

POSTANOWIENIE
z dnia 25 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 25 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2022 r. przez wykonawcę FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: POLSKĄ GRUPĘ GÓRNICZĄ S.A. z siedzibą w Katowicach

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90 % uiszczonego wpisu,
3. zasądza od wykonawcy FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach na rzecz Zamawiającego: POLSKIEJ GRUPY GÓRNICZEJ S.A. z siedzibą w Katowicach kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz 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 352/22

Zamawiający: POLSKA GRUPA GÓRNICZA S.A. z siedzibą w Katowicach wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dzierżawę dwóch kombajnów ścianowych dla potrzeb eksploatacji ścian wraz z zabezpieczeniem pełnej obsługi gwarancyjnej i serwisowej dla PGG S.A. Oddział KWK ROW Ruch Chwałowice, numer: 472101416.

Europejskiej w dniu 1 lutego 2022 r. pod numerem S22 56015 - 2022 - PL, a w tej samej dacie nastąpiła publikacja Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami SWZ Odwołujący w dniu 10 lutego 2022 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

I. § 4 ust. 8 pkt 1 lit. a) oraz pkt 2 lit a) Załącznika nr 5 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” - w zakresie w jakim wprowadza termin płatności wynoszący 120 dni od zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego (dla Wykonawców posiadających status dużego przedsiębiorcy), a ze względu na przepisy ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych w przypadku Wykonawcy spełniającego warunki do zakwalifikowania go do kategorii mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw określonych w Załączniku 1 do Rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 roku uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu (Dz. Urz. UE L187 z 26.06.2014 r.), wprowadza termin płatności wynoszący 60 dni od zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego.

II. § 4 ust. 8 pkt 2 lit c) Załącznika nr 5 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” - w zakresie w jakim Zamawiający wymaga od Wykonawcy złożenia oświadczenia, że Strony zgodnie oświadczają, że termin 120 dniowy, o którym mowa w powyższym ustępie, został ustalony w dobrej wierze, z zastosowaniem zasady rzetelności oraz w zgodzie z dobrymi praktykami handlowymi. Strony potwierdzają, że termin, o którym mowa powyżej, uwzględnia właściwości przedmiotu świadczenia Wydzierżawiającego, w tym w szczególności czas potrzebny Dzierżawcy na wykorzystanie przedmiotu świadczenia zgodnie z przeznaczeniem, a także termin realizacji świadczenia przez Wydzierżawiającego;

III. § 3 ust. 13 Załącznika nr 5 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” - w zakresie w jakim Zamawiający zastrzega sobie możliwość nabycia części zamiennych dzierżawionych kombajnów ścianowych podlegających zwrotowi po okresie dzierżawy, w wyniku złożenia Wykonawcy jednostronnego oświadczenia (informacji) o zakupie części za bliżej nieokreśloną cenę ustalaną przez Zamawiającego.

Jednocześnie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub ustawą PZP poprzez 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 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;

2. Art. 353¹ K.c. w zw. z art. 5 K.c. 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 „Ustawa o terminach zapłaty”) poprzez sformułowanie postanowień § 4 ust. 7 pkt 2 lit b) Załącznika nr 5 do SWZ w sposób sprzeciwiający się właściwości (naturze) 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;

3. Art. 16 pkt 2 w zw. z art. 99 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez wprowadzenie do projektowanych postanowień umowy, zastrzeżenia, które powoduje, iż opis przedmiotu zamówienia jest dokonany w sposób niejednoznaczny i wskazuje na wymagania dotyczące dostawy, które nie są związane z przedmiotem zamówienia i są nieproporcjonalne do uzasadnionych potrzeb i celów zamawiającego wynikających z przedmiotu zamówienia;

4. Art.99 ust.2 w zw. z art. 441 ust.1 ustawy PZP poprzez wprowadzenie do SWZ

opcji polegającej na zastrzeżeniu możliwości zakupu przez zamawiającego używanych części zamiennych kombajnu ścianowego w ramach zawartej umowy o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dzierżawa kombajnu ścianowego, w postaci nieprecyzyjnych i niejednoznacznych postanowień umownych, które nie określają maksymalnej wartości opcji ani okoliczności skorzystania z opcji;

5. Art. 353¹ k.c. w zw. z art.535 § 1 k.c. i w zw. z art. 5 k.c. oraz w zw. z art. 8

ust. 1 ustawy PZP poprzez sformułowanie postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz ustalenie projektowanych postanowień umowy w sposób sprzeczny z właściwością i naturą stosunku zobowiązaniowego i naruszający zasady współzycia społecznego, jak również w sposób powodujący rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego, w zakresie, w jakim zamawiający zastrzega sobie możliwości, w wyniku jednostronnie złożonego przez zamawiającego oświadczenia, nabycia (zakupu) używanych części zamiennych dzierżawionego kombajnu, na co wykonawca nie będzie miał żadnego wpływu ani nie będzie takiego oświadczenia (oferty zakupu) odrzucić;

6. Art. 353¹ k.c. w zw. z art.556 k.c. i w zw. z art. 5 k.c. oraz w zw. z art. 8 ust. 1

ustawy PZP poprzez sformułowanie postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz ustalenie projektowanych postanowień umowy w sposób sprzeczny z właściwością i naturą stosunku zobowiązaniowego i naruszający zasady współzycia społecznego, jak również w sposób powodujący rażąco nierównowagę stron stosunku cywilnoprawnego, w jakim zamawiający zastrzega sobie możliwości nabycia (zakupu) używanych części zamiennych dzierżawionego kombajnu w wyniku jednostronnie złożonego przez oświadczenia po zakończeniu okresu dzierżawy z zachowaniem uprawnień wynikających z rękojmi za wady rzeczy sprzedanej.

Z uwagi na wskazane wyżej zarzuty Odwołujący wnosil o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień SWZ:
 - a. w zakresie § 4 ust. 8 pkt 1 lit a) oraz pkt 2 lit a) Załącznika nr 5 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,

b. w zakresie § 4 ust. 8 pkt 2 lit c) Załącznika nr 5 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” poprzez jego usunięcie w całości,

c. w zakresie § 3 ust.13 Załącznika nr 5 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” poprzez jego usunięcie w całości

3. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego,
4. zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym.

Izba zważyła, co następuje.

W dniu 25 lutego 2022r. przed wyznaczoną rozprawą, na posiedzeniu przed Krajową Izbą Odwoławczą pełnomocnik Odwołującego złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 568 pkt 1 w związku z art.520 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, postanowiła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie umorzyć.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 3 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 Izba postanowiła zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty uiszczonego wpisu.

Ze wskazanych przepisów wynika, iż w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego - odwołującemu zwraca się 90% wpisu; w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości.

Wobec powyższego, na podstawie art.553 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku w oparciu o przepis art.575 i 576 ustawy Pzp w związku z przepisem § 9 ust. 1 pkt 3 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

Przewodniczący.....