

Sygn. akt: KIO 3718/21

WYROK
z dnia 17 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 14 stycznia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2021 r. przez **wykonawcę FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego POLSKĄ GRUPĘ GÓRNICZĄ S.A. z siedzibą w Katowicach**

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze** w zakresie zarzutów nr 1 i 2 odwołania uwzględnionych przez zamawiającego, dotyczących terminu płatności.
- 2. W pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: usunięcie w całości § 3 ust. 13 Załącznika nr 5 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego”.**
- 3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego POLSKĄ GRUPĘ GÓRNICZĄ S.A. z siedzibą w Katowicach i**
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od zamawiającego POLSKIEJ GRUPY GÓRNICZEJ S.A. z siedzibą w Katowicach na rzecz wykonawcy FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – POLSKA GRUPA GÓRNICZA S.A. z siedzibą w Katowicach - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. *„Dzierżawa kombajnów ścianowych wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej dla PGG S.A. Oddział KWK ROW Ruch Rydułtowy”*, nr postępowania: 502100619. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 grudnia 2021 r., za numerem 2021/S 245-647971.

W dniu 23 grudnia 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec następujących postanowień SWZ:

I. § 4 ust. 8 pkt 1 lit. a) oraz pkt 2 lit a) Załącznika nr 5 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” - w zakresie w jakim wprowadza termin płatności wynoszący 120 dni od zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego (dla Wykonawców posiadających status dużego przedsiębiorcy), a ze względu na przepisy ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych w przypadku Wykonawcy spełniającego warunki do zakwalifikowania go do kategorii mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw określonych w Załączniku 1 do Rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 roku uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu (Dz. Urz. UE L187 z 26.06.2014 r.), wprowadza termin płatności wynoszący 60 dni od zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego;

II. § 4 ust. 8 pkt 2 lit c) Załącznika nr 5 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” – w zakresie w jakim Zamawiający wymaga od Wykonawcy złożenia oświadczenia, że Strony zgodnie oświadczają, że termin 120 dniowy, o którym mowa w powyższym ustępie, został ustalony w dobrej wierze, z zastosowaniem zasady rzetelności oraz w zgodzie z dobrymi praktykami handlowymi. Strony potwierdzają, że termin, o którym mowa powyżej, uwzględnia właściwości przedmiotu świadczenia Wydierżawiającego, w tym w szczególności czas

potrzebny Dzierżawcy na wykorzystanie przedmiotu świadczenia zgodnie z przeznaczeniem, a także termin realizacji świadczenia przez Wydierżawiającego;

III. § 3 ust. 13 Załącznika nr 5 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” – w zakresie w jakim Zamawiający zastrzega sobie możliwość nabycia części zamiennych dzierżawionych kombajnów ścianowych podlegających zwrotowi po okresie dzierżawy, w wyniku złożenia Wykonawcy jednostronnego oświadczenia (informacji) o zakupie części za bliżej nieokreśloną cenę ustalaną przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy pzp, poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji, a tym samym ją utrudniający, a także nie zapewniający równego traktowania wykonawców w szczególności poprzez wprowadzenie zróżnicowanego terminu płatności za realizując przedmiotu umowy przez wykonawcę w zależności od posiadanego przez niego statusu mikro, małego, średniego bądź dużego przedsiębiorcy co ma bezpośredni wpływ na kalkulację oferty składanej przez poszczególnych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu,

2. art. 353(1) k.c. w zw. z art. 5 k.c. i w zw. z art. 8 ust.1 ustawy pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (dalej „Ustawa o terminach zapłaty”) poprzez sformułowanie postanowień § 4 ust. 7 pkt 2 lit b) Załącznika nr 5 do SWZ w sposób sprzeciwiający się właściwości (naturze) stosunku prawnego, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego oraz poprzez narzucenie w projekcie Umowy oświadczeń, które zgodnie z ustawą powinny być wynikiem wzajemnych uzgodnień stron, a na które Odwołujący nie wyraża zgody,

3. art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy pzp, poprzez wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy, zastrzeżenia, które powoduje, iż opis przedmiotu zamówienia jest dokonany w sposób niejednoznaczny i wskazuje na wymagania dotyczące dostawy, które nie są związane z przedmiotem zamówienia i są nieproporcjonalne do uzasadnionych potrzeb i celów zamawiającego wynikających z przedmiotu zamówienia,

4. art. 99 ust. 2 w zw. z art. 441 ust. 1 ustawy pzp, poprzez wprowadzenie do SWZ opcji polegającej na zastrzeżeniu możliwości zakupu przez Zamawiającego używanych części zamiennych kombajnu ścianowego w ramach zawartej umowy o udzielenie zamówienia

publicznego, którego przedmiotem jest dzierżawa kombajnu ścianowego, w postaci nieprecyzyjnych i niejednoznacznych postanowień umownych, które nie określają maksymalnej wartości opcji ani okoliczności skorzystania z opcji,

5. art. 353(1) k.c. w zw. z art. 535 § 1 k.c. i w zw. z art. 5 k.c. oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp, poprzez sformułowanie postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz ustalenie projektowanych postanowień umowy w sposób sprzeczny z właściwością i naturą stosunku zobowiązaniowego i naruszający zasady współżycia społecznego, jak również w sposób powodujący rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego, w zakresie, w jakim zamawiający zastrzega sobie możliwości, w wyniku jednostronnie złożonego przez zamawiającego oświadczenia, nabycia (zakupu) używanych części zamiennych dzierżawionego kombajnu, na co wykonawca nie będzie miał żadnego wpływu ani nie będzie takiego oświadczenia (oferty zakupu) odrzucić,

6. art. 353(1) k.c. w zw. z art. 556 k.c. i w zw. z art. 5 k.c. oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp, poprzez sformułowanie postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz ustalenie projektowanych postanowień umowy w sposób sprzeczny z właściwością i naturą stosunku zobowiązaniowego i naruszający zasady współżycia społecznego, jak również w sposób powodujący rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego, w jakim zamawiający zastrzega sobie możliwości nabycia (zakupu) używanych części zamiennych dzierżawionego kombajnu w wyniku jednostronnie złożonego przez oświadczenia po zakończeniu okresu dzierżawy z zachowaniem uprawnień wynikających z rękojmi za wady rzeczy sprzedanej.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu modyfikacji postanowień SWZ:

- 1) w zakresie § 4 ust. 8 pkt 1 lit a) oraz pkt 2 lit a) Załącznika nr 5 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” poprzez wprowadzenie jednolitego terminu płatności faktur wynoszącego 60 dni od zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego, bez względu na posiadany przez wykonawcę status mikro, małego, średniego czy też dużego przedsiębiorcy,
- 2) w zakresie § 4 ust. 8 pkt 2 lit c) Załącznika nr 5 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” poprzez jego usunięcie w całości,
- 3) w zakresie § 3 ust. 13 Załącznika nr 5 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” poprzez jego usunięcie w całości.

Ponadto, Odwołujący wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym.

W związku ze złożonym przez Zamawiającego w dniu 29 grudnia 2021 r. oświadczeniem o częściowym uwzględnieniu odwołania w zakresie zarzutu 1 i 2 odwołania Izba przedstawia uzasadnienie odwołania w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego.

Uzasadnienie zarzutu ad 3 do ad 6 wobec treści postanowienia SWZ wskazanego w pkt III.

Zamawiający w treści załączniki nr 5 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” w § 3 (Cena i sposób rozliczeń) w ustępie 13 wprowadził zastrzeżenie o następującej treści: „Dzierżawca ma prawo nabycia części zamiennych, za wyjątkiem elementów złącznych (np. śruby, złącza) lub szybkozużywających się (tj.: uszczelnienia gumowe i metalowo-gumowe, przewody hydrauliczne, przewody wodne (za wyjątkiem przewodów metalowych), uchwyty nożowe, tuleje nożowe, wkładów filtrów wodnych i olejowych) lub nieobjętych gwarancją na następujących zasadach: 1) Dzierżawca poinformuje Wydzierżawiającego w terminie 21 dni, liczonych od dnia upływu terminu do zwrotu danej części zamiennej o jej zakupie. 2) Dzierżawca zapłaci Wydzierżawiającemu wynagrodzenie stanowiące odpowiednio: a) Jeżeli dana część była używana przez Dzierżawcę w okresie eksploatacji przedmiotu dzierżawy wynoszącym do 12 miesięcy, to wynagrodzenie brutto należne Wydzierżawiającemu będzie stanowiło równowartość 80% wartości części wg cen obowiązujących dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. przy zakupie części nowych, a w przypadku braku cennika aktualnego na dzień zwrotu przedmiotu dzierżawy, wg cen z ostatniego obowiązującego dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. cennika części nowych (cennik części serwisowych lub cennik z umów na dostawy części), jeżeli brak jest możliwości wyceny w oparciu o cenniki wg oferty od Wydzierżawiającego b) Jeżeli dana część była używana przez Dzierżawcę w okresie eksploatacji przedmiotu dzierżawy wynoszącym od 12 do 24 miesięcy, to wynagrodzenie brutto należne Wydzierżawiającemu będzie stanowiło równowartość 60% wartości części wg cen obowiązujących dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. przy zakupie części nowych, a w przypadku braku cennika aktualnego na dzień zwrotu przedmiotu dzierżawy, wg cen z ostatniego obowiązującego dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. cennika części nowych (cennik części serwisowych lub cennik z umów na dostawy części), jeżeli brak jest możliwości wyceny w oparciu o cenniki wg oferty od Wydzierżawiającego c) Jeżeli dana część była używana przez Dzierżawcę w okresie eksploatacji przedmiotu dzierżawy wynoszącym powyżej 24 miesięcy, to wynagrodzenie brutto należne Wydzierżawiającemu

będzie stanowiło równowartość 40% wartości części wg cen obowiązujących dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. przy zakupie części nowych, a w przypadku braku cennika aktualnego na dzień zwrotu przedmiotu dzierżawy, wg cen z ostatniego obowiązującego dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. cennika części nowych (cennik części serwisowych lub cennik z umów na dostawę części), jeżeli brak jest możliwości wyceny w oparciu o cenniki wg oferty od Wyzdierżawiającego. 3) W przypadku zapłaty Wyzdierżawiającemu wynagrodzenia, o którym mowa powyżej Dzierżawca nabywa prawa własności do danej części.” W ocenie Odwołującego powyższe postanowienie Załącznika nr 5 do SWZ należy postrzegać, jako próbę wprowadzenia do dokumentów zamówienia regulacji umożliwiających Zamawiającemu na etapie realizacji umowy skorzystania z możliwości dokonywania zakupów części zamiennych do kombajnów po korzystnych dla Zamawiającego cenach, z pokrzywdzeniem Wykonawcy i z pominięciem stosowania trybów dokonywania zamówień przewidzianych w ustawie. Zastrzeżenie takie można postrzegać jako skonstruowane w osobiwy i wadliwy sposób prawa opcji. Opcja wprowadzona tym postanowieniem ma polegać na ewentualnym dokonaniu przez Zamawiającego od Wykonawcy zakupu części zamiennych kombajnu ścianowego będącego przedmiotem dzierżawy, które powinny zostać przez Zamawiającego zwrócone Wyzdierżawiającemu po okresie dzierżawy. Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu zgodnie z treścią części III pkt 1 SWZ jest Dzierżawa kombajnów ścianowych wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej dla PGG S.A. Oddział KWK ROW Ruch Rydułtowy: a) Dzierżawa kombajnu ścianowego dla eksploatacji ściany IV-E-E1 w pokładzie 712/1-2+713/1-2 wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej dla PGG S.A. Oddział KWK ROW Ruch Rydułtowy b) Dzierżawa kombajnu ścianowego dla eksploatacji ścian VI-E1, VII-E1 w pokładzie 713/1-2 wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej dla PGG S.A. Oddział KWK ROW Ruch Rydułtowy. W punkcie 2 części III SWZ wskazano, że realizacja dzierżawy planowana w okresie: c) Zadanie nr 1 - 705 dni, w tym 100 dni na prawach opcji. d) Zadanie nr 2 - 760 dni, w tym 100 dni na prawach opcji. Zasady skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji zasygnalizowanego w tym punkcie i opisanego w treści SWZ, polegającego na wydłużeniu okresu dzierżawy nie budzą wątpliwości Odwołującego. Warunki skorzystania z tego prawa opcji zostały bowiem określone w dokumentach postępowania, w tym w § 5 ust. 11 – 13 Załącznika nr 5 do SWZ. Natomiast wprowadzona przez Zamawiającego w § 3 ust. 13 Załącznika nr 5 do SWZ możliwość nabycia części zamiennych, budzi poważne zastrzeżenia jeżeli miałaby ona być oceniana jako prawo opcji. Zgodnie bowiem z art. 441 ust. 1 ustawy pzp Zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych,

precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki: 1) określają rodzaj i maksymalną wartość opcji; 2) określają okoliczności skorzystania z opcji; 3) nie modyfikują ogólnego charakteru umowy. W ocenie Odwołującego wprowadzone postanowieniem § 3 ust. 13 Załącznika nr 5 do SWZ prawo nabycia przez Zamawiającego części zamiennych na zasadach określonych w tym postanowieniu, nie spełnia wymogów art. 441 ust. 1 ustawy pzp, zatem nie jest prawidłowo zastrzeżoną opcją. Nie sposób jednak dla takiego zastrzeżenia znaleźć innego wyjaśnienia, jak takie, że zamiarem Zamawiającego było zastrzeżenie opcji, tyle że zostało dokonane w sposób nieprawidłowy, bo nie uwzględniający wymogów określonych w art. 441 ust. 1 ustawy pzp. W ocenie Odwołującego skarżone postanowienie § 3 ust. 13 Załącznika nr 5 do SWZ ma na celu z jednej strony ograniczenie odpowiedzialności materialnej Zamawiającego za niezwrócenie części przedmiotu dzierżawy, ale z drugiej strony zapewnienie Zamawiającemu możliwości dokonywania, po okresie dzierżawy, zakupu po korzystnych cenach używanych części zamiennych kombajnów, z pominięciem procedur przetargowych i z pokrzywdzeniem Wykonawcy. Wprowadzone postanowienie może doprowadzić do sytuacji, w której Zamawiający nie będzie zainteresowany zwrotem kompletnego przedmiotu dzierżawy do Wydierżawiającego, gdyż korzystniejszym dla niego będzie zatrzymanie części i podzespołów kombajnów, które powinny zostać zwrócone, za zapłatą ceny nie stanowiącej ekwiwalentu faktycznej wartości tych niezwróconych części. Nabyte w taki sposób części, które mogą być w pełni zdatne do dalszego użytku, Zamawiający potencjalnie będzie mógł wykorzystać we własnych kombajnach ścianowych, unikając jednocześnie dokonywania zakupu części zamiennych do nich z zastosowaniem procedur przetargowych. Sposób, w jaki Zamawiający przewidział opcję we wprowadzonym postanowieniu załącznika nr 5 niewątpliwie nie określa także maksymalnej wartości opcji (art. 441 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp), ani okoliczności, w jakich Zamawiający zamierza skorzystać z tego prawa (art. 441 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp). Natomiast wątpliwości może także budzić to, czy tak skonstruowana opcja, nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy. Wprawdzie zarówno dzierżawa, która jest przedmiotem zamówienia głównego, jak i sprzedaż będąca przedmiotem zastrzeżonej opcji, mieszczą się w definicji dostawy określonej w art. 7 pkt 4 ustawy pzp, jednak z punktu widzenia cywilnoprawnego są to umowy o odmiennym charakterze. W ocenie Odwołującego zastrzeżenie prawa opcji polegającej na możliwości zawarcia między Zamawiającym (Dzierżawcą), a Wykonawcą (Wydierżawiającym) umowy sprzedaży części w ramach zawartej umowy dzierżawy stanowi opis opcji nie spełniający także warunku określonego w art. 441 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, bo modyfikuje ogólny charakter umowy. Kwestionowanym postanowieniem Zamawiający, w ramach umowy o udzielenie zamówienia publicznego,

która ma zostać zawarta w wyniku prowadzonego postępowania tj. umowy dzierżawy, zastrzega możliwość zawarcia odrębnej umowy – umowy sprzedaży części zamiennych, lecz w żaden sposób nie określa w treści SWZ warunków tej umowy ani nie przedstawia projektowanych postanowień takiej umowy. Pomimo posiadania przez Zamawiającego stosunkowo szerokiej swobody w określaniu zakresu zamówienia objętego prawem opcji, tj. zasadniczo takiej samej jak przy określaniu gwarantowanego zakresu zamówienia, to niezbędne jest, aby świadczenia lub obowiązki mieszczące się w tym zakresie zostały sprecyzowane w dokumentach zamówienia. Zamawiający nie tylko zobowiązany jest do określenia zakresu opcjonalnego zamówienia, ale również opisanie opcjonalnego przedmiotu zamówienia przy zachowaniu takich samych wymogów, jakie zostały ustanowione względem opisywania gwarantowanej części zamówienia, tj. w szczególności przy poszanowaniu dyrektyw wynikających z art. 99 ust. 1 ustawy pzp, tj. przepisu nakazującego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Powyższe znajduje swoje potwierdzenie m.in. w wyroku KIO z 21 grudnia 2020 r., sygn. akt: KIO 3146/20. Także Urząd Zamówień Publicznych w wydanej na podstawie ustawy pzp z 2004 r. opinii dotyczącej prawa opcji, która w swych głównych тезach, zachowuje aktualność także w obecnym stanie prawnym, wskazał m.in. „Należy mieć przy tym na uwadze treść art. 140 ust. 1 ustawy dPZP, zgodnie z którym zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Ustęp 3 art. 140 ustawy dPZP stanowi natomiast, że umowa podlega unieważnieniu w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.” (W obecnym stanie prawnym kwestia ta jest uregulowana w art. 441 ust. 2 ustawy pzp, zgodnie z którym Czynności dokonane na podstawie postanowień umownych przewidujących opcje z naruszeniem ust. 1 podlegają unieważnieniu.) „Skorzystanie z prawa opcji nie może zatem stanowić obejścia przepisów prawa zamówień publicznych. Zamawiający nie może więc, powołując się na prawo opcji, wprowadzać do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, do wzoru czy warunków umowy, zapisów umożliwiających realizację przyszłych, ewentualnych zamówień w zakresie wykraczającym poza przedmiot zamówienia określony dla konkretnego postępowania, oszacowany z należytą starannością stosownie do reguł określonych art. 32 lub 34 ustawy dPZPi (art. 28 ustawy pzp).” Z punktu widzenia wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, skarżone postanowienie powoduje, że skalkulowanie adekwatnej ceny ofertowej staje się niemożliwe, gdyż wykonawca pozostaje w niepewności do faktycznego zakresu przedmiotu zamówienia i charakteru umowy jaka ma być zawarta w wyniku przeprowadzonego

postępowania. Chociaż z treści SWZ i ogłoszenia wynika, że przedmiotem zamówienia jest dzierżawa kombajnu ścianowego, to w wyniku wprowadzonego do SWZ postanowienia o możliwości nabycia części zamiennych, może okazać się, że Zamawiający zamiast zwrócić po okresie dzierżawy kompletny przedmiot dzierżawy, zdecyduje się zakupić części zamienne przedmiotu dzierżawy, a więc dodatkowo dojdzie do zawarcia umowy sprzedaży. Bazując na tak skonstruowanych zapisach SWZ, wykonawca nie jest jednak w stanie określić jaką część przedmiotu dzierżawy Zamawiający zwróci, a jaką część zdecyduje się nabyć po okresie dzierżawy, wobec czego nie może prawidłowo skalkulować oferty. Z kwestionowanego postanowienia § 3 ust.13 Załącznika nr 5 do SWZ nie wynika także, aby wykonawca miał możliwość odmowy wobec decyzji Zamawiającego o nabyciu części zamiennych kombajnu (możliwość nie przyjęcia oferty zakupu). Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, iż wskazany w skarżonym postanowieniu sposób ustalenia ceny części, które ewentualnie Zamawiający miałby nabyć od wykonawcy, jest niezrozumiały i nieprecyzyjny. Zamawiający posłużył się bowiem określeniem „wg cen obowiązujących dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. przy zakupie części nowych” nie wskazuje jednak na żadne konkretne kwoty, ani też nie precyzuje na jakiej podstawie owe obowiązujące ceny mają być ustalane tj. o jakich dokładnie cennikach mowa w tym postanowieniu. Ponadto trzeba mieć na uwadze treść art. 555 § 1 k.c. wskazującego, że przez umowę sprzedaży sprzedawca zobowiązuje się przenieść na kupującego własność rzeczy i wydać mu rzecz, a kupujący zobowiązuje się rzecz odebrać i zapłacić sprzedawcy cenę. W świetle przyjętej przez Zamawiającego konstrukcji zawarcia umowy sprzedaży, pomiędzy stronami nie dojdzie do faktycznego wydania przedmiotu sprzedaży (części zamiennych). Kupujący w tym wypadku będzie dysponował już przedmiotem sprzedaży, a jego stan i faktyczna wartość sprzedawcy nie będzie znana nie będzie miał możliwości podjęcia świadomej decyzji w zakresie ceny sprzedaży. Cena będzie jednostronnie ustalona przez Zamawiającego, w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny, o czym była już mowa wyżej. Tak ustalona cena prawdopodobnie nie będzie ekwiwalentem faktycznej wartości sprzedawanego przedmiotu. Odwołujący wskazał, że cena jako element istotny zawieranej umowy sprzedaży, powinna być ustalona zgodnie przez strony i powinna ona odpowiadać faktycznej wartości sprzedawanej rzeczy. Natomiast w sytuacji gdy do ustalenia ceny dochodzi de facto jednostronnie przez Zamawiającego, to wykonawca, jako sprzedający powinien mieć możliwość swobodnego podjęcia decyzji, co do tego, czy chce daną rzecz za taką cenę Zamawiającemu sprzedać, czy też odrzuca ofertę zakupu. Zamawiający w projektowanych postanowieniach umowy nie przewiduje możliwości odrzucenia oferty zakupu części, lecz przyznaje sobie prawo jednostronnego zdecydowania o tym, czy, jakie i w jakiej ilości części

zakupi. Wykonawcy nie pozostawia w tym zakresie żadnego prawa decydowania. Takie ukształtowanie wzajemnych relacji stron w ocenie Odwołującego stanowi nadużycie prawa ze strony Zamawiającego i może prowadzić do bezpodstawnego wzbogacenia Zamawiającego kosztem wykonawcy. Odwołujący zwrócił uwagę, że jeżeli Zamawiający zamierza zawrzeć odrębną umowę sprzedaży, to powinien już w SWZ określić co najmniej istotne postanowienia tej umowy. Natomiast takich postanowień Zamawiający nie określa, co prowadzi po stronie wykonawców do niepewności także w zakresie oceny ryzyka ewentualnej odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady rzeczy sprzedanej. Zgodnie z art. 556 k.c. sprzedawca jest odpowiedzialny względem kupującego, jeżeli rzecz sprzedana ma wadę fizyczną lub prawną (rękojmia). Jeżeli Zamawiający zdecydowałby się na zakup części zamiennych, to na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów prawa, na wykonawcy będą ciążyły zobowiązania z tytułu rękojmi, za wady rzeczy. Przy czym odpowiedzialność taka będzie dotyczyła przedmiotu sprzedaży, co do którego sprzedający nie będzie miał jakiegokolwiek wiedzy w zakresie istnienia ewentualnych wad fizycznych, gdyż przedmiot ten pozostawał będzie już od jakiegoś czasu w dyspozycji kupującego (Zamawiającego). W sytuacji gdy rzecz zakupiona w momencie zakupu pozostaje w posiadaniu nabywcy, a wcześniej była przez niego użytkowana jako część przedmiotu dzierżawy, to sprzedawca nie mając możliwości zweryfikowania stanu rzeczy sprzedanej w momencie przeniesienia jej własności na nabywcę, przyjmując na siebie odpowiedzialności z tytułu rękojmi za wady takiej rzeczy przyjmuje niemożliwe do oceny i skalkulowania ryzyko. W takiej sytuacji koniecznym i oczywistym wydaje się wyłączenie odpowiedzialności sprzedającego (wykonawcy) z tytułu rękojmi za wady, ale tej kwestii skarżone postanowienie ani SWZ w żadnym innym miejscu nie precyzuje. Tak ukształtowana treść projektowanych postanowień, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego, w ocenie Odwołującego nie pozwala na prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej i jest nadużyciem ze strony Zamawiającego, naruszającym dozwolone ramy zasady swobody umów (art. 353(1) k.c.). Wykonawca, jako właściciel przedmiotu dzierżawy pozostaje w niepewności, co do tego w jakim zakresie ostatecznie odzyska przedmiot dzierżawy, w jakim zakresie będzie musiał ponieść koszty odtworzenia brakujących części w przypadku zwrotu niekompletnego kombajnu oraz w jakim zakresie może ponosić dodatkową odpowiedzialność z tytułu rękojmi za części niezwrócone, które Zamawiający zdecyduje się zakupić, a następnie np. wykorzystywać w posiadanych kombajnach własnych. Choć Odwołujący ma świadomość, że w umowach zawieranych w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zasada równości stron doznaje znacznego ograniczenia, choćby z uwagi na fakt, iż to Zamawiający jednostronnie kreuje postanowienia umowy, to nie może być przyzwolenia na

tak oczywiste nadużycie tego prawa przez Zamawiającego. Nadużycie uprzywilejowanej pozycji Zamawiającego poprzez ukształtowanie wzoru umowy (a co za tym idzie przyszłego stosunku zobowiązaniowego) w sposób naruszający zasadę równości stron, bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i prowadzący do nadużycia prawa podmiotowego Zamawiającego, powoduje, iż wykonawcy pozbawieni są możliwości prawidłowej oceny ryzyk kontraktowych, a w efekcie prawidłowego skalkulowania ceny ofertowej. Z wyżej przedstawionych względów zaskarżone postanowienie załącznika nr 5 do SWZ powinno zostać usunięte w całości.

W dniu 13 stycznia 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu 1 i 2 odwołania, natomiast w pozostałym zakresie wniósł o jego oddalenie. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba stwierdziła, że w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami oraz odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W związku z uwzględnieniem zarzutu 1 i 2 odwołania, Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w tym zakresie. W odniesieniu do zarzutów uwzględnionych Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 522 ust. 4, zgodnie z którym: *„w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.”* Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający uwzględnił w części zarzuty odwołania, natomiast po jego stronie nie przystąpił do postępowania odwoławczego żaden wykonawca, co wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego co do zarzutów uwzględnionych, bez ich merytorycznego rozpoznania.

W zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez Zamawiającego Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z Częścią III. SWZ: Przedmiot zamówienia. Termin wykonania: *„1. Przedmiotem zamówienia jest: Dzierżawa kombajnów ścianowych wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej dla PGG S.A. Oddział KWK ROW Ruch Rydułtowy: a) Dzierżawa kombajnu ścianowego dla eksploatacji ściany IV-E-E1 w pokładzie 712/1-2+713/1-2 wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej dla PGG S.A. Oddział KWK ROW Ruch Rydułtowy b) Dzierżawa kombajnu ścianowego dla eksploatacji ścian VI-E1, VII-E1 w pokładzie 713/1-2 wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej dla PGG S.A. Oddział KWK ROW Ruch Rydułtowy. 2. Realizacja dzierżawy planowana w okresie: a) Zadanie nr 1 - 705 dni, w tym 100 dni na prawach opcji. b) Zadanie nr 2 - 760 dni, w tym 100 dni na prawach opcji.”*

Zgodnie z par. 3 pkt 13 załącznika nr 5 do SWZ – IPU - Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego: *„13. Dzierżawca ma prawo nabycia części zamiennych, za wyjątkiem elementów złącznych (np. śruby, złącza) lub szybkozużywających się (tj.: uszczelnienia gumowe i metalowo-gumowe, przewody hydrauliczne, przewody wodne (za wyjątkiem przewodów metalowych), uchwyty nożowe,*

tuleje nożowe, wkładów filtrów wodnych i olejowych) lub nieobjętych gwarancją na następujących zasadach: 1) Dzierżawca poinformuje Wydzierżawiającego w terminie 21 dni, liczonych od dnia upływu terminu do zwrotu danej części zamiennej o jej zakupie. 2) Dzierżawca zapłaci Wydzierżawiającemu wynagrodzenie stanowiące odpowiednio: a) Jeżeli dana część była używana przez Dzierżawcę w okresie eksploatacji przedmiotu dzierżawy wynoszącym do 12 miesięcy, to wynagrodzenie brutto należne Wydzierżawiającemu będzie stanowiło równowartość 80% wartości części wg cen obowiązujących dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. przy zakupie części nowych, a w przypadku braku cennika aktualnego na dzień zwrotu przedmiotu dzierżawy, wg cen z ostatniego obowiązującego dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. cennika części nowych (cennik części serwisowych lub cennik z umów na dostawy części), jeżeli brak jest możliwości wyceny w oparciu o cenniki wg oferty od Wydzierżawiającego, b) Jeżeli dana część była używana przez Dzierżawcę w okresie eksploatacji przedmiotu dzierżawy wynoszącym od 12 do 24 miesięcy, to wynagrodzenie brutto należne Wydzierżawiającemu będzie stanowiło równowartość 60% wartości części wg cen obowiązujących dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. przy zakupie części nowych, a w przypadku braku cennika aktualnego na dzień zwrotu przedmiotu dzierżawy, wg cen z ostatniego obowiązującego dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. cennika części nowych (cennik części serwisowych lub cennik z umów na dostawy części), jeżeli brak jest możliwości wyceny w oparciu o cenniki wg oferty od Wydzierżawiającego, c) Jeżeli dana część była używana przez Dzierżawcę w okresie eksploatacji przedmiotu dzierżawy wynoszącym powyżej 24 miesięcy, to wynagrodzenie brutto należne Wydzierżawiającemu będzie stanowiło równowartość 40% wartości części wg cen obowiązujących dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. przy zakupie części nowych, a w przypadku braku cennika aktualnego na dzień zwrotu przedmiotu dzierżawy, wg cen z ostatniego obowiązującego dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. cennika części nowych (cennik części serwisowych lub cennik z umów na dostawy części), jeżeli brak jest możliwości wyceny w oparciu o cenniki wg oferty od Wydzierżawiającego. 3) W przypadku zapłaty Wydzierżawiającemu wynagrodzenia, o którym mowa powyżej Dzierżawca nabywa prawa własności do danej części.”

Izba ustaliła, że w dniu 21 grudnia 2021 r. wpłynęło zapytanie do SWZ dotyczące załącznika nr 5 do SWZ „IPU”, paragraf 3 pkt 13, pytanie nr 8 o następującej treści: „Mając na uwadze treść § 3 ust.13 Załącznika nr 5 do SWZ prosimy o wyjaśnienie: - czy Zamawiający zamierza korzystać z przewidzianego w tym postanowieniu „prawa nabycia części zamiennych” wyłącznie w sytuacji zagubienia lub występującego z innych przyczyn braku możliwości zwrotu części zamiennych po okresie dzierżawy, czy też przewiduje możliwość dokonywania wg własnych potrzeb zakupu wszelkich części zamiennych kombajnu ścianowego nie

wyłączonych z możliwości nabycia w tym postanowieniu; - czy Zamawiający przewiduje zawarcie odrębnej umowy sprzedaży części zamiennych w oparciu o w/w postanowienie, jeżeli tak to prosimy o przedstawienie wzoru takiej umowy; - czy Zamawiającego dopuszcza możliwość odrzucenia przez wykonawcę oferty nabycia części zamiennych na podstawie w/w postanowienia, czy też Zamawiający oczekuje, że taka oferta zawsze musi być przyjęta; - w jaki sposób (na jakiej podstawie) będą dokonywane rozliczenia między stronami z tytułu wartości niezwróconych części zamiennych po okresie dzierżawy, co do których Zamawiający nie zdecyduje się na skorzystanie z uprawnienia do ich nabycia na podstawie w/w postanowienia?”

Izba ustaliła, że na moment zamknięcia rozprawy Zamawiający nie odpowiedział na pytania wykonawców.

Artykuł 16 pkt 1 – 3 ustawy pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”

Zgodnie z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy pzp: „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.”

W myśl art. 8 ust. 1 ustawy pzp: „1. Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.”

Zgodnie z art. 441 ust. 1 ustawy pzp: „1. Zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki: 1) określają rodzaj i maksymalną wartość opcji; 2) określają okoliczności skorzystania z opcji; 3) nie modyfikują ogólnego charakteru umowy.”

W myśl art. 5 k.c.: „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.”

Zgodnie z art. 353 (1) k.c.: „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.”

Artykuł 535 § 1 k.c. stanowi: „Przez umowę sprzedaży sprzedawca zobowiązuje się przenieść na kupującego własność rzeczy i wydać mu rzecz, a kupujący zobowiązuje się rzecz odebrać i zapłacić sprzedawcy cenę.”

Zgodnie z art. 556 k.c.: „§ 1. Wada fizyczna polega na niezgodności rzeczy sprzedanej z umową. W szczególności rzecz sprzedana jest niezgodna z umową, jeżeli: 1) nie ma właściwości, które rzecz tego rodzaju powinna mieć ze względu na cel w umowie oznaczony albo wynikający z okoliczności lub przeznaczenia; 2) nie ma właściwości, o których istnieniu sprzedawca zapewnił kupującego, w tym przedstawiając próbkę lub wzór; 3) nie nadaje się do celu, o którym kupujący poinformował sprzedawcę przy zawarciu umowy, a sprzedawca nie zgłosił zastrzeżenia co do takiego jej przeznaczenia; 4) została kupującemu wydana w stanie niepełnym. § 2. Jeżeli kupującym jest konsument, na równi z zapewnieniem sprzedawcy traktuje się publiczne zapewnienia producenta lub jego przedstawiciela, osoby, która wprowadza rzecz do obrotu w zakresie swojej działalności gospodarczej, oraz osoby, która przez umieszczenie na rzeczy sprzedanej swojej nazwy, znaku towarowego lub innego oznaczenia odróżniającego przedstawia się jako producent. § 3. Rzecz sprzedana ma wadę fizyczną także w razie nieprawidłowego jej zamontowania i uruchomienia, jeżeli czynności te zostały wykonane przez sprzedawcę lub osobę trzecią, za którą sprzedawca ponosi odpowiedzialność, albo przez kupującego, który postąpił według instrukcji otrzymanej od sprzedawcy.”

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do ustalenia czy postanowienia par. 3 ust. 13 załącznika nr 5 do SWZ (IPU) przekładają się na możliwość skalkulowania ceny ofertowej oraz złożenia przez Odwołującego oferty w postępowaniu. Analiza dokumentacji i spornego postanowienia umownego doprowadziła Izbę do przekonania, że zarzuty podniesione przez Odwołującego są zasadne.

Na wstępie wskazania wymaga, że dyspozycja art. 99 determinuje aby opis przedmiotu zamówienia został przez Zamawiającego sformułowany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. „Istota tego przepisu sprowadza się więc do

określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Przy czym zakres obowiązku zamawiającego dotyczącego informacji wymaganych w SIWZ jest determinowany przedmiotem zamówienia. Izba podkreśla również, że zarzuty wykonawców względem opisu przedmiotu zamówienia czy zakresu informacji przekazanych przez Zamawiającego w SIWZ nie mogą ograniczać się do stwierdzeń, że opis jest niepełny, że nie można wycenić przedmiotu zamówienia, że brakuje bliżej niesprecyzowanych informacji. Korelacją obowiązku zamawiającego jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, jest obowiązek wykonawcy wykazania w sposób jednoznaczny i wyczerpujący jakich konkretnie informacji/dokumentów zamawiający nie przekazał wykonawcom w SIWZ, dlaczego są one istotne z punktu widzenia wyceny przedmiotu zamówienia i jakie skonkretyzowane ryzyka występują po stronie wykonawcy z tytułu nieprzekazania takich informacji/dokumentów.” (tak też: wyrok KIO z dnia 18 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 3045/20, KIO 3143/20).

W ocenie Izby, nie ulega wątpliwości, że kwestionowane przez Odwołującego postanowienie umowne wprowadza do postępowania mechanizm rozszerzający zakres przedmiotu zamówienia. Ogłoszone postępowanie dotyczy bowiem dzierżawy kombajnów ścianowych, a par. 3 ust. 13 IPU reguluje możliwość zakupu części zamiennych dzierżawionych kombajnów, co niewątpliwie stanowi o konieczności dodatkowego świadczenia po stronie wykonawcy polegającej na sprzedaży tych części. Co istotne, postanowienie to zostało sformułowane w sposób na tyle niejednoznaczny i nieprecyzyjny, że na podstawie jego treści trudno ustalić charakter i zakres przedmiotu zamówienia jako całości.

W pierwszej kolejności Izba zauważa, że Zamawiający dopiero na etapie postępowania odwoławczego wyjaśnił sposób działania wprowadzonego w par. 3 ust. 13 mechanizmu i podjął próbę doprecyzowania jego treści i roli w postępowaniu. Zamawiający nie odpowiedział na pytania zadane przez wykonawcę w toku postępowania, a dotyczące spornego zapisu umowy. W ocenie Izby, podnoszone przez Zamawiającego okoliczności nie znajdują potwierdzenia w treści ww. postanowienia i jako podniesione w postępowaniu odwoławczym nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie jego zgodności z przepisami. Wykładnia par. 3 ust. 13 IPU prowadzi do wniosku, iż Zamawiający wprowadził w postępowaniu uprawnienie pozwalające za pomocą jednostronnego oświadczenia zakupić od wykonawcy realizującego główny przedmiot zamówienia części zamienne dzierżawionego kombajnu po narzuconych przez Zamawiającego cenach. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, ze spornego postanowienia nie wynika, że mechanizm w nim ustalony

będzie realizowany na podstawie odrębnej umowy zawartej w trybie wewnętrznych regulacji Zamawiającego, na której zawarciu wykonawca mógłby nie wyrazić zgody. Zgodnie z treścią par. 3 ust. 13 IPU: *„Dzierżawca ma prawo nabycia części zamiennych”* i dalej: *„Dzierżawca poinformuje Wydzierżawiającego w terminie 21 dni, liczonych od dnia upływu terminu do zwrotu danej części zamiennej o jej zakupie.”* Z powyższego wynika jednoznacznie, że wystarczające dla uruchomienia mechanizmu zakupu części jest wyłącznie poinformowanie wykonawcy. Co więcej, brak jest doprecyzowania, które Zamawiający podnosił na rozprawie, że dotyczy to wyłącznie zakupu części zgubionych, co miałyby świadczyć o zabezpieczającym wykonawcę charakterze tego postanowienia. Ponadto, sposób rozliczenia części zamiennych został opisany w sposób nieprecyzyjny i z wykorzystaniem dominującej pozycji Zamawiającego. Zauważyć należy, że ma ono nastąpić na podstawie bliżej nieokreślonych cenników Zamawiającego. Okoliczność podnoszona przez Zamawiającego, że są one znane Odwołującemu nie stanowi o opisanu przedmiotu świadczenia i zasad rozliczeń za pomocą dokładnych i zrozumiałych dla każdego wykonawcy określeń. Cenniki te nie stanowią załącznika do SWZ. Nie zostało także określone, że będą one stanowiły załącznik do odrębnej umowy, na podstawie której, zgodnie z argumentacją Zamawiającego ten mechanizm miałby być realizowany. Zakup części za ceny ustalone przez wykonawcę stanowi zgodnie z postanowieniem dopiero trzeci sposób rozliczenia, w przypadku gdy nie będzie możliwe określenie ceny według cenników Zamawiającego. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że procentowe zasady rozliczenia ustalone przez Zamawiającego pozostają w oderwaniu od faktycznej wartości planowanej do zakupu części zamiennej. Wartość jest bowiem liczona w zależności od długości użytkowania przedmiotu dzierżawy, a nie części zamiennej. Mając na względzie, że wymiana części na nową w ramach usługi serwisowej może nastąpić na krótko przed jej zakupem, to ustalenie jej wartości jak dla części długo użytkowanej rodzi po stronie wykonawcy niemożliwe do skalkulowania ryzyko finansowe. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie wyłączono również rękojmi za wady rzeczy sprzedanej i nie określono warunków rękojmi. Zgodnie z art. 558 k.c. strony mogą odpowiedzialność z tytułu rękojmi rozszerzyć, ograniczyć lub wyłączyć, nie zostało to jednak doprecyzowane. W ocenie Izby, wszystkie powyższe okoliczności wpływają na możliwość prawidłowego przygotowania i oszacowania ceny ofertowej przez wykonawców, a także wkalkulowania ewentualnego ryzyka związanego z realizacją przedmiotu zamówienia, które niewątpliwie uległo rozszerzeniu o wskazany w sposób niejednoznaczny par. 3 ust. 13 IPU zakres. Nie ulega wątpliwości, że spornym postanowieniem Zamawiający wprowadził w postępowaniu dodatkowy przedmiot zamówienia, świadczenie wykonawcy, które wpływa na możliwość oszacowania świadczenia podstawowego, jakim jest dzierżawa kombajnów.

Wykonawca na etapie przygotowania oferty nie posiada bowiem informacji, czy przedmiot dzierżawy zostanie zwrócony w całości, czy Zamawiający skorzysta ze swojego uprawnienia oraz które części zamienne zostaną w ten sposób zakupione. Okoliczności te mają zasadnicze znaczenie dla skalkulowania ceny ofertowej, szczególnie że jak już zostało wskazane, rozliczenie za części zamienne może nastąpić w oderwaniu od rzeczywistej wartości danej części. Odnoszą się do argumentacji Zamawiającego, że zgodnie z OPZ zasadą jest, że Zamawiający zwróci przedmiot dzierżawy w całości, a więc wykonawca nie powinien mieć w tym zakresie wątpliwości, wskazania wymaga, że sporny par. 3 ust. 13 IPU wprowadza właśnie wyjątek od tej zasady, przy czym opisany w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny. Za irrelevantne dla oceny zasadności podniesionych zarzutów Izba uznała okoliczność, że w poprzednim postępowaniu, w którym ustanowiono tożsame postanowienie, Odwołujący złożył ofertę. Uczestnictwo w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pozostaje w sferze decyzji biznesowych i ryzyka danego wykonawcy. Samo uczestnictwo Odwołującego w postępowaniu, nie przesądza o prawidłowości wprowadzonych w tym postępowaniu postanowień. Szczególnie, że jak podnosił Odwołujący, kwestionował on sporne zapisy w postępowaniu odwoławczym przed KIO, a obecnie w postępowaniu skargowym i pozostaje konsekwentny w prezentowanym stanowisku.

Wobec powyższych okoliczności, w ocenie Izby Zamawiający naruszył podniesione przez Odwołującego przepisy ustawy pzp, jak również kodeksu cywilnego. Niewątpliwie, postanowienie to stanowi przejaw wykorzystania w postępowaniu dominującej pozycji Zamawiającego. Narusza również przepisy dotyczące sprzedaży i rękojmi za wady w zakresie w jakim nie zostały określone *essentialia negotii* tej sprzedaży, w tym zakres świadczenia, precyzyjne i uczciwe zasady rozliczenia oraz warunki rękojmi. Dalej zaznaczyć należy, że skoro kwestionowane postanowienie mogło być różnie odczytywane co do jego charakteru, zakresu i roli w postępowaniu względem świadczenia głównego Izba uznała, że nie można było wykluczyć naruszenia przez Zamawiającego również dyspozycji art. 441 ustawy pzp w zakresie opcji. Zamawiający dopiero w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że ten zakres zamówienia nie stanowi opcji i będzie to przedmiot odrębnej umowy. Niemniej jednak, niejednoznaczność spornego postanowienia, w tym niejako rozszerzenie zakresu świadczenia powoduje, że na podstawie jego treści nie sposób stwierdzić, że nie jest to nieprawidłowo opisana opcja, niezgodna z dyspozycją art. 441 ustawy pzp. Izba ocenia naruszenie ustawy pzp w kontekście treści spornego postanowienia, a ewentualne wyjaśnienia tej treści, czy też doprecyzowanie może nastąpić w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czego Zamawiający zaniechał, a nie w postępowaniu

odwoławczym. Izba, mając na względzie powyższe oraz biorąc pod uwagę, iż naruszenie art. 441 ustawy pzp zostało podniesione w związku z art. 99 ust. 1 ustawy pzp oraz w zakresie jednego kwestionowanego postanowienia, którego naruszenie potwierdziło się, uznała iż odwołanie powinno zostać uwzględnione w całości. Nie ulega bowiem wątpliwości, że sporne postanowienie par. 3 ust. 13 IPU, jako mające wpływ na możliwość skalkulowania ceny ofertowej, nieprawidłowe co do jego ukształtowania i osadzenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia na przedmiot, jakim jest dzierżawa kombajnów, nie mogło się ostać, dlatego też Izba nakazała jego usunięcie, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 15 000,00 zł i wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący: