

Sygn. akt: XXIII Zs 146/21

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 marca 2022 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

Przewodniczący:	Sędzia Aleksandra Komór
Protokolant:	Karolina Szymońska

po rozpoznaniu w dniu 21 lutego 2022 r. w Warszawie

na posiedzeniu jawnym

sprawy o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem:

zamawiającego (...) Spółki Akcyjnej w K.

ze skargi (...) Spółki Akcyjnej w K.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 10 listopada 2021r. sygn. akt KIO 3065/21; KIO 3067/21; KIO 3071/21

I. w przedmiocie skargi od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt: KIO 3065/21

1.zmienia zaskarżony wyrok w punkt 1 w zakresie nakazania zamawiającemu (...) Spółce Akcyjnej w K. usunięcie projektowanego postanowienia § 3 ust. 13 Załącznika nr 5 do SWZ i stwierdza naruszenie przepisów art. 16 pkt 2 w związku z art. 99 ust 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych oraz w punkcie 2 i 2.1 ustala, że kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zamawiającego po 1/2 i zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7500 zł tytułem kosztów postępowania odwoławczego;

2. oddala skargę w pozostałym zakresie;

3.zasądza od (...) Spółki Akcyjnej w K. na rzecz (...) Spółki Akcyjnej w K. 22500 zł (dwadzieścia dwa tysiące złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

II. w przedmiocie skargi od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt: KIO 3067/21

1.zmienia zaskarżony wyrok w punkt 1 w części, w ten sposób, że uwzględnia odwołanie w zakresie nakazania zamawiającemu (...) Spółce Akcyjnej w K. usunięcie projektowanego postanowienia § 3 ust. 13 Załącznika nr 5 do SWZ oraz w punkcie 2 i 2.1 ustala, że kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zamawiającego po 1/2 i zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7500 zł tytułem kosztów postępowania odwoławczego;

2. oddala skargę w pozostałym zakresie;

3.zasądza od (...) Spółki Akcyjnej w K. na rzecz (...) Spółki Akcyjnej w K. 22500 zł (dwadzieścia dwa tysiące złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

III. w przedmiocie skargi od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt: KIO 3071/21

1.zmienia zaskarżony wyrok w punkt 1 w części, w ten sposób, że uwzględnia odwołanie w zakresie nakazania zamawiającemu (...) Spółce Akcyjnej w K. usunięcie projektowanego postanowienia § 3 ust. 13 Załącznika nr 5 do SWZ oraz w punkcie 2 i 2.1 ustala, że kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zamawiającego po 1/2 i zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7500 zł tytułem kosztów postępowania odwoławczego;

2. oddala skargę w pozostałym zakresie;

3.zasądza od (...) Spółki Akcyjnej w K. na rzecz (...) Spółki Akcyjnej w K. 22500 zł (dwadzieścia dwa tysiące złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

Aleksandra Komór

Sygn. akt: XXIII Zs 146/21

UZASADNIENIE

Zamawiający (...) spółka akcyjna w K. (dalej też: zamawiający) wszczął postępowanie o udzielenie o udzielenie sektorowych zamówień publicznych, których przedmiotem jest:

1)„Dzierżawę kombajnu ścianowego wraz z zabezpieczeniem serwisowej obsługi gwarancyjnej w całym okresie dzierżawy do ściany 744b i kolejnych (...) S.A. Oddział (...)”; numer referencyjny: (...), (sygn. akt KIO 3065/21)

2)„Dzierżawę kombajnu ścianowego w okresie eksploatacji ścian 616 i 619 w pokładzie 326 dla (...) S.A. Oddział (...) wraz z zabezpieczeniem obsługi gwarancyjnej i serwisowej w całym okresie”; nr ref (...), (sygn. akt KIO 3067/21)

3)„Dzierżawę kombajnu ścianowego dla potrzeb eksploatacji ścian M-6a, M-9 w pokładzie 712/1-2 orz C-5 w pokładzie 502/2 wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej dla (...) S. A”; nr ref (...). (sygn. akt KIO 3071/21).

W dniu 27 listopada 2020 r. (...) S.A. z siedzibą w K. (dalej też: skarżący) wniósł trzy odwołania wobec tożsamyh postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) wprowadzonych w wyniku zmian z w październiku 2021 r. w wymienionych postępowaniach, w zakresie następującego postanowienia SWZ:

- § 3 ust. 13 Załącznika nr 5 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” – w zakresie w jakim Zamawiający zastrzega sobie możliwość nabycia części zamiennych dzierżawionego kombajnu ścianowego podlegających zwrotowi po okresie dzierżawy, w wyniku złożenia Wykonawcy jednostronnego oświadczenia (informacji) o zakupie części za bliżej nieokreśloną cenę ustalaną przez Zamawiającego.

Wskazane odwołania zostało zarejestrowane w Krajowej Izbie Odwoławczej pod sygnaturą akt: KIO 3065/21, KIO 3067/21, KIO 3071/21.

Odwołujący podniósł następujące zarzuty naruszenia przez zamawiającego:

1) art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy PZP przez wprowadzenie do postanowień umowy, zastrzeżenia, które powoduje, iż opis przedmiotu zamówienia jest dokonany w sposób niejednoznaczny i wskazuje na wymagania dotyczące dostawy, które nie są związane z przedmiotem zamówienia i są nieproporcjonalne do uzasadnionych potrzeb i celów zamawiającego wynikających z przedmiotu zamówienia,

2) art. 99 ust.2 w zw. z art. 441 ust.1 ustawy PZP przez wprowadzenie do SWZ opcji polegającej na zastrzeżeniu możliwości zakupu przez zamawiającego używanych części zamiennych kombajnu ścianowego w ramach zawartej umowy o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dzierżawa kombajnu ścianowego, w postaci nieprecyzyjnych i niejednoznacznych postanowień umownych, które nie określają maksymalnej wartości opcji ani okoliczności skorzystania z opcji,

3) art. 353¹ w zw. z art.535 § 1 i w zw. z art. 5 k.c. oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP przez sformułowanie postanowień SWZ oraz ustalenie projektowanych postanowień umowy w sposób sprzeczny z właściwością i naturą stosunku zobowiązaniowego i naruszający zasady współżycia społecznego, jak również w sposób powodujący rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego, w zakresie, w jakim zamawiający zastrzega sobie możliwości, w wyniku jednostronnie złożonego przez zamawiającego oświadczenia, nabycia (zakupu) używanych części zamiennych dzierżawionego kombajnu, na co wykonawca nie będzie miał żadnego wpływu ani nie będzie takiego oświadczenia (oferty zakupu) odrzucić;

4) art. 353¹ w zw. z art.556 i w zw. z art. 5 k.c. oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP przez sformułowanie postanowień SWZ oraz ustalenie projektowanych postanowień umowy w sposób sprzeczny z właściwością i naturą stosunku zobowiązaniowego i naruszający zasady współżycia społecznego, jak również w sposób powodujący rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego w jakim zamawiający zastrzega sobie możliwości w wyniku jednostronnie złożonego przez zamawiającego oświadczenia, nabycia (zakupu) używanych części zamiennych dzierżawionego kombajnu, pozostających w posiadaniu Zamawiającego po zakończeniu okresu dzierżawy z zachowaniem uprawnień wynikających z rękojmi za wady rzeczy sprzedanej.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 10 listopada 2021 r., po rozpoznaniu odwołań w trzech połączonych sprawach o sygnaturach akt: KIO 3065/21, KIO 3067/21, KIO 3071/21, w kolejnych punktach tego wyroku:

1. oddaliła odwołania;

2. kosztami postępowania obciążyła wykonawcę (...) S.A. z siedzibą w K. i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 45 000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisów od trzech odwołań, tj. po 15 000 zł od każdego z nich.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej opierał się na następujących ustaleniach i ocenie prawnej:

Izba wskazała, że kwestionowane zastrzeżenie uprawnienia zamawiającego do zakupu danej części zamiennych po upływie terminu zwrotu danej części zamówienia, nie stanowi prawa opcji. Powyższe wynika z analizy przepisu art. 441 ustawy nPZP, który nie jest adekwatny do planowanego przez zamawiającego stanu faktycznego w zakresie nabycia części. Zdaniem Izby, uprawnienie do zakupu części zamiennych dzierżawionego kombajnu nie stanowi rozszerzenia zamówienia podstawowego, a zakup ten nie jest niezbędny do realizacji zamówienia. W istocie jest to ewentualność zawarcia odrębnej umowy na zakup części zamiennych.

Izba zwróciła uwagę na to, że odwołujący zauważył, że wprowadzone postanowienia § 3 ust. 13 Załącznika nr 5 do SWZ prawo nabycia przez zamawiającego części zamiennych na zasadach określonych w tym postanowieniu, nie spełnia wymogów art. 441 ust. 1 ustawy nPZP. W ocenie Izby, skoro kwestionowane postanowienia nie spełniają przesłanek z art. 441 ust. 1 ustawy Pzp, jako nie stanowiące prawa opcji, to nie można mówić, iż doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp związanych z prawem opcji.

Izba wskazała, że wbrew twierdzeniom odwołującego skalkulowanie ceny ofertowej jest możliwe na równych warunkach dla każdego wykonawcy. Zdaniem Izby, nie stanowią przy tym przeszkody sprecyzowane w projekcie warunki zakupu części zamiennych które opisano w § 3 ust. 13 Załącznika nr 5 do SWZ. Jak wynika z jego brzmienia wynagrodzenie z tytułu nabycia części zamiennych, należne Wydierżawiającemu będzie stanowiło określoną wartość

procentową, określaną w zależności od długości trwania okresu dzierżawy, jak również w oparciu o cenniki obowiązujące dla (...) S.A., a w sytuacji ich braku w oparciu o cenniki wg oferty Wydierżawiającego.

Zdaniem Izby, powyższe nie zmienia zasady, zgodnie z którą z zakończeniem umowy dzierżawy następuje zwrot przedmiotu dzierżawy na warunkach określonych w dokumentacji postępowania, a uprawnienie Zamawiającego w zakresie dotyczącym zakupu części zamiennych może, ale nie musi być zrealizowane. Jeżeli strony nie dojdą do porozumienia w zakresie dotyczącym nabycia części zamiennych, do takiej umowy nie dojdzie. W ocenie Izby za wiążące uznaje oświadczenie zamawiającego złożone w toku postępowania odwoławczego, że Zamawiający zwróci Wykonawcy te części, a dokumentacja w żadnym miejscu nie zawiera postanowień, które uprawnialby Zamawiającego do zatrzymania (niezwrotu części zamiennych) bez odpowiedniego wynagrodzenia na rzecz Wykonawcy. Nabycie przez Zamawiającego części zamiennych ma nastąpić na podstawie odrębnej umowy, strony będą mogły określić wszelkie istotne postanowienia związane z nabyciem części zamiennych.

Izba podkreśliła, że nie jest także przesądzone, czy w ogóle do nabycia części zamiennych dojdzie ani też szczegółowych warunków realizacji tego uprawnienia. Wymagania pozwalające Wykonawcy na określenie zasad nabywania części zamiennych zostały określone w postanowieniach projektu umowy.

W odniesieniu do kolejnego zarzutu i żądania wprowadzenia w projekcie umowy nowej przesłanki - zastrzeżenia kary umownej na rzecz wykonawcy przez wprowadzenie do postanowienia o karze umownej za niezwrócone w terminie części przedmiotu dzierżawy, w którym zresztą wykonawca wskazuje na cennik zamawiającego wcześniej kwestionowany, żądanie to Izba uznała za niezasadne wobec braku potwierdzenia, iż jego niewprowadzenie naruszyłoby przepisy ustawy pzp lub kodeksu cywilnego. Zdaniem Izby, brak takiego postanowienia pozostaje bez wpływu na istnienie odpowiedzialności odszkodowawczej oraz zasad ochrony własności.

W świetle powyższego, wobec uznania, że zamawiający nie naruszył przepisów prawa, a postanowienia SWZ nie uniemożliwiają odwołującemu przygotowanie i złożenia oferty, odwołania Izba uznała za niezasadne.

W konkluzji Izba stwierdziła, że zarzuty trzech rozpatrywanych łącznie odwołań nie potwierdziły się.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 nPZP oraz § 8 ust. 2 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).

Skargę od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 listopada 2021 r. (KIO 3065/21, KIO 3067/21, KIO 3071/21) wniósł wykonawca (...) S.A. zaskarżając go w całości. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucono:

1) art. 554 ust. 1 pkt 2 PZP - poprzez jego niezastosowanie, pomimo stwierdzenia, że kwestionowane postanowienia umowy nie spełniają przesłanek z art. 441 ust. 1 PZP, jako nie stanowiące prawa opcji, a zatem pozostają niezgodne z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy, gdyż przepisy PZP nie przewidują innej podstawy prawnej pozwalającej zamawiającemu, w ramach umowy o udzielenie zamówienia publicznego, na zastrzeżenie możliwości udzielenia dodatkowego zamówienia lub zawarcia odrębnej umowy bez przeprowadzenia odrębnego postępowania;

2) art. 542 ust. 1 PZP - poprzez zaniechanie wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, co doprowadziło do uznania za wiarygodne twierdzeń i oświadczeń zamawiającego jakoby celem wprowadzonych postanowień umownych nie było nabywanie części zamiennych w wyniku jednostronnych oświadczeń zamawiającego;

3) art. 353¹ k.c. w zw. z art. 535 § 1 k.c. art. 556 k.c. i w zw. z art. 5 k.c. oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez ich niezastosowanie i brak dokonania wykładni skarżonych zmian w projektowanych postanowieniach umowy z uwzględnieniem wskazanych przepisów, która powinna doprowadzić do ustalenia, iż projektowane postanowienia - umowy są sprzeczne z właściwością i naturą stosunku zobowiązaniowego, naruszają zasady współzycia społecznego, jak również powodują rażącą nierównowagę stron;

4) art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 PZP poprzez ich błędną wykładnię, co doprowadziło do błędnego uznania, że zmiany wprowadzone do projektowanych postanowień umowy nie powodują, iż opis przedmiotu zamówienia jest dokonany w sposób niejednoznaczny i że nie wskazują na wymagania dotyczące dostawy, które są nieproporcjonalne do uzasadnionych potrzeb i celów zamawiającego wynikających z zasadniczego przedmiotu zamówienia (dzierżawy kombajnu);

5) naruszenie art.559 ust.2 PZP poprzez nieopisanie w treści uzasadnienia wyroku podstaw faktycznych i prawnych w zakresie pozostałych zarzutów (poza zarzutem naruszenia nr 2 odwołania tj. naruszenia art. 99 ust.2 w zw. z art.441 ust. 1 PZP), oraz poprzez pominięcie odniesienia się do zarzutów odwołującego dotyczących naruszenia art. 353¹ k.c. w zw. z art.535 § 1 k.c. oraz w zw. z art.556 k.c. i w zw. z art. 5 k.c. oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP - (zarzuty nr 3 i 4 odwołania).

Powołując się na wskazane zarzuty skarżący wniósł o uwzględnienie skargi i zmianę orzeczenia w całości poprzez nakazanie zamawiającemu usunięcia projektowanego postanowienia § 3 ust. 13 Załącznika nr 5 do SWZ i dokonanie zmiany projektowanych postanowień umowy poprzez wprowadzenie w § 11 ust. 2 Załącznika nr 5 do SWZ punktu 4, o następującej treści: „ 4. za niezwrócone w terminie, o którym mowa w § 5 ust. 7 Umowy części przedmiotu dzierżawy podlegające zwrotowi, w wysokości 100% wartości części nowych wg cen wynikających z aktualnie obowiązującego (na dzień dokonania zwrotu przedmiotu dzierżawy) cennika dla (...) S.A. stanowiącego załącznik do obowiązującej umowy serwisowej zawartej pomiędzy Dzierżawcą a Wydzierżawiającym, a w przypadku braku cennika aktualnie obowiązującego - wg cen z ostatniego obowiązującego cennika Wydzierżawiającego dla (...) S.A. dot. części nowych, a jeżeli brak jest możliwości wyceny w oparciu o takie cenniki, to Dzierżawca będzie zobowiązany do zapłaty odszkodowania za niezwrócone części wg wyceny Wydzierżawiającego”. Ponadto skarżący wniósł o zasądzenie od przeciwnika skargi na rzecz skarżącego kosztów postępowania z uwzględnieniem kosztów poniesionych przez skarżącego w związku z rozpoznaniem odwołania wraz z kosztami zastępstwa procesowego w postępowaniu skargowym wg norm przepisanych.

Dodatkowo skarżący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przykładowych protokołów zdawczo - odbiorczych kombajnów ścianowych zwracanych przez Zamawiającego po okresie dzierżawy na wykazanie faktu dokonywania przez zamawiającego zwrotów urządzeń po dzierżawie z brakami.

W odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie skargi, zasądzenie na rzecz zamawiającego od skarżącego kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg. norm przepisanych oraz oddalenie wniosku dowodowego.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje:

Skarga okazała się zasadna w części.

Przed przystąpieniem do konkretnej oceny skargi konieczne jest wskazanie na zmiany i zakres obowiązywania w tej sprawie przepisów „Prawa zamówień publicznych”. Stosownie do art. 89 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (dalej jako: wprowPZP), z dniem 1 stycznia 2021 r. utraciła moc ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako: dPZP), która zastąpiona została ustawą z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 r., poz. 2019, dalej jako: nPZP). Zgodnie z art 90 ust. 1 wprowPZP, do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie dPZP, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Przepis art, 92 ust. 1 ustawy wprowPZP stanowi natomiast, że do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy wprowPZP do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w uchylanej ustawie dPZP, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy

ustawy nPZP. Wobec tego, że postępowanie o udzielenie zamówienia i postępowanie odwoławcze zostały wszczęte po 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy nPZP.

Sąd Okręgowy podzielił te niesporne ustalenia faktyczne poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą, które odnoszą się do opisu przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mające odzwierciedlenie w dokumentach wytworzonych w trakcie tego postępowania i stanowiskach uczestników i przyjął je za własne.

Sąd Okręgowy nie podzielił ustaleń i oceny, a w konsekwencji uznał za trafny zarzut naruszenia art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 nPZP. Wskazać należy, że zgodnie z art. 16 pkt 2) nPZP Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty. Natomiast zgodnie z art. 99 ust. 1 nPZP, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Stosownie do treści ust. 2 ww. przepisu 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.

Jak wynika z uzasadnienia zaskarżonego wyroku Izba stwierdziła, że „skalkulowanie ceny ofertowej jest możliwe na równych warunkach dla każdego wykonawcy. Nie stanowią przy tym przeszkody sprecyzowane w projekcie warunki zakupu części zamiennych które opisano w § 3 ust. 13 Załącznika nr 5 do SWZ. Jak wynika z jego brzmienia wynagrodzenie z tytułu nabycia części zamiennych, należne Wydzierżawiającemu będzie stanowiło określoną wartość procentową, określaną w zależności od długości trwania okresu dzierżawy, jak również w oparciu o cenniki obowiązujące dla (...) S.A., a w sytuacji ich braku w oparciu o cenniki wg oferty Wydzierżawiającego”.

Sąd Okręgowy nie zgadza się z powyższym stanowiskiem Izby. Zdaniem Sądu Okręgowego, postanowienie zawarte w § 3 ust. 13 Załącznika nr 5 do SWZ stanowi obciążenie wykonawcy obowiązkami, co do których nie jest w stanie oszacować ryzyka oraz skalkulować go w cenie oferty. Mając na uwadze przewidziany w kwestionowanym postanowieniu sposób ustalenia ceny za części, które ewentualnie zamawiający zdecyduje się nabyć trzeba stwierdzić, iż istnieje spore prawdopodobieństwo, że ustalone ceny nie będą ekwiwalentem faktycznej wartości zakupionych części. Należy bowiem zwrócić uwagę, że wydzierżawiający zobowiązany jest zapewnić w całym okresie dzierżawy pełną obsługę gwarancyjną i serwisową kombajnu ścianowego. W okresie dzierżawy kombajnu części zamienne są wymieniane i czas eksploatacji poszczególnych części nie jest równy okresowi dzierżawy przedmiotu jako całości.

W ocenie Sądu Okręgowego, zamawiający poprzez wprowadzenie zastrzeżenia zawartego § 3 ust. 13 Załącznika nr 5 do SWZ, narzucając cenę części wyliczaną według z góry określonej procentowo stawki w zależności od okresu eksploatacji przedmiotu dzierżawy spowodował dodanie postanowień, które określają sposób wykonania przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a zatem niezgodnie z art. 99 ust. 1 nPZP. W rezultacie jeżeli umowa zawiera postanowienia, które mają istotny wpływ na kalkulację oferty, a jednocześnie zamawiający sygnalizuje, że z zawartych postanowień może nigdy nie skorzystać, to wykonawca nie ma wiedzy pozwalającej oszacować związane z tym koszty.

Wobec powyższego Sąd Okręgowy zgodnie z art. 588 ust. 2 nPzp. nakazał zamawiającemu usunięcie projektowanego postanowienia § 3 ust. 13 Załącznika nr 5 do SWZ w sprawach o sygnaturach akt KIO 3067/21 i KIO 3071/21. Natomiast w sprawie o sygn. akt KIO 3065/21, wobec zawarcia umowy, Sąd Okręgowy stwierdził naruszenie przepisów art. 16 pkt 2 w związku z art. 99 ust 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Sądu Okręgowego za nietrafny należało uznać zarzuty związane z naruszeniem prawa opcji. Zdaniem Sądu, Izba prawidłowo wywiodła, że kwestionowane zastrzeżenie uprawnienia zamawiającego do zakupu danej części zamiennych po upływie terminu zwrotu danej części zamówienia, nie stanowi prawa opcji. Podkreślenia wymaga, że bezspornie także skarżący przyznał, że wprowadzone postanowienia § 3 ust. 13 Załącznika nr 5 do SWZ prawa nabycia przez zamawiającego części zamiennych na zasadach określonych w tym postanowieniu, nie spełnia wymogów art.

441 ust. 1 nPZP. Słusznie wskazała Izba, że skoro zatem kwestionowane postanowienia nie spełniają przesłanek z art. 441 ust. 1 nPZP, jako nie stanowiące prawa opcji, to nie można mówić, iż doszło do naruszenia przepisów ustawy nPZP związanych z prawem opcji.

Zgodnie z art.441 ust.1 ustawy PZP Zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki:

- 1) określają rodzaj i maksymalną wartość opcji;
- 2) określają okoliczności skorzystania z opcji;
- 3) nie modyfikują ogólnego charakteru umowy.

Należy stwierdzić, że uprawnienia zamawiającego do zakupu części zamiennej po upływie terminu zwrotu zamówienia, nie stanowi rozszerzania zamówienia podstawowego, a zakup ten nie jest niezbędny do realizacji zamówienia, zatem nie stanowi prawa opcji. Wobec powyższego wprowadzone postanowienie § 3 ust. 13 Załącznika nr 5 do SWZ jako prawo nabycia przez zamawiającego części zamiennych na zasadach określonych w tym postanowieniu, nie spełnia wymogów zawartych w art. 441 ust. 1 ustawy Pzp. Nie narusza w taki razie przepisów ustawy w zakresie prawa opcji. Sam skarżący w skardze wskazał, iż postanowienia wprowadzone przez zamawiającego nie określają wszystkich istotnych elementów opcji zawartych we wskazanym przepisie. Nie precyzuje jednak jakie inne przepisy ustawy zostały naruszone skoro przedstawione okoliczności nie realizują wymogów opcji.

Skarżący podnosi zarzut naruszenia przez Izbę art. 353¹ k.c. w zw. z art. 535 § 1 k.c. art.556 k.c. i w zw. z art. 5 k.c. oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP poprzez ich niezastosowanie, pomimo, że projektowane postanowienia umowy są sprzeczne z właściwością i naturą stosunku zobowiązaniowego, naruszają zasady współzycia społecznego, jak również powodują rażącą nierównowagę stron.

Bez wątplenia to zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przy uwzględnieniu zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ KC strony zawierające umowę, co do zasady, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współzycia społecznego. Sama zasada swobody umów wymaga zgody obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje ona ograniczenia: po pierwsze - zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie - zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie - strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej.

Zgodnie z regulacją art. 134 ust. 1 pkt 19 PZP, który wskazuje na konieczność zawarcia w SWZ istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach.

To zamawiającego posiada uprawnienie do ukształtowania postanowień zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Zamawiający jednak nie może swego prawa podmiotowego nadużywać.

Wynika to zarówno z ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 KC zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Obowiązkiem zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. Jednak nie może on jednak korzystać z prawa oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciężących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą, zatem obowiązku współpracy.

Powoływanie się przez skarżącego na sprzeczność z zasadami współzycia społecznego powinno wiązać się z konkretnym wykazaniem, o jakie zasady współzycia społecznego w konkretnym wypadku chodzi, oraz na czym polega sprzeczność danego działania z tymi zasadami.

Ciężar udowodnienia tych okoliczności świadczących o nadużywaniu prawa spoczywa na tej stronie procesu, na korzyść której ma działać art. 5 KC Powinna ona udowodnić fakty pozwalające uznać działanie czy zaniechanie uprawnionego za sprzeczne z klauzulami generalnymi tego przepisu. Jako naruszenia art. 5 KC skarżący wskazuje zasadą rażącej nierównowagę stron. W ocenie Sądu Okręgowego skarżący nie wykazał naruszenia zasady rażącej nierównowagę stron, wobec niezaprzeczonych twierdzeń zamawiającego, iż (...) jest jedynym dostawcą części i ustala ceny tych produktów. Zatem nie występuje stan rażącej nierównowagi stron.

Należy wskazać, iż celem prowadzonych postępowań jest dzierżawa kombajnu, nie zaś nabycie części zamiennych, które mogą być następnie wykorzystywane przez Zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany do zwrotu przedmiotu dzierżawy w stanie niepogorszonym. Jak wskazuje załączony do akt wykaz zagubionych części kombajnu w postaci przykładowych protokołów zdawczo - odbiorczych kombajnów ścianowych zwracanych przez Zamawiającego po okresie dzierżawy, podczas używania tego urządzenia wiele części ulega zagubieniu, co potwierdza zamawiający. Bez wątplenia stroną odpowiedzialną za powyższy fakt jest zamawiający, w ocenie Sądu nie może on zamiast wykonywać umowę z należytą starannością, przerzucać co do zasady część kosztów na skarżącego, co stanowi naruszenie zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ KC.

Zdaniem Sądu Okręgowego, Krajowa Izba Odwoławcza dokonała wszechstronnej oceny zebranego materiału dowodowego i przedstawiła w tym zakresie logiczny wywód w zakresie odnoszącym się do wniosku o dokonanie zmiany projektowanych postanowień umowy poprzez wprowadzenie w § 11 ust. 2 załącznika nr 5 do SWZ punktu 4. Niezasadny okazał się zatem zarzut naruszenia art. 542 ust. 1 nPzp. tym w zakresie. Rozpoznając skargę Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą, jak i wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby. Zauważyć też należy, iż w istocie wywody zawarte w części merytorycznej skargi sprowadzają się do prezentowania przez skarżącego własnej, a konkurencyjnej wobec Krajowej Izby Odwoławczej oceny faktycznej i prawnej sprawy. W ocenie Sądu Okręgowego natomiast Krajowa Izba w sposób staranny przeprowadziła postępowanie dowodowe w niniejszej sprawie oraz w sposób wyczerpujący i wszechstronny rozważyła wszystkie dowody przeprowadzone w toku rozprawy. Ocena materiału dowodowego została dokonana w sposób wszechstronny i bezstronny, nie narusza granic oceny swobodnej, jest zgodna z zasadami doświadczenia życiowego oraz nie zawiera błędów faktycznych lub logicznych, stąd ustalenia te Sąd Okręgowy uznaje za własne. Sąd Okręgowy w całości podziela także argumentację prawną przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Żaden z zarzutów podniesionych w skardze nie okazał się zasadny.

W szczególności, wbrew zarzutom zawartym w skardze, Krajowa Izba Odwoławcza dokonała prawidłowej oceny przedstawionego i powoływanego w toku postępowania materiału dowodowego. Zauważyć tu bowiem należy, iż rozpoznając odwołanie Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 542 ust.1 nPzp), a wydając wyrok (art. 552 ust. 1 nPzp) bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. W niniejszej sprawie Izba, wbrew twierdzeniom skarżącego, nie dokonała dowolnej i wybiórczej, lecz swobodnej i wszechstronnej oceny zgłoszonych dowodów. Dodać tu też należy, iż w ocenie Sądu sama nawet możliwość wywiedzenia z danego materiału dowodowego innych, niż wywodzi to skarżący wniosków, nie narusza jeszcze zasady swobodnej oceny dowodów i nie świadczy też jeszcze o braku logicznego powiązania przyjętych wniosków z zebraniem materiałem dowodowym.

Odnosząc się także do zarzutu naruszenia art. 559 ust. 2 nPzp obejmujący sposób sporządzenia uzasadnienia wyroku, to zarzut ten poprzez nieopisanie w treści uzasadnienia wyroku podstaw faktycznych i prawnych w zakresie pozostałych zarzutów (poza zarzutem naruszenia nr 2 odwołania tj. naruszenia art. 99 ust.2 w zw. z art.441 ust. 1 PZP), oraz poprzez pominięcie odniesienia się do zarzutów odwołującego dotyczących naruszenia art. 353¹ k.c. w zw. z art.535 § 1 k.c. oraz w zw. z art.556 k.c. i w zw. z art. 5 k.c. oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP - (zarzuty nr 3 i 4 odwołania) nie mógł on stanowić samoistnej podstawy prawnej zmierzającej do zmiany lub uchylenia zaskarżonego wyroku, w związku z czym zarzut naruszenia art. 559 ust. 2 nPzp już z tego względu nie zasługiwał na uwzględnienie. Zwrócić tu należy bowiem uwagę, iż zgodnie z art. 588 nPzp sąd rozpoznając skargę od orzeczenia KIO może skargę oddalić lub zmienić zaskarżone orzeczenie i orzec co do istoty sprawy. Przepis ten też wyraźnie stanowi, iż „przepisu art. 386 § 4 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego nie stosuje się”. rozpoznając skargę nawet przy braku prawidłowo sporządzonego przez KIO uzasadnienia, sąd obowiązany jest rozpoznać ją merytorycznie. Aktualnym w obecnym stanie prawnym jest tu zatem stanowisko Sądu Najwyższego zawarte w uchwale w sprawie III CZP 56/17 o niedopuszczalności wydania przez sąd orzeczenia kasacyjnego.

Skarżący wnosił o dokonanie zmiany projektowanych postanowień umowy poprzez wprowadzenie w § 11 ust. ust.2 Załącznika nr 5 do SWZ punktu 4, o następującej treści: „ 4. za niezwrócone w terminie, o którym mowa w § 5 ust. 7 umowy, części przedmiotu dzierżawy podlegające zwrotowi, w wysokości 100% wartości części nowych wg cen wynikających z aktualnie obowiązującego (na dzień dokonania zwrotu przedmiotu dzierżawy) cennika dla (...) S.A. stanowiącego załącznik do obowiązującej umowy serwisowej zawartej pomiędzy Dzierżawcą a Wydierżawiającym, a w przypadku braku cennika aktualnie obowiązującego - wg cen z ostatniego obowiązującego cennika Wydierżawiającego dla (...) S.A. dot. części nowych, a jeżeli brak jest możliwości wyceny w oparciu o takie cenniki, to Dzierżawca będzie zobowiązany do zapłaty odszkodowania za niezwrócone części wg wyceny Wydierżawiającego”.

Skarżący nie wykazał jednak a to na nim spoczywa ciężar dowodu jako wywodzącego z tego twierdzenia skutki prawne zgodnie z art. 6 k.c. iż jego niewprowadzenie naruszyłyby przepisy ustawy pzp lub kodeksu cywilnego. Skarżący w sposób ogólny odnosi się do sposobu rozliczeń pomiędzy stronami w zakresie zwrotu zagubionych części.

W ocenie Sądu powyższy zapis stanowi odpowiedź skarżącego na zapisy wprowadzone przez zamawiającego w zakresie § 11 ust. ust.2 Załącznika nr 5 do SWZ punktu 4, a następnie przez niego usunięte oraz zapisy zawarte w § 3 ust. 13 Załącznika nr 5 do SWZ oraz zamiar wprowadzenia odmiennych zasad przez zamawiającego. Jednak wnioski o dodanie uzupełnienia treści proponowanej umowy w ocenie Sądu nie znajdują podstawy prawnej zawartej w powołanych przepisach. Brak takiego postanowienia pozostaje jednak bez wpływu na istnienie odpowiedzialności odszkodowawczej na zasadach ogólnych.

Powyższe zaś stanowiło o bezzasadności skargi, co było podstawą jej oddalenia w przedstawionym zakresie w oparciu o art. 588 ust. 1 nPzp.

Skarżący domagał się dokonania modyfikacji treści SWZ poprzez:

- a) usunięcie w całości § 3 ust. 12 Załącznika nr 5 do SWZ „projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego”,
- b) wprowadzenie do § 11 ust. 1 Załącznika nr 5 do SWZ „projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” punktu 4 o treści zaproponowanej przez Skarżącego,

Sąd Okręgowy uznał zasadność zarzutów w zakresie: usunięcia w całości § 3 ust. 12 Załącznika nr 5 do SWZ „projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” a zatem w 50%, a oddalił skargę pozostałym zakresie: wprowadzenia do § 11 ust. 1 Załącznika nr 5 do SWZ „projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” punktu 4 o treści zaproponowanej przez Skarżącego czyli 50%.

Wobec zmiany wyroku o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 nPZP oraz § 8 ust. 2 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). Sąd Okręgowy w punkcie 2 i 2.1 zaskarżonego Wyroku ustalił, że kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zamawiającego po 1/2 i zasądził od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7500 zł tytułem kosztów postępowania odwoławczego jako połowę opłaty w każdej ze trzech spraw gdyż koszty zastępstwa procesowego zniosły się wzajemnie;

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 589 ust.1 nPZP. Ponieważ postępowanie to zostało w 50% przegrane przez skarżącego to zasadnym było zasądzenie kosztów od tego podmiotu na rzecz przeciwnika skargi w wysokości połowy opłaty sądowej od każdej skargi (3 x 22500 zł) gdyż koszty zastępstwa procesowego zniosły się wzajemnie.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Aleksandra Komór