Sygn. akt: KIO 2358/18
KIO 2369/18

WYROK

z dnia 30 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Emil Kuriata
Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie **28 listopada 2018 r.** w Warszawie odwołań wniesionych **15 i 16 listopada 2018 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniach pn.

A. *Budowa obwodnicy Ostrowca Świętokrzyskiego DK 9* (nr postępowania O.Ki.D-3.2412.23.2018.mj) – sygn. akt KIO 2358/18

B. *Zaprojektowanie i budowa obwodnicy Chełmca w ciągu drogi krajowej nr 28* (nr postępowania O.KR.D-3.2411.11.2018) – sygn. akt KIO 2369/18

prowadzonych przez zamawiającego: **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad**

przy udziale wykonawcy: **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2369/18

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołania i nakazuje zamawiającemu Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad wykreślenie ze Szczególnych Warunków Kontraktu w Subklauzuli 13.8 pkt I *Waloryzacja* postanowienia: *W związku z wprowadzeniem waloryzacji umownej Strony wyłączają stosowanie art. 357¹ KC, art. 358¹ § 3 KC, art. 632 § 2 KC.***

2. Kosztami postępowania obciąża **zamawiającego Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad** i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40000 zł 00 gr**

(słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **zamawiającego Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad** na rzecz **odwołującego STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **7200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący: **……**

……

……

Sygn. akt: KIO 2358/18
KIO 2369/18

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad za pośrednictwem oddziałów Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad {dalej również: „GDDKiA} w Kielcach i Krakowie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp" lub „pzp") w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówień publicznych na roboty budowlane pn.: po pierwsze – *Budowa obwodnicy Ostrowca Świętokrzyskiego DK 9* (nr postępowania O.Ki.D-3.2412.23.2018.mj) – sygn. akt KIO 2358/18, po drugie – *Zaprojektowanie i budowa obwodnicy Chełmca w ciągu drogi krajowej nr 28* (nr postępowania O.KR.D-3.2411.11.2018) – sygn. akt KIO 2369/18.

Ogłoszenia o tych zamówieniach zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej odpowiednio: 3 listopada 2018 r. nr 2018/S_212 pod poz. 483779 oraz 6 listopada 2018 r. nr 2018S/213 pod poz. 487658.

Wartość każdego z powyższych zamówień przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

15 i 16 listopada 2018 r. Odwołujący STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Strabag"} wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odrębne odwołania (dochowując obowiązku doręczenia ich kopii Zamawiającemu) w każdym z powyżej wymienionych postępowań o udzielenie zamówienia od treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja", „SIWZ" lub „s.i.w.z."} od postanowienia zawartego w Subklauzuli 13.8 Warunków szczególnych kontraktu {dalej również: „WSK"} w brzmieniu: *W związku z wprowadzeniem waloryzacji umownej, Strony wyłączają stosowanie art. 357^1 k.c., art. 358^1 § 3 k.c., art. 632 § 2 k.c.".*

W obydwu odwołaniach Strabag zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów Kodeksu cywilnego {dalej również: „k.c." lub „kc"} w zw. z przepisami ustawy pzp:

1. Art. 357^1 k.c., art. 358^1 § 3 k.c., art. 632 § 2 k.c. w zw. z art. 5, art. 353^1 k.c. oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 14 pzp, art. 139 ust. 1 pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 pzp – przez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa, polegające na wyłączeniu możliwości stosowania przepisów będących podstawą do sądowej zmiany umowy, a w konsekwencji naruszenie
2. Art. 7 ust. 1 pzp oraz art. 29 ust. 2 pzp – przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia

postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków inwestora związanych z przygotowaniem postępowania, w szczególności przez przerzucenie na wykonawcę wszelkich ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia.

3. Art. 29 ust. 1 w zw. z art. 357^1 k.c., art. 358^1 k.c., art. 632 § 2 k.c. oraz w zw. z art. 14 pzp i 139 ust. 1 pzp – przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, polegający na nałożeniu na wykonawcę obowiązku uwzględnienia w ofercie zdarzeń nieprzewidywalnych i nadzwyczajnych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie tego odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany warunków przyszłej umowy poprzez wykreślenie skarżonego postanowienia.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów podniesiono, co następuje.

Kwestionowanym postanowieniem projektu umowy Zamawiający usiłuje wyłączyć możliwość stosowania przepisów art. 357^1 k.c., art. 358 1 k.c., art. 632 § 2 k.c. w ramach stosunku zobowiązaniowego, jaki zostanie nawiązany w wyniku rozstrzygnięcia niniejszego postępowania. Przepisy te stanowią podstawę żądania sądowej zmiany treści tego stosunku w nadzwyczajnych, niemożliwych do przewidzenia sytuacjach. I tak art. 357^1 § 1 k.c. stanowi podstawę prawną zmiany sposobu wykonania zobowiązania, wysokości świadczenia, a nawet rozwiązania umowy w przypadku, gdy z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziło jednej ze stron rażącą stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy. Art. $358^{\ 1}$ § 3 k.c. również dotyczy możliwości zmiany umowy, tyle tylko, że w drodze zmiany wysokości lub sposobu spełnienia świadczenia pieniężnego i wyłącznie w razie istotnej zmiany siły nabywczej pieniądza. Z kolei w art. 632 § 2 k.c. przewiduje się możliwość zmiany wynagrodzenia ryczałtowego, a nawet rozwiązania umowy w sytuacji, gdy wykonanie umowy groziłoby wykonawcy rażącą stratą. Również i w tym przypadku podstawą zmiany może być nieprzewidywalna zmiana stosunków.

We wszystkich trzech przepisach chodzi o zmianę umowy, której dokonuje sąd w wyroku, poprzedzonym procesem sądowym. Artykuły 357^1 i 358^1 k.c. odnoszą się do wszystkich rodzajów zobowiązań umownych, w tym zobowiązań z umów o roboty budowlane, zaś art. 632 § 2 k.c. tylko do umów o dzieło oraz przez odpowiednie stosowanie do umów o roboty budowlane. Analizowane przepisy mają charakter wyjątkowy

i nadzwyczajny. Obowiązkiem stron umowy jest bowiem wykonanie zobowiązania zgodnie z jego treścią, zgodnie z zasadą *pacta sunt servanda*, w szczególności w ramach umów, których przedmiotem jest wykonanie zamówienia publicznego.

Przepisy regulujące klauzule *rebus sic stantibus* nie uchylają obowiązku wykonania zobowiązania zgodnie z jego treścią. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 16.05.2007r. (sygn. akt III CSK 452/06) klauzule te nie są sprzeczne z zasadą *pacta sunt servanda*, a stanowią dopełnienie i wzmocnienie tej zasady. Umożliwiają bowiem uwzględnienie okoliczności zaistniałych po zawarciu umowy, których znaczenie dla wykonania zobowiązania okazuje się na tyle istotne, że ich pominięcie prowadziłoby do znacznego i nieusprawiedliwionego zachwiania równowagi umownej, a tym samym naruszenia reguł słuszności kontraktowej [*Kodeks cywilny. Komentarz, tom III, Zobowiązania – część ogólna*, pod red. A. Kidyby].

Dynamika zmian społecznych, politycznych i gospodarczych musi znajdować wyraz także w odniesieniu do powiązań obligacyjnych. Wola stron oświadczona w momencie zawierania umowy dotyczy zawsze jakiegoś określonego stanu stosunków. Gdy stosunki te ulegną zmianie w sposób nadzwyczajny, możliwa powinna być rewizja postanowień umowy, zmierzająca do zaadaptowania ich do radykalnie zmienionych okoliczności. Odpowiedzią na tego rodzaju sytuacje stanowią wskazane wyżej regulacje kodeksowe. Regulacje te mają charakter wyjątkowy, co oznacza obowiązek ścisłej interpretacji tekstu prawnego. W nauce prawa podkreśla się też, że strony zawierające umowę muszą ponieść „zwykłe ryzyko kontraktowe", jakie wiąże się ze stałymi, normalnymi zmianami zachodzącymi w stosunkach społeczno-gospodarczych. Przepis art. 357^1 k.c. powinien znaleźć zastosowanie jedynie wówczas, gdy pewne zjawiska wywołują taką zmianę stosunków, która nie mieści się już w granicach owego zwykłego ryzyka [A. Olejniczak, *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część ogólna*, LEX 2014, teza 4 do art. 3571 k.c.).

Również w orzecznictwie sądowym podkreśla się wyjątkowość stosowania klauzuli *rebus sic stantibus* (art. 357^1 k.c.), jak i przepisów pochodnych, tj. art. 358^1 k.c. czy art. 632 § 2 k.c. Świadczą o tym użyte przez ustawodawcę sformułowania: „nadzwyczajna zmiana stosunków", „nadmierna trudność" lub „rażąca strata przy spełnieniu świadczenia". W dorobku judykatury wykształcił się pogląd, że nadzwyczajną zmianę stosunków rozumieć należy taki stan rzeczy, który zdarza się rzadko, a jednocześnie jest niezwykły, niebywały, wyjątkowy, normalnie niespotykany.

Zgodnie z przywołanymi wyżej regulacjami przesłanką zmiany może być zmiana stosunków, która była niemożliwa do przewidzenia na etapie nawiązania stosunku zobowiązaniowego. We wszystkich trzech przepisach chodzi o nieprzewidywalność

okoliczności, które wystąpiły po zawarciu umowy. Zważywszy na sens omawianych regulacji przepis art. 357^1 k.c. należy stosować dla usunięcia skutków zdarzeń nieznanych stronom przy zawieraniu umowy, które następnie doprowadziły do zniweczenia ich kalkulacji, stanowiących podstawę kontraktowania (por. W. Robaczyński, *Sądowa zmiana umowy*). Pogląd ten znajdzie zastosowanie również do pozostałych omawianych regulacji, tj. art. 358^1 k.c. oraz art. 632 § 2 k.c.

W kontekście omawianych przepisów należy zwrócić szczególną uwagę na to, że zmiana umowy dotyczy wyłącznie sytuacji niemożliwych do przewidzenia, które spowodowałyby dla zobowiązanego rażącą stratę, nadmierne trudności. Zastrzec przy tym należy, że okoliczności te dotyczą wyłącznie sytuacji, gdy spełnienie świadczenia jest ekonomicznie nieracjonalne dla każdego z rozsądnych uczestników obrotu, a nie tylko dla konkretnego dłużnika [*System prawa cywilnego, Tom 5 Prawo zobowiązań - cześć ogólna*, pod red. Ewy Łętowskiej]. Termin „zmiana stosunków" nie określa zmiany w indywidualnej sytuacji strony zobowiązania (np. kłopoty finansowe, choroba), ale zmiany w zakresie stosunków społecznych, dotyczące większej grupy podmiotów, a w szczególności zmiany warunków gospodarczych, o charakterze powszechnym i niezależne od stron [por. wyrok SN z dnia 7 maja 1993 r., I CR 5/93, LEX nr 374455, wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie VI ACa 166/17 z 14.09.2017r. LEX 2402381]. Istotna zmiana obowiązujących przepisów prawnych może także oznaczać zmianę stosunków, o których mowa w art. 3571 k.c., chociaż najczęściej będzie następstwem szczególnych wydarzeń natury gospodarczej lub społeczno-politycznej [E. Gniewek, P. Machnikowski, *Komentarz*, 2013, art. 357^1, nb 10]. Omawiane przepisy wymagają powszechności zmiany stosunków i nieprzewidywalności związanego z tym ryzyka, możliwych do przypisania szerszej grupie.

W umowach niepodlegających ustawie pzp ewentualna rewizja czy modyfikacja treści zobowiązania jest możliwa, o ile strony wyrażą na to zgodę. Możliwość taka jest co do zasady wyłączona gdy idzie o umowy o wykonanie zamówienia publicznego, gdyż zmiana takiej umowy jest ograniczona do sytuacji w niej przewidzianych, natomiast przepisy art. 357^1, 358^1. i 632 § 2 Kodeksu cywilnego odnoszą się do sytuacji niemożliwych do przewidzenia. Ze względu na art. 144 pzp umowy w sprawie zamówień publicznych co zasady cechuje stałość. Wyłącznie okoliczności przewidziane w projekcie umowy lub okoliczności przewidziane w art. 144 pzp mogą stanowić podstawę zmiany umowy. W tym zakresie uprawniony jest pogląd, że właściwością (naturą) stosunków zobowiązaniowych zawieranych w trybie ustawy pzp jest ich niezmienność.

Wykonawca na etapie kalkulacji oferty przetargowej zobowiązany jest w oparciu o dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia oszacować swoje

wynagrodzenie, uwzględniając w nim ryzyka związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Ryzyka te odnoszą się do konkretnego zamówienia, opisanego przez zamawiającego z uwzględnieniem zasad wynikających z przepisów pzp, w szczególności art. 29 ust. 1 Wykonawca przyjmuje więc ryzyko wykonania zamówienia w oparciu o przedstawione przez Zamawiającego na etapie przetargu warunki i okoliczności, możliwe do zidentyfikowania przez profesjonalistę.

Natomiast w tym przypadku Zamawiający stawia wymóg uwzględnienia w ofercie przetargowej okoliczności, które nie zostały przewidziane w warunkach umowy czy w opisie przedmiotu zamówienia. Oczekuje tym samym od wykonawców skalkulowania w ofercie ryzyk niemożliwych do zidentyfikowania na etapie przygotowania oferty. Jak wyżej wskazano, przepisy art. 3571 k.c., 358^{1} k.c. czy 632 § 2 k.c. mają charakter szczególny i wyjątkowy. Stanowią jedynie podstawę zwrócenia się przez stronę stosunku o dokonanie przez sąd zmiany jego treści. Przesłanką sądowej zmiany umowy na każdej z omawianych podstaw jest wyjątkowość i nieprzewidywalność. Jeśli więc Zamawiający wymaga skalkulowania w cenie oferty okoliczności i ryzyk nieprzewidywalnych, tym samym pozwala na składanie ofert o charakterze spekulacyjnym, wbrew zasadom wyrażonym w przepisach art. 29-31 pzp. Doprowadzi to do założenia w postępowaniu ofert, które nie będą porównywalne. Każdy rozsądny wykonawca ryzyka te skalkuluje w odmienny sposób, opierając się wyłącznie na spekulacjach.

W powyższym zakresie zasadny jest więc zarzut naruszenia przez Zamawiającego swojej pozycji dominującej i skonstruowania umowy, która narusza wskazane na wstępie przepisy art. 5 k.c., 353^{1} k.c. i 58 k.c.

Odwołujący oświadczył, że znane mu jest aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie zasady swobody umów w systemie zamówień publicznych, w tym pogląd, w myśl którego zasada ta może ulegać ograniczeniu. Odwołujący rozumie powoływaną w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej argumentację, że zamawiający nie możliwości swobodnego wyboru kontrahenta, ale w zamian ma prawo kształtowania warunków umowy. To z kolei powoduje, że wykonawca nie ma wpływu na kształt zawieranej umowy. Umowa i jej postanowienia są znane wykonawcy na etapie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem „wykonawca może rekompensować sobie ryzyka, jakimi jest obciążony, poprzez właściwą wycenę oferty” (vide: wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 14 kwietnia 2008 r. sygn. akt X Ga 67/08).

O ile możliwy do przyjęcia jest pogląd, że w ramach swobody kontraktowania strony mogą ukształtować wzajemne ryzyka w wykonaniu zobowiązania, o tyle swoboda ta nie obowiązuje w reżimie zamówień publicznych. To zamawiający ustala warunki udziału

w postępowaniu, dokonuje opisu przedmiotu zamówienia, a przede wszystkim ustala warunki przyszłej umowy. Nie może być mowy o negocjowaniu postanowień umowy przez strony w realiach niniejszej sprawy. Jedyną formą negocjacji jest wyrażenie przez wykonawcę sprzeciwu dzięki skorzystaniu ze środków ochrony prawnej.

Odwołujący stwierdził, że co do zasady nie kwestionuje uprawnienia Zamawiającego do konstruowania warunków przyszłej umowy. Zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 15.05.2015 r. sygn. akt KIO 892/15).

W wyroku z 17.03.2017 r. (sygn. akt KIO 409/17) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że z art. 353^1 k.c. wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy, o ile jest ona objęta ich zgodnym zamiarem. Powoływanie się tylko na wspomnianą regulację, poparte twierdzeniem o nieprawidłowym, nadmiernie obciążającym wykonawcę, rozkładzie ryzyk kontraktowych, nie jest wystarczające do ingerencji w treść przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odpowiedzią na jednostronne ustalanie przez zamawiającego rozkładu ryzyk w umowie jest jednostronne uprawnienie wykonawcy do określenia w ofercie ceny, za którą gotów jest zrealizować zamówienie. Dopóki postanowienia wzoru umowy zawierają informacje pozwalające wykonawcy skalkulować wspomniane ryzyka. dopóty brak jest podstaw do interwencji Izby w kształt stosunku obligacyjnego, jaki zostanie nawiązany w następstwie udzielenia zamówienia publicznego.

W ocenie Odwołującego wykonawca ma prawo zapewnić sobie ekwiwalentność świadczenia zamawiającego przez żądanie wynagrodzenia z tytułu nałożonego na niego ryzyka. W realiach niniejszej sprawy wykonawca nie ma jednak możliwości skalkulowania w cenie oferty ryzyk, które w swej istocie mają charakter nieprzewidywalny. Nie istnieją tym samym podstawy do ujęcia ich w ofercie, chyba że wyłącznie w oparciu o dowolne spekulacje, które dla każdego z wykonawców będą inne, a tym samym nieporównywalne.

Odwołujący podkreślił ponadto, że wyłączenie możliwości stosowania klauzul *rebus sic stantibus* prowadzi w rzeczywistości także do ograniczenia, a w niektórych przypadkach nawet do pozbawienia wykonawców prawa do ochrony swoich praw na drodze sądowej. Zgodnie bowiem z treścią przepisów art. 357^1 k.c. art. 358^1 k.c., art. 632 § 2 k.c. to sąd ocenia, czy spełnione są przesłanki do ich zastosowania. Wyłączenie ww. przepisów stanowi zatem w swej istocie pozbawienie prawa do sądu.

W ocenie Odwołującego dokonane w tych postępowaniach o udzielenie zamówienia zastrzeżenie należy ocenić jako nieskuteczne z punktu widzenia wskazanych wyżej regulacji art. 5 k.c., 58 k.c. i 353^1 k.c. Sposób formułowania warunków umowy przez Zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 k.c.), ograniczeń swobody kontraktowania (353^1 k.c.) a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 k.c.).

W realiach sprawy uprawniony jest zarzut, że Zamawiający nie może czynić ze swego prawa do ustalenia wzorca umownego użytek, który jest sprzeczny z ustawą k.c., ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa, a także z zasadami współżycia społecznego (zwłaszcza w sytuacji, gdy Zamawiający formułuje jednostronnie warunki umowy). Umowne regulacje nie mogą sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, co wynika wprost z przepisu art. 353^1 k.c. Zasada swobody umów stanowi, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Na treść zasad współżycia społecznego składają się elementy etyczne i socjologiczne, kształtowane przez oceny moralne i społeczne. W niniejszym postępowaniu w ramach pojęcia zasad współżycia społecznego na szczególną uwagę zasługują zasady sprawiedliwości kontraktowej, uczciwości kupieckiej, równej pozycji stron umowy. Zasady te znajdują zastosowanie w umowach wzajemnych, w tym też umowach w sprawie zamówień publicznych. W ocenie odwołującego rażąco nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontaktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 353^1 k.c. w ramach kształtowania stosunków obligacyjnych, czemu rzetelny wykonawca musi się sprzeciwić. Powyższe implikuje nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego zawierającej niedozwolone postanowienia, stosownie do treści art. 58 k.c.

Dodatkowo Odwołujący wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 5 k.c., w myśl którego nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie może korzystać z ochrony. Zamawiający wykorzystał swoją pozycję w strukturze zamówień publicznych, narzucając rażąco niekorzystne dla potencjalnych wykonawców postanowienie umowy, pozbawiając ich tym samym możliwości sądowej zmiany umowy. Wobec powyższego za zasadny należy uznać zarzut nadużycia prawa przez Zamawiającego w trakcie tworzenia projektu umowy.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący zaznaczył, że nie stanowi uzasadnienia dla zaskarżonej czynności Zamawiającego wskazanie w warunkach przyszłej umowy

postanowień będących podstawą wprowadzenia zmian umowy ani też możliwość zastosowania waloryzacji wynagrodzenia. Są to okoliczności przewidziane na etapie kalkulacji oferty przetargowej, tym samym nie mogą być podstawą żądania zmiany umowy w oparciu o analizowane przepisy art. 357^1 § 1 k.c., 358^1 § 3 k.c. i 632 § 2 k.c., które w istocie odnoszą się do sytuacji nieprzewidywalnych.

Zdaniem Odwołującego uwzględnienie jego argumentacji zapewni wykonawcom ubiegającym się o przedmiotowe zamówienia warunki do kalkulacji ceny ofertowej z poszanowaniem zasad konkurencyjności, w oparciu o opis przedmiotu zamówienia dający szansę na złożenie porównywalnych ofert. Odwołujący stwierdził, że jako organizacja skupiająca przedsiębiorców realizujących inwestycje z zakresu infrastruktury drogowej i ubiegających się o udzielenie zamówień publicznych w tym zakresie, widzi w zapisie o wyłączeniu stosowania 357^1 § 1 k.c., 358^1 § 3 k.c. i 632 § 2 k.c. istotne zagrożenie dla branży budowlanej i nie godzi się na konsekwencje wyłączenia stosowania ww. przepisów. Zaskarżona czynność Zamawiającego godzi w powołane na wstępie przepisy prawa.

Odwołujący dodał, że jego argumentacja została podzielona przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyrokach wydanych: 15.02.2018 r. (sygn. akt KIO 173/18),10.07.2018 r. (sygn. akt KIO 1266/18), 08.08.2018 r. (sygn. akt KIO 1436/18), 13.08.2018 r. (sygn. akt KIO 1494/18), 12.10.2018 r. (sygn. akt KIO 1951/18), w wyniku których Zamawiający został zobowiązany do usunięcia z warunków umowy kwestionowanego zapisu.

W odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2358/18 Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, podnosząc, jak niżej.

Po pierwsze – wbrew zarzutom Odwołującego – kierując się świadomością, że regulacja zawarta w przepisach art. $357^{\ 1}$ k.c., art. $358^{\ 1}$ § 3 k.c. oraz art. 632 § 2 k.c. jest objęta kanonem norm a charakterze dyspozytywnym, nie było głównym celem Zamawiającego uprzywilejowanie swojej pozycji w treści projektu umowy wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa w rozumieniu przepisu art. 5 k.c., tj. poprzez wyłączenie możliwości stosowania przepisów będących podstawą do sądowej zmiany umowy. Ponadto Zamawiający jako podmiot reprezentujący interesy Skarbu Państwa popiera wspieranie zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak również wykazuje dbałość o efektywne wydatkowanie środków publicznych.

Po drugie, postanowienie umowne dotyczące klauzuli waloryzacyjnej wprowadzone w treści SIWZ stanowi wyraz dbałości o szeroko rozumiane interesy zarówno

Zamawiającego, jak i Odwołującego, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, a który tym samym będzie realizował przedmiot zamówienia na zasadach określonych w umowie.

W postepowaniach prowadzonych w oparciu o przepisy ustawy pzp również ma zastosowanie zasada swobody umów wyrażona w dyspozycji przepisu art. 353 [1] k.c., który wprost określa granice swobody umów, wskazując, iż treść lub cel stosunku prawnego nie może sprzeciwiać się jego właściwości (naturze), ustawie oraz zasadom współżycia społecznego.

Tym samym w ocenie Zamawiającego umowne wyłączenie stosowania przepisów art. 357^1 k.c., art. 358^1 § 3 k.c. oraz art. 632 § 2 k.c jest prawnie dopuszczalne. Zamawiający podkreślił, że w treści SIWZ zostały wprowadzone postanowienia dotyczące waloryzacji umownej, które szczegółowo opisują okoliczności i warunki możliwej zmiany wynagrodzenia. Postanowienia te nie były kwestionowane przez Wykonawcę oraz uznane zostały za prawidłowe. Dlatego też, wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający w należyty sposób uwzględnił w treści SIWZ interesy wszystkich stron procesu inwestycyjnego, rozkładając pomiędzy nimi ewentualne ryzyko zmian sytuacji na rynku. W ocenie Zamawiającego zawarcie w umowie postanowień o waloryzacji umownej i jednoczesne wyłączenie stosowania przepisów art. 357^1 k.c., art. 358 [1] § 3 k.c. oraz art. 632 § 2 k.c. nie stanowi nadużycia prawa ani niezgodnego z prawem wykorzystania pozycji dominującej.

Zamawiający podkreślił, że przepisy art. 357^1 k.c., art. 358^1 § 3 k.c. oraz art. 632 § 2 k.c. mają charakter dyspozytywny. Oznacza to, że mogą być zmienione w postanowieniach umownych przez strony stosunku obligacyjnego oraz mieszczą się w granicach swobody kontraktowej.

Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą *brak uregulowania w umowie kwestii objętych zakresem stosowania przepisu art. 357 (1) k.c. mającego charakter dyspozytywny oznacza dopuszczenie do stosowania tego przepisu* (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 9 lutego 2015 r. sygn. akt XXV C 827/12).

Podobnie stanowisko prezentują przedstawiciele doktryny:

Zwężenie, wyłączenie, ale także rozszerzenie zakresu zastosowania art 357 (1) może w umowie zostać zastrzeżone w sposób wyraźny lub dorozumiany. Strony mogą też wprost stwierdzić w umowie, że w razie zmiany okoliczności umowa zostanie skorygowana, jest to więc umowne zastrzeżenie klauzuli rebus sic stantibus [GudowskiJacek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna*, wyd. II, publ. WKP 2018 r.].

Wskazuje się, że art. 357(1) k.c. ma charakter dyspozytywny, a co za tym idzie: strony mogą w umowie odmiennie niż w rozwiązaniu ustawowym rozłożyć przyjmowane na

siebie ryzyko kontraktowe [Fras Mariusz (red.), Habdas Magdalena (red.), *Kodeks cywilny, Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna* (art. 353-534), publ. WKP 2018 r.].

Umowna regulacja wyłączająca możliwość podwyższenia na podstawie art. 632 § 2 k.c. wynagrodzenia ryczałtowego wykonawcy, w razie zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, jeśli wykonanie robót groziłoby wykonawcy rażącą stratą nie sprzeciwia się celowi zawartej w art. 632 § 2 k.c. regulacji. Przepis ten, podobnie jak art. 357^1 k.c., pozwala na zmianę treści zobowiązania przez sąd ze względu na zmianę stosunków, do jakiej doszło po zawarciu umowy. Podobną funkcję spełniają nieliczne przepisy regulujące określone rodzaje stosunków zobowiązaniowych (zob. np. art. 700, 907 § 2 k.c.). W doktrynie prawa cywilnego art. 357^1 k.c., który ma charakter ogólny, zaliczany jest do przepisów dyspozytywnych, zatem dopuszczalne jest umowne wyłączenie jego zastosowanie lub modyfikacja przewidzianych w nim reguł w ramach granicach swobody zawierania umów (art. 353^1 k.c.). W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, że zakres zastosowania normy ujętej art 632 § 2 k.c. jest węższy, zawiera się w zakresie stosowania normy art. 357^1 k.c. Niewątpliwie węższy jest krąg adresatów normy pierwszej, obejmuje wyłącznie wykonawców, natomiast Zakres warunków jej zastosowania przedstawia się albo, jako węższy (tylko wynagrodzenie), albo, jako równoważny (zmiana stosunków) 'warunkom zastosowania art. 357^1 k.c. Co do zmiany stosunków art. 632 § 2 k.c. dopuszcza zmianę umowy w razie zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć.

Odwołanie się przez ustawodawcę do nieprzewidywalności zmiany stosunków wskazuje, że chodzi tu o przypadki wychodzące poza zakres zwykłego ryzyka kontraktowego, a zatem o przypadki analogiczne jak objęte działaniem normy art. 357^1 k.c. Powyższe wskazuje na podrzędny charakter normy wynikającej z art. 632 § 2 k.c., co uzasadnia posłużenie się regułą lex specialis derogat legi generali (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29 marca 2012 r., I CSKL 333/11, zob. tez wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2012 r., sygn. akt 366/11, a także wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 6 lutego 2013 r., sygn. akt VI Ca 1097/12) (...) *Przepis art. 632 § 2 k.c. ma charakter dyspozytywny. Przyjęcie w art. 632 § 2 k.c. jednostronnej ochrony wykonawcy (przyjmującego zamówienie) nie pozbawia stron umowy o roboty budowlane w ramach swobody zawierania umów (art. 353 (1) k.c.) możliwości ułożenia tego stosunku prawnego według swego uznania w ten sposób, że zostanie zrównoważone ryzyko przyjęcia wynagrodzenia wykonawcy w formie ryczałtowej. Wówczas przeciwwagą dla ryzyka wykonawcy powstania rażącej straty związanej z nieprzewidywalnym wzrostem cen materiałów budowlanych i innych elementów kosztów robót budowlanych jest sytuacja prawna inwestora, który nie może żądać obniżenia wynagrodzenia ryczałtowego nawet*

w przypadku, gdy wykonawca osiągnął wyższe od oczekiwanych korzyści np. na skutek spadku cen materiałów budowlanych i innych elementów kosztów robót budowlanych – wyrok Sądu Najwyższego z 18 września 2013 r., sygn. akt V CSK 436/12.

W ocenie Zamawiającego nieuzasadniony jest zarzut dotyczący naruszenia natury zobowiązania, czy też zasad współżycia społecznego, gdyż zasady, w oparciu o które przy wykonywaniu umowy waloryzacja będzie przeprowadzana, jak wynika z treści SIWZ, zostały przez Zamawiającego do tychże warunków umownych skutecznie i obszernie wprowadzone. W konsekwencji postanowienie SIWZ umownie wyłączające możliwość zastosowania powołanych w odwołaniu przepisów kodeksu cywilnego nie może zostać uznane za nieważne w rozumieniu art. 58 § 1 i 2 k.c.

Odnośnie zarzutu nadużycia przez Zamawiającego prawa podmiotowego, czy też pozycji dominującej, Zamawiający podkreślił, że kształtowanie warunków realizacji zamówienia w prowadzonym postępowaniu następuje zgodnie z ustawą pzp., w sposób uwzględniający zarówno jego interes, jak i interes wykonawcy, któremu zamówienie zostanie udzielone, a zatem nie nosi znamion nadużycia prawa podmiotowego.

Zamawiający zwrócił uwagę, że w wyroku z 17 marca 2017 r. sygn. akt KIO 409/17, Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, że: *Postanowienia wzoru umowy są identyczne dla każdego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. O ile nie zostanie wykazane, że sposób ich ukształtowania niezasadnie preferuje tych spośród wykonawców, którzy – przykładowo – są w stanie wziąć na siebie większe ryzyko kontraktowe, od innych, zarzut naruszenia ww. przepisu nie zasługuje na pozytywną ocenę*. I podkreślił, że warunki realizacji tego zamówienia zostały przez niego szeroko i precyzyjnie opisane oraz są znane każdemu potencjalnemu wykonawcy. Wykonawca natomiast ma swobodę w podjęciu decyzji co do zawarcia umowy z Zamawiającym o treści przez niego proponowanej. Tym samym działanie Zamawiającego mieści się w granicach swobody umów w rozumieniu dyspozycji przepisu art. 353^1 k.c. (zob. Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 29 kwietnia 2016r., sygn. akt: I CSK 306/15), korzysta z ochrony i nie stanowi nadużycia prawa. A z uwagi na określenie tożsamych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dla wszystkich wykonawców i ich dostępność w tym samym czasie, niezasadny jest zarzut naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji.

Zamawiający odwołał się również do stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonego w wyroku z 8 września 2017 r. sygn. akt KIO 1790/17, w którym Izba podkreśliła: *Aby mogło dojść do wypełnienia hipotezy normy prawnej ujętej w treści art. 5 ustawy Kodeks cywilny zamawiający musiałby zastosować klauzule umowna niezgodnie z gospodarczym lub społecznym przeznaczeniem swojego uprawnienia. Taka sytuacja może*

zatem mieć miejsce jedynie na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, zaś na etapie składania ofert ewentualna podstawa faktyczna tego zarzutu ma charakter czysto hipotetyczny.

Zdaniem Zamawiającego wyłączenie przez niego stosowania ww. przepisów Kodeksu cywilnego i jednoczesne umowne określenie szczegółowych zasad prowadzenia waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy nie naruszają interesów Odwołującego, a jedynie stabilizują sytuację kontraktową wszystkich stron umowy i na etapie realizacji zadania pozwolą na sprawniejszą ocenę zasadności ewentualnych roszczeń zgłaszanych przez wykonawców w trybie Subklauzuli 20.1 WSK, która pozwala na uwzględnienie szeregu okoliczności, które nie są do przewidzenia – zarówno przez wykonawców, jak i Zamawiającego – na etapie składania ofert i zawierania umowy. Postanowienia umowne dotyczące waloryzacji pozwalają w sposób uwzględniający interes obu stron umowy rozłożyć ryzyka w przypadku zmiany stosunków lub zmiany siły nabywczej pieniądza.

W ocenie Zamawiającego we wzorcu umownym Zamawiający przewidział odpowiedni umowny mechanizm waloryzacyjny, który jest względniejszy niż ten wynikający z uregulowań Kodeksu cywilnego – patrz postanowienia Subklauzuli 13.8 WSK. Zamawiający podkreślił, że ukształtował postanowienie umowne Subklauzuli 13.8 SWK na zasadzie swojego obowiązku, a nie uznania, co wynika już z literalnego brzmienia zapisu o treści: *Kwoty płatne Wykonawcy będą korygowane dla oddania wzrostów lub spadków cen zgodnie z niniejszą Subklauzulą*, co w efekcie chroni w szerszy sposób uzasadnione interesy wykonawcy, gdyż waloryzacja sądowa jest z natury rzeczy nieprzewidywalna jako uzależniona od uznaniowości sądu, tj. stanowi przejaw stosowania tzw. „prawa sędziowskiego” w ramach niesprecyzowanej żadnymi przepisami uznaniowości sędziego orzekającego w danej sprawie. Tym samym przedmiotowy zapis jest korzystny dla obu stron umowy, jako wyłączający możliwość powstania potencjalnych sporów, mogących utrudniać jej prawidłowe wykonywanie i realizację.

Ponadto Zamawiający zauważył, że w przedmiotowym zamówieniu interesy Odwołującego chronione są przez przepis art. 142 ust. 5 pzp., który przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w sytuacji zmiany stawki podatku od towarów i usług, wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, oraz zmianę zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę. Zamawiający podkreślił również, że w umowie została

również przewidziana możliwość zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy na podstawie art. 144 ust. 1 pzp. Tym samym prawnie uzasadnione interesy Odwołującego, który w następstwie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej będzie realizował przedmiotowe zamówienie, będą bowiem, chronione w sposób należyty. Dla Odwołującego będzie również dostępna droga sądowa w zakresie określonym przepisami ustawy p.z.p.

Dopuszczalność uzasadnionych zmian umowy na etapie jej realizacji powoduje, że nie jest konieczne ani potrzebne kalkulowanie przez wykonawcę przy tworzeniu i składaniu oferty, takich ryzyk, które nie są obiektywnie możliwe do przewidzenia na etapie składania ofert, co czyni przedmiotowe odwołanie niezasadnym. W trakcie realizacji obie strony umowy będą wyposażone w odpowiednie narzędzia i możliwości mające na celu dokonanie odpowiedniej waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy oraz dokonanie uzasadnionych zmian dotychczasowych postanowień tej umowy, adekwatnie do konkretnych potrzeb zaistniałych w trakcie jej wykonywania.

Zamawiający oświadczył, że udziela zamówienia publicznego w ściśle określonym celu, bezpośrednio związanym z prawidłową i terminową realizacją zadań publicznych, ma przy tym swobodę w zakresie zaoferowania warunków umowy w sposób najlepiej zabezpieczający osiągnięcie założonego przez siebie celu. Swoboda kontraktowania doznaje jednak ograniczeń wynikających z ustawy pzp, zasad współżycia społecznego oraz natury stosunku prawnego, przy uwzględnieniu specyficznej roli umów zawieranych w ramach zamówień publicznych. Zamawiający zauważył, że w postępowaniu o zamówienie publiczne zasada negocjowania warunków umowy zgodnie z art. 353^1 k.c. nie może być w pełni stosowana. Warunki zamówienia, do których potencjalni wykonawcy mogą przystąpić, są bowiem jednostronnie określane przez Zamawiającego. Z kolei uprawnienia wykonawców w zakresie wpływu na warunki umowy ograniczają się do kontroli działań zamawiającego w kontekście bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, a nie dotyczą sfery, która podlega swobodzie kształtowania przez strony (tak np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2014 r. sygn. akt: KIO 1023/14).

Określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do Zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym odbiorcą tego zamówienia. Jest on zatem uprawniony do opisania przedmiotu zamówienia stosownie do własnych potrzeb, tak aby dokonane zakupy spełniały oczekiwania. O ile opis przedmiotu zamówienia jest podyktowany obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a nie chęcią zawężenia kręgu wykonawców mogących zrealizować zamówienie czy faworyzowania konkretnego przedsiębiorcy kosztem innych, wykonawcy nie mogą skutecznie w ten opis ingerować i decydować za zamawiającego, jakie rozwiązania powinien dopuścić. Zamawiający ma

bowiem prawo samodzielnie, bez ingerencji innych podmiotów, określać własne potrzeby, a dopiero naruszenie przez zamawiającego wytycznych wynikających z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. póz. 1579 ze zm.) daje możliwość skutecznego zakwestionowania opisu przedmiotu zamówienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5 stycznia 2018 r. sygn. KIO 83/18). Podobnie w wyroku z 27 marca 2017 r. sygn. akt KIO 387/17: *Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy doznaje w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pewnych ograniczeń. Wykonawca przed terminem złożenia ofert może składać wszelkie propozycje co do kształtowania i brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może, lecz nie musi uwzględnić.*

Ponadto zdaniem Zamawiającego w niniejszym postępowaniu niezasadny jest również zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 pzp, gdyż wprost i jednoznacznie określił w treści postanowień SIWZ, które z przepisów dyspozytywnych kodeksu cywilnego będą wyłączone z ich stosowania przy wykonywaniu umowy. Tym samym zapis ten jest jednoznaczny i wyczerpujący, oraz klaruje sytuację wykonawców na równych zasadach dla wszystkich uczestników postępowania w jednakowym stopniu i uwzględniającą wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Przepis art. 29 ust. 1 pzp nie powinien być odczytywany jako nakładający na Zamawiającego obowiązek uwzględnienia i wyeliminowania z opisu przedmiotu zamówienia uzasadnionych wymagań, które dla wykonawcy mogą stanowić źródło ewentualnych niedogodności czy potrzeby reorganizacji swojej pracy bądź stworzenia nowych rozwiązań dostosowanych do realizacji konkretnego zamówienia (tak np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 12 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2506/17).

Zamawiający stwierdził, że jako dysponent postępowania, z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji, decyduje co ma być przedmiotem zamówienia. Przywołał stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zawarte w wyroku z 2 października 2017 r. sygn. akt KIO 2124/17, zgodnie z którym: *Aby wykazać, że opis przedmiotu zamówienia narusza przepisy art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. I ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r. póz. 2164 ze zna), a więc narusza zasady równego traktowania wykonawców oraz konkurencyjności zamówień, odwołujący winien co najmniej uprawdopodobnić, że w postępowaniu nie można złożyć oferty spełniającej wymogi zamawiającego. Niemożność ta powinna mieć charakter obiektywny – -w tym sensie, że nie tylko odwołujący nie jest w stanie spełnić wymogów zamawiającego co do realizacji przedmiotu zamówienia* Zdaniem Zamawiającego Odwołujący w żaden sposób nie wykazał

niemożności złożenia oferty odpowiadającej wymaganiom Zamawiającego.

W odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2369/18 Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, argumentując, jak niżej.

W pierwszej kolejności wskazał, że również w reżimie zamówień publicznych znajduje zastosowanie zasada swobody umów wyrażona w art. 353 [1] k.c. Granice tej swobody określa wprost przepis art. 353 § 1 k.c., zgodnie z którym treść lub cel stosunku nie może sprzeciwiać się jego właściwości (naturze) , ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Zastosowanie powyższej zasady do umów zawieranych na skutek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: *Stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy PZP zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Art. 14 ust. 1 ustawy PZP stanowi, iż do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2017 r. poz. 459, 933 i 1132), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej „umowami", stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Stosownie natomiast do art. 353[1] k.c., określającego granice swobody umów, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego* (KIO 1826/18).

Strony umowy, zgodnie z powyższą zasadą swobody umów, mają prawo do wprowadzenia umownej klauzuli waloryzacyjnej. Tego rodzaju działanie jest wyrazem dbałości o szeroko rozumiane interesy wykonawcy, który będzie realizował przedmiot zamówienia na zasadach określonych w umowie. Tego rodzaju klauzule waloryzacyjne wprowadzono również do projektu umowy zawartej w SIWZ (subklauzula 13.8. WSK).

Przepisy prawa, których nieuprawnione wyłączenie stosowania Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, stanowią tzw. normy względnie obowiązujące, których zastosowanie może być ograniczone lub wyłączone wolą stron. Brak jakiejkolwiek normy prawnej, która zabraniałaby umownego włączenia stosowania art. 357 [1] k.c., art. 358[1] § 3 k.c. oraz art. 632 § 2 k.c. w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis art. 139 ustawy pzp stanowi wyraźnie, iż do umów w sprawie zamówień publicznych stosuje się przepisy

Kodeksu cywilnego, a więc i powołane wyżej przepisy. Nie można zatem uznać, że umowne wyłączenie stosowania tychże przepisów stanowi nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego, a w konsekwencji nadużycie prawa.

Dyspozytywny charakter wspomnianych przepisów Kodeksu cywilnego potwierdza ugruntowane orzecznictwo, w tym orzecznictwo Sądu Najwyższego, jak również poglądy doktryny:

Ponadto brak uregulowania w umowie kwestii objętych zakresem stosowania przepisu art. 357 (1) k.c. mającego charakter dyspozytywny oznacza dopuszczenie do stosowania tego przepisu [wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 9 lutego 2015 r. sygn. akt XXV C 827/ 12].

Zwężenie, wyłączenie, ale także rozszerzenie zakresu zastosowania art. 357(1) może w umowie zostać zastrzeżone w sposób wyraźny lub dorozumiany. Strony mogą też wprost stwierdzić w umowie, że w razie zmiany okoliczności umowa zostanie skorygowana, jest to więc umowne zastrzeżenie klauzuli rebus sic stantibus [Gudowski Jacek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna*, wyd. II, publ. WKP 2018 r.];

Wskazuje się, że art. 357(1) k.c. ma charakter dyspozytywny, a co za tym idzie: strony mogą w umowie odmiennie niż w rozwiązaniu ustawowym rozłożyć przyjmowane na siebie ryzyko kontraktowe [Fras Mariusz (red.), Habdas Magdalena (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. cześć ogólna* (art. 353-534), publ. WKP 2018]

Artykuł 632 § 2 k.c. nie zawiera w swej treści żadnego sformułowania, które mogłoby wskazywać na jego imperatywny charakter. (...) *zarówno wykładnia językowa jak i wykładnia systemowa przemawiają za traktowaniem art. 632 § 2 k.c. jako przepisu dyspozytywnego. Umowna regulacja wyłączająca możliwość podwyższenia na podstawie art. 632 § 2 k.c. wynagrodzenia ryczałtowego wykonawcy, w razie zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, jeśli wykonanie robót groziłoby wykonawcy rażącą stratą nie sprzeciwia się celowi zawartej w art. 632 § 2 k.c. regulacji.* (...) *W doktrynie prawa cywilnego art. 357(1) k.c., który ma charakter ogólny, zaliczany jest do przepisów dyspozytywnych, a zatem dopuszczalne jest umowne wyłączenie jego zastosowanie lub modyfikacja przewidzianych w nim reguł w ramach granicach swobody zawierania umów (art. 353(1) k.c.)* [wyrok Sądu Najwyższego z 18 września 2013 r. sygn. akt V CSK 436/12].

Zdaniem Zamawiającego umowne wyłączenie klauzul waloryzacji sądowej nie stanowi ani naruszenia prawa podmiotowego, ani ograniczenia swobody kontraktowej. Nie powoduje również nieważności umowy w rozumieniu art. 58 1 i 2 k.c. (nieważność ta musiałaby zostać dodatkowo stwierdzona w rozstrzygnięciu sądowym).

Prawem Zamawiającego – zgodnie z przepisami ustawy pzp – jest jednostronne

kształtowanie postanowień przyszłej umowy. Powyższe nie oznacza jednak, że Zamawiający nie uwzględnia również, oprócz interesu publicznego i własnego, interesu wykonawcy. Treść przyszłej umowy o udzielenie zamówienia publicznego jest publikowana w ramach treści SIWZ, które są jawne dla wszystkich ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców. Co więcej, warunki przyszłej umowy są identyczne dla każdego z tych podmiotów. Każdy potencjalny wykonawca ma swobodę podjęcia decyzji odnośnie przystąpienia do postępowania a następnie zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego o treści zaproponowanej przez Zamawiającego. Powyższe stanowi również wyraz zasady swobody umów, której naruszenie Odwołujący zarzuca (tak SN z 29.04.2016r., sygn. akt I CSK 306/15 oraz SN z 25.05.2011 r. sygn. akt: II CSK 528/10). Nie ma tu mowy o jakimkolwiek elemencie przymusu, który decydowałby o nadużyciu prawa, bądź wykorzystaniu pozycji dominującej przez Zamawiającego. Warunki udzielenia zamówienia dla wszystkich potencjalnych wykonawców są takie same i udostępniane im w tym samym czasie, zatem nie może być zasadny zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

Zamawiający przytoczył wyrok Izby z 13.04.2018 r. (sygn. akt: KIO 537/18, 538/18): *Zamawiający jako gospodarz postępowania oraz dysponent środków publicznych posiada uprawnienie do ukształtowania zapisów przyszłej umowy w sposób, który najpełniej zabezpieczy jego interesy. Co więcej jak wynika z orzecznictwa sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej w przypadku umów o zamówienie publiczne przytoczone w treści pytania zasady kształtowania umów doznają znacznego ograniczenia. Zgodnie z wyrokiem SO w W-wie z 20.02.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 924/14, stwierdził, że w odniesieniu do zamówień publicznych zasada swobody umów i równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu. Uprzywilejowana pozycja Zamawiającego sprawia, że w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie istnieje równowaga stron postępowania. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów Pzp, które zastrzegają określone uprawnienia dla zamawiającego, m.in. w świetle Pzp treść oferty złożonej przez wykonawcę musi być podporządkowana specyfikacji istotnych warunków zmówienia wyznaczanych przez zamawiającego. To zamawiającemu przyznano prawo do decydowania o istotnych postanowieniach umowy, która zostanie zawarta w drodze przetargu publicznego, co czyni go niewątpliwie stroną silniejszą. Zauważyć należy, że przewaga zamawiającego, która wynika z jego działania w interesie publicznym powoduje, że charakter umowy o zamówienie publiczne może być przyrównywany do umów adhezyjnych. SO w W- o wie w wyroku z dnia 14.04.2008 r. (sygn. akt X Ga 67/08) stwierdził, że „Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów*

(art. 353 III k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową". Również linia orzecznicza KIO w tym zakresie stoi na stanowisku, że „zasada równości stron umowy w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego po stronie wykonawcy jawi się w szczególności tym, że ma on prawo swobodnej decyzji czy weźmie udział w postępowaniu, czy też nie. Zgodnie z art. 353 III k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. Nie może zatem wykonawca kwestionować projektu umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla niego. Ponadto przez składanie ofert w postepowaniu o udzielenie zamówienia publicznego to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia narzuconych przez Zamawiającego, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z tak sformułowanej umowy w sprawie zamówienia (KIO 655/ 15)"

Zamawiający odwołał się również do stanowiska Krajowej Izby wyrażonego w wyroku z 8 września 2017 r. sygn. akt KIO 1790/ 17, w którym Izba podkreśliła: 1*. Aby mogło dojść do wypełnienia hipotezy normy prawnej ujętej w treści art. 5 ustawy Kodeks cywilny zamawiający musiałby zastosować klauzule umowną niezgodnie z gospodarczym lub społecznym przeznaczeniem swojego uprawnienia. Taka sytuacja może zatem mieć miejsce jedynie na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, zaś na etapie składania ofert ewentualna podstawa faktyczna tego zarzutu ma charakter czysto hipotetyczny.* (...) *Co do naruszenia art. 353(1) KC w toku postępowania odwoławczego nie doszło do wykazania, że wprowadzony w wyniku modyfikacji przez zamawiającego sposób kreowania przez wykonawców zakresu przedmiotowego i tym samym ceny ofertowej, jest niezgodny z istotą (naturą) formuły „zaprojektuj i wybuduj" lub z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa. Choć ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) nie zawiera odrębnych regulacji w zakresie opisu przedmiotu zamówienia przy tego typu formule prowadzenia inwestycji z istoty jej wynika właśnie taki sposób „dochodzenia" przez wykonawców do identyfikacji całego zakresu przedmiotowego.* (...) *Z naruszeniem art, 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych mamy do czynienia wówczas.*

gdy dochodzi do zróżnicowania przez podmiot zamawiający działań wobec wykonawców znajdujących się w identycznej sytuacji prawnej lub faktycznej. W przypadku opisu przedmiotu zamówienia nie zawsze dochodzi do naruszenia tego przepisu. Taka sytuacja ma bowiem miejsce wówczas, gdy określona konstrukcja tego opisu stawia w uprzywilejowanej sytuacji poszczególnych wykonawców kosztem innych (dyskryminacja podmiotowa – bezpośrednia) lub określone produkty lub rozwiązania technicznej (dyskryminacja przedmiotowa – pośrednia). Jest to konsekwencją tego, że co do zasady art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych nie może stanowić samodzielnego zarzutu i winien być on dopełniony treścią innego – szczegółowego przepisu z jednoczesnym wykazaniem zróżnicowania sytuacji poszczególnych wykonawców znajdujących się w tożsamej sytuacji podmiotowej.

Powyższe według Zamawiającego potwierdza, że jego działania polegające na zmianie zasad ewentualnej waloryzacji nie naruszają interesów wykonawców, a jedynie stabilizują sytuację kontraktową i pozwalają na etapie realizacji zadania na sprawniejszą ocenę zasadności ewentualnych roszczeń zgłaszanych przez wykonawców w trybie subklauzuli 20.1 WSK, która pozwala na uwzględnienie szeregu okoliczności niemożliwych do przewidzenia na etapie składania ofert zarówno przez wykonawców, jak i Zamawiającego.

Zamawiający wprowadził do umowy stosowne postanowienia, które zmianę wynagrodzenia w określonych w nich okolicznościach. Takie ukształtowanie postanowień umownych pozwala w należyty sposób chronić interesy wykonawcy w przypadku nieprzewidzianej zmiany sytuacji na rynku.

Zamawiający wprowadził do przyszłej umowy postanowienia, które pozwalają, w sposób uwzględniający interes obu stron (Zamawiającego, jak i wykonawcy), na rozłożenie ryzyka w przypadku zmiany stosunków lub zmiany siły nabywczej pieniądza. Wyłączając stosowanie art. 357 (1) k.c., art. 358(1) § 3 k.c., art. 632 § 2 k.c., we wzorcu umownym przewidział umowny mechanizm waloryzacyjny (subklauzula 13.8 WSK), zgodnie z którym:
Kwoty płatne Wykonawcy będą korygowane dla oddania wzrostów lub spadków cen zgodnie z niniejszą Subklauzulą. W zakresie, w jakim rekompensata za wzrost lub spadek cen, nie jest objęta postanowieniami niniejszej lub innych Klauzul, będzie się uważało, że Zaakceptowana Kwota Kontraktowa zawiera rezerwy na pokrycie innych nieprzewidzianych wzrostów lub spadków cen.
Waloryzacji – zgodnie z postanowieniami niniejszej Subklauzuli – nie podlegają wartości wprowadzone do Kontraktu na podstawie Klauzuli 13 [Zmiany i korekty] oraz Subklauzuli 20.1 (Roszczenia Wykonawcy/ niniejszych Warunków Kontraktu].

Waloryzacja będzie się odbywać w oparciu o podane w niniejszej Subklauzuli wskaźniki cen obiektów drogowych (Wd) i wskaźniki obiektów mostowych (Wm) publikowane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego, zwanego dalej Prezesem GUS. W przypadku, gdyby te wskaźniki przestały być dostępne, zastosowanie znajdą inne, najbardziej zbliżone, wskaźniki publikowane przez Prezesa GUS.

Kwoty płatne Wykonawcy będą waloryzowane miesięcznie począwszy od 00 miesiąca, za który zostało wystawione pierwsze Przejściowe Świadectwo o Płatności za wykonane roboty budowlane. Waloryzacji będą podlegać jedynie kwoty poświadczone w Przejściowych Świadectwach Płatności wystawionych za okres rozliczeniowy w Czasie na Ukończenie.

Kwoty płatne Wykonawcy podlegać będą waloryzacji o Współczynnik zmiany cen (Pn) wyliczony według wzoru:

*Pn=0,2+(0,4*Wd+0,4*Wm)/ 100, gdzie:*

Pn – współczynnik korekcyjny obliczany na podstawie wzoru powyżej do zastosowania do wszystkich kwot;

Wd – wskaźnik cen obiektów drogowych na podstawie biuletynu GUS, poz. PKOB 2111: droga ekspresowa droga klasy „S", wyliczony w odniesieniu do wskazanej w Subklauzuli 1.1.3.1 Daty Odniesienia;

Wm — wskaźnik cen obiektów mostowych na podstawie biuletynu GUS, poz. PKOB 2141: wiadukt drogowy o konstrukcji ustroju niosącego – z betonu sprężonego „na mokro" belkowy, wyliczony w odniesieniu do wskazanej Subklauzuli 1.1.3.1. Daty Odniesienia.

Z powodu braku aktualnych wskaźników (publikacja wskaźników w biuletynach GUS odbywa się z opóźnieniem) waloryzacja z bieżącego okresu rozliczeniowego zostanie wyliczona, gdy Prezes GUS ogłosi wskaźniki dla danego miesiąca objętego Przejściowym Świadectwem Płatności. Występując o Przejściowe Świadectwo Płatności Wykonawca obliczy wstępne wartości zwaloryzowanych kwot poświadczonych w każdym Przejściowym Świadectwie Płatności, zrealizowanych w każdym miesiącu, używając ostatniego z opublikowanych miesięcznych wskaźników GUS Ustalone w ten sposób wartości będą skorygowane z zastosowaniem wskaźników GUS dotyczących miesiąca za który wystawione było Świadectwo Płatności, niezwłocznie po ich publikacji.

Tak zaproponowany sposób uregulowania kwestii waloryzacji jest zdaniem Zamawiającego dla wykonawców względniejszy niż wynika to z uregulowań kodeksowych, gdyż pozwala on wykonawcom uniknąć komplikacji i utrudnień np. na etapie dowodzenia, czy mamy do czynienia ze zmianą zwykłą, istotną czy już nadzwyczajną, albo czy wystąpiła „rażąca strata" lub „nadmierna trudność". W konsekwencji powyższych postanowień wzrost albo spadek cen, niekoniecznie nadzwyczajny, będzie podstawą do dokonania waloryzacji

kwot płatnych dla wykonawcy, co skutkuje tym, że zaproponowany mechanizm zabezpiecza wykonawców przed wzrostem cen niezależnie od jego skali. Waloryzację umowną ukształtowano w oparciu o zobiektywizowane, kształtowane niezależnie od stron umowy mierniki. Zobiektywizowanie przesłanek stanowiących podstawę do żądania zmiany umowy jest korzystne przede wszystkim dla wykonawców, którzy – jak wskazuje Odwołujący – nie są w stanie przewidzieć na etapie składania ofert wszystkich ryzyk, ponad te, do których kalkulacji zobowiązuje ich należyta staranność oraz profesjonalizm wynikający z prowadzonej działalności gospodarczej, a które związane są bezpośrednio z sytuacją rynkową. Zobiektywizowanie przesłanek oraz eliminacja uznaniowości (która cechuje orzeczenie sądu w przypadku waloryzacji sądowej) i klauzul generalnych niewątpliwie będzie dla wykonawców korzystniejsza w kontekście ewentualnego postępowania dowodowego.

Zamawiający podniósł, że interesy wykonawców chronione są w odpowiednim zakresie na gruncie ustawy pzp.

W świetle art. 142 ust. 5 ustawy pzp umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera *ex lege* postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany:
1) stawki podatku od towarów i usług, 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne – jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę .

Ponadto nie należy zapominać o art. 144 ust. 1 ustawy pzp, zawierającym wyliczenie okoliczności, w których strony umowy o udzielenie zamówienia publicznego powinny dokonać zmiany jej treści. Dotyczy to w szczególności pkt 3 tego przepisu, zgodnie z którym należy dokonać zmiany umowy w przypadku ziszczenia się następujących przesłanek: a) konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej.

Wobec powyższego zdaniem Zamawiającego nie tylko postanowienia umowne, ale i przepisy ustawy pzp, zapewniają należytą ochronę interesów wykonawcy. W trakcie realizacji umowy, z uwagi na dopuszczalną zmianę jej postanowień, strony mają możliwość modyfikacji dotychczasowych ustaleń i dokonania waloryzacji w przypadku zmiany dotychczasowej sytuacji rynkowej, jeśli zmiany tej nie można było przewidzieć na etapie składania zamówienia.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Izby wyrażonym w wyroku o sygn. akt KIO 173/18, na który powołuje się Odwołujący, że wyłączenie z góry dopuszczalności sądowej modyfikacji treści stosunku prawnego przez Zamawiającego w okolicznościach przedmiotowej sprawy stanowi nadużycie jego pozycji i jednocześnie prowadzi do wniosku, że przedmiot zamówienia nie został opisany zgodnie z postanowieniami art. 29 pzp.

Zamawiający podkreślił, że udziela zamówienia publicznego w ściśle określonym celu, bezpośrednio związanym z prawidłową i terminową realizacją zadań publicznych, ma przy tym swobodę w zakresie zaoferowania warunków umowy w sposób najlepiej zabezpieczający osiągnięcie założonego celu. Swoboda kontraktowania doznaje ograniczeń wynikających z ustawy pzp, zasad współżycia społecznego oraz natury stosunku prawnego, przy uwzględnieniu specyficznej roli umów zawieranych w ramach zamówień publicznych. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunki zamówienia są jednostronnie określane przez zamawiającego, a wykonawcy mogą przystąpić do postępowania, jeżeli w ich ocenie te warunki spełniają. Uprawnienia wykonawców w zakresie wpływu na warunki umowy ograniczają się do kontroli działań zamawiającego w kontekście bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, a nie dotyczą sfery, która podlega swobodzie kształtowania przez strony (tak np. wyrok KIO z dnia 3.06.2014 r. sygn. akt: KIO 1023/14).

Ponieważ przepisy, których wyłączenie w niniejszym postępowaniu jest kwestionowane, nie są przepisami bezwzględnie obowiązującymi (o czym była mowa powyżej), nie zachodzi sytuacja, w której Zamawiający naruszałby zasadę swobody kontraktowania. W zakresie uprawnień wykonawców Izba wypowiadała się w następujący sposób: *Określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym odbiorcą tego zamówienia. Jest on zatem uprawniony do opisania przedmiotu zamówienia stosownie do własnych potrzeb, tak aby dokonane zakupy spełniały oczekiwania, O ile opis przedmiotu zamówienia jest podyktowany obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a nie chęcią zawężenia kręgu wykonawców mogących zrealizować zamówienie czy faworyzowania konkretnego przedsiębiorcy kosztem innych, wykonawcy nie mogą skutecznie w ten opis ingerować i decydować za zamawiającego, jakie rozwiązania powinien dopuścić. Zamawiający ma bowiem prawo samodzielnie, bez ingerencji innych podmiotów, określać własne potrzeby, a dopiero naruszenie przez zamawiającego wytycznych wynikających z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) daje możliwość skutecznego zakwestionowania opisu przedmiotu zamówienia* (wyrok KIO z 30.01.2018 r. sygn. akt KIO 83/18).

W zakresie swobody kontraktowania Izba wskazała, że: *Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy doznaje w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pewnych ograniczeń. Wykonawca przed terminem złożenia ofert może składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz postanowień umownych, które zamawiający zgodnie z własnymi interesami zawsze może, lecz nie musi uwzględnić* (wyrok KIO z 27 marca 2017 r. sygn. akt KIO 387/17).

Zamawiający stwierdził, że w okolicznościach tej sprawy nie doszło do naruszenia zasad określonych w art. 29 ustawy pzp, gdyż przepis ten nie powinien być odczytywany w ten sposób, że nakłada na zamawiającego obowiązek uwzględnienia i wyeliminowania z opisu przedmiotu zamówienia uzasadnionych wymagań, które dla wykonawcy mogą stanowić źródło ewentualnych niedogodności czy potrzeby reorganizacji swojej pracy bądź stworzenia nowych rozwiązań dostosowanych do realizacji konkretnego zamówienia (tak np. wyrok KIO z 12 grudnia 2017 r. sygn. akt KIO 2506/17). Zamawiający przywołał nadto stanowisko Izby zawarte w wyroku z 2 października 2017 r. sygn. akt KIO 2124/ 17, zgodnie z którym: *Aby wykazać, że opis przedmiotu zamówienia narusza przepisy art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), a więc narusza zasady równego traktowania wykonawców oraz konkurencyjności zamówień, odwołujący winien co najmniej uprawdopodobnić, że w postępowaniu nie można złożyć oferty spełniającej wymogi zamawiającego. Niemożność ta powinna mieć charakter obiektywny - w tym sensie, że nie tylko odwołujący nie jest w stanie spełnić wymogów zamawiającego co do realizacji przedmiotu zamówienia.*

W ocenie Zamawiającego Odwołujący jedynie w sposób ogólny powołał się w treści odwołania na niemożność skalkulowania pełnej puli ryzyk, jednak nie wykazał ani nawet nie uprawdopodobnił, że nie może złożyć oferty odpowiadającej wymaganiom Zamawiającego. Odwołujący powinien wykazać wpływ naruszenia na wynik postępowania, aby podniesione przez niego zarzuty odniosły skutek. Dla powyższego konieczne jest wskazanie na czym wpływ ten polega oraz jaki wywołuje skutek, czego Odwołujący nie zdołał wykazać. W przypadku postanowień umownych wyłączających stosowanie dyspozytywnych przepisów Kodeksu cywilnego nie można mówić o konsekwencjach w postaci niemożności złożenia oferty przez ewentualnych wykonawców. Nie występuje w tej sytuacji żaden konkretny i obiektywny wpływ działań Zamawiającego na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto z ostrożności Zamawiający podniósł, że ogłoszenie o zamówieniu na *Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania: „Zaprojektowanie i budowa obwodnicy Chełmca w ciągu drogi krajowej nr 28* zostało opublikowane 6 listopada 2018 r.,

co oznacza, że do przedmiotowego postępowania mają zastosowanie przepisy znowelizowanej ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z wejściem w życie z dniem 28 lipca 2016 r. ustawy z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016r, poz. 1020).

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2369/18 skutecznie przystąpił po stronie Odwołującego Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie.

Ponieważ odwołania nie zawierały braków formalnych, a wpis od nich został uiszczony – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołania podlegały odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępującego nie zostały w tym zakresie złożone odmienne wnioski.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołań lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała odwołania do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron (i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedziach na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby. wbrew odmiennemu stanowisku Zamawiającego, Odwołujący spełnia powyższe przesłanki, z powodów, które Izba wskazała dalej przy omawianiu kwestii wpływu zarzucanych naruszeń na wynik postępowań prowadzonych przez Zamawiającego.

Skład orzekający Izby przy rozstrzyganiu tych spraw podzielił dotychczasową linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach dotyczących analogicznego postanowienia, co skarżone przez Odwołującego, która wynika z wyroków wydanych: 15 lutego 2018 r. (sygn. akt KIO 173/18), 10 lipca 2018 r. (sygn. akt KIO 1266/18), 8 sierpnia

2018 r. (sygn. akt KIO 1436/18), 13 sierpnia 2018 r. (sygn. akt KIO 1494/18) i 12 października 2018 r. (sygn. akt KIO 1951/18), w których zamawiający został zobowiązany do usunięcia z warunków umowy kwestionowanego postanowienia.

Izba wskazuje, że w ramach skarżenia postanowień umownych zachodzi pewna trudność we wskazaniu adekwatnych wzorców kontroli dla działań podmiotu zamawiającego. Nie oznacza to jednak, że środki ochrony prawnej skierowane wobec postanowień umownych w ramach zamówień publicznych z góry wskazane są na niepowodzenie. Po pierwsze postanowienia umowne, jak niemal każde elementy związane z wymaganiami podmiotu zamawiającego, czy to będące elementami kwalifikacji podmiotowej wykonawców (warunki udziału w postępowaniu), czy też elementami opisu przedmiotu zamówienia (opis przedmiotu zamówienia sensu stricto, czy tez warunki jego realizacji – postanowienia umowy) stanowią w klasycznym tego znaczeniu oświadczenia woli podmiotu zamawiającego – a zatem mogą być oceniane przez pryzmat zasad ujętych w ustawie Kodeks cywilny referujących do zasad współżycia społecznego czy też dobrych obyczajów na podstawie odesłania zawartego w treści art. 14 ustawy pzp. Zasady te mają swoje zastosowanie również w ramach obrotu gospodarczego, a więc obejmują również strony umów cywilnoprawnych nawet wówczas, gdy są one przedsiębiorcami i profesjonalistami. W europejskim prawie zamówień publicznych podmiot zamawiający zawsze traktuje się jako emanację Państwa, choćby w ramach prounijnej wykładni dyrektyw UE. W rozstrzyganych sprawach mamy do czynienia wprost z instytucją zamawiającą będącym *statio fisci* Skarbu Państwa – a zatem podmiotem będącym częścią aparatu wywierającego znaczny wpływ na życie gospodarcze, rynek pracy, czy też kierunek zmian cen towarów i usług. Warto również przypomnieć, że dyrektywy 2014/24/UE i 2014/25/UE z zamówieniami publicznymi wiążą szereg możliwych do realizacji celów (prospołecznych i prorynkowych), nierzadko niezwiązanych z samą tylko realizacją przedmiotu zamówienia, takich jak np. wspieranie sektora małych i średnich przedsiębiorstw.

Z art. 14 ust. 1 pzp wynika, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2018 r. poz. 1025, 1104 i 1629), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. A art. 139 ust. 1 pzp stanowi, że do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej „umowami”, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Według art. 5 kc nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze

społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony

Zgodnie z art. 58 § 2 kc Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. Z tym że art. 58 § 3 kc stanowi, że jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana.

Zgodnie z art. 357¹ kc jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażącą stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Rozwiązując umowę sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron, kierując się zasadami określonymi w zdaniu poprzedzającym.

Z kolei według art. 358¹ § 3 kc w razie istotnej zmiany siły nabywczej pieniądza po powstaniu zobowiązania, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, zmienić wysokość lub sposób spełnienia świadczenia pieniężnego, chociażby były ustalone w orzeczeniu lub umowie.

Wreszcie art. 632 § 2 KC reguluje możliwość podwyższenia ryczałtu lub rozwiązania umowy przez sąd, jeżeli wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą.

Wszystkie powyższej przytoczone przepisy Kodeksu cywilnego znajdują przez odesłanie zawarte w art. 14 i art. 139 ust. 1 pzp zastosowanie do postępowania i umów w sprawie zamówień publicznych. Przy czym trzy ostanie z nich kształtują instytucje prawa cywilnego o wyjątkowym charakterze, które mogą znaleźć zastosowanie wyłącznie w razie wystąpienia opisanych tam przesłanek. W uproszczeniu chodzi o zaistnienie zdarzeń, które w chwili powstania stosunku prawnego nie mogły być uwzględnione przez jego strony, nawet przy dołożeniu należytej staranności, z uwagi na ich nieprzewidywalny i nadzwyczajny charakter. Nie obejmują one zatem sytuacji wynikających z normalnego ryzyka gospodarczego, lecz dotyczą sytuacji nadzwyczajnych, powszechnych i niezależnych od woli stron. Wyjątkowy charakter tych przepisów oznacza również brak automatyzmu przy ich stosowaniu, gdyż możliwość modyfikacji istniejących zobowiązań każdorazowo weryfikowana jest przez niezależny od stron stosunku prawnego organ. Sąd każdorazowo

ocenia, czy w danym przypadku zachodzą przesłanki, a w razie pozytywnej odpowiedzi na to pytanie decyduje o tym, w jakim zakresie nada nowy kształt stosunkowi prawnemu pomiędzy stronami.

W ocenie Izby dyspozytywny charakter wyłączonych przez Zamawiającego przepisów kodeksu cywilnego nie uprawnia Zamawiającego do jednostronnego kształtowania zobowiązania w sposób, który odbiera stronom umowy prawo do ukształtowania przez sąd stosunków między stronami w przypadku zaistnienia wyjątkowych sytuacji, niemożliwych do przewidzenia w umowie. Takiego działania Zamawiającego nie uzasadnia pogląd wyrażany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych, że zasada swobody umów w systemie zamówień publicznych doznaje ograniczenia, które polega na tym, że zamawiający, którego możliwość swobodnego wyboru kontrahenta jest ograniczona, jest uprawniony do kształtowania warunków umowy, a z kolei wykonawcy mogą rekompensować brak wpływu na jej kształt dzięki odpowiedniej wycenie oferty.

Uprawnienie Zamawiającego do kształtowania warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego nie może mieć charakteru absolutnego. Wyłączenie możliwości stosowania przepisów 357^1 kc, art. 358^1 § 3 kc oraz art. 632 § 2 kc stanowi przejaw nadużywania przez Zamawiającego pozycji dominującej zajmowanej z uwagi na ograniczoną na gruncie Prawa zamówień publicznych zasadą swobody umów w aspekcie realnego wpływu wykonawców na treść umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zdaniem Izby wykonawca może i powinien mieć prawo do sądowej modyfikacji stosunku zobowiązaniowego na zasadach wynikających z powołanych powyżej przepisów Kodeksu cywilnego w przypadku niemożliwej do przewidzenia na etapie zawierania umowy zmiany stosunków czy istotnej zmiany siły nabywczej pieniądza. Uprawnienie to ogranicza się bowiem do sytuacji, których wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne bądź wręcz nieprawdopodobne, a które w istotny sposób zaburzają równowagę kontraktową i zmieniają pozycję jednej ze stron kontraktu. Co warte zaznaczenia, nie można mówić o świadomym przystąpieniu strony do tak ukształtowanego kontraktu, skoro dotyczy to sytuacji nadzwyczajnych, zaistniałych już po zawarciu umowy (wynikających z czynników zewnętrznych i obiektywnych, niezależnych od woli którejkolwiek ze stron kontraktu). W takich szczególnych sytuacjach rygorystyczne respektowanie zasady *pacta sunt servanda* byłoby nieracjonalne i krzywdzące dla uczestników obrotu prawnego, stąd też ustawodawca przewidział możliwość sądowej ingerencji w stosunek umowny zawiązany przez strony w granicach swobody umów.

Z uwagi na charakter i skomplikowany zakres przedmiotowych zamówień wyłączenie

przepisów dotyczących tzw. klauzul rebusowych, nawet jeżeli są to regulacje o charakterze dyspozytywnym, nie powinno znaleźć zastosowania w przedmiotowych postępowaniach. Wyłączenie tych klauzul może być zasadne w przypadku zamówień publicznych, gdy umowa ma charakter krótkoterminowy, dotyczy prostego stosunku umownego, np. nieskomplikowanej dostawy. W przypadku gdy zamówienie publiczne ma być realizowane w formule zaprojektuj i wybuduj, odnosi się do dużego przedsięwzięcia budowlanego, a dodatkowo przewiduje długie terminy realizacji, wyłączenie zastosowania klauzul rebusowych obarczone jest dla stron takiego kontraktu zbyt dużym ryzykiem. W momencie wykonywania takiej umowy, zwłaszcza z uwagi na jej długotrwały charakter, może dojść do różnych, w tej chwili niemożliwych do przewidzenia okoliczności, gdzie nieunikniona będzie interwencja zewnętrznego, niezależnego od stron kontraktu i niezawisłego sądu, aby dokonać ponownej analizy zasadności postanowień umownych i doprowadzić do równowagi świadczeń. Rolą zaś sądu, w przypadku zastosowania wskazanych wyżej klauzul, nie jest zasądzenie nienależnego przysporzenia majątkowego po stronie wykonawcy, lecz przyznanie mu wynagrodzenia w wysokości odpowiadającej poniesionym kosztom, a jedynie w skrajnym wypadku, gdyby realizacja zamówienia mogła spowodować niepowetowane straty po jego stronie, sąd może rozwiązać umowę.

Uzasadnienia dla odebrania przez Zamawiającego stronom uprawnienia do uregulowania przez sąd stosunków pomiędzy stronami nie może stanowić okoliczność, że w warunkach kontraktu przewidział zaistnienie szeregu okoliczności, które umożliwiają zmianę umowy, w tym przewidział klauzulę waloryzacyjną. Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego należy zauważyć, że wynikająca z postanowień Subklauzuli 13.8 umowna klauzula waloryzacyjna ma całkowicie odmienny zakres regulacji niż przepisy art. 357^1 kc, art. 358^1 § 3 kc czy art. 632 § 2 kc, gdyż dotyczy przypadków ściśle określonych w umowie w ramach przeciętnego, normalnego ryzyka kontraktowego. Natomiast przepisy Kodeksu cywilnego będą stanowić podstawę modyfikacji umowy, w tym wynagrodzenia, w sytuacjach nadzwyczajnych, nieprzewidzianych i nieuregulowanych w umowie. Tym samym nie można mówić, że umowne. klauzule waloryzacyjne czy regulacje pzp dotyczące zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego przewidują też wypadki objęte treścią wyłączonych regulacji, tj. art. art. 357^1, art. 358^1 § 3 oraz art. 632 § 2 Kodeksu cywilnego, gdyż ich immanentną cechą jest przeciwdziałanie okolicznościom, których strony nie mogą przewidzieć, a więc są ze swej natury wyjęte spoza obszaru kontraktowania i kazuistycznych regulacji prawnych.

Na odrębny charakter umownych i ustawowych klauzul waloryzacyjnych wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 9 lutego 2015 r. sygn. akt: XXV 827/12 : *W ocenie Sądu*

subklauzula 13.8 dotyczy zamiany wysokości świadczenia z tytułu poniesionych kosztów w przypadku zwykłej zmiany kosztów na wolnym rynku w ramach przeciętnego normalnego ryzyka kontraktowego, natomiast nie dotyczy zmiany wysokości kosztów w następstwie nadzwyczajnych zdarzeń w rozumieniu art. 357 (1) kc. Tym samym wykreślenie w szczególnych warunkach kontraktu subklauzuli 13.8 zawartej w ogólnych warunkach kontraktu nie oznaczało, iż strony zrezygnowały z ustawowego uprawnienia przewidzianego w art. 357 (1) kc. Zdaniem Sądu wykreślenie w szczególnych warunkach kontraktu subklauzuli 13.8 zawartej w ogólnych warunkach kontraktu oznaczało jedynie, iż strony zrezygnowały z waloryzacji w ramach kontraktu w zakresie zwykłych procesów inflacyjnych.

Należy też zauważyć, że klauzula waloryzacyjna przewidziana przez Zamawiającego w subklauzuli 13.8 dotyczy sytuacji bieżącej na rynku budowlanym i dającej się choćby w przybliżeniu wycenić. Natomiast klauzule *rebus sic stantibus* z natury swojej dotyczą sytuacji, których strony nie przewidywały i nawet przy zachowaniu staranności profesjonalisty nie były w dacie zawarcia umowy w stanie przewidzieć. Taką sytuacją mogło być dla umów kredytowych zawieranych w walucie obcej umocnienie się franka szwajcarskiego lub inne zmiany czynników makro i mikroekonomicznych. Jak wskazywał na etapie rozprawy Odwołujący obecnie panując na rynku budowlanym sytuacja jest trudna i dynamiczna, co zdaniem Izb stanowi fakt powszechnie znany i nie wymagający dowodzenia.

Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że ponieważ każde ryzyko jest mierzalne, wykonawcy mogą wycenić i uwzględnić wszystkie, nawet niemożliwe do zidentyfikowania ryzyka w cenie oferty. Skoro okoliczności objęte dyspozycją art. 357^1 kc, art. 358^1 § 3 kc, art. 632 § 2 kc są nieprzewidywalne, nie można mówić o realnej możliwości uwzględnienia i oszacowaniu ryzyka wykonawcy związanego z realizacją zamówienia. Wyłączenie mechanizmów korekcyjnych przewidzianych w tych przepisach Kodeksu cywilnego spowoduje, że pomimo obiektywnej niemożliwości adekwatnej wyceny ryzyka zajścia takich nadzwyczajnych okoliczności, wykonawcy będą starali się mechanizmami ekonomicznymi zniwelować potencjalne ryzyko ich wystąpienia, bądź wprost ujmując w cenie wysokość hipotetycznej szkody, bądź konieczność poniesienia kosztów z tytułu składki ubezpieczeniowej (pozwalającej zniwelować ewentualne ryzyko w przypadku wystąpienia nadzwyczajnej zmiany stosunków lub istotnej zmiany nabywczej pieniądza). W konsekwencji złożone oferty będą nieporównywalne, gdyż każdy podmiot próbujący zidentyfikować „nadzwyczajną zmianę stosunków niemożliwą wcześniej do przewidzenia" dokona tego w sposób odmienny. W skrajnych wypadkach wykonawcy odstąpią od udziału w postępowaniu, w ramach którego koszt ryzyka przekracza rozsądny zysk. W konsekwencji Zamawiający będzie musiał zapłacić wykonawcom tych zamówień swoistą rekompensatę

z tytułu wyłączenia tych klauzul w projekcie umowy lub przynajmniej zapłacić w ramach wynagrodzenia zryczałtowane koszty obejmujące ryzyko ich wystąpienia oparte na rachunku prawdopodobieństwa.

Stąd w ocenie Izby zmuszanie wykonawców do wyceny tego typu zdarzeń stoi w sprzeczności z regulacjami art. 29 ust. 1 ustawy pzp, który nakazuje każdemu zmawiającemu dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący i jednoznaczny, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wszystkie potencjalne okoliczności kontraktowe mogące towarzyszyć realizacji przedmiotu zamówienia w ścisłym tego słowa znaczeniu, stanowią elementy wpisujące się w hipotezę normy prawnej ujętej w przepisie art. 29 ust. 1 pzp, które winny zostać skalkulowane przez wykonawców w cenie oferty. Odmiennie przedstawia się sytuacja w razie niewyłączenia obowiązywania art. 357^1 kc, art. 358^1 § 3 kc, art. 632 § 2 kc w warunkach szczególnych kontraktu, gdyż Zamawiający nie musiałby w ramach dopełnienia obowiązku wynikającego z art. 29 ust. 1 pzp zidentyfikować i opisać okoliczności związane z nadzwyczajną zmianą stosunków, którą powinni uwzględnić wykonawcy przy kalkulacji wynagrodzenia za wykonanie robót budowalnych objętych zakresem udzielanych zamówień.

Z racjonalnego punktu widzenia nie sposób bowiem założyć, że wykonawcy zignorują fakt wyłączenia klauzul ujętych we wskazanych wyżej przepisach ustawy Kodeks cywilny i nie dokonają szacowania i ujęcia w cenie ryzyka z tym związanego. Wszakże wykonawcy winni wycenić wszelkie mogące wystąpić elementy świadczenia, co istotne w postępowaniu, w ramach którego przewidziane zostało wynagrodzenie ryczałtowe, które ze swej istotny przerzuca na wykonawców ryzyko związane z brakiem możliwości precyzyjnego dookreślenia przedmiotu zamówienia. Skoro zgodnie z treścią pkt 15.8 rozdziału zatytułowanego „Opis sposobu obliczenia ceny oferty” *Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II – IV niniejszej SIWZ* (…)”, a Przy Tomy II– IV SIWZ obejmują m.in.: Warunki kontraktu (akt umowy, gwarancja jakości, warunki ogólne kontraktu, szczególne warunki kontraktu), Program Funkcjonalno–Użytkowy oraz Wykaz Płatności, za koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia należy dodać również ryzyko wyłączenia w warunkach szczególnych kontraktu ustawowych klauzul *rebus sic stantibus*.

W odniesieniu do wskazanej przez Zamawiającego klauzuli ustawowej zmiany umowy w postaci art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp niwelującej ryzyko wystąpienia obowiązku stosowania tzw. podzielonej płatności podatku VAT (mechanizm split payment) Izba zwraca uwagę, że zastosowanie tego mechanizmu nie umożliwia jednoznacznej identyfikacji

kosztów dla wykonawcy jakie spowoduje odroczenie płatności wartości podatku VAT. Dla każdego z wykonawców mogą w tym wypadku wystąpić zupełnie odmienne straty, których nie będzie można wycenić nawet po ich zaistnieniu bez długotrwałego postępowania dowodowego, nierzadko wymagającego wykorzystania informacji specjalnych (np. w postaci dowodu z opinii biegłego). Zatem nawet w tym wypadku gwarancją uzyskania zmiany np. wynagrodzenia ryczałtowego w odpowiadającej rzeczywistości wysokości będzie postępowanie przed sądem powszechnym. Tym samym nawet tutaj ujawniają się kolejne argumenty przemawiające za zasadnością włączenia do tych kontraktów mechanizmów ujętych w treści art. 357^1 kc, art. 358^1 § 3 kc oraz art. 632 § 2 kc.

Rezygnację z klauzul przewidzianych w Kodeksie cywilnym na wypadek nieprzewidywalnych w chwili zawierania umowy okoliczności należy również poczytać za prowadzenie przez Zamawiającego postępowania z naruszeniem uczciwej konkurencji, gdyż tylko wykonawcy posiadający znaczne rezerwy finansowe, pozwalające na sfinansowanie ewentualnych strat powstałych w wyniku zaistnienia niemożliwych do przewidzenia sytuacji, będą mogli pozwolić sobie na złożenie oferty w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego. Wbrew intencji ustawodawcy Unijnego i krajowego nie służy to w szczególności wspieraniu sektora małych i średnich przedsiębiorstw. Tymczasem zgodnie z zasadami zamówień publicznych uregulowanymi w art. 7 ust. 1 i 29 ust. 2 ustawy pzp opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję.

Izba stwierdziła, że w kontekście istniejącej sytuacji gospodarczo-ekonomicznej, w tym zmieniających się realiów związanych z rynkiem pracy, zmianą cen towarów i usług, działania Zamawiającego należy negatywnie ocenić również w kontekście art. 5 i art. 353^1 Kodeksu cywilnego. W ocenie Izby w tym wypadku mamy wprost do czynienia z nadużyciem prawa podmiotowego w rozumieniu art. 5 kc, którego przejawem jest – przy przyjęciu, że art. 357^1 kc, art. 358^1 § 3 kc oraz art. 632 § 2 kc mają charakter dyspozytywny – wyłączenie stosowania tych przepisów na przyszłość w projekcie umowy.

Działania Zamawiającego nie bronią się również przy ocenie przez pryzmat zasad współżycia społecznego i natury stosunku ujętych w treści art. 353^1 kc jako granice swobody umów. Jak wskazuje się w orzecznictwie (vide wyrok Sądu Najwyższego z 19 listopada 2015 r. sygn. akt IV CSK 804/14): *Najczęściej stwierdzenie, że umowa została zawarta z naruszeniem art. 353^2 k.c. opiera się na tym, że czynność prawna jest sprzeczna z ustawą lub z zasadami współżycia społecznego, co w drugim wypadku podlega ocenie na podstawie art. 58 § 2 k.c.* W powyższym wyroku dodatkowo Sąd Najwyższy odniósł się również do

kryteriów słuszności kontraktowej oraz wskazał, za innym orzecznictwem Sądu Najwyższego że „(…) *obiektywnie niekorzystna dla jednej strony umowa zasługuje na negatywną ocenę moralną, która prowadzi do uznania jej za sprzeczną z zasadami współżycia społecznego, jeżeli do ukształtowania stosunku umownego w sposób wyraźnie krzywdzący doszło przy wykorzystaniu przez drugą stronę silniejszej pozycji, a więc pod presją faktycznej przewagi kontrahenta*.

Na naturę stosunku prawnego i zasady współżycia społecznego wpływ mają zasady sprawiedliwości kontraktowej, uczciwości kupieckiej oraz równej pozycji stron. Ich przestrzeganie jest nie tylko uprawnieniem ale i obowiązkiem Zamawiającego, który ma swoje źródło w regułach interesu publicznego. Zamawiający (GDDKiA), który *de facto* jest emanacją państwa w obszarze dużych przedsięwzięć infrastruktury drogowej, przy ich realizacji ze środków publicznych powinien w interesie publicznym dbać nie tylko o oszczędne wykorzystanie tych środków i osiągnięcie zakładanego w danym postępowaniu rezultatu za jak najniższą cenę, ale także uwzględnić w szerszej perspektywie, że ma przemożny wpływ na ukształtowanie rynku wykonawców takich robót budowlanych. Jak wskazuje doświadczenie życiowe, każdy konflikt w trakcie realizacji zamówienia publicznego przynosi szkody obu stronom, a więc zarówno wykonawcy, jak i stronie publicznej. Im większa jest wartość zamówienia i waga realizowanego zamierzenia dla interesu publicznego, tym większego uszczerbku doznaje ten interes w przypadku konfliktu. Brak adekwatnych mechanizmów służących jego rozwiązaniu (vide wyłączenie klauzul ujętych w treści art. 357^1 kc, art. 358^1 § 3 kc oraz art. 632 § 2 kc) w rezultacie spowoduje straty nie tylko po obu stronach danego zobowiązania, ale negatywnie wpłynie na konkurencyjność rynku dużych drogowych przedsięwzięć infrastrukturalnych, gdyż przetrwają na nim tylko wykonawcy, którzy byli w stanie ponieść straty spowodowane wystąpieniem nadzwyczajnych okoliczności, których nie można było przewidzieć przy składaniu oferty, co nie oznacza, że będą to najlepsi wykonawcy.

Skład orzekający Izby podziela ocenę wyrażoną uprzednio przez Izbę w sprawie o sygn. akt 1951/18, że takie działania Zamawiającego powodują spadek pewności obrotu i wzrost braku zaufania pomiędzy partnerami biznesowymi, który w warunkach krajowych znajduje się i tak na niezwykle niskim poziomie, co przekłada się na wymierne straty społeczne, wizerunkowe oraz finansowe. Zaufanie i wynikająca z niego współpraca jest bowiem konieczne dla wykreowania nowych wartości w życiu gospodarczym i publicznym. Jego deficyt jest domeną krajów Europy Środkowej i Wschodniej i nie pozwala na osiągnięcie takiej pozycji ich gospodarek, aby mogły one z powodzeniem konkurować z pozostałą częścią kontynentu.

Ponadto tego rodzaju zachowania partnerów biznesowych, nie tylko zagrażają funkcjonującym na krajowym rynku wykonawcom, ale przede wszystkim nie pozwalają wyrosnąć nowym przedsiębiorstwom z dziedziny budownictwa infrastrukturalnego, które mogłyby liczyć się na europejskim i światowym rynku, aby w przyszłości konkurować z dotychczasowymi graczami tego rynku. Krajowy rynek inwestycji infrastrukturalnych nie wykreował dotychczas żadnego nowego krajowego podmiotu gospodarczego (tak jak stało się to w innych krajach UE) – wprost przeciwnie zagroził istnieniu wielu dużych, średnich i małych przedsiębiorców, co dotychczas nie zostało dostrzeżone przez inwestorów publicznych. Brak takiej jest oznaką krótkowzroczności inwestorów publicznych, którzy skazują w ten sposób krajowy rynek gospodarczy na utrwalenie jego dotychczasowego stricte konsumpcyjnego charakteru i oddalają w bliżej nieokreśloną przyszłość możliwość powstania silnych krajowych marek mogących konkurować na światowych rynkach. W konsekwencji w realiach krajowych wydatkowanie funduszy europejskich, zamiast stać się motorem dla gospodarki budującym jej potencjał na przyszłość przez kreowanie nowych uczestników obrotu gospodarczego lub co najmniej przez wzmocnienie dotychczasowych, zmniejsza potencjał dotychczasowych uczestników rynku i staje się źródłem stagnacji, a nawet w skrajnych wypadkach prowadzi do upadłości i likwidacji już istniejących przedsiębiorstw.

Przerzucenie na wykonawców w przeważającej części lub w całości ryzyka związanego z realizacją zamówień publicznych zagrozi wydatkowaniu funduszy europejskich oraz przesunie na kolejne lata realizację ważkich inwestycji infrastrukturalnych, których odroczenie przyniesie kolejne straty nie tylko dla gospodarki, lecz również straty w wymiarze społecznym i wizerunkowym dla Polski. Taki mechanizm jest także niezgodny z racjonalizacją i oszczędnością wydatków publicznych, gdyż wynika z faktu zgody Zamawiającego na zapłatę wykonawcy ryczałtem bliżej niesprecyzowanych wartości potencjalnych ryzyk kontraktowych ujętych w cenie ofertowej.

Z tych względów Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji, nakazując wykreślenie z Subklazuli 13.8 Warunków Szczególnych Kontraktu pkt I Waloryzacja *in fine* zaskarżonego przez Odwołującego postanowienia.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że wskazane w odwołaniach naruszenia przepisów, które Izba uznała za zasadne, nie mogą wypełnić ujętej w art. 192 ust. 2 pzp normy prawnej. Zgodnie z tym przepisem Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na

wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W ocenie składu orzekającego Izby pozostawienie objętego zaskarżeniem postanowienia umowy może mieć istotny wpływ na wynik postępowań prowadzonych przez Zamawiającego, w tym prowadzić nawet do konieczności ich unieważnienia jako obarczonych niemożliwą do usunięcia wadą. Postępowania są na etapie ogłoszenia, a przez wynik należy rozumieć wybór oferty lub unieważnienie postępowania i obie te sytuacje mogą mieć miejsce – zachwianie przez Zamawiającego równowagi kontraktowej powoduje, że dostęp wykonawców do tych zamówień jest ograniczony, gdyż nie każdy z wykonawców może pozwolić sobie na akceptacje takich warunków kontraktu.

Nadto w kontekście wskazanego wyżej otoczenia prawnego i realiów rynkowych, odnosząc się do argumentów Zamawiającego skierowanych wobec postawionych w odwołaniu zarzutów, Izba uznała, że jeżeli mamy do czynienia z tak specyficzną sytuacją rynkową, jak również z tak nietypowym przedmiotem zaskarżenia, w odmienny sposób należy spojrzeć na stronę formalną procedury odwoławczej, w tym przywoływany przez Zamawiającego wielokrotnie w toku rozprawy art. 192 ust. 2 pzp. Zamawiający zdaje się zapominać na jakim etapie postępowania doszło do zaskarżenia podjętych przez niego czynności oraz jaki okoliczności rynkowe leżą u podstaw postawionych zarzutów.

Odwołania zostały bowiem wniesione na etapie publikacji SIWZ i nakierowane jest na eliminację z projektu umowy klauzuli wyłączającej możliwość zastosowania do tych konkretnych zobowiązań klauzul *rebus sic stantibus*, czyli klauzul o charakterze wyjątkowym, stanowiących swego rodzaju mechanizm modyfikacji treści zawartej umowy na wypadek wystąpienia niemożliwych do przewidzenia okoliczności mogących doprowadzić do znacznego pokrzywdzenia jednej ze stron umowy. Tym samym Izba uznała, że Odwołujący posiadał zarówno interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, jak również w przypadku potwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu uwidocznia się wpływ tego naruszenia na wynik postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz § 3 pkt 1 i 2 lit. b w zw. z § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożyły się wpisy uiszczone przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunków złożonych do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: ……

……

……