

Sygn. akt **XXIII Zs 74/22**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 sierpnia 2022 r.

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

Przewodniczący:	sędzia Renata Puchalska
Protokolant:	sekr.sądowy Dariusz Książyk

po rozpoznaniu w dniu 27 lipca 2022 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem zamawiającego (...) spółki akcyjnej w K.

ze skargi odwołującego: (...) spółki akcyjnej w K.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 6 kwietnia 2022 r., sygn. akt KIO 834/22

orzeka:

I. oddala skargę;

II. zasądza od (...) spółki akcyjnej w K. na rzecz (...) spółki akcyjnej w K. kwotę 12 500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

sędzia Renata Puchalska

Sygn. akt **XXIII Zs 74/22**

## UZASADNIENIE

(...) S.A. w K. (dalej: Zamawiający) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dzierżawa dwóch kombajnów ścianowych dla potrzeb eksploatacji ścian wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej dla (...) S.A. Oddział (...)”, numer referencyjny: (...). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 01.02.2022 r., nr (...).

W dniu 23.02.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę (...) S.A., ul. (...), (...)-(…) K. (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez wprowadzenie do projektowanych 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. 3531 kc w zw. z art. 705 kc w zw. z art. 5 kc oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie postanowień specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „swz”) 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 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 zapłaty odszkodowania nie stanowiącego wyrównania szkody wynikającej z niezwrócenia kompletnego przedmiotu dzierżawy,

3) art. 3531 kc w zw. z art. 437 kc w zw. z art. 435 § 1 kc w zw. z art. 5 kc oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie postanowień swz 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, w jakim zamawiający wprowadza mechanizm rozliczenia za zagubione i zniszczone części zamienne przedmiotu dzierżawy polegający na ustaleniu wysokości odszkodowania nie stanowiącej rekompensaty szkody wyrządzonej w mieniu wykonawcy wynikającej z niezwrócenia kompletnego przedmiotu dzierżawy, co stanowi nieuprawnione ograniczenie odpowiedzialności zamawiającego za szkodę w pełnej wysokości,

4) art. 3531 kc w zw. z art. 415 kc w zw. z art. 5 kc oraz w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie postanowień swz 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 w jakim zamawiający wprowadza mechanizm rozliczenia za zagubione i zniszczone z winy zamawiającego części zamienne przedmiotu dzierżawy polegający na ustaleniu wysokości odszkodowania nie stanowiącej rekompensaty rzeczywistej szkody wyrządzonej w mieniu wykonawcy wynikającej z niezwrócenia kompletnego przedmiotu dzierżawy, co stanowi nieuzasadnione ograniczenie odpowiedzialności zamawiającego za szkodę w pełnej wysokości.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„(...) Zamawiający pismem z dnia 15 marca 2022 r. znak (...) po raz kolejny poinformował o zmianie treści SWZ wskazując, że skreśliła § 3 ust.13 Załącznika nr 5 do SWZ, jednocześnie wprowadził nową treść § 7 Załącznika nr 5 do SWZ w następującym brzmieniu:

§ 7. Zasady rozliczeń w przypadku zwrotu przedmiotu dzierżawy.

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 użytą:

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 (...) S.A. przy zakupie części nowych, a w przypadku braku cennika aktualnego na dzień zwrotu przedmiotu dzierżawy, wg cen z ostatniego obowiązującego dla (...) 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 (...) S.A. przy zakupie

części nowych, a w przypadku braku cennika aktualnego na dzień zwrotu przedmiotu dzierżawy, wg cen z ostatniego obowiązującego dla (...) S.A. cennika części (cennik części serwisowych lub cennik z umów na dostawy części), jeżeli brak jest możliwości wyceny w oparciu o cenniki wg oferty od Wydierżawiającego,

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

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

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

3. Zapłata odszkodowania wyczerpuje roszczenia Wydierżawiającego z tytułu zwrotu przedmiotu dzierżawy niekompletnego lub z częściami nadmiernie zużyтыми.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał, że w jego ocenie nowowprowadzony do SWZ § 7 Załącznika nr 5 do SWZ, ma na celu umożliwienie Zamawiającemu niezwrócenie części zamiennych stanowiących elementy składowe przedmiotu dzierżawy i zalegalizowanie nabycia przez Zamawiającego tych części na własność, po zapłacie „odszkodowania” wyliczonego wg ustalonego w tym postanowieniu sposobu. Takie zastrzeżenie, jak i proponowany sposób wyliczenia wartości „odszkodowania” w ocenie odwołującego jest nieproporcjonalne do uzasadnionych potrzeb i celów Zamawiającego wynikających z przedmiotu zamówienia.

Tak ukształtowana treść projektowanych postanowień umownych powoduje, że niemożliwe jest skalkulowanie adekwatnej ceny ofertowej i jest nadużyciem ze strony Zamawiającego, naruszającym dozwolone ramy zasady swobody umów (art.3531 k.c.). Stawia Wykonawcę, jako właściciela przedmiotu dzierżawy w niepewności, co do tego w jakim zakresie ostatecznie odzyska przedmiot dzierżawy, w jakim zakresie będzie musiał ponieść koszty odtworzenia brakujących części w przypadku zwrotu niekompletnego kombajnu oraz czy i w jakim zakresie takie koszty zostaną zrekompensowane przez Zamawiającego. (...)”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień SWZ poprzez usunięcie w całości § 7 Załącznika nr 5 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Wyrokiem z 6 kwietnia 2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 834/22 oddaliła odwołanie (...) S.A., oraz obciążyła odwołującego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia KIO wskazała, że Punktem wyjścia przy rozpoznaniu niniejszej sprawy, jest w ocenie Izby, treść art. 705 k.c. oraz art. 675 § 1 w zw. z art. 694 k.c. Z przywołanych przepisów wynika, że strony umowy dzierżawy mogą w odmienny niż wskazany w art. 705 k.c. sposób ustalić zasady zwrotu przedmiotu dzierżawy, a ponadto że dzierżawca obowiązany jest zwrócić rzecz w stanie nie pogorszonym, jednakże nie ponosi odpowiedzialności za zużycie rzeczy będące następstwem prawidłowego używania. Tym samym przedmiot dzierżawy nie musi zostać zwrócony w stanie, w jakim był przekazany dzierżawcy. W świetle ww. przepisów, jak też charakteru niniejszego zamówienia polegającego na dzierżawie kombajnu służącego do wydobywania węgla w kopalni, należy więc przyjąć, że zwrócony po zakończeniu umowy kombajn będzie zużyty i skutkiem tego zużycia może

być też utrata określonych części. Zamawiający był zatem uprawniony do wprowadzenia do projektu umowy postanowień przewidujących zasady rozliczenia z wykonawcą m.in. za zgubione części, które to postanowienia stały się przedmiotem sporu w niniejszej sprawie.

Odnosząc się do argumentacji odwołującego, po pierwsze, Izba nie podzieliła podejrzeń odwołującego co do możliwości celowego „gubienia” części przez zamawiającego po to, by nabyć je na własność po zapłacie zbyt niskiego, w ocenie odwołującego, odszkodowania. Przede wszystkim proceder taki nie leżałby w interesie zamawiającego, gdyż powodowałby zaprzestanie pracy kombajnu. Ponadto należy zauważyć, że zgodnie z postanowieniami części 4 i 6 SOPZ, wydierżawiający ma obowiązek świadczyć usługi serwisowe dla przedmiotu dzierżawy, jak też przewidziany jest jego udział w demontażu kombajnu w celu jego zwrotu. Oznacza to, że wykonawca w czasie realizowania umowy będzie miał dostęp do przedmiotu dzierżawy i będzie mógł monitorować sposób używania kombajnu i jego części, także w trakcie demontażu, co pozwala mu kontrolować i ograniczać ryzyko ewentualnego celowego „gubienia” części przez zamawiającego (niezależnie od braku interesu zamawiającego w tym zakresie).

Po drugie, należy przyznać rację odwołującemu, że różne części zużywają się w różnym czasie. Zamawiający uśrednił zatem wysokość odszkodowania za zgubienie części w zależności od czasu jej używania licząc od dnia jej zamontowania. Oznacza to, że odszkodowanie należne wykonawcy może być dla niego w jednych przypadkach mniej, ale w innych bardziej korzystne, w zależności od tego, jaka część zostanie zgubiona. Należy przy tym zauważyć, że w przypadku części używanych w okresie do 3 miesięcy, zamawiający przewidział odszkodowanie w wysokości 100% wartości danej części.

Po trzecie, należy zwrócić uwagę, że 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 wydierżawiający uwzględnia w czynszu dzierżawnym, czyli w tym wypadku – w cenie oferty. Jeżeli zatem wykonawca uznaje przewidziane przez zamawiającego odszkodowanie za zbyt niskie, może wycenić dodatkowe ryzyka z tym związane w cenie oferty, zwłaszcza że posiada doświadczenie we współpracy również z tym konkretnym zamawiającym.

Po czwarte, nie można się zgodzić z odwołującym, że § 7 projektu umowy jest niejasny, gdyż nie wiadomo, do jakich cenników postanowienie to się odwołuje. Chodzi w tym wypadku o cenniki do zawartej z wykonawcą umowy serwisowej, co wynika z SOPZ (część 6).

Po piąte, Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, zgodnie z którym w przedmiotowej sprawie nie znajduje zastosowania art. 435 kc, który dotyczy odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez ruch przedsiębiorstwa wprawianego w ruch za pomocą sił przyrody na zasadzie ryzyka. Nie zachodzi bowiem w tym wypadku związek pomiędzy ruchem przedsiębiorstwa a szkodą w postaci zagubienia części, jak też przewidziana przez zamawiającego odpowiedzialność jest odpowiedzialnością kontraktową.

Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu. W szczególności nie doszło do naruszenia art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji także art. 16 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż treść kwestionowanego § 7 projektu umowy jest jednoznaczna, zawiera dostatecznie dokładne i zrozumiałe określenia, zaś kwestia wskazanych w nim cenników wynika z SOPZ. Nie doszło też do naruszenia art. 705 k.c., gdyż przepis ten dopuszcza odmienne uregulowanie w umowie zwrotu przedmiotu dzierżawy. Izba nie stwierdziła także, aby kwestionowane postanowienie sprzeciwiało się właściwości stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego, a zatem by doszło do naruszenia art. 353<sup>1</sup> k.c. Zwłaszcza przewidziana przez zamawiającego wysokość odszkodowania uwzględniająca czas używania części, w świetle faktu, że przecież i tak wykonawcy zostałyby zwrócony kombajn zużyty, nie stanowi naruszenia zasad współżycia społecznego.

Skargę na powyższe rozstrzygnięcie Izby wywiódł Odwołujący zaskarżając je w całości i zarzucając, na podstawie art. 581 PZP, mające wpływ na treść zaskarżonego wyroku, naruszenie przepisów prawa procesowego i prawa materialnego, a to:

1. art.554 ust.1 pkt 2 PZP - poprzez jego niezastosowanie, pomimo stwierdzenia, że dzierżawca po okresie dzierżawy zobowiązany jest zwrócić przedmiot dzierżawy w takim stanie, w jakim powinien się znajdować stosownie do przepisów o wykonywaniu dzierżawy, a ewentualne odmienne uregulowania w tym zakresie wymagają zgodnej woli stron (umowy) i błędne uznanie, że zamawiający w sposób uprawniony wprowadził do umowy zastrzeżenie dotyczące dokonywania rozliczeń z tytułu szkody za zagubione i zniszczone przez zamawiającego części zamienne przedmiotu dzierżawy z pokrzywdzeniem wykonawcy;

2. art.554 ust.1 pkt 2 PZP - poprzez jego niezastosowanie, pomimo zaistnienia sytuacji, w której zamawiający poprzez wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia postanowień niejednoznacznych i niejasnych, nie uwzględniając wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty naruszył przepisy art.16 pkt 2 w zw. z art.99 ust.1 i 2 PZP

3. art. 542 ust.1 PZP – poprzez zaniechanie wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, co doprowadziło do uznania za wiarygodne twierdzeń i oświadczeń zamawiającego, iż:

wprowadzone postanowienia umowne określają zasady dokonywania rozliczeń z tytułu szkody za zagubione i zniszczone przez zamawiającego części zamienne przedmiotu dzierżawy bez pokrzywdzenia wykonawcy oraz że nie jest w interesie zamawiającego „gubienie” części; wykonawca w czasie realizowania przedmiotu umowy będzie mógł monitorować sposób używania kombajnu i jego części także w trakcie demontażu, co pozwala mu kontrolować i ograniczać ryzyko ewentualnego celowego „gubienia” części przez zamawiającego;

uzasadnione i prawnie dopuszczalne jest „uśrednienie wysokości odszkodowania” w sytuacji gdy różne części zużywają się w różnym czasie i nie tracą na wartości w jednakowy sposób; jeżeli wykonawca uznaje przewidziane przez zamawiającego odszkodowanie za zbyt niskie, może wycenić dodatkowe ryzyka z tym związane w cenie oferty;

w przypadku zagubienia części nie zachodzi związek pomiędzy ruchem przedsiębiorstwa a szkodą w postaci zgubienia części.

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 przedmiotu zamówienia (dzierżawy kombajnu) i nie utrudniają przygotowania oferty.

W odpowiedzi na skargę, przeciwnik skargi (Zamawiający), wniósł o oddalenie skargi oraz zasądzenie od Skarżącego na rzecz Przeciwnika skargi zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z nomami prawem przepisany, a także oddalenie wniosku dowodowego z pkt. IV skargi tj. dowodu z przykładowych protokołów zdawczo-odbiorczych kombajnów ścianowych zwracanych przez Zamawiającego.

### **Sąd Okręgowy, zważył co następuje:**

Na podstawie art. 15zsz<sup>1</sup> pkt 4 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych w brzmieniu nadanym z dniem 3 lipca 2021 r. sprawa podlegała rozpoznaniu przez Sąd odwoławczy w składzie 1-osobowym.

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: wprawPZP), 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 wprawPZP, do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa

w ustawie dPZP, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy wprowadzającej PZP 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. W niniejszej sprawie, wobec tego, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostały wszczęte po 1 stycznia 2021 r., to w zakresie prawa procesowego, jak i materialnego stosuje się przepisy ustawy nPZP.

Skarga(...) Spółki Akcyjnej w K. nie zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy po zapoznaniu się z całokształtem materiału dowodowego związanego z odwołaniem, uwzględniając oświadczenia złożone w toku postępowania przed Sądem Okręgowym ocenił, iż oddalenie odwołania nie zostało dokonane z naruszeniem przepisów ustawy PZP, a tym samym zarzuty Skarżącego w zasadniczej mierze okazały się bezzasadne.

Sąd Okręgowy zasadniczo podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą w odniesieniu do zarzutów odwołania, jak i wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby prowadzące do oddalenia odwołania co do zasady. 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, Krajowa Izba w sposób staranny i wszechstronny rozważyła wszystkie dowody przeprowadzone w toku rozprawy. Ocena materiału dowodowego została dokonana w sposób wszechstronny i bezstronny, nie naruszała granic oceny swobodnej, była zgodna z zasadami doświadczenia życiowego oraz nie zawierała 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.

W niniejszym postępowaniu, skarżący w skardze złożył szereg wniosków dowodowych, podlegały one jednakże oddaleniu w myśl art. 235<sup>2</sup> § 1 pkt 3 i 5 k.p.c. w zw. z art. 391 k.p.c. w zw. z art. 579 ust. 2 nPZP. Dowody te w świetle okoliczności sprawy były zbędne i zmierzały jedynie do nieuzasadnionego wydłużenia postępowania, przede wszystkim zostały powołane na okoliczności, które nie posiadały waloru nowości, okoliczności dotyczące zwrotu przez zamawiającego urzędzeń z brakami nie były sporne.

Odnosząc się kolejno do przedstawionych w skardze zarzutów, nade wszystko należy zaznaczyć, iż Sąd jest nimi związany, nie może orzekać ponad to, co nie zostało przez skarżącego objęte skargą. Przy tak skonstruowanych zarzutach skargi, podlegała ona oddaleniu.

W pierwszej kolejności Sąd odniesie się do zarzutu naruszenia art. 542 ust. 1 PZP. Stosownie do przywołanego przepisu Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Wskazany przepis skonstruowany jest w sposób analogiczny do normy prawa postępowania cywilnego wynikającej z art. 233 k.p.c. Za nietrafną należy uznać argumentację Skarżącego dotyczącą rzekomego naruszenia art. 542 ust. 1 PZP. Wprawdzie Sąd Okręgowy zauważa, że uzasadnienie Krajowej Izby Odwoławczej jest sporządzone w sposób zwięzły i lakoniczny, jednocześnie nie można mu odmówić jasności i precyzyjności. Wbrew zarzutom zawartym w skardze, KIO dokonała prawidłowej oceny przedstawionego i powoływanego w toku postępowania materiału dowodowego, a także prawidłowej oceny spornych postanowień umowy. Co istotne, w niniejszej sprawie Izba, dokonała swobodnej i wszechstronnej oceny zgłoszonych dowodów. Izba w skarżonym wyroku prawidłowo ustaliła stan faktyczny, z którym skarżący w złożonej skardze co do zasady w ogóle nie polemizuje, ale wyłącznie w odmienny sposób dokonuje oceny zgromadzonego materiału dowodowego. Dodać zaś 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 (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 21.5.2008 r., I ACa 953/07, niepubl.). Skarżący tymczasem nie wykazał, na czym miałyby w kontekście powyższego polegać naruszenia Izby, w istocie rzeczy poprzestał na wyliczeniu faktów jego zdaniem błędnie ustalonych przez Izbę

ale bez odniesienia się do wskazania konkretnej oceny, konkretnych dowodów, z których te fakty wynikają, a także wskazania jakim zasadom oceny dowodów Krajowa Izba Odwoławcza nie podołała.

Odwołując się do zarzutu naruszenia art. 554 ust. 1 pkt 2 PZP na mocy, którego Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy, po dogłębnej analizie spornych postanowień umowy i stosownych w tym zakresie przepisów kodeksu cywilnego, należało uznać go za niezasadny. W istocie rzeczy z uzasadnienia tego zarzutu wynika polemika skarżącego z wykładnią art. 705 k.c. dokonaną przez Izbę, którą Sąd Okręgowy w całości aprobuje. W myśl przepisu, 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. Przepis określa stan przedmiotu dzierżawy w momencie jego zwrotu, z zastrzeżeniem, że znajduje zastosowanie, o ile dzierżawca i wydzierżawiający nie umówili się inaczej. W ocenie Sądu Okręgowego. Izba w uzasadnieniu wyroku słusznie wskazała, że przepis ten ma charakter dyspozytywny, a w związku z tym dopuszcza inne uregulowanie stanu przedmiotu dzierżawy zwracanego pomiędzy stronami umowy. Sąd Okręgowy, ma na uwadze, że to zamawiający uprawniony jest do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, jednak uprawnienie to nie ma jednak charakteru absolutnego i doznaje szeregu ograniczeń. Wynika to m.in. z ograniczeń zasady swobody umów przewidzianych w kodeksie cywilnym, znajdujący zastosowanie do umów w sprawach zamówień publicznych na zasadzie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Należy przypomnieć, iż Strony zawierające umowę, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego, co odpowiada zasadzie swobody umów, która została wyrażona w k.c. (por. Wyrok KIO z 21.05.2021 r., KIO 1066/21). Należy dalej wskazać, że postępowanie przetargowe w wyniku, którego zawierana jest umowa, jest swoistym postępowaniem, w którym swoboda kontraktowa stron nie jest wyłączona przez fakt, że umowy o zamówienie publiczne nie są negocjowane indywidualnie, a ich treść niejako narzucana jest przez Zamawiającego, a Wykonawca przystępuje w efekcie jednostronnie zaproponowanych warunków zamówienia, i to przystąpienie jest dobrowolne. Wykonawca w ramach ochrony środków prawnych, może jedynie zakwestionować postanowienia umowne, jeżeli wykaże, że są one sprzeczne z prawem. Skarżący nie wykazał aby postanowienie umowne, a mowa o spornym paragrafie 7. Umowy dotyczącego zasady rozliczeń w przypadku zwrotu przedmiotu dzierżawy, było sprzeczne w ocenie Sądu zarówno z przepisami prawa cywilnego, jak i przepisami Prawa Zamówień Publicznych. Należy podkreślić, iż jedynym ograniczeniem płynącym w zakresie regulacji dyspozytywnych części kodeksu cywilnego jest ten wynikający z normy prawnej z art. 353<sup>1</sup> k.c., kiedy to wola stron może doznać ograniczenia z uwagi na właściwość zobowiązania, czy zasady współżycia społecznego. Niemniej autor skargi nie podniósł w tym kierunku zarzutu.

Niezasadny i nieprzekonujący był także zarzut naruszenia art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 PZP, a tym samym nie jest trafny zarzut naruszenia art. 544 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 2 w zw. 99 ust. 1 i 2 PZP.

Dyspozycja art. 99 Prawa zamówień publicznych determinuje, aby opis przedmiotu zamówienia został przez Zamawiającego sformułowany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować, czego zamawiający oczekuje. Przy czym zakres obowiązku zamawiającego dotyczącego informacji wymaganych w SIWZ jest determinowany przedmiotem zamówienia. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2022 r. KIO 3718/21).

Słusznie Izba wskazała, że treść spornego postanowienia jest jasna, jednoznaczna i precyzyjna. Co więcej, kwestionowanie postanowienie, bardzo szczegółowo i jednoznacznie precyzuje sytuację stron w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej zamawiającego w przypadku zagubienia bądź zużycia części maszyn. Uregulowania zaproponowane w tym zakresie przez Zamawiającego, w ocenie Sądu Okręgowego, są dostatecznie dokładne, precyzyjne i zrozumiałe. Należy bowiem mieć na uwadze, że przeciwieństwem opisu jednoznacznego

i wyczerpującego, o którym mowa w art. 99 ust 1 PZP to jest opis niepełny i niejasny, w szczególności nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie ważnej oferty. Skarżący nie wykazał w sposób dostateczny, że w spornym postanowieniu zabrakło wskazań uniemożliwiających sporządzenie przez Wykonawcę oferty. Potwierdza to sam skarżący, który nie miał żadnych wątpliwości, co do zakresu odpowiedzialności i jej przedmiotu objętego kwestionowanymi postanowieniami, co więcej postanowienia te bardzo szczegółowo precyzują sytuację stron, określając konkretne warunki i wysokość ponoszonego ryzyka. Należy zgodzić się z przeciwnikiem skargi, iż ocena ryzyka, widzianego przez pryzmat stanowiska skarżącego, zawsze pozostaje w sferze niepewności, każdorazowo wykonawca składając ofertę, niezależnie od jej przedmiotu, dokonuje oceny i wyceny ryzyka we sposób abstrakcyjny, opierając się na własnym doświadczeniu i metodzie. Słusznie obaw skarżącego nie podzieliła Izba, jakoby skarżący nie był w stanie skalkulować ceny ofertowej, gdyż wykonawca, pozostawał w niepewności, co do stanu urzędnika w chwili jego zwrotu. Należy mieć na uwadze, iż zamawiający uśrednił wysokość odszkodowania za zgubienie części w zależności od czasu jej używania, licząc od dnia jej zamontowania. Oznacza to, iż odszkodowanie należne wykonawcy hipotetycznie mogło być dla niego w pewnych przypadkach korzystniejsze, w innych mniej, w zależności jaka część została zgubiona. Przede wszystkim jak słusznie podkreśliła Izba, odszkodowanie przewidziane w spornym postanowieniu, nie musiało być jedynym źródłem pokrycia ponoszonych przez wykonawcę kosztów, bowiem koszty te mogły przecież zostać uwzględnione w czynszu dzierżawnym, a to w cenie oferty. Skarżący w ocenie Sądu, nie przedstawił przekonujących argumentów, jakoby nie był w stanie ocenić dodatkowego ryzyka z tym związanego – w cenie oferty, tym bardziej, iż posiada znaczne doświadczenie we współpracy z tym konkretnym zamawiającym, zatem ma wiedzę jaka jest skala zwrotu maszyn z brakami konkretnych części.

Dyspozycja przepisu art. 16 PZP statuuje podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych. Skarżący nie przedstawił w ocenie Sądu rzeczowych argumentów przemawiających za naruszeniem przedmiotowych zasad, z uzasadnienia skargi wynika, iż została naruszona przez zamawiającego zasada proporcjonalności. Sąd Okręgowy również w tym zakresie nie podziela stanowiska skarżącego. Naruszenie przedmiotowej zasady ma miejsce w sytuacji, kiedy warunki udziału w postępowaniu są stosowane w sposób dyskryminujący, nie są uzasadnione względami interesu publicznego, nie są odpowiednie dla osiągnięcia celu, któremu służą, oraz pozostają nadmierne dla osiągnięcia tego celu. Nie można w sposób jednoznaczny stwierdzić, iż wymagania stawiane wykonawcom nie były adekwatne do rodzaju i zakresu zamówienia.

W istocie rzeczy, analiza uzasadnienia skargi, prowadzi Sąd Okręgowy do konstatacji, że skarżący faktycznie podnosił kwestię nieuprawnionego ograniczenia odpowiedzialności odszkodowawczej Zamawiającego, a w związku z tym swoistego braku równowagi stron, co może prowadzić do wniosku, iż sporne postanowienie może być niezgodne z właściwością i naturą zobowiązania, jak również z zasadami współżycia społecznego, albowiem jak wskazywał skarżący określone poziomy odszkodowania w istocie rzeczy mogą nie pokryć w całości szkody jakiej ewentualnie dozna wykonawca. W tym aspekcie, wbrew przekonaniu skarżącego, skonstruowanie zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 PZP, nie było trafne. Argumentacja podnoszona przez Skarżącego, w ocenie Sądu Okręgowego bardziej wpisuje się w problematykę ewentualnego badania, czy projektowane postanowienia zgodne są z art. 353<sup>1</sup> w zw. z art. 705 k.c., czyli zgodne z właściwością i naturą zobowiązania, a nade wszystko z zasadami współżycia społecznego. Jednocześnie, podkreślenia wymaga, że Sąd Okręgowy tej kwestii nie przesądza albowiem, zgodnie z art. 582 Pzp w zw. z art. 583 Pzp, jest związany zarzutami skargi i nie może wyjść poza ramy przez nie wyznaczone, a skarga nie została skonstruowana w tym kierunku.

Podsumowując powyższe rozważania, należało uznać, że zarzuty Skarżącego są wyłącznie polemiczne i opierają się na opozycyjnych twierdzeniach w stosunku do należycie ustalonego stanu sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą. Dlatego też Sąd Okręgowy nie znalazł przyczyn dyskwalifikujących zaskarżone orzeczenie.

W ocenie Sądu Okręgowego przedmiotowa skarga jako bezzasadna i na podstawie art. 588 § 1 Pzp podlegała oddaleniu.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c., art. 99 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 589 nPZP, stosownie do wyniku postępowania. Skarżący – (...) S.A. – przegrał postępowanie skargowe w całości, dlatego też został obciążony kosztami procesu poniesionymi przez przeciwnika skargi (zamawiającego)

– (...) S.A. w całości. Odnośnie wysokości zasądzonych kosztów (ustalonych od wskazanej w skardze wartości przedmiotu zaskarżenia), Sąd Okręgowy uwzględnił treść § 2 pkt 9 w zw. z §10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. 2015 r., poz. 1804 ze zm.) w brzmieniu obowiązującym w chwili wniesienia skargi, z uwzględnieniem 50% stawki minimalnej, biorąc pod uwagę wartość przedmiotu zaskarżenia (czyli wartość przedmiotu zamówienia). Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, iż niniejsze postępowania należy do spraw cywilnych, do których zastosowanie mając ogólne przepisy dotyczące stawek zastępstwa procesowego. Stroną postępowania, która powinna być obciążona kosztami postępowania skargowego był skarżący.

Sędzia Renata Puchalska