

WYROK

z dnia 13 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 września 2021 r. przez wykonawcę

FAMUR Spółkę akcyjną z siedzibą w Katowicach
w postępowaniu prowadzonym przez

Polską Grupę Górniczą Spółkę akcyjną z siedzibą w Katowicach

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1,
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
3. kosztami postępowania obciąża FAMUR Spółkę akcyjną i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr
(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez FAMUR Spółkę akcyjną tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od FAMUR Spółki akcyjnej na rzecz Polskiej Grupy Górniczej Spółki akcyjnej 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 art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. 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:

Sygn. akt: KIO 2817/21

Zamawiający - Polska Grupa Górnicza S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dzierżawę kombajnu ścianowego dla potrzeb eksploatacji ścian

M-6a, M-9

w pokładzie 712/1-2 oraz C-5 w pokładzie 502/2 wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej dla PGG S.A.” na podstawie ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 14 września 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S S178-464622. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - FAMUR S.A. wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji warunków zamówienia:

- a) § 11 ust. 2 pkt 4 załącznika nr 5 „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego”- w zakresie, w jakim ustala karę umowną za niezwrócenie części przedmiotu dzierżawy w wysokości 75 % wartości wg cen części nowych,
- b) § 11 ust. 9 - załącznika nr 5 „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” - w zakresie, w jakim przewiduje możliwość dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych przez Dzierżawcę, nie przewidując analogicznego uprawnienia dla Wydzierżawiającego,
- c) załącznik nr 1 „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia” część 5. „Postanowienia gwarancyjne i serwisowe” pkt 2 - w zakresie, w jakim wprowadza zastrzeżenie, że wałki skrzętne (wałki przeciążeniowe) zabezpieczające silniki posuwu lub/i organów urabiających dostarczane będą przez Wydzierżawiającego w całym okresie dzierżawy nieodpłatnie, w ramach świadczonych usług gwarancyjnych, na koszt Wydzierżawiającego (w koszcie dzierżawy), oraz że objęte będą gwarancją w całym okresie dzierżawy, a koszty wałków skrzętnych oraz ich wymiany ujęte będą w stawce dzierżawnej,
- d) załącznik nr 1 „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia”, część 2. „Wykaz istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych” Część A pkt 34 lit. f) - w zakresie, w jakim Zamawiający wymaga, aby wykonawca wyraził zgodę na samodzielne usuwanie awarii (w tym wymianę elementów zabezpieczających, a w szczególności tzw. wałków

skrzętnych - przeciążeniowych, jeżeli kombajn będzie w nie wyposażony) w zakresie eksploatacji, naprawy i obsługi przez pracowników Zamawiającego przeszkolonych przez wykonawcę,

postanowieniom tym zarzucając naruszenie:

- 1. art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, za pomocą niedokładnych i niezrozumiałych określeń oraz w sposób nieproporcjonalny do uzasadnionych potrzeb i celów zamawiającego

wynikających z przedmiotu zamówienia w zakresie określenia odpowiedzialności materialnej zamawiającego za niezwrócenie części przedmiotu dzierżawy w postaci kary umownej w wysokości 75% wartości części wg cen części nowych,

2. art. 353¹ w zw. z art. 484 § 1 i w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez sformułowanie postanowień specyfikacji warunków zamówienia oraz ustalenie projektowanych postanowień umowy w sposób sprzeczny z właściwością i naturą stosunku zobowiązaniowego i naruszający zasady współzycia społecznego, jak również w sposób powodujący rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego w zakresie ustalenia kary umownej, którą zobowiązany będzie zapłacić Dzierżawca (Zamawiający) za niezwrócenie części przedmiotu dzierżawy w wysokości 75% wartości części wg cen części nowych, zamiast 100% tej wartości, przy jednoczesnym wyłączeniu możliwości dochodzenia odszkodowania uzupełniającego oraz odszkodowania za części zwrócone w stanie nieadekwatnym do naturalnego zużycia (uszkodzone lub zniszczone),

3. art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez

przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, za pomocą niedokładnych i niezrozumiałych określeń oraz w sposób nieproporcjonalny do uzasadnionych potrzeb zamawiającego w zakresie wprowadzenia zastrzeżenia (wymogu) nieodpłatnego dostarczania przez wykonawcę wałków skrętnych w całym okresie dzierżawy, oraz wymogu udzielenia zgody na samodzielne usuwanie awarii (szczególnie w zakresie wymiany wałków skrętnych - przeciążeniowych), co uniemożliwia wykonawcy prawidłowe skalkulowanie stawki czynszu dzierżawy z uwagi na niemożliwe do oszacowania ryzyko konieczności wymiany wałków skrętnych także

w przypadkach wymiany wałków z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego i jego pracowników, wobec braku określenia limitu ilościowego takich wałków dostarczanych w ramach czynszu dzierżawy w całym okresie dzierżawy,

4. art. 353¹ w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez sformułowanie postanowień specyfikacji warunków zamówienia oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z właściwością i naturą stosunku zobowiązaniowego i naruszający zasady współzycia społecznego, jak również w sposób powodujący rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego w zakresie nałożenia na wykonawcę obowiązku nieodpłatnego dostarczania wałków skrętnych (w nieograniczonej ilości) w całym okresie dzierżawy, bez względu na przyczynę ich uszkodzenia, w tym także w przypadkach ich uszkodzenia z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego i jego pracowników, jak również w przypadkach ich uszkodzenia z przyczyn niezależnych od żadnej ze stron z jednoczesnym wymogiem udzielenia zgody na dokonywanie wymiany wałków skrętnych samodzielnie (bez udziału wykonawcy) przez pracowników Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień specyfikacji warunków zamówienia:

a) w zakresie § 11 ust. 2 pkt 4 i ust. 9 załącznika nr 5 „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” poprzez zmianę i nadanie temu postanowieniu następującej treści:

„4. za niezwrócenie w terminie 30 dni części, których brakowało przy zwrocie przedmiotu dzierżawy w wysokości 100% wartości części nowych wg cen wynikających z aktualnego obowiązującego dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. cennika stanowiącego załącznik do odrębnej umowy serwisowej zawartej i obowiązującej między Stronami, 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, jeżeli brak jest możliwości wyceny w oparciu o cenniki, to Dzierżawca będzie zobowiązany do zapłaty odszkodowania za niezwrócone części w wysokości wynikającej z wyceny Wydzierżawiającego, przy czym nie podlegają zwrotowi elementy złączone, szybkozyszywające się i nieobjęte gwarancją”

b) w zakresie § 11 ust. 9 załącznika nr 5 „Projektowane postanowienia, które zostaną

wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” poprzez zmianę i nadanie temu postanowieniu następującej treści: „W przypadku, gdy kary umowne nie pokryją wyrządzonej szkody, Strona, która takiej szkody doznała ma prawo dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych. Całkowita wartość kar umownych oraz odszkodowań, przysługujących Stronie

z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przez drugą Stronę obowiązków wynikających z umowy, nie przekroczy kwoty wartości gwarantowanej netto umowy”

c) w zakresie załącznika nr 1 „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia”, część 5. „Postanowienia gwarancyjne i serwisowe” pkt 2 poprzez usunięcie z treści zastrzeżenia: „Wałki skrzętne (wałki przeciążeniowe) zabezpieczające silniki posuwu lub/i organów

urabiających:

- dostarczane będą przez Wydierżawiającego w całym okresie dzierżawy nieodpłatnie, w ramach świadczonych usług gwarancyjnych, na koszt Wydierżawiającego (w koszcie dzierżawy),

- objęte będą gwarancją w całym okresie dzierżawy, koszty wałków skrzętnych oraz ich wymiany ujęte będą w stawce dzierżawnej”

d) w zakresie załącznika nr 1 „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia” część 2. „Wykaz istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych” Część A pkt 33 lit. f) poprzez jego zmianę i nadanie następującej treści: „Wykonawca w ramach realizacji

zamówienia na uzasadniony wniosek Zamawiającego wyrazi zgodę na samodzielne usuwanie awarii nieobjętych gwarancją w zakresie eksploatacji, naprawy i obsługi, przez

pracowników Zamawiającego przeszkolonych przez Wykonawcę.”,

a także obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenie na

rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym.

W uzasadnieniu odwołania, w zakresie zarzutu nr 1 i 2 Odwołujący wskazał, że Zamawiający

w § 11 ust. 2 pkt 4 załącznika nr 5 wprowadził karę umowną, jaką Wydierżawiający może naliczyć Dzierżawcy za niezwrócenie za niezwrócenie w terminie 30 dni części, których brakowało przy zwrocie przedmiotu dzierżawy w wysokości 75% 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 przy czym nie podlegają zwrotowi elementy złączne, szybkozużywające się i nieobjęte gwarancją. W myśl tego postanowienia Zamawiający miałby być obciążony wyłącznie kwotą stanowiącą karę umowną w wysokości równowartości 75 % wartości części nowych, w sytuacji, gdy nie zwróci części przedmiotu

dzierżawy, niezależnie od tego, jaką szkodę ponosi wykonawca w wyniku niezwrócenia przez zamawiającego takich części. Zastrzeżona na rzecz wydierżawiającego kara umowna

ma charakter wyłączny, tzn. wyklucza możliwość dochodzenia przez wydierżawiającego odszkodowania uzupełniającego w sytuacji gdy kara nie pokryje całości szkody jaką poniósł. Kara umowna określona w § 11 ust. 2 pkt 4 odnosi się wyłącznie do sytuacji, w której dzierżawca w ogóle nie dokonał zwrotu części, natomiast umowa nie reguluje

odpowiedzialności dzierżawcy za szkodę wynikającą z tego, że części zostały zwrócone

w stanie uszkodzonym ponad normalne zużycie wynikające z prawidłowego korzystania z rzeczy, czy też zostały zwrócone w stanie całkowitego zniszczenia z przyczyn leżących po stronie dzierżawcy. W takich sytuacjach, w świetle proponowanych postanowień umownych, zamawiający zdaje się w ogóle unikać odpowiedzialności za powstałą po stronie wykonawcy szkodę. Wprowadzając karę za niezwrócenie części (która zwykle nie będzie rekompensowała szkody) nie przyznano wydierżawiającemu prawa do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego, co w praktyce w świetle art. 484 § 1 Kodeksu cywilnego może uniemożliwić wykonawcy dochodzenie takiego odszkodowania. Istnieje także realne zagrożenie, iż na etapie realizacji umowy (a dokładniej po zwrocie przedmiotu dzierżawy) przy zaproponowanym przez Zamawiającego brzmieniu postanowienia § 11 ust. 2 pkt 4 pojawi się wątpliwość co do podstawy wyliczenia kary umownej przewidzianej w tym postanowieniu. Określenie „wg cen obowiązujących dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. przy

zakupie części nowych” nie wskazuje ani na żadne konkretne kwoty, ani też nie określa gdzie takie ceny zostały określone w jaki sposób można je ustalić. Tak nieprecyzyjne sformułowanie zapisów

o karach umownych zastrzeżonych na rzecz Wydzierżawiającego rodzi ryzyko, iż w razie zaistnienia sporu pomiędzy stronami na tym tle, kara umowna może zostać uznana za niezastrzeżoną, co uniemożliwi Wydzierżawiającemu dochodzenie jakichkolwiek roszczeń z tytułu niezwróconych części.

Mówiąc o kalkulacji hipotetycznej szkody wynikającej z niezwrócenia przez dzierżawcę części przedmiotu najmu wydzierżawiającemu należy zawsze mówić o jej 100% wartości, bowiem, jeżeli część (podzespół) nie została zwrócona, to wydzierżawiający, aby tę brakującą część odzyskać, musi dokonać zakupu nowej części lub taką część wytworzyć. Zatem w takiej sytuacji owa hipotetyczna szkoda powinna wynieść 100 % wartości części nowej, która to wartość powinna zostać określona w sposób możliwie jak najbardziej precyzyjny (konkretny). Zamawiający w ramach odrębnych postępowań udziela zamówień publicznych na prowadzenie serwisu kombajnów ścianowych własnych i dzierżawionych. W wyniku takich postępowań zawierane są umowy ramowe z wykonawcami (producentami kombajnów),

a następnie umowy wykonawcze. Cenny części zamiennych ustalane są właśnie w wyniku takich postępowań, a ustalone cenniki stanowią później załącznik do umów wykonawczych. Nie można jednak wykluczyć sytuacji, w której wydzierżawiający wyłoniony w wyniku postępowania będącego przedmiotem niniejszego odwołania nie będzie stroną aktualnie obowiązującej umowy na serwis kombajnu objętego dzierżawą, a zatem nie będzie aktualnie obowiązującego cennika, w oparciu o który możliwe byłoby naliczenie kary umownej. Taka sytuacja będzie rodziła wątpliwości, czy wydzierżawiającemu przysługuje odszkodowanie za niezwrócone części, czy też kara umowna, której nie da się wyliczyć wobec braku obowiązującego cennika. Zamawiający nie przyznaje wydzierżawiającemu uprawnienia do domagania się odszkodowania. W § 11 ust. 9 załącznika nr 5 Zamawiający zastrzega możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego tylko na rzecz Dzierżawcy, może więc dojść do sytuacji, w której dzierżawca (Zamawiający) nie zwróci po dzierżawie część i podzespołów dzierżawionego kombajnu, a Odwołujący nie będzie miał prawnych możliwości aby dochodzić z tego tytułu jakichkolwiek roszczeń. Zgodnie z art. 484 § 1 Kodeksu cywilnego żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. Takie zastrzeżenie zostało poczynione w § 11 ust. 9 załącznika nr 5 wyłącznie na rzecz Zamawiającego. W ocenie Odwołującego brak jest uzasadnienia dla wyłączenia możliwości dochodzenia odszkodowania uzupełniającego przez wykonawcę w sytuacji, gdy przewidziana w umowie na rzecz wykonawcy kara umowna została określona bardzo nieprecyzyjnie i w wysokości, która w sytuacji zaistnienia przesłanek do jej naliczenia z dużym prawdopodobieństwem nie pokryje poniesionej przez wykonawcę szkody

Tak ukształtowana treść projektowanych postanowień nie pozwala na prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej i jest nadużyciem ze strony Zamawiającego naruszającym dozwolone ramy zasady swobody umów, a wykonawca, jako właściciel przedmiotu dzierżawy pozostaje w niepewności, co do tego, w jakim zakresie ostatecznie odzyska przedmiot dzierżawy lub w jakim zakresie będzie musiał ponieść koszty jego odtworzenia w przypadku zwrotu niekompletnego przedmiotu lub braku zwrotu przedmiotu dzierżawy bez uzasadnionej przyczyny. Objęte zarzutami postanowienia § 11 ust. 2 pkt 4 i ust. 9 stanowią nieuzasadnione i zmierzające do wzbogacenia Zamawiającego kosztem wykonawców obciążenie finansowe. Zapłata przez Zamawiającego za niezwrócone części przedmiotu dzierżawy w wysokości 75% wartości części nowych, nie pozwoli na pokrycie kosztów odtworzenia przez wykonawcę niezwróconej części. Rozwiązanie takie w sposób jaskrawy narusza zasadę kontraktowej równości stron. Odwołujący ma świadomość, że w umowach o udzielenie zamówienia publicznego zasada równości stron doznaje znacznego ograniczenia, to nie można dać przyzwolenia na tak oczywiste nadużycie tego prawa przez Zamawiającego, a wykonawcy pozbawieni są możliwości prawidłowej oceny ryzyk kontraktowych i prawidłowego skalkulowania ceny ofertowej, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz prowadzi do wniosku, iż postępowanie w tym zakresie nie zostało przygotowane w sposób przejrzysty, a więc nie uwzględniono zasady opisaney w art. 16 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do pozostałych dwóch zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający w załączniku nr 1 do specyfikacji warunków zamówienia „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia” w części

5. „Postanowienia gwarancyjne i serwisowe” w punkcie 2. zawarł następujące zastrzeżenie: „Wałki skrzętne (wałki przeciążeniowe) zabezpieczające silniki posuwu lub/i organów urabiających: - dostarczane będą przez Wydzierżawiającego w całym okresie dzierżawy nieodpłatnie, w ramach świadczonych usług gwarancyjnych, na koszt Wydzierżawiającego

(w koszcie dzierżawy), - objęte będą gwarancją w całym okresie dzierżawy, koszty wałków skrętnych oraz ich wymiany ujęte będą w stawce dzierżawnej”. Ponadto w części 2. „Wykaz istotnych dla Zamawiającego wymagań i parametrów technicznych” w części A pkt 34 lit. f) Zamawiający sformułował wymóg, że „wykonawca w ramach realizacji zamówienia wyraża zgodę na samodzielne usuwanie awarii (w tym wymianę elementów zabezpieczających, a w szczególności tzw. wałków skrętnych - przeciążeniowych - jeżeli kombajn będzie w nie wyposażony) w zakresie eksploatacji, naprawy i obsługi przez pracowników Zamawiającego przeszkolonych przez Wykonawcę.”

Walek skrętny (walek przeciążeniowy) jako podzespoł kombajnu ścianowego służącego do wydobywania węgla kamiennego, jest rodzajem bezpiecznika. Jego działanie ma charakter zabezpieczający i jest niemal identyczne jak działanie bezpiecznika topikowego - ma za zadanie wyłączenie kombajnu w momencie, gdy elementy kombajnu uderzą w ścianę, zakleszczą się, po to, aby nie dopuścić do uszkodzenia innych podzespołów kombajnu, o dużo większej wartości. Koszt jednego wałka przeciążeniowego to kilka tysięcy złotych. Walek skrętny ulega skręceniu (zniszczeniu) w momencie, gdy zadziała prawidłowo, zgodnie ze swoim celem i przeznaczeniem; po skręceniu (zerwaniu) walek musi zostać wymieniony na nowy. Najczęściej przyczyną zadziałania wałka przeciążeniowego jest nieprawidłowa obsługa kombajnu ścianowego i pokierowanie jego ramionami przez górnika obsługującego kombajn w taki sposób, że elementy kombajnu uderzą w stropnicę lub wystąpienie w urabianej kombajnem ścianie nieprzewidzianych wcześniej zaburzeń geologiczno-górnicznych lub metalowych elementów (pozostałości innych urządzeń) z wcześniejszego urabiania ścian. Walek przeciążeniowy, który ulega „zerwaniu”, co powoduje konieczność jego wymiany, to walek, który zadziałał prawidłowo, zgodnie ze swoim przeznaczeniem. Konieczność jego wymiany podyktowana jest jego prawidłowym zadziałaniem, a nie jego wadą. Z wadą wałka przeciążeniowego możemy mieć do czynienia, gdyby walek się „nie zerwał” w odpowiednim momencie i nie skutkował wyłączeniem kombajnu, co spowodowałoby uszkodzenie innych podzespołów kombajnu, przy wadach materiałowych wałka przeciążeniowego. Nie budzi wątpliwości Odwołującego, że wałki przeciążeniowe powinny podlegać gwarancji określonej

w umowach dzierżawy i w przypadku wystąpienia wady wałka (jako warunku powstania odpowiedzialności gwarancyjnej), wykonawca zobowiązany byłby wymienić wałki w ramach udzielonej gwarancji. Zatem odpowiedzialność gwarancyjna w przypadku wałków skrętnych miałaby identyczny zakres i charakter jak w przypadku każdego innego podzespołu przedmiotu najmu i byłaby odpowiedzialnością za wadę. Jednak Zamawiający wymaga, aby wałki skrętne były dostarczane w całym okresie dzierżawy nieodpłatnie, na koszt Wydierżawiającego, a ich koszt ma zostać ujęty w koszcie dzierżawy. Jednocześnie Zamawiający zastrzega w pkt 2 części 5. załącznika nr 1, że DTR/Instrukcja użytkownika nie

może zawierać zapisów wyłączających tzw. wałki skrętne z gwarancji jako elementy

zabezpieczające, jak również ograniczających możliwość samodzielnej ich wymiany przez służby Dzierżawcy. Ponadto w części 2., część A pkt 34 lit. f) Zamawiający wyraźnie wprowadza regulację, że pracownicy Zamawiającego są uprawnieni do samodzielnego usuwania awarii, w tym wymianę wałków skrętnych (przeciążeniowych), co powoduje, że dokonywanie wymiany wałków skrętnych (w tym także czas dokonania tej wymiany) miałoby pozostać poza kontrolą wykonawcy. W ocenie Odwołującego, przy tak sformułowanych zastrzeżeniach w treści opisu przedmiotu zamówienia niemożliwe jest prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej. W praktyce uszkodzenia wałków skrętnych („zerwanie” na skutek prawidłowego zadziałania i spełnienia funkcji zabezpieczającej) w przeważającej ilości przypadków są właśnie wynikiem nieprawidłowej obsługi kombajnu ścianowego, na którą Odwołujący jako wydierżawiający nie ma żadnego wpływu, gdyż obsługa kombajnu pozostaje w całości po stronie pracowników Zamawiającego. Zamawiający wprowadzając skarżone zastrzeżenie w opisie przedmiotu zamówienia stara się w całości przerzucić na wykonawcę ryzyko związane z koniecznością ponoszenia kosztów wymiany tych elementów. Zamawiający nie przewidział jakichkolwiek limitów ilościowych wałków skrętnych dostarczanych w ramach kosztów uwzględnionych w czynszu dzierżawy. Oznacza to, że wykonawca nie jest w stanie, w żaden sposób ocenić, ile wałków skrętnych będzie zobowiązany do dostarczenia w czasie trwania umowy najmu. Rozbieżności w ilościach wałków skrętnych dostarczanych do zakładów Zamawiającego wyraźnie wskazują na brak możliwości precyzyjnego skalkulowania przewidywanej ilości wałków koniecznych do zapewnienia w okresie dzierżawy, a tym samym ilości możliwych wymian wałków i czasu ich trwania. Nieograniczone, nieodpłatne dostawy wałków skrętnych w ramach umowy na dzierżawę, w ocenie Odwołującego, nie wynikają wprost z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, lecz są prostym przerzuceniem na wykonawcę całości ryzyka, które powinno ciążyć na Zamawiającym. Taki opis przedmiotu zamówienia powoduje stan niepewności co do zakresu świadczenia po stronie wykonawcy i uniemożliwia prawidłową kalkulację ceny oferty, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz prowadzi do wniosku, iż postępowanie w tym zakresie nie zostało przygotowane w sposób przejrzysty, a więc nie uwzględniona zasady opisanej w art.

16 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko co do zakresu

usługi w całym okresie jej realizacji, to nie może ono być w całości przerzucane na wykonawcę, który powinien mieć pewność w odniesieniu do stałych elementów, pozwalających na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę.

Jedynie Zamawiający ma możliwości ograniczenia ryzyka uszkodzeń wałków skrętnych, wynikającego z nieprawidłowej eksploatacji urządzenia np. poprzez działania uświadamiające wśród operatorów kombajnów ścianowych oraz prawidłowy nadzór nad wykonywaniem tych prac. Wykonawca nie będzie miał na etapie realizacji umowy dzierżawy jakiegokolwiek możliwości wpływania na częstotliwość uszkodzeń wałków skrętnych spowodowanych nieprawidłową eksploatacją urządzenia. Nie będzie mógł także, przy obecnym brzmieniu opisu przedmiotu zamówienia, w żaden sposób ograniczyć ilości dostarczanych wałków skrętnych.

Zamawiający ma mieć możliwość samodzielnej wymiany wałków skrętnych, o czym jedynie ma każdorazowo powiadomić służby serwisowe wykonawcy. Wykonawca nawet nie będzie miał możliwości zbadania, jaka jest przyczyna zadziałania wałka skrętnego, skoro wymiany wałka mają dokonać samodzielnie służby Zamawiającego, bez wzywania przedstawicieli wykonawcy na miejsce awarii. Stanowi to wprowadzenie absolutnej odpowiedzialności wykonawcy za wymianę wałków skrętnych, bez względu na przyczynę, która doprowadziła do konieczności ich wymiany, w tym także w przypadkach ewidentnie zawinionych przez pracowników Zamawiającego. Zatem, choć Wykonawca na etapie realizacji umowy powinien każdorazowo być powiadomiony o konieczności wymiany wałka skrętnego, to nie przewiduje się możliwości odmowy nieodpłatnej dostawy wałka i żądania stosownej zapłaty nawet w sytuacji, gdyby do uszkodzenia wałka doszło z ewidentnej winy Zamawiającego. Odwołujący nie uchyla się od przyjęcia odpowiedzialności gwarancyjnej w odniesieniu do wałków skrętnych, niemniej odpowiedzialność gwarancyjna powinna mieć taki charakter, jak przy każdym innym podzespołe, tj. powinna być odpowiedzialnością za wadę wałka skrętnego, a nie odpowiedzialnością absolutną obejmującą każdą wymianę wałka bez względu na jej przyczynę. Koszt wymiany wałka skrętnego to 4 do 6 tysięcy złotych, a czas wymiany wynosi godzinę.

W ocenie Odwołującego skarżone wymagania określone w załączniku nr 1 i nr 5 do specyfikacji warunków zamówienia stanowią nadużycie prawa ze strony Zamawiającego.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający uwzględnił zarzut nr 1 w całości oraz wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu nr 2, 3 i 4.

Zamawiający wskazał, że modyfikuje specyfikację warunków zamówienia w ten sposób, że w załączniku nr 5 „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” skreśla § 11 ust. 2 pkt 4, a także w § 3 dodaje ust. 13 w następującym brzmieniu: „13. Dzierżawca ma prawo nabycia części zamiennych, za wyjątkiem elementów złącznych (np. śruby, złącza) lub szybkozużywających się (tj.:

uszczelnienia gumowe i metalowogumowe, przewody hydrauliczne, przewody wodne (za wyjątkiem przewodów metalowych), uchwyty nożowe, tuleje nożowe, wkładów filtrów wodnych

i olejowych) lub nieobjętych gwarancją na następujących zasadach:

1) Dzierżawca poinformuje Wyzdierżawiającego w terminie 21 dni, liczonych od dnia upływu terminu do zwrotu danej części zamiennej o jej zakupie.

2) Dzierżawca zapłaci Wyzdierżawiającemu wynagrodzenie stanowiące odpowiednio:

a) Jeżeli dana część była używana przez Dzierżawcę w okresie eksploatacji przedmiotu dzierżawy wynoszącym do 12 miesięcy, to wynagrodzenie brutto należne Wyzdierżawiającemu będzie stanowiło równowartość 80% wartości części wg cen obowiązujących dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. przy zakupie części nowych, a w

przypadku braku cennika aktualnego na dzień zwrotu przedmiotu dzierżawy, wg cen z ostatniego obowiązującego dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. cennika części nowych (cennik części serwisowych lub cennik z umów na dostawy części), jeżeli brak jest możliwości wyceny

w oparciu o cenniki wg oferty od Wydierżawiającego

b) Jeżeli dana część była używana przez Dzierżawcę w okresie eksploatacji przedmiotu

dzierżawy wynoszącym od 12 do 24 miesięcy, to wynagrodzenie brutto należne Wydierżawiającemu będzie stanowiło równowartość 60% wartości części wg cen obowiązujących dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. przy zakupie części nowych, a w przypadku braku cennika aktualnego na dzień zwrotu przedmiotu dzierżawy, wg cen z ostatniego obowiązującego dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. cennika części nowych (cennik części serwisowych lub cennik z umów na dostawy części), jeżeli brak jest możliwości wyceny

w oparciu o cenniki wg oferty od Wydierżawiającego

c) Jeżeli dana część była używana przez Dzierżawcę w okresie eksploatacji przedmiotu dzierżawy wynoszącym powyżej 24 miesięcy, to wynagrodzenie brutto należne Wydierżawiającemu będzie stanowiło równowartość 40% wartości części wg cen obowiązujących dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. przy zakupie części nowych, a w przypadku braku cennika aktualnego na dzień zwrotu przedmiotu dzierżawy, wg cen z ostatniego obowiązującego dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. cennika części nowych (cennik części serwisowych lub cennik z umów na dostawy części), jeżeli brak jest możliwości wyceny

w oparciu o cenniki wg oferty od Wydierżawiającego.

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

W zakresie zarzutu nr 2, tj. naruszenia art. 353¹ w zw. z art. 484 § 1 i w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych) Zamawiający wskazał, iż postanowienie umowne w kwestionowanej części nie narusza żadnego z ww. przepisów prawa. Art. 484 § 1 Kodeksu cywilnego bezpośrednio dopuszcza możliwość wprowadzenie do umowy mechanizmu kary umownej. Idea mechanizmu kary umownej polega na tym, że strony w ramach swobody kontraktowania umownie z góry określają wartość kary umownej w przypadku nienależytego lub niewykonania umowy, która ma zastępować dochodzenie odszkodowania na zasadach wyrażonych w kodeksie cywilnym. Jest to forma gwarancji wypłaty określonej kwoty bez konieczności po stronie wykonawcy udowadniania przesłanek wypłaty odszkodowania, w tym wysokości szkody. Ustalona kwota kary umownej jest wypłacana z zająciem określonego zdarzenia w określonej kwocie, nawet jeżeli realna wysokość szkody jest niższa niż wysokość ustalonej kary umownej. Ustalenie kary umownej co do zasady wyłącza możliwość dochodzenia odszkodowania za szkodę przewyższającą wartość realnej szkody, chyba, że co innego wynika z treści zawartej umowy.

Błędnie wywodzi Odwołujący, że ustalona kara umowna ma być w wysokości realnej szkody, którą może hipotetycznie ponieść. Ideą mechanizmu zastrzegania kary umownej jest określenie zryczałtowanej wartości. Kara umowna jest ustalana w oparciu o pewną kalkulację, ale nie musi odzwierciedlać całości potencjalnej szkody. Z samej treści art. 484 § 1 Kodeksu cywilnego wynika, że kara umowna może być zastrzeżona w wysokości niższej niż wartość potencjalnej szkody. W przypadku zamówienia publicznego to Zamawiający w sposób dyskrecyjny kształtuje większość essentialiae i incidentaliae negotii. Zasada swobody kontraktowania ze strony wykonawcy nie zostaje w ten sposób ograniczona - przed terminem złożenia ofert może on składać wszelkie propozycje co do kształtu i brzmienia postanowień umownych, które zamawiający, zgodnie z własnymi interesami, zawsze może uwzględnić. Natomiast w przypadku, gdy postanowienia takie wykonawcy nie odpowiadają, może do tego stosunku umownego nie przystąpić. Ponadto przez składanie ofert w postępowaniu to wykonawca kształtuje część przyszłych postanowień umownych (w tym zawsze cenę) i w ten sposób może dostosować swoją ofertę do warunków wykonania zamówienia, np. tak skalkulować cenę, aby w jej ramach uwzględnić kompensację wszelkich ryzyk i obowiązków, które wynikają dla niego z umowy w sprawie zamówienia. Zaproponowana treść umowy jest taka sama dla wszystkich wykonawców, którzy składając ofertę są zobowiązani do uwzględnienia w cenie wszystkich cenotwórczych składników, w tym wycenić ryzyko kontraktowe. Dopuszczalna jest sytuacja, w której zamawiający przerzuci znaczną część ryzyka kontraktowego na wykonawcę. Zabezpieczenie interesów wykonawcy ma gwarantować możliwość wkalkulowania w cenę ofertową ciężaru narzuconych na niego

zobowiązań i wynikającego z nich ryzyka.

Kwestionowany zapis dotyczy przedmiotu będącego w dzierżawie, czyli wykorzystywanego. Potencjalnie nie zwrócone części nie będą nowe, ale będą w jakimś stopniu zużyte, co jest

naturalną konsekwencją oddania urządzenia w dzierżawę. Niezgodnym z właściwością

zobowiązania byłoby ustalenie, że wykonawca może żądać pełnej wartości niezwróconej rzeczy po cenach dla rzeczy nowej, gdyż same przepisy Kodeksu cywilnego regulujące stosunek dzierżawy dopuszczają zwrot rzeczy w stanie zużytym będącym następstwem

prawidłowego używania.

W zakresie zarzutów nr 3 i 4 odwołania, w ocenie Zamawiającego, kwestionowane postanowienie opisu przedmiotu zamówienia nie naruszają przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych ani Kodeksu cywilnego. Zamawiający nie zgodził się z Odwołującym, iż uszkodzenia wałków skrętnych mogą wynikać z nieprawidłowej eksploatacji urządzenia, spowodowanej działaniem operatora z powodu zaburzeń występujących w ścianie, która jest urabiana przez kombajn. Zamawiający w celu zminimalizowania ryzyka związanego z nieprawidłowym działaniem operatora przewidział obowiązek szkolenia pracowników Zamawiającego przez wykonawcę w zakresie eksploatacji, naprawy i obsługi kombajnu. W interesie obu stron jest zminimalizowanie ryzyka awarii, która niesłaby za sobą konieczność wymiany wałków skrętnych (przeciążeniowych). W zależności od jakości szkolenia ryzyko nieprawidłowego działania operatora można ograniczyć do minimum bądź zupełnie wyeliminować. Z kolei ryzyko związane z wystąpieniem zaburzeń w ścianie, która jest urabiana, ma charakter obiektywny, niezależny od woli Zamawiającego czy wykonawcy. Ryzyko to związane jest z rodzajem prowadzonej działalności. Wykonawca jako profesjonalista powinien w kalkulować w cenę oferty wszelkie ryzyka związane ze świadczeniem przedmiotu zamówienia, zgodnie z art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego. Prowadzenie działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania.

Obowiązek dostarczania wałków skrętnych przez okres dzierżawy, przez cały okres

gwarancji, związany jest z istotą przedmiotowej umowy. Jak wynika z załącznika nr 1 „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia” część 1 „Wymagania ogólne” pkt 5 ppkt 4 „Praca kombajnu

w wyrobiskach, w których występują trudnourabialne skały tj. łupki, krzem, nie może skutkować ograniczeniem prawa wynikającego z gwarancji”. Co więcej „gwarancją objęty jest cały przedmiot dzierżawy, w tym również wałki skrętne (wałki przeciążeniowe), bezpieczniki

elektryczne topikowe oraz inne części ulegające normalnemu zużyciu podczas eksploatacji, za wyjątkiem: elementów łącznych podzespołów, wkładów filtrów wodnych i olejowych, noży kombajnowych wraz z zabezpieczeniami, tulei nożowych (jeżeli występują), uchwytów nożowych, okablowania zewnętrznego” (załącznik nr 1, część 5. „Postanowienia gwarancyjne i serwisowe” pkt 2 zd. pierwsze). Argumentacja Odwołującego, iż wałek przeciążeniowy, który ulega zerwaniu, co powoduje konieczność jego wymiany, to wałek, który zadziałał prawidłowo, a konieczność jego wymiany podyktowana jest jego prawidłowym działaniem, a nie wadą, jest chybiona. Odwołujący dąży do nieuprawnionego wyłączenia części obowiązków wynikających z umowy. Argumentacja Odwołującego była taka sama w odwołaniu KIO 767/14. Zakres obowiązków z tytułu usług gwarancyjnych realizowanych przez Odwołującego był przedmiotem wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 19 maja 2021 r., sygn. akt CG 404/21. W wyroku potwierdzono, iż postanowienia umowne w zakresie dotyczącym usług gwarancyjnych z uwzględnieniem konieczności wymiany wałków skrętnych są prawidłowe, zaś mając na uwadze art. 664 w związku z art. 694 Kodeksu cywilnego „skutki istnienia wad

w przypadku dzierżawy nie zostały uzależnione od tego czy chodzi o wady fizyczne (rzeczy) czy wady prawa. Chodzi ogólnie o wady, które ograniczają przydatność przedmiotu do umówionego pożytku. Wada może skutkować niemożnością lub ograniczeniem możliwości wykonywania uprawnień przysługujących dzierżawcy. Chodzi o wady, które uniemożliwiają albo ograniczają możliwość używania dobra wydzierżawionego, albo pobierania pożytków zgodnie z treścią umowy, z zatem w zakresie w jaki uprawnienia dzierżawcy mogą być wykonywane. W okolicznościach sprawy, zakres udzielonej przez wydzierżawiającego gwarancji rozciąga się również na sytuacje, w których kombajn przestaje działać w konsekwencji zadziałania lub zużycia wałka skrętnego. Które powstaje w toku eksploatacji urządzenia zgodnie z instrukcją. Zerwanie to nie musi być skutkiem wady materiałowej samego wałka ale może również wynikać z zadziałania czynników zewnętrznych.”

Zamawiający nie zgodził się z Odwołującym, iż „nieograniczone, nieodpłatne dostawy wałków skrętnych w ramach umowy na dzierżawę kombajnu ścianowego, nie wynikają wprost

z uzasadnionych potrzeb zamawiającego, lecz są prostym przerzuceniem ryzyka, które powinno ciążyć na Zamawiającym”. Wykonawca w pełni posiada wpływ na ryzyko związane z realizacją zamówienia, choćby przez zapewnienie szkolenia pracownikom Zamawiającego na odpowiednim poziomie. Nadto wymagania określone w dokumentacji przetargowej, odnoszące się do świadczenia usług gwarancyjnych w odniesieniu także do wałków skrętnych, mają na celu realizację zamówienia na najwyższym poziomie, w zakresie dotyczącym nie tylko jego używania, ale przede wszystkim osiągnięcia pożytków w związku z jego eksploatacją. Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem, iż niemożliwe jest określenie skali oraz kosztów realizacji wymiany wałka skrętnego, bowiem oczekiwane parametry dzierżawionego kombajnu, jak również warunki, w których pracować ma kombajn, zostały określone przez Zamawiającego. W związku z tym możliwe jest oszacowanie oraz

kalkulacja oferty

z uwzględnieniem ryzyk oraz wymagań wynikających ze specyfikacji warunków zamówienia.

III Stanowisko Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu nr 1, Izba postanowiła więc o umorzeniu postępowania odwoławczego w zakresie tego zarzutu.

Zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu

o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Zamawiający uwzględnił zarzut nr 1, a po jego stronie nie przystąpił do postępowania żaden wykonawca. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie zarzut nr 1 i orzekła jak w punkcie 1. sentencji.

W zakresie pozostałych zarzutów odwołania Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania, tj. treść specyfikacji warunków zamówienia wraz z jej zmianami nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez

Zamawiającego oraz pism i stanowisk Stron przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie

zarzut nr 2: art. 353¹ w zw. z art. 484 § 1 i w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez sformułowanie postanowień

specyfikacji warunków zamówienia oraz ustalenie projektowanych postanowień umowy w sposób sprzeczny z właściwością i naturą stosunku zobowiązaniowego i naruszający zasady współżycia społecznego, jak również w sposób powodujący rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego w zakresie ustalenia kary umownej, którą zobowiązany będzie zapłacić Dzierżawca (Zamawiający) za niezwrócenie części przedmiotu dzierżawy w wysokości 75% wartości części wg cen części nowych, zamiast 100% tej wartości, przy jednoczesnym wyłączeniu możliwości dochodzenia odszkodowania uzupełniającego oraz odszkodowania za części zwrócone w stanie nieadekwatnym do naturalnego zużycia (uszkodzone lub zniszczone),

zarzut nr 3: art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, za pomocą niedokładnych i niezrozumiałych określeń oraz w sposób nieproporcjonalny do uzasadnionych potrzeb zamawiającego w zakresie wprowadzenia zastrzeżenia (wymogu) nieodpłatnego dostarczania przez wykonawcę wałków skrętnych w całym okresie dzierżawy, oraz wymogu udzielenia zgody na samodzielne usuwanie awarii (szczególnie w zakresie wymiany wałków skrętnych - przeciążeniowych), co uniemożliwia wykonawcy prawidłowe skalkulowanie stawki czynszu dzierżawy z uwagi na niemożliwe do oszacowania ryzyko konieczności wymiany wałków skrętnych także

w przypadkach wymiany wałków z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego i jego pracowników, wobec braku określenia limitu ilościowego takich wałków dostarczanych w ramach czynszu dzierżawy w całym okresie dzierżawy,

zarzut nr 4: art. 353¹ w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez sformułowanie postanowień specyfikacji warunków zamówienia oraz opisanie przedmiotu zamówienia 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 nałożenia na wykonawcę obowiązku nieodpłatnego dostarczania wałków skrętnych (w nieograniczonej ilości) w całym okresie dzierżawy, bez względu na przyczynę ich uszkodzenia, w tym także w przypadkach ich uszkodzenia z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego i jego pracowników, jak również w przypadkach ich uszkodzenia z przyczyn niezależnych od żadnej ze stron z jednoczesnym wymogiem udzielenia zgody na

dokonywanie wymiany wałków skrętnych samodzielnie (bez udziału wykonawcy) przez pracowników Wskazane przepisy stanowią:

Art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie

zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się

przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Art. 16 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający przygotowuje i

przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty.

Art. 99 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

Art. 5 Kodeksu cywilnego: Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny

ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za

wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Art. 353¹ Kodeksu cywilnego: Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze)

stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Art. 484 § 1 Kodeksu cywilnego: W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania

przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły.

W ramach zarzutu nr 2 Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień specyfikacji warunków zamówienia w zakresie § 11 ust. 9

załącznika nr 5 „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” poprzez nadanie mu następującej treści: „W przypadku, gdy kary umowne nie pokryją wyrządzonej szkody, Strona, która takiej szkody doznała ma prawo dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych. Całkowita wartość kar umownych oraz odszkodowań, przysługujących Stronie z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania przez drugą Stronę obowiązków wynikających z umowy, nie przekroczy kwoty wartości gwarantowanej netto umowy”.

W projekcie umowy Zamawiający przewidział następujące kary umowne: § 11 „Kary umowne i odpowiedzialność” (liczone w odniesieniu do gwarantowanej części umowy i dla każdego kombajnu z osobna)

1. Dzierżawca może naliczyć Wydzierżawiającemu kary umowne:

- 1) za odstąpienie od Umowy przez jedną ze stron z przyczyn leżących po stronie Wydzierżawiającego w wysokości 20 % wartości netto części niezrealizowanej umowy.
- 2) za zwłokę w dostawie przedmiotu dzierżawy w wysokości dobowej stawki czynszu dzierżawnego netto za każdy dzień zwłoki, jednak nie więcej niż 10 % wartości netto Umowy.

2. Wydzierżawiający może naliczyć Dzierżawcy kary umowne:

- 1) za odstąpienie od umowy przez jedną ze stron z przyczyn leżących po stronie Dzierżawcy w wysokości 20 % wartości netto niezrealizowanej części Umowy, co nie dotyczy przypadków określonych w § Rozwiązanie, odstąpienie lub wypowiedzenie umowy ust. 2 i 5.
- 2) za zwłokę w zwrocie przedmiotu dzierżawy wraz z wyposażeniem podlegającym zwrotowi w uzgodnionym terminie w wysokości dobowej stawki czynszu dzierżawnego netto za każdy dzień zwłoki, jednak nie więcej niż 10 % wartości netto Umowy.
- 3) za nieodebranie przedmiotu dzierżawy w uzgodnionym terminie w wysokości pełnej dobowej stawki czynszu dzierżawnego netto za każdy dzień zwłoki, jednak nie więcej niż 10 % wartości netto Umowy.
- 4) za niezwrócenie w terminie 21 dni części, których brakowało przy zwrocie przedmiotu dzierżawy w wysokości 75% 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: umów na dostawę części), jeżeli brak jest możliwości wyceny w oparciu o cenniki wg oferty od Wydzierżawiającego przy czym nie podlegają zwrotowi elementy złączne, szybkozysuwające się i nieobjęte gwarancją.

3. W przypadku stwierdzenia u pracowników Wydzierżawiającego na etapie stawienia się do pracy lub w trakcie wykonywania pracy:

- 1) stanu po użyciu alkoholu,
- 2) stanu nietrzeźwości,
- 3) stanu pod wpływem narkotyków lub innych substancji, których oddziaływanie na organizm pracownika uniemożliwia należyte wykonanie obowiązków pracowniczych,
- 4) używania/spożywania ww. substancji w czasie pracy lub w miejscu pracy,
- 5) wnoszenie ww. substancji na teren zakładu pracy.

Wydzierżawiający zobowiązuje się zapłacić Dzierżawcy karę umowną w wysokości 1000,00 zł (jeden tysiąc złotych 00/100) od każdego ujawnionego przypadku. Stan po użyciu alkoholu zachodzi, gdy (...)

4. W przypadku ujawnienia dokonania przez pracownika/ów Wydzierżawiającego zaboru

mienia Dzierżawcy lub firm mających siedzibę na terenie Dzierżawcy, Wydierżawiający w całości pokryje straty wynikłe z dokonanego zaboru, a także zapłaci Dzierżawcy karę pieniężną w wysokości 1000,00 zł (jeden tysiąc złotych 00/100) od każdego dokonanego zaboru.

5. Łączna wartość kar umownych przysługujących Dzierżawcy może być naliczana do kwoty równej wartości gwarantowanej netto umowy.

6. Termin płatności noty księgowej wystawionej tytułem kar umownych wynosi 30 dni od dnia wystawienia noty.

7. W przypadku, gdy Dzierżawca utraci przedmiot dzierżawy, Dzierżawca zapłaci Wydierżawiającemu odszkodowanie w wysokości:

1) 80% wartości netto przedmiotu dzierżawy (określonej w S 3, ust. 1 pkt. b) w przypadku, gdy zdarzenie miało miejsce w okresie eksploatacji przedmiotu dzierżawy wynoszącym do 12 miesięcy, licząc od dnia uruchomienia,

2) 60% wartości netto przedmiotu dzierżawy (określonej w S 3, ust. 1 pkt. b) w przypadku, gdy zdarzenie miało miejsce w okresie eksploatacji przedmiotu dzierżawy wynoszącym od 12 do 24 miesięcy, licząc od dnia uruchomienia,

3) 40% wartości netto przedmiotu dzierżawy (określonej w 3, ust. 1 pkt. b), gdy zdarzenie miało miejsce w okresie eksploatacji przedmiotu dzierżawy wynoszącym powyżej 24 miesięcy, licząc od dnia uruchomienia.

8. W przypadku zapłaty Wydierżawiającemu odszkodowania za utracony przedmiot dzierżawy. Dzierżawca nabywa prawa własności do niego.

9. W przypadku, gdy kary umowne nie pokryją szkody wyrządzonej Dzierżawcy, Dzierżawca ma prawo dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych. Całkowita wartość kar umownych oraz odszkodowań, przysługujących Dzierżawcy z tytułu niewykonania przez Wydierżawiającego lub nienależytego wykonania umowy nie przekroczy kwoty wartości gwarantowanej netto umowy.

10. Dzierżawca, w przypadku niedostarczenia przedmiotu dzierżawy, może wg swojego uznania, albo naliczać kary umowne za zwłokę w dostawie przedmiotu dzierżawy, albo nabyć przedmiot dzierżawy od innego dostawcy. W przypadku, gdy koszty dzierżawy przedmiotu zastępczego przekraczają koszty dzierżawy wynikające z niniejszej umowy, Wydierżawiający będzie zobowiązany do pokrycia tej różnicy kosztów.

11. W przypadku jeżeli z winy wykonawcy dostępność kombajnu w miesiącu będzie niższa niż deklarowana przez wykonawcę w umowie, Zamawiający obciąży wykonawcę karą w wysokości : Łączna ilość rozpoczętych godzin postoju kombajnu w danym miesiącu z winy wykonawcy x stawka netto określona w par. 3 ust. 3 umowy x wskaźnik równy = 1/12.

Jak wynika z powyższego, kary umowne dla wykonawcy zostały przewidziane w § 11 ust. 2 projektu umowy.

Jak słusznie podkreślił Zamawiający, Odwołujący, formułując zarzut nr 2, odniósł się w nim jedynie do postanowienia § 11 ust. 2 pkt 4 wskazując, że naruszenie to nastąpiło „w zakresie ustalenia kary umownej, którą zobowiązany będzie zapłacić Dzierżawca (Zamawiający) za niezwrócenie części przedmiotu dzierżawy w wysokości 75% wartości części wg cen części nowych, zamiast 100% tej wartości, przy jednoczesnym wyłączeniu możliwości dochodzenia odszkodowania uzupełniającego oraz odszkodowania za części zwrócone w stanie nieadekwatnym do naturalnego zużycia (uszkodzone lub zniszczone)”.

Zamawiający jednak, uwzględniając zarzut nr 1, skreślił ww. § 11 ust. 2 pkt 4, a pełnomocnik Odwołującego oświadczył podczas posiedzenia, że nie ma uwag do wskazanej przez Zamawiającego zmiany specyfikacji warunków zamówienia - zatem brak jest już substratu zaskarżenia w tym zakresie.

Zamawiający również słusznie zauważył, że po stronie wykonawcy i po stronie

Zamawiającego wskazano zupełnie inne podstawy do naliczenia kar umownych, zatem

również potencjalnie wystąpi inna przyczyna i inne prawdopodobieństwo wystąpienia szkody,

a tym samym żądania odszkodowania uzupełniającego. Kar umownych nie zastrzega się od świadczeń pieniężnych, a głównym świadczeniem Zamawiającego jest zapłata czynszu. Przy czym, zdaniem Zamawiającego, po stronie wykonawcy w ogóle nie nastąpi sytuacja takiej szkody,

w dotychczasowej praktyce bowiem Zamawiający nie odstępował od umowy ze względu na brak potrzeby korzystania z kombajnu, lecz szukał nowej lokalizacji, by wyczerpać czynsz dzierżawny i nie przewiduje także odstąpienia w zakresie niniejszej umowy.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że co prawda Zamawiający pro forma mógł zastrzec także odszkodowanie uzupełniające dla wykonawcy, ale Odwołujący - po usunięciu § 11 ust. 2 pkt 4 projektu umowy, do którego odnosił się w odwołaniu - nie podniósł przekonujących argumentów, na czym konkretnie jego szkoda miałaby polegać, a której nie przewidziano wśród odszkodowań wymienionych w § 11 ust. 7 projektu umowy. Jak również Izba stwierdziła, że wskazywanie takowych okoliczności nie wymienionych w odwołaniu jest spóźnione

i niezgodne z art. 555 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Co do zarzutu nr 3 i 4 Izba stwierdziła, że wskazane postanowienia specyfikacji warunków zamówienia brzmią następująco:

1) załącznik nr 1 część 5. „Postanowienia gwarancyjne i serwisowe”: Gwarancją objęty jest cały przedmiot dzierżawy, w tym również wałki skrotne (wałki przeciążeniowe), bezpieczniki elektryczne topikowe oraz inne części ulegające normalnemu zużyciu podczas eksploatacji, za wyjątkiem: elementów złącznych podzespołów, wkładów filtrów wodnych i olejowych, noży kombajnowych wraz z zabezpieczeniami, tulei nożowych (jeżeli występują), uchwytów nożowych, okablowania zewnętrznego. W przypadku zaoferowania rozwiązania zabezpieczenia silników (przekładni) posuwu lub/i organów w postaci tzw. wałków skrotnych (wałków przeciążeniowych) DTR/Instrukcja użytkowania nie może zawierać zapisów wyłączających tzw. wałki skrotne (wałki przeciążeniowe) z gwarancji jako elementy zabezpieczające jak również ograniczających możliwość samodzielnej ich wymiany przez służby Dzierżawcy. W przypadku konieczności samodzielnej wymiany wałków, każdorazowo powiadamiane będą o tym fakcie służby serwisowe Wydierżawiającego. Wałki skrotne (wałki przeciążeniowe) zabezpieczające silniki posuwu lub/i organów urabiających: - dostarczane będą przez Wydierżawiającego w całym okresie dzierżawy nieodpłatnie, w ramach świadczonych usług gwarancyjnych, na koszt Wydierżawiającego (w koszcie dzierżawy),

- objęte będą gwarancją w całym okresie dzierżawy, koszty wałków skrotnych oraz ich wymiany ujęte będą w stawce dzierżawnej.

2) załącznik nr 1 część 2.: „Wykaz istotnych dla zamawiającego wymagań 1 parametrów technicznych” lit. f „Inne wymagania”: Wykonawca w ramach realizacji zamówienia wyraża zgodę na samodzielne usuwanie awarii (w tym wymianę elementów zabezpieczających, a w szczególności tzw. wałków skrotnych przeciążeniowych - jeżeli kombajn będzie w nie wyposażony) w zakresie eksploatacji, naprawy i obsługi przez pracowników Zamawiającego przeszkolonych przez wykonawcę.

Odwołujący wniósł o zmianę powyższych postanowień poprzez usunięcie z części 5. pkt 2 treści: „Wałki skrotne (wałki przeciążeniowe) zabezpieczające silniki posuwu lub/i organów urabiających: - dostarczane będą przez Wydierżawiającego w całym okresie dzierżawy nieodpłatnie, w ramach świadczonych usług gwarancyjnych, na koszt Wydierżawiającego (w koszcie dzierżawy), - objęte będą gwarancją w całym okresie dzierżawy, koszty wałków skrotnych oraz ich wymiany ujęte będą w stawce dzierżawnej” oraz zmianę część 2., część A pkt 34 lit. f) na następującą: „Wykonawca w ramach realizacji zamówienia na uzasadniony wniosek Zamawiającego wyrazi zgodę na samodzielne usuwanie awarii nieobjętych gwarancją w zakresie eksploatacji, naprawy i obsługi, przez pracowników Zamawiającego przeszkolonych przez Wykonawcę.”

Podczas rozprawy Zamawiający wskazał, że nieprawidłowa eksploatacja urządzenia przez Zamawiającego/pracowników Zamawiającego wyłączona jest z gwarancji, co potwierdził Odwołujący i co wynika także z przedstawionych przez niego „Wezwań serwisowych” do kombajnów Zamawiającego, które potwierdzają, że Zamawiający takie awarie załatwia poza gwarancją, co do której istnieje spór w ramach niniejszego odwołania.

Zamawiający przedstawił także „Zestawienie ilości wymienionych wałków skrotnych w kombajnach ścianowych PGG”, z którego wynika, że w przypadku Odwołującego to średnio 1,2 wałka na 1 pracujący kombajn (maksymalnie 1,5 wałka), a u pozostałych dwóch wykonawców to 0,6 i 0,9 wałka.

Dzienna stawka dzierżawna kombajnu to ok. 8.000 złotych.

Zamawiający wskazał również, że cena wałka to koszt kilku tysięcy złotych (potwierdził to także Odwołujący w odwołaniu), a wymiana wałka przez pracownika Zamawiającego zajmuje około pół godziny (co nie było kwestionowane przez Odwołującego). Dotychczas wymiana wałków leżała w kompetencjach pracowników Zamawiającego. Wymiana wałka przez serwis Odwołującego to trzy do pięciu godzin (wlicza się tu nie tylko czas dojazdu serwisanta do siedziby Zamawiającego, ale także czas dotarcia do ściany, przy której stacjonuje kombajn). Przez pół godziny Zamawiający może wydobyć 73 tony węgla o wartości 22.000 zł, co przez 3-5 godzin daje kwotę 132.000 do 220.000 złotych.

Jak wynika z powyższego - w zakres wymiany wałków finansowanych przez wykonawcę nie wchodzi sytuacja, w której przyczyna uszkodzenia wałka wynika z przyczyn wskazywanych przez Odwołującego jako główne powody uszkodzenia wałka, w tym w szczególności nieprawidłowego działania pracowników Zamawiającego, jak też z nieprzewidywanych sytuacji geologiczno-górnictwowych. Odpada więc podstawowy argument Odwołującego zawarty

w odwołaniu o nieprzewidywalności liczby wałków do wymiany z powyższych przyczyn.

Po drugie, Zamawiający, jak wskazał, na podstawie dotychczasowych doświadczeń jest w stanie obliczyć potencjalną średnią liczbę wałków do wymiany na jeden kombajn. Powinien więc być to w stanie uczynić także Odwołujący. Ponadto, jak wynika z wyjaśnień, nie jest to wysoka liczba wałków, a sam koszt wałka jest niższy niż koszt dziennej stawki dzierżawnej kombajnu.

Po trzecie, koszt wałka skrętnego to 4.000 do 6.000 złotych - zgodnie z informacją zawartą w odwołaniu, a koszt przestoju związany z oczekiwaniem na przybycie serwisu wykonawcy, zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego, to średnio od 132.000 do 220.000 złotych. Zatem ewentualna strata poniesiona przez Zamawiającego jest nieporównywalnie większa w stosunku do ewentualnej straty Odwołującego.

Tym samym, po zważeniu interesów obu Stron, Izba stwierdziła, że Zamawiający uzasadnił przedmiotowe postanowienia umowy i nie znalazła podstaw do nakazania ich zmiany.

Izba stwierdziła także, że nie potwierdził się zarzut o niemożności obliczenia ceny oferty, a tym samym, że Zamawiający, w miarę możliwości uwzględnił w tym zakresie wymagania

1 okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zamawiający nie naruszył także zasady swobody umów, społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa ani zasad współżycia społecznego.

Na marginesie można także zauważyć, że przywołany w tym zakresie art. 99 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest szczególnie adekwatny do zarzutu, gdyż Zamawiający określił wymagane cech dostaw. Argumentacja Odwołującego bardziej wskazywałaby na art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych in fine, tj. brak uwzględnienia okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty (jej wycenę).

Należy przy tym zwrócić uwagę, że, jak wynika z art. 513 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie przysługuje wykonawcy na: 1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy; 2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy; 3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany. W związku z powyższym kontrola Izby w ramach postępowania odwoławczego jest kontrolą w zakresie legalności, tj. zgodności działań zamawiającego z przepisami prawa, nie zaś ewentualnego stwierdzenia, że dany zamawiający w danych okolicznościach mógłby postąpić w inny sposób, czy w inny sposób skonstruować swoje wymagania.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w punkcie 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 5, § 8 ust.

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).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy i usługi o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 15.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane

z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę i wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.

Z kolei § 8 ust. 2 rozporządzenia stanowi, że w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący, a Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego.

W związku z powyższym Izba uwzględniła uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600 złotych.

Przewodniczący: