

Sygn. akt KIO 754/22

POSTANOWIENIE

z dnia 31 marca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem Stron, w dniu 31 marca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2022 roku przez wykonawcę FAMUR spółka akcyjna z siedzibą w Katowicach

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Polska Grupa Górnicza spółka akcyjna z siedzibą w Katowicach

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy FAMUR spółka akcyjna z siedzibą w Katowicach kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej wniesiony wpis.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - 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 spółka akcyjna z siedzibą w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, sektorowe w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: *Dzierżawa kombajnu ścianowego dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK Staszic-Wujek.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 marca 2022 roku pod numerem 2022/ S 48 - 125579

W dniu 18 marca 2022 roku Odwołujący działając w oparciu o art. 505 ust.1 oraz art. 513 pkt 1 i art. 514 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako „ustawa PZP”) wniósł odwołanie wobec zmodyfikowanej treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia na *Dzierżawę kombajnu ścianowego dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK Staszic-Wujek, numer sprawy 622101540* w zakresie następującego postanowienia SWZ:

- § 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 ustalaną przez Zamawiającego cenę nie stanowiącą ekwiwalentu wartości nabywanej części.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy PZP przez 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;
- 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 ustawy

PZP przez 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 rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego, w zakresie, w jakim Zamawiający zastrzega sobie możliwość niezwrócenia przedmiotu dzierżawy w takim stanie, w jakim powinien się znajdować stosownie do przepisów o wykonaniu dzierżawy i nabycia jego części w wyniku złożenia jednostronnego oświadczenia (Zamawiającego) o nabyciu zgubionych lub zniszczonych części za ustalonym przez Zamawiającego wynagrodzeniem;

- 3) art. 353 1 k.c. w zw. z art. 437 k.c. w zw. z art.435 ust.1 k.c. w zw. z art.5 k.c. oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP przez 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 rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego, w zakresie, w jakim Zamawiający wprowadza mechanizm rozliczenia za zagubione i zniszczone części zamienne przedmiotu dzierżawy wprowadza mechanizm rozliczenia za zagubione i zniszczone z winy Zamawiającego części zamienne przedmiotu dzierżawy polegający na jednostronnym oświadczeniu (Zamawiającego) o nabyciu zgubionych lub zniszczonych części za ustalonym przez Zamawiającego wynagrodzeniem w celu nieuprawnionego wyłączenia odpowiedzialności Zamawiającego za faktyczną szkodę spowodowaną w mieniu Wykonawcy wynikającą z niezwrócenia kompletnego przedmiotu dzierżawy;
- 4) art. 353 1 k.c. w zw. z art. 415 k.c. w zw. z art.5 k.c. oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP przez 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 rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego, w zakresie, w jakim Zamawiający wprowadza mechanizm rozliczenia za zagubione i zniszczone z winy Zamawiającego części zamienne przedmiotu dzierżawy polegający na jednostronnym oświadczeniu (Zamawiającego) o nabyciu zgubionych lub zniszczonych części za ustalonym przez Zamawiającego wynagrodzeniem, w celu wyłączenia odpowiedzialności Zamawiającego za szkodę spowodowaną w mieniu Wykonawcy z winy Zamawiającego wynikającą z niezwrócenia kompletnego przedmiotu dzierżawy.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień SWZ przez usunięcie w całości § 3 ust.13 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 podał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania albowiem Odwołujący, jako wykonawca ma interes w uzyskaniu zamówienia. Zarzucane Zamawiającemu naruszenia znacznie utrudniają lub mogą prowadzić do braku możliwości złożenia przez Odwołującego korzystnej oferty ostatecznej w niniejszym 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. Wskazał na wyrok Izby z dnia 23 sierpnia 2012 r. sygn. akt KIO 1691/12 i KIO 1704/12.

Odwołujący następująco uzasadniał zarzuty odwołania:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *Dzierżawę kombajnu ścianowego dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK Staszic-Wujek, numer sprawy 622101540*

W dniu 9 marca 2022 r. Zamawiający na stronie internetowej prowadzonego postępowania opublikował Specyfikację Warunków Zamówienia (SWZ). Od tej daty biegnie więc termin na wniesienie odwołania wobec treści dokumentów postępowania

Dowód: Specyfikacja Warunków Zamówienia – w aktach postępowania

Zamawiający w treści załącznika 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:

„13. W przypadku stwierdzenia braku części lub nadmiernego zużycia części przedmiotu umowy w procedurze zwrotu przedmiotu umowy Dzierżawca ma prawo nabycia tych 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 do 12 miesięcy licząc od dnia jej zamontowania, 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 wynoszącym od 12 do 24 miesięcy licząc od dnia jej zamontowania, 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 wynoszącym powyżej 24 miesięcy licząc od dnia jej zamontowania, 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.

d) 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. W przypadku zapłaty Wydzierżawiającemu wynagrodzenia, o którym mowa powyżej Dzierżawca nabywa prawa własności do danej części.

Wobec niejednoznacznej i niejasnej treści powyższego postanowienia budzącej w ocenie Odwołującego istotne wątpliwości, jako naruszającej przepisy ustawy, Odwołujący

zwrócił się do Zamawiającego w trybie art. 135 ust.1 PZP o wyjaśnienie znaczenia treści tego postanowienia zadając następujące pytanie:

„W świetle treści postanowienia § 3 ust.13 Załącznika nr 5 do SWZ zwracamy się o wyjaśnienie następujących kwestii :

a) W jaki sposób Zamawiający zamierza rozliczyć się z Wydierżawiającym z tytułu szkody jaką Wydierżawiający może ponieść w wyniku niezwrócenia kompletnego przedmiotu dzierżawy?

b) Czy w przypadku braku możliwości wyceny w oparciu o cenniki wiążącą będzie zawsze cena z oferty Wydierżawiającego bez możliwości prowadzenia negocjacji w tym zakresie?,

c) Czy Zamawiający przy założeniu skorzystania z możliwości nabycia części zamiennych na podstawie w/w postanowienia uzna, że dokonanie takiego nabycia części stanowi ze strony Zamawiającego realizację obowiązku zwrotu kompletnego przedmiotu dzierżawy zgodnie z § 5 ust.7 pkt 2 Załącznika nr 5 do SWZ oraz art.705 KC

d) Czy w sytuacji nie wyrażenia przez Wydierżawiającego zgody na sprzedaż części zamiennych na podstawie w/w postanowienia, Zamawiający dokona zwrotu kompletnego przedmiotu dzierżawy zgodnie z § 5 ust.7 pkt 2 Załącznika nr 5 do SWZ oraz art.705 KC, a jeżeli takiego zwrotu nie będzie mógł dokonać, to na jakich zasadach nastąpi rozliczenie z tytułu wyrządzonej Wydierżawiającemu szkody wynikające z niewykonania obowiązku zwrotu kompletnego przedmiotu dzierżawy.”

Odwołujący podał, że do dnia sporządzenia niniejszego odwołania Zamawiający nie udzielił odpowiedzi wyjaśnień w powyższym zakresie. Wobec braku wyjaśnień ze strony Zamawiającego mając na uwadze, iż powyższe postanowienie § 3 ust.13 Załącznika nr 5 do SWZ, stanowi zastrzeżenie powodujące, że przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i niejasne są wymagania Zamawiającego co do zakresu dostawy koniecznym okazało się wniesienie odwołania.

Zastrzeżenie możliwości niezwrócenia części zamiennych stanowiących elementy składowe przedmiotu dzierżawy i nabycia przez Zamawiającego tych części na własność, w wyniku jednostronnego oświadczenia woli złożonego Wykonawcy, w ocenie odwołującego pozostaje bez związku z zasadniczym przedmiotem zamówienia (dzierżawą kombajnu). Jest także nieproporcjonalne do uzasadnionych potrzeb i celów Zamawiającego wynikających z przedmiotu zamówienia. Zamawiający przedmiotowym postanowieniem wprowadza do dokumentów zamówienia regulację potencjalnie umożliwiającą mu dokonanie po okresie dzierżawy zakupów części zamiennych do kombajnów po korzystanych dla Zamawiającego cenach, z pokrzywdzeniem Wykonawcy i z pominięciem stosowania trybów dokonywania zamówień publicznych przewidzianych w ustawie. Przedmiotem niniejszego postępowania zgodnie z jego nazwą jest dzierżawa kombajnu ścianowego i do tego przedmiotu powinny

ograniczać się zapisy postanowień umowy.

Zgodnie z art. 705 k.c. *Po zakończeniu dzierżawy, dzierżawca obowiązany jest, w braku odmienną umowy, zwrócić przedmiot dzierżawy w takim stanie, w jakim powinien się znajdować stosownie do przepisów o wykonywaniu dzierżawy.*

Zaskarżone postanowienie § 3 ust.13 Załącznika nr 5 do SWZ, ma na celu przede wszystkim ograniczenie odpowiedzialności materialnej Zamawiającego za niezwrócenie kompletnego przedmiotu dzierżawy. Natomiast w ocenie Odwołującego, nie można wykluczyć także takiej ewentualności, że owo zastrzeżenie ma stwarzać Zamawiającemu możliwość dokonywania, po okresie dzierżawy, zakupu po korzystnych cenach, używanych części zamiennych do kombajnu, z pominięciem procedur przetargowych i z pokrzywdzeniem Wykonawcy. Należy zwrócić uwagę, że zaproponowany przez Zamawiającego sposób wyliczenia wynagrodzenia za przeniesienie własności części zamiennych, nie prowadzi do ustalenie ceny będącej ekwiwalentem wartości danej części. Trzeba mieć na uwadze, że **różne części zamienne kombajnu ścianowego, mają różną żywotność i w różnym tempie tracą swoją wartość oraz właściwości użytkowe**. Jednak nade wszystko należy zwrócić uwagę na fakt, iż przedmiotem dzierżawy jest kompletny kombajn i **kompletny kombajn powinien zostać po okresie dzierżawy zwrócony zgodnie z § 5 ust.7 pkt 2 Załącznika nr 5 do SWZ**. Dla Wykonawcy zwrot kombajnu pozbawionego niektórych (być może istotnych) części zamiennych powoduje, że urządzenie, jako całość, staje się bezużyteczne i aby doprowadzić je z powrotem do stanu używalności, konieczne będzie odtworzenie brakujących części. Nie jest natomiast możliwe odtworzenie części używanej, a zatem potencjalną szkodą po stronie Wyzierżawiającego z tego tytuł, będzie wartość części nowej tj. wartość zakupu lub wytworzenia takiej części. Nie ma żadnego uzasadnienia, ani usprawiedliwienia dla rozumowania Zamawiającego i planowanego przez niego sposobu działania, polegającego na tym, że gdy część kombajnu zostanie przez Dzierżawcę zgubiona lub nadmiernie zużyta w wyniku eksploatacji, to skoro nie może zwrócić kompletnego przedmiotu dzierżawy, to powinien nabyć te zgubione lub nadmiernie zużyte części. W ocenie odwołującego w takiej sytuacji nabycie części za wynagrodzeniem ustalonym według zaskarżonego postanowienia, nie będzie w żadnym wypadku stanowiło naprawienia szkody, a wręcz może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem Wykonawcy. W świetle kwestionowanego postanowienia Wykonawca pozostaje w niepewności co do tego, w jakim stanie zostanie zwrócony przedmiot dzierżawy po okresie dzierżawy – kompletny czy z brakującymi częściami, za które na podstawie jednostronnego oświadczenia Zamawiającego otrzyma jedynie część ich faktycznej wartości. Trzeba zwrócić uwagę, iż w świetle treści skarżonego postanowienia, to Zamawiający jednostronnie będzie deklarował, że część „zgubiła się”, i że nabywa ją na własność za ustalony procent jej wartości, wynikający z umowy.

Wykonawca nie ma żadnych instrumentów ku temu, aby zweryfikować, czy część faktycznie została zgubiona, ani tym bardziej nie możliwości wprowadzenia jakichkolwiek rozwiązań zapobiegających gubieniu części. To po stronie Zamawiającego jest obowiązek takiego zorganizowania prac przedmiotem dzierżawy, aby możliwe było jego zwrócenie po okresie dzierżawy w stanie kompletnym.

Wprowadzone postanowienie może zatem 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 wynagrodzenia nie stanowiącego ekwiwalentu faktycznej wartości tych niezwróconych części. Nabyte w taki sposób części, które mogą być w pełni zdatne do dalszego użytku, Zamawiający potencjalnie będzie mógł, po ich „odnalezieniu”, wykorzystać we własnych kombajnach ścianowych, unikając jednocześnie dokonywania zakupu części zamiennych z zastosowaniem procedur przetargowych.

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 co 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 de facto do zawarcia umowy sprzedaży.

Bazując na tak skonstruowanych zapisach SWZ, Wykonawca nie jest 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.

Dodatkowo z kwestionowanego postanowienia nie wynika, czy Wykonawca będzie miał ewentualnie możliwość odmowy dokonania sprzedaży takich części. Natomiast należy zwrócić uwagę, iż wskazany w spornym postanowieniu sposób ustalenia wynagrodzenia, które ewentualnie Zamawiający miałby zapłacić Wykonawcy z tytułu nabycia własności części, 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. Wynagrodzenie będzie jednostronnie ustalone przez Zamawiającego, w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny, o czym była już mowa wyżej. Tak ustalone

wynagrodzenie nie będzie najprawdopodobniej ekwiwalentem faktycznej wartości sprzedawanego przedmiotu, a więc nie będzie rekompensowało szkody, jaką Wydierżawiający poniesie w związku ze zwróceniem niekompletnego przedmiotu dzierżawy.

Trzeba mieć na uwadze, iż odpowiedzialność odszkodowawcza Zamawiającego, co do zasady opiera się na zasadzie ryzyka. Zgodnie z art.435 § 1 k.c. *Prowadzący na własny rachunek przedsiębiorstwo lub zakład wprawiany w ruch za pomocą sił przyrody (pary, gazu, elektryczności, paliw płynnych itp.) ponosi odpowiedzialność za szkodę na osobie lub mieniu, wyrządzoną komukolwiek przez ruch przedsiębiorstwa lub zakładu, chyba że szkoda nastąpiła wskutek siły wyższej albo wyłącznie z winy poszkodowanego lub osoby trzeciej, za którą nie ponosi odpowiedzialności.*

Zwrócenie po okresie dzierżawy niekompletnego przedmiotu dzierżawy niewątpliwie powoduje szkodę po stronie Wydierżawiającego. Niewątpliwie postanowienie § 3 ust.13 Załącznika nr 5 do SWZ nie służy pokryciu szkody Wykonawcy, lecz przeciwnie, prawdopodobnie zmierza do ograniczenia odpowiedzialności Zamawiającego. Obowiązkiem Zamawiającego po okresie dzierżawy jest dokonanie zwrotu kompletnego przedmiotu dzierżawy zgodnie z art.705 k.c. oraz § 5 ust.7 pkt 2 Załącznika nr 5 do SWZ. Jeżeli zaistnieje taka sytuacja, w której Zamawiający nie będzie w stanie dokonać zwrotu kompletnego przedmiotu dzierżawy, to jego obowiązkiem jest naprawienie szkody wyrządzonej Wydierżawiającemu zwróceniem przedmiotu dzierżawy w stanie niekompletnym. Jak wskazano wyżej, co do zasady Zamawiający za szkodę odpowiada na zasadzie ryzyka na podstawie art.435 § 1 k.c. Zaskarżonym postanowieniem, Zmawiający de facto wyłącza swoją odpowiedzialność za powstałą szkodę. Zapłata wynagrodzenia za przeniesienie własności zgubionych lub zniszczonych części, w wysokości stanowiącej jedynie pewien procent kosztu, jaki Wydierżawiający będzie musiał ponieść aby tę część odtworzyć, nie może być uznana za naprawienie szkody. W ocenie Odwołującego, mechanizm nabywania części przewidziany w § 3 ust.13 Załącznika nr 5 do SWZ w żadnej mierze nie służy „rozliczeniu się” Zamawiającego ze zobowiązania do naprawienia szkody, jaką wyrządzi Wydierżawiającemu zwracając niekompletny przedmiot dzierżawy.

Odwołujący **podkreślił, że odpowiedzialności za szkodę wynikającej z art.435 § 1 k.c. nie można zgodnie z art.437 k.c. z góry wyłączyć ani ograniczyć dlatego też skarżone postanowienie narusza także ten przepis.** Nawet gdyby przyjąć, że odpowiedzialność odszkodowawcza Zamawiającego za szkodę wyrządzoną niezwróceniem kompletnego przedmiotu dzierżawy powinna być kształtowana, nie na zasadzie ryzyka, lecz na zasadzie winy na podstawie art.415 k.c., to niewątpliwie taką winę Zamawiającemu można by przypisać. Zagubienie części przedmiotu dzierżawy na terenie zakładu Zamawiającego –

na dole w kopalni węgla kamiennego, gdzie dostęp osób trzecich jest obwarowany licznymi ograniczeniami, o ile nie wynika ze zdarzeń losowych mających znamiona siły wyższej, to dzieje się z przyczyn całkowicie zależnych od Zamawiającego. Dlatego nawet przy uwzględnieniu ewentualnej odpowiedzialności odszkodowawczej na zasadzie winy, również w takiej sytuacji skarżone postanowienie w sposób bezprawny wyłącza odpowiedzialność Zamawiającego.

Podkreślił, że szkodą wyrządzoną Wydierżawiającemu nie jest niezwrócenie określonej części czy zwrócenie części nadmiernie zużytej. Mając na uwadze obowiązek zwrotu kompletnego przedmiotu dzierżawy po okresie dzierżawy, szkodą są wszelkie koszty jakie Wydierżawiający musi ponieść w związku ze zwróceniem 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.

Jeżeli istotnie Zamawiający chciałby nabywać na własność części w celu rozliczenia się z Wykonawcą, to powinien nabywać nie te same części które zgubił, lecz takie same części jakie zgubił, które po nabyciu powinien zwrócić wraz z przedmiotem dzierżawy w miejsce części zgubionych, aby zwracany przedmiot dzierżawy był kompletny. Jednak ze spornego postanowienia taki mechanizm nie wynika.

Zatem mechanizm wprowadzany spornym postanowieniem, nie pozwala na rozliczenie się Zamawiającego z Wykonawcą przy zwrocie przedmiotu dzierżawy i nie powoduje także, iż przedmiot dzierżawy może być uznany za zwrócony w stanie kompletnym.

Wynagrodzenie określone w tym postanowieniu jest wynagrodzeniem za przeniesienie własności części zgubionych lub zniszczonych, które nie prowadzi jednak do naprawienia szkody z tego wynikającej i nie pozwala na uznanie, że przedmiot dzierżawy został zwrócony w stanie kompletnym.

Natomiast tak ukształtowana treść projektowanych postanowień umownych powoduje, że niemożliwe jest skalkulowanie adekwatnej ceny ofertowej i jest nadużyciem ze strony Zamawiającego, naruszającym dozwolone ramy zasady swobody umów (art.3531 k.c.). Stawia Wykonawcę, jako właściciela przedmiotu dzierżawy w niepewności, co do tego w jakim zakresie ostatecznie odzyska swoją własność (przedmiot dzierżawy), a w jakim zakresie będzie musiał ponieść koszty odtworzenia brakujących części w przypadku zwrotu niekompletnego kombajnu oraz czy i w jakim zakresie takie koszty zostaną zrekomensowane przez Zamawiającego. 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 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.

Z wyżej przedstawionych względów zaskarżone postanowienie załącznika nr 5 do SWZ powinno zostać usunięte w całości.

Po przeprowadzeniu posiedzenia z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy z dnia 11 września 2022 roku skutkujących odrzuceniem odwołania. Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem

Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do dnia wydania postanowienia w sprawie nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, w tym po stronie Zamawiającego.

Zamawiający, co wynika z pisma z dnia 22 marca 2022 roku przesłanego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2022 roku, a które to pismo zostało przekazane do składu orzekającego w dniu 31 marca 2022 roku złożył odpowiedź na odwołanie.

Odwołanie dotyczy poniższego postanowienia SWZ:

§ 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 ustaloną przez Zamawiającego cenę nie stanowiącą ekwiwalentu wartości nabywanej części,

Działając w oparciu o art. 521 w związku z art. 522 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019r poz. 2019 r. ze zm.) Zamawiający informuje, że uznał odwołanie w całości i dokonał zmiany treści SWZ pismem nr 70/NZ/JG/25267/2022 opublikowanym w dn. 21.03.2022 r., poprzez wykreślenie w Załączniku nr 5 do SWZ „IPU”, aktualnej treści **paragrafu 3 pkt 13** i zastąpienie jej nową w następującym brzmieniu :

„W przypadku stwierdzenia braku części lub nadmiernego zużycia części przedmiotu umowy w procedurze zwrotu przedmiotu umowy (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 innych niewymienionych wyżej i nieobjętych gwarancją w procedurze zwrotu przedmiotu umowy Dzierżawca zapłaci odszkodowanie w wysokości nie wyższej niż 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 Wydzierżawiającego. Zapłata odszkodowania wyczerpuje wszelkie roszczenia Wydzierżawiającego z tytułu zwrotu przedmiotu dzierżawy niekompletnego lub z nadmiernie zużytymi częściami.

Określenie wysokości odszkodowania nastąpi z uwzględnieniem:

sporządzonego przez przedstawicieli Stron Protokołu kompletności przedmiotu dzierżawy (wykaz podzespołów brakujących oraz nadmiernie zużytych)

Dokument ten został podpisany przez Pana Wiesława Zygmunta – Dyrektora Biura Zakupów i Usług.

W dniu 30 marca 2022 roku do Prezesa Izby wpłynęło pismo Odwołującego z tego samego dnia, zgodnie z którym Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym oraz zwrocie kosztów w postaci wniesionego wpisu.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz braku zgłoszenia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienia

do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego na dzień wydawania postanowienia, Izba stwierdziła, że zaszyły przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego zgodnie z art. 568 pkt 3 ustawy w zw. z art. 522 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. Uz. Z 2021 poz. 1129 ze zm.; dalej ustawa).

Izba, mając na uwadze oświadczenie Zamawiającego co do uwzględnienia odwołania w całości uznała je za poprawnie złożone. Jednocześnie Izba zaznacza w tym miejscu, mając na uwadze treść złożonego przez Zamawiającego pisma z dnia 22 marca 2022 roku, że umarżając postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron na skutek uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania nie dokonuje oceny czynności, które ewentualnie w piśmie zawierającym oświadczenie o uwzględnieniu odwołania wskazywałyby Zamawiający tj. Izba nie ocenia czynności jakie wykonał, wykonuje bądź jakich zapowiada wykonanie Zamawiający w związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania. Zamawiający również nie ma obowiązku przedstawiania takich informacji w piśmie zawierającym oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania w całości. Przepis ustawy uzależnia możliwość umorzenia postępowania przez Izbę, w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania w całości przez Zamawiającego, jedynie od tego, czy w postępowaniu zostało skutecznie wniesione zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz czy został wniesiony sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Umarżając postępowanie odwoławcze Izba nie rozstrzyga merytorycznie o zarzutach odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 574 oraz art. 575 i art. 576 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. Uz. Z 2019 poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 i § 9 ust. 1 pkt 2 lit a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku *w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.*

Przewodniczący: