

**Dotyczy:** postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: **Dostawa w ramach „Leasingu operacyjnego (z opcją wykupu) dwóch serwerów typu RACK dla Muzeum Narodowego w Szczecinie”**

### **Odpowiedzi na pytania**

W związku z otrzymanymi zapytaniem do zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 639391-N-2019 w dniu 31.12.2019 w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej <http://bip.muzeum.szczecin.pl>; pn.: **Dostawa w ramach „Leasingu operacyjnego (z opcją wykupu) dwóch serwerów typu RACK dla Muzeum Narodowego w Szczecinie”**

#### **Pytanie 1:**

Zważywszy, że integratorzy IT nie są podmiotami świadczącymi co do zasady usługi finansowe (leasingowe), a zatem nie są instytucjami finansowymi w rozumieniu Prawa bankowego, „IT Serwis” spółka z o.o. zwraca się z zapytaniem, czy Zamawiający zgodzi się na modyfikację Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (w tym OPZ) i zawartego w niej projektu umowy w ten sposób, że Wykonawca musi być właścicielem dostarczanego sprzętu w ramach realizacji Zamówienia, lecz może być leasingobiorcą tego sprzętu i oprogramowania na podstawie umowy leasingu zawartej z finansującym (podmiotem trzecim - właścicielem sprzętu, niezgłoszonym jako podwykonawca), a następnie oddać Zamawiającemu do użytkowania i pobierania pożytków ten sprzęt zgodnie z warunkami umowy (rozliczenie Zamawiającego z Wykonawcą odbywałoby się na zasadzie refakturowania kosztów leasingu 1:1). Wykonawca przy tym zagwarantuje, że zawarta przez niego umowa leasingu dopuszcza zawarcie umowy z Zamawiającym, a ponadto, że po upływie okresu, na jaki została zawarta umowa z Zamawiającym umożliwi wykup przedmiotu umowy za maksymalnie 1% jego pierwotnej wartości.

Podkreślenia wymaga, że w świetle aktualnej treści SIWZ Wykonawca niebędący właścicielem sprzętu będącego przedmiotem umowy z Zamawiającym nie może być leasingodawcą (finansującym).

SIWZ w punkcie 3 Załącznika nr 1 (OPZ) odnosi się wprost do definicji leasingu operacyjnego w rozumieniu ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych – tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 865 (dalej: u.p.d.o.p).

U.p.d.o.p. opiera się na definicji leasingu zawartej w k.c. Zgodnie z art. 709<sup>1</sup> k.c. przez umowę leasingu finansujący zobowiązuje się – w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa – nabyć rzecz od oznaczonego zbywcy na warunkach określonych w tej umowie i oddać tę rzecz

korzystającemu do używania albo używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony, a korzystający zobowiązuje się zapłacić finansującemu w uzgodnionych ratach wynagrodzenie pieniężne, równe co najmniej cenie lub wynagrodzeniu z tytułu nabycia rzeczy przez finansującego. Definicja ta wymienia następujące podstawowe cechy umowy leasingu:

- 1) leasingu dokonuje zawsze podmiot będący przedsiębiorcą i prowadzący działalność w tym zakresie (finansujący);
- 2) udzielający leasingu musi nabyć przedmiot tej umowy od oznaczonego zbywcy;
- 3) udzielający leasingu powinien oddać przedmiot leasingu do odpłatnego używania;
- 4) z tytułu wymienionego w pkt 3 będą pobierane pożytki (wynagrodzenie) przez czas oznaczony;
- 5) korzystający z przedmiotu leasingu powinien płacić finansującemu raty za użytkowanie przedmiotu leasingu;
- 6) suma rat płaconych przez korzystającego w okresie umowy leasingu powinna być co najmniej równa cenie przedmiotu leasingu.

Jeśli umowa nie spełnia któregoś z wyżej wymienionych punktów, to nie będzie stanowiła umowy leasingu. Najczęściej będzie ona wtedy umową najmu lub dzierżawy.

Wedle wiedzy przedstawicieli Wykonawcy firmy leasingowe zajmujące się leasingiem sprzętu IT nie oferują swoich produktów w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych na warunkach odmiennych niż ich standardowe warunki umowne, stąd też istnieje wysokie prawdopodobieństwo, iż te podmioty nie będą zainteresowane udziałem w niniejszym postępowaniu.

### **Odpowiedź**

Zamawiający nie przewiduje modyfikacji SIWZ w żądanym zakresie.

Zgodnie z art. 709 (1) ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019r. poz. 1145 ze zm.), przez umowę leasingu finansujący zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, nabyć rzecz od oznaczonego zbywcy na warunkach określonych w tej umowie i oddać tę rzecz korzystającemu do używania albo używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony, a korzystający zobowiązuje się zapłacić finansującemu w uzgodnionych ratach wynagrodzenie pieniężne, równe co najmniej cenie lub wynagrodzeniu z tytułu nabycia rzeczy przez finansującego.

Powyższe oznacza, jak zresztą wskazał autor pytania, iż podstawową cechą leasingu jest to, aby finansujący nabył przedmiot tej umowy od określonego zbywcy. Wyrażenie „nabycie” z art. 709<sup>1</sup> obejmuje swoim zakresem nabycie własności rzeczy lub użytkowania wieczystego nieruchomości. Nie może więc być oddana w leasing rzecz, do której prawo finansującego wypływa z innego tytułu, np. z użytkowania, zastawu, najmu, dzierżawy lub użyczenia (por. M. Pazdan [w:] *Kodeks cywilny, t. 1, red. K. Pietrzykowski, 2011, kom. do art. 709<sup>1</sup>, nb 32*).

Tym samym, jeżeli autor pytania wskazuje, iż nie będzie właścicielem danej rzeczy, lecz sam będzie leasingobiorcą, to wówczas umowa zawarta z takim podmiotem nie będzie umową leasingu operacyjnego. Przedmiotem zamówienia jest natomiast wyłącznie leasing operacyjny.

.....