

WYROK
z dnia 18 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę **Huta Łabędy S.A., ul. Zawadzkiego 45, 44-109 Gliwice** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie-Zdrój**

przy udziale:

- A. wykonawcy **O..... K....., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "MONTER" O..... K....., ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o., Rudna Mała k. Rzeszowa 49a, 36-060 Głogów Małopolski** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Huta Łabędy S.A., ul. Zawadzkiego 45, 44-109 Gliwice** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Hutę Łabędy S.A., ul. Zawadzkiego 45, 44-109 Gliwice** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Huty Łabędy S.A., ul. Zawadzkiego 45, 44-109 Gliwice** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Towarowa**

1, 44-330 Jastrzębie-Zdrój kwotę **4 356 zł 30 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta pięćdziesiąt sześć złotych, trzydzieści groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Gliwicach.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

I. Jastrzębska Spółka Węglowa Spółka Akcyjna w Jastrzębiu-Zdroju (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na dostawy dla kopalń JSW SA strzemion dwujarzmowych środkowych do łączenia odrzwi obudowy chodnikowej z kształtownika V32/36 wg dokumentacji JSW SA w łącznej ilości 750.000 szt. z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 25 lipca 2014 r., poz. 2014/S 141-253668. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 4 sierpnia 2014 r. Huta Łabędy Spółka Akcyjna w Gliwicach (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie wobec treści pkt 9.2 Ogólnych Warunków Umów (załącznik nr 7 do SIWZ) oraz treści §1 pkt 3 Wzoru umowy dostawy (Załącznik nr 6 do SIWZ), w których to zapisach Zamawiający nałożył na Wykonawcę obowiązek uwzględnienia w cenie kosztu wszelkich odsetek liczonych od dnia trzydziestego pierwszego po dniu odbioru/upływu okresu rozliczeniowego do dnia dokonania przez Odbiorcę płatności jednakże nie później niż sto dwudziestego dnia od daty dostarczenia faktury VAT do Odbiorcy z uwagi na zarzuty podniesione w dalszej części odwołania, oraz wobec treści pkt 12 SIWZ - Opis sposobu obliczania ceny, w zw. z pkt 9.2 Ogólnych Warunków Umów (załącznik nr 7 do SIWZ) oraz w zw. z treścią §1 pkt 3 Wzoru umowy dostawy (Załącznik nr 6 do SIWZ), z uwagi na fakt, iż zapisy punktu 12 SIWZ nie zawierają informacji, o tym, że Wykonawca ma uwzględnić w cenie koszt wszelkich odsetek liczonych od dnia trzydziestego pierwszego po dniu odbioru/upływu okresu rozliczeniowego do dnia dokonania przez Odbiorcę płatności jednakże nie później niż sto dwudziestego dnia od daty dostarczenia faktury VAT do Odbiorcy.

(Odwołujący w odwołaniu podnosił również inne zarzuty, wobec innych postanowień SIWZ i ogłoszenia, ale na rozprawie je wycofał).

W związku z powyższym Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 2 pkt 1) Prawa zamówień publicznych w związku z art. 3 ust. 1 pkt 1) ustawy o cenach, w związku z art. 7 ust. 2 ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych poprzez stworzenie przez zamawiającego własnej definicji ceny na potrzeby niniejszego

przetargu oraz poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku doliczenia odsetek ustawowych zwłoki do ceny oraz

2) art. 7 ust. 2 ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych poprzez wskazanie, iż termin zapłaty wynosić będzie do 120 dni bez jednoczesnego spełnienia przesłanek wskazanych w tym przepisie do wydłużenia terminu płatności.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego metody skonstruowania ceny w SIWZ oraz oczekiwania by cena zawierała odsetki ustawowe zwłoki za okres od 31 do 120 dnia licząc od daty dostawy strzemion, Odwołujący podnosił, że zapis taki narusza bezpośrednio definicję ceny zawartą w Prawie zamówień publicznych oraz ustawie o cenach. Zgodnie z art. 3. 1. 1) ustawy o cenach (na rozprawie precyzował, że chodzi o ustawę o informowaniu o cenach towarów i usług), cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym; do definicji tej na wprost odsyła Prawa zamówień publicznych, wskazując w art. 2 pkt 1), iż cenę należy rozumieć zgodnie z definicją ceny z ustawy o cenach (na rozprawie sprostował, że chodzi o ustawę o informowaniu o cenach towarów i usług).

Odsetki ustawowe zwłoki stanowią natomiast opłatę - karę za nieterminowe wykonanie zobowiązania pieniężnego. Odsetki ustawowe zwłoki stanowią zatem ekonomicznie inną kategorię, niż cena, która jest wartością za towar lub usługę. Odsetki nie mogą być elementem cenotwórczym. Odwołujący wskazuje, iż wobec braku wskazania w formularzu cenowym pozycji wartość netto, odsetki, podatek VAT porównanie poszczególnych ofert w zakresie ceny (kryterium wyboru oferty 100%) będzie niemożliwe. Należy bowiem przyjąć, iż niektórzy oferenci nie będą doliczać odsetek do wartości towaru, gdyż stać ich na kredytowanie zamawiającego, a inni będą doliczać. Zamawiający w ten sposób nie może dokonać porównania ofert w wyłącznym kryterium cena, gdyż do tej ceny doliczyć nakazuje ewentualnie odsetki, których jednak w formularzu nie wykazuje jako osobnej pozycji. Zatem nie wiadomo, co zamierza porównać zamawiający. Powyższy sposób kalkulacji ceny może zmierzać do preferowania dostawców którzy w istocie godzą się kredytować działalność gospodarczą zamawiającego a niekoniecznie będą ujawniać ten fakt.

Ponadto Odwołujący wskazywał, iż odsetki ustawowe zwłoki nie podlegają podatkowi VAT. Wskazany formularz oferty nie pozwala wyodrębnić odsetek od wartości zamówienia i w konsekwencji odsetki te będą podlegać podatkowi VAT. Powyższe rozwiązania jako niezgodne z prawem powoduje, iż wykonawca, który nawet zechce odsetki doliczyć do ceny nie będzie mógł ich prawidłowo ująć na fakturze. Na marginesie odsetki obejmuje się notą, a

nie fakturą. Odsetki będzie musiał wskazać jako podstawę opodatkowania. Natomiast w swojej sprawozdawczości rachunkowej odsetki „ukryte” w cenie nie będą wykazane jako naliczone i pobrane. W konsekwencji problem odsetek nie znika ani u zamawiającego, który w ten sposób nie zamyka drogi do ich naliczenia i dochodzenia, ani u przedsiębiorcy który kierując się obowiązkiem należytego dbania o interes swojego przedsiębiorstwa będzie musiał odsetki naliczyć i ich dochodzić.

Odwołujący wskazywał, iż zgodnie z art. 7 ust. 2 ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych można uzgodnić inny termin płatności niż 30 dni jednakże należy wykazać istnienie przesłanek określonych w tym przepisie. Zamawiający nie wskazał, iż takie przesłanki zostały użyte niniejszego postępowania definicja ceny nie sanuje naruszenia prawa w zakresie terminów płatności jakiego zamierza dopuścić się Zamawiający.

Powyższe działania Zamawiającego jako niezgodne z prawem i godzące w interes Odwołującego nie zasługują na ochronę.

W konsekwencji Odwołujący wnosil o:

- i. wykreślenie §1 ust. 3 Wzoru umowy dostawy stanowiącego Załącznik nr 7 do SIWZ zapisu o uwzględnieniu w cenie odsetek ustawowych zwłoki za okres od 31 do 120 dnia od daty dostarczenia strzemion,
- ii. wykreślenie w Ogólnych Warunkach Umowy w pkt 9.2 zapisu o uwzględnieniu w cenie odsetek ustawowych zwłoki za okres od 31 do 120 dnia od daty dostarczenia przedmiotu umowy,
- iii. dodanie w pkt 2.15 lit c) Ogólnych warunków Umów stanowiącego Załącznik nr 7 do SIWZ zapisów wskazujących okoliczności w których Zamawiający skorzysta z prawa opcji ze wskazaniem gwarantowanego poziomu podstawowego zakresu Zamówienia w wysokości 80 % Wykreślenia zapisu w załączniku nr 7 do SIWZ - Ogólnych Warunkach Umów w pkt 9.2 oraz w załączniku nr 6 do SIWZ w § 1 ust. 3 zapisu, iż cena obejmuje odsetki ustawowe zwłoki za okres od 31 do 120 dnia od terminu dostawy,
- iv. wskazanie, iż termin płatności wynosi 30 dni.

Ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę zarzutów w zakresie dotyczącym zaliczania na poczet ceny odsetek ustawowych, wnoszę o nakazanie zmiany treści pkt 12 SIWZ opis sposobu obliczenia ceny poprzez nakazanie dodania stosownych zapisów o konieczności uwzględnienia w cenie odsetek ustawowych zwłoki.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego skutecznie przystąpili wykonawcy: Olga Koza, prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "MONTER" O..... K..... w Lisowie oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o. w Rudnie Małej k. Rzeszowa.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Odnosnie zarzutu niewłaściwego opisu ceny wskazuje na definicję ceny z ustawy o cenach. Zastosowana przez niego w SIWZ definicja ceny nie uchybia wymogom ustawy o cenach. Cena ta obejmuje towar i usługę, a więc dostawę (sprzedaż) i usługę finansową. Żaden przepis nie zabrania takiego opisu przedmiotu zamówienia, przeciwnie, przywołuje art. 6 ust. 2 Pzp. Zasady ustalania wysokości odsetek wynikają z ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych – liczy się je po upływie 30 dni, brak zapłaty w terminie automatycznie powoduje odsetki ustawowe. Jego zdaniem w przedmiotowej sprawie istnieją przesłanki do ustalenia przedłużonego terminu płatności. Odroczony termin zapłaty nie jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego ani ze społeczno-gospodarczym celem umowy dostawy. Zauważa, że jakkolwiek termin płatności - 15, 30, czy 60-dniowy itd. jest kredytowaniem i ani Odwołujący ani Przystępujący nie wskazują, dlaczego akurat 120-dniowy termin miałby być sprzeczny z zasadami współżycia społecznego. Przy czym żaden z nich nie wskazuje na cykl produkcyjny czy fundusze, jakie zostały zaangażowane w produkcję, dlatego nie jest faktycznie znany rzeczywisty ciężar kredytowania. Wskazuje, że w obrocie profesjonalnym następuje ograniczenie zasad współżycia społecznego. Należy przestrzegać zasady rzetelności, uczciwości i wiarygodności, co zostało wyrażone w SIWZ, ponieważ Zamawiający jednoznacznie, jednakowo dla wszystkich, określił zasady płatności. Zamawiający znalazł się w sytuacji finansowej niekorzystnej bez swojej winy z powodu sytuacji gospodarczej i na innych zasadach nie jest w stanie funkcjonować. Jego sytuacja być może się polepszy z końcem roku, ale nie ma na to żadnej gwarancji, ceny węgla są najniższe od 6 lat, zatem znajduje zastosowanie art. 7 ust. 2 ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych. Sposób konstrukcji ceny w SIWZ nie wyłącza art. 13. Odsetki mogą być elementem cenotwórczym. Wskazuje na dwie interpretacje Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy, z których wynika, że nie jest konieczne wyodrębnienie odsetek w cenie i trzeba od nich płacić podatek VAT.

Wymogi SIWZ są jednakowe dla wszystkich, a swoboda kontraktowania pozwala na rezygnację z udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu, że jedni wykonawcy doliczą odsetki a inni nie – zarzut ten może dotyczyć każdego innego elementu ceny. Zamawiający może badać cenę jako rażąco niską i pytać o wycenione elementy. Skoro Zamawiający ma obowiązek uiścić odsetki, a równocześnie ma określić sposób ustalenia ceny, to zobowiązał wykonawcę do realizacji uprawnienia. W konsekwencji Zamawiający wnosil o oddalenie odwołania.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie może zostać uwzględnione.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zgodnie z pkt. 4 3.4 SIWZ, Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych, według zadań. Oferta może obejmować jedną albo wszystkie części przedmiotu zamówienia (zadania). Termin realizacji zamówienia wynosi 12 miesięcy od daty zawarcia umowy. Dostawa poszczególnych części zamówienia następować będzie na podstawie zamówień, które szczegółowo określą ilości towaru, terminy oraz miejsca dostaw (pkt 5 SIWZ).
2. W pkt 9.2 Ogólnych Warunków Umów (dalej: OWU; załącznik nr 7 do SIWZ) Zamawiający postanowił, że wskazana w Umowie Cena obejmuje również wynagrodzenie Dostawcy za świadczenie Usług lub Robót budowlanych, niezbędnych do realizacji Dostawy. Ponadto cena uwzględnia koszt wszelkich odsetek liczonych od trzydziestego pierwszego dnia po dniu odbioru/upływu okresu rozliczeniowego, do dnia dokonania przez Odbiorcę płatności, jednakże nie później niż sto dwudziestego dnia od daty dostarczenia faktury VAT do Odbiorcy.
3. W projekcie umowy w § 1 ust. 3 Zamawiający wskazał, „Ceny, wskazane w ust. 1 uwzględniają koszty wszelkich odsetek liczonych od trzydziestego pierwszego dnia po dniu odbioru/upływu okresu rozliczeniowego, do dnia dokonania przez Odbiorcę płatności, jednakże nie później niż sto dwudziestego dnia od daty dostarczenia faktury VAT do Odbiorcy. W ust. 4 wskazano, iż „Zapłata ceny nastąpi w terminie do 120 dni od dostarczenia faktury do Zakładu Logistyki Materiałowej – jednostki organizacyjnej Odbiorcy.”. Odwołujący kwestionował zarówno sposób obliczenia ceny (doliczenie do ceny odsetek), jak i termin płatności (120 dni).

W ocenie Izby, przytoczone wyżej postanowienia SIWZ, skarżone przez Odwołującego w odwołaniu, nie naruszają przepisów Prawa zamówień publicznych, i nie można stwierdzić, że są niezgodne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami innych ustaw. Rzeczywiście, termin płatności określony na 120 dni jest obiektywnie długim terminem płatności. Jednak Izba dała wiarę Zamawiającemu – jest to zamawiający sektorowy z branży górniczej – że znajduje się w trudnej sytuacji finansowej. Sytuacja na rynku górniczym jest powszechnie znana, i nie może tego zmienić okoliczność, że Zamawiający nabył niedawno inną kopalnię – podejmowanie przez Zamawiającego kroków do poprawy swojej rentowności nie podlega ocenie Izby. Bez wątpienia, dłuższe terminy płatności mogą co najmniej utrudniać mniejszym przedsiębiorcom dostęp do zamówienia, jednak nie jest obowiązkiem Zamawiającego ułatwienie wszelkim wykonawcom dostępu do uzyskania zamówienia; pożądanymi są wykonawcy zdolni do jego realizacji, nie tylko pod względem fachowym, ale też finansowym.

Krąg potencjalnych wykonawców powinien być możliwie szeroki, ale nie oznacza to, że każdy wykonawca, bez względu na swoje możliwości, będzie zdolny do realizacji zamówienia. Zresztą Zamawiający będzie zamawiał przedmiot zamówienia sukcesywnie, więc płatność w rzeczywistości będzie również realizowana etapami. W orzeczeniu KIO 1242/13 Izba także uznała, że wydłużenie terminu płatności do 120 dni nie narusza przepisów Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z ustawą o terminach zapłaty w transakcjach handlowych Zamawiający może wprowadzić dłuższy termin płatności – zgodnie z art. 7 ust 1 tejże ustawy, termin zapłaty określony w umowie nie może przekraczać 60 dni, liczonych od dnia doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi, chyba że strony ustalą inaczej i pod warunkiem, że ustalenie to nie jest sprzeczne ze społeczno-gospodarczym celem umowy i zasadami współzycia społecznego oraz jest obiektywnie uzasadnione, biorąc pod uwagę właściwość towaru lub usługi. Ustalenie 120 dniowego terminu płatności nastąpiło w postanowieniach przyszłej umowy (załącznikach do SIWZ), w ocenie Izby nie jest to sprzeczne ze społeczno-gospodarczym celem umowy i zasadami współzycia społecznego oraz jest obiektywnie uzasadnione.

W ocenie Izby sposób obliczenia ceny, wskazany przez Zamawiającego nie jest sprzeczny z ustawą z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług, zgodnie z którą cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. Zamawiający postanowił do ceny – kwoty należnej wykonawcy do wypłaty – doliczyć przysługujące wierzycielowi (wykonawcy) odsetki. Faktycznie, być może, korzystniejsze byłoby - zgodnie z postulatami Odwołującego - wyodrębnienie w cenie podawanej w formularzu ofertowym wliczonych do ceny odsetek: wówczas Zamawiający miałby pewność, że wykonawcy w cenie, zgodnie ze wskazówkami SIWZ, odsetki uwzględnili. Jednak rację miał Zamawiający, że nie wszystkie składniki cenowe każdorazowo są wymieniane wyraźnie jako składniki ceny; często instytucjom zamawiającym wystarcza oświadczenie wykonawcy w formularzu ofertowym, że wszystkie elementy mające wpływ na wysokość ceny zostały uwzględnione. W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, odsetki doliczone do ceny mogą być opodatkowane według stawki podatku właściwej dla dostawy towarów (zgodnie z cytowanymi przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie interpretacjami podatkowymi). Wszyscy potencjalni wykonawcy są w takiej samej sytuacji wobec kwestionowanych postanowień SIWZ, dlatego skarżone postanowienia SIWZ nie stoją w sprzeczności z art. 7 Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia przepisów, opisanych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

