

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Opisany przez Zamawiającego stan faktyczny należy uzupełnić o następujące okoliczności:

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

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

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

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

Wykonawca oświadcza, co następuje:

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

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

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

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

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

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

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

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

Zakres obowiązku prowspólnotowej wykładni:

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

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

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

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

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

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

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

Wzorca do unijnej wykładni spornego przepisu krajowego należy poszukiwać w przepisie art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z 30.04.2004 r.), zwanej dalej „dyrektywą klasyczną” oraz art. 39 ust. 2 lit. d dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. U. L 216 z 20.08.2009 r.). Zgodnie z powołanym przepisem dyrektywy klasycznej z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające.

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## II. Odstąpienie od umowy.

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

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

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

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

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

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

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