

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

Powyższe potwierdzają zapisy z protokołów z Rad Budowy. Podstawowym przykładem powyższego jest brak prowadzenia robót budowlanych w godzinach przewidzianych kontraktem (tj. od maja do września w godz. 6.00-22.00 przez 6 dni w tygodniu), do czego zobowiązywała Wykonawcę Subklauzula 6.5 Warunków Kontraktu, pomimo wielokrotnych wezwań Inżyniera i Zamawiającego. Należy przy tym podkreślić, że Wykonawca pomimo sprzeciwu Inżyniera i Zamawiającego, wprowadził własny, sprzeczny z Warunkami Kontraktu system godzin prowadzenia prac, polegający na 10 dniach pracy i 4 dniach wolnych. Z potwierdzeń Inżyniera Kontraktu z Tygodniowych Spotkań Roboczych oraz kontroli Placu Budowy, wynika że pracę prowadzono w godzinach od 7<sup>00</sup> do 19<sup>00</sup> od poniedziałku do piątku, natomiast w soboty czas pracy ograniczono do godziny 15<sup>00</sup>. Ponadto, stosowany przez Wykonawcę system pracy skutkowało tym, iż już w piątek część załogi nie pracowała, a wydajność robót była bardzo niska, a nawet zerowa.

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



## Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

### I. Tożsamość podmiotów.

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

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

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

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

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



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

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

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

1. wynik wykładni prowadzi do przyjęcia absurdalnego lub niedorzecznego znaczenia przepisu (uchwała SN z 8.2.2000 r., I KZP 50/99),
2. zakres zastosowania normy "niewątpliwie wskazywałaby na zbyt wąski lub zbyt szeroki zakres jej stosowania" (uchwała SN z 11.1.1999 r., I KZP 15/98),
3. posłużenie się wyłącznie wykładnią językową prowadziłyby do "zniekształcenia lub wypaczenia treści przepisu" (wyrok SN z 8.4.2002 r., V KKN 281/00; uchwała 7 sędziów SN 18.10.2001 r., I KZP 22/01).

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



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

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

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

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

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

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

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

## *III. Odstąpienie od umowy.*

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



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

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

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

Rację należy przyznać Odwołującemu, iż prawo odstąpienia ustanowione w umowie łączącej strony, z powodu braku oznaczenia terminu (art. 395 § 1 k.c.), w ciągu którego z przedmiotowego uprawnienia można skorzystać, dotknięte jest sankcją nieważności (art. 58 § 1 k.c.). Jak bowiem wskazano wyżej, oznaczenie terminu należy do konstytutywnych cech instytucji „odstąpienia” i nie jest objęte zasadą swobody umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.).

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

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

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

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



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

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

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



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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

a) zła organizacja procesu i przygotowania frontu robót, np. niezakończone do dnia dzisiejszego roboty, ziemne, drenaże i materace, co uniemożliwia wykonywanie następujących po nich innych robót drogowych,

b) brak dostosowania się do Warunków Kontraktu w zakresie czasu pracy, tzn. Wykonawca nie prowadził robót w okresie letnim w godzinach 6.00- 22.00, pomimo wielokrotnych pisemnych monitów ze strony Inżyniera Kontraktu

c) częste zmiany obsady personalnej, co skutkowało częstym potrzebom zmian Schematu Organizacyjnego, i tak: 5 razy zmieniano Dyrektora Kontraktu w krótkich odstępach czasu, nastąpiła zmiana na stanowisku Kierownika Budowy, Kierownika Robót Drogowych i Kierownika Robót Mostowych, bardzo częste zmiany Kierowników Obiektów Mostowych i Majstrów, co powoduje że kolejni pracownicy nie znają problemów istniejących na Placu Budowy i tylko pogłębiają istniejące już opóźnienia w realizacji prac.

W ocenie Inżyniera Kontraktu Personelu technicznego na Budowie jest za mało, co wielokrotnie wypominano Wykonawcy, W części drogowej pracuje 6 Kierowników i 15 Majstrów, co na długości 18 km jest stanowczo za mało.

d) permanentny brak mobilizacji kadry pracowniczej Wykonawcy, zbyt mało pracowników na poszczególnych sekcjach robót.

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



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

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

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



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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

#### *IV. Lex retro non agit.*

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

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.



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

Przewodniczący:

*Okucialy*  
.....

*Syber-Kucera*  
.....

*K. A. Lit*  
.....



Na oryginalnie właściwe podpisy.  
Za zgodność

PREZES  
Krajowej Izby Odwoławczej  
*Klaudia Szczytowska-Maziarz*