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

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:Beata Konik**
**Anna Kuszel - Kowalczyk**
**Bartosz Stankiewicz**
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 26 października 2018 r. przez wykonawcę **Strabag Infrastruktura Południe Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt KIO 2196/18),**

B.w dniu 26 października 2018 r. przez wykonawcę **Strabag Infrastruktura Południe Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (sygn. akt KIO 2197/18),**

w postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie,** w imieniu którego działa **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu,**

przy udziale:

1.**Mota – Engil Cetral Europe Spółki Akcyjnej z siedzibą w Krakowie,**
2.**SALINI POLSKA Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,**
3.**PORR Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie,**
4.**Budimex Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie,**
5.**Mostostal Warszawa Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie,**

zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2196/18 po stronie Odwołującego
oraz przy udziale:

1.**Mota – Engil Cetral Europe Spółki Akcyjnej z siedzibą w Krakowie**,
2.**Mostostal Warszawa Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie**,

zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2197/18 po stronie Odwołującego

**orzeka:**

1.Uwzględnia odwołanie (sygn. akt KIO 2196/18) i nakazuje zamawiającemu **Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie**, w imieniu którego działa **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu** dokonanie zmiany postanowień Subklauzuli 13.8 pkt I Szczególnych Warunków 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.Uwzględnia odwołanie (sygn. akt KIO 2197/18) i nakazuje zamawiającemu **Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie**, w imieniu którego działa **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu** dokonanie zmiany postanowień Subklauzuli 13.8 pkt I Szczególnych Warunków 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.”

3.kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie,** w imieniu którego działa **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu** i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego, w tym:

A.kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Strabag Infrastruktura Południe Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania (sygn. akt KIO 2196/18),

B. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Strabag Infrastruktura Południe Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania (sygn. akt KIO 2197/18),

3.2 zasądza od **Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu** na rzecz **Strabag Infrastruktura Południe Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu** kwotę **23 600 zł**

**00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt KIO 2196/18) oraz kwotę**23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt KIO 2197/18).

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 :……**

**……**

**……**

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

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu(dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówień publicznych pod nazwą:

1.„Zaprojektowanie i budowa obwodnicy Olesna w ciągu drogi krajowej nr 11 (S11)". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16 października 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją2018/S 199-449784 (sygn. akt KIO 2196/18);

2.Zaprojektowanie i wykonanie zadania pod nazwą „Budowa obwodnicy Praszki w ciągu drogi krajowej nr 45". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16 października 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2018/S 199-449795 (sygn. akt KIO 2197/18).

Powyższe postępowania prowadzone są na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r. poz. 1986), zwanej dalej: „ustawa Pzp", według przepisów o wartości przekraczającej kwoty, o których mowa w rozporządzeniu wydanym na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, właściwych dla robót budowlanych.

W dniu 26 października 2018 r. odwołujący Strabag Infrastruktura Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dwa odwołania (tożsame w swojej treści lecz dotyczące różnych, wskazanych wyżej postępowań o udzielenie zamówień publicznych) na treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), w części obejmującej projekty przyszłych umów o zamówienia, tj. Subklauzuli 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.", 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 PZP oraz art. 36 ust. 1 pkt 16 PZP poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współżycia społecznego i właściwości stosunku prawnego, w sposób stanowiący nadużycie prawa, poprzez wyłączenie możliwości stosowania przepisów będących podstawą do sądowej zmiany umowy,

a w konsekwencji naruszenie

2.art. 7 ust. 1 PZP oraz art. 29 ust. 2 PZP poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Inwestora związanych z przygotowaniem postępowania, w szczególności przez przerzucenie na wykonawcę wszelkich ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia,

3.art. 29 ust. 1 PZP w zw. z art. 357 1 k.c., art. 358 1 k.c., art. 632 § 2 k.c. oraz w zw. z art. 14 i 139 ust. 1 PZP poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez

uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, a to przez nałożenie na wykonawcę obowiązku uwzględnienia w ofercie zdarzeń nieprzewidywalnych i nadzwyczajnych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany warunków przyszłej umowy poprzez wykreślenie postanowienia: „W związku z wprowadzeniem waloryzacji umownej Strony wyłączają stosowanie art. 357 1KC, art. 358 1 § 3 KC, art. 632 § 2 KC".

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp we wniesieniu odwołań. Odwołujący to podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym, w tym w sektorze kolejowych inwestycji infrastrukturalnych realizowanych w trybie ustawy PZP. Na skutek uchybień Zamawiającego, które stanowią przedmiot zaskarżenia niniejszych odwołań, Odwołujący nie jest w stanie przygotować i złożyć prawidłowych i zgodnych z PZP ofert, podczas gdy Odwołujący posiada wymagane w postępowaniach kwalifikacje tj. wiedzę, doświadczenie, kwalifikacje wymagane przez Zamawiającego.

Odwołujący zamierza złożyć oferty w postępowaniach, a tym samym ma realne szanse na realizację zamówień. W przypadku wyboru jako najkorzystniejszych jego ofert Odwołujący będzie zobowiązany do podpisania umów oraz realizacji zamówień zgodnie z ich warunkami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ, chociaż w swojej treści są one niezgodna z powołanymi wyżej przepisami. Treść umów, jaką opracował Zamawiający narusza przepisy PZP i zasady określone w Kodeksie cywilnym. Odwołujący przywołał stanowiska Izby wyrażone w wyroku z dnia 4.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10 oraz w wyroku z dnia 30.08.2017r., sygn. akt KIO 1718/17.

W uzasadnieniu obu odwołań Odwołujący wskazał, co następuje.

Kwestionowanymi przez Odwołującego postanowieniami obu projektów przyszłych umów Zamawiający usiłuje wyłączyć możliwość stosowania przepisów art. $357^1$ k.c. art. $358^1$ k.c., art. 632 § 2 k.c. w ramach stosunków zobowiązaniowych, jakie zostaną nawiązane w wyniku rozstrzygnięcia niniejszych postępowań. 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.

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.

Odwołujący wskazał, że przepisy regulujące klauzule *rebus sic stantibus* nie uchylają obowiązku wykonania zobowiązania zgodnie z jego treścią i przywołał stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z 16.05.2007r. (sygn. akt III CSK 452/06), gdzie wskazano, że 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). 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, LEX 2014, teza 4 do art. 3571 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.

Odwołujący wskazał, że 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 podkreślił, 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 niezależne od stron {por. wyrok SN z dnia 7 maja 1993 rI CR 5/93, LEX nr 374455, wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie VIA Ca 166/17 z 14.09.2017r. LEX 2402381). Istotna zmiana obowiązujących przepisów prawnych może także oznaczać zmianę stosunków, o których mowa w art. $357^1$ k.c., chociaż najczęściej będzie następstwem szczególnych wydarzeń natury gospodarczej lub społeczno-politycznej (E. Gniewek, P. Machnikowski, Komentarz, 2013, art. 3571, nb 10). Omawiane przepisy wymagają powszechności zmiany stosunków i nieprzewidywalność! związanego z tym ryzyka, możliwych do przypisania szerszej grupie.

Odwołujący zwrócił uwagę na wyjątkowość regulacji będących przedmiotem zaskarżenia, co w kontekście specyfiki umów zawieranych w reżimie zamówień publicznych nabiera szczególnego znaczenia. Ze względu na przepis art. 144 ustawy Pzp umowy te, co do zasady cechuje stałość. Wyłącznie okoliczności przewidziane w projekcie umowy lub okoliczności przewidziane w art. 144 ustawy 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 Pzp, w szczególności art. 29 ust. 1 Pzp. Wykonawca przyjmuje więc ryzyko wykonania zamówienia w oparciu o przedstawione przez Zamawiającego na etapie przetargu warunki i okoliczności, możliwe do zidentyfikowania przez profesjonalistę.

Odwołujący stoi na stanowisku, że zaskarżonym, postanowieniom umów 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 Pzp. Doprowadzi to, zdaniem Odwołującego, do założenia w postępowaniu ofert, które nie będą porównywalne. Każdy rozsądny wykonawca ryzyka te skalkuluje w odmienny sposób, opierając się wyłącznie na spekulacjach.

W powyższym zakresie zasadne są więc zarzuty naruszenia przez Zamawiającego w obu postępowaniach swojej pozycji dominującej i skonstruowania umów, które naruszają wskazane na wstępie przepisy art. 5 k.c., 353 1 k.c. i

58 k.c. Kwestionowane 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, iż znane mu jest aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie zasady swobody umów w systemie zamówień publicznych, w tym pogląd, w myśl którego zasada ta może ulegać ograniczeniu. Odwołujący rozumie powoływaną w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej argumentację, że Zamawiający nie możliwości swobodnego wyboru kontrahenta, ale niejako w zamian ma prawo kształtowania warunków umowy. To z kolei powoduje, że wykonawca nie ma wpływu na kształt zawieranej umowy. Umowa i jej postanowienia są znane wykonawcy na etapie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem „wykonawca może rekompensować sobie ryzyka, jakimi jest obciążony, poprzez właściwą wycenę oferty". (vide: wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r. sygn. akt X Ga 67/08).

O ile możliwy do przyjęcia jest pogląd, że w ramach swobody kontraktowania strony mogą ukształtować wzajemne ryzyka w wykonaniu zobowiązania, o tyle swoboda ta nie obowiązuje w reżimie zamówień publicznych. To Zamawiający ustala warunki udziału w postępowaniu, dokonuje opisu przedmiotu zamówienia, a przede wszystkim ustala warunki przyszłej umowy. Nie może być mowy o negocjowaniu postanowień umowy przez strony w realiach niniejszej sprawy. Jedyną formą „negocjacji' jest wyrażenie przez wykonawcę sprzeciwu poprzez skorzystanie ze środków ochrony prawnej.

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

Ponadto Odwołujący przywołał pogląd wskazany w wyroku Izby z 17.03.2017r., sygn. KIO 409/17. 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.

Podkreślenia wymaga ponadto, że wyłączenie możliwości stosowania klauzul *rebus sic stantibus* prowadzi w rzeczywistości także do ograniczenia, a w niektórych przypadkach nawet do pozbawienia wykonawców prawa do ochrony swoich praw na drodze sądowej. Zgodnie bowiem z treścią przepisów art. $357^1$ 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 zastrzeżenia umowne 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.).

Ponadto, zdaniem Odwołującego, 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 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. 3531 k.c. w ramach kształtowania stosunków obligacyjnych, czemu rzetelny wykonawca musi się sprzeciwić. Powyższe implikuje nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego zawierającej niedozwolone postanowienia, stosownie do treści art. 58 k.c.

Dodatkowo wskazać należy na naruszenie przez Zamawiającego art. 5 k.c., w myśl którego nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami 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 należy Odwołujący wskazał, że nie stanowi uzasadnienia dla zaskarżonej czynności Zamawiającego wskazanie w warunkach przyszłej umowy postanowień będących podstawą wprowadzenia zmian umowy, ani też możliwość zastosowania waloryzacji wynagrodzenia. Są to okoliczności przewidziane na etapie kalkulacji oferty przetargowej, tym samym nie mogą być podstawą żądania zmiany umowy w oparciu o analizowane przepisy art. $357^1$ § 1 k.c., $358^1$ § 3 k.c. i 632 § 2 k.c., które w istocie odnoszą się do sytuacji nieprzewidywalnych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie powyższej argumentacji. Zapewni to nie tylko Odwołującemu, ale i pozostałym wykonawcom ubiegającym się o niniejsze zamówienia warunki do kalkulacji ceny ofertowej z poszanowaniem zasad konkurencyjności, w oparciu o opis przedmiotu zamówienia, dający szansę na złożenie konkurencyjnych i porównywalnych ofert. Odwołujący wskazał, że podobny pogląd wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 15.02.2018r. (KIO 173/18), w wyroku z 10.07.2018r. (KIO 1266/18), w wyroku z 08.08.2018r. (KIO 1436) oraz w wyroku z 13.08.2018 (KIO 1494/18), w wyniku których Zamawiający został zobowiązany do usunięcia z warunków umowy kwestionowanego zapisu.

W dniu 30 października 2018 r. następujący wykonawcy zgłosili przystąpienia do przedmiotowego postępowania odwoławczego w charakterze uczestników postępowania, po stronie Odwołującego:

1.Mota – Engil Cetral Europe Spółki Akcyjnej z siedzibą w Krakowie,

2.SALINI POLSKA Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

3.PORR Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie,

4.Budimex Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie,

5.Mostostal Warszawa Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2196/18 oraz:

1.Mota – Engil Cetral Europe Spółki Akcyjnej z siedzibą w Krakowie,

2.Mostostal Warszawa Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2197/18.

W dniu 7 listopada 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania wnosząc o ich oddalenie w całości.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, **uwzględniając dokumentację postępowania, w tym w szczególności treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, oraz wyjaśnienia złożone na piśmie, jak też ustnie na rozprawie przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środków ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy 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.

Izba stwierdziła, że wykonawcy: Mota – Engil Cetral Europe Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie,SALINI POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, PORR Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, skutecznie zgłosili swoje przystąpienie po stronie Odwołującego w charakterze uczestników postępowania.

Dowód złożony przez Przystępującego Budimex Spółkę Akcyjną z siedzibą w Warszawie w postaci opinii prawnej złożonej na okoliczność wykazania charakteru prawnego przepisów, których stosowanie zamierza wyłączyć Zamawiający, Izba potraktowała jako stanowisko własne tego Przystępującego.

Izba w pierwszej kolejności ustaliła, że z dokumentacji obu postępowań o udzielenie zamówień publicznych, wynika że we wzorach umowy zawarte zostały postanowienia Subklauzuli 13.8 pkt I Szczególnych Warunków Kontraktu o następującej treści:

*Subklauzula 13.8 Korekty wynikające ze zmian kosztu Usunięto całą treść Subklauzuli 13.8 i zastąpiono ją następującą treścią:*

*I. Waloryzacja*

*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) i wskaźniki cen obiektów mostowych (Wm) 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+(0,4*Wd+0,4*Wm)/100, 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;*

*Wm - wskaźnik cen obiektów mostowych na podstawie biuletynu GUS, poz. PKOB 2141: wiadukt drogowy o konstrukcji ustroju niosącego – z betonu sprężonego „na mokro" belkowy, 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. 357¹ KC, art. 358¹ § 3 KC, art. 632 § 2 KC.*

Izba zważyła, że przepisy, których stosowanie Zamawiający chce uchylić, dotyczą sytuacji zaistniałych po powstaniu zobowiązania, których strony nie mogły przewiedzieć na etapie zawierania umowy, a które wiążą się z wyjątkowymi trudnościami, czy stratą dla jednej ze stron.

Zgodnie z art. 357¹ 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.

Z kolei zgodnie z art. 358¹ § 3 k.c., w razie istotnej zmiany siły nabywczej pieniądza po powstaniu zobowiązania, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, zmienić wysokość lub sposób spełnienia świadczenia pieniężnego, chociażby były ustalone w orzeczeniu lub umowie.

Natomiast art. 632 § 2 k.c. reguluje możliwość podwyższenia ryczałtu lub rozwiązania umowy przez sąd, jeżeli wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą.

Wskazane wyżej regulacje przewidują zatem mechanizmy o wyjątkowym charakterze, które mogą mieć zastosowanie wyłącznie w razie wystąpienia wskazanych w ich treści przesłanek. Znajdą one zastosowanie wyłącznie w przypadku zaistnienia zdarzeń, które w okolicznościach zawierania umowy nie mogły być uwzględnione. Wyjątkowy charakter 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.

Skład orzekający w przedmiotowej sprawie podziela dotychczas prezentowane w orzecznictwie Izby stanowisko o dyspozytywnym charakterze przedmiotowych norm, na który zwrócił uwagę Zamawiający. Z tego powodu Izba nie dopatrzyła się w działaniu Zamawiającego naruszenia art. $353^1$ k.c., wyrażającego zasadę swobody umów. Dyspozytywny charakter omawianych norm, w ocenie składu orzekającego, 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 chwili zawierania umowy. 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 w zasadzie do jednostronnego kształtowania warunków umowy o zamówienie publiczne. W konsekwencji wykonawcy mają ograniczony wpływ na kształt postanowień umownych, 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. Tym samym, w ocenie składu orzekającego, wyłączenie z góry dopuszczalności sądowej modyfikacji treści stosunku prawnego przez Zamawiającego w okolicznościach przedmiotowej sprawy stanowi nadużycie jego pozycji, a w konsekwencji stanowi o naruszeniu przepisu art. 5 k.c.

Uzasadnienia dla odebrania wykonawcy 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. Natomiast istotą przepisów, których obowiązywanie Zamawiający wyłączył, jest możliwość sądowego ukształtowania wzajemnych zobowiązań stron adekwatnie do indywidualnie ustalonych okoliczności danego przypadku. Innymi słowy: umowna klauzula waloryzacyjna, wynikająca z postanowień Subklauzuli 13.8. ma całkowicie odmienny zakres regulacji niż przepisy art. $357^1$ k.c., art. $358^1$ § 3 k.c., art. 632 § 2 k.c. Klauzula ta ma zastosowanie w przypadkach określonych w umowie i w ramach przeciętnego, normalnego ryzyka kontraktowego. Natomiast przepisy Kodeksu cywilnego będą stanowić podstawę modyfikacji umowy, w tym wynagrodzenia, w sytuacjach nadzwyczajnych, nieprzewidzianych i nieuregulowanych w umowie.

Izba orzekając w przedmiotowej sprawie miała również na względzie okoliczność, iż w obecnych realiach etap postępowania o udzielenie zamówienia publicznego od momentu złożenia oferty, a więc dokonania wyceny realizacji danego zamówienia, do czasu zawarcia umowy o zamówienie nierzadko trwa od kilku do nawet kilkunastu miesięcy. Do tego należy doliczyć okres samej realizacji zamówienia, który przy tak dużych i skomplikowanych przedmiotach, jak te realizowane przez Zamawiającego trwa nierzadko kilka lat. Biorąc chociażby pod uwagę realia przedmiotowych postępowań nie sposób nie dostrzec, że sam okres realizacji obu zamówień, których dotyczy sprawa odwoławcza zaplanowany został przez Zamawiającego w przedziale od minimum 36 miesięcy od daty zawarcia umowy, jednak nie dłużej niż 39 miesięcy (vide: pkt 6 SIWZ dla obu postępowań). Dodając do powyższego dynamikę zmian na rynku robót budowlanych (chociażby w zakresie cen materiałów), nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że samo oparcie się na postanowieniach w zakresie waloryzacji umownej proponowanych przez Zamawiającego we wzorach umowy, przy jednoczesnym wyłączeniu możliwości powołania się na sporne klauzule, jest rozwiązaniem zmierzającym do terminowej realizacji przedmiotu umowy.

W tym miejscu Izba chciałaby też odnieść się do argumentacji prezentowanej przez Zamawiającego podczas rozprawy, zgodnie z którą skoro Zamawiający wyłączył stosowanie kwestionowanych przepisów, to tym samym nie oczekuje od wykonawców skalkulowania w cenie oferty ryzyk, które są niemożliwe do przewidzenia. Z takim stanowiskiem zgodzić się jest o tyle ciężko, że w ocenie składu orzekającego sama okoliczność, iż wyłączenie stosowania omawianych regulacji nie sprawi, że takie okoliczności nie wystąpią w przyszłości i tym samym zignorowanie faktu ich wystąpienia będzie możliwe i nie zagrozi realizacji zamówień. Z tego powodu skład orzekający w przedmiotowej sprawie odwoławczej podziela wypowiadany dotychczas w orzecznictwie Izby pogląd, zgodnie z którym odebranie wykonawcy 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. Skoro okoliczności objęte dyspozycją przepisów art. $357^1$ k.c., art. $358^1$ § 3 k.c., art. 632 § 2 k.c. są nieprzewidywalne, to trudno w tym zakresie mówić o realnym uwzględnieniu i oszacowaniu ryzyka wykonawcy związanego z realizacją zamówienia. Tym samym wykonawcy przygotowując oferty będą w całkiem odmienny i nierealny sposób kalkulować to ryzyko, co z kolei będzie implikować składanie nieporównywalnych ofert albo ofert ze znacznie zawyżonym poziomem cen. Nie można bowiem

wykluczyć, że zostaną złożone oferty nieuwzględniające w ogóle takiego ryzyka. Nałożenie na wykonawców obowiązku uwzględnienia w ofercie zdarzeń nadzwyczajnych i nieprzewidywalnych stanowi, w ocenie Izby, 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 w ten sposób, że może wpływać na krąg wykonawców, którzy będą mogli sobie pozwolić na złożenie oferty w postępowaniach ograniczając go do wykonawców posiadających znaczne rezerwy finansowe, pozwalające na sfinansowanie ewentualnych strat powstałych w wyniku zaistnienia niemożliwych do przewidzenia sytuacji, ponieważ tacy wykonawcy 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.

Jednocześnie Izba wskazuje, że nie dopatrzyła się naruszenia przepisu art. 58 k.c., gdyż nie ziściły się przesłanki opisane w art. 58 k.c., które wskazywałyby na nieważność czynności prawnej dokonanej przez zamawiającego w związku z wyłączeniem ze stosowania przepisów art. $357^1$ k.c., art. $358^1$ § 3 k.c., art. 632 § 2 k.c. z uwagi na dyspozytywny charakter ww. przepisów.

W tym stanie rzeczy za zasadne Izba uznała postawione przez Odwołującego zarzuty i nakazała wykreślenie spornego postanowienia.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 2) ppkt b), § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust. 4 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. Nr 41, poz. 238 ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący :……**

**……**

**……**