

**Wyrok**

**z dnia 10 lipca 2018 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Beata Pakulska-Banach**

**Członkowie:** **Anna Packo**

**Aleksandra Patyk**

**Protokolant:** **Artur Szmigiel**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lipca 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 czerwca 2018 roku przez wykonawcę **Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Wysokiej, ul. Lipowa 5A, 52-200 Wrocław**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Wałbrzych – Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu, ul. Jana Matejki 1, 58-300 Wałbrzych** działającego w imieniu własnym oraz na rzecz i w imieniu **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 186, 53-139 Wrocław**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa;**
- B. wykonawcy **Max Bögl Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. M. Śniegockiego 4-6, 52-414 Wrocław;**
- C. wykonawcy **Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków;**
- D. wykonawcy **Mosty Łódź S.A. z siedzibą w Łodzi, ul. Bratysławska 52, 94-112 Łódź;**
- E. wykonawcy **Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanych Wrocławskich, ul. Szwedzka 5, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce;**
- F. wykonawcy **Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Szczecińska 11, 54-517 Wrocław,**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie:
  - 1.1. postanowień Subklauzuli 13.8 punkt I Warunków Szczególnych Kontraktu przez 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.”,
  - 1.2. punktu 9.3. zawartego w tomie IV: Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, IV.I. STWiORB – Wymagania ogólne przez doprecyzowanie zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawcy.
2. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu dotyczącego postanowienia zawartego w punkcie 1.5.3. tomu IV: Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, IV.I. STWiORB – Wymagania ogólne.
3. Kosztami postępowania obciąża solidarnie: Gminę Wałbrzych – Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu oraz Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Wysokiej** tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od **Gminy Wałbrzych – Zarządu Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu oraz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu** na rzecz **Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Wysokiej** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem uiszczzonego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, 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 Świdnicy.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Gmina Wałbrzych – Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu, działając w imieniu własnym oraz na rzecz i w imieniu Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu (zwani dalej łącznie: „zamawiającym”), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn.: *Budowa obwodnicy Wałbrzycha w ciągu drogi krajowej nr 35. Numer referencyjny: RZP/65/PN/22/2018/ZDW* na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, ze zm.), (zwanej dalej: „ustawą Pzp”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 czerwca 2018 roku pod numerem 2018/S 111-252120. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 25 czerwca 2018 roku wykonawca Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Wysokiej (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie – w formie pisemnej – wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”):

1. 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”,*
2. w Tomie IV: Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, IV.I STWiORB- Wymagania ogólne, DM.00.00.00 w zakresie:
  - a) pkt 1.5.3. Zgodność z dokumentacją projektową w zakresie postanowienia: *„Wykonawca ma obowiązek sprawdzić przekazaną Dokumentację Projektową oraz zgłosić wszystkie uwagi do ich zawartości w terminie 4 tygodni od otrzymania tych dokumentów. Wszystkie zgłoszenia braków, ewentualnych błędów, nieścisłości itp. po tym terminie nie mogą skutkować opóźnieniami lub wstrzymaniem Robót. Działania takie będą uznawane za występujące z winy Wykonawcy Robót. ”,*
  - b) pkt 9.3 Objazdy, Przejazdy i Organizacja Ruchu w zakresie postanowienia: *„Po stronie Wykonawcy leży również spełnienie roszczeń osób i podmiotów, które w związku z wprowadzeniem Organizacji Ruchu na czas budowy i prowadzeniem robót doznają jakiegokolwiek uszczerbku”.*

Odwołujący zarzucił zamawiającemu 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 ustawy Pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażąco 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,
2. art. 647 k.c. oraz art. 471 k.c. w zw. 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 ustawy Pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażąco uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa,  
a w konsekwencji naruszenie:
3. art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy 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,
4. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 357<sup>1</sup> k.c., art. 358<sup>1</sup> k.c., art. 632 § 2 k.c., art. 647 k.c., art. 471 k.c. oraz w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy 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, poprzez przerzucenie na wykonawcę ryzyk niemożliwych do oszacowania, jak i skutków błędów projektowych.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

1. 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”,*
2. zmiany Tomu IV: Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, IV.I STWiORB - Wymagania ogólne, DM.00.00.00 poprzez wykreślenie w pkt 1.5.3. Zgodność z dokumentacją projektową następującego postanowienia:  
*„Wykonawca ma obowiązek sprawdzić przekazaną Dokumentację Projektową oraz zgłosić wszystkie uwagi do ich zawartości w terminie 4 tygodni od otrzymania*

*tych dokumentów. Wszystkie zgłoszenia braków, ewentualnych błędów, nieścisłości itp. po tym terminie nie mogą skutkować opóźnieniami lub wstrzymaniem Robót.*

*Działania takie będą uznawane za występujące z winy Wykonawcy Robót.”, ewentualnie poprzez modyfikację postanowienia w sposób, który będzie uwzględniał ogóle reguły odpowiedzialności kontraktowej wyrażone w art. 471 k.c.*

3. zmiany Tomu IV: Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, IV.I STWiORB- Wymagania ogólne, DM.00.00.00 poprzez wykreślenie w pkt 9.3 Objazdy, Przejazdy i Organizacja Ruchu następującego postanowienia:

*„Po stronie Wykonawcy leży również spełnienie roszczeń osób i podmiotów, które w związku z wprowadzeniem Organizacji Ruchu na czas budowy i prowadzeniem robót doznają jakiegokolwiek uszczerbku”,*

ewentualnie poprzez modyfikację postanowienia w sposób, który będzie uwzględniał ogóle reguły odpowiedzialności kontraktowej wyrażone w art. 471 k.c

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, co następuje.

Po pierwsze, odwołujący kwestionował możliwość wprowadzenia przez zamawiającego do projektu umowy o zamówienie publiczne postanowienia dotyczącego wyłączenia stosowania przepisów art. 357<sup>1</sup> k.c., art. 358<sup>1</sup> § 3 k.c. oraz art. 632 § 2 k.c. Odwołujący podnosił, że przepisy te stanowią podstawę żądania sądowej zmiany treści stosunku zobowiązaniowego w nadzwyczajnych, niemożliwych do przewidzenia sytuacjach. Jak wskazywał odwołujący, przepis art. 357<sup>1</sup> 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. Z kolei przepis art. 358<sup>1</sup> § 3 k.c. dotyczy możliwości zmiany umowy w drodze zmiany wysokości lub sposobu spełnienia świadczenia pieniężnego wyłącznie w razie istotnej zmiany siły nabywczej pieniądza. Natomiast przepis art. 632 § 2 k.c. stanowi podstawę do zmiany wynagrodzenia ryczałtowego, a nawet rozwiązania umowy w sytuacji, gdy wykonanie umowy groziłoby wykonawcy rażącą stratą wskutek nieprzewidywalnej zmiany stosunków. Odwołujący podkreślił, że w przepisach tych chodzi o taką zmianę umowy, której dokonuje sąd w wyroku, przy czym przepisy 357<sup>1</sup> k.c. oraz art. 358<sup>1</sup> § 3 k.c. odnoszą się do wszystkich rodzajów zobowiązań umownych (w tym o roboty budowlane), zaś przepis 632 § 2 k.c. tylko do umów o dzieło i odpowiednio do umów o roboty budowlane. Odwołujący podał, że przepisy te mają charakter wyjątkowy i nadzwyczajny. Zauważył, że obowiązkiem stron umowy jest wykonanie zobowiązania w sposób zgodny z jego treścią. W umowach niepodlegających ustawie Pzp ewentualna rewizja czy modyfikacja treści zobowiązania jest możliwa, o ile strony wyrażą na to zgodę,

natomiast możliwość taka jest co do zasady wyłączona w przypadku umów o wykonanie zamówienia publicznego, gdzie zmiana umowy jest ograniczona do sytuacji w niej przewidzianych. Podkreślił, że przepisy 357<sup>1</sup> k.c. , 358<sup>1</sup> k.c. i 632 § 2 k.c. odnoszą się do sytuacji niemożliwych do przewidzenia. Odwołujący stwierdził, powołując się na Komentarz do Kodeksu cywilnego, tom III, pod red. prof. Kidyby, że przepisy te umożliwiają 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. Według odwołującego dynamika zmian społecznych, politycznych i gospodarczych musi znajdować wyraz także w odniesieniu do powiązań obligacyjnych. Podniósł, że wola stron oświadczona w momencie zawierania umowy dotyczy zawsze jakiegoś określonego stanu stosunków, gdy zaś stosunki te ulegną zmianie w sposób nadzwyczajny, powinna być możliwa rewizja postanowień umowy, zmierzająca do zaadaptowania ich do radykalnie zmienionych okoliczności, przy czym odpowiedź na tego rodzaju sytuacje stanowią powołane regulacje kodeksowe. Odwołujący zauważył, że strony umowy muszą ponosić „zwykłe ryzyko kontraktowe”, związane ze stałymi, normalnymi zmianami zachodzącymi w stosunkach społeczno-gospodarczych. Za doktryną, odwołujący podawał, że przepis art. 357<sup>1</sup> k.c. powinien znaleźć zastosowanie jedynie wówczas, gdy pewne zjawiska wywołają taką zmianę stosunków, która nie mieści się już w granicach owego zwykłego ryzyka. Podniósł, że 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”. Zdaniem odwołującego, ze wskazanych przepisów Kodeksu cywilnego wynika, że przesłanką zmiany umowy może być zmiana stosunków, która była niemożliwa do przewidzenia na etapie nawiązania stosunku zobowiązaniowego, chodzi bowiem o nieprzewidywalność okoliczności, które wystąpiły po zawarciu umowy. Przepisy te należy stosować dla usunięcia skutków zdarzeń nieznanych stronom przy zawieraniu umowy, które następnie doprowadziły do zniweczenia ich kalkulacji, stanowiących podstawę kontraktowania. Zastrzegł też, że okoliczności objęte dyspozycją tych przepisów dotyczą wyłącznie sytuacji, gdy spełnienie świadczenia jest ekonomicznie nieracjonalne dla każdego z rozsądnych uczestników obrotu, a nie tylko dla konkretnego dłużnika. Chodzi bowiem o zmiany w zakresie stosunków społecznych, dotyczące większej grupy podmiotów, a w szczególności zmiany warunków gospodarczych o charakterze powszechnym i niezależne od stron (odwołujący w tym zakresie powołał orzecznictwo: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7.05.1993r., I CR 5/93, LEX nr 374455, wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 14.09.2017r., VI ACa 166/17, LEX nr 2402381).

Odwołujący zauważył, że wyjątkowość regulacji będących przedmiotem zaskarżenia w kontekście specyfiki umów zawieranych w reżimie zamówień publicznych nabiera szczególnego znaczenia. Zwrócił uwagę na przepis art. 144 ustawy Pzp, z którego wynika, że umowy te co do zasady cechuje stałość i wyłącznie okoliczności przewidziane w projekcie umowy lub przewidziane w art. 144 ustawy Pzp mogą stanowić podstawę zmiany umowy. Tym samym uprawniony jest pogląd, że właściwością (naturą) stosunków zobowiązaniowych zawieranych w trybie ustawy Pzp jest ich niezmiennosc. Wykonawca zaś 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. Odwołujący wskazał, że zaskarżonym przez niego postanowieniem projektu umowy zamawiający stawia wymóg uwzględnienia w ofercie przetargowej okoliczności, które nie zostały przewidziane w warunkach umowy czy w opisie przedmiotu zamówienia, oczekując tym samym od wykonawców skalkulowania w ofercie ryzyk niemożliwych do zidentyfikowania na etapie przygotowania oferty. Zamawiający, wymagając skalkulowania w cenie oferty okoliczności i ryzyk nieprzewidywalnych, pozwala na składanie ofert o charakterze spekulacyjnym, wbrew zasadom wyrażonym w przepisach art. 29 - 31 ustawy Pzp, co w konsekwencji doprowadzi do złożenia w postępowaniu ofert, które nie będą porównywalne. Tym samym, w ocenie odwołującego, zasadny jest zarzut naruszenia przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu swojej pozycji dominującej i skonstruowania umowy, która narusza przepisy art. 5 k.c., 353<sup>1</sup> k.c. i 58 k.c. Odwołujący stwierdził, że zamawiający nadużywa swoich uprawnień w zakresie obarczania wykonawców ryzykami niemożliwymi do zidentyfikowania i niemożliwymi do skalkulowania w cenie oferty. Odwołujący przyznał, że to zamawiający ustala warunki udziału w postępowaniu, dokonuje opisu przedmiotu zamówienia, a przede wszystkim ustala warunki przyszłej umowy i stwierdził, że co do zasady nie kwestionuje uprawnień zamawiającego w tym zakresie, ale dodał też, że zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Odwołujący powołał się również na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2017 roku (sygn. akt: KIO 409/17), z którego wynika, że: *„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.*” Odwołujący podniósł, że wykonawca ma prawo zapewnić sobie ekwiwalentność świadczenia zamawiającego przez żądanie wynagrodzenia z tytułu nałożonego na niego ryzyka, natomiast 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 konsekwencji, 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.). Zdaniem odwołującego, uprawniony jest zarzut w realiach przedmiotowej sprawy, że zamawiający nie może czynić ze swego prawa do ustalenia wzorca umownego użytku, który jest sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub 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. Dodał też, że w myśl art. 353<sup>1</sup> k.c., umowne regulacje nie mogą sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Podkreślił, że w niniejszym postępowaniu w ramach pojęcia zasad współżycia społecznego na szczególną uwagę zasługują zasady sprawiedliwości kontraktowej, uczciwości kupieckiej, równej pozycji stron umowy. W ocenie odwołującego, rażąco nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 353<sup>1</sup> k.c. w ramach kształtowania stosunków umownych, co implikuje również nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego zawierającej niedozwolone postanowienia, stosownie do treści art. 58 k.c. Ponadto, odwołujący stwierdził, że 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 czego za zasadny należy uznać zarzut nadużycia prawa przez zamawiającego w trakcie tworzenia projektu umowy.

Odwołujący zaznaczył również, iż nie stanowi uzasadnienia dla zaskarżonej czynności zamawiającego wskazanie w warunkach przyszłej umowy postanowień będących podstawą wprowadzenia zmian umowy ani też możliwość zastosowania waloryzacji wynagrodzenia, albowiem 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.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że uwzględnienie jego argumentacji w tym zakresie zapewni wykonawcom ubiegającym się o zamówienie warunki do kalkulacji



ceny ofertowej z poszanowaniem zasad konkurencyjności w oparciu o opis przedmiotu zamówienia dający szansę na złożenie porównywalnych ofert. Powołał również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2018 roku w sprawie o sygn. akt: KIO 173/18 na mocy którego zamawiający został zobowiązany do usunięcia z umowy kwestionowanego zapisu.

Po drugie, odwołujący kwestionował postanowienia zawarte w tomie IV: Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, IV.I STWiORB - Wymagania ogólne, pkt 1.5.3. Zgodność z dokumentacją projektową o treści następującej: *„Wykonawca ma obowiązek sprawdzić przekazaną Dokumentację Projektową oraz zgłosić wszystkie uwagi do ich zawartości w terminie 4 tygodni od otrzymania tych dokumentów. Wszystkie zgłoszenia braków, ewentualnych błędów, nieścisłości itp. po tym terminie nie mogą skutkować opóźnieniami lub wstrzymaniem Robót. Działania takie będą uznawane za występujące z winy Wykonawcy Robót.”*

W powyższym zakresie zamawiający w dniu 6 lipca 2018 roku w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania oświadczył do protokołu, iż uwzględnia zarzuty odwołania oraz, że dokonał zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednocześnie przedłożył dowody wprowadzenia zmian do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp (Zmiana nr 2).

Po trzecie, odwołujący kwestionował postanowienie zawarte w tomie IV SIWZ: Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, IV.I STWiORB - Wymagania ogólne w pkt 9.3 Objazdy, Przejazdy i Organizacja Ruchu Zamawiający o treści następującej: *„Po stronie Wykonawcy leży również spełnienie roszczeń osób i podmiotów, które w związku z wprowadzeniem Organizacji Ruchu na czas budowy i prowadzeniem robót doznają jakiegokolwiek uszczerbku”*.

Odwołujący powołał się na wcześniejsze swoje rozważania (w tym odnośnie weryfikacji dokumentacji projektowej), gdzie wskazywał m.in. na to, że z art. 29 ustawy Pzp wynika, iż to na zamawiającym spoczywa obowiązek dołożenia należytej staranności przy określeniu przedmiotu zamówienia. Wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 grudnia 2016 roku, sygn. akt: KIO 2280/16, a także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 kwietnia 2016 roku, I CSK 306/16 oraz z dnia 17 czerwca 2016 roku, IV CSK 674/15.

Odwołujący stwierdził, że obowiązek spełnienia roszczeń osób i podmiotów, które doznają jakiegokolwiek uszczerbku w związku z wprowadzeniem Organizacji Ruchu lub prowadzeniem robót powoduje konieczność uwzględnienia w cenie oferty ryzyk, roszczeń niemożliwych do przewidzenia. Na powstanie takich roszczeń wykonawca nie będzie miał żadnego wpływu. Przykładowo wskazał na roszczenia podmiotów prowadzących

działalność gospodarczą w pobliżu realizowanej inwestycji związane z ograniczeniem dostępu do posesji, roszczenia związane z wprowadzeniem komunikacji zastępczej, czy też opóźnieniami komunikacji publicznej, itp. Zauważył, iż trudno spekulować z jakimi roszczeniami wystąpią podmioty trzecie i w takich warunkach kalkulacja oferty będzie oparta wyłącznie na spekulacjach.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił jak na wstępie.

W dniu 26 czerwca 2018 roku zamawiający zawiadomił wykonawców o złożeniu odwołania wzywając ich do przyłączenia się do postępowania odwoławczego przez zamieszczenie stosownej informacji wraz z kopią odwołania na stronie internetowej Zarządu Dróg Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu.

*Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp: Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

W dniu 27 czerwca 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego od wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie – w formie pisemnej.

W dniu 28 czerwca 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego od wykonawcy Max Bögl Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – w formie pisemnej.

Natomiast w dniu 29 czerwca 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego od następujących wykonawców: 1) Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie, 2) Mosty Łódź S.A. z siedzibą w Łodzi, 3) Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich, 4) Berger Bau Polska Sp. z o.o., przy czym wykonawcy ci zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, za wyjątkiem wykonawcy Mota-Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie, który uczynił to w formie pisemnej.

Wszyscy wyżej wymienieni wykonawcy zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Strony w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 6 lipca 2018 roku potwierdziły otrzymanie kopii zgłoszenia wszystkich przystąpień.

Izba ustaliła, że wszyscy wyżej wymienieni wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, tym samym stając się uczestnikami tego postępowania.

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego – w dniu 6 lipca 2018 roku – zamawiający oświadczył do protokołu, iż uwzględnia zarzut dotyczący postanowienia zawartego w tomie IV: Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, IV.I STWiORB - Wymagania ogólne w punkcie 1.5.3. Zgodność z dokumentacją projektową w zakresie postanowienia:

*„Wykonawca ma obowiązek sprawdzić przekazaną Dokumentację Projektową oraz zgłosić wszystkie uwagi do ich zawartości w terminie 4 tygodni od otrzymania tych dokumentów. Wszystkie zgłoszenia braków, ewentualnych błędów, nieścisłości itp. Po tym terminie nie mogą skutkować opóźnieniami lub wstrzymaniem Robót.*

*Działania takie będą uznawane za występujące z winy Wykonawcy Robót.”*

i wskazał, że dokonał w tym zakresie stosownej zmiany SIWZ.

Ponadto, w toku tego samego posiedzenia złożył pisemną odpowiedź na zarzut nr 3 odwołania.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, przekazanej przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz zmian SIWZ.

Izba wzięła również pod uwagę pisemne stanowiska stron wyrażone odpowiednio w odwołaniu i odpowiedzi zamawiającego na odwołanie, a także stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego – wykonawcy Eurovia Polska S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 6 lipca 2018 roku.

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

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Ponadto, nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła także, że odwołującemu w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania, jako że spełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania, tj. istnienie interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

W związku z uwzględnieniem przez zamawiającego zarzutu odwołania dotyczącego postanowienia zawartego w punkcie 1.5.3. tomu IV: Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, IV.I. STWiORB – Wymagania ogólne, DM.00.00.00 o treści: *„Wykonawca ma obowiązek sprawdzić przekazaną Dokumentację Projektową oraz zgłosić wszystkie uwagi do ich zawartości w terminie 4 tygodni od otrzymania tych dokumentów. Wszystkie zgłoszenia braków, ewentualnych błędów, nieścisłości itp. po tym terminie nie mogą skutkować opóźnieniami lub wstrzymaniem Robót. Działania takie będą uznawane za występujące z winy Wykonawcy Robót.”* oraz z uwagi na to, że po stronie zamawiającego do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w tym zakresie, co wynika z punktu 2 sentencji wyroku.

Zgodnie z art. 186 ust. 4a ustawy Pzp *w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, gdy po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.*

Mając powyższe na uwadze Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów, które nie zostały przez zamawiającego uwzględnione, a które zostały podtrzymane przez odwołującego.

Pierwsza kwestia, która wymagała rozstrzygnięcia Izby, to zarzuty dotyczące treści SIWZ w części obejmującej projekt przyszłej umowy w sprawie zamówienia – Subklauzuli 13.8. Warunków Szczególnych Kontraktu punkt 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> § 3KC, art. 632 § 2 KC”.*

Zgodnie z art. 357<sup>1</sup> 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 (tzw. duża klauzula rebus sic stantibus).*

Przepis art. 358<sup>1</sup> § 3 k.c. stanowi, 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* (tzw. mała klauzula *rebus sic stantibus*).

Natomiast stosownie do przepisu art. 632 § 2 k.c., *jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażąco strata, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę*.

Nie było sporne pomiędzy stronami, iż powołane powyżej przepisy Kodeksu cywilnego mają charakter dyspozytywny, a zatem dopuszczalne jest wyłączenie ich stosowania bądź modyfikacja przewidzianych w nim reguł w ramach granicach swobody zawierania umów na mocy porozumienia stron umowy. O dyspozytywności przepisów art. 632 § 2 k.c. oraz art. 357<sup>1</sup> k.c. wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 września 2013 roku V CSK 436/12, wskazując m.in., że: *„kiedy zasada swobody umów znalazła swój normatywny wyraz, zwraca się słusznie uwagę, że więcej argumentów przemawia za przyjęciem, iż przy braku możliwości ustalenia charakteru normy w drodze wykładni językowej, oceniana norma ma charakter dyspozytywny. Taki charakter ma zresztą większość przepisów prawa zobowiązań, których treść nie daje jednoznacznej odpowiedzi, co do ich mocy wiążącej.”*

Odwołujący natomiast kwestionował skuteczność takiego wyłączenia w ramach umowy o udzielenie zamówienia publicznego, stwierdzając, iż umowa o zamówienie publiczne jest stosunkiem specyficznym, gdzie wykonawca nie ma wpływu na to, jak zostanie ukształtowany stosunek umowy. Podkreślał przy tym, że wyłączone ze stosowania przepisy Kodeksu cywilnego – na mocy kwestionowanego postanowienia Subklauzuli 13.8 - dotyczą okoliczności niemożliwych do przewidzenia (nadzwyczajnych) oraz prawa strony do ubiegania się o sądową zmianę umowy w przypadku zaistnienia takich okoliczności.

Nie ulega wątpliwości, że przepisy art. 357<sup>1</sup> k.c., art. 358<sup>1</sup> § 3 k.c. oraz art. 632 § 2 k.c. znajdują zastosowanie w przypadku wystąpienia okoliczności nadzwyczajnych, których nie można było przewidzieć na etapie zawierania umowy.

Na podstawie art. 357<sup>1</sup> k.c. sąd może dokonać modyfikacji zobowiązania umownego, gdy zostaną spełnione kumulatywnie następujące przesłanki:

1) zaistnieje nadzwyczajna zmiana stosunków, 2) zmiana ta niesie za sobą nadmierną trudność w spełnieniu świadczenia lub grozi jednej ze stron rażąco strata, 3) strony nie przewidywały opisanych w pkt 2 ustawowych następstw nadzwyczajnej zmiany stosunków (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2007 roku, sygn. akt: III CSK 452/06).

Sąd Okręgowy w Warszawie XXV Wydział Cywilny w wyroku z dnia 27 kwietnia 2018 roku, sygn. akt: XXV C 1697/12 wskazał, iż: *„Zmiana stosunków w rozumieniu art. 357<sup>1</sup> § 1 k.c. oznacza, że okoliczności, warunki, położenie czy sytuacja, w której działają strony staje się inna niż w chwili zawarcia umowy. Nadzwyczajna zmiana stosunków w znaczeniu użytym we wskazanym przepisie to zmiana o charakterze powszechnym, niezależnym od woli stron, a nadto niemieszcząca się w zwykłym ryzyku kontraktowym. Chodzi tu o zmianę spowodowaną niezwykle okolicznościami, które rzadko się zdarzają, są wyjątkowe, obiektywne i niezależne od stron. Nadzwyczajny charakter należy przypisać takim zmianom stosunków jak hiperinflacja, kryzys gospodarczy, gwałtowna zmiana poziomu cen na określonym rynku, zmiana ustroju politycznego i społeczno-gospodarczego państwa. Sformułowanie „nadzwyczajna zmiana stosunków” eliminuje jego zastosowanie w przypadkach zmian stosunków wykraczających nawet poza zakres zwykłego ryzyka, niemających jednak charakteru nadzwyczajnego. Podkreślić należy, że posłużenie się przez ustawodawcę pojęciem „nadzwyczajności” zmiany nie oznacza, że zmianę taką tworzą wyłącznie okoliczności jednorazowe, dramatyczne, spektakularne. Nadzwyczajna zmiana stosunków może wystąpić również w warunkach stabilnego rozwoju gospodarczego i może ją tworzyć ciąg zdarzeń w postaci przemian społecznych, gospodarczych i politycznych, które przez swoje oddziaływanie na treść łączącego stosunku prawnego zniweczyły pierwotne kalkulacje stron, a które nie były do przewidzenia w chwili zawarcia umowy.”*

Z kolei zasadniczą przesłanką zastosowania przepisu 358<sup>1</sup> § 3 k.c. jest istotna zmiana siły nabywczej pieniądza po powstaniu zobowiązania. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 czerwca 2005 roku, sygn. akt: I CSK 586/14, omawiając przesłanki zastosowania tego przepisu, stwierdził, iż: *„Istotna zmiana siły nabywczej pieniądza, jako główna przesłanka zastosowania art. 358<sup>1</sup> § 3 KC nie została zdefiniowana w ustawie. Jest to zwrot niedookreślony, a wypełnienie jego zakresu zostało pozostawione sądom. Celem sądowej waloryzacji jest usunięcie negatywnych konsekwencji zaistniałej zmiany przez przywrócenie świadczeniu jego pierwotnej siły nabywczej, z uwzględnieniem okoliczności objętych tym przepisem. Przedmiotem waloryzacji jest określone sumą pieniężną świadczenie pieniężne, będące przedmiotem zobowiązania od chwili jego powstania, obejmujące zarówno nominalną sumę, jak i jej podwyższanie przewidziane od początku postanowieniami umowy (...) oceny siły nabywczej pieniądza należy dokonywać z uwzględnieniem sytuacji na rynku określonych dóbr materialnych, które zawsze przedstawiają określoną wartość realną (...) o tym, czy istnieją podstawy do kształtującej ingerencji sądu decydować powinny okoliczności związane z charakterem i celem zobowiązania.”*

Natomiast przepis art. 632 § 2 k.c. zezwala na sądową modyfikację stosunku umownego przez podwyższenie wynagrodzenia ryczałtowego albo rozwiązanie umowy,

jeżeli zostaną spełnione kumulatywnie następujące przesłanki: 1) po zawarciu umowy nastąpiła zmiana stosunków, której nie można było przewidzieć przy zawieraniu umowy, 2) wykonanie dzieła (w drodze analogii – także robót budowlanych – por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 29 września 2009 roku, sygn. akt: III CZP 41/09) groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą w razie utrzymania wynagrodzenia ryczałtowego na uzgodnionym poziomie oraz 3) zachodzi związek przyczynowy między zmianą stosunków a groźbą rażącej straty po stronie przyjmującego zamówienie.

Jak z powyższego wynika, przepisy art. 357<sup>1</sup> k.c., art. 358<sup>1</sup> § 3 k.c., art. 632 § 2 k.c. mogą mieć zastosowanie tylko w przypadku wystąpienia (już po powstaniu zobowiązania) nadzwyczajnych okoliczności, których nie można było przewidzieć przy zawieraniu umowy, czyli takich, których strony, działając rozsądnie i profesjonalnie, nie zakładały i nie planowały. Nie obejmują one sytuacji wynikających ze zwykłego ryzyka gospodarczego, lecz dotyczą sytuacji nadzwyczajnych, powszechnych i niezależnych od woli stron, w przypadku zaistnienia których wydaje się w pełni słusznościowe i znajdujące oparcie w zasadach współżycia społecznego umożliwienie ingerencji niezawisłego sądu w stosunek zobowiązaniowy. Przy czym dla zastosowania tychże przepisów konieczne jest zaistnienie wszystkich przesłanek wskazanych w tych przepisach, co każdorazowo, w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego, będzie badał niezawisły sąd.

Przepisy te (art. 357<sup>1</sup> k.c., art. 358<sup>1</sup> § 3 k.c., art. 632 § 2 k.c.) co do zasady mają również zastosowanie w zamówieniach publicznych z mocy art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Kwestią wymagającą rozstrzygnięcia na gruncie niniejszej sprawy jest to, czy zamawiający był uprawniony do wyłączenia stosowania tychże przepisów na mocy kwestionowanego postanowienia Subklauzuli 13.8.

Oczywiście jedną z naczelnych zasad prawa zobowiązań (obok m.in. zasady swobody umów) jest zasada *pacta sunt servanda* (*umów należy dotrzymywać*), która oznacza, że zobowiązanie powinno być wykonane zgodnie z jego treścią. Jednocześnie w doktrynie i w orzecznictwie podkreśla się, iż klauzule ustawowe pozwalające na sądową ingerencję w treść stosunku zobowiązaniowego (duża i mała klauzula *rebus sic stantibus*, czy przepis art. 632 § 2 k.c.) nie stoją w sprzeczności z powołaną powyżej zasadą, lecz stanowią jej dopełnienie. I tak w powołanym powyżej wyroku z dnia 16 maja 2007 roku, sygn. akt: III CSK 452/06 Sąd Najwyższy orzekł, iż: „Zawarta w jego treści (przyp. w art. 357<sup>1</sup> k.c.) klauzula *rebus sic stantibus* pozostaje w bezpośrednim związku z fundamentalną zasadą *pacta sunt servanda*. Przez większość przedstawicieli doktryny art. 357<sup>1</sup> k.c. jest traktowany jako wyjątek od tej zasady. Należy jednak zwrócić uwagę, że klauzula *rebus sic stantibus*,

*tak jak i inne instytucje umożliwiające modyfikację (np. art. 629, 632 § 2, 907 § 2 k.c.) lub rozwiązanie zobowiązania (np. art. 632 § 2, 913 k.c.) mają nie tylko wyjątkowy, ale także nadzwyczajny charakter. W ten sposób w istocie zasada pacta sunt servanta ulega wzmocnieniu. O nadzwyczajnym charakterze klauzuli rebus sic stantibus świadczą sformułowania użyte do jej opisanie: „nadzwyczajna zmiana stosunków”, „nadmierna trudność” lub „rażąca strata przy spełnieniu świadczenia” oraz nieprzewidywalność tych okoliczności.”*

Izba w składzie orzekającym w niniejszej sprawie podziela argumentację przedstawioną w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2018 roku, wydanego w sprawach połączonych o sygn. akt: KIO 145/18 i KIO 173/18, w szczególności przyjmując za własny pogląd, że: *„dyspozytywny charakter przedmiotowych norm, na który zwrócił uwagę Zamawiający, nie uprawnia Zamawiającego do jednostronnego kształtowania zobowiązania w sposób, który odbiera stronom umowy prawo do obiektywnego, niezależnego uregulowania przez sąd stosunków między stronami w przypadku zaistnienia wyjątkowych sytuacji, niemożliwych do przewidzenia w umowie. Działania takiego nie uzasadnia pogląd wyrażany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych, że zasada swobody umów w systemie zamówień publicznych doznaje ograniczenia. Ograniczenie to polega na tym, że to Zamawiający, którego możliwość swobodnego wyboru kontrahenta jest ograniczona, jest uprawniony do kształtowania warunków umowy. Wykonawcy z kolei mają ograniczony wpływ na jej kształt, co mogą rekompensować sobie przez właściwą wycenę oferty. Uprawnienie Zamawiającego nie ma jednak charakteru absolutnego. 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. Nie można bowiem przerzucać na jedną stronę umowy ciężaru poniesienia konsekwencji zaistnienia sytuacji, których strony nie mogły wcześniej przewidzieć.”*

Izba w składzie orzekającym w niniejszej sprawie podziela również dotychczas wyrażany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pogląd, iż zasada swobody umów, opisana w art. 353<sup>1</sup> k.c., doznaje szczególnego ograniczenia na gruncie zamówień publicznych w ten sposób, że zamawiający jest w istocie w sposób jednostronny uprawniony do kształtowania warunków przyszłej umowy, m.in. z uwagi na ograniczenie możliwości podjęcia swobodnej decyzji co do wyboru kontrahenta. Niemniej jednak, jak słusznie zauważyła Izba w powyżej przywołanym orzeczeniu, uprawnienie to nie może mieć charakteru absolutnego. Wyłączenie możliwości stosowania przepisów 357<sup>1</sup> k.c., art. 358<sup>1</sup> § 3 k.c. oraz art. 632 § 2 k.c. stanowi przejaw nadużywania pozycji dominującej przez zamawiającego



w świetle i tak ograniczonej, na gruncie Prawa zamówień publicznych, zasady swobody umów i realnego wpływu wykonawców na treść zawieranego stosunku umownego. W ocenie Izby, wykonawca może i powinien mieć prawo do sądowej modyfikacji stosunku zobowiązaniowego na zasadach wynikających z powołanych powyżej przepisów Kodeksu cywilnego w przypadku niemożliwej do przewidzenia na etapie zawierania umowy zmiany stosunków, czy istotnej zmiany siły nabywczej pieniądza. Uprawnienie to dotyczy bowiem sytuacji, których wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne bądź wręcz nieprawdopodobne i które przecież w istotny sposób zaburzają równowagę kontraktową i zmieniają pozycję jednej ze stron kontraktu. Co warte zaznaczenia, nie można mówić o świadomym przystąpieniu strony do tak ukształtowanego kontraktu, skoro dotyczy to sytuacji nadzwyczajnych, zaistniałych już po zawarciu umowy (wynikających z czynników zewnętrznych i obiektywnych, niezależnych od woli którejkolwiek ze stron kontraktu). W takich szczególnych sytuacjach rygorystyczne respektowanie zasady *pacta sunt servanda* byłoby nieracjonalne i krzywdzące dla uczestników obrotu prawnego, stąd też ustawodawca przewidział możliwość sądowej ingerencji w stosunek umowny zawiany przez strony w granicach swobody umów. Ocena nieprzewidywalności wystąpienia danego zdarzenia musi być dokonana w sposób obiektywny i w każdej sytuacji odrębnie (na drodze sądowej).

W ocenie składu orzekającego Izby wyjaśnienia zaprezentowane przez zamawiającego w toku rozprawy w dniu 6 lipca 2018 roku, a dotyczące powodów wprowadzenia do Subklauzuli 13.8 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.*” są nieprzekonujące. Zamawiający podnosił, że mając również na względzie dobro wykonawców, zawarł w postanowieniach Subklauzuli 13.8. jasne, równe i w pełni zobiektywizowane zasady waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, oparte na kryteriach wynikających bezpośrednio z kontraktu, które dają wykonawcy nawet szerszą ochronę przed zmiennością cen niż przepisy art. 357<sup>1</sup> k.c., art. 358<sup>1</sup> § 3 k.c. oraz art. 632 § 2 k.c. Natomiast wyłączone ze stosowania przepisy kodeksu cywilnego oparte są na kryteriach ocennych.

Odnosząc się do stanowiska zamawiającego należy zauważyć, że umowna klauzula waloryzacyjna, wynikająca z postanowień Subklauzuli 13.8. ma całkowicie odmienny zakres regulacji niż przepisy art. 357<sup>1</sup> k.c., art. 358<sup>1</sup> § 3 k.c., art. 632 § 2 k.c. Klauzula ta ma zastosowanie w przypadkach określonych w umowie i w ramach przeciętnego, normalnego ryzyka kontraktowego. Natomiast przepisy Kodeksu cywilnego będą stanowić podstawę modyfikacji umowy, w tym wynagrodzenia, w sytuacjach nadzwyczajnych, nieprzewidzianych i nieuregulowanych w umowie. O rozdzielności przedmiotowej regulacji umownych i ustawowych klauzul wypowiedział się również Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia

9 lutego 2015 roku, sygn. akt: XXV 827/12, wskazując, iż: *„W ocenie Sądu subklauzula 13.8 dotyczy zamiany wysokości świadczenia z tytułu poniesionych kosztów w przypadku zwykłej zmiany kosztów na wolnym rynku w ramach przeciętnego normalnego ryzyka kontraktowego, natomiast nie dotyczy zmiany wysokości kosztów w następstwie nadzwyczajnych zdarzeń w rozumieniu art. 357 (1) kc. Tym samym wykreślenie w szczególnych warunkach kontraktu subklauzuli 13.8 zawartej w ogólnych warunkach kontraktu nie oznaczało, iż strony zrezygnowały z ustawowego uprawnienia przewidzianego w art. 357 (1) kc. Zdaniem Sądu wykreślenie w szczególnych warunkach kontraktu subklauzuli 13.8 zawartej w ogólnych warunkach kontraktu oznaczało jedynie, iż strony zrezygnowały z waloryzacji w ramach kontraktu w zakresie zwykłych procesów inflacyjnych.”.*

Ponadto, Izba nie widzi racjonalnego powodu, by ograniczyć wykonawcom możliwość ochrony swoich praw, na drodze sądowej, w sytuacjach nadzwyczajnych, wykraczających poza ramy umowne. Nie jest to również w interesie samego zamawiającego, ponieważ i on może znaleźć się kiedyś w sytuacji, w której mógłby skorzystać z klauzul ustawowych, wynikających z powołanych powyżej przepisów Kodeksu cywilnego.

Izba w składzie orzekającym w pełni podziela pogląd wyrażony w cytowanym powyżej wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2018 roku, sygn. akt: KIO 145/18 i KIO 173/18, iż: *„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.”.*

Izba nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego, że każde ryzyko jest mierzalne, a w konsekwencji, że wykonawcy mogli wycenić i uwzględnić wszystkie, nawet niemożliwe do zidentyfikowania ryzyka w cenie oferty. Skoro okoliczności objęte dyspozycją przepisów art. 357<sup>1</sup> k.c., art. 358<sup>1</sup> § 3 k.c., art. 632 § 2 k.c. są nieprzewidywalne, to trudno w tym zakresie mówić o realnym uwzględnieniu i oszacowaniu ryzyka wykonawcy związanego z realizacją zamówienia. Tym samym wykonawcy przygotowując oferty będą w całkiem odmienny i nierealny sposób kalkulować to ryzyko, co z kolei będzie implikować składanie nieporównywalnych ofert albo ofert ze znacznie zawyżonym poziomem cen. Nie można

bowiem wykluczyć, że zostaną złożone oferty nie uwzględniające w ogóle takiego ryzyka. W ten sposób ukształtowane postanowienia Warunków Szczególnych Kontraktu świadczą o niejednoznacznym opisie przedmiotu zamówienia, naruszającym zasady wyrażone w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym *przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty*.

Jak w powyżej cytowanym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wskazano, wyłączenie stosowania ustawowych klauzul, może skutkować naruszeniem uczciwej konkurencji, w związku z tym, że ryzyko przyjęcia na siebie ewentualnych strat związanych z zaistnieniem niemożliwych do przewidzenia sytuacji, będą mogli podjąć tylko wykonawcy posiadający znaczne rezerwy finansowe. Jest to niezgodne z zasadami wynikającymi z przepisów art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którymi *opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwić wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję*.

Jednocześnie Izba wskazuje, że nie dopatrzyła się naruszenia przepisu art. 58 k.c., zgodnie z którym *czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy*. W ocenie Izby nie ziściły się przesłanki opisane w art. 58 k.c., które wskazywałyby na nieważność czynności prawnej dokonanej przez zamawiającego w związku z wyłączeniem ze stosowania przepisów art. 357<sup>1</sup> k.c., art. 358<sup>1</sup> § 3 k.c., art. 632 § 2 k.c. z uwagi na dyspozytywny charakter ww. przepisów.

Co do naruszenia przepisu art. 353<sup>1</sup> k.c., zgodnie z którym *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*, wcześniej już wskazano, że zasada wyrażona w tym przepisie, tj. zasada swobody umów, doznaje wyraźnego ograniczenia na gruncie przepisów ustawy Pzp. Nie można mówić, że zamawiający ukształtował treść Warunków Szczególnych Kontraktu w sposób sprzeczny z właściwością stosunku, ustawy czy zasad współżycia społecznego. Umowne wyłączenie stosowania przepisów art. 357<sup>1</sup> k.c., art. 358<sup>1</sup> § 3 k.c., art. 632 § 2 k.c. należy ocenić jako dopuszczalne (z uwagi na dyspozytywny charakter tych przepisów), jednakże z uwagi na to, że dzieje się to na gruncie zamówień publicznych, to należy ocenić to jednocześnie w kontekście nadużycia dominującej pozycji zamawiającego, a zatem w kontekście naruszenia art. 5 k.c., zgodnie z którym *nie można czynić ze swego prawa*

użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Należy bowiem uznać, że w tym zakresie zamawiający nadużył swojego uprawnienia do jednostronnego w zasadzie kształtowania warunków kontraktu poprzez całkowite przerzucenie na wykonawców ryzyka z tytułu zaistnienia zdarzeń, które co do zasady mają charakter obiektywny, wyjątkowy i niemożliwy do przewidzenia na etapie zawierania umowy, i których wpływ na stosunek zobowiązaniowy może podlegać wyłącznej ocenie niezawisłego sądu.

Dodatkowo, Izba zauważa, że jak to ujął zamawiający „*związkowy charakter zarzutu*”, czyli powiązanie w podstawie prawnej zarzutu kilku przepisów prawa, nie rodzi konsekwencji tego rodzaju, że wykazanie niezasadności jednej z podstaw prawnych zarzutu implikuje niezasadność całego zarzutu.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała za uzasadnione zarzuty odwołania w tym zakresie i nakazała wykreślenie w Subklauzuli 13.8 punkt I Warunków Szczególnych Kontraktu 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.*”.

Druga kwestia, która wymagała rozstrzygnięcia Izby, to zarzuty dotyczące postanowienia zawartego w punkcie 9.3. w tomie IV: Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, IV.1. STWiORB – Wymagania ogólne o treści: „*Po stronie Wykonawcy leży również spełnienie roszczeń osób i podmiotów, które w związku z wprowadzeniem Organizacji Ruchu na czas budowy i prowadzeniem robót doznają jakiegokolwiek uszczerbku*”.

Zamawiający, zarówno w pisemnej odpowiedzi na odwołanie, jak i w stanowisku zaprezentowanym na rozprawie w dniu 6 lipca 2018 roku, wskazywał na odpowiedzialność wykonawcy na zasadach ogólnych przewidzianych w kodeksie cywilnym (art. 435 k.c. oraz 652 k.c.) za prowadzenie robót, w tym za zapewnienie prawidłowej, tymczasowej organizacji ruchu. Zamawiający wskazywał, że z ww. postanowienia wynikała odpowiedzialność kontraktowa i deliktowa wykonawcy, a także odpowiedzialność oparta na zasadzie ryzyka w granicach przewidzianych przez przepisy Kodeksu cywilnego. W swojej odpowiedzi na odwołanie zamawiający w sposób szczegółowy opisał postanowienia poszczególnych subklauzul kreujących odpowiedzialność wykonawcy. Ponadto, zamawiający wskazywał, że obciążenie zamawiającego odpowiedzialnością za niewłaściwe przygotowanie i organizację ruchu tymczasowego jest nie do przyjęcia. Zamawiający podkreślił, że kwestionowane przez odwołującego postanowienie o treści: „*Po stronie Wykonawcy leży również spełnienie roszczeń osób i podmiotów, które w związku z wprowadzeniem*

*Organizacji Ruchu na czas budowy i prowadzeniem robót doznają jakiegokolwiek uszczerbku*” obejmuje tylko i wyłącznie odpowiedzialność na zasadach ogólnych, określonych w przepisach Kodeksu cywilnego.

Izba stwierdza, że postanowienie zawarte w punkcie 9.3. w tomie IV: Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, IV.I. STWiORB – Wymagania ogólne o treści: *„Po stronie Wykonawcy leży również spełnienie roszczeń osób i podmiotów, które w związku z wprowadzeniem Organizacji Ruchu na czas budowy i prowadzeniem robót doznają jakiegokolwiek uszczerbku”*, w istocie statuuje niczym nieograniczoną odpowiedzialność wykonawcy. Postanowienie w tym kształcie nie może się ostać. Intencja zamawiającego co do ukształtowania podstaw odpowiedzialności (na zasadach ogólnych) w ogólne nie wynika z treści tego postanowienia. Treść postanowienia wskazuje bowiem na szerokie spectrum podstaw zakresu odpowiedzialności wykonawcy w związku z wprowadzeniem organizacji ruchu na czas budowy i prowadzeniem robót, łącznie z przykładowo wskazanym przez odwołującego roszczeniem związanym z ograniczeniem dostępu do posesji, niewynikającym z nieprawidłowej realizacji zamówienia przez wykonawcę. Powoduje to niejednoznaczność w opisie przedmiotu zamówienia i przerzucenie na wykonawcę konieczności zaspokojenia wszelkich roszczeń osób i podmiotów, które w związku z wprowadzeniem organizacji ruchu na czas budowy i prowadzeniem robót doznają jakiegokolwiek uszczerbku. Nie ulega wątpliwości, że w tym zakresie zamawiający również nadużył swojej pozycji dominującej do ukształtowania podstaw odpowiedzialności wykonawcy w sposób nie znajdujący racjonalnego wytłumaczenia, albowiem zakres tak ukształtowanego ryzyka kontraktowego wykonawcy jest nieograniczony.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że istnieje konieczność doprecyzowania przedmiotowego postanowienia. Postanowienie to jest niejednoznaczne (sprzeczne z dyspozycją art. 29 ust. 1 ustawy Pzp) i kreuje niczym nieograniczoną odpowiedzialność wykonawcy, co w ocenie Izby nie może się ostać. Dlatego też Izba nakazała modyfikację punktu 9.3. zawartego w tomie IV: Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, IV.I. STWiORB – Wymagania ogólne przez doprecyzowanie zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej wykonawcy.

Mając powyższe na uwadze Izba uwzględniła odwołanie w zakresie, w jakim nie zostało ono uwzględnione przez zamawiającego.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 lit. a) i pkt 2 lit. b), a także § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a) i pkt 2 powołanego powyżej rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się:

1) wpis, obejmujący w szczególności:

a) wynagrodzenia, wydatki i opłaty Urzędu związane z organizacją i obsługą postępowań odwoławczych, archiwizacją dokumentów oraz szkoleniami członków Krajowej Izby Odwoławczej, zwanej dalej "Izbą", przygotowującymi do należytego rozpoznawania odwołań (...)

2) uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności:

a) koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby,

b) wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3 600 zł.

Stosownie do § 5 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę Izba zasądza koszty od zamawiającego na rzecz odwołującego.

W niniejszej sprawie – co wynika z punktu 1 sentencji orzeczenia – Izba uwzględniła odwołanie. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł, którą to kwotę Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego, a także koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika odwołującego ograniczone do kwoty 3.600,00 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba orzekła o kosztach postępowania jak w pkt 3 sentencji wyroku i zasądziła solidarnie od Gminy Wałbrzych – Zarządu Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu oraz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu na rzecz wykonawcy Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Wysokiej łączną kwotę 23.600,00 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....