

Sygn. akt: KIO 1985/18

WYROK
z dnia 17 października 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Członkowie: Paweł Trojan
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 października 2018 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **1 października 2018 roku** przez **Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Skarb Państwa, Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad**, w imieniu którego postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, z siedzibą w Krakowie**

przy udziale wykonawców zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego:

- 1) **BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie;**
- 2) **Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich;**
- 3) **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie;**
- 4) **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie;**
- 5) **Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu;**
- 6) **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie;**
- 7) **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu modyfikację treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przez wykreślenie z Subklauzuli 13.8. Szczególnych Warunków Kontraktowych postanowienia o następującej treści:**

„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, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, z siedzibą w Krakowie i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza od **Zamawiającego: Skarbu Państwa, Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, z siedzibą w Krakowie** na rzecz **Odwołującego Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie** kwotę w wysokości **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu i kosztów zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity 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 Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Dnia 1 października 2018 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej w skrócie „PZP”, Dz. U. z 2017r., Nr 113, poz. 1579 ze zm.), odwołanie złożyła organizacja Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”).

Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Budowa mostu przez rzekę Dunajec w Kurowie w ciągu drogi krajowej nr 75” prowadzi Zamawiający: Skarb Państwa, Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie. Numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 20.09.2018 -181- 409233-2018-PL. Odwołanie złożono w postępowaniu, w którym wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 PZP.

Odwołanie wniesiono wobec 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. 357¹KC. art. 358¹ § 3 KC. art. 632 § 2 KC”*.

Opisanej czynności Zamawiającego zarzucono naruszenie:

1. art. 357¹ k.c., art. 358 § 3k.c., art. 632 § 2 k.c. w związku z art. 5, art. 353¹ k.c. oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 14, art. 139 ust. 1 PZP oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 PZP poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współzycia 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. 357¹ k.c., art. 358¹ 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.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmiany warunków przyszłej umowy poprzez wykreślenie kwestionowanego postanowienia.

W zakresie wykazania posiadania interesu we wniesieniu odwołania, Odwołujący podał, że zgodnie z art. 179 ust. 2 PZP środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ 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 wniósł odwołanie 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. Działanie Zamawiającego objęte odwołaniem narusza powołane przepisy PZP, a także ogranicza konkurencyjność i szeroko rozumiany dostęp do zamówienia, zwłaszcza poprzez uniemożliwienie Wykonawcom skalkulowania w ofercie ryzyk związanych z realizacją zamówienia.

W dniu 20.09.2018r. Zamawiający opublikował treść SIWZ oraz jej załączniki na swojej stronie internetowej, wniesienie odwołania nastąpiło przy zachowaniu terminu przewidzianego treścią przepisu art. 182 ust. 2 pkt 1 PZP. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu i uiścił wpis w wymaganej wysokości.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że przywołanym w petitum odwołania postanowieniem projektu umowy Zamawiający usiłuje wyłączyć możliwość stosowania przepisów art. 357¹ k.c. art. 358¹ k.c., art. 632 § 2 k.c. w ramach stosunku zobowiązaniowego, jaki zostanie nawiązany w wyniku rozstrzygnięcia postępowania. Przepisy te stanowią podstawę żądania sądowej zmiany treści tego stosunku w nadzwyczajnych, niemożliwych do przewidzenia sytuacjach.

I tak, art. 357¹ § 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. 358¹ § 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 357¹ i 358¹ 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 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. Zmiana umowy jest ograniczona do sytuacji w niej przewidzianych. Przepisy art. 357¹, 358¹k.c. i 632 § 2 k.c. odnoszą się natomiast do sytuacji niemożliwych do przewidzenia.

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 prowadziłyby 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. 357¹ 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*, jak i przepisów pochodnych, tj. art. 358¹ 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. 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. 357¹ 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. R., Sądowa zmiana umowy). Pogląd ten znajdzie zastosowanie również do pozostałych omawianych regulacji, tj. art. 358¹ 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 rażąca 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 VIA Ca 166/17 z 14.09.2017r. LEX2402381). 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. 357¹, nb 10). Omawiane przepisy wymagają powszechności zmiany stosunków i nieprzewidywalności związanego z tym ryzyka, możliwych do przypisania szerszej grupie.

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 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 niezmiennosc. 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 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 postanowieniem umowy 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. Przywołane przepisy 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 te skalkuluje w odmienny sposób, opierając się wyłącznie na spekulacjach.

Zdaniem Odwołującego zasadny jest więc zarzut naruszenia przez Zamawiającego w postępowaniu swojej pozycji dominującej i skonstruowania umowy, która narusza wskazane na wstępie przepisy art. 5 k.c., 353¹k.c. i 58 k.c. Kwestionowane 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 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*”. (tak: 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 sprawy. Jedyną formą „negocjacji” jest wyrażenie przez wykonawcę sprzeciwu poprzez skorzystanie ze środków ochrony prawnej.

Odwołujący 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 (tak: 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. 353¹ 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 tej 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. 357¹ k.c. art. 358¹ k.c., art. 632 § 2 k.c. to Sąd ocenia, czy spełnione są przesłanki do ich zastosowania. Wyłączenie tych przepisów stanowi zatem w swej istocie pozbawienie prawa do sądu.

W ocenie Odwołującego, dokonane w postępowaniu zastrzeżenie należy ocenić jako nieskuteczne z punktu widzenia wskazanych regulacji art. 5 k.c., 58 k.c. i 353¹ k.c. Sposób formułowania warunków umowy przez Zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 k.c.), ograniczeń swobody kontraktowania (353¹ k.c.) a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 k.c.).

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). 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 współżycia społecznego, co wynika wprost z przepisu art. 353¹ 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 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. 353¹k.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. 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.

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. 357¹ § 1 k.c., 358¹ § 3 k.c. i 632 § 2 k.c., które w istocie odnoszą się do sytuacji nieprzewidywalnych.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie przedstawionej w odwołaniu argumentacji. Zapewni to wykonawcom ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie warunki do kalkulacji ceny ofertowej z poszanowaniem zasad konkurencyjności, w oparciu o opis przedmiotu zamówienia dający szansę na złożenie porównywalnych ofert. Odwołujący 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 357¹ § 1 k.c., 358¹ § 3 k.c. i 632 § 2 k.c. istotne zagrożenie dla branży budowlanej i nie godzi się na konsekwencje wyłączenia stosowania przepisów.

Zaskarżona czynność Zamawiającego godzi w powołane na wstępie przepisy prawa. Podobny pogląd wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach: z 15.02.2018r. (KIO 173/18), z 10.07.2018r. (KIO 1266/18), z 08.08.2018r. (KIO 1436) oraz w wyroku z 13.08.2018 (KIO 1494/18), w wyniku których Zamawiający został zobowiązany do usunięcia z warunków umowy kwestionowanego zapisu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, złożonych pismach procesowych wraz z załącznikami, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że podmiot wnoszący odwołanie posiada interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo

zamówień publicznych. Należy bowiem wskazać, że środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w 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 wniósł odwołanie jako organizacja wpisana dnia 22 lipca 2005r. 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. Odwołujący w tym wypadku działa w interesie wykonawców zainteresowanych organizowanym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Kontrola działań Zamawiającego objęta odwołaniem, które mogą naruszać przepisy Pzp, a także ograniczać konkurencyjność i szeroko rozumiany dostęp do zamówienia, zwłaszcza poprzez uniemożliwienie Wykonawcom skalkulowania w ofercie ryzyk związanych z realizacją zamówienia wpisuje się w przesłanki określone w art. 179 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następnie, że odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, zgłoszenie przystąpienia po stronie Odwołującego złożyli następujący wykonawcy:

- 1) BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie;
- 2) Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich;
- 3) Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie;
- 4) PORR S.A. z siedzibą w Warszawie;
- 5) Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu;
- 6) STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie;
- 7) Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie.

Izba potwierdziła skuteczność wszystkich złożonych przystąpień i dopuściła zgłaszających przystąpienie jako Przystępujących po stronie Odwołującego do postępowania odwoławczego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący prawidłowo w odwołaniu przywołał istotne dla przedmiotu sporu zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w tym Szczególnych Warunków Kontraktowych, w tym brzmienie Subklauzuli 13.8.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę Izba uznała, że odwołanie w całości zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie Izba podkreśla, że w pełni podziela i przyjmuje jako własne stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w następujących orzeczeniach: z 15.02.2018r. (sygn. akt KIO 145/18, KIO 173/18), z 10.07.2018r. (sygn. akt KIO 1266/18), z 08.08.2018r. (sygn. akt KIO 1436/18); z 13.08.2018 (sygn. akt KIO 1494/18); z 12.10.2018r. (sygn. akt KIO 1951/18), które zapadły w tożsamym stanie faktycznym uwzględniającym jednakowe brzmienie Subklauzuli 13.8 wzoru umowy Warunków Kontraktowych, której treścią Zamawiający zamierzał wyłączyć stosowanie określonych regulacji prawa cywilnego.

Zgodnie z art. 357¹ KC, jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca strata, 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 art. 358¹ § 3 KC wynika, że 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.

Natomiast art. 632 § 2 KC reguluje możliwość podwyższenia ryczałtu lub rozwiązania umowy przez sąd, jeżeli skutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażąca strata.

Przywołane przepisy dotyczą sytuacji możliwej zmiany warunków kontraktowych o wyjątkowym charakterze, które mogą mieć zastosowanie wyłącznie w razie wystąpienia wskazanych w tych przepisach przesłanek. Znajdą one zastosowanie wyłącznie w przypadku zaistnienia zdarzeń, które w momencie zawarcia umowy, w tym przypadku także w momencie sporządzania oferty, nie mogły być przewidziane przez strony umowy i w niej uwzględnione. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego każdy z tych przepisów odnosi się do sytuacji wyjątkowych i nieprzewidywalnych obiektywnie. Użyte w art. 357¹ KC sformułowanie „*czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy*” nie oznacza, że Strony w momencie podpisania umowy przewidziały pewien katalog okoliczności, gdzie może dojść do zmiany umowy, zaś sądowa kontrola i redefinicja warunków umownych możliwa jest jedynie, gdy mamy do czynienia z sytuacjami w takim katalogu nie ujętymi. Wyrażenie to odnosi się do takiej sytuacji, która w momencie zaciągania zobowiązania była niemożliwa do przewidzenia przez Strony. Tym samym każda z wyżej przywołanych regulacji prawnych wskazuje na okoliczności, których przy zachowaniu należytej staranności nie można było przewidzieć. Wówczas możliwość modyfikacji zawartych zobowiązań każdorazowo jest weryfikowana

przez niezależny organ, jakim jest sąd i to sąd, przy ziszczeniu się opisanych przesłanek, będzie uprawniony do nadania nowego kształtu stosunkowi prawnemu pomiędzy stronami. Sąd każdorazowo bierze także pod uwagę i szczegółowo bada słuszny interes każdej strony umowy.

Zasadności, czy też prawidłowości takiego ukształtowania przyszłych warunków kontraktowych przez Zamawiającego nie tłumaczy przewidzenie we wzorze umowy postanowień odnoszących się do wprowadzenia mechanizmów waloryzacji umownej. Umowne klauzule waloryzacyjne odnoszą się do innych sytuacji i dotyczą przede wszystkim katalogu okoliczności przewidzianych przez strony zobowiązania, które doprowadzić mogą do jego zmiany. W tym elemencie upatrywać należy raczej odniesienia do art. 144 ustawy Pzp, który przewiduje możliwość zmiany wykonywanej umowy, jeżeli ziszczy się jedna z przesłanek przewidzianych we wzorze umowy w momencie powstawania zobowiązania lub zmianę taką przewiduje przywołany przepis ustawy Pzp. Dostrzeżenia jednak wymaga, że zazwyczaj są to okoliczności, które możliwe są do określenia, nie mają one charakteru nadzwyczajnego. Tymczasem wyłączone przez Zamawiającego regulacje prawa cywilnego odnoszą się do nadzwyczajnej zmiany stosunków, nieprzewidzianej przy zawieraniu umowy, istotnej zmiany siły nabywczej pieniądza i zmiany stosunków zobowiązaniowych, której nie można było przewidzieć, a która godzi w interesy strony umowy. Każdorazowo wówczas sąd dokonuje oceny zobowiązania każdej strony i przy uwzględnieniu zasad współżycia społecznego, określa nowy sposób realizacji umowy, a w ostateczności postanowić może o rozwiązaniu umowy. Jak słusznie wskazywał Odwołujący i Przystępujący po jego stronie, są to takie zmienne, których wystąpienia, przy zachowaniu reguł zdrowego rozsądku, żaden uczestnik rynku i danej branży nie zakłada. Tym bardziej zatem uprawniona jest teza odwołania, że okoliczności takich i ryzyka z nimi związanego nie można wycenić w składanej ofercie, przyjmując, że oferowana cena winna mieć realny charakter i określać całość przyszłego zobowiązania wykonawcy.

Choć w reżimie zamówień publicznych Zamawiający jest podmiotem, który ma większy wpływ na ukształtowanie przyszłego stosunku umownego, to jednak uprawnienie to nie ma charakteru absolutnego. Owszem, w zamówieniach publicznych można mówić o swoistego rodzaju ograniczeniu zasady wolności umów (art. 353¹ KC), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Granicę swobody działania Zamawiającego wyznacza jednak art. 353¹ KC, w takim zakresie, w jakim wskazuje on, że przyszła umowa musi czynić zadość przepisom ustawy, zasadom współżycia społecznego oraz naturze stosunku prawnego. Żadne bowiem regulacje ustawy Pzp nie wyłączają tego przepisu bezwzględnie obowiązującego. Jak słusznie podkreślono w wyroku z 12.10.2018r. (sygn. akt

KIO 1951/18) „za nieuprawnione należy uznać takie ukształtowanie stosunku, które nie pozwala profesjonalnemu wykonawcy działającemu z należytą starannością na skalkulowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz wyłącza możliwość sądowej oceny, czy dane nadzwyczajne sytuacje zaistniały, a także, czy i w jakim stopniu miały znaczenie dla prawidłowego wykonania umowy przez wykonawcę”. Jak w każdym stosunku prawnym łączącym strony, Zamawiający swojego uprawnienia nie może nadużywać. Występowanie w roli gospodarza postępowania nie oznacza, że Zamawiający w sposób jednostronny, działając wyłącznie we własnym interesie może stworzyć wzorzec umowy bez uwzględniania okoliczności, które dotyczyć mogą przyszłego kontrahenta i samego zobowiązania umownego. Działania Zamawiającego, co oczywiste, muszą czynić zadość przepisom bezwzględnie obowiązującym, ale uwzględniać także powinny zasady gospodarki wolnorynkowej, sytuację panującą na rynku w danej branży, zachodzące przemiany społeczno-polityczne.

Oceny prawidłowości i zasadności działań Zamawiającego przez Izbę nie zmienia okoliczność, czy mamy do czynienia z przepisami o dyspozytywnym charakterze. Sam charakter danej normy prawnej nie usprawiedliwia działania, które godzi w inne zasady swobody umów. Za wyrokiem z 12.10.2018r. (sygn. akt KIO 1951/18) powtórzyć należy, że „Odebranie stronom uprawnienia do sądowego uregulowania stosunków pomiędzy stronami w przypadku zaistnienia okoliczności, których strony nie mogły przewidzieć na etapie zawierania umowy zobowiązuje wykonawców do skalkulowania w cenie oferty ryzyk, których na etapie składania oferty nie są w stanie określić. Takie działanie może skutkować nie tylko wzrostem cen za wykonanie danego przedmiotu zamówienia, ale też nieporównywalnością ofert, jako że poszczególni wykonawcy mogą inaczej próbować ocenić charakter niemożliwych do zidentyfikowania ryzyk, ich poziom oraz inaczej je skalkulować. Nałożenie na wykonawców obowiązku uwzględnienia w ofercie zdarzeń nadzwyczajnych i nieprzewidywalnych stanowi o niejednoznacznym i niewyczerpującym opisie przedmiotu zamówienia, dokonany wbrew dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy Pzp”. Nałożenie na wykonawców zainteresowanych uzyskaniem danego zamówienia dodatkowych, nadmiernych i przede wszystkim nieidentyfikowanych obowiązków, które wycenić należy w ofercie niweczy cel, który przyświeca ustawie Pzp, a którym jest wybór wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia przy założeniu prawidłowego wydatkowania środków publicznych, co podkreślał sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Jeżeli bowiem wykonawcy dokonując wyceny przyszłego zobowiązania mają w nim ująć wszystkie okoliczności, które nie muszą ale mogą wystąpić, a dodatkowo przewidzieć mają i wycenić sytuacje nieprzewidywalne, to niewątpliwie cena takiej oferty nie będzie odpowiadała realiom rynkowym, będzie znacząco wyższa, a Zamawiający zapłaci za ryzyko, które może w ogóle

nie mieć racji bytu w trakcie realizacji inwestycji. Tym samym dojdzie do wydatkowania środków publicznych w nadmiernej wysokości, czemu zapobiec może sądowa weryfikacja zobowiązania, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności, które zaistniały od momentu zawarcia umowy.

Sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podnosił, że niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy, to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę. Oznacza to, że wystąpienie takiego ryzyka podlegającego wycenie musi być we wzorze umowy przewidziane. Zwrócić uwagę należy, a o czym zdaje się zapominać Zamawiający, mowa jest o wystąpieniu ryzyka, a więc o jego opisanu, w sytuacji gdzie brzmienie Subklauzuli 13.8 i próba wyłączenia zastosowania przepisów KC dotyczy sytuacji nieprzewidzianych. Nie jest zaś prawidłowym opisem zamówienia użycie sformułowania „wszelkie inne ryzyka, wyżej nie opisane”.

Owszem Zamawiający, jako gospodarz postępowania może opisać przedmiot zamówienia zgodnie ze swoim potrzebami, wykonawcy zaś w ograniczony sposób mogą skutecznie w ten opis ingerować i decydować za zamawiającego, jakie rozwiązania powinien dopuścić. Pod warunkiem, że opis ten czyni zadość zasadom równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a ponadto jest wyczerpujący, pełny i jednakowy dla wszystkich wykonawców, którzy zainteresowani są złożeniem oferty. Nałożenie jednak na przedsiębiorców obowiązku przewidzenia i wyceny sytuacji niemożliwych do przewidzenia nie wpisuje się w przesłankę pełnego opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z regułami określonymi w art. 29 ustawy Pzp. Wówczas bowiem każdy z wykonawców w odmienny sposób określi katalog okoliczności podlegających wycenie, co doprowadzi do nieporównywalności ofert. Co więcej, na etapie oceny ofert Zamawiający w żaden wymierny sposób nie będzie mógł prawidłowości takiego katalogu zweryfikować. Nie można bowiem zapominać przy tworzeniu wzorca umowy o przepisach dotyczących oceny ofert, choćby wskazujących na konieczność badania, czy mamy w postępowaniu do czynienia z rażąco niską ceną i arytmetycznym wskaźnikiem badania ceny oferty, zastosowania którego nie wyłącza ryczałtowy charakter wynagrodzenia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przywoływał treść § 4 ust. 3 wzoru umowy, wskazując, że wartość przyszłego zobowiązania może osiągnąć 107 % kwoty brutto podanej w ofercie, co w pewien sposób zabezpieczać ma wybranego wykonawcę przez narzucony ryczałtowy charakter wynagrodzenia. Z drugiej zaś strony, Zamawiający podkreślał że zabezpieczył w drodze właściwych postanowień umowy wszelkie ryzyka związane z

realizacją zamówienia, w tym również te, których na etapie zawierania umowy (czy też składania oferty) nie można było przewidzieć. Jednak żadnych przykładów takich nadzwyczajnych ryzyk Zamawiający nie podał. We wzorze umowy opisano sposób, w jaki przebiegała będzie waloryzacja umowna, w odniesieniu do reguł i wskaźników, które zostaną zastosowane. Nie opisano jednak w jakich okolicznościach, zwłaszcza niemożliwych do przewidzenia reguły te będą mieć zastosowanie. Przewidywana waloryzacja umowna odnosi się wyłącznie do wzrostu lub spadku cen. Nie ma tam jednak odniesienia, że te wahania walutowe spowodowane są sytuacjami nadzwyczajnymi. Nie ma również odniesień, że waloryzacja będzie możliwa w sytuacjach innych niż wzrost lub spadek cen, np. zmian o charakterze politycznym. W skrajnym przypadku można wyobrazić sobie sytuację, w której wykonanie zobowiązania umownego w ogóle nie będzie możliwe i opisane zasady waloryzacyjne nie będą miały żadnego zastosowania. Domniemywać więc należy, że reguły opisane we wzorze umowy znajdują zastosowanie w stanach faktycznych szczegółowo przez Zamawiającego opisanych. Podkreślić jeszcze raz należy, że przepisy KC odnoszą się do elementów zobowiązania nieprzewidywalnych, w tym wypadku więc także innych niż spadek lub wzrost cen. Nie można uznać, że wprowadzona waloryzacja umowna i wyłączenie klauzul rebusowych w pełni zabezpiecza słuszny interes strony zobowiązania.

W ocenie składu orzekającego Izby z natury rzeczy sytuacje, których nie można na etapie zawierania umowy przewidzieć, trudne są do opisanie, tym bardziej do wycenienia. Z tego powodu przede wszystkim, nawet uwzględniając możliwość wyłączenia zastosowania przepisów KC w zakresie klauzul rebusowych, trudno w działaniu Zamawiającego dopatrzeć się racjonalności. W sytuacji, gdy kontrakt zawierany jest przy zastosowaniu ustawy Pzp, 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 podmiotu zewnętrznego, niezależnego od Stron kontraktu, to jest niezawisłego sądu, aby dokonać ponownej analizy zasadności postanowień umownych i doprowadzić do równowagi świadczeń. Jest to zabezpieczenie obu stron kontraktu, w tym także podmiotu, który gospodaruje środkami publicznymi.

Zamawiający nie wykazał złożonym materiałem dowodowym w postaci *Informacji z otwarcia ofert*, że wykonawcy w innych postępowaniach złożyli wiążące oferty, a w treści wzoru umowy zawarte były analogiczne wyłączenia stosowania przepisów kc, zawierające klauzule ustawowe. Z przedłożonych materiałów wynika jedynie, że w określonych postępowaniach określone wykonawcy złożyli oferty w określonej wysokości. Zamawiający

nie przedstawił dowodów potwierdzających, że w przedmiotowych postępowaniach umowy zawierały tożsame zapisy. Nie można uznać, że informacje związane ze wzorem umowy mają charakter powszechnie dostępnych, zwłaszcza kiedy postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego, gdzie warunki umowy przekazywane są bezpośrednio wykonawcom. Jeszcze raz przypomnienia wymaga, iż zgodnie z art. 190 ust. 7 ustawy Pzp Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie zebranego materiału. Skoro Zamawiający wywodzi, że warunki kontraktowe były tożsamo ukształtowane, to powinien powyższe wykazać w toku postępowania odwoławczego. Ciężar dowodu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, zaś postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasad kontrydiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08).

W zakresie dowodu w postaci opinii prawnej złożonej przez Przystępującego Budimex S.A. Izba przyjęła ten dokument jako stanowisko własne uczestnika postępowania. Dokument ten nie ma bowiem innych walorów dowodowych, nie posiada przymiotu opinii biegłego, nie prezentuje faktów, lecz został sporządzony na zlecenie strony postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z ust.2 Pzp i nakazała wykreślenie z Subklazuli 13.8 Warunków Szczególnych Kontraktu pkt I Waloryzacja postanowienia: *„W związku z wprowadzeniem waloryzacji umownej Strony wytaczają stosowanie art. 357¹ KC, art. 358¹ § 3 KC, art. 632 § 2 KC”*.

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:

.....

.....