

WYROK
z dnia 7 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2013 r. przez **PKP Cargo Service Sp. z o.o., ul. Grójecka 17, 02-221 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **PKP Cargo Service Sp. z o.o., ul. Grójecka 17, 02-221 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez **PKP Cargo Service Sp. z o.o., ul. Grójecka 17, 02-221 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **PKP Cargo Service Sp. z o.o., ul. Grójecka 17, 02-221 Warszawa** na rzecz **Kompanii Węglowej S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego 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. Nr 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

W postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego na „Kompleksową obsługę bocznic kolejowej KW S.A. Oddział KWK „Piekary” wraz z przewozem odpadów wydobywczych w okresie 12 miesięcy”, prowadzonym przez Kompanię Węglową S.A. (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego, wykonawca PKP Cargo Service Sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. z 2013 r., poz. 403) [dalej „ustawa o terminach zapłaty”] w zw. z art. 58 § 1 oraz art. 353¹ Kodeksu cywilnego, polegające na wskazaniu w § 2 ust. 11 Załącznika nr 7 do SIWZ (Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy), iż „Termin płatności faktur dokumentujących zobowiązania wynikające z niniejszej umowy wynosi 120 dni od daty wpływu faktury do Zamawiającego” oraz na wskazaniu w pkt. XVI SIWZ (Warunki płatności), iż: „Wymagany termin płatności wynosi 120 dni od daty wpływu faktury od Zamawiającego wystawionej na podstawie dokumentu odbioru przedmiotu zamówienia potwierdzonego przez Zamawiającego. Wyklucza się stosowanie zaliczek i przedpłać” - pomimo, iż ustawa o terminach zapłaty przewiduje maksymalny 60 dniowy termin płatności, a nie zachodzą przesłanki określone w art. 7 ust. 2 upoważniające do wydłużenia tegoż terminu (zarzut nr 1),

ewentualnie z ostrożności:

2. w razie uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż do zamawiającego zastosowanie znajduje nie art. 7, lecz art. 8 ustawy o terminach zapłaty: naruszenie przez zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy o terminach zapłaty, zgodnie z którym: „Strony transakcji handlowej mogą ustalić termin zapłaty dłuższy niż 30 dni, pod warunkiem że ustalenie to jest obiektywnie uzasadnione właściwością lub szczególnymi elementami umowy, a termin ten nie przekracza 60 dni”, polegające na wskazaniu w § 2 ust. 11 Załącznika nr 7 do SIWZ (Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy), iż „Termin płatności faktur dokumentujących zobowiązania wynikające z niniejszej umowy wynosi 120 dni od daty wpływu faktury do Zamawiającego” oraz na wskazaniu w pkt. XVI SIWZ (Warunki płatności), iż:

„Wymagany termin płatności wynosi 120 dni od daty wpływu faktury od Zamawiającego wystawionej na podstawie dokumentu odbioru przedmiotu zamówienia potwierdzonego przez Zamawiającego. Wyklucza się stosowanie zaliczek i przedpłać” - pomimo, iż ustawa o terminach zapłaty przewiduje maksymalny 60 dniowy termin płatności” (zarzut nr 2),

3. naruszenie art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 748 § 1 w zw. z art. 750 Kodeksu cywilnego oraz art. 139 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”] i art. 5 ust. 1 pkt 1 oraz art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. Nr 54, poz. 535), polegające na wskazaniu w § 2 ust. 4 Załącznika nr 7 do SIWZ (Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy), iż „W przypadku, kiedy zrealizowana wartość umowy będzie niższa od wartości umowy, Wykonawcy nie przysługuje jakiegokolwiek wynagrodzenie oraz jakiegokolwiek roszczenie odszkodowawcze”, pomimo, iż obowiązujące przepisy nie przewidują nieodpłatnego świadczenia usług objętych przedmiotem postępowania (zarzut nr 3),
4. naruszenie art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 471 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 353¹ Kodeksu cywilnego oraz art. 139 ustawy Pzp, polegające na wskazaniu w § 8 ust. 3 Załącznika nr 7 do SIWZ (Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy), odnoszącym się do naliczenia wykonawcy przez zamawiającego kar umownych, iż: „W przypadku niewykonania obowiązków umownych wpływających na ciągłość ruchu Zakładu Przeróbki Mechanicznej Węgla (powodującej postój powyżej 0,5 godziny) w wysokości 1 000,00 PLN za każde rozpoczęte 0,5 h postoju”, pomimo, iż obowiązujące przepisy nie pozwalają na uniezależnianie możliwości nałożenia kary umownej przez zamawiającego od braku winy po stronie wykonawcy (zarzut nr 4),
5. naruszenie art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 395 ust. 1 Kodeksu cywilnego oraz art. 144 i art. 145 ustawy Pzp, polegające na wskazaniu w § 11 ust. 1.3. lit. b Istotnych postanowień które zostaną wprowadzone do umowy (Załącznik nr 7 do SIWZ), iż zamawiający przewiduje możliwość zmiany umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy: „w razie rezygnacji przez Zamawiającego z realizacji części przedmiotu umowy. W takim przypadku wynagrodzenie przysługujące Wykonawcy zostanie pomniejszone, przy czym Zamawiający zapłaci za wszystkie spełnione świadczenia ” pomimo, iż obowiązujące

przepisy nie przewidują możliwości zmian umowy o zamówienie publiczne w sposób proponowany przez zamawiającego (zarzut nr 5).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. zmianę § 2 ust. 11 Załącznika nr 7 do SIWZ (Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy), poprzez wskazanie w jego treści, iż „Termin płatności faktur dokumentujących zobowiązania wynikające z niniejszej umowy wynosi 60 dni od daty wpływu faktury do Zamawiającego” oraz zmianę pkt. XVI SIWZ (Warunki płatności) poprzez nadanie mu brzmienia „Wymagany termin płatności wynosi 60 dni od daty wpływu faktury do Zamawiającego wystawionej na podstawie dokumentu odbioru przedmiotu zamówienia potwierdzonego przez Zamawiającego. Wyklucza się stosowanie zaliczek i przedpłat”,
2. zmianę § 2 ust. 4 Załącznika nr 7 do SIWZ (Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy), poprzez usunięcie § 2 ust. 4 Załącznika nr 7 do SIWZ albo też sprecyzowania jego treści, polegającego np. na zdefiniowaniu, co należy rozumieć przez „zrealizowanie umowy poniżej wartości umowy”, bądź usunięciu fragmentu dotyczącego "nie przysługiwania Wykonawcy jakiegokolwiek wynagrodzenia",
3. zmianę § 8 ust. 3 Załącznika nr 7 do SIWZ (Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy), poprzez wskazanie w jego treści, iż: „W przypadku niewykonania obowiązków umownych wpływających na ciągłość ruchu Zakładu Przeróbki Mechanicznej Węgla, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, (powodującej postój powyżej 0,5 godziny) Zamawiającemu przysługuje kara umowna w wysokości 1 000,00 PLN za każde rozpoczęte 0,5 h postoj”,
4. zmianę § 11 ust. 1.3. lit b Załącznika nr 7 do SIWZ (Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy), poprzez wykreślenie § 11 ust. 1.3. lit b Istotnych postanowień, które zostaną wprowadzone do umowy.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, odwołania z dnia 23 maja 2013 r., odpowiedzi zamawiającego na zapytania do treści SIWZ z dnia 29 maja 2013 r., a także stanowisk stron, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut nr 1 i zarzut nr 2 skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania, ponieważ zostały zgłoszone z uchybieniem terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby ustalił, że w ogłoszeniu o przedmiotowym zamówieniu, opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 maja 2013 r. pod nr 2013/S 091-155385 w sekcji III.1.2) *Główne warunki finansowe i uzgodnienia płatnicze i/lub odniesienie do odpowiednich przepisów je regulujących* zamawiający wskazał: „Wymagany termin płatności wynosi 120 dni od daty wpływu faktury od Zamawiającego wystawionej na podstawie dokumentu odbioru przedmiotu zamówienia potwierdzającego przez Zamawiającego. Wyklucza się stosowanie zaliczek i przedpłat.”

Skład orzekający Izby ustalił także, że zamawiający nadał § 2 *Cena i warunki płatności* ust. 11 Istotnych postanowień, które zostaną wprowadzone do umowy (Załącznik nr 7 do SIWZ) brzmienie: „Termin płatności faktur dokumentujących zobowiązania wynikające z niniejszej umowy wynosi 120 dni od daty wpływu faktury do Zamawiającego” oraz rozdziałowi XVI SIWZ *Warunki płatności* brzmienie: „Wymagany termin płatności wynosi 120 dni od daty wpływu faktury do Zamawiającego wystawionej na podstawie dokumentu odbioru przedmiotu zamówienia potwierdzonego przez Zamawiającego. Wyklucza się stosowanie zaliczek i przedpłat”.

Na podstawie ww. brzemienia § 2 ust. 11 Istotnych postanowień, które zostaną wprowadzone do umowy, rozdziału XVI SIWZ, a także sekcji III.1.2) ogłoszenia o zamówieniu skład orzekający Izby uznał, że ogłoszenie o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ zawierały tożsame znaczeniowo postanowienia co do oczekiwanych przez zamawiającego warunków płatności, które polegają na wprowadzeniu 120-dniowego terminu zapłaty oraz braku zaliczek i przedpłat.

W konsekwencji uznać należy, że z warunkami płatności przewidzianymi przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, w tym odwołujący, mieli możliwość zapoznać się od dnia publikacji ogłoszenia

o zamówieniu, tj. od dnia 11 maja 2013 r., nie zaś dopiero od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej zamawiającego, co nastąpiło po dniu 11 maja 2013 r.

Uwzględniając przepis art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, przewidujący 10-dniowy termin od publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej na złożenia odwołania wobec treści tegoż ogłoszenia, stwierdzić należy, że odwołujący zgłosił zarzut nr 1 i nr 2 wobec treści ogłoszenia, a jednocześnie wobec treści SIWZ, zawierającej tożsame znaczeniowe warunki płatności jak treść ogłoszenia o zamówieniu, z naruszeniem wskazanego przepisu ustawy Pzp, tj. dopiero w dniu 23 maja 2013 r., zamiast do dnia 21 maja 2013 r.

Dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje, że oczekiwanie odwołującego, iż w treści SIWZ odnajdzie postanowienia, które uzasadniałyby wprowadzenie w SIWZ 120-dniowego terminu zapłaty (co odwołujący podnosił na rozprawie) nie znajduje oparcia w przepisach Prawa zamówień publicznych (art. 36 ustawy Pzp). Skład orzekający Izby nie podziela także stanowiska odwołującego, iżby dopiero poznanie w pełni, co jest przedmiotem zamówienia (poznanie w pełni treści SIWZ), pozwoliło na skonstruowanie zarzutu nr 1 i nr 2, ponieważ ogłoszenie o zamówieniu stanowić ma dla wykonawców podstawę podjęcia decyzji co do możliwości uczestnictwa w danym postępowaniu – właśnie temu celowi służą obligatoryjne elementy ogłoszenia o zamówieniu wskazane przez ustawodawcę w art. 41 ustawy Pzp. W przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający poszerzył informacje o zamówieniu ponad elementy, o których mowa w art. 41, wskazując również – jako istotne dla niego – warunki dotyczące zapłaty.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp odwołanie odrzuca się, jeżeli Izba stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Ze względu na objęcie odwołaniem, poza zarzutem nr 1 i nr 2, kolejnych trzech zarzutów, skład orzekający Izby nie odrzucił odwołania, a jedynie pozostawił zarzuty nr 1 i nr 2 bez rozpoznania.

Odnosnie do zarzutów nr 3-5 odwołania skład orzekający Izby ustalił, że:

1. żądaniem odwołującego w zakresie zarzutu nr 3 było dokonanie przez zamawiającego zmiany § 2 ust. 4 Istotnych postanowień umowy, poprzez usunięcie § 2 ust. 4 albo też sprecyzowania jego treści, polegającego np. na zdefiniowaniu, co należy rozumieć przez „zrealizowanie umowy poniżej wartości umowy”, bądź usunięciu fragmentu dotyczącego "nie przysługiwania Wykonawcy jakiegokolwiek wynagrodzenia",
2. pismem z dnia 29 maja 2013 r. zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ, poprzez dodanie w § 2 ust. 4 sformułowania o treści: z tytułu niezrealizowanej części umowy”,

3. żądaniem odwołującego w zakresie zarzutu nr 4 było dokonanie przez zamawiającego zmiany § 8 ust. 3 Istotnych postanowień umowy, poprzez wskazanie w jego treści, iż: „W przypadku niewykonania obowiązków umownych wpływających na ciągłość ruchu Zakładu Przeróbki Mechanicznej Węgla, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, (powodującej postój powyżej 0,5 godziny) Zamawiającemu przysługuje kara umowna w wysokości 1 000,00 PLN za każde rozpoczęte 0,5 h postoju”,
4. pismem z dnia 29 maja 2013 r. zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ, poprzez nadanie § 8 ust. 3 Istotnych postanowień umowy brzmienia wskazanego powyżej przez odwołującego,
5. żądaniem odwołującego w zakresie zarzutu nr 5 było dokonanie przez zamawiającego zmiany § 11 ust. 1.3. lit b Istotnych postanowień umowy, poprzez jego wykreślenie, co dokonując modyfikacji SIWZ, pismem z dnia 29 maja 2013 r., zamawiający uczynił.

Na rozprawie odwołujący oświadczył, że w zakresie zarzutów nr 3-5 zamawiający zmodyfikował postanowienia SIWZ zgodnie z żądaniem odwołującego.

Uwzględniając powyższe zmiany SIWZ dokonane przez zamawiającego pismem z dnia 29 maja 2013 r. oraz oświadczenie odwołującego skład orzekający Izby uznał, że zarzuty nr 3-5 odwołania stały się bezprzedmiotowe.

Skład orzekający Izby oddalił odwołanie, ponieważ zarzuty nr 1-2 zostały zgłoszone po terminie, zaś ewentualne naruszenie w zakresie zarzutów nr 3-5 przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie miało i nie może już mieć wpływu na wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wyników postępowania na moment złożenia odwołania nie było i nadal nie ma (termin składania ofert został wyznaczony na dzień 11 czerwca 2013 r.) - wynik będzie następstwem brzmienia postanowień SIWZ nadanego przez zamawiającego pismem z dnia 29 maja 2013 r., nie zaś brzmienia postanowień SIWZ kwestionowanych w odwołaniu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: