

Sygn. akt: KIO 1751/22

WYROK

z dnia 21 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2022 r. przez wykonawcę **FAMUR Spółka akcyjna w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Polską Grupę Górniczą Spółkę akcyjną w Katowicach**

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutów naruszenia:

- art. 436 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.) poprzez oznaczenie terminów realizacji umowy z zastosowaniem konstrukcji sztywnej daty kalendarzowej,

- art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez zamieszczenie w projektowanych postanowieniach umowy postanowienia w zakresie terminu realizacji umowy (dostawy przedmiotu umowy), które powoduje, iż opis przedmiotu zamówienia jest dokonany w sposób niejednoznaczny oraz nieuwzględniający okoliczności mających wpływ na prawidłowe oszacowanie i przygotowanie oferty,

2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala,

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **FAMUR Spółka akcyjna w Katowicach** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **FAMUR Spółka akcyjna w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od wykonawcy **FAMUR Spółka akcyjna w Katowicach** na rzecz zamawiającego - **Polskiej Grupy Górniczej Spółki akcyjnej w Katowicach** – kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Polska Grupa Górniczą Spółkę akcyjną w Katowicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dzierżawa dwóch kombajnów ścianowych wraz z zabezpieczeniem serwisowej obsługi gwarancyjnej w całym okresie dzierżawy dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK Ruda Ruch Halemba.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 3 lipca 2022 roku wykonawca FAMUR SA w Katowicach (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie w zakresie następujących postanowień specyfikacji warunków zamówienia (s.w.z.):

- § 7 Załącznika nr 5 do s.w.z. „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” – w zakresie w jakim zamawiający jednostronnie wprowadza do projektowanych postanowień umowy postanowienia dotyczące sposobu rozliczenia z tytułu szkody za niezwrócone po okresie dzierżawy lub nadmiernie zużyte przez zamawiającego części przedmiotu umowy w oderwaniu od rzeczywistych rozmiarów szkody, w sposób uniemożliwiający przygotowanie oferty oraz z rażącym pokrzywdzeniem wykonawcy;
- § 5 ust. 1 Załącznika nr 5 do s.w.z. „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” – w zakresie, w jakim zamawiający określił terminy realizacji umowy za pomocą sztywnych dat kalendarzowych (miesiąc oraz rok) bez podania obiektywnej przyczyny uzasadniającej takie działanie, co jest sprzeczne z regułami określania terminów wykonania umowy zgodnie z przepisami ustawy P.z.p..

Wskazanym postanowieniom s.w.z. odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1. art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy, postanowień, które powodują, iż opis przedmiotu zamówienia jest dokonany w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty w zakresie, w jakim zamawiający opisał zasady

rozliczeń stron i naprawienia szkody wyrządzonej przez zamawiającego wykonawcy niewykonaniem zobowiązania do zwrotu kompletnego przedmiotu dzierżawy w sposób uniemożliwiający prawidłowe skalkulowanie oferty;

2. art. 353¹ w zw. z art. 705 w zw. z art.5 Kodeksu cywilnego (K.c.) oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez sformułowanie postanowień s.w.z. 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 na etapie postępowania, zastrzega możliwość niezwrócenia przedmiotu dzierżawy w takim stanie, w jakim powinien się on znajdować stosownie do przepisów o wykonaniu dzierżawy, a w stanie dopuszczającym zagubienie części przedmiotu umowy lub nadmierne zużycie przedmiotu umowy;

3. art. 353¹ k.c. w zw. z art. 471 w zw. z art. 5 K.c. oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez sformułowanie postanowień s.w.z. 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 ograniczając tym samym odpowiedzialność zamawiającego do z góry określonej ryczałtowo kwoty odszkodowania;

4. art. 436 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez oznaczenie terminów realizacji umowy z zastosowaniem konstrukcji sztywnej daty kalendarzowej, pomimo iż brak jest obiektywnych przyczyn uzasadniających takie działanie, co jest sprzeczne z regułami określania terminów wykonania umowy zgodnie z przepisami ustawy P.z.p.;

5. art. 16 pkt 2 ustawy w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zamieszczenie w projektowanych postanowieniach umowy postanowienia w zakresie terminu realizacji umowy (dostawy przedmiotu umowy), które powoduje, iż opis przedmiotu zamówienia jest dokonany w sposób niejednoznaczny oraz nieuwzględniający okoliczności mających wpływ na prawidłowe oszacowanie i przygotowanie oferty, co w konsekwencji uniemożliwia wykonawcy dokonania prawidłowej wyceny przedmiotu zamówienia i przygotowanie rzetelnej oferty w sytuacji braku możliwości ustalenia jak długim okresem od dnia zawarcia umowy będzie dysponował wykonawca w celu realizacji jej przedmiotu.

Z uwagi na wskazane wyżej zarzuty odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień s.w.z.:
 - a) w zakresie § 7 Załącznika nr 5 do s.w.z. „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” poprzez jego usunięcie w całości,
 - b) w zakresie § 5 ust. 1 Załącznika nr 5 do s.w.z. „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” poprzez wprowadzenie zgodnych z ustawą PZP terminów realizacji umowy biegnących od dnia zawarcia umowy, określonych w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach.
3. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego;
4. zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym.

Odwołujący oświadczył, 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.

W piśmie z dnia 6 lipca 2022 roku zamawiający oświadczył, że uznaje odwołanie w części i dokonał zmiany treści s.w.z. – tabeli znajdującej się w § 5 ust. 1 załącznika nr 5 do s.w.z.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 18 lipca 2022 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całym nieuwzględnionym zakresie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w treści załącznika nr 5 do s.w.z. „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” w § 7 Zasady

rozliczeń w przypadku zwrotu przedmiotu dzierżawy, wprowadził postanowienie 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 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.

Izba zważyła, co następuje:

Postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów naruszenia:

- art. 436 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez oznaczenie terminów realizacji umowy z zastosowaniem konstrukcji sztywnej daty kalendarzowej,

- art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zamieszczenie w projektowanych postanowieniach umowy postanowienia w zakresie terminu realizacji umowy (dostawy przedmiotu umowy), które powoduje, iż opis przedmiotu zamówienia jest dokonany w sposób niejednoznaczny oraz nieuwzględniający okoliczności mających wpływ na prawidłowe oszacowanie i przygotowanie oferty,

podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy P.z.p.

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne i podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p.

Przedmiotem zamówienia jest dzierżawa dwóch kombajnów ścianowych wraz z zabezpieczeniem serwisowej obsługi gwarancyjnej.

Umowa dzierżawy jest umową nazwaną, regulowaną przez art. 693 i nast. Kodeksu cywilnego. Zgodnie z Art. 693 § 1 K.c., przez umowę dzierżawy wydierżawiający zobowiązuje się oddać dzierżawcy rzecz do używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony lub nieoznaczony, a dzierżawca zobowiązuje się płacić wydierżawiającemu umówiony czynsz. Stosownie do art. 694, do dzierżawy stosuje się odpowiednio przepisy o najmie z zachowaniem przepisów poniższych.

Ustanie ciągłego stosunku prawnego dzierżawy tworzy po stronie dzierżawcy (zamawiającego) przede wszystkim obowiązek zwrotu rzeczy. Ponadto powstaje konieczność dokonania pomiędzy stronami rozliczeń związanych z czasowym użytkowaniem (korzystaniem) z przedmiotu dzierżawy i poniesionymi w związku z tym nakładami oraz wydatkami lub powstałymi z tego tytułu uszczerbkami. Art. 705 K.c. nakłada na dzierżawcę po zakończeniu umowy dzierżawy obowiązek zwrotu przedmiotu dzierżawy. Przepis nakazuje przy tym zwrot przedmiotu dzierżawy w takim stanie, w jakim powinien on znajdować się stosownie do przepisów o wykonywaniu dzierżawy. Uwzględnić należy również odpowiednie stosowanie w tym wypadku art. 675 § 1 K.c., który wyłącza odpowiedzialność dzierżawcy za zużycie rzeczy będące wynikiem prawidłowego z niej korzystania. W odniesieniu do zwrotu przedmiotu dzierżawy zastosowanie znajduje zawarte w art. 675 § 3 K.c. domniemanie, zgodnie z którym rzecz została dzierżawcy w stanie dobrym i przydatnym do umówionego użytku.

Regulujący zasady zwrotu przedmiotu dzierżawy art. 705 K.c. ma charakter dyspozytywny, co umożliwia stronom odmienne ukształtowanie w umowie zasad dotyczących rozliczeń wynikających z zawartej umowy. Co do zasady, umowy dzierżawy w większości wypadków kształtują prawa i obowiązki stron w sposób mniej lub bardziej asymetryczny.

W rozpoznawanym przypadku zamawiający odstąpił od wskazanej w art. 705 zasady zwrotu przedmiotu dzierżawy w stanie wynikającym z wykonywania dzierżawy, ale w projekcie umowy zawarł postanowienia dotyczące wzajemnych rozliczeń w przypadku, gdy po demontażu przedmiotu dzierżawy stwierdzony zostanie brak części lub nadmierne zużycie części.

Podniesiona w odwołaniu argumentacja sprowadza się do tego, że zamawiający przerzuca na wykonawcę obowiązek ustalenia na etapie sporządzania oferty, jakie części zostaną utracone/zgubione przez zamawiającego oraz jakie części zostaną przez niego nadmiernie zużyte. Odwołujący wskazuje, że nie ma żadnych podstaw do tego, by dokonywać jakichkolwiek założeń, które pozwalałyby na miarodajne kalkulowanie ceny ofertowej, skoro sam zamawiający nie jest w stanie sprecyzować, jakie i ile części zgubi lub nadmiernie zużyje. W ocenie odwołującego, zamawiający opisał przedmiot zamówienia z naruszeniem art. 99 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p.

W tym miejscu wskazać należy, że ograniczenie wolności ułożenia stosunku prawnego wedle uznania stron polega jedynie na tym, że jego treść lub cel nie może sprzeciwiać się właściwości zobowiązania, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, z zasady swobody umów wynika przyzwolenie na faktyczną nierówność stron (wyrok SN z dnia 18 marca 2008 r., IV CSK 478/07).

Izba wskazuje, że zgodnie z art 353¹ K.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byle jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. Przepisy ustawy P.z.p. modyfikują zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika *expressis verbis* z przepisów ustawy P.z.p. W umowie w sprawie zamówienia publicznego zamawiający może formułować postanowienia wyłącznie korzystne dla niego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd, że zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzi częstokroć do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy.

Podkreślić należy, że umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są uznawane za *sui generis* umowy adhezyjne (tak np. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 16 lipca 2016 roku sygn. akt: XXIII Ga 924/14 oraz Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 lutego 2016 roku sygn. akt II CSK 197/15).. Jak wskazał Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08 *Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędem jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Składając ofertę zabezpiecza zatem swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę. Umowy zawierane w trybie udzielenia zamówienia publicznego zbliżone są w swym charakterze do kategorii umów przystąpienia (umów adhezyjnych). Dominująca pozycja Zamawiającego wynika nie, jak w przypadku umów*

adhezyjnych z przewagi ekonomicznej jednego z kontrahentów, a z faktu, iż jest stroną reprezentującą interes publiczny. Dla umów adhezyjnych charakterystyczne jest, iż najważniejsze ich warunki określa jeden z kontrahentów posługując się najczęściej ogólnymi warunkami umów. Podobnie w przypadku umów zawieranych w trybie udzielenia zamówienia publicznego - w specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy zawrzeć wszystkie istotne warunki przyszłej umowy. Zamawiający może wręcz załączyć do specyfikacji wzór (projekt) przyszłej umowy lub ogólne warunki umowy, jeżeli zamierza na takich warunkach zawrzeć umowę. W takim przypadku złożenie oferty jest równoznaczne ze zgodą kontrahenta na zawarcie umowy według wzorca umownego (art. 384 § 1 k.c.). Zasada równości, na którą powołuje się Skarżący nabiera na gruncie prawa zamówień publicznych zupełnie innego znaczenia. W myśl art. 7 PZP Zamawiający obowiązany jest do traktowania na równych prawach wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienia publiczne i do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Powołany przez Skarżącego art. 7 PZP stanowić ma w założeniu swoistego rodzaju barierę przed nadużyciami ze strony Zamawiającego i wyraża dwie podstawowe zasady prawa zamówień publicznych - zasadę równości oraz zasadę uczciwej konkurencji. Zdecydowanym celem powyższych regulacji jest wyeliminowanie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jakichkolwiek elementów, które miałyby charakter dyskryminacyjny. Także w samym postępowaniu zmierzającym do wyłonienia wykonawcy musi być przestrzegana zasada niedyskryminacji. Można uznać, że postępowanie ma charakter dyskryminacyjny wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych wykonawców bez uzasadnionej przyczyny. Nie sposób przyjąć, że ustalenie istotnych warunków zamówienia następuje w sposób dowolny w drodze jednostronnej czynności Zamawiającego. Jednakże zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 PZP, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera istotne dla zamawiającego postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy. Zastosowane przez Zamawiającego kryteria spełniają warunek niedyskryminacji jeżeli są istotne z punktu widzenia rzeczywistych potrzeb zamawiającego. Zamówienia publicznego udziela się bowiem w ściśle określonym celu, dla zaspokojenia z góry oznaczonych potrzeb publicznych. Należy więc stwierdzić, że kształtowanie poszczególnych warunków kontraktu nie jest działaniem dowolnym, a ich treść musi mieć zawsze swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej.

Izba wskazuje, że zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby. Zamawiający realizuje określone cele statutowe i ma najlepszą wiedzę w zakresie tego, w jaki sposób mogą one zostać osiągnięte. To

zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel jaki zamierza osiągnąć.

Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia nie ma obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia w sposób najdogodniejszy dla wykonawców. Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie utrudnia części wykonawcom złożenie oferty. A zatem nie można przyznać wykonawcom uprawnienia do narzucania zamawiającym konkretnego określenia ich potrzeb oraz sposobu ich opisanie czy zapewnienia ich realizacji w specyfikacji warunków zamówienia.

A zatem, wskazując na powyższe, nie można odmówić zamawiającemu uprawnienia do takiego ukształtowania postanowień umownych, w tym przedmiotu zamówienia, które odpowiadają jego faktycznym potrzebom, o ile są one zgodne z ustawą, w tym z art. 353¹ K.c., i przepisami ustawy P.z.p.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. wskazując, że zaskarżone postanowienie umowne powoduje niemożliwość dokonania rzetelnej wyceny przedmiotu zamówienia i ustalenie adekwatnej ceny ofertowej.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy P.z.p., przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W myśl ust. 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.

Z powyższego wynika, że opis przedmiotu zamówienia winien zostać dokonany ze szczególną starannością i z podaniem wszystkich informacji mogących mieć wpływ na cenę oferty. Niemniej jednak, wskazany przepis musi być interpretowany również w odniesieniu do zasad logiki życiowej i doświadczenia życiowego i zawodowego. W ocenie Izby okoliczność, że zamawiający, na etapie sporządzania opisu przedmiotu zamówienia, nie jest w stanie przewidzieć, ile i jakie części zostaną utracone podczas eksploatacji kombajnu, nie jest niczym kuriozalnym czy nieprawdopodobnym, tym bardziej, że potwierdzają to chociażby złożone przez odwołującego protokoły zwrotu kombajnów, gdzie wartości stwierdzonych braków wahają się od kilkudziesięciu do kilkuset złotych.

Zamawiający ustalił zasady rozliczeń z tytułu braków czy uszkodzeń kombajnów w sposób szczegółowy, biorąc pod uwagę czasokres używania zużytej lub uszkodzonej części przez dzierżawcę. Jednocześnie odwołujący, na podstawie doświadczenia nabytego również przy realizacji zamówień dla zamawiającego, posiada szeroką wiedzę w zakresie nadmiernej zużywalności lub uszkodzeń kombajnów podczas ich eksploatacji. W ocenie Izby, okoliczności te umożliwiają odwołującemu oszacowanie ryzyka wynikającego z tej eksploatacji i uwzględnienie go w cenie ofertowej.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że zakwestionowany zapis jest sprzeczny także z zasadami współżycia społecznego oraz naturą i właściwością stosunku zobowiązaniowego. W ocenie odwołującego świadczy o tym fakt, że zamawiający zmierza do ograniczenia swojej odpowiedzialności z przyczyn leżących po jego stronie.

Izba ponownie podkreśla, że nie dopatryła się w treści zaskarżonego postanowienia umownego przesłanek mających świadczyć o zamiarze uniknięcia przez zamawiającego odpowiedzialności. Zamawiający w sposób dokładny i wyczerpujący opisał, w jakich sytuacjach i wysokości będzie płacił wykonawcy odszkodowanie za zużytą część. Jeżeli wykonawca stoi na stanowisku, że ustalone w ten sposób odszkodowanie nie pokryje w pełni doznanej szkody, może i powinien uwzględnić kwotę, jaka – jego zdaniem – zapewni mu stosowną rekompensatę, w wysokości czynszu dzierżawnego.

Odwołujący podniósł, że wskazany w spornym postanowieniu sposób ustalenia wartości odszkodowania, które zamawiający miałby zapłacić wykonawcy z tytułu zwrócenia 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.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Z treści zakwestionowanego zapisu umownego wynika, że chodzi o cennik części serwisowych lub cennik z umów na dostawy części. Warto tu zaznaczyć, że taki sam zapis znajduje się – przykładowo – w części 5 załącznika nr 1 do s.w.z. (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) – Postanowienia gwarancyjne i serwisowe (pkt 21 ppkt 4) i wobec tego zapisu odwołujący nie podniósł żadnych zarzutów, zatem uznać należy, że był on dla niego czytelny i zrozumiały.

Wskazując na powyższe Izba uznała zarzuty odwołania za nieuzasadnione i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: