsporne w niniejszej sprawie jest, iż jednym z wykonawców, będących stroną spornej umowy była spółka Alpine Bau GmbH (po uwzględnieniu zmiany firmy), której działanie skutkowało odstąpieniem przez Zamawiającego od umowy, jednocześnie wymieniona spółka złożyła wniosek w niniejszym postępowaniu. Zatem, w świetle przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp, przy uwzględnieniu przeprowadzonej wykładni, zachodzą podstawy do wykluczenia Alpine Bau GmbH z niniejszego postępowania.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z faktur załączonych do pisma Odwołującego z dnia 4 maja 2012 r., wystawionych przez Alpine Bau GmbH A-1 sp. jawna i przelewów dokonywanych przez Zamawiającego z uwagi na fakt, iż okoliczności podlegające stwierdzeniu za pomocą wnioskowanego dowodu po pierwsze, zostały wykazane za pomocą innych dowodów, po drugie, nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

II. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a a prawo wspólnotowe. Zakres kognicji Izby.

We wskazanym przedmiocie zachowują aktualność rozważania zawarte w uzasadnieniu niniejszego wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 707/12.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego o zarządzenie przerwy w rozprawie lub zawieszenie postępowania do czasu udzielenia przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej odpowiedzi na pytanie prejudycjalne Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt C-465/11), z uwagi na brak podstaw normatywnych do podjęcia przedmiotowych czynności.

III. Odstąpienie od umowy.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego o zarządzenie przerwy w rozprawie lub zawieszenie postępowania do czasu prawomocnego zakończenia spraw prowadzonych

przez Sąd Okręgowy w Warszawie pod sygn. akt I C 202/10 i XXV C 39/10, brak bowiem podstaw normatywnych do podjęcia przedmiotowych czynności.

Aktualność zachowują rozważania natury ogólnej poczynione w tym przedmiocie przez Izbę w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 707/12.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż Zamawiający nie mógł odstąpić od umowy z tej przyczyny, iż po pierwsze, umowne prawo odstąpienia zostało ustanowione w sposób wadliwy, co powoduje jego nieważność, po drugie, że Wykonawca skutecznie zrealizował uprawnienie do odstąpienia od umowy.

Rację należy przyznać Odwołującemu, iż prawo odstąpienia ustanowione w umowie łączącej strony, z powodu braku oznaczenia terminu (art. 395 § 1 k.c.), w ciągu którego z przedmiotowego uprawnienia można skorzystać, dotknięte jest sankcją nieważności (art. 58 § 1 k.c.). Jak bowiem wskazano wyżej, oznaczenie terminu należy do konstytutywnych cech instytucji „odstąpienia” i nie jest objęte zasadą swobody umów (art. 353¹ k.c.).

Jednakże Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, iż nieważność instytucji „odstąpienia” przesądza o nieważności oświadczenia o odstąpieniu. Oznacza to bowiem jedynie tyle, iż oświadczenie to nie wywołuje skutku w świetle postanowień umowy, jednakże zachodzi potrzeba ustalenia skuteczności tego oświadczenia na gruncie przepisów ustawy. Stwierdzenie, iż istnieje podstawa normatywna do odstąpienia od umowy i ustalenie, że w okolicznościach niniejszej sprawy ziściły się przesłanki do jej zastosowania, przesądza o skuteczności przedmiotowego oświadczenia.

Co do powiadomienia o odstąpieniu z dnia 15 grudnia 2009 r., w ocenie Izby, w sposób jednoznaczny z jego treści wynika, że zawiera ono również oświadczenie o odstąpieniu. . Nadto, dnia 29 grudnia 2009 r., zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu.

Co do braku umocowania Dyrektora Oddziału GDDKIA w Katowicach stwierdzić należy, iż przepis art. 18a ust. 5 ustawy o drogach publicznych stanowi podstawę dla Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad do udzielenia upoważnienia pracownikom Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad do załatwiania określonych spraw w jego imieniu w ustalonym zakresie. Stąd też pełnomocnictwo udzielone przez Generalnego Dyrektora GDDKiA Dyrektorowi Oddziału w Katowicach stanowi podstawę do działania w imieniu Generalnego Dyrektora GDDKiA. W związku z powyższym, argument o niezgodności czy naruszeniu regulaminu wewnętrznego, który stanowi dokument wewnętrzny nie ma żadnego znaczenia. .

Izba stoi na stanowisku, iż świadczenie z umowy o roboty budowlane jest podzielne (wyrok z 19.3.2004 r., IV CK 172/03, OSNC Nr 3/2005, poz. 56; MoP Nr 2/2005, poz. 103, wyrok z 14.3.2002 r., IV CKN 821/00, niepubl., wyrok z 13.6.2008 r., I CSK 13/08; wyrok z

5.11.2008 r., I CSK 198/08 i wyrok z 4.6.2009 r., III CSK 337/08). Należy przyjąć za SN, że niepodzielność przedmiotu świadczenia nie może być utożsamiana z niepodzielnością samego świadczenia. W orzecznictwie zwrócono uwagę, że aby powstał skomplikowany obiekt, wymaga to z reguły wykonania wielu odrębnych robót (budowlanych, instalacyjnych, czy wykończeniowych), które mogą wykonać tylko wyspecjalizowani przedsiębiorcy. Każdy z nich wykonuje swoje roboty w odniesieniu do tego samego obiektu, tyle tylko, że ma wyraźnie sprecyzowany zakres tych robót, odnoszących się do części obiektu lub pewnego fragmentu składającego się na całość. To, że świadczenie z umowy o roboty budowlane może być spełniane częściowo wynika również pośrednio z art. 654 k.c. Zgodnie z tym przepisem, inwestor ma obowiązek na żądanie wykonawcy przejmować wykonane roboty częściowo, w miarę ich ukończenia, za zapłatą odpowiedniej części wynagrodzenia. Przepis ten wyraźnie zakłada, że tylko postanowienie umowy o roboty budowlane może w konkretnej sytuacji wyłączyć możliwość spełniania świadczenia częściowo. Czym innym jest to, że inwestor zainteresowany jest otrzymaniem określonego co do tożsamości przedmiotu, jakim jest obiekt budowlany, czym innym zaś możliwość wykonywania robót niezbędnych do tego, aby taki obiekt powstał częściami. Takie częściowe wykonywanie robót, odnoszące się do określonego obiektu, jest właśnie częściowym spełnianiem świadczenia w rozumieniu art. 379 § 2 k.c., gdyż możliwe jest bez istotnej zmiany tego obiektu. Jeżeli strony umówiły się o oddanie określonego obiektu, to do chwili odbioru całego obiektu nie można uznać, że wykonawca spełnił swoje świadczenie, natomiast nie wyklucza to częściowego wykonania świadczenia i rozliczenia się stron w tym zakresie.

O podzielności świadczenia ze spornej umowy o roboty budowlanej przesądzają też konkretne okoliczności. Należy bowiem zauważyć, iż ze specyfiki przedmiotu łączącej strony umowy wynikało, że do obowiązków wykonawcy należało wybudowanie szeregu obiektów, składających się na odcinek płatnej autostrady. Wykonawca miał więc wykonać szereg mostów, wzmocnień, wałów, odcinków dróg, zjazdów itp. Każdy z tych fragmentów autostrady miał być realizowany w oparciu o odrębny (w sensie fizycznym i logicznym) projekt (sam postęp prac był podzielony również na odrębne sekcje).

W sytuacji, gdy świadczenia obu stron umowy uznamy za podzielne, inaczej kształtują się prawa i obowiązki stron umowy wzajemnej, gdy jedna z nich odstępuje od umowy z powodu zwłoki wykonawcy. Zgodnie z art. 491 § 2 k.c., jeżeli świadczenia obu stron umowy są podzielne, a jedna ze stron dopuszcza się zwłoki tylko co do części świadczenia, uprawnienie drugiej strony do odstąpienia od umowy ulega ograniczeniu do tej części świadczenia, z którą dłużnik jest w zwłoce, albo do całej reszty niespełnionego jeszcze świadczenia. Strona ta może także odstąpić od umowy w całości, jeżeli wykonanie częściowe nie miałoby dla niej znaczenia ze względu na właściwość zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez nią cel umowy, wiadomy stronie będącej w zwłoce.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego należy uznać, iż nawet gdyby przyjąć, że projekt budowlany, obejmujący obiekt MA 532 był wadliwy, to biorąc pod uwagę powód odstąpienia (niedostarczenie niewadliwego projektu budowlanego), Wykonawca był uprawniony do odstąpienia od umowy jedynie w części dotyczącej mostu MA 532. Stanowisko powyższe zachowuje aktualność niezależnie od tego, czy podstawę normatywną odstąpienia stanowiłby art. 491 czy też art. 492 k.c. (przy przyjęciu, że przepisy te w ogóle znajdują zastosowanie, o czym była mowa w tej części uzasadnienia, odnoszącego się do sprawy sygn. akt 707/12).

Jednocześnie Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż zaktualizowały się przesłanki od odstąpienia od umowy nawet w części, bowiem brak możliwości przypisania Zamawiającemu winy w niedostarczeniu niewadliwego projektu (przy przyjęciu założenia jego wadliwości). Zamawiający bowiem samodzielnie nie dysponuje odpowiednią wiedzą, aby zweryfikować skomplikowane projekty budowlane obejmujące unikatowe w skali kraju rozwiązania dotyczące budowy mostów. Wykonawca zdawał sobie sprawę, że wykonanie projektów przekazanych Wykonawcy (w tym projektu mostu MA 532) zostało powierzone przez inwestora biuru projektowemu Complex Projekt. Po wezwaniu z dnia 29 września 2009 r., w którym Alpine Bau żądała od Zamawiającego przedłożenia poprawionego projektu budowlanego, dotyczącego obiektu MA 532, Zamawiający nie był w stanie samodzielnie ani zweryfikować zarzutów stawianych przez Wykonawcę, ani tym bardziej wprowadzić jakiegokolwiek zmiany do spornego projektu. Musiał więc w tym przedmiocie zwrócić się do autora projektu, co uczynił. Tymczasem autor projektu odrzucił wszystkie zarzuty stawiane przez Alpine Bau przedstawiając uzasadnienie oparte na stosownych badaniach i wyliczeniach (protokół z przesłuchania w charakterze świadka dr S. Jendrejka, P. Kuciaka, K. Raja, M. Karolaka, S. Kasperka).

Zamawiający nie poprzestał jednak na powyższych staraniach. Wobec zarzutów Wykonawcy podjął dalsze kroki. W dniu 21 października 2009 r. GDDKiA zwróciła się pisemnie do Związku Mostowców RP o analizę spornej dokumentacji (pismo GDDKiA z dnia 21 października 2009 r.). Jednakże Zamawiający będąc *statio fisci* Skarbu Państwa, działając w oparciu o przepisy regulujące dyscyplinę finansów publicznych, nie mógł bezzwłocznie zwrócić się do dowolnego podmiotu celem wykonania kosztownej ekspertyzy, podjęcie tegoż kroku wymagało przejścia przez określoną procedurę akceptacyjną. Dopiero pismem z dnia 19 listopada 2009 r. Związek Mostowców RP poinformował GDDKiA o odmowie sporządzenia stosownej opinii (pismo Związku Mostowców RP z dnia 19 listopada). Do dnia złożenia przez Alpine Bau oświadczenia o odstąpieniu od Umowy Zamawiający nie zdołał zweryfikować poprawności spornego projektu (informacje takie uzyskał już po odstąpieniu od Umowy).

Nadto, w ocenie Izby termin na przygotowanie niewadliwego projektu nie był realny, już chociażby z tego względu, że w wezwaniu z dnia 29.09.2009 r. w sposób bardzo enigmatyczny opisano rzekome wady, wykazując jedynie na podstawie rysunku, że „minimalne odstępstwa od zewnętrznych powierzchni pylonów są zbyt małe. Podobnie zbyt małe są odstępstwa pomiędzy zakotwieniami poszczególnych części składowych, co uczyniło niemożliwym korzystanie z uznanych systemów sprężania.” Zarzuty, jakie podnosił Wykonawca były więc jedynie hipotezami, niepopartymi szczegółowymi wyliczeniami, stąd projektant nie miał możliwości się do nich odnieść ani ich zweryfikować. Okoliczność tę potwierdza zorganizowane przez GDDKiA spotkanie pomiędzy autorami opinii sporządzonych na zlecenie Alpine Bau z autorem projektu (notatka z dnia 28 października 2009 r., protokół z przesłuchania w charakterze świadka dr S. Jendrzejka, P. Kuciaka, K. Raja, M. Karolaka, S. Kasperka). W czasie wspomnianego spotkania eksperci Wykonawcy przyznali, iż „sprawdzić obliczenia można tylko przez osobne zamodelowanie i policzenie, czego opiniodawcy Wykonawcy nie zrobili”. Wymowa omawianego spotkania wskazywała, iż projektant odniósł się do wszystkich wątpliwości stawianych przez ekspertów Alpine Bau, a ci ostatni poza stawianiem jedynie pewnych hipotez nie wykazali jakichkolwiek uchybień spornego projektu. Działania Wykonawcy zmierzały do zmuszenia Zamawiającego do zmiany projektu budowlanego obiektu choć nie wiadomo było co w istocie należy poprawić i z jakiego powodu.

Jednocześnie stwierdzić należy, iż ustalenie, czy dokumentacja projektowa, dotycząca mostu MA 532 jest wadliwa, stanowi okoliczność irrelewaną o tyle, że nawet gdyby przyjąć założenie o jej wadliwości, to nie uprawniałoby to Odwołującego do odstąpienia od umowy (w całości). Z tych względów Izba uznała, iż przeprowadzenie dowodu, o którym mowa w pkt 3 lit. g i pkt 4 odwołania (str. 3) nie jest niezbędne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy i oddaliła zgłoszone przez Odwołującego w tym przedmiocie wnioski dowodowe.

Co do pozostałych przyczyn odstąpienia, wskazanych przez Wykonawcę, to nie ulega wątpliwości, iż w świetle przepisu art. 491 § 1 k.c. nie mogą stanowić podstaw do odstąpienia od umowy, nie mieszcząc się w zakresie pojęcia „zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej.”

Dokonując oceny wskazanych przez Zamawiającego podstaw do odstąpienia od umowy, wskazać należy na następujące okoliczności faktyczne:

Bezsporne w niniejszej sprawie jest, iż w dniu 18.10.2007 r. strony zawarły sporną umowę. W dniu 26.10.2007 r. oraz w dniu 30.10.2007 r. nastąpiło przekazanie Dokumentacji Projektowej na rzecz Wykonawcy. W dniu 30.10.2007 r. przekazano Wykonawcy

dokumentację geodezyjną. W dniu 15.11.2007 r. nastąpiło przekazanie Placu Budowy. W dniu 16.11.2007 r. wydane zostało Polecenie rozpoczęcia robót dla Wykonawcy.

W celu prawidłowej koordynacji realizacji i postępu prac Strony ustaliły, że Rady Budowy odbywać się będą raz w miesiącu w Biurze Inżyniera Kontraktu. Z każdego spotkania zostanie spisany protokół, który będzie zatwierdzany przez uczestników na następnym spotkaniu. Protokoły z Rad Budowy dokumentują postęp prac na Placu Budowy oraz problemy związane z realizacją poszczególnych asortymentów robót (protokół z Rady Budowy nr 1 z dnia 07.01.2008 r.).

Od początku realizacji Kontraktu obserwowany był brak odpowiedniej liczby pracowników, brak właściwej organizacji i czasu pracy oraz nienależytego zarządzania, w tym częste zmiany w kadrze kierowniczej, co spowodowało, iż opóźnienia w realizacji inwestycji zaczęły się od samego początku. Powyższe potwierdzają następujące ustalenia z Rad Budowy:

Protokół z miesięcznej Rady Budowy nr 1 z dnia 7.01.2008 r. - 2 miesiąc realizacji kontraktu, dokumentuje, co następuje: „8 listopada 2007 Wykonawca zgłosił propozycje zmian na stanowiskach Kierownika Budowy oraz Kierownika Robót Mostowych. W dniu 30 listopada 2007 Wykonawca wystąpił o dalsze zmiany w kluczowym personelu. 19 grudnia 2007 Wykonawca zwrócił się o dokonanie kolejnej zmiany Personelu kluczowego. Zaproponował zmianę na stanowisku Dyrektora Kontraktu. w rezultacie kolejnych zmian na stanowiskach Wykonawcy brak jest personelu Wykonawcy na budowie. Skutkiem między innymi tego, jest brak stosownych działań podjętych przez Wykonawcę Robót na budowie. Jan Guzek zapewnił, że zmian na stanowiskach Wykonawcy więcej nie będzie". Jednocześnie Inżynier Kontraktu zauważył, że „Wykonawca właściwie nie rozpoczął w widoczny sposób realizacji Kontraktu. Przeprowadzane były działania formalne dotyczące spraw personalnych oraz bezpośrednio związanych z przygotowaniem do realizacji Kontraktu. Z opóźnieniem w stosunku do wymagań kontraktowych Wykonawca poprawił propozycje harmonogramu. Inżynier Kontraktu wielokrotnie zwracał uwagę na trudności w kontrakcie z pełnomocnymi przedstawicielami Wykonawcy. Wszystkie kluczowe osoby personelu Wykonawcy wymienione w Ofercie nie są dostępne dla Nadzoru. Dokumenty były sporządzane i podpisywane przez osoby nieupoważnione przez Konsorcjum Wykonawcy. Pan Petr Skalik stwierdził, że na terenach saperskich można rozpocząć prace już od 15 stycznia” (obecnie Odwołujący utrzymuje, że mógł rozpocząć prace dopiero po 30 kwietnia). „Wykonawca wniósł uwagi dotyczące braków w Dokumentacji Projektowej. Dotyczą one braku części niwelet oraz przekrojów konstrukcyjnych na drogach objazdowych. Uwagi zostają przekazane Projektantowi. Inżynier zwrócił się z zapytaniem do Wykonawcy, czy wnosi inne uwagi do dokumentacji projektowej. Petr Skalik stwierdził, że dokumentacja poza opisanymi powyżej uwagami jest kompletna i Wykonawca nie wnosi do niej zastrzeżeń oraz

nie widzi przeszkód w jej realizacji" (po blisko 1,5 roku realizacji Kontraltu Wykonawca będzie twierdził, że dokumentacja projektowa na obiekt mostowy MA 532 jest obarczona rzekomą wadą, błędem i dalsza prowadzenie robót zgodnie z Projektem może grozić „rzekomą” katastrofą budowlaną).

Protokół z miesięcznej Rady Budowy nr 2 z dnia 07.02.2008 r. - 3 miesiąc realizacji kontraktu: „Dyrektor Oddziału podniósł problem niezgodności planowanego przerobu z jego rzeczywistą realizacją. Inżynier Rezydent odniósł się do wypowiedzi Wykonawcy i zdał relację z objazdu budowy w dniu poprzednim. Zanotowano: (...) - brak widocznej mobilizacji w terenie, (...) brak sprzętu na odcinkach uwolnionych od niewybuchów. Podsumowując, Inżynier Rezydent stwierdził zagrożenie wykonania harmonogramu w pierwszym kwartale z uwagi na słabe zaangażowanie Wykonawcy. Kierownik Projektu powiadomił Wykonawcę o przeprowadzonych kontrolach na budowie niezależnie od dokonywania przeglądu przez nadzór i w tym kontekście odniósł się do relacji Wykonawcy. Postęp robót na budowie jest znikomy. Naganna jest sprawa Zaplecza. W dniu kontroli (24 stycznia 2008 r.) zanotowano brak Kierowniczego Personelu Wykonawcy, biuro nie funkcjonowało, brak telefonu, faksu. Niemożliwy był kontakt z Wykonawcą. Inżynier Rezydent przedstawił na schemacie opartym o harmonogram obiekty zagrożone czasowo, na których roboty powinny być już rozpoczęte, a Wykonawca ich nie rozpoczął, pomimo że teren został już na tych odcinkach oczyszczony z niewybuchów. Podkreślił małe dotychczasowe zaangażowanie Wykonawcy w realizację kontraktu. Dyrektor Kontraktu Wykonawcy - nie wnosi uwag do dokumentacji projektowej. Inżynier Rezydent wraca uwagę na fakt, iż Kierownicy robót nie mają polskich uprawnień. Wykonawca winien zwrócić się do Izby Budownictwa z zapytaniem czy będzie honorować uprawnienia czeskie i austriackie lub zapewnić dostateczną liczbę personelu posiadającego polskie uprawnienia. Jeden Kierownik Budowy z polskimi uprawnieniami nie jest w stanie obsłużyć całego kontraktu. Sprawa wymaga pilnego uregulowania”.

Protokół z miesięcznej Rady Budowy nr 3 z dnia 10.03.2008 r.- 4 miesiąc realizacji kontraktu: „Cały sprzęt wymieniony powyżej (....) nie jest widoczny na budowie. Wykonawca twierdzi, iż w ostatnim tygodniu zwiększył liczbę maszyn na budowie do 75. Zobowiązał się również do sukcesywnego zwiększania zaangażowanego sprzętu. Stan zaawansowania robót Wykonawca potwierdził filmem „z lotu ptaka”, na którym nie było widocznego pracującego personelu i sprzętu. Zaawansowanie robót znikome. (...) Zostało wydane Pierwsze Świadczenie Płatności na kwotę 1 949 804,31 min Euro (brutto), na którą w większości składają się Wymagania Ogólne.”

Protokół z miesięcznej Rady Budowy nr 4 z dnia 9.04.2008 r.- 5 miesiąc realizacji kontraktu: „Personel Wykonawcy: Pracownicy Konsorcjum i Kierownictwo Budowy 81 (poprzedni m-c 81), Pracownicy fizyczni 69 (poprzedni m-c 63). W dniu 4 kwietnia Wykonawca przedłożył uaktualniony Schemat Organizacyjny. Schemat ten został

przedłożony z opóźnieniem. Zgodnie z ustaleniami Wykonawca był zobowiązany przedłożyć uaktualniony schemat organizacyjny podczas spotkania roboczego w dniu 19 marca. Inżynier Kontraktu zgłasza, iż ma uwagi do przedłożonego schematu organizacyjnego. Kierownicy Robót widniejący w nowym schemacie nie posiadają odpowiednich uprawnień. Wykonawca zobowiązał się zwiększyć zasoby ludzi i sprzętu, tak aby dotrzymać terminów wykonywania robót zgodnie z nowym harmonogramem. Wciąż odnotowuje się zbyt małą ilość sprzętu na budowie.

Protokół z miesięcznej Rady Budowy nr 5 z dnia 16.05.2008 r. - 6 miesiąc realizacji kontraktu: „Inżynier zwrócił uwagę Wykonawcy, iż operatorzy sprzętu na Budowie nie posiadają uprawnień do ich obsługi. Dyrektor GDDKiA O/KA zwrócił uwagę, że ten temat był poruszany na Radzie Budowy 10 marca br. i sytuacja wciąż się powtarza - pracownicy zatrudnieni od ponad miesiąca w dalszym ciągu nie posiadają odpowiednich przeszkoleń. Wykonawca poinformował, że w celu wzmocnienia efektywności prowadzenia robót drogowych i rozwiązania problemów ze złą organizacją, zwiększa siłę kierowniczą robót drogowych. Kierownik Projektu przypomniał, iż 7 maja br. miała miejsce wizytacja ze strony Zamawiającego, podczas której Pan. B. Strasser odmówił objazdu Budowy.”

Protokół z miesięcznej Rady Budowy nr 6 z dnia 11.06.2008 r.- 7 miesiąc realizacji kontraktu: „Inżynier Rezydent zwrócił uwagę Wykonawcy, iż nie korzysta z możliwości naturalnego wykorzystania „długiego dnia” do prac w godz. przewidzianych Kontraktem od 6.00-22.00. W opinii Zamawiającego Kontrakt jest opóźniony, a opóźnienia nawarstwiają się. Pomimo zwiększenia ilości sprzętu i wydajności robot przy wykopach, co potwierdza Inżynier Kontraktu, po dokonanej objeździe Budowy, który odbył się przed radą Budowy, stwierdza się, że na 9 miejsc w których prowadzone mają być roboty, widoczne prace są zauważalne jedynie w 3 miejscach. Z dużym niepokojem należy spojrzeć na wykonywanie robót ziemnych. (...) Po raz kolejny zwraca się uwagę Wykonawcy na poważne traktowanie Kontraktu i poważne podejście do wykonywania robót palowych, kolumn kamiennych oraz terminowego przekazywania dokumentacji (roboty mostowe), tj. projektów zamiennych, projektów technologicznych. Przerób uzyskany na dzień dzisiejszy, na granicy 26 mln PLN, w stosunku do wymaganych 300 mln PLN, jest przerażający. Zamawiający oczekuje podjęcia ze strony Wykonawcy takich środków, aby wymagany przerób urealnić.”

Protokół z miesięcznej Rady Budowy nr 7 z dnia 16.07.2008 r.- 8 miesiąc realizacji kontraktu: „Zamawiający domaga się podjęcia takich działań aby deklaracje Pana Dyrektora Kontraktu z poprzedniej Rady zostały dotrzymane. Zgodnie z Warunkami Kontraktu Wykonawca ma prowadzić roboty 6 dni w tygodniu w godzinach od 6.00 do 22.00 w okresie od 1 maja do końca września - warunków tych nie dotrzymuje. Z potwierdzeń Inżyniera Kontraktu z Tygodniowych Spotkaniach Roboczych oraz kontroli Placu Budowy, stwierdza się pracę w godzinach od 7.00 do 19.00 od poniedziałku do piątku, natomiast w soboty czas

pracy ograniczono do godziny 15.00. Niezrozumiałym jest dla Zamawiającego stosowany w firmie Alpine system pracy „10/14”, co skutkuje tym, iż w piątek część załogi nie pracuje i wydajności robót są bardzo niskie, a nawet zerowe. Zamawiający i Nadzór domaga się od Wykonawcy wprowadzenia radykalnych zmian w logistyce oraz wydłużenia czasu pracy od 6.00 do 22.00 zgodnie z Warunkami Kontraktu”.

Protokół z miesięcznej Rady Budowy nr 8 z dnia 14.08.2008 r. - 9 miesiąc realizacji kontraktu: „Nadzór z niepokojem stwierdza, iż roboty betonowe są organizowane i prowadzone w sposób chaotyczny. W dniu 09.09.2008r. zakryte zostały roboty (obiekt MA 532) bez odbioru - Wykonawca nie powiadomił Nadzoru o betonowaniu. Ponadto w dalszym ciągu nie przedstawia się programów betonowania, występują przerwy w betonowaniu (awarie podajników cementu i wody, długie oczekiwania na beton). Polecono Wykonawcy podjąć stosowne środki celem zapobiegnięcia podobnym sytuacjom przy organizacji robót betonowych. Kierownik Projektu poinformował, że tego rodzaju nieodpowiedzialne działania ze strony Wykonawcy nie będą tolerowane. Roboty należy prowadzić zgodnie ze Specyfikacją Techniczną, a nie w ukryciu”.

Protokół z miesięcznej Rady Budowy nr 9 z dnia 17.09.2008 r.- 10 miesiąc realizacji kontraktu: „Kierownik Projektu stwierdził, że przyjęty przez Wykonawcę dekadowy system pracy nie gwarantuje pożądanej wydajności. Wykonawca powinien prowadzić roboty od poniedziałku do piątku w godzinach od 6.00 do 22.00, tymczasem w piątki od godziny 11.00 Wykonawca już nie pracuje. Kontrakt nie przewidywał takiego systemu pracy, w związku z czym taka sytuacja jest nie do przyjęcia. Dla dobra Kontraktu roboty winny trwać 6 dni w tygodniu. Dyrektor Kontraktu zobowiązał się wprowadzić system pracy zgodny z Warunkami Kontraktu”.

Protokół z miesięcznej Rady Budowy nr 10 z dnia 06.10.2008 r.- 11 miesiąc realizacji kontraktu: „W dniu 26.09.2008r. Inżynier wystąpił do Wykonawcy pismem, z żądaniem spełnienia przez Wykonawcę Warunków Kontraktu (Subklauzula 8.6 Szybkość postępu pracy) oraz naprawienia wynikłych strat. Pomimo wielokrotnych wezwań Inżyniera Kontraktu i Kierownika Projektu Wykonawca nie dostosował się do Warunków Kontraktu, dotyczących pracy w godzinach od 6.00 do 22.00 w okresie od maja do października oraz pracy w weekend. Inżynier Kontraktu przypomniał, że Wykonawca prosił o nie rozliczanie go dziennie, tylko tygodniowo. Wykonawca nie dotrzymał też tego. Wykonawca nie potrafi udzielać szczegółowych informacji na temat planowanych robót. Inżynier Kontraktu wciąż odnotowuje brak zaangażowania ze strony Wykonawcy. Stwierdza się brak dostatecznego nadzoru ze strony majstrów, kierowników robót odpowiedzialnych za prace na obiektach mostowych - zbyt duża liczba powierzonych do nadzorowania obiektów jednej osobie. Kierownik Projektu po wysłuchaniu Dyrektora Kontraktu stwierdził, że nie rozlicza on pracowników odpowiedzialnych za realizację robót drogowych i mostowych. W firmie Alpine

występuje zła organizacja robót i zarządzanie budową, brak niezbędnej ilości pracowników. Zwraca się uwagę Wykonawcy na podjęcie większej współpracy z Nadzorem. Niedopuszczalnym jest, aby przed Inżynierem Kontraktu zatajane były informacje dotyczące przedmiotowego Kontraktu. Obowiązkiem Wykonawcy jest udzielanie wszystkich szczegółowych informacji, których żąda Nadzór. Programy naprawcze powinny być przedstawiane wcześniej, a nie tak jak jest w tym przypadku, że Inżynier upomina się z tygodnia na tydzień o brakujące dokumenty".

Protokół z miesięcznej Rady Budowy nr 11 z dnia 15.10.2008 r.- 11 miesiąc realizacji kontraktu: „Nadzór jest zaniepokojony zmianami dokonanymi na stanowisku Kierownika robót mostowych na kluczowym obiekcie MA 532, kiedy to stara się obsadzić na to stanowisko inżyniera, który dopiero od 2 lat posiada uprawnienia, w miejsce doświadczonego. Poproszono Wykonawcę o zastanowienie się i odpowiedzialne podejście do zmian kierowników robót na obiektach mostowych. Dyrektor P. Skalik oświadczył, że opóźnienia w wykonywaniu nasypów są wynikiem nie przygotowania frontów robót. Zdaniem Kierownika Projektu od poprzedniej Rady Budowy nie zauważa się widocznego postępu robót. Zamawiający oczekuje podjęcia ze strony Wykonawcy działań i poprawienia stanu na Kontrakcie, w szczególności dotyczy to Pana Dyrektora P. Skalika, gdyż w jego zakresie na dzień dzisiejszy występują duże zaległości w robotach, które hamują postęp prac na budowie. Niepokojącym dla Nadzoru i Zamawiającego jest wprowadzenie przez firmę Alpine dekadowego systemu pracy (10 dni pracy 4 wolne). Wykonawca nie wykorzystał czasu pracy zgodnie z Warunkami Kontraktu (praca od 6.00 do 22.00). Zwraca się uwagę Wykonawcy, że ma on obowiązek prowadzić roboty od poniedziałku do soboty (włącznie), a jeżeli planuje wykonywać prace w niedziele i dni wolne musi to zgłosić i uzyskać zgodę Inżyniera".

Protokół z miesięcznej Rady Budowy nr 12 z dnia 05.11.2008 r. - 12 miesiąc realizacji kontraktu. „Inżynier Kontraktu przypomniał, że podział na sekcje był propozycją Wykonawcy. Wykonawca nie potrafi precyzyjnie i wyprzedzająco rozplanować robót, często padają deklaracje rozpoczęcia danego asortymentu robót lub zakładanej ilości, które w rzeczywistości nie są dotrzymywane. Dyrektor Kontraktu zgodził się z tym zarzutem. Główny Inspektor Drogowy zwrócił uwagę, że na dzień dzisiejszy wszystkie problemy zostały rozwiązane, natomiast roboty wciąż są prowadzone na niskim poziomie. Wykonawca zgodził się z tym stwierdzeniem".

Protokół z miesięcznej Rady Budowy nr 13 z dnia 19.11.2008 r.- 12 miesiąc realizacji kontraktu: „Kierownik Projektu zwrócił się do Dyrektora Kontraktu z zapytaniem czy problem wciąż narastających opóźnień w robotach drogowych (nasypy i wykopy – mierne wydajności) oraz przestoi w robotach mostowych (co wynika z przedkładanych do Zamawiającego meldunków dziennych z wykonanych robót) leży po stronie sprzętu czy organizacji robót Wykonawcy? Dyrektor P. Russegger wyjaśnił, że niektóre szalunki zostaną wykorzystane na

innych obiektach, dlatego są przestoje i Wykonawca nie pracuje na wszystkich obiektach. (...). Dyrektor zgodził się, że w robotach drogowych są opóźnienia, jednak nie należy dopatrywać się przyczyn w braku sprzętu na budowie tylko w braku należytej organizacji robót. Ponadto zadeklarował, że w 2009 roku Wykonawca będzie musiał zmienić czas pracy, organizację robót oraz wykorzystać wszystkie możliwości, aby wykonać przerób w wysokości 500 mln PLN(brutto) określony w planie finansowym. Dyrektor Kontraktu potwierdził deklarowany przerób na 2009 rok na kwotę 127 843 mln Euro netto (500 mln PLN brutto) oraz poprosił o czas na opracowanie programu wykonania robót w 2009 roku, aby nie popełnić po raz kolejny błędu przedstawiając plan, którego Wykonawca nie będzie w stanie wykonać".

Protokół z miesięcznej Rady Budowy nr 14 z dnia 11.12.2008 r.- 13 miesiąc realizacji kontraktu: „Inspektor ds. materiałowych zwrócił uwagę, że Wykonawca wiedząc z góry, iż dany materiał nie zostanie zaakceptowany przez Inżyniera (np. z uwagi na nieważną aprobatę, brak spełniania wymogów S.T.) składa wnioski do Nadzoru. Należy stwierdzić, że Wykonawca robi to celowo, aby poprawić statystykę".

Protokół z miesięcznej Rady Budowy nr 15 z dnia 06.02.2009 r.- 15 miesiąc realizacji kontraktu: „Kierownik Projektu stwierdził, że przedstawiony przez Wykonawcę plan robót na przyszły miesiąc jest słaby (małe ilości) i należy zintensyfikować roboty. Inżynier Rezydent zwrócił uwagę Wykonawcy, że zbyt błaho podchodzi do robót na drogach poprzecznych wraz z obiektami, pomimo tego iż są to krótkie odcinki, ich wykonanie będzie zależało od warunków atmosferycznych (jest to 5 obiektów poprzecznych). Ponadto Wykonawca nie przewidział okresów związanych z przeprowadzeniem próbnych obciążeń obiektów przed oddaniem ich do ruchu (procedury trwają ok. 20 dni)".

Protokół z miesięcznej Rady Budowy nr 16 z dnia 06.03.2009 r.- 16 miesiąc realizacji kontraktu: „Kierownik Projektu zwrócił się do Dyrektora Kontraktu o większą powagę w podejściu do przedmiotowego Kontraktu i problemów Budowy, co wiąże się przede wszystkim z nieprzerwaną obecnością na Budowie. Z uwagi na nieprzygotowanie się Wykonawcy do referowania postępu robót drogowych Inżynier Kontraktu zdecydował, iż omówienie tego zakresu robót odbędzie się w dniu 10.03.2009r. o godz. 11.00 i zobowiązał Wykonawcę do prawidłowego przygotowania informacji na w/w temat. Inżynier Kontraktu wyjaśnił, że osoba proponowana na nowego Kierownika Budowy nie spełnia wymagań dot. doświadczenia wynoszącego 5 lat na stanowisku, na które jest proponowany. Dyrektor Kontraktu poinformował, że w 2009 roku Wykonawca zamierza w pełni wykorzystywać korzystną pogodę oraz planuje pracować 30 dni w miesiącu".

Protokół z miesięcznej Rady Budowy nr 17 z dnia 09.04.2009 r.- 17 miesiąc realizacji kontraktu: „Inżynier Kontraktu w trakcie objazdu Budowy w dniu wczorajszym zauważył brak wykonywania robót - siedzących pracowników i brak personelu na Budowie (kierownicy,

majstrowie). Inżynier Kontraktu w dalszym ciągu oczekuje od Wykonawcy przedłożenia aktualnego Schematu Organizacyjnego wraz z zakresem kompetencji i wykazem aktualnych telefonów kontaktowych. Inżynier Kontraktu jest zaniepokojony częstymi zmianami kadrowymi Wykonawcy zarówno w pionie mostowym jak i drogowym. Dyrektor Kontraktu poparł Inżyniera, że sytuacja jest niepokojąca i poprosił o spotkanie w tym zakresie poza Radą Budowy. Kierownik Projektu domaga s/ę stałej obecności Dyrektora Kontraktu na Budowie, w przeciwnym wypadku nie można liczyć na terminowe zakończenie Kontraktu. Dyrektor Kontraktu jest szefem Placu Budowy, całego przedsięwzięcia. Pisma kierowane do nadzoru podpisywane są przez nieupoważnione do tego osoby co skutkuje na przykład tym, że Wykonawca nie jest należycie przygotowany do Rady Budowy i nie potrafi określić kiedy zamierza nadrobić powstałe opóźnienia. Praca nadzoru jest utrudniona, Inżynier nie ma z kim współpracować. Jeżeli sytuacja ta się nie poprawi nie będzie dalszego sensu spotykania się na Radach. Przez zmiany w personelu mamy zły obraz Budowy, a kluczową sprawą jest stała obecność Dyrektora Kontraktu. Zamawiający jest zaniepokojony czy Wykonawca jest w stanie wykonać roboty, które zakładano".

Protokół z miesięcznej Rady Budowy nr 18 z dnia 28.04.2009 r.- 17 miesiąc realizacji kontraktu: „Inżynier Kontraktu w dalszym ciągu oczekuje na przedstawienie aktualnego Schematu Organizacyjnego Wykonawcy wraz z zakresem kompetencji poszczególnych osób. Powyższe było wielokrotnie zgłaszane na Radach Budowy oraz Tygodniowych Spotkaniach Roboczych z Wykonawcą. Zdaniem Inżyniera na Budowie brakuje czterech Kierowników obiektów mostowych oraz siedmiu majstrów obiektów mostowych. Ponadto niezrozumiałą dla Inżyniera jest funkcja koordynatora nad kierownikiem robót drogowych na danym odcinku robót. W dalszym ciągu na Budowie nie ma zatwierdzonego Kierownika Budowy. Pan Peter Preindl, Peter Russegger i Uwe Meyer podziękowali za akceptację zmiany na stanowisku Dyrektora Kontraktu i zadeklarowali, że Wykonawca zintensyfikuje prace na Budowie i nadrobi wszystkie zaległości, a w bieżącym roku roboty zostaną wykonane na deklarowaną kwotę 530 mln PLN brutto.”

Protokół z miesięcznej Rady Budowy nr 19 z dnia 19.05.2009 r.- 18 miesiąc realizacji kontraktu: „Zdaniem Inżyniera Kontraktu oraz Pani Dyrektor GDDKiA O/K-ce przedstawiony przez Wykonawcę Schemat Organizacyjny nie gwarantuje wykonania pożądaných wydajności. Na poprzedniej Radzie Budowy Zamawiający miał zapewnienia, że nowy Dyrektor Kontraktu uporządkuje sprawy organizacyjne. Dyrektor Kontraktu odpowiedział, że za wydajność odpowiedzialny jest majster, natomiast za koordynację - kierownik robót. Kierownik Projektu dodał, że na Placu Budowy brak jest koordynacji robót. Inżynier Kontraktu wyraził po raz kolejny swoje zaniepokojenie faktem, iż Kierownik Robót Drogowych Pan. F.Erlenbauer nie potrafi przedstawić dokładnego zestawienia (ilości) robót wykonanych i pozostałych do wykonania robót oraz określić do kiedy opóźnienia zostaną nadrobione, a

poszczególne roboty wykonane. Podsumowując stwierdził, że zarządzanie pionem drogowym nie funkcjonuje prawidłowo" „Inżynier Kontraktu polecił Wykonawcy po wprowadzeniu nowych kierowników robót, przedstawienie aktualnego Schematu Organizacyjnego oraz udzielenie odpowiednich kompetencji pracownikom, aby sytuacje które miały miejsce podczas dzisiejszej Rady Budowy nie powtórzyły się".

Protokół z miesięcznej Rady Budowy nr 20 z dnia 04.06.2009 r.-19 miesiąc realizacji kontraktu: „Inżynier Kontraktu wyraził swoje zaniepokojenie ostatnimi zmianami kadry pracowniczej Wykonawcy (ok. 60 czeskich pracowników opuściło Kontrakt). Inżynier Rezydent zwrócił uwagę Wykonawcy, iż zgodnie z Warunkami Kontraktu winien prowadzić roboty od m-ca maja do końca m-ca września w godzinach 6.00-22.00 natomiast w rzeczywistości prace zaczyna wykonywać od godz. 7.00 do 19.00, co potwierdzają kontrolne objazdy budowy".

Protokół z miesięcznej Rady Budowy nr 21 z dnia 24.06.2009 r.- 19 miesiąc realizacji kontraktu: "Dyrektor Kontraktu zgłosił uwagę do Protokołu z poprzedniej Rady Budowy, a mianowicie nie zgodził się z zapisem z protokołu, iż Wykonawca rozpoczyna pracę o 7.00 a kończy o 19.00. Inżynier Kontraktu przypomniał, że na poprzedniej Radzie Dyrektor Kontraktu nie zgłosił uwag do wypowiedzi Rezydenta w temacie godzin pracy, tak więc zapis (...) pozostaje bez zmian. Ponadto Inżynier poinformował, że podczas kolejnej kontroli czasu pracy Wykonawcy na Budowie zostanie wykonany telefon informujący o kontroli bezpośrednio do Dyrektora Kontraktu. Dyrektor Kontraktu przyjął uwagi Zamawiającego i Nadzoru i wyjaśnił, iż poprzednie Kierownictwo Budowy źle funkcjonowało, osiągnięcie tak wysokich wydajności było nierealistyczne, a decyzje nielogiczne - wywożono materiał 13 km od Placu Budowy - w chwili obecnej Wykonawca musi sprostować błędy poprzedniego Kierownictwa. Inżynier Kontraktu przypomniał po raz kolejny Wykonawcy, iż zgodnie z Warunkami Kontraktu winien prowadzić roboty od m-ca maja do końca września w godzinach 6.00-22.00. Poinformował również Wykonawcę, iż będą przeprowadzone wrywkowo kontrolne objazdy budowy celem potwierdzenia faktycznego czasu pracy Wykonawcy na Budowie".

Protokół z miesięcznej Rady Budowy nr 22 z dnia 16.07.2009 r.- 20 miesiąc realizacji kontraktu: „Inżynier Kontraktu przypomniał po raz kolejny Wykonawcy, iż zgodnie z Warunkami Kontraktu winien prowadzić roboty od m-ca maja do końca m-ca września w godzinach 6.00-22.00, a przy tak słabych przerobach Zamawiający oraz Nadzór bezwzględnie wymaga wypełnienia tego warunku. W dniu 13.07.2009r. o godz. 20.00 Inżynier Rezydent przeprowadził kontrolę na Budowie podczas której stwierdzono pracę jedynie 3 walców pracujących w nasypie w km 559+000. Ponowna kontrola miała miejsce w dniu 14.07.2009r. o godz. 6.00 na odcinku od km 548+897 do km 556+434 - stwierdzono

pracę jedynie 3 spawaczy przy zbrojeniu palisady w km 556+400. O przeprowadzonych kontrolach telefonicznie poinformowano Kierownika Budowy".

Protokół z miesięcznej Rady Budowy nr 23 z dnia 06.08.2009 r.- 21 miesiąc realizacji kontraktu: Nadzór po raz kolejny upomina Wykonawcę, iż zgodnie z Warunkami Kontraktu roboty na budowie powinny trwać od godziny 6.00 do 22.00. W dalszym ciągu obserwuje się brak działań na budowie w godzinach wieczornych."

Protokół z miesięcznej Rady Budowy nr 24 z dnia 10.09.2009 r. - 22 miesiąc realizacji kontraktu: „Z-ca Dyrektora Kontraktu A.Stoiński przyznał, iż brak frontów robót dla warstwy mrozochronnej jest winą leżącą po stronie Wykonawcy, wiąże się to z opóźnieniami w wykonywaniu nasypów oraz drenaży. Inżynier Kontraktu dodał, iż odcinki pod warstwy konstrukcyjne powinny być dłuższe. Dyrektor Kontraktu oświadczył, iż dostawca został zobowiązany do dostarczania większej ilości materiału, gdyż m.in. z powodu problemów z dostawą materiału powstały opóźnienia. Inżynier Kontraktu stwierdził, iż Wykonawca wciąż posiada zbyt małą liczbę personelu na budowie, co zaobserwował także Kierownik Projektu. Zgodnie z deklaracją Wykonawcy sprawy kadrowe/personalne miały zostać ostatecznie uporządkowane do dnia 01.06.2009r., natomiast w zeszłym tygodniu Nadzór otrzymał kolejny Schemat Organizacyjny (zmienił się Kierownik Robót Drogowych; pojawili się nowi pracownicy).”

Protokół z miesięcznej Rady Budowy nr 25 z dnia 15.10.2009 r.- 23 miesiąc realizacji kontraktu: „Z-ca Dyrektora GDDKIA W-wa Departamentu Realizacji Inwestycji M. Karolak zwrócił się do Inżyniera Kontraktu i Dyrektora Kontraktu z zapytaniem, jakie działania Wykonawca podjął celem poprawy (...) złej organizacji, złego zarządzania i czy widoczna jest mobilizacja Wykonawcy. Inżynier Kontraktu stwierdził, iż mobilizacja nie jest zauważalna i Wykonawca nie podjął żadnych kroków w celu nadrobienia opóźnień" (...).

Z uwagi na brak działań naprawczych po stronie Wykonawcy, w dniu 9.10.2009 r. Zamawiający wezwał do swojej siedziby Wykonawcę oraz jego decyzyjnych przedstawicieli z Austrii Pana Dietmar Aluta - Oltyan Przewodniczącego Rady Nadzorczej, Pana Petera Preindla Dyrektora Alpine Bau GmbH oraz Pana Uwe Meyer Dyrektora Kontraktu na spotkanie w celu przedstawienia stanu faktycznego, jaki ma miejsce na Placu Budowy oraz zagrożeń leżących po stronie Wykonawcy, wpływających na terminową realizację Kontraktu. Przedstawiciele Zamawiającego przedstawili szczegółową prezentację obrazującą brak postępu robót, liczne uchybienia Wykonawcy w zakresie organizacji pracy i planowania poszczególnych robót wraz z odpowiednią dokumentacją zdjęciową oraz analizą możliwości realizacji Kontraktu do dnia 04.08.2010 r. Wykonawca został poinformowany, iż nie podjęcie stosownych działań naprawczych będzie skutkowało nie zrealizowaniem Kontraktu do dnia 04.08.2010 r., Wykonawca zobowiązał się do podjęcia działań naprawczych. W szczególności do zasilenia kadry pracowniczej pracownikami z Austrii (notatka ze spotkania

z dnia 09.10.2009 r., protokół z przesłuchania w charakterze świadka, P. Kuciaka, K. Raja, M. Karolaka, S. Kasperka).

Podczas ww. spotkania Inżynier Kontraktu wręczył Wykonawcy pismo z dnia 09.10.2009 r. nr J2W174AO/JL/IK/2809/09 wzywające do poprawy w trybie Subklauzuli 15.1 Warunków Kontraktu (vide: Załącznik nr 5 do pozwu). Inżynier wskazał, iż w związku z rażącymi zaniedbaniami po stronie Wykonawcy, o czym Inżynier informował Wykonawcę na każdej Radzie Budowy oraz w licznej korespondencji, a co do chwili obecnej nie zostało w żaden sposób usunięte, wystąpiły znaczne opóźnienia w realizacji Kontraktu. Opóźnienia te nie tylko w sposób znaczny przekraczają terminy realizacji Kontraktu określone w Harmonogramie nr 7, przekraczają również terminy deklarowane przez Wykonawcę w projekcie Harmonogramu nr 7.4 (nie zatwierdzonym przez Inżyniera z uwagi na jego niezgodność z Warunkami Kontraktu), na który powołuje się Wykonawca oraz przekraczają terminy do zachowania których Wykonawca deklarował się na Radach Budowy. Mając powyższe na uwadze Inżynier wezwał Wykonawcę do nadrobienia opóźnień w robotach drogowych i mostowych, w terminie do dnia 30.10.2009 r., w zakresie robót i terminów deklarowanych przez Wykonawcę na ostatniej Radzie Budowy. Inżynier po raz kolejny poinformował, iż jedyne przyczyny braku terminowej realizacji w/w zakresu robót to:

- a) zła organizacja procesu i przygotowania frontu robót, np. niezakończone do dnia dzisiejszego roboty, ziemne, drenaże i materace, co uniemożliwia wykonywanie następujących po nich innych robót drogowych,
 - b) brak dostosowania się do Warunków Kontraktu w zakresie czasu pracy, tzn. Wykonawca nie prowadził robót w okresie letnim w godzinach 6.00- 22.00, pomimo wielokrotnych pisemnych monitów ze strony Inżyniera Kontraktu
 - c) częste zmiany obsady personalnej, co skutkowało częstym potrzebom zmian Schematu Organizacyjnego, i tak: 5 razy zmieniano Dyrektora Kontraktu w krótkich odstępach czasu, nastąpiła zmiana na stanowisku Kierownika Budowy, Kierownika Robót Drogowych i Kierownika Robót Mostowych, bardzo częste zmiany Kierowników Obiektów Mostowych i Majstrów, co powoduje że kolejni pracownicy nie znają problemów istniejących na Placu Budowy i tylko pogłębiają istniejące już opóźnienia w realizacji prac.
- W ocenie Inżyniera Kontraktu Personelu technicznego na Budowie jest za mało, co wielokrotnie wypominano Wykonawcy, W części drogowej pracuje 6 Kierowników i 15 Majstrów, co na długości 18 km jest stanowczo za mało.
- d) permanentny brak mobilizacji kadry pracowniczej Wykonawcy, zbyt mało pracowników na poszczególnych sekcjach robót.

Z uwagi na fakt, iż do dnia 09.10.2009 r. roboty i obiekty, dla których zgodnie z Harmonogramem nr 7 termin ukończenia już minął nie zostały wykonane, a kolejno deklarowane przez Wykonawcę terminy ich wykonania są wydłużane oraz ze względu na

brak właściwego nadzorowania i zarządzania Kontraktem przez Wykonawcę, Inżynier w trybie Subklauzuli 15.1 zażądał w terminie do dnia 30.10.2009 naprawienia wynikłych z tego tytułu strat dla Kontraktu i Zamawiającego, a tym samym nadrobienia zaległości całkowicie leżących po stronie Wykonawcy i usunięcia nieprawidłowości leżących po jego stronie. W szczególności, w zakreślonym powyżej terminie należało zapewnić odpowiednią liczbę kadry zarządzającej, tj. 74 pracowników inżynieryjno-technicznych (stanowiska kierownicze), odpowiednią liczbę pracowników wymaganych do prawidłowej i terminowej realizacji prac, tj. 1200 (pracownicy produkcyjni m.in. operatorzy sprzętu, wykwalifikowani specjaliści), którzy zapewnić mieli prawidłową koordynację prac i realizację frontów robót, w tym pracę w trybie dwuzmianowym (6.00-22.00), harmonogram nadrobienia opóźnień. Ponadto w podanym terminie należało wykonać roboty i obiekty określone w pkt. I, II, III niniejszego pisma. Zakreślony powyżej termin, zdaniem Inżyniera, dla w pełni doświadczonego Wykonawcy był terminem racjonalnym, a sam Wykonawca wielokrotnie deklarował już ukończenie przedmiotowych robót znacznie wcześniej. Od chwili stwierdzenia, iż Wykonawca nie wywiązuje się z wymogów Subklauzul 8.1 oraz 6.5 Warunków Kontraktu, Inżynier Kontraktu domagał się od Wykonawcy przedłożenie zaktualizowanego Harmonogramu. Harmonogram ten miał przedstawiać, kiedy i w jaki sposób Wykonawca zamierza nadrobić powstałe z jego winy opóźnienia w realizacji robót. Inżynier Kontraktu sygnalizował wielokrotnie, iż Wykonawca nie realizuje zadania zgodnie z SubKlauzulą 6.5 Warunków Kontraktu, w której obowiązuje czas pracy w godz. od 6.00 do 22.00 w okresie od maja do października. Jednocześnie Inżynier Kontraktu sugerował Wykonawcy usprawnienie brakującej skutecznej organizacji robót, która negatywnie wpływa na postęp Robót na budowie (protokoły z rad budowy, protokół z przesłuchania w charakterze świadka P. Kuciaka, K. Raja, M. Karolaka, S. Kasperka)

Nadto, Wykonawca na każdej Radzie Budowy w swojej prezentacji konsekwentnie deklarował terminy nadrobienia wspomnianych strat. Tym samym nie kwestionował ponoszenia odpowiedzialności za powstałe opóźnienia. Terminy te jednak, bez żadnych racjonalnych argumentów, przedłużał z miesiąca na miesiąc i nadal nie przestrzegał wymogów Subklauzuli 6.5 dotyczącej Czasu Pracy. Wykonawca nie pracował w godz. od 6.00 do 22.00. Inżynier Kontraktu, w dalszym ciągu wskazywał, iż bez usprawnienia organizacji na budowie oraz bez dostosowania się do wymogów dotyczących godzin pracy od 6.00 do 22.00 zgodnie z Warunkami Kontraktu, istnieje poważne zagrożenie, że Wykonawca nie zdoła nadrobić powstałych opóźnień.

W związku z powyższym, po przekroczeniu kolejnych deklarowanych terminów w miesiącu wrześniu 2009, Inżynier Kontraktu w oparciu o Subklauzulę 15.1 Warunków Kontraktu zobowiązał Wykonawcę do wykonania zadeklarowanego przez niego zakresu robót przeznaczając na to kolejny miesiąc. Inżynier poinformował, iż w przypadku braku

wywiązania się z powyższego zobowiązania oraz braku naprawienia wynikłych z tego tytułu strat w terminie określonym powyżej (30.10.2009 r.), Zamawiający uprawniony będzie na mocy Klauzuli 15.2 Warunków Umowy do odstąpienia od Kontraktu (wezwanie do poprawy z dnia 09.10.2009 r. - protokół z przesłuchania w charakterze świadka, P. Kuciaka).

W dniu 04.11.2009 r., w siedzibie Zamawiającego odbyło się kolejne spotkanie z przedstawicielami Wykonawcy, w tym z udziałem decyzyjnych przedstawicieli z Austrii Pana Dietmar Aluta - Oltyan Przewodniczącego Rady Nadzorczej, Pana Petera Preindla Dyrektora Alpine Bau GmbH oraz Pana Uwe Meyer Dyrektora Kontraktu. Zamawiający poinformował Wykonawcę w formie prezentacji o braku postępu w pracach na Placu Budowy, jak również, że Wykonawca w żaden sposób nie zastosował się do wezwania do poprawy z dnia 09.10.2009 r. oraz nie podjął działań naprawczych, do których zobligował się na spotkaniu z 9.10.2009 r. W trakcie przedmiotowego spotkania Wykonawca zadeklarował dochowanie terminu zakończenia Kontraktu do dnia 04.08.2010 r. poza obiektem mostowym MA 532 i MD 532.1. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o przygotowanie na kolejne spotkanie realnego Harmonogramu naprawczego, uprzednio uzgodnionego z Inżynierem Kontraktu, zakładającego zakończenie robót do dnia 04.08.2010 r. poza obiektem mostowym MA 532 i MD 532.1 oraz o rozważenie i ewentualne przedstawienie Zamawiającemu projektu Aneksu nr 1 z Czasem na Ukończenie do dnia 04.08.2010 r. wraz z określeniem dodatkowych kar umownych, za niewykonanie poszczególnych asortymentów harmonogramu z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w terminach w nim określonych (kamienie milowe). Z uwagi na fakt, iż termin kolejnego spotkania został wyznaczony na dzień 16.11.2009 r., Zamawiający zwrócił się z prośbą o przedłożenie do dnia 13.11.2009 r. projektu Harmonogramu naprawczego uzgodnionego uprzednio z Inżynierem Kontraktu oraz projektu Aneksu nr 1, o którym mowa powyżej (protokół z przesłuchania w charakterze świadka P. Kuciaka, K. Raja, M. Karolaka, S. Kasperka).

W dniu 16.11.2009 r. w siedzibie Zamawiającego odbyło się kolejne spotkanie z przedstawicielami Wykonawcy, w tym z udziałem decyzyjnych przedstawicieli z Austrii Pana Dietmar Aluta - Oltyan Przewodniczącego Rady Nadzorczej, Pana Petera Preindla Dyrektora Alpine Bau GmbH oraz Pana Uwe Meyer Dyrektora Kontraktu. W trakcie spotkania ustalono, że Harmonogram naprawczy nie został uzgodniony z Inżynierem Kontraktu jak również do chwili obecnej nie został dostarczony do Zamawiającego i Inżyniera Kontraktu. Zamawiający poinformował Wykonawcę, iż nie doszło do poprawy zgodnie z wezwaniem z dnia 09.10.2009 r., Wykonawca nie podjął działań naprawczych które skutecznie dawałyby możliwość zakończenia kontraktu w terminie do 4.08.2010, w konsekwencji czego termin zakreślony w przedmiotowym piśmie oraz w piśmie z dnia 26.10.2009 r. upłynął bezskutecznie. Wykonawca ponadto, nie przedłożył propozycji Aneksu wraz z dodatkowymi

karami za niewykonanie kamieni milowych, o co został poproszony na spotkaniu w dniu 4.11.2009 r.

Podczas spotkania Zamawiający zapoznał się z treścią Aneksów nr 1 i 2 i stwierdził, że Wykonawca w sposób istotny zmienia dotychczasowe ustalenia. Z uwagi na fakt, że Wykonawca proponuje zakończenie Kontraktu w terminie do dnia 30.04.2011 r. (a więc sam wykonawca potwierdza, że nie jest w stanie zakończyć inwestycji do dnia 04.08.2010 r.) uzależniając to dodatkowo od spełniania przez Zamawiającego licznych dodatkowych warunków, w tym dodatkową zapłatę w kwocie 57.855.000,00 Euro netto, przedłożone przez Wykonawcę Aneksy nr 1 i 2 nie zostały przez Zamawiającego (notatki ze spotkań z dnia 09.10.2009 r., 04.11.2009 r., 16.11.2009 r., projekty aneksów nr 1 i 2 przedstawione przez pozwanego, protokół z przesłuchania w charakterze świadka P. Kuciaka, K. Raja, M. Karolaka, S. Kasperka).

Oceniając przedstawione wyżej okoliczności faktyczne sprawy stwierdzić należy, iż po stronie Zamawiającego zaktualizowało się uprawnienie do odstąpienia od umowy na podstawie przepisu art. 635 k.c. Jeżeli bowiem wykonawca opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem robót budowlanych tak dalece, że nie jest prawdopodobne ich ukończenie w umówionym terminie, zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy. Zwrócić należy uwagę, że odstąpienie od umowy w warunkach omawianego przepisu, inaczej niż w art. 491 § 1 k.c., nie wymaga, po pierwsze, aby owo zaniechanie wykonania w ustalonym terminie czynności przyjmującego zamówienie było kwalifikowane w kategoriach zwłoki. Zamawiający może z niego skorzystać nawet wtedy, gdy nie da się przyjmującemu zamówienie postawić zarzutu naruszenia należytej staranności wymaganej w stosunkach danego rodzaju (art. 355 i 472 k.c.). Z tych powodów oddalono wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z dokumentu, stanowiącego załącznik nr 32 do pozwu z dnia 12.01.2010 r. Po drugie, zamawiający nie jest w tym przypadku zmuszony do wyznaczenia drugiej stronie odpowiedniego terminu do wykonania koniecznych czynności, z zastrzeżeniem, że po jego bezskutecznym terminie będzie mógł od umowy odstąpić. W tym wypadku może to czynić w razie ustalenia, że przyjmujący zamówienie opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem dzieła, i to tak dalece, że nie jest prawdopodobne, że zdoła je wykończyć w czasie właściwym.

Pozostaje jeszcze analiza okoliczności, stanowiących podstawę odstąpienia, które nie muszą jednocześnie stanowić przesłanek do skutecznego odstąpienia od umowy w świetle wskazanego przepisu, jednakże mogą być kwalifikowane jako zawinione wykroczenie zawodowe.

Wobec nałożenia na zamawiającego, mocą przepisu art. 45 ust. 2 lit d dyrektywy klasycznej, ciężaru dowodu w postaci wykazania zawinionego poważnego wykroczenia zawodowego, potwierdzenia wymagają okoliczności wskazane przez Zamawiającego w

piśmie z dnia 23 lutego 2011 r. Przy czym na potrzeby niniejszego postępowania, w ocenie Izby, nie jest konieczne ustalenie, czy zaistniały wszystkie przyczyny, z powodu których Zamawiający odstąpił od umowy, ale czy znalazła potwierdzenie chociażby jedna z nich.

W ocenie Izby, realizacja robót zgodnie ze Specyfikacją Techniczną, w terminach ustalonych przez strony i zapewnienie personelu oraz sprzętu wymaganego przez Zamawiającego, jest jednym z podstawowych elementów zobowiązania Wykonawcy. Stąd brak realizacji robót w wyznaczonym czasie (od poniedziałku do soboty w godzinach 6.00-22.00), a także brak personelu kluczowego, niestabilność tego personelu (ciągłe zmiany), brak wymaganych uprawnień, nieprzygotowywanie się przez Wykonawcę do Rad Budowy, nieudzielanie informacji na temat planowanych robót, realizacja robót w „ukryciu”, w celu uniemożliwienia nadzoru, jak również fakt, iż wiele z tych uchybień Wykonawca potwierdził podczas Rad Budowy należy kwalifikować jako zawinione poważne wykroczenie zawodowe. Nie ulega bowiem wątpliwości, że brak realizacji podstawowych obowiązków ze strony Wykonawcy i to już w początkowym stadium, jest tak istotnym pogwałceniem warunków kontraktu, że wadliwość tego świadczenia może być kwalifikowana, według wzorca określonego w dyrektywie obronnej, jako poważne wykroczenie zawodowe. Z pewnością stanowi to o braku staranności po stronie Wykonawcy. Zresztą wykonawca przyznał, że nie pracuje w wymaganym systemie czasu pracy, że opóźnienia są spowodowane nieprzygotowaniem frontu robót lub brakiem dostaw materiałów.

Zwrócić należy uwagę, iż brak właściwej mobilizacji po stronie Wykonawcy generuje ogromne problemy i od początku stanowi zagrożenie dla realizacji kontraktu. Zdecydowanie więc należy się przeciwstawić takim praktykom, że w ofercie wykonawcy deklarują to, czego oczekuje zamawiający, tylko po to, aby uzyskać zamówienie, podczas gdy, jak wynika z doświadczenia życiowego, nie są w stanie sprostać tym obowiązkom. Wykonawcy częstokroć wykorzystują sytuację wiedząc, że dla zamawiającego odstąpienie od umowy stanowi ostateczność, bo generuje to kolejne, niebagatelne problemy. Rodzi to bowiem konieczność przeprowadzenia inwentaryzacji budowy, kolejnych postępowań o udzielenie zamówienia a z tym się wiążą ogromne koszty i czas. Stąd też należy bezwzględnie eliminować tego rodzaju patologię szerzącą się w realizacji robót budowlanych, a narzędzie ku temu stworzone, wydaje się być pomocne dla realizacji tego celu.

IV. Lex retro non agit.

We wskazanym przedmiocie zachowują aktualność rozważania zawarte w uzasadnieniu niniejszego wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 707/12.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 20.000,00 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł, na podstawie kopii faktury VAT przedłożonej do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....

.....