Sygn. akt: KIO 1951/18

WYROK
z dnia 12 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Paweł Trojan**

Członkowie: **Agnieszka Trojanowska**
Justyna Tomkowska

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2018 r. przez wykonawcę **Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05 - 800 Pruszków** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** (prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie) w trybie przetargu nieograniczonego pn.:

„Budowa drogi S16 Olsztyn (S51) - Ełk (Sól), ode. Borki Wielkie - Mrągowo" (Numer referencyjny: O/OL.D 3.2410.1.2018.I-4).

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

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

przy udziale wykonawcy **Polski Związek Pracodawców Budownictwa, ul. Kaliska 23 lok. U4, 02-316 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego.

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

przy udziale wykonawcy **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego.

orzeka:

1.umarza postępowanie odwoławcze na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie zarzutów określonych w punktach 3), 4) oraz 5) odwołania obejmujących naruszenia art. 29 ust. 2 w zw. z art. 14 i art 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 353^1, art. 5 w zw. z art 58 §§ 1 i 2 ustawy Kodeks cywilny w zw. z art 7 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2.uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 357^1, art. 358^1 § 3, art. 632 § 2 w zw. z art. 353^1 ustawy Kodeks cywilny w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. art. 357^1, art. 358^1 § 3, art 632 § 2 w zw. z art. 353^1

ustawy Kodeks cywilny w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu modyfikację Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przez usunięcie z projektu umowy w ramach subklauzuli 13.8 Szczególnych Warunków Kontraktu [korekty wynikające ze zmiany kosztu] w pkt I [Waloryzacja] zdanie ostatnie postanowienia o następującej treści „W związku z wprowadzeniem waloryzacji umownej Strony wyłączają stosowanie art. 357^1 KC, art. 358^1 § 3 KC, art. 632 § 2 KC".

3.w pozostałym zakresie oddala zarzuty zawarte w odwołaniu.

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

1)zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05 - 800 Pruszków**tytułem wpisu od odwołania,

2)zasądza od zamawiającego **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** na rzecz wykonawcy- **Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05 - 800 Pruszków** kwotę w wysokości **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania i zastępstwa przed Izbą.

5.Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 20 lipca 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem
Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……

…… U z a s a d n i e n i e

do wyroku z dnia 12 października 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1951/18

Zamawiający – Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa drogi S16 Olsztyn (S51) - Ełk (Sól), ode.
Borki Wielkie - Mrągowo" (Numer referencyjny: O/OL.D-3.2410.1.2018.I-4).

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

W dniu 19.09.2018 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2018/S 180-407318.

W dniu **19.09.2018 r.** w suplemencie do Dz. U. UE zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu oraz w tym samym dniu Zamawiający zamieścił na stronie internetowej treść
SIWZ wraz z załącznikami.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu**28.09.2018 r.** w formie pisemnej przez wykonawcę **Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05 - 800**
Pruszków od niezgodnej z przepisami PZP czynności Zamawiającego dotyczącej ukształtowania treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ"), w zakresie dotyczącym:

1)projektu przyszłej umowy dotyczącej Zamówienia, treści tj. Subklauzuli 13.8 Warunków Szczególnych Kontraktu (dalej „WSK") [Korekty wynikające ze zmian kosztu] pkt I [Waloryzacja] zdanie ostatnie:*„W związku z wprowadzeniem waloryzacji umownej, Strony*

wyłączają stosowanie art. 357 k.c., art. 358[1] § 3 k.c., art. 632 § 2k.c."

2)projektu przyszłej umowy dotyczącej Zamówienia, tj. treści Subklauzuli 1.1.4.15 [Odsetki] WSK w zakresie treści:
„Odsetki" oznaczają odsetki w wysokości określonej na podstawie art.
359 k.c. niezależnie od podstawy ich naliczenia."

3)treści dokumentu Dane Kontraktowe - str. 5-6 [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania (Kamień Milowy)] w zw. z treścią projektu przyszłej umowy dotyczącej Zamówienia, tj. Subklauzuli 8.13 WSK [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania] i Subklauzulą 8.3 [Program] WSK w zakresie dotyczącym określenia Kamienia Milowego nr 3, jako:

„wykonane w terminie 20 miesięcy od Daty Rozpoczęcia i zaakceptowane, zgodnie z Subklauzulą 8.13 [Wymagana Minimalna ilość Wykonania], Roboty i Materiały o wartości niemnieiszei niż 30 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej."

oraz Kamienia Milowego nr 4, jako:

„[określony rzeczowo] - wykonane w terminie 30 miesięcy od Daty Rozpoczęcia i zaakceptowane, zgodnie z Subklauzulą 8.13 [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania],
Roboty i Materiały o wartości niemniejszej niż 70% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej."

4)pkt 1.1.1 ppkt 25 Programu Funkcjonalno - Użytkowego (dalej jako „PFU") w zakresie dotyczącym postanowienia:

„wszelkie Roboty związane z przygotowaniem istniejącej drogi DK16, która zostanie przekazana innym zarządcom dróg. Roboty obeimuią m. in. wymianę warstwy ścieralnej oraz wiążącej (jak dla KR3) od km 200+650 do km 201+900, naprawę osuwiska w km 196+840 -
196+932, odmulenie rowów, przebudowę przepustów"

5)treści dokumentu Dane Kontraktowe - str. 4 [Prawo dostępu do Placu Budowy] lit.c):

„nieruchomości, na których w lokalizacjach wymienionych w punkcie 1.2.3 PFU przewidywane są badania archeologiczne (sondażowe i wykopaliskowe) - w tych przypadkach nieruchomości zostaną przekazane Wykonawcy w terminie do 12 miesięcy od daty wydania decyzji ZRID z rygorem natychmiastowej wykonalności"

- w zw. z Subklauzulą 2.1 [Prawo dostępu do Placu Budowy] WK w zw. z treścią pkt.1,2.3 ppkt. 15 PFU (str. 54):
„Wykonawca Robót nie będzie miał od początku dostępu do działek na terenie których znajdują się stanowiska archeologiczne przeznaczone do badań wykopaliskowych i sondażowych; z badań sondażowych będzie wynikało na których stanowiskach należy wykonać badania wykopaliskowe i w związku z tym wykonawca nie będzie miał do nich dalej dostępu (około 1 roku od wydania decyzji ZRID)."

W związku z wyżej wskazaną czynnością Zmawiającego dotyczącą treści postanowień
SIWZ Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1) art. 357[1] k.c., art. 358[1] § 3 k.c., art. 632 § 2 k.c. w zw. z art. 353[1] k.c., art. 5 k.c., art. 58 §§

1 i 2 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP, polegające na ukształtowaniu treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający właściwość stosunku prawnego, zasady współżycia społecznego, bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, prowadząc do nadużycia pozycji dominującej organizatora przetargu, przez co została zachwiana zasada równowagi stron stosunku zobowiązaniowego i doszło do nadużycia prawa podmiotowego przez Zamawiającego, poprzez wyłączenie możliwości stosowania przepisów będących podstawą do sądowej zmiany treści umowy;

2) art. 647 k.c., art. 471 k.c. w zw. z art. 353[1] k.c., art. 5 k.c., art. 58 k.c. w zw. z art. 14 i art.

139 ust. 1 PZP w zw. z art. 7 PZP, polegające na wykorzystaniu pozycji dominującej organizatora przetargu, rażące uprzywilejowanie w treści projektu przyszłej umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego, naturze stosunku zobowiązaniowego, w sposób stanowiący nadużycie prawa podmiotowego, w a konsekwencji prowadzący do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, zgodnie z obowiązującymi przepisami, przez przerzucenie na wykonawców wszelkich ryzyk związanych z wykonywaniem zamówienia;

3)art. 29 ust. 1 PZP w zw. z art. art. 357[1] k.c., art. 358[1] § 3 k.c., art 632 § 2 k.c. w zw. z art. 353[1] k.c., art. 5 k.c., art. 58 k.c., art. 647 k.c., art. 471 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP, polegające na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, z pominięciem wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, w sposób niezasadnie przerzucający na wykonawców obowiązek uwzględnienia i oszacowania przy sporządzaniu oferty wszystkich ryzyk, w tym także okoliczności niedookreślonych, przyszłych, nadzwyczajnych i niemożliwych do przewidzenia - tak co do przyczyn, jak i skutków;

4)art 359 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 481 § 1 k.c. w zw. z art. 473 § 2 k.c. w zw. z art. 353^1 k.c., art. 58 § 1 k.c., art. 5 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 PZP, polegające na ukształtowaniu treści przyszłego stosunku prawnego w sposób naruszający istotę stosunku zobowiązaniowego, zasady współżycia społecznego, obowiązujące przepisy, z wykorzystaniem dominującej pozycji Zamawiającego w kształtowaniu treści umowy, prowadząc do nadużycia prawa podmiotowego, przez nieuprawnione ograniczenie wysokości **odsetek** należnych wykonawcy w przypadku opóźnienia w spełnieniu świadczenia przez Zamawiającego do wysokości odsetek kapitałowych, tj. obliczonych wg. zasad wskazanych w art. 359 k.c. (aktualnie 5%), z jednoczesnym zachowaniem przez Zamawiającego uprawnienia do żądania odsetek za opóźnienie na swoją rzecz w wyższej wysokości, tj.
wyliczonych wg. zasad wskazanych w art. 481 § 2 k.c. (aktualnie 7%);

5)art. 29 ust. 2 w zw. z art. 14 i art 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353^1 k.c., art. 5 k.c. w zw. z art 58 §§ 1 i 2 k.c. w zw. z art 7 PZP, polegające na ukształtowaniu treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego powstałego na skutek prowadzonego postępowania w sposób, który narusza określone przez przepisy granice zasady swobody umów, tj. naturę stosunku prawnego, zasady współżycia społecznego, bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa, co prowadzi do nadużycia prawa podmiotowego oraz zachwiania równowagi stron stosunku prawnego przez Zamawiającego wykorzystującego swoją pozycję dominującą, a przez to godzi w zasadę uczciwej konkurencji - przez niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia;

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1)uwzględnienie odwołania,

2)nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w zakresie:

a)zmiany warunków przeszłej umowy poprzez wykreślenie postanowień Subklauzuli 13.8 pkt 1 zdanie ostatnie WSK, tj. „W związku z wprowadzeniem waloryzacji umownej, Strony wyłączają stosowanie art. 357i k.c., art. 3581 § 3 k.c., art. 632 § 2 k.c.

b)zmiany warunków przeszłej umowy poprzez wykreślenie postanowień Subklauzuli 1.1.4.15 WSK, tj. „Odsetki" oznaczają odsetki w wysokości określonej na podstawie art. 359 k.c.
niezależnie od podstawy ich naliczenia.

- ewentualnie zmianę jej treści poprzez odesłanie do wysokości odsetek obliczanych wg.

zasad ustalanych w oparciu o treść art. 481 § 1 k.c.

c) modyfikacji treści dokumentu Dane Kontraktowe - str. 5-6 [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania (Kamień Milowy)] w zakresie dotyczącym określenia:
-Kamienia Milowego nr 3, poprzez jego wykreślenie w całości;
-oraz o modyfikację Kamienia Milowego nr 4 przez zmianę ilości przerobowej z 70% na 50%, tj. zapisanie jej w poniższy sposób:
„Kamień Milowy nr 4 - [określony rzeczowo] - wykonane w terminie 30 miesięcy od Daty Rozpoczęcia i zaakceptowane, zgodnie z Subklauzuią 8.13 [Wymagana Minimalna Ilość
Wykonania], Roboty i Materiały o wartości niemniejszej niż 50 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej.

d)modyfikacji pkt 1.1.1 ppkt 25 PFU poprzez wykreślenie słów „wszelkie" oraz „m.in." i dokładne sprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia, umożliwiającego Odwołującemu precyzyjne ustalenie zakresu i wartości oferty, tj. jednoznaczne i wyczerpujące wskazanie katalogu robót, jakie należy wykonać na DK 16 w części przekazywanej innym zarządcom.

e)modyfikacji treści pkt. 1.2.3 ppkt 15 PFU w zakresie dotyczącym terminu przekazania wykonawcy nieruchomości, na których przewidywane są badania archeologiczne, poprzez jego ujednolicenie z terminem wskazanym w dokumencie Dane Kontraktowe - str. 4 [Prawo dostępu do Placu Budowy] lit.c), tj. w miejsce słów „około 1 roku od wydania decyzji ZRID)"wpisać słowa „w terminie do 12 miesięcy od daty wydania decyzji ZRID z rygorem natychmiastowej wykonalności" oraz doprecyzowanie, czy chodzi o termin liczony w miesiącach kalendarzowych, czy też w sposób zgodny z ustaleniami właściwymi dla liczenia terminu w czasie „etapu realizacji Robót", tj. z wyłączeniem „okresów zimowych";

- ewentualnie poprzez modyfikację postanowień SIWZ w sposób, który będzie uwzględniał ogólne reguły odpowiedzialności kontraktowej wyrażone w art. 471 k.c.

Zachowanie terminu wymogów formalnych

Ogłoszenie o Zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 września 2018 roku. Stosownie do treści przepisu art. 182 ust. 1 pkt 1 PZP, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania

informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. W związku z tym, wnosząc odwołanie w dniu 28 września 2018 roku, 10 dniowy ustawowy termin na wniesienie odwołania został przez Odwołującego zachowany.

Odwołujący wskazał, że uiścił wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

Naruszenie interesu w uzyskaniu zamówienia
Zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 PZP, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeśli ma lub miał interes w uzyskaniu danego Zamówienia oraz wykonawca poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego obowiązujących przepisów.
Tymczasem należy zauważyć, że wskazywane w petitum odwołania uchybienia Zamawiającego dotyczące treści SIWZ, powodują że Odwołujący został pozbawiony możliwości przygotowania i złożenia oferty zgodnej z wymaganiami PZP, a przez to podjęcia się realizacji inwestycji na warunkach najkorzystniejszych nie tylko dla wykonawcy, ale także dla interesu publicznego, który jest w niniejszym postępowaniu reprezentowany przez Zamawiającego.
Odwołujący wskazał, że jest podmiotem zajmującym się w sposób profesjonalny i zawodowy prowadzeniem działalności gospodarczej polegającej na realizacji inwestycji budowlanych, tak o charakterze liniowym, jak i kubaturowym. Odwołujący realizował i realizuje wiele kontraktów w sektorze inwestycji infrastruktury drogowej na rzecz zamawiających publicznych, w tym również na rzecz GDDKiA, Oddziału w Olsztynie, w trybie zamówień publicznych udzielanych w oparciu o przepisy PZP. Odwołujący jest zainteresowany również przedmiotowym postępowaniem i udzieleniem mu zamówienia na jego realizację.
Odwołującywskazuje ponadto, że na skutek nieprawidłowości w czynnościach Zamawiającego, może on ponieść szkodę, bowiem wadliwe czynności Zamawiającego pozbawiają Odwołującego możliwości złożenia optymalnej oferty, a poprzez to, uzyskania zamówienia i wypracowania należnego zysku.
Następnie Odwołujący podkreślił, że jako podmiot prowadzący działalność gospodarczą w Polsce w branży budowlanej od ponad 30 lat, ma wszelkie wymagane w niniejszym postępowaniu kwalifikacje, w tym niezbędną wiedzę, doświadczenie, fachową i doświadczoną kadrę, a tym samym jest w stanie zapewnić wykonanie Zamówienia z najwyższą, profesjonalną starannością.
Wskazał również, że zamierza złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu, co powoduje, że ma realne szanse na uzyskanie zamówienia i jego realizację. W przypadku złożenia w postępowaniu oferty, która zostanie zakwalifikowana, jako najkorzystniejsza, Odwołujący będzie zobowiązany do zawarcia umowy na realizację Zamówienia zgodnie z treścią wskazaną przez Zamawiającego w SIWZ, mimo iż wymagania te są w swojej treści niezgodne z obowiązującym porządkiem prawnym, w tym w szczególności ze wskazanymi w petitum przepisami PZP oraz k.c.
Ponadto wskazał także, że wadliwe czynności Zamawiającego objęte niniejszym odwołaniem, wpływają także na naruszenie zasad konkurencyjności i dostępu do zamówienia, ponieważ uniemożliwiają wykonawcom biorącym udział w postępowaniu rzetelne skalkulowanie wszystkich ryzyk związanych z realizacją Zamówienia, a wobec niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia w streści SIWZ, złożenie przez zainteresowanych wykonawców porównywalnych ofert.

Odwołujący w tym miejscu przywołał wyrok KIO, w którym Izba stwierdziła, że w przypadku, aby uznać, że odwołujący legitymują się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 PZP, w odwołaniach na treść SIWZ wykonawcy mogą wskazywać nie tyle na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają im złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami ustawy PZP oferty, w tym możliwości prawidłowego skalkulowania kosztów realizacji zamówienia. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Na tym etapie za wystarczające należy uznać wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. (KIO 173/18).
Powyższe okoliczności, w ocenie Odwołującego, spełniają przesłanki skorzystania ze środka ochrony prawnej stawiane uczestnikom postępowania w oparciu o treść art. 179 ust. 1 PZP.

UZASADNIENIE

I.Stan faktyczny

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy PZP, którego przedmiotem jest „Budowa drogi S16 Olsztyn (551) - Ełk (S61)f ode. Borki Wielkie - Mrągowo",
Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie jest zainteresowany udziałem w niniejszym postępowaniu, złożeniem oferty,

udzieleniem zamówienia na jego rzecz, zawarciem umowy na realizację inwestycji oraz wykonaniem zadania.
Począwszy od dnia pozyskania informacji o zamieszczeniu przez Zamawiającego ogłoszenia o przetargu na realizację przedmiotowego zadania, Odwołujący przystąpił do analizy udostępnionych przez Zamawiającego materiałów i wymagań, w tym w szczególności WSK, PFU wraz z wszelkimi załącznikami. Po lekturze dokumentacji przetargowej, Odwołujący dostrzegł, że czynności Zamawiającego w zakresie ukształtowania treści SIWZ naruszają treść obowiązujących przepisów, czemu dał wyraz w petitum odwołania wskazując konkretne naruszenia i stawiane im zarzuty.

II.Uzasadnienie ad. 1

Odwołujący na wstępie wskazał, że SIWZ jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wyznacza ona bowiem obowiązki wykonawców, jakie na nich ciążą w związku z zamiarem uczestniczenia w postępowaniu, warunki jakim muszą wykonawcy sprostać, oraz dokumenty, jakie należy złożyć, by w nim uczestniczyć. Z tego względu SIWZ winna być precyzyjna i jasna w swej treści, zaś jej postanowienia powinny być sformułowane w sposób eliminujący potrzebę wnioskowania, co do tego, co należy uczynić w jej wykonaniu, aby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Jakiekolwiek uchybienia Zamawiającego w tym zakresie, winny zostać wyeliminowane, jako niezgodne z obowiązującymi normami.

Z uwagi na fakt, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nr 1 - 3 bazują na podobnych okolicznościach, Odwołujący w tej części uzasadnienia odniósł się do nich wspólnie.

1.Odwołujący kwestionuje treść przyszłej umowy na realizację Zamówienia, tj. Subklauzuli 13.8 pkt I zdanie ostatnie, w zakresie w jakim Zamawiający usiłuje wyłączyć możliwość stosowania do przyszłego stosunku zobowiązaniowego powstałego na skutek udzielenia zamówienia publicznego i zawarcia umowy przepisów art. 3571 k.c., art. 3581 § 3 k.c., art. 632 § 2 k.c.

2.Pierwszy ze wskazanych przepisów, tj. art. 357^1 k.c., zwany „dużą klauzulą waloryzacyjną rebus sic stantibus", przewiduje możliwość ingerencji sądu w treść łączącego strony stosunku umownego przez oznaczenie sposobu wykonania zobowiązania, wysokości świadczenia lub nawet rozwiązania umowy. Uprawnienie tego rodzaju podyktowane jest zaistnieniem nadzwyczajnej zmiany stosunków, której strony nie przewidywały przy zawarciu umowy.

3.W przypadku drugiego z przepisów, tj. art. 358^1 § 3 k.c., zwanego „małą klauzulą waloryzacyjną rebus sic stantibus", jako wyjątku od obowiązującej zasady nominalizmu świadczeń pieniężnych, mamy do czynienia z podobnie nadzwyczajną sytuacją umożliwiającą zwrócenie się do sądu o zmianę wysokości lub sposobu spełnienia świadczenia, z tym zastrzeżeniem, że dotyczy to jedynie świadczeń pieniężnych a przyczyną wystąpienia z takim żądaniem może być jedynie istotna zmiana siły nabywczej pieniądza.

4.W ostatnim z wymienionych przepisów, tj. art. 632 § 2 k.c., ustawodawca przewidział możliwość wystąpienia do sądu o ukształtowanie treści umowy w zakresie podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego lub o rozwiązania umowy, gdyby wykonanie dzieła w dotychczasowym kształcie przez przyjmującego zamówienie groziło mu rażącą stratą, a to wszystko w związku z wystąpieniem zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć.

5.Powyżej wymienione przepisy kodeksu cywilnego, jakkolwiek swoją hipotezą obejmują różne stany faktyczne, mają istotną, wspólną cechę - pozwalają wierzycielowi zwrócić się do sądu o zmianę, czy ukształtowanie treści stosunku prawnego wyłącznie w sytuacji, gdy po zawarciu umowy doszło do zaistnienia okoliczności nadzwyczajnych, wyjątkowych, niemożliwych do przewidzenia na etapie zawierania umowy przez żadną ze stron.

6.W przypadku każdego z przywołanych przepisów, ze względu na odmienność zastosowania każdego z nich, ustawodawca inaczej określił to zdarzenie - „nadzwyczajna zmiana stosunków", „istotna zmiana siły nabywczej pieniądza", „zmiana stosunków grożąca rażącą stratą", w każdym jednak przypadku wskazał na wyjątkowość tego zdarzenia, dokonując stopniowania tych zdarzeń. Nie chodzi zatem o jakąkolwiek zmianę, ale o zmianę nadzwyczajną, istotną, pociągającą za sobą rażące, równie nieprzewidywalne następstwa, bo tylko taka zmiana, a nie zmiana jakakolwiek, uzasadnia rozważanie przez sąd zasadności ingerencji w treść już istniejącego stosunku prawnego.

7.Szczególnego charakteru nadaje tym okolicznościom również fakt, że zarówno wystąpienie tych zdarzeń, jak skala skutków, nie były możliwe do przewidzenia na etapie zawarcia umowy przez żadną ze stron.

8.Wyjątkowość tych trzech instytucji przejawia się również w tym, że przyczyny takiego stanu rzeczy, zaistniały już po zawarciu przez strony umowy, a więc już po czasie, w których strony zasadniczo mogły zdecydować, czy chcą, a jeśli tak, to na jakich zasadach i warunkach, nawiązać stosunek zobowiązaniowy.

9.Dodatkowo należy podkreślić, że w każdym z powyższych przypadków, prawo do zwrócenia się do sądu o ukształtowanie na nowo treści stosunku prawnego zawartego przez strony, obejmuje tak naprawdę krótki czas, ponieważ

w dwóch przypadkach daje ona możliwość wystąpienia z odpowiednim powództwem w okresie trwania stosunku prawnego, czyli realizacji przedmiotu umowy, nie zaś w dowolnym momencie, np. następczo po jego zakończeniu. W każdym jednak z nich, czas realizacji warunkuje okres wystąpienia samego zdarzenia oraz związanych z nim nadzwyczajnych następstw, co biorąc pod uwagę stosunkowo niedługi czas realizacji umów dotyczących Zamówień, nadaje mu dodatkowo szczególnego charakteru.

10.Ponadto ukształtowanie treści stosunku prawnego przez sąd, jak się podkreśla w literaturze przedmiotu i bogatym orzecznictwie sądowym, mieści się w zakresie tzw. „prawa sędziowskiego, co powoduje, że sąd może, ale nie musi dokonać takiej reasumpcji i jak się okazuje, czyni to wyjątkowo.

11.W każdym przypadku, gdy sąd rozważa możliwość ingerencji w treść umowy, zobowiązany jest do uwzględnienia interesów obu stron oraz norm społecznych. Ma zatem na uwadze nie tylko interes wierzyciela, czy zobowiązania dłużnika, ale także zobowiązany jest kierować się wprost przywołanymi zasadami współżycia społecznego, stanowiącymi zobiektywizowany miernik oceny sytuacji.

12.Nadzwyczajność zmiany stosunków rozumie się zwykle, jako zdarzenie, które rzadko zachodzi, jest niezwykłe, wyjątkowe, normalnie niespotykane. W szczególności wskazuje się na zdarzenia natury przyrodniczej, społecznej, czy gospodarczej, ale mające charakter obiektywny i powszechny, zatem zasadniczo oderwany od sytuacji konkretnego podmiotu.

Nieprzewidywalność natomiast wiąże się z przyszłą sytuacją stron, gdy brak było podstaw do zdiagnozowania jej przez strony na etapie zawierania umowy (tak m.in. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 8 marca 2018 roku, II CSK 303/17; Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 20 października 2017 roku, I ACa 435/17; czy Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 października 2017 roku, VI ACa 1556/16).

13.Strony umowy, będące nawet profesjonalistami w zakresie prowadzonej działalności, nie są w stanie przewidzieć, czy skalkulować ryzyka, którego niż znają i w okolicznościach danej umowy, nie były go w stanie przewidzieć i skalkulować. Zatem przypadki sądowej waloryzacji świadczeń dotyczą tylko takich sytuacji, gdy dotyczy to przypadków wykraczających poza zakres zwykłego ryzyka kontraktowego, grożących stratą niweczącą przeprowadzoną przez wykonawcę z odpowiednią starannością kalkulację (tak m.in. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 8 marca 2018 roku, II CSK 325/17).

14.Warto również podkreślić, że nadrzędną i podstawową zasadą obowiązująca w tym zakresie, jest w systemie prawa cywilnego reguła pacta sunt servanda, dlatego jak się zauważa, wszelkie wyjątki od niej podlegają ścisłej interpretacji, co dodatkowo potwierdza wyjątkowy charakter przywołanych instytucji.

15.Dodatkowo nie można zapomnieć, że powyższa zasada przyjmuje szczególny charakter na gruncie ustawy PZP, gdzie w przeciwieństwie do umów zawieranych poza tym trybem, strony co do zasady mają wyłączoną możliwość renegocjacji warunków umowy, bowiem ograniczają się one zasadniczo wyłącznie do przypadków zdarzeń wymienionych enumeratywnie w art. 144 PZP. Owa niezmienność umowy uzasadniona jest z jednej strony koniecznością prowadzenia postępowania przez Zamawiającego publicznego w sposób transparenty, z zachowaniem zasad gospodarności środkami publicznymi, a drugiej zaś wymogiem przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich potencjalnych wykonawców Zamówienia, wyrażonej m.in. w art. 7 PZP.

16.Aby tak się stało, Zamawiający zobowiązany jest do opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, który to obowiązek nakłada na niego przepis art. 29 PZP. Tylko takie określenie wymogów przyszłego Zamówienia pozwoli zainteresowanym wykonawcom we właściwy sposób dokonać kalkulacji oferty odpowiadającej oczekiwaniom Zamawiającego wyrażonym w dokumentacji przetargowej. Biorąc pod uwagę konieczność zapewnienia konkurencyjności i równego traktowania wykonawców w ramach postępowań o udzielenie zamówień publicznych, ustawodawca nałożył na Zamawiającego szereg szczegółowych obowiązków, którym musi sprostać na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym podczas formułowania każdej z części SIWZ. 17. W odniesieniu do określania zasad przyszłego stosunku zobowiązaniowego, podkreślenia wymaga, że swobodę umów ograniczają m.in. zasady współżycia społecznego oraz bezwzględnie obowiązujące przepisy. I tak, w dziedzinie stosunków zobowiązaniowych, z których znaczna część służy wymianie dóbr i usług, podstawowe znaczenie ma wymóg zapewnienia tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Przede wszystkim, choć nie wyłącznie, ocenie z punku widzenia słuszności kontraktowej podlega stosunek wartości świadczeń w umowach wzajemnych czy też, szerzej, dwustronnie zobowiązujących. Badając umowę pod względem słuszności kontraktowej, trzeba pamiętać o podstawowym założeniu prawa cywilnego, według którego umowy służą realizacji woli stron je zawierających. O naruszeniu zasad współżycia społecznego w postaci wymogu

sprawiedliwości umowy można więc mówić wtedy, gdy zawarta przez stronę umowa nie jest wyrazem jej w pełni swobodnie i rozważnie podjętej decyzji, gdyż na treść umowy wpłynął brak koniecznej wiedzy czy presja ekonomiczna (np. wynikająca z faktu korzystania przez kontrahenta z pozycji dominującej), a przyczyną tego nie jest niedbalstwo samego pokrzywdzonego.

18.Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współżycia społecznego, jako ocen i norm moralnych, a polega również na uwzględnieniu postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena umowy ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest tylko w tych przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi {tak Sąd Najwyższy w wyrokach o sygn. IV CSK 478/07 oraz II CSK 528/10). Takiej negatywnej ocenie powinna też podlegać umowa o zamówienie publiczne, ukształtowana przez Zamawiającego z wykorzystaniem jego silniejszej pozycji w Postępowaniu, gdyż umowa taka powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale również wykonawcy.

19.Po wtóre, jakkolwiek również i w reżimie zamówień publicznych obowiązuje zasada swobody umów wyrażona w art. 3531 k.c., to nie oznacza ona bezwzględnej swobody Zamawiającego w faktycznym jednostronnym kształtowaniu treści przyszłego stosunku prawnego, a co za tym idzie, także i możliwości dowolnego przerzucania wszelkich ryzyk umownych na przyszłego wykonawcę, wbrew zasadom uczciwości kupieckiej, równości, czy sprawiedliwości kontraktowej. W pierwszym rzędzie należy wskazać, że szczególna pozycja Zamawiającego wynikająca z piastowania pieczy nad wydatkowaniem środków publicznych, nie sankcjonuje prawa do żądania uwzględnienia przez wykonawcę w swojej ofercie ryzyk, które nie są możliwe do zidentyfikowania na tym etapie. A co warto podkreślić, z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w przypadku przedmiotowego Zamówienia, gdzie Zamawiający oczekuje od wykonawców, że przewidzą oni zdarzenia nadzwyczajne, nieprzewidywalne, wyjątkowe, które mają lub mogą nastąpić w przyszłości, właściwie je zidentyfikują, oszacują skalę ich negatywnych następstw a następnie wycenią i uwzględnią je w swoich ofertach. Co warto zauważyć, kalkulacje takie, o ile w ogóle możliwe, byłyby wyłącznie spekulacjami, a to z kolei prowadziłoby do przygotowania nierzetelnych ofert i złożenia ofert nieporównywalnych.

20.Warto również zwrócić uwagę na fakt, że przywoływana powyżej zasada swobody umów, nawet na gruncie PZP, nie może prowadzić do jej zniweczenia i sprowadzić uprawnienie drugiej ze stron wyłącznie do decyzji o przystąpieniu do przetargu lub nie. Takiego podejścia nie uzasadnia ani rola Zamawiającego, ani ratio legis poszczególnych regulacji. Przeciwnie, pierwszym i zasadniczym zadaniem Zamawiającego jest taki opis przedmiotu zamówienia, aby zainteresowani wykonawcy wiedzieli, co jest przedmiotem postępowania, bez konieczności spekulowania i snucia domysłów, tak co do zakresu przyszłych obowiązków, jak i poszczególnych ryzyk umownych wskazanych przez Zamawiającego. Tak rozumiane należyte działania Zamawiającego pozwalają dopiero wykonawcy na właściwą kalkulację swojej oferty, z uwzględnieniem rzeczywistej wartości prac, zgodnie z zasadą ekwiwalentności świadczeń w umowach wzajemnych.

21.Nie można również pominąć i tego, że sama zasada swobody umów doznaje już w swojej normatywnej treści literalnie wskazanych ograniczeń. Ustawodawca wskazał bowiem, że nieważna, albo przynajmniej nieskuteczna jest umowa, która została zawarta z naruszeniem nie tylko obowiązujących przepisów, ale także wbrew zasadom współżycia społecznego, czy właściwości (naturze) stosunku zobowiązaniowego. Powyższe ograniczenia dotyczą nie tylko samej treści, ale również i celu takiej umowy. Warto jeszcze wskazać, że prawo do kształtowania umowy zostało przyznane obu stronom umowy, bowiem umowa ze swej natury, obejmuje konsens przynajmniej dwóch stron. Zatem istotne ograniczenie jednej ze stron, czy de facto sprowadzenie jej wyłącznie do roli przystępującego do narzuconego wzorca umowy, odbiegającego znacząco od równowagi ponoszenia ryzyka gospodarczego, godzi w sam sens umowy, w jej naturę - a zatem samo przez się powoduje, że granice swobody zostają naruszone.

22.Niezależnie jednak od tego, należy dodać, że o istocie umów zawieranych w trybie zamówień publicznych, świadczy m.in. element ich stałości, przewidywalności zakresu przyszłego świadczenia, co wynika z art. 29 PZP. Wobec tego, kształtowanie treści przyszłej umowy w sposób, który nie jest ani wyczerpujący, ani jednoznaczny, godzi w samą istotę stosunku zobowiązaniowego nawiązywanego w trybie PZP, a przez to przekracza zarówno ograniczenie z art. 3531 k.c. dotyczące właściwość zobowiązania, jak i drugą z nich - przepisy prawa. Ostatnia z powyższych okoliczności może prowadzić również do naruszenia normy prawnej wskazanej w art. 58 §§ 1 i 2 k.c, (przepisy prawa; zasady współżycia społecznego), a w konsekwencji powodować bezwzględną nieważność czynności prawnej. 23. Warto w tym miejscu przywołać wyrok KIO z dnia 15 maja 2015 roku (KIO 892/15), gdzie Izba wskazała, iż uprawnienie Zamawiającego do ustalania warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, bowiem Zamawiający nie może nadużywać swego prawa podmiotowego. Również i w tym zakresie obowiązują go bowiem zasady przewidziane porządkiem prawnym.

24.W powyższym kontekście wolno również przywołać kolejną regułę, a mianowicie art. 5 k.c. i wyrażony tam zakaz nadużywania prawa podmiotowego. Ustawodawca wskazał bowiem, że w przypadku, gdy dany podmiot będzie czynił ze swego prawa użytek, który byłby sprzeczny z zasadami współżycia społecznego lub ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem tego prawa, jego działanie nie może być zakwalifikowane, jako wykonywanie prawa, w związku z czym nie korzysta z ochrony - jest to zatem działanie poza granicami prawa podmiotowego.

25.Odnosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, Odwołujący wskazuje, że w jego ocenie, ukształtowanie przez Zamawiającego kwestionowanej w odwołaniu treści Subklauzuli 13.8 pkt I ostatnie zdanie, stanowi o nadużyciu przez Zamawiającego swojej pozycji w strukturze zamówień publicznych, narzucają w sposób nieuprawniony niekorzystne dla przyszłych wykonawców postanowienia umowy, a co za tym idzie, pozbawiając ich możliwości sądowej zmiany umowy. Takie działanie Zamawiającego należy uznać za naruszenie zasady swobody kontraktowej oraz nadużycie prawa podmiotowego w zakresie kształtowania treści przyszłej umowy.

26.Mając na uwadze powyższą argumentację, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w zakresie przedstawionego zarzutu. Takie działanie umożliwi przeprowadzenie postępowania w sposób uwzględniający zasady konkurencyjności, w oparciu o przygotowany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia sporządzony z poszanowaniem obowiązujących regulacji prawnych. W takim stanie rzeczy, potencjalni wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu, będą mieli szansę na złożenie rzetelnie przygotowanych i porównywalnych ofert.

27.Odwołujący pragnie wskazać, że taką argumentację podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza w następujących wyrokach; z 10 lipca 2018 roku, KIO 1266/18, z 15 lutego 2018 roku, KIO 173/18, z 6 marca 2018 roku, KIO 355/18.

III. Uzasadnienie ad. 2

1.Zamawiający w treści przyszłej umowy dotyczącej Zamówienia, tj. treści Subklauzuli 1.1.4.15 [Odsetki] WSK wprowadził na potrzeby Kontraktu definicję odsetek rozumianych, jako: „Odsetki" oznaczają odsetki w wysokości określonej na podstawie art. 359 k.c. niezależnie od podstawy ich naliczenia,"

2.Powyższa Subklauzula stanowi definicję kontraktową sporządzoną na potrzeby Zamówienia, a zatem, dotyczy tylko tych zdarzeń, które są objęte umową.

3.W systemie polskiego prawa przewiduje się różne rodzaje odsetek, w zależności od tego, z jakimi zdarzeniami prawnymi są one związane. W przypadku wskazanym w art. 359 k.c., ustawodawca przewiduje odsetki typu kapitałowego, mające charakter kredytowy, tj. rozumiane jako wynagrodzenie za korzystanie z cudzych pieniędzy lub rzeczy. Ich wysokość stanowi sumę aktualnej stopy referencyjnej NBP i 3,5 punktów procentowych - obecnie 5 %. Inaczej jest natomiast w przypadku odsetek regulowanych w art. 481 k.c., które przysługują w związku z opóźnieniem w wykonaniu zobowiązania pieniężnego, a które można traktować jako quasi odszkodowanie, odszkodowanie ryczałtowe, czy też swoistą represję cywilną za nieterminowe spełnienie świadczenia pieniężnego i tym samym, naruszenie interesu wierzyciela {tak w: T.Wiśniewski, Komentarz do kodeksu cywilnego, red. J.Gudowski). Ich wysokość stanowi sumę równowartości stopy referencyjnej NBP oraz 5,5 punktów procentowych. Stopa referencyjna wynosi obecnie 1,5 proc., więc odsetki za opóźnienie są ustalone na poziomie 7 proc.

4.Jak wynika z powyższego, inna jest funkcja i inna rola tych dwóch rodzajów odsetek. W pierwszym przypadku stanowią one odpowiednik świadczenia drugiej strony, w drugim zaś - rekompensatę za nienależyte wykonywanie zobowiązania. Odsetki za opóźnienie są zatem niejako odpowiednikiem kar umownych, z tą tylko różnicą, że jedne dotyczą niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania pieniężnego a drugie niepieniężnego. Obie instytucje, tj. kary umowne i odsetki za opóźnienie, mają charakter odszkodowawczy, ryczałtowy i represyjny.

5.Spełnienie świadczenia pieniężnego objętego Kontraktem, a co za tym idzie możliwość uchybienia w tym zakresie, występuje jedynie po stronie Zamawiającego, ponieważ to jego zobowiązanie do zapłaty wynagrodzenia ma charakter umownego świadczenia wyrażonego w pieniądzu. Ekwiwalentem tego zobowiązania jest po stronie wykonawcy zobowiązanie do wykonania przedmiotu zamówienia, które ma charakter majątkowy, ale niepieniężny.

6.Biorąc pod uwagę rolę odsetek występujących w Kontrakcie, tj. w zasadzie dotyczyć one będą opóźnień Zamawiającego w spełnieniu świadczenia pieniężnego, właściwe jest naliczanie odsetek w oparciu o art. 481 k.c. - tak co do podstawy prawnej, zgodnej z naturą tego zobowiązania ubocznego, co wskazano powyżej, jak i w wysokości ustawowej określonej według zasad i w wysokości przewidzianej w art. 481 k.c.

7.Odwołujący wskazuje, że brak uzasadnionych podstaw do tego, aby nakładać na wykonawców dodatkową karę, dolegliwość, czy sankcję za naruszenie zobowiązania przez Zamawiającego, poprzez zmniejszenie ewentualnych należnych odsetek o całe 2 punkty procentowe (7% - 5%=2%), co daje różnicę kwotową bliską aż 30 % ewentualnej należności pieniężnej.

8.Powyższe rozwiązanie, w ocenie Odwołującego, narusza ponadto bezwzględnie wiążącą normę art. 473 § 2 k.c.,

gdzie wyraźnie wskazano, iż nieważne jest zastrzeżenie umowne, że dłużnik nie będzie odpowiedzialny za szkodę, którą może wyrządzić wierzycielowi umyślnie.

A trudno przyjąć, że zaniechanie spełnienia świadczenia pieniężnego przez Zamawiającego może być działaniem innym, niż celowym, zamierzonym.

9.Ponadto należy wskazać, że ratio legis wprowadzenia odsetek ustawowych było zagwarantowanie minimum ochrony dla wierzyciela na wypadek opóźnień dłużnika w spełnieniu świadczenia. Łatwo to zauważyć, gdy zważy się na pozostałe regulacje idące w drugą stronę, a które wprowadzają odsetki maksymalne, które mają chronić przed niepożądanymi skutkami. Brak wyraźnej regulacji co do odsetek minimalnych, nie może być rozumiany, jako podlegający swobodnej regulacji jednej ze stron. W ocenie Odwołującego, pewną ogólnie przyjętą normą społeczną, opartą o zasady uczciwości kupieckiej, jest minimalny poziom odsetek wykreowany przez ustawodawcę za dany typ zdarzeń. Przekroczenie tego poziomu in minus, bez żadnej racjonalnej przyczyny, musi zostać uznane za naruszające także zasady współżycia społecznego a samo kształtowanie treści umowy w taki jednostronnie niekorzystny sposób dla wierzyciela, z uprzywilejowaniem jednej ze stron, stanowi przejaw nadużycia prawa podmiotowego przez Zamawiającego.

10.Odwołujący wskazuje, że postanowienie Subklauzuli 1.1.4.15 WSK, tylko pozornie odnosi się do obu stron, albowiem jak wskazano na początku, stanowi ono definicję kontraktową, a więc obowiązującą tylko w zakresie Kontraktu. Co warto podkreślić, w realiach Kontraktu to wykonawca faktycznie ma możliwość dochodzenia odsetek na podstawie umowy (w tym przypadku - odsetek zdefiniowanych w Subklauzuli 1.1.4.15 WSK), ponieważ po stronie wykonawcy brak zobowiązania umownego do zapłaty na rzecz Zamawiającego określonych świadczeń pieniężnych. Jeżeli pojawią się takie zobowiązania, nie będą one wynikały z umowy, a zatem i definicja umowna nie będzie miała do niej zastosowania.

11.A nawet gdyby przyjąć, że takie przypadki będą występowały, to są one niewspółmiernie rzadsze niż świadczenia pieniężne spełniane przez Zamawiającego, gdzie zapłata przez Zamawiającego określonego wynagrodzenia jest podstawowym i prawie jedynym obowiązkiem Zamawiającego.

12.Odpowiednikiem niewykonywania lub nienależytego wykonywania zobowiązań przez wykonawcę, są kary umowne, których bardzo szeroki wachlarz przewidziano w Subklauzuli 8.7 WSK oraz dokumencie Gwarancja Jakości. I to te finansowe elementy należy porównywać w relacji ekwiwalentności stosunku prawnego, ponieważ pełnią one jednakową funkcję - stanowią finansową dolegliwość dla drugiej strony z związku z niewykonywaniem lub nienależytym wykonywaniem przez nią jej obowiązków, i co podkreślmy, obowiązków stanowiących istotę zawartej umowy.

IV. Uzasadnienie ad. 3-5.

Wstęp.

1.Opis przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ") powinien pozwolić każdemu z potencjalnie zainteresowanych danym zamówieniem wykonawców, na przygotowanie i złożenie ważnej oferty, w tym umożliwić precyzyjne i korzystne dla niego obliczenie ceny za jego realizację stanowiące ekwiwalent zamierzonych robót. Wedle treści art. 29 PZP, Zamawiający formułując OPZ powinien w związku z tym posługiwać się dostatecznie dokładnymi i zrozumiałymi określeniami oraz uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, mając na uwadze to, iż perspektywą decydująca o ocenie, czy wytyczne te zostały zachowane, jest perspektywa wykonawcy.

2.Warto podkreślić, że obciążanie wykonawców w całości ryzykiem wystąpienia okoliczności nieznanych na etapie ofertowania jest niewłaściwe, a OPZ powinien być na tyle precyzyjny, aby umożliwiał skalkulowanie ceny ofertowej. Pojawienie się praktyk nieuwzględniających powyższych postulatów wzmożona jest w szczególności ostatnimi czasy przy inwestycjach infrastrukturalnych, w ramach których skala ryzyk związanych z każdą niedoprecyzowaną i nieznaną okolicznością wiąże się z ogromnymi kosztami, które spowodować mogą w konsekwencji nieopłacalność kontraktu, a w skrajnych przypadkach nawet upadłość podmiotu realizującego dane zadanie inwestycyjne.

3.Należy w tym miejscu przywołać jedno z licznych orzeczeń, gdzie Izba wyraźnie stwierdziła, że „opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji, która jest przygotowana przez zamawiającego i nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, wzajemnie niespójny, przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia. Za niedopuszczalną należy uznać praktykę opisu przedmiotu zamówienia poprzez zdarzenia przyszłe, niedookreślone, których rzeczywista potrzeba wykonania jak i rozmiar uzależnione są od rezultatu podjętych przez wykonawcę czynności już na etapie realizacji Nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanym przez ustawę Prawo zamówień publicznych - otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. W warunkach tak prowadzonego

postępowania, każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może doprowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert" (KIO 1607/16).

4.Również treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego, niezależnie od przysługującej Zamawiającemu poniekąd uprzywilejowanej pozycji, powinien być tak ukształtowany, aby realizacja zamówienia była możliwa. Celem Zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę. Postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić rzeczywistą cenę ofertową. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie katalogu zamkniętego okoliczności, z którymi wiążą się określone następstwa, Zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia.

Ad. 3 Kamień Milowy nr 3 i 4

1. W treści dokumentu Dane Kontraktowe - str. 5 [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania (Kamień Milowy)], Zamawiający określił cztery Kamienie Milowe:

Kamień Milowy nr 1 - w terminie 3 miesięcy od Daty Rozpoczęcia uzyskanie zatwierdzenia Inżyniera Kontraktu dla kompletu rozwiązań zamiennych w zakresie rozwiązań układu drogowego, niwelety, obiektów inżynierskich oraz odwodnienia w szczegółowości podanej w Zarządzeniu nr 17 Generalnego Dyrektora DKiA z 2009r. Kompiet ww. rozwiązań zamiennych musi być złożony do Inżyniera Kontraktu maksymalnie do 2 m-cy od Daty Rozpoczęcia.

Kamień Milowy nr 2 - w terminie 10 miesięcy od Daty Rozpoczęcia złożenie do właściwego organu administracji publicznej kompletnego wniosku o ZRID.

Kamień Milowy nr 3 - wykonane w terminie 20 miesięcy od Daty Rozpoczęcia i zaakceptowane, zgodnie z Subklauzulą 8.13 [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania], Roboty i Materiały o wartości niemniejszej niż 30 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej.

Kamień Milowy nr 4 - [określony rzeczowo] - wykonane w terminie 30 miesięcy od Daty Rozpoczęcia i zaakceptowane, zgodnie z Subklauzulą 8.13 [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania], Roboty i Materiały o wartości niemniejszej niż 70 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej.

2.Żądanie przez Zamawiającego osiągnięcia tak wyznaczonego Kamienia Milowego nr 3, jest zdaniem Odwołującego, żądaniem rażąco wygórowanym i niemożliwym do zrealizowania przy założeniu postępowania w zgodzie z Warunkami Kontraktu determinującymi prawidłowe wykonywanie prac objętych Kontraktem.

3.Należałoby zauważyć, że wykonawca zgodnie z Subklauzulą 8.13 SWK, zobowiązany jest do osiągnięcia Kamienia Milowego nr 2, który nakłada na niego obowiązek, aby w terminie 10 miesięcy od Daty Rozpoczęcia złożył do właściwego organu administracji publicznej kompletny wniosek o wydanie decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (dalej „ZRID").

4.Biorąc pod uwagę czas trwania procedury uzyskiwania ZRID należałoby przyjąć, iż termin uzyskania tej decyzji, to okres o około 6 miesięcy późniejszy, niż złożenie wniosku. Co za tym idzie, w chwili ewentualnego uzyskania ZRID, wykonawca znajduje się już w 16 miesiącu od Daty Rozpoczęcia.

5.Należałoby także podnieść, że nie bez znaczenia są tu regulacje Subklauzuli 2.1 SWK wskazujące prawo wykonawcy dostępu do Placu Budowy. A mianowicie: zgodnie z Danymi Kontraktowymi - prawo dostępu do Placu Budowy następuje w terminie do 60 dni od daty wydania decyzji ZRID z rygorem natychmiastowej wykonalności, jednakowoż z poniższymi zastrzeżeniami:

a)nieruchomości, których wydania odmówią ich właściciele / władający nieruchomością. W tych przypadkach nieruchomości zostaną przekazane Wykonawcy w terminie do 4 miesięcy od daty pisemnego powiadomienia Zamawiającego przez Wykonawcę o braku dostępu do przedmiotowej nieruchomości,

b)nieruchomości zabudowanych budynkami - w tych przypadkach nieruchomości zostaną przekazane Wykonawcy w terminie do 9 miesięcy od daty wydania decyzji ZRID z rygorem natychmiastowej wykonalności

c)nieruchomości, na których w lokalizacjach wymienionych w punkcie 1.2.3 PFU przewidywane są badania archeologiczne (sondażowe i wykopaliskowe) - w tych przypadkach nieruchomości zostaną przekazane Wykonawcy w terminie do 12 miesięcy od daty wydania decyzji ZRID z rygorem natychmiastowej wykonalności.

7.Biorąc pod uwagą fakt, że wykonawca mógłby rozpocząć prace na przekazanym mu terenie w terminie 60 dni od daty wydania decyzji ZRID z rygorem natychmiastowej wykonalności, to oznaczałoby dla wykonawcy, iż możliwe jest rozpoczęcie jakichkolwiek robót budowlanych dopiero po upływie 18 miesięcy od Daty Rozpoczęcia. Natomiast ze względu na inne ograniczenia w dostępie do placu budowy, które wskazano w pkt a) - c) powyżej, nie wszystkich.

8.Wobec powyższego, osiągnięcie Kamienia Milowego nr 3 jest dla wykonawcy nierealne, bowiem sprowadzałoby się to

do konieczności wykonania w tym czasie, tj. w ciągu pozostałych do dyspozycji 2 miesięcy, i to tylko na przekazanej mu części Placu Budowy, zaakceptowanych zgodnie z Subklauzulą 8.13 Robót i Materiałów o wartości nie mniejszej niż 30 % ZKK.

9.Kwalifikacja sposobu zaawansowania przerobu ustalona w Subklauzuli 8.13 WSK, oznacza to, iż uznane będą tylko te Roboty, które zostaną potwierdzone przez Inżyniera i Zamawiającego, a ich wartość zostanie wyliczona w oparciu o zaawansowanie płatności przejściowych określonych zgodnie z Subklauzulą 14.6 WSK.

10.Należałoby też zauważyć, iż w pierwszym etapie wykonywania Kontraktu przeważają roboty charakteryzujące się dużą pracochłonnością a niską wartością, między innymi ze względu na konieczność wykonania szeregu prac przygotowawczych (roboty ziemne - wykopy/nasypy, roboty rozbiórkowe, rozpoznanie saperskie, wycinka, zdjęcie humusu).

11.Zamawiający nakłada na wykonawcę też szereg innych obowiązków, jakie wykonawca miałby wykonać w czasookresie między wydaniem decyzji ZRID a rozpoczęciem realizacji robót budowlanych.

Dla przykładu:

SWK Subklauzulą 8.3 - w terminie 21 dni od daty uzyskania decyzji ZRID wydanej przez organ I instancji, wykonawca przedłoży Inżynierowi oraz Zamawiającemu szczegółowy Program dla etapu Robót objętych zakresem wyżej wymienionej decyzji.

Powyższe sprowadza się do sformułowania wniosku przez Odwołującego o tym, iż nierealnym jest osiągnięcie Kamienia Milowego nr 3. Żądanie zaś przez Zamawiającego realizacji nierealnych do wykonania Kamieni Milowych naraża Wykonawcę na straty finansowe związane z koniecznością zapłacenia kar zgodnie z Subklauzulą 8.7 [Kary Umowne].

12.Poprzez analogię do argumentacji przedstawionej przez Odwołującego w zakresie nierealności dotrzymania Kamienia Milowego nr 3, Odwołujący podnosi, że również zagrożona jest możliwość dotrzymania Kamienia Milowego nr 4 oznaczonego w Warunkach Kontraktu następująco: „Kamień Milowy nr 4 - [określony rzeczowo] - wykonane w terminie 30 miesięcy od Daty Rozpoczęcia i zaakceptowanej, zgodnie z Subklauzulą 8.13 [Wymagana
Minimalna Ilość Wykonania] Roboty i Materiały o wartości niemniejszej niż 70 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej."

13.Biorąc pod uwagę, iż poprzednio Odwołujący wykazał, że realne, najwcześniejsze rozpoczęcie robót to 18 miesiąc od Daty Rozpoczęcia, faktycznie na osiągnięcie Kamienia Milowego numer 4 wykonawca ma około 12 miesięcy. Należy zauważyć, że zrealizowanie Robót i Materiałów o wartości 70% wiąże się z koniecznością posiadania nieutrudnionego dostępu do całości Placu Budowy. A tu, zgodnie z postanowienia Subklauzuli 2.1 SWK, część nieruchomości zostanie wydana dopiero do 9 czy nawet 12 miesięcy od daty wydania decyzji ZRID z rygorem natychmiastowej wykonalności, a co za tym idzie, dla części nieruchomości prawo dostępu do Placu Budowy na mocy ww. Subklauzuli wykonawca otrzyma nawet w 28 miesiącu od Daty Rozpoczęcia. Żądanie przez Zamawiającego realizacji nierealnych do wykonania Kamieni Milowych naraża wykonawcę na straty finansowe związane z koniecznością zapłacenia kar zgodnie z Subklauzulą 8.7 [Kary Umowne].

14.Wobec powyższego, Odwołujący wnioskuje o zmianę brzmienia wymagania określonego w Danych
Kontraktowych i Subklauzuli 8.13 SWK poprzez:

-wykreślenie Kamienia Milowego nr 3 w całości;
-oraz żądanie od Wykonawcy wykonania w terminie 30 miesięcy od Daty Rozpoczęcia i zaakceptowania, zgodnie z Subklauzulą 8.13 [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania],

Robót i Materiałów o wartości nie mniejszej niż 60 % Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej.

Ad. 4

1.W pkt 1.1.1 ppkt 25 Programu Funkcjonalno - Użytkowego (dalej jako „PFU") Zamawiający określił, że wykonawca ma uwzględnić w swojej ofercie i właściwie oszacować:

„wszelkie Roboty związane z przygotowaniem istniejącej drogi DK16, która zostanie przekazana innym zarządcom dróg. Roboty obejmują m, In. wymianę warstwy ścieralnej oraz wiążącej (jak dla KR3) od km 200+650 do km 201+900, naprawę osuwiska w km 196+840 - 196+932, odmulenie rowów, przebudowę przepustów"

2.Przyjęty powyżej przez Zamawiającego sposób opisu przedmiotu zamówienia determinuje fakt, że przeniósł on całkowite ryzyko związane z nieznanym zakresem koniecznych do wykonania prac i obowiązków na wykonawcę.

3.Tymczasem należy zauważyć, że taki sposób opisania przedmiotu zamówienia nie spełnia kryteriów stawianych mu przez ustawodawcę, tj. nie jest ani wyczerpujący, ani jednoznaczny. Powyższe prowadzi do sytuacji, gdy potencjalni wykonawcy chcący wziąć udział w postępowaniu, nie będą w stanie przygotować i właściwie oszacować zakresu i wartości prac, a przez to złożyć porównywalnych ofert, co może w istotny sposób wpłynąć na ograniczenie dostępu do Zamówienia i zakłócenia zasady uczciwej konkurencji, jako jednej z naczelnych zasad obowiązujących na gruncie PZP.

Ad.5

1.Opisując przedmiot zamówienia w zakresie dotyczącym ustalenia terminów wykonania przez Zamawiającego jednego z podstawowych obowiązków umownych, tj. wydania Placu Budowy, Zamawiający wskazał w treści dwóch dokumentów stanowiących o tym, rozbieżną treść.

2.I tak w treści dokumentu Dane Kontraktowe - str. 4 [Prawo dostępu do Placu Budowy] lit. c) wskazano, że:

„nieruchomości, na których w lokalizacjach wymienionych w punkcie 1.2.3 PFU przewidywane są badania archeologiczne (sondażowe i wykopaliskowe) - w tych przypadkach nieruchomość zostaną przekazane Wykonawcy w terminie do 12 miesięcy od daty wydania decyzji ZRID z rygorem natychmiastowej wykonalność"

3.Natomiast w zw. z Subklauzulą 2.1 [Prawo dostępu do Placu Budowy] WK w zw. z treścią pkt 1.2.3 ppkt 15 PFU (str. 54) określono ten sam moment w inny sposób, tj.:

„Wykonawca Robót nie będzie miał od początku dostępu do działek na terenie których znajdują się stanowiska archeologiczne przeznaczone do badań wykopaliskowych i sondażowych; z badań sondażowych będzie wynikało na których stanowiskach należy wykonać badania wykopaliskowe i w związku z tym wykonawca nie będzie miał do nich dalej dostępu (około 1 roku od wydania decyzji ZRID)."

4.Powyższe powoduje, że wskazanie dwóch różnych, w dodatku niedookreślonych terminów wydania pewnej kategorii nieruchomości, w dodatku liczonych od różnie określonych momentów - „wydania decyzji ZRID z rygorem natychmiastowej wykonalności" vs. „wydania decyzji ZRID", powoduje, zwłaszcza w zestawieniu z argumentacją podaną powyżej przy Kamieniu Milowym nr 3 i 4, że opis przedmiotu zamówienia nie spełnia kryteriów stawianych mu przez ustawodawcę.

5.W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, konieczna jest modyfikacji treści pkt 1.2.3 ppkt 15 PFU w zakresie dotyczącym terminu przekazania wykonawcy nieruchomości, na których przewidywane są badania archeologiczne, poprzez jego ujednolicenie z terminem wskazanym w dokumencie Dane Kontraktowe - str. 4 [Prawo dostępu do Placu Budowy] lit.

c), tj. w miejsce słów „około 1 roku od wydania decyzji ZRID)"wpisać słowa „w terminie do 12 miesięcy od daty wydania decyzji ZRID z rygorem natychmiastowej wykonalności";

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, zdaniem Odwołującego, wniesienie niniejszego odwołania stało się konieczne i uzasadnione.

Zamawiający pismem z dnia 09.10.2018 r. uwzględnił zarzuty określone w punktach 3), 4) oraz 5) odwołania. W pozostałym zakresie wniósł o jego oddalenie przedstawiając argumentację na poparcie swojego stanowiska.

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

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

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie zaskarżył czynności obejmujące sformułowanie postanowień umowy wskazując, że ich treść stanowi przeszkodę złożenia przez Niego porównywalnej oferty i jednocześnie rzetelnego skalkulowania, Jego zdaniem, niemożliwych do wyceny ryzyk kontraktowych i pozakontraktowych.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy

w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ oraz załączników do niej.

W zakresie dowodu w postaci opinii prawnej z dnia 09.02.2018 r. złożonej przez Przystępującego Budimex S.A.

Izba przyjęła ten dokument jako stanowisko własne uczestnika postępowania. Dokument ten nie ma bowiem walorów dowodowych, nie
prezentuje faktów, lecz został sporządzony

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

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.
Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania jest budowa drogi S16 Olsztyn (S51) - Ełk (Sól), ode. Borki Wielkie – Mrągowo, zaś okres realizacji zamówienia obejmuje (prace projektowe i roboty wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie) zostały ukończone w terminie nie dłuższym niż 39 miesięcy (Rozdział 5 SIWZ str. 5).

Izba ustaliła, iż Zamawiający w ramach dokumentu zatytułowanego „Dane kontraktowe" zawarł następujące postanowienia istotne ze względu na zakres rozstrzygnięcia Izby:
Subklauzula 13.8 Warunków Szczególnych Kontraktu (dalej „WSK") [Korekty wynikające ze zmian kosztu] pkt I [Waloryzacja] gdzie w zdaniu ostatnim zostało zawarte następujące postanowienie: *„W związku z wprowadzeniem waloryzacji umownej, Strony wyłączają stosowanie art. 357 k.c., art. 358[1] § 3 k.c., art. 632 § 2k.c."*
Ponadto w projekcie umowy Zamawiający zawarł Subklauzulę 1.1.4.15 [Odsetki] WSK o następującej treści;*„Odsetki" oznaczają odsetki w wysokości określonej na podstawie art. 359 k.c. niezależnie od podstawy ich naliczenia."*
Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

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

1.W zakresie pkt 1 sentencji odwołania Izba wskazuje, że ze względu na uwzględnienie części zarzutów zawartych w odwołaniu, oraz w związku z ich cofnięciem na rozprawie przez Odwołującego Izba umorzyła postepowanie na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp w odniesieniu do zarzutów określonych w punktach 3), 4) oraz 5) odwołania.

2.Przechodząc na kanwę niniejszego sporu w zakresie zarzutu odnoszącego się do Subklauzuli 13.8 projektu umowy należy wskazać, za orzeczeniem Izby w postaci wyroku z dnia 8 sierpnia 2018 r. sygn. akt KIO 1436/18, że zaskarżone przez Odwołującego postanowienia umowne wyłączające stosowanie na etapie realizacji umowy zawartej w ramach prowadzonego przez Zamawiającego postępowania klauzul *rebus sic stantibus* stanowią, jak wielokrotnie wskazywał Odwołujący i popierający jego odwołanie wykonawcy, nadzwyczajny środek zmiany postanowień umownych rozpoznawany w klasycznym postępowaniu cywilnym. Klauzule te odnoszą się do całej umowy będącej źródłem całego zobowiązania (art. 357^1 k.c.), jednego z przedmiotowo istotnych elementów tego zobowiązania jakim jest świadczenie pieniężne (art. 358^1 § 3 k.c.) oraz zniesienia zobowiązania lub zmiany wynagrodzenia ryczałtowego w umowach, gdzie takie wynagrodzenie zostało przewidziane (art. 632 § 2 k.c.). Dotyczą one zobowiązania jako takiego lub jego istotnych przedmiotowo elementów *(essentialia negotii).* Jedynym uprawnionym podmiotem mogącym doprowadzić do zastosowania ww. klauzul jest sąd powszechny, którego działanie w tym wypadku charakteryzuje się pełną uznaniowością, zaś samo zainicjowanie przez stronę takiej zmiany odbywa się pod ściśle określonymi warunkami i w ściśle określonej drodze.

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

oceny istnienia i ważkości interesu publicznego – gdyż w ramach pojęcia „zasady współżycia społecznego" umiejscowić należy również inne ważkie interesy oraz relacje o znaczeniu ogólnospołecznym.

Izba w niniejszym składzie podzieliła także w części stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 15 lutego 2018 sygnatury akt.: KIO 145/18 oraz KIO 173/18, tj. że nawet przyjęciedyspozytywnego charakteru przedmiotowych norm, na który zwrócił uwagę Zamawiający, nie uprawnia tego ostatniego podmiotu 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, nie możliwych 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. Wyłączenie z góry dopuszczalności sądowej modyfikacji treści stosunku prawnego przez Zamawiającego w okolicznościach przedmiotowej sprawy stanowi nadużycie jego pozycji.

W tym konkretnym wypadku nie sposób uznać, że wszelkie klauzule waloryzacyjne zawarte w przygotowanym przez Zamawiającego projekcie umowy oraz inne jej postanowienia dopuszczające zmianę umowy w ściśle określonych okolicznościach, jak również regulacje ustawy Pzp odnoszące się do możliwych obszarów zmiany umowy wpisują się lub inaczej „zastępują" wyłączone w subklauzuli 13.8 regulacje. Istotą tych ostatnich regulacji jest bowiem to, że odnoszą się one do sytuacji niemożliwych do przewidzenia na etapie projektu umowy – a zatem z samej swojej natury ich zakres leży poza tymi wszystkimi mechanizmami (ustawowymi czy umownymi), które stronom są na tym etapie znane lub mogłoby zostać zidentyfikowane przy dołożeniu minimalnej staranności. Tym samym nie można mówić, że np. klauzule waloryzacyjne przewidują też wypadki objęte treścią wyłączonych regulacji, tj. art. art. 357^1, art. 358^1 § 3 oraz art. 632 § 2 ustawy Kodeks cywilny, gdyż ich immanentną cechą jest przeciwdziałanie okolicznościom, których strony nie mogą przewidzieć, a więc są ze swej natury wyjęte spoza obszaru kontraktowania i kazuistycznych regulacji prawnych.

Za wyrokiem z dnia 15 lutego 2018 r. w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt KIO 145/18 oraz KIO 173/18, który Izba w niniejszym składzie podziela, co do poniższych twierdzeń, wskazać należy, że ww. przepisy przewidują zatem mechanizmy 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 okolicznościach zawierania umowy nie mogły być uwzględnione. Wyjątkowość przepisów objętych zarzutami wyłącza jakikolwiek automatyzm ich stosowania. 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.

Uzasadnienia dla odebrania przez Zamawiającego stronom uprawnienia do uregulowania przez sąd stosunków pomiędzy stronami nie może stanowić okoliczność, że Zamawiający w Warunkach Kontraktu przewidział zaistnienie szeregu okoliczności i uregulował stosunki między stronami w przypadku ich powstania. Jak wskazano powyżej, wyłączone klauzule dotyczą sytuacji nadzwyczajnych, które nie były możliwe do zidentyfikowania w momencie zawierania umowy. Istotne znaczenie ma przy tym okoliczność, że umowne regulacje ustalone przez Zamawiającego określają granice zobowiązania Zamawiającego w razie zaistnienia opisanych okoliczności. Dostrzec należy, że istotą przepisów, których obowiązywanie Zamawiający wyłączył, jest możliwość sądowego ukształtowania wzajemnych zobowiązań stron adekwatnie do indywidualnie ustalonych okoliczności danego przypadku.
Regulacje umowne proponowane przez Zamawiającego mają zatem inny zakres przedmiotowy, który jest ograniczony w stosunku do uchylonych klauzul umownych.
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, dokonanym wbrew dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Przepis ten zobowiązuje Zamawiającego do uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia, a więc i w warunkach kontraktu określających przedmiot i sposób wykonania zamówienia, wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Rezygnacja z przedmiotowych klauzul może również skutkować naruszeniem uczciwej konkurencji zważywszy na okoliczność, że tylko wykonawcy posiadający znaczne rezerwy finansowe, pozwalające na sfinansowanie ewentualnych strat powstałych w wyniku zaistnienia niemożliwych do przewidzenia sytuacji, będą mogli pozwolić sobie na złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu. Tymczasem, zgodnie z zasadami zamówień publicznych uregulowanymi w art. 7 ust. 1 i 29 ust. 2 ustawy Pzp, opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję.
Jak wyżej wskazano, za wyrokiem Krajowej izby Odwoławczej z dnia 8 sierpnia 2018 r. (sygn. akt KIO 1436/18) zmiana okoliczności leżąca u podstaw roszczenia mającego swoje źródło w treści art. art. 357^1 k.c. art. 358^1 k.c., art. 632 § 2 k.c. (nadzwyczajna zmiana stosunków, istotna zmiana siły nabywczej pieniądza lub niemożliwa do przewidzenia zmiana stosunków) jest każdorazowo oceniana przez sąd powszechny przy uwzględnieniu wszelkich towarzyszących jej okoliczności, w tym sąd bada jakie skutki na przyszłość może przynieść zmiana lub pozostawienie przedmiotowo istotnych elementów zobowiązania bez zmian.
Sąd ocenia także jakie uzasadnione racje obu stron przemawiają za odmiennym ukształtowaniem postanowień umownych, czy nawet w ostateczności zniesieniem zobowiązania w całości.

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

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

Jeżeli bowiem projekt umowy gwarantuje ochronę stron kontraktowych w przypadku wystąpienia nadzwyczajnych i nieprzewidzianych zdarzeń wykonawca nie musi dokonywać swoistej „wyceny" tego typu zdarzeń. Brak takich mechanizmów powoduje, że pomimo istniejących obiektywnie trudności przy ich wycenie, wykonawcy będą starali się mechanizmami ekonomicznymi zniwelować potencjalne ryzyko ich wystąpienia, bądź wprost ujmując w cenie wysokość hipotetycznej szkody, bądź konieczność poniesienia kosztów z tytułu składki ubezpieczeniowej (pozwalającej zniwelować ewentualne ryzyko w przypadku wystąpienia nadzwyczajnej zmiany stosunków lub istotnej zmiany nabywczej pieniądza). W przypadku złożenia ofert przy takim mechanizmie wyceny będą one ze swej natury ofertami nieporównywalnymi, gdyż każdy podmiot próbujący zidentyfikować „nadzwyczajną zmianę stosunków niemożliwą

wcześniej do przewidzenia" dokona tego w sposób odmienny. W skrajnych wypadkach wykonawcy odstąpią od udziału w postępowaniu, w ramach którego koszt ryzyka przekracza rozsądny zysk. Odnosząc się wprost do powyższych przesłanek potencjalni wykonawcy biorąc udział w przedmiotowym postępowaniu wycenią i ujmą w zaproponowanym Zamawiającemu wynagrodzeniu ryzyko związane, nie tylko z hipotetycznymi stratami mogącymi być skutkiem takiej nadzwyczajnej zmiany stosunków, lecz również z ich identyfikacją, wyceną i prawdopodobieństwem ich wystąpienia. Zatem mimo trudnego do identyfikacji (nieznanego) prawdopodobieństwa wystąpienia tego typu zdarzeń, tj. zdarzeń umożliwiających zastosowanie mechanizmów ujętych w treści art. 357^1 KC. art. 358^1 § 3 KC. art. 632 § 2 KC Zamawiający będzie musiał zapłacić wykonawcom rekompensatę z tytułu wyłączenia tych klauzul w projekcie umowy lub przynajmniej zapłacić w ramach wynagrodzenia zryczałtowane koszty obejmujące ryzyko ich wystąpienia oparte na rachunku prawdopodobieństwa. W ocenie Izby rozpoznającej niniejsze odwołanie „zmuszanie" wykonawców do wyceny tego typu zdarzeń stoi w sprzeczności z regulacjami art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, tj. przepisem nakazującym Zamawiającemu dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący i jednoznaczny – a więc umożliwiający przygotowanie oferty. Wszakże wszystkie potencjalne okoliczności kontraktowe mogące towarzyszyć realizacji przedmiotu zamówienia w ścisłym tego słowa znaczeniu, stanowią elementy tego przedmiotu wpisujące się w hipotezę normy prawnej ujętej w przepisie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, które winny zostać skalkulowane przez wykonawców w cenie kontraktowej.

Z racjonalnego punktu widzenia nie sposób bowiem założyć, że wykonawcy zignorują fakt wyłączenia klauzul ujętych we wskazanych wyżej przepisach ustawy Kodeks cywilny i nie dokonają szacowania i ujęcia w cenie ryzyka z tym związanego.

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

W tym miejscu Izba uzupełniając wyżej wskazaną argumentację pragnie dodać, że klauzula waloryzacyjna (klauzula przewidziana przez Zamawiającego w treści umowy) z subklauzuli 13.8 dotyczy sytuacji bieżącej na rynku budowlanym i dającej się choćby w przybliżeniu wycenić, jednak klauzule *rebus sic stantibus* z natury swojej dotyczą sytuacji, których strony nie przewidywały i nawet przy zachowaniu staranności profesjonalisty nie były w dacie zawarcia umowy w stanie przewidzieć. Taką sytuacją mogło być dla umów kredytowych zawieranych w walucie obcej umocnienie się franka szwajcarskiego lub inne zmiany czynników makro i mikroekonomicznych. Jak wskazywał na etapie rozprawy Odwołujący obecnie panując na rynku budowlanym sytuacja jest trudna i dynamiczna, która to okoliczność, w ocenie Izby, stanowi fakt powszechnie znany – nie wymagający dowodzenia. Z uwagi na charakter umowy i jej skomplikowany zakres wyłączenie przepisów klauzul tzw. rebusowych, nawet jeżeli są to regulacje o charakterze dyspozytywnym, nie powinno dodatkowo znaleźć zastosowania w przedmiotowym postępowaniu ze względu na inne okoliczności. Wyłączenie przepisów jest może zasadne w przypadku, gdy umowa ma charakter krótkoterminowy, dotyczy prostego stosunku umownego, np. nieskomplikowanej dostawy. W sytuacji, gdy kontrakt zawierany jest w trybie zaprojektuj i wybuduj, odnosi się do dużego przedsięwzięcia budowlanego, a dodatkowo przewiduje długie terminy realizacji, wyłączenie zastosowania klauzul rebusowych obarczone jest dla Stron takiego kontraktu zbyt dużym ryzykiem. W momencie wykonywania takiej umowy, zwłaszcza z uwagi na jej długotrwały charakter, może dojść do różnych, w tej chwili niemożliwych do przewidzenia okoliczności, gdzie nieunikniona będzie interwencja podmiotu zewnętrznego, niezależnego od Stron kontraktu, to jest niezawisłego sądu, aby dokonać ponownej analizy zasadności postanowień umownych i doprowadzić do równowagi świadczeń.

W odniesieniu do zasadniczego wzorca kontroli w postaci art. 353^1 k.c. Izba wskazuje, że w kontekście istniejącej sytuacji gospodarczo – ekonomicznej, w tym zmieniających się realiów związanych z rynkiem pracy, zmianą cen towarów i usług działania Zamawiającego należy negatywnie ocenić w kontekście tego przepisu. Ocena negatywna działań Zamawiającego ma miejsce przez pryzmat zasad współżycia społecznego i natury stosunku ujętych w treści art. 353^1 k.c. Zgodzić się bowiem należy, że na naturę stosunku i zasady współżycia społecznego wpływ mają, wskazane

przez Odwołującego, zasady sprawiedliwości kontraktowej, uczciwości kupieckiej oraz równej pozycji stron. Ich przestrzeganie, w ocenie Izby, jest nie tylko uprawnieniem Zamawiającego, lecz również Jego obowiązkiem mającym swoje źródło w regułach interesu publicznego. Zamawiający powierzając wykonawcy do realizacji kontrakt realizowany ze środków publicznych i w interesie publicznym powinien swoim postępowaniem dbać, nie tylko o rzetelne wykorzystanie tych środków i osiągnięcie zakładanych celów, ale również podjąć się współpracy z wykonawcą umożliwiającej pomyślne zrealizowanie zakładanego obiektu budowlanego. Tylko wówczas może dojść do urzeczywistnienia wszystkich wskazanych wyżej zasad i reguł, które w ocenie Izby nie stoją w stosunku do siebie w opozycji, lecz się wzajemnie uzupełniają. Jak wskazuje doświadczenie życiowe, każdy konflikt w trakcie realizacji zamówienia publicznego przynosi szkody obu stronom, a więc zarówno wykonawcy, jak i stronie publicznej. Im większa jest wartość zamówienia i waga realizowanego zamierzenia dla interesu publicznego tym większego uszczerbku doznaje ten interes w przypadku konfliktu. Brak adekwatnych mechanizmów służących jego rozwiązaniu (vide wyłączenie klauzul ujętych w treści art. 357^1 k.c., art. 358^1 § 3 k.c. oraz art. 632 § 2 k.c.) tym większe w ostateczności straty wystąpią po obu stronach zobowiązania.

Rolą zaś sądu, w przypadku zastosowania wskazanych wyżej klauzul, nie jest bowiem zasądzenie nienależnego przysporzenia majątkowego po stronie wykonawcy, lecz przyznanie mu wynagrodzenia w wysokości odpowiadającej poniesionym kosztom, zaś gdyby w skrajnym wypadku realizacja zamówienia mogła spowodować niepowetowane straty po jego stronie sąd powszechny może nawet rozwiązać umowę. Jak wyżej wskazano są to jednak mechanizmy wyjątkowe i tak zostały przez Izbę ocenione przy rozpoznaniu zarzutów. W tych określonych okolicznościach sprawy, mając na uwadze zmieniające się dynamicznie otoczenie gospodarcze oraz realia rynku pracy, towarów i usług, wyłączenie wskazanych wyżej klauzul stanowi, w ocenie Izby, naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 5 i art. 353^1 ustawy Kodeks cywilny mających zastosowanie do czynności podmiotu zamawiającego na podstawie art. 14 ustawy Pzp. Dodatkowo jak wskazuje się w orzecznictwie (vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2015 r. sygn. akt IV CSK 804/14)*„Najczęściej stwierdzenie, że umowa została zawarta z naruszeniem art. 353^1 k.c. opiera się na tym, że czynność prawna jest sprzeczna z ustawą lub z zasadami współżycia społecznego, co w drugim wypadku podlega ocenie na podstawie art. 58 § 2 k.c.”.* W powyższym wyroku dodatkowo Sąd Najwyższy odniósł się również do kryteriów słuszności kontraktowej oraz wskazał, za innym orzecznictwem Sądu Najwyższego że*„(…) obiektywnie niekorzystna dla jednej strony umowa zasługuje na negatywną ocenę moralną, która prowadzi do uznania jej za sprzeczną z zasadami współżycia społecznego, jeżeli do ukształtowania stosunku umownego w sposób wyraźnie krzywdzący doszło przy wykorzystaniu przez drugą stronę silniejszej pozycji, a więc pod presją faktycznej przewagi kontrahenta”.*
W tym zakresie, Izba kierowała się także wcześniejszym orzecznictwem m.in. wyrokiem KIO z 15.02.2018 r., sygn. akt: KIO 145/18, KIO 173/18 oraz wyrokiem KIO z 10 lipca 2018 r . sygn. akt KIO 1266/18.

Izba negatywnie oceniając czynność Zamawiającego na zakończenie w ramach podsumowania wskazuje, że tego rodzaju zachowania partnerów biznesowych prowadzą i wywołują daleko idące negatywne skutki dla obrotu gospodarczego. Wyłączone przez Zamawiającego klauzule nie powodują konieczności zapłaty lub rekompensaty nienależnych świadczeń, lecz niwelują one szkody i straty powstałe u drugiej strony umowy w przypadkach nadzwyczajnych, niemożliwych do przewidzenia – i jak wskazano na wstępie niniejszego wywodu będąc jednocześnie poddane sądowej kontroli i zależne od tzw. sędziowskiego uznania, które ponadto będzie podlegało normalnej kontroli instancyjnej w dwuinstancyjnym postępowaniu cywilnym. W określonych przypadkach strona niezadowolona z orzeczenia będzie mogła skorzystać także ze środka nadzwyczajnego jakim jest skarga kasacyjna. Wyłącznie tych klauzul z umowy powoduje, po pierwsze, konieczność uwzględnienia samego ryzyka wystąpienia takich zdarzeń w cenie kontraktowej wyliczonej przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu i w konsekwencji konieczność zapłaty „rekompensaty” z tytułu tego ryzyka przez podmiot zamawiający niejako ryczałtem, tj. niezależnie od tego, czy szkoda lub strata będzie miała miejsce a nawet niezależnie od tego jakie będzie prawdopodobieństwo jej wystąpienia.

Po drugie, takie działania powodują spadek pewności obrotu i wzrost braku zaufania pomiędzy partnerami biznesowymi, który w ramach krajowego obrotu gospodarczego znajduje się i tak na niezwykle niskim poziomie. Deficyt tego zaufania jest bolączką krajowego obrotu gospodarczego, przekładając się na wymierne straty społeczne, wizerunkowe oraz finansowe. Zaufanie i wynikająca z niego współpraca jest bowiem jedną z podstawowych wartości konieczną dla wykreowania nowych wartości w życiu gospodarczym i publicznym. Jego deficyt jest domeną krajów Europy Środkowej i Wschodniej nie pozwalając na osiągnięcie takiej pozycji ich gospodarek, aby mogły one z powodzeniem konkurować z pozostałą częścią kontynentu.

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

Po czwarte wreszcie przerzucenie na wykonawców w przeważającej części, lub w całości, ryzyka związanego z realizacją kontraktu zagrozi wydatkowaniu funduszy europejskich oraz przesunie na kolejne lata realizację ważkich inwestycji infrastrukturalnych, których odroczenie przyniesie kolejne straty nie tylko dla gospodarki, lecz również straty w wymiarze społecznym i wizerunkowym dla Polski. Taki mechanizm jest także niezgodny z racjonalizacją i oszczędnością wydatków publicznych, gdyż wynika z faktu zgody Zamawiającego na zapłatę wykonawcy niejako „ryczałtem" bliżej niesprecyzowanych wartości potencjalnych ryzyk kontraktowych ujętych w cenie ofertowej. Stąd też Izba nakazała Zamawiającemu modyfikacje treści SIWZ i usunięcie z projektu umowy zaskarżonego postanowienia Subklauzuli 13.8.

W odniesieniu do zawartych w odpowiedzi na odwołanie zarzutów zamawiającego w w kontekście przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba podzieliła argumentację Odwołującego z rozprawy, który podniósł, (…) *że zawarto tam dwie przesłanki umożliwiające uwzględnienie odwołania. Zwraca uwagę, że w odwołaniu sformułowano zarzuty zarówno z art. 29 i art. 7 Pzp, ale również, zgodnie z funkcjonującym w orzecznictwie podglądem, miernikiem działań Zamawiającego mogą być przepisy ustawy K.c. stosowane przez odesłanie z art. 14 Pzp.* Odwołujący podniósł nadto, że *Co do wpływu na wynik postępowania zwraca uwagę, że jesteśmy na etapie ogłoszenia. Przez wynik należy rozumieć wybór oferty lub unieważnienie postępowania i obie te sytuacje mogą mieć miejsce – zachwianie przez Zamawiającego równowagi kontraktowej powoduje, że dostęp wykonawców do tego zamówienia jest ograniczony, gdyż nie każdy z wykonawców może pozwolić sobie na akceptacje takich warunków kontraktu.*
Nadto w kontekście wskazanego wyżej otoczenia prawnego i realiów rynkowych, odnosząc się do argumentów Zamawiającego skierowanych wobec postawionych w odwołaniu zarzutów, Izba uznała, że jeżeli mamy do czynienia z tak specyficzną sytuacją rynkową, jak również z tak nietypowym przedmiotem zaskarżenia należy, w ocenie Izby, w sposób odmienny spojrzeć na stronę formalną procedury odwoławczej, w tym przywoływany przez Zamawiającego wielokrotnie w toku rozprawy art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający odwołując się do tego przepisu zdaje się zapominać na jakim etapie postępowania doszło do zaskarżenia podjętych przez Zamawiającego czynności oraz jaki okoliczności rynkowe leżą u podstaw postawionych zarzutów.

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

3. W odniesieniu do zarzutu dotyczącej regulacji umowy w zakresie wysokości odsetek Izba uznała, że nie sposób w tym wypadku doszukać się obiektywnie ocenianego ograniczenia w dostępie do zamówienia, ani uprzywilejowania lub dyskryminacji któregokolwiek wykonawcy, czy też wpływu tego postanowienia umownego na możliwość oszacowania wartości przedmiotu zamówienia lub ogólnie w możliwości złożenia porównywalnej oferty. Przesłanki te były przez Izbę badane w kontekście treści art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, który uzależnia możliwość uwzględnienia odwołania w przypadku choćby potencjalnego wpływu na wynik. W tym zakresie, w ocenie Izby, brak jest także adekwatnego wzorca kontroli

działań Zamawiającego, czy to w ustawie Pzp, czy też na zasadzie odesłania z art. 14 ustawy Pzp w regulacjach ustawy Kodeks cywilny. Nie sposób zatem z powyższych względów poddać kontroli działania Zamawiającego, gdyż brak jest z tym zakresie zakazów lub określonych prawem wzorców zachowań.

Nie sposób również uznać, że takie ustalenie wysokości odsetek stanowi o nierówności kontraktowej, czy tez o naruszeniu zasad współżycia społecznego. Izba uznała, że w tych ściśle określonych okolicznościach świadczenie realizowane przez wykonawcę ma nieporównywalnie bardziej złożony charakter stąd też nawet określenie przez Zamawiającego szerokiej palety podstaw faktycznych dla naliczenia kar umownych może mieć swoje uzasadnienie. Wszakże wykonawca realizując kontrakt może nie tylko nienależycie wykonać sam przedmiot zamówienia, lecz jego ewentualne nieprawidłowe działania mogą oddziaływać na prawa i obowiązki szeregu podmiotów niezwiązanych z inwestycją, w tym może dojść do naruszenia w wyniku nieprawidłowości przy realizacji przedmiotu zamówienia szeregu dóbr ze sfery prawa pracy, ochrony środowiska, praw własności rzeczowej, ruchu drogowego i bezpieczeństwa w komunikacji itp. Ekwiwalentne świadczenie Zamawiającego sprowadza się w zasadzie do obowiązku zapłaty wynagrodzenia i pewnych czynności formalnych (np. wprowadzenia na budowę, udostepnienie określonych decyzji i zezwoleń) – stąd też mając na uwadze charakter podmiotowy Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad ewentualny brak zapłaty świadczenia pieniężnego jest mało prawdopodobny. Za oddaleniem tego zarzutu przemawia również okoliczność uwzględnienia zarzutu nr 1, dzięki któremu wykonawcy będą objęci ochroną w przypadku zaistnienia zdarzeń wyjątkowych mogących spowodować po ich stronie rażącą stratę.

Izba również za nieadekwatne do stwierdzonego stanu faktycznego uznała, w ramach zarzutu nr 1, wzorce kontroli działań Zamawiającego w postaci art. 5, art. 58 § 1 i 2 oraz art. 471 i art. 647 ustawy Kodeks cywilny. Nie mamy w tym wypadku do czynienia z nadużyciem prawa podmiotowego, gdyż samej możliwości wyłączenia tych klauzul na mocy postanowień umownych Odwołujący co do zasady nie kwestionował, nie mamy również do czynienia z bezwzględną nieważnością czynności prawnej, gdyż żadnej przepis prawa takiego skutku nie przewiduje. Za nieadekwatny wzorzec Izba uznała również art. 471 ustawy Kodeks cywilny, gdyż nie wyłączono możliwości dochodzenia przez wykonawców odszkodowań od podmiotu zamawiającego, nie doszło również do zaburzenia istoty umowy o roboty budowlane. Projekt umowy bowiem zawiera wszystkie przedmiotowo istotne elementy pozwalające przyjąć, że choć umowa ma cechy mieszane, zawiera jednocześnie wszystkie elementy pozwalające na zakwalifikowanie jej jako umowy nazwanej uregulowanej w treści art. 647 ustawy Kodeks cywilny.

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

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie części zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

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:

……

……..