

WYROK

z dnia 6 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 maja 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **17 kwietnia 2014 r.** przez wykonawcę **Famur S.A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40 - 039 Katowice**,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40 - 039 Katowice,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Famur S.A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego **Kompani Węglowej S.A., ul. Powstańców 30, 40 - 039 Katowice** na rzecz odwołującego **Famur S.A., ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice**, kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego na „Dzierżawę kombajnu ściany W-5 w pokładzie 505, wraz z zabezpieczeniem obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK „Marcel”, ogłoszonym 5 kwietnia 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2013/S 068-117506, w dniu 17 kwietnia 2014 r. zostało złożone w formie elektronicznej odwołanie przez wykonawcę: Famur S.A. z siedzibą w Katowicach, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) opublikowanej na stronie internetowej zamawiającego w dniu 7 kwietnia 2014 r. w zakresie następujących postanowień załącznika nr 5 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy”:

1. § 4 ust.11 załącznika nr 5 do SIWZ;
2. § 8 ust. 12 załącznika nr 5 do SIWZ;
3. § 14 ust. 9 lit. a) i b) załącznika nr 5 do SIWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Kompani Węglowej S.A. w Katowicach naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) dalej zwaną ustawą Pzp, tj.:

- 1) art. 5, art. 353¹, art. 58, art. 577 § 1, art. 693 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 oraz;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 142 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 94 ustawy Pzp,

- poprzez ukształtowanie warunków umowy, która ma być zawarta z wykonawcą, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, w sposób sprzeczny z właściwością i naturą dzierżawnego stosunku zobowiązaniowego oraz z zasadami współżycia społecznego, w sposób powodujący rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego, jak również brak równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SIWZ:
 - a) w zakresie § 4 ust. 11 załącznika nr 5 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy” poprzez wykreślenie całej treści § 4 ust. 11,
 - b) w zakresie § 8 ust. 12 załącznika nr 5 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy” poprzez wykreślenie części „walki skrętne (walki przeciążeniowe, które po spełnieniu swej roli w kombajnie ścianowym tj. zerwaniu na skutek obciążenia i prawidłowego zadziałania zgodnie z ich przeznaczeniem zostaną wymienione na nowe - bezpłatnie)”,
 - c) w zakresie § 14 ust. 9 lit. a) i b) załącznika nr 5 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy” poprzez ich wykreślenie, ponadto:
- 2) wnosił o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego,
- 3) zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym.

Odwołujący podnosił, iż posiada legitymację do wniesienia odwołania, albowiem, jako potencjalny wykonawca posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia wskazanych przepisów, znacznie utrudniają lub mogą prowadzić do braku możliwości złożenie przez odwołującego oferty ostatecznej w niniejszym postępowaniu. To z kolei może doprowadzić do pozbawienia szans na uzyskanie zamówienia przez odwołującego, a zatem może spowodować poniesienie przez niego szkody w postaci utraconych korzyści wynikających z jego realizacji. Wskazane w odwołaniu naruszenia przez zamawiającego przepisów mogą także doprowadzić do konieczności zawarcia umowy niezgodnej z przepisami prawa.

Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 23 sierpnia 2012 r. (sygn. KIO 1691/12 i KIO 1704/12) zgodnie, z którym *„Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, brak jest możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca może ponieść, wystarczające jest, zatem wskazanie na naruszenie przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o zamówienie niezgodnie z prawem, w tym zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia publicznego”*. Powyższe dowodzi naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość przesłankom wniesienia odwołania określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia przygotowana w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie

zawiera postanowienia sprzeczne z przepisami ustawy Pzp, z niżej przedstawionych względów.

Zarzut 1. W pierwszej kolejności odwołujący wskazywał na zapis § 4 ust. 11 załącznika nr 5 do SIWZ Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy, zgodnie z treścią, którego *„Wydzierżawiający nie będzie naliczał stawki dzierżawy za dni robocze, w których nie będzie prowadzone wydobywanie kopalni spowodowane koniecznością obniżenia poziomu produkcji w związku z recesją na rynku węgla lub stali.”*

Odwołujący wyjaśniał dalej, że przedmiotem umowy, która ma zostać zawarta w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie jest dzierżawa kombajnu ścianowego na okres wskazany w umowie dzierżawy. Z tytułu dzierżawy kombajnu ścianowego zamawiający, co do zasady ma płacić miesięczny czynsz obliczany poprzez pomnożenie wskazanej w umowie dobowej stawki dzierżawy oraz ilości dób w danym miesiącu (§ 3 ust. 18 załącznika nr 5 do SIWZ). Umowa przewiduje kilka wyjątków od powyższej zasady tj. reguluje przypadki, kiedy pomimo trwania umowy dzierżawy następuje wstrzymanie naliczania i płatności czynszu dzierżawnego. Jednym z takich przypadków, jednocześnie najdalej idącym, jest sytuacja uregulowana w kwestionowanym § 4 ust. 11 załącznika nr 5 do SIWZ. Z proponowanego zapisu jednoznacznie wynika, że roszczenie wydzierżawiającego o zapłatę przez dzierżawcę czynszu dzierżawnego w ogóle nie powstaje w przypadku, gdy w kopalni nie będzie prowadzone wydobywanie z powodu obniżenia poziomu produkcji. Z powyższego zapisu wynika, że pomimo trwania umowy dzierżawy oraz pomimo wywiązania się przez wykonawcę będącego wydzierżawiającym ze zobowiązań nałożonych na niego w umowie dzierżawy, zamawiający, jako dzierżawca zwolniony jest z obowiązku zapłaty na rzecz wydzierżawiającego umówionego czynszu.

Taki zapis uznał odwołujący za sprzeczny zarówno z właściwością (naturą) dzierżawnego stosunku zobowiązaniowego, jak również z zasadami współżycia społecznego tj. z art. 353¹ K. c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto wprowadzenie takiej regulacji poczytał za sprzeczne z ustawą tj. z art. 693 § 1 K.c. Zgodnie z treścią ostatniego przepisu, umowa dzierżawy należy do umów dwustronnie zobowiązujących, wzajemnych, odpłatnych a istotnymi postanowieniami umowy jest z jednej strony zobowiązanie wydzierżawiającego do oddania przedmiotu dzierżawy dzierżawcy do używania i pobierania pożytków, a z drugiej strony zobowiązanie dzierżawcy do zapłaty umówionego czynszu.

W związku z powyższym, zamieszczenie we wzorze umowy postanowienia na mocy, którego wykonawca zobowiązany jest do oddania przedmiotu dzierżawy bez uzyskania od dzierżawcy świadczenia wzajemnego w postaci zapłaty czynszu i uzależnienie prawa

wydzierżawiającego do otrzymania czynszu od przesłanek całkowicie niezależnych od wydzierżawiającego uznał odwołujący za sprzeczne z naturą (właściwością) stosunku zobowiązaniowego, co w świetle art. 353¹ K.c. jest niedopuszczalne. Ponadto zamieszczenie takiego postanowienia uznawał również za sprzeczne z zasadami współzycia społecznego, co w myśl art. 58 § 2 K.c. prowadzi do nieważności czynności prawnej.

Wprowadzenie powyższego zapisu odwołujący przyjął za tym bardziej nieuzasadnione, że zgodnie z treścią umowy według zaproponowanego wzoru, zamawiający ma prawo do swobodnego przesuwania przedmiotu dzierżawy pomiędzy poszczególnymi kopalniami wchodzącymi w skład struktury organizacyjnej zamawiającego (§ 6 ust. 8). Zatem, w przypadku nie prowadzenia wydobycia w ramach kopalni, dla której przedmiot dzierżawy został pierwotnie przeznaczony, zamawiający byłby uprawniony do przesunięcia przedmiotu dzierżawy do innej kopalni w celu jego wykorzystania.

Zarzut 2. W świetle proponowanych zapisów § 8 ust. 12 załącznika nr 5 do SIWZ, gwarancją udzielaną przez wydzierżawiającego na przedmiot umowy objęte mają być części przedmiotu umowy w postaci wałków skrętnych, zarówno w przypadku, gdy dotknięte są wadą fizyczną, jak również w przypadku, gdy nie są dotknięte żadną wadą, a zadziałają one zgodnie ze swoim przeznaczeniem i wskutek tego ulegną zerwaniu. Taki zapis uznał odwołujący za sprzeczny z naturą stosunku zobowiązaniowego, z zasadami współzycia społecznego, jak również z art. 577 § 1 Kodeksu cywilnego.

Odwołujący wyjaśniał, że wałki skrętne są specyficznym elementem kombajnu ścianowego, których rola polega na tym, że zabezpieczają przekładnie ramion lub ciągników przed uszkodzeniem w przypadku wystąpienia gwałtownego przeciążenia. Przeciążenia takie mogą nastąpić np. w przypadku niespodziewanego pojawienia się w ociosie węglowym skały płonnej o dużej twardości, kolizji elementów kombajnu z urządzeniami wyposażenia ściany, itp. W związku z tym, w przypadku zadziałania wałków skrętnych zgodnie ze swoim przeznaczeniem ulegają one zerwaniu i konieczna jest ich wymiana na nowe. Zerwanie wałków oznacza, że wałki nie są dotknięte żadną wadą, a wręcz przeciwnie, działają one prawidłowo. O wadach wałków skrętnych można mówić wówczas, gdy pomimo spełnienia przesłanek, w których wałek powinien zadziałać i ulec zerwaniu, na skutek wad fabrycznych, nie następuje takie zadziałanie wałka.

Zdaniem odwołującego, poprzez wprowadzenie proponowanych, wskazanych powyżej zapisów, zamawiający próbuje objąć gwarancją za wady, sytuację, gdy określony przedmiot nie wykazuje żadnej wady.

W art. 577 § 1 K.c. określona została istota gwarancji jakości, która sprowadza się do tego, że gwarancją objęte są wady fizyczne i prawne przedmiotu. Innym zagadnieniem jest

kwestia tego, czy gwarancją objęte są tylko wady tkwiące w przedmiocie, czy też wady powstałe na skutek innych czynników zawinionych bądź też niezawinionych przez którąkolwiek ze stron.

Według odwołującego, próba rozszerzenia gwarancji na przedmiot nie dotknięty żadną wadą, stanowi w istocie obejście przepisów Kodeksu cywilnego, ale także przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż realnie stanowi to dostawę na rzecz zamawiającego zużytych w toku ich użytkowania części zamiennych, a dostawa takich części zamiennych powinna być przedmiotem odrębnej umowy zawartej bądź w trybie zamówień publicznych, bądź też nie, w zależności od wartości zamówienia.

Ponadto próbę objęcia gwarancją jakości okoliczności innych niż istnienie w przedmiocie umowy wad fizycznych lub prawnych, odwołujący poczytał za sprzeczną z przepisami Kodeksu cywilnego regulującego zagadnienia związane z gwarancją jakości, tj. z art. 577 § 1 K.c. i nast., co w świetle art. 58 § 1 K.c. powoduje nieważność czynności prawnej.

Zarzut 3. W § 14 ust. 9 lit. a) i b) załącznika nr 5 do SIWZ, zamawiający uregulował przesłanki upoważniające go do wypowiedzenia umowy dzierżawy. Przesłankami tymi są:

a) ograniczenie produkcji lub reorganizacja w jednostkach organizacyjnych zamawiającego, powodujące możliwość wykorzystania uwolnionych środków produkcji lub potencjału ludzkiego do samodzielnej realizacji przez zamawiającego świadczeń objętych umową,

b) zmiany w strukturze organizacyjnej Zamawiającego, skutkującej tym, że świadczenie objęte umową nie może być zrealizowane.

Odwołujący argumentował, że już pobieżna analiza przytoczonych przesłanek wypowiedzenia umowy nasuwa wniosek, że przesłanki te zostały określone w sposób ogólny i niejednoznaczny, co w istocie powoduje całkowitą dowolność po stronie zamawiającego w podjęciu decyzji w przedmiocie dalszego trwania umowy dzierżawy. To z kolei oznacza, że wykonawca nie jest w stanie w żaden sposób oszacować jak długo będzie trwała umowa i kiedy ulegnie ona rozwiązaniu.

Kwestionowaną regulację uznał za sprzeczną z art. 94, art. 142 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz sprzeczną z naturą (właściwością) dzierżawnego stosunku zobowiązaniowego powstałego na skutek zawarcia umowy w trybie zamówień publicznych oraz z zasadami współżycia społecznego.

Odwołujący poddał pod rozważenie, czy umowa dzierżawy zawarta na czas określony w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, może zostać rozwiązana przed upływem okresu na jaki została zawarta w drodze jej wypowiedzenia przez

którkolwiek ze stron, a jeżeli tak to czy przesłanki wypowiedzenia takiej umowy mogą być określone dowolnie.

Bezspornym jest, że zgodnie z treścią art. 673 § 3 K.c. w zw. z art. 694 K.c., umowa dzierżawy zawarta na czas określony może zostać wypowiedziana w przypadkach określonych w samej umowie. Wątpliwości odwołującego budziło, czy przepis ten może mieć niczym nie ograniczone zastosowanie do umów zawieranych w trybie zamówień publicznych.

W ocenie odwołującego, wprowadzenie możliwości wypowiedzenia umowy zawartej na czas określony z każdego dowolnie wskazanego w treści umowy powodu jest przede wszystkim sprzeczne z samą istotą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również z treścią art. 94 i 142 ust. 1 ustawy Pzp.

Istotą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, znajdującą także potwierdzenie w art. 94 ustawy Pzp, jest obowiązek zamawiającego zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują żadnej możliwości odstąpienia przez zamawiającego od zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana. Także przesłanki unieważnienia postępowania zostały określone w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. W związku z tym dopuszczenie możliwości, że zamawiający niezwłocznie po zawarciu umowy będzie miał uprawnienie do jednostronnego wypowiedzenia umowy, w przeświadczeniu odwołującego - stanowi obejście art. 94 ustawy Pzp. Wprowadzenie tak ogólnych jak zaproponowane zapisów odnośnie przesłanek wypowiedzenia umowy przez zamawiającego, rodzi ryzyko, że w przypadku stwierdzenia, iż oferta najkorzystniejsza została złożona przez wykonawcę niepożądanego przez zamawiającego, zamawiający wypowie zawartą umowę niezwłocznie po jej zawarciu.

Niezależnie od powyższego, odwołujący podnosił, że wprowadzenie możliwości wypowiedzenia umowy zawartej na czas określony w trybie zamówień publicznych, stanowi naruszenie art. 142 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że umowy zawierane w trybie zamówień publicznych zawiera się na czas określony. W przypadku wprowadzenia do umowy zawartej na czas określony nieprecyzyjnych i ogólnych przesłanek jej wypowiedzenia, w istocie oznacza to, że umowa zawarta na czas określony traci taki charakter przez to, że może zostać w dowolnym momencie rozwiązana.

Ponadto odwołujący zauważył, że dopuszczalność wypowiedzenia umowy dzierżawy w przypadkach wskazanych w § 14 ust. 9 lit. a) i b) załącznika nr 5 do SIWZ jest sprzeczna z zasadami współzycia społecznego i właściwością stosunku zobowiązaniowego. Odwołujący zwracał uwagę na charakter przedmiotu umowy dzierżawy w niniejszym powstępowaniu.

Przedmiotem umowy jest dzierżawa kombajnu ścianowego przeznaczonego do pracy w szczegółowo określonych przez zamawiającego warunkach geologiczno-górnictwa. Kombajn ścianowy stanowi przedmiot szczególny, gdyż każdorazowo musi on być indywidualnie dostosowany do współpracy z innymi urządzeniami posiadanymi przez zamawiającego, jak również do szczególnych warunków geologiczno - górniczych, w których kombajn ma pracować. Dostosowanie kombajnu ścianowego, aby spełniał wymagania stawiane w poszczególnych umowach wymaga dużych nakładów finansowych.

Ponadto, zgodnie z treścią załącznika nr 5 do SIWZ, w czynszu dzierżawnym uiszczanym przez dzierżawcę mieszczą się koszty transportu przedmiotu do i z magazynu dzierżawcy, udziału w montażu, uruchomieniu i demontażu przedmiotu na dole kopalni, przeszkolenia pracowników zamawiającego (§ 3 ust. 17).

Koszty te ponoszone mają być przez wykonawcę i ujmowane są przez wykonawcę w proponowanej stawce czynszu dzierżawnego, przy czym aby prawidłowo oszacować i ująć ww. koszty, wykonawca musi przyjąć pewne założenia co do czasu trwania umowy. To z kolei, w przypadku gdy zamawiający może wypowiedzieć umowę w każdym czasie, jest właściwie niewykonalne.

W świetle powyższego odwołujący podtrzymał, że proponowany zapis jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, co powoduje, że wykracza on poza swobodę stron w kształtowaniu treści umowy wyrażoną w art. 353¹ K.c.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 18 kwietnia 2014 r. do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia w terminie określonym w art. 185 ust. 2 żaden wykonawca.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów wniesionego odwołania, jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Rozdział III SIWZ. Przedmiotem zamówienia jest dzierżawa kombajnu ścianowego oraz kompletnego agregatu pompowego dla potrzeb eksploatacji ściany W-5 w pokładzie 505, wraz z zabezpieczeniem obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK „Marcel.

Przedmiot zamówienia obejmuje 2 części (zadania):

1. Zadanie 1 - dzierżawa kombajnu ścianowego wraz z zabezpieczeniem obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK „Marcel.

2. Zadanie 2 - kompletnego agregatu pompowego dla potrzeb eksploatacji ściany W-5 w pokładzie 505, wraz z zabezpieczeniem obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie dzierżawy dla Kompanii Węglowej S.A. Oddział KWK „Marcel.

Rozdział IV SIWZ. Zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych.

Odwołujący złożył odwołanie w zakresie części 1 zamówienia (na dzierżawę kombajnu ścianowego).

Szczegółowy zakres zamówienia oraz wymagania prawne i techniczno-użytkowe określono w załączniku 1 oraz 1a do SIWZ.

Załącznik nr 2a obejmuje wykaz spełnienia istotnych dla zamawiającego wymagań i parametrów techniczno-użytkowych.

Rozdział IX SIWZ.

1. Termin realizacji zamówienia i okres gwarancji.

Zadanie 1. Termin dostawy – 8 tygodni od daty zawarcia umowy do 15.09.2014 r.; rozpoczęcie dzierżawy od daty uruchomienia, jednak nie później niż 30 dni od daty dostawy; ilość dni dzierżawy 517 dni.

2. Wymagana gwarancja zgodnie z § 8 załącznika nr 5 do SIWZ.

Rozdział XIII SIWZ obejmuje wykaz dokumentów na potwierdzenie wymagań przedmiotowych zamówienia.

Rozdział XV SIWZ. Ofertę należy sporządzić dokładnie według załączonego Formularza Ofertowego według wzoru załącznika 2 do SIWZ.

Rozdział XVI SIWZ.

- 1) Wymagany termin płatności: czynsz płatny w terminie 120 dni od zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego.

Rozdział XIX SIWZ. Kryteria oceny ofert.

Dla zadania 1 – cena 100%.

Zamawiający przewidział przeprowadzenie aukcji elektronicznej.

Rozdział XX SIWZ. Warunki umowy.

- 1) Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy, zostały określone w załączniku nr 5 do SIWZ,
- 2) Na podstawie przepisu art. 144 ust. 1 ustawy, Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmiany postanowień zawartej umowy w przypadkach wskazanych w istotnych postanowieniach, które zostaną wprowadzone do umowy.

Termin składania ofert został wyznaczony do 9 maja 2014 r.

W załączniku nr 1 do SIWZ zamawiający określił między innymi parametry ściany W-5 w pokładzie 505 KWK „Marcel”, gdzie w poz. 16 tabeli podał okresowe zanieczyszczenie skałą płonną do 35% z zastrzeżeniem możliwości występowania zaburzenia lokalnego do 100% wysokości ściany (100% zaniku węgla na długości 25 m).

Punkt IV zał. nr 1. Wymagania dotyczące gwarancji zgodnie z § 8 załącznika nr 5 do SIWZ.

Formularz Ofertowy według wzoru załącznika 2 do SIWZ zawiera punkt 9a) oświadczamy, że przyjmujemy bez zastrzeżeń istotne postanowienia umowy określone w SIWZ, które zostaną wprowadzone do umowy. W punkcie 2) podano – cena stawki dzierżawnej [dobowa] jest stała w całym okresie dzierżawy; 3) podana przez nas cena ofertowa zawiera wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, opisane w SIWZ.

Załącznik nr 2a wykaz spełnienia istotnych dla zamawiającego wymagań i parametrów techniczno-użytkowych.

Poz. 40b) załącznika nr 2a, wymagania dodatkowe. Wykonanie przez Wykonawcę dla KWK „Marcel” przeglądów i napraw kombajnu w okresie zmiany jego lokalizacji (przebrojenia ścian) Przeglądy i naprawa przeprowadzona będą w siedzibie wykonawcy i na okres ich przeprowadzenia naliczanie stawki dzierżawnej zostanie zawieszona. Zamawiający przewiduje co najwyżej jedną zmianę lokalizacji.

Poz. 41b) Konstrukcja kombajnu umożliwiająca jego bezpieczną i bezawaryjną eksploatację przez 7 dni w tygodniu.

Poz. 46 Wykonawca w ramach realizacji zamówienia wyraża zgodę na samodzielne usuwanie awarii (w tym wymianę elementów zabezpieczających, a w szczególności tzw. wałków skrętnych-przeciążeniowych) przez przeszkolonych zakresie eksploatacji i obsługi przez Wykonawcę pracowników Zamawiającego.

Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy, określone w załączniku nr 5 do SIWZ przewidują, jak niżej.

W § 2 przedmiot dzierżawy musi spełniać wszystkie wymagania określone przez Dzierżawcę.

W § 3 ust. 2) Dzierżawca zapłaci Wydierżawiającemu za dzierżawę przedmiotu w okresie obowiązywania umowy dobową stawkę dzierżawy w wysokości....

Ust. 4) wartość umowy netto zawiera wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. Wykonawcy nie przysługuje żadne dodatkowe/uzupełniające wynagrodzenie.

W § 4 ust. 3-9 podano sytuację wyłączeń z naliczania stawki dzierżawnej.

W § 4 ust. 11 podano: „Wydzierżawiający nie będzie naliczał stawki dzierżawy za dni robocze, w których nie będzie prowadzone wydobywanie kopalni spowodowane koniecznością obniżenia poziomu produkcji w związku z recesją na rynku węgla lub stali.”

W § 4 ust. 12 podano: „Okres obowiązywania umowy zostaje przedłużony o okres nie prowadzenia wydobywania, co nie wymaga aneksu do umowy.”

W § 6 pkt II ust. 5) podano: „do obowiązków Dzierżawcy należy prowadzenie karty pracy przedmiotu dzierżawy, odnotowywanie w tej karcie wymian zespołów, podzespołów, części zamiennych oraz dokonywanie zapisów (...) efektywnego czasu pracy przedmiotu dzierżawy.

W § 6 pkt II ust. 8 załącznika nr 5 do SIWZ podano: w przypadku zmiany lokalizacji przedmiotu dzierżawy w ramach Oddziałów (...) Dzierżawca o tym fakcie musi powiadomić Wydzierżawiającego.

W § 6 pkt II ust. 9) podano: „Bez zgody Wydzierżawiającego Dzierżawca nie może:

- a) Wydawać przedmiotu dzierżawy innym użytkownikom,
- b) Poddzierżawiać przedmiotu dzierżawy,
- c) Wykonywać prac przedmiotem dzierżawy u innych użytkowników.

W § 8 ust.12 załącznika nr 5 do SIWZ Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy podano warunki gwarancji.

W § 8 pkt II ust. 12 załącznika nr 5 do SIWZ podano: gwarancją objęty jest cały przedmiot dzierżawy, w tym również połączenia przegubowe (sworznie, tuleje) wałki skrętne (wałki przeciążeniowe, które po spełnieniu swojej roli w kombajnie ścianowym tj. zerwaniu na skutek obciążenia i prawidłowego zadziałania zgodnie z ich przeznaczeniem zostaną wymienione na nowe bezpłatnie), bezpieczniki elektryczne topikowe oraz inne części ulegające normalnemu zużyciu podczas eksploatacji, za wyjątkiem dla części 1 węży hydraulicznych, wkładów filtrów wodnych i olejowych noży kombajnowych oraz wszystkich elementów, które zostały uszkodzone mechanicznie w wyniku działania czynników zewnętrznych.

W § 8 pkt II ust. 13 załącznika nr 5 do SIWZ podano: W przypadku zaoferowania rozwiązania zabezpieczenia (przekładni posuwu lub/i organów w postaci tzw. wałków skrętnych (wałków przeciążeniowych) DTR/Instrukcja Użytkowania nie może zawierać zapisów wyłączaających te elementy z gwarancji.

W § 8 pkt II ust. 20 załącznika nr 5 do SIWZ określono dopuszczalne pokłady z przerostami skały płonnej.

W § 14 ust.1 załącznika nr 5 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy” przewidziano prawo zamawiającego do odstąpienia od umowy w razie spełnienia przesłanek przewidzianych w art. 145 ust. 1 Pzp.

W § 14 ust. 2,6,7 załącznika nr 5 do SIWZ przewidziano przypadki uprawnień zamawiającego do odstąpienia od umowy z winy wykonawcy.

W § 14 ust. 2 załącznika nr 5 do SIWZ przewidziano przypadki uprawnień stron do rozwiązania umowy za porozumieniem.

W § 14 ust. 9 lit. a) i b) załącznika nr 5 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy” przewidziano sytuacje, kiedy zamawiającemu przysługuje prawo wypowiedzenia umowy *ex nunc* (od teraz) z zachowaniem okresu wypowiedzenia wynoszącego nie mniej niż 30 dni i nie więcej niż 90 dni, określonego w odrębnym oświadczeniu, w przypadku:

a) ograniczenia produkcji lub reorganizacji w jednostkach organizacyjnych zamawiającego, powodujące możliwość wykorzystania uwolnionych środków produkcji lub potencjału ludzkiego do samodzielnej realizacji przez zamawiającego świadczeń objętych umową,

b) zmiany w strukturze organizacyjnej Zamawiającego, skutkującej tym, że świadczenie objęte umową nie może być zrealizowane.

Ust. 10 § 14 Wzoru umowy. Postanowienia ust. 5-9 nie wyłączają możliwości odstąpienia od umowy na podstawie przepisów kodeksu cywilnego.

W § 16 załącznika nr 5 do SIWZ przewidziano przypadki uprawnień stron do zmiany umowy w stosunku do treści oferty, między innymi ust. 3 pkt d) e) stanowi, że nie stanowi zmiany umowy w rozumieniu 144 ustawy Pzp skrócenie okresu najmu; zawieszenie okresu najmu zgodnie z warunkami niniejszej umowy. Także zmiany terminu realizacji zamówienia oraz zmniejszenie zakresu rzeczowego w dostosowaniu do aktualnej sytuacji Zamawiającego.

Załącznik nr 2 punkt 1. Wyprawka bezzwrotna obejmuje między innymi - pkt 4 elementy zabezpieczające przed przeciążeniem (wałki przeciążeniowe) 4 komplety.

Załącznik nr 2a zadanie 1 poz. 19 Wałki skrętne przeciążeniowe zabezpieczające silniki posuwu/organów urabiających objęte są gwarancją w całym okresie dzierżawy a czas ich wymiany wliczany jest do sumarycznego miesięcznego czasu postoju kombajnu (...) spowodowanego awariami wynikłymi z przyczyn nie leżących po stronie Zamawiającego.

W dniu 25 kwietnia 2014 r. zamawiający powiadomił wykonawców, iż na podstawie art. 38 ust. 4 Pzp modyfikuje treść załącznika nr 5 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy”, w sposób następujący:

§ 4 ust.11 otrzymuje brzmienie:

W przypadku, gdy Zamawiający zmuszony będzie do czasowego wstrzymania wydobycia ze względów ekonomicznych na okres dłuższy niż 5 dni roboczych, a suma tych dni w okresie obowiązywania umowy nie będzie większa niż 10% + 1 dzień umownego okresu dzierżawy, Wydierżawiający nie będzie naliczał stawki dzierżawnej za ten okres. Natomiast, gdy suma tych dni przekroczy ww. okres, od następnego dnia Wydierżawiający będzie naliczał stawkę w pełnej wysokości.

§ 4 ust.12 otrzymuje brzmienie:

Okres obowiązywania umowy zostaje przedłużony o okres wstrzymania wydobycia z przyczyn ekonomicznych i nie wymaga to zawarcia aneksu do umowy.

Izba zważyła, co następuje.

Izba uznała, że odwołujący wykazał przesłanki do wniesienia odwołania w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, który przyznaje wykonawcy zainteresowanemu udziałem w przetargu legitymację do wnoszenia środków ochrony prawnej, jeżeli poniósł on lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Przy czym należało zgodzić się z odwołującym, że na etapie weryfikacji postanowień SIWZ, wystarczająca jest hipotetyczna możliwość poniesienia szkody, skutkiem stwierdzenia niezasadnych i bezprawnych ograniczeń w dostępie do zamówienia. Jednakże art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga dla skuteczności wniesienia odwołania wykazania jaki przepis ustawy Prawo zamówień publicznych został naruszony, w jaki sposób i jakim działaniem lub zaniechaniem zamawiającego. Odwołujący głównie powoływał się na naruszenie przez zamawiającego przepisów Kodeksu cywilnego, tj.: art. 5, art. 353¹, art. 58, art. 577 § 1, art. 693 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 oraz art. 139 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 142 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 94 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ocenia czynności i zaniechania zamawiającego z punktu widzenia obowiązujących przepisów ustanowionych w ustawie Prawo zamówień publicznych. Odwołanie dotyczące postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym postanowień wzoru umowy, nie może być natomiast traktowane, jako rodzaj niedozwolonego (przy uwzględnieniu zasady swobody zawierania umów, określonej w art. 353¹ K.c.) pozwu o ukształtowanie warunków umowy. Izba nie jest też organem mediacyjnym, którego zadaniem byłoby doprowadzenie do pełnej ekwiwalentności świadczeń, czy też całkowitej symetrii wzajemnych obowiązków i uprawnień pomiędzy zamawiającym a wykonawcą ubiegającym się o zamówienie, bowiem weryfikuje jedynie czynności zamawiającego pod względem przestrzegania wzorca ustanowionego w ustawie Pzp.

Odpowiednią regulację w odniesieniu do umowy o wykonanie zamówienia publicznego zawiera art. 139 ust. 1 i art. 140 ust. 1 ustawy Pzp, przy uwzględnieniu zasady swobody zawierania umów, określonej w art. 353¹K.c. Przy czym zawarcie umowy na oznaczonych przez zamawiającego warunkach pozostawione jest decyzji drugiej ze stron.

Warte przywołania w tym miejscu jest stanowisko Sądu Okręgowego we Wrocławiu, który stwierdził, iż *„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 duże ryzyko zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę.”* (wyrok z dnia 14 kwietnia 2008 r., sygn. akt X Ga 67/08).

Nie stanowił w ocenie Izby, argumentu za uwzględnieniem zarzutów - fakt, że wykonawca chciałby zawrzeć umowę na korzystniejszych dla siebie warunkach. Postanowienia wzoru umowy co do zasady mogą być kwestionowane przez wykonawców, jeśli ich niejednoznaczność, niepełność nie pozwala na zidentyfikowanie przedmiotu umowy lub wzajemnych obowiązków stron (w tym oszacowania ceny oferty bez ponoszenia nadmiernych ryzyk), lub jeśli wprowadzone postanowienia prowadziłyby do sytuacji, w której wykonawca zainteresowany postępowaniem o zamówienie publiczne i zdolny do jego należytego wykonania nie może złożyć konkurencyjnej lub porównywalnej oferty, albo w sytuacji, gdy zawarcie umowy na warunkach opisanych w istotnych postanowieniach przyszłej umowy prowadziłyby do naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. W przedmiotowym odwołaniu wykonawca Famur S.A. tych okoliczności nie wykazał.

W przeważających przypadkach odwołania dotyczące postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczą naruszenia przez zamawiającego postanowień przepisu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, które stanowią, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności, mogące mieć wpływ na

sporządzenie oferty. Przy tym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję.

Przechodząc do rozpatrzenia poszczególnych zarzutów odwołania, Izba poddała ocenie zarzuty faktyczne odwołania, odnosząc je do powyższych wskazań ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ad. Zarzut 1.

W związku z dokonaną w dniu 25 kwietnia 2014 r. na podstawie art. 38 ust. 4 Pzp modyfikacją treści załącznika nr 5 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy”, w sposób następujący:

§ 4 ust.11 otrzymuje brzmienie:

W przypadku, gdy Zamawiający zmuszony będzie do czasowego wstrzymania wydobywania ze względów ekonomicznych na okres dłuższy niż 5 dni roboczych, a suma tych dni w okresie obowiązywania umowy nie będzie większa niż 10% + 1 dzień umownego okresu dzierżawy, Wydierżawiający nie będzie naliczał stawki dzierżawnej za ten okres. Natomiast, gdy suma tych dni przekroczy ww. okres, od następnego dnia Wydierżawiający będzie naliczał stawkę w pełnej wysokości.

§ 4 ust. 12 otrzymuje brzmienie:

Okres obowiązywania umowy zostaje przedłużony o okres wstrzymania wydobywania z przyczyn ekonomicznych i nie wymaga to zawarcia aneksu do umowy.

- odwołujący stwierdził, że zmiana ta wyczerpuje stawiany zarzut i związane z nim żądania.

Izba ocenia zasadność zarzutów odwołania na moment jego wniesienia, a więc w dacie 17 kwietnia 2014 r., gdzie postanowienia załącznika nr 5 do SIWZ posiadały kwestionowaną treść § 4 ust. 11: *„Wydierżawiający nie będzie naliczał stawki dzierżawy za dni robocze, w których nie będzie prowadzone wydobywanie kopalni spowodowane koniecznością obniżenia poziomu produkcji w związku z recesją na rynku węgla lub stali.”*

W § 4 ust. 12: *„Okres obowiązywania umowy zostaje przedłużony o okres nie prowadzenia wydobywania, co nie wymaga aneksu do umowy.”*

W ocenie Izby dokonanie modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia po złożeniu odwołania - odnoszących się do zawartych w nim zarzutów - jest równoznaczne z przyznaniem tych zarzutów, w rozumieniu art. 190 ust. 5 ustawy Pzp.

Przepis art. 190 ust. 5 stanowi, że nie wymagają dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że nie budzą wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy.

Przyznanie przez fakt dokonania modyfikacji SIWZ trafności postawionego zarzutu, zwalniało Izbę z dalszego jego rozpatrywania i oceny, skoro odwołujący stwierdził, że wyczerpuje to zgłaszane przez niego żądania zmian w SIWZ w tym zakresie. Uwzględnienie po zawiśnięciu sporu, chociażby jednego z zarzutów wniesionego odwołania przez zamawiającego, czy też przez Izbę stanowi podstawę do uwzględnienia odwołania i orzeczenia o kosztach stosownie do wyniku sprawy.

Zgodnie ze wskazaniem postanowień art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania na moment zamknięcia rozprawy. Z tych przyczyn, mimo uwzględnienia odwołania ze względu na powyższy zarzut, Izba nie nakazała zamawiającemu dokonania żadnych czynności zmiany SIWZ, gdyż byłoby to bezprzedmiotowe, wobec uprzednio przeprowadzonej modyfikacji z dnia 25 kwietnia 2014r. Jednocześnie Izba uznała, że została również spełniona przesłanka art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, iż możliwe jest uwzględnienie odwołania, jeżeli zostaną naruszone przepisy ustawy Pzp, a naruszenie to miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby sam fakt dokonania przez zamawiającego modyfikacji odnośnych postanowień SIWZ, przesądza o tym, że mogłyby one mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż w przeciwnym wypadku zamawiający nie wprowadzałby żadnych zmian.

Uwzględnienie niektórych zarzutów, poza przypadkiem uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, objętego odrębną regulacją, wpływa też na ponoszenie kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wskazań art. 192 ust. 10 ustawy Pzp.

Ad. Zarzut 2. Za zupełnie pozbawiony usprawiedliwionych racji Izba uznała zarzut sprzeczności z naturą stosunku zobowiązaniowego, z zasadami współżycia społecznego, jak również z art. 577 § 1 Kodeksu cywilnego wymaganym w § 8 ust. 12 załącznika nr 5 do SIWZ, że gwarancją udzielaną przez wydierżawiającego na przedmiot umowy objęte mają być części przedmiotu umowy w postaci wałków skrętnych, *„zarówno w przypadku, gdy dotknięte są wadą fizyczną, jak również w przypadku, gdy nie są dotknięte żadną wadą, a zadziałają one zgodnie ze swoim przeznaczeniem i wskutek tego ulegną zerwaniu.”*

Zakres udzielanej gwarancji ustala wystawiający dokument gwarancyjny. Nawet w odniesieniu do ustawowej rękojmi za wady art. 556 § 1 K.c. w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na treść art. 558 K.c. strony mogą odpowiedzialność za wady rozszerzyć, ograniczyć, a krańcowo wyłączyć.

Również przepis art. 577 § 1 K.c. nie stanowi przepisu bezwzględnie obowiązującego i tym samym rozszerzenie kategorii pojęcia „wad” jako okoliczności objętych gwarancją nie może prowadzić do wniosku, że art. 577 § 1 K.c. został naruszony – w sytuacji, gdy zużycie

wałków skrętnych prowadzi do awarii całego urządzenia, które zgodnie z umową (poz. 41b zał. 2a do SIWZ) miało zabezpieczać konstrukcję kombajnu, zapewniającą jego bezpieczną i bezawaryjną eksploatację przez 7 dni w tygodniu.

Wałki skrętne nie zostały wymienione w materiałach eksploatacyjnych, związanych z użytkowaniem kombajnu, jak np. oleje, smary, noże tnące. Zostały zaliczone do części zamiennych podlegających wymianie w przypadku ich uszkodzenia.

W Poz. 46 zał. 2, wykonawca w ramach realizacji zamówienia wyrażał zgodę na samodzielne usuwanie awarii (w tym wymianę elementów zabezpieczających, a w szczególności tzw. wałków skrętnych- przeciążeniowych) przez przeszkolonych zakresie eksploatacji i obsługi przez wykonawcę pracowników zamawiającego. Postanowienie to nie zostało objęte zarzutami odwołania. Jak również nie zostało objęte zarzutami odwołania postanowienie Załącznika nr 2a zadanie 1 poz. 19, że wałki skrętne przeciążeniowe zabezpieczające silnik posuwu/organów urabiających objęte są gwarancją w całym okresie dzierżawy a czas ich wymiany wliczany jest do sumarycznego miesięcznego czasu postoju kombajnu (...) spowodowanego awariami wynikłymi z przyczyn nie leżących po stronie Zamawiającego.

W § 8 pkt II ust. 13 załącznika nr 5 do SIWZ podano: W przypadku zaoferowania rozwiązania zabezpieczenia (przekładni posuwu lub/i organów w postaci tzw. wałków skrętnych (wałków przeciążeniowych) DTR/Instrukcja Użytkowania nie może zawierać zapisów wyłączających te elementy z gwarancji. Odwołujący w zarzutach odwołania kwestionował jedynie postanowienia § 8 ust. 12 załącznika nr 5 do SIWZ.

Zamawiający w § 8 pkt II ust. 20 załącznika nr 5 do SIWZ określił dopuszczalne pokłady z przerostami skały płonnej, które między innymi powodują, że wałki skrętne ulegają awarii.

Zamawiający wymagał, aby w sytuacjach krytycznych, które groziłyby uszkodzeniem kombajnu włączały się automatycznie inne systemy zabezpieczenia. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że zużycie wałków skrętnych świadczy o wadliwym działaniu elektronicznych zabezpieczeń układów kinematycznych i silników posuwu, sprowadzając się do tego, że urządzenie nie spełnia swojej funkcji oznaczonej w umowie. Odwołujący swoje zarzuty ograniczał wybiórczo, jedynie do technicznej roli, jaką pełnią wałki skrętne.

Uszkodzenie zatem wałków skrętnych-przeciążeniowych w myśl przytoczonych postanowień SIWZ uznawane jest za awarię urządzenia.

Zamawiający zgodnie z wytycznymi przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp opisał przedmiot zamówienia w tym zakresie w sposób dokładny, jednoznaczny i wyczerpujący, dając wykonawcom pełne informacje, co do sporządzenia oferty i wyliczenia jej ceny.

Odwołujący znając warunki eksploatacyjne kombajnu, i konstrukcję oferowanego kombajnu, dane statystyczne odnośnie jego eksploatacji i dane statystyczne – dotyczące uszkodzenia poszczególnych części, jest zdolny przewidzieć, z jaką częstotliwością mogą zachodzić przypadki uszkodzenia wałków skrętnych i jaki koszt z tego tytułu winien uwzględnić kalkulując cenę oferty. Potwierdzają to dowody przedstawione przez zamawiającego: raport z eksploatacji kombajnu ścianowego FS-400, analizy kosztowej i jakościowej wymienionych w roku 2013 wałków skrętnych.

Okoliczność, że udzielana gwarancja jakości jest świadczeniem nieodpłatnym dla zamawiającego, nie stanowi o tym, że w stawce za dzierżawę nie są ujęte obowiązki gwarancyjne. Za pozbawione znaczenia Izba uznała argumenty odwołującego, że uszkodzenie wałków skrętnych-przeciążeniowych świadczy o ich prawidłowym działaniu. Istotne jest, że wskutek uszkodzenia tych wałków, następuje awaria całego urządzenia kombajnu, który nie jest zdolny do dalszej pracy zgodnie z umową. Zgodnie z art. 662 § 1 K.c. w związku z 694 K.c. wdzierżawiający winien utrzymywać rzecz w stanie przydatnym do umówionego użytku.

W art. 577 § 1 K.c. określona została istota gwarancji jakości, która sprowadza się do tego, że gwarancją objęte są wady fizyczne przedmiotu, uniemożliwiające jego użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem i umową. Zgodnie z poz. 41b) zał. nr 2a do SIWZ wykonawca ma gwarantować natomiast, że konstrukcja kombajnu umożliwi jego bezpieczną i bezawaryjną eksploatację przez 7 dni w tygodniu. Innym zagadnieniem jest kwestia tego, czy gwarancją objęte są tylko wady tkwiące w przedmiocie czy też wady powstałe na skutek innych czynników zawinionych bądź też niezawinionych przez którąkolwiek ze stron - co przyznał sam odwołujący.

Zamawiający był uprawniony, aby wymagać objęcia gwarancją jakości rozszerzonych okoliczności – uszkodzenia swoistych „bezpieczników” tkwiących w przedmiocie umowy. Powodujących, że przedmiot umowy zostaje wyłączony z eksploatacji - na skutek braku zabezpieczenia przez te elementy. Przekonująca była argumentacja zamawiającego, że nie narzucał rozwiązań w zakresie wielostopniowych zabezpieczeń, automatyki i elektroniki, aby zminimalizować ryzyka zerwania się wałków skrętnych, co generuje duże koszty serwisowe i przestoje urządzenia.

Wbrew stanowisku odwołującego, kwestionowanych postanowień nie można uznać za sprzeczne z przepisami Kodeksu cywilnego, regulujących zagadnienia związane z gwarancją jakości art. 577 § 1 K.c. i nast.), prowadzące w świetle art. 58 § 1 K.c. do nieważności czynności prawnej.

Ad. Zarzut 3. W § 14 ust. 9 lit. a) i b) załącznika nr 5 do SIWZ, zamawiający uregulował przesłanki upoważniające go do wypowiedzenia umowy dzierżawy, z zachowaniem okresu wypowiedzenia wynoszącego nie mniej niż 30 dni i nie więcej niż 90 dni, określonego w odrębnym oświadczeniu. Przesłankami tymi są, między innymi:

- a) ograniczenie produkcji lub reorganizacja w jednostkach organizacyjnych zamawiającego, powodujące możliwość wykorzystania uwolnionych środków produkcji lub potencjału ludzkiego do samodzielnej realizacji przez zamawiającego świadczeń objętych umową,
- b) zmiany w strukturze organizacyjnej Zamawiającego, skutkującej tym, że świadczenie objęte umową nie może być zrealizowane.

Zgodnie z art. 94 ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek zawarcia umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Kwestionowane postanowienia SIWZ w żaden sposób nie mogą więc dotyczyć naruszenia art. 94 ustawy Pzp.

Z kolei przepis art. 142 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że umowy zawierane w trybie zamówień publicznych zawiera się na czas określony.

Odwołujący pominął jednak dyspozycję przepisu art. 144 Pzp, mówiącego o tym, że dopuszcza się nawet istotne zmiany w stosunku do postanowień zawartej umowy w stosunku do treści wybranej oferty, jeżeli zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

Zamawiający właśnie przez kwestionowane odwołaniem postanowienia SIWZ, wprowadził możliwość dopuszczalnych i legalnych zmian w umowie, która ma być zawarta na dzierżawę kombajnu ścianowego na okres 517 dni.

W ocenie Izby zamawiający w wystarczający sposób określił warunki takie zmiany, aby mogły one odnieść zamierzony skutek, są to:

- a) ograniczenie produkcji,
- b) reorganizacja w jednostkach organizacyjnych zamawiającego,
- powodujące możliwość wykorzystania uwolnionych środków produkcji lub potencjału ludzkiego do samodzielnej realizacji przez zamawiającego świadczeń objętych umową,
- b) zmiany w strukturze organizacyjnej Zamawiającego, skutkującej tym, że świadczenie objęte umową nie może być zrealizowane.

