

**WYROK**

**z dnia 20 sierpnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski  
Marek Szafraniec  
Marek Koleśnikow**

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 i 13 lipca oraz 14 sierpnia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 czerwca 2012 r.

przez wykonawcę: **Alpine Bau GmbH z siedzibą w Wals-Siezenheim (Austria)**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Warszawa**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: Alpine Bau GmbH z siedzibą w Wals-Siezenheim i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: Alpine Bau GmbH z siedzibą Wals-Siezenheim** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od odwołującego: Alpine Bau GmbH z siedzibą Wals-Siezenheim na rzecz zamawiającego: Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie kwotę 3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania

**Sygn. akt KIO 1357/12**

odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. 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:** .....

.....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Kontynuacja projektowania i budowa odcinka drogi ekspresowej S8 od rejonu węzła „Opacz” na terenie gminy Michałowice (z wyłączeniem tego węzła) do węzła „Paszków” i powiązania z drogą krajową Nr 7 do skrzyżowania z drogą wojewódzką Nr 721 w miejscowości Magdalenka (wraz z węzłem Paszków i ww. skrzyżowaniem). Etap I cz. 1 – odc. węzeł „Opacz” - węzeł „Paszków”, Etap II – odc. węzeł „Janki Małe” - skrzyżowanie z D\V 721 (oznaczenie sprawy GDDKiA/DPR/2012/R/1/POliŚ/Ce).*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 31 marca 2012 r. pod nr 2012/S\_64-103681, z tym, że 28 marca 2012 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich oraz zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej ([www.gddkia.gov.pl](http://www.gddkia.gov.pl)).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 1.152.483.902,44 zł, co stanowi równowartość 286.716.066,88 euro.

20 czerwca 2012 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną Odwołującemu – Alpine Bau GmbH z siedzibą w Wals-Siezenheim (Austria) – zawiadomienie o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp.

29 czerwca 2012 r. (pismem z 28 czerwca 2012 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy pzp z uwagi na brak ziszczenia się ustawowych przesłanek uprawniających Zamawiającego do wykluczenia Odwołującego z udziału

## Sygn. akt KIO 1357/12

w postępowaniu, w szczególności wobec braku tożsamości podmiotowej Odwołującego i podmiotu, w stosunku do którego Zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy w sprawie zamówienia publicznego, jak i braku skutecznego odstąpienia Zamawiającego od tej umowy.

Odwołujący wniósł o 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 Odwołującego.

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 11 kwietnia 2012 r. – na okoliczność przekształcenia spółki cywilnej pod firmą „Konsorcjum Alpine Bau GmbH / Alpine Bau Deutschland AG / Alpine stavebni spolecnost Cz. s.r.o. spółka cywilna” w spółkę jawną pod firmą „Alpine Bau GmbH A-1 sp. j.”,
- b) odpisu pisma Zamawiającego z 15 grudnia 2009 r. oraz odpisu pisma Zamawiającego z 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 18 grudnia 2009 r., z potwierdzeniem doręczenia Zamawiającemu 22 grudnia 2009 r., 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 12 stycznia 2010 r. (bez załączników), odpisu pozwu Zamawiającego przeciwko Alpine Bau GmbH A-1 sp. j. z 19 stycznia 2010 r. (bez załączników) oraz odpisu odpowiedzi Alpine Bau GmbH A-1 sp. j. z 9 marca 2010 r. na pozew Zamawiającego – na okoliczność sporu pomiędzy Alpine Bau GmbH A-1 sp. j. a Zamawiającym odnośnie skutecznego odstąpienia od umowy przez Alpine Bau GmbH A-1 sp. j.,
- e) kopii wniosku Odwołującego z 26 kwietnia 2012 r. 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. j.,
- f) analizy opóźnień w postępie robót poza odpowiedzialnością Wykonawcy – wg stanu na 30.09.2009 – załącznik nr 32 do pozwu z 12 stycznia 2010 r., 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 prof. K..... F..... (styczeń-luty 2010) oraz z zeznań prof. J. B..... w postępowaniu sądowym z powództwa Zamawiającego przeciwko Alpine Bau GmbH A-1 sp. j. (Sąd Okręgowy w Warszawie, sygnatura akt I C 202/10) złożonych 23 stycznia 2012 r. – protokół z rozprawy – na okoliczność wykazania wad dokumentacji projektowej przekazanej Alpine Bau GmbH A-1 sp. j. przez Zamawiającego,
- h) kopii Ogólnych Warunków Kontraktu w części obejmującej subklauzulę 15.2 wraz ze Szczególnymi Warunkami Kontraktu dla umowy z 18 października 2007 r.

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 (dalej w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”), 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 z s.i.w.z. oraz zgodnie z zasadami wiedzy technicznej i sztuką budowlaną.

Odwołujący podniósł następujące okoliczności faktyczne:

Umowa z 18 października 2007 r., dotycząca realizacji inwestycji pn. *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. (w skrócie zwanym dalej również „Konsorcjum”).

Spółka Alpine Mayrder Bau GmbH zmieniła firmę na Alpine Bau GmbH, a zmiana ta została wpisana do austriackiego rejestru handlowego 1 września 2007 roku. Konsorcjum zostało przekształcone w spółkę cywilną, a 26 marca 2008 r. wspólnicy podjęli jednogłośnie 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 5 września 2008 r. Zgodnie z umową spółki Alpine Bau GmbH stała się wspólnikiem wyłącznie uprawnionym do reprezentacji spółki.

15 grudnia 2012 r. Zamawiający skierował do spółki Alpine Bau GmbH A-1 spółka

jawna oraz do Alpine Holding GmbH i Alpine Bau GmbH pismo – powiadomienie o odstąpieniu od umowy z dniem 29 grudnia 2012 r. Następnie pismem z 16 grudnia 2009 r., 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 stanowić miała subklauzula 15.2 *Ogólnych Warunków Kontraktu* (stanowiących część składową umowy), w której uregulowane zostało umowne prawo odstąpienia zastrzeżone dla Zamawiającego. Oprócz powiadomienia o odstąpieniu Zamawiający nigdy nie złożył samego oświadczenia o odstąpieniu od umowy.

18 grudnia 2009 r. Alpine Bau GmbH jako jedyny wspólnik 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 22 grudnia 2009 r. Z tym też dniem odstąpienie spółki Alpine Bau GmbH 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.

Pomiędzy 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 12 stycznia 2010 r. domagała się uznania, że oświadczenie Zamawiającego o odstąpieniu od umowy było bezskuteczne (powództwo to zostało następnie rozszerzone o żądanie zapłaty odszkodowania). Postępowanie w tej sprawie toczy się przed Sądem Okręgowym w Warszawie pod sygnaturą akt XXV 39/10. Natomiast Zamawiający w pozwie z 19 stycznia 2010 r. 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, że Zamawiający nie odstąpił od umowy, gdyż:

- a) złożył jedynie powiadomienie bez oświadczenia o odstąpieniu,
- b) osoba podpisująca umocowana była jedynie do powiadomienia o odstąpieniu, 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 r. wskutek odstąpienia przez Alpine Bau GmbH A-1 sp. j. (od już rozwiązanej 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.

Na tle powyższych okoliczności Odwołujący dokonał następującej analizy prawnej:

A. Brak tożsamości podmiotów

Z treści przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1 a pzp wynika jednoznacznie, że dla zaistnienia przesłanki wykluczenia wymagane jest aby owo wcześniejsze odstąpienie od umowy (względnie jej wypowiedzenie lub rozwiązanie) nastąpiło w odniesieniu do tego samego podmiotu, który ubiega się w nowym postępowaniu o udzielenie zamówienia przez tego samego zamawiającego. Dla ustalenia podmiotu, wobec którego stosuje się sankcję z art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp, rozstrzygająca jest chwila (dzień) złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o rozwiązaniu (wypowiedzeniu, odstąpieniu od) umowy, tzn. wykluczeniu podlega ten podmiot, który był stroną umowy w chwili jej zakończenia. W chwili składania przez Zamawiającego tzw. powiadomienia o odstąpieniu od umowy jej stroną była Alpine Bau GmbH A-1 sp. j., również samo oświadczenie Zamawiającego kierowane było do tej spółki jako następcy prawnego Konsorcjum, z którym Zamawiający zawarł umowę (Zamawiający sam wskazał w tzw. powiadomieniu o odstąpieniu, że Konsorcjum zostało *przekształcone następnie w Alpine Bau GmbH A-1 Spółka Jawna*). Konsorcjum w składzie Alpine Bau GmbH, Alpine Bau Deutschland AG, Alpine stavebni společnost Cz. s.r.o. zawarło umowę spółki cywilnej. W wyniku tego nie doszło do żadnej zmiany podmiotowej po stronie wykonawcy, albowiem spółka cywilna nie ma podmiotowości prawnej. Jest to natomiast nowa regulacja wewnętrznych stosunków pomiędzy wspólnikami spółki cywilnej, służąca również umocnieniu zasady solidarnej odpowiedzialności jej wspólników.

Wspólnicy spółki cywilnej zdecydowali w następnej kolejności o jej przekształceniu w spółkę jawną. Przekształcenie to nastąpiło na podstawie art. 26 § 4 kodeksu spółek handlowych, zgodnie z którym to przepisem: *Z chwilą wpisu do rejestru spółka, o której mowa w § 4, staje się spółką jawną. Spółce tej przysługują wszystkie prawa i obowiązki stanowiące majątek wspólny wspólników. Przepisy art. 553 § 2 i 3 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. Nie stanowi naruszenia przepisu art. 7 ust. 3 pzp, gdyż takie przekształcenie powoduje, że mamy do czynienia z następstwem prawnym, które nie jest zależne od woli stron, ale następuje *ex lege* i oznacza zachowanie ciągłości prawnej podmiotu. Co więcej, 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-1 sp. j. Co więcej, w trakcie realizacji umowy to spółka Alpine Bau GmbH A-1 sp. j. wystawiała Zamawiającemu faktury za wykonane roboty, a Zamawiający dokonywał płatności właśnie na rzecz tej spółki. Zamawiający zdaje się celowo nie zważać na powyższe okoliczności i pomija istotny fakt, że wskutek przekształcenia spółki cywilnej w spółkę jawną na podstawie art. 26 § 4 ksh stroną umowy stała się spółka Alpine Bau GmbH A-1 sp. j., a nie Odwołujący, oraz fakt, że Zamawiający podjął działania zmierzające do odstąpienia właśnie od umowy łączącej go z Alpine Bau GmbH A-1 sp. j., a nie z Odwołującym.

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 tego 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. 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. Jednakże w niniejszym



postępowaniu wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożony został przez Odwołującego (tj. przez spółkę Alpine Bau GmbH).

#### B. Odstąpienie od umowy

Kolejna przesłanka uzasadniająca wykluczenie danego wykonawcy, zawarta w art. 24 ust. 1 pkt 1a 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. Rozstrzygnięcie Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia nie spełnia tego warunku, gdyż 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 sam Zamawiający – wskazując w piśmie z 3 kwietnia 2012 r., że odstąpienie od umowy *nastąpiło w dniu 29.12.2009 r.* (str. 15 tego pisma). Zamawiający pominał zupełnie okoliczność, że sam otrzymał 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 22 grudnia 2009 r. W konsekwencji odstąpienie od umowy nie mogło nastąpić – jak chce Zamawiający – 29 grudnia 2009 r., albowiem w tym dniu umowa wskutek oświadczenia spółki Alpine Bau GmbH A - 1 sp. j. już nie wiązała stron.

Ponadto Zamawiający nie złożył oświadczenia o odstąpieniu od umowy, gdyż Odwołującemu doręczone zostało jedynie powiadomienie o odstąpieniu. Postanowienia umowy wskazują, że takie powiadomienie nie powoduje skutecznego odstąpienia od niej, a jest jedynie niezbędne do wszczęcia samej procedury i powinno być dane wykonawcy z 14-dniowym wyprzedzeniem. Zgodnie z subklauzulą 15.2 *Ogólnych Warunków Kontraktu* akapit trzeci *Zamawiający będzie mógł, po daniu Wykonawcy powiadomienia z 14-dniowym wyprzedzeniem odstąpić od Kontraktu.* Oznacza to, że dla skuteczności odstąpienia konieczne jest złożenie odrębnego, dodatkowego oświadczenia o odstąpieniu. Potwierdza to również konstrukcja umowy, w której we wskazanym wcześniej akapicie trzecim subklauzuli 15.2 stwierdza się: *Jednakże, w przypadku opisanym w podpunkcie (e) lub (f), Zamawiający może za pomocą powiadomienia odstąpić od Kontraktu ze skutkiem natychmiastowym.* To znaczy, że skutek odstąpienia przez doręczenie samego powiadomienia o odstąpieniu

osiągnięty mógłby być wyłącznie w przypadku, gdyby podstawę odstąpienia stanowiły okoliczności wskazane w podpunktach (e) lub (f) subklauzuli 15.2. Natomiast Zamawiający w powiadomieniu o odstąpieniu z 15 grudnia 2009 r. powołał się wyłącznie na podpunkty (a), (b) oraz (c) subklauzuli 15.2. Potwierdzeniem prawidłowości takiej analizy jest to, że w toku realizacji innej umowy zawartej przez tego samego Zamawiającego z konsorcjum NDI S.A. z siedzibą w Sopocie oraz SB Granit S.A. z siedzibą w Skopje (Umowa nr I/94/ZR-R-4/2010 z 5 lutego 2010 r., dot. budowy autostrady A4 ode. Brzesko - Wierzchosławice) Zamawiający dokonał czynności zgodnych z przywołanym zapisem subklauzuli 15.2 (powoływana umowa była bowiem oparta o ten sam format FIDIC) – tzn. najpierw doręczył wykonawcy powiadomienie o odstąpieniu, a następnie po upływie 14 dni doręczył oświadczenie o odstąpieniu od umowy.

Co więcej, powiadomienie Zamawiającego zostało podpisane przez jednego pełnomocnika, co stanowi naruszenie regulaminu organizacyjnego Zamawiającego (wymaga on, aby oświadczenia w zakresie praw i obowiązków Generalnego Dyrektora składane były przez Generalnego Dyrektora jednoosobowo lub przez dwóch upoważnionych przez Generalnego Dyrektora pełnomocników działających łącznie). Tym samym również z tego powodu powiadomienie z 15 grudnia 2009 r. nie mogło wyrzeć skutku w postaci odstąpienia przez Zamawiającego od umowy zawartej ze spółką Alpine Bau GmbH A-1 sp. j.

Istotne wątpliwości budzą postanowienia umowy wskazane przez Zamawiającego jako podstawy do wykonania prawa odstąpienia (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 takiego terminu nie zawiera, co powoduje, że należy ją uznać za nieważną (art. 58 kodeksu cywilnego). Subklauzula 15.2 OWK jest sprzeczna z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, tzn. z bezwzględnie obowiązującym przepisem art. 395 § 1 kodeksu cywilnego w zakresie, w jakim zastrzega umowne prawo odstąpienia na rzecz Zamawiającego. Należy przyjąć, że oświadczenie o odstąpieniu złożone przez Zamawiającego na podstawie nieistniejącej podstawy prawnej – z wyraźnym powołaniem się na nią – nie wywołuje skutków prawnych.

Nawet gdyby umowne prawo odstąpienia było ważne (co jest założeniem kontrfaktycznym) i tak trzeba by dojść do wniosku, że stronom umowy przysługiwały umowne uprawnienia z różnych podstaw prawnych: Zamawiającemu z subklauzuli 15.2 OWK, z art.

635 w zw. z art. 656 § 1 kc, art. 636 w zw. z art. 656 § 1 k.; a także z art. 491 § 1 kc. Z kolei wykonawcy służyło umowne prawo odstąpienia z subklauzuli 16.2 OWK, a także z art. 491 § 1 kc. W powyższej sytuacji mielibyśmy zatem do czynienia ze zbiegiem kilku norm prawnych, których hipoteza obejmuje omawiany stan faktyczny, jak również ze zbiegiem praw kształtujących. W praktyce oznacza to, że pozwanemu przysługiwały różne prawa odstąpienia, a nie jedno zbiorcze prawo odstąpienia na podstawie różnych podstaw prawnych. W stanie faktycznym sprawy wystąpił zbieg zarówno umownego, jak i ustawowego prawa odstąpienia. Ponadto, w ramach samego tylko ustawowego prawa odstąpienia mamy do czynienia z różnymi przesłankami jego zastosowania (brak możliwości ukończenia robót w terminie w przypadku prawa odstąpienia z art. 635 kc; nieprawidłowe wykonywanie robót w przypadku prawa odstąpienia z art. 636 kc). Prowadzi to do wniosku, że po stronie Zamawiającego istniał szczególny przypadek zbiegu roszczeń, polegający na tym, że mógł on wykonać jedno z kilku praw odstąpienia. Nie ulega przy tym wątpliwości, że Zamawiający może wykonać tylko jedno z przysługujących mu praw odstąpienia. Zamawiający składając oświadczenie, dokonał wyboru przysługującego mu prawa, stwierdzając *expressis verbis*, że odstępuje na podstawie subklauzuli 15.2 (a), (b), (c) OWK. Jako że klauzula ta okazała się nieważna, odstąpienie Zamawiającego nie mogło wywołać żadnych skutków prawnych. Nie można przy tym twierdzić, że pozostałe prawa odstąpienia przysługujące Zamawiającemu z innych podstaw wygasły. Stałoby się tak tylko wtedy, gdyby oświadczenie Zamawiającego złożone na podstawie subklauzuli 15.2 OWK było skuteczne. Wręcz przeciwnie, Zamawiający mógłby w dalszym ciągu odstąpić na podstawie art. 635 w zw. z art. 656 § 1 kc, art. 636 w zw. z art. 656 § 1 kc, a także art. 491 § 1 kc, gdyby tylko istniały po temu przesłanki i – przede wszystkim – gdyby umowa nie została wcześniej skutecznie rozwiązana na skutek oświadczenia spółki Alpine Bau GmbH A-1 sp- j.

Za przyjęciem powyższego rozwiązania przemawia wzgląd na autonomię podmiotów prawa cywilnego. Oczywiście nie można zaprzeczyć, że w pewnych wypadkach sąd może dokonać korekty oświadczeń stron, zwłaszcza jeśli z okoliczności wynika, że strona jest nieporadna i brakuje jej biegłości w kwestiach prawnych albo gdy z okoliczności, ustalonych zwyczajów lub zasad współżycia społecznego wynika, że oświadczeniu należy nadać odmienną treść. Powyższy mechanizm korektury, opierający się na zasadach wykładni oświadczenia woli, jest w pełni dopuszczalny. Nie ulega jednak wątpliwości, że oświadczenie złożone przez Zamawiającego nie daje pola do interpretowania w tę stronę, aby utrzymać je w mocy. Zamawiający był świadomy podstaw prawnych swojego działania, o czym

wystarczająco dobitnie świadczy fakt, że się na nie powołuje. Zamawiający powołuje się nie tylko na subklauzulę 15.2 OWK. ale także na wiele innych ich postanowień, które – jako nierozzerwalnie związane z umownym prawem odstąpienia – powinny również zostać uznane za nieważne, jak również na terminologię kontraktową. Fakt nieważności postanowienia umownego stanowi przy tym ryzyko Zamawiającego, zwłaszcza, że to on przygotował projekt Umowy. Wbrew zasadzie *nemo turpitudinem suam allegans audiat* byłoby, gdyby pozwolić Zamawiającemu powoływać się na korzystne dla niego ustawowe prawo odstąpienia z art. 635 kc, w nagrodę za to, że subklauzula 15.2 OWK (którą Zamawiający z własnego niedbalstwa inkorporował do projektu umowy) okazała się nieważna.

Zamawiający pomija też istotną okoliczność, a mianowicie stwierdzenie osoby reprezentującej Zamawiającego, pana M..... K....., który w zeznaniach złożonych na rozprawie 6 lipca 2011 r. (w sprawie z powództwa Zamawiającego przeciwko Alpine Bau GmbH A-1 sp. j. o sygnaturze I C 202/10) przyznał, że Zamawiający nie miał świadomości, że subklauzula 15.2 warunków kontraktu umowy jest nieważna z uwagi na brak określenia terminu końcowego dla wykonania prawa odstąpienia. Powyższa wypowiedź wskazuje, że Zamawiający nie badał kwestii związanych z ważnością subklauzuli 15.2 warunków kontraktu, a jedynie na potrzeby postępowania sądowego przeciwko Alpine Bau GmbH A-1 sp. j., jak i na potrzeby niniejszego postępowania stara się wykazać, że przedmiotowa regulacja umowna mogła być skuteczna.

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. Świadczy o tym wykaz opóźnień poza odpowiedzialnością wykonawcy, stanowiący załącznik nr 32 do pozwu z dnia 12 stycznia 2010 r., złożonego przez spółkę Alpine Bau GmbH A - 1 sp. j. Wskazane tam okoliczności potwierdzają, że Zamawiający nie był uprawniony do odstąpienia od Umowy.

Niezależnie od powyższego Zamawiający nie może obecnie wykazać, że 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.

### C. Zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej oraz skutki rozstrzygnięcia

Istotne wątpliwości budzi okoliczność, czy Krajowa Izba Odwoławcza w ramach

postępowania odwoławczego dotyczącego czynności podjętych przez Zamawiającego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uprawniona jest do badania przesłanki polegającej na ustaleniu, czy dany zamawiający skutecznie zakończył stosunek prawny łączący go z wykonawcą z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca. Rozstrzygnięcie tych wątpliwości ma szczególnie istotne znaczenie w przypadku, gdy skuteczność zakończenia umowy łączącej zamawiającego i wykonawcę jest już przedmiotem zawisłych postępowań przed sądami powszechnymi. W sprawie rozstrzygniętej wyrokiem Izby z 10 lutego 2012 roku (sygn. akt KIO 169/12) zamawiający również wskazywał, że odstąpił od umowy z wykonawcą z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca, choć w sprawie stwierdzenia, czy produkt dostarczony przez wykonawcę był wadliwy, toczyło się nadal postępowanie przed organem właściwym dla stwierdzenia wadliwości produktu. W uzasadnieniu tego wyroku Izba wskazała, że *[...] samo zgłoszenie reklamacji przez zamawiającego i odstąpienie z tego powodu od umowy, nie może być uznane za okoliczność, za którą wykonawca ponosi odpowiedzialność. Za taką okoliczność mogłaby zostać uznana dopiero zasadna reklamacja, za którą należałoby uznać dostarczenie towaru niewłaściwego pod względem jakościowym, którego wadliwość zostałaby potwierdzona decyzją właściwego organu [...]*

Nawet zatem, gdyby w niniejszej sprawie uznać, że istnieje tożsamość podmiotowa pomiędzy Odwołującym a Alpine Bau GmbH A-1 sp. j., to, mając na uwadze rozważania zawarte we wskazanym powyżej wyroku Izby, należałoby wskazać, że również w odniesieniu do sporu pomiędzy Alpine Bau GmbH A-1 sp. j. a Zamawiającym brak jest decyzji właściwego organu (sądu powszechnego) odnośnie do skuteczności odstąpienia od umowy przez Zamawiającego (a raczej: ustalenia przez sąd, że zaistniały przesłanki do odstąpienia od umowy i że odstąpienie zostało dokonane skutecznie). Nie ma wątpliwości, że rozstrzygnięcie tej kwestii należy do sądu powszechnego (zgodnie z art. 2 kodeksu postępowania cywilnego), a takie rozstrzygnięcie jeszcze nie zapadło.

Nie można się też zgodzić ze stanowiskiem prezentowanym przez Zamawiającego, jakoby zamawiający w przypadku stosowania art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp miał jedynie uprawdopodobnić dokonanie odstąpienia od umowy z wykonawcą. Taka interpretacja jest bezwzględnie sprzeczna z treścią art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy, gdzie na instytucje zamawiające nakłada się obowiązek udowodnienia popełnienia przez wykonawcę poważnego wykroczenia zawodowego. Taki sposób sformułowania tego przepisu jasno wskazuje, że celem tej regulacji jest także zapewnienie właściwej ochrony interesów

wykonawców, szczególnie w przypadku bezzasadnego bądź nieskutecznego rozwiązania umowy przez zamawiającego. Zamawiający winien udowodnić, iż skutecznie rozwiązał albo wypowiedział umowę z wykonawcą albo od niej odstąpił, aby możliwe było w ogóle powołanie się na art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp jako podstawy prawnej wykluczenia wykonawcy. Nie wystarczy zatem przedłożenie przez zamawiającego oświadczenia, że odstąpił on umowy zawartej z wykonawcą z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca. Winien on jeszcze udowodnić, że oświadczenie to zostało złożone skutecznie i rzeczywiście doprowadziło do zakończenia umowy między tym zamawiającym a wykonawcą. W konsekwencji należałoby uznać, że jeśli istnieją wątpliwości dotyczące skutecznego wypowiedzenia lub rozwiązania umowy przez zamawiającego albo odstąpienia zamawiającego od niej, powinny one być rozstrzygane na korzyść wykonawcy.

Wykonawca, z którym dany zamawiający bezzasadnie rozwiązał umowę w okresie trwania postępowania przed sądem powszechnym nie może być wykluczony z postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Postępowanie sądowe (aż do zakończenia go wydaniem prawomocnego wyroku) może trwać nawet kilka lat (co pokazuje choćby przykład postępowań toczących się obecnie pomiędzy Zamawiającym a spółką Alpine Bau GmbH A-1 sp. j., a wykonawca w tym czasie byłby wykluczony z postępowania nawet wówczas, gdyby sąd powszechny uznał, że zamawiający nie mógł skutecznie odstąpić od umowy. Trudno też uznać, że wykonawca dotknięty bezzasadnym wykluczeniem mógłby się domagać odszkodowań z tego tytułu, albowiem istotną trudność (szczególnie w przypadku postępowań prowadzonych w trybie przetargu ograniczonego) sprawiałoby wykazanie wysokości szkody doznanej przez wykonawcę wskutek bezzasadnego wykluczenia.

Pojawia się również pytanie o skutki orzeczenia wydanego przez Izbę w sytuacji, gdyby okazało się ono sprzeczne z późniejszym rozstrzygnięciem sądu powszechnego. Można sobie bowiem wyobrazić zarówno sytuację, w której Izba – wiedząc o toczącym się postępowaniu przed sądem powszechnym – ustaliłaby, że zamawiający nie zakończył skutecznie umowy z wykonawcą, natomiast sąd powszechny w odrębnym postępowaniu dokonałby odmiennego rozstrzygnięcia jak i sytuację przeciwną – gdy Izba ustaliłaby, że zamawiający odstąpił od umowy z wykonawcą z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca, zaś sąd powszechny uznałby, że odstąpienie zamawiającego byłoby nieskuteczne. Wydaje się, że w takiej sytuacji strona poszkodowana w wyniku wydania błędnego orzeczenia Izby mogłaby skorzystać z przysługujących środków prawnych w celu naprawienia doznanej szkody.

D. Niewłaściwe zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp – naruszenie zasady nie działania prawa wstecz

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.

Odwołującemu znany jest pogląd prezentowany przez Krajową Izbę Odwoławczą, zgodnie z którym wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a 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, a to ze względu na sprzeczność tego poglądu z zasadami konstytucyjnymi, na co zwracał uwagę Sąd Najwyższy.

Po pierwsze, 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 (wyrok z 26 stycznia 2006 r., sygn. akt II CK 374/05) stwierdził, że: *W demokratycznym państwie prawnym nie można wywodzić mocy wstecznej ustawy z jej celu.* Wskazuje się też (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 24 września 2009 r., sygn. akt I ACa 622/09), że: *W art. 3 k.c. 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 przecieź 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 teŹże ustawy.*

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 teŹ 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 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).

Odwołujący przywołuje pogląd wyrażony w jednym z wyroków Trybunału Konstytucyjnego (wyrok z 2 marca 1993 r., sygn. akt K 9/92), 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 pzp i jest np. przedmiotem postępowania sądowego.

Warto przywołać również postanowienie Sądu Najwyższego z 18 czerwca 2010 r. (sygn. akt V CSK 434/09) z powołaniem na wcześniejszą uchwałę Sądu Najwyższego z 21 stycznia 2009 r. (sygn. akt III CZP 136/08), gdzie Sąd Najwyższy wskazał: *Zgodnie z zasadami międzyczasowymi właściwymi dla prawa materialnego każdy fakt prawny powinien rodzić takie skutki prawne, jakie przewidują przepisy obowiązujące w chwili jego zajścia (...)* Odnosząc przedstawione powyżej stanowisko Sądu Najwyższego do okoliczności niniejszej sprawy, stwierdzić należy, że stosowanie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy do wykonawców, z którymi zamawiający zakończył umowy (poprzez ich wypowiedzenie, rozwiązanie albo odstąpienie od nich) z powodu okoliczności, za które taki wykonawca ponosił odpowiedzialność, nie jest w żaden sposób uzasadnione. Nie może bowiem ulegać wątpliwości, że skutek w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu wypowiedzenia albo rozwiązania umowy lub odstąpienia od umowy przez zamawiającego nie był znany wykonawcom przed dniem 11 maja 2011 r. W konsekwencji wykonawca nie mógł się liczyć z ryzykiem poniesienia tak dotkliwej sankcji, przed którą nie chroni go (przynajmniej według wątpliwego poglądu prezentowanego przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu) nawet toczące się postępowanie sądowe, którego przedmiotem jest rozstrzygnięcie, czy rozwiązanie umowy było zasadne i wywarło skutek prawny. Tym samym stosowanie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp do zdarzeń, które nastąpiły przed dniem 11 maja 2011 roku, jest nieuprawnione i bezzasadne, albowiem narusza w sposób oczywisty zasadę nie działania prawa wstecz.

#### E. Sprzeczność przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp z prawem wspólnotowym

Niezależnie od wskazanych powyżej argumentów 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.*

Już sama redakcja przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy pzp budzi wątpliwości co do jego zgodności z art. 45 ust. 2 lit. 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. [...] 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.* [tak P. Trepte, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą klasyczną*, Warszawa – Katowice 2006, s. 62]

Uznać zatem 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). Wykładnia art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy pzp nie może być dokonywana w oderwaniu od Dyrektywy, skoro przepis ten miał na celu właśnie implementację regulacji prawa wspólnotowego do prawa krajowego.

W jednym z wyroków, zapadłym 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 ( ten przepis w zakresie przesłanek wykluczenia odpowiada treścią art. 45 obecnej dyrektywy), Trybunał Sprawiedliwości stwierdził wprost, co następuje (wyrok z 9 lutego 2006 r., sprawy połączone C-226/04 i C-228/04): *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 granice 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 (zob. w szczególności wyroki z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 *Universale-Bau i in.*, Rec. str. I-11617, pkt 91 i 92 oraz z dnia 16 października 2003 r. w sprawie C-421/01 *Traunfellner*, Rec. str. I-11941, pkt 29).*

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 lit. 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. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp nie jest złagodzeniem regulacji zawartej w art. 45 ust. 2 dyrektywy – wręcz przeciwnie: stanowi on zaostrenie tej regulacji, gdyż, wbrew dyrektywie, nie stwarza jedynie możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, lecz nakłada na zamawiającego obowiązek dokonania takiego wykluczenia. Skoro 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*. W niniejszej sprawie Zamawiający takiej okoliczności w żaden sposób nie wykazał.

Zgodność przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy pzp z prawem wspólnotowym jest kwestionowana przez Ministra Rozwoju Regionalnego, który już w piśmie z 16 czerwca

2011 r. wskazywał, że: *Zgodnie ze stanowiskiem IK NSRO, mając na uwadze dotychczasowe orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz stanowisko KE w sprawie przesłanek wykluczenia wykonawców, można przyjąć, że obecny zapis art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp może stanowić podstawę dla stwierdzenia przez Komisję Europejską niezgodności uregulowań krajowych z przepisami dyrektyw. Powyższe oznacza, że po stronie organu odpowiedzialnego za m.in. nadzór nad dysponowaniem funduszami unijnymi powstały istotne wątpliwości odnośnie do skutków stosowania przyjętej regulacji i w związku z tym nakazano monitorowanie wszystkich przypadków stosowania tego przepisu (nieuprawnione wykluczenie wykonawcy może bowiem spowodować daleko idące skutki w odniesieniu do oceny przez Komisję Europejską, czy wydatkowanie funduszy unijnych nastąpiło w sposób prawidłowy).*

Również Komisja Europejska w piśmie z 21 grudnia 2011 r. negatywnie oceniła zgodność art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy pzp z prawem wspólnotowym. W piśmie tym wskazano m.in.: *Natomiast art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Prawo Zamówień Publicznych wymaga powstania po stronie operatora ekonomicznego okoliczności, za które ponosi on odpowiedzialność i które stanowią powód rozwiązania / wypowiedzenia umowy przez instytucję zamawiającą. Przesłanki te powodują dużo szerszy zakres wykluczenia kandydatów niż przesłanka „poważnego wykroczenia zawodowego”, bowiem nie każda okoliczność w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 1a polskiej ustawy stanowi „poważne wykroczenie zawodowe”. W dalszej części tego pisma wskazano także, że: *Trudno również uznać, że sporne wykluczenie ma na względzie wyeliminowanie zakłócenia konkurencji, czy zwalczanie oszustw i korupcji – względy uznane przez Trybunał jako służące wyeliminowaniu ryzyka występowania w ramach procedur udzielania zamówień publicznych praktyk mogących zagrażać przejrzystości. Samo uznanie przez instytucję zamawiającą, że wykonawca jest nierzetelny lub czy ponosi odpowiedzialność za okoliczności prowadzące do rozwiązania umowy, które w konsekwencji uniemożliwia uzyskanie przetargu w ciągu kolejnych 3 lat może wręcz pogorszyć konkurencję w danym sektorze i prowadzić do powstania bardzo wąskiej grupy wykonawców (zob. pkt 28 postanowienia odsyłającego). Ponadto, samo wykonanie arbitralnego uznania przez instytucję zamawiającą trudno uznać za instrument pozwalający na zwalczanie oszustw czy korupcji. W końcu trudno uznać, iż ochrona uzasadnionych oczekiwań instytucji zamawiającej może stanowić zasadę będącą u podstaw unijnych dyrektyw w dziedzinie udzielania zamówień publicznych.**

Kwestia zgodności przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy pzp z art. 45 ust. 2 lit. d

dyrektywy jest zresztą przedmiotem postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej w związku z pytaniem prejudycjalnym skierowanym przez tutejszą Izbę (sprawca C-465/11).

F. Sprzeczność przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy pzp stoi w sprzeczności z art. 45 Konstytucji, gdyż jest naruszeniem prawa do rzetelnego wymiaru sprawiedliwości, oraz z art. 20 i art. 22 Konstytucji, gdyż jest naruszeniem prawa wolności działalności gospodarczej.

Jednostronne uznanie przez zamawiającego, czy zwarta wcześniej przez tego samego zamawiającego została przez niego skutecznie wypowiedziana lub czy zamawiający skutecznie od niej odstąpił – bez możliwości zweryfikowania tego stanowiska w toku procesu sądowego – stanowi ograniczenie prawa wykonawców do sprawiedliwego i jawnego procesu przed niezależnym, bezstronnym i niezawisłym sądem. Jak wskazano wyżej, również Krajowa Izba Odwoławcza nie ma kompetencji do rozstrzygania sporów w tej materii. Natomiast celem ustawodawcy, co wynika z uzasadnienia poselskiego projektu ustawy, która wprowadziła przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a do ustawy pzp, było właśnie ograniczenie dostępu do wymiaru sprawiedliwości i zezwolenie, aby zamawiający samodzielnie *wyrokowali w sprawach, w których mogą pozostawać w sporze z danym wykonawcą*. W uzasadnieniu do projektu przekazanym przez posłów Sejmu Rzeczypospolitej do Senatu – Druk nr 3677 *Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych* – przeczytać można m.in.: (...) *Wprowadzenie proponowanej przesłanki wykluczenia wykonawcy 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 niesie bowiem 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. Proponowana przesłanka wykluczenia znajduje również uzasadnienie w fakcie, iż 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 (...).*

Zacytowaną wyżej treść uzasadnienia poselskiego projektu ustawy należy odczytywać również jako niezgodne z Konstytucją ograniczenie wolności działalności gospodarczej. Art. 22 Konstytucji zezwala bowiem na ograniczenie wolności działalności gospodarczej tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Ograniczenie wolności działalności gospodarczej z tego względu, że długotrwałość postępowań sądowych jest niekorzystna dla interesu publicznego jest nie do przyjęcia.

Wykluczenie wykonawców z możliwości udziału w postępowaniach o zamówienia publiczne w oparciu o jednostronną decyzję danego zamawiającego, bez możliwości weryfikacji w drodze postępowania sądowego, stanowi również dyskryminację takich wykonawców w życiu gospodarczym niezgodną z art. 35 ust. 2 Konstytucji.

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

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.

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.

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 w zw. z art. 647 kodeksu cywilnego). Zwłoka wierzyciela ma bowiem ten skutek, że *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.

Na uzasadnienie braku spełniania przesłanki, że odstąpienie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Alpine Bau A-1 sp. j. Odwołujący zamieścił w odwołaniu *Dodatkowe okoliczności i dowody dla zaprzeczenia twierdzeniom Zamawiającego, zawartym w piśmie z dnia 3 kwietnia 2012 r.*, a także przedstawił *Szczegółowy opis stanów faktycznych – naruszeń przez GDDKiA jego obowiązków jako inwestora i zamawiającego*.

Odwołujący wyjaśnił na wstępie, że wskazane przez niego w tej części 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 tych dowodów.

Dla zaprzeczenia, że odstąpienie nastąpiło z powodu przyczyn leżących po stronie wykonawcy umowy, Odwołujący wskazał na następująco pogrupowane okoliczności dotyczące naruszenia przez GDDKiA obowiązku współdziałania w wykonaniu umowy (w odwołaniu zamieszczono obszerny i szczegółowy ze wskazaniem dowodów):

1. Wady placu budowy – niemożność prowadzenia prac z powodu niewybuchów.
2. Wadliwa dokumentacja dla mostu autostradowego MA 532.
3. Wady placu budowy i wadliwa dokumentacja – konieczność ulepszenia podłoża (drogi) – dodatkowe wzmocnienia podłoża nasypu i wykopu:
  - dodatkowe wzmocnienie podłoża nasypu w km 552+300 – 552+430;
  - dodatkowe wzmocnienie podłoża nasypu w km 556+900 – 557+000;
  - dodatkowe wzmocnienie podłoża nasypu w km 561+150 – 561+200;
  - dodatkowe wzmocnienie podłoża nasypu na odcinkach w km 564+170 – 564+845 (stabilizacja podłoża) oraz w km 564+246 – 564+344, km 564+584 – 564+707 (wymiany gruntu);
  - dodatkowe wzmocnienie podłoża łącznica MC10 węzła Mszana km 0+550 – 0+700;
  - dodatkowe wzmocnienie podłoża nasypu w km 552+980 do km 553+100.

## Sygn. akt KIO 1357/12

4. Wady placu budowy i wadliwa dokumentacja:
  - konieczność ulepszenia podłoża (mosty);
  - zmiana rozstawu, średnic i długości kolumn kamiennych.
5. Wady placu budowy i wadliwa dokumentacja – wykopaliska archeologiczne.
6. Wadliwa dokumentacja – przeszkody w robotach przebrojeniowych:
  - brak podstawowych rysunków w dokumentacji projektowej dla przepustów KA-24 i KA-26;
  - nośne podłoże pod przepustem KA-24 i KA-26, dodatkowa wymiana gruntów.
7. Wadliwa dokumentacja – brak projektów:
  - brak rysunków projektowych dla MOP III Mszana;
  - wadliwa dokumentacja – gwoździe gruntowe.
8. Brak dostępu do placu budowy.
9. Wadliwa dokumentacja – przebudowa linii wysokiego napięcia 110 kV.
10. Wadliwa dokumentacja – skarpy wykopów.
11. Wadliwa dokumentacja – brak pozwoleń wodno prawnych.
12. Wadliwa dokumentacja – ochrona środowiska: brak uwzględnienia stanowiska ptaków chronionych.
13. Roszczenie o przedłużenie czasu.
14. Pospółka na goeoruszcie.
15. Brak współdziałania – brak zapewnienia stałej obecności na placu budowy nadzoru autorskiego.
16. Brak należytego przygotowania dokumentacji – wycinka drzew, odhumusowanie.
17. Brak możliwości wykonania umowy z przyczyn niezależnych od stron – wyjątkowo niesprzyjające warunki pogodowe (roszczenia nr 6, 23, 31).
18. Pozostałe roszczenia wykonawcy (nr: 2, 3, 4, 5, 9, 17, 24, 33a, 33b).

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że zawarty przez niego opis pokazuje, że GDDKiA nie dopełniła swoich obowiązków jako inwestora. Zaniechania GDDKiA, a nawet jej celowe działania mające na celu uniknięcie odpowiedzialności wobec wykonawcy wynikającej ze szkód spowodowanych wadliwą dokumentacją, stanowią podstawę opóźnienia w postępie robót, z którego GDDKiA uczyniła pretekst dla rozwiązania umowy. W szczególności 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. s.i.w.z., brak należytego współdziałania



Zamawiającego przez opóźnianie jego koniecznych decyzji, wreszcie brak wykonywania obowiązków 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.

Zamawiający na posiedzeniu z udziałem stron 13 lipca 2012 r. złożył odpowiedź na odwołanie – wnosząc o jego oddalenie, jak również o oddalenie zgłoszonego w odwołaniu wniosku dowodowego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego. Na uzasadnienie swojego stanowiska podał następujące okoliczności prawne i faktyczne.

#### I. Uzasadnienie ogólne

W ocenie Zamawiającego zakres rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą spraw związanych ze stosowaniem art. 24 ust. 1 pkt. 1a ustawy pzp powinien opierać się na kwestiach formalnych określonych w dyspozycji powołanego przepisu, a zatem na ustaleniu, czy wystąpiły łącznie wszystkie przesłanki przewidziane w przepisie zobowiązujące zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania. O ile wątpliwości nie budzi stwierdzenie zaistnienia większości przesłanek, o tyle sprawa komplikuje się w kwestii ustalenia, czy rozwiązanie, wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego nastąpiło z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca. Zdaniem Zamawiającego również wystąpienie tej przesłanki powinno być badane wyłącznie w zakresie formalnym, tj. organ prowadzący postępowanie powinien ustalić, czy zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy z wykonawcą, w treści którego wskazał okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca, oraz czy umowa uległa rozwiązaniu. W razie uzasadnionych wątpliwości organ może żądać od zamawiającego uprawdopodobnienia okoliczności powołanych w odstąpieniu, np. w sytuacji gdy zamawiający odstąpi od umowy z powodu niewykonania przez wykonawcę 3 budynków, w sytuacji gdy opis przedmiotu zamówienia i zawarta umowa przewidywały wykonanie tylko 2 budynków. Przy czym zamawiający może uprawdopodobnić te okoliczności w każdy dostępny sposób, a zatem nawet poprzez złożenie stosownych dodatkowych oświadczeń osób uczestniczących w procesie budowlanym.

Za przyjętym sposobem badania tej przesłanki przemawia represyjny oraz prewencyjny charakter art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy pzp, tj. bezwzględne wyeliminowanie nierzetelnego wykonawcy z kolejnych postępowań. Przepis ten został wprowadzony jako dodatkowe narzędzie obok narzędzia przewidzianego w art. 24 ust. 1 pkt 1 pzp, który

zakłada konieczność uzyskania prawomocnego orzeczenia sądowego. Nowy przepis nie wymaga uzyskania rozstrzygnięcia sądu, a zatem zakłada pominięcie wszelkich sporów pomiędzy zamawiającym a wykonawcą na gruncie prawa cywilnego. Konstrukcja przepisu zakłada przeprowadzenie postępowania przed organem weryfikującym czynność zamawiającego sprawnie i w krótkim czasie bez obszernego postępowania dowodowego. Nadto przepis ten przewiduje badanie wyłącznie przesłanek określonych w jego dyspozycji i to w zakresie udzielonego w postępowaniu zamówienia. A zatem badaniu nie podlegają kwestie podnoszone przez strony w postępowaniach sądowych co do okoliczności faktycznych czy też inne okoliczności, np. odstąpienie od umowy również przez wykonawcę. Praktyka potwierdza bowiem, że w każdym przypadku, gdy zamawiający odstępuje od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, wykonawca również od razu odstępuje od umowy, albo wiedząc o zamiarze odstąpienia przez zamawiającego, uprzedza jego działania i odstępuje wcześniej, działając w przekonaniu, że uchyli się od negatywnych skutków zawinionych przez siebie działań. Nadto spór pomiędzy stronami zawsze trafia pod rozstrzygnięcie sądu powszechnego. Przyjęcie, że organ weryfikuje również inne, nie przewidziane w art. 24 ust. 1 pkt. 1a pzp okoliczności, doprowadzi w konsekwencji do braku możliwości zastosowania tego przepisu.

Zamawiający podtrzymał, że stwierdził w stosunku do Odwołującego zajęcie wszystkich wymaganych wynikających z art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp, co szczegółowo opisał w przesłanym zawiadomieniu o wykluczeniu z postępowania. Zamawiający przytoczył treść uzasadnienia faktycznego zamieszczonego w piśmie z 20 czerwca 2012 r.

## II. Zarzut – brak tożsamości podmiotów

Zdaniem Zamawiającego chwila, na którą ustala się jaki podmiot podlega sankcji z art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp jest bez znaczenia, gdyż na gruncie pzp niedopuszczalna jest zmiana strony podmiotowej umowy, w tym zmiana składu konsorcjum po przystąpieniu do postępowania oraz w trakcie trwania realizacji zamówienia – czyli zarówno w chwili podpisywania umowy, a także w trakcie jej realizacji czy też w chwili jej zakończenia, wykonawca zamówienia publicznego jest ten sam. Jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy w postanowieniu z 27 maja 2010 r. (sygn. akt III CZP 25/10): *konsorcjum nie posiada podmiotowości prawnej a tym samym nie posiada zdolności sądowej. Stroną w znaczeniu procesowym są więc podmioty wchodzące w skład konsorcjum – zobowiązane i odpowiedzialne wobec zamawiającego w sposób solidarny ich oferta jest jedną ofertą wspólną, na którą składa się suma oświadczeń woli poszczególnych wykonawców.* Art. 7 ust.

3 pzp stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Wyłącznie przekształcenie strony podmiotowej umowy w sprawie zamówienia publicznego mające swe źródło w tzw. sukcesji generalnej, do której dochodzi z mocy określonego przepisu prawa, może być oceniane jako dopuszczalne na gruncie regulacji dotyczących zamówień publicznych. Przekształcenie takie nie oznacza, że po jego przeprowadzeniu mamy do czynienia z innym podmiotem, niż ten, któremu zostało udzielone zamówienie publiczne. Innymi słowy niedopuszczalne jest i nie miało miejsca w przypadku Odwołującego, takie przekształcenie strony umowy w sprawie zamówienia publicznego określanej jako wykonawca, które prowadzi w wyniku czynności prawnej niedotyczącej całokształtu sytuacji prawnej, tj. praw i obowiązków tego podmiotu, do wstąpienia w miejsce dotychczasowego wykonawcy innego podmiotu, nawet jeśli spełnia on warunki o których mowa w art. 22 i 24 ustawy pzp.

Zakazane są natomiast zmiany współników spółki cywilnej oraz zmiany w składzie podmiotów, o których mowa w art. 23 pzp, tj. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w składzie członków konsorcjum. Zasada ta nie wyklucza przystąpienia nowego współnika do spółki cywilnej lub zawiązania przez wykonawcę umowy spółki cywilnej i wniesienia do niej praw i obowiązków wynikających z zawartej przez niego umowy w sprawie zamówienia publicznego, jednak czynność ta nie odniesie skutku wobec zamawiającego, dla którego tożsamość prawna wykonawcy została ustalona ostatecznie z chwilą wyboru oferty i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Za takim stwierdzeniem przemawia także treść stanowiska zamieszczonego w Informatorze zamówień publicznych nr 8 z sierpnia 2010 r. (dostępnego na stronie [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)): *Wobec faktu, iż zawarcie umowy spółki cywilnej po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego przez podmioty, które wspólnie realizują zamówienie, nie ma wpływu na stronę podmiotową umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz bezwzględnie obowiązującą normę prawną dotyczącą odpowiedzialności solidarnej takich podmiotów za należyte wykonanie umowy, uznać należy, iż brak jest przeszkód dla uregulowania formy prawnej współpracy podmiotów, o których mowa w art. 23 ust 1 ustawy Pzp, w postaci umowy spółki cywilnej. Zawarcie umowy spółki cywilnej będzie zatem możliwe zarówno w toku postępowania, przed zawarciem umowy, a także po zawarciu przez takich wykonawców umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

Skoro w przypadku podmiotów, o których mowa w art. 23 pzp status wykonawcy – strony umowy w sprawie zamówienia publicznego mają wyłącznie określone w jej treści

podmioty (niezależnie od treści łączącej je relacji prawnej), a ich odpowiedzialność wobec zamawiającego ma charakter zindywidualizowany, to jakkolwiek zmiana podmiotowa po stronie wykonawcy, dozwolona na gruncie pzp, pozostaje bez wpływu na treść umowy w sprawie zamówienia publicznego, a w szczególności nie prowadzi do zwolnienia z odpowiedzialności wobec zamawiającego za sposób wykonania zamówienia publicznego podmiotów wskazanych w treści umowy jako wykonawca. Przyjęcie odmiennego poglądu prowadziłoby w zasadzie do obejścia prawa, co jest niedopuszczalne i powoduje nieważność takiej czynności.

### III. Zarzut dotyczący skuteczności odstąpienia od umowy

#### Uwagi wstępne

W ocenie Zamawiającego weryfikacja wystąpienia przesłanek do wykluczenia Odwołującego z postępowania w trybie art. 24 ust. 1 pkt. 1 a pzp powinna ograniczać się wyłącznie do ustalenia, czy zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu, oraz czy wystąpiły okoliczności stanowiące podstawę do złożenia takiego oświadczenia i w oświadczeniu tym powołane. Z uwagi na cel art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawa pzp zakłada pewnego rodzaju fikcję prawną – skuteczności odstąpienia zamawiającego od umowy, pomijając tym samym całkowicie kwestię oświadczenia o odstąpieniu przez wykonawcę. Skoro zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada wykonawca, to umowa uległa rozwiązaniu z tej przyczyny, a odstąpienie to spełnia przesłankę określoną w przepisie, zobowiązującą zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z kolejnych postępowań.

W przedmiotowej sprawie okolicznością bezsporną jest, że Zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca. Dowodami, które jednoznacznie i bezspornie potwierdzają te okoliczności są: wezwanie do poprawy z 9.10.2009 r. – potwierdzające, że już w tej dacie Wykonawca wykonywał umowę w sposób nienależyty, co prowadziło do opóźnień (za mało personelu, sprzętu, zła organizacja, etc); oświadczenie o odstąpieniu z 15.12.2009 r. oraz oświadczenie o odstąpieniu z 29.12.2009 r. – potwierdzające, że Wykonawca nie wykonał wezwania do poprawy; oraz przede wszystkim stan faktyczny potwierdzony przez obie strony w protokołach z rad budowy, wskazujący na okoliczności leżące po stronie Wykonawcy, których w czasie sporządzania tych protokołów wykonawca nie kwestionował. Oświadczenie o odstąpieniu złożone przez Zamawiającego funkcjonuje w obrocie prawnym, nie zostało uchylone, jak również nie stwierdzono jego bezskuteczności, czy też nieważności. Na

podstawie tego oświadczenia kontrakt przestał obowiązywać, Wykonawca zwrócił plac budowy, a inżynier kontraktu dokonał jego rozliczenia. Nadto oświadczenie o odstąpieniu zostało złożone w trybie przewidzianym warunkami kontraktu, tj. zostało poprzedzone wezwaniem do poprawy. Zatem Zamawiający najpierw stwierdził, że Odwołujący nienależycie wykonuje umowę, wezwał Odwołującego do usunięcia naruszeń, a dopiero po bezskutecznym upływie terminu zakreślonego w wezwaniu, odstąpił od umowy.

Ustalenie, że ww. oświadczenia zostały złożone, co potwierdzają powołane dokumenty, stanowi o konieczności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący przedstawił w odwołaniu w sposób wybiórczy stan faktyczny i próbuje podważyć odstąpienie Zamawiającego od umowy z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, zarzucając niezgodność z prawem subklauzuli 15.2 warunków kontraktu oraz wcześniejsze odstąpienie od umowy przez Odwołującego. Dodatkowo Odwołujący podniósł, że to przyczyny spowodowane przez Zamawiającego wpłynęły na nieterminową realizację kontraktu, a w szczególności wady projektowe obiektu mostowego MA 532. Odwołujący próbuje uchylić się od skutków opóźnień, które wygenerował w trakcie realizacji umowy z przyczyn od niego zależnych, za które powinien ponieść odpowiedzialność. Odwołujący od początku realizacji spornego kontraktu dopuszczał się licznych uchybień, w szczególności w zakresie terminowości realizowanych prac, popadając w kolejne i nawarstwiające się opóźnienia. Odwołujący nie realizował, a nawet nie respektował harmonogramu prac, który sam sporządził. Pomimo bieżących monitów ze strony Zamawiającego oraz inżyniera kontraktu oraz pomimo składanych przez Odwołującego obietnic nadrobienia opóźnień, Wykonawca popadał w coraz większą zwłokę. Nie pomogły przy tym aż 5-krotne zmiany na stanowisku dyrektora kontraktu (osoba zarządzająca kontraktem w imieniu Wykonawcy). Opóźnienia generowane przez Wykonawcę weryfikowane były na podstawie harmonogramu prac. Zgodnie z subklauzulą 8.3 na Odwołującego został nałożony obowiązek przedłożenia szczegółowego harmonogramu prac, który po zatwierdzeniu przez Inżyniera kontraktu był wiążący dla wykonawcy. Rolą Alpine Bau było samodzielne, rozsądne zaplanowanie sekwencji czasowej poszczególnych etapów prac, owa wiążąca Odwołującego deklaracja (harmonogram) stanowiła zaś punkt odniesienia dla oceny terminowości postępu umówionych robót budowlanych. To właśnie na tej podstawie, w sposób ścisły i obiektywny, Odwołujący mógł być kontrolowany w zakresie terminowości prowadzonych prac. Między innymi na tej podstawie możliwe jest ustalenie, że Odwołujący od samego początku realizacji umowy w sposób lekceważący podszedł do spoczywających na nim obowiązków. Front

prowadzonych przez Alpine Bau prac był szeroki i obejmował szereg równolegle realizowanych obiektów (mosty, drogi, wykopy, wiadukty itp.). W kolejnych miesiącach 2009 r. zakres opóźnień, do jakich powstania dopuścił wykonawca stał się na tyle alarmujący, iż GDDKiA została zmuszona do podejmowania kolejnych, coraz dalej idących środków z zakresu nadzoru inwestycyjnego. Równocześnie Odwołujący musiał być świadomy, iż w świetle opisanych okoliczności konieczne jest wzięcie przez niego pod uwagę: (1) początkowo realnej, a w końcu nieuchronnej, możliwość nieukończenia przedmiotu umowy w uzgodnionym terminie, (2) podjęcia przez zamawiającego (GDDKiA) kroków zmierzających do odstąpienia od umowy. Starając się uchylić opisane ryzyka, Odwołujący podjął usilne starania celem znalezienia dla zaistniałych opóźnień uzasadnienia, które obiektywną zwłokę, w jaką popadł, pozwoliłoby kwalifikować jako niezawinione przez wykonawcę opóźnienie.

Ową *okolicznością egzoneracyjną*, mającą uchylić odpowiedzialność Odwołującego za powstałą zwłokę i uzasadnić brak dalszych planowych postępów prac stała się dokumentacja projektowa obiektu oznaczonego jako MA 532 (jednego z mostów). Po ponad roku po otrzymaniu projektu dotyczącego obiektu MA 532, dodatkowo już po przystąpieniu do jego realizacji (zgodnie z projektem otrzymanym od inwestora) Alpine Bau w pewnym momencie zaczęła doszukiwać się kolejnych – wcześniej niedostrzeganych – problemów związanych z otrzymanymi projektami. Owe *problemy* zostały podniesione równolegle z narastającymi opóźnieniami, do których powstania Odwołujący dopuszczał się na innych odcinkach robót. Co należy podkreślić, prace na pozostałych odcinkach mogły być prowadzone, i były prowadzone (tyle, że ze znaczną i powiększającą się zwłoką) niezależnie od *problemów* dotyczących obiektu MA 532. Odwołujący realizował odcinek autostrady o długości ponad 18 km, natomiast obiekt MA 532 ma długość ok. 1 km.

Wreszcie w sytuacji, w której wobec niepodjęcia przez Alpine Bau żadnych realnych starań zmierzających chociażby do zminimalizowania istniejących opóźnień – ocenianych i istniejących w oderwaniu od sporu dotyczącego obiektu MA 532 – GDDKiA odstąpiła od umowy (za 14 dniowym wypowiedzeniem). Przyczyną odstąpienia przez Zamawiającego nie była kwestia budowy mostu MA 532, a opóźnienia na całym 18 km odcinku autostrady. W zasadzie na wszystkich frontach robót Wykonawca był znacznie opóźniony w stosunku do harmonogramu prac. W tej sytuacji również Odwołujący złożył analogiczne oświadczenie (*kontr odstąpienie*). Przy czym sytuacja dotycząca mostu MA 532 stała się pretekstem i uzasadnieniem odstąpienia Odwołującego, ukierunkowanego tylko i wyłącznie na

ubezskuteczenie konsekwencji oświadczenia złożonego przez Zamawiającego.

Skuteczność odstąpienia przez GDDKiA od umowy

1. Zarzut nieważności zastrzeżenia prawa odstąpienia w subklauzuli 15.2 OWK

Przepisy kodeksu cywilnego przewidują różne podstawy odstąpienia od umowy. Umowa może zostać rozwiązana na podstawie zapisu umownego przewidującego dopuszczalność odstąpienia od umowy bez wskazywania jakiegokolwiek przyczyny, realizowanego w ściśle określonym terminie (art. 395 § 1 kc) lub przykładowo w związku ze zwłoką wykonawcy w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, po uprzednim wezwaniu go do wykonania w ściśle określonym terminie (art. 491 § 1 kc). Konieczność uprzedniego określenia terminu, w jakim będzie realizowane umowne prawo do odstąpienia zostało przewidziane jedynie na gruncie instytucji określonej w art. 395 § 1 kc (odstąpienie *bez przyczyny*). *Ratio legis* wskazanego zastrzeżenia (konieczność określenia terminu końcowego realizacji prawa odstąpienia) upatrywane jest w doktrynie w konieczności ochrony trwałości stosunku zobowiązaniowego, zachwianego już samym faktem możliwości odstąpienia od umowy bez podania jakiegokolwiek przyczyny przez którąkolwiek ze stron. Potrzeba tego typu ograniczeń czasowych nie występuje w odniesieniu do możliwości odstąpienia od umowy w przypadku zwłoki jednej ze stron w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej. Sprzeczna z istotą tego ostatniego uprawnienia byłaby konieczność wprowadzenia zastrzeżenia, że odstąpienie od umowy wzajemnej w przypadku zwłoki jednej ze stron w wykonania jej zobowiązania (np. zapłaty wynagrodzenia) jest dopuszczalne jedynie np. w okresie pierwszych trzech miesięcy obowiązywania umowy.

W tym kontekście trzeba więc wyjaśnić, że konstrukcja przewidziana w subklauzuli 15.1 w zw. z subklauzula 15.2 (a) *Ogólnych Warunków Kontraktu* stanowi modyfikację, czy też doprecyzowanie nie instytucji przewidzianej w art. 395 § 1 kc (umowne prawo do odstąpienia), a konstrukcji przewidzianej w art. 491 § 1 kc (prawo do odstąpienia umowy w przypadku zwłoki jednej ze stron w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej). W wyroku z 23 stycznia 2008 r. (sygn. akt V CSK 379/07) Sąd Najwyższy zasygnalizował, że zarówno art. 395 kc, jak i art. 491 kc są przepisami bezwzględnie obowiązującymi tylko w tym znaczeniu, że ich zastosowanie wchodzi w grę wówczas, gdy strony nie postanowiły inaczej. Zamawiający stoi więc na stanowisku, że strony w zakresie swobody kontraktowej mogą wyłączyć lub zmodyfikować ustawowe warunki odstąpienia od umowy wzajemnej. W świetle przesłanek przewidzianych w art. 491 § 1 kc, nie powinno budzić wątpliwości, że dopuszczalne jest umowne ukształtowanie procedury i warunków odstąpienia od umowy na

takich zasadach, jakie zostały przewidziane w subklauzuli 15.1 w zw. z subklauzulą 15.2 (a) *Ogólnych Warunków Kontraktu* (wezwanie do wykonania zobowiązania umownego z zastrzeżeniem terminu wykonania, którego bezskuteczny upływ otwiera uprawnienie do odstąpienia od umowy). Zamawiający natomiast abstrahuje od tego, czy inne z sytuacji dopuszczających odstąpienie od umowy, a przewidziane w subklauzuli 15.2, są ważne, czy też nieważne, albowiem ocena wskazanego zapisu umownego powinna być dokonywana w kontekście tego konkretnego oświadczenia o odstąpieniu, które złożył Zamawiający i tych zapisów subklauzuli 15.2, które znajdują zastosowanie w niniejszej sprawie.

Gdyby nawet próbować oceniać poprawność wspomnianych zapisów umownych jednak przez pryzmat art. 395 § 1 kc, nie zaś choćby art. 491 § 1 kc czy art. 636 § 1 kc – co w ocenie Zamawiającego jest nieporozumieniem – wskazać należy, iż w komentarzu pod red. G. Bieńka, na gruncie art. 395 § 1 kc powołano stanowisko, zgodnie z którym: *wobec braku przesłanek do przyjęcia, że przepis ten ma charakter imperatywny, należy go uważać za przepis dyspozytywny, co pozwala bronić tezy, iż strony mogą uzgodnić umowne prawo odstąpienia bez oznaczenia terminu wykonania tego prawa. Strona nieuprawniona, a zainteresowana zakończeniem wynikającego stad stanu niepewności, może wyznaczyć stronie uprawnionej do odstąpienia termin wykonania prawa.*

Nawet gdyby przyjąć – z czym w żaden sposób nie podobna się zgodzić – że subklauzula 15.2 jest nieważna, w jej miejsce znalazłoby zastosowanie przepisy kodeksowe określające przesłanki odstąpienia od Umowy. Oceniając skuteczność odstąpienia GDDKiA przez pryzmat przepisów kodeksu cywilnego (art. 635 kc w zw. z art. 656 § 1 kc), Zamawiający był w pełni uprawniony do rozwiązania łączącego strony stosunku obligacyjnego z powodu okoliczności, za które odpowiadał Wykonawca. Odrębną kwestią jest zaistnienie podstaw faktycznych warunkujących wypełnienie się przesłanek aktualizujących możliwość skorzystania z prawa do odstąpienia od umowy. Jeśli jednak uprawnienie do odstąpienia od umowy regulowane jest w umowie lub ustawie, skuteczność omawianego oświadczenia musi być badana w kontekście wszystkich możliwych podstaw prawnych. Konieczności tej nie uchyla ani wyraźne powołanie się na ściśle określoną podstawę odstąpienia, ani też nie wskazanie żadnej konkretnej podstawy. Podstawa ta może być wykazywana na każdym etapie sporu sądowego (oczywiście z uwzględnieniem ograniczeń procesowych dotyczących np. prekluzji dowodowej przed sądem drugiej instancji itp.). Jeśli w stanie faktycznym niniejszej sprawy spełnione były przesłanki do odstąpienia przez GDDKiA od umowy na podstawie art. 635 k.c. w zw. z art. 656 § 1 kc, to oświadczenie



złożone przez Zamawiającego osiągnęło zamierzony skutek, chociażby Zamawiający nie powołał się na wskazaną podstawę prawną w treści tegoż oświadczenia

Odnosnie wezwania do poprawy z 09.10.2009 r., a w szczególności odpowiedniego terminu wyznaczonego Alpine Bau do nadrobienia opóźnionych prac – inżynier kontraktu z największą rozwagą i precyzją określił, jakie prace, na jakich odcinkach, oraz w jakim zakresie powinny być zrealizowane przez Alpine Bau. Przykładowo określił, iż na dzień skierowania wezwania zrealizowano 5,83 km jezdni, tj. 16% zaplanowywanych prac w tym zakresie, Odwołujący został zaś zobowiązany do zrealizowania w zakreślonym terminie 79% prac (a więc nie ich całości). Inżynier kontraktu wskazał również Odwołującemu inne sprecyzowane uchybienia (np. braki personalne). Przy wyznaczaniu Alpine Bau poszczególnych terminów Inżynier kontraktu bazował przy tym (co wprost wynika z treści wezwania) na wcześniejszych deklaracjach samego wykonawcy odnośnie terminów zakończenia poszczególnych elementów prac. Trudno stąd tego typu wezwanie uznać za skierowane w złej wierze, zakreślające niemożliwe do zrealizowania zobowiązania. Należy przy tym podkreślić, że Odwołujący nigdy nie sprecyzował w stosunku do jakich prac i obowiązków wskazanych w wezwaniu z 09.10.2009 r. terminy były niewykonalne. Samo podjęcie przez Wykonawcę realnych starań celem eliminacji wytkniętych uchybień i opóźnień, choćby nawet nie doprowadziło do pełnego osiągnięcia celów i założeń określonych w wezwaniu, byłoby wystarczające do odstąpienia przez GDDKiA od rozważania rozwiązania łączącego strony stosunku obligacyjnego. Alpine Bau nie podjęła jednak żadnych kroków celem intensyfikacji prowadzonych prac, nie dając choćby nadziei na rozwiązanie wytkniętych problemów.

## 2. Zarzut niespełnienia przesłanek z subklauzuli 15.2 ogólnych warunków kontraktu

Po pierwsze, literalne brzmienie subklauzuli 15.2 *Ogólnych Warunków Umowy* nie daje podstaw do twierdzenia, że dla odstąpienia od umowy wymagane jest złożenie dwóch odrębnych oświadczeń: (1) powiadomienia (o którym wspomina) oraz (2) odrębnego oświadczenia w przedmiocie odstąpienia (którego subklauzula 15.2 nie wymienia). To więc powiadomienie jest oświadczeniem zmierzającym bezpośrednio do rozwiązania umowy. Owo *powiadomienie* stanowi konstrukcję odstąpienia za 14-dniowym terminem wypowiedzenia. Zacytować należy całość spornej regulacji umownej (nie zaś fragment, który pozbawiony przez Alpine Bau kontekstu, stał się podstawą stawianego zarzutu). Zgodnie z subklauznią 15.2 *in fine*: *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. Jednakże, w przypadku opisanym w punkcie (e) i (f), Zamawiający może za pomocą powiadomienia odstąpić od Kontraktu ze skutkiem natychmiastowym. Z drugiego z cytowanych zdań w sposób jednoznaczny wynika, że odstąpienie od umowy następuje właśnie poprzez złożenie powiadomienia, a jedynie podstawy jego złożenia różnicują, czy jego efekt następuje ze skutkiem natychmiastowym, czy w 14-dniowym terminie wypowiedzenia.*

Po drugie, gdyby powyższa argumentacja miała pozostawiać jakiegokolwiek wątpliwości odnośnie prawidłowego sposobu wykładni subklauzuli 15.2, należy wskazać na źródło jej treści. Sporne ogólne warunki kontraktu (w tym jej ich subklauzula 15.2) stanowią *standardowy wzór kontraktu, opublikowany w 1999 roku przez Międzynarodową Federację Inżynierów Konsultantów FIDIC*. Ów wzór jest powszechnie stosowany przy zawieraniu największych umów dotyczących robót budowlanych na terenie całego świata (Niemcy, Australia, USA, RPA itp.). W tym kontekście wskazać należy, że autor wzorca – Międzynarodowa Federacja Inżynierów Konsultantów FIDIC – wydał w roku 2000 *The FIDIC Contracts Guide*, stanowiący przewodnik (komentarz) po mających zastosowanie w niniejszej sprawie ogólnych warunkach kontraktu, wskazując właściwy sposób ich wykładni. W komentarzu do subklauzuli 15.2 znalazły się następujące stwierdzenia: *If the Employer gives notice and then wishes to withdraw it, the Parties may agree that the notice shall be of no effect and that the Contract is not terminated. If the notice only takes effect 14 days later, and not "immediately", it may be necessary for the Contractor to be instructed (for example) to make the Works safe and secure.* Co należy tłumaczyć w następujący sposób: *Jeśli Zamawiający składa powiadomienie a następnie chce je cofnąć, Strony mogą uzgodnić, że powiadomienie było nieskuteczne, i że Umowa nie została rozwiązana. Jeżeli powiadomienie wywołuje skutek dopiero 14 dni później, a nie „ze skutkiem natychmiastowym”, może okazać się potrzebne by polecić Wykonawcy (przykładowo) zabezpieczenie Robót.* Z powyższego jednoznacznie wynika, że to bezpośrednie powiadomienie, o którym mowa w subklauzuli 15.2 wywołuje skutek w postaci rozwiązania kontraktu po 14 dniach od jego złożenia, bez konieczności składania przez odstępującego dodatkowego oświadczenia woli. Strony zawierając sporną umowę, opartą o powszechnie stosowany w obrocie międzynarodowym wzorec FIDIC, przyjęły również powszechnie przyjęty na świecie kierunek wykładni jej poszczególnych zapisów. W razie jakichkolwiek wątpliwości lub sporu zapisom warunków ogólnych kontraktu należy przypisać takie znaczenie, jakie zamierzał im przypisać autor wzorca (FIDIC), przyjmowane powszechnie w krajowym i międzynarodowym obrocie

prawnym.

W piśmie z 15 grudnia 2009 r. Zamawiający oświadczył wprost, że na podstawie subklauzuli 15.2. (a), (b), (c) warunków kontraktu powiadamia z 14-dniowym wyprzedzeniem, że z dniem 29 grudnia 2009 r. odstępuje od kontraktu z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Powyższe stwierdzenie nie było stwierdzeniem warunkowym a jednoznacznym i ostatecznym. Dodatkowo, w celu rozwiania wątpliwości zgłaszanych przez Odwołującego, pismem z 29 grudnia 2009 r. Zamawiający podtrzymał powyżej opisane oświadczenie o odstąpieniu. Powyższe było tylko i wyłącznie potwierdzeniem oświadczenia złożonego 15 grudnia 2009 r., a brak jego złożenia w żaden sposób nie mógłby wpłynąć na skuteczność poprzedniego oświadczenia.

### Bezskuteczność oświadczenia Alpine Bau o odstąpieniu od umowy

#### 1. Uwagi wstępne

Odwołujący, starając się ubezskuteczyć konsekwencje oświadczenia o odstąpieniu od umowy złożonego przez GDDKiA, w 14-dniowym terminie *wypowiedzenia*, jeszcze przed nastąpieniem skutku powiadomienia, złożył własne oświadczenie o odstąpieniu, twierdząc, iż wywarło ono natychmiastowy skutek. Skuteczność oświadczenia Alpine Bau o odstąpieniu od umowy podważają zaś następujące okoliczności:

(1) Nawet jeśli przyjąć, że Odwołujący był uprawniony do odstąpienia od umowy w związku z wadliwością projektu mostu MD 532 – z czym GDDKiA się nie zgadza – mógł on odstąpić od umowy jedynie w części, a więc do 29 grudnia 2009 r. nadal wiązała ona strony.

(2) Alpine Bau nie wypełniła określonych w ogólnych warunkach kontraktu przesłanek warunkujących odstąpienie od umowy z winy zamawiającego, które w sposób autonomiczny określają warunki skorzystania przez strony umowy z prawa odstąpienia (dyspozytywny charakter art. 491 § 1 kc).

(3) Nawet jeśli przyjąć, że Alpine Bau władna była odstąpić od umowy w oparciu o przesłanki ustawowe, z pominięciem procedury kontraktowej, nie uległy zniszczeniu wspomniane ustawowe przesłanki odstąpienia.

(4) Nawet jeśli przyjąć, że niedostarczenie na żądanie wykonawcy poprawionego projektu budowlanego może stanowić podstawę odstąpienia od umowy, to nie sposób zarzucić GDDKiA zawinionego niewywiązania się z tego obowiązku.

(5) Projekt budowlany przekazany na ręce Odwołującego nie był obciążony wadami uniemożliwiającymi realizację umowy.

Argumenty opisane w pkt (1)-(4) wskazują, że oświadczenie Alpine Bau należy traktować za

bezskuteczne niezależnie od oceny poprawności spornego projektu budowlanego w zakresie obiektu MA 532. Zamawiający z całą stanowczością uważał i nadal uważa, że projekt budowlany obejmujący obiekt MA 532 był i jest niewadliwy. Nawet hipotetycznie zakładając, że jest inaczej, to okoliczność ta jest całkowicie irrelevantna dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, gdy nie podważa podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania przez GDDKiA).

## 2. Bezpodstawność odstąpienia przez Alpine Bau od całości umowy.

Przypomnieć należy w oparciu, o jakie okoliczności faktyczne strona odwołująca złożyła własne odstąpienie od umowy. Po pierwsze, w wezwaniu z 29 września 2009 r. Alpine Bau wezwała Zamawiającego – pod rygorem odstąpienia od umowy – wyłącznie do dostarczenia w terminie 14 dni *wolnego od wad i zdatnego do wykonania prac budowlanych projektu budowlanego dla mostu MA 532* (oraz zawarcia aneksu regulującego zmiany w projekcie). Odwołujący nie wzywał więc GDDKiA do spełnienia jakiegokolwiek innej czynności, nie wytykał jej również żadnego innego *uchybień* lub *zaniechania*. Jest to istotne dla oceny, w jakim zakresie Odwołujący przypisywał Zamawiającemu zwłokę z wykonaniem spoczywających na nim obowiązków. Po drugie, w treści odstąpienia od umowy z 18 grudnia 2009 r. strona przeciwna wśród podstaw odstąpienia od umowy wskazała: (1) brak uczynienia zadość przez GDDKiA wezwaniu z 29 września 2009 r. (brak dostarczenia poprawionego projektu dotyczącego mostu MA 532), (2) brak współdziałania przez Zamawiającego przy wykonywaniu umowy, (3) rażące naruszenie warunków umowy poprzez podjęcie przez Zamawiającego bezzasadnej próby odstąpienia od niej. Okoliczności wskazane w pkt (2) i (3) w sposób oczywisty nie mogły stanowić uzasadnionej podstawy do odstąpienia od umowy (w szczególności w zestawieniu z treścią wezwania z 29 września 2009 r.). W tej sytuacji należałoby rozważyć zakres uprawnień kontraktowych Alpine Bau, gdyby rzeczywiście Zamawiający obowiązany był do przedłożenia poprawionego projektu dotyczącego obiektu MA 532.

W chwili zawarcia umowy Odwołujący dysponował przekazanymi mu przez Zamawiającego setkami projektów dotyczących poszczególnych części składających się na cały przedmiot umowy. Ze specyfiki tego przedmiotu wynikało, że do obowiązków Alpine Bau należało wybudowanie szeregu obiektów składających się na odcinek płatnej autostrady. Alpine Bau miała 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).

Odwołujący kierując do Zamawiającego wezwanie z 29 września 2009 r., a następnie odstępując od umowy, twierdził zaś, że wyłącznie w odniesieniu do obiektu MA 532 Zamawiający nie dostarczył mu niewadliwego projektu budowlanego. Jeśli tak, to nic nie stało na przeszkodzie, by Alpine Bau zrealizowała pozostały umówiony zakres prac. Co istotne, a co potwierdza powyższą tezę, pomimo wstrzymania się przez Wykonawcę z pracami na obiekcie MA 532 do chwili odstąpienia od umowy realizował on inne obiekty i inne fragmenty budowanego odcinka autostrady, choć ze znacznymi opóźnieniami.

Odnieść to należy do treści art. 491 § 2 kc, zgodnie z którym, jeżeli świadczenia obu stron są podzielne, a jedna ze stron dopuszcza się zwłoki tylko co do części świadczenia, uprawnienie do odstąpienia od umowy przysługujące drugiej stronie ogranicza się, według jej wyboru, albo do tej części, albo do całej reszty nie spełnionego świadczenia. Jeśli więc Alpine Bau twierdzi, że zwłoka po stronie GDDKiA miałyby polegać na niedostarczeniu jedynie niewadliwego projektu dotyczącego obiektu MA 532, przy spełnieniu obowiązku dostarczenia projektów dotyczących pozostałych obiektów, Wykonawca władny byłby do odstąpienia od umowy jedynie w części dotyczącej właśnie mostu MA 532. W pozostałej części umowa nadal wiązałaby strony.

### 3. Dyspozytywny charakter przepisu art. 491 § 1 k.c.

Zamawiający stoi na stanowisku (jak to już wcześniej podniesiono), że art. 491 § 1 kc ma charakter przepisu *ius dispositivum*. Za ważne i wiążące uznać należy więc wprowadzenie do umowy zapisu, (subklauzula 16.2 ogólnych warunków kontraktu), zgodnie z którym, tak jak w przypadku zamawiającego, odstąpienie przez wykonawcę musi nastąpić za 14-dniowym terminem wypowiedzenia (a nie ze skutkiem natychmiastowym). Odwołujący świadomy powyższego ograniczenia, działając pod presją czasu, 22 grudnia 2009 r. złożył własne oświadczenie o odstąpieniu. Twierdząc, że zostało złożone w oparciu o art. 491 § 1 kc i wywołało natychmiastowy skutek. Skoro strony w subklauzuli 16.2 uzgodniły, że oświadczenia Alpine Bau o odstąpieniu może osiągnąć skutek dopiero 14 dni po przekazaniu GDDKiA stosownego powiadomienia, nie mogło ono wyrzucić natychmiastowego skutku. Regulacja art. 491 § 1 kc przewidująca ów natychmiastowy skutek odstąpienia została przez strony zmodyfikowana, do czego były one uprawnione. Prowadzi to do wniosku, że skutek oświadczenia złożonego przez Alpine Bau mógł nastąpić dopiero w styczniu 2010 r., a więc w chwili, w której Zamawiający już w sposób skuteczny od umowy odstąpił.

### 4. Brak możliwości kwalifikowania odmowy współdziałania GDDKiA przy wykonywaniu umowy jako przesłanka odstąpienia od umowy o roboty budowlane z art. 491 § 1 kc

Przepis art. 491 § 1 kc kreuje uprawnienie do odstąpienia od umowy, w przypadku, gdy jedna ze stron dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej. Alpine Bau twierdzi, iż Zamawiający nie wykonał swojego zobowiązania z umowy, albowiem na jej wezwanie nie przedłożył poprawionego projektu dotyczącego obiektu MA 532. Jednak podstawowym elementem zobowiązania inwestora na gruncie umowy o roboty budowlane jest zapłata umówionego wynagrodzenia. W judykaturze ugruntował się przy tym pogląd, że samo wykonywanie prac w oparciu o przedłożony przez inwestora projekt nie stanowi *essentialia negotii* umowy o roboty budowlane. Gdyby chcieć się jednak trzymać literalnego brzmienia art. 647 kc do zobowiązań zamawiającego na gruncie umowy o roboty budowlane zaliczyć należałoby jedynie dostarczenie projektu, w oparciu o który wykonawca powinien realizować uzgodniony obiekt. Dostarczenie więc owego projektu, co w niniejszej sprawie nastąpiło, wypełnia obowiązki spoczywające w tym zakresie na zamawiającym. Ewentualna konieczność naniesienia poprawek na dostarczony już projekt nie znajduje swego źródła w brzmieniu art. 647 kc, a ewentualnie w ogólnym przepisie art. 354 § 2 kc nakładającym na wierzyciela obowiązek współdziałania przy wykonywaniu zobowiązania przez dłużnika. Przepisy regulujące umowę o roboty budowlane nie regulują wprost sytuacji, w której ujawniłyby się wady dostarczonego już wykonawcy projektu. W szczególności nie przewidują w takiej sytuacji jakichkolwiek roszczeń po stronie tegoż wykonawcy. Wręcz przeciwnie, w art. 651 kc wskazano jedynie, że w przypadku wykrycia przez wykonawcę wad w dokumentacji dostarczonej przez inwestora, ten pierwszy powinien o tym fakcie powiadomić zamawiającego. Jednakże skutkiem tegoż powiadomienia jest jedynie zwolnienie się przez wykonawcę z odpowiedzialności z ewentualnych konsekwencji (wad) wynikłych z kontynuacji prac w oparciu o otrzymaną dokumentację. Niedokonanie naniesienia przez GDDKiA na żądanie Alpine Bau poprawek na projekt obiektu MA 532 nie można więc poczytywać za zwłokę Zamawiającego w wykonaniu swojego zobowiązania z umowy wzajemnej. Zamawiający nie spotkał się ani w judykaturze, ani wśród głosów doktryny ze stanowiskiem, zgodnie z którym przekazanie wykonawcy dokumentacji projektowej obciążonej jakimikolwiek wadami mogło stanowić uzasadnioną podstawę do odstąpienia od umowy. Art. 640 kc wprost przewiduje możliwość odstąpienia przez wykonawcę od umowy w przypadku, gdy do wykonania przedmiotu potrzebne jest współdziałanie zamawiającego, a tego współdziałania brak. Jest to regulacja dotycząca wyłącznie umowy o dzieło, która na podstawie art. 656 § 1 kc nie znajduje zastosowania do umowy o roboty budowlane. Taki wniosek wynika nie tylko z literalnego brzmienia tego przepisu, ale także ze stanowiska

orzecznictwa i doktryny. K. Kołakowski w komentarzu [K. Kołakowski, komentarz do art. 647 kc [w:] G. Bieniek (red.), Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia – Zobowiązania, To, 1, Warszawa 2009, LexPolonica] wskazuje, że: *Zdaniem J.A. Strzępki i E.A. Zielińskiej (Umowa o roboty budowlane w systematyce..., cz. 2) odesłanie z art. 656 nie uprawnia wykonawcy do odstąpienia od umowy w braku współdziałania inwestora w wykonaniu zobowiązania z umowy o roboty budowlane. Prawo takie może mu przysługiwać tylko w razie takiego zastrzeżenia w umowie stron.* Strony w umowie tego typu możliwości nie przewidziały (a nawet jeśliby się doszukać w ogólnych warunkach kontraktu tego typu podstawy, odstąpienie złożone w oparciu o nią winno spełniać wszelkie wymogi określone w umowie, a więc m.in. uwzględnić 14-dniowy termin wypowiedzenia). Zarzucany Zamawiającemu brak współdziałania w postaci odmowy poprawy projektu dotyczącego obiektu MA 532 (oczywiście jeśli w ogóle miałby on miejsce) nie upoważniał Alpine Bau do odstąpienia od umowy.

5. Brak możliwości przypisania GDDKiA zawinonego niewywiązania się z żądania sformułowanego przez Alpine Bau w wezwaniu z dnia 29 września 2009 r.

Zgodnie z art. 491 § 1 kc tylko kwalifikowane, zawinione opróżnienie (zwłoka) może stanowić podstawę do odstąpienia od umowy. Jedynie w przypadku ustalenia, że Zamawiający w sposób zawiniony, celowo, nie wykonał spoczywającego na nim obowiązku w terminie, można w ogóle rozważać skuteczność oświadczenia o odstąpieniu złożonego przez Odwołującego.

Po pierwsze, na co kładzie się nacisk również w literaturze przedmiotu, z uwagi na komplikacje procesu inwestycyjnego w obecnych realiach najczęściej dochodzi do rozbicia zadań w ramach umowy o roboty budowlane w ramach trzech niezależnych podmiotów. Jeden więc podmiot realizuje samą inwestycję, natomiast odrębny (biuro projektowe) przygotowuje projekty zamawianego obiektu. W praktyce bowiem ani inwestor, ani wykonawca najczęściej nie jest w stanie w ramach własnych zasobów na stworzenie projektów dotyczących skomplikowanych obiektów architektonicznych (a w szczególności mostów). Po drugie, badając element zawinienia w działaniach zamawiającego, każdorazowo badać należy, czy wyznaczony dłużnikowi termin z art. 491 § 1 kc był odpowiedni. Zamawiający samodzielnie nie dysponuje odpowiednią wiedzą, aby zweryfikować skomplikowane projekty budowlane obejmujące unikatowe w skali kraju rozwiązania dotyczące budowy mostów. Dlatego też, wykonanie projektów przekazanych Wykonawcy (w tym projektu mostu MA 532) zostało przekazane przez inwestora biuro

projektowemu Complex Projekt. Po wezwaniu z 29 września 2009 r. Zamawiający nie był w stanie samodzielnie ani zweryfikować zarzutów stawianych przez Wykonawcę, ani tym bardziej wprowadzić jakiegokolwiek zmiany do spornego projektu. Musiał 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. Już tylko powyższa okoliczność powinna uchylać możliwość przypisania GDDKiA jakiegokolwiek winy w nieprzedłożeniu w terminie 14 dni *poprawionego* projektu. Zamawiający nie poprzestał jednak na powyższych staraniach, dążąc do zachowania najdalej idącej ostrożności, podjął dalsze kroki celem weryfikacji zarzutów Wykonawcy. 21 października 2009 r. GDDKiA zwróciła się pisemnie do Związku Mostowców RP o analizę spornej dokumentacji. 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. Do dnia złożenia przez Alpine Bau oświadczenia o odstąpieniu od umowy Zamawiający nie zdołał zweryfikować poprawności spornego projektu (informacje takie – wskazujące na poprawność projektu budowlanego dotyczącego mostu MA 532 – uzyskał już po odstąpieniu od umowy). Jeśli Izba w ogóle zdecydowałaby się na powołanie w niniejszej sprawie biegłego, to powinien się on wypowiedzieć jedynie w przedmiocie tego, czy możliwe było pełne zweryfikowanie spornego projektu, przy przeprowadzeniu odpowiednich wyliczeń oraz ewentualne jego skorygowanie w terminie 14 dni. Wiedza, jaką bowiem dysponuje Zamawiający, pozwala ze 100% pewnością twierdzić, iż było to niemożliwe, a więc wyznaczony GDDKiA 14-dniowy termin był niemożliwy do realizacji.

Nie tylko jednak powyższe okoliczności podważają możliwość przypisania GDDKiA winy w nieprzedstawieniu poprawionego projektu dotyczącego mostu MA 532. Zwrócić należy uwagę, że na podstawie pkt 4 szczególnych warunków kontraktu istotna część zadań projektowych, dotyczących właśnie obiektu MA 532, została nałożona na Alpine Bau (w tym m.in. wykonania programu sprężania kabli, projektów rusztowań itp.). Ponadto wiele założeń realizowanego obiektu uszczegóławiana jest na etapie projektu wykonawczego (realizowanego jedynie z uwzględnieniem, na podstawie projektu budowlanego). Stąd bez uwzględnienia tych elementów trudno ocenić czy realizowany obiekt będzie obciążony



jakimkolwiek wadami (wiele elementów konstrukcyjnych uszczegóławianych jest właśnie na etapie projektu wykonawczego). Dodatkowo ogólne warunki kontraktu przewidują w klauzuli 13 całą procedurę pozwalającą eliminować ujawniane w toku realizacji prac problemy, przy czym z inicjatywą wprowadzenia sygnalizowanych zmian może wystąpić zarówno inżynier kontraktu, jak i wykonawca. Istotne jest jednak, aby wykryć i sprecyzować określone problemy. Tymczasem zarzuty, jakie podnosił Wykonawca były jedynie hipotezami, niepopartymi szczegółowymi wyliczeniami, stąd projektant nie miał możliwości się do nich odnieść ani ich zweryfikować. Okoliczność tę potwierdza zorganizowane przez GDDKiA 28 października 2009 r. spotkanie pomiędzy autorami opinii sporządzonych na zlecenie Alpine Bau z autorem projektu. 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, że 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. GDDKiA znalazła się w sytuacji, w której projektant w konfrontacji z ekspertami Alpine Bau wykazuje całkowitą poprawność projektu, natomiast Wykonawca – nie wskazując przekonujących dowodów, popartych jakimkolwiek wyliczeniami – nadal twierdzi, że projekt jest wadliwy. Wobec powyższego, oraz wobec deklaracji z wezwania z dnia 29 września 2009 r. (*Wykonawca własnym staraniem przygotowuje projekt zamienny dla obiektu mostowego MA 532, zawierający konieczne zmiany części projektu dotkniętych wadami*), na spotkaniu 28 października 2009 r. przedstawiciel GDDKiA podjął jedyny racjonalny w tej sytuacji krok: *w związku z powyższym zadano pytanie czy Wykonawca może przedstawić listę takich zmian technologicznych a nie projektowych, które umożliwią kontynuację budowy, bez konieczności zmiany projektu*. Alpine Bau przyjęła tę propozycję, a jej reprezentant na spotkaniu wskazał, iż *Wykonawca przedstawi (do końca przyszłego tygodnia, tj. do 6.11.2009 r.) listę takich zmian technologicznych, a nie projektowych, które umożliwią kontynuację budowy, bez konieczności zmiany projektu*. Następnie w piśmie 13 listopada 2009 r. Alpine Bau pisemnie potwierdziła GDDKiA przyjęcie na siebie wskazanej deklaracji: *Potwierdzamy, że na spotkaniu w dniu 28.10.2009, Wykonawca został poproszony przez Przedstawicieli Zamawiającego z centrali GDDKiA w Warszawie o przedstawienie własnej propozycji umożliwiającej usunięcie wad Dokumentacji Projektowej obiektu MA532 dostarczonej przez Zamawiającego i jednocześnie umożliwiającej wznowienie robót na obiekcie MA 532 i jego poprawne wykonanie. Wykonawca jest w trakcie*

*opracowywania kompleksowej propozycji dla obiektu MA532 i dla całego Kontraktu: budowa autostrada A-1 odcinek Świerklany - Gorzyczki łącznie z Harmonogramem robót, która zostanie przekazana w osobnej korespondencji.*

W świetle powyższej deklaracji, złożonej przecież już po wezwaniu GDDKiA do przedłożenia poprawionego projektu, oraz po upływie terminu zastrzeżonego przez stronę przeciwną z zagrożeniem odstąpienia od umowy, kompletnie zaskakujące jest podnoszenie przez Alpine Bau, że Zamawiający w sposób zawiniony nie wywiązał się z opisywanego obowiązku (przedstawienia poprawionej dokumentacji projektowej). GDDKiA miała wszakże uzasadnione powody do oczekiwania, że Wykonawca zgodnie z deklaracją sam przedstawi propozycję usunięcia domniemanych wad. Odrębną kwestią jest okoliczność, iż wobec opóźnień na innych odcinkach kontraktu, wobec ryzyka odstąpienia przez GDDKiA od umowy, po stronie Alpine Bau ustała wola usunięcia ewentualnych przeszkód dla dalszego prowadzenia prac. Tymczasem z jednej strony Zamawiający monitorował Alpine Bau celem wyegzekwowania przyjętego przez wykonawcę na siebie zobowiązania (pismo GDDKiA z dnia 9 listopada 2009 r.), z drugiej zaś Zamawiający nie ustał w krokach zmierzających do weryfikacji spornego projektu przez niezależnego eksperta (o czym była już wcześniej mowa). Jeszcze w grudniu 2009 r. – tuż przed odstąpieniem od umowy przez GDDKiA – Odwołujący podejmował kroki nie pozwalające choćby przypuszczać, że zamierza odstąpić od umowy, gdyż uważa, że Zamawiający nie wykonał spoczywających na nim obowiązków, uniemożliwiając Alpine Bau kontynuację prac. W piśmie z 8 grudnia 2009 r. Wykonawca zwrócił się do inżyniera kontraktu o analizę jednego z zagadnień dotyczących dalszych prac na obiekcie MD 532.1. Natomiast w piśmie z 9 grudnia 2009 r. zwrócił się do inżyniera Kontraktu o przekazanie mu określonych danych *niezbędnych do opracowania przez Wykonawcę programu sprężania kabli podpinających jak i weryfikacji własnych obliczeń sprawdzających*. Dane te dotyczyły spornego obiektu mostowego.

#### IV. Zarzut niewłaściwego zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp – naruszenie zasady nie działania prawa wstecz

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. Dotychczas na okoliczność nierzetelnego wykonania przedmiotu umowy Zamawiający

dysponował jedynie przesłanką opisaną w art. 24 ust. 1 pkt 1 pzp, według której Zamawiający mógł wykluczyć wykonawcę dopiero po uprawomocnieniu się orzeczenia sądu w sprawie stwierdzenia szkody poprzez niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia przez wykonawcę. Taki stan rzeczy nie zapewniał jednak w sposób należyty ochrony interesów Skarbu Państwa dlatego ustawodawca dokonał zmiany w przepisach dotyczących wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy nie wykonali lub nienależycie realizowali umowy o zamówienia publiczne. W uzasadnieniu do projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych, Druk nr 3677 Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 1 grudnia 2010 r. czytamy: *Proponowana przesłanka wyk/uczenia znajduje również uzasadnienie w fakcie, iż 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 uznać należy możliwość zarówno ponownego ubiegania się o to samo zamówienie przez wykonawcę, który wykonał je nienależycie, jak również o inne zamówienie udzielane przez tego samego zamawiającego.*

W konsekwencji przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a 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. Zgodnie z art. 2 ustawy nowelizującej do postępowań wszczętych przed dniem jej wejścia w życie stosuje się przepisy dotychczasowe. Zamawiający zobowiązany jest zatem 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. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy pzp nie pozwala na dalszą współpracę Zamawiającego i Wykonawcy jeśli Wykonawca dopuścił się poważnego wykroczenia zawodowego zdefiniowanego w ustawie pzp podczas realizacji umowy o zamówienie publiczne. Tak też wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 7 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1822/11): *ustawodawca uznał, że wykonawca, który nie wykonał umowy w sprawie zamówienia*

*publicznego lub wykonał ją nienależycie nie powinien mieć możliwości uzyskiwania kolejnych zamówień publicznych u danego zamawiającego. Co do zarzutu, iż przepis narusza zasadę lex retro non agit Izba w tym samym wyroku uznała: Art. 3 k.c. stanowi, że ustawa nie ma mocy wstecznej, chyba, że to wynika z jej brzmienia lub celu. W ocenie Izby, wsteczne działanie art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp wynika z art. 2 ustawy nowelizującej. Jednak nawet przy przyjęciu, iż unormowanie przeciwne zasadzie lex retro non agit nie zostało wyrażone wprost w ustawie, to cel dla której norma art. 24 ust. 1 pkt 1a Pzp ma charakter retroaktywny jest powszechnie znany.*

V. Zarzut – sprzeczność przepisu art. 24 ust 1 pkt 1a pzp z prawem wspólnotowym

W polskim systemie prawa zamawiający zobowiązany jest do stosowania polskiej ustawy pzp. Postanowienia dyrektywy unijnej mają na celu harmonizowanie krajowych porządków prawnych. Niespornym jest, że ustawa pzp stanowi wdrożenie do porządku krajowego dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych. Odwołujący, wskazując na podnoszoną w piśmiennictwie niezgodność art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp z art. 45 ust 2 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. UE. L.04.134.114) , pomija jednak, że zgodnie z zasadą implementacji, regułą jest stosowanie przepisów dyrektywy za pośrednictwem wdrażających je przepisów prawa krajowego. Nadto, w polskim systemie prawnym, organy orzekające nie mogą w drodze zabiegów interpretacyjnych dokonywać takiej wykładni przepisów, której rezultat był sprzeczny z ich wyraźnym brzmieniem (*contra legem*).

Przepis art. 24 ust 1 pkt 1a jest zgodny z prawem unijnym a jego wprowadzenie do polskiego systemu prawnego poprzedzone było analizą i potwierdzają to dwie opinie prawne z 9 grudnia 2010 r. przedstawione przez Szefa Kancelarii Sejmu Marszałkowi Sejmu RP. Jedna, przekazana pismem znak BAS-WAPEiM-2244/10 jako *Opinia prawna o zgodności poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (przedstawiciel wnioskodawców: poseł Z..... R.....)* z prawem Unii Europejskiej oraz druga, przekazana pismem znak BAS-WAPEiM-2245/10 jako *Opinia prawna w sprawie stwierdzenia, czy poselski projekt ustawy o o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (przedstawiciel wnioskodawców: poseł Z..... R.....) jest projektem ustawy wykonującej prawo Unii Europejskiej w rozumieniu art. 95a Regulaminu Sejmu*. Opinie odpowiednio konkludują, że *Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych jest zgodny z prawem Unii Europejskiej oraz Projekt jest projektem ustawy*

*wykonywającej prawo Unii Europejskiej w rozumieniu art. 95a Regulaminu Sejmu.*

Przepis art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy 2004/18/WE dopuszcza możliwość wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucję zamawiającą. Zauważyć zaś należy, że zawarta w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy pzp przesłanka wykluczenia odnosi się do sytuacji, w których, z uwagi na działanie bądź zaniechanie podjęcia określonych działań, do których na podstawie ustawy, umowy lub zasad współżycia społecznego wykonawca był obowiązany, spowodowało tak dalece niekorzystne skutki dla interesu zamawiającego, że nie jest on już zainteresowany dalszą realizacją przez tego wykonawcę umowy w sprawach zamówienia publicznego. Takie zachowanie wykonawcy, wiążące się najczęściej z nieprawidłowym wykonywaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz istotnym naruszeniem lojalności wobec zamawiającego, powodującym *de facto* utratę jego zaufania do wykonawcy, świadczy o nierzetelnym wywiązywaniu się z obowiązków wynikających z umowy i w konsekwencji musi być uznane za mieszczące się w przewidzianej w art. 45 ust. 2 lit d dyrektywy 2004/18/WE kategorii poważnego wykroczenia zawodowego.

VI. Zarzut – niespełnienie się przesłanki w postaci niewykonania zamówienia przez Odwołującego z przyczyn, za które ponosiłby odpowiedzialność

Odwołujący od początku realizacji spornego kontraktu dopuszczał się licznych uchybień, w szczególności w zakresie terminowości realizowanych prac, popadając w kolejne i nawarstwiające się opóźnienia. Odwołujący nie realizował, a nawet nie respektował harmonogramu prac, który sam sporządził.

1. Faktyczne podstawy przypisania Odwołującemu zwłoki w realizacji umowy

Alpine Bau podnosi, iż terminowa realizacja prac budowlanych zgodnie z kontraktem nie była obiektywnie możliwa z przyczyn nie leżących po stronie Wykonawcy. Odwołujący powołał się przy tym na załącznik nr 32 do swojego pozwu oraz wskazał przykładowo na opóźnienia: 5,5 miesiąca prace saperskie na placu budowy związane z usunięciem niewybuchów, 139 dni opóźnienia w związku z koniecznością przeprojektowania obiektu WD 528, 384 dni opóźnienia w związku z nie dostarczeniem kompletnego projektu miejsca obsługi podróżnych w Mszanie, wady w projekcie MA 532). Alpine Bau nie powołała żadnych dowodów na okoliczności podniesione w załączniku nr 32, a w szczególności na rzekome opóźnienia leżące po stronie GDDKiA. Załącznik nr 32 nie jest żadnym dowodem w sprawie.

W przeciwieństwie do strony odwołującej, GDDKiA opiera swoje twierdzeniach na

dokumentach pochodzących od obu stron. Najbardziej wiarygodnym, najpełniejszym źródłem wiedzy o przebiegu prac dotyczących spornej umowy są protokoły z odbywających się cyklicznie (co miesiąc) rad budowy. W czasie każdej z rad dochodziło do oceny postępu prac oraz ewentualnego wskazania przyczyn występujących opóźnień. Wiarygodność opisywanych dokumentów jest dlatego tak wysoka, iż powstawały one równoległe do postępów prac (a więc nie *na potrzeby procesu*) oraz były akceptowane przez obie strony niniejszego sporu. W tych okolicznościach trudno racjonalnie oczekiwać by Alpine Bau podjęła się kwestionowania ustaleń poczynionych w protokołach z rad budowy, a ustalenia te w sposób niezbity i precyzyjny wskazują na źródła powstałych opóźnień.

Od początku realizacji kontraktu Odwołujący nie wywiązywał się należycie ze swoich obowiązków. Z przyczyn leżących po stronie Alpine Bau, a w szczególności braku odpowiedniej liczby pracowników, braku właściwej organizacji i czasu pracy oraz nienależytego zarządzania, w tym częste zmiany w kadrze kierowniczej, opóźnienia w realizacji inwestycji zaczęły się od samego początku. Pomimo licznych monitów ze strony Zamawiającego oraz nadzorującego prawidłową realizację kontraktu inżyniera kontraktu oraz zapewnień ze strony Odwołującego, że opóźnienia nadrobi, opóźnienia te ciągle narastały. Poza ciągłymi zapewnieniami Alpine Bau nie podejmowała żadnych działań zmierzających do nadrobienia opóźnień, a wręcz przeciwnie rozpoczęło poszukiwanie uzasadnienia do już wygenerowanych opóźnień, tak aby uniknąć konieczności zapłaty kar umownych za opóźnienia w realizacji robót.

Zamawiający przedstawił wyciąg z protokołów z rad budowy, obejmujący protokoły nr 1 - 25, jako obrazujący rzeczywistą realizację umowy przez Alpine Bau. Zamawiający opisał także dalszy przebieg wydarzeń aż do odstąpienia przez niego od umowy.

W ocenie Zamawiającego dochował wszelkiej należytej staranności i podjął wszelkie możliwe działania w celu zmobilizowania Wykonawcy do należytego wykonania umowy, wykazując przy tym dobrą wolę dalszej realizacji Umowy. Niestety Wykonawca nie podjął żadnych działań określonych w wezwaniu do poprawy z dnia 09.10.2009 r., nie wskazał żadnych przyczyn, które uniemożliwiły mu podjęcie takich działań i jednocześnie sam potwierdził, że termin 04.08.2010 r. nie jest możliwy, wskazując termin 30.04.2011 r., a także zażądał dodatkowej płatności w kwocie blisko 58 mln Euro netto, co było w sposób rażący niezgodne z warunkami kontraktu. W tej sytuacji, po wyczerpaniu wszelkich prób i możliwości, Zamawiający zmuszony był odstąpić od kontraktu z przyczyn leżących po stronie Alpine Bau i czynność taką wykonał.

2. Bezzasadność zarzutów i roszczeń Odwołującego wskazujących na rzekomy brak po jego stronie spełnienia się przesłanek w postaci niewykonania zamówienia z przyczyn, za które ponosiłby odpowiedzialność

W odwołaniu Wykonawca zgłosił kilkadziesiąt roszczeń związanych z realizacją oraz odstąpieniem od umowy. Odwołujący powołał lub załączył do pisma ogromną liczbę dokumentów, która w jego ocenie rzekomo potwierdza w sposób bezsporny i obiektywny zasadność i wysokość zgłoszonych roszczeń. Analiza dokumentów załączonych do odwołania prowadzi do odmiennych wniosków. Żaden z załączonych dokumentów nie potwierdza zgłoszonych przez Wykonawcę roszczeń i to zarówno co do zasady, jak i co do wysokości. Większość dokumentów to pisma Odwołującego, które w jego ocenie bezspornie i obiektywnie uzasadniają i potwierdzają zgłoszone roszczenia. Konsekwentna praktyka Wykonawcy w trakcie realizacji umowy polegała na uporczywym forsowaniu swojego stanowiska, nawet w sytuacji, gdy wszelkie dokumenty i okoliczności sprawy stanowisko to jednoznacznie podważały. Z pism tych poza tym, że Odwołujący coś twierdzi nic więcej nie wynika. Reasumując, są to dokumenty odzwierciedlające wyłącznie subiektywne stanowisko Wykonawcy na temat okoliczności mających miejsce w toku realizacji umowy. Wartość dowodowa wskazanych pism jest więc równa wartości twierdzeń prezentowanych w odwołaniu przez Alpine Bau. Brak jest jakichkolwiek dokumentów potwierdzających zasadność i wysokość zgłoszonych roszczeń. Ponadto schematy rzekomych opóźnień po stronie Wykonawcy z przyczyn leżących rzekomo po stronie GDDKiA zostały przygotowane w oderwaniu od jakiegokolwiek harmonogramu (aby mówić o jakimkolwiek opóźnieniu, trzeba przyjąć jakiś punkt odniesienia, czego Wykonawca nie czyni). Zamawiający kwestionuje w całości wszystkie roszczenia zgłoszone przez Odwołującego oraz dokumenty, pisma i niepodpisane wydruki, które w ocenie Odwołującego rzekomo potwierdzają te roszczenia.

Ponadto przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp nie definiuje pojęć: rozwiązanie umowy, wypowiedzenie umowy, czy odstąpienie od umowy. Na podkreślenie zasługuje również fakt, iż ustawodawca posługując się w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 1a zwrotem z *powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność*, nakazuje odwoływać się do instytucji prawa cywilnego – prawa zobowiązań (por. art. 471 kc i art. 415 kc). Stosownie zatem do odesłania zawartego w art. 14 pzp, przy wykładni art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp, uwzględnić należy przepisy kodeksu cywilnego. Zgodnie z poglądem Izby wyrażonym w wyroku z 11 listopada 2011 r. (sygn. akt KIO 2085/11): *Użyte w art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy*

*Prawo zamówień publicznych sformułowanie „z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność” odpowiada w swej treści instytucji odpowiedzialności kontraktowej unormowanej w art. 471 kodeksu cywilnego mającego zastosowanie do czynności zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Należy zauważyć, że art. 471 kodeksu cywilnego wprowadza domniemanie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Dla zwolnienia się z odpowiedzialności wykonawca musi zatem obalić to domniemanie przez wykazanie, że niewykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn, za które nie ponosi on odpowiedzialności. Biorąc pod uwagę, że zamawiający złożył oświadczenie o rozwiązaniu umowy z powodu okoliczności, co do których uznał, że leżą one po stronie wykonawcy, co zostało stwierdzone w piśmie skierowanym do wykonawcy, to w postępowaniu odwoławczym stosownie do reguły wynikającej z art. 471 kodeksu cywilnego odwołujący winien wykazać, że rozwiązanie umowy nie nastąpiło z przyczyn, za które ponosi on odpowiedzialność.*

W odwołaniu Wykonawca na tyle istotnie zafalszował stan faktyczny w sprawie dotyczący realizacji umowy oraz relacji i współpracy z Zamawiającym, że wymaga to konieczności sprostowania. Lektura odwołania prowadzi do mylnych wniosków wskazujących, że Odwołujący był wykonawcą niedopuszczającym się żadnych uchybień, który ciężko pracował na dwie zmiany, nie popełniał błędów, miał wysoko wykwalifikowaną kadrę i sprzęt w ilości znacznie większej, niż potrzebna oraz nigdy się nie opóźniał. Wszelkie problemy, jakie pojawiły się w trakcie inwestycji leżały po stronie Zamawiającego, który wręcz celowo piętzył przed Wykonawcą problemy tak, aby ten nie mógł prawidłowo realizować prac. Tak przedstawiony obraz realizacji inwestycji jest nieprawdziwy.

Większość ze zgłoszonych roszczeń była już przedmiotem rozstrzygnięcia przez inżyniera kontraktu i Zamawiającego w trakcie realizacji umowy i z przyczyn obiektywnych zostały one odrzucone. Ponadto znaczna część zgłoszonych obecnie rzekomych roszczeń, w trakcie realizacji Umowy była szczegółowo wyjaśniana, co Alpine Bau pomija, nie odnosząc się do treści pisemnych wyjaśnień zawartych w korespondencji otrzymanej od inżyniera kontraktu. Wówczas Odwołujący nie miał wątpliwości, co do braku podstaw do zgłoszenia przedmiotowych zdarzeń jako roszczeń, skoro nie skorzystał z kontaktowej możliwości i procedury zgłoszenia danego zdarzenia jako roszczenia. Dodatkowo należy wskazać, iż nie zgłoszenie roszczeń w trakcie realizacji kontraktu w określonym terminie, spowodowało, że roszczenia te wygasły.



Zamawiający zamieścił szczegółowe wywody kwestionujące poszczególne roszczenia:

1. Roszczenie o wydłużenie *Minimalnej Ilości Wykonania i Czasu na Ukończenie* oraz dodatkowej płatności w związku z napotkaniem n budowie niewybuchów i niewypałów pochodzących z II Wojny Światowej, przedłożone 21.03.2008 r. z aktualizacją wskutek odstąpienia od umowy.
2. Roszczenie o zwrot dodatkowych kosztów powstałych w związku z (rzekomo) wadliwą dokumentacją projektową przebudowy wodociągu magistralnego Wm-1.
3. Roszczenie o dodatkową płatność w związku z wykonaniem objazdu drogi technologicznej kolidującej z kanalizacją sanitarną w km 551+574.
4. Roszczenie – utrudnienia i opóźnienia w *Robotach* na sekcji 1 z uwagi na zawieszenie robót w km 551+200.
5. Roszczenie o przedłużenie *Czasu na Ukończenie* w związku z wyjątkowo niesprzyjającymi warunkami klimatycznymi.
6. Roszczenie – opóźnienie w *Robotach* w związku z wadliwą dokumentacją projektową obiektu mostowego MA 532 w zakresie geometrii słupów B, C i D oraz wprowadzonymi z tego powodu zmianami do umowy.
7. Roszczenie o przedłużenie *Czasu na Ukończenie* i rekompensatę kosztów wynikających z tego przedłużenia w związku z opóźnieniami w *Robotach* powstałymi na skutek konieczności wykonania dodatkowej wymiany gruntu pod przepust KA-24.
8. Roszczenie o przedłużenie *Czasu na Ukończenie* w związku z opóźnieniami w dostarczaniu rysunków dla *Miejsc Obsługi Podróżnych „Mszana”*.
9. Roszczenie o zwrot dodatkowych kosztów poniesionych w związku z opóźnieniami w robotach mostowych na obiekcie WD 528 powstałymi na skutek konieczności dodatkowego wzmocnienia podłoża pod fundament podpory nr 2 wiaduktu WD 528.
10. Roszczenie o zwrot dodatkowych kosztów podniesionych w związku z koniecznością dodatkowego wzmocnienia podłoża kolumnami kamiennymi pod nasypem łącznicy MC10 węzła Mszana.
11. Roszczenie o zwrot dodatkowych koszty przestoju sprzętu na skutek oczekiwania na wydanie przez *Inżyniera* rysunków zamiennych i wytycznych dalszego postępowania odnośnie wzmocnienia podłoża pod obiektami mostowymi kolumnami kamiennymi.
12. Roszczenie o rekompensatę dodatkowych kosztów prac projektowych i ekspertyz technicznych opracowanych na potrzeby umowy, wykraczających poza zakres

obowiązków kontraktowych Wykonawcy.

13. Roszczenie – pospółka na georuszcie.
14. Roszczenie o przedłużenie *Czasu na Ukończenie* z powodu wyjątkowo niesprzyjających warunków klimatycznych w czerwcu 2009 r.
15. Roszczenie o zwrot dodatkowych kosztów związanych ze zmianą wymogów co do nośności wykonywanej warstwy podbudowy pomocniczej z kruszywa stabilizowanej mechanicznie.
16. Roszczenie o zwrot dodatkowych kosztów w związku z koniecznością wstrzymania wykonywanych robót z uwagi na zabezpieczenie odnalezionych na budowie niewypałów i niewybuchów po 30.04.2008 r.
17. Roszczenie o zwrot dodatkowych kosztów związanych z przestojem z powodu wyjątkowo niesprzyjających warunków klimatycznych w październiku 2009 r.
18. Roszczenie o zwrot dodatkowych kosztów związanych z naprawą uszkodzonych skarp wykopu w km 554+640 – 554+940.
19. Roszczenie o zwrot dodatkowych kosztów związanych z naprawą uszkodzonych skarp wykopu w km 556+200 – 556+400.
20. Roszczenie o zwrot dodatkowych kosztów związanych z przyspieszeniem wycinki drzew na skutek zwiększenia ilości drzew oraz konieczności dochowania terminu zakończenia prac do 15 marca 2008 r. z uwagi na wymogi ochrony środowiska.
21. Roszczenie o rekompensatę kosztów prac związanych ze zdjęciem warstw humusu na skutek zwiększenia ilości robót do wykonania w stosunku do ilości przewidzianej w przedmiarze robót.
22. Roszczenie o rekompensatę dodatkowych kosztów Wykonawcy w związku z opóźnieniami w robotach ziemnych z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Zamawiający podsumował, że okolicznością bezsporną w sprawie jest fakt, że postęp robót był wyraźnie opóźniony w stosunku do postępu planowanego w harmonogramie, a strony pozostają w sporze co do powodów oraz kwestii odpowiedzialności za opóźnienia. Próbując przerzucić ciężar odpowiedzialności za opóźnienia na Zamawiającego, Wykonawca bezpodstawnie powołuje się na listę blisko 100 opóźnień po stronie Zamawiającego jako główną i w zasadzie jedyną przyczynę zaistniałych opóźnień (załącznik nr 32). Wykonawca nie podaje przy tym jakiegokolwiek analizy wpływu rzekomych opóźnień na ścieżkę krytyczną realizacji kontraktu, a tylko w przypadku takiego wpływu Wykonawca miałby możliwość ubiegania się o przedłużenie czasu na ukończenie. Lista opóźnień celowo pomija opóźnienia

po stronie Wykonawcy, a także nie zawiera opóźnień, które były przedmiotem roszczeń Wykonawcy w trakcie realizacji kontraktu, a zawiera wyłącznie opis rzekomych opóźnień zgłoszonych przez Wykonawcę, już w trakcie postępowania sądowego, na potrzeby tego postępowania. Lista obejmuje opóźnienia, które nie były przedstawione inżynierowi w czasie trwania Umowy, w związku z czym *Inżynier* nie mógł się do tych opóźnień ustosunkować, co jest niezgodne z subklauzulą 20.1 *Warunków Kontraktu*. Wykonawca realizując umowę zgłosił łącznie 10 roszczeń, z czego tylko 3 dotyczyły przedłużenia *Czasu na Ukończenie*. Spośród tych ostatnich Zamawiający uznał za zasadne, tylko jedno roszczenie, związane z koniecznością usunięcia niewybuchów. Tylko ono miało wpływ na ścieżkę krytyczną realizacji kontraktu przewidzianą w harmonogramie. Tym samym powoływanie się na okoliczność, że Wykonawca zgłosił w trakcie realizacji kontraktu prawie 100 roszczeń o przedłużenie terminu wykonania jest nieprawdziwe. W zasadzie jest to fałszywa teza mająca za celu próbę przerwania odpowiedzialności za opóźnienia po stronie Wykonawcy na Zamawiającego oraz zafalszowanie stanu faktycznego.

Do rzekomych 100 opóźnień z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego Wykonawca zlecił, sporządzenie stosownej analizy. Autor Analizy M. M..... dopasował sporządzony przez siebie, na potrzeby tworzonego opracowania *harmonogram bazowy*, w którym zmienił pierwotny harmonogram będący dokumentem kontraktowym, a dodatkowo wprowadził 3 nowe ścieżki krytyczne, usuwając pierwotną ścieżkę krytyczną. Pomimo takiego zabiegu z listy 100 rzekomych opóźnień w Analizie zweryfikowano już tylko 30 opóźnień (patrz załącznik M do analizy), a z tych 30 tylko 11, w ocenie samego autora analizy (*de facto* stanowisko Wykonawcy), miało wpływ na ścieżkę krytyczną i wpływało na przedłużenie *Czasu na Ukończenie*. Przedmiotowe 11 opóźnień wpływało na nową ścieżkę krytyczną wprowadzoną przez M. M..... do nowo stworzonego *harmonogramu bazowego*, a nie na ścieżkę krytyczną, którą przewidywał pierwotny harmonogram robót, poza opóźnieniem nr 1 (usunięcie niewybuchów). Należy zakładać, że pozostałe 70 nie miało wpływu nawet na ścieżkę krytyczną wprowadzoną przez M. M....., a tym bardziej na ścieżkę krytyczną harmonogramu nr 7 będącego dokumentem kontraktowy wiążącym Wykonawcę. W związku z powyższym należy uznać, że żadne ze 100 opóźnień, poza koniecznością usunięcia niewybuchów, nie miało wpływu na ścieżkę krytyczną przewidzianą w pierwotnym harmonogramie robót, będącym dokumentem kontraktowym, zatwierdzonym przez obie strony. Okolicznością bezsporną jest, że postęp robót był wyraźnie opóźniony w stosunku do postępu planowanego w uaktualnionym harmonogramie nr 7. Również

okolicznością bezsporną jest, że przedmiotowy harmonogram uwzględniał już opóźnienia związane z usunięciem niewybuchów (przedłużenie czasu na ukończenie o 201 dni), jak również uwzględniał wycinkę drzew oraz usunięcie humusu. W związku z czym, wskazane okoliczności nie wpływały na opóźnienia powstałe po zatwierdzeniu harmonogramu nr 7. Natomiast z uwagi na fakt, że takie opóźnienia po stronie Wykonawcy wystąpiły i narastały, inżynier kontraktu wielokrotnie zwracał się do Wykonawcy z prośbą o aktualizację harmonogramu nr 7 zgodnie z subklauzula 8.3 warunków kontraktu. Ponieważ przeważająca część opóźnień wynikała z winy Wykonawcy (niezaprzeczalne uchybienie subklauzuli 8.1), poproszono go o uwzględnienie postanowień zawartych w subklauzuli 8.6 WK. Wykonawca do dnia odstąpienia od kontraktu przez Zamawiającego nie dostosował się do postanowień zawartych w subklauzuli 8.3, ani do subklauzuli 8.6.

Izba ustaliła, że pomimo przekazania przez Zamawiającego kopii odwołania żaden z pozostałych wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie zgłosił do Prezesa Izby przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę. Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i przy braku odmiennych wniosków na posiedzeniu z udziałem Stron, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Izba nie uwzględniła alternatywnego wniosku Odwołującego o odroczenie rozprawy do czasu prawomocnego zakończenia toczących się między Stronami dwóch postępowań sądowych przez Sądem Okręgowym w Warszawie albo – w razie nieuwzględnienia powyższego – do czasu udzielenia przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej odpowiedzi na pytanie prejudycjalne Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące art. 24 ust. 1 pkt 1a. W ocenie Izby żadna z tych dwu okoliczności nie może być kwalifikowana jako ważna przyczyna uzasadniająca odroczenie rozprawy w rozumieniu § 27 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający uzasadnił wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp przez wskazanie następujących okoliczności faktycznych:

*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 z siedzibą Alte Bundesstrasse 10, A-5071 Walsz k. Salzburga, Austria (lider konsorcjum), Alpine Bau Deutschland AG z siedzibą Fürholzener Straße 12, 85386 Eching, Niemcy, Alpine stavebni společnost Cz, s.r.o. z siedzibą Jiráskova 613/13 757 43 Valašske Meziriči, Republika Czeska*

*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 postępowaniu na „Kontynuacja projektowania i budowa odcinka drogi ekspresowej S8 od rejonu węzła „Opacz” na terenie gminy Michałowice (z wyłączeniem tego węzła) do węzła „Paszków” i powiązania z drogą krajową Nr 7 do skrzyżowania z drogą wojewódzką Nr 721 w miejscowości Magdalenka (wraz z węzłem Paszków i ww. skrzyżowaniem). Etap I cz. 1 – odc. węzeł „Opacz” - węzeł „Paszków”, Etap II – odc. węzeł „Janki Małe” - skrzyżowanie z D\W 721 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 Wals 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, 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. Uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy określone zostało w Subklauzuli 15.2 Warunków Kontraktu, której treść stanowi: (...)

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 30.10.2009 r.;*

*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; objekty 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 wezwania Wykonawcy przez Inżyniera do zwiększenia zasobów personelu Wykonawcy było ilością absolutnie niewystarczającą. Ilości zatrudnianego Personelu w pozostałych dniach objętych wezwaniem 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. Mając na względzie powyższe twierdzenia, uznać należy, iż odstąpienie od umowy z Wykonawcą na*



podstawie Subklauzuli 15.2 (a). „Wykonawca nie zastosuje się (...) do wezwania według Subklauzuli 15.1 [Wezwanie do poprawienia]” było w pełni uzasadnione.

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 uchyla 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 potwierżeń 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.

Tym samym spełniona została przesłanka określona w Subklauzuli 15.2 (b) Warunków Kontraktu uprawniająca Zamawiającego do odstąpienia od Kontraktu.

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 „Kontynuacja projektowania i budowa odcinka drogi ekspresowej S8 od rejonu węzła „Opacz” na terenie gminy Michałowice (z wyłączeniem tego węzła) do węzła „Paszków” (...) zostało wszczęte w dniu 28.03.2012 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 przez Zamawiającego okoliczności dotyczące terminu zawarcia, przedmiotu oraz stron umowy z, a także przekształceń podmiotowych po stronie wykonawcy znajdują oparcie w stanie faktycznym sprawy, na co wskazują dowody przywołane zarówno przez Zamawiającego i Odwołującego.

Izba ustaliła również, że pismem z dnia 15 grudnia 2009 r., adresowanym m.in. do Dyrektora Alpine Bau GmbH, GDDKiA powiadomiła (z 14-dniowym wyprzedzeniem), że na podstawie subklauzuli 15.2 (a), (b), (c) z dniem 29 grudnia 2009 r. odstępuje 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* – z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Zamawiający podał szczegółowe uzasadnienie powodów odstąpienia, obejmujące zarówno okoliczności podane powyżej, jak i fragmenty protokołów z rad budowy, które odbywały się w toku realizacji umowy, oraz okoliczności, które zaszły w związku z wystosowanym do Wykonawcy wezwaniem do poprawy.

22 grudnia 2012 r. w siedzibie GDDKiA zostało złożone pismo z 18 grudnia 2009 r., zawierające oświadczenie przedstawicieli Wykonawcy o odstąpieniu od umowy z 18 października 2007 r. 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.*

Ponadto pismo zawierało również wezwanie do zapłacenia w terminie 7 dni od jego otrzymania:

- kary umownej zgodnie z warunkiem 8.7 Kontraktu, tj. w wysokości 10% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej*
- kwoty należnej Wykonawcy w związku z przedłużeniem realizacji robót, wobec braku możliwości ich prowadzenia przez 7 miesięcy z powodu znajdujących się na placu budowy niewybuchów, tj. kwoty w wysokości 20.920.445,14 EUR zgodnie z określeniem Inżyniera z dnia 10.12.2008 r.*

Izba ustaliła, że w aktualnie prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia wniosek złożyła austriacka spółka Alpine Bau GmbH z siedzibą w Wals-Siezenheim.

**Izba zważyła, co następuje:**

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Wobec podniesienia zarzutu przeciwko wykluczeniu z postępowania należy uznać, że w chwili wnoszenia odwołania Odwołujący miał realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie czynność podjęta przez Zamawiającego objęta zarzutem odwołania naraża Odwołującego na szkodę z powodu niezyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

**I. Zagadnienia generalne odnośnie możliwości stosowania art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp**

W pierwszej kolejności Izba rozważyła argumentację Odwołującego zmierzającą do wykazania braku możliwości wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt

1a pzp z uwagi na zasadę *lex retro non agit* i zasady wynikające z Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, jak również z uwagi na regulacje prawa unijnego dotyczącego zamówień publicznych. Do tej grupy najdalej idących argumentów zaliczyć również trzeba kwestionowanie kognicji Izby do rozpatrzenia przedmiotowej sprawy.

Zasada *lex retro non agit* i zasady konstytucyjne

Zgodnie z art. 2 ustawy z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych do postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe. W ocenie Izby z takiej regulacji wprost wynika, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia wszczętym 28 marca 2012 r. Zamawiający musi brać pod uwagę również przesłankę wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp wprowadzoną na mocy przywołanej nowelizacji. *De lege lata* brak podstaw do przyjęcia, że jeżeli ustanie umowy w sposób opisany w art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp miało miejsce przed wejściem w życie tego przepisu, to nie znajdzie on zastosowania w stosunku do wykonawcy, który był stroną takiej umowy. W ocenie Izby wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp nie nastąpiło z naruszeniem art. 3 kc, zgodnie z którym ustawa nie działa wstecz, chyba że co innego wynika z jej brzmienia lub celu. Z przywołanej ustawy nowelizacyjnej wynika wprost w jaki sposób wchodzi w życie, a czym innym jest, że wiadomy jest również cel jaki przyświecał przy tym ustawodawcy.

Podnoszona przez Odwołującego zasada *lex retro non agit* jest paremią aksjologiczną, która nie ma absolutnego charakteru. Bezpośrednio zasada ta odnosi się do retroaktywności, czyli wstecznego działania nowego prawa, które zmienia ukształtowane w przeszłości pod rządami wówczas obowiązującego prawa skutki prawne. Od takiej sytuacji odróżnić należy retrospektywność, czyli bezpośredniego stosowania nowego prawa do sytuacji prawnych trwających lub zaistniałych po jego wejściu w życie. W ocenie Izby w przypadku podnoszonym przez Odwołującego mamy do czynienia z retrospektywnością, a nie retroaktywnością. Nie mamy do czynienia ze zmianą ukształtowanych w przeszłości stosunków prawnych związanych z ustaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego, lecz braniem ich pod uwagę przy ocenie prawnej sytuacji zaistniałej po wejściu w życie nowego przepisu, to jest ubiegania się Odwołującego o udzielenie zamówienia. Odwołujący ubiegając się o udzielenie przedmiotowego zamówienia musiał mieć świadomość obowiązywania art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp. Ponadto trudno uznać, że gdyby Odwołujący wiedział o takiej podstawie wykluczenia w czasie wykonywania umowy, to wpłynęłoby to na jego postępowanie i podjęte decyzje.

Podniesiona w odwołaniu argumentacja, zarówno na tle zasady *lex retro non agit*, jak i konkretnie wskazanych przepisów Konstytucji – zmierza w istocie do wykazania niekonstytucyjności art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp. Oczywiście jest, że do dokonania takiej oceny prawnej uprawniony jest wyłącznie Trybunał Konstytucyjny. Z tego względu stanowisko Odwołującego, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp stoi w sprzeczności z art. 45 (ust. 1. *Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd.*) czy art. 22 (*Ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny.*) Konstytucji – Izba uznała jedynie za argumentację dodatkową. Wyłącznie zatem na marginesie Izba zauważa, że z uwagi na przysługującą na orzeczenie Izby skargę do sądu, co do zasady, trudno jest wykazać naruszenie prawa do rzetelnego wymiaru sprawiedliwości. Z kolei nawet jeżeli uznać art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy pzp za ograniczenie wolności gospodarczej, to wynika ono wprost z ustawy.

#### Kognicja Izby

Z art. 172 ust. 1 ustawy pzp wynika, że Krajowa Izba Odwoławcza jest organem właściwym do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Według art. 180 ust. 1 pzp odwołanie takie można wnieść od niezgodnej z przepisami tej ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Skoro niesporne jest, że czynność Zamawiającego została podjęta z powołaniem się na art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp, a Odwołujący wniósł odwołanie od wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie tego przepisu, to nie sposób twierdzić, że Izba nie jest właściwa dla rozstrzygnięcia tej sprawy.

Materialna podstawa wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp wymaga między innymi stwierdzenia, że uprzednio zawarta z wykonawcą umowa ustała wskutek jej rozwiązania, wypowiedzenia jej albo odstąpienia od niej przez zamawiającego z powodu okoliczności, za które odpowiada wykonawca. Sposób ustania uprzednio zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego podlega zatem badaniu przez Izbę w ramach oceny prawidłowości czynności zamawiającego podjętej w aktualnie prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Oczywiście jest, że najczęściej odwołujący będzie kwestionował odpowiedzialność za okoliczności, które legły u podstaw czynności prawnej zamawiającego. Odwołujący może jednak także podważać ustanie umowy wskutek czynności prawnej zamawiającego, w szczególności twierdząc, że taki skutek wywołało oświadczenie woli

złożone przez niego samego. W konsekwencji prowadzi to do konieczności ustalenia przez Izbę, czy umowa ustała na skutek czynności prawnej podjętej przez zamawiającego.

W niniejszej sprawie Odwołujący podnosi między innymi, że umowa, którą zawarł z Zamawiającym ustała wskutek odstąpienia od niej przez Wykonawcę. Jednocześnie Odwołujący wskazuje na toczące pomiędzy stronami postępowania sądowe, które mają rozstrzygnąć między innymi wskutek odstąpienia której ze stron umowa ustała. Z jednej strony nie sposób zgodzić się z poglądem Zamawiającego, który za wystarczające uznaje ustalenie przez Izbę faktu złożenia przez niego oświadczenia o odstąpieniu od umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada Odwołujący – w oderwaniu od tego, czy umowa przestała obowiązywać na skutek czynności Zamawiającego. Z drugiej strony za nietrafny należy uznać również stanowisko Odwołującego, że w takiej sytuacji (sporu co do tego, której strony oświadczenie o odstąpieniu było skuteczne) Izba nie może wydać rozstrzygnięcia aż do prawomocnego zakończenia postępowań cywilnych pomiędzy stronami umowy, względnie Izba może uwzględnić odwołanie stwierdzając nieprawidłowość czynności Zamawiającego. Takie alternatywne stanowisko jest nieprawidłowe, gdyż nie można przyjąć założenia, że to samo odwołanie może być, choćby potencjalnie, oddalone albo uwzględnione.

Przede wszystkim ustalenie okoliczności prawnych i faktycznych niezbędnych dla oceny prawidłowości zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy pzp leży w kompetencji Izby i nie może być uznane za nieuprawnione wkraczanie w kompetencję zastrzeżoną dla sądów orzekających w sprawach cywilnych. Okoliczność, że ta podstawa wykluczenia odwołuje się do czynności prawnych, których skuteczność może być przedmiotem powództw rozpatrywanych przez sądy cywilne, nie tworzy z postępowania odwoławczego dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp –sprawy cywilnej w rozumieniu art. 1 kpc. Na mocy kompetencji przyznanej przez ustawodawcę Izba jest uprawniona i zobowiązana do ustalenia zaistnienia wszystkich przesłanek objętych art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp, lecz wyłącznie ze skutkiem dla konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Orzeczenie Izby nie jest i nie będzie wiążące dla sądu cywilnego. Potencjalna możliwość dokonania przez sąd odmiennej oceny, choć z pewnością jest zjawiskiem niepożądanym, jednak sama w sobie nie może być podstawą do nierozstrzygnięcia, względnie uwzględnienia odwołania. Postępowanie odwoławcze regulowane ustawą pzp nie przewiduje również instytucji zawieszenia tego postępowania, w tym również z tego powodu, że jego wynik miałby zależeć od wyniku toczącego się postępowania cywilnego.



Przewidziana w § 27 obowiązującego regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań instytucja odroczenia rozprawy – z założenia na niedługi czas – nie może być uznana za podstawę do faktycznego zawieszenia postępowania na czas nieokreślony. W szczególności gdyby intencją ustawodawcy było stworzenie możliwości zawieszenia postępowania odwoławczego, to zamieściłby odpowiednią regulację bezpośrednio w ustawie pzp. Również nadinterpretacją byłoby uznanie, że w ramach innych ważnych powodów odroczenia rozprawy przez Izbę mieści się konieczność oczekiwania na wynik postępowania cywilnego przy rozpatrywaniu odwołań dotyczących art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp.

Art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp nie jest jedynym przepisem ustawy pzp, który oddaje pod rozstrzygnięcie Izby zagadnień prawnych rozstrzyganych, co do zasady, przez inne organy w innych postępowaniach. Odnośnie właściwości Izby w *sprawach cywilnych* – przesłanka odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp wymaga oceny, czy złożenie oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei badanie czy oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów (przesłanka odrzucenia z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp), wymaga najczęściej oceny ważności tej czynności prawnej przez pryzmat przepisów prawa cywilnego. Natomiast na tle przesłanki opisanej w art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp Sąd Najwyższy potwierdził kognicję Izby w zakresie rozstrzygnięcia o prawidłowości zastosowania stawki podatku od towarów i usług, stwierdzając odnośnie ewentualnych kolizji wyroku Izby z orzeczeniami organów właściwych w sprawach podatkowych, że *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 kwestii jurydycznych* – uchwała Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11). Jak już wcześniej zaznaczono, to samo należy odnieść do skutku prawnego wyroku Izby na tle badania zaistnienia przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp.

### Prawo unijne

Art. 45 ust. 2 lit. d tzw. dyrektywy klasycznej (2004/18/WE) przewiduje możliwość wykluczenia wykonawcy, który *jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające*. W ocenie Izby konstatacja poczyniona przez samego Odwołującego, że nie każde niewykonanie zobowiązania może uznane za poważne wykroczenie zawodowe, wskazuje jedynie na konieczność tzw. prounijnej wykładni przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp w konkretnym przypadku, a nie na wyłączenie możliwości jego stosowania w ogóle.

Zdaniem Izby brak podstaw aby uznać przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp za niepodlegający stosowaniu z uwagi na wyrażane przez Odwołującego wątpliwości co do jego zgodności z art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy klasycznej. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że odmienność brzmienia przepisów krajowych jest niejako wpisana w proces implementacji dyrektyw do krajowego porządku prawnego. Według art. 288 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej dyrektywa wiąże państwo członkowskie w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawiając organom krajowym swobodę wyboru formy i środków dla jego osiągnięcia. Dyrektywy w dziedzinie zamówień publicznych nie mają na celu pełnej harmonizacji prawa krajowego, lecz zapewnienie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych. Choć art. 45 ust. 2 dyrektywy klasycznej ustanawia zamknięty katalog przesłanek wykluczenia wykonawcy, jednocześnie *in fine* upoważnia państwa członkowskie do określenia warunków wykonania tego przepisu zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa unijnego. Z kolei z uwagi na specyficzny charakter regulacji przesłanek wykluczenia, nie można uznać, że dla zapewnienia ich funkcjonowania w krajowym porządku prawnym wystarczające i konieczne jest ich literalne powielenie. W szczególności odnosi się to do występującego w art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy klasycznej terminu *poważnego wykroczenia zawodowego*.

Również w przywoływanym przez Odwołującego stanowisku Komisji Europejskiej, wyrażono pogląd, że nie każda okoliczność w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy pzp stanowi *poważne wykroczenie zawodowe*, tym samym nie wykluczając, że w konkretnym przypadku niewykonanie zobowiązań umownych może być za takowe uznane. Nie można również uznać za przesądzającą przywołaną w odwołaniu wypowiedź przedstawiciela doktryny, chociażby dlatego, że została sformułowana przed implementacją art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy klasycznej do ustawy pzp. Również niczego nie rozstrzyga następujący fragment motywu 43 do tej dyrektywy: (...) *Jeżeli istnieją stosowne przepisy prawa krajowego, nieprzestrzeganie ustawodawstwa z zakresu ochrony środowiska lub też ustawodawstwa dotyczącego niezgodnych z prawem porozumień w ramach procedur udzielania zamówień publicznych, które stanowiło przedmiot ostatecznego orzeczenia sądu lub decyzji mającej równoważny skutek, może zostać uznane za wykroczenie przeciwko etyce zawodowej wykonawcy lub za poważne naruszenie. Nieprzestrzeganie krajowych przepisów wykonujących dyrektywy Rady 200/78/WE i 76/207/EWG dotyczące równego traktowania pracowników, które było przedmiotem ostatecznego orzeczenia sądowego lub decyzji mającej równoważny skutek, może być uznane za wykroczenie przeciwko etyce*

*zawodowej wykonawcy lub za poważne naruszenie. Z kolei motyw 34 do dyrektywy klasycznej poważne wykroczenie przeciwko etyce zawodowej wykonawcy lub poważne naruszenie* wiąże z nieprzestrzeganiem przez wykonawców krajowych przepisów implementujących dyrektywę 96/71/WE dotyczącej delegowania pracowników w ramach świadczenia usług. Powyższe wskazania mają charakter przykładowy, jednak wydają się wykroczać poza to co uznać można wyłącznie za naruszenie norm deontologicznych określonego zawodu. W prawie unijnym pojawiła się dyrektywa 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 zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. U. L 216 z 20.08.2009), w której art. 39 ust. 2 lit. d jako przykład poważnego wykroczenia zawodowego podano pogwałcenie zobowiązań w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw podczas wcześniejszego zamówienia. Wynika z tego, że aktualnie ustawodawca unijny nie wyklucza zaliczenia do kategorii poważnego wykroczenia zawodowego naruszenia przez wykonawcę istotnego elementu zobowiązania wynikającego z zawartej umowy.

## II. Wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp

Dla rozstrzygnięcia odwołania konieczne zatem stało się odniesienie do podniesionych w odwołaniu okoliczności specyficznych wyłącznie dla sytuacji Odwołującego, które miałyby wskazywać na brak spełnienia szczegółowych przesłanek zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp. Wśród nich najdalej idące skutki należy przypisać twierdzeniu, że Odwołujący nie był wykonawcą umowy, od której odstąpił Zamawiający. W drugiej kolejności pod tym względem należy uznać wskazywanie na to, że umowa nie ustała w wyniku odstąpienia od niej przez Zamawiającego, lecz skutek taki spowodowało odstąpienie od umowy przez Wykonawcę. Wreszcie w odwołaniu zakwestionowano dopuszczalność odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, który sam pozostawał w zwłoce.

## Tożsamość podmiotowa

W niniejszej sprawie niesporne są następujące okoliczności związane z udzieleniem zamówienia i późniejszymi przekształceniami w toku jego realizacji. Odwołujący – Apine Bau GmbH jest jednym z trzech wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, z którymi Zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego. Następnie wykonawcy ci zawarli umowę spółki cywilnej, która następnie została

przekształcona w spółkę jawną działającą pod firmą Alpine Bau GmbH A-1 sp.j. W ocenie Izby nie oznacza to braku możliwości przypisania Alpine Bau GmbH, która ubiega się o udzielenie zamówienia w postępowaniu aktualnie prowadzonym przez Zamawiającego, statusu wykonawcy podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp.

Po pierwsze – argumentacja Odwołującego oparta jest wyłącznie na uwypukleniu fragmentu przepisu, w którym mowa jest o wykonawcy, z którym dany zamawiający od umowy odstąpił. Na tej podstawie Odwołujący wyprowadza następujący wniosek – skoro w chwili złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od umowy jest stroną była Alpine Bau GmbH A-1 sp. j., to nie ma znaczenia okoliczność, że Alpine Bau GmbH była wykonawcą, który zawarł tę umowę i a następnie ją wykonywał. W ocenie Izby prezentowana przez Odwołującego wykładnia art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp jest nieprawidłowa. Jeżeli nawet uznać ją za znajdującą oparcie w literalnym sformułowaniu przepisu, to ten konkretny przypadek uwidocznia, że stosowanie tego przepisu może wymagać wykładni. Rozbieżność pomiędzy gramatycznym sformułowaniem normy, a celem, któremu miała służyć, jest wskazywana w nauce prawa jako jedna z podstawowych przyczyn powodujących konieczność posłużenia się wykładnią. Z kolej nie można ograniczać się wyłącznie do wykładni gramatycznej art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp, sugerowanej przez Odwołującego, gdyż niewątpliwie wskazywałaby ona na zbyt wąski zakres zastosowania, a nawet prowadziła do wypaczenia treści przepisu (tego typu okoliczności są uznawane w orzecznictwie Sądu Najwyższego za uzasadniające odstąpienie od wykładni językowej, np. uchwała z 11 stycznia 1999 r., sygn. akt I KZP 15/98, uchwała z 18 października 2001 r., sygn. akt I KZP 22/01). Przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp miał służyć miało wyeliminowaniu sytuacji, w której zamawiający decydując się na odstąpieniu od umowy z uwagi na nierzetelne wykonywanie zamówienia publicznego przez wykonawcę, po przeprowadzeniu postępowania w celu wyłonienia nowego wykonawcy, byłby zmuszony ponownie udzielić zamówienia temu samemu wykonawcy, co pierwotnie. Uznano, że należy zapobiec udzielaniu takiemu nierzetelnemu wykonawcy zamówień we wszystkich późniejszych prowadzonych przez tego samego zamawiającego.

Dodatkowo w ocenie Izby wcale nie można definitywnie przesądzić, że Alpine Bau GmbH nie powinna być uznana za wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego również na chwilę odstąpienia od niej przez Zamawiającego. O ile nie można zakwestionować, że z mocy art. 26 § 5 w zw. z art. 553 § 2 i 3 ksh doszło do przekształcenia spółki cywilnej wykonawców w spółkę jawną na zasadzie sukcesji generalnej, o tyle powstaje

pytanie o jego ocenę z punktu widzenia art. 7 ust. 3 pzp. Wszystkie przywoływane przez Odwołującego wypowiedzi doktryny i orzecznictwa odnoszą się do sytuacji, w której na skutek sukcesji generalnej dotychczasowy wykonawca (ubiegający się o udzielenie zamówienia lub już je wykonujący) przestaje istnieć, a w obrocie funkcjonuje wyłącznie jego następca prawny. Tymczasem spółka Alpine Bau GmbH, której udzielono zamówienia jako jednemu z trzech wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, pomimo późniejszego przekształcenia tych wykonawców w jeden podmiot – nie przestała funkcjonować w obrocie. Dokonane w dwóch krokach przekształcenie, nawet w drodze sukcesji generalnej, nie może prowadzić do wyzbycia się przez Alpine Bau GmbH odpowiedzialności za wykonanie zamówienia publicznego, które zostało udzielone temu Wykonawcy. Ponieważ przepis art. 7 ust. 3 pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący, wszelkie działania zmierzające do jego obejścia należy uznać za co najmniej bezskuteczne względem zamawiającego.

Podsumowując – zarówno wykładnia art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp, jak i przywołane okoliczności faktyczne, prowadzą do wniosku, że Alpine Bau GmbH nie może powoływać się na to, że nie była wykonawcą umowy, od której Zamawiający odstąpił. Przyjęcie stanowiska Odwołującego prowadziłoby w istocie do akceptacji próby obejścia tego przepisu. Tymczasem dopuszczalność przekształceń podmiotowych po stronie wykonawcy zamówienia nie może prowadzić do wyłączenia zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 1a pzp.

#### Ustanie umowy na skutek odstąpienia

W ocenie Izby umowa z 18 października 2007 r. ustała na skutek złożenia przez Zamawiającego 15 grudnia 2009 r. pisemnego oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dniem 29 grudnia 2009 r. z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że powyższa umowa przestała wiązać strony 22 grudnia 2012 r., to jest z chwilą otrzymania przez Zamawiającego pisemnego oświadczenia z 18 grudnia 2012 r. o odstąpieniu od umowy przez Wykonawcę. W pierwszej kolejności zauważyć należy, że jedna z trzech, określonych jako samoistne, przyczyn uzasadniających odstąpienie, wskazuje jedyny powód, dla którego oświadczenie to zostało złożone. Jest nim chęć zniweczenia skutków uprzednio złożonego przez Zamawiającego oświadczenia. Odwołujący – korzystając z nieważności umownego prawa odstąpienia dla wykonawcy, które według subklauzuli 16.2 ogólnych warunków kontraktu, co do zasady, analogicznie jak w przypadku drugiej strony, mogło wywołać skutek dopiero po 14 dniach – złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy ze skutkiem natychmiastowym,

bez wskazania podstawy prawnej. Z tego względu, przy założeniu zasadności uprzednio złożonego oświadczenia przez Zamawiającego, takie odstąpienie ze strony Wykonawcy może być uznane za nadużycie prawa podmiotowego, które z mocy art. 5 kc nie zasługuje na ochronę i nie jest uważane za wykonywanie przysługującego uprawnienia. Powyższą ocenę wzmacniają pozostałe dwie okoliczności podane w piśmie Wykonawcy. Jedną z nich jest w rzeczywistości ogólnikowym zarzutem braku współdziałania ze strony Zamawiającego, który w takiej postaci, tak jak okoliczność skorzystania przez Zamawiającego z uprawnienia do odstąpienia od umowy, w ogóle nie mieści się w ramach instytucji odstąpienia uregulowanej w art. 491 kc. Uprzedzając rozważania dotyczące trzeciego powodu odstąpienia, również jego sformułowanie wskazuje, że rzeczywistym motywem Wykonawcy było zniweczenie odstąpienia dokonane przez Zamawiającego. Wyznaczony uprzednio Zamawiającemu z zagrożeniem odstąpienia termin upłynął 13 października 2009 r., a choć nie był w żaden sposób przedłużany przez Wykonawcę, to zdecydował się on na złożenie oświadczenia o odstąpieniu ponad dwa miesiące później, bezpośrednio po otrzymaniu odstąpienia ze strony Zamawiającego.

Niedopełnienie przez Zamawiającego obowiązku dostarczenia wolnej od wad dokumentacji obiektu MA 532 jest jedynym powodem odstąpienia, który może być rozważany jako podstawa do skorzystania z uprawnienia wynikającego z art. 491 kc, gdyż tylko w tym zakresie Odwołujący uprzednio wezwał Zamawiającego do wykonania zobowiązania w zakreślonym terminie z zagrożeniem, że w razie jego bezskutecznego upływu odstąpi od umowy. Jednakże trudno uznać wyznaczony Zamawiającemu 14-dniowy termin za odpowiedni, to jest realnie umożliwiający uczynienie zadość wystosowanemu wezwaniu. W piśmie z 29 września 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 podnoszone przez Wykonawcę były więc jedynie hipotezami, niepopartymi szczegółowymi wyliczeniami, stąd projektant nie mógł się do nich bezpośrednio odnieść ani ich zweryfikować. Potwierdza to przebieg zorganizowanego przez GDDKiA spotkania z udziałem autorów opinii sporządzonych na zlecenie Alpine Bau i projektanta (notatka z 28 października 2009 r.). Podczas spotkania eksperci Wykonawcy przyznali, że *sprawdzić obliczenia można tylko przez osobne zamodelowanie i policzenie, czego opiniodawcy Wykonawcy nie zrobili*. Projektant odniósł się, na ile to było możliwe, do

wszystkich wątpliwości podnoszonych przez ekspertów Alpine Bau, którzy – poza stawianiem pewnych hipotez – nie wykazali jakichkolwiek ewidentnych wad spornego projektu.

Jednocześnie podjęte mimo to przez Zamawiającego niezwłocznie działania wskazują na brak możliwości przypisania Zamawiającemu winy za dostarczony projekt, nawet jeżeli przyjąć, że był on wadliwy. Zamawiający, który powierzył wykonanie unikalnego w skali kraju rozwiązania mostu autostradowego MA 532 zewnętrznemu biuru projektowemu, nie był w stanie samodzielnie zweryfikować, ani tym bardziej poprawić otrzymanego projektu. Pomimo tego, że autor projektu odrzucił zarzuty podnoszone przez Wykonawcę z powołaniem się na stosowne obliczenia, Zamawiający podjął dalsze kroki zwracając się 21 października 2009 r. do Związku Mostowców RP o analizę podważanej dokumentacji. Do dnia złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o odstąpieniu od umowy Zamawiający nie był w stanie zweryfikować poprawności kwestionowanego projektu.

Przed wszystkim jednak wyjaśnienie kwestii wadliwości dokumentacji projektowej obiektu MA 532 nie jest konieczne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Z tego względu Izba oddaliła wniosek Odwołującego o przeprowadzenie na tę okoliczność dowodu z opinii biegłego. Nawet gdyby przyjąć, że z winy Zamawiającego dokumentacja ta była wadliwa, a wyznaczony przez Odwołującego termin na jej poprawienie był odpowiedni, to i tak upoważniałoby to Odwołującego do odstąpienia od umowy jedynie w części dotyczącej tego obiektu. W takiej sytuacji znajdzie zastosowanie art. 491 § 2 kc, zgodnie z którym przy podzielności świadczeń obu stron umowy, gdy jedna ze stron dopuszcza się zwłoki tylko co do części świadczenia, uprawnienie drugiej strony do odstąpienia od umowy ogranicza się, według jej wyboru, do tej części świadczenia, z którą dłużnik jest zwłóce, albo do całej reszty niespełnionego jeszcze świadczenia. Wyjątkowo strona 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 zwłóce. Ta ostatnia okoliczność nie była w ogóle podnoszona przez Odwołującego, zatem należy uznać, że nie był on uprawniony do odstąpienia od umowy w całości z powołaniem się na wady dokumentacji projektowej dotyczące jednego obiektu.

W ocenie Izby specyfika przedmiotu umowy pn *Budowa autostrady płatnej A-1, odcinek od węzła Świerklany (bez węzła) do granicy państwa z Republiką Czeską w Gorczyckach od km 548+897 do km 567+223* polegała na wybudowaniu szeregu obiektów budowlanych, w tym odcinków dróg, mostów i wiaduktów, w oparciu o odrębny w

sensie logicznym i fizycznym projekt. Oczywistym jest, że wykonanie szeregu obiektów, nawet składających się na ciągnący się ponad 18 km odcinek, nie stanowi wykonania autostrady, zdefiniowanej w art. 4 pkt 11 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 19, poz. 115, z późn. zm.) jako droga przeznaczona wyłącznie do ruchu pojazdów samochodowych: a) wyposażona przynajmniej w dwie trwale rozdzielone jednokierunkowe jezdnie, b) posiadająca wielopoziomowe skrzyżowania ze wszystkimi przecinającymi ją drogami transportu lądowego i wodnego, c) wyposażonej w urządzenia obsługi podróźnej, pojazdów i przesyłek, przeznaczone wyłącznie dla użytkowników autostrady. Przepisy tej ustawy nie wyróżniają terminu *odcinek autostrady*, a w załączonym do ustawy wykazie wyznaczono docelowy przebieg całej autostrady A1 (Gdańsk - Toruń - Łódź - Piotrków Trybunalski - Częstochowa - Gliwice - Gorzyczki - granica państwa). Natomiast podział na odcinki dyktowany jest bieżącymi uwarunkowaniami organizacyjno-finansowymi inwestora, w tym chęcią zwiększenia konkurencji i szybszego ukończenia autostrady wykonywanej jednocześnie na poszczególnych odcinkach przez różnych wykonawców. Równie dobrze zatem przedmiotem umowy mógł być odcinek dłuższy lub krótszy, to jest większa lub mniejsza liczba obiektów budowlanych. Zdaniem Izby uwarunkowania natury administracyjnoprawnej nie są właściwym punktem odniesienia dla oceny podzielności świadczenia w rozumieniu prawa cywilnego. Zatem bez znaczenia jest, czy na roboty budowlane wydano jedno pozwolenie na budowę (jak sam to podnosił Odwołujący było ono aktualizowane o nowe nieruchomości), jak również to, czy inwestor wystąpił o dopuszczenie danego odcinka drogi do ruchu po wykonaniu i odbiorze robót budowlanych. Właściwe kryteria wskazuje natomiast art. 379 § 2 kc, zgodnie z którym świadczenie jest podzielne, jeżeli może być spełnione częściami bez istotnej zmiany przedmiotu lub wartości. Świadczenie polegające na wybudowaniu szeregu obiektów budowlanych może być spełniane częściowo, to jest przez wykonanie poszczególnych obiektów, gdyż nie zmienia to w istotny sposób właściwości lub wartości całego świadczenia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie można traktować odcinka autostrady jako samoistnego niepodzielnego obiektu, który może być spełniony wyłącznie w całości, gdyż wykonanie robót budowlanych dotyczących tego odcinka stanowi świadczenie, którego przedmiotem są poszczególne obiekty budowlane. Niepodzielność z uwagi na naturę przedmiotu świadczenia może zatem dotyczyć co najwyżej pojedynczych obiektów, które wykonane częściowo nie mają właściwości przynależnych całości obiektu. Nawet jednak jeżeli uznać, że pojedynczy obiekt nie ma jakichś szczególnych właściwości przynależnych



odcinkowi autostrady traktowanemu jako *sui generis* obiekt, to z pewnością takie właściwości mogą mieć mniejsze odcinki, np. zakończone zjazdem. Należy jednak zauważyć, że Sąd Najwyższy dopuszcza podzielność świadczenia z umowy o roboty budowlane nawet w sytuacji, gdy przedmiotem umowy jest wykonanie jednego obiektu budowlanego, gdyż niepodzielność przedmiotu świadczenia nie może być utożsamiana z niepodzielnością samego świadczenia (wyrok z 19 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 172/03, opubl. OSNC nr 3/2005). Sąd zwrócił w szczególności uwagę, że: *Czym jest to, że inwestor zainteresowany jest otrzymaniem określonego co do tożsamości przedmiotu, jakim jest obiekt budowlany, czym innym zaś możliwość wykonania robót niezbędnych do tego, aby taki obiekt powstał częściami. Takie częściowe wykonanie robót, odnoszące się określonego obiektu, jest właśnie częściowym spełnianiem świadczenia w rozumieniu art. 379 § 2 kc, gdyż możliwe jest bez istotnej zmiany tego obiektu. Jeżeli strony umówiły się o oddanie 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. W innym orzeczeniu Sąd Najwyższy uznał, że świadczenie wykonawcy z umowy o roboty budowlane może mieć zarówno charakter podzielny, jak i niepodzielny – w zależności od woli stron. Orzeczenie to, tak jak poprzednie, zapadło na tle stanu faktycznego dotyczącego umowy na wykonanie jednego obiektu budowlanego. Zważając na powyżej opisaną naturę świadczenia objętego umową z 18 października 2007 r. brak podstaw do przyjęcia, że ze zgodną wolą stron było wyłączenie jego podzielności. W szczególności o ile Zamawiający z pewnością zainteresowany był przede wszystkim wykonaniem całości robót, o tyle gdyby okazało się to niemożliwe, korzystne dla niego było ukończenie jak największej liczby obiektów składających się na odcinek objęty przedmiotem zamówienia. Wbrew stanowisku Odwołującego, poza szczególną sytuacją uregulowaną w art. 145 ust. 1 pzp, zasadą winno być dążenie do zrealizowania udzielonego zamówienia w pełnym zakresie. Natomiast występowanie podzielności świadczenia objętego umową w oczywisty sposób nie stanowi jej zmiany w sposób sprzeczny z art. 144 pzp. Z kolei wobec szczegółowych zasad rozliczenia wykonania umowy w warunkach kontraktowych FIDIC, możliwe jest ustalenie wynagrodzenia należnego za zrealizowany zakres robót, w razie konieczności rozliczenia niewykonania ich w części.*

Podsumowując, z uwagi na to, że zarzucane Zamawiającemu niewykonanie świadczenia dotyczyło wyłącznie mostu autostradowego MA 532, Odwołujący mógłby co najwyżej odstąpić od umowy w części dotyczącej tego obiektu budowlanego, natomiast

umowa w pozostałym zakresie nadal wiązałaby strony. Niezależnie od tego zwrócić należy uwagę, że art. 491 § 2 kc odnosi się nie tylko do zobowiązań podzielnych w rozumieniu art. 379 § 2 kc, ale także do świadczeń częściowych, to jest podlegających podziałowi ze względu na ich częściowe spełnianie w czasie. Uwzględniając, że tzw. ustawowe odstąpienie od umowy ma charakter wyjątku od zasady realizacji zawartej umowy w całości (tym bardziej umowy w sprawie zamówienia publicznego) – zastosowanie art. 491 § 2 kc należałoby uznać za uzasadnione również w przypadku, gdy świadczenie niepieniężne jest niepodzielne w rozumieniu art. 379 § 2 kc, jednak może być spełniane sukcesywnie częściami. W przypadku Odwołującego trudno uznać obiektywnie, że może nie być zainteresowany uzyskaniem wynagrodzenia za jak największy zakres realizacji umów, co ewentualnie uprawniałoby go do odstąpienia od umowy w całości. Zatem również z tego względu odstąpienie Wykonawcy mogło być ograniczone wyłącznie do obiektu MA 532, a pozostałe obiekty Wykonawca powinien nadal realizować zgodnie z umową.

Niezasadne jest stanowisko Odwołującego, że pismo Zamawiającego z 15 grudnia 2012 r. miało jedynie charakter *powiadomienia* o zamiarze odstąpienia, a dla wywołania tego skutku wymagane było późniejsze złożenie odrębnego oświadczenia. Zarówno sformułowanie: *...Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad powiadamia z 14-dniowym wyprzedzeniem, iż z dniem 29.12.2009 r. odstępuje od Kontraktu...*, jak i dalsza treść oświadczenia, w sposób jednoznaczny wyrażają stanowczą wolę wywołania skutku odstąpienia w określonej dacie. Natomiast wskazana data nastąpienia skutku odstąpienia związana jest z zastosowaniem się przez Zamawiającego do wymagań subklauzuli 15.2 ogólnych warunków kontraktu, która wymaga, co do zasady (dla okoliczności opisanych w lit. od a do d), powiadomienia z 14-dniowym wyprzedzeniem o odstąpieniu. Należy zauważyć, że wyjątek od tej zasady (dla okoliczności opisanych w lit. e oraz f) polega jedynie na tym, że powiadomienie może wywołać skutek natychmiastowy. W obu przypadkach mamy jednak do czynienia z zawiadomieniem o odstąpieniu, które nie wymaga dla swej skuteczności złożenia odrębnego oświadczenia.

Brak również podstaw do wywodzenia nieskuteczności oświadczenia o odstąpieniu z faktu podpisania go przez Dyrektora Oddziału GDDKiA w Katowicach. Odwołujący nie wykazał, że nie był on umocowany do złożenia takiego oświadczenia w imieniu Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad. Zgodnie z art. 18a ustawy z dnia 21 marca 1985 r. drogach publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r., Nr 19, poz. 115, z późn. zm.) Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad może upoważnić pracowników Generalnej

Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad do załatwiania określonych spraw w jego imieniu w ustalonym zakresie, w szczególności do wydawania decyzji administracyjnych. Kompetencja taka wynika również ze statutu GDDKiA nadanego zarządzeniem nr 5 Ministra Infrastruktury z dnia 29 marca 2002 r. Natomiast bez znaczenia dla skuteczności złożonego kontrahentowi oświadczenia woli jest fakt ewentualnego niedopełnienia wymagań regulaminu wewnętrznego GDDKiA.

W ocenie Izby skuteczności odstąpienia przez Zamawiającego od umowy nie przekreśla okoliczność, na którą zwrócił uwagę Odwołujący: umowne prawo odstąpienia zastrzeżone w umowie z 18 października 2007 r. jest bezwzględnie nieważne z mocy art. 58 kodeksu cywilnego, z uwagi na brak oznaczenia terminu końcowego dla skorzystania z tego uprawnienia. Zgodnie z art. 395 § 1 zdanie pierwsze kc: *Można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy.* Z regulacji tej wynika, że określenie tego terminu (obok wskazania, komu będzie przysługiwało prawo odstąpienia) stanowi konstytutywny element instytucji umownego prawa odstąpienia, który nie może być pominięty przez umawiające się strony w ramach obowiązującej zasady swobody umów (art. 353<sup>1</sup> kc). W tym wyłącznie zakresie Izba uznaje trafność stanowiska Odwołującego, które w odwołaniu zostało poparte przywołanymi wypowiedziami doktryny i judykatury. Natomiast odmienne stanowisko Zamawiającego, przywołane niejako na marginesie w odpowiedzi na odwołanie, należy uznać za odosobnione. Izba uznaje za własną argumentację wyrażoną przez Izbę w wyroku z 6 czerwca 2012 r. (sygn. akt: KIO 707/12, KIO 729/12): *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.(...)*

*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 cetrus 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 cetrus 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).*

W ocenie Izby wieloletnia praktyka zamieszczania subklauzuli 15.2 warunków ogólnych FIDIC w zawieranych przez GDDKiA umowach pozostaje bez wpływu na jej skuteczność. Jeżeli tylko umowa zawierana na międzynarodowych warunkach FIDIC poddana jest prawu polskiemu, to moc prawna poszczególnych klauzul podlega ocenie z uwzględnieniem przepisów kodeksu cywilnego. Autorzy warunków FIDIC najwyraźniej są świadomi odrębności reżimów prawnych poszczególnych krajów, gdyż we wskazówkach do przygotowania warunków szczególnych w zakresie subklauzuli 15.2 (podobnie jak przy subklauzuli 16.2) sformułowano zalecenie, że przed ogłoszeniem przetargu Zamawiający powinien się upewnić, że jej sformułowanie, a także każda przewidywana podstawa odstąpienia, są spójne z prawem rządzącym kontraktem. Z odpowiedzi na odwołanie zdaje się wynikać, że Zamawiający zdaje sobie sprawę z nieskuteczności umownego prawa odstąpienia wynikającego z subklauzuli 15.2 – przynajmniej w zakresie lit. a, b oraz c, które wskazał w swoim oświadczeniu o odstąpieniu. Jednakże podstawę z lit. a subklauzuli 15.2 uznaje za dozwoloną w ramach swobody kontraktowej modyfikację wynikającą z art. 491 § 1 kc tzw. ustawowego prawa odstąpienia – w zakresie procedury i warunków odstąpienia. W ocenie Izby Zamawiający w sposób sztuczny, dystansując się od pozostałych przesłanek, usiłuje podciągnąć jedyną z nich, która przewiduje uprzednie *wezwanie do poprawienia*, jako mieszczącą się w ramach instytucji z art. 491 § 1 kc. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego koncepcji tej w żaden sposób nie popiera przywołany przez niego wyrok Sądu Najwyższego z 23 stycznia 2008 r. (sygn. akt V CSK 379/07, opubl. OSNC-ZD 2008/4/108), na co wyraźnie wskazuje następujący fragment uzasadnienia tego orzeczenia: *Przepis art. 395 § 2 k.c., który określa skutek wykonania prawa odstąpienia od umowy i obowiązki stron w razie odstąpienia, nie może być rozumiany jako ius cogens. Skoro strony, w zależności od ich woli, mogą zastrzec prawo odstąpienia od umowy, mogą też określić skutki odstąpienia, a w szczególności, że ma ono skutek ex nunc, oraz 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. Przepis art. 395 § 2 k.c. jest przepisem bezwzględnie obowiązującym tylko w tym znaczeniu, że jego zastosowanie wchodzi w grę wówczas, gdy strony nie postanowiły inaczej. W razie umownego zastrzeżenia odstąpienia od umowy regulacja zawarta w art. 491 § 2 k.c., jako dotycząca zakresu ustawowego prawa*

*odstąpienia od umowy, także nie znajduje bezpośredniego zastosowania. Do regulacji tej art. 395 k.c. zresztą nie odsyła. Może ona być jedynie pomocna dla ustalenia zakresu umownego odstąpienia od umowy ze względu na charakter świadczenia obu stron wówczas, gdy zakresu tego strony nie określiły.* Sąd Najwyższy wypowiedział się co do swobody określenia przez strony skutków odstąpienia, odmiennych niż przewidziane w art. 395 § 2 kc, a także co do braku bezpośredniego zastosowania art. 491 § 2 kc, regulującego zakres ustawowego prawa odstąpienia, w razie zastrzeżenia w umowie (ważnego) umownego prawa odstąpienia.

Niezasadny jest jednak pogląd Odwołującego, że skoro w oświadczeniu o odstąpieniu Zamawiający powołał się na subklauzulę 15.2 lit. a-c, która przewidywała nieważne z mocy prawa umowne prawo odstąpienia, to tym samym należy uznać, że do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w ogóle nie doszło. Jak już wyżej wskazano, treść złożonego przez Zamawiającego oświadczenia woli w sposób jednoznaczny wyraża przede wszystkim wolę odstąpienia przez niego od umowy z powodu przywołanych w nim okoliczności faktycznych leżących po stronie wykonawcy. Takiej wykładni nie stoją na przeszkodzie ani ustalone zwyczaje, ani zasady współżycia społecznego. W szczególności zupełnie nieadekwatne jest przywołanie przez Odwołującego zasady *nemo turpitudinem suam allegans audiat*, gdyż nieważność umownego prawa odstąpienia, z której zresztą użytek usiłował uczynić sam Odwołujący, nie podlega wartościowaniu jako *niegodziwość* Zamawiającego. Skoro, jak sam zauważa Odwołujący, można tylko raz odstąpić od umowy, to tym samym w razie złożenia oświadczenia, które ujawnia wolę odstąpienia od umowy, należy ocenić jego skuteczność przez pryzmat przepisów prawa, które mogą znaleźć zastosowanie, a dopiero w razie braku jakiegokolwiek podstawy prawnej, uznać jego bezskuteczność. Jak już powyżej wspomniano, Odwołujący składając własne oświadczenie o odstąpieniu od umowy w ogóle nie podał żadnej podstawy prawnej. Nie jest to jednak akurat powód aby odmówić złożonemu oświadczeniu wywołania określonych skutków prawnych, które trzeba ustalić.

Odstąpienie oceniane przez pryzmat art. 491 § 1 kc wymaga zaistnienia zwłoki po stronie dłużnika, a także poprzedzenia wyznaczeniem dłużnikowi przez wierzyciela odpowiedniego dodatkowego terminu na wykonanie zobowiązania, wierzyciel musi także wskazać, że bezskuteczny upływ tego terminu będzie uprawniał go do odstąpienia. Zamawiający przed odstąpieniem 15 grudnia 2009 r. wystosował uprzednio pismem z 9 października 2009 r. wezwanie do poprawy w trybie subklauzuli 15.1 warunków kontraktu, zakreślając termin do 30 października 2009 r., a następnie przedłużając go do 14 listopada

2009 r. Zważyć jednak na to, że termin wykonania umowy (*Czas na Ukończenie*) wyznaczony pierwotnie na 15 stycznia 2010 r., jeszcze nie upłynął, nadto, choć nie zostało to sformalizowane podpisaniem stosowanej zmiany umowy, było wiadome również Odwołującemu, że Zamawiający uznał za zasadne przedłużenie tego terminu do 4 sierpnia 2010 r. Odwołujący kwestionuje także, że był w zwłoce. Nadto dochodzą również opisane powyżej ograniczenia w możliwości odstąpienia do umowy w całości wobec podzielności świadczeń obu stron. Takie ograniczenia nie występują jednak w przypadku odstąpienia ocenianego przez pryzmat art. 635 w zw. z art. 656 § 1 kc, gdyż norma ta przyznaje zamawiającemu prawo do odstąpienia od umowy jeżeli wykonawca opóźnia się z rozpoczęciem lub wykończeniem robót budowlanych tak dalece, że nie jest prawdopodobne ich ukończenie w umówionym terminie. A zatem należy ocenić, czy biorąc pod uwagę umówione *de facto* przedłużenie terminu wykonania umowy do 4 sierpnia 2010 r., uprawniona jest ocena, że wykonanie umowy w tym terminie przez Wykonawcę nie było prawdopodobne.

Ocena okoliczności podanych przez Zamawiającego

Izba zważyła, że choć uzasadnienie odstąpienia od umowy zostało usystematyzowane pod kątem podciągnięcia wskazanych w nim okoliczności pod przesłanki wymienione w subklauzuli 15.2 warunków FIDIC, to istotne jest, że podano tam takie okoliczności, jak: brak należytego i profesjonalnego zaangażowania umożliwiającego sprawną realizację robót zgodnie z harmonogramem i jego dalszymi jego aktualizacjami, problemy w mobilizacji ludzi i sprzętu, niewykorzystywanie obowiązującego na mocy kontraktu czasu pracy, 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 kontraktu co do zaangażowania wykonawcy – które zostały ocenione jako przejaw braku profesjonalnego i rzetelnego podejścia do wykonywania umowy. Okoliczności te znajdują potwierdzenie w przywołanych przez Zamawiającego protokołach z rad budowy, które Izba uznała za dokumenty świadczące o rzeczywistym stanie rzeczy. Z dokumentów tych wynika nadto, że Wykonawca w toku realizacji umowy nie kwestionował większości uchybień, deklarował poprawę, jednak ze składanych obietnic się nie był w stanie się wywiązywać. Izba ustaliła, że przytoczone poniżej za odpowiedzią na odwołanie fragmenty pochodzą rzeczywiście ze wskazanych protokołów rad budowy.

Protokół z rady budowy nr 1 z 7 stycznia 2008 r. (2. miesiąc realizacji umowy):

– 8 listopada 2007 Wykonawca zgłosił propozycje zmian na stanowiskach Kierownika Budowy oraz Kierownika Robót Mostowych. (...) W dn. 30 listopada 2007 Wykonawca wystąpił o dalsze zmiany w kluczowym personelu, tj. (...) W dn. 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.

– Komentarz IK do postępu robót w okresie rozliczeniowym: 1. 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.

– IK 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 Skalík stwierdził, że terenach saperskich można rozpocząć prace już od 15 stycznia. (...) Wykonawca wskazał również na brak dostępności do wszystkich działek – pozwolenie na budowę nie obejmuje wszystkich działek terenu budowy.

– Wykonawca wniósł uwagi dotyczące braków w Dokumentacji Projektowej. Dotyczą one braku części niwelet oraz przekrojów konstrukcyjnych na drogach objazdowych. Uwagi zostają przekazane Projektantowi. (...) IK zwrócił się z zapytaniem do Wykonawcy, czy wnosi inne uwagi do dokumentacji projektowej. P..... S..... stwierdził, że dokumentacja poza opisanymi powyżej uwagami jest kompletna i Wykonawca nie wnosi do niej zastrzeżeń oraz nie widzi przeszkód w jej realizacji..

Protokół z rady budowy nr 2 z 7 lutego 2008 r. (3. miesiąc realizacji umowy):

– 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 rady budowy nr 3 z 10 marca 2008 r. (4. miesiąc realizacji umowy):

- Uwaga do Personelu Wykonawcy: Osoby funkcyjne na Kontrakcie mają niepełne kompetencje. Zwraca się uwagę aby osoby na takich stanowiskach jak Dyrektor Kontraktu czy Kierownik Budowy poszczególnych Robót pełnili swoje funkcje.
- Cały sprzęt wymieniony powyżej (...) nie jest widoczny na budowie. Część z tego sprzętu jest składowana w Gorzycach.
- Wykonawca twierdzi, iż w ostatnim tygodniu zwiększył liczbę maszyn na budowie do 75. Zobowiązał się również do sukcesywnego zwiększania zaangażowanego sprzętu.
- Wyburzenia – wykonanie ok. 40%. Opóźnienie w stosunku do zatwierdzonego Harmonogramu. Można realizować w szybszym tempie.
- Drogi technologiczne: wykonanie ok. 4 km. Opóźnienie w stosunku do zatwierdzonego harmonogramu. Można realizować w szybszym tempie.
- Odhumusowanie trasy głównej: 2,2 km. Opóźnienie w stosunku do zatwierdzonego harmonogramu. Można realizować w szybszym tempie.
- Nadzór stwierdza niezadowalający postęp Robót Mostowych. Wykonawca nie wykorzystuje wszystkich możliwości, aby rozpocząć Roboty Przygotowawcze.
- Nie zakończono budowy tymczasowej drogi technologicznej na kluczowym obiekcie MA

532 oraz dróg do obiektów, których rozpoczęcie planowano w pierwszej kolejności. Brak tych dróg jest główną przeszkodą rozpoczęcia robót na pozostałych obiektach.

– Stan zaawansowania robót Wykonawca potwierdził filmem „z lotu ptaka”, na którym nie było widocznego pracującego personelu i sprzętu. Zaawansowanie robót znikome....

– Wykonawca nie wykonuje Robót zgodnie z zaakceptowanym Harmonogramem, ani nie dotrzymuje terminów później ustalonych zobowiązań.

– Brak jest precyzyjnych informacji dotyczących zakresu wykonanych i pozostałych do wykonania robót. Brak ludzi sprzętu zaangażowanego w prace na budowie.

– W miesiącu styczniu była już oczyszczona z niewybuchów znaczna część terenu. Zanotowano brak postępu robót na tym terenie.

– Zostało wydane Pierwsze Świadcstwo Płatności na kwotę 1 949 804,31 min Euro (brutto), na którą w większości składają się Wymagania Ogólne.

– W dalszym ciągu oczekuje się przedłożenia rozbicia cen jednostkowych zgodnie z Kontraktem. Wykonawca zobowiązany jest przygotować i przedłożyć w/w rozbicie podczas następnej Rady Budowy w dniu 19.03.2008

Protokół z rady budowy nr 4 z 9 kwietnia 2008 r. (5 miesiąc realizacji umowy):

– 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.

– Wyburzenia: wykonanie ogółem 60%. Opóźnienie w stosunku do nowego Harmonogramu (Wariant 7).

– Wykonawca zgłasza, iż są opóźnienia w stosunku do nowego harmonogramu. Według Harmonogramu na 2 odcinkach w marcu miały się rozpocząć ziemne, jednak zobowiązuje się do nadrobienia tych opóźnień w ciągu następnych kilku tygodni (do dwóch miesięcy).

– Wykonawca zobowiązuje się do wykonywania dalszych robót zgodnie z harmonogramem tak aby osiągnąć na koniec bieżącego roku zadeklarowaną kwotę 300 mln PLN.

– Na koniec roku (2008) Wykonawca deklaruje wykonanie: Prace ziemne 90%.

## Sygn. akt KIO 1357/12

- Kierownik Projektu i Inżynier Kontraktu zgłaszają uwagę Wykonawcy na zbyt mały w dalszym ciągu postęp robót Wykonawca nie wykorzystał w pełni korzystnych warunków pogodowych jak również terenu oczyszczonego przez saperów (np. roboty mostowe, drogi technologiczne).
- Wciąż odnotowuje się zbyt małą ilość sprzętu na budowie.
- W marcu zgodnie z harmonogramem miały rozpocząć się roboty ziemne. Opóźnienie w stosunku do harmonogramu.
- Nadzór zwraca uwagę na zbyt duże wyprzedzenie odhumusowania w stosunku do harmonogramu - odhumusowanie zbyt długich odcinków bez dalszych robót przy złych warunkach pogodowych stwarza zagrożenie nawodnienia gruntu.
- Uwagi Zamawiającego i Nadzoru do planowanego postępu robót na następny miesiąc: Nadzór stwierdza zbyt małą ilość planowanych miesięcznie wykopów w stosunku do całości. Średnio Wykonawca powinien wykonać ponad 400 tys m<sup>3</sup>/m-c. Wykonawca nie potrafi podać precyzyjnych informacji co do planowanego zakresu robót.
- Wykonawca zobowiązał się przygotować i przedłożyć rozbiecie cen jednostkowych zgodnie z Warunkami Kontraktu podczas narady w dniu 19.03.2008 r. W dalszym ciągu przedmiotowe rozbiecie cen kontraktowych nie zostało przedłożone. Rozbiecie cen zostało przedłożone jedynie częściowo. Wykonawca przedłożył jedynie rozbiecie cen dla Przedmiaru Robót: Autostrada + Wyposażenie Autostrady (...). Powyższe stanowi jedynie 3% wszystkich pozycji. Wykonawca ma zamiar wystąpić z wnioskiem o możliwość przedkładania Rozbicia cen Jednostkowych sukcesywnie (niezgodnie z Kontraktem) wraz z propozycją planu jego przedkładania. Z przyczyn technicznych Wykonawca nie jest w stanie na dzień dzisiejszy przedłożyć rozbicia cen jednostkowych w całości.

### Protokół z rady budowy nr 5 z 16 maja 2008 r. (6. miesiąc realizacji umowy:

- Inżynier zwrócił uwagę Wykonawcy, iż operatorzy sprzętu na Budowie nie posiadają uprawnień do ich obsługi. (...) Dyrektor GDDKiA O/K-ce zwrócił uwagę, że ten temat był poruszany na Radzie Budowie 10 marca br i sytuacja wciąż się powtarza – pracownicy zatrudnieni od ponad miesiąca w dalszym ciągu nie posiadają odpowiednich przeszkoleń.
- Wykonawca przedłożył szczegółowy Schemat Organizacyjny, który jest nieaktualny. Nadzór w dalszym ciągu oczekuje na przedłożenie aktualnego Schematu Organizacyjnego uwzględniającego kierowników robót.
- Inżynier Kontraktu zaawansowanie robót drogowych określa jako niskie. Na poprzedniej Radzie Budowy (09.04.2008r.) Wykonawca zadeklarował nadrobienie zaległości w ciągu 2

*miesiący, natomiast zaległości z każdym dniem się nawarstwiają.*

*– Inżynier Kontraktu ma obawy, iż termin robót związane z budową obiektów MA 527 i WD 547 są zagrożone,...*

*– Wykonawca przyznaje, że są znaczne opóźnienia w stosunku do Harmonogramu Robót wersja 7 i zobowiązuje się do nadrobienia tych opóźnień. Zdaniem Wykonawcy postęp prac na od ostatniej Rady Budowy się zwiększył co widać na Budowie, jednocześnie przyznając, iż nie da się nadrobić zaległości z 0% do 100%.*

*– Wykonawca poinformował, że w celu wzmocnienia efektywności prowadzenia robót drogowych i rozwiązania problemów ze złą organizacją, zwiększa siłę kierowniczą robót drogowych.*

*– Inżynier Kontraktu nie potwierdza przedstawionego przez Wykonawcę postępu robót oraz nadrobienia zaległości. W dalszym ciągu postęp robót jest zbyt mały. Korzystne warunki pogodowe nie są wykorzystywane w pełni. Wykonawca w przedstawionym stanie zaawansowania robót ujął ilości wykonanych wykopów łącznie z wykopami robót przebrojeniowych i mostowych.*

*– Wciąż odnotowuje się zbyt małą ilość sprzętu na Budowie. Wykonawca w raportach dziennych przedstawia niezgodne ze stanem faktycznym ilości sprzętu pracującego na Budowie.*

*– Roboty ziemne prowadzone są na trzech odcinkach, a można prowadzić na wszystkich.*

*– Zdaniem Inżyniera Kontraktu Wykonawca nie jest w stanie nadrobić opóźnień. Kierownictwo Budowy nie spełnia swych zadań. Zaległości nie są nadrabiane, tylko pogłębiane. Obecne Kierownictwo Budowy nie da rady nadrobić tych zaległości.*

*– Kierownik Projektu przypomniał, iż 7 maja br. miała miejsce wizytacja ze strony Zamawiającego, podczas której Pan. B. S..... odmówił objazdu Budowy. Na poprzedniej Radzie Budowy Wykonawca deklarował, że za 2 miesiące nadrobi zaległości, natomiast na dzisiejszej Radzie Wykonawca podaje już termin na wrzesień br.*

*– Dyrektor GDDKiA O/K-ce stwierdził, iż Wykonawca nie jest przygotowany do realizacji niniejszego Kontraktu. Pan B. S..... nie chce współpracować zarówno z Zamawiającym jak i Nadzorem. Bardziej korzystne byłoby zwiększenie na Budowie sprzętu, a nie zatrudnianie dodatkowego Kierownika. (...) Na Budowie pracują osoby, które nie posiadają wymaganych uprawnień do obsługi sprzętu.*

*– Prace przy wykopach są prowadzone w 6 miejscach, od przyszłego tygodnia będą prowadzone również na 7 miejscu. Wykonawca deklaruje, że polepszy swą efektywność i*

*postęp prac.*

- Łącznie (sekcje od 1-6) do końca maja br. Wykonawca zadeklarował wykonanie 454 tys m<sup>3</sup> wykopów. Zgodnie z Harmonogramem Robót wersja 7 powinno być wykonane 919 tys m<sup>3</sup> wykopów. Wykonawca zadeklarował, iż zwiększy swą wydajność, aby nadrobić zaległości.*
- Wykonawca nie potrafi podać precyzyjnych informacji co do planowanego zakresu robót drogowych.*
- Wykonawca mimo deklaracji nie przedłożył rozbitcia cen jednostkowych zgodnie z Warunkami Kontraktu. Wykonawca przedłożył tylko 3% wszystkich pozycji kosztorysowych. Zgodnie z Klauzulą 14.1 Warunków Kontraktu powinien przedstawić Inżynierowi rozbitcie cen jednostkowych dla wszystkich pozycji - termin przedłożenia minął 28 dni po rozpoczęciu robót.*

Protokół z rady budowy nr 6 z 11 czerwca 2008 r. (7. miesiąc realizacji umowy):

- Zasoby. Personel Wykonawcy: Pracownicy Konsorcjum i Kierownictwo Budowy 103 (poprzedni m-c 83), Pracownicy fizyczni 322 (poprzedni m-c 80) + 160 roboty przezbrojeniowe. Wykonawca przedłożył szczegółowy Schemat Organizacyjny, który jest nieaktualny. Nadzór w dalszym ciągu oczekuje na przedłożenie aktualnego Schematu Organizacyjnego uwzględniającego kierowników robót dla obiektów. Inżynier Kontraktu zwrócił uwagę na brak obsady w średnim dozorcze – majstrów. Niedopuszczalna jest sytuacja, która ma miejsce na Budowie – obecnie jeden majster przypada na kilka obiektów mostowych. Na każdym obiekcie powinie być przynajmniej jeden majster. Podobna sytuacja występuje przy robotach drogowych. Wykonawca przyznaje, że ma problemy z pozyskaniem ludzi na stanowiska.*
- Inżynier Kontraktu potwierdza wzrost wydajności dziennej przy wykonywaniu wykopów oraz pewien postęp w robotach drogowych, jednak wydajność dzienna tych robót jest zróżnicowana, a opóźnienia nawarstwiają się.*
- Nadzór zwrócił uwagę, że Wykonawca nie dotrzymuje terminów rozpoczęcia kolejnych asortymentów robót i mocy przerobowych. Przypomina się, iż oprócz wykopów powinny być rozpoczęte kolejne asortymenty robót (nasypy, wzmocnienie podłoża, zabezpieczenie skarp wykopów), które wymagają odpowiedniej organizacji na budowie. W pierwszej kolejności należy wykonać roboty ziemne, aby rozpocząć prace związane z gwoździowaniem, umocnieniem skarp.*
- Oprócz dosprzętowania, aby poprawić wydajność Wykonawca powinien dysponować na budowie odpowiednią ilością kadry technicznej (kierownicy odcinków robót, majstrowie)*

zdolną do prowadzenia robót jednocześnie na sześciu odcinkach.

– Brak prowadzonych prac zasadniczych mostowych na obiekcie WD 547, który zgodnie z obowiązującym harmonogramem jest przewidziany do wykonania w roku 2008.

– 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.

– Dyrektor Kontraktu – P..... S..... zadeklarował nadrobienie zaległości do 15.08.2008r.

– Inżynier Kontraktu zwrócił uwagę, iż deklarowane przez Wykonawcę zwiększenie wydajności do 35 tys m<sup>3</sup>/dzień jest za małe w stosunku do deklarowanego przez Dyrektora Kontraktu P..... S..... nadrobienie zaległości do 15 sierpnia 2008 r. (...) Zdaniem Inżyniera Kontraktu w dalszym ciągu stwierdza się niewystarczającą logistykę oraz złą organizację wykonania robót ziemnych – nieprawidłowe wykorzystanie posiadanego sprzętu.

– W opinii Zamawiającego Kontrakt jest opóźniony, a opóźnienia nawarstwiają się. Pomimo zwiększenia ilości sprzętu i wydajności robot przy wykopach, co potwierdza Inżynier Kontraktu, po dokonanych 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 min PLN, w stosunku do wymaganych 300 min PLN, jest przerażający. Zamawiający oczekuje podjęcia ze strony Wykonawcy takich środków, aby wymagany przerób urealnić.

– Wykonawca w dniu 30.05.2008 r. przedłożył rozbicie cen jednostkowych, które Inżynier, pismem z dnia 02 czerwca br. zwrócił Wykonawcy z uwagi na niezgodność z Klauzulą 14.1 (złożono 90% całości, pozostało 10% – dla robót przezbrojeniowych). Przypomina się Wykonawcy, że Kontraktowy termin przedłożenia rozbicia cen jednostkowych upłynął z dniem 14.12.2007 r.

Protokół z rady budowy nr 7 z 16 lipca 2008r. (8. miesiąc realizacji umowy):

– Dyrektor Kontraktu poinformował, że nie gwarantuje nadrobienia zaległości do dnia 15.08.2008 r. które deklarował na Radzie Budowy nr 6. Ponadto oświadczył, że przy sprzyjających warunkach atmosferycznych wykonane zostanie 4,2 min m<sup>3</sup> wykopów.

– Inżynier Kontraktu i Kierownik Projektu po wysłuchaniu wyjaśnienia Wykonawcy, co do

*słabego postępu robót, szczególnie w wykonywaniu wykopów, uznali iż nie w pełni wykorzystywany jest potencjał wykonawczy. Na dzień dzisiejszy wykopy są wykonane w ilości 992 tyś. m<sup>3</sup>, a zgodnie z zatwierdzonym Harmonogramem – wersja 7 miało być wykonane 1720 tyś. m<sup>3</sup>, natomiast do końca br. roku 4,3 mln m<sup>3</sup>. Widoczny jest wzrost wydajności w robotach ziemnych, jednak deklarowana przez Wykonawcę średnia dzienna wydajność w ilości 31-32 tyś. m<sup>3</sup> zdaniem Nadzoru jest zbyt mała, aby nadrobić zaległości.*

*– W dalszym ciągu Wykonawca nie rozpoczął robót: Zabezpieczenie skarp wykopów; Ulepszenie podłoża konsolidacja dynamiczna; Ulepszenie podłoża - geokraty (trasa główna); Ulepszenie podłoża - geomaterace Opóźnienie w stosunku do Harmonogramu (Wariant nr 7)*

*– 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<sup>00</sup> do 22<sup>00</sup> w okresie od 1 maja do końca września – warunków tych nie dotrzymuje. Z potwierżeń Inżyniera Kontraktu z Tygodniowych Spotkaniach Roboczych oraz kontroli Placu Budowy, stwierdza się pracę w godzinach od 7<sup>00</sup> do 19<sup>00</sup> od poniedziałku do piątku, natomiast w soboty czas pracy ograniczono do godziny 15<sup>00</sup>. 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.*

*– Inżynier zwrócił uwagę, iż wskutek popełnionych błędów organizacyjnych nie doszło do realizacji odcinka próbnego wzmocnienia podłoża nasypów na obszarze szkód górniczych. Po zagęszczeniu i wyprofilowaniu podłoża pod materac wraz ze schodkowaniem Wykonawca odstąpił od robót, co w wyniku gwałtownej zmiany warunków atmosferycznych spowodowało zniszczenie już wykonanych robót.*

*– Zamawiający i Nadzór domaga się od Wykonawcy wprowadzenia radykalnych zmian w logistyce oraz wydłużenia czasu pracy od 6<sup>00</sup> do 22<sup>00</sup> zgodnie z Warunkami Kontraktu.*

*– Wykonawca w dalszym ciągu nie dokonał szczegółowego rozbicia cen jednostkowych robót przebrojeniowych (brakuje 1%). Przypomina się Wykonawcy, że odstąpienie od wymagania Klauzuli 14.1 jest niezgodne z warunkami Kontraktu, gdyż wszyscy Oferenci byli świadomi zakresu jej szczegółowości na etapie składania Ofert.*

Protokół z rady budowy nr 8 z 14 sierpnia 2008 r. (9 miesiąc realizacji umowy):

*– Dyrektor Kontraktu stwierdził, że jeżeli w ciągu 14 dni od daty otrzymania protokołu Wykonawca nie zgłosi uwag będzie się uważało, że protokół jest przyjęty bez uwag.*

*– Wykonawca w dniu 05.08.2008r. przedłożył zaktualizowany szczegółowy schemat*

*organizacyjny uwzględniający zmianę na stanowisku Przedstawiciela Wykonawcy.*

- (...) Roboty związane z wzmocnieniem podłoża, w stosunku do Harmonogramu wersja 7, mają znaczne opóźnienia – kolumny kamienne powinny być już zakończone na niektórych odcinkach; geometerace, geokrata – roboty powinny być wykonane w większym zakresie.*
- Zdaniem Inżyniera Kontraktu oraz Zamawiającego generalnie nadal występuje duże opóźnienie w robotach, a i/ości robót przekazywane w raportach dziennych nie gwarantują nadrobienia zaległości. Na dzień dzisiejszy 5 obiektów mostowych jest opóźnionych, a 11 przyspieszonych, jednak przyspieszenie jest niewielkie, natomiast opóźnienia znaczne (obiekt MA536 – 3 tygodnie, WD547 – 8 tygodni). Najbardziej opóźnionym obiektem jest obiekt MA 532, który znajduje się na „ścieżce krytycznej”, a opóźnienia z każdym dniem narastają. Inżynier poinformował Kierownika Projektu, iż obiekt ten jest odrębnie monitorowany przez Nadzór (co czwartek odbywają się na obiekcie spotkania koordynacyjne).*
- Nadzór przypomniał Wykonawcy, iż z uwagi na postęp wykopów powinien rozpocząć roboty związane z zabezpieczeniem skarp wykopów.*
- Nadzór stwierdza, iż rozpoczęcie przez Wykonawcę danego asortymentu robót oraz prace przygotowawcze (poletka próbne) trwają zbyt długo.*
- 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*
- Kierownik Projektu zwrócił uwagę Wykonawcy, iż w bieżącym roku na obiekcie WD 547, zgodnie z Harmonogramem wersja 7, ma być puszczony ruch, natomiast remont drogi powiatowej zaplanowany był na przyszły rok. Wykonawca przyznał, iż przeciągnęły się roboty przy wykopie i poinformował, że zgodnie z ustaleniami z administratorem drogi remont drogi przewidziano dopiero na koniec Budowy. Wykonawca zadeklarował, iż przedłoży program naprawczy dla tego obiektu pod koniec bieżącego miesiąca.*
- Nadzór zauważył, iż na niektórych obiektach Laboratorium Wykonawcy po pobraniu próbek*



*opuszcza plac budowy obiektu, a powinno ono prowadzić ciągłą kontrolę konsystencji betonu.*

Protokół z rady budowy nr 9 z 17 września 2008 r. (10 miesiąc realizacji umowy):

*– Inżynier Kontraktu stwierdził, iż w związku z dużymi opóźnieniami w robotach w stosunku do Harmonogramu Robót wersja 7, polecił Wykonawcy dokonać aktualizacji Harmonogramu Robót.*

*– (...) Powyższe wykonanie robót drogowych jest zbyt małe w stosunku do wersji 7 Harmonogramu. Dotyczy to przede wszystkim przygotowania podłoża pod nasypy (wzmocnienia) oraz budowy samych nasypów. Nadzór przypomina, że należy jak najszybciej przystąpić do wzmocniania skarp wykopów. Powyższe omówiono już na poprzedniej Radzie Budowy; pomimo monitowania na naradach technicznych Wykonawca do dnia dzisiejszego nie rozpoczął tych robót. Taka sytuacja doprowadza do destrukcji skarp wykopów, a związku z tym dodatkowych prac Wykonawcy.*

*– Zdaniem Kierownika Projektu postęp robót mostowych jest wysoce niezadowolający. Występują liczne opóźnienia w stosunku do wersji 7 Harmonogramu, ...*

*– 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.*

*– Po zapoznaniu się z przedstawioną pozostałą częścią Rozbicia Cen Jednostkowych Inżynier Kontraktu stwierdził, że w niektórych pozycjach dokonano rozbicia w sposób niezgodny z Warunkami Kontraktu (uwzględniono udział podwykonawców w Robotach, podczas gdy Kontrakt nie przewiduje takiego podejścia).*

Protokół z rady budowy nr 10 z 6 października 2008 r. (11. miesiąc realizacji umowy):

*– (...) 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.*

*– (...) Ponadto wszystkie informacje powinny być bezpośrednio przekazywane przez Dyrektora Kontraktu i na to Zamawiający Uczy podczas przyszłych spotkań. Nieudzielanie informacji z realizacji robót przez Dyrektora Kontraktu postrzega się jako brak pełnej wiedzy o Kontrakcie i rozeznania problemów budowy.*

- *Pomimo wielokrotnych wezwań Inżyniera Kontraktu i Kierownika Projektu Wykonawca nie dostosował się do Warunków Kontraktu dot. pracy w godzinach od 6<sup>00</sup> do 22<sup>00</sup> w okresie od maja do października oraz pracy w weekend.*
- *Nadzór nie zgadza się ze stanowiskiem Wykonawcy, że odmienne wyniki badań gruntów wpłynęły na opóźnienia w wykonywaniu nasypów, gdyż badania były wykonane w styczniu 2008r., a Harmonogram był aktualizowany w marcu 2008r. i Wykonawca mógł przewidzieć odmienne warunki. Zła organizacja robót, brak przygotowanego frontu robót przez Wykonawcę, źle wykonany system odwodnienia (przykład: obiekt WD 546) wpłynęły na opóźnienia w realizacji zatwierdzonego Harmonogramu. Inżynier Rezydent zwrócił uwagę, że o ile zła pogoda wpływała niekorzystnie na wykonywanie wykopów, o tyle robotom mostowym złe warunki atmosferyczne nie przeszkadzały. Wykonawcy wiele razy przypominano na tygodniowych spotkaniach roboczych, iż należy rozpocząć prace związane z zabezpieczeniem skarpi wykopów, jednak do robót nie przystępował. Zdaniem Inżyniera istnieje obawa, że ukończenie robót może nie nastąpić w ciągu Czasu na Ukończenie w związku z występującymi opóźnieniami w realizacji Planu Finansowego.*
- *Kierownik Projektu przypomniał, iż zgodnie ze złożoną deklaracją Wykonawca miał nadrobić wszystkie zaległości do dnia 15.08.2008r. Pomimo deklaracji, że opóźnienia będą nadrobione, na dzień dzisiejszy utrzymują się na tym samym poziomie lub się pogłębiają.*
- *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.*
- *Zwrócono uwagę Wykonawcy, iż w swoich wypowiedziach nie wskazuje w jaki sposób zamierza poprawić realizację robót, tylko przytacza problemy, które nie mają wpływu na obecną sytuacją na budowie. Obowiązkiem Wykonawcy jest szukanie możliwości nadrobienia zaległości, a nie tłumaczenie się, że występowały problemy i trudności w wykonywaniu prac. Kierownik Projektu, jako przedstawiciel Zamawiającego, nie znajduje żadnego usprawiedliwienia, co do braku realizacji założonego i zaakceptowanego Harmonogramu Robót wersja 7.*
- *(...) Zdaniem Nadzoru Wykonawca mógł bardziej zaawansować roboty mostowe, gdzie złe warunki atmosferyczne nie mają wpływu na wykonywanie prac.*
- *Wykonawca na pytanie Zamawiającego odnośnie ilości poszczególnych robót koniecznych do wykonania w bieżącym roku, nie potrafił udzielić szczegółowej informacji, odnosząc się jedynie do planowanego przerobu do końca bieżącego roku.*

- 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.
- Kierownik Projektu jest zaskoczony stanowiskiem Wykonawcy, który zmniejsza planowany przerób z kwoty 300 mln Euro na 250 mln Euro na koniec 2008 roku, bez podania konkretnych przyczyn jego niezrealizowania. Za nieodpowiedzialne uważa się także działania kierownictwa w zakresie dalszego obniżania przerobu finansowego na obiektach mostowych z zaplanowanej w roku 2008 kwoty 23,0 mln Euro do wartości 20,9 mln Euro. Zaskakującym jest też brak zajęcia przez Dyrektora Kontraktu konstruktywnego stanowiska w celu odniesienia się do postawionych przez Nadzór zarzutów dotyczących oceny postępu prac. Wysoka ocena zdolności menadżerskich Dyrektora Kontraktu, przedstawiana przez Zarząd firmy Alpine, nie przełożyła się na naprawę niewłaściwej dotychczas realizacji Kontraktu. Warunkiem zaakceptowania kandydatury na to stanowisko, było osiągnięcie zaawansowania finansowego na koniec miesiąca września br. w kwocie 55 121 tyś. Euro, natomiast przerób ten nie osiągnął pożądanej wielkości.

Protokół z rady budowy nr 11 z 15 października 2008 r. (11. miesiąc realizacji umowy):

- 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. S....., gdyż w jego zakresie na dzień dzisiejszy występują duże zaległości w robotach, które hamują postęp prac na budowie. (...)

– Po zapoznaniu się z przedstawionego pozostałej części Rozbicia Cen Jednostkowych, Inżynier Kontraktu stwierdził, że w niektórych pozycjach dokonano rozbicie w sposób niezgodny z Warunkami Kontraktu (uwzględniono udział podwykonawców w Robotach gdzie Kontrakt nie zezwala na takie podejście). Wykonawca skoryguje rozbicia w tych pozycjach.

– 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<sup>00</sup> do 22<sup>00</sup>). 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 rady budowy nr 12 z 5 listopada 2008 r. (12. miesiąc realizacji umowy):

– Inżynier Kontraktu zwrócił uwagę, że występuje duże zagrożenie w takich robotach jak: nasypy, obiekty mostowe – MA 532, 534, 547...

– Zdaniem Nadzoru sekcja I i II jest bardzo mocno opóźniona, zauważalny bardzo niski poziom nasypów a głównym powodem opóźnień w budowie nasypów jest założenie Wykonawcy, że materiał z wykopu planuje przeznaczyć na wbudowanie w nasyp. Wykonawca potwierdził zdanie Nadzoru. Jednocześnie Dyr. S..... potwierdził, iż na obszarze przed MA 524 brak obecnie przeszkód do kontynuowania robót. Inżynier Kontraktu zwrócił uwagę, że należy poprawić organizację robót na tej sekcji.

– Nadzór obserwuje duże opóźnienia robót ziemnych w sekcji III – powodem jest słabe przygotowanie podłoża pod nasypy. (...) W chwili obecnej postęp tych robót jest mały, co blokuje budowę nasypów. Niepokojące jest także słabe zaawansowanie sprzętowe w miejscach, gdzie prowadzi się nasyp np. na łącznicach (pracuje tam tylko jeden zespół). Należy zwiększyć wydajność przy wykonywaniu drenaży. Głównym powodem tego stanu rzeczy jest brak planowania robót z odpowiednim wyprzedzeniem, aby zagwarantować ludzi, materiały i sprzęt do danego asortymentu robót i nie blokować kolejnych następujących po sobie rodzajów robót. Zdaniem Inżyniera Kontraktu nie widać zdecydowanego (roboczego) planu realizacji Kontraktu. Dyrektor Kontraktu potwierdził występujące opóźnienia i poinformował, że Wykonawca pracuje nad ich zlikwidowaniem, jednak nie jest w stanie

*zrobić tego jednocześnie na wszystkich sekcjach. 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.*

*– GID [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.*

*– Inżynier Kontraktu stwierdził, że w robotach mostowych występują duże rezerwy, których Wykonawca nie wykorzystuje, a których wykorzystanie jest potrzebne dla prowadzenia robót drogowych.*

Protokół z rady budowy nr 13 z 19 listopada 2008 r. (12. miesiąc realizacji umowy):

*– Inżynier Kontraktu stwierdził, że pomimo sprzyjających warunków atmosferycznych Wykonawca nie nadrobił zaległości w wykonywaniu nasypów, a od postępu realizacji nasypów zależą inne roboty. Opóźnienia występują także przy takich robotach jak: przypory drenażowe, humusowanie, siatki stalowe. Ponadto ustalone zostały 3 odcinki próbne w-wy mrozoochronnej (z różnych materiałów), natomiast Wykonawca wykonał tylko 1 odcinek próbny z łupka czerwonego i w km niezgodnym z ustaleniami.*

*– Kierownik Projektu zwrócił się do Dyrektora Kontraktu z zapytaniem czy problem wciąż narastających opóźnień w robotach drogowych (nasypy i wykopy – mierne wydajności) oraz przestoju w robotach mostowych (co wynika z przedkładanych do Zamawiającego meldunków dziennych z wykonanych robót) leży po stronie sprzętu czy organizacji robót Wykonawcy? (...) Dyrektor P. R..... 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 min PLN(brutto) określony w planie finansowym.*

*– Dyrektor Kontraktu potwierdził deklarowany przerób na 2009 rok na kwotę 127 843 min Euro netto (500 min 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. (...) Dyr. P. R..... stwierdził, że w przyszłym*

*roku Wykonawca będzie pracował intensywniej i efektywniej, deklarowana kwota jest kwotą do przerobienia (w przyszłym roku będą wykonywane droższe prace min. w-wa mrozoochronna, nawierzchnie asfaltowe.*

*– Inżynier Kontraktu stwierdził, iż analizując płatności z bieżącego roku należy obawiać się czy przedstawiony przez Wykonawcę plan zostanie zrealizowany. Do planu finansowego oczekuje przedstawienia szczegółowego zakresu rzeczowego.*

*– Kierownik Projektu poinformował, że wykonanie Kontraktu w terminie wymaga zabezpieczenia środków finansowych, które przedstawił Wykonawca w planie finansowym, i należy być świadomym tego aby było to wykorzystane także w pierwszym kwartale przyszłego roku (...) Dyrektor Kontraktu P. R..... potwierdził wykonanie przedstawionego Harmonogramu Finansowego na 2009 rok.*

*– Nadzór zgłosił wątpliwości do planowanych przez Wykonawcę robót, które zostały zostawione na koniec roku. Istnieje obawa czy Wykonawca jest odpowiednio przygotowany i czy wystarczy mu mocy przerobowych. Szczególnie zwraca się uwagę na konieczność pielęgnacji betonu w warunkach zimowych. Zobowiązano Wykonawcę do dostarczenia do Nadzoru informacji o zespołach wykonujących zabezpieczenia oraz pielęgnację betonu w okresie zimowym oraz między świątecznym.*

Protokół z rady budowy nr 14 z 11 grudnia 2008 r. (13. miesiąc realizacji umowy):

*– Kierownik Projektu stwierdził, iż bilans wykonanych robót się poprawił, jednak w dalszym ciągu występują opóźnienia w takich robotach jak: nasypy, wykopy, ułożenie materaca.(...)*

*– Główny Inspektor Nadzoru Robót Drogowych przypomniał, iż w dalszym ciągu brakuje drenaży poziomych na skarpach wykopu. Pomimo kilkakrotnego upominania Wykonawcy w tym temacie oraz przypadków degradacji skarp, Wykonawca nie rozpoczął ich wykonywania.*

*– Inżynier Rezydent zwrócił uwagę, iż na obiektach WA540 i WA541 brak koordynacji - obiekty czekają od września br. na wykonanie izolacji, zasyпки i nasypu między obiektami.*

*– 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.*

*– Inżynier Rezydent stwierdził, że nie do przyjęcia są różnice wynikające z pomiarów służb geodezyjnych Wykonawcy i Nadzoru. Duża ilość dokumentów odbiorowych, przedkładanych do Nadzoru celem zatwierdzenia, zostaje odrzucona z uwagi na wykonanie robót niezgodnie*

*z Projektem (w szczególności dotyczy to robót energetycznych i teletechnicznych).*

Protokół z rady budowy nr 15 z 6 lutego 2009 r. (15. miesiąc realizacji umowy):

- Inżynier Kontraktu potwierdził otrzymanie od Wykonawcy w dniu dzisiejszym zbiorczego zestawienia wykonanych robót oraz planu rzeczowego na rok 2009 i 2010. Wg wstępnej analizy, zdaniem Inżyniera, przyjęto za mało robót mostowych na rok 2009 i aż 30% wartości robót pozostawiono na 2010 rok. W Harmonogramie Robót (rzeczowym), który Dyrektor Kontraktu zadeklarował przedłożyć w dniu 15.02.2009r. należy wziąć pod uwagę to, że roboty mostowe muszą wyprzedzić roboty drogowe. (...)*
- Główny Inspektor Robót Drogowych stwierdził, że zbyt słabo idą roboty związane z odwodnieniem: drenaże francuskie powierzchniowe; warunki są sprzyjające do wykonywania tego typu robót.*
- Inżynier Kontraktu poinformował Wykonawcę, że przedstawiony plan jest wstępną przymiarką. W Szczegółowym Harmonogramie Robót należy wziąć pod uwagę przede wszystkim wykopy i nasypy (od wykonania tych robót zależą pozostałe) oraz połączyć roboty drogowe z mostowymi – są to dwa niezależne podmioty, które rywalizują ze sobą a nie współpracują. Ponadto Wykonawca pozostawia zbyt wiele robót mostowych na rok 2010.*
- 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).*
- Inżynier Rezydent po raz kolejny zwrócił uwagę Wykonawcy na brak realizacji ustaleń zawartych z gminami dot transportu technologicznego, który nadal porusza się po drogach publicznych. Wykonawca nadal nie przedstawił uzgodnień z administratorami dróg oraz wykazu dróg po których może się poruszać.*

Protokół z rady budowy nr 16 z 6 marca 2009 r. (16. miesiąc realizacji umowy):

- Inżynier Rezydent po raz kolejny zwrócił uwagę Wykonawcy na niebezpieczeństwo związane z zalegającymi na drodze technologicznej kablami (obiekt MA529.1).(...) Główny Inspektor Robót Mostowych stwierdził, że jest to wynikiem braku na Budowie średniego dozoru (brak osób odpowiedzialnych, podejmujących decyzji technicznych). Ponadto schodnie na obiektach są słabo zabezpieczone.*

## Sygn. akt KIO 1357/12

– Inżynier Kontraktu przypomniał, że do dnia dzisiejszego brak jest aktualnego Harmonogramu Robót. Harmonogram, który przekazał Wykonawca w dniu 17.02.2009r. nie nadaje się do realizacji. Harmonogram zawiera błędy i nieścisłości, np.:

- brak koordynacji robót drogowych i mostowych (np. likwidacja objazdu tymczasowego przy obiekcie WD 547 następuje przed zakończeniem i oddaniem do ruchu obiektu);

- brak pokazania robót drogowych takich jak wykonanie poboczy po wykonaniu SMA oraz oznakowania poziomego i pionowego;

- roboty przebrojeniowe: planujecie wykonanie zbiorników retencyjnych na rok 2009, które są już w rzeczywistości wykonane;

- brak zaznaczenia, że zakończenie robót na obiekcie łączy się z zakończeniem robót na dojazdach do obiektu (wraz z oznakowaniem);

- brak wyjaśnienia czy termin zakończenia robót na obiekcie mostowym jest równoznaczny z terminem oddania do ruchu (oddanie do ruchu wiąże się z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie);

- terminy zakończenia robót w Harmonogramie mostowym i drogowym są niespójne ze sobą.

– (...) 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<sup>00</sup> i zobowiązał Wykonawcę do prawidłowego przygotowania informacji na w/w temat.

– Główny Inspektor Robót Drogowych stwierdził, że pomimo wielokrotnych monitów, Wykonawca w dalszym ciągu nie podjął wystarczających działań celem zabezpieczenia przed postępującą degradacją skarpy wykopu. Brak działań zabezpieczających w obecnym okresie (roztopy, opady deszczu) spowoduje dalej postępujące niszczenie skarp wykopów. Ponadto z braku prawidłowego odwodnienia występują zalewiska wodne na dnie wykopów. Pomimo monitów Nadzoru w tej sprawie Wykonawca nie podjął działań w celu ich usunięcia.(...)

– Kierownik Projektu zwrócił się do Dyrektora Kontraktu, aby z większą troską podchodził do Kontraktu i ciągle przebywał na Budowie. Ponadto Kierownik Projektu przypomniał Wykonawcy, że w sprawie zastępcy Dyrektora Kontraktu, Zamawiający wydał już decyzję, którą w dalszym ciągu podtrzymuje. Pisma podpisywane przez nieupoważnione do tego



*osoby nie będą respektowane. (...)*

*– 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 rady budowy nr 17 z 9 kwietnia 2009 r. (17. miesiąc realizacji umowy):

*– W dniu dzisiejszym (9.04.2009) Wykonawca przedłożył kolejną wersję Harmonogramu nr 7*

*– aktualizacja nr 4. Inżynier Kontraktu przypomniał, że zgodnie z deklaracją Wykonawcy poprzednia aktualizacja Harmonogramu Robót z dn. 23.03.2009 r., miała być dopracowana, roboty przemyślane, natomiast nadal są uwagi i kolejne terminy niedotrzymane. Nadzór ustosunkuje się pisemnie do przedłożonej aktualizacji nr 4 zgodnie z Warunkami Kontrakt*

*– Kierownik Projektu stwierdził, że brak współpracy i dobrych dokumentów nie wróży dobrze dla Kontraktu, i ma nadzieję, że dzisiejsza aktualizacja Harmonogramu Robót w.7 jest przygotowana należycie i Nadzór będzie mógł go zaakceptować.*

*– Inżynier Kontraktu przypomniał, że na Tygodniowym Spotkaniu Roboczym z Wykonawcą polecono Wykonawcy przedstawienie na Radzie Budowy zestawienia postępu robót drogowych i mostowych w oparciu o przedłożoną aktualizację nr 3 Harmonogramu Robót nr 7 z dnia 23.03.2009 r, czego Wykonawca nie wykonał !*

*– Inżynier Rezydent analizując przedstawiony postęp robót drogowych w m-cu marcu br. zauważył, iż w sekcji VI – pozycja: drenaże poprzeczne, można było wykonać 257%, natomiast w innych sekcjach nie wykonano założonego planu.*

*– Inżynier Kontraktu w trakcie objazdu Budowy w dniu wczorajszym zauważył brak wykonywania robót – siedzących pracowników i brak personelu na Budowie (kierownicy, majstrowie).*

*– Kierownik Projektu stwierdził, że występują znaczne opóźnienia w wykonywaniu robót ziemnych – ok. 0,5 mln m<sup>3</sup>. Jeżeli w zeszłym miesiącu Wykonawca planował wykonanie 40 tys m<sup>3</sup> wykopów, których nie wykonał i tą samą ilość planuje wykonać w bieżącym miesiącu, to kiedy zamierza nadrobić zaległości? Na poprzednich Radach Budowy Wykonawca, deklarował że roboty ziemne zostaną wykonane do końca miesiąca maja 2009r. Zdaniem Zamawiającego nie widać pozytywnych działań ze strony Wykonawcy. Można było wykonywać roboty towarzyszące, takie jak drenaże.*

*– Inżynier Rezydent dodał, iż Wykonawca w przedstawionym planie robót na miesiąc*

*kwiecień 2009 powtórzył te roboty i ich wydajność, których nie wykonał w miesiącu marcu 2009r.*

*– Dyrektor Kontraktu wyjaśnił, iż przedstawiona tabela zawiera roboty główne i określa wydajności z miesiąca marca br. (stan faktyczny), planowane wykonywanie robót w miesiącu kwietniu br. oraz wydajności do końca Budowy, natomiast z tabeli nie wynika, kiedy Wykonawca zamierza nadrobić zaległości. Wykonawca zamierza pracować 30 dni w miesiącu: przyjęty zostanie system pracy; 8/4 (8 dni pracy, 4 dni wolne).*

*– Główny Inspektor Nadzoru robót mostowych zwrócił uwagę Wykonawcy na składanie do Nadzoru niekompletnych i nieprzygotowanych projektów dylatacji na obiektach mostowych, które nie nadają się do dalszego przekazania do Biura Projektów celem uzgodnienia. Inżynier Rezydent, dodał że dokumentacja projektowa mostowych składana jest z dużym opóźnieniem i często jest tak, że Nadzór nie ma czasu wyjaśnienia z Projektantem przed przystąpieniem przez Wykonawcę do robót.*

*– Inżynier Kontraktu w dalszym ciągu oczekuje od Wykonawcy przedłożenia aktualnego Schematu Organizacyjnego wraz z zakresem kompetencji i wykazem aktualnych telefonów kontaktowych. Zaobserwowano dublowanie się stanowisk: Kierownik Budowy – Kierownik Robót Drogowych. Dochodzą sygnały, że Kierownik odcinka ustala coś z Inspektorem, a jego przełożony nie wykazany w dotychczasowym Schemacie Organizacyjnym zmienia jego decyzję.*

*– 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 się 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 rady budowy nr 18 z 28 kwietnia 2009 r. (17. miesiąc realizacji umowy):

- 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.(...)
- (...) Podsumowując wykonane roboty stwierdza się, że Wykonawca nie realizuje Harmonogramu Robót nr 7.
- Planowane jest wprowadzenie systemu pracy 8/4 (8 dni pracy, 4 dni wolne) ~ na 2 maszyny 3 operatorów, ponadto Wykonawca chce wprowadzić system pracy nocnej dla głównych robót".
- Na Radzie Budowy w dniu 9.04.br. Wykonawca został zobowiązany do przekazania Inżynierowi Schematu Organizacyjnego w dniu 17.04.2009r. Z uwagi na zły stan zdrowia Dyrektor Kontraktu w dniu 16.04 br poinformował Inżyniera, że nie złoży Schematu w wyznaczonym terminie.
- Dyrektor Oddziału GDDKIA stwierdził, że przedstawione przez Wykonawcę wydajności: wykopy 73%, nasypy 41%, drenaże 2%, 4%, 15%, w-wa mrozoochronna – 1% nie są satysfakcjonującymi ilościami. Należy zintensyfikować prace i poprawić koordynację na Budowie.
- Kierownik Projektu przypomniał, że na temat zwiększenia wydajności i poprawienia organizacji i koordynacji robót apelowano do Wykonawcy na każdej Radzie Budowy i cotygodniowych spotkaniach Nadzoru i Wykonawcy. W ubiegłym roku wydajności sięgały 25-30 tys. m<sup>3</sup>, a w tym roku tylko 8-9 tys. m<sup>3</sup> Na dzień dzisiejszy w wykopach opóźnienia sięgają 1,5 mln m<sup>3</sup>. Na Radzie Budowy w dniu 09.04.2009 r. sygnalizowano Wykonawcy konieczność pilnego nadrobienia powstałych zaległości. W miesiącu kwietniu br. pogoda sprzyjała wykonywaniu robót i nadrobieniu opóźnień w robotach ziemnych (teren osuszony, słoneczna pogoda, brak opadów deszczu), Wykonawca nie wykorzystał korzystnych warunków atmosferycznych i nie nadrobił zaległości. Po objeździe Budowy w dniu 27.04.2009 stwierdza się, że Budowa toczy się sennie, brak dozoru technicznego i kierowniczego na Placu Budowy. Sprzęt na Budowie jest, jednak zaangażowanie Wykonawcy jest nieodpowiednie. Planowane zakończenie niektórych obiektów mostowych w

miesiącu listopadzie/ grudniu świadczyć może, iż Wykonawca nie wykona robót wykończeniowych na tych obiektach. Ponadto zgodnie z Warunkami Kontraktu Wykonawca zobowiązany jest prowadzić roboty od 01 maja do 30 września – 6 dni w tygodniu od godziny 6<sup>00</sup> do godziny 22<sup>00</sup>. (...)

– Pan P..... P....., P..... R..... i U..... M..... 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 rady budowy nr 19 z 19 maja 2009 r. (18. miesiąc realizacji umowy): – Inżynier Kontraktu wyraził swoje zaniepokojenie słabym postępem prac, przy 70% czasu realizacji Kontraktu, realizacja robót jest na poziomie 30%. Nieosiągnięte są pożądane wydajności (nasypy, wykopy), które by wskazywały na nadrabianie zaległości.

– Nadzór nie potwierdził osiągnięcia przez Wykonawcę pożądanych wydajności w robotach.

– Zdaniem Inżyniera Kontraktu oraz Pani Dyrektora GDDKiA O/K-ce przedstawiony przez Wykonawcę Schemat Organizacyjny nie gwarantuje wykonania pożądanych 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.

– [WD 522] (...) Inżynier Rezydent stwierdził, że obiekt nie zostanie oddany do ruchu zgodnie z deklaracjami Wykonawcy, ponieważ do obiektu powinny zostać wykonane drogi dojazdowe, natomiast na dzień dzisiejszy brak materiałów do ich wykonania.

– [MA 528] (...) Kierownik Projektu zwrócił uwagę Wykonawcy, że podczas wczorajszego objazdu Budowy zauważył, iż na tym obiekcie nie prowadzono żadnych prac i przypomniał o deklaracji Wykonawcy, że obiekt zostanie oddany do ruchu przed rozpoczęciem roku szkolnego, tj. 31.08.2009r. Inżynier Rezydent zarzucił Wykonawcy brak jednoznacznego stanowiska w sprawie oddania do ruchu tego obiektu (np. w piśmie kierowanym do Urzędu Gminy Mszana podano termin – listopad 2009r., natomiast na Radach Budowy Wykonawca stwierdza, że będzie to jednak 31.08.2009). Pani Dyrektor GDDKiA O/K-ce na koniec poleciła Wykonawcy skoordynować roboty mostowe i drogowe, aby na rozpoczęcie roku szkolnego przejazd obiektem był umożliwiony.

– Kierownik Projektu stwierdził, że na Budowie są fronty robót w robotach ziemnych, korytowaniu, jednak podczas objazdu budowy zauważono brak postępu robót, brak

*materiałów na Placu Budowy, brak przerobów finansowych. Od poprzedniej Rady Budowy minęły 3 tygodnie i był czas na przemyślenie problemu w jaki sposób nadrobić zaległości i zwiększyć wydajności, natomiast po raz kolejny nie uzyskano rzetelnych informacji oraz miarodajnych ilości i określenia czasu realizacji poszczególnych robót.*

*– Dyrektor Kontraktu wyjaśnił, że Wykonawca oczekuje na zatwierdzenie materiału do wykonywania w-wy mrozoochronnej. Inżynier Kontraktu przerwał dyskusję i stwierdził, że po raz kolejny brak odpowiedzi na postawione Wykonawcy pytania.*

*– Inżynier Rezydent zwrócił uwagę na brak frontów robót pod ekrany akustyczne wynikający z opóźnień w robotach ziemnych.*

*– Zdaniem Nadzoru wykonanie w ciągu 2 tygodni 192 tys. m<sup>3</sup> nasypów podczas, gdy do tej pory wykonano 115 tys. jest mało realne. To samo dotyczy naskarpowej przypery drenażowej w ilości 1 708 mb do końca m-ca maja br., gdyż w ciągu 2 tygodni Wykonawca wykonał tylko 90 mb. Dyrektor Kontraktu nie odpowiedział na pytanie Głównego Inspektora Robót Drogowych, w jaki sposób zamierza przyspieszyć realizację nasypu, aby osiągnąć podawane ilości. Ponadto brak postępu w realizacji drenaży powierzchniowych blokuje następne elementy robót. (...)*

*– Kierownik Projektu zwrócił uwagę Wykonawcy, iż wykonywanie materaców stanęło w miejscu, nie widać postępu prac (...). Pan F. E..... nie potrafił odpowiedzieć na pytanie Inżyniera Kontraktu jaka ilość materacy jest do wykonania.*

*– Inżynier Kontraktu wyraził po raz kolejny swoje zaniepokojenie faktem, iż Kierownik Robót Drogowych Pan. F. E..... 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 rady budowy nr 20 z 4 czerwca 2009 r. (19 miesiąc realizacji umowy):

*– Inżynier Kontraktu wyraził swoje zaniepokojenie ostatnimi zmianami kadry pracowniczej Wykonawcy (ok. 60 czeskich pracowników opuściło Kontrakt). Ponadto obserwuje się zmniejszenie ilości sprzętu na Budowie oraz jego częsty postój. Dyrektor Kontraktu wyjaśnił, że postój sprzętu jest w dużym stopniu uzależniony od pogody oraz poinformował, że na*

*dzień dzisiejszy Wykonawca dysponuje 44 szt. wozidła, 103 wywrotkami 4-osiowymi. Dodatkowo wzmocniono grupy robotnicze do budowy nasypów, a od lipca 2009r. Wykonawca planuje wprowadzić grupy nocne. Przeprowadzono pomiary hałasu, aby prowadzenie robót zmianą nocną nie powodowało uciążliwości dla mieszkańców.*

*– [WD 534] (...) Inżynier Kontraktu wraz z Kierownikiem Projektu zaobserwowali zastój robót na obiekcie. Na obiekcie występują poważne opóźnienia z winy Wykonawcy, obiekt znajduje się na ścieżce krytycznej. Z inicjatywy Wykonawcy zaakceptowano zmianę wykonania obiektu, natomiast w dalszym ciągu nie przedłożono projektu zamiennego. Wykonawca zadeklarował, że do dnia 10.06.2009r. projekt zostanie przedłożony do Biura Nadzoru. Kierownik Projektu dodał, iż należy rozważyć termin wykonania nawierzchni, gdyż Wykonawca planuje wykonać ją w okresie zimowym.*

*– Inspektor ds. wod.-kan. stwierdził, że potwierdziły się obawy dot. realizacji kanalizacji deszczowej (nie wykonano pożądanej ilości 4,5 km kanalizacji/miesiąc). Kierownik Budowy wyjaśnił, że na m-c czerwiec planowane jest 3450mb + 605mb (zaległości), co daje ponad 4km. Nadzór zaobserwował opóźnienia przy Wm-1 – na dzień dzisiejszy prace powinny być już zakończone.(...)*

*– Główny Inspektor Robót Drogowych poprosił Wykonawcę o przedstawienie informacji w jaki sposób Wykonawca planuje zwiększyć wydajności robót na nasypach, warstwy mrozoochronnej, drenażu i materacach, aby wykonać zaplanowane ilości. Dyrektor Kontraktu nie udzielił odpowiedzi i wycofał się z ilości robót wcześniej podanych. Nie określił również w zamian innych ilości, planowanych do wykonania na czerwiec 2009r. GID zwrócił również uwagę, iż w ciągu maksymalnie 2 tygodni skończy się front robót dla warstwy mrozoochronnej i aby kontynuować ten asortyment robót należy jak najszybciej przygotować koryto w wykopie.(...)*

*– Zdaniem Kierownika Projektu zakładany przez Wykonawcę termin nadrobienia zaległości na dzień 16.09.2009r. jest zbyt odległy (niewiele czasu zostanie na kontynuację pozostałych zakresów robót np. warstwy konstrukcyjne). Planowane osiągnięcie wydajności w wykopach na poziomie 80 tys.m<sup>3</sup> tygodniowo nie jest imponującą wielkością (w ubiegłym roku wydajności sięgały 30 tys.m<sup>3</sup> dziennie). Ponadto Kierownik Projektu zwrócił uwagę Wykonawcy, iż na Placu Budowy nie widać zapasów materiałów do wbudowania.(...)*

*– Dyrektor Kontraktu zapewnił Zamawiającego, że nadrobi wszystkie zaległości zgodnie z przedstawionym w dniu dzisiejszym planem, jak również potwierdził, iż Wykonawca posiada wystarczającą ilość materiałów i zapewnioną dyspozycję materiałów od dostawców.*

– (...) Kierownik Projektu zwrócił uwagę Wykonawcy, iż zaawansowanie finansowe jest bardzo słabe, co w dużej części spowodowane jest przedkładaniem do Nadzoru niekompletnych dokumentów odbiorowych oraz przedkładaniem wniosku o płatność za materiały na budowie. Wykonawca po raz kolejny został poinformowany, że płatność za materiały na budowie jest sprzeczna z Warunkami Kontraktu.

– 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<sup>00</sup>-22<sup>00</sup> natomiast w rzeczywistości prace zaczyna wykonywać od godz. 7<sup>00</sup> do 19<sup>00</sup>, co potwierdzają kontrolne objazdy budowy.

Protokół z rady budowy nr 21 z 24 czerwca 2009 r. (19. miesiąc realizacji kontraktu): – – Dyrektor Kontraktu zgłosił uwagę do Protokołu z poprzedniej Rady Budowy (...) nie zgodził się z zapisem z protokołu, iż Wykonawca rozpoczyna pracę o 7<sup>00</sup> a kończy o 19<sup>30</sup>. 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.

– [MA 527] (...) Planowane zakończenie robót – 12.05.2009r. – termin nie dotrzymany! Kierownik Projektu zwrócił Wykonawcy uwagę, że z miesiąca na miesiąc niewykonywany jest zakładany przez Wykonawcę plan robót Dyrektor Kontraktu wyjaśnił, że roboty zostaną wykonane w m-cu sierpniu br. Inżynier Kontraktu dodał, że roboty powinny być prowadzone wg zatwierdzonego Harmonogramu Robót wersja 7.

– [MA 531] (...) Zakończenie robót – 30.06.2009 r. Termin nie zostanie dotrzymany, gdyż roboty drogowe potrważą do 10.08.2009r. Inżynier Kontraktu stwierdził, iż po raz kolejny roboty zostały źle zaplanowane, obserwuje się wyraźny brak synchronizacji robót drogowych i mostowych. Dyrektor Kontraktu zadeklarował, że jeżeli pogoda będzie sprzyjała to roboty zakończone zostaną do końca m-ca lipca br.

– [WD 534] (...) Zakończenie robót – 29.10.2009r. Kierownik Projektu stwierdził, iż obiekt wprowadza Kontrakt na „ścieżkę krytyczną”. Ponadto przypomniał Wykonawcy, iż Zamawiający i Projektant wyrazili zgodę na zamianę projektu, jednak mimo tego Wykonawca nie dotrzymuje terminów zarówno projektowych jak i wykonawczych.

– [KP 552] (...) Zakończenie robót – 19.10.2009r. Inżynier Kontraktu przypomniał Wykonawcy, że deklarowany termin od kilku Rad Budów to 07.09.2009r. Dyrektor Robót

*Mostowych stwierdził, że musiała zajść jakaś pomyłka. Inżynier Kontraktu wyjaśnił, że taki termin podawał Wykonawca.*

*– Główny Inspektor Robót Drogowych podsumowując postęp robót drogowych stwierdził, że Wykonawca nie zrealizował założonego planu w żadnym z asortymentów robót oraz nie zgodził się z tłumaczeniem Wykonawcy, który zgonił wszystko na złe warunki atmosferyczne, gdyż Wykonawca planując roboty powinien założyć wystąpienie niekorzystnej pogody i ustalić odpowiednią średnią, wg której można zaplanować ilości robót na dany miesiąc do wykonania. Ponadto w przedstawionym planie prac na m-c lipiec brak ujęcia nadrobienia opóźnień powstałych w m-cu czerwcu. Nadzór w dalszym ciągu oczekuje na przedstawienie informacji, w jaki sposób Wykonawca planuje zwiększyć wydajności, które pozwolą nadrobić wszystkie zaległości w robotach ziemnych i osiągnąć planowane ilości wykonania robót.*

*– Kierownik Projektu zgodził się z wypowiedzią Głównego Inspektora Robót Drogowych, iż osiągnięte wydajności nie są satysfakcjonujące i nie gwarantują nadrobienia opóźnień oraz przypomniał, że na poprzedniej Radzie Nadzór zwracał uwagę Wykonawcy, iż kończą się fronty robót dla warstwy mrozoochronnej i oczekiwano, iż rozpocznie się budowa kolejnych warstw konstrukcyjnych, natomiast minął kolejny miesiąc i nadal nie zakończono robót ziemnych.*

*– Inżynier Kontraktu wyraził zadowolenie dużą liczbą sprzętu znajdującego się na budowie, jednak zaznaczył, iż w dalszym ciągu brak jest odpowiedniej koordynacji w jego wykorzystaniu. Nadal obserwuje się brak współpracy między mostowcami i drogowcami. Zobowiązano Dyrektora Kontraktu do uporządkowania tych spraw.*

*– Dyrektor Kontraktu przyjął uwagi Zamawiającego i Nadzoru i wyjaśnił, iż poprzednie Kierownictwo Budowy źle funkcjonowało, osiąganie tak wysokich wydajności było nierealistyczne, a decyzje nielogiczne – wywożono materiał 13 km od Placu Budowy – w chwili obecnej Wykonawca musi sprostować błędy poprzedniego Kierownictwa. Dyrektor zadeklarował, że do dnia 16.09.2009 r. zostaną zakończone główne roboty ziemne, warstwa mrozoochronna będzie wykonywana po osuszeniu podłoża, natomiast w-wy bitumiczne rozpoczną się w m-cu lipcu br.*

*– 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<sup>00</sup>-22<sup>00</sup>. Poinformował również Wykonawcę, iż będą przeprowadzone wrywkowo kontrolne objazdy budowy celem potwierdzenia faktycznego czasu pracy Wykonawcy na Budowie.*

Protokół z rady budowy nr 22 z 16 lipca 2009 r. (20 miesiąc realizacji umowy):



- Inżynier Kontraktu zwrócił uwagę Wykonawcy, iż do dnia dzisiejszego nie uaktualniono Harmonogramu Robót w.7. Zgodnie z korespondencją Inżyniera z dnia 18.06.2009r., jak również wcześniejszą, Harmonogram Robót w.7 aktualizacja nr 4 jest niezatwierdzony, natomiast Wykonawca nadal powołuje się na aktualizację nr 4 Harmonogramu Robót w. 7. (...) Inżynier stwierdził, że powtarzające się niedotrzymanie terminów przez Wykonawcę jest postrzegane jako lekceważenie zarówno Nadzoru, jak i Zamawiającego.
- [WD 523] (...) Podczas objazdu Budowy w dniu wczorajszym nie zaobserwowano robót na obiekcie. Nadzór jest zdania, że Wykonawca nie jest w stanie dotrzymać deklarowanego terminu zakończenia robót drogowych na 24.07.2009r.
- [MA 524] (...) Nadzór zwrócił uwagę Wykonawcy, że przez dwa miesiące oczekiwano na zwiezenie z obiektu MA 529 rusztowania. Wykonawca wyjaśnił, że rusztowanie w chwili obecnej montowane jest na ziemi.
- [WD 549] (...) Plan zakończenia robót – 13.06.2009r. – termin nie dotrzymany! Inżynier Kontraktu zwrócił uwagę Wykonawcy na brak koordynacji robót z wykonywanym przepustem drogowym.
- [MA 531.1] (...) Planowane zakończenie robót – 18.06.2009r. – termin nie dotrzymany! Inżynier Kontraktu zwrócił uwagę, że pomimo opóźnień, na obiekcie nic się nie dzieje!
- [WA 540] (...) Zakończenie obiektu – 27.07.2009 r. Inżynier Kontraktu przypomniał, iż obiekt miał być wykonany w ubiegłym roku.
- [WA 541] (...) Zakończenie obiektu – 27.07.2009r. Inżynier Kontraktu przypomniał, że obiekt stoi ponad rok i należało zakończyć roboty pod obiektem i oddać do ruchu.
- Główny Inspektor Robót Drogowych podsumowując postęp robót drogowych stwierdził, że Wykonawca nie zrealizował założonego planu za miesiąc czerwiec br. Po raz kolejny Nadzór nie zgadza się z tłumaczeniem Wykonawcy, który upatruje się słabego postępu robót w wyniku złych warunków atmosferycznych planując roboty powinno się założyć wystąpienie niekorzystnej pogody i ustalić odpowiednią średnią wg której można zaplanować ilości robót na dany miesiąc do wykonania, zwiększając wydajności w pogodne dni, rekompensując w ten sposób niesprzyjające warunki do wykonywania prac. Według Nadzoru od początku m-ca lipca do 14.07.2009r. wykonano: około 100tyś.m<sup>3</sup> wykopów oraz 80 tyś.m<sup>3</sup> nasypów, i w związku z tym jest również zagrożony pisan wykonania na bieżący miesiąc.
- GID nie zgodził się także z wyjaśnieniami, iż opóźnienia w wykonywaniu w-wy mrozochronnej są wynikiem opóźnień w robotach ziemnych w nasypie. Można przygotowywać koryto w wykopie, co otworzy fronty dla układania warstw konstrukcyjnych.

*Kolejną przeszkodą, na którą zwracał Nadzór uwagę są opóźnienia w wykonywaniu drenaży, które leżą po stronie Wykonawcy, gdyż w okresie kiedy pogoda sprzyjała ich wykonywaniu Wykonawca robót drenarskich nie realizował. Zauważył ponadto, iż w przedstawionym planie prac na m-c lipiec br. brak ujęcia nadrobienia opóźnień. Podczas Tygodniowego Spotkania Roboczego w dniu 07.07.2009r. Wykonawca przedstawił następujące ilości do wykonania w m-cu lipca br.: wykopy: 316 tys.m<sup>3</sup>; nasypy:298,5 tys.m<sup>3</sup> i wg nich będzie rozliczany.(...)*

*– Kierownik Projektu również nie zgodził się z wyjaśnieniami Wykonawcy, iż pogoda przeszkadzała w wykonywaniu drenaży, których realizacja sięga tylko 3%. Wykonawca nie posiada frontów robót na warstwy konstrukcyjne, dla których koniecznym jest zakończenie robót ziemnych, przykład: na granicy polsko-czeskiej są odcinki gdzie można prowadzić prace, natomiast obserwuje się tam zastój w robotach.(...)*

*– Z-ca Dyrektora Kontraktu nie potrafił jednoznacznie określić dostępnych frontów robót oraz planowanych ilości, podając iż do końca m-ca lipca dziennie będzie wbudowywane 4 tys. ton materiałów warstw konstrukcyjnych, natomiast od sierpnia ilość ta zostanie zwiększona do 10 tys. ton, a od połowy sierpnia do 20 tys. ton. (...)*

*– Dyrektor GDDKiA O/K-ce stwierdził, iż biorąc pod uwagę niskie przeroby, przyczyną może być zbyt mała liczba personelu na Budowie i dopóki nie będzie właściwej ilości osób, wydajności nie będą osiągać pożądanych wielkości. Wykonawcy brakuje pomysłu na otwarcie frontu i osiągnięcia wysokich przerobów. Dyrektor Kontraktu oświadczył, że Wykonawca posiada wystarczającą liczbę osób (ok.600 pracowników – w tym 200 osób przy robotach mostowych), należy tylko poprawić wydajności i zoptymalizować personel wykonawczy (majstrowie). Dyrektor Kontraktu podsumowując oświadczył, iż Wykonawca posiada dużo frontów robót, jednak ostatnie opady deszczu spowodowały wiele szkód, które zostały zgłoszone do ubezpieczyciela, szkody te Wykonawca musi teraz naprawiać. Wykonawca stara się na bieżąco nadrabiać zaległości, pracując do późnych godzin wieczornych, jednak negatywne działania poprzedniego Kierownictwa Budowy odbijają się na robotach w bieżącym roku. Dyrektor GDDKiA O/K-ce nawiązał do sąsiednich Kontraktów, gdzie mimo niekorzystnych warunków pogodowych osiągane są wysokie wydajności oraz przeroby finansowe i oczekuje się od Wykonawcy zintensyfikowania prac celem szybkiego nadrobienia zaległości i otwarcia kolejnych frontów robót.*

*– Inżynier Rezydent zwrócił uwagę, że deklaracje Wykonawcy wciąż są zmieniane, kilka Rad Budowy wstecz Wykonawca deklarował, że na wykonanie drogi dojazdowej do obiektu potrzebuje ok. 4 tygodni, natomiast dziś termin ten przedłuża nawet o kilka miesięcy.*

- Główny Inspektor Robót Mostowych upomniął Wykonawcę, aby wykonawcy nawierzchni na obiekcie nie niszczyli swoją pracą wykonanych już uprzednio robót.
- 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<sup>00</sup>-22<sup>00</sup>, a przy tak słabych przerobach Zamawiający oraz Nadzór bezwzględnie wymaga wypełnienia tego warunku.
- W dniu 13.07.2009r. o godz. 20<sup>50</sup> 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. 600 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.
- Dyrektor GDDKiA O/K-ce podsumowując wyraził głębokie zaniepokojenie niskim przerobem finansowym i słabymi wydajnościami. Zaległości sięgają ok. 80 mln PLN, po raz kolejny Wykonawca nie wykonał założonego planu i nie potrafi jednoznacznie określić w którym miesiącu zaległości zostaną nadrobione i w końcu będzie realizował roboty zgodnie z Harmonogramem. Tematy te powtarzają się co miesiąc i przeciągają się już od pierwszej Rady Budowy. Dyrektor przestrzegł Wykonawcę, że po rozstrzygnięciu sprawy Roszczenia Wykonawcy Nr 1 czas zacznie grać na niekorzyść Wykonawcy, wiąże się to z naliczaniem kar umownych za niewykonanie Kontraktu zgodnie z Umową.

a) Protokół z rady budowy nr 23 z 6 sierpnia 2009 r. (21 miesiąc realizacji umowy):

- Główny Inspektor Robót Drogowych podsumowując postępowanie robót drogowych stwierdził, że powoli postępy zaczynają być widoczne, ale liczby tego faktu jeszcze nie odzwierciedlają. Wątpliwym jest, że Wykonawca osiągnie zaplanowane wydajności. GID przewiduje problemy z osiągnięciem wydajności zwłaszcza na warstwie mrozoochronnej, ponadto widoczny jest brak dobrej organizacji przy układaniu materacy typu 1 i 2. (...)
- Inżynier Kontraktu podkreślił konieczność wzmocnienia ekip roboczych, oraz przyspieszenia tempa robót na wszystkich obiektach mostowych. Kierownik Projektu chciał wiedzieć ilu pracowników Wykonawca zatrudnia na obiektach. Wykonawca poinformował, że liczba pracowników to w przybliżeniu 140. Kierownik Projektu stwierdził, że to bardzo mało (w opinii Kierownika Projektu na samym obiekcie MA532 powinno pracować ok. 100 ludzi).
- Nadzór po raz kolejny upomina Wykonawcę, iż zgodnie z Warunkami Kontraktu roboty na budowie powinny trwać od godziny 6<sup>00</sup> do 22<sup>00</sup>. W dalszym ciągu obserwuje się brak działań na budowie w godzinach wieczornych.

– Kierownik Projektu podsumowując wyraził zaniepokojenie niskim przerobem finansowym i słabymi wydajnościami. Przypomniał, że na rok 2009 zarezerwowano 350 mln. zł i takich przerobów Zamawiający oczekuje od Wykonawcy.

Protokół z rady budowy nr 24 z 10 września 2009 r. (22. miesiąc realizacji umowy):

– Główny Inspektor Robót Drogowych stwierdził, iż konsekwencją braku frontów dla warstwy mrozoochronnej są wcześniejsze opóźnienia w robotach ziemnych. Ponadto dodał, iż są odcinki wykopowe, gdzie można było front robót udostępnić i umożliwić wykonywanie warstw konstrukcyjnych, jednak z uwagi na opóźnienia w wykonywaniu drenaży, tych frontów nie można udostępnić. O tych sytuacjach Wykonawca był informowany wielokrotnie na Tygodniowych Spotkaniach Roboczych z Wykonawcą oraz Radach Budowy. W odniesieniu do budowy materacy obserwuje się brak wydajności i szybkości zabudowy oraz brak zabezpieczenia materiałów w odpowiedniej ilości. Warstwy podbudowy i inne – konsekwencja wcześniejszych opóźnień w warstwie mrozoochronnej i materacy. Z-ca Dyrektora Kontraktu A.S..... przyznał, iż brak frontów robót dla warstwy mrozoochronnej 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. A.S..... poinformował, iż wprowadzono na budowę 4 dodatkowe grupy robocze dla wykonywania drenaży. Dyrektor Kontraktu oświadczył, iż dostawca został zobowiązany do dostarczania większej ilości materiału, gdyż min. z powodu problemów z dostawą materiału powstały opóźnienia. Nadzór podkreślił, iż opóźnienia w robotach spowodowane są słabą wydajnością ludzi pracujących na budowie o czym informował wcześniej Z-ca Dyrektora Kontraktu.

– Dyrektor GDDKiA O/K-ce zwrócił się do Wykonawcy z zapytaniem, co zamierza zrobić w miesiącu wrześniu br., jak zorganizować siły i środki, aby zbliżyć się do założonych ilości w miesiącu październiku i listopadzie 2009r. Dyrektor Kontraktu w odpowiedzi wyjaśnił, iż Wykonawca ma dużo problemów, z jednej strony nie osiągnięto pożądaných wydajności w robotach ziemnych i teraz opóźnienia te są nadrabiane (pokazują to przeroby z miesiąca sierpnia br.), wzmocniono grupy robocze do wykonywania drenaży oraz sprzęt, aby warstwy konstrukcyjne kontynuować w jednym ciągu. Natomiast z drugiej strony kwoty (5,2 Euro netto za m<sup>3</sup> wykopu i 2,19 Euro netto za m<sup>3</sup> wykop mechaniczny z transportem na nasyp) nie umożliwią osiągnięcia założonego przerobu finansowego. W miesiącu wrześniu br. Wykonawca osiągnie lepsze wyniki, min. będzie można zastabiłzować nasypy gliną (ze względu na brak piasku), wykonywać górne warstwy konstrukcyjne. Dienne wydajności w

wykopach i nasypach sięgały w ostatnich tygodniach 10 tyś.m<sup>3</sup> dziennie. Z-ca Dyrektora Kontraktu A.S..... zadeklarował, iż dostarczy na budowę dwie dodatkowe frezarki (łącznie 4 frezarki), wykonywanie odwodnienia autostrady od przyszłego tygodnia zostanie wzmocnione o cztery grupy robocze oraz zostanie uruchomiona druga linia produkcyjna dla warstwy mrozoochronnej z kruszarką i przesiewarką. Jedna frezarka dziennie osiąga przerób 8 tyś.m<sup>2</sup>; dwie –16 tyś.m<sup>2</sup> + 2 kolejne dla budowy nasypów.

– Inżynier Rezydent zwrócił uwagę, że deklaracje Wykonawcy wciąż są zmieniane, kilka Rad Budowy wstecz Wykonawca deklarował, że na wykonanie dróg dojazdowych do obiektów poprzecznych potrzebuje ok. 4 tygodni od dnia zakończenia robót mostowych, natomiast po raz kolejny terminy te przedłuża nawet o kilka miesięcy.

– 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). Pan A.S..... wyjaśnił, iż on objął stanowisko Kierownika Robót Drogowych, natomiast Pan H.P..... będzie odpowiedzialny tylko za Odcinek I

Protokół z rady budowy nr 25 z 15 października 2009 r. (23. miesiąc realizacji umowy):

– [MA 528] (...) Zakończenie obiektu – 30.10.2009r. /wcześniejsza deklaracja 15.10.2009/ wcześniejsza deklaracja 28.08.2009r./ (...) Według Harmonogramu Robót nr 7 obiekt miał być zakończony 06.05.2009. (...) R. S..... przyznał, iż deklarowany termin sierpniowy zakończenia obiektu nie został zrealizowany z uwagi na problemy z dylatacją leżące po stronie Wykonawcy.

– [WD 530] (...) Kierownik Projektu zwrócił uwagę, iż obiekt mógł być wybudowany wcześniej. R, S..... stwierdził, iż teoretycznie mógł być wybudowany wcześniej, jednak taki był plan. Inżynier Kontraktu dodał, iż nie zsynchronizowano robót mostowych i drogowych.

– Główny Inspektor Robót Drogowych potwierdził w większości przypadków przedstawiony przez Z-cę Dyrektora Kontraktu postęp robót: wykopy, nasypy, koryto drogowe, podbudowy. Jeżeli chodzi o materace typ 1,1A i 2 zaawansowanie robót nie jest na budowie w takim stopniu w jakim przedstawił to Wykonawca. Z-ca Dyrektora Kontraktu A. Stoiński potwierdził, iż jest w zestawieniu małe przekłamanie, gdyż do zrealizowanych materacy we wrześniu br.

wliczone zostały również odcinki, które są w trakcie wykonywania. Zdaniem Nadzoru będzie problem z budową materacy. Przedstawione optymistyczne dane: 11 km, 8,5 km są mało realne z uwagi na nie osiągnięcie planowanych ilości w budowie materacy pod konstrukcją (typ 1, 1A, 2) (...)

– 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. (...)

– Dyrektor GDDKiA O/K-ce K. R..... z przykrością stwierdził, że nie takich działań oczekiwano ze strony Dyrektora Kontraktu. Spodziewano się konkretnej odpowiedzi natomiast Wykonawca odwołał się do faktury za roboty wykonane w miesiącu wrześniu oraz braku osiągnięcia przerobów z początku roku. Przytoczone przez Dyrektora Kontraktu tematy nie mają nic wspólnego z sytuacją po otrzymaniu Wezwania do Poprawy w dniu 9.10.2009r.

– Dyrektor Kontraktu stwierdził, że nie rozumie o jakie podjęcie działań ze strony Wykonawcy po 9.10.2009r. chodzi.

9 października 2009 r. w siedzibie Zamawiającego odbyło się spotkanie z przedstawicielami Wykonawcy, w którym między innymi uczestniczyli: Pan D..... A.....-O..... – przewodniczącym rady nadzorczej, Pana P..... P..... – dyrektor Alpine Bau GmbH oraz Pana U..... M..... – dyrektor kontraktu. Zamawiający zorganizował spotkanie w celu omówienia rzeczywistej sytuacji na placu budowy oraz zagrożeń leżących po stronie Wykonawcy, które wpływają na terminową realizację kontraktu. Podczas spotkania 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 4 sierpnia 2010 r. Wykonawca został poinformowany, że niepodjęcie stosownych działań naprawczych uniemożliwi realizację umowy do tej daty. Wykonawca zobowiązał się do podjęcia działań naprawczych, w szczególności zasilenia kadry pracowniczej pracownikami z Austrii.

Podczas spotkania inżynier kontraktu wręczył Wykonawcy także pismo z 9 października 2009 r. (nr J2W174AO/JL/IK/2809/09) – wzywające do poprawy w trybie subklauzuli 15.1 warunków kontraktu. Inżynier wskazał, że 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, ale również terminy deklarowane przez Wykonawcę w projekcie harmonogramu nr 7.4 (niezatwierdzonym przez inżyniera z uwagi na jego niezgodność z warunkami kontraktu), na który powoływał się Wykonawca, jak również terminy, których zachowanie Wykonawca deklarował na radach budowy. Inżynier wezwał Wykonawcę do nadrobienia opóźnień w robotach drogowych i mostowych w terminie do 30 października 2009 r. w zakresie robót i terminów deklarowanych przez Wykonawcę na ostatniej radzie budowy. Inżynier po raz kolejny poinformował, że jedynymi przyczynami braku terminowej realizacji ww. zakresu robót są:

- zła organizacja procesu i przygotowania frontu robót, np. niezakończone do dnia wezwania roboty, ziemne, drenaże i materace, co uniemożliwia wykonywanie następujących po nich innych robót drogowych,
- brak dostosowania się do warunków kontraktu w zakresie czasu pracy, tzn. nieprowadzenie przez Wykonawcę robót w okresie letnim w godzinach 6.00-22.00, pomimo wielokrotnych pisemnych monitów ze strony inżyniera,
- częste zmiany obsady personalnej, co skutkowało koniecznością częstych zmian schematu organizacyjnego (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 personelu technicznego na budowie jest za mało, co wielokrotnie wypominano wykonawcy, w szczególności w części drogowej pracuje 6 Kierowników i 15 majstrów, co na długości 18 km jest ilością stanowczo za małą,
- permanentny brak mobilizacji kadry pracowniczej Wykonawcy, zbyt mało pracowników na poszczególnych sekcjach robót.

Z uwagi na fakt, że do 9 października 2009 r. roboty i obiekty, dla których według harmonogramu 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 30 października 2009 r. 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 określonym 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). Ponadto w podanym terminie należało wykonać roboty i obiekty określone w pkt I, II, III pisma. W ocenie inżyniera określony termin dla doświadczonego Wykonawcy był racjonalny. Zdaniem inżyniera nie zaistniały żadne okoliczności uprawniające Wykonawcę do wydłużonego wykonywania robót w zażądanym zakresie, aniżeli w terminach które określał zatwierdzony harmonogram nr 7.

Od chwili stwierdzenia, iż Wykonawca nie wywiązuje się z wymogów subklauzuli 8.1 oraz 6.5 warunków kontraktu, inżynier kontraktu domagał się także od Wykonawcy przedłożenia zaktualizowanego harmonogramu, który miał przedstawiać, kiedy i w jaki sposób Wykonawca zamierza nadrobić powstałe z jego winy opóźnienia w realizacji robót. Inżynier kontraktu sygnalizował również wielokrotnie, że Wykonawca nie realizuje zadania zgodnie z subklauzulą 6.5 warunków kontraktu, według 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. Wykonawca zasłaniając się brakiem przedłużenia czasu na ukończenie, nie przedstawił takiego harmonogramu. W zamian za to Odwołujący na każdej radzie budowy w swojej prezentacji konsekwentnie deklarował terminy nadrobienia opóźnień. Tym samym nie kwestionował ponoszenia odpowiedzialności za ich powstanie. Terminy te jednak przedłużał z miesiąca na miesiąc i nadal nie przestrzegał wymogów subklauzuli 6.5 dotyczącej czasu pracy. Inżynier Kontraktu w dalszym ciągu wskazywał, że bez usprawnienia organizacji na budowie oraz bez dostosowania się do wymogów dotyczących godzin pracy od 6.00 do 22.00, 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, że w przypadku braku wywiązania się z powyższego zobowiązania oraz braku naprawienia wynikłych z tego tytułu strat w określonym terminie, Zamawiający uprawniony będzie na mocy subklauzuli 15.2 warunków kontraktu do odstąpienia od umowy. Pismem z 26 października 2009 r. (nr J2W174AO/3L/IK/3410/2897/09) inżynier kontraktu poinformował Wykonawcę, że mając na względzie jego powiadomienie o opadach panujących od 12 października 2009 (pismo Wykonawcy nr 7642/A1/2009/TR z 21 października 2009), przedłuży termin wywiązania się z wezwania do poprawy o 14 dni, tj. do 14 listopada 2009 r., z wyjątkiem robót, które można było wykonać w terminie pierwotnym, tj. zabezpieczenia skarp wykopów, drenaże i obiekty mostowe.

4 listopada 2009 r. w siedzibie Zamawiającego odbyło się ponowne spotkanie z przedstawicielami Wykonawcy, w tym z udziałem osób, które uczestniczyły w poprzednim spotkaniu. Zamawiający poinformował Wykonawcę w formie prezentacji o braku postępu w pracach na placu budowy, jak również o tym, że Wykonawca nie zastosował się do wezwania do poprawy oraz nie podjął działań naprawczych, do których zobowiązał się na poprzednim spotkaniu z 9.10.2009 r. W trakcie przedmiotowego spotkania Wykonawca zadeklarował dochowanie terminu zakończenia robót do 4 sierpnia 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, zgodnego z takimi założeniami oraz o rozważenie i ewentualne przedstawienie Zamawiającemu projektu aneksu nr 1 z czasem na ukończenie do 4 sierpnia 2010 r. i określeniem dodatkowych kar umownych za niewykonanie poszczególnych asortymentów harmonogramu z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w terminach w nim określonych (kamienie milowe). W ocenie Zamawiającego w pełni potwierdzałyby deklaracje składane przez Wykonawcę oraz wpłynęłyby mobilizująco na ich spełnienie. tych deklaracji. Poprzednie deklaracje Wykonawcy nie zostały dotrzymane. Zamawiający zwrócił się o przedłożenie tych dokumentów do 13 listopada 2009 r. Pismem z 4 listopada 2009 r. (nr J2W174AO/JL/IK/3410/2943/09) inżynier kontraktu poinformował Wykonawcę o niedochowaniu terminów określonych w wezwaniu do poprawy.

13 listopada 2009 r. Wykonawca przekazał inżynierowi kontraktu pismo (nr 7871/A1/2009/TR) dotyczące aktualizacji propozycji Wykonawcy zmiany zgodnie z subklauzulą 13.3 warunków kontraktu dla minimalizacji opóźnień (będących zgodnie z twierdzeniami Wykonawcy poza jego odpowiedzialnością) / zredukowania wydłużenia czasu na ukończenie oraz dla wznowienia robót na obiekcie MA 532. Jako załączniki do

przedmiotowego wymieniono aneks nr 1 i aneks nr 2, które faktycznie zostały przekazane do sekretariatu biura inżyniera 16 listopada 2009 r. Do pisma nie został natomiast dołączony harmonogram naprawczy.

16 listopada 2009 r. w siedzibie Zamawiającego odbyło się kolejne spotkanie z przedstawicielami Wykonawcy (w tym osób powyżej wskazanych). 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. Zamawiający poinformował Wykonawcę, że nie doszło do poprawy zgodnie z wezwaniem do poprawy, a Wykonawca nie podjął działań naprawczych, które dawałyby możliwość zakończenia kontraktu w terminie do 4 sierpnia 2010 r. Wykonawca nie przedłożył również propozycji aneksu wraz z dodatkowymi karami za niewykonanie kamieni milowych, o co został poproszony na poprzednim spotkaniu. Po zapoznaniu się z treścią aneksów nr 1 i 2 Zamawiający stwierdził, że Wykonawca w sposób istotny zmienia dotychczasowe ustalenia. Z uwagi na fakt, że Wykonawca proponuje zakończenie kontraktu w terminie do 30 kwietnia 2011 r. (potwierdzając, że nie jest w stanie zakończyć inwestycji 4 sierpnia 2010 r.), uzależniając to od spełniania przez Zamawiającego licznych dodatkowych warunków, w tym dodatkowej zapłaty w kwocie 57.855.000,00 euro netto, przedłożone przez Wykonawcę aneksy nr 1 i 2 nie zostały zaakceptowane., zaś spotkanie zostało zakończone. Przebieg powyższych spotkań została odzwierciedlona w sporządzonych przez Zamawiającego i przekazanych Wykonawcy notatkach.

W ocenie Izby zważając na powyższe okoliczności faktyczne Zamawiający był uprawniony do odstąpienia od umowy na podstawie art. 635 kc. Jednocześnie w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że nie można mu przypisać winy za wszystkie okoliczności, które były przyczyną odstąpienia przez Zamawiającego od umowy. Bardzo obszerne wywody odwołania i załączone w liczbie kilkuset dowody, które miały uzasadniać brak spełnienia przesłanki, że odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w istocie bezpośrednio nie odnoszą się bezpośrednio do powyższych okoliczności przywołanych przez Zamawiającego w oświadczeniu odstąpieniu od umowy, a powtórzonych w zawiadomieniu o wykluczeniu. Odwołujący zamiast tego relacjonuje przebieg realizacji umowy w zakresie wielu innych okoliczności, które jego zdaniem wskazują na liczne uchybienia Zamawiającego jako wierzyciela w zakresie obowiązku współdziałania z Wykonawcą jako dłużnikiem przy wykonywaniu umowy, na zasadzie art. 354 § 2 kc. Należy zauważyć, że w przypadku zobowiązań wzajemnych, nawet niewykonywanie zobowiązania

przez jedną stronę, nie zwalnia automatycznie drugiej strony od wykonania swojego zobowiązania. Odwołujący nie wskazał w odwołaniu co uprawniało go do braku zmobilizowania odpowiednich zasobów ludzkich, braku właściwego zarządzania czy nieprzestrzegania obowiązującego czasu pracy. Należy zauważyć, że w tym ostatnim zakresie najwyraźniej Odwołujący nadal pozostaje w błędzie, co do swoich obowiązków umownych, skoro zatrudniony przez niego ekspert wskazuje, że określone w ofercie normalne godziny pracy według subklauzuli 6.5 warunków kontraktu FIDIC oznacza jedynie zakaz prowadzenia prac poza tymi godzinami, a nie obowiązek pracy w pełnym zakresie tych godzin (por. strona 28 *Analizy przedłużenia Czasu na Ukończenie i opóźnień w postępie robót* załączonych do odwołania). Taki wniosek można uznać za uprawniony wyłącznie na tle oryginalnego brzmienia subklauzuli 6.5: *Żadna praca nie będzie prowadzona na Placu Budowy w dniach lokalnie uznanych za dni wolne od pracy, ani poza normalnymi godzinami pracy podanymi w Załączniku do Oferty, chyba że (a) inaczej jest podane w Kontrakcie, (b) Inżynier daje zgodę, (c) praca jest nieunikniona lub konieczna dla ochrony życia lub własności lub dla bezpieczeństwa Robót, w którym to przypadku Wykonawca natychmiast poinformuje Inżyniera.* Jednakże na mocy warunków szczególnych kontraktu dodano kolejny akapit w następującym brzmieniu: *W okresie od 1 maja do 30 września Wykonawca jest zobowiązany do prowadzenia robót w godzinach od 6:00 do 22:00 przez 6 dni w tygodniu (od poniedziałku do soboty włącznie). Jeśli wymaga tego technologia robót Wykonawca zobowiązany jest do prowadzenia robót przez 7 dni w tygodniu przez całą dobę.* Z dodanego postanowienia wynika w sposób ewidentny obowiązek Wykonawcy zapewnienie liczby ludzi umożliwiającej prowadzenie robót przez 16 godzin dziennie z wyjątkiem niedziel i dni świątecznych we wskazanym okresie kalendarzowym. Należy zauważyć, że nieprzestrzeganie ustalonego w umowie czasu pracy było jednym z głównych i powtarzających się uchybień Wykonawcy, na które regularnie zwracał uwagę inżynier w toku realizacji umowy. Powyższe stanowisko Odwołującego podważa nie tylko wartość analizy jako dowodu, lecz świadczy wręcz o nieświadomości Odwołującego o obowiązkach ciążących na nim w związku z zawartą umową. Tymczasem brak zapewnienia odpowiedniej siły roboczej niewątpliwie ma kluczowe znaczenie dla możliwości terminowej realizacji robót budowlanych. Z kolei ten sam ekspert Odwołującego wskazuje na niewłaściwie opracowany harmonogram, co należało do obowiązków Wykonawcy.

Odwołujący podniósł natomiast w odwołaniu wszystkie kwestie sporne związane z rozliczeniem wygasłej umowy, w tym roszczenia o charakterze wyłącznie finansowym,

które są przedmiotem toczących się postępowań cywilnych, choć jednocześnie sam wskazuje, że Izba nie jest właściwa do rozpoznawania spraw cywilnych. Odwołujący załączył do odwołania poprawioną wersję załącznika 32 do pozwu z 12 stycznia 2009 r. o ustalenie bezskuteczności odstąpienia przez Zamawiającego od umowy – w postaci załącznika nr 29 do odwołaniu pn. *Zestawienie: (lista) opóźnień po stronie Zamawiającego (z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego lub stanowiących jego ryzyko wg Kontraktu) wg stanu na 22.12.2009 w postępie robót poza odpowiedzialnością Wykonawcy*. Aktualne zestawienie zawiera 99 pozycji (nie licząc rozbiegów niektórych z nich na podpunkty). Należy zauważyć, że choć dla każdej wskazano liczbę dni opóźnienia, to tylko przy sześciu z nich wskazano przedłużenie czasu na ukończenie (1. poz. 1 *Niewybuchy i niewypały* – 6,6 miesiąca; 2. poz. 48b *Wada dokumentacji pierwotnej MA532 i MD 532.1* – 307 dni do 07.06.2011; 3. poz. 49 *Palisada w obrębie obiektu WD534* – 75 dni do 18.10.2010; 4. poz. 50 *Wyjątkowo niesprzyjające warunki klimatyczne* – 31 dni do 06.09.2010, 5. poz. 51b *Wymiana gruntu pod przepustem KA-24*; 6. poz. 54 *Brak rysunków projektowych dla MOP III Mszana* – 75 dni do 18.10.2010). Jednocześnie w załączniku 28c do odwołania przedstawiono zestawienie listy roszczeń wykonawcy, podzielonych na zgłoszone przed i po dacie wygaśnięcia umowy według Odwołującego, czyli 22 grudnia 2009 r. Wynika z niej, że przed doręczeniem swojego odstąpienia od umowy Wykonawca zgłosił w sumie 10 roszczeń, z czego 6 dotyczyło przedłużenia terminu wykonania umowy (1. *Roszczenie Wykonawcy nr 1 wydłużenia Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania i Czasu na Ukończenie oraz dodatkowej płatności w związku z napotkaniem na budowie niewybuchów i niewypałów pochodzących z okresu II Wojny Światowej* – początkowo o 11 miesięcy, ostatecznie o 6,6 miesiąca; 2. *Roszczenie 6 Wykonawcy o przedłużenie Czasu na Ukończenie w związku z wyjątkowo niesprzyjającymi warunkami klimatycznymi* – o 31 dni; 3. *Roszczenie 7 Wykonawcy – dodatkowa palisada pod obiektem mostowym WD 534* – początkowo wyłącznie finansowe, później obejmujące przedłużenie o 75 dni, 4. *Roszczenie 8 – Opóźnienia w Robotach w związku z wadliwą Dokumentacją Projektową obiektu mostowego MA 532 w zakresie geometrii słupów B, C i D oraz wprowadzonymi z tego powodu Zmianami do Kontraktu* – początkowo o 111 dni, następnie liczba dni ulegała następującym wahaniom: 307, 116, ostatecznie stanęło na 269 dniach; 5. *Roszczenie 9 – Przedłużenie Czasu na Ukończenie i rekompensata kosztów w związku z opóźnieniami w Robotach powstałymi na skutek konieczności wykonania dodatkowej wymiany gruntu pod przepust KA-24* – 21 dni; 6. *Roszczenie 10 – Przedłużenie Czasu na Ukończenie w związku z opóźnieniami w dostarczeniu Rysunków dla Miejsc*

*Obsługi Podróżnych „Mszana”* – o 75 dni). Po złożeniu oświadczenia o odstąpieniu od umowy wyszczególniono dalszych 30 roszczeń (od 11 do 41), dla wszystkich wskazując datę 15.12.2010, przy czym dwa z nich dotyczą przedłużenia terminu realizacji umowy (1. *Roszczenie 23 Wyjątkowo niesprzyjające warunki klimatyczne czerwiec 2009* – o 7 dni; 2. *Roszczenie 31 Wyjątkowo niesprzyjające warunki klimatyczne październik 2009* – 14 dni). Z wyjątkiem roszczenia 1, wszystkie pozostałe roszczenia o przedłużenie terminu wykonania zostały rozpatrzone negatywnie przez Zamawiającego przed odstąpieniem od umowy, jednak wobec ponawiania tych samych roszczeń przez Wykonawcę ostatecznie stanowisko w sprawie każdego z tych roszczeń zostało przekazane przez Zamawiającego 15 grudnia 2009 r. wraz z oświadczeniem o odstąpieniu od umowy (pisma inżyniera kontraktu z 14 grudnia 2009 r. załączone do odpowiedzi na odwołanie: roszczenie nr 6 – załącznik nr 39, roszczenie nr 7 – załącznik nr 49, roszczenie nr 8 – załącznik nr 47, roszczenie nr 9 – załącznik nr 50, roszczenie nr 10 – załącznik nr 48). W każdym przypadku było to jednak podtrzymanie uprzednio wyrażonego stanowiska. Wykonawca wiedział zatem, że Zamawiający nie wyraża zgody na przedłużenie terminu umowy poza sierpień 2010 r., a na pewno będzie oczekiwał w tym terminie realizacji wszystkich obiektów, ewentualnie z wyjątkiem mostu autostradowego MA 532. Tymczasem tworząc 18 grudnia 2009 r. swoje pismo o odstąpieniu Odwołujący wyraził konkretny zarzut odnośnie postępowania Zamawiającego związanego z dokumentacją projektu budowlanego mostu MA 532. W ocenie Izby oznacza to, że wyłącznie w tym upatrywał okoliczności przesądzającej o niemożności wykonania umowy w umówionym terminie. Należy zauważyć, że podpisując umowę, Odwołujący zaakceptował między innymi wyłączenie na mocy warunków szczególnych kontraktu subklauzul 20.3 do 20.8 ogólnych warunków kontraktu FIDIC dotyczących arbitrażu i poddanie wszelkich sporów mogących wyniknąć w związku z realizacją umowy przez sąd właściwy dla siedziby Zamawiającego (zgodnie z warunkiem 20.2 szczególnych warunków kontraktu). Odnosi się to zatem również do sporów na tle nieprzedłużenia terminu wykonania umowy. Tym samym w razie niezadawalających rozstrzygnięć przez Zamawiającego zgłoszonych w czasie obowiązywania umowy roszczeń – Odwołujący winien wystąpić z powództwem do tego sądu. Natomiast wobec bezspornego faktu ustania umowy, wszystkie później podniesione roszczenia nie są już roszczeniami z obowiązującej umowy, lecz elementem spornych rozliczeń związanych z jej przedwczesnym ustaniem. Nie ma wątpliwości, że rozstrzygnięcie o zasadności i wysokości tych roszczeń może nastąpić tylko w postępowaniach cywilnych, a nie przed Izbą.

W ocenie Izby przywołane przez Zamawiającego okoliczności, za które winę ponosił Odwołujący, należy uznać za mieszczące się w ramach poważnego wykroczenia zawodowego, o którym mowa w art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy klasycznej, przy czym nie jest konieczne by wszystkie znalazły potwierdzenie w zgromadzonym materiale dowodowym. Izba podzieliła zatem stanowisko uprzednio wyrażone przez Izbę w wyroku z 6 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 707/12, KIO 729/12) na tle takiego samego stanu faktycznego, odnośnie tego samego Odwołującego: *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 bak 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.*

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 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) – obciążając Odwołującego kosztami postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie złożonej na rozprawie faktury VAT.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....