

Sygn. akt: KIO 87/21

**POSTANOWENIE**  
**z dnia 27 stycznia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 27 stycznia 2021 r.

w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **FAMUR S.A.** z siedzibą w Katowicach przy ul. Armii Krajowej 51 (40-698 Katowice) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A.** z 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. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019, poz. 2020), na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 87/21

**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 na *dostawy do kopalń JSW S.A. rynien, ostrogorynien i członów do przenośników zgrzeblowych z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy* (nr postępowania: 29/PM/21), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 grudnia 2020 r., pod numerem 2020/S 252-637696.

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 7 stycznia 2021 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.

Wskazanym postanowieniom 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 realizując 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 w całości 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.

W ramach postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 25 stycznia 2021 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 z dnia 4 stycznia 2021 r. 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.

Stosownie do art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.* Zgodnie z ww. przepisem, do niniejszego postępowania odwoławczego zastosowanie miały zatem przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej: „nPzp”. Postępowanie odwoławcze zostało bowiem wszczęte przez wniesienie odwołania w dniu 7 stycznia 2021 r., a więc po 1 stycznia 2021 r.

Zgodnie z art. 522 ust. 1 nPzp – *W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze 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, postanowiła jak w pkt 1 sentencji przedmiotowego orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie § 9 ust. 1 pkt 2) lit a Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując dokonanie zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: .....