

Sygn. akt: KIO 1744/11

WYROK

z dnia 31 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Bogdan Artymowicz**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę **PATENTUS S.A., 43-200 Pszczyna, ul. Górnośląska 11** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30**

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **PATENTUS S.A., 43-200 Pszczyna, ul. Górnośląska 11** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **PATENTUS S.A., 43-200 Pszczyna, ul. Górnośląska 11** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **PATENTUS S.A., 43-200 Pszczyna, ul. Górnośląska 11** na rzecz **Kompanii Węglowej S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na leasing finansowy wraz z dostawą nowego przenośnika zgrzeblowego ścianowego (z urządzeniem do przekładki), dostawą nowego przenośnika zgrzeblowego podścianowego (z najazdową stacją zwrotną) oraz dostawą nowego urządzenia do przekładki przenośnika ścianowego dla Kompanii Węglowej S.A., Oddział KWK Jankowice.

Zamawiający w dniu 6 sierpnia 2011 r. opublikował na swojej stronie internetowej (www.kwsa.pl/przetarqi) ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia [dalej „SIWZ”].

W dniu 16 sierpnia 2011 r. wobec ogłoszonej treści SIWZ odwołanie złożył wykonawca Patentus S.A. z siedzibą w Pszczynie zarzucając zamawiającemu:

„dokonanie czynności z naruszeniem przepisów ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych z dnia 12 czerwca 2003 r. (Dz. U. Nr 139, poz. 1323 z późn. zm.) przez sformułowanie przez Zamawiającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia i załączonych do nich istotnych postanowień, które zostaną wprowadzone do umowy (załączniki nr 6a i 6b do SIWZ) w sposób mający na celu obejście przepisów prawa obowiązującego, a mianowicie przepisu art. 5 tej ustawy, poprzez określenie terminów zapłaty i odbioru przedmiotów dostaw w sposób uniemożliwiający korzystanie przez Wykonawcę z prawa do odsetek w wysokości ustawowej, zgodnie z powołanym artykułem, który stanowi, iż jeżeli strony w umowie przewidziały termin zapłaty dłuższy niż 30 dni, za okres począwszy od 31. dnia po spełnieniu swojego świadczenia niepieniężnego i doręczeniu dłużnikowi faktury lub rachunku - do dnia zapłaty, ale nie dłuższy niż do dnia wymagalności świadczenia pieniężnego”.

Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie niniejszego odwołania, poprzez unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na ustaleniu w SIWZ i załączonych istotnych postanowieniach, które zostaną wprowadzone do umowy, że jeżeli z przyczyn leżących po stronie zamawiającego podpisanie Protokołu odbioru końcowego nie nastąpi w ciągu 60 dni od dnia dostawy, wykonawca upoważniony jest do wystawienia faktury na podstawie Protokołu kompletności dostawy, albowiem takie postanowienia SIWZ zmierzają do ograniczenia uprawnień wykonawcy wynikających z ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych;

- 2) nakazanie zamawiającemu wprowadzenia zmiany do postanowień SIWZ oraz załączonych do nich istotnych postanowień, które zostaną wprowadzone do umowy, poprzez usunięcie z nich takiej właściwości umowy z wykonawcą, która może na podstawie przepisu art. 9 ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych skutkować jej nieważnością w całości lub odpowiedniej części, przez to, że unicestwia lub ogranicza prawa dostawcy do żądania odsetek począwszy od 31. dnia po spełnieniu świadczenia i doręczeniu faktury;
- 3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego się kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołujący podnosił, iż sprecyzowanie sposobu liczenia terminu płatności na zasadach określonych w SIWZ daje zamawiającemu możliwość znacznego odwlekania w czasie momentu zapłaty za spełnione przez wykonawcę świadczenie i w ocenie odwołującego ma uniemożliwić wykonawcy skorzystanie z prawa do naliczania odsetek stosownie do art. 5 ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych. Odwołują wskazywał, iż „(...) próbę niekorzystnego dla wykonawców przesunięcia w czasie momentu formalnego potwierdzenia odbioru świadczenia niepieniężnego należy postrzegać jako czynność zamawiającego zmierzającą do obejścia przepisów ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych. Zapisy SIWZ przewidujące sporządzenie protokołu odbioru końcowego w terminie 60 dni od faktycznego wykonania dostaw skutkują bowiem w sposób oczywisty ograniczeniem uprawnień wierzyciela wynikających z tej ustawy. W konsekwencji potencjalnie mogą one rodzić nieważność istotnych postanowień umowy a nawet pociągać za sobą ryzyko nieważności całej umowy. Taka ich właściwość dyskwalifikuje zgodność SIWZ z prawem i wymaga niewątpliwie skorygowania w oparciu o środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie Prawo Zamówień Publicznych.”.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest leasing finansowy wraz z dostawą nowego przenośnika zgrzeblowego ścianowego (z urządzeniem do przekładki), dostawą nowego przenośnika zgrzeblowego podścianowego (z najazdową stacją zwrotną) oraz dostawą nowego urządzenia do przekładki przenośnika ścianowego dla Kompanii Węglowej S.A., Oddział KWK Jankowice.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 sierpnia 2011 r., pod numerem 2011/S 150-250103.

Zgodnie z treścią SIWZ przedmiot zamówienia obejmuje:

- 1) zadanie nr 1 – leasing finansowy wraz z dostawą nowego przenośnika zgrzeblowego ścianowego (z urządzeniem do przekładki),
- 2) zadanie nr 2 – dostawa nowego przenośnika zgrzeblowego podścianowego (z najazdową stacją zwrotną),
- 3) zadanie nr 3 – dostawa nowego urządzenia do przekładki przenośnika ścianowego.

Zgodnie z pkt XVII SIWZ zamawiający określił następujące warunki płatności:

1) w zakresie zadania nr 1:

1. Po podpisaniu Protokołu przekazania przedmiotu leasingu nastąpi wystawienie faktury obejmującej wartość przedmiotu leasingu (tj. sumę rat kapitałowych) wraz z sumą czynszu odsetkowego (rat odsetkowych), z której w terminie płatności Zamawiający zobowiązany jest zapłacić kwotę podatku VAT na konto wskazane przez Wykonawcę. Podatek VAT zostanie uregulowany przez Zamawiającego wraz z zapłatą pierwszej raty leasingowej.

2. Pierwsza rata leasingowa zostanie zapłacona ostatniego dnia następnego miesiąca po dacie podpisania *Protokołu przekazania przedmiotu leasingu*. Pozostałe raty leasingowe spłacane będą w miesięcznych odstępach zgodnie z harmonogramem spłaty rat leasingowych oraz zgodnie z wystawianymi przez Wykonawcę i przesyłanymi do Zamawiającego notami księgowymi / fakturami.

3. Protokół przekazania przedmiotu leasingu zostanie podpisany:

a) w dniu podpisania Protokołu odbioru końcowego po uruchomieniu przenośnika na dole KWK „Jankowice”, przez przedstawiciela Zamawiającego i Wykonawcy,

b) w przypadku, jeżeli z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, podpisanie Protokołu odbioru końcowego nie nastąpi w ciągu 60 dni od daty zakończenia dostaw, to po upływie tego terminu, na podstawie podpisanego Protokołu kompletności dostawy, potwierdzającego realizację dostawy przedmiotu umowy do kopalni.

4. Wyklucza się możliwość stosowania zaliczek i przedpłat.

5. W przypadku nieterminowego zapłacenia raty leasingowej Wykonawca będzie miał prawo do naliczenia odsetek w wysokości odsetek ustawowych za każdy dzień opóźnienia z płatnością.

Analogiczne zapisy znalazły się również w załączniku nr 6a do SIWZ (§ 2 Istotnych postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy).

2) w zakresie zadania nr 2 i 3.

1. Termin płatności wynosi 60 dni od daty wpływu faktury do Zamawiającego.

2. Podstawą wystawienia faktury będzie Protokół odbioru końcowego po uruchomieniu dostarczonego urządzenia na dole kopalni, podpisany przez przedstawiciela Zamawiającego.

3. W przypadku jeżeli z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego podpisanie ww. protokołu nie nastąpi w ciągu 60 dni od daty dostawy, Wykonawca upoważniony jest do wystawienia faktury na podstawie Protokołu kompletności dostawy.

4. Wyklucza się możliwość stosowania zaliczek i przedpłat.

Analogiczne zapisy znalazły się również w załączniku nr 6b do SIWZ (§ 2 Istotnych postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy).

Ponadto zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ, (pkt B.I.) zamawiający określił, iż zakres zadania nr 1 obejmuje m.in.:

- 1) wykonanie przedmiotu zamówienia, w tym finansowania (leasingu),
- 2) dostawę do zamawiającego, łącznie z ubezpieczeniem na czas transportu,
- 3) udział w montażu i uruchomieniu przedmiotu zamówienia w wyrobiskach dołowych kopalni,
- 4) udział w odbiorze technicznym w wyrobiskach dołowych kopalni.

W zakresie zadania nr 2 (pkt C.I.) wpisano m.in.:

- 1) dostawę przedmiotu zamówienia do zamawiającego, łącznie z ubezpieczeniem na czas transportu,
- 2) udział w odbiorze technicznym w wyrobiskach dołowych kopalni.

Powyższe zapisy SIWZ leżą u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy p.z.p., jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy p.z.p

Zgodnie z art. 5 ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, strony mogą w umowie przewidzieć termin zapłaty dłuższy niż 30 dni. W takich sytuacjach wierzyciel może żądać odsetek ustawowych za okres począwszy od 31 dnia po spełnieniu swojego świadczenia niepieniężnego i doręczeniu dłużnikowi faktury lub rachunku - do dnia zapłaty, ale nie dłuższy niż do dnia wymagalności świadczenia pieniężnego. Natomiast dyspozycja art. 9 ustawy traktuje ipso iure czynność wyłączającą powyższe postanowienie jako czynność nieważną czyli niepociągającą za sobą skutków prawnych. W przedmiotowej sprawie zamawiający nie dokonał niedozwolonego wyłączenia prawa wykonawcy do dochodzenia należnych mu odsetek, a więc nie może być mowy o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych. W ocenie Izby, z obowiązujących przepisów prawa, w szczególności z przepisów ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, nie wynika zakaz ani ograniczenie możliwości przewidzenia w umowach zawieranych pomiędzy przedsiębiorcami terminów zapłaty dłuższych niż 30-dniowe. Wobec tego dopuszczalny jest 60-dniowy termin zapłaty przewidziany przez zamawiającego w SIWZ.

W przedmiotowej sprawie znamienne jest ustalenie momentu spełnienia świadczenia niepieniężnego w konsekwencji możliwość wystawienia przez wykonawcę faktury lub rachunku jak i rozpoczęcie biegu terminu zapłaty. Należy wskazać, iż w przedmiotowym stanie faktycznym za moment spełnienia świadczenia nie sposób uznać potwierdzenia przez strony kompletności dostawy wszystkich elementów (podzespołów, części) z których zmontowany zostanie przenośnik zgrzeblowy ścianowy (z urządzeniem do przekładki) dla zadania 1, czy przenośnik zgrzeblowy podścianowy (z najazdową stacją zwrotną) dla zadania 2. W ocenie Izby protokół kompletności dostawy może być uznany zarówno w zadaniu pierwszym czy też drugim jedynie za potwierdzenie zestawienia materiałowego a nie potwierdzenie spełnienia świadczenia. Należy mieć na uwadze, iż przedmiotem zamówienia jest przenośnik zgrzeblowy (ścianowy, podścianowy), dlatego też mając na uwadze jego gospodarcze przeznaczenie za moment spełnienia świadczenia należy uznać podpisanie protokołu odbioru końcowego po uruchomieniu przenośnika. Skoro zamawiający zastrzegł obowiązek udziału wykonawcy w montażu i uruchomieniu przedmiotu zamówienia to dopiero odbiór przenośnika jako zorganizowanej całości zdatnej do używania i pobierania pożytków można uznać za spełnienie świadczenia niepieniężnego.

Z tego względu, Izba nie dopatrzyła się w zachowaniu Zamawiającego naruszenia przepisów ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych uznając, iż interes wykonawcy, będącego stroną umowy w której przewidziano 60-cio dniowy termin płatności jest ustawowo chroniony. W ocenie Izby zamawiający precyzując postanowienia SIWZ w przedmiotowym postępowaniu nie naruszył praw wykonawców do żądania zapłaty odsetek w myśl przepisów ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p. oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....