

Sygn. akt: KIO 3047/20

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 2 grudnia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 2 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2020 r. przez wykonawcę **FAMUR S.A.** siedzibą w Katowicach przy ul. Armii Krajowej 51 (40-698 Katowice) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A.** siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju, Zakład Wsparcia Produkcji przy ul. Towarowej 1 (44-330 Jastrzębie-Zdrój)

**postanawia:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy – **FAMUR S.A.** z siedzibą w Katowicach, stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gliwicach**.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 3047/20

**Uzasadnienie**

Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju, Zakład Wsparcia Produkcji zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Dostawa do kopalń JSW S.A. zgrzebeł kompletnych oraz obejm do zgrzebeł przenośników zgrzeblowych i dozownika zgrzeblowego z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy* (nr postępowania: 13/PM/21), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 listopada 2020 r., pod numerem 2020/S 222-546731.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach zwany dalej: „odwołującym” w dniu 20 listopada 2020 r. wniósł odwołanie wobec następujących postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) i treści ogłoszenia o zamówieniu:

- pkt III.1.7) ogłoszenia o zamówieniu – Główne warunki finansowe i uzgodnienia płatnicze i/lub odniesienie do odpowiednich przepisów je regulujących - w zakresie w jakim wprowadza termin płatności wynoszący 90 dni od przedstawienia zamawiającemu faktury VAT, chyba że wykonawca jest mikroprzedsiębiorcą, małym przedsiębiorcą lub średnim przedsiębiorcą w stosunku do którego termin zapłaty wynosi 60 dni od daty dostarczenia zamawiającemu faktury VAT;

- pkt 14.7 SIWZ – Opis sposobu obliczenia ceny w zakresie w jakim wskazuje, że zapłata ceny nastąpi w terminie 90 dni od daty przedstawienia zamawiającemu faktury VAT, chyba że wykonawca jest mikroprzedsiębiorcą, małym przedsiębiorcą lub średnim przedsiębiorcą w stosunku do którego termin zapłaty wynosi 60 dni od daty dostarczenia zamawiającemu faktury VAT;

- pkt 9.7. Załącznika nr 5 do SIWZ – Ogólne warunki umów –w zakresie w jakim określa, iż zapłata ceny nastąpi w terminie do 90 dni od daty doręczenia faktury do Centrum Usług Wspólnych – jednostki organizacyjnej Odbiorcy, chyba że Dostawca jest mikroprzedsiębiorcą, małym przedsiębiorcą lub średnim przedsiębiorcą w stosunku do którego termin zapłaty wynosi do 60 dni od daty doręczenia faktury Odbiorcy;

- pkt 9.8. Załącznika nr 5 do SIWZ – Ogólne warunki umów – w zakresie w jakim Zamawiający zastrzega sobie prawo dokonania zapłaty w terminie 90 dni od przedstawienia mu faktury, w sytuacji gdy w wyniku weryfikacji oświadczenia Dostawcy stwierdzi, że wbrew treści oświadczenia Dostawca nie posiada statusu mikroprzedsiębiorcy, małego przedsiębiorcy albo średniego przedsiębiorcy.

Wskazany postanowieniem SIWZ odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp przez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji, a tym samym ją utrudniający, a także nie zapewniający równego traktowania wykonawców w szczególności przez wprowadzenie zróżnicowanego terminu płatności za realizację przedmiotu umowy przez wykonawcę w zależności od posiadanego przez niego statusu mikro, małego, średniego bądź dużego przedsiębiorcy co ma bezpośredni wpływ na kalkulację ceny oferty składanej przez poszczególnych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu;
- 2) art. 353<sup>1</sup> K.c. w zw. z art. 5 K.c. i w zw. z art. 14 Pzp oraz z w. z art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (dalej „Ustawa o terminach zapłaty”) przez sformułowanie postanowień pkt 9.7. Załącznika nr 5 do SIWZ oraz pkt 9.8. Załącznika nr 5 do SIWZ OWU, które stanowią integralną część umowy, która ma zostać zawarta z wykonawcą, którego oferta będzie najkorzystniejsza, w sposób sprzeciwiający się właściwości (naturze) stosunku prawnego, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego oraz poprzez narzucenie w projekcie umowy postanowień, które zgodnie z ww. ustawą powinny być wynikiem wzajemnych uzgodnień stron, a na które odwołujący nie wyraża zgody.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ:

- w zakresie pkt III.1.7) ogłoszenia o zamówieniu – Główne warunki finansowe i uzgodnienia płatnicze i/lub odniesienie do odpowiednich przepisów je regulujących – przez wprowadzenie jednolitego terminu płatności 60 dni od daty dostarczenia zamawiającemu faktury VAT dla wszystkich wykonawców, bez względu na posiadany przez nich status mikro, małego, średniego czy też dużego przedsiębiorcy;
- w zakresie pkt 14.7 SIWZ – Opis sposobu obliczenia ceny – przez wprowadzenie jednolitego terminu płatności 60 dni od daty dostarczenia zamawiającemu faktury VAT dla wszystkich wykonawców, bez względu na posiadany przez nich status mikro, małego, średniego czy też dużego przedsiębiorcy;
- w zakresie pkt 9.7. Załącznika nr 5 do SIWZ – Ogólne warunki umów – przez wprowadzenie jednolitego terminu płatności 60 dni od daty doręczenia faktury odbiorcy dla wszystkich wykonawców (dostawców), bez względu na posiadany przez nich status mikro, małego, średniego czy też dużego przedsiębiorcy;
- w zakresie pkt 9.8. Załącznika nr 5 do SIWZ – Ogólne warunki umów – poprzez jego usunięcie.

Ponadto odwołujący wniósł o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz o zasądzenie na jego rzecz zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej, na której zamieszczone zostało ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ w dniu 20 listopada 2020 r.

W ramach postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 1 grudnia 2020 r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu wykonawcy FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach. Jednocześnie zamawiający oświadczył, że dokona modyfikacji treści punktu III.1.7) ogłoszenia o zamówieniu, punktu 14.7 SIWZ, polegającej na wprowadzeniu jednolitego, sześćdziesięciodniowego terminu zapłaty, ustalonego od daty doręczenia faktury zamawiającemu (odbiorcy) oraz wprowadzi do wzoru umowy (Załącznik nr 4 do SIWZ) postanowienie, zgodnie z którym klauzule zawarte w pkt 9.7. i 9.8. Ogólnych warunków umów (Załącznik nr 5 do SIWZ) w niniejszym postępowaniu nie będą obowiązywały.

*Zgodnie z art. 186 ust. 2 Pzp –W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.*

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie zaistniał stan faktyczny wskazany w powyższej normie prawnej, tj. zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca. W związku z tym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze, natomiast dalsze czynności, które zamawiający podjął lub podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają w postępowaniu poza oceną Izby w związku z ustaleniem zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 186 ust. 2 zd. 1 i art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji przedmiotowego orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1) Pzp uznając, że noszą się one wzajemnie. Jednocześnie mając na względzie fakt, iż uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości nastąpiło przed otwarciem rozprawy, Izba nakazała dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: .....