

**WYROK**  
z dnia 18 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Kisiel**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego 2020 r. przez wykonawcę **FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach przy ul. Armii Krajowej 51** prowadzonym przez zamawiającego **Polską Grupę Górniczą S.A. z siedzibą w Katowicach przy ul. Powstańców 30**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie wykonawcy FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach przy ul. Armii Krajowej 51 i nakazuje Zamawiającemu - Polskiej Grupie Górniczej S.A. z siedzibą w Katowicach przy ul. Powstańców 30 - modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia:**
  - a) w zakresie ust. 1 Części XX „Warunki płatności” oraz § 3 ust. 8 Załącznika nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy” poprzez wprowadzenie jednolitego terminu płatności 60 dni od zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego dla wszystkich przedsiębiorców,**
  - b) wykreślenie treści zawartych w ust. 9 z § 3 Załącznika nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy”.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Polską Grupę Górniczą S.A. z siedzibą w Katowicach przy ul. Powstańców 30 i:**
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach przy ul. Armii Krajowej 51 tytułem wpisu od odwołania,**

2.2 zasądza od Zamawiającego: **Polskiej Grupy Górniczej S.A. z siedzibą w Katowicach przy ul. Powstańców 30** na rzecz wykonawcy **FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach przy ul. Armii Krajowej 51** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt KIO 208/20**

#### **Uzasadnienie**

Polską Grupę Górniczą S.A. z siedzibą w Katowicach przy ul. Powstańców 30 (dalej: „Zamawiający” lub „PGG”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.), zwanej dalej: „ustawą” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dzierżawę dwóch kombajnów ścianowych wraz z zabezpieczeniem serwisowej obsługi gwarancyjnej w całym okresie dzierżawy dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK ROW Ruch Rydułtowy z podziałem na zadania:

- Zadanie nr 1 - Dzierżawa kombajnu ścianowego dla potrzeb eksploatacji ściany nr II-E2 w pokładzie 712/1-2 + 713/1-2,
- Zadanie nr 2 - Dzierżawa kombajnu ścianowego dla potrzeb eksploatacji ścian nr V-E-E1 oraz do ściany VI-E-E1 w pokładzie 712/1-2 + 713/1-2”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 stycznia 2020 r. pod nr 2020/S 016-034896. W tej samej dacie została opublikowana również specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „specyfikacja” lub „SIWZ”) na stronie internetowej zamawiającego: [www.pgg.pl](http://www.pgg.pl).

W dniu 3 lutego 2020 r. wykonawca FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach przy ul. Armii Krajowej 51 (dalej: „Famur” lub „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec następujących postanowień SIWZ:

1. Część XX „Warunki płatności” pkt 1, w zakresie w jakim wprowadza termin płatności wynoszący 120 dni od zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego dla przedsiębiorców posiadających status dużego przedsiębiorcy zgodnie z Załącznikiem 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 108 Traktatu oraz termin płatności wynoszący 60 dni od zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego dla przedsiębiorców posiadających status mikro, małego lub średniego przedsiębiorstwa w rozumieniu ww. Rozporządzenia Komisji (UE);
2. § 3 ust. 8 Załącznika nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy” w zakresie w jakim wprowadza termin płatności wynoszący 120 dni od zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego dla przedsiębiorców posiadających status dużego przedsiębiorcy zgodnie z Załącznikiem 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 108 Traktatu oraz termin płatności wynoszący 60 dni od zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego dla przedsiębiorców posiadających status mikro, małego lub średniego przedsiębiorstwa w rozumieniu ww. Rozporządzenia Komisji (UE);
3. § 3 ust 9 Załącznika nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy”.

Wskazanym postanowieniom SIWZ wykonawca Famur zarzucał naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 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 realizując 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. 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 (t.j. z dnia 13 grudnia 2018 r. Dz. U. z 2019 r. poz. 118) - dalej „ustawa o terminach zapłaty” - poprzez sformułowanie postanowień § 3 ust. 8 oraz ust. 9 Załącznika nr 7 do SIWZ w sposób sprzeciwiający się właściwości (naturze) stosunku prawnego, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego oraz poprzez narzucenie w Istotnych postanowieniach umowy oświadczeń, które zgodnie z ustawą powinny być wynikiem wzajemnych uzgodnień stron, a na które Odwołujący nie wyrażał zgody.

Z uwagi na wskazane wyżej zarzuty Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień SIWZ:
  - a) w zakresie Części XX Warunki płatności pkt 1 oraz § 3 ust. 8 Załącznika nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy” poprzez wprowadzenie jednolitego terminu płatności 60 dni od zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego dla wszystkich przedsiębiorców, bez względu na posiadany przez nich status mikro, małego, średniego czy też dużego przedsiębiorcy;
  - b) w zakresie § 3 ust. 9 Załącznika nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy” poprzez jego usunięcie;
3. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego,
4. zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wykonawca Famur podniósł, że Zamawiający w specyfikacji, w odniesieniu do terminu płatności wynagrodzenia umownego należnego wykonawcy (jest to czynsz dzierżawny), wprowadził dwa różne terminy płatności w zależności od tego, jaki status posiada wykonawca składający ofertę tj. czy spełnia kryteria zaliczenia go do kategorii mikro, małego lub średniego przedsiębiorcy w rozumieniu Załącznika 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 L 187 z 26.06.2014, str. 1, z późn. zm. ( 8 ), czy też kryteriów takich nie spełnia i w związku z tym jest dużym przedsiębiorcą. Dla pierwszej grupy wykonawców Zamawiający wprowadził termin płatności miesięcznego czynszu dzierżawnego wynoszący 60 dni od zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego. Z kolei dla grupy wykonawców będących dużymi przedsiębiorcami Zamawiający wprowadził termin płatności miesięcznego czynszu dzierżawnego wynoszący 120 dni od zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego.

Zdaniem Odwołującego takie różnicowanie wykonawców biorących udział w postępowaniu powoduje jawne naruszenie zasady przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, jak również zasady równego traktowania wykonawców. Prowadzi to

również do wniosku, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Wykonawca Famur stał na stanowisku, że nie bez znaczenia pozostaje fakt, że termin płatności, którego dotyczą przytoczone postanowienia SIWZ w sposób oczywisty stanowi element cenotwórczy dla wykonawcy, który musi zostać każdorazowo uwzględniony przy kalkulacji ceny oferowanej w danym postępowaniu przez danego wykonawcę. Z kolei zgodnie z postanowieniami Części XXIII SIWZ „Kryteria oceny oferty”, cena stanowi jedno z dwóch kryteriów oceny ofert, którego waga wynosi 55% w stosunku do wagi drugiego z kryteriów „ocena techniczna” wynoszącej 45%. Zatem cena jako kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu jest decydującym kryterium oceny ofert.

W opinii Odwołującego, jeżeli chodzi o wpływ terminu płatności jako elementu cenotwórczego na ostateczną oferowaną przez wykonawcę w danym postępowaniu cenę, to można to zobrazować na wiele sposobów. Najprostszym sposobem jest odniesienie się chociażby do wysokości odsetek za opóźnienie w transakcjach handlowych, które należne są na mocy ustawy o terminach zapłaty, a które zgodnie z art. 7 ust. 1 przysługują wierzycielowi po spełnieniu dwóch przesłanek tj.: wierzyciel spełnił swoje świadczenie, wierzyciel nie otrzyma zapłaty w terminie określonym w umowie. Ponadto Odwołujący podnosił, że zróżnicowanie terminów płatności w sposób prosty przekłada się na kalkulację kosztu pieniądza w czasie, co z kolei ma bezpośredni wpływ na kalkulację oferowanej w postępowaniu ceny. Dłuższy o 60 dni termin płatności oznacza bowiem dla dużego przedsiębiorcy dodatkowe obciążenia z uwagi na konieczność finansowania dłuższej luki finansowej przy realizacji kontraktu.

Wykonawca Famur wyjaśniał, że mając na względzie charakter umowy, która ma zostać zawarta w tym postępowaniu (dzierżawa) oraz fakt w jaki sposób przebiega fakturowanie i płatności (faktury za, poszczególne miesięczne okresy rozliczeniowe wystawiane są w okresach miesięcznych), należy podkreślić, że wykonawcy będący dużymi przedsiębiorcami ponoszą taki koszt, wyliczony w zależności od wartości kontraktu i danej faktury miesięcznej o 60 dni dłużej dla każdej faktury, przez okres 20 miesięcy (okres dzierżawy). W takim samym czasie dodatkowego finansowania wymagają kwoty podatku VAT, na zapłatę, którego przez zamawiającego wykonawcy o statusie dużego przedsiębiorcy oczekują dwukrotnie dłużej niż pozostali przedsiębiorcy. Kwota VAT wymaga sfinansowania przez przedsiębiorcę dużego, gdyż termin płatności VAT z wystawionych (a nie zapłaconych przez kontrahenta) faktur VAT to 20 dzień kolejnego miesiąca kalendarzowego po wystawieniu faktury VAT.

Kolejno wykonawca Famur zwracał uwagę na dodatkowe ryzyka operacyjne i różne ich szacowanie w związku z przyjęciem odmiennych terminów płatności dla oferentów będących przedsiębiorcami posiadającym mikro, małego lub średniego przedsiębiorstwa oraz dużych, także stanowiące przejaw braku równego traktowania wykonawców. Przy zastosowaniu bowiem odmiennego terminu płatności, wykonawcy o statusie dużego przedsiębiorcy zmuszeni są akceptować wydłużone o 60 dni ryzyko niewypłacalności Zamawiającego. Ma to istotne znaczenie dla przedmiotowego postępowania biorąc pod uwagę fakt, że nie przewiduje się w nim żadnego

zabezpieczenia spłaty dla odroczonej płatności. Przy założeniu pozyskania zabezpieczenia w postaci ubezpieczenia należności, wykonawcy o statusie dużego przedsiębiorcy zmuszeni są ująć w kalkulacjach kontraktu proporcjonalnie wyższą składkę związaną z dłuższym okresem oczekiwania na płatność i ponoszoną wyższą ekspozycją na ryzyko z tego tytułu. Okoliczność ta zatem również ma bezpośredni wpływ na kalkulację oferowanej w postępowaniu ceny.

Zdaniem Odwołującego różnicowanie terminów płatności dla różnych kategorii przedsiębiorców nie może znaleźć żadnego uzasadnienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tym bardziej takiego, w którym cena stanowi najistotniejsze kryterium oceny ofert. Wynika to także z faktu, że już sama ustawa o terminach zapłaty w art. 7 ust. 2 i 2a wprowadza jako zasadę jednolity termin płatności wynoszący 60 dni dla wszystkich kategorii przedsiębiorców, co Zamawiający zdaje się całkowicie pomijać. Różnica polega jedynie na tym, że w odniesieniu do mikro, małych i średnich przedsiębiorców ustawa nie przewiduje żadnych wyjątków od 60-dniowego terminu płatności, podczas gdy w odniesieniu do przedsiębiorców dużych wprowadza jeden wyjątek w przypadku, gdy łącznie zostaną spełnione dwie przesłanki: strony w umowie wyraźnie ustalą inaczej a ustalenie to nie jest rażąco nieuczciwe wobec wierzyciela.

W ocenie wykonawcy Famur nie zmienia to jednak faktu, że także w odniesieniu do przedsiębiorców dużych obowiązuje maksymalnie 60-dniowy termin płatności, a ustawa jedynie na zasadzie wyjątku dopuszcza stosowanie 120-dniowego terminu płatności. Wyjątek ten nie został w niniejszej sprawie spełniony, dlatego też Zamawiający wprowadzając termin płatności 120 dni naruszył postanowienia art. 7 ust. 2 ustawy o terminach zapłaty. Skoro ustawodawca wprowadza wyjątek od zasadniczej regulacji, to po pierwsze nie można go interpretować rozszerzająco, a po drugie muszą być ściśle spełnione przesłanki jego zastosowania. W niniejszym postępowaniu Zamawiający dla wykazania spełnienia ww. przesłanek zamieścił we wzorze umowy stałą, jednolitą i bardzo ogólną regułę, zawartą w postanowieniach § 3 ust. 9 Załącznika nr 7 do SIWZ. Reguła ta stanowi oświadczenie stron, że dłuższy 120-dniowy termin został ustalony w dobrej wierze, z zastosowaniem zasady rzetelności i w zgodzie z dobrymi praktykami handlowymi oraz, że uwzględni on właściwości przedmiotu świadczenia. Wprowadzenie takiej regulacji umownej powoduje, że konieczne jest uznanie, że została ona wprowadzona z naruszeniem art. 353<sup>1</sup> K.c. w. zw. z art. 5 K.c. i w. zw. z art. 14 Pzp i wyrażonej w niej zasady swobody umów oraz z naruszeniem art. 7 ust. 2 ustawy o terminach zapłaty, gdyż oświadczenie to zostaje narzucone wykonawcom w sposób niezgodny z prawdą i wbrew stanowisku Odwołującego. Wprowadzenie takiego oświadczenia do umowy jest sprzeczne z ustawą tj. z art. 7 ust. 2 ustawy o terminach zapłaty, gdyż postanowienie o zastosowaniu na zasadzie wyjątku dłuższego 120-dniowego terminu płatności powinno być indywidualnie ustalone przez strony umowy w drodze negocjacji, a nie narzucone przez jedną ze stron będącą autorem wzoru umownego, na który to wzór druga strony nie ma absolutnie żadnego wpływu. Z całą pewnością nie spełnia to wymogu „ustalenia takiego postanowienia przez strony”. Z tego też względu, wprowadzenie takiego oświadczenia stron do wzoru przyszłej umowy jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego, gdyż zobowiązuje wykonawcę, którego oferta będzie oceniona jako najkorzystniejsza do złożenia oświadczenia, z którym się on nie zgadza i nie wyraża zgody na jego zamieszczenie.

W świetle powyższego Odwołujący uznawał, że nie zostały spełnione przesłanki do wprowadzenia w niniejszym postępowaniu na zasadzie wyjątku 120-dniowego terminu płatności czynszu dzierżawnego, gdyż strony w umowie tak nic ustaliły, a ustalenie takie ma charakter wyłącznie jednostronny, dokonany przez Zamawiającego jako autora wzoru umowy, a żaden z potencjalnych wykonawców nie miał i nie ma wpływu na wprowadzenie takiego terminu płatności. Z tego względu, na zasadzie art. 353<sup>1</sup> K.c. w. zw. z art. 5 K.c. i w. zw. z art. 14 Pzp postanowienie Załącznika nr 7 § 3 ust. 9 powinno zostać usunięte, a postanowienie Załącznika nr 7 § 3 ust. 8 zmienione poprzez wprowadzenie jednolitego 60-dniowego terminu płatności dla wszystkich kategorii przedsiębiorców.

Niezależnie od powyższego Odwołujący twierdził, że nie została także spełniona druga z przesłanek wprowadzenia terminu płatności dłuższego niż 60 dni wskazana w art. 7 ust. 2 ustawy o terminach zapłaty tj. brak rażącej nieuczciwości wobec wierzyciela. O tym, że różnicowanie terminów płatności stanowi rażącą nieuczciwość wobec wierzyciela będącego dużym przedsiębiorcą świadczy wpływ takiej regulacji na kształtowanie oferowanej w postępowaniu ceny. Ponadto, wprowadzenie wydłużonego terminu płatności wobec dużych przedsiębiorców nie znajduje absolutnie żadnego obiektywnego uzasadnienia uwzględniając przedmiot postępowania i charakter umowy (dzierżawa dwóch kombajnów ścianowych). Świadczą o tym także ogólnikowe stwierdzenia użyte przez Zamawiającego w § 3 ust. 9 Załącznika nr 7 do SIWZ mające wykazać brak owej rażącej nieuczciwości wobec wierzyciela, które mają charakter ogólnej reguлки.

Zdaniem Odwołującego jednak najistotniejszą kwestią pozostaje to, że wprowadzenie w ustawie o terminach zapłaty teoretycznej możliwości (przy zachowaniu przesłanek wskazanych w art. 7 ust. 2 tej ustawy) zastosowania wobec wierzyciela będącego dużym przedsiębiorcą terminu płatności dłuższego niż 60 dni, na gruncie umów zawieranych w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych nie może odbywać się z pominięciem wymogów i zasad wynikających z tej właśnie ustawy. Ustawa o terminach zapłaty nie może być nadrzędną wobec ustawy Prawo zamówień publicznych i wprowadzenie różnych terminów płatności dla różnych kategorii przedsiębiorców nie może odbywać się nigdy z pominięciem regulacji i podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych.

Dlatego też Zamawiający podejmując decyzję o wprowadzeniu w postępowaniach o udzielenie zamówienia i w umowach, które mają być w tym trybie zawarte dwóch różnych terminów płatności dla wykonawców składających oferty w takim postępowaniu w zależności od posiadanego przez nich statusu, nie mógł pominąć rozważenia, czy takie rozwiązanie jest zgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych. Dotyczy to zwłaszcza zgodności z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji. Uwzględniając cenotwórczy charakter zastrzeżonego w umowie terminu płatności oraz treść art. 91 Pzp zgodnie, z którym cena zawsze stanowi kryterium oceny oferty, w ocenie Odwołującego należy uznać, że każde różnicowanie wykonawców w zakresie przewidzianego dla nich terminu płatności stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania, a przedmiot zamówienia, na którego opis składa się także termin płatności, opisany w sposób

różnicujący terminy płatności nie spełnia kryteriów ujętych w art. 29 ust. 2 ustawy. Wprowadzenie różnych terminów płatności dla różnych kategorii wykonawców przekłada się w prosty sposób na kalkulację ceny oferowanej w danym postępowaniu, co z kolei zawsze powoduje, że cena zaoferowana przez dużego przedsiębiorcę musi być z samego założenia wyższa niż cena oferowana przez mikro, małego lub średniego przedsiębiorcę. To z kolei bez wątpienia stanowi o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji.

Następie Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego posiada z założenia uprzywilejowaną pozycję, gdyż ma prawo do de facto jednostronnego określenia warunków przyszłej umowy. Zamawiający nie może jednak swojego prawa nadużywać w taki sposób, iż po pierwsze narzuca wykonawcy złożenie oświadczenia, które nie jest zgodne z prawdą, a po drugie wprowadza regulacje w sposób jawny traktujący wykonawców w sposób naruszający uczciwa konkurencję, zdecydowaną z regułą wyrażoną w art. 5 K.c., nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. W ocenie Odwołującego, Zamawiający w niniejszym postępowaniu także tę regułę naruszył.

#### Stanowisko Zamawiającego.

Zamawiający odpowiedział na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. W uzasadnieniu zaprezentowanego stanowiska wskazywał m. in., że postanowienia SIWZ zostały dostosowane do nowych przepisów ustawy o terminach zapłaty, które weszły w życie z dniem 1 stycznia br. a w szczególności postanowieniami artykułu 7 tej ustawy. Zdaniem Zamawiającego w treści przepisów ww. ustawy w obecnym brzemieniu wynika, że bezwzględnie najkrótszy dopuszczalny termin płatności obowiązujący w wypadku, gdy wierzycielem zobowiązanym do świadczenia pieniężnego jest duży przedsiębiorca a dłużnikiem jest przedsiębiorca mały lub średni – jest termin 60 dni. W wypadku gdy wierzycielem i dłużnikiem są podmioty zakwalifikowane do przedsiębiorców dużych mogą oni ustalić dłuższy termin płatności. Granicą tego ustalenia jest „rażąca nieuczciwość” ustalenia dłuższego terminu płatności względem wierzyciela. Zamawiający jest dużym przedsiębiorcą i jest związany postanowieniami prawa. W wypadku transakcji niesymetrycznych (