

Warszawa, 23.07.2018 r.

PREZES KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Skarb Państwa
Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad
ul. Wronia 53
00-874 Warszawa

Prowadzący postępowanie:

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie
Ul. Mogińska 25
31-542 Kraków
Tel: (48) (12) 616 37 13; 417-21-83; 417-21-79; 417-25-00
Faks: (48) (12) 411-01-18
Email: atrzesniewska@gddkia.gov.pl
www.gddkia.gov.pl

Osoba do kontaktów:

Aneta Trześniewska

Odwołujący:

Polski Związek Pracodawców Budownictwa
Ul. Kaliska 23 lok. U4
02-316 Warszawa
tel: + 48 221149526
e-mail: sekretariat@pzpb.com.pl

Dotyczy:

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i budowa obwodnicy m. Zator w ciągu drogi krajowej nr 28.

numer referencyjny: O.KR.D-3.2410.2.2018.

Numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 2018/S 133-301962

Odwołanie składane jest w postępowaniu, w którym wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 PZP.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu **Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa** na podstawie pełnomocnictwa, którego odpis przedkładałam w załączeniu w oparciu o przepis art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej w skrócie „PZP”, Dz. U. z 2010r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), wnoszę odwołanie na treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „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 § 3 KC, art. 632 § 2 KC”

Opisanej wyżej czynności Zamawiającego zarzucam naruszenie:

1. art. 357¹ k.c., art. 358¹ § 3 k.c., art. 632 § 2 k.c. w związku z art. 5, art. 353¹ k.c. oraz art. 58 k.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 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. 357¹ k.c., art. 358¹ 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.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu zmiany warunków przyszłej umowy poprzez wykreślenie postanowienia: „W związku z wprowadzeniem waloryzacji umownej Strony wyłączają stosowanie art. 357¹ KC, art. 358¹ § 3 KC, art. 632 § 2 KC”

Interes prawny:

Zgodnie z art. 179 ust. 2 PZP środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia przysługują również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 154 pkt 5 PZP. Zgodnie z art. 154 pkt 5 PZP Prezes Urzędu Zamówień Publicznych prowadzi i ogłasza na stronie internetowej Urzędu listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej.

Odwołujący wnosi niniejsze odwołanie od treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako organizacja wpisana dnia 22 lipca 2005r. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na listę organizacji uprawnionych do wnoszenia środków ochrony prawnej (nr decyzji: LO/2963/05).

W przypadku Odwołującego interes w uzyskaniu zamówienia, poniesienie szkody oraz możliwość jej poniesienia w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP nie stanowią przesłanki wniesienia odwołania.

Termin:

W dniu 13.07.2018r. Zamawiający opublikował treść SIWZ oraz jej załączniki na swojej stronie internetowej, wniesienie odwołania następuje zatem przy zachowaniu terminu przewidzianego treścią przepisu art. 182 ust. 2 pkt 1 PZP.

Uzasadnienie

Kwestionowanym przez odwołującego postanowieniem projektu umowy Zamawiający usiłuje wyłączyć możliwość stosowania przepisów art. 357 ¹ k.c. art. 358 ¹ k.c., art. 632 § 2 k.c. w ramach stosunku zobowiązaniowego, jaki zostanie nawiązany w wyniku rozstrzygnięcia niniejszego postępowania. Przepisy te stanowią podstawę żądania sądowej zmiany treści tego stosunku w nadzwyczajnych, niemożliwych do przewidzenia sytuacjach.

I tak, art. 357¹ § 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 rażąco strata, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy.

Art. 357¹ § 1 k.c.

„Jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąco strata, 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”

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**.

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.”

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**.

Art. 632 § 2 k.c.

„Jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę”.

We wszystkich trzech przepisach chodzi o zmianę umowy, której dokonuje Sąd w wyroku, poprzedzonym procesem sądowym. Artykuły 357¹ i 358¹ 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. 357¹, 358¹ k.c. i 632 § 2 k.c. odnoszą się natomiast do sytuacji niemożliwych do przywiedzenia.

Przepisy regulujące klauzule *rebus sic stantibus* nie uchylają obowiązku wykonania zobowiązania zgodnie z jego treścią. Umożliwiają jednak 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. 357¹ 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. 357¹ k.c.), jak i przepisów pochodnych, tj. art. 358¹ 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 niezwykle, niebywały, wyjątkowy, normalnie niespotykany.

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. 357¹ 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. 358¹ k.c. oraz art. 632 § 2 k.c.

W kontekście omawianych przepisów należy zwrócić szczególną uwagę na to, że zmiana umowy dotyczy wyłącznie sytuacji niemożliwych do przewidzenia, które spowodowałyby dla zobowiązanego rażącą stratę, nadmierne trudności. Zastrzec przy tym należy, że okoliczności te dotyczą wyłącznie sytuacji, gdy spełnienie świadczenia jest ekonomicznie nieracjonalne dla każdego z rozsądnych uczestników obrotu, a nie tylko dla konkretnego dłużnika. (*System prawa cywilnego, Tom 5 Prawo zobowiązań – 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 niezależne od stron (por. wyrok SN z dnia 7 maja 1993 r., I CR 5/93, LEX nr 374455, wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie VI A Ca 166/17 z 14.09.2017r. LEX 2402381). Istotna zmiana obowiązujących przepisów prawnych może także oznaczać zmianę stosunków, o których mowa w art. 357¹ 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 nieprzewidywalności związanego z tym ryzyka, możliwych do przypisania szerszej grupie.

Mając na uwadze powyższe rozważania odwołujący zwraca 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 PZP umowy te, co do zasady cechuje stałość. Wyłącznie okoliczności przewidziane w projekcie umowy lub okoliczności przewidziane w art. 144 PZP mogą stanowić podstawę zmiany umowy. W tym zakresie uprawniony jest pogląd, że **właściwością (naturą) stosunków zobowiązaniowych zawieranych w trybie ustawy PZP jest ich niezmienność**. Wykonawca na etapie kalkulacji oferty przetargowej zobowiązany jest w oparciu o dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia oszacować swoje wynagrodzenie, uwzględniając w nim ryzyka związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Ryzyka te odnoszą się do konkretnego zamówienia, opisanego przez Zamawiającego z uwzględnieniem zasad wynikających z przepisów 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.

Zaskarżonym niniejszym odwołaniem postanowieniem umowy Zamawiający stawia wymóg uwzględnienia w ofercie przetargowej okoliczności, które nie zostały przewidziane w warunkach umowy czy opisie przedmiotu zamówienia. **Oczekuje tym samym od wykonawców skalkulowania w ofercie ryzyk niemożliwych do zidentyfikowania na etapie przygotowania oferty**. Jak wyżej wskazano, przepisy art. 357¹ k.c., 358¹ 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 do założenia w postępowaniu ofert, które nie będą porównywalne. Każdy rozsądny wykonawca ryzyka ta skalkuluje w odmienny sposób, opierając się wyłącznie na spekulacjach.

W powyższym zakresie zasadny jest więc zarzut naruszenia przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu swojej pozycji dominującej i skonstruowania umowy, która narusza wskazane na wstępie przepisy art. 5 k.c., 353¹ k.c. i 58 k.c. Kwestionowane niniejszym odwołaniem działanie Zamawiającego wymaga stanowczej krytyki. Odwołujący sprzeciwia się nadużywaniu przez Zamawiającego swoich uprawnień w zakresie obarczania wykonawców ryzykami niemożliwymi do zidentyfikowania, a tym samym niemożliwymi do skalkulowania w cenie oferty.

Odwołującemu znane 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).

W wyroku z 17.03.2017r. (sygn. KIO 409/17) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że z art. 353¹ k.c. wynika przyzwolecie na faktyczną nierówność stron umowy, o ile jest ona objęta ich zgodnym zamiarem. Powoływanie się tylko na wspomnianą regulację, poparte twierdzeniem o nieprawidłowym, nadmiernie obciążającym wykonawcę, rozkładzie ryzyk kontraktowych, nie jest wystarczające do ingerencji w treść przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odpowiedzią na jednostronne ustalanie przez zamawiającego rozkładu ryzyk w umowie jest jednostronne **uprawnienie wykonawcy do określenia w ofercie ceny, za którą gotów jest zrealizować zamówienie. Dopóki postanowienia wzoru umowy zawierają informacje pozwalające wykonawcy skalkulować wspomniane ryzyka, dopóty brak jest podstaw do interwencji KIO w kształt stosunku obligacyjnego, jaki zostanie nawiązany w następstwie udzielenia zamówienia publicznego.** W ocenie Odwołującego, wykonawca ma prawo zapewnić sobie ekwiwalentność świadczenia zamawiającego przez żądanie wynagrodzenia z tytułu nałożonego na niego ryzyka. W realiach niniejszej sprawy wykonawca nie ma jednak możliwości skalkulowania w cenie oferty ryzyk, które w swej istocie mają charakter nieprzewidywalny. Nie

istnieją tym samym podstawy do ujęcia ich w ofercie, chyba, że wyłącznie w oparciu o dowolne spekulacje, które dla każdego z wykonawców będą inne, a tym samym nieporównywalne.

W ocenie Odwołującego, dokonane w niniejszym postępowaniu zastrzeżenie należy ocenić jako nieskuteczne z punktu widzenia wskazanych wyżej regulacji art. 5 k.c., 58 k.c. i 353¹ k.c. Sposób formułowania warunków umowy przez Zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 k.c.), ograniczeń swobody kontraktowania (353¹ k.c.) a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 k.c.).

W realiach naszej sprawy uprawniony jest zarzut, że Zamawiający nie może czynić ze swego prawa do ustalenia wzorca umownego użytek, który jest sprzeczny ze społeczno – gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub 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. 353¹ k.c. Zasada swobody umów stanowi, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Na treść zasad współżycia społecznego składają się elementy etyczne i socjologiczne, kształtowane przez oceny moralne i społeczne. W niniejszym postępowaniu w ramach pojęcia zasad współżycia społecznego na szczególną uwagę zasługują zasady sprawiedliwości kontraktowej, uczciwości kupieckiej, równej pozycji stron umowy. Zasady te znajdują zastosowanie w umowach wzajemnych, w tym też umowach w sprawie zamówień publicznych. W ocenie odwołującego rażąco nierównomierne obciążenie Wykonawcy ryzykiem kontraktowym 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 zaznaczyć, 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. 357¹ § 1 k.c., 358¹ § 3 k.c. i 632 § 2 k.c., które w istocie odnoszą się do sytuacji nieprzewidywalnych.

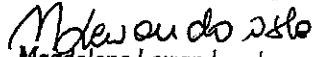
Odwołujący wnosi o uwzględnienie przedstawionej w niniejszym odwołaniu argumentacji. Zapewni to wykonawcom ubiegającym się o niniejsze zamówienie warunki do kalkulacji ceny

ofertowej z poszanowaniem zasad konkurencyjności, w oparciu o opis przedmiotu zamówienia dający szansę na złożenie porównywalnych ofert. Odwołujący 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 k.c., 358¹ § 3 k.c. i 632 § 2 k.c. Zaskarżona czynność Zamawiającego godzi w powołane na wstępie przepisy.

Podobny pogląd wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 15.02.2018r. (KIO 173/18) oraz w wyroku z 10.07.2018r. (KIO 1266), w wyniku których Zamawiający został zobowiązany do usunięcia z warunków umowy kwestionowanego zapisu.

WICEPREZES ZARZĄDU

Rafał Baldys-Rembowski

DYREKTOR BIURA PZPB

Magdalena Lewandowska

Załączniki:

1. Dowód uiszczenia opłaty od odwołania,
2. Dowód przekazania kopii odwołania zamawiającemu,
3. Pełnomocnictwo wraz z KRS odwołującego.

POLSKI ZWIĄZEK
PRACODAWCÓW BUDOWNICTWA
02-316 Warszawa, ul. Kaliska 23, lok. U4
tel. 22 114 95 26
NIP: 526-27-86-889, REGON: 015796734