

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Źródłem ustawowego prawa odstąpienia jest przepis art. 491 § 1 k.c. i 492 k.c. Zgodnie z powołanymi regulacjami, jeżeli dłużnik dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, wierzyciel ma uprawnienie do odstąpienia od umowy, jednak powinien wyznaczyć dłużnikowi odpowiedni dodatkowy termin do wykonania zobowiązania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniony do odstąpienia od umowy (art. 491 § 1 k.c.). Przepis art. 492 k.c. ma zaś charakter szczególny wobec tej regulacji, pozwalając wierzycielowi na skorzystanie z jego uprawnienia kształtującego bez składania wcześniej dłużnikowi oświadczenia, wyznaczającego dodatkowy termin. Jednakże przepis art. 492 k.c. określa dwie sytuacje, w których ustawowe prawo do odstąpienia od umowy wzajemnej w przypadku zwłoki dłużnika może być wykonywane bez wyznaczenia terminu dodatkowego: 1) jeżeli uprawnienie do odstąpienia od umowy wzajemnej zostało zastrzeżone na wypadek niewykonania zobowiązania w ściśle oznaczonym terminie, 2) jeżeli wykonanie zobowiązania przez jedną ze stron po terminie nie miałyby dla drugiej strony znaczenia ze względu na właściwości zobowiązania albo ze względu na zamierzony przez nią cel umowy, wiadomy stronie będącej w zwłoce. Jednocześnie jak podkreśla się, zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie, zastrzeżenie uprawnienia wierzyciela do odstąpienia na wypadek niewykonania zobowiązania w terminie musi wyraźnie wynikać z umowy (wyrok SN z 19.06.2009 r., sygn. akt V CSK 454/08) lub przynajmniej w sposób dorozumiany (T. Wiśniewski: Komentarz do k.c., 2009r.). Samo ściśle określenie terminu nie jest wystarczające (J. Dąbrowa: System prawa prywatnego, t. III, E. Gniewek: Komentarz do k.c., 20011 r.). Jednocześnie zwrócić należy uwagę, iż jeżeli świadczenia obu stron są podzielne, a dłużnik popada w zwłokę co do części świadczenia, wierzyciel uprawniony jest do odstąpienia z zachowaniem zasad określonych w art. 491 § 2 k.c. (E. Gniewek: Komentarz do k.c., 2011 r.).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Lex retro non agit.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

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

Sygn. akt: KIO 729/12

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

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

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

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

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

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

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

Odwołujący wskazał na następujące elementy faktyczne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(A) Brak tożsamości podmiotów:

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

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

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

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

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

(B) Odstąpienie od Umowy

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. W ocenie Odwołującego, przepis art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp należy uznać za sprzeczny z prawem wspólnotowym, a w szczególności z art. 45 ust. 2 lit. d) Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi z dnia 31 marca 2004 r. (Dz. Urz. UE. L Nr 134, str. 114 z późn. zm., zwanej dalej „Dyrektywą”). Przepis ten dopuszcza wykluczenie każdego wykonawcy, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2 pracowników kadry kierowniczej Wykonawcy

87 pracowników kadry robotniczej Wykonawcy

na odc. II (godz. 9.30):

3 pracowników kadry kierowniczej Wykonawcy

58 pracowników kadry robotniczej Wykonawcy

obiekty Inżynierskie (godz. 10.30-15.30):

3 pracowników kadry kierowniczej Wykonawcy

135 pracowników kadry robotniczej Wykonawcy

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

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