

Sygn. akt: KIO 1599/22

WYROK
z dnia 30 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2022 r. przez wykonawcę FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach przy ul. Armii Krajowej 51 (40-698 Katowice) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polską Grupę Górniczą S.A. z siedzibą w Katowicach przy ul. Powstańców 30 (40-039 Katowice)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach na rzecz zamawiającego Polskiej Grupy Górniczej S.A. z siedzibą w Katowicach kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu 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 ze 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

Polska Grupa Górnicza S.A. z siedzibą w Katowicach zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Dzierżawa kombajnu ścianowego wraz z zabezpieczeniem serwisowej obsługi gwarancyjnej w całym okresie dzierżawy dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK Piast-Ziemowit Ruch Piast*, numer sprawy: 422200649, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 czerwca 2022 r., pod numerem 2022/S 109-309262.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w aktach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 15 czerwca 2022 r. wykonawca FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie w zakresie następujących postanowień specyfikacji warunków zamówienia (zwanej dalej jako: „SWZ”):

- § 7 Załącznika nr 5 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” – w zakresie w jakim zamawiający jednostronnie wprowadza do projektowanych postanowień umowy zastrzeżenie dotyczące sposobu rozliczenia z tytułu szkody za niezwrócone po okresie dzierżawy lub zniszczone przez zamawiającego części w oderwaniu od rzeczywistych rozmiarów szkody, w sposób uniemożliwiający przygotowanie oferty oraz z rażącym pokrzywdzeniem wykonawcy.

Wskazanemu postanowieniu SWZ odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1) art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp przez wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy, zastrzeżenia, które powoduje, iż opis przedmiotu zamówienia jest dokonany w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty oraz określający wymagania dotyczące dostawy, które nie są związane z przedmiotem zamówienia i są nieproporcjonalne do uzasadnionych potrzeb i celów zamawiającego wynikających z przedmiotu zamówienia;

2) art. 353¹ k.c. w zw. z art. 705 k.c. w zw. z art.5 k.c. oraz w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp przez sformułowanie postanowień SWZ oraz ustalenie projektowanych postanowień umowy w sposób sprzeczny z właściwością i naturą stosunku zobowiązaniowego i naruszający zasady współżycia społecznego, jak również w sposób powodujący rażącą nierównowagę stron

stosunku cywilnoprawnego, w zakresie, w jakim zamawiający na etapie postępowania, zastrzega możliwość niezwrócenia przedmiotu dzierżawy w takim stanie, w jakim powinien się on znajdować stosownie do przepisów o wykonaniu dzierżawy;

3) art. 353¹ k.c. w zw. z art. 471 k.c. w zw. z art.5 k.c. oraz w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp przez sformułowanie postanowień SWZ 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 możliwość niezwrócenia przedmiotu dzierżawy w takim stanie, w jakim powinien się on znajdować stosownie do przepisów o wykonaniu dzierżawy i ogranicza ciężący na nim obowiązek naprawienia szkody wyrządzonej wykonawcy niewykonaniem zobowiązania do zwrotu kompletnego przedmiotu dzierżawy do odpowiedzialności tylko za część szkody.

Z uwagi na wskazane wyżej zarzuty odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości;
- nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień ogłoszenia oraz SWZ poprzez usunięcie w całości § 7 Załącznika nr 5 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego”;
- obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego;
- zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym.

Odwołujący oświadczył, że ma interes we wniesieniu odwołania albowiem, jako wykonawca ma interes w uzyskaniu zamówienia. W ocenie odwołującego zarzucane zamawiającemu naruszenia znacznie utrudniają lub mogą prowadzić do braku możliwości złożenia przez niego korzystnej oferty ostatecznej w postępowaniu, która to oferta, uwzględniając kryteria oceny ofert, mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. To z kolei może doprowadzić do braku możliwości uzyskania danego zamówienia przez odwołującego, a zatem może spowodować poniesienie przez odwołującego szkody w postaci utraconych korzyści wynikających z realizacji zamówienia.

W ocenie odwołującego kwestionowanym postanowieniem zamawiający wprowadza do umowy zastrzeżenie, powodujące, iż niemożliwym staje się dokonanie rzetelnej wyceny przedmiotu zamówienia i ustalenie adekwatnej ceny ofertowej. Zamawiający przedmiotowym postanowieniem dąży do ograniczenia swojej odpowiedzialności za szkodę wynikającą z niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków wynikających umowy, polegających zwróceniu po okresie dzierżawy kompletnego przedmiotu dzierżawy w stanie, w jakim powinien się on znajdować stosownie do przepisów o wykonywaniu dzierżawy. Zamawiający

przewiduje możliwość niezwrócenia części przedmiotu dzierżawy, czyli zwrócenia przedmiotu dzierżawy w stanie niekompletnym lub zwrócenia części przedmiotu dzierżawy nadmiernie zużytych czyli zwrócenia przedmiotu dzierżawy w stanie zniszczonym niewynikającym z naturalnego zużycia i nieponoszenia pełnej odpowiedzialności za szkodę z tego tytułu. Zgodnie z art.705 Kodeksu cywilnego *Po zakończeniu dzierżawy dzierżawca obowiązany jest, w braku odmiennej umowy, zwrócić przedmiot dzierżawy w takim stanie, w jakim powinien się znajdować stosownie do przepisów o wykonywaniu dzierżawy.* Odpowiednikiem powyższej normy powszechnie obowiązującej w treści załącznika nr 5 do SWZ jest § 5 ust.7 pkt 2 zgodnie z którym: *Przedmiotem zwrotu może być tylko kompletny przedmiot dzierżawy w stanie wynikającym z eksploatacji w okresie obowiązywania umowy, odpowiednio oczyszczony, bez olejów i smarów, podzielony na podzespoły (jednostki transportowe) jak przy dostawie, przy czym nie podlegają zwrotowi elementy złączne, szybkozużywające się i nieobjęte gwarancją.* Powyższy § 5 ust.7 pkt 2 Załącznika nr 5 do SWZ wprowadza do umowy ograniczenie odpowiedzialności Dzierżawcy (zamawiającego) za zwrot kompletnego przedmiotu dzierżawy w sposób pozwalający wykonawcom na jednoznaczne ustalenie już na etapie przygotowania oferty wartości części, których zwrócenie nie będzie wymagane (*nie podlegają zwrotowi elementy złączne, szybkozużywające się i nieobjęte gwarancją*). Natomiast zastrzeżone w § 7 Załącznika nr 5 do SWZ ograniczenie odpowiedzialności Dzierżawcy powoduje, że wykonawca nie jest w stanie ustalić jaka będzie wartość części ewentualnie niezwróconych po okresie dzierżawy, czy też jaka będzie wartość zniszczeń części wynikłych z przyczyn leżących po stronie Dzierżawcy, co uniemożliwia dokonanie prawidłowej wyceny przedmiotu zamówienia i przygotowanie oferty. Należy zwrócić uwagę, że zamawiający nie daje wykonawcom w tym zakresie żadnych informacji pozwalających na dokonanie oceny ryzyka utraty części czy zniszczenia przedmiotu dzierżawy przy zwrocie po okresie dzierżawy. Jednocześnie już na etapie przygotowania oferty nakazuje wykonawcom uwzględnienie takiego ryzyka, że przedmiot dzierżawy zostanie zwrócony w stanie niekompletnym i uszkodzonym (ponad normalne zużycie), wskazując jednocześnie, że jeżeli tylko dana zgubiona lub uszkodzona część była używana przez czas dłuższy niż 3 miesiące, to odszkodowanie będzie obniżane niezależnie od faktycznej utraty wartości takiej części. Na etapie postępowania wykonawca nie ma żadnych podstaw do tego, aby dokonywać jakichkolwiek sensownych założeń, które pozwalałyby na miarodajne kalkulowanie ceny ofertowej. Absurdalnym byłoby dokonywanie na etapie przygotowania oferty założeń, czy i jakie (jakiej wartości) części zamawiający zgubi lub zniszczy po zakończeniu dzierżawy. Odwołujący wskazał, że z tego powodu zwrócił się do zamawiającego o usunięcie postanowienia § 7 załącznika nr 5 do SWZ w całości. Ponadto mając na uwadze możliwą odmowę usunięcia tego postanowienia, odwołujący

podejmując próbę oceny prawdopodobieństwa wystąpienia ryzyka gubienia czy niszczenia części urządzeń pracujących u zamawiającego, zwrócił się także do zamawiającego w trybie art.135 Pzp o wyjaśnienie treści SWZ zadając pytanie o następującej treści:

W razie braku zgody Zamawiającego na wykreślenie tego postanowienia prosimy o wyjaśnienie:

- czy Zamawiający przewiduje możliwości takiego zorganizowania pracy na terenie zakładu Zamawiającego, aby zapewnić po okresie dzierżawy zwrot kompletnego przedmiotu dzierżawy;

- czy w zakładzie Zamawiający istnieją procedury wewnętrzne mające na celu ograniczenie występowania sytuacji gubienia się elementów maszyn oddanych Zamawiającemu w użytkowanie (na podstawie umów najmu lub dzierżawy), a w razie zaistnienia takiej sytuacji pozwalające na ustalenie osób odpowiedzialnych za zaistnienie takich sytuacji;

- czy w zakładzie Zamawiający istnieją procedury wewnętrzne mające na celu ograniczenie występowania sytuacji dewastowania (niszczenia) maszyn oddanych Zamawiającemu w użytkowanie (na podstawie umów najmu lub dzierżawy) w czasie ich eksploatacji, demontażu oraz transportu, a w razie zaistnienia takich sytuacji pozwalające na ustalenie osób odpowiedzialnych za zaistnienie zdarzenia.

- jeżeli istnieją wewnętrzne procedury ograniczające występowanie w/w niepożądanych sytuacji, prosimy o ich udostępnienie.

Jak poinformował odwołujący do dnia sporządzenia odwołania zamawiający nie udzielił odpowiedzi na zadane pytania.

Odwołujący wyjaśnił, że wobec braku odpowiedzi zamawiającego na postawione pytania, przy uwzględnieniu treści skarżonego § 7 załącznika nr 5 do SWZ, a także kierując się dotychczasowym doświadczeniem z wieloletniej współpracy z zamawiającym, odwołujący jest przekonany, że kwestionowane postanowienie przede wszystkim zmierza do istotnego lecz nieuzasadnionego ograniczenia odpowiedzialności zamawiającego za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań wynikających z Umowy i z przepisów powszechnie obowiązującego prawa (art.705 k.c.). W praktyce bowiem niezwykle często dochodzi do gubienia i niszczenia części w zakładach zamawiającego. Co istotne, proceder ten ma miejsce już po demontażu kombajnów ścianowych na dole kopalni, a urządzenia są zwracane Wydzierżawiającemu po wywiezieniu na powierzchnię kopalni w stanie niekompletnym i zniszczonym. Nawet najwyższa staranności wykonawcy na etapie demontażu czy w okresie eksploatacji kombajnu nie prowadzi do wyeliminowania procederu gubienia części, bowiem proceder ten ma miejsce na późniejszym etapie, prawdopodobnie podczas transportu przedmiotu dzierżawy z podziemi na powierzchnię kopalni, przy którym wykonawca jest nieobecny. To Dzierżawca powinien w ramach realizacji swoich obowiązków

wynikających z natury dzierżawy dołożyć wszelkich starań, aby po okresie dzierżawy zwrot przedmiotu dzierżawy został dokonany zgodnie z art.705 k.c. tj. w takim stanie, w jakim powinien się znajdować stosownie do przepisów o wykonywaniu dzierżawy (kompletny). Zamawiający natomiast, wg najlepszej wiedzy odwołującego, dotychczas nie wprowadził w swoich zakładach żadnych rozwiązań pozwalających na skuteczne ograniczenie takich zdarzeń, nie są też realizowane czynności, które pozwalałyby na ustalenie i pociągnięcie do ewentualnej odpowiedzialności osób bezpośrednio przyczyniających się do powstawania szkody w związku ze zgubieniem lub zniszczeniem części. Zamawiający skutki swoich zaniechań w tym zakresie zdaje się przerzucać zapisem § 7 załącznika nr 5 na wykonawcę. Zdaniem odwołującego nie można także wykluczyć, iż brak działań ze strony zamawiającego pozwalających na ograniczenie gubienia się części i doprowadzenie do stanu, w którym przedmiot dzierżawy byłby zwracany w stanie kompletnym, jest ze strony zamawiającego działaniem intencjonalnym. Po zakończeniu okresu dzierżawy, przedmiot dzierżawy, jako całość, nie jest już zamawiającemu potrzebny, zamawiający nie wykazuje zatem starań pozwalających na dokonanie zwrotu przedmiotu dzierżawy w stanie kompletnym. Natomiast poszczególne niezwrócone części, stanowiące elementy składowe przedmiotu dzierżawy, potencjalnie mogą stanowić dla zamawiającego pewną wartość użytkową. Po zalegalizowaniu ich niezwrócenia (nabycia) przez zamawiającego w wyniku zapłaty „odszkodowania” wyliczonego na podstawie § 7 Umowy, mogą posłużyć zamawiającemu po ich ewentualnym „odnalezieniu” za części zamiennie do posiadanych własnych kombajnów ścianowych. Jednak nade wszystko należy zwrócić uwagę na fakt, iż przedmiotem dzierżawy jest kompletny kombajn ścianowy i taki sam kompletny kombajn powinien zostać po okresie dzierżawy zwrócony zgodnie art.705 k.c. ale także zgodnie z § 5 ust.7 pkt 2 Załącznika nr 5 do SWZ. Dla wykonawcy zwrot kombajnu pozbawionego niektórych (czasem istotnych) części zamiennych powoduje, że urządzenie, jako całość, staje się bezużyteczne i aby doprowadzić je z powrotem do stanu używalności, konieczne jest odtworzenie brakującej części. Nie jest natomiast możliwe odtworzenie brakującej części używanej (byłoby to zupełnie nieracjonalne), a więc konieczne jest odtworzenie części nowej, dlatego szkoda Wydzierżawiającego zawsze będzie w takiej sytuacji wartością zakupu lub wytworzenia nowej części w miejsce utraconej. W ocenie odwołującego nie ma żadnego uzasadnienia ani usprawiedliwienia dla rozumowania zamawiającego i planowanego przez niego sposobu „rozliczania się” z tytułu odszkodowania, polegającego na tym, że gdy część kombajnu zostanie przez Dzierżawcę zagubiona lub nadmiernie zużyta w wyniku eksploatacji, skoro nie może zwrócić kompletnego przedmiotu dzierżawy, to wystarczającym miałyby być zapłata odszkodowania wyliczonego wg nieprecyzyjnych zasad określonych w § 7 ust.2 pkt 1 – 4.

Zgodnie z art. 471 k.c. *Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.*

Odwołujący w tym zakresie stwierdził, że jednostronne ustalenie przez zamawiającego sposobu wyliczenia wartości „odszkodowania” wg projektowanego § 7 załącznika nr 5 do SWZ, narusza zasady współżycia społecznego, jest krzywdzące dla wykonawcy, a nade wszystko powoduje, że wyliczenie ceny ofertowej staje się niemożliwe. Odwołujący podkreślił, że taki sposób ustalenia wartości odszkodowania nie wynika z usprawiedliwionych i uzasadnionych potrzeb i celów zamawiającego związanych z przedmiotem zamówienia. W ocenie odwołującego zamawiający wprowadza takie postanowienie do umowy aby ograniczyć swoją odpowiedzialność za szkodę i jednocześnie zwolnić się z obowiązku należytej staranności przy dokonywaniu zwrotu przedmiotu dzierżawy, pozostawiając sobie możliwości gubienia i niszczenia elementów przedmiotu dzierżawy bez ponoszenia z tego tytułu pełnej odpowiedzialności. Odwołujący w tym zakresie zwrócił uwagę, że zaproponowany przez zamawiającego sposób wyliczenia „odszkodowania”, nie prowadzi do naprawienia szkody, jaką Wyzdierżawiający poniesie w sytuacji zwrotu niekompletnego lub nadmiernie zniszczonego przedmiotu dzierżawy. Taki sposób wyliczenia odszkodowanie jest całkowicie nieprecyzyjny, nieuwzględniający specyfiki przedmiotu dzierżawy. Trzeba mieć na uwadze, że różne części zamienne kombajnu ścianowego, mają różną żywotność i w różnym tempie tracą swoją wartość oraz właściwości użytkowe. Ponadto kombajn ścianowy, który będzie przedmiotem dzierżawy składa się z wielu części zamiennych, w tym wielu powtarzalnych części tego samego rodzaju np. wałki napędowe, sworznie, tuleje, koła zębate także elementy handlowe jak np. łożyska, bezpieczniki, przewody hydrauliczne, uszczelnienia Goetza itp., wobec czego nie sposób ustalić, na podstawie dokumentów wskazanych przez zamawiającego w § 7 ust.2 pkt 5 Załącznika nr 5 do SWZ, czy część opisana w którymkolwiek z tych dokumentów jest tą samą częścią, która została rzekomo zgubiona. Zamawiający w kwestionowanym postanowieniu dokonał pewnego uśrednienia wyliczenia wartości takich części, które w ocenie odwołującego nie jest ani adekwatne, ani uprawnione. Zwykle części zużywające się najwolniej mają także największą wartość i przyjęcie dla takich części sugerowanego sposobu wyliczenia odszkodowania w żaden sposób nie odpowiada ich faktycznej wartości. W takiej sytuacji zapłata odszkodowania na zasadach narzuconych przez zamawiającego, nie będzie w żadnym wypadku stanowiła naprawienia szkody, a potencjalnie może także prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się zamawiającego kosztem wykonawcy, gdyby okazało się, że część „odnalazła się”. Niewątpliwie takiego działania zamawiającego nie można uznać za

realizujące jego usprawiedliwione i uzasadnione potrzeby. Nie można bowiem dać przyzwolenia na takie konstruowanie postanowień umowy, które z założenia dają przyzwolenie na nienależyte realizowanie obowiązków przez zamawiającego bez konieczności ponoszenia z tego tytułu pełnej odpowiedzialności. W ocenie odwołującego „uśrednienie wysokości odszkodowania” zastosowane przez zamawiającego nie daje odpowiedzi na pytanie o prawdopodobieństwo zmaterializowania się ryzyka związanego ze zgubieniem lub zniszczeniem części przez zamawiającego. Natomiast ograniczenie odpowiedzialności zamawiającego za tego typu zaniedbania stanowi wprost obciążenie wykonawcy dodatkowymi kosztami. Koszty takie są jednak niemożliwe do skalkulowania, z wyżej wskazanych przyczyn, a więc wykonawca nie może wycenić tego dodatkowego ryzyka, podobnie jak zamawiający, prawdopodobnie nie jest w stanie wskazać jakie części i w jakiej ilości zgubi lub zniszczy (byłoby to absurdalne). Przy czym odwołujący podkreślił, że o ile wykonawca pozbawiony jest możliwości ograniczenia ryzyka utraty lub zniszczenia części przez zamawiającego, o tyle nie można twierdzić, iż zamawiający nie ma żadnego wpływu na to czy części się gubią lub zostaną zniszczone. W świetle kwestionowanego postanowienia wykonawca pozostaje więc w niepewności, co do tego, w jakim stanie zostanie zwrócony przedmiot dzierżawy po okresie dzierżawy – kompletny czy z brakującymi częściami. Jeżeli z brakującymi czy zniszczonymi częściami, to jaki będzie rozmiar tych braków i zniszczeń i w jakiej części zostanie naprawiona szkoda (bo wiadomo na bazie tego postanowienia, że nie zostanie naprawiona w 100%). Odwołujący zwrócił także, iż w przypadku części zagubionych, to zamawiający jednostronnie będzie deklarował, czy część się zgubiła – wykonawca nie ma możliwości monitorowania transportu części z podziemia kopalni na powierzchnię. Wyzierżawiający nie ma także żadnych instrumentów aby weryfikować prawdziwość takiego oświadczenia, a także aby w sposób jednoznaczny i precyzyjny określić moment zamontowania części w kombajnie, w sytuacji gdy jest to część powtarzalna występująca w kombajnie w większej ilości niż jedna sztuka. Wykonawca tym bardziej nie ma możliwości wprowadzenia jakichkolwiek rozwiązań zapobiegających gubieniu części. To po stronie zamawiającego jest obowiązek zorganizowania prac wykonywanych przedmiotem dzierżawy w taki sposób, aby możliwe było jego zwrócenie po okresie dzierżawy w stanie kompletnym i bez nadmiernego zużycia poszczególnych części. Nie ma żadnych uzasadnionych podstaw do tego aby Wyzierżawiający partycypował w szkodzie jaką Dzierżawca może wyrządzić Wyzierżawiającemu poprzez zwrócenie niekompletnego lub nadmiernie zużytego przedmiotu dzierżawy. Z punktu widzenia wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, skarżone postanowienie powoduje, że skalkulowanie adekwatnej ceny ofertowej staje się niemożliwe także dlatego, że wykonawca pozostaje w niepewności co do faktycznego zakresu przedmiotu zamówienia. Z

treści SWZ i ogłoszenia wynika, że przedmiotem zamówienia jest dzierżawa kombajnu ścianowego i jeżeli taki jest rzeczywiście przedmiot zamówienia, to kombajn ścianowy po okresie dzierżawy powinien zostać zwrócony kompletny, a jeżeli z jakichś względów okazałoby się to niemożliwe (co powinno być sytuacją ekstremalnie nadzwyczajną, której przy założeniu należytej staranności zamawiającego, nie należy zakładać już na etapie zawierania umowy), to zamawiający powinien naprawić szkodę wyrządzoną Wydierżawiającemu w pełnej wysokości. Postanowienie § 7 załącznika nr 5, określające sposób wyliczenia „odszkodowania”, może prowokować sytuacje, w których zamawiający nie będzie zdeterminowany do tego, aby zwrócić kompletny przedmiot dzierżawy, lecz uzna, że bardziej opłacalną dla niego jest zapłata „odszkodowania”. Wykonawca w takiej sytuacji pozostaje bez prawa dochodzenia odszkodowania w pełnej wysokości, gdyż w § 7 ust. 3 Załącznika nr 5 do SWZ zastrzeżono, że *Zapłata odszkodowania wyczerpuje roszczenia Wydierżawiającego z tytułu zwrotu przedmiotu dzierżawy niekompletnego lub z częściami nadmiernie zużytymi*. Ponadto odwołujący zwrócił uwagę, iż wskazany w spornym postanowieniu sposób ustalenia wartości odszkodowania, które zamawiający miałyby zapłacić wykonawcy z tytułu zwrotu niekompletnego przedmiotu dzierżawy, jest niezrozumiały i nieprecyzyjny także w zakresie odesłania do cen części. 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, z jakich dokładnie umów dostawy części, z kim i kiedy zawartych. Taka ogólność i niejednoznaczność określeń użytych w tym postanowieniu powoduje, że wykonawca przygotowujący ofertę nie posiada informacji niezbędnych do kalkulowania ceny ofertowej i zmuszony jest działać na płaszczyźnie domysłów i dokonywać własnych założeń bez istotnych informacji źródłowych, co powoduje, że cena ofertowa (o ile zdecyduje się na złożenie oferty) jest obciążona wysokim ryzykiem nieproporcjonalności do wartości przedmiotu zamówienia. Trzeba podkreślić, że szkodą wyrządzoną Wydierżawiającemu nie jest niezwrócenie określonej części czy zwrócenie części nadmiernie zużytej. Szkodą są wszelkie koszty jakie Wydierżawiający musi ponieść w związku ze zwrotem przedmiotu dzierżawy (kombajnu ścianowego) w stanie niekompletnym, tj. w takim stanie, jaki nie pozwala na dalsze korzystanie z tego urządzenia zgodnie z jego przeznaczeniem. Wydierżawiający w takiej sytuacji narażony jest na konieczność ponoszenia kosztów związanych z odtworzeniem brakujących części w celu przywrócenia kombajnu do stanu używalności, które stanowią 100% wartości tych części. Odwołujący wyjaśnił, że choć 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 podmiotowego przez zamawiającego (art.5 k.c.). Nadużycie uprzywilejowanej pozycji zamawiającego poprzez ukształtowanie wzoru umowy (a co za tym idzie przyszłego stosunku zobowiązaniowego) w sposób naruszający 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.

Końcowo odwołujący wskazał, że kwestionowane postanowienie § 7 załącznika nr 5 do SWZ, w identycznym brzmieniu, było już przedmiotem zaskarżenia w innym postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w sprawie o sygn. KIO 1245/22, gdzie Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu *dokonanie modyfikacji SWZ w sposób, który nie będzie sprzeczny z właściwością i naturą stosunku zobowiązaniowego i nie będzie naruszał zasad współżycia społecznego, jak również w sposób niepowodujący rażącej nierównowagi stron stosunku cywilnoprawnego*. Izba w uzasadnieniu wyroku z dnia 24 maja 2022 r. w ww. sprawie wskazała, że *okoliczność, iż zamawiający określił określone poziomy odszkodowania nie oznacza, że wypełniają one w sposób prawidłowy zasady związane z prawidłową właściwością i naturą stosunku zobowiązaniowego.(...) zamawiający nakłada na wykonawcę nierealne obowiązki, niedające się ustalić i co najważniejsze niedające się wycenić na etapie składania ofert*.

Tym samym w ocenie odwołującego z wyżej przedstawionych względów zaskarżone postanowienie załącznika nr 5 do SWZ powinno zostać usunięte w całości.

W ramach postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Zamawiający w dniu 29 czerwca 2022 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

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

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę w zakresie wszystkich podniesionych zarzutów.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 27 czerwca 2022 r., w tym w szczególności: specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal jako: „SWZ”) wraz z załącznikami.

Izba ustaliła co następuje

Zgodnie z treścią § 5 ust. 7 pkt 2 załącznika nr 5 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego”: *Przedmiotem zwrotu może być tylko kompletny przedmiot dzierżawy w stanie wynikającym z eksploatacji w okresie obowiązywania umowy, odpowiednio oczyszczony, bez olejów i smarów, podzielony na podzespoły (jednostki transportowe) jak przy dostawie, przy czym nie podlegają zwrotowi elementy złączne, szybkozużywające się i nieobjęte gwarancją.*

Zamawiający w treści załącznika nr 5 do SWZ w § 7 pn. *Zasady rozliczeń w przypadku zwrotu przedmiotu dzierżawy*, wprowadził postanowienia o następującej treści:

1. W przypadku gdy na podstawie Protokołu zdawczo-odbiorczego przedmiotu dzierżawy sporządzanego zgodnie z Częścią 4 SOPZ po demontażu przedmiotu dzierżawy, stwierdzony zostanie brak części lub nadmierne zużycie części, przyjmuje się następujące zasady rozliczenia wartości tych części.

2. Dzierżawca zapłaci Wydierżawiającemu odszkodowanie za część zgubioną lub nadmiernie zużytą:

1) Jeżeli dana część była używana przez Dzierżawcę w okresie do 3 miesięcy licząc od dnia jej zamontowania - w kwocie brutto stanowiącą równowartość 100% 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 Wydierżawiającego,

2) Jeżeli dana część była używana przez Dzierżawcę w okresie do od 4 do 12 miesięcy licząc od dnia jej zamontowania - w kwocie brutto stanowiącą 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 Wyzierżawiającego,

3) Jeżeli dana część była używana przez Dzierżawcę w okresie wynoszącym od 13 do 24 miesięcy licząc od dnia jej zamontowania - w kwocie brutto stanowiącej 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 Wyzierżawiającego,

4) Jeżeli dana część była używana przez Dzierżawcę w okresie wynoszącym powyżej 24 miesięcy licząc od dnia jej zamontowania - w kwocie brutto stanowiącej 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 Wyzierżawiającego.

5) W przypadku, gdy dana część podlegała wymianie w okresie eksploatacji przedmiotu umowy, dzień zamontowania danej części ustalony zostanie na podstawie Protokołu wykonania usługi serwisowej/Protokołu serwisowego/Notatki serwisowej/Dowodu dostawy, o których mowa w Części 6 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia.

3. Zapłata odszkodowania wyczerpuje roszczenia Wyzierżawiającego z tytułu zwrotu przedmiotu dzierżawy niekompletnego lub z częściami nadmiernie zużytymi.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 16 pkt 2 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

2) przejrzysty;

- art. 99 ust. 1 i 2 Pzp – *1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*

2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.;

- art. 8 ust. 1 Pzp – *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 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej;*
- art. 353¹ 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.;*
- art. 705 k.c. – *Po zakończeniu dzierżawy dzierżawca obowiązany jest, w braku odmiennej umowy, zwrócić przedmiot dzierżawy w takim stanie, w jakim powinien się znajdować stosownie do przepisów o wykonywaniu dzierżawy.;*
- 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.;*
- art. 471 k.c. – *Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Wszystkie zarzuty podniesione w odwołaniu odnosiły się do postanowień zawartych w § 7 załącznika nr 5 do SWZ pn. *Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego*, które określają zasady rozliczeń w przypadku zwrotu przedmiotu dzierżawy w sytuacji, w której stwierdzony zostanie brak części lub nadmierne zużycie części przy demontażu kombajnu. W ocenie składu orzekającego kwestionowane przez odwołującego postanowienia wzoru umowy mają związek z przedmiotem zamówienia oraz odpowiadają charakterowi umowy, jaka ma być zawarta z wykonawcą, który przedstawi najkorzystniejszą ofertę. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że w wyniku przedmiotowego postępowania zawarta zostanie umowa dzierżawy kombajnu ścianowego. Jak słusznie wyjaśnił to zamawiający – wydzierżawi on kombajn ścianowy w celu wydobywania przy jego zastosowaniu węgla we własnej kopalni, zaś wykonawcy z tego tytułu przysługuje czynsz dzierżawny. Po zakończeniu okresu dzierżawy zamawiający zwraca kombajn wykonawcy – przy czym nie jest zobowiązany do wykonania remontu kombajnu i doprowadzenia go do stanu sprzed dostarczenia. Zawierając umowę o dzierżawę

kombajnu każdy wykonawca musi mieć świadomość, że jego przeznaczeniem jest używanie przez zamawiającego do wydobycia węgla we wskazanej kopalni, a nawet w konkretnej lokalizacji (ścianie). Warunki w jakich kombajn będzie eksploatowany zawiera szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (zwany dalej jako: „SOPZ” – załącznik nr 1 do SWZ, w tym szczegółowe warunki określone w tabelach zawartych w części 2 SOPZ). Uprawnieniem zamawiającego jest więc używanie kombajnu we wskazanych lokalizacjach. W toku eksploatacji w celu zapewnienia przydatności do użytkowania zamawiający przewidział konieczność wykonywania comiesięcznych przeglądów przedmiotu dzierżawy oraz zapewnił korzystanie z usług serwisowych świadczonych przez wykonawcę (część 6 SOPZ Obowiązki stron związane z realizacją przedmiotu dzierżawy). Tym samym można było założyć, że zamawiający umożliwił korzystanie z przedmiotu dzierżawy zgodnie z zasadami prawidłowej gospodarki. Trudno przy tym nie przyznać racji zamawiającemu w stwierdzeniu, że utrzymywanie przedmiotu dzierżawy w stanie, który pozwala na eksploatację pokładów węgla leży w jego interesie, gdyż przy użyciu kombajnu zamawiający wydobywa węgiel, który następnie sprzedaje, dzięki czemu prowadzi działalność gospodarczą.

Ponadto w ocenie składu orzekającego odwołujący w istocie kwestionował postanowienia dotyczące wyłącznie rozliczeń przy zwrocie przedmiotu dzierżawy, w nie zgadzając się jedynie z wyceną części zgubionych lub nadmiernie zużytych. Jak wyjaśnił odwołujący na rozprawie na dole w kopalni podpisany jest protokół oględzin, który ma charakter wstępny, a następnie na powierzchni podpisany jest protokół zdawczo-odbiorczy kombajnu, którego wzór stanowi załącznik 7 do umowy. Dodatkowo Izba ustaliła, że zgodnie z częścią 4 i 6 SOPZ zapewniony jest udział wykonawcy przy demontażu kombajnu na dole (postanowienia w tym zakresie zawarte są w części 4 pkt 13-20 oraz w części 6 pkt 1). W związku z tym nawet jeśli jest tak jak twierdził odwołujący, że wykonawca nie ma dostępu do przedmiotu dzierżawy w okresie jego transportu z dołu kopalni na powierzchnię to jednak należało przyjąć, że wykonawca ma możliwość oceny stanu kombajnu już przy demontażu na dole kopalni oraz na powierzchni przy sporządzaniu protokołu zdawczo-odbiorczego, nie wspominając już o możliwości serwisowania sprzętu podczas jego eksploatacji. Odwołujący zdawał się sugerować w treści odwołania trudności związane z wystarczającą kontrolą ze strony wykonawcy nad przedmiotem dzierżawy i możliwości rzeczywistego ustalenia jego stanu w momencie oddania sprzętu, jednakże Izba doszła do przekonania, że sugestie te nie znalazły potwierdzenia w okolicznościach sprawy.

Przechodząc do *meritum* odwołania Izba w pierwszej kolejności doszła do przekonania, że istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia odwołania miało ustalenie czy kwestionowane postanowienia były jednoznaczne i wyczerpujące oraz umożliwiały dokonanie prawidłowej wyceny przedmiotu zamówienia i tym samym przygotowanie oferty.

Jeśli chodzi o pierwszą z powyżej wymienionych kwestii skład orzekający uznał, że skarżone postanowienia są jednoznaczne i wyczerpujące. W ocenie Izby ww. postanowienia w sposób kompleksowy regulują zasady rozliczeń w przypadku zwrotu przedmiotu dzierżawy w sytuacji, w której stwierdzony zostanie brak części lub nadmierne zużycie części przy demontażu kombajnu przez wprowadzenie wynikowego sposobu wypłaty odszkodowania za część zgubioną lub nadmiernie zużytą obejmującego zastosowanie określonej równowartości wartości części wyrażonej procentowo za wskazany okres jej używania licząc od dnia jej zamontowania. Skład orzekający nie dopatrzył się żadnej luki lub nieściśłości w konstrukcji modelu wypłaty odszkodowania, który został przyjęty przez zamawiającego. Ponadto w praktyce jedyna niejasność wskazywana przez odwołującego dotyczyła kwestii cenników i w tym zakresie odwołujący stwierdził, że zamawiający posłużył się określeniem *wg cen obowiązujących dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. przy zakupie części nowych*, przy czym nie wskazał jednak na żadne konkretne kwoty, ani też nie sprecyzował na jakiej podstawie owe obowiązujące ceny mają być ustalone tj. o jakich dokładnie cennikach mowa w tym postanowieniu, z jakich dokładnie umów na dostawy części, z kim i kiedy zawartych. W tym miejscu warto po raz kolejny przytoczyć całość regulacji odnoszącej się do zagadnienia ustalenia wartości części objętej odszkodowaniem. Otóż zamawiający wskazał, że wartość części będzie ustalana *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*. Dokonując analizy sposobu ustalenia wartości części Izba uznała, że zamawiający przewidział trzy możliwości takiej wyceny. Dwa pierwsze opierały się na cennikach – aktualnym dla części nowych lub w przypadku jego braku ostatnim obowiązującym dla części nowych. Trzeci sposób określał wycenę według oferty od wykonawcy i ma następować jeżeli brak jest możliwości wyceny w oparciu o cenniki. W tym kontekście należało stwierdzić, że po pierwsze odwołujący w odwołaniu zwracał uwagę wyłącznie na kwestie cenników, nie odnosząc się do możliwości wyceny w oparciu o ofertę wykonawcy. Po drugie, w ocenie składu orzekającego, zamawiający, przekonująco argumentował, że postanowienia odwołujące się do cenników funkcjonują w praktyce w umowach zawieranych przez zamawiającego od lat i dotyczą wynagrodzenia za naprawy nieobjęte gwarancją. Jeśli chodzi o przedmiotowe postępowanie zamawiający wskazał na fragment zawarty w części 5 pkt 20 ppkt 4 SOPZ, w którym także znalazło się odniesienie do cennika, co potwierdzało stanowisko zamawiającego o stosowania cenników w praktyce. Dodatkowo odwołujący nie podważył twierdzenia zamawiającego w tym zakresie, a z

kontekstu jego wypowiedzi dało się wywnioskować, że rzeczywiście takie cenniki są stosowane w kontraktach zawieranych przez zamawiającego. Tym samym Izba nie znalazła powodów do nieprzyjęcia stanowiska zamawiającego.

W przypadku drugiej ze wskazanych powyżej okoliczności Izba doszła do przekonania, że kwestionowane postanowienia umożliwiają dokonanie prawidłowej wyceny przedmiotu zamówienia i tym samym przygotowanie oferty. Na wstępie tej części uzasadnienia skład orzekający wyszedł z założenia, że odszkodowanie przewidziane przez zamawiającego w § 7 projektu umowy, nie musi być jedynym źródłem pokrycia ponoszonych przez wykonawcę kosztów. Co do zasady koszty związane z dzierżawą wykonawca uwzględnia w czynszu dzierżawnym, czyli w tym wypadku – w cenie oferty. Jeżeli zatem wykonawca uznaje przewidziane przez zamawiającego odszkodowanie za zbyt niskie, może wycenić dodatkowe ryzyka z tym związane w cenie oferty, zwłaszcza że posiada doświadczenie we współpracy również z tym konkretnym zamawiającym. Skoro postanowienia ww. paragrafu zostały uznane za jednoznaczne i wyczerpujące to doświadczony i odpowiednio przygotowany do realizacji zamówienia wykonawca ma możliwość odpowiedniego określenia ryzyk związanych z dzierżawą sprzętu obejmujących również zgubienie oraz nadmierne zużycie części i uwzględnienia tych ryzyk w cenie oferty.

Ponadto nie dało się nie zauważyć, że odwołujący nie złożył żadnego dowodu w tym także dowodu, który potwierdziłby lub chociaż zasygnalizował niemożność określenia ryzyka dotyczącego wyceny części zgubionych lub nadmiernie zużytych. Niewątpliwie odwołujący posiada tak duże doświadczenie w realizacji podobnych postępowań przetargowych, że powinien był być w stanie taki dowód przedstawić na przykład przez porównanie lub zestawienie protokołów zdawczo-odbiorczych z wcześniejszych postępowań. Tymczasem odwołujący ograniczył się w tym zakresie do stwierdzenia, że kwestia zwrotu kombajnów w ramach wcześniejszych umów różnie się kształtowała i zdarzały się sytuacje, w których nie było wielu braków oraz takie sytuacje, w których te braki są znaczące. Tak ogólnikowe i gołosłowne stwierdzenia nie mogły w ocenie składu orzekającego potwierdzać stanowiska odwołującego.

Dodatkowo – jak słusznie zauważył zamawiający – w odwołaniu wskazano, że kombajn ścianowy, który będzie przedmiotem dzierżawy składa się z wielu części zamiennych, w tym wielu powtarzalnych części tego samego rodzaju np. wałki napędowe, sworznie, tuleje, koła zębate także elementy handlowe jak np. łożyska, bezpieczniki, przewody hydrauliczne, uszczelnienia Goetza itp., co pośrednio oznaczało, że wykonawca ma możliwość korzystania z części zamiennych w tym używanych, skoro przedmiot dzierżawy składa się z wielu powtarzalnych części tego samego rodzaju, które w pewnym, co prawda ograniczonym,

zasobie – ale nie w ilości pojedynczych sztuk – powinny być dostępne wykonawcy i wykorzystane w razie potrzeby.

W dalszej kolejności skład orzekający uznał, że należało przyznać rację odwołującemu, że różne części zamienne kombajnu ścianowego, mają różną żywotność i w różnym tempie tracą swoją wartość oraz właściwości użytkowe. W tym kontekście należało jednakże po raz kolejny wskazać, że zamawiający uśrednił wysokość odszkodowania za zgubienie części w zależności od czasu jej używania licząc od dnia jej zamontowania. Oznacza to, że odszkodowanie należne wykonawcy może być dla niego w jednych przypadkach mniej, ale w innych bardziej korzystne, w zależności od tego, jaka część zostanie zgubiona lub zużyta. Należy przy tym zauważyć, że w przypadku części używanych w okresie do 3 miesięcy, zamawiający przewidział odszkodowanie w wysokości 100% wartości danej części.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że należało oddalić zarzut naruszenia art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 Pzp.

W odniesieniu do zarzutu podniesionego w pkt 2 *petitum* odwołania Izba stwierdziła, że art. 705 k.c. stanowi, iż po zakończeniu dzierżawy dzierżawca obowiązany jest, w braku odmiennej umowy, zwrócić przedmiot dzierżawy w takim stanie, w jakim powinien się znajdować stosownie do przepisów o wykonywaniu dzierżawy. Ponadto art. 675 § 1 k.c. (który znajduje zastosowanie do umowy dzierżawy na podstawie art. 694 k.c.) stanowi wprost, że po zakończeniu najmu najemca obowiązany jest zwrócić rzecz w stanie nie pogorszonym; jednakże nie ponosi odpowiedzialności za zużycie rzeczy będące następstwem prawidłowego używania. Tym samym przedmiot dzierżawy nie musi zostać zwrócony w stanie, w jakim był przekazany dzierżawcy. W świetle ww. przepisów, jak też charakteru niniejszego zamówienia polegającego na dzierżawie kombajnu służącego do wydobycia węgla w kopalni, należało więc przyjąć, że zwrócony po zakończeniu umowy kombajn będzie zużyty i skutkiem tego zużycia może być też utrata określonych części. Zamawiający był zatem uprawniony do wprowadzenia do projektu umowy postanowień przewidujących zasady rozliczenia z wykonawcą m.in. za zgubione części, które to postanowienia stały się przedmiotem sporu w przedmiotowej sprawie.

Ponadto Izba uznała za słuszną argumentację zamawiającego i przyjęła, że zgodnie z dyspozycją art. 705 k.c. strony mogą dostosować zasady zwrotu przedmiotu dzierżawy do własnych potrzeb. Z natury tego przepisu wynika więc, że dopuszcza się rozwiązanie inne niż przewidziane w kodeksie cywilnym – możliwe jest odmienne ustalenie brzemienia postanowień umowy. Nie jest więc możliwe naruszenie art. 353¹ k.c. w związku z przepisem dyspozytywnym. Norma wyrażona w art. 705 k.c. nie jest bezwzględnie wiążąca – charakter tejże więc wskazuje na brak możliwości uznania, że odmienne postanowienia będą stały w sprzeczności z przepisami prawa powszechnie obowiązującego (bo nie są to przepisy

bezwzględnie obowiązujące) ani z właściwością czynności prawnej – gdyż możliwość odmiennej regulacji jest wprost wskazana w przepisie. W omawianej sprawie postanowienia umowy precyzują zasady rozliczeń w konkretnych okolicznościach, które mogą wystąpić przy zwrocie przedmiotu dzierżawy, co jest działaniem dozwolonym w świetle k.c. Jednocześnie zasady zwrotu, które przewidują zasady obliczania wartości części nie stoją w sprzeczności z właściwością stosunku prawnego ani zasadami współżycia społecznego. Punktem wyjścia dla rozważań o ekwiwalentności odszkodowania powinny być przepisy o zwrocie przedmiotu dzierżawy. Ustawodawca racjonalnie założył, że dzierżawca nie odpowiada za pogorszenie przedmiotu dzierżawy będące następstwem prawidłowego używania (art. 694 w zw. z art. 675 k.c.). Wykonawca przystępując do postępowania wie, że otrzyma zwrot kombajnu, który był używany przez okres dzierżawy.

Reasumując, jak wynika z powyższych ustaleń przepisy prawa powszechnie obowiązującego:

- nie wymagają zwrotu rzeczy w stanie takim, w jakim była ona przekazana, a rzeczy w stanie w jakim ona się znajduje po okresie używania;
- pozwalają, aby strony umowy wprowadziły własne postanowienia dotyczące zwrotu przedmiotu dzierżawy, gdyż ta kwestia podlega swobodzie umów.

Dodatkowo w tej części uzasadnienia zastosowanie miała także argumentacja podniesiona powyżej przy okazji zarzutu określonego w pkt 1 *petitum* odwołania dotycząca w szczególności możliwości wykorzystania części używanych czy też jednoznaczności i kompleksowości kwestionowanych postanowień.

Zważywszy na powyższe skład orzekający stwierdził, że nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 353¹ k.c. w zw. z art. 705 k.c. w zw. z art.5 k.c. oraz w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 353¹ k.c. w zw. z art. 471 k.c. w zw. z art. 5 k.c. oraz w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp. W tym zakresie Izba przyjęła za własną argumentację zamawiającego i uznała, że aby naruszyć zasadę swobody umów zamawiający musiałby tak skonstruować postanowienia umowne, aby były one sprzeczne z ustawą, właściwością stosunku prawnego lub zasadami współżycia społecznego. Tymczasem żaden przepis k.c. nie nakłada obowiązku zapłacenia ceny za część używaną zgubioną w wysokości równej wartości części nowej. Co więcej zasady zwrotu przedmiotu dzierżawy zakładają oddanie go w stanie wynikającym z normalnego zużycia (a więc gorszym niż sprzęt nowy). Przepisy k.c. pozwalają też na ustalenie odszkodowania zryczałtowanego np. w postaci kary umownej, która co do zasady niezależnie od wysokości szkody stanowi jej rekompensatę. Mało tego – w wielu umowach funkcjonujących na rynku strony limitują odpowiedzialność z tytułu jej niewykonania lub nienależytego wykonania do określonej wartości, co nie jest podważane jako wykraczające poza zasadę swobody umów.

Jak wynika z powyższego konstrukcja limitowania odpowiedzialności do określonej wysokości nie odbiega od innych postanowień tego typu powszechnie stosowanych i uznawanych za mieszczące się w granicach zasady swobody umów.

Odwołujący starał się wywołać wrażenie, że jedynie zapłacenie 100% wartości części jest sprawiedliwe i właściwe, pomijając to, że wykonawca przystępując do postępowania godzi się z tym, że zwrócony zostanie mu kombajn użytkowany, a więc nienadający się do kolejnego użycia bez przeprowadzenia niezbędnych czynności przeglądu, naprawy lub remontu (w zależności do długości trwania umowy dzierżawy). Tymczasem koszt zużycia kombajnu i poszczególnych jego części powinien być od razu wkalkulowany w czynsz dzierżawny, co dla doświadczonego wykonawcy powinno być możliwe do oszacowania i wyceny. Nie można tym samym zgodzić się z argumentacją jakoby nie było możliwe oszacowanie ryzyka wykonawcy wynikające z faktu zwrócenia kombajnu w stanie niekompletnym i przyjęcia odpowiedniej kwoty za części utracone. Wykonawca przystępując do postępowania wie, że otrzyma po wykonaniu umowy kombajn użytkowany, a więc złożony z części, które są używane *ergo* warte mniej niż części nowe. Koszt zużycia części bierze więc pod uwagę obliczając cenę umowną. Przy zwrocie kombajnu otrzymuje bądź to części używaną (wartą mniej niż część nowa), bądź kwotę w wysokości ustalonej przy pomocy cen jednostkowych ustalonych w cennikach, które sam przedstawia przy umowach serwisowych. Wysokość kwoty odpowiada zatem wartości części zużytej. Nie ma więc zasadniczej różnicy po stronie wykonawcy czy odbiera on część używaną (wartą mniej niż nowa), czy odpowiednią sumę pieniężną – ustaloną w proporcji do zużycia części.

Reasumując Izba doszła do przekonania, że kwestionowane postanowienia projektu umowy stanowią co prawda pewną dolegliwość dla wykonawcy, ponieważ zmuszą go do podjęcia dodatkowych starań w celu rzetelnego przygotowania oferty, a przede wszystkim jej wyceny, niemniej dolegliwości tej nie można uznać za skutek uprawnienia zamawiającego, które jest sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, jak również jako przejaw rażącej nierównowagi stron stosunku cywilnoprawnego.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na

poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie złożonego na rozprawie rachunku.

Przewodniczący: