

Sygn. akt: KIO 1436/18

**WYROK**  
**z dnia 8 sierpnia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**           **Paweł Trojan**

**Członkowie:**               **Monika Szymanowska**

**Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant:**             **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23.07.2018 r. przez **Polski Związek Pracodawców Budownictwa, ul. Kaliska 23 lok. U4, 02-316 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** (prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków) w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zaprojektowanie i budowa obwodnicy m. Zator w ciągu drogi krajowej nr 28” – (postępowanie znak O.KR.D-3.2410.2.2018)

przy udziale wykonawcy **Mota-Engil Central Europe S.A., ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego

przy udziale wykonawcy **Strabag Spółka z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego

przy udziale wykonawcy **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego

przy udziale wykonawcy **Porr S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego

przy udziale wykonawcy **Strabag Infrastruktura Południe Spółka z o.o., Wysoka, ul. Lipowa 5a, 52-200 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego

przy udziale wykonawcy **Eurovia Polska Spółka z o.o., ul. Szwedzka 5, 55-040 Bielany Wrocławskie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu modyfikację Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przez usunięcie z projektu umowy w ramach subklauzuli 13.8 Warunków Szczególnych Kontraktu w pkt I Waloryzacja postanowienia o następującej treści „W związku z wprowadzeniem waloryzacji umownej Strony wyłączają stosowanie art. 357<sup>1</sup> KC, art. 358<sup>1</sup> § 3 KC, art. 632 § 2 KC”.

2. kosztami postępowania w wysokości **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) obciąża Zamawiającego - **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Polski Związek**

**Pracodawców Budownictwa, ul. Kaliska 23 lok. U4, 02-316 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza od Zamawiającego **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** na rzecz **Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa, ul. Kaliska 23 lok. U4, 02-316 Warszawa** kwotę w wysokości **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa przed Izbą.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 20 lipca 2017 r., poz. 1579 z późn. 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:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

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

### **do wyroku z dnia 8 sierpnia 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1436/18**

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa (prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zaprojektowanie i budowa obwodnicy m. Zator w ciągu drogi krajowej nr 28” – (postępowanie znak O.KR.D-3.2410.2.2018)

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 13.07.2018 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2018/S 133 - 301962.

W dniu 23.07.2018 r. odwołanie wniósł Polski Związek Pracodawców Budownictwa, ul. Kaliska 23 lok. U4, 02-316 Warszawa na treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), w części obejmującej projekt przyszłej umowy w sprawie zamówienia, tj. Subklazuli 13.8 Warunków Szczególnych Kontraktu pkt I Waloryzacja in fine w zakresie postanowienia:

„W związku z wprowadzeniem waloryzacji umownej Strony wyłączają stosowanie art. 357<sup>1</sup> KC. art. 358<sup>1</sup> § 3 KC. art. 632 § 2 KC”

Odwołujący opisanej wyżej czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1. art. 357<sup>1</sup> k.c., art. 358<sup>1</sup> § 3 k.c., art. 632 § 2 k.c. w związku z art. 5, art. 353<sup>1</sup> k.c. oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP poprzez 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, poprzez wyłączenie 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 poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to 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 PZP w zw. z art. 357<sup>1</sup> k.c., art. 358<sup>1</sup> k.c., art. 632 § 2 k.c. oraz w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 PZP poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, a to przez nałożenie na wykonawcę obowiązku uwzględnienia w ofercie zdarzeń nieprzewidywalnych i nadzwyczajnych.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu zmiany warunków przyszłej umowy poprzez wykreślenie postanowienia: „W związku z wprowadzeniem waloryzacji umownej Strony wyłączają stosowanie art. 357<sup>1</sup> KC, art. 358<sup>1</sup> § 3 KC, art. 632 § 2 KC”

Interes prawny:

Zgodnie z art. 179 ust. 2 PZP środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia przysługują również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 PZP. Zgodnie z art. 154 pkt 5 PZP Prezes Urzędu Zamówień Publicznych prowadzi i ogłasza na stronie internetowej Urzędu listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej.

Odwołujący wnosi niniejsze odwołanie od treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako organizacja wpisana dnia 22 lipca 2005r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej (nr decyzji: LO/2963/05).

W przypadku Odwołującego interes w uzyskaniu zamówienia, poniesienie szkody oraz możliwość jej poniesienia w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP nie stanowią przesłanki wniesienia odwołania.

Termin:

W dniu 13.07.2018r. Zamawiający opublikował treść SIWZ oraz jej załączniki na swojej stronie internetowej, wniesienie odwołania następuje zatem przy zachowaniu terminu przewidzianego treścią przepisu art. 182 ust. 2 pkt 1 PZP.

Uzasadnienie

Kwestionowanym przez odwołującego postanowieniem projektu umowy Zamawiający usiłuje wyłączyć możliwość stosowania przepisów art. 357<sup>1</sup> k.c. art. 358<sup>1</sup> 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<sup>1</sup> § 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 rażąca stratą czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy.

Art. 357<sup>1</sup> § 1 k.c.

*„Jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca 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”*

Art. 358<sup>1</sup> § 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.

Art. 358<sup>1</sup> § 3k.c.

*„ 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. ”*

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 rażąca stratą. Również i w tym przypadku podstawą zmiany może być nieprzewidywalna zmiana stosunków.

Art. 632 § 2 k.c. *„Jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażąca stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę”.*

We wszystkich trzech przepisach chodzi o zmianę umowy, której dokonuje Sąd w wyroku, poprzedzonym procesem sądowym. Artykuły 357<sup>1</sup> i 358<sup>1</sup> 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. W umowach nie podlegających 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.

Zmiana umowy jest ograniczona do sytuacji w niej przewidzianych. Przepisy art. 357<sup>1</sup>, 358<sup>1</sup> k.c. i 632 § 2 k.c. odnoszą się natomiast do sytuacji niemożliwych do przywiedzenia.

Przepisy regulujące klauzule *rebus sic stantibus* nie uchylają obowiązku wykonania zobowiązania zgodnie z jego treścią. Umożliwiają jednak 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<sup>1</sup> 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. 357<sup>1</sup> k.c.).

Jak wskazał Odwołujący również w orzecznictwie sądowym podkreśla się wyjątkowość stosowania klauzuli *rebus sic stantibus* (art. 357<sup>1</sup> k.c.), jak i przepisów pochodnych, tj. art. 358<sup>1</sup> 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 niezwykle, niebywały, wyjątkowy, normalnie niespotykany.

Jak wskazał Odwołujący w dalszej części uzasadnienia 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<sup>1</sup> 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<sup>1</sup> 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 - część 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 A Ca 166/17 z 14.09.2017r. LEX 2402381). Istotna zmiana obowiązujących przepisów prawnych może także oznaczać zmianę stosunków, o których mowa w art. 357<sup>1</sup> k.c., chociaż najczęściej będzie następstwem szczególnych wydarzeń natury gospodarczej lub społeczno-politycznej (E. Gniewek, P. Machnikowski, Komentarz, 2013, art. 357<sup>1</sup>, nb 10). Omawiane przepisy wymagają powszechności zmiany stosunków i nieprzewidywalności związanego z tym ryzyka, możliwych do przypisania szerszej grupie.

Mając na uwadze powyższe rozważania Odwołujący zwrócił uwagę na wyjątkowość regulacji będących przedmiotem zaskarżenia, co w kontekście specyfiki umów zawieranych w reżimie zamówień publicznych nabiera szczególnego znaczenia. Ze względu na przepis art. 144 PZP umowy te, co do 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 niezmiennność. 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. Zdaniem Odwołującego ryzyka te odnoszą się do konkretnego zamówienia, opisanego przez Zamawiającego z uwzględnieniem zasad wynikających z przepisów PZP, w szczególności art. 29 ust. 1 PZP. Wykonawca przyjmuje więc ryzyko wykonania zamówienia w oparciu o przedstawione przez Zamawiającego na etapie przetargu warunki i okoliczności, możliwe do zidentyfikowania przez profesjonalistę.

Zaskarżonym niniejszym odwołaniem postanowieniem umowy Zamawiający stawia wymóg uwzględnienia w ofercie przetargowej okoliczności, które nie zostały przewidziane w warunkach umowy czy opisie przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego Zamawiający oczekuje tym samym od wykonawców skalkulowania w ofercie ryzyk niemożliwych do zidentyfikowania na etapie przygotowania oferty. Jak wyżej wskazano, przepisy art. 357 1 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, to 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 ta skalkuluje w odmienny sposób, opierając się wyłącznie na spekulacjach.

W powyższym zakresie zasadny jest więc zarzut naruszenia przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu swojej pozycji dominującej i skonstruowania umowy, która narusza wskazane na wstępie przepisy art. 5 k.c., 353 1 k.c. i 58 k.c. Kwestionowane niniejszym odwołaniem działanie Zamawiającego wymaga stanowczej krytyki. Odwołujący sprzeciwia się nadużywaniu przez Zamawiającego swoich uprawnień w zakresie obarczania wykonawców ryzykami niemożliwymi do zidentyfikowania, a tym samym niemożliwymi do skalkulowania w cenie oferty.

Odwołującemu znane 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 niejako 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 dnia 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. Jediną formą „negocjacji” jest wyrażenie przez wykonawcę sprzeciwu poprzez skorzystanie ze środków ochrony prawnej.

Odwołujący co do zasady nie kwestionuje uprawnień 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 15.05.2015r., KIO 892/15).

W wyroku z 17.03.2017r. (sygn. KIO 409/17) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że z art. 353<sup>1</sup> 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 KIO 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.

W ocenie Odwołującego, dokonane w niniejszym postępowaniu zastrzeżenie należy ocenić jako nieskuteczne z punktu widzenia wskazanych wyżej regulacji art. 5 k.c., 58 k.c. i 353<sup>1</sup> k.c. Sposób formułowania warunków umowy przez Zamawiającego podlega ocenie w kontekście

nadużycia prawa (art. 5 k.c.), ograniczeń swobody kontraktowania (353<sup>1</sup> k.c.) a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 k.c.).

W ocenie Odwołującego w realiach naszej sprawy uprawniony jest zarzut, że Zamawiający nie może czynić ze swego prawa do ustalenia wzorca umownego użytek, który jest sprzeczny ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego (zwłaszcza w sytuacji, gdy Zamawiający formułuje jednostronnie warunki umowy). Takie działanie, zgodnie z art. 5 k.c. nie powinno być uważane za wykonywanie prawa, a w konsekwencji nie powinno korzystać z ochrony prawnej. Dodać też należy, że umowne regulacje nie mogą sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego, co wynika wprost z przepisu art. 353<sup>1</sup> 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 współzycia społecznego. Na treść zasad współzycia społecznego składają się elementy etyczne i socjologiczne, kształtowane przez oceny moralne i społeczne. W niniejszym postępowaniu w ramach pojęcia zasad współzycia 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<sup>1</sup> 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 wskazać należy 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 współzycia społecznego. 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 wskazał, 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<sup>1</sup> § 1 k.c., 358<sup>1</sup> § 3 k.c. i 632 § 2 k.c., które w istocie odnoszą się do sytuacji nieprzewidywalnych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie przedstawionej w niniejszym odwołaniu argumentacji. Wskazał także, że zapewni to wykonawcom ubiegającym się o niniejsze zamówienie warunki do kalkulacji ceny ofertowej z poszanowaniem zasad konkurencyjności, w oparciu o opis przedmiotu zamówienia dający szansę na złożenie porównywalnych ofert.

Jak wskazał na zakończenie Odwołujący podobny pogląd wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 15.02.2018r. (KIO 173/18) oraz w wyroku z 10.07.2018r. (KIO 1266/18), w wyniku których Zamawiający został zobowiązany do usunięcia z warunków umowy kwestionowanego zapisu

Zamawiający pismem z dnia 01.08.2018 r. przedstawił odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż Polski Związek Pracodawców Budownictwa jest podmiotem, o którym mowa w art. 179 ust. 2 ustawy Pzp (poz. 116 wykazu nr decyzji LO 2963/05 źródło: [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)).

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ wraz z załącznikami do niej.

Izba dopuściła i przeprowadziła również następujące dowody:

1. Dowód z dokumentu złożony przez Zamawiającego w postaci informacji z otwarcia ofert dla postępowania obejmującego „Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 Warszawa – Kraków, odcinek granica województwa świętokrzyskiego – Kraków Część nr 2 oraz 3;
2. Dowód z dokumentu złożony przez Zamawiającego w postaci pierwszych stron ofert Mostostal Warszawa S.A., Eurovia Polska S.A., Mota Engil Central Europe S.A., Budimex S.A., Porr S.A., Konsorcjum Budimex S.A. i Strabag Infrastruktura Południe Spółka z o.o.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Przedmiotem prowadzonego postępowania jest realizacja robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj” obwodnicy miejscowości Zator w ciągu drogi krajowej nr 28.

Jak wynika z Rozdziału 15 SIWZ zatytułowanego „opis sposobu obliczenia ceny oferty” pkt 15.8. „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. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których nie ujęto w Wykazie Płatności, Wykonawca powinien ująć w cenach pozycji opisanych w Wykazie Płatności”.

Zgodnie z wykazem zawartym w SIWZ zawiera ona: Tom I – Instrukcja dla wykonawców wraz z formularzami, Tom II – Warunki kontraktu (w tym m.in.: akt umowy, gwarancja jakości, dane kontaktowe wraz z załącznikami, warunki ogólne kontraktu, szczególne warunki kontraktu, umowę o przetwarzanie danych osobowych), Tom III – Program funkcjonalno – użytkowy, Tom IV – Wykaz płatności.

Jak wynika z załącznika do SIWZ Tom IV zatytułowanego „Wykaz płatności” Zamawiający dla wszystkich elementów wynagrodzenia przewidział formę wynagrodzenia ryczałtowego.

Zamawiający w treści SIWZ w subklauzuli 13.8 Warunków Szczególnych Kontraktu w pkt I zatytułowanym „Waloryzacja” zawarł postanowienie o następującej treści „W związku z wprowadzeniem waloryzacji umownej Strony wyłączają stosowanie art. 357<sup>1</sup> KC, art. 358<sup>1</sup> § 3 KC, art. 632 § 2 KC”.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie wnosząc o usunięcie kwestionowanego postanowienia.

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

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do zarzutów Zamawiającego podniesionych w toku rozprawy, w odniesieniu do sposobu skonstruowania i przedstawienia w odwołaniu zarzutów Izba wskazuje, że w ramach skarżenia postanowień umownych zachodzą znaczne trudności 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 też 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 niniejszym wypadku mamy do czynienia wprost z podmiotem 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 nie związanych z samą tylko realizacją przedmiotu zamówienia.

W kontekście wskazanego wyżej otoczenia prawnego i realiów rynkowych odnieść się zatem należy do wskazanych wyżej argumentów Zamawiającego skierowanych wobec postawionych w odwołaniu zarzutów. Jeżeli bowiem mamy do czynienia z tak specyficzną sytuacją podmiotową, jak również z tak nietypowym przedmiotem zaskarżenia należy, w ocenie Izby, w sposób odmienny spojrzeć na stronę formalną procedury odwoławczej, w tym przywoływany przez Zamawiającego wielokrotnie w toku rozprawy art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający odwołując się do tego przepisu zdaje się zapominać na jakim etapie postępowania doszło do zaskarżenia podjętych przez Zamawiającego czynności oraz jaki podmiot korzysta w tym wypadku ze środków ochrony prawnej.

Po pierwsze odwołanie zostało wniesione na etapie publikacji SIWZ i nakierowane jest na eliminację z projektu umowy klauzuli wyłączającej możliwość zastosowania do tego konkretnego zobowiązania klauzul *rebus sic stantibus* – a więc 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.

Po drugie wnoszącym odwołanie nie jest wykonawca działający w swoim partykularnym interesie, rozumianym w sposób klasyczny, zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, lecz organizacja działająca w imieniu szerokiego kręgu podmiotów, w tym przypadku znacznej części rynku przedsiębiorstw budowlanych mogących przystąpić do realizacji tego konkretnego przedmiotu zamówienia. Stąd też poddając analizie wskazane przez Odwołującego – Polski Związek Pracodawców Budownictwa zarzut (wzorce kontroli) należy wskazać, że choć rzeczywiście do naruszenia art. 7 ust. 1 czy też art. 29 ust. 2 ustawy Pzp dochodzi wówczas, gdy mamy do czynienia ze zróżnicowaniem sytuacji podmiotowej wykonawców w zbliżonej sytuacji prawnej lub faktycznej, zaś w przypadku art. 29 ust. 2 ustawy Pzp z podmiotowym lub przedmiotowym uprzywilejowaniem określonych produktów czy usług to nic nie stoi na przeszkodzie aby wzorców kontroli dla działań Zamawiające poszukiwać w samej ustawie Kodeks cywilny, czy też w ramach klauzul ogólnych odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący działając nie w interesie własnym, lecz w interesie podmiotów będących uczestnikami rynku wykonawców budowlanych, w ocenie Izby w sposób prawidłowy odwołał się do klauzul ujętych w treści art. 5 i 353<sup>1</sup> ustawy Kodeks cywilny (dalej „k.c.”), jak również powołał się na niedookreśloność opisu przedmiotu zamówienia związaną z brakiem możliwości oszacowania ryzyk (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp). Tym samym więc Izba, mając na uwadze charakter podmiotowy Odwołującego, jak również treść zaskarżonej czynności uznała, że nie sposób przyjąć, że w tym okolicznościach Odwołujący nie wskazał adekwatnych dla zaskarżonej czynności wzorców kontroli pozwalających na ocenę działań Zamawiającego.

W zakresie kolejnego elementu sporu, tj. charakteru klauzul ujętych w treści art. 357<sup>1</sup> k.c., art. 358<sup>1</sup> § 3 k.c., art. 632 § 2 k.c. Izba wskazuje, że Zamawiający prezentując swoją argumentację powołał się na orzeczenie Sądu Najwyższego (wyrok z dnia 18 września 2013 r. sygn. akt V CSK 436/12), zaś Odwołujący poza argumentami, że kwestia ta została w powyższym wyroku „rozstrzygnięta przy okazji innego zagadnienia” nie przedstawił w tym zakresie żadnych orzeczeń sądów powszechnych wskazujących na istnienie przynajmniej rozbieżności w tym przedmiocie. Stąd też Izba w niniejszym składzie uznała, że choć powyższa kwestia pozostaje bez wpływu na wyrokowanie ze względu na istotę podniesionych zarzutów, za wskazanym wyżej orzeczeniem, że istnieje możliwość wyłączenia tych klauzul w umowie.

Przechodząc od kwestii ogólnych na kanwę niniejszego sporu należy wskazać, że zaskarżone przez Odwołującego postanowienia umowne wyłączające stosowanie na etapie realizacji umowy zawartej w ramach prowadzonego przez Zamawiającego postępowania klauzul *rebus sic stantibus* stanowią, jak wielokrotnie wskazywał Odwołujący i popierający jego odwołanie wykonawcy, nadzwyczajny środek zmiany postanowień umownych rozpoznawany w klasycznym postępowaniu cywilnym. Klauzule te odnoszą się do całej umowy będącej źródłem całego zobowiązania (art. 357<sup>1</sup> k.c.), jednego z przedmiotowo istotnych elementów tego zobowiązania jakim jest świadczenie pieniężne (art. 358<sup>1</sup> § 3 k.c.) oraz zniesienia zobowiązania lub zmiany wynagrodzenia ryczałtowego w umowach, gdzie takie wynagrodzenie zostało przewidziane (art. 632 § 2 k.c.). Dotyczą one zobowiązania jako takiego lub jego istotnych przedmiotowo elementów (*essentialia negotii*). Jedynym uprawnionym podmiotem mogącym doprowadzić do zastosowania ww. klauzul jest sąd powszechny, którego działanie w tym wypadku charakteryzuje się pełną uznaniowością, zaś samo zainicjowanie przez stronę takiej zmiany odbywa się pod ściśle określonymi warunkami i w ściśle określonej drodze.

Sąd bowiem w kontradiktoryjnym procesie w wyniku wniesionego powództwa (doktryna bowiem nie dopuszcza zastosowania ww. klauzul w ramach zarzutu podniesionego np. w wyniku wniesienia powództwa o zapłatę) na podstawie przedstawionych dowodów ocenia nie tylko charakter zmienionych w sposób nadzwyczajny okoliczności, lecz również wszelkie inne aspekty, w tym charakter zobowiązania, charakter stron, jak również rolę jaka miało pełnić samo świadczenie (tutaj będące zamówieniem publicznym). Sąd wówczas ocenia wszystkie towarzyszące umowie i jej realizacji okoliczności celem zbadania, czy istnieje podstawa do modyfikacji zobowiązania jako wyjątek od klauzuli *pacta sunt servanda*. Należy również podnieść, że ocena zasad współżycia społecznego nie może przebiegać w oderwaniu od oceny istnienia i ważkości interesu publicznego – gdyż w ramach pojęcia „zasady współżycia



społecznego” umiejscowić należy również inne ważne interesy oraz relacje o znaczeniu ogólnospołecznym.

Zmiana okoliczności leżąca u podstaw roszczenia mającego swoje źródło w treści art. 357<sup>1</sup> k.c. art. 358<sup>1</sup> k.c., art. 632 § 2 k.c. (nadzwyczajna zmiana stosunków, istotna zmiana siły nabywczej pieniądza lub niemożliwa do przewidzenia zmiana stosunków) jest każdorazowo oceniana przez sąd powszechni przy uwzględnieniu wszelkich towarzyszących jej okoliczności, w tym sąd bada jakie skutki na przyszłość może przynieść zmiana lub pozostawienie przedmiotowo istotnych elementów zobowiązania bez zmian.

Odnosząc się do samej regulacji projekt przyszłej umowy w sprawie zamówienia, tj. Subklazuli 13.8 Warunków Szczególnych Kontraktu pkt I Waloryzacja in fine w zakresie postanowienia: „W związku z wprowadzeniem waloryzacji umownej Strony wyłączają stosowanie art. 357<sup>1</sup> KC. art. 358<sup>1</sup> § 3 KC. art. 632 § 2 KC” z jej części motywacyjnej wynika, że wyłączenie stosowania wskazanych tam przepisów ustawy Kodeks cywilny zostało spowodowane wprowadzeniem waloryzacji umownej. Jednakże mechanizmy ujęte w wyłączonych umownie regulacjach ustawy Kodeks cywilny są regulacjami wyjątkowymi i występującymi sporadycznie w stosunku do podstaw wprowadzonej waloryzacji. Zgodzić się zatem należy w tym przypadku z Odwołującym, że klauzule waloryzacyjne odnoszą się do zupełnie innej sfery kontraktowej i nie obejmują okoliczności wskazanych wprost w klauzulach uregulowanych w treści art. 357<sup>1</sup> k.c., art. 358<sup>1</sup> § 3 k.c. oraz art. 632 § 2 k.c., zaś Zamawiający nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Dodatkowo Izba wskazuje, że jak słusznie wskazał Odwołujący w ramach podniesionych zarzutów, wyłączenie tych klauzul przerzuca na wykonawców cały ciężar ryzyka związanego z ewentualnymi nadzwyczajnymi zmianami otoczenia ekonomicznego, politycznego i społecznego. Już sama analiza wskazanych wyżej przepisów ustawy Kodeks cywilny wskazuje, że wiążą się one ze zdarzeniami nadzwyczajnymi – a więc niezwykle trudnymi do przewidzenia. Tym bardziej zachodzi adekwatna do ich charakteru trudność w wycenie ryzyk z nimi związanych. W ocenie Izby trudność ta ma charakter obiektywny, gdyż trudno założyć, że wykonawcy są w stanie podołać tej wycenie i ująć to ryzyko w cenie ofertowej. Już tylko z tego powodu wyłączenie tych klauzul powoduje, że dochodzi do naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przez przerzucenie na wykonawców obowiązku dookreślenia (przewidzenia) i w konsekwencji wyceny ekonomicznej świadczeń, które ze swej istoty są niemożliwe do przewidzenia i wyceny. Gdyby wyłączone przez Zamawiającego klauzule obowiązywały w ramach przedmiotowego kontraktu wykonawcy i sam Zamawiający dysponowałiby mechanizmem korekcyjnym, zaś na etapie składania oferty nie zachodziłaby konieczność identyfikacji i wyceny tych elementów.

Jeżeli bowiem projekt umowy gwarantuje ochronę stron kontraktowych w przypadku wystąpienia nadzwyczajnych i nieprzewidzianych zdarzeń wykonawca nie musi dokonywać

swoistej „wyceny” tego typu zdarzeń. Brak takich mechanizmów powoduje, że pomimo istniejących obiektywnie trudności przy ich wycenie, 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 przypadku złożenia ofert przy takim mechanizmie wyceny będą one ze swej natury ofertami nieporównywalnymi, 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. Odnosząc się wprost do powyższych przesłanek potencjalni wykonawcy biorąc udział w przedmiotowym postępowaniu wycenią i ujmą w zaproponowanym Zamawiającemu wynagrodzeniu ryzyko związane, nie tylko z hipotetycznymi stratami mogącymi być skutkiem takiej nadzwyczajnej zmiany stosunków, lecz również z ich identyfikacją, wyceną i prawdopodobieństwem ich wystąpienia. Zatem mimo trudnego do identyfikacji (nieznanego) prawdopodobieństwa wystąpienia tego typu zdarzeń, tj. zdarzeń umożliwiających zastosowanie mechanizmów ujętych w treści art. 357<sup>1</sup> KC. art. 358<sup>1</sup> § 3 KC. art. 632 § 2 KC Zamawiający będzie musiał zapłacić wykonawcom 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. W ocenie Izby rozpoznającej niniejsze odwołanie „zmuszanie” wykonawców do wyceny tego typu zdarzeń stoi w sprzeczności z regulacjami art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, tj. przepisem nakazującym Zamawiającemu dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący i jednoznaczny – a więc umożliwiający przygotowanie oferty. Wszakże wszystkie potencjalne okoliczności kontraktowe mogące towarzyszyć realizacji przedmiotu zamówienia w ścisłym tego słowa znaczeniu, stanowią elementy tego przedmiotu wpisujące się w hipotezę normy prawnej ujętej w przepisie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, które winny zostać skalkulowane przez wykonawców w cenie kontraktowej.

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. Wszakże 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 (...). W odniesieniu do powyższego dodać należy, że 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 – co oznacza w ocenie Izby, że do kosztów towarzyszących wykonaniu należy dodać również ryzyko wyłączenia w warunkach szczególnych kontraktu ustawowych klauzul *rebus sic stantibus*.

Zgodnie z przywołanymi wyżej regulacjami (art. 357<sup>1</sup> KC. art. 358<sup>1</sup> § 3 KC. art. 632 § 2 KC) oraz doktryną i orzecznictwem odnoszącymi się do nich przesłanką zmiany może być zmiana stosunków, która była niemożliwa do przewidzenia na etapie nawiązania stosunku zobowiązaniowego – co kłóci się w tym wypadku z regułą ujętą w treści art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający bowiem w tym konkretnym wypadku wprost nakazuje wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu wycenić elementy niemożliwe do przewidzenia lub wprost zignorować przy wycenie ryzyko kontraktowe, które w zależności od okoliczności może partycypować w cenie w wysokości od kilku do nawet kilkunastu procent w skrajnych przypadkach.

Jak słusznie wskazał Odwołujący w uzasadnieniu odwołania *„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.”* Nawet znikoma możliwość przewidzenia takiej zmiany nie odbiera jej charakteru wyjątkowego, jeżeli zmiana ta jest całkowicie niezależna od stron umowy. Z taką hipotetyczną zmianą będziemy mogli mieć do czynienia w przypadku, gdy ustawodawca w ramach przepisów o podatku od towarów i usług wprowadzi np. kolejne mechanizmy tzw. „odwróconego obowiązku podatkowego w podatku VAT” lub mechanizm „split payment” zamrażający wykonawcom możliwość dysponowania pełną wysokością otrzymanego wynagrodzenia brutto nawet do 60 dni. Ten ostatni mechanizm jest dodatkowo zależny od woli płatnika faktury i może być w każdej chwili wprowadzony do procesu regulowania wynagrodzenia wolą tego ostatniego. Dodatkowo Ministerstwo Finansów zabiega u Komisji Europejskiej o zgodę na zastosowanie tego mechanizmu jako obligatoryjnego w ustawie o podatku od towarów i usług od roku 2019 – a więc w trakcie trwania tego kontraktu.

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 umożliwi 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 tego kontraktu mechanizmów ujętych w treści art. 357<sup>1</sup> k.c., art. 358<sup>1</sup> § 3 k.c. oraz art. 632 § 2 k.c.

W odniesieniu do kolejnych wzorców kontroli w postaci art. 5 i art. 353<sup>1</sup> k.c. Izba wskazuje, 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 w kontekście tych dwóch przepisów. W ocenie Izby w tym wypadku mamy wprost do czynienia z nadużyciem prawa podmiotowego w rozumieniu art. 5 k.c., którego emanacją jest, przy przyjęciu, że przepisy art. 357<sup>1</sup> k.c., art. 358<sup>1</sup> § 3 k.c. oraz art. 632 § 2 k.c. mają charakter dyspozytywny, ich wyłączenie na przyszłość w projekcie umowy. Ocena negatywna działań Zamawiającego ma miejsce również przez pryzmat zasad współżycia społecznego i natury stosunku ujętych w treści art. 353<sup>1</sup> k.c. Zgodzić się bowiem należy, że na naturę stosunku i zasady współżycia społecznego wpływ mają, wskazane przez Odwołującego, zasady sprawiedliwości kontraktowej, uczciwości kupieckiej oraz równej pozycji stron. Ich przestrzeganie, w ocenie Izby, jest nie tylko uprawnieniem Zamawiającego, lecz również Jego obowiązkiem mającym swoje źródło w regułach interesu publicznego. Zamawiający powierzając wykonawcy do realizacji kontrakt realizowany ze środków publicznych i w interesie publicznym powinien swoim postępowaniem dbać, nie tylko o rzetelne wykorzystanie tych środków i osiągnięcie zakładanych celów, ale również podjąć się współpracy z wykonawcą umożliwiającej pomyślne zrealizowanie zakładanego obiektu budowlanego. Tylko wówczas może dojść do urzeczywistnienia wszystkich wskazanych wyżej zasad i reguł, które w ocenie Izby nie stoją w stosunku do siebie w opozycji, lecz się wzajemnie uzupełniają. 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<sup>1</sup> k.c., art. 358<sup>1</sup> § 3 k.c. oraz art. 632 § 2 k.c.) tym większe w ostateczności straty wystąpią po obu stronach zobowiązania.

Rolą zaś sądu, w przypadku zastosowania wskazanych wyżej klauzul, nie jest bowiem zasądzenie nienależnego przysporzenia majątkowego po stronie wykonawcy, lecz przyznanie mu wynagrodzenia w wysokości odpowiadającej poniesionym kosztom, zaś

gdyby w skrajnym wypadku realizacja zamówienia mogła spowodować niepowetowane straty po jego stronie sąd powszechny może nawet rozwiązać umowę. Jak wyżej wskazano są to jednak mechanizmy wyjątkowe i tak zostały przez Izbę ocenione przy rozpoznaniu zarzutów. W tych określonych okolicznościach sprawy, mając na uwadze zmieniające się dynamicznie otoczenie gospodarcze oraz realia rynku pracy, towarów i usług, wyłączenie wskazanych wyżej klauzul stanowi, w ocenie Izby, naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 5 i art. 353<sup>1</sup> ustawy Kodeks cywilny mających zastosowanie do czynności podmiotu zamawiającego na podstawie art. 14 ustawy Pzp. Dodatkowo jak wskazuje się w orzecznictwie (vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2015 r. sygn. akt IV CSK 804/14) *„Najczęściej stwierdzenie, że umowa została zawarta z naruszeniem art. 353<sup>1</sup> 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”*. W tym zakresie, Izba kierowała się także wcześniejszym orzecznictwem m.in. wyrokiem KIO z 15.02.2018 r., sygn. akt: KIO 145/18, KIO 173/18 oraz wyrokiem KIO z 10 lipca 2018 r. . sygn. akt KIO 1266/18. Stąd też Izba w sentencji niniejszego orzeczenia nakazała usunięcie z projektu umowy zaskarżonej subklauzuli 13.8.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Jak wyżej wskazano, przy uwzględnieniu charakteru podmiotowego wnoszącego odwołanie oraz charakteru podniesionych w odwołaniu zarzutów, zostało przez Izbę stwierdzone, że wypełniła się hipoteza normy prawnej ujętej w treści art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby pozostawienie objętego zaskarżeniem postanowienia projektu umowy może mieć istotny wpływ na wynik postępowania prowadzący nawet do konieczności jego unieważnienia, jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

