sygn. akt: KIO 1245/22

WYROK

z dnia 24 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 maja 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2022 r. przez FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Armii Krajowej 51; 40-698 Katowice, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polska Grupa Górnicza S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30; 40-039 Katowice,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ w zakresie § 7 Załącznika nr 5 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego" w sposób, który nie będzie sprzeczny z właściwością i naturą stosunku zobowiązaniowego i nie będzie naruszał zasad współżycia społecznego, jak również w sposób niepowodujący rażącej nierównowagi stron stosunku cywilnoprawnego.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Polska Grupa Górnicza S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30; 40-039 Katowice i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Armii Krajowej 51; 40-698 Katowice, tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od zamawiającego Polska Grupa Górnicza S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30; 40-039 Katowice na rzecz FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Armii Krajowej 51; 40-698 Katowice, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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) 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 1245/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Polska Grupa Górnicza S.A. z siedzibą w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dzierżawa kombajnu ścianowego wraz z obsługą serwisową i gwarancyjną do ścian 1801, 1802, 1803 dla PGG S.A. Oddział KWK Piast-Ziemowit Ruch Ziemowit".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 kwietnia 2022 r., pod nr 2022/S 082-222404.

Dnia 9 maja 2022 roku, FAMUR S.A. (dalej „Odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie następujących postanowień SWZ: „§ 7 Załącznika nr

5 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie

zamówienia publicznego" - w zakresie w jakim zamawiający jednostronnie wprowadza do projektowanych postanowień umowy zastrzeżenie dotyczące sposobu rozliczenia z tytułu szkody za niezwrócone po okresie dzierżawy lub zniszczone przez zamawiającego części w oderwaniu od rzeczywistych rozmiarów szkody, w sposób uniemożliwiający przygotowanie oferty oraz z rażącym pokrzywdzeniem wykonawcy".

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy PZP, poprzez wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy zastrzeżenia, które powoduje, iż opis przedmiotu zamówienia jest dokonany w sposób niejednoznaczny, nieuwzględniający okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty oraz określający wymagania dotyczące dostawy, które nie są związane z przedmiotem zamówienia i są nieproporcjonalne do uzasadnionych potrzeb i celów zamawiającego wynikających z przedmiotu zamówienia,

2. art. 353^1 k.c. w zw. z art. 705 k.c. w zw. z art.5 k.c. oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, 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 rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego, w zakresie, w jakim zamawiający na etapie postępowania, zastrzega możliwość niezwrócenia przedmiotu dzierżawy w takim stanie, w jakim powinien się on znajdować stosownie do przepisów o wykonaniu dzierżawy,

3. art. 353^1 k.c. w zw. z art. 471 k.c. w zw. z art.5 k.c. oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP, 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 rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego, w zakresie, w jakim zamawiający zastrzega sobie możliwość niezwrócenia przedmiotu dzierżawy w takim stanie, w jakim powinien się on znajdować stosownie do przepisów o wykonaniu dzierżawy i ogranicza ciążący na nim obowiązek naprawienia szkody wyrządzonej wykonawcy niewykonaniem zobowiązania do zwrotu kompletnego przedmiotu dzierżawy do odpowiedzialności tylko za część szkody.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania w całości,

2) nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień ogłoszenia oraz SWZ poprzez usunięcie w całości § 7 Załącznika nr 5 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego",

3) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego,

4) zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych

kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, albowiem odwołujący, jako wykonawca ma interes w uzyskaniu zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia znacznie utrudniają lub mogą prowadzić do braku możliwości złożenia przez odwołującego korzystnej oferty ostatecznej w niniejszym postępowaniu, która to oferta, uwzględniając kryteria oceny ofert, mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. To z kolei może doprowadzić do braku możliwości uzyskania danego zamówienia przez odwołującego,

a zatem może spowodować poniesienie przez odwołującego szkody w postaci utraconych korzyści wynikających z realizacji zamówienia.

W ocenie odwołującego, postanowieniami § 7 załącznika nr 5 do SWZ, zamawiający wprowadza do umowy zastrzeżenie powodujące, iż niemożliwym staje się dokonanie rzetelnej wyceny przedmiotu zamówienia i ustalenie adekwatnej ceny ofertowej. Zamawiający przedmiotowym postanowieniem dąży do ograniczenia swojej odpowiedzialności za szkodę wynikającą z niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków wynikających umowy, polegających zwróceniu po okresie dzierżawy kompletnego przedmiotu dzierżawy w stanie
w jakim powinien się on znajdować stosownie do przepisów o wykonywaniu dzierżawy. Zamawiający przewiduje możliwość niezwróceniu części przedmiotu dzierżawy, czyli zwróceniu przedmiotu dzierżawy w stanie niekompletnym lub zwróceniu części przedmiotu dzierżawy nadmiernie zużytych czyli zwróceniu przedmiotu dzierżawy w stanie zniszczonym nie wynikającym z naturalnego zużycia i nie ponoszenia pełnej odpowiedzialności za szkodę z tego tytułu.

Zgodnie z art.705 Kodeksu cywilnego „Po zakończeniu dzierżawy dzierżawca obowiązany jest, w braku odmiennej umowy, zwrócić przedmiot dzierżawy w takim stanie, w jakim powinien się znajdować stosownie do przepisów o wykonywaniu dzierżawy".

Odpowiednikiem powyższej normy powszechnie obowiązującej w treści załącznika nr 5 do SWZ jest § 5 ust. 7 pkt 2 zgodnie z którym: „Przedmiotem zwrotu może być tylko kompletny przedmiot dzierżawy w stanie wynikającym z eksploatacji w okresie obowiązywania umowy, odpowiednio oczyszczony, bez olejów i smarów, podzielony na podzespoły (jednostki transportowe) jak przy dostawie, przy czym nie podlegają zwrotowi elementy złączne, szybkozużywające się i nieobjęte gwarancją".

Powyższy § 5 ust. 7 pkt 2 Załącznika nr 5 do SWZ wprowadza do umowy ograniczenie odpowiedzialności Dzierżawcy (zamawiającego) za zwrot kompletnego przedmiotu dzierżawy w sposób pozwalający Wykonawcom na jednoznaczne ustalenie już na etapie przygotowania oferty wartości części, których zwrócenie nie będzie wymagane (nie podlegają zwrotowi elementy złączne, szybkozużywające się i nieobjęte gwarancją).

Natomiast zastrzeżone § 7 Załącznika nr 5 do SWZ ograniczenie odpowiedzialności Dzierżawcy powoduje, że wykonawca nie jest w stanie ustalić jaka będzie wartość części ewentualnie nie zwróconych po okresie dzierżawy, czy też jaka będzie wartość zniszczeń części wynikłych z przyczyn leżących po stronie Dzierżawcy, co uniemożliwia dokonanie prawidłowej wyceny przedmiotu zamówienia i przygotowanie oferty. Należy zwrócić uwagę, że zamawiający nie daje wykonawcom w tym zakresie żadnych informacji pozwalających na dokonanie oceny ryzyka utraty części czy zniszczenia przedmiotu dzierżawy przy zwrocie po okresie dzierżawy. Jednocześnie już na etapie przygotowania oferty nakazuje wykonawcom uwzględnienie takiego ryzyka, że przedmiot dzierżawy zostanie zwrócony w stanie niekompletnym i uszkodzonym (ponad normalne zużycie), wskazując jednocześnie, że jeżeli tylko dana zgubiona lub uszkodzona część była używana przez czas dłuższy niż 3 miesiące, to odszkodowanie będzie obniżane niezależnie od faktycznej utraty wartości takiej części. Na etapie postępowania wykonawca nie ma żadnych podstaw do tego, aby dokonywać jakichkolwiek sensownych założeń, które pozwalałyby na miarodajne kalkulowanie ceny ofertowej. Absurdalnym dokonywanie na etapie przygotowanie oferty, czy i jakie (jakiej wartości) części zamawiający zgubi lub zniszczy po zakończeniu dzierżawy. Jednak mimo tego, odwołujący podejmując próbę oceny prawdopodobieństwa wystąpienia ryzyka gubienia czy niszczenia części urządzeń pracujących u zamawiającego, zwrócił się w trybie art.135 PZP o wyjaśnienie treści SWZ, jednakże do dnia sporządzenia odwołania zamawiający nie udzielił odpowiedzi na zadane pytania.

Wobec braku odpowiedzi zamawiającego na postawione pytania, przy uwzględnieniu treści skarżonego § 7 załącznika nr 5 do SWZ, a także kierując się dotychczasowym doświadczeniem z wieloletniej współpracy z zamawiającym, odwołujący jest przekonany, że kwestionowane postanowienie przede wszystkim zmierza do istotnego lecz nieuzasadnionego ograniczenia odpowiedzialności zamawiającego za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań wynikających z Umowy i z przepisów powszechnie obowiązującego prawa (art. 705 k.c.). W praktyce bowiem niezwykle często dochodzi do gubienia i niszczenia części w zakładach zamawiającego. Co istotne, proceder ten ma miejsce już po demontażu kombajnów ścianowych na dole kopalni, a urządzenia są zwracane Wydzierżawiającemu po wywiezieniu na powierzchnię kopalni w stanie niekompletnym

i zniszczonym. Nawet najwyższa staranności wykonawcy na etapie demontażu czy w okresie eksploatacji kombajnu nie prowadzi do wyeliminowania procederu gubienia części, bowiem proceder ten ma miejsce na późniejszym etapie, prawdopodobnie podczas transportu przedmiotu dzierżawy z podziemi na powierzchnię kopalni, przy którym wykonawca jest

nieobecny. To Dzierżawca powinien w ramach realizacji swoich obowiązków wynikających z natury dzierżawy dołożyć wszelkich starań, aby po okresie dzierżawy zwrot przedmiotu dzierżawy został dokonany zgodnie z art. 705 k.c. tj. w takim stanie, w jakim powinien się znajdować stosownie do przepisów o wykonywaniu dzierżawy (kompletny). Zamawiający natomiast, wg najlepszej wiedzy odwołującego, dotychczas nie wprowadził w swoich zakładach żadnych rozwiązań pozwalających na skuteczne ograniczenie takich zdarzeń, nie są też realizowane czynności, które pozwalałyby na ustalenie i pociągnięcie do ewentualnej odpowiedzialności osób bezpośrednio przyczyniających się do powstawania szkody w związku ze zgubieniem lub zniszczeniem części. Zamawiający skutki swoich zaniechań w tym zakresie zdaje się przerzucać zapisem § 7 załącznika nr 5 na wykonawcę. Nie można także wykluczyć, iż brak działań ze strony zamawiającego pozwalających na ograniczenie gubienia się części i doprowadzenie do stanu, w którym przedmiot dzierżawy byłby zwracany w stanie kompletnym, jest ze strony zamawiającego działaniem intencjonalnym. Po zakończeniu okresu dzierżawy, przedmiot dzierżawy jako całość, nie jest już zamawiającemu potrzebny, zamawiający nie wykazuje zatem starań pozwalających na dokonanie zwrotu przedmiotu dzierżawy w stanie kompletnym. Natomiast poszczególne niezwrócone części, stanowiące elementy składowe przedmiotu dzierżawy, potencjalnie mogą stanowić dla zamawiającego pewną wartość użytkową. Po zalegalizowaniu ich niezwrócenia (nabycia) przez zamawiającego w wyniku zapłaty „odszkodowania" wyliczonego na podstawie § 7 Umowy, mogą posłużyć zamawiającemu po ich ewentualnym „odnalezieniu" za części zamienne do posiadanych własnych kombajnów ścianowych.

Jednak nade wszystko należy zwrócić uwagę na fakt, iż przedmiotem dzierżawy jest kompletny kombajn ścianowy i taki sam kompletny kombajn powinien zostać po okresie dzierżawy zwrócony zgodnie art. 705 k.c. ale także zgodnie z § 5 ust. 7 pkt 2 Załącznika nr 5 do SWZ. Dla wykonawcy zwrot kombajnu pozbawionego niektórych (czasem istotnych) części zamiennych powoduje, że urządzenie, jako całość, staje się bezużyteczne i aby doprowadzić je z powrotem do stanu używalności, konieczne jest odtworzenie brakującej części. Nie jest natomiast możliwe odtworzenie brakującej części używanej (byłoby to zupełnie nieracjonalne), a więc konieczne jest odtworzenie części nowej, dlatego szkodą Wydzierżawiającego zawsze będzie w takiej sytuacji wartość zakupu lub wytworzenia nowej części w miejsce utraconej. Nie ma żadnego uzasadnienia ani usprawiedliwienia dla rozumowania zamawiającego
i planowanego przez niego sposobu „rozliczania się" z tytułu odszkodowania, polegającego na tym, że gdy część kombajnu zostanie przez Dzierżawcę zagubiona lub nadmiernie zużyta w wyniku eksploatacji, skoro nie może zwrócić kompletnego przedmiotu dzierżawy, to

wystarczającym miałaby być zapłata odszkodowania wyliczonego wg nieprecyzyjnych zasad

określonych w § 7 ust. 2 pkt 1 - 4.

Zgodnie z art. 471 k.c. „Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi".

Jednostronne ustalenie przez zamawiającego sposobu wyliczenia wartości „odszkodowania" wg projektowanego § 7 załącznika nr 5 do SWZ, w ocenie odwołującego narusza zasady współżycia społecznego, jest krzywdzące dla wykonawcy, a nade wszystko powoduje, że wyliczenie ceny ofertowej staje się niemożliwe. Trzeba podkreślić, że taki sposób ustalenia wartości odszkodowania nie wynika z usprawiedliwionych i uzasadnionych potrzeb

i celów zamawiającego związanych z przedmiotem zamówienia. W ocenie odwołującego zamawiający wprowadza takie postanowienie do umowy, aby ograniczyć swoją

odpowiedzialność za szkodę i jednocześnie zwolnić się z obowiązku należytej staranności

przy dokonywaniu zwrotu przedmiotu dzierżawy, pozostawiając sobie możliwości gubienia i niszczenia elementów przedmiotu dzierżawy bez ponoszenia z tego tytułu pełnej

odpowiedzialności. Zaproponowany przez zamawiającego sposób wyliczenia „odszkodowania", nie prowadzi do naprawienia szkody, jaką Wydzierżawiający poniesie

w sytuacji zwrotu niekompletnego lub nadmiernie zniszczonego przedmiotu dzierżawy. Taki sposób wyliczenia odszkodowanie jest całkowicie nieprecyzyjny, nieuwzględniający specyfiki przedmiotu dzierżawy. Trzeba mieć na uwadze, że różne części zamienne kombajnu ścianowego, mają różną żywotność i w różnym tempie tracą swoją wartość oraz właściwości użytkowe. Ponadto kombajn ścianowy, który będzie przedmiotem dzierżawy składa się z wielu części zamiennych, w tym wielu powtarzalnych części tego samego rodzaju np. wałki napędowe, sworznie, tuleje, koła zębate także elementy handlowe jak np. łożyska,

bezpieczniki, przewody hydrauliczne, uszczelnienia Goetza itp., wobec czego nie sposób

ustalić, na podstawie dokumentów wskazanych przez zamawiającego w § 7 ust. 2 pkt 5 Załącznika nr 5 do SWZ, czy część opisana w którymkolwiek z tych dokumentów jest tą samą częścią, która została rzekomo zgubiona. Zamawiający w kwestionowanym postanowieniu dokonał pewnego uśrednienia wyliczenia wartości takich części, które w ocenie odwołującego nie jest ani adekwatne, ani uprawnione. Zwykle części zużywające się najwolniej mają także największą wartość i przyjęcie dla takich części sugerowanego sposobu wyliczenia odszkodowania w żaden sposób nie odpowiada ich faktycznej wartości. W takiej sytuacji zapłata odszkodowania na zasadach narzuconych przez zamawiającego, nie będzie

w żadnym wypadku stanowiła naprawienia szkody, a potencjalnie może także prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się zamawiającego kosztem wykonawcy, gdyby okazało się, że część „odnalazła się". Niewątpliwie takiego działania zamawiającego nie można uznać za realizujące jego usprawiedliwione i uzasadnione potrzeby. Nie można bowiem dać przyzwolenia na takie konstruowanie postanowień umowy, które z założenia dają przyzwolenie na nienależyte realizowani obowiązków przez zamawiającego bez konieczności ponoszenia

z tego tytułu pełnej odpowiedzialności.

W ocenie odwołującego „uśrednienie wysokości odszkodowania" zastosowane przez zamawiającego nie daje odpowiedzi na pytanie o prawdopodobieństwo zmaterializowania się ryzyka związanego ze zgubieniem lub ziszczeniem części przez zamawiającego. Natomiast ograniczenie odpowiedzialności zamawiającego za tego typu zaniedbania stanowi wprost obciążenie wykonawcy dodatkowymi kosztami. Koszty takie są jednak niemożliwe do skalkulowania, z wyżej wskazanych przyczyn, a więc wykonawca nie może wycenić tego dodatkowego ryzyka, podobnie jak zamawiający, prawdopodobnie nie jest w stanie wskazać jakie części i w jakiej ilości zgubi lub zniszczy (byłoby to absurdalne). Przy czym należy podkreślić, że o ile wykonawca pozbawiony jest możliwości ograniczenia ryzyka utraty lub zniszczenia części przez zamawiającego, o tyle nie można twierdzić, iż zamawiający nie ma żadnego wpływu na to czy części się gubią lub zostaną zniszczone.

W świetle kwestionowanego postanowienia wykonawca pozostaje więc w niepewności, co do tego, w jakim stanie zostanie zwrócony przedmiot dzierżawy po okresie dzierżawy - kompletny czy z brakującymi częściami. Jeżeli z brakującymi czy zniszczonymi częściami, to jaki będzie rozmiar tych braków i zniszczeń i w jakiej części zostanie naprawiona szkoda (bo wiadomo na bazie tego postanowienia, że nie zostanie naprawiona w 100%).

W przypadku części zagubionych, to zamawiający jednostronnie będzie deklarował, czy część się zgubiła - wykonawca nie ma możliwości monitorowania transportu części z podziemia kopalni na powierzchnię. Wydzierżawiający nie ma także żadnych instrumentów, aby weryfikować prawdziwość takiego oświadczenia, a także aby w sposób jednoznaczny

i precyzyjny określić moment zamontowania części w kombajnie, w sytuacji gdy jest to część powtarzalna występująca w kombajnie w większej ilości niż jedna sztuka. Wykonawca tym bardziej nie ma możliwości wprowadzenia jakichkolwiek rozwiązań zapobiegających gubieniu części. To po stronie zamawiającego jest obowiązek zorganizowania prac wykonywanych przedmiotem dzierżawy w taki sposób, aby możliwe było jego zwrócenie po okresie dzierżawy w stanie kompletnym i bez nadmiernego zużycia poszczególnych części. Nie ma żadnych uzasadnionych podstaw do tego, aby Wydzierżawiający partycypował w szkodzie jaką Dzierżawca może wyrządzić Wydzierżawiającemu poprzez zwrócenie niekompletnego lub nadmiernie zużytego przedmiotu dzierżawy.

Z punktu widzenia wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, skarżone postanowienie powoduje, że skalkulowanie adekwatnej ceny ofertowej staje się niemożliwe także dlatego, że wykonawca pozostaje w niepewności co do faktycznego zakresu przedmiotu zamówienia. Z treści SWZ i ogłoszenia wynika, że przedmiotem zamówienia jest dzierżawa kombajnu ścianowego i jeżeli taki jest rzeczywiście przedmiot zamówienia, to kombajn ścianowy po okresie dzierżawy powinien zostać zwrócony kompletny, a jeżeli z jakiś względów okazałoby się to niemożliwe (co powinno być sytuacją ekstremalnie nadzwyczajną, której przy założeniu należytej staranności zamawiającego, nie należy zakładać już na etapie zawierania umowy), to zamawiający powinien naprawić szkodę wyrządzoną Wydzierżawiającemu
w pełnej wysokości.

Postanowienie § 7 załącznika nr 5, określające sposób wyliczenia „odszkodowania", może prowokować sytuacje, w których zamawiający nie będzie zdeterminowany do tego, aby zwrócić kompletny przedmiot dzierżawy, lecz uzna, że bardziej opłacalną dla niego jest

zapłata „odszkodowania". Wykonawca w takiej sytuacji pozostaje bez prawa dochodzenia odszkodowania w pełnej wysokości, gdyż w § 7 ust. 3 Załącznika nr 5 do SWZ zastrzeżono, że „Zapłata odszkodowania wyczerpuje roszczenia Wydzierżawiającego z tytułu zwrotu przedmiotu dzierżawy niekompletnego lub z częściami nadmiernie zużytymi".

Wskazany w spornym postanowieniu sposób ustalenia wartości odszkodowania, które zamawiający miałby zapłacić wykonawcy z tytułu zwrócenia niekompletnego przedmiotu dzierżawy, jest niezrozumiały i nieprecyzyjny także w zakresie odesłania do cen części. Zamawiający posłużył się bowiem określeniem „wg cen obowiązujących dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. przy zakupie części nowych" nie wskazuje jednak na żadne konkretne kwoty, ani też nie precyzuje na jakiej podstawie owe obowiązujące ceny mają być ustalane tj. o jakich dokładnie cennikach mowa w tym postanowieniu, z jakich dokładnie umów dostawy części,

z kim i kiedy zawartych. Taka ogólność i niejednoznaczność określeń użytych w tym postanowieniu powoduje, że wykonawca przygotowujący ofertę nie posiada informacji niezbędnych do kalkulowania ceny ofertowej i zmuszony jest działać na płaszczyźnie domysłów i dokonywać własnych założeń bez istotnych informacji źródłowych, co powoduje, że cena ofertowa (o ile zdecyduje się na złożenie oferty) jest obarczona wysokim ryzykiem nieproporcjonalności do wartości przedmiotu zamówienia.

Trzeba podkreślić, że szkodą wyrządzoną Wydzierżawiającemu nie jest niezwrócenie określonej części czy zwrócenie części nadmiernie zużytej. Szkodą są wszelkie koszty jakie Wydzierżawiający musi ponieść w związku ze zwróceniem przedmiotu dzierżawy (kombajnu ścianowego) w stanie niekompletnym, tj. w takim stanie, jaki nie pozwala na dalsze korzystanie z tego urządzenia zgodnie z jego przeznaczeniem. Wydzierżawiający w takiej sytuacji narażony jest na konieczność ponoszenia kosztów związanych z odtworzeniem brakujących części w celu przywrócenia kombajnu do stanu używalności, które stanowią 100% wartości tych części.

Choć odwołujący ma świadomość, że w umowach zawieranych w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zasada równości stron doznaje znacznego ograniczenia, choćby z uwagi na fakt, iż to zamawiający jednostronnie kreuje postanowienia umowy, to nie może być przyzwolenia na tak oczywiste nadużycie tego prawa podmiotowego przez zamawiającego (art. 5 k.c.). Nadużycie uprzywilejowanej pozycji zamawiającego poprzez ukształtowanie wzoru umowy (a co za tym idzie przyszłego stosunku zobowiązaniowego)

w sposób naruszający bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i prowadzący do nadużycia prawa podmiotowego zamawiającego powoduje, iż wykonawcy pozbawieni są możliwości prawidłowej oceny ryzyk kontraktowych, a w efekcie prawidłowego skalkulowania ceny ofertowej.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W ocenie zamawiającego zarzuty nie są zasadne i powinny podlegać oddaleniu. Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest dzierżawa kombajnu ścianowego. Zamiarem zamawiającego nie było i nie jest nabywanie w ramach tejże umowy części zamiennych do kombajnów dzierżawionych lub innych kombajnów będących w użytkowaniu zamawiającego.

Zgodnie z § 5 ust. 7 pkt 2 IPU „przedmiotem zwrotu może być tylko kompletny przedmiot dzierżawy w stanie wynikającym z eksploatacji w okresie obowiązywania umowy, odpowiednio oczyszczony, bez olejów i smarów, podzielony na podzespoły (jednostki transportowe) jak przy dostawie, przy czym nie podlegają zwrotowi elementy złączne, szybkozużywające się
i nieobjęte gwarancją". W przypadku, gdy część kombajnu została przez dzierżawcę zagubiona lub nadmiernie zużyta w wyniku eksploatacji, nie może on zwrócić kompletnego

przedmiotu dzierżawy. W zamiarze zamawiającego postanowienie § 7 dotyczy jedynie takich

części, których brak lub nadmierne zużycie zostanie stwierdzone w toku procedur zmierzających do zwrotu kombajnu. Ten mechanizm pozwoli na sprawiedliwe rozliczenie

przedmiotu dzierżawy. Zamawiający podniósł, iż prowadzi postępowanie, w wyniku którego zawarta zostanie umowa dzierżawy kombajnu ścianowego. Ujmując najprościej zobowiązania stron - zamawiający dzierżawi kombajn w celu wydobywania przy jego zastosowaniu węgla we własnej kopalni, zaś wykonawcy z tego tytułu przysługuje czynsz dzierżawny. Po zakończeniu okresu dzierżawy zamawiający zwraca kombajn wykonawcy - przy czym nie jest zobowiązany do wykonania remontu kombajnu i doprowadzenia go do stanu sprzed dostarczenia.

Zgodnie z art. 705 Kodeksu cywilnego dotyczącym zwrotu przedmiotu dzierżawy „Po zakończeniu dzierżawy dzierżawca obowiązany jest, w braku odmiennej umowy, zwrócić przedmiot dzierżawy w takim stanie, w jakim powinien się znajdować stosownie do przepisów o wykonywaniu dzierżawy". Zgodnie zaś z art. 696 dzierżawca powinien

wykonywać swoje prawo zgodnie z wymaganiami prawidłowej gospodarki i nie może zmieniać przeznaczenia przedmiotu dzierżawy bez zgody wydzierżawiającego. Jak z tego

wynika zawierając umowę

o dzierżawę kombajnu każdy wykonawca wie, że jego przeznaczeniem jest używanie przez zamawiającego do wydobycia węgla we wskazanej kopalni, a nawet w konkretnej lokalizacji (ścianie). Warunki, w jakich kombajn będzie eksploatowany zawiera szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (SOPZ - Załącznik nr 1 do swz). W toku eksploatacji w celu zapewnienia przydatności do użytkowania zamawiający przewidział konieczność wykonywania comiesięcznych przeglądów przedmiotu dzierżawy oraz zapewnił korzystanie z usług serwisowych świadczonych przez wykonawcę (Część 6 SOPZ Obowiązki stron związane z realizacją przedmiotu dzierżawy). Tym samym zapewnił, że korzystanie z przedmiotu dzierżawy będzie wykonywane zgodnie z zasadami prawidłowej gospodarki. Na marginesie dodać należy, że utrzymywanie przedmiotu dzierżawy w stanie, który pozwala na eksploatację pokładów węgla leży w żywotnym interesie zamawiającego, gdyż przy użyciu kombajnu zamawiający wydobywa węgiel, który następnie sprzedaje, dzięki czemu prowadzi działalność gospodarczą. Odwołujący w istocie kwestionuje postanowienia dotyczące rozliczeń przy zwrocie przedmiotu dzierżawy nie zgadzając się z wyceną części zgubionych lub nadmiernie zużytych. Stanowisko odwołującego jest błędne w tym zakresie, w jakim wskazuje, że postanowienia § 7 projektowanych postanowień umowy są sprzeczne z przepisami ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego.

Po pierwsze podnieść trzeba, że ten sposób rozliczeń jest zgodny z postanowieniami art. 705 kc - „Po zakończeniu dzierżawy dzierżawca obowiązany jest, w braku odmiennej umowy, zwrócić przedmiot dzierżawy w takim stanie, w jakim powinien się znajdować stosownie do przepisów o wykonywaniu dzierżawy." Ponadto art. 675 Kc (który znajduje zastosowanie do umowy dzierżawy na podstawie art. 694 Kc) stanowi wprost, że „po zakończeniu najmu najemca obowiązany jest zwrócić rzecz w stanie niepogorszonym; jednakże nie ponosi odpowiedzialności za zużycie rzeczy będące następstwem prawidłowego używania." M. Drela w Komentarzu do art. 705 Kc wskazuje „Komentowany przepis znajduje zastosowanie, o ile strony nie umówiły się inaczej. Zgodnie z art. 697 KC dzierżawca ma obowiązek dokonywania napraw niezbędnych do zachowania przedmiotu dzierżawy w stanie niepogorszonym. Nie odpowiada natomiast za pogorszenie przedmiotu dzierżawy będące następstwem prawidłowego używania (art. 694 w zw. z art. 675 KC)." (kodeks cywilny. Komentarz red. E. Gniewek, P. Machnikowski). Jak wynika z powyższego przepisy prawa powszechnie obowiązującego:

1. nie wymagają zwrotu rzeczy w stanie takim, w jakim była ona przekazana, a rzeczy w stanie w jakim ona się znajduje po okresie używania;

2. pozwalają, aby strony umowy wprowadziły własne postanowienia dotyczące zwrotu przedmiotu dzierżawy, gdyż ta kwestia podlega swobodzie umów.

Odnosząc się w kolejności do zarzutów odwołującego:

Ad 1. Postanowienia swz w zakresie zwrotu przedmiotu dzierżawy są kompletne, jednoznaczne i pozwalają na wycenę oferty. Zgodnie z postanowieniami Części 4 SOPZ Zasady odbioru o zwrotu przedmiotu dzierżawy wykonawca jest zobowiązany do uczestniczenia w czynnościach demontażu oraz ma możliwość oceny stanu kombajnu jeszcze przed rozpoczęciem demontażu. Jednocześnie, jak wykonawca wykonuje w takcie umowy dzierżawy usługi serwisowe, a więc ma pełną wiedzę o stanie kombajnu w trakcie jego użytkowania, aż do ostatniego dnia eksploatacji. Udział przedstawicieli wykonawcy w demontażu nie pozbawia go więc instrumentów do weryfikacji kompletności przedmiotu dzierżawy. Nie sposób w postanowieniach o rozliczeniu za zgubione lub nadmiernie zużyte części kombajnu doszukać się naruszenia postanowień art. 99 ust 1 i 2 ustawy Pzp. Postanowienia są jednoznaczne i wyczerpujące. Aby jeszcze bardziej doprecyzować te postanowienia należałoby podać, które części zamawiający zgubi lub nadmiernie zużyje, co w sposób niewymagający wyjaśnień należy ocenić jako absurdalne.

Ad 2. Zgodnie z art. 353^1 kc zasada swobody umów doznaje ograniczenia, jeżeli postanowienia umowy są sprzeczne z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, właściwością czynności prawnej lub zasadami współżycia społecznego. W omawianej sprawie żadna z wskazanych okoliczności nie zachodzi. Powyżej wskazano, że art. 705 kc stanowi ius dispositivi, co oznacza, że strony mogą dostosować zasady zwrotu przedmiotu dzierżawy do własnych potrzeb. W omawianej sprawie postanowienia umowy precyzują

zasady rozliczeń
w konkretnych okolicznościach, które mogą wystąpić przy zwrocie przedmiotu dzierżawy, co jest działaniem dozwolonym w świetle kc. Jednocześnie zasady zwrotu, które przewidują zasady obliczania wartości części nie stoją w sprzeczności z właściwością stosunku prawnego ani zasadami współżycia społecznego. Punktem wyjścia dla rozważań o ekwiwalentności odszkodowania powinny być przepisy o zwrocie przedmiotu dzierżawy. Ustawodawca racjonalnie założył, że dzierżawca nie odpowiada za pogorszenie przedmiotu dzierżawy będące następstwem prawidłowego używania (art. 694 w zw. z art. 675 kc). Wykonawca przystępując do postępowania wie, że otrzyma zwrot kombajnu, który był używany przez okres dzierżawy. Nie jest prawdą twierdzenie odwołującego, że kombajn taki nadaje się do dalszej eksploatacji bez dokonywania jakichkolwiek czynności naprawczych czy remontowych. Odwołujący posiada zawarte umowy z zamawiającym, w ramach, których wycenił:

• wartość przeglądu bieżącego kombajnu (R1) w okresie każdej zmiany jego lokalizacji, po upływie 24 miesięcy okresu eksploatacji kombajnu (przezbrojenia ściany) w zakresie niezbędnym dla zapewnienia deklarowanej, w umowie średniomiesięcznej dostępności na kwotę ponad 1,5 mln zł netto,

• remont kapitalny kombajnu ścianowego na kwotę ponad 4,4 mln zł netto. W praktyce kombajn bez remontu generalnego może być eksploatowany na maksymalnie 2 ścianach.

Tym samym domaganie się, przez odwołującego zapłaty ceny za części niezależnie od tego jak długo były eksploatowane w wysokości 100 % wartości części nowej nie znajduje uzasadnienia. Dostosowanie wysokości odszkodowania do stopnia zużycia części jest zgodne z właściwością stosunku prawnego, jak też z zasadami współżycia społecznego.

Ad 3. Zamawiający nie uchyla się od odpowiedzialności za nienależyte wykonywanie umowy w postaci zwrotu niekompletnego przedmiotu dzierżawy. Odpowiedzialność tę jedynie reguluje w sposób odpowiedni do wartości części zgubionej lub nadmiernie zużytej - odnosząc ją do wartości takiej rzeczy, gdyby nie została ona zgubiona lub zużyta. Wykonawca nie otrzymałby kombajnu z częściami nowymi, a z częściami zużytymi w wyniku normalnego korzystania z rzeczy i używania kombajnu zgodnie z jego przeznaczeniem oraz zgodnie

z celem umowy. Odwołujący stara się wywołać wrażenie, że jedynie zapłacenie 100% wartości części jest sprawiedliwe i właściwe, ignorując to, że wykonawca przystępując do postępowania godzi się z tym, że zwrócony zostanie mu kombajn użytkowany, a więc nienadający się do kolejnego użycia bez przeprowadzenia niezbędnych czynności przeglądu, naprawy lub remontu (w zależności do długości trwania umowy dzierżawy). Gdyby przyjąć logikę odwołującego, zamawiający po okresie dzierżawy byłby zobowiązany do zwrotu nowego kombajnu lub kombajnu bezpośrednio po remoncie - tylko taki kombajn bowiem nadaje się do kolejnego zamontowania na ścianie i użytkowania w taki sposób, aby osiągnąć wymagane parametry.

Stanowisko zamawiającego zostało potwierdzone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 834/22. Izba wskazała, że:

1) nie doszło do naruszenia art. 99 ust. 1 i 2 ustawy PZP, a w konsekwencji także do art. 16 pkt 2 ustawy, gdyż treść kwestionowanego § 7 projektu umowy jest jednoznaczna, zawiera dostatecznie dokładne i zrozumiałe określenia, zaś kwestia wskazanych w nich cenników wynika z SOPZ. (zarzut nr 1 w odwołaniu o sygn. KIO 834/22 tożsamy z zarzutem nr 1
w przedmiotowej sprawie),

2) nie doszło do naruszenia art. 705 kc, gdyż przepis ten dopuszcza odmienne uregulowanie w umowie zwrotu przedmiotu dzierżawy,

3) postanowienie § 7 projektu umowy nie sprzeciwia się właściwości stosunku, ustawie

lub zasadom współżycia społecznego, a zatem nie doszło do naruszenia art. 353^1 kc.

4) Przewidziana przez Zamawiającego wysokość odszkodowania uwzględniająca czas używania części, w świetle faktu, że wykonawcy zostałby zwrócony kombajn zużyty, nie stanowi naruszenia zasada współżycia społecznego. Odszkodowanie przewidziane przez Zamawiającego w § 7 projektu umowy, nie musi być jedynym źródłem pokrycia ponoszonych przez wykonawcę kosztów. Co do zasady koszty związane z dzierżawą, wydzierżawiający uwzględnia w czynszu dzierżawnym (w cenie oferty).

W świetle powyższego należy wskazać, iż odwołanie jest bezzasadne i z tego względu winno być oddalone.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi

przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska

stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

Izba w całości podziela argumentację prezentowaną przez odwołującego, uznając ja za

własna, a ponadto podnosi, co następuje.

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

rozliczeń

w przypadku zwrotu przedmiotu dzierżawy, wprowadził postanowienie o następującej treści:

„1. W przypadku, gdy na podstawie Protokołu zdawczo-odbiorczego przedmiotu dzierżawy sporządzanego zgodnie z Częścią 4 SOPZ po demontażu przedmiotu dzierżawy, stwierdzony zostanie brak części lub nadmierne zużycie części, przyjmuje się następujące zasady rozliczenia wartości tych części.

2. Dzierżawca zapłaci Wydzierżawiającemu odszkodowanie za część zgubioną lub nadmiernie zużytą:

1) Jeżeli dana część była używana przez Dzierżawcę w okresie do 3 miesięcy licząc od dnia jej zamontowania - w kwocie brutto stanowiącą równowartość 100% wartości części wg cen obowiązujących dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. przy zakupie części nowych, a w przypadku braku cennika aktualnego na dzień zwrotu przedmiotu dzierżawy, wg cen z ostatniego obowiązującego dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. cennika części nowych (cennik części serwisowych lub cennik z umów na dostawy części), jeżeli brak jest możliwości wyceny w oparciu o cenniki wg oferty od Wydzierżawiającego,

2) Jeżeli dana część była używana przez Dzierżawcę w okresie do od 4 do 12 miesięcy licząc od dnia jej zamontowania - w kwocie brutto stanowiącą równowartość 80% wartości części wg cen obowiązujących dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. przy zakupie części nowych, a w przypadku braku cennika aktualnego na dzień zwrotu przedmiotu dzierżawy, wg cen z ostatniego obowiązującego dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. cennika części nowych (cennik części serwisowych lub cennik z umów na dostawy części), jeżeli brak jest możliwości wyceny w oparciu o cenniki wg oferty od Wydzierżawiającego,

3) Jeżeli dana część była używana przez Dzierżawcę w okresie wynoszącym od 13do 24 miesięcy licząc od dnia jej zamontowania - w kwocie brutto stanowiącej równowartość 60% wartości części wg cen obowiązujących dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. przy zakupie części nowych, a w przypadku braku cennika aktualnego na dzień zwrotu przedmiotu dzierżawy, wg cen z ostatniego obowiązującego dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. cennika części nowych (cennik części serwisowych lub cennik z umów na dostawy części), jeżeli

brak jest możliwości wyceny w oparciu o cenniki wg oferty od Wydzierżawiającego,

4) Jeżeli dana część była używana przez Dzierżawcę w okresie wynoszącym powyżej 24 miesięcy licząc od dnia jej zamontowania - w kwocie brutto stanowiącej równowartość 40% wartości części wg cen obowiązujących dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. przy zakupie części nowych, a w przypadku braku cennika aktualnego na dzień zwrotu przedmiotu dzierżawy, wg cen z ostatniego obowiązującego dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. cennika części nowych (cennik części serwisowych lub cennik z umów na dostawy części), jeżeli brak jest możliwości wyceny w oparciu o cenniki wg oferty od Wydzierżawiającego.

5) W przypadku, gdy dana część podlegała wymianie w okresie eksploatacji przedmiotu umowy, dzień zamontowania danej części ustalony zostanie na podstawie Protokołu wykonania usługi serwisowej/Protokołu serwisowego/Notatki serwisowej/Dowodu dostawy, o których mowa w Części 6 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia.

3. Zapłata odszkodowania wyczerpuje roszczenia Wydzierżawiającego z tytułu zwrotu przedmiotu dzierżawy niekompletnego lub z częściami nadmiernie zużytymi.".

Biorąc pod uwagę ustalony w sprawie stan faktyczny oraz uwzględniając okoliczności sprawy, zdaniem Izby, projektowane przez zamawiającego postanowienia § 7 załącznika nr 5 do SWZ sprzeczne są z właściwością i naturą stosunku zobowiązaniowego i naruszają zasady współżycia społecznego, jak również powodują rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego.

Wskazać bowiem należy, na specyficzny charakter związany z zakończeniem realizacji przedmiotowego zamówienia, który charakteryzuje się tym, iż w pierwszym etapie - po zakończeniu okresu dzierżawy sprzętu, sporządzany jest protokół zdawczo-odbiorczy, którego uczestnikami są strony umowy, zamawiający i wykonawca. Czynność ta dokonywana jest

w kopalni, w miejscu pracy urządzenia. Już sam fakt, iż czynność ta dokonywana jest bezpośrednio po zakończeniu pracy urządzenia dowodzi, iż dzierżawione urządzenie musi być kompletne i sprawne do używania, gdyż było wykorzystywane do wykonywania określonych prac.

Kolejnym etapem jest demontaż urządzenia, a następnie jego transport (w częściach) na powierzchnię kopalni. W chwili zakończenia demontażu urządzenia do chwili zakończenia transportu jego części na powierzchnię, wykonawca nie ma możliwości nadzorowania poprawności czynności wykonywanych przez zamawiającego, co oznacza, że pełną odpowiedzialność za prawidłowy transport, a co za tym idzie jego kompletność i ochronę, ponosi zamawiający. Wykonawca nie ma możliwości nadzorowania tego procesu.

Tym samym, wszelkie wady związane z niewłaściwym transportem lub zagubieniem elementów urządzenia obciążają zamawiającego.

Projektowane przez zamawiającego postanowienia § 7 załącznika nr 5 do SWZ, wyłączają w sposób nieuprawniony, w pewnej części odpowiedzialność zamawiającego za powstałą szkodę na majątku wykonawcy. Skoro bowiem przekazanie urządzenia, po zakończeniu okresu dzierżawy, kwalifikuje to urządzenie jako kompletne, zdatne do dalszego użytku, to brak takiej możliwości spowodowanej niewłaściwym transportem urządzenia na powierzchnię, powoduje ujmę w majątku wykonawcy, kwalifikowaną jako szkoda. Stwierdzona szkoda nie może, zdaniem Izby doznawać ograniczenia w sposób w jaki opisał to zamawiający, gdyż po pierwsze nie jest znany jej zakres, po drugie - nie jest znana jej wartość.

Aprioryczne ustalenie przez zamawiającego, uzależniające wypłatę odszkodowania od okresu pracy danej części i wyliczonego stopnia jej zużycia nie wpisuje się kodeksową równowagę stron stosunku cywilnoprawnego, gdyż de facto wykonawca, po transporcie przez zamawiającego może otrzymać urządzenie inne, niepełne, nienadające się do dalszej eksploatacji, a sytuacja ta wywołana jest wyłącznie działaniami i zaniechaniami zamawiającego.

Okoliczność, iż zamawiający określił określone poziomy odszkodowania nie oznacza, że wypełniają one w sposób prawidłowy zasady związane z prawidłową właściwością i naturą stosunku zobowiązaniowego. Zwrócić bowiem należy uwagę na okoliczność, iż wykonawca po otrzymaniu określonego w umowie poziomu odszkodowania nadal nie będzie dysponował przedmiotem dzierżawy, który nadawałby się do dalszej eksploatacji. Przywrócenie urządzenia do pełnej funkcjonalności wiąże się bowiem, w przypadku zagubienia przez zamawiającego jednego z jego elementów, do konieczności kupienia nowego elementu. Odszkodowanie ustalone przez zamawiającego nie pokryje zatem w całości szkody jaką poniesie w takim przypadku wykonawca. Sytuacja ta wprost wskazuje na rażącą nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego.

Wskazać również należy, iż sam zamawiający nie jest w stanie określić zakresu części, które mogą zostać zagubione lub nadmiernie zużyte (uszkodzone) w czasie transportu, cyt. „Aby jeszcze bardziej doprecyzować te postanowienia należałoby podać, które części zamawiający zgubi lub nadmiernie zużyje, co w sposób niewymagający wyjaśnień należy ocenić jako absurdalne", co wprost wskazuje na niezasadność opracowanych przez zamawiającego postanowień umowy. Przyjmując bowiem stanowisko zamawiającego za prawidłowe, to wykonawca miałby obowiązek przewidzieć jakie konkretnie części urządzenia zostaną zagubione lub nadmiernie uszkodzone, co de facto prowadzi do wniosku, że wykonawca musiałby poczynić pewne hipotetyczne założenia, które to będą części. Tym samym zamawiający nakłada na wykonawcę nierealne obowiązki, niedające się ustalić i co najważniejsze niedające się wycenić na etapie składania ofert. Okoliczność, iż wykonawca, w trakcie trwania umowy, będzie pobierał czynsz dzierżawny, nie wyłącza odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiającego za części zagubione lub nadmiernie zużyte, dotyczące etapu po zakończeniu umowy dzierżawy. Uszczuplenie w majątku wykonawcy może być znaczące dla dalszego, możliwego użytkowania urządzenia.

Zgodnie bowiem z przepisem art. 705 kc - „Po zakończeniu dzierżawy dzierżawca

obowiązany jest, w braku odmiennej umowy, zwrócić przedmiot dzierżawy w takim stanie, w jakim powinien się znajdować stosownie do przepisów o wykonywaniu dzierżawy."

Powyższy przepis interpretować należy w ten sposób, że na zamawiającym spoczywa obowiązek zwrotu przedmiotu dzierżawy w stanie odpowiadającym przedmiotowi dzierżawy, na dzień jego przekazania do używania, oczywiście z uwzględnieniem stopnia jego zużycia. Nie oznacza to, że zwrócony przedmiot dzierżawy może być zwrócony z takimi wadami, które bez dodatkowych, niezbędnych inwestycji, nie będzie mógł być dalej użytkowany.

Izba zwraca uwagę, że tylko od zamawiającego zależy, w jakim stopniu przedmiot dzierżawy zostanie zwrócony wykonawcy, gdyż to zamawiający dokonuje przetransportowania zdemontowanego urządzenia na powierzchnię kopalni, w związku z czym ma pełną swobodę w kreowaniu rozwiązań pozwalających na skuteczne ograniczenie takich zdarzeń, które pozwalałyby na ustalenie i pociągnięcie do ewentualnej odpowiedzialności osób bezpośrednio przyczyniających się do powstawania szkody w związku ze zgubieniem lub zniszczeniem części.

Tym samym, w ocenie Izby, zamawiający projektując ww. postanowienia umowne naruszył wskazywane przez odwołującego przepisy.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz.

U. poz. 2437).

Przewodniczący: .....