Okoliczności takie w znacznym zakresie mogłyby się pokrywać wprost z przypadkiem przewidzianym w ustawie w art. 145 ust. 1 ustawy Pzp, tj. z prawem zamawiającego do odstąpienia od umowy w razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy.

Nawet, gdy przedmiotem umowy jest dzierżawa kombajnu ścianowego dostosowanego do pracy w szczegółowo określonych przez zamawiającego warunkach geologiczno-górnictwowych, co wymaga dużych nakładów finansowych odpowiedniego dostosowania kombajnu i ze względu na to, że zgodnie z treścią załącznika nr 5 do SIWZ, w czynszu dzierżawnym uiszczanym przez dzierżawcę mieszczą się koszty transportu przedmiotu do i z magazynu dzierżawcy, udziału w montażu, uruchomieniu i demontażu przedmiotu na dole kopalni, przeszkolenia pracowników zamawiającego (§ 3 ust. 17) i gdy koszty te ponoszone mają być przez wykonawcę i ujmowane są przez wykonawcę w proponowanej stawce czynszu dzierżawnego, przy czym aby prawidłowo oszacować i ująć ww. koszty, wykonawca musi przyjąć pewne założenia, co do czasu trwania umowy – to jednak wykonawca z ewentualnością przedterminowego rozwiązania umowy powinien się liczyć kalkulując cenę oferty, chociażby ze względu na brzmienie art. 145 ust. 1 Pzp.

Mieści się to bowiem w granicach dopuszczalnego ryzyka, możliwego do przerzucenia na wykonawcę lub też w sferze dopuszczalnego niedookreślenia zakresu wymaganych czynności wydzierżawiającego.

Izba nie dopatrzyła się w tym zakresie naruszenia zasady swobody umów. Ewentualne koszty wypływające z tak postawionych wymagań wykonawcy zobowiązani są wliczyć do oferowanej ceny.

Skorzystanie przez zamawiającego z legalnej możliwości, jaką daje przepis art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, nie może stanowić zasadnego zarzutu odwołania. Umowa o zamówienie publiczne wprawdzie zawierana jest na czas oznaczony, ale nie charakteryzuje się absolutną trwałością, bez możliwości jej rozwiązania bez względu na zaistniałe w jej trakcie okoliczności. Odwołujący nie kwestionował innych przewidzianych przypadków rozwiązania tej umowy, poprzez porozumienie stron, odstąpienie od umowy, które także prowadzi do zakończenia jej bytu prawnego, przed upływem wyznaczonego terminu.

Zmiany organizacyjne w tak dużej jednostce gospodarczej, jaką jest zamawiający wymagają dłuższego okresu czasu, zatem wykonawca zamówienia otrzymałby informację ze znacznym wyprzedzeniem czasowym, ażeby znaleźć nowe zastosowanie dla kombajnu, stanowiącego przedmiot dzierżawy.

Rozwiązanie umowy za wypowiedzeniem przed upływem ustalonego terminu, który stanowi istotny element oferty, wpisuje się w definicję zmiany umowy zawartą w art. 144 ust. 1 Pzp.

Zmian organizacyjnych oraz zjawisk gospodarczych, które mogą wywołać konieczność wypowiedzenia umowy dzierżawy kombajnu ze strony zamawiającego nie da się w ścisły i przewidywalny sposób określić we wzorze umowy stanowiącym załącznik do SIWZ. Z tych względów wywody odwołującego, że przesłanki wypowiedzenia zostały określone w sposób ogólny i niejednoznaczny, co w istocie powoduje całkowitą dowolność po stronie zamawiającego w podjęciu decyzji w przedmiocie dalszego trwania umowy dzierżawy, mają charakter jedynie teoretyczny.

Podane przesłanki wypowiedzenia umowy, w przekonaniu Izby, mają charakter na tyle sprawdzalny, iż w razie odmiennej oceny wykonawcy, czynność taka mogłaby zostać zweryfikowana na drodze powództwa sądowego. Bezspornym było, że zgodnie z treścią art. 673 § 3 K.c. w zw. z art. 694 K.c., umowa dzierżawy zawarta na czas określony może zostać wypowiedziana w przypadkach określonych w samej umowie.

Kwestionowane postanowienia § 14 ust. 9 lit. a) i b) załącznika nr 5 do SIWZ w ocenie Izby nie naruszyły art. 94, art. 142 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz nie pozostają sprzeczne z naturą (właściwością) dzierżawnego stosunku zobowiązaniowego powstałego na skutek zawarcia umowy w trybie zamówień publicznych oraz z zasadami współżycia społecznego, nie wykraczają też poza swobodę stron w kształtowaniu treści umowy wyrażoną w art. 353¹ K.c.

Izba ze zrozumieniem podchodzi do argumentacji odwołującego, który stawia zamawiającemu kombajn ścianowy do dyspozycji na oznaczony czas i chciałby za cały ten okres uzyskać zapłatę czynszu dzierżawnego, jednakże obie strony muszą uwzględnić aktualną sytuację branży górniczej i całego przemysłu ją obsługującego. Zamawiający też nie jest w stanie przewidzieć kształtowania się sytuacji rynkowej popytu na węgiel i czy z tych względów nie będzie zmuszony do przeprowadzania znaczących zmian organizacyjnych. Warunki wypowiedzenia umowy zostały sprecyzowane na ile to było możliwe. Izba nie mogłaby nakazać zamawiającemu dokonania czynności, do których przeprowadzenia nie byłby zdolny z przyczyn obiektywnych, np. zagwarantowania w SIWZ, że żadne zmiany nie będą przeprowadzane w KWK Marcel, aby uściślić podstawy, pozwalające na dokładniejsze oszacowanie ceny oferty. Ważna przy tym była również dobra wola zamawiającego wywiązania się w całości ze zobowiązania poprzez przewidziane przedłużenie umowy na pełny efektywny okres pracy kombajnu objęty stawką dzierżawną - wynoszący 517 dni. Zamawiający licząc się z własnymi uwarunkowaniami, zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wprowadził do opisu przedmiotu zamówienia - zarówno przedłużenie

okresu trwania umowy w razie przestojów z przyczyn leżących po jego stronie, jak i przewidział postanowienia o istotnym brzmieniu, dotyczące zmian tej umowy, czyli okresu jej trwania, zgodnie z upoważnieniem wynikającym z art. 144 ust. 1 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie, z uwagi na trafność zarzutu numer 1, o czym orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, zatem kosztami należało obciążyć zamawiającego.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot kosztów postępowania z tytułu wpisu na podstawie § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....