Sygn. akt: KIO 220/24

WYROK

Warszawa, dnia 9 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Anna Chudzik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 stycznia 2024 r. przez wykonawcę Stadler Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach,

w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Mazowieckie, w imieniu i na rzecz którego działa spółka Koleje Mazowieckie – KM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

orzeka:

1.Oddala odwołanie;

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Stadler Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:……

Sygn. akt: KIO 220/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Mazowieckie – Koleje Mazowieckie – KM Sp. z o.o.– prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Zakup pojazdów kolejowych wraz z usługą serwisową*. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 11 stycznia 2024 r. pod numerem 00018465-2024.

W dniu 22 stycznia 2024 r. wykonawca Stadler Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec treści Załącznika nr 12 do specyfikacji warunków zamówienia – Projektowane postanowienia umowy (dalej: Wzór umowy). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 16 pkt 1 i 3 oraz art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 5, art. 58 i art. 353(1) Kc, w zw. z art. 8 ust. 1 i art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, przez wprowadzenie w § 3 ust. 2 i 3 Wzoru umowy mechanizmu kontraktowego zakładającego obniżenie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zaistnienia zmian w przepisach prawa skutkujących obniżeniem kosztów wykonania zamówienia oraz jednocześnie wykluczającego możliwość domagania się przez wykonawcę podniesienia jego wynagrodzenia w przypadku zaistnienia zmian w przepisach prawa skutkujących zwiększeniem kosztów wykonania zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji Wzoru umowy przez wykreślenie drugiego zdania z § 3 ust. 2 oraz dodanie w § 3 ust. 3 zdania: „Dodatkowe koszty wynikające ze zmian przepisów prawa, o ile takie zmiany zostały ogłoszone po dniu składania ofert i mają wpływ na podwyższenie kosztów wykonania umowy, ponosi Zamawiający."

Odwołujący wskazał, że postanowienia § 3 ust. 2 i 3 Wzoru umowy stanowią:

§ 3 Postanowienia ogólne i terminy dostaw […]

2. W szczególności, gdy zasady postępowania z określonymi urządzeniami lub ich parametry zostały określone przepisami prawa (w szczególności w ustawie o transporcie kolejowym lub dozorze technicznym), Wykonawca zobowiązany jest do ścisłego przestrzegania tych przepisów i wymogów w nich sformułowanych. W przypadku zmiany przepisów po zawarciu umowy, Zamawiający może żądać od Wykonawcy wykonania zamówienia z uwzględnieniem zmienionych przepisów, w ramach dotychczasowego wynagrodzenia.

3. W przypadku, jeżeli zmiany przepisów prawa spowodują obniżenie kosztów wykonania przedmiotu umowy, Zamawiający może żądać odpowiedniego obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy.

Odwołujący zaznaczył, że z powyższymi postanowieniami korespondują również „klauzule przeglądowe" wprowadzone w § 24 ust. 3 Wzoru umowy, gdzie Zamawiający przewidział wyłącznie możliwość obniżenia wynagrodzenia umownego. Mianowicie w pkt 2 przewidziano zmiany umowy na wypadek obniżenia kosztu wykonania dostaw lub świadczenia usług objętych umową i tym samym wynagrodzenia Wykonawcy, a w pkt 16 na wypadek zmiany wynagrodzenia związanego z wykonaniem postanowień, o których mowa w § 3 ust. 3 umowy.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający zastrzega sobie w ten sposób i wymaga od wykonawców, zaciągnięcia zobowiązania do wykonania przedmiotu zamówienia na wypadek wystąpienia przyszłych zmian przepisów prawa, które skutkowałyby wzrostem kosztów (nawet znacznym) po stronie wykonawcy, bez możliwości żądania podniesienia wynagrodzenia umownego. Jednocześnie Zamawiający zastrzega sobie, na wypadek zmian przepisów prawa, które skutkowałyby obniżeniem kosztów wykonania zamówienia, możliwość żądania odpowiedniego obniżenia wynagrodzenia umownego. W ocenie Odwołującego wprowadzenie tego typu postanowień umownych narusza zasady zamówień publicznych wynikające ze wskazanych w petitum odwołania przepisów Pzp, wsparte zasadami ogólnymi prawa cywilnego, które znajdują zastosowanie do stosunków pomiędzy zamawiającymi i wykonawcami, w tym do postanowień dokumentów przetargowych, w szczególności umów.

Odwołujący podniósł, że jakkolwiek zamawiający może ułożyć własny stosunek umowy według swojego uznania, to jednak w myśl art. 353(1) Kc, jego treść lub cel nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Swoboda zamawiającego w kształtowaniu przedmiotu zamówienia, w tym treści umowy, doznaje więc ograniczeń wynikających z powołanych przepisów Pzp, a także z właściwości zamówień publicznych i ustalonych na ich gruncie zasad. Tym samym, uprawnienie Zamawiającego do kształtowania warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego nie może mieć charakteru absolutnego. Ukształtowanie stosunku umownego wbrew ww. regułom normatywnym, w szczególności nadużycie prawa podmiotowego i nadanie własnym dokumentom przetargowym abuzywnego charakteru jest zakazane na gruncie art. 5 Kc, który stanowi, że nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Natomiast sankcję nieważności dla tego typu postanowień umownych można wprost wywieść z dyspozycji art. 58 § 1 i 2 Kc.

Odwołujący podniósł, że takie ukształtowanie umowy, której postanowienia składają się również na opis przedmiotu zamówienia sensu largo, powoduje jego niedookreślenie i oznacza przerzucenie na wykonawców pełnego zakresu ryzyk związanych ze zdarzeniami przyszłymi i niepewnymi, których zakres i skutki dla realizacji zamówienia nie mogą być dokładnie oszacowane – jakimi są zmiany przepisów prawa (zarówno na poziomie krajowym, jak i unijnym), które są od wykonawcy niezależne oraz mogą powodować znaczny wzrost kosztów produkcji zamawianych pojazdów. Ustanowiony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia (zakres zobowiązania) oznacza, że wykonawcy są zobligowani do wycenienia, a następnie wykonania pojazdów zgodnie z aktualnie obowiązującymi standardami i wymaganiami wynikającymi z aktualnie obowiązujących przepisów prawa, ale także wykonania zmienionych pojazdów (o bliżej nieokreślonym zakresie i charakterze koniecznych zmian) dostosowanych do standardów i wymagań wynikających z nieznanego jeszcze prawodawstwa, które będzie obowiązywało w przyszłości. Przy czym zmiana ceny za zmienione pojazdy może nastąpić jedynie na korzyść Zamawiającego, przez jej obniżenie – w przypadku, gdy zmiany przepisów prawa skutkowały będą obniżeniem kosztów ich wykonania. Natomiast w przypadku wymuszonego zmianą przepisów zakresu zmian w pojazdach, który skutkował będzie wzrostem kosztów ich wykonania, wykonawcy będą zobowiązani do utrzymania zaoferowanej ceny i wykonania zamówienia w jej ramach.

Odwołujący podkreślił, że konieczny w takiej sytuacji zakres zmian w realizowanym przedmiocie dostawy, a tym samym koszt ich wykonania, jest niemożliwy do przewidzenia, a biorąc pod uwagę znaczne okresy wykonywania zmówienia (szczególnie w przypadku skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji), prawdopodobieństwo wystąpienia zmian w przepisach prawa regulujących budowę czy serwisowanie pojazdów kolejowych jest znaczne. Nie można również wykluczyć, że zakres i koszt wymuszanych przez przepisy zmian będzie równie znaczący. Tego rodzaju opisanie przedmiotu zamówienia i zasad jego wykonanie, bez mechanizmów ograniczających ryzyka kosztowe

wykonawców związanych z niedookreślonymi i otwartymi wymaganiami SWZ, jest nie do pogodzenia z regulacją art. 99 ust. 1 i 4 oraz art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp. Konieczność wyceny w ofercie i wykonania bliżej nieokreślonych zmian w konstrukcji i serwisie pojazdów mogących wynikać ze zmienionych przepisów, które zostaną wprowadzone w nawet odległej przyszłości, nie może być uznana za jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia i konkretne podanie okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty. W konsekwencji, tego rodzaju opis przedmiotu zamówienia prowadzi do naruszenia zasad wynikających z art. 99 ust. 4 i art. 16 pkt 1 ustawy Pzp może utrudniać uczciwą konkurencję i skutkować nieporównywalnością ofert wykonawców, którzy przy konieczności wyceny niedookreślonego zakresu ryzyk związanych ze zmianami przepisów prawa, przyjmować mogą skrajnie różne zasady wyceny ofert.

W ocenie Odwołującego, w świetle powołanych zasad i przepisów, skoro Zamawiający nie jest w stanie opisać precyzyjnie przedmiotu zamówienia „na przyszłość", a jednocześnie pragnie zamówić i otrzymać przedmiot zamówienia zgodny z jakimikolwiek przyszłymi i przez to bliżej nieokreślonymi regulacjami, powinien ryzyko związane z jego zmianą w całości wziąć na siebie, co jest nie tylko wymuszane wskazanymi przepisami dotyczącymi zasad opisu przedmiotu zamówienia, ale także zasadami współżycia społecznego i ustalonymi zwyczajami. Mianowicie, właśnie taka sytuacja, tj. ponoszenia ryzyka zmiany przepisów przez zamawiającego, ma zazwyczaj miejsce przy braku postanowień umownych dotyczących zmiany przepisów regulujących wykonanie zamawianego przedmiotu dostaw. W przypadku zmiany przepisów, które wymuszają zmianę przedmiotu dostawy, strony albo uzgadniają nowe warunki dostawy, albo w przypadku braku porozumienia, co do zmiany przedmiotu umowy i warunków dostawy, są zmuszone od umowy odstąpić (co jest możliwe w oparciu o różnorakie podstawy prawne właściwe dla danego stosunku prawnego i stanu faktycznego). W żadnym razie druga strona nie ma prawa domagania się wykonania innego przedmiotu dostawy, niż został zamówiony. Tymczasem w rozpatrywanym przypadku, przez kwestionowane postanowienia umowne Zamawiający zmierza do narzucenia wykonawcom obowiązku wykonania i dostarczenia zmienionego przedmiotu zamówienia bez możliwości domagania się odpowiedniej kompensacji kosztów takiej zmiany, zastrzegając sobie jednocześnie obniżenie własnego świadczenia, gdy wprowadzenie danej zmiany w przedmiocie dostawy skutkować będzie obniżeniem kosztów wykonania zamówienia. Prowadzi to do istotnej nierównowagi ekonomicznej stron umowy, z których tylko jedna jest zabezpieczona na wypadek ryzyka zmiany przedmiotu umowy i może odnieść z niego korzyści. Kształtowanie postanowień umowy, które jest wyłącznie korzystne dla Zamawiające, a nie zawsze dla wykonawcy, jest abuzywne i narusza równowagę ekonomiczną stron umowy na niekorzyść wykonawcy. Kształtowanie postanowień umownych w ten sposób nie odpowiada tendencjom orzeczniczym i kierunkom, w których stara się skierować praktykę stosowania ustawy Pzp ustawodawca, tj. zapewnieniu racjonalnej proporcjonalności i równości stosunków kontraktowych pomiędzy stronami umowy o zamówienie publiczne, w tym zapobieganiu nadużywania swojej dominującej pozycji przez zamawiających, np. przez kształtowanie abuzywnych i niekorzystnych dla wykonawców postanowień umownych. W tym kontekście znamienne jest, że Zamawiający jednocześnie, w myśl wymagań art. 436 Pzp we Wzorze umowy (w § 15) wprowadza klauzule waloryzacyjne pozwalające na zwiększenie ceny na wypadek pewnego stopnia rynkowego wzrostu kosztów pracy czy materiałów, a jednocześnie wyklucza zwiększenie ceny w przypadku zajścia okoliczności, które mogą skutkować znacznie wyższym wzrostem innych kosztów wykonania zamówienia.

Odwołujący podniósł, że wprowadzenie wnioskowanej przez niego klauzuli umownej służy właśnie realizacji wskazanej wyżej celu, przy czym sytuacja, w której Zamawiający pokrywa koszty koniecznych zmian przedmiotu zamówienia, których nie był w stanie opisać w treści dokumentów przetargowych, może być również rozpatrywana nie w kategoriach ryzyka, ale zwykłej, adekwatnej i uczciwej zapłaty za zmieniony przedmiot zamówienia, którego dostawy Zamawiający oczekuje.

Odwołujący zaznaczył, że wnioskowane w petitum odwołania modyfikacje SWZ, nie są postanowieniami dowolnie projektowanymi przez Odwołującego, ale są to klauzule, których autorem jest Zamawiający, i które wielokrotnie stosował w swoich przetargach dotyczących zakupu pojazdów kolejowych. Dla przykładu, wnioskowana klauzula była stosowana przez Zamawiającego w przetargu nr MWZ3.27.28.2023 oraz w przetargu nr MWZ3.27.63.2023. Są to zatem postanowienia akceptowane przez Zamawiającego, które jednocześnie są zgodne z zasadami Pzp oraz odzwierciedlają właściwości i charakter stosunków cywilnoprawnych zawieranych na gruncie Pzp oraz najpełniej realizują równość kontraktową stron w tym zakresie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków

ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W pierwotnym brzmieniu § 3 ust. 2 i 3 projektowanych postanowień umowy (Załącznik nr 12 do SWZ) Zamawiający zamieścił następujące postanowienia:

2. W szczególności, gdy zasady postępowania z określonymi urządzeniami lub ich parametry zostały określone przepisami prawa (w szczególności w ustawie o transporcie kolejowym lub dozorze technicznym), Wykonawca zobowiązany jest do ścisłego przestrzegania tych przepisów i wymogów w nich sformułowanych. W przypadku zmiany przepisów po zawarciu umowy, Zamawiający może żądać od Wykonawcy wykonania zamówienia z uwzględnieniem zmienionych przepisów, w ramach dotychczasowego wynagrodzenia.

3. W przypadku, jeżeli zmiany przepisów prawa spowodują obniżenie kosztów wykonania przedmiotu umowy, Zamawiający może żądać odpowiedniego obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy.

W dniu 1 lutego 2024 r. Zamawiający dokonał zmiany projektowanych postanowień umowy, polegającej na wykreśleniu postanowienia § 3 ust. 3 oraz powiązanego z nim § 24 ust. 3 pkt 16, określającego możliwość dokonania zmiany umowy za zgodą stron, jeżeli konieczność ich wprowadzenia wyniknie ze zmiany wynagrodzenia związanego z wykonaniem postanowień, o których mowa w § 3 ust. 3 umowy.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz proporcjonalny.

Stosownie do art. 99 ustawy Pzp:

ust. 1: Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

ust. 4: Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Zgodnie z ar. 5 Kc, nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Art. 58 Kc stanowi:

§ 1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy.

§ 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

§ 3. Jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana.

Stosownie do art. 353(1) Kc, 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.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego przytoczonych przepisów ustawy Pzp, a zaskarżonych postanowień umowy nie można uznać za nadużycie prawa ani za przekroczenie zasady swobody umów w rozumieniu wskazanych wyżej przepisów Kc, skutkujące nieważnością tych postanowień.

Na wstępie podkreślić należy, że odwołania dotyczące projektowanych postanowień umowy, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa (art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp), a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy (art. 554 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na

ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści przyszłej umowy, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów. Podniesione przez Odwołującego zarzuty nie zmierzają – zdaniem Izby – do wyeliminowania działań Zamawiającego naruszających przepisy prawa, ale jedynie do nadania postanowieniom umowy treści korzystniejszej dla wykonawcy.

Zauważenia wymaga, że istotą zarzutów odwołania było zamieszczenie w projektowanych postanowieniach umowy mechanizmu kontraktowego zakładającego obniżenie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmian w przepisach prawa skutkujących obniżeniem kosztów wykonania zamówienia oraz jednocześnie wykluczającego możliwość domagania się przez wykonawcę podniesienia jego wynagrodzenia w przypadku zmian w przepisach prawa skutkujących zwiększeniem kosztów wykonania zamówienia. Z powyższego Odwołujący wywodził rażące uprzywilejowanie Zamawiającego, stanowiące naruszenie równowagi kontraktowej i nadużycie pozycji dominującej. Tymczasem po wniesieniu odwołania Zamawiający usunął z projektowanych postanowień umowy klauzulę umożliwiającą mu żądanie obniżenia wynagrodzenia w sytuacji, gdy zmiany przepisów prawa spowodują obniżenie kosztów wykonania przedmiotu umowy. W konsekwencji odpadł jeden z elementów zaskarżonego mechanizmu, a twierdzenia Odwołującego o nierównomiernym rozkładzie ryzyk związanych ze zmianą przepisów stały się nieaktualne. W wyniku dokonanej przez Zamawiającego zmiany obciążenie każdej ze stron umowy ryzykiem związanym ze zmianą przepisów stało się bowiem równomierne, w tym znaczeniu, że wykonawca będzie musiał wykonać zamówienie bez możliwości podwyższenia wynagrodzenia, ale jednocześnie Zamawiający nie będzie mógł żądać obniżenia wynagrodzenia, jeżeli koszty realizacji zamówienia ulegną obniżeniu. Innymi słowy, wykonawca bierze na siebie ryzyko poniesienia większych kosztów związanych ze zmianą przepisów, ale Zamawiającego obciąża ryzyko „nadpłacenia" za przedmiot zamówienia, jeśli koszty poniesione przez wykonawcę okażą się mniejsze. Po dokonanej zmianie nie jest więc tak, że zmiana wynagrodzenia może nastąpić jedynie na korzyść Zamawiającego – obecnie żadna ze stron nie będzie mogła żądać takiej zmiany na swoją korzyść. W związku z tym – w ocenie Izby – trudno dopatrzyć się w zaskarżonych postanowieniach nadużycia prawa podmiotowego czy też niezgodności z właściwością (naturą) stosunku, ustawą czy zasadami współżycia społecznego.

Odnosząc się natomiast do zarzucanej niedookreśloności opisu przedmiotu zamówienia związanej z koniecznością wykonania pojazdów dostosowanych do standardów i wymagań wynikających z nieznanego jeszcze prawodawstwa, które będzie obowiązywało w przyszłości, wskazać należy, że Zamawiający ma wszelkie prawo oczekiwać wykonania przedmiotu zamówienia zgodnego z aktualnie obowiązującymi przepisami (w rozpoznawanej sprawie jest to warunkiem uzyskania świadectwa dopuszczenia do obrotu, wydanego przez Prezesa UTK). Nie sposób natomiast wymagać, aby Zamawiający przyjął przedmiot zamówienia naruszający takie przepisy, a w konsekwencji niezdatny do użytku i niespełniający celów zamówienia. Natomiast Odwołujący – na którym spoczywał ciężar dowodu – nie wykazał, aby dynamika i skala zmian przepisów były w żadnej mierze niemożliwe do przewidzenia i mogły na tyle wpływać na koszty wykonania zamówienia, że skalkulowanie związanego z tym ryzyka w cenie oferty jest dla profesjonalnego wykonawcy niemożliwe lub istotnie utrudnione. Zamawiający natomiast wskazał, że zmiany prawne dotyczące pojazdów kolejowych mają charakter ewolucyjny, a nie rewolucyjny, są one wprowadzane rzadko, notyfikowane z dużym wyprzedzeniem i obowiązują w stosunku do nich długie okresy vacatio legis, ponieważ prawodawca unijny i krajowy liczą się z tym, że procesy uzyskiwania homologacji dla pojazdów kolejowych oraz ich produkcja trwają długo i rynek nie może być zaskakiwany nagłymi zmianami w tym zakresie. Na potwierdzenie powyższego Zamawiający przedstawił na rozprawie wyciągi z rozporządzeń TSI (technicznych specyfikacji interoperacyjności), z których wynika, że proces wprowadzania zmian jest rozłożony w czasie, a zmianom towarzyszą stosowne przepisy przejściowe. Biorąc pod uwagę powyższe oraz uwzględniając stopień profesjonalizacji producentów i dostawców pojazdów szynowych, należy przyjąć, że zmiany przepisów w toku realizacji zamówienia nie powinny być okolicznością na tyle nieprzewidywalną i zaskakującą, aby uniemożliwiały rzetelną wycenę przedmiotu zamówienia i skalkulowanie ryzyka związanego z takimi zmianami.

Niezależnie od powyższego, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że zaskarżone postanowienie § 3 ust. 2 zdanie 2 umowy wyłącza możliwość sądowej zmiany wynagrodzenia na podstawie przepisów Kc dotyczących umowy o dzieło. Wskazać należy, że zgodnie z art. 632 § 1 Kc, jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Natomiast zgodnie z art. 632 § 2 Kc, jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie , sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę. Jakkolwiek Izba nie kwestionuje twierdzenia Odwołującego o dyspozytywnym charakterze powyższych przepisów, to trudno zgodzić się z Odwołującym, że uprawnienie wykonawcy wynikające z art. 632 § 2 Kc zostało w rozpoznawanej sprawie umownie wyłączone. W ocenie Izby zaskarżone postanowienie, zgodnie z którym *w przypadku zmiany przepisów po zawarciu umowy, Zamawiający może żądać od Wykonawcy wykonania*

zamówienia z uwzględnieniem zmienionych przepisów, w ramach dotychczasowego wynagrodzenia, stanowi potwierdzenie niezmienności wynagrodzenia ryczałtowego, określonej w art. 632 § 1 Kc, odnosząc tę niezmienność wprost do sytuacji, gdy z powodu zmiany przepisów rozmiar lub koszty prac były w dacie zawierania umowy niemożliwe do przewidzenia. Jednocześnie postanowienia umowy w żaden sposób nie odnoszą się do kwestii określonej w art. 632 § 2 Kc, nie modyfikują kodeksowej regulacji ani jej nie wyłączają. Skoro umowa „milczy" na temat dopuszczalności sądowej zmiany wynagrodzenia na podstawie art. 632 § 2 Kc, to nie sposób twierdzić, że zastosowanie tego przepisu zostało umownie wyłączone.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zaskarżone postanowienie projektu umowy nie narusza przepisów ustawy. W związku z tym odwołanie podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b § 8 ust. 2 z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Odwołującego.

Przewodnicząca:……