

WYROK
z dnia 6 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2022 r. przez wykonawcę **FAMUR S.A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **POLSKA GRUPA GÓRNICZA S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice,**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego FAMUR S.A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego FAMUR S.A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice, na rzecz zamawiającego POLSKA GRUPA GÓRNICZA S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 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

Zamawiający – POLSKA GRUPA GÓRNICZA S.A., ul. Powstańców 30, 40 - 039 Katowice, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dzierżawa dwóch kombajnów ścianowych dla potrzeb eksploatacji ścian wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej dla PGG S.A. Oddział KWK ROW Ruch Chwałowice”, numer referencyjny: 472101416. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 01.02.2022 r., nr 2022/S 022-056015.

W dniu 23.02.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę FAMUR S.A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą 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,
- 2) art. 353¹ kc w zw. z art. 705 kc w zw. z art. 5 kc oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie postanowień specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „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 zastrzega sobie możliwość niezwrócenia przedmiotu dzierżawy w takim stanie, w jakim powinien się on znajdować stosownie do przepisów o wykonaniu dzierżawy i zapłaty odszkodowania nie stanowiącego wyrównania szkody wynikającej z niezwrócenia kompletnego przedmiotu dzierżawy,
- 3) art. 353¹ kc w zw. z art. 437 kc w zw. z art. 435 § 1 kc w zw. z art. 5 kc oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez 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 wprowadza mechanizm rozliczenia za zagubione i zniszczone części zamienne przedmiotu dzierżawy polegający na ustaleniu wysokości

odszkodowania nie stanowiącej rekompensaty szkody wyrządzonej w mieniu wykonawcy wynikającej z niezwrócenia kompletnego przedmiotu dzierżawy, co stanowi nieuprawnione ograniczenie odpowiedzialności zamawiającego za szkodę w pełnej wysokości,

- 4) art. 353¹ kc w zw. z art. 415 kc w zw. z art. 5 kc oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez 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 wprowadza mechanizm rozliczenia za zagubione i zniszczone z winy zamawiającego części zamienne przedmiotu dzierżawy polegający na ustaleniu wysokości odszkodowania nie stanowiącej rekompensaty rzeczywistej szkody wyrządzonej w mieniu wykonawcy wynikającej z niezwrócenia kompletnego przedmiotu dzierżawy, co stanowi nieuzasadnione ograniczenie odpowiedzialności zamawiającego za szkodę w pełnej wysokości.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„(...) Zamawiający pismem z dnia 15 marca 2022 r. znak 70NZ/NZP/JP/22350/22 po raz kolejny poinformował o zmianie treści SWZ wskazując, że skreśliła § 3 ust.13 Załącznika nr 5 do SWZ, jednocześnie wprowadził nową treść § 7 Załącznika nr 5 do SWZ w następującym brzmieniu:

§ 7. Zasady rozliczeń w przypadku zwrotu przedmiotu dzierżawy.

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 Wydzierżawiającemu 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 Wydzierżawiającego,*
- 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 Wydierżawiającego,

- 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 Wydierżawiającego,*
- 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 Wydierżawiającego.*
- 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 Wydierżawiającego z tytułu zwrotu przedmiotu dzierżawy niekompletnego lub z częściami nadmiernie zużytymi.

*(...) W ocenie odwołującego nowowprowadzony do SWZ § 7 Załącznika nr 5 do SWZ, ma na celu umożliwienie Zamawiającemu niezwrócenie części zamiennych stanowiących elementy składowe przedmiotu dzierżawy i zalegalizowanie nabycia przez Zamawiającego tych części na własność, po zapłacie „odszkodowania” wyliczonego wg ustalonego w tym postanowieniu sposobu. Takie zastrzeżenie, jak i proponowany sposób wyliczenia wartości „odszkodowania” w ocenie odwołującego jest nieproporcjonalne do uzasadnionych potrzeb i celów Zamawiającego wynikających z przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu zgodnie z jego nazwą jest dzierżawa kombajnów ścianowych, i do tego przedmiotu powinny ograniczać się zapisy postanowień umowy. Zgodnie z 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.

Zaskarżone postanowienie § 7 Załącznika nr 5 do SWZ, ma na celu przede wszystkim ograniczenie odpowiedzialności materialnej Zamawiającego za niezwrócenie kompletnego przedmiotu dzierżawy, co wynika wprost z treści tego postanowienia, a jest realizacją wcześniejszego stanowiska zamawiającego wyrażonego w piśmie z dnia 23 lutego 2022 r. zawierającym odpowiedzi na pytania Odwołującego. Natomiast w ocenie Odwołującego nie można wykluczyć także takiej ewentualności, że owo zastrzeżenie ma stworzyć także Zamawiającemu możliwość zalegalizowania nabycia, po okresie dzierżawy, po korzystnych cenach (za zapłatą „odszkodowania” wyliczonego zgodnie z § 7 umowy), używanych części zamiennych kombajnów, z pominięciem procedur przetargowych i z pokrzywdzeniem wykonawcy. Należy zwrócić uwagę, że zaproponowany przez Zamawiającego sposób wyliczenia „odszkodowania”, nie prowadzi do rekompensaty szkody, jaką Wydierżawiający poniesie w sytuacji zwrotu niekompletnego 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.

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, a więc konieczne jest odtworzenie części nowej, dlatego szkodą Wydierżawiającego jest wartość części nowej tj. wartość jej zakupu lub wytworzenia. Nie ma żadnego uzasadnienia ani usprawiedliwienia dla rozumowania Zamawiającego i planowanego przez niego sposób „rozliczenia się” z tytułu odszkodowania, polegającego na tym, że gdy część kombajnu zostanie przez Dzierżawcę zagubiona lub nadmiernie zużyta w wyniku eksploatacji, to 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. W ocenie odwołującego w takiej sytuacji zapłata odszkodowania na zaproponowanych

zasadach, nie będzie w żadnym wypadku stanowiła naprawienia szkody, a potencjalnie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem Wykonawcy, gdyby okazało się, że część „odnalazła się”. 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 Zamawiający zapłaci jako odszkodowanie jedynie części ich wartości. Trzeba zwrócić uwagę, iż to Zamawiający jednostronnie będzie deklarował w świetle tego postanowienia, czy część się zgubiła. Wyzierżawiający nie ma żadnych instrumentów aby weryfikować prawdziwość takiego oświadczenia, a także aby 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 wydzierżawiający partycypował w szkodzie jaką dzierżawca może wyrządzić wydzierżawiającemu poprzez zwrócenie niekompletnego lub nadmiernie zużytego przedmiotu dzierżawy. Wprowadzone postanowienie § 7 Załącznika nr 5 do SWZ, może natomiast doprowadzić do sytuacji, w której Zamawiający nie będzie zainteresowany zwrotem kompletnego przedmiotu dzierżawy do Wyzierżawiającego, gdyż korzystniejszym dla niego może okazać się zatrzymanie części i podzespołów kombajnów, które powinny zostać zwrócone, za zapłatą „odszkodowania” nie stanowiącego ekwiwalentu faktycznej szkody, równej wartości nowych części takich jak niezwrócone. Jeżeli zamawiający „odnajdzie” części, które zostały zgłoszone przez niego jako zagubione, to potencjalnie będzie mógł wykorzystać je we własnych kombajnach ścianowych.

