Sygn. akt: KIO 87/22

POSTANOWIENIE
z dnia 25 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kurowska
Anna Kuszel-Kowalczyk
Rafał Malinowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 25 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 stycznia 2022 r. przez Odwołującego: Wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DREMEX" Sp. z o.o. z siedzibą w Głogowie Małopolskim, ul. Pod Borem 15, 36-060 Głogów Małopolski w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Polską Grupę Górniczą S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DREMEX" Sp. z o.o. z siedzibą w Głogowie Małopolskim i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) 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 87/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Polska Grupa Górnicza S.A. z siedzibą w Katowicach prowadzi w trybie

przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą

Dostawa rozpór stalowych do obudowy chodnikowej dla Oddziałów Polskiej Grupy

Górniczej S.A. w ramach składów konsygnacyjnych - nr grupy 285-6. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 grudnia 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 252-671662.

I

W dniu 11 stycznia 2022 r. Wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DREMEX" Sp. z o.o. z siedzibą w Głogowie Małopolskim (dalej jako „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na przedstawieniu odpowiedzi i wyjaśnień na zapytania Wykonawcy z dnia 10 stycznia 2022 r. (znak 70/NLP/AP/1160/2022) w zakresie pytania nr 5 i 6 dotyczącego:

1. Części XX. Warunki płatności pkt 1 w zakresie, w jakim termin płatności faktur wynosi 120 dni od daty doręczenia Zamawiającemu faktury wystawionej na podstawie dokumentu odbioru przedmiotu zamówienia potwierdzonego przez Zamawiającego, a w przypadku Wykonawcy spełniającego warunki do zakwalifikowania go do kategorii mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw określonych w Załączniku nr 1 do Rozporządzenia Komisji UE nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i art. 108 Traktatu (Dz. Urz. UE L187 z dnia 26 czerwca 2014 r.), termin płatności wynosi 60 dni od daty doręczenia faktury Zamawiającemu wystawionej na podstawie dokumentu odbioru przedmiotu zamówienia;

2. § 3 ust. 3 Załącznika nr 9 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego" - w zakresie, w jakim wprowadza termin płatności wynoszący 120 dni od daty doręczenia faktury Zamawiającemu wystawionej na podstawie dokumentu odbioru przedmiotu zamówienia, dla Wykonawcy spełniającego warunki do zakwalifikowania go do kategorii mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw określonych w Załączniku nr 1 do Rozporządzenia Komisji UE nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i art. 108 Traktatu (Dz. Urz. UE L187 z dnia 26 czerwca 2014 r.);

3. § 3 ust. 4 Załącznika nr 9 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną

wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego" - w zakresie, w jakim Zamawiający wymaga od Wykonawcy złożenia oświadczenia, że termin 120-dniowy został ustalony w dobrej wierze, z zastosowaniem zasady rzetelności oraz w zgodzie z dobrymi praktykami handlowymi oraz, że termin, o którym mowa powyżej, uwzględnia właściwości przedmiotu świadczenia Wykonawcy, w tym w szczególności czas potrzebny Zamawiającemu na wykorzystanie przedmiotu świadczenia zgodnie z przeznaczeniem, a także termin realizacji świadczenia przez Wykonawcę,

gdzie Zamawiający podtrzymał zapisy Specyfikacji Warunków Zamówienia i pokreślił, iż owe zapisy SWZ oraz projekt umowy są zgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, a w szczególności z Kodeksem cywilnym oraz ustawą o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych. Wykonawca przyjął zróżnicowany termin płatności za realizację przedmiotu umowy przez Wykonawcę w zależności od posiadanego statusu: mikro, małego, średniego bądź dużego przedsiębiorcy - w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, a tym samym ją utrudniający, a także niezapewniający równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez przygotowanie postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, a tym samym ją utrudniający, a także niezapewniający równego traktowania wykonawców, w szczególności poprzez 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 oferty składanej przez poszczególnych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, a następnie udzielenie przez Zamawiającego odpowiedzi w zakresie pytania 5 i 6, gdzie podtrzymano zapisy SWZ i podkreślono ich zgodność z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa;

2. art. 353^1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego i w zw. z art. 8 ust. 1

ustawy Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (dalej jako „ustawa o terminach zapłaty") poprzez sformułowanie postanowień § 3 ust. 4 Załącznika nr 9 do SWZ w sposób sprzeciwiający się właściwości stosunku prawnego, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego oraz poprzez narzucenie w projekcie Umowy oświadczeń, które zgodnie z ustawą powinny być wynikiem wzajemnych uzgodnień stron, a na które Odwołujący nie wyraża zgody, a następnie udzielenie przez Zamawiającego odpowiedzi w zakresie pytania 6, gdzie podtrzymano zapisy SWZ i podkreślono ich zgodność z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień SWZ:

1. w zakresie części XX. Warunki płatności pkt 1 oraz § 3 ust. 3 Załącznika nr 9 do SWZ

„Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego" poprzez wprowadzenie jednolitego terminu płatności faktur wynoszącego 60 dni od zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego, bez względu na posiadany przez wykonawcę status mikro, małego, średniego czy też dużego przedsiębiorcy,

2. w zakresie § 3 ust. 4 Załącznika nr 9 do SWZ „Projektowane postanowienia, które

zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego" poprzez jego usunięcie w całości.

Jako datę powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę odwołania Odwołujący wskazał datę 10 stycznia 2022 r., w której miało miejsce opublikowanie odpowiedzi na zapytania do treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

II

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca Zakłady Produkcyjne B-D S.A. - pismo zawierające przystąpienie wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 stycznia 2022 r.

W treści przystąpienia Wykonawca Zakłady Produkcyjne B-D S.A. wskazał, że w dniu 12 stycznia 2022 r. Zamawiający przekazał mu kopię odwołania wniesionego przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DREMEX" Sp. z o.o.

Do pisma zawierającego przystąpienie, skierowanego do Krajowej Izby Odwoławczej, Wykonawca Zakłady Produkcyjne B-D S.A. załączył dowód przesłania kopii tego pisma Zamawiającemu w dniu 14 stycznia 2022 r. oraz dowód przesłania kopii pisma Odwołującemu w dniu 14 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

SWZ została udostępniona na stronie internetowej prowadzonego postępowania od dnia 28 grudnia 2021 r. Pismem z dnia 10 stycznia 2022 r. (znak pisma: 70/NLP/AP1160/2022) Zamawiający, działając w trybie art. 135 ust. 2 ustawy Pzp, poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o odpowiedziach udzielonych na pytania do treści SWZ. W zakresie pytania oznaczonego numerem 5 oraz 6 wskazał, co następuje:

Pytanie Wykonawcy nr 5:

„Część XX pkt 1 SWZ: Wykonawca wnosi o wskazanie podstawy prawnej określenia 120-dniowego terminu płatności faktur?"

Pytanie Wykonawcy nr 6:

„Część XX pkt 1 SWZ:

W nawiązaniu do postanowień § 3 ust. 3 i 4 Załącznika nr 9 do SWZ Wykonawca wnosi o wyjaśnienie dlaczego i w oparciu o jakie przepisy Zamawiający przygotował i prowadzi przedmiotowe postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, a tym samym ją utrudniający, a także niezapewniający równego traktowania wykonawców w szczególności poprzez wprowadzenie zróżnicowanego terminu płatności za realizację przedmiotu umowy przez Wykonawcę w zależności od posiadanego przez niego statusu mikro, małego, średniego bądź dużego przedsiębiorcy. Wykonawca podkreśla również, że oświadczenia zawarte w § 3 ust. 3 i 4 Załącznika nr 9 do SWZ nie zostały uzgodnione w drodze wzajemnych ustaleń - nie uzasadnia tego prowadzenie postępowania w oparciu o zapisy ustawy Pzp. Zamawiający nie może wykorzystywać swojej pozycji w ten sposób, aby narzucać Wykonawcy sposób realizacji zamówienia, gdzie Zamawiający poprzez swoją uprzywilejowaną pozycję w postępowaniu narzuca Wykonawcy treść składanych oświadczeń."

Odpowiedź Zamawiającego na pytanie 5 i 6:

Zamawiający informuje, iż podtrzymuje zapisy Specyfikacji Warunków Zamówienia. Ustalenie 120 dniowego terminu płatności w umowie pomiędzy dwoma dużymi przedsiębiorcami w rozumieniu art. 4 pkt 6 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 118) nie narusza przepisów ww. ustawy. Zapisy SWZ oraz projekt umowy są zgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, a w szczególności z Kodeksem cywilnym oraz ww. ustawą.

Izba uznała, że odwołanie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 528 pkt 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. W myśl przepisu art. 513 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje między innymi na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienia umowy. Zgodnie z przepisem art. 515 ust. 2 pkt 1) odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Jak wynika z ustalonego przez Izbę stanu faktycznego przedmiotowej sprawy, Specyfikacja Warunków Zamówienia została udostępniona na stronie internetowej prowadzonego postępowania od dnia 28 grudnia 2021 r. Postanowienia umowne, które stały się przedmiotem zarzutów wniesionego odwołania były zatem znane Odwołującemu od dnia publikacji SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Kwestionowane przez Odwołującego postanowienia nie zostały zmienione przez Zamawiającego w trybie art. 135 ust. 2 ustawy Pzp - jak wskazał sam Odwołujący w treści odwołania - Zamawiający podtrzymał zapisy SWZ.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać, że termin na wniesienie odwołania w zakresie projektowanych postanowień umowy biegł od dnia publikacji SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania, zatem odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 11 stycznia 2022 r. należy uznać za wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Bez znaczenia dla biegu terminu na wniesienie odwołania pozostaje fakt zwrócenia się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ w sytuacji, gdy Zamawiający w wyniku

rozpatrzenia tego wniosku nie zmienia pierwotnego brzmienia projektowanych postanowień umowy znanych wykonawcom ubiegającym się o uzyskanie zamówienia od dnia publikacji SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

W odniesieniu do zgłoszenia przystąpienia przez Wykonawcę Zakłady Produkcyjne B-D S.A. z siedzibą w Zawierciu wskazać należy, że zgodnie z brzmieniem przepisu art. 525 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. W myśl przepisu art. 525 ust. 2 ustawy Pzp zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Izba ustaliła, że zawiadomienie o wniesieniu odwołania wraz z kopią odwołania zostało zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 11 stycznia 2022 r. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez Wykonawcę Zakłady Produkcyjne B-D S.A. z siedzibą w Zawierciu zostało przesłane Zamawiającemu oraz Odwołującemu w dniu 14 stycznia 2022 r., jednak zostało doręczone Prezesowi Izby w dniu 19 stycznia 2022 r., zatem po upływie terminu na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego określonego w przepisie art. 525 ust. 1 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe Izba nie dopuściła Wykonawcy Zakłady Produkcyjne B-D S.A. z siedzibą w Zawierciu do przedmiotowego postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania z uwagi na uchybienie terminu na zgłoszenie przystąpienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba postanowiła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 553 zd. drugie ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 1 zdanie pierwsze 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).

Przewodniczący:.....