

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aneta Młacka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2024 roku przez Odwołującego Dimark S.A. (ul. Zachodnia 3, Żółtkowo, 62-002 Suchy Las) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Port Lotniczy Lublin S.A. (ul. Zesłańców Sybiru 6, 20-008 Lublin)

przy udziale uczestników po stronie Zamawiającego:

- P.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Savicon P.S. (ul. Miła 5, 09-402 Płock),
- Nuctech Warsaw Company Limited sp. z o.o. (ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa)

orzeka:

- uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści specyfikacji warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu poprzez określenie terminu realizacji przedmiotu umowy w sposób odpowiadający art. 436 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w sposób gwarantujący zapewnienie odpowiedniego czasu dla realizacji przedmiotu umowy, uwzględniającego wszelkie okoliczności zamówienia, rezygnację z dotychczasowego harmonogramu płatności przewidującego 4 letni okres płatności za wykonanie przedmiotu umowy,
- kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego Port Lotniczy Lublin S.A. (ul. Zesłańców Sybiru 6, 20-008 Lublin) i:
 - zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego,
 - zasądza od Zamawiającego Port Lotniczy Lublin S.A. (ul. Zesłańców Sybiru 6, 20-008 Lublin) na rzecz Odwołującego Dimark S.A. (ul. Zachodnia 3, Żółtkowo, 62-002 Suchy Las) kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 2229/24

UZASADNIENIE

Zamawiający: Port Lotniczy Lublin spółka akcyjna prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zamówienia pn. „Dostawa, montaż oraz uruchomienie 2 zestawów składających się z urządzenia EDS CB (Explosive Detection System for Cabin Baggage) co najmniej normy C3 ECAC każdy wraz z system transportu bagażu kabinowego i powrotnikiem pojemników (kuwet) o długości min. 16.00 m - max. 18.00 m do Portu Lotniczego Lublin S.A.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w 14 czerwca 2024 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 353903-2024-PL.

Odwołujący Dimark spółka akcyjna wniósł odwołanie wobec:

- treści specyfikacji warunków zamówienia zamieszczonej na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 14 czerwca 2024 roku, w zakresie postanowienia § 7 ust. 1 załącznika numer 5 do specyfikacji warunków zamówienia (planowane postanowienia umowy), poprzez sformułowanie tego postanowienia w sposób sprzeczny z dyspozycją art. 436 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. poprzez zapisanie planowanego terminu zakończenia dostawy nierealnym terminem dziennym (datą dzienną - 30 października 2024 roku) w sytuacji braku uzasadnienia takiego działania obiektywną przyczyną;
- treści specyfikacji warunków zamówienia zamieszczonej na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 14 czerwca 2024 roku, w zakresie postanowienia § 7 ust. 1 załącznika numer 5 do specyfikacji warunków zamówienia (planowane postanowienia umowy), poprzez sformułowanie tego postanowienia w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i ograniczający konkurencję;
- treści specyfikacji warunków zamówienia zamieszczonej na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 14 czerwca 2024 roku, w zakresie postanowienia § 10 ust. 2 załącznika numer 5 do specyfikacji warunków zamówienia (planowane

postanowienia umowy), poprzez sformułowanie harmonogramu płatności w sposób, który koszty finansowania zamówienia przerzuca na wykonawcę i jednocześnie jest rażąco nieuczciwy dla wykonawcy jako wierzyciela,

- treści ogłoszenia o zamówieniu opublikowanej w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 czerwca 2024 roku, w zakresie punktu 5.1.12 „Zasady finansowe”, poprzez sformułowanie harmonogramu płatności w sposób, który koszty finansowania zamówienia przerzuca na wykonawcę i jednocześnie jest rażąco nieuczciwy dla wykonawcy jako wierzyciela.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

-naruszenie art. 436 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zapisanie planowanego terminu zakończenia dostawy nierealnym terminem dziennym (datą dzienną - 30 października 2024 roku) w sytuacji braku uzasadnienia takiego działania obiektywną przyczyną;

-naruszenie art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wskazanie nadmiernego, nieproporcjonalnego i ograniczającego konkurencję wymogu zakończenia dostawy (wykonania zamówienia) w terminie do dnia 30 października 2024 roku;

-naruszenie art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 08 marca 2013 roku o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, poprzez wskazanie nadmiernego, nieproporcjonalnego i ograniczającego konkurencję wymogu w postaci sformułowania harmonogramu płatności w sposób, który koszty finansowania zamówienia przerzuca na wykonawcę, i jednocześnie jest rażąco nieuczciwy dla wykonawcy jako wierzyciela.

Odwołujący wniósł o:

a)uwzględnienie odwołania w całości na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych;

b) nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści § 7 ust. 1 załącznika numer 5 do SWZ (planowane postanowienia umowy) i nadanie mu następującego brzmienia „Wykonawca zobowiązuje się zrealizować Przedmiot Umowy w terminie 8 (słownie: ośmiu) miesięcy od dnia podpisania Umowy”;

c) nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia poprzez rezygnację z rozliczania wykonania zamówienia przez okres ponad 4 (słownie: czterech) lat po odbiorze końcowym zamówienia i wprowadzenia zapłaty całości wynagrodzenia należnego wykonawcy najpóźniej po dokonaniu odbioru końcowego zamówienia;

d) nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu poprzez rezygnację z rozliczania wykonania zamówienia przez okres ponad 4 (słownie: czterech) lat po odbiorze końcowym zamówienia i wprowadzenia zapłaty całości wynagrodzenia należnego wykonawcy najpóźniej po dokonaniu odbioru końcowego zamówienia;

e) obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego.

Zgodnie z treścią § 7 ust. 1 załącznika numer 5 do SWZ (planowane postanowienia umowy): „Wykonawca zobowiązuje się zrealizować Przedmiot Umowy w terminie do dnia 30.10.2024 r.”. Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie podał żadnej obiektywnej przyczyny, która uzasadniałaby ustalenie tak krótkiego terminu realizacji zamówienia, określonego datą dzienną. Zdaniem Odwołującego, termin jest całkowicie nierealny, co również stanowi naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie jest możliwe wykonanie całości przedmiotu zamówienia do wskazanego przez Zamawiającego dnia 30 października 2024 roku.

W argumentacji Odwołujący wskazał, że Zamawiający w treści Rozdziału XVII, punkt 1 SWZ przewiduje termin związania ofertą do dnia 16 października 2024 roku. Data wykonania skomplikowanego zamówienia przypada zaledwie 14 (słownie: czternaście) dni później, tj. 30 października 2024 roku. Realizacja zamówienia przypadłaby na okres tzw. „wysokiego sezonu”, który na większości lotnisk w Polsce kończy się w ostatnim tygodniu października, co dodatkowo utrudniałoby realizację zamówienia. Odwołujący wskazał, że realnym terminem realizacji zamówienia jest okres 8 (słownie: ośmiu) miesięcy od dnia podpisania umowy w sprawie realizacji zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, podany w treści § 7 ust. 1 załącznika numer 5 do SWZ (planowane postanowienia umowy) zapis: „Wykonawca zobowiązuje się zrealizować Przedmiot Umowy w terminie do dnia 30.10.2024 r.” jest także nadmierny, nieproporcjonalny i ograniczający konkurencję. W ocenie Odwołującego taki zapis preferuje wykonawców, którzy mają określone urządzenia przygotowane z wyprzedzeniem (w magazynie) lub znają parametry realizacji zamówienia np. na skutek wcześniejszych inwestycji wykonywanych dla Zamawiającego. Jak wskazał Odwołujący, część wiedzy na temat warunków realizacji zamówienia potencjalni wykonawcy pozyskają dopiero w trakcie obowiązkowej wizji lokalnej, którą wyznaczono na okres pomiędzy 16 a 18 lipca 2024 roku, podczas gdy termin złożenia ofert upływa w dniu 19 lipca 2024 roku o godz. 09:30. Limitowanie wykonania zamówienia ścisłą datą dzienną, będącą całkowicie nierealną do dotrzymania (30 października 2024 roku) w ocenie Odwołującego jest niezgodne z dyspozycją art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,

i w sposób bezprawny dyskryminuje wykonawców, którzy jako producenci urządzeń ATRS (Automatic Tray Return Systems) chcieliby rozpocząć ich wytwarzanie po podpisaniu umowy z Zamawiającym.

W ocenie Odwołującego, przyjęty w treści postanowienia § 10 ust. 2 załącznika numer 5 do SWZ (planowane postanowienia umowy) harmonogram płatności powoduje, że przedmiot zamówienia nie stanowi dostawy tylko „wyleasingowanie” Zamawiającemu przedmiotu zamówienia. Jak wskazał Odwołujący, niespotykane jest, aby w sytuacji, gdy Zamawiający otrzymuje w całości przedmiot świadczenia, zapłata 80% należnego wykonawcy wynagrodzenia następowała w ratach i to przez okres ponad 4 lat. Takie rozwiązanie powoduje, że koszty finansowania zamówienia przerzucone są w całości na wykonawcę, który przez okres 4 lat kredytuje Zamawiającego. Wprowadzenie takiego rozwiązania do treści SWZ i Ogłoszenia jest nadmierne i nieproporcjonalne. W ocenie Odwołującego stanowi także wymóg ograniczający konkurencję albowiem preferuje wykonawców, których wspierają producenci urządzeń znani ze stosowania cen dumpingowych.

Zdaniem Odwołującego, wprowadzenie takiego rozwiązania w treści postanowienia § 10 ust. 2 załącznika numer 5 do SWZ (planowane postanowienia umowy) jest niezgodne z art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 08 marca 2013 roku o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych. Przepis ten zabrania ustalania w umowie harmonogramu spełnienia świadczenia pieniężnego w częściach, jeżeli takie ustalenie jest rażąco nieuczciwe wobec wierzyciela. Zdaniem Odwołującego zaproponowany przez Zamawiającego harmonogram płatności jest rażąco nieuczciwy dla wykonawcy, albowiem wykonawca wyzbywając się w całości prawa własności przedmiotu zamówienia musi przez okres ponad 4 lat czekać na zapłatę należnego mu wynagrodzenia. Oznacza to, że na wykonawcy spoczywa 100% ryzyka takiego rozwiązania w sytuacji, gdy Zamawiający zapłaciwszy wyłącznie 20% korzysta już w pełni z posiadanych na własność urządzeń. Takie rozwiązania nie byłyby dostępne dla Zamawiającego np. w przypadku zawarcia umowy leasingu albowiem tam ryzyka są rozdzielone pomiędzy strony. Leasingodawca zabezpiecza się uzyskując stosowne uprawnienia do zwrotnego przejęcia przedmiotu leasingu, co nie przysługuje w postępowaniu wykonawcy. Ponadto Odwołujący wskazał, że uzyskanie przez Zamawiającego leasingu o tych parametrach wymagałoby przeprowadzenia stosownej procedury badania zdolności finansowej Zamawiającego. Jak argumentował Odwołujący, Zamawiający całość ryzyk związanych z odroczeniem zapłaty wynagrodzenia wykonawcy przerzuca na wykonawcę, samemu korzystając w pełni z dobrodziejstw przyjętego harmonogramu płatności. Takie rozwiązanie jest rażąco nieuczciwe dla wykonawcy i wobec tego sprzeczne z art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 08 marca 2013 roku o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości w zakresie zarzutu nr 2, który nie został uznany przez Zamawiającego w piśmie z dnia 01 lipca 2024 roku. W treści pisma procesowego Zamawiający wskazał, że w zakresie zarzutu pierwszego dotyczącego terminu dostawy Zamawiający pismem z 01 lipca 2024r. uznał za zasadny zarzut i wydłużył termin realizacji z 30 października 2024r. do 02 grudnia 2024r. W związku z tym Zamawiający dokonał zmiany ogłoszenia oraz zmiany SWZ.

Zamawiający wskazał, że w przedmiotowej sprawie dwóch wykonawców zgłosiło przystąpienie po stronie Zamawiającego jeszcze przed zmianą terminu wykonania zamówienia, co oznacza, że obaj wykonawcy byli gotowi dostarczyć urządzenie w pierwotnym terminie, a zatem wymóg nie był nadmierny, dyskryminujący, w przeciwieństwie do twierdzenia Odwołującego.

W odniesieniu do zarzutu drugiego, Zamawiający wyjaśnił, że jest w trudnej sytuacji finansowej, dlatego zdecydował się na taki sposób płatności. Wskazał także, że dwóch wykonawców zgłosiło przystąpienie po stronie Zamawiającego, a co za tym idzie sposób płatności nie stanowi dla nich problemu. Zamawiający wyjaśnił, że mechanizm płatności jest bardzo zbliżony do leasingu. Inaczej wygląda kwestia własności sprzętu w trakcie jego użytkowania, ale nie zmienia to postaci rzeczy, jeżeli chodzi o mechanizm płatności, a on w głównej mierze stanowi sedno zarzutu Odwołującego. Zamawiający podniósł, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby wykonawca, który nie chce płacić z własnych pieniędzy za urządzenie wziął kredyt na zakup urządzenia a kosztami tego kredytu w cenie obciążył Zamawiającego i tym samym dodatkowe koszty poniesie de facto Zamawiający, a nie wykonawca. Może też w cenie uwzględnić inflację z tego tytułu że otrzyma wynagrodzenie w późniejszym terminie. Zamawiający wskazał, że jest świadomy tych ewentualnych dodatkowych kosztów jednak sytuacja finansowa Zamawiającego nie pozwala mu na jednorazową zapłatę.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 436 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych umowa zawiera postanowienia określające w szczególności planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną.

Zgodnie z powyższym artykułem, termin zakończenia dostawy, usługi lub roboty budowlanej co do zasady powinien zostać określony w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach. Zgodnie z treścią ww. przepisu, jako wyjątek od powyższej zasady możliwe jest wskazanie konkretnej daty wykonania umowy, jednakże musi być ono uzasadnione konkretną przyczyną. Zamawiający do zamknięcia rozprawy z udziałem stron nie przedstawił jakiegokolwiek powodu wskazania konkretnej daty wykonania umowy. Dokonując zmiany treści SWZ, Zamawiający również wskazał konkretną datę realizacji przedmiotu umowy, nie podając żadnej obiektywnej przyczyny uzasadniającej konieczność wskazania daty w miejsce określenia terminu realizacji umowy w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach.

Istotą powyższego przepisu ustawy jest okoliczność, że wykonawca powinien mieć jasność i pewność co do długości czasu, jaki będzie przeznaczony na realizację przedmiotu umowy po podpisaniu umowy, nie zaś, że termin ten jest nieznany z uwagi na trudny do przewidzenia czas związany z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Z powyższych względów Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści specyfikacji warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu poprzez określenie terminu realizacji przedmiotu umowy w sposób odpowiadający art. 436 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w sposób gwarantujący zapewnienie odpowiedniego czasu dla realizacji przedmiotu umowy, uwzględniającego wszelkie okoliczności zamówienia.

Izba miała na uwadze okoliczność, że Zamawiający 1 lipca 2024 roku uwzględnił zarzut odwołania w ten sposób, że uznał za zasadny zarzut dotyczący zbyt krótkiego terminu na realizację przedmiotu umowy. Dokonując modyfikacji SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu na podstawie niniejszego wyroku, Zamawiający będzie zobowiązany wziąć pod uwagę okoliczności, które przedstawiał Odwołujący (i które uznał Zamawiający uwzględniając zarzut), a zatem m. in. okres tzw. „wysokiego sezonu”. Dodatkowo należy wskazać, że Zamawiający nie wykazał, aby niezbędne było zrealizowanie przedmiotu umowy w tak krótkim czasie jak do 30 października, czy do 2 grudnia 2024 roku. Złożony przez Zamawiającego w trakcie rozprawy z udziałem stron dowód w postaci pisma Inspektora ochrony radiologicznej – Pani Moniki Wojciechowskiej - nie wskazuje żadnego konkretnego terminu, jaki jest niezbędny do zrealizowania umowy. W treści złożonego pisma Inspektor ochrony radiologicznej jedynie prosi o rozważenie w niedalekiej przyszłości możliwości wymiany na nowe przedmiotowych urządzeń. Treść tego pisma, jak również złożone „Zestawienie największej zmierzonej mocy dawki promieniowania jonizującego w odległości 5 cm od dowolnej powierzchni urządzenia, które w latach 2015-2023 roku były stosowane przez pracowników Portu Lotniczego Lublin S.A. z siedzibą w Lublinie” nie wskazują wprost, w jakim terminie niezbędne jest dokonanie wymiany urządzeń. Tej okoliczności nie wyjaśnił Zamawiający. Nie dowiódł zatem, aby to 2 grudnia 2024r. lub okres zaledwie 43 dni był czasem bezwzględnie koniecznym do zrealizowania przedmiotu umowy.

Podnoszona przez Zamawiającego jako argument okoliczność, iż dwóch innych wykonawców jest gotowych do zrealizowania przedmiotu umowy w bardzo krótkim czasie, nie jest równoznaczna z istnieniem obiektywnej potrzeby Zamawiającego zrealizowania przedmiotu zamówienia w tak krótkim czasie.

Za zasadny został także uznany zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 16 pkt 1) i 3) ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 08 marca 2013 roku o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, poprzez wskazanie nadmiernego, nieproporcjonalnego i ograniczającego konkurencję wymogu w postaci sformułowania harmonogramu płatności w sposób, który koszty finansowania Zamówienia przerzuca na wykonawcę i jednocześnie jest rażąco nieuczciwy dla wykonawcy jako wierzyciela.

Zgodnie z art. 11 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych strony transakcji handlowej mogą ustalić w umowie harmonogram spełnienia świadczenia pieniężnego w częściach, pod warunkiem że ustalenie takie nie jest rażąco nieuczciwe wobec wierzyciela.

Zgodnie z art. 11a ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych oceny, czy postanowienia umowne są rażąco nieuczciwe wobec wierzyciela dokonuje się, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, w szczególności:

- 1) rażące odstępstwa od dobrych praktyk handlowych, które naruszają zasadę działania w dobrej wierze i zasadę rzetelności;
- 2) właściwość towaru lub usługi, które są przedmiotem transakcji handlowej, w szczególności czas zwykle potrzebny na zbycie towaru przez dłużnika na rzecz osób trzecich, lub
- 3) dostosowanie harmonogramu dostawy towarów lub wykonania usługi w częściach do harmonogramu spełniania odpowiadających im części świadczenia pieniężnego.

Zamawiający przewidział harmonogram płatności, zgodnie z którym: „Z tytułu należytego wykonania wszystkich obowiązków wynikających z Umowy Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie w kwocie słownie: złotych netto,

powiększone o właściwą stawkę podatku od towarów i usług (dalej Wynagrodzenie Wykonawcy).

Strony stosownie do treści art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych zgodnie postanawiają, iż wynagrodzenia płatne będzie w częściach według następującego harmonogramu:

- a) I część w wysokości 20 % wynagrodzenia netto określonego w ust.1 powiększone o należny podatek VAT w stawce obowiązującej w dniu wystawienia faktury, płatna w terminie 30 dni od dnia podpisania protokołu, o którym mowa w § 7 i doręczenia prawidłowo wystawionej faktury VAT;
- b) II część w wysokości 20 % wynagrodzenia netto określonego w ust.1 powiększone o należny podatek VAT w stawce obowiązującej w dniu wystawienia faktury, płatna w terminie do dnia 30.11.2025 r.;
- c) III część w wysokości 20 % wynagrodzenia netto określonego w ust.1 powiększone o należny podatek VAT w stawce obowiązującej w dniu wystawienia faktury, płatna w terminie do dnia 30.11.2026 r.;
- d) IV część w wysokości 20 % wynagrodzenia netto określonego w ust.1 powiększone o należny podatek VAT w stawce obowiązującej w dniu wystawienia faktury, płatna w terminie do dnia 30.11.2027 r.;
- e) V część w wysokości 20 % wynagrodzenia netto określonego w ust.1 powiększone o należny podatek VAT w stawce obowiązującej w dniu wystawienia faktury, płatna w terminie do dnia 30.11.2028 r.”.

Nawet gdyby uznać, że to na Odwołującym spoczywał ciężar dowodu co do okoliczności, że ustalenie harmonogramu spełnienia świadczenia jest rażąco nieuczciwe wobec Odwołującego, to w ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ustalenie przez Zamawiającego harmonogramu spełnienia świadczenia zostało określone w sposób rażąco nieuczciwy.

Celem ustawy, w szczególności w sytuacji wskazanej w art. 11 ustawy, jest zapobieganie sytuacjom, gdy wierzyciel otrzymuje świadczenie pieniężne po spełnieniu swojego świadczenia w zbyt długim czasie od chwili spełnienia świadczenia przez wierzyciela. Z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu.

Trudno o bardziej dobitny przykład harmonogramu nieuczciwego wobec wierzyciela niż ten, gdy wykonawca po spełnieniu swojego świadczenia otrzyma zaledwie 20% wartości tego świadczenia (przedmiotu umowy), przy czym wartość urządzeń wchodzących w skład przedmiotu umowy to kilkanaście milionów złotych (tej okoliczności nie zaprzeczył ani Zamawiający, ani wykonawcy, którzy zgłosili przystąpienie po jego stronie), a pozostałą wartość wykonawca otrzymać ma w całości dopiero po czterech latach od daty realizacji przedmiotu umowy. Wykonawca otrzyma zapłatę za świadczenie o wartości kilkunastu milionów dopiero po upływie 4 lat od daty realizacji przedmiotu umowy.

W ocenie Izby to jednak na Zamawiającym spoczywał obowiązek wykazania, że przewidziany przez niego harmonogram nie jest rażąco nieuczciwy wobec wierzyciela. To Zamawiający określił w SWZ harmonogram i powinien wykazać jego zasadność. Zamawiający nie podał ciężarowi dowodu w tym zakresie.

W odpowiedzi na odwołanie, w ramach obrony swojego stanowiska, Zamawiający wskazał na okoliczność, że dwóch wykonawców, którzy zgłosili przystąpienie po jego stronie do postępowania odwoławczego, jest gotowych do realizacji przedmiotu umowy zamówienia zgodnie z określonym przez Zamawiającego harmonogramem. Sama okoliczność, że znaleźli się wykonawcy zdolni do realizacji zamówienia nawet przy takich warunkach jego realizacji nie oznacza, że harmonogram nie jest nieuczciwy wobec wierzyciela.

Ponadto argumentacja Zamawiającego jest wewnętrznie sprzeczna. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że: „nic nie stoi na przeszkodzie, aby wykonawca, który nie chce płacić z własnych pieniędzy za urządzenie wziął kredyt na zakup urządzenia a kosztami tego kredytu w cenie obciążył Zamawiającego i tym samym dodatkowe koszty poniesie de facto Zamawiający.” Z jednej strony zatem Zamawiający twierdzi, że jest w trudnej sytuacji finansowej, z drugiej zaś jest gotowy ponieść znacznie wyższe koszty realizacji zamówienia.

Zamawiający nie wykazał, aby nie był w stanie dokonać płatności w krótszym terminie, niż wynikający z harmonogramu. Zamawiający jako dowód braku środków na realizację zamówienia złożył w trakcie rozprawy z udziałem stron „Sprawozdanie niezależnego biegłego rewidenta z badania sprawozdania finansowego za okres od 1 stycznia 2023 roku do 31 grudnia 2023 roku”. Z treści tego sprawozdania wynika, że w sprawozdaniu finansowym za rok obrotowy 2023 Zamawiający wykazał stratę, jednakże jednocześnie z treści sprawozdania wynika, że: „przewidywane wydatki w roku 2024 mają pokrycie w planowanych wpływach z tytułu przychodów operacyjnych oraz środków pochodzących z podniesienia kapitału zakładowego, uwzględnionych w budżetach Miasta Lublin i Województwa Lubelskiego. Do dnia 17.04.2024 roku Spółka została dokapitalizowana kwotą 15400,00 tys. zł.” Powyższe oznacza, że sytuacja finansowa Zamawiającego nie jest na tyle zła, aby uzasadniała tak niekorzystny dla wykonawców harmonogram płatności.

Nie jest rolą Izby ocena sytuacji finansowej Zamawiającego, nie była ona również przedmiotem rozprawy, a co więcej, nie powinna następować na podstawie zaledwie jednego dokumentu. Co jednak istotne, złożony dokument nie jest dowodem na okoliczność, że Zamawiający był zmuszony do opracowania dokładnie takiego harmonogramu płatności, jaki przewidział we wzorze umowy.

Zgodnie z twierdzeniem Przystępujących, zgłaszanym w trakcie rozprawy, prowadzonych jest wiele postępowań przewidujących takie jak w niniejszej sprawie harmonogramy płatności. Jednakże żaden z Wykonawców, jak również Zamawiający, nie zdecydował się przedstawić dowodu na tę okoliczność. Przystępujący P.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P.S. twierdził, że w dotychczas prowadzonych przez porty lotnicze postępowaniach o udzielenie zamówienia, w których również Odwołujący brał udział, przewidziano harmonogram – taki, jak w niniejszym postępowaniu. Jednak Przystępujący nie złożył w tym zakresie dowodu, a złożenie takiego dowodu z pewnością nie powinno być utrudnione dla Przystępującego. Nie dowiódł zatem powyższej okoliczności. Być może w postępowaniach konkurencyjnych przewidziano inne harmonogramy – przewidujące kilkumiesięczny czas płatności za realizację świadczenia, lub też została przewidziana płatność w ratach, związanych z realizacją poszczególnych zadań i określająca znacznie wyższe wartości procentowe poszczególnych płatności.

Z treści umowy przygotowanej przez Zamawiającego, w szczególności z § 10 ust. 2 nie wynika, aby Zamawiający wyodrębnił w ramach płatności za realizację przedmiotu umowy osobną płatność za świadczony serwis i gwarancję. Nie jest zatem uzasadnione stanowisko Przystępującego P.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Savicon P.S., że przewidywane przez Zamawiającego rozłożenie na raty płatności za realizację przedmiotu zamówienia zostało dostosowane do rozłożonego w czasie świadczenia serwisu i gwarancji.

Zamawiający nie wyodrębnił z przedmiotu umowy usług w zakresie serwisu i gwarancji, zarówno w treści § 1, jak i w treści harmonogramu płatności. Ponadto czas trwania usług serwisu i gwarancji jest dłuższy niż czas płatności przewidziany w harmonogramie. Gdyby Zamawiający uzależnił ilość i wysokość rat od czasu trwania serwisu i gwarancji, to zarówno czas trwania tego świadczenia, jak i czas płatności pokrywałyby się. Ponadto Zamawiający w treści pisma procesowego w ogóle nie podniósł takiego argumentu jak Przystępujący, co oznacza, że jest to argument stworzony wyłącznie przez Przystępującego na potrzeby postępowania odwoławczego oraz jednoznacznie dowodzi, że treść harmonogramu płatności nie była dostosowywana do rozłożonego w czasie świadczenia w postaci serwisu i gwarancji.

Z powyższych względów Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie modyfikacji SWZ i ogłoszenia o zamówieniu poprzez rezygnację z dotychczasowego harmonogramu płatności przewidującego 4 letni okres płatności za wykonanie przedmiotu umowy.

Zgodnie z art. 568 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Zamawiający pismem z 1 lipca 2024 roku uwzględnił zarzut w zakresie długości terminu realizacji przedmiotu umowy, przesuwając termin realizacji umowy z 30 października 2024 roku na 2 grudnia 2024 roku, a zatem o 33 dni. Odwołujący wnosł natomiast o wydłużenie terminu realizacji umowy o 8 miesięcy. Zamawiający nie uwzględnił żądania Odwołującego. Wydłużenie terminu realizacji umowy było zatem nieznaczne względem tego, na co wskazywał i o co wnioskował Odwołujący. Powyższe oznacza, że pomiędzy stronami pozostał spór co do długości terminu realizacji przedmiotu umowy. Nie można zatem mówić, że pomiędzy stronami spór wygasł. Zarzut pozostał aktualny. A to oznacza, że postępowanie odwoławcze nie stało się zbędne. Skoro pomiędzy stronami w dalszym ciągu pozostaje spór co do długości trwania terminu realizacji przedmiotu umowy, to postępowanie odwoławcze jest aktualne i nie stało się zbędne. Sama okoliczność, że Zamawiający dokonał zmiany SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu w zakresie terminu realizacji przedmiotu umowy nie oznacza, że wygasł pomiędzy stronami spór w tym zakresie. Izba rozpoznała zarzut mając również na uwadze zasadę kumulacji środków odwoławczych.

Zamawiający i Wykonawcy przystępujący po jego stronie do postępowania odwoławczego nie wykazali również, z jakiego powodu postępowanie odwoławcze miałyby stać się niedopuszczalne.

Z powyższych względów nie można mówić o konieczności umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie jednego z zarzutów odwołania, co sugerował Przystępujący P.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P.S..

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) oraz § 5 pkt 2b), § 7 ust. 1 pkt 1)), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....