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. 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 wyrównać szkodę poniesioną przez wykonawcę w pełnej wysokości. Wprowadzone do SWZ 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”. Bazując na tak skonstruowanych zapisach SWZ, Wykonawca nie jest w stanie określić jaką część przedmiotu dzierżawy zamawiający zwróci, a jaką część „zgubi” – czyli de facto zdecyduje się nabyć po okresie dzierżawy za zapłatą „odszkodowania”, wobec czego nie może prawidłowo skalkulować oferty. 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 Wydzierżawiającego z tytułu zwrotu przedmiotu dzierżawy niekompletnego lub z częściami nadmiernie zużytymi”

Ponadto należy zwrócić uwagę, iż wskazany w spornym postanowieniu sposób ustalenia wartości odszkodowania, które Zamawiający miałyby zapłacić Wykonawcy z tytułu zwrocenia niekompletnego przedmiotu dzierżawy, 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, z jakich umów dostawy części, z kim i kiedy zawartych. Wartość odszkodowana będzie ustalona na podstawie tego postanowienia przez Zamawiającego, w całkowitym oderwaniu od faktycznej wysokości szkody, Nie będzie ona najprawdopodobniej (z wyjątkiem sytuacji z § 7 ust.2 pkt 1) rekompensowała szkody, jaką Wydzierżawiający poniesie w związku ze zwrotem 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. (...)*

Należy podkreślić, 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 i 416 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, może

zaistnieć niemalże wyłącznie z przyczyn całkowicie zależnych od Zamawiającego. Tylko w wyjątkowych sytuacjach do utraty części może dojść z przyczyn niezależnych od Zamawiającego, takich jak zdarzenia losowe, mające znamiona siły wyższej, lecz w takich okolicznościach najczęściej cały przedmiot dzierżawy zostanie utracony i wtedy, w tych ekstremalnie rzadkich sytuacjach, odszkodowanie byłoby ustalane wg reguł określonych w § 11.

Dlatego nawet przy uwzględnieniu ewentualnej odpowiedzialności odszkodowawczej Zamawiającego na zasadzie winy, skarżone postanowienie w sposób bezprawny i nieuzasadniony ogranicza odpowiedzialność Zamawiającego z rażącym pokrzywdzeniem Wykonawcy.

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 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.

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 przedmiot dzierżawy, w jakim zakresie będzie musiał ponieść koszty odtworzenia brakujących części w przypadku zwrotu niekompletnego kombajnu oraz czy i w jakim zakresie takie koszty zostaną zrekompensowane przez Zamawiającego. (...)”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień swz poprzez usunięcie w całości § 7 Załącznika nr 5 do swz „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Pismem z dnia 05.04.2022 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy 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.

Zgodnie z art. 705 kodeksu cywilnego (dalej: „kc”):

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.

Zgodnie z art. 694 kc:

Do dzierżawy stosuje się odpowiednio przepisy o najmie z zachowaniem przepisów poniższych.

Zgodnie z art. 675 § 1 kc:

Po zakończeniu najmu najemca obowiązany jest zwrócić rzecz w stanie niepogorszonym; jednakże nie ponosi odpowiedzialności za zużycie rzeczy będące następstwem prawidłowego używania.

Zgodnie z art. 353¹ kc:

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.

W dniu 15.03.2022 r. zamawiający dokonał modyfikacji swz poprzez wprowadzenie do projektu umowy § 7 o treści:

§ 7. Zasady rozliczeń w przypadku zwrotu przedmiotu dzierżawy

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 Wydierżawiającego,

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 Wydierżawiającego,

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 Wydzierżawiającego.

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 Wydzierżawiającego z tytułu zwrotu przedmiotu dzierżawy niekompletnego lub z częściami nadmiernie zużytymi.

Punktem wyjścia przy rozpoznaniu niniejszej sprawy, jest w ocenie Izby, treść art. 705 kc oraz art. 675 § 1 w zw. z art. 694 kc. Z przywołanych przepisów wynika, że strony umowy dzierżawy mogą w odmienny niż wskazany w art. 705 kc sposób ustalić zasady zwrotu przedmiotu dzierżawy, a ponadto że dzierżawca obowiązany jest zwrócić rzecz w stanie niepogorszonym, 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, należy 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 niniejszej sprawie.

Odnosząc się do argumentacji odwołującego, po pierwsze, Izba nie podzieliła podejrzeń odwołującego co do możliwości celowego „gubienia” części przez zamawiającego po to, by nabyć je na własność po zapłacie zbyt niskiego, w ocenie odwołującego, odszkodowania. Przede wszystkim proceder taki nie leżałby w interesie zamawiającego, gdyż powodowałby zaprzestanie pracy kombajnu. Ponadto należy zauważyć, że zgodnie z postanowieniami części 4 i 6 SOPZ, wydzierżawiający ma obowiązek świadczyć usługi serwisowe dla przedmiotu dzierżawy, jak też przewidziany jest jego udział w demontażu kombajnu w celu jego zwrotu. Oznacza to, że wykonawca w czasie realizowania umowy będzie miał dostęp do przedmiotu dzierżawy i będzie mógł monitorować sposób używania kombajnu i jego części, także w trakcie demontażu, co pozwala mu kontrolować i ograniczać ryzyko ewentualnego celowego „gubienia” części przez zamawiającego (niezależnie od braku interesu zamawiającego w tym zakresie).

Po drugie, należy przyznać rację odwołującemu, że różne części zużywają się w różnym czasie. Zamawiający uśrednił zatem 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. Należy przy tym zauważyć, że w przypadku części używanych w okresie do 3 miesięcy, zamawiający przewidział odszkodowanie w wysokości 100% wartości danej części.

Po trzecie, należy zwrócić uwagę, 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 wydzierżawiający 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.

Po czwarte, nie można się zgodzić z odwołującym, że § 7 projektu umowy jest niejasny, gdyż nie wiadomo, do jakich cenników postanowienie to się odwołuje. Chodzi w tym wypadku o cenniki do zawartej z wykonawcą umowy serwisowej, co wynika z SOPZ (część 6).

Po piąte, Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, zgodnie z którym w przedmiotowej sprawie nie znajduje zastosowania art. 435 kc, który dotyczy odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez ruch przedsiębiorstwa wprawianego w ruch za pomocą sił przyrody na zasadzie ryzyka. Nie zachodzi bowiem w tym wypadku związek pomiędzy ruchem przedsiębiorstwa a szkodą w postaci zagubienia części, jak też przewidziana przez zamawiającego odpowiedzialność jest odpowiedzialnością kontraktową.

Powoływane przez odwołującego wyroki KIO nie dotyczyły identycznych postanowień projektu umowy, dlatego też Izba się do nich nie odnosi.

Reasumując, Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu. W szczególności nie doszło do naruszenia art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji także art. 16 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż treść kwestionowanego § 7 projektu umowy jest jednoznaczna, zawiera dostatecznie dokładne i zrozumiałe określenia, zaś kwestia wskazanych w nim cenników wynika z SOPZ. Nie doszło też do naruszenia art. 705 kc, gdyż przepis ten dopuszcza odmienne uregulowanie w umowie zwrotu przedmiotu dzierżawy. Izba nie stwierdziła także, aby kwestionowane postanowienie sprzeciwiało się właściwości stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego, a zatem by doszło do naruszenia art. 353¹ kc. Zwłaszcza przewidziana przez zamawiającego wysokość odszkodowania

uwzględniająca czas używania części, w świetle faktu, że przecież i tak wykonawcy zostałyby zwrócony kombajn zużyty, nie stanowi naruszenia zasad współżycia społecznego.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska stron przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych. Izba dopuściła dowody złożone na rozprawie przez zamawiającego w postaci pisma skierowanego do odwołującego z dnia 26.10.2021 r. odnoszącego się m.in. do udziału wykonawcy w procesie demontażu kombajnu oraz w postaci wyciągu z umowy zawartej z odwołującym w dniu 21.02.2020 r. przewidującej m.in. koszty przeglądów i remontu kapitalnego wykonywanych przez wykonawcę.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b), rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący