Sygn. aktV Ca 1973/11

ODPIS

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 grudnia 2011 roku

Sąd Okręgowy w Warszawie Wydział V Cywilny - Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Bogusława Jarmołowicz - Łochańska
SO Marzanna Góral

Sędziowie: SR (del.) Tomasz Pałdyna
sekr. sąd. Agnieszka Godziebiewska

Protokolant: po rozpoznaniu w dniu 24 listopada 2011 r. w Warszawie na rozprawie skargi China Overseas Engineering Group Co. Ltd w Pekinie - Chińska Republika Ludowa

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 Iipca 2011 roku, wydanego w sprawie KIO/1476/11

przy udziale zamawiającego Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad

I. oddala skargę;

II. zasądza od China Overseas Engineering Group Co. Ltd w Pekinie - Chińska Republika Ludowa na rzecz Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad kwotę 1 200 (tysiąc dwieście) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania w instancji odwoławczej.

Na oryginale właściwe podpisy
T fc b ()/•Za zgodność

SEKRETARZ SĄDOWY

/

■ -'ł

Anno Ktisiejuk

ODPIS

Sygn. akt V Ca 1973/11

UZASADNIENIE

wyroku z dnia 7 grudnia 2011 roku

W odwołaniu wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2011 roku China Overseas Engineering Group Co. Ltd w Pekinie zakwestionowała czynność zamawiającego Skarbu Państwa - Dyrektora Generalnego Dróg Krajowych i Autostrad polegającą na udzieleniu zamówienia publicznego na „Kontynuację projektowania i wykonywanie robót budowlanych w zakresie Autostrady A2 od Strykowa do Konotopy na odcinku od km 365 + 261, 42 (od węzła „Stryków I" bez węzła) do km 394 + 500" przy zastosowaniu trybu z wolnej ręki, kwestionując podstawy prawne do udzielenia zamówienia w tym trybie.
W uzasadnieniu odwołania wskazano, m. in., że odwołujący jest potencjalnym wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy - Prawo zamówień publicznych i posiada interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy pozbawiło go możliwości ubiegania się o zamówienie oraz uzyskania korzyści wynikających z ewentualnego udzielenia mu zamówienia. Domagając się uwzględnienia odwołania skarżąca spółka wnosiła o unieważnienie umowy zawartej przez zamawiającego ze spółkami akcyjnymi Eurovia

Polska i Warbud. Wnioski te zmodyfikowane zostały w piśmie uzupełniającym odwołanie z dnia 15 lipca 2011 roku, gdzie wniesiono o unieważnienie umowy, ewentualnie - w przypadku stwierdzenia, że nie doszło do jej zawarcia - unieważnienie czynności polegającej na wszczęciu procedury o udzielenie zamówienia z wolnej ręki.

Zamawiający domagał się oddalenia odwołania.

Wyrokiem z dnia 19 lipca 2011 roku Krajowa Izba Odwoławcza

oddaliła odwołanie, dochodząc do przekonania, że odwołujący nie legitymuje się interesem w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Izba uznała, że ma obowiązek badać posiadanie takiej legitymacji z urzędu, a jej brak prowadzi do oddalenia odwołania.

W ocenie Izby pod pojęciem „innego podmiotu" uprawnionego do wnoszenia środków ochrony prawnej należy uznać potencjalnego wykonawcę, który kwestionując prawidłowość zastosowania trybu niekonkurencyjnego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tak jak i inni uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej, musi wykazać, zgodnie z przywołanym wyżej przepisem, że ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W konsekwencji wykazać musi adekwatny związek pomiędzy zarzucanym naruszeniem prawa a naruszeniem interesu odwołującego się

podmiotu oraz wykazać możliwość poniesienia szkody, będącej skutkiem takiego naruszenia.

Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że odwołującym się jest China Overseas Engineering Group Co. Ltd z siedzibą w Pekinie i że - uzasadniając swój interes - spółka ta powołała się na utratę przez siebie szansy na wygranie postępowania o udzielenie zamówienia i na uzyskanie wynagrodzenia z tytułu wykonania zamówienia, a także to,

że jako podmiot specjalizujący się w wykonywaniu prac budowlanych, objętych przedmiotem zamówienia, był potencjalnym kandydatem na wykonawcę zamówienia, wskazując na umowę zawartą w dniu 28 września 2009 roku, dotyczącą projektu i budowy autostrady A-2 Stryków - Konotopa na odcinku od km 365+261,42 (od węzła „Stryków 1" bez węzła) do km 394+500 („Kontrakt 1"). Izba zauważa przy tym, że rzeczona umowa została zawarta z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: China Overseas Engineering Group Co. Ltd z siedzibą w Pekinie Chińska Republika Ludowa, jak lider oraz partnerzy: Shanghai Construction (Group) General Co. z siedzibą w Szanghaju Chińska Republika Ludowa, China Raiway Tunel Group Co. Ltd z siedzibą w Luoyang, Chińska Republika Ludowa i Decoma Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Tym samym - jak wywodzi się dalej - to nie odwołujący był wykonawcą tej umowy, lecz konsorcjum z udziałem czterech wykonawców, w tym odwołującego i tym samym - zdaniem Izby - wykonawca nie może skutecznie w uzasadnieniu interesu - w rozumieniu art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych - powoływać się na okoliczności, które dotyczą

innego podmiotu niż odwołujący.

W ocenie Izby zawarcie umowy konsorcjum, nieuregulowanej w kodeksie cywilnym, jest dopuszczalne na zasadzie swobody umów. W takiej sytuacji - jak czytamy dalej w uzasadnieniu - zgodnie z art. 23 ust. 2 tej samej ustawy wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w danym postępowaniu albo do reprezentowania ich w danym postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dokonując czynności względem pełnomocnika, zamawiający dokonuje takiej czynności ze skutkiem do wszystkich konsorcjantów. Pełnomocnikiem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia może być jeden z wykonawców, oznaczony tradycyjnie w konsorcjum jako lider konsorcjum. W ocenie Izby uprawnienie przyznane liderowi w danym postępowaniu nie rozciąga się na inne postępowania prowadzone przez tego samego zamawiającego. Dlatego - zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej - nie mając stosownego umocowania w dacie wnoszenia odwołania, wykonawca nie może powoływać się na okoliczności dotyczące konsorcjum, jako innego podmiotu.

Na marginesie podniesiono, że zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt la Prawa zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym od 11 maja 2011 roku, z postępowania o zamówienie publiczne wyklucza się tych 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. Badając pełnomocnictwo z 6 kwietnia 2009 roku Izba zauważyła, że lider nie był upoważniony do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zatem zawarcie umowy nastąpiło nie z liderem, a z wykonawcami tworzącymi konsorcjum, a powoływana przez odwołującego w toku rozprawy umowa konsorcjum nie została wymieniona w umowie z dnia

28 września 2009 roku, jako jeden z jej załączników (§ 2 umowy), zaś z dokumentów wskazywanych przez odwołującego nie można wywieść, że ustanowiony w postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zakończonym zawarciem umowy w dniu 28 września 2009 roku (której datę mylnie oznaczono w uzasadnieniu na rok 2011) lider był uprawniony do składania w imieniu

konsorcjum oświadczeń w przedmiocie odstąpienia od umowy. Tym samym - jak wywodzi się dalej - przy ocenie skuteczności odstąpienia przez konsorcjum od umowy, ta okoliczność nie powinna być pomijana.

Skargę od tego wyroku wywiódł odwołujący, zarzucając Krajowej Izbie Odwoławczej naruszenie art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych poprzez jego błędną interpretację i przyjęcie, że skarżący nie miał interesu w uzyskaniu zamówienia i w konsekwencji oddalenie odwołania. Wniósł przy tym o zmianę zaskarżonego rozstrzygnięcia poprzez uwzględnienie odwołania i unieważnienie umowy zawartej przez zamawiającego z konsorcjum Eurovia Polska S.A. oraz Warbud S.A. na „Kontynuację projektowania i wykonanie robót budowlanych w zakresie Autostrady A2 od Strykowa do Konotopy na odcinku od km 365 + 261,42 (od węzła „Stryków 1" bez węzła) do km 394 + 500". Wniósł jednocześnie o zasądzenie kosztów postępowania.

Zamawiający domagał się odrzucenia, względnie oddalenia skargi.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie. Orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, mimo błędów w warstwie motywacyjnej, odpowiada prawu.

Na wstępie odnotować należy, że brak jest podstaw do odrzucenia skargi. Umknęło uwadze oponenta strony skarżącej, że przedmiotem zaskarżenia nie jest czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podjęta po otwarciu ofert, bo przy wyborze trybu z wolnej ręki ofert się nie otwiera. Ustawa z 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 90, poz. 594,

ze zm.) to regulacja fiskalna, jej przepisy wymagają więc ścisłej wykładni. Tym bardziej, że art. 34 ust. 2 ustawy, o którym wyżej mowa, stanowi wyjątek od reguły ogólnej zawartej w ust. 1 tego samego

artykułu, zgodnie z którym od skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych pobiera się opłatę stałą w wysokości pięciokrotności wpisu wniesionego od odwołania w sprawie, której dotyczy skarga. Wiadomo wszak, że exceptiones non sunt extendendae. Nie można też nie zauważyć, że przewodniczący wydziału wezwał skarżącego do uiszczenia opłaty sądowej w kwocie 100 000 złotych i opłata taka została wniesiona w terminie.

Rację ma autor skargi, że przepis art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759, ze zm.), w aktualnym swym brzmieniu, powinien

t

być interpretowany szeroko. Środki ochrony prawnej przewidziane w dziale ustawy inaugurowanym przez rzeczony przepis, przysługują wszystkim osobom, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szerokie rozumienie wyraża się w tym, że wystarcza zadowolić się hipotetycznym interesem w uzyskaniu zamówienia i szkodą, która nie musi być pewna.

Przepis ten jednak, wbrew sugestiom skarżącego, nie pełni funkcji publicznych. Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, o których mowa w tym artykule. Konstatacja taka płynie nie tylko z treści przywołanego przepisu, gdzie mowa wyraźnie o „interesie w uzyskaniu zamówienia" oraz o „szkodzie", ale z konstrukcji całego postępowania odwoławczego. Wystarczy prześledzić poszczególne rozwiązania legislacyjne przyjęte w kolejnych przepisach ustawy by przekonać się, że postępowanie

odwoławcze i skargowe nakierowane są na ochronę interesów uczestników i potencjalnych uczestników procedury wyboru kontrahenta, nie zaś na ochronę interesu publicznego.

Interes publiczny leży u podstaw przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale już nie przepisów mających na celu ochronę interesów konkurentów podmiotu wybranego do wykonania zamówienia. Tu ścierają się przede wszystkim interesy uczestników postępowania, a racje natury publicznej są jedynie refleksem właściwej funkcji postępowania odwoławczego. Dlatego wnosząc odwołanie, a następnie sprzeciw, skarżący nie może powoływać się na naruszenie przez zamawiającego reguł gry ze względu na interes społeczny. Do kontroli tego rodzaju powołane są organy ścigania i inne podmioty, do których zadań statutowych to należy (choćby Najwyższa Izba Kontroli, vide\ art. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 roku o Najwyższej Izbie Kontroli, Dz. U. z 2007 roku, Nr 231, poz. 1701, ze zm.). W przeciwnym razie ustawodawca nie posłużyłby się zwrotem „interes w uzyskaniu zamówienia" i nie warunkowałby możliwości wniesienia odwołania od szkody, jaką może wyrządzić działanie zamawiającego naruszające przepisy ustawy. Takie ograniczenie jest zresztą konieczne, bo łatwo wyobrazić sobie jakie skutki powodować by

W .

mogła nieograniczona podmiotowo możliwość kwestionowania wyników

wyboru wykonawcy zamówienia. Byłaby to pożywka dla tych wszystkich, którzy - z różnych powodów - widzieliby korzyść w paraliżowaniu postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego.

Koncepcja powyższa znajduje potwierdzenie w źródle unormowania przyjętego w ustawie w postaci dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 roku w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do

stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. U. UE. L.89.395.33, ze zm.), gdzie w art. 1 normującym zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych prawodawca posłużył się taką samą formułą, stanowiąc w pkt. 3, że państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.

Skoro interes w uzyskaniu danego zamówienia powinien być rozumiany w sposób abstrakcyjny, jako potencjalna możliwość uzyskania zamówienia, którego przedmiot jest objęty postępowaniem udzielanym w zaskarżanym trybie (J. Jerzykowski, Komentarz do art. 179 ustawy — Prawo zamówień publicznych, LEX 2010), to nie można podzielić poglądu Krajowej Izby Odwoławczej, która dostrzega brak interesu w tym, że skarżący nie posiada odpowiedniej kondycji organizacyjnej (tak chyba należy rozumieć tę część uzasadnienia Izby, która dotyczy powoływania się przez China Overseas Engineering Group Co. Ltd na umowę zawartą wcześniej w konsorcjum z innymi osobami), wobec czego nie mógłby wygrać przetargu. Okoliczności te nie podlegają ocenie. Rację ma skarżący, że po uchyleniu nielegalnej czynności mógłby stanąć do przetargu w konsorcjum z innymi podmiotami, realizując w ten sposób wymagania progowe. Bez wątpienia odwołujący należy do kategorii podmiotów, które taki interes mieć mogą ma więc interes hipotetyczny.

Interes w uzyskaniu „danego" zamówienia jednak nie wystarczy. Trzeba jeszcze wykazać, że poniosło się szkodę, albo że do szkody takiej dojść może. Nie chodzi znów o szkodę, która nastąpić musi, ale o potencjalną możliwość tego rodzaju. Zdaniem Sądu Okręgowego

skarżący nie ma szans na to, by wygrać przetarg na budowę autostrady A2, a tym samym - nie może ponieść szkody na skutek potencjalnego naruszenia przez zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych.

Wniosek tego rodzaju jest wynikiem oceny zdolności skarżącego do uczestnictwa w kolejnym przetargu z uwagi na treść art. 24 ust. 1 pkt la Prawa zamówień publicznych. Trzeba przy tym dodać, że naruszenie tego przepisu zarzucano Krajowej Izbie Odwoławczej w skardze. Zarzut ten jest o tyle chybiony, że Izba, stawiając pytanie o kompetencje odwołującego w świetle tego przepisu, nie udzieliła na nie odpowiedzi. Nie jest to zresztą prawidłowe, bo wypowiedzi organu kontroli prawnej winny być jednoznaczne i mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia. Nie zmienia to jednak faktu, że nie ma tu żadnej tezy,

którą można by zwalczać.

To jednak właśnie ta regulacja winna lec u podstaw konstatacji, w świetle której skarżącemu nie służą środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie. Nie sposób bowiem przyjąć, by skarżący mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, w sytuacji, gdy w świetle tego przepisu nie może być aktualnie wybrany wykonawcą w przetargu.

Rację ma skarżący, że oceny w świetle tego przepisu dokonuje zamawiający. Jednak także Izba Odwoławcza czy sąd, oceniając istnienie interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, mogą ustalić, czy dany podmiot mógłby rzeczywiście uzyskać zamówienie, gdyby stanął do konkursu, co determinuje możliwość zaistnienia szkody. Nie można nie zauważyć, że wyłączenie z tego przepisu nie zależy od uznania zamawiającego, bo ustawodawca posługuje się tu obiektywnymi przesłankami, które mogą być w konkretnej sytuacji zbadane przez organy stosujące prawo.

Zgodnie z treścią omawianej regulacji z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się, m. in. 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. W tej sytuacji ustalenie, że doszło do wypowiedzenia umowy z dnia 28 września 2009 roku przez zamawiającego z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność oraz, że wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy, prowadzić musi do wniosku, że skarżący nie mógłby przystąpić do kolejnego przetargu, przy założeniu, że ten ogłoszony zostanie w ciągu trzech lat od daty rozwiązania umowy.

Co do spełnienia dwóch ostatnich przesłanek z przywołanego przepisu nie powinno być wątpliwości. Z dużą dozą prawdopodobieństwa spodziewać się należy, że przetarg taki byłby ogłoszony niezwłocznie i termin trzyletni, o którym tu mowa, nie może ekspirować bezskutecznie. Nie ma też wątpliwości co do tego, że wartość niezrealizowanego zamówienia znacząco przekracza 5% umowy. Z dokumentacji załączonej do akt sprawy wynika, że jest to 80%. Pozostało ustalić, kto wypowiedział umowę i dlaczego.

W ocenie Sądu Okręgowego wypowiedzenie przez wykonawcę było nieskuteczne. Miało do niego dojść pismem z 2 czerwca 2011 roku. Nie należy jednak zapominać, że umowa podpisana została z konsorcjum: z czterema podmiotowymi współpracującymi przy realizacji zamówienia. Tymczasem, pismo wypowiadające umowę pochodzi od spółki China Overseas Engineering Group Co. Nie ma jednocześnie żadnych podstaw

do ustalenia, że spółka ta była umocowana do wypowiedzenia umowy w imieniu wszystkich konsorcjantów. Wprawdzie pełnomocnik autora oświadczenia utrzymywał przed Krajową Izbą Odwoławczą że upoważnienie tego rodzaju ma wynikać z umowy konsorcjum, ale indagowany na rozprawie oświadczył, że umowy takiej nie składa

(k. 102). Nie sposób więc zweryfikować jego twierdzenia. Nie można też zweryfikować materialnej skuteczności tego oświadczenia, bo w piśmie tym nie wskazano konkretnych przyczyn odstąpienia, a - jak wynika z umowy - tylko w określonych okolicznościach można od niej odstąpić. Tymczasem, ciężar dowodu tych okoliczności obciąża tego, kto się na nie powołuje, a więc China Overseas Engineering Group Co. Ltd i to ona - w świetle art. 6 k.c. - ponosi ujemne konsekwencje tego, że okoliczności te nie zostały w toku postępowania ujawnione. Warto przy tym dodać, że upoważnienie tego rodzaju nie wynika też z umowy o wykonanie zamówienia, ani z żadnego z dokumentów znajdujących się w aktach lub w dokumentacji załączonej do akt.

Zresztą twierdzenia skarżącego o rzekomych uchybieniach zamawiającego, na które powołano się w toku niniejszego postępowania, nie znajdują potwierdzenia w aktach sprawy i w dokumentacji doń załączonej. Wynikają one wyłącznie z pism skarżącego, kierowanych do zamawiającego, ale dopiero z maja i czerwca 2011 roku. W piśmie wypowiadającym umowę wskazuje się na pewne uchybienia, które mają sięgać wiosny 2010 roku. Tymczasem, nie ma dowodów na istnienie takich roszczeń w tej dacie. Z jakiegoś powodu zarzuty te pokrywają się czasowo z momentem, w którym wykonawca zaczął zalegać z wypłatą wynagrodzeń podwykonawcom. Nie można więc wykluczyć, że zarzuty te zostały spreparowane w celu usprawiedliwienia sytuacji, jaka związana była z niewypłacalnością wykonawcy.

Zamawiający wypowiedział umowę 13 czerwca 2011 roku „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy". Powołał się przy tym na subklauzule 15.2 (a), 15.2 (b), 15.2 (c) i 15.2 (e) warunków kontraktu. Na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego w aktach sprawy i w załącznikach Sąd Okręgowy doszedł do wniosku, że wypowiedzenie to nastąpiło na skutek okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca.

W płaszczyźnie tej istniał między stronami spór, choć na innym tle (chodziło o zastosowanie przepisów umożliwiających wybór oferty z wolnej ręki). Oceniając ten spór sąd oparł się o materiał dowodowy w dużej mierze obiektywny, jakim są dokumenty sporządzane w trakcie realizacji zamówienia. Przedmiotem odniesienia nie były natomiast pisma stron, bo należy podejrzewać, że zostały one sprokurowane dla obrony zajętego stanowiska. W szczególności, zamawiający widział potrzebę usprawiedliwienia swojej decyzji polegającej na odstąpieniu od umowy z konsorcjum z udziałem skarżącego, a następnie - na decyzji o wyborze kolejnych wykonawców z wolnej ręki. W materiale dokumentacyjnym dołączonym do akt sprawy są jednak dokumenty, które mogą świadczyć obiektywnie o prawdziwym stanie rzeczy.

Do takich dokumentów należą powiadomienia wysyłane wykonawcy w trybie Subklauzli umownej 15.1, czyli wezwania do poprawienia. Z wezwania datowanego na 28 października 2010 roku wynika, że począwszy co najmniej od października 2010 roku na budowie dochodzi do opóźnień. W wezwaniu z 19 maja 2011 roku wynika z kolei, że faktycznie zrealizowane roboty w okresie od stycznia do marca 2011 w sposób zasadniczy odbiegają od zakresu przewidywanego w harmonogramie. Zbyt mało jest pracowników i sprzętu na poszczególnych sekcjach. Odnotowuje się także, że „braki personalne, niewystarczająca mobilizacja ludzi, nieumiejętność sprawnego

i właściwego zarządzania kontraktem przez personel wykonawcy szczególnie są widoczne, jeśli porównane zostaną z danymi na sąsiednich kontraktach realizowanych przez innych wykonawców (...) w ostatnim czasie inżynier kontraktu zaobserwował, że wykonawca całkowicie wstrzymał lub w znacznym zakresie ograniczył zakresy poszczególnych robót, zaobserwowano zmniejszoną liczbę pracowników na placu budowy oraz brak pracy znacznej ilości sprzętu". Wzywa przy tym do natychmiastowego zaprzestania demobilizacji personelu własnego i podwykonawców, przywrócenia poziomu produkcji oraz ilości personelu na dzień 29 kwietnia 2011, zapewnienia pracy w systemie dwuzmianowym, przedłożenia zaktualizowanego harmonogramu, zawierającego rozwiązania przewidujące nadrobienie opóźnień. Autor pisma zagraża odstąpieniem od umowy. Z kolejnego wezwania datowanego na 2 czerwca 2011 roku wynika, że termin poprawy upłynął bezskutecznie, nie zastosowano się do zaleceń. Wykonawca kontynuuje demobilizację swoich zasobów. Podwykonawcy zeszli z budowy, bo nie otrzymali płatności. Dostrzega się ryzyko utraty płynności finansowej

przez wykonawcę, bo ten otrzymuje od zamawiającego zapłatę za roboty faktycznie wykonane, których nie wykonuje się. W piśmie tym wzywa się do wykazania zabezpieczenia dalszego finansowania robót i grozi się odstąpieniem od kontraktu.

Jeszcze większą wartość dowodową mają protokoły z rad budowy odcinka „A", a to z tej przyczyny, że dokumentują one przebieg posiedzenia z udziałem obu stron i odnotowuje się w nich oświadczenia składane w toku takiego posiedzenia. Warto dodać, że z pierwszego punktu każdego protokołu wynika, że możliwe jest zgłaszanie uwag do protokołu poprzedniego posiedzenia, co jeszcze bardziej podnosi walor dowodowy tych dokumentów. W aktach załączonych znalazły się jedynie trzy takie dokumenty.

W protokole Nr 15 z dnia 18 stycznia 2011 roku odnotowano, m. in. oświadczenie wykonawcy, który stwierdził, że nie przekazał umów z podwykonawcami „z powodu problemu z podwykonawcą Warbud, który domagał się gwarancji płatności, a banki polskie takiej gwarancji nie chcą wydać firmie COVEC. W związku z tym wykonawca zwrócił się o wydanie gwarancji do banków chińskich Z dokumentu tego

wynika też, że wykonawca opóźnia się z zawarciem umów z podwykonawcami, opóźnia się z przekazaniem aktualizacji programu robót. W robotach drogowych i mostowych opóźnienie dwutygodniowe. W protokole Nr 16 z dnia 15 lutego 2011 roku odnotowano opóźnienia w robotach drogowych i mostowych.

Z kolei, w protokole Nr 19 datowanym na 10 maja 2011 roku Inspektor Nadzoru robót drogowych potwierdził, iż opóźnienie wykonania robót drogowych w stosunku do programu z 15 kwietnia 2011 roku wynosi 14 dni i jest spowodowane zbyt małą liczbą brygad roboczych oraz opóźnieniem wykonania robót związanych z odwodnieniem trasy głównej. Inspektor zwrócił uwagę na niedostateczną ilość materiałów (piasek, kruszywa), co może spowodować zatrzymanie robót. Kierownik budowy zadeklarował, iż prowadzenie robót 24 h/dobę, 7 dni w tygodniu (...) spowoduje zlikwidowanie opóźnienia w stosunku do programu. Z oświadczeń zawartych w protokole wynika też, że opóźnienie robót na 30 przepustach

wynosi od 7 do 14 dni. Na 18 przepustach nie rozpoczęto robót. Opóźnienie wykonania robót mostowych w stosunku do programu z dnia 15 kwietnia 2011 roku wynosi na 10 obiektach od 7 do 14 dni i jest spowodowane małą liczbą pracowników fizycznych, nieprzygotowaniem frontów robót, niezapewnieniem przez wykonawcę dostatecznej liczby szalunków. W miesiącu kwietniu wykonano 75% planowanego betonowania. W protokole tym znajduje się też oświadczenie

zamawiającego, który zarzuca zbyt małą liczbę pracowników fizycznych, a także oświadczenie przedstawiciela wykonawcy, który informuje, że nie rozpoczął procedur związanych z pozyskaniem pracowników fizycznych w liczbie odpowiadającej założeniom programu. Poinformował, że nie planuje zatrudniać pracowników polskich. Nie potrafił udzielić odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób i kiedy uzupełni liczbę pracowników. W dokumencie tym odnotowano nadto pytanie inżyniera kontraktu, który domaga się wyjaśnień, czy wykonawca dysponuje środkami do bieżącego finansowania budowy. W odpowiedzi na to pytanie wykonawca potwierdził, że ma problemy finansowe. Zwrócił się przy tym do zamawiającego i ministra (obecnego na zebraniu) z zapytaniem o możliwość przyspieszenia płatności. W trakcie zaprotokołowanej tu narady przekazano informację z odcinka C, że liczba pracowników na obiektach inżynierskich została zredukowana o 15 osób. Przedstawiciel wykonawcy poinformował, że rezygnuje z mniej wydajnych wykonawców ze względu na problemy finansowe.

Zdaniem Sądu Okręgowego z przywołanych wyżej dokumentów wynika w sposób oczywisty, że to zachowanie wykonawcy stało się przyczyną wypowiedzenia umowy. Już pod koniec 2010 roku odnotowuje się sygnały o opóźnieniu w wykonywaniu zamówienia. Jest to fakt niepozbawiony znaczenia, bo opóźnienie w wykonaniu umowy i niedostosowanie się do wezwania do poprawienia stanowiło samodzielną podstawę wypowiedzenia umowy. Wskazane wyżej protokoły są dowodem na istnienie tych okoliczności jeszcze przed datą powstania roszczeń finansowych po stronie wykonawcy.

Trzeba dodać, że niezmiernie mało prawdopodobnym jest, by - pomijając już regulację z art. 24 ust. 1 pkt la Prawa zamówień publicznych - zamawiający skusił się na wybranie oferty podmiotu, który uczestniczył w kpn^rejUtń^Ttóremu zarzuca niewywiązanie się z umowy,

„;u oryginale właściwe podpisy

' ' - • •• SĄDOWY

z-a zgodność sekretarz

atęjuk

DP1S

które legło u podstaw kwestionowanego wyboru nowych kontrahentów, zwłaszcza w perspektywie szerokiego zainteresowania społecznego tym przypadkiem. Prawdopodobieństwo to graniczy z pewnością. Przecież w procedurze przetargowej wcale nie musi być wybrana oferta najtańsza

(yide\ art. 2 ust. 5 ustawy).

Nie można więc mówić w żadnym razie o ryzyku szkody po stronie skarżącego, w tym rozumieniu. Dlatego też skarżący nie może skorzystać ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie - Prawo zamówień publicznych dla kwestionowania udzielenia zamówienia publicznego na „Kontynuację projektowania i wykonywanie robót budowlanych w zakresie Autostrady A2 od Strykowa do Konotopy na odcinku od km 365 + 261, 42 (od węzła „Stryków I" bez węzła) do km 394 + 500" przy zastosowaniu trybu z wolnej ręki. Dlatego też Sąd Okręgowy podnoszonych w skardze zarzutów kwestionujących skuteczność zastosowania rzeczonego trybu nie badał.

O kosztach postępowania przed Sądem Okręgowym orzeczono na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198a ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych i art. 391 § 1 k.p.c., w zw. z § 10 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1349, ze zm.), przy analogicznym zastosowaniu art. 185 ust. 7 Prawa zamówień publicznych.

Z tych wszystkich powodów na podstawie art. 198f ust. 2 zd. 1 Prawa zamówień publicznych orzeczono, jak na wstępie.

-ci uiygmaie wiasciwe podpisy
za zgodność

SEKRETARZ SĄDOWY

'ę/u/c