

WYROK

z dnia 15 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Członkowie: Magdalena Grabarczyk

Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 i 14 lutego 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 26 stycznia 2018 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa S.A., ul. Marii Skłodowskiej-Curie 76, 59-301 Lublin

B. w dniu 29 stycznia 2018 r. przez wykonawcę Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o., Wysoka, ul. Lipowa 5A, 52-200 Wrocław

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice przy udziale:

1. BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa

2. SALINI POLSKA Sp. z o.o., ul. Żłota 59 lok. L07, 00-120 Warszawa

3. Polski Związek Pracodawców Budownictwa, ul. Kaliska 23 lok. U4, 02-316 Warszawa

4. PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa
zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 173/18 po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie wniesione przez Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa S.A.

(sygn. akt KIO 145/18)

2. uwzględnia odwołanie wniesione przez Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 173/18) i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany postanowień Subklauzuli 13.8 pkt I Szczególnych Warunków Kontraktu przez wykreślenie postanowienia: „W związku z wprowadzeniem waloryzacji umownej

Strony wyłączają stosowanie art. 357¹ KC, art. 358¹§3 KC, art. 632§2 KC.”

3. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa S.A., ul. Marii Skłodowskiej-Curie 76, 59-301 Lublin i Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice i:

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

A. kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa S.A., ul. Marii Skłodowskiej-Curie 76, 59-301 Lublin tytułem wpisu od odwołania,

B. kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o., Wysoka, ul. Lipowa 5A, 52-200 Wrocław tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach, ul. Myśliwska 5, 40-017 Katowice na rzecz Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o., Wysoka, ul. Lipowa 5A, 52-200 Wrocław kwotę 24 428 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia cztery tysiące czterysta dwadzieścia osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (KIO 173/18).

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

Sygn. akt KIO 145/18

Sygn. akt KIO 173/18

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa drogi ekspresowej S1 (dawniej S69) Bielsko-Biała-Żywiec-Zwardoń, odcinek Przybędza-Milówka (obejście Węgierskiej Górski)”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1579), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 17 stycznia 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2018/S 011-020020.

W dniu 26 stycznia 2018 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Budowy Kopalń PeBeKa S.A. (dalej: „Odwołujący PeBeKa”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”).

Odwołujący PeBeKa zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także w sposób utrudniający uczciwą konkurencję poprzez przyjęcie w sekcji III.1.3) ppkt 1.b) oraz III.1.3) pkt 1 ppkt 2) [minimalne poziomy zdolności] ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 7.2. pkt 3) lit. a) ppkt 2) Tomu I Rozdziału 1 SIWZ, że gwarancję należytego wykonania zamówienia dają wyłącznie wykonawcy, którzy spełniają warunek posiadania zdolności technicznej i zawodowej polegający na wykonaniu w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 zadania obejmującego budowę metodą górnictw lub tarczową 1 tunelu o długości co najmniej 500m lub 2 tuneli o łącznej długości co najmniej 500m, podczas gdy gwarancję taką daje również podmiot, który może wykazać realizację zadań obejmujących budowę konstrukcji podziemnych w technologii drążenia metodą górnictw, w wymaganej przez Zamawiającego ilości oraz o wymaganych parametrach.

Odwołujący PeBeKa zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, Zamawiający powinien formułować warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza, jak wskazał Odwołujący PeBeKa, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu, jakiemu mają służyć, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Z kolei opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Każde wymaganie powinno znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego związanych z realizacją przedmiotu zamówienia i do niego proporcjonalnych. Odwołujący PeBeKa zauważył, że powyższe stanowisko znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie. Odwołujący PeBeKa przywołał uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO/KU 83/10), wyrok Izby z dnia 24 września 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1947/10), oraz wyrok Izby z dnia 27 kwietnia 2017 r. (sygn. akt KIO 697/17).

Odwołujący PeBeKa wskazał ponadto, że zgodnie z treścią pkt 7.2. pkt 3) lit. a) ppkt 2) Tomu I Rozdziału 1 SIWZ za tunel Zamawiający uzna tunel drogowy w rozumieniu rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie ich usytuowanie (Dz. U. z 2000 Nr 63, poz. 735 ze zm.) oraz obiekty w rozumieniu rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie (Dz. U. z 1998 r. Nr 151, poz. 987 ze zm.) i obiekty w rozumieniu rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 17 czerwca 2011 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać obiekty budowlane metra i ich usytuowanie (Dz. U. z 2011 r. Nr 144, poz. 859).

W ocenie Odwołującego PeBeKa, kwestionowany warunek udziału w postępowaniu jest nadmierny i nieproporcjonalny do celu, jakiemu ma służyć, tj. oceny czy wykonawca będzie w stanie zrealizować w określonej technologii specyficzne obiekty inżynierskie planowane w ciągu trasy S-1, a mianowicie tunele drogowe. Zdaniem Odwołującego PeBeKa, brak jest merytorycznego uzasadnienia dla ograniczania wymogu doświadczenia wykonawcy do wykonania wyłącznie tuneli drogowych, kolejowych oraz metra. Odwołujący PeBeKa stwierdził, że brak jest uzasadnienia, dla którego Zamawiający nie dopuszcza możliwości wykazania przez wykonawców spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu poprzez wykonanie konstrukcji podziemnych w technologii drążenia metodą górnictw (np. górnictwe wyrobiska chodnikowe, komorowe lub transportowe). Odwołujący PeBeKa zaznaczył, że obiekty te, podobnie jak tunele drogowe drążone metodą górnictw wykonywane są pod reżimem ustawy z dnia 09 czerwca 2011 r. Prawo geologiczne i górnictwe (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2126). Co więcej, jak wskazał Odwołujący PeBeKa, konstrukcje podziemne wykonane w technologii drążenia metodą górnictw, takie jak górnictwe wyrobiska chodnikowe, komorowe lub transportowe, wykonywane są z zastosowaniem takiej samej technologii drążenia, jak tunele drogowe drążone metodą górnictw i również przeznaczone są do ruchu pojazdów i ludzi.

Odwołujący PeBeKa podniósł, że dla realizacji konstrukcji podziemnych w technologii drążenia metodą górnictwem wykorzystywane są analogiczne maszyny i sprzęt, jak przy wykonywaniu tuneli drogowych drążonych metodą górnictwem (wiertnice, kotwiarki, ładowarki, wozy odstawcze, wozy transportowe itp.), które powinny posiadać stosowne dopuszczenia określone ustawą Prawo geologiczne i górnictwem. Tak jak w przypadku tuneli, w przypadku wyrobisk górniczych odsłonięcie górotworu następuje przy pomocy materiałów wybuchowych lub mechanicznie, a odsłonięty górotwór zabezpiecza się obudową tymczasową i/lub obudową ostateczną. Realizacja prac tunelowych wymaga wykorzystania zasobów ludzkich posiadających zgodnie z ustawą Prawo geologiczne i górnictwem takie same uprawnienia, jak przy realizacji konstrukcji podziemnych wykonanych w technologii drążenia metodą górnictwem.

Ponadto, jak podał Odwołujący PeBeKa, do wykonywania tuneli metodą górnictwem stosuje się, podobnie jak do wykonywania konstrukcji podziemnych w technologii drążenia metodą górnictwem, przepisy ustawy Prawo geologiczne i górnictwem (zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 4 tej ustawy).

Odwołujący PeBeKa wskazał, że obecne brzmienie ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ eliminuje z udziału w postępowaniu podmioty krajowe specjalizujące się w wykonaniu konstrukcji podziemnych w technologii drążenia metodą górnictwem, w tym Odwołującego, które to podmioty byłyby w stanie wykonać przedmiot zamówienia w oparciu o posiadane zdolności techniczne i zawodowe nabyte między innymi przy pracach tego typu. Odwołujący PeBeKa stwierdził, że proponowana zmiana w pełnym zakresie realizuje zasadę proporcjonalności, ponieważ umożliwia złożenie oferty i udział w postępowaniu wykonawcom dającym gwarancję należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Nie można nie zauważyć, zdaniem Odwołującego PeBeKa, że przyczyni się to do wzrostu konkurencji, co ostatecznie odbędzie się z korzyścią przede wszystkim dla Zamawiającego. Potencjalnie dopuszczone podmioty posiadające doświadczenia w realizacji podziemnych obiektów górniczych, jednocześnie zapewnią wymaganą przepisami prawa kadrę techniczną, tj. kierownictwo oraz osoby ruchu zakładu z stosownymi kwalifikacjami wymaganymi ustawą Prawo geologiczne i górnictwem, która zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 4 znajduje odpowiednie zastosowanie do obligatoryjnie obejmuje wykonywania tuneli metodami górnictwem. Odwołujący PeBeKa przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 czerwca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 514/08).

Odwołujący PeBeKa zwrócił uwagę, że zapis zbliżony do proponowanego został umieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu prowadzonym przez tego samego Zamawiającego, tj. Skarb Państwa - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach obejmującym realizowany metodami górnictwem tunel w ciągu dróg ekspresowych w Polsce, tj. tunel na trasie S-1 (dawniej S-69) w Lalikach (postępowanie na Budowę drogi ekspresowej S-69 Bielsko-Biała - Żywiec - Zwardoń, odcinek C2: Szare - Laliki, km 38+479 do km 43+155,74). W ramach warunku doświadczenia zawodowego wykonawca zobowiązany był wykazać że „zrealizował (rozpoczął i zakończył) w okresie ostatnich 5 lat, licząc wstecz od terminu wszczęcia postępowania, co najmniej dwa (2) zadania obejmujące budowę konstrukcji podziemnych w technologii drążenia metodą górnictwem o długości minimum 500 m oraz dwa (2) zadania polegające na budowie lub przebudowie dróg (uznaje się także drogi na terenie zabudowanym) klasy A, S, GP, którego zakres powinien obejmować odcinek drogi o długości nie mniejszej niż 4 km.”. Odwołujący PeBeKa podkreślił, że ten sam podmiot prowadzący postępowanie, w postępowaniu dotyczącym budowy innego odcinka tej samej trasy (obecnie S-1, dawniej S-69), które również obejmowało budowę obiektu inżynierskiego w postaci tunelu drogowego, zastosował proponowane obecnie przez Odwołującego brzmienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy (wówczas warunku doświadczenia). Odwołujący PeBeKa stwierdził jednocześnie, że do momentu ogłoszenia przedmiotowego postępowania nie zaistniały żadne okoliczności, które w sposób obiektywny uzasadniałyby ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców dających rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia do podmiotów mających doświadczenie wyłącznie w zakresie tuneli drogowych, kolejowych lub metra.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ poprzez zmianę warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy (sekcja III.1.3) ppkt 1.b) oraz III.1.3) pkt 1 ppkt 2) [minimalne poziomy zdolności] ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 7.2. pkt 3) lit. a) ppkt 2) Tomu I Rozdziału 1 SIWZ i nadanie mu następującej treści:

„w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy-w tym okresie, co najmniej 1 zadania obejmującego budowę metodą górnictwem lub tarczową 1 tunelu o długości co najmniej 500m lub 1 innej konstrukcji podziemnej

w technologii drążenia metodą górnictwą o długości co najmniej 500m lub 2 tuneli o łącznej długości co najmniej 500m.”.

Sprawa o sygn. akt KIO 173/18:

W dniu 29 stycznia 2018 r. wykonawca Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący Strabag”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na treść SIWZ w części obejmującej projekt przyszłej umowy w sprawie zamówienia, tj. Subklazuli 13.8 Warunków Szczególnych Kontraktu pkt I Waloryzacja in fine w zakresie postanowienia:

„W związku z wprowadzeniem waloryzacji umownej Strony wyłączają stosowanie art 357¹ KC, art. 3581 KC, art. 632 § 2 KC”.

Opisanej wyżej czynności Zamawiającego Odwołujący Strabag zarzucił naruszenie:

1. art. 3571 KC, art. 3581 KC, art. 632 § 2 KC w związku z art. 5, art. 3531 KC oraz art. 58 KC w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i rażące uprzywilejowanie w treści projektu umowy pozycji Zamawiającego, wbrew zasadom współzycia 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 ustawy Pzp 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, w tym okoliczności lub zdarzeń nieprzewidywalnych

3. art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3571 KC, art. 3581 KC, art. 632 § 2 KC 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.

Odwołujący Strabag wskazał, że we wszystkich trzech przepisach art. 357¹ KC, art. 3581 kc i art. 632 § 2 KC chodzi o zmianę umowy, której dokonuje sąd w wyroku poprzedzonym procesem sądowym. Artykuły 3571 KC i 3581 KC odnoszą się do wszystkich rodzajów zobowiązań umownych, w tym zobowiązań z umów o roboty budowlane, zaś art. 632 § 2 KC tylko do umów o dzieło oraz przez odpowiednie stosowanie do umów o roboty budowlane. Wszystkie analizowane przepisy mają charakter wyjątkowy i nadzwyczajny. Obowiązkiem stron umowy jest bowiem wykonanie zobowiązania zgodnie z jego treścią, zgodnie z zasadą pacta sunt servanda. Ewentualna rewizja czy modyfikacja treści zobowiązania może nastąpić za zgodą obu stron.

Odwołujący Strabag zauważył, że przepisy regulujące klauzule rebus sic stantibus nie uchylają obowiązku wykonania zobowiązania zgodnie z jego treścią, jednak umożliwiają uwzględnienie okoliczności zaistniałych po zawarciu umowy, których znaczenie dla wykonania zobowiązania okazuje się na tyle istotne, że ich pominięcie prowadziłoby do znacznego i nieusprawiedliwionego zachwiania równowagi umownej, a tym samym naruszenia reguł słuszności kontraktowej (Kodeks cywilny. Komentarz, tom III, Zobowiązania - część ogólna, pod red. A.Kidyby). Odwołujący Strabag stwierdził ponadto, że 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. Odpowiedź na tego rodzaju sytuacje stanowią wskazane wyżej regulacje kodeksowe. Regulacje te mają charakter wyjątkowy, co oznacza obowiązek ścisłej interpretacji tekstu prawnego. Odwołujący Strabag zwrócił uwagę, że 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. 3571 KC 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 KC). Jak zauważył Odwołujący Strabag, również w orzecznictwie sądowym podkreśla się wyjątkowość stosowania klauzuli rebus sic stantibus (art. 3571 KC), jak i przepisów pochodnych, tj. art. 3581 KC czy art. 632 § 2 KC. Świadczą o tym użyte przez ustawodawcę sformułowania: „nadzwyczajna zmiana stosunków”, „nadmierna trudność” lub „rażąca strata przy spełnieniu świadczenia”. Odwołujący Strabag podał również, że dorobku judykatury wykształcił się pogląd, że przez nadzwyczajną zmianę stosunków rozumieć należy taki stan rzeczy, który zdarza się rzadko, a jednocześnie jest niezwykle, niebywały, wyjątkowy, normalnie niespotykany.

Odwołujący Strabag wywiódł z ww. regulacji, że przesłanką zmiany może być zmiana stosunków, która była niemożliwa do przewidzenia na etapie nawiązania stosunku zobowiązaniowego. Odwołujący Strabag zaznaczył, że we wszystkich trzech przepisach chodzi o nieprzewidywalność okoliczności, które wystąpiły po zawarciu umowy. Odwołujący

Strabag stwierdził również, że z uwagi na sens omawianych regulacji, przepis art. 357¹ KC 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). Odwołujący Strabag wskazał, że pogląd ten znajdzie zastosowanie również do pozostałych omawianych regulacji, tj. art. 3581 KC oraz art. 632 § 2 KC.

Odwołujący Strabag podniósł ponadto, że zmiana umowy dotyczy wyłącznie sytuacji niemożliwych do przewidzenia, które powodowałyby dla zobowiązanego rażącą stratę, nadmierną trudność. Odwołujący Strabag zastrzegł przy tym, że okoliczności te dotyczą wyłącznie takich 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 - część 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 niezależnym od stron (por. wyrok SN z dnia 7 maja 1993 r., sygn. akt I CR 5/93, wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 14 września 2017 r., sygn. akt VI A Ca 166/17). Istotna zmiana obowiązujących przepisów prawnych może także oznaczać zmianę stosunków, o których mowa w art. 3571 KC, 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 nieprzewidywalności związanego z tym ryzyka.

Mając na uwadze powyższe rozważania Odwołujący Strabag zwrócił uwagę na wyjątkowość regulacji będących przedmiotem zaskarżenia, co w kontekście specyfiki umów zawieranych w reżimie zamówień publicznych nabiera szczególnego znaczenia. Wskazał, że ze względu na 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, jak zauważył Odwołujący Strabag, pogląd, że właściwością (naturą) stosunków zobowiązaniowych zawieranych w trybie ustawy Pzp jest ich niezmiennosc. 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.

Odwołujący Strabag stwierdził, że zaskarżonym odwołaniem postanowieniem umowy Zamawiający stawia wymóg uwzględnienia w ofercie przetargowej okoliczności, które nie zostały przewidziane w warunkach umowy czy opisie przedmiotu zamówienia. Oczekuje od

wykonawców skalkulowania w ofercie ryzyk niemożliwych do zidentyfikowania na etapie przygotowania oferty. Odwołujący Strabag podkreślił, że przepisy art. 3571 KC, 3581 KC czy 632 § 2 KC mają charakter szczególny; przesłanką sądowej zmiany umowy na każdej z omawianych podstaw jest wyjątkowość i nieprzewidywalność. Odwołujący Strabag wywiódł, że jeśli 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.

Z uwagi na powyższe, w ocenie Odwołującego Strabag, zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu swojej pozycji dominującej i skonstruowania umowy, która narusza przepisy art. 5 KC, 58 KC i 3531 KC. Odwołujący Strabag sprzeciwił się nadużywaniu przez Zamawiającego uprawnień w zakresie obarczenia wykonawców ryzykami niemożliwymi do zidentyfikowania, a tym samym niemożliwymi do skalkulowania w cenie oferty.

Odwołujący Strabag podał dodatkowo, że znane jest Odwołującemu 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 Strabag stwierdził, że rozumie powoływaną w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej argumentację, że Zamawiający nie ma możliwości swobodnego wyboru kontrahenta, ale niejako w zamian ma prawo kształtowania warunków umowy. To z kolei powoduje, że wykonawca często ma ograniczony wpływ 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” (wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r., sygn. akt X Ga 67/08).

Odwołujący Strabag oświadczył, że co do zasady nie kwestionuje uprawnień Zamawiającego do konstruowania warunków przyszłej umowy. Odwołujący Strabag przyznał, że Zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Jednocześnie Odwołujący Strabag zauważył, że zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego, uprawnienie Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 maja 2015 r., sygn. akt KIO 892/15).

Odwołujący Strabag przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca

2017 r. (sygn. akt KIO 409/17), w którym Izba wskazała, że z art. 353¹ KC 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 ustalenie 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 Strabag, 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.

W ocenie Odwołującego Strabag, dokonane w niniejszym postępowaniu zastrzeżenie jest nieskuteczne również z punktu widzenia regulacji art. 5 KC, 58 KC i 3531 KC. Odwołujący Strabag stwierdził, że sposób formułowania warunków umowy przez Zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 KC), ograniczeń swobody kontraktowania (3531 KC), a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 KC).

Zdaniem Odwołującego Strabag, w realiach naszej sprawy uprawniony jest zarzut, że Zamawiający nie może czynić ze swego prawa do ustalenia wzorca umownego użytku, który

jest sprzeczny ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego (zwłaszcza w sytuacji, gdy Zamawiający formułuje jednostronnie warunki umowy). Takie działanie, zgodnie z art. 5 KC nie powinno być uważane za wykonywanie prawa, a w konsekwencji nie powinno korzystać z ochrony prawnej. Odwołujący Strabag dodał, że umowne regulacje nie mogą sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego, co wynika wprost z przepisu art. 3531 KC. 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 współzycia społecznego. Jak wskazał Odwołujący Strabag, na treść zasad współzycia społecznego składają się elementy etyczne i socjologiczne, kształtowane przez oceny moralne i społeczne. W niniejszym postępowaniu, jak zauważył Odwołujący Strabag, w ramach pojęcia zasad współzycia 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 Strabag, rażąco nierównomierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontaktowym należy uznać za niedozwolone na gruncie art. 3531 KC w ramach kształtowania stosunków obligacyjnych, czemu rzetelny wykonawca musi się sprzeciwić. Powyższe, w przekonaniu Odwołującego Strabag, implikuje nieważność umowy w sprawie zamówienia publicznego zawierającej niedozwolone postanowienia, stosownie do treści art. 58 KC.

Dodatkowo Odwołujący Strabag wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 5 KC, w myśl którego nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Odwołujący Strabag stwierdził, że Zamawiający wykorzystał swoją pozycję w strukturze zamówień publicznych narzucając rażąco niekorzystne dla potencjalnych wykonawców postanowienie umowy. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego Strabag, za zasadny należy uznać zarzut nadużycia prawa przez Zamawiającego w trakcie tworzenia projektu umowy.

Odwołujący Strabag oświadczył, że jako podmiot profesjonalnie prowadzący działalność gospodarczą, realizujący inwestycje z zakresu infrastruktury drogowej, a co za tym idzie, ubiegający się o zamówienia publiczne w tym zakresie, nie godzi się na konsekwencje zapisu o wyłączeniu stosowania 3571 § 1 KC, 3581 § 3 KC i 632 § 2 KC.

Odwołujący Strabag wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany warunków przyszłej umowy poprzez wykreślenie postanowienia: „W związku z wprowadzeniem waloryzacji umownej Strony wyłączają stosowanie art. 3571 KC, art. 3581 KC, art. 632 § 2 KC”.

W toku postępowania strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

W dniu 9 października 2017 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 obaj Odwołujący się legitymują się interesem we wniesieniu środka 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.

Sprawa o sygn. akt KIO 145/18:

Izba stwierdziła, że zarzut Odwołującego PeBeKa naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 przez sporządzenie opisu warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy w sposób nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a także w sposób utrudniający uczciwą konkurencję nie potwierdził się.

Przedmiotowy zarzut dotyczył warunku udziału w postępowaniu sformułowanego przez Zamawiającego w sekcji III.1.3) pkt 1 lit. b) oraz III.1.3 pkt 1 ppkt 2 ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 7.2 ppkt 3 lit. a ppkt 2 Rozdziału 1 Tomu I SIWZ w następujący sposób:

„w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 zadania obejmującego budowę metodą górnictw lub tarczową 1 tunelu o długości co najmniej 500m lub 2 tuneli o łącznej długości co najmniej 500m”.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba miała na uwadze okoliczność, iż przedmiot zamówienia obejmuje m.in. budowę obiektów inżynierskich (tunele, estakady, mosty, wiadukty) w ciągu drogi ekspresowej, w tym 2 tunele, 5 estakad, 3 mosty, 1 przejazd oraz 1 przejście dla zwierząt. Długość dwukomorowych tuneli objętych przedmiotem zamówienia będzie wynosiła 834m i 1000m. Łączna długość tuneli, do których wybudowania będzie zobowiązany wykonawca, wyniesie zatem około 3 670m.

Izba zważyła ponadto, że zgodnie z pkt 2.1.13.2 Programu Funkcjonalno-Użytkowego tunel powinien zostać wyposażony w instalacje techniczne zapewniające jego prawidłową i bezpieczną eksploatację, w szczególności w system zasilania podstawowego i awaryjnego, system oświetlenia, system wentylacji, system nagłośnienia, system pomiaru CO, NO i widoczności, system wykrywania i sygnalizacji pożaru, system punktów alarmowych, system komunikacji radiowej służb ratowniczych i porządkowych, radio, system hydrantów przeciwpożarowych w tunelu, system odwodnienia, kanalizacji deszczowej, przeciwpożarowej i drenażowej, system przejść, ciągów ewakuacyjnych, system przesyłu danych, system monitoringu, sterowania i zarządzania, tj. system umożliwiający Zarządzanie Bezpieczeństwem i Ruchem w tunelu, wyposażenie techniczno-komunikacyjne tunelu, urządzenia pierwszej pomocy i inne w zależności od potrzeb wynikających z bezpieczeństwa i sprawnego zarządzania tunelem.

Wykonawca ma obowiązek na etapie projektu wykonawczego wykonać ocenę zagrożeń zawierających prognozę ruchu wraz z analizą ryzyka wypadków, w tym również w odniesieniu do przewozu materiałów niebezpiecznych, jak też symulację funkcjonowania zastosowania systemów i instalacji w środowisku testowym (systemy powinny być opracowane, wdrożone, oraz przejść testy skuteczności, co najmniej na 3 miesiące przed oddaniem tunelu do ruchu).

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że Odwołujący PeBeKa nie wykazał, że wykonanie konstrukcji podziemnych swoim zakresem prac, stopniem ich skomplikowania, zaangażowaniem personelu itp. odpowiada poziomem trudności budowie tunelu drogowego, tramwajowego czy metra. Odwołujący PeBeKa argumentował, iż konstrukcje podziemnie wykonywane są, podobnie jak tunele drogowe drążone metodą górnictw, pod reżimem ustawy Prawo geologiczne i górnicze. Odwołujący PeBeKa podał również, że konstrukcje podziemne wykonywane są w takiej samej technologii drążenia, jak tunele drogowe drążone metodą górnictw i przeznaczone są do ruchu pojazdów i ludzi, a także, że do realizacji konstrukcji podziemnych wykorzystywane są analogiczne maszyny i sprzęt, oraz zasoby ludzkie posiadające takie same uprawnienia, jak przy realizacji prac tunelowych. Przytoczone powyżej stwierdzenia są jednak natury ogólnej. Odwołujący nie podjął próby szczegółowego wykazania, że doświadczenie wykonawcy, który wybudował „inną konstrukcję podziemną w technologii drążenia metodą górnictw” będzie wystarczające dla należytej realizacji prawie 4 000m tunelu drogowego, w którym będą przebiegały drogi publiczne spełniające standardy prawa krajowego i unijnego, na wybudowanie którego składa się nie tylko jego wydrążenie, ale także szereg systemów związanych z odwodnieniem, oświetleniem, bezpieczeństwem użytkowników ruchu. W ocenie Izby, pozorne podobieństwo tunelu drogowego z wyrobiskiem górnictw, które starał się wykazać Odwołujący PeBeKa przy pomocy złożonych na rozprawie zdjęć, jest niewystarczające do uznania, że doświadczenie w budowie wyrobisk górnictw obejmuje taki zakres czynności, o takim poziomie skomplikowania, który pozwala na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Dodatkowo, co przyznał Odwołujący PeBeKa, brak jest legalnej definicji „konstrukcji podziemnej”, co mogłoby spowodować taki skutek, że zamówienie mogłoby zostać udzielone wykonawcy nie posiadającemu należytego doświadczenia, a to stwarzałoby niebezpieczeństwo, że wykonawca nie podoła realizacji

zamówienia w sposób prawidłowy.

Izba zważyła, że celem warunków udziału w postępowaniu jest zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w taki sposób, aby zamówienie zostało udzielone wykonawcy, który poprzez swoje doświadczenie daje gwarancję realizacji

zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Art. 22 ust. 1a ustawy Pzp zobowiązuje Zamawiającego do określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego

wykonania zamówienia, w szczególności przez wyrażenie ich jako minimalnych poziomów

zdolności. Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem, uwzględniającym dorobek prawa wspólnotowego i orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, przez proporcjonalność warunku w stosunku do przedmiotu zamówienia należy rozumieć zachowanie właściwej proporcji, brak nadmierności. Zamawiający określając warunki zobowiązany jest zatem ważyć zasadę poszanowania uczciwej konkurencji w stosunku do wykonawców oraz przesłankę prowadzącą do dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców, których wiedza i doświadczenie zapewnią należyte wykonanie zamówienia.

W przedmiotowej sprawie, wobec braku wykazania przez Odwołującego PeBeKa, że

budowa konstrukcji podziemnych stanowi doświadczenie pozwalające na należyłą realizację zamówienia obejmującego m.in. budowę tuneli drogowych o długości około 3 670m, Izba

stwierdziła, że brak jest podstaw do uznania, że warunek wybudowania 1 tunelu o długości 500m lub 2 tuneli o łącznej długości 500 m jest nadmierny, nieproporcjonalny i narusza uczciwą konkurencję. Izba wzięła przy tym pod uwagę okoliczność, że Zamawiający w celu poszerzenia konkurencji dopuścił w warunku udziału w postępowaniu doświadczenie

w budowie tunelu kolejowego i metra, jak również, że Zamawiający wydłużył do 10 lat okres, w jakim wykonawca mógł zdobyć właściwe doświadczenie, podczas gdy rozporządzenie

Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126) w § 2 ust. 4 pkt 1 za wystarczający uznaje okres 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

W tym stanie rzeczy, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Sprawa o sygn. akt KIO 173/18:

Zarzuty podniesione w odwołaniu wniesionym przez Odwołującą Strabag dotyczą postanowienia Subklauzuli 13.8 pkt I Szczególnych Warunków Kontraktu o treści: „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 zostało uchylone, dotyczą sytuacji zaistniałych po powstaniu zobowiązania, których strony nie mogły przewidzieć na etapie zawierania umowy, a które wiążą się z wyjątkowymi trudnościami czy stratą dla jednej ze stron.

Zgodnie z art. 3571 KC, 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 KC, 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,

choćby były ustalone w orzeczeniu lub umowie.

Art. 632 § 2 KC 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.

Ww. przepisy przewidują zatem mechanizmy o wyjątkowym charakterze, które mogą mieć zastosowanie wyłącznie w razie wystąpienia wskazanych w tych przepisach przesłanek. Znajdą one zastosowanie wyłącznie w przypadku zaistnienia zdarzeń, które w okolicznościach zawierania umowy nie mogły być uwzględnione. Wyjątkowość przepisów objętych zarzutami wyłącza jakiegokolwiek 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.

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

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

Odebranie stronom uprawnienia do sądowego uregulowania stosunków pomiędzy stronami w przypadku zaistnienia okoliczności, których strony nie mogły przewidzieć na etapie zawierania umowy zobowiązuje wykonawców do skalkulowania w cenie oferty ryzyk, których na etapie składania oferty nie są w stanie określić. Takie działanie może skutkować nie tylko wzrostem cen za wykonanie danego przedmiotu zamówienia, ale też nieporównywalnością ofert, jako że poszczególni wykonawcy mogą inaczej próbować ocenić charakter niemożliwych do zidentyfikowania ryzyk, ich poziom oraz inaczej je skalkulować. Nałożenie na wykonawców obowiązku uwzględnienia w ofercie zdarzeń nadzwyczajnych i nieprzewidywalnych stanowi o niejednoznacznym i niewyczerpującym opisie przedmiotu zamówienia, dokonany wbrew dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten zobowiązuje Zamawiającego do uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia, a więc i w warunkach kontraktu określających przedmiot i sposób wykonania zamówienia, wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Rezygnacja z przedmiotowych klauzul może również skutkować naruszeniem uczciwej konkurencji zważywszy na okoliczność, że tylko wykonawcy posiadający znaczne rezerwy finansowe, pozwalające na sfinansowanie ewentualnych strat powstałych w wyniku zaistnienia

niemożliwych do przewidzenia sytuacji, będą mogli pozwolić sobie na złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu. Tymczasem, zgodnie z zasadami zamówień publicznych uregulowanymi w art. 7 ust. 1 i 29 ust. 2 ustawy Pzp, opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję.

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 § 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 :