Sygn. akt: KIO 2115/18

WYROK
z dnia 30 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aleksandra Patyk
Irmina Pawlik
Katarzyna Poprawa
Protokolant:Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 października 2018 r. przez wykonawcę **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie**, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie postanowień Subklauzuli 13.8 punkt I Warunków Szczególnych Kontraktu przez wykreślenie postanowienia: „W związku z wprowadzeniem waloryzacji umownej Strony wyłączają stosowanie art. 357^1 KC, art. 358^1 § 3 KC, art. 632 § 2 KC.”.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie**:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego – **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** na rzecz Odwołującego – wykonawcy **Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) 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: ……...
……...

Sygn. akt: KIO 2115/18

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

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *rozbudowę drogi krajowej nr 28 Zator – Medyka odc. Przemyśl – Medyka od km 351+793,00 do km 358+844,26 dł. 7,051 km wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, budowlami i urządzeniami budowlanymi* (znak postępowania: O.RZ.D-3.2411.18.2018).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 października 2018 r. pod numerem 2018/S 190-428881.

W dniu 15 października 2018 r. wykonawca Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie [dalej „Odwołujący” lub „Strabag”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 357^1 k.c., art. 358^1 § 3 k.c., art. 632 § 2 k.c. w związku z art. 5, art. 353^1 k.c. oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 14, art. 139 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa, poprzez wyłączenie możliwości stosowania przepisów będących podstawą do sądowej zmiany umowy,

a w konsekwencji naruszenie

2. art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Inwestora

związanych z przygotowaniem postępowania, w szczególności przez przerzucenie na wykonawcę wszelkich ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia,

3.art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 357 [1] k.c., art. 358 [1] k.c., art. 632 § 2 k.c. oraz

w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, a to przez nałożenie na wykonawcę obowiązku uwzględnienia w ofercie zdarzeń nieprzewidywalnych

i nadzwyczajnych.

Wobec ww. zarzutów odwołania Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany warunków przyszłej umowy poprzez wykreślenie postanowienia: *„W związku*

z wprowadzeniem waloryzacji umownej Strony wyłączają stosowanie art. 357 [1] KC, art. 358[1] § 3 KC, art. 632 § 2 KC".

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, iż kwestionowanym przez Odwołującego postanowieniem projektu umowy Zamawiający usiłuje wyłączyć możliwość stosowania przepisów art. 357[1] k.c., 358[1] k.c. czy 632 § 2 k.c. w ramach stosunku zobowiązaniowego, jaki zostanie nawiązany w wyniku rozstrzygnięcia niniejszego postępowania. Przepisy te stanowią podstawę żądania sądowej zmiany treści tego stosunku w nadzwyczajnych, niemożliwych do przewidzenia sytuacjach. I tak, art. 357[1] § 1 k.c. stanowi podstawę prawną zmiany sposobu wykonania zobowiązania, wysokości świadczenia,

a nawet rozwiązania umowy w przypadku, gdy z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziło jednej ze stron rażącą stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy. Art. 358 [1] § 3 k.c. również dotyczy możliwości zmiany umowy, tyle tylko, że w drodze zmiany wysokości lub sposobu spełnienia świadczenia pieniężnego i wyłącznie w razie istotnej zmiany siły nabywczej pieniądza. Z kolei w art. 632 § 2 k.c. przewiduje się możliwość zmiany wynagrodzenia ryczałtowego, a nawet rozwiązania umowy w sytuacji, gdy wykonanie umowy groziłoby wykonawcy rażącą stratą. Również i w tym przypadku podstawą zmiany może być nieprzewidywalna zmiana stosunków.

Odwołujący uzasadniła, iż we wszystkich trzech przepisach chodzi o zmianę umowy, której dokonuje Sąd w wyroku, poprzedzonym procesem sądowym. Artykuły 357 [1] i 358 [1] k.c. odnoszą się do wszystkich rodzajów zobowiązań umownych, w tym zobowiązań z umów

o roboty budowlane, zaś art. 632 § 2 k.c. tylko do umów o dzieło oraz przez odpowiednie stosowanie do umów o roboty budowlane. Analizowane przepisy mają charakter wyjątkowy

i nadzwyczajny. Obowiązkiem stron umowy jest bowiem wykonanie zobowiązania zgodnie

z jego treścią, zgodnie z zasadą *pacta sunt servanda,* w szczególności w ramach umów, których przedmiotem jest wykonanie zamówienia publicznego. W umowach niepodlegających ustawie PZP ewentualna rewizja czy modyfikacja treści zobowiązania jest możliwa, o ile strony wyrażą na to zgodę. Możliwość taka jest co do zasady wyłączona gdy idzie o umowy o wykonanie zamówienia publicznego. Zmiana umowy jest ograniczona do sytuacji w niej przewidzianych. Przepisy art. 357[1], 358[1] k.c. i 632 § 2 k.c. odnoszą się natomiast do sytuacji niemożliwych do przewidzenia.

Przepisy regulujące klauzule *rebus sic stantibus* nie uchylają obowiązku wykonania zobowiązania zgodnie z jego treścią. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 16.05.2007 r. (sygn. akt III CSK 452/06) klauzule te nie są sprzeczne z zasadą *pacta sunt servanda,*

a stanowią dopełnienie i wzmocnienie tej zasady. Umożliwiają bowiem uwzględnienie okoliczności zaistniałych po zawarciu umowy, których znaczenie dla wykonania zobowiązania okazuje się na tyle istotne, że ich pominięcie prowadziłoby do znacznego

i nieusprawiedliwionego zachwiania równowagi umownej, a tym samym naruszenia reguł słuszności kontraktowej (Kodeks cywilny. Komentarz, tom III, Zobowiązania - część ogólna, pod red. A. Kidyby). Dalej Odwołujący uzasadniał, iż dynamika zmian społecznych, politycznych i gospodarczych musi znajdować wyraz także w odniesieniu do powiązań obligacyjnych. Wola stron oświadczona w momencie zawierania umowy dotyczy zawsze jakiegoś określonego stanu stosunków. Gdy stosunki te ulegną zmianie w sposób nadzwyczajny, możliwa powinna być rewizja postanowień umowy, zmierzająca do zaadaptowania ich do radykalnie zmienionych okoliczności. Odpowiedzią na tego rodzaju sytuacje stanowią wskazane wyżej regulacje kodeksowe. Regulacje te mają charakter wyjątkowy, co oznacza obowiązek ścisłej interpretacji tekstu prawnego. W nauce prawa podkreśla się też, że strony zawierające umowę muszą ponieść *„zwykłe ryzyko kontraktowe*" jakie wiąże się ze stałymi, normalnymi zmianami zachodzącymi w stosunkach społeczno-gospodarczych. Przepis art. 357[1] k.c., powinien znaleźć zastosowanie jedynie wówczas, gdy pewne zjawiska wywołują taką zmianę stosunków, która nie mieści się już w granicach owego zwykłego ryzyka (A. Olejniczak, Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna,LEX2014, teza 4 do art. 357[1] k.c.). Również w orzecznictwie

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

Ponadto zgodnie z przywołanymi wyżej regulacjami przesłanką zmiany może być zmiana stosunków, która była niemożliwa do przewidzenia na etapie nawiązania stosunku zobowiązaniowego. **We wszystkich trzech przepisach chodzi** o nieprzewidywalność okoliczności, które wystąpiły po zawarciu umowy. **Zważywszy na sens omawianych regulacji** przepis art. 357^1 k.c. należy stosować dla usunięcia skutków zdarzeń nieznanych stronom przy zawieraniu umowy, które następnie doprowadziły do zniweczenia ich kalkulacji, stanowiących podstawę kontraktowania ***(por. W. Robaczyński, Sądowa zmiana umowy).*** **Pogląd ten znajdzie zastosowanie również do pozostałych omawianych regulacji, tj. art. 358^1 k.c. oraz art. 632 § 2 k.c.**

Odwołujący wskazał, iż w kontekście omawianych przepisów należy zwrócić szczególną uwagę na to, że zmiana umowy dotyczy wyłącznie sytuacji niemożliwych do przewidzenia, które spowodowałyby dla zobowiązanego rażącą stratę, nadmierne trudności. Zastrzec przy tym należy, że okoliczności te dotyczą wyłącznie sytuacji, gdy spełnienie świadczenia jest ekonomicznie nieracjonalne dla każdego z rozsądnych uczestników obrotu, a nie tylko dla konkretnego dłużnika. (*System prawa cywilnego, Tom 5 Prawo zobowiązań - cześć ogólna, pod red. Ewy Łętowskiej).* Termin *„zmiana stosunków"* nie określa zmiany w indywidualnej sytuacji strony zobowiązania (np. kłopoty finansowe, choroba), ale zmiany w zakresie stosunków społecznych, dotyczące większej grupy podmiotów, a w szczególności zmiany warunków gospodarczych, o charakterze powszechnym i niezależnych od stron (*por. wyrok SN z dnia 7 maja 1993 r., I CR 5/93, LEX nr 374455, wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie VIA Ca 166/17 z 14.09.2017 r.LEX2402381*). Istotna zmiana obowiązujących przepisów prawnych może także oznaczać zmianę stosunków, o których mowa w art. 357^1 k.c., chociaż najczęściej będzie następstwem szczególnych wydarzeń natury gospodarczej lub społeczno-politycznej (E. Gniewek, P. Machnikowski, *Komentarz,* 2013, art. 357^1, nb 10). Omawiane przepisy wymagają powszechności zmiany stosunków i nieprzewidywalności związanego z tym ryzyka, możliwych do przypisania szerszej grupie.

Mając na uwadze powyższe rozważania Odwołujący zwrócił uwagę na wyjątkowość regulacji będących przedmiotem zaskarżenia, co w kontekście specyfiki umów zawieranych w reżimie zamówień publicznych nabiera szczególnego znaczenia. Ze względu na przepis art. 144 ustawy Pzp umowy te, co do zasady cechuje stałość. Wyłącznie okoliczności przewidziane w projekcie umowy lub okoliczności przewidziane w art. 144 Pzp mogą stanowić podstawę zmiany umowy. W tym zakresie uprawniony jest pogląd, że właściwością (naturą) stosunków zobowiązaniowych zawieranych w trybie ustawy PZP jest ich niezmienność. Wykonawca na etapie kalkulacji oferty przetargowej zobowiązany jest w oparciu o dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia oszacować swoje wynagrodzenie, uwzględniając w nim ryzyka związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Ryzyka te odnoszą się do konkretnego zamówienia, opisanego przez Zamawiającego z uwzględnieniem zasad wynikających z przepisów ustawy Pzp, w szczególności art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca przyjmuje więc ryzyko wykonania zamówienia w oparciu o przedstawione przez Zamawiającego na etapie przetargu warunki i okoliczności, możliwe do zidentyfikowania przez profesjonalistę. Zaskarżonym, niniejszym odwołaniem, postanowieniem umowy Zamawiający stawia wymóg uwzględnienia w ofercie przetargowej okoliczności, które nie zostały przewidziane w warunkach umowy, czy w opisie przedmiotu zamówienia. Oczekuje tym samym od wykonawców skalkulowania w ofercie ryzyk niemożliwych do zidentyfikowania na etapie przygotowania oferty. Jak wyżej wskazano, przepisy art. 357^1 k.c., 358^1 k.c. czy 632 § 2 k.c. mają charakter szczególny i wyjątkowy. Stanowią jedynie podstawę zwrócenia się przez stronę stosunku o dokonanie przez sąd zmiany jego treści. Przesłanką sądowej zmiany umowy na każdej z omawianych podstaw jest wyjątkowość i nieprzewidywalność. Jeśli więc Zamawiający wymaga skalkulowania w cenie oferty okoliczności i ryzyk nieprzewidywalnych, to tym samym pozwala na składanie ofert o charakterze spekulacyjnym, wbrew zasadom wyrażonym w przepisach art. 29 - 31 ustawy Pzp. Doprowadzi to do założenia w postępowaniu ofert, które nie będą porównywalne. Każdy rozsądny wykonawca ryzyka te skalkuluje w odmienny sposób, opierając się wyłącznie na spekulacjach.

Odwołujący podniósł zatem, iż w powyższym zakresie zasadny jest więc zarzut naruszenia przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu swojej pozycji dominującej

i skonstruowania umowy, która narusza wskazane na wstępie przepisy art. 5 k.c., 353^1 k.c.
i 58 k.c. Kwestionowane niniejszym odwołaniem działanie Zamawiającego wymaga stanowczej krytyki. Odwołujący sprzeciwia się nadużywaniu przez Zamawiającego swoich uprawnień w zakresie obarczania wykonawców ryzykami niemożliwymi do zidentyfikowania, a tym samym niemożliwymi do skalkulowania w cenie oferty. Odwołujący wskazał, że znane jest mu aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie zasady swobody umów w systemie zamówień publicznych, w tym pogląd, w myśl którego zasada ta może ulegać ograniczeniu. Odwołujący rozumie powoływaną w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej argumentację, że Zamawiający nie ma możliwości swobodnego wyboru kontrahenta, ale w zamian ma prawo kształtowania warunków umowy. To z kolei powoduje, że wykonawca nie ma wpływu na kształt zawieranej umowy. Umowa i jej postanowienia są znane wykonawcy na etapie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem ***„wykonawca może rekompensować sobie ryzyka, jakimi jest obciążony, poprzez właściwą wycenę oferty”. (****vide: wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r. sygn. akt X Ga 67/08)*. O ile możliwy do przyjęcia jest pogląd, że w ramach swobody kontraktowania strony mogą ukształtować wzajemne ryzyka w wykonaniu zobowiązania,
o tyle swoboda ta nie obowiązuje w reżimie zamówień publicznych. To Zamawiający ustala warunki udziału w postępowaniu, dokonuje opisu przedmiotu zamówienia, a przede wszystkim ustala warunki przyszłej umowy. Nie może być mowy o negocjowaniu postanowień umowy przez strony w realiach niniejszej sprawy. Jedyną formą „negocjacji” jest wyrażenie przez wykonawcę sprzeciwu poprzez skorzystanie ze środków ochrony prawnej.

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

W wyroku z 17.03.2017 r. (sygn. KIO 409/17) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że z art. 353^1 k.c. wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron umowy, o ile jest ona objęta ich zgodnym zamiarem. Powoływanie się tylko na wspomnianą regulację, poparte twierdzeniem o nieprawidłowym, nadmiernie obciążającym wykonawcę, rozkładzie ryzyk kontraktowych, nie jest wystarczające do ingerencji w treść przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odpowiedzią na jednostronne ustalanie przez zamawiającego rozkładu ryzyk w umowie jest jednostronne uprawnienie wykonawcy do określenia w ofercie ceny, za którą gotów jest zrealizować zamówienie. Dopóki postanowienia wzoru umowy zawierają informacje pozwalające wykonawcy skalkulować wspomniane ryzyka. dopóty brak jest podstaw do interwencji KIO w kształt stosunku obligacyjnego, jaki zostanie nawiązany
w następstwie udzielenia zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego, wykonawca ma prawo zapewnić sobie ekwiwalentność świadczenia zamawiającego przez żądanie wynagrodzenia z tytułu nałożonego na niego ryzyka. W realiach niniejszej sprawy wykonawca nie ma jednak możliwości skalkulowania w cenie oferty ryzyk, które w swej istocie mają charakter nieprzewidywalny. Nie istnieją tym samym podstawy do ujęcia ich
w ofercie, chyba, że wyłącznie w oparciu o dowolne spekulacje, które dla każdego
z wykonawców będą inne, a tym samym nieporównywalne.

Odwołujący podkreślał, że wyłączenie możliwości stosowania klauzul *rebus sic stantibus* prowadzi w rzeczywistości także do ograniczenia, a w niektórych przypadkach nawet do pozbawienia wykonawców prawa do ochrony swoich praw na drodze sądowej. Zgodnie bowiem z treścią przepisów art. 357^1 k.c. art. 358^1 k.c., art. 632 § 2 k.c. to Sąd ocenia, czy spełnione są przesłanki do ich zastosowania. Wyłączenie ww. przepisów stanowi zatem w swej istocie pozbawienie prawa do sądu. W ocenie Odwołującego, dokonane
w niniejszym postępowaniu zastrzeżenie należy ocenić jako nieskuteczne z punktu widzenia wskazanych wyżej regulacji art. 5 k.c., 58 k.c. i 353^1 k.c. Sposób formułowania warunków umowy przez Zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 k.c.), ograniczeń swobody kontraktowania (353^1 k.c.) a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 k.c.).

W realiach sprawy uprawniony jest zarzut, że Zamawiający nie może czynić ze swego prawa do ustalenia wzorca umownego użytek, który jest sprzeczny z ustawą k.c., ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem tego prawa, a także z zasadami współżycia społecznego (zwłaszcza w sytuacji, gdy Zamawiający formułuje jednostronnie warunki umowy). Takie działanie, zgodnie z art. 5 k.c. nie powinno być uważane za wykonywanie prawa, a w konsekwencji nie powinno korzystać z ochrony prawnej. Dodać też należy, że umowne regulacje nie mogą sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, co wynika wprost z przepisu art. 353^1 k.c. Zasada swobody umów stanowi, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia

społecznego. Na treść zasad współżycia społecznego składają się elementy etyczne i socjologiczne, kształtowane przez oceny moralne i społeczne. W niniejszym postępowaniu w ramach pojęcia zasad współżycia społecznego na szczególną uwagę zasługują zasady sprawiedliwości kontraktowej, uczciwości kupieckiej, równej pozycji stron umowy. Zasady te znajdują zastosowanie
w umowach wzajemnych, w tym też umowach w sprawie zamówień publicznych. W ocenie Odwołującego rażąco nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontaktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 353^1 k.c. w ramach kształtowania stosunków obligacyjnych, czemu rzetelny wykonawca musi się sprzeciwić. Powyższe implikuje nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego zawierającej niedozwolone postanowienia, stosownie do treści art. 58 k.c.

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

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący zaznaczył, że nie stanowi uzasadnienia dla zaskarżonej czynności Zamawiającego wskazanie w warunkach przyszłej umowy postanowień będących podstawą wprowadzenia zmian umowy ani też możliwość zastosowania waloryzacji wynagrodzenia. Są to okoliczności przewidziane na etapie kalkulacji oferty przetargowej, tym samym nie mogą być podstawą żądania zmiany umowy
w oparciu o analizowane przepisy art. 357^1 § 1 k.c., 358^1 § 3 k.c. i 632 § 2 k.c., które
w istocie odnoszą się do sytuacji nieprzewidywalnych.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 października 2018 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, iż jest mu znana treść orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2018 r., wydanego w sprawie o sygn. akt: KIO 173/18, dotyczącej analogicznego stanu faktycznego, gdzie odwołanie zostało uwzględnione. Nie budzi również wątpliwości fakt uwzględnienia przez Zamawiającego dwóch innych odwołań dotyczących tego samego problemu. Podkreślał, iż pozyskał opinię Prokuratorii Generalnej Rzeczpospolitej Polskiej potwierdzającej prawidłowość stosowanych przez Zamawiającego postanowień umownych, w tym w szczególności w zakresie kwestionowanej w niniejszym postępowaniu subklauzuli 13.8 WSK. Jednocześnie wskazał, iż Zamawiający jest podmiotem publicznym zobowiązanym do działania w interesie publicznym w ramach realizowanych przez siebie zadań publicznych, jak również do racjonalnego wydatkowania środków publicznych, zatem w przedmiotowym postępowaniu podjął decyzję o nieuwzględnieniu odwołania i podtrzymaniu wprowadzonych do WSK postanowień.

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał, że również w reżimie zamówień publicznych znajduje zastosowanie zasada swobody umów, wyrażona w przepisie art. 353^1 k.c. Granice tej swobody określa ww. przepis, zgodnie z którym treść lub cel stosunku nie może sprzeciwiać się jego właściwości (naturze), ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Zamawiający wskazał, iż powyższa zasada znajduje również zastosowanie do umów zawieranych na skutek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co potwierdza orzecznictwo KIO (wyrok o sygn. akt: KIO 1826/18). Zamawiający argumentował, iż strony umowy, zgodnie z zasadą swobody umów, mają prawo do wprowadzenia umownej klauzuli waloryzacyjnej. Tego rodzaju działanie jest wyrazem dbałości o szeroko rozumiane interesy wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, a który tym samym będzie realizował przedmiot zamówienia na zasadach określonych w umowie. Tego rodzaju klauzule waloryzacyjne wprowadzono również do projektu umowy zawartej w SIWZ (subklazula 13.8 WSK).

Następnie Zamawiający wskazał, iż przepisy prawa, których nieuprawnione wyłączenie stosowania Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, stanowią tzw. normy względnie obowiązujące, których zastosowane może być ograniczone lub wyłączone wolą stron. Brak jakiejkolwiek normy prawnej, która zabraniałaby umownego wyłączenia stosowania art. 357^1 k.c., art. 358^1 § 3 k.c. oraz art. 632 § 2 k.c., w postępowaniach
o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis art. 139 ustawy Pzp stanowi wyraźnie, iż do umów w sprawie zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a więc
i powołane wyżej przepisy. Nie można zatem uznać, iż umowne wyłączenie stosowania tychże przepisów stanowi nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego, a w konsekwencji nadużycie prawa. Zamawiający wskazał, iż dyspozytywny charakter ww. przepisów potwierdza ugruntowane orzecznictwo, w tym orzecznictwo Sądu Najwyższego, jak również poglądy doktryny. W powyższym zakresie Zamawiający przywołał wyrok SO w Warszawie
z dnia 9 lutego 2015 r. sygn. akt: XXV C 827/12, wyrok Sądu Najwyższego z dnia
18 września 2013 r. sygn. akt: V CSK 436/12 oraz poglądy przedstawicieli doktryny.

Dalej Zamawiający uzasadniał, iż umowne wyłączenie klauzul waloryzacji sądowej nie stanowi ani naruszenia prawa podmiotowego ani ograniczenia swobody kontraktowej. Powyższe nie powoduje również nieważności umowy w rozumieniu art. 58 § 1 i § 2 k.c. (nieważność ta musiałaby zostać dodatkowo stwierdzona w rozstrzygnięciu sądowym). Zamawiający wskazał, iż nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego ponieważ Zamawiający, będący podmiotem publicznym, ma możliwość takiego ukształtowania postanowień umowy, który zabezpieczy w pełni jego interesy. Prawem Zamawiającego – zgodnie z przepisami ustawy Pzp – jest jednostronne kształtowanie postanowień przyszłej umowy. Powyższe nie oznacza jednak, że Zamawiający nie uwzględnia również, oprócz interesu publicznego i własnego, interesu wykonawcy. Treść przyszłej umowy o udzielenie zamówienia publicznego jest publikowana w ramach treści SIWZ, które są jawne dla wszystkich ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonawców. Co więcej, warunki przyszłej umowy są identyczne dla każdego z tych podmiotów. Każdy potencjalny wykonawca ma swobodę podjęcia decyzji odnośnie przystąpienia do postępowania,
a następnie zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego o treści zaproponowanej przez Zamawiającego. Powyższe stanowi również wyraz zasady swobody umów, której naruszenie Odwołujący zarzuca (tak SN z 29.04.2016 r. sygn. akt: I CSK 306/15 oraz SN
z 25.05.2011 r. sygn. akt: II CSK 528/10). Zamawiający uzasadniał, iż nie ma tu mowy
o jakimkolwiek elemencie przymusu, który decydowałby o nadużyciu prawa, bądź wykorzystaniu pozycji dominującej Zamawiającego. Warunki udzielenia zamówienia dla wszystkich potencjalnych wykonawców są takie same i udostępniane im w tym samym czasie, zatem nie może być zasadny zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Zamawiający na poparcie prezentowanego stanowiska przywołał fragment wyroku KIO
z dnia 13 kwietnia 2018 r. sygn. akt: KIO 537/18, 538/18. Nadto odwołując się do wyroku KIO z dnia 8 września 2017 r. sygn. akt: KIO 1790/17 Zamawiający wskazał, iż działania Zamawiającego polegające na zmianie zasad ewentualnej waloryzacji, wbrew podnoszonym przez Odwołującego zarzutom, nie naruszają interesów wykonawców, a jedynie stabilizują sytuację kontraktową i pozwalają – na etapie realizacji zadania – na sprawniejszą ocenę zasadności ewentualnych roszczeń zgłaszanych przez wykonawców w trybie subklauzuli 20.1 WSK, która pozwala na uwzględnienie szeregu okoliczności, niemożliwych do przewidzenia na etapie składania ofert zarówno przez wykonawców, jak i Zamawiającego.

Ponadto Zamawiający argumentował, iż nie można nie zauważyć, że Zamawiający wprowadził do umowy stosowne postanowienia, które umożliwiają wykonawcy zmianę wysokości wynagrodzenia w określonych okolicznościach. Takie ukształtowanie postanowień umownych pozwala w należyty sposób chronić interesy wykonawcy w przypadku zmiany sytuacji na rynku. Zamawiający wskazał, że wprowadził do przyszłej umowy postanowienia, które pozwalają w sposób uwzględniający interes obu stron (Zamawiającego, jak
i wykonawcy) na rozłożenie ryzyka w przypadku zmiany stosunków lub zmiany siły nabywczej pieniądza. Wyłączając stosowanie art. 357^1 k.c., art. 358^1 § 3 k.c. oraz
art. 632 § 2 k.c., we wzorcu umownym przewidziany został umowny mechanizm waloryzacyjny (subklauzula 13.8 WSK). Zdaniem Zamawiającego zaproponowany w ww. klauzuli sposób uregulowania kwestii waloryzacji, wbrew twierdzeniom Odwołującego, jest dla wykonawców względniejszy, niż wynika to z uregulowań kodeksowych. Pozwala on wykonawcom uniknąć komplikacji i utrudnień, np. na etapie dowodzenia, czy mamy do czynienia ze zmianą zwykłą, istotną, czy już nadzwyczajną, albo czy wystąpiła „rażąca strata" lub „nadmierna trudność". W konsekwencji powyższych postanowień wzrost albo spadek cen – niekoniecznie nadzwyczajny – będzie podstawą do dokonania waloryzacji kwot płatnych dla wykonawcy, co skutkuje tym, że zaproponowany mechanizm zabezpiecza wykonawców przed wzrostem cen niezależnie od jego skali. Ponadto Zamawiający podniósł, iż waloryzację umowną ukształtowano w oparciu o zobiektywizowane, kształtowane niezależnie od strony umowy mierniki. Zobiektywizowanie przesłanek stanowiących podstawę do żądania zmiany umowy jest korzystne przede wszystkim dla wykonawców, którzy – jak wskazuje Odwołujący – nie są w stanie przewidzieć na etapie składania ofert wszystkich ryzyk, ponad te, do których kalkulacji zobowiązuje ich należyta staranność oraz profesjonalizm wynikający z prowadzonej działalności gospodarczej, a które związane są bezpośrednio z sytuacją rynkową. Zobiektywizowanie przesłanek oraz eliminacja uznaniowości (która charakteryzuje orzeczenie sądu w przypadku waloryzacji sądowej)
i klauzul generalnych niewątpliwie będzie dla wykonawców korzystniejsza w kontekście ewentualnego postępowania dowodowego.

Nadto Zamawiający wskazał, iż interesy wykonawców są również chronione
w odpowiednim zakresie na gruncie ustawy Pzp w zakresie, o którym mowa w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego nie należy również zapominać o przepisie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności pkt 3. Wobec powyższego zdaniem Zamawiającego, nie tylko postanowienia umowne, ale i przepisy ustawy Pzp, zapewniają należytą ochronę interesów wykonawcy. W trakcie realizacji umowy, z uwagi na dopuszczalną zmianę jej postanowień, strony mają możliwość modyfikacji dotychczasowych ustaleń i dokonania waloryzacji w przypadku zmiany dotychczasowej

sytuacji rynkowej, jeśli zmiany tej nie można było przewidzieć na etapie składania zamówienia.

Zamawiający wskazał, iż nie zgadza się ze stanowiskiem KIO zawartym w wyroku o sygn. akt: KIO 173/18, w którym Izba doszła do przekonania, iż wyłączenie z góry dopuszczalności sądowej modyfikacji treści stosunku prawnego przez Zamawiającego w okolicznościach przedmiotowej prawy stanowi nadużycie jego pozycji i jednocześnie prowadzi do wniosku, że przedmiot zamówienia nie został opisany zgodnie z postanowieniami art. 29 ustawy Pzp. Zamawiający przywołał tezy zawarte w wyroku KIO z dnia 3 czerwca 2014 r. sygn. akt: KIO 1023/14, z dnia 27 marca 2017 r. sygn. akt: KIO 387/17, z dnia 30 stycznia 2018 r. sygn. akt: KIO 83/18, z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt: KIO 2506/17 oraz z dnia 2 października 2017 r. sygn. akt: KIO 2124/17 dotyczące swobody kontraktowania oraz uprawnienia Zamawiającego do jednostronnego opisania przedmiotu zamówienia.

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

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, iż nie podzieliła argumentacji Zamawiającego, co do braku interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania w niniejszej sprawie. Zważyć należy, iż odwołanie wobec treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o dane zamówienie publiczne. Na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia wystarczająca jest możliwość poniesienia szkody wynikającej z niewłaściwego sfomułowania postanowień SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Słusznie zatem interesu w uzyskaniu niniejszego zamówienia Odwołujący upatrywał w uchybieniach Zamawiającego dotyczących treści SIWZ, powodujących, że Odwołujący został pozbawiony możliwości przygotowania i złożenia oferty zgodnej z wymaganiami ustawy 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. Ponadto Odwołujący wskazywał, iż na skutek nieprawidłowości w czynnościach Zamawiającego, może on ponieść szkodę, bowiem wadliwe czynności Zamawiającego pozbawiają Odwołującego możliwości złożenia optymalnej oferty, a przez to, uzyskania zamówienia i wypracowania należnego zysku.

Zamawiający w dniu 15 października 2018 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu. Izba ustaliła, iż do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp żaden wykonawca.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 29 października 2018 r.

Izba dopuściła ponadto dowody z dokumentów złożone przez Zamawiającego w toku rozprawy.

Izba ustaliła, co następuje:

Punkt I Subklauzuli 13.8 Warunków Szczególnych Kontraktu brzmiał następująco:*„Kwoty płatne Wykonawcy będą korygowane dla oddania wzrostów lub spadków cen zgodnie z niniejszą Subklauzulą. W zakresie, w jakim rekompensata za wzrost lub spadek cen, nie jest objęta postanowieniami niniejszej lub innych Klauzul, będzie się uważało, że Zaakceptowana Kwota Kontraktowa zawiera rezerwy na pokrycie innych nieprzewidzianych wzrostów lub spadków cen.*

Waloryzacji – zgodnie z postanowieniami niniejszej Subklauzuli – nie podlegają wartości wprowadzone do Kontraktu na podstawie Klauzuli 13 [Zmiany i korekty] oraz Subklauzuli 20.1 [Roszczenia Wykonawcy] niniejszych Warunków Kontraktu.

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

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

*Kwoty płatne Wykonawcy podlegać będą waloryzacji o Współczynnik zmiany cen (Pn) wyliczony według wzoru: Pn=0,2+ (0,8*Wd), gdzie:*

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

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

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

z zastosowaniem wskaźników GUS dotyczących miesiąca za który wystawione było Świadectwo Płatności, niezwłocznie po ich publikacji.

W związku z wprowadzeniem waloryzacji umownej Strony wyłączają stosowanie art. 357[1] KC, art. 358[1] § 3 KC oraz art. 632 § 2 KC."

Izba zważyła, co następuje:

W ocenie Izby odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie wskazać należy, iż przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dotychczasowe orzecznictwo dotyczące umownego wyłączenia stosowania art. 357[1] k.c, art. 358[1] § 3 k.c. oraz art. 632 § 2 k.c., tj.

w szczególności wyrok z dnia 15 lutego 2018 r. sygn. akt: KIO 145/18, KIO 173/18, wyrok z dnia 5 lutego 2018 r. sygn. akt: KIO 1266/18, wyrok z dnia 8 sierpnia 2018 r. sygn. akt: KIO 1436/18, wyrok z dnia 13 sierpnia 2018 r. sygn. akt: KIO 1494/18 oraz wyrok z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt: KIO 1951/18.

Skład orzekający Izby rozpoznający niniejszą sprawę nie podzielił argumentacji Zamawiającego dotyczącej wyłączenia zastosowania ww. przepisów Kodeksu cywilnego. Zamawiający uzasadnienia swojej decyzji upatrywał w szczególności w dyspozytywnym charakterze wspomnianych przepisów Kodeksu cywilnego, zasadzie swobody umów wyrażonej w przepisie art. 353[1] k.c., uprawnieniu Zamawiającego do jednostronnego kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz postanowieniach umownych umożliwiających wykonawcy zmianę wysokości wynagrodzenia w określonych okolicznościach. Nadto Zamawiający zwracał uwagę na to, iż jako podmiot publiczny zobowiązany jest do działania w interesie publicznym w ramach realizowanych przez siebie zadań publicznych oraz racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Zamawiający argumentował także, iż interesy wykonawców są chronione na gruncie ustawy Pzp w świetle art. 142 ust. 5 oraz art. 144 ust. 1 pkt 3. Prawidłowość działania Zamawiającego miała również potwierdzać opinia Prokuratorii Generalnej Rzeczpospolitej Polskiej w przedmiocie stosowanych przez Zamawiającego postanowień umownych.

W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, iż powyższe regulacje, które spornym postanowieniem umownym zostały wyłączone przez Zamawiającego dotyczą sytuacji zaistniałych po powstaniu zobowiązania, których strony nie mogą przewiedzieć na etapie zawierania umowy, a które mogą się wiązać z nadzwyczajnymi trudnościami czy rażącą stratą.

Zgodnie z art. 357[1] k.c., jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażącą stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Rozwiązując umowę sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron, kierując się zasadami określonymi w zdaniu poprzedzającym (tzw. duża klauzula *rebus sic stantibus*).

Art. 358^1 § 3 k.c. stanowi, że w razie istotnej zmiany siły nabywczej pieniądza po powstaniu zobowiązania, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, zmienić wysokość lub sposób spełnienia świadczenia pieniężnego, chociażby były ustalone w orzeczeniu lub umowie (tzw. mała klauzula *rebus sic stantibus*). Stosownie do treści art. 632 § 2 k.c., jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie , sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę.

Za wyrokiem Izby z dnia 15 lutego 2018 r. sygn. akt: KIO 145/18, 173/18 wskazać należy, iż ww. przepisy stanowią 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.

Dyspozytywny charakter ww. przepisów Kodeksu cywilnego nie był osią sporu między Stronami przedmiotowego postępowania odwoławczego. W ocenie Izby dyspozytywny charakter przedmiotowych norm, nie uprawnia jednak Zamawiającego do jednostronnego kształtowania zobowiązania w sposób, który odbiera stronom umowy prawo do obiektywnego, niezależnego uregulowania przez sąd stosunków między stronami w przypadku zaistnienia wyjątkowych sytuacji, niemożliwych do przewidzenia w umowie. Działania takiego nie uzasadnia pogląd wyrażany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych, że zasada swobody umów w systemie zamówień publicznych doznaje ograniczenia. Ograniczenie to polega na tym, że to Zamawiający, którego możliwość swobodnego wyboru kontrahenta jest ograniczona, jest uprawniony do kształtowania warunków umowy. Wykonawcy z kolei mają ograniczony wpływ na jej kształt, co mogą rekompensować sobie przez właściwą wycenę oferty. Uprawnienie Zamawiającego nie ma jednak charakteru absolutnego. Za nieuprawnione należy uznać takie ukształtowanie stosunku, które nie pozwala profesjonalnemu wykonawcy działającemu z należytą starannością na skalkulowanie ryzyk związanych z realizacją umowy oraz wyłącza możliwość sądowej oceny, czy dane nadzwyczajne sytuacje zaistniały, a także, czy i w jakim stopniu miały znaczenie dla prawidłowego wykonania umowy przez wykonawcę. Nie można bowiem przerzucać na jedną stronę umowy ciężaru poniesienia konsekwencji zaistnienia sytuacji, których strony nie mogły wcześniej przewidzieć. Wyłączenie z góry dopuszczalności sądowej modyfikacji treści stosunku prawnego przez Zamawiającego w okolicznościach przedmiotowej sprawy stanowi nadużycie jego pozycji.

Dalej Izba wskazuje, iż wyłączenia zastosowania instrumentów, o których mowa w art. 357^1 k.c, art. 358^1 § 3 k.c. oraz art. 632 § 2 k.c. nie uzasadniają również przewidziane przez Zamawiającego klauzule waloryzacyjne. Jak już wyżej wskazano mechanizmy ujęte w wyłączonych umownie regulacjach Kodeksu cywilnego są regulacjami wyjątkowymi i występującymi sporadycznie w stosunku do podstaw wprowadzonej przez Zamawiającego waloryzacji. W tym przypadku klauzule waloryzacyjne odnoszą się niewątpliwie do zupełnie innej sfery kontraktowej i nie obejmują okoliczności wskazanych wprost w przepisach uregulowanych w treści art. 357^1 k.c., art. 358^1 § 3 k.c. oraz art. 632 § 2 k.c. 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. Nie sposób zatem uznać, że wszelkie klauzule waloryzacyjne zawarte w przygotowanym przez Zamawiającego projekcie umowy oraz inne jej postanowienia dopuszczające zmianę umowy w ściśle określonych okolicznościach wpisują się lub inaczej „zastępują" wyłączone w subklauzuli 13.8 regulacje. Słusznie zatem w ocenie Izby argumentował Odwołujący, iż przewidziane przez Zamawiającego w warunkach umowy klauzule waloryzacyjne stanowią okoliczności przewidziane na etapie kalkulacji oferty przetargowej, tym samym nie mogą być podstawą żądania zmiany umowy w oparciu o analizowane ww. przepisy Kodeksu cywilnego, które dotyczą okoliczności nieprzewidzianych.

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 z mocy art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, 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.

Zdaniem składu orzekającego Izby rozpoznającego niniejszą sprawę uzasadnienia wyłączenia zastosowania ww. przepisów nie usprawiedliwia również dbałość Zamawiającego o grosz publiczny, czy też ustawowe mechanizmy zmiany umowy w przypadkach, o których mowa w art. 142 ust. 5, czy też art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. W przedmiocie dbałości
o wydatkowanie środków publicznych poddać w wątpliwość należy twierdzenia Zamawiającego, jakoby wyłączenie stosowania ww. przepisów Kodeksu cywilnego podyktowane było powyższymi względami. Nie sposób bowiem założyć, że wykonawcy zignorują fakt wyłączenia klauzul ujętych we wskazanych wyżej przepisach Kodeksu cywilnego i nie dokonają szacowania i ujęcia w cenie ryzyka z tym związanego. Co z kolei tyczy się przywołanych przez Zamawiającego mechanizmów zmian umowy dopuszczalnych na gruncie ustawy Pzp, to warto wskazać, iż wprowadzenie do ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązku umieszczenia w treści umowy zasad dotyczących zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy w razie zmian niektórych kosztów określonych w przepisach prawa wynikało z negatywnej oceny praktyki zamawiających, którzy właściwie nie włączali do wzorów umów w sprawie zamówień publicznych tzw. klauzul waloryzacyjnych, co też prowadziło do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorców, pracowników wykonawców, jak również narażało samych zamawiających na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia (zob. uzasadnienie do Projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych druk nr 1653). Nadto wspomniane regulacje wynikające z ustawy Pzp nie wyłączają możliwości skorzystania z rozwiązań, o których mowa w art. 357^1 k.c., art. 358^1 § 3 k.c. oraz art. 632 § 2 k.c.

W kwestii opinii Prokuratorii Generalnej Rzeczpospolitej Polskiej, na którą powoływał się Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie Izba wskazuje, iż zgodnie z treścią art. 190
ust. 1 ustawy Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Rzeczona opinia nie została złożona przez Zamawiającego jako dowód w niniejszej sprawie w toku postępowania odwoławczego, tym samym nie sposób uznać, iż Zamawiający dołożył starań, by potwierdzić okoliczność, tj. prawidłowość stosowanych postanowień umownych, na którą się powoływał.

Powyższego stanowiska Izby nie mogła również zmienić okoliczność podnoszona przez Strony w toku postępowania, iż faktyczne skorzystanie z regulacji, o której mowa
w art. 632 § 2 k.c. będzie wyłączone z uwagi na obmiarowy charakter wynagrodzenia umownego, zaś przepis art. 358^1 § 3 k.c. w świetle § 4 nie ma zastosowania do przedsiębiorców, którym bez wątpienia jest Odwołujący. Odnosząc się do ostatniego
z przepisów zauważyć wszak należy, iż wykonawcą na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych może być nie tylko przedsiębiorca (arg. z art. 2 pkt 11 ustawy Pzp). W kwestii zaś pierwszego przepisu Izba wskazuje, iż Zamawiający jako profesjonalista obowiązany jest dołożyć należytej staranności w opracowaniu dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyniąc jednocześnie zadość przepisom ustawy Pzp nakładającym na niego obowiązek jednoznacznego i precyzyjnego opisania przedmiotu zamówienia, znajdującego przecież odzwierciedlenie w warunkach kontraktu. Tym samym wzór specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z którego korzysta Zamawiający winien być dostosowany do warunków danego postępowania, w tym charakteru wynagrodzenia, po to aby wyeliminować wszelkie wątpliwości, czy też nieścisłości specyfikacji stanowiącej podstawowy dokument postępowania przetargowego.

Oceny Izby nie mogła również zmienić okoliczność, iż Odwołujący złożył ofertę
w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez Zamawiającego, w których wyłączono zastosowanie ww. przepisów Kodeksu cywilnego, jak również okoliczność, iż Zamawiający zawarł z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się
o zamówienia publiczne, tj. STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie oraz STRABAG Infrastruktura Południe Sp.

o.o. z siedzibą we Wrocławiu umowy w sprawie zamówień publicznych o wartości znacznie wyższej od wartości objętej niniejszym zamówieniem,
w których wyłączono sporne regulacje kodeksowe. Powyższe w żaden sposób nie potwierdza prawidłowości działań Zamawiającego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Podsumowując powyższe wskazać należy, iż w okolicznościach rozpoznawanej przez Izbę sprawy wyłączenie wskazanych wyżej klauzul stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 i 2
i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp oraz art. 5 i art. 353^1 k.c. mających zastosowanie do czynności Zamawiającego na podstawie art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp. Dodatkowo zgodnie z wyrokiem 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 końcu Izba wskazuje, iż nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, jakoby
w przypadku potwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu, brak byłoby podstaw do jego uwzględnienia w świetle art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z 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. W ocenie Izby charakter zarzutów dotyczący zakwestionowanego postanowienia umownego może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a to z uwagi na okoliczność, iż może wpłynąć na krąg podmiotów ubiegających się o przedmiotowe zamówienie publiczne, a w konsekwencji na wybór oferty najkorzystniejszej.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.
W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba
orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie
art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku. Zgodnie zaś z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972 t.j.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika stanowiące łącznie kwotę 23 600 zł.

Przewodniczący:……...
Członkowie: ……...
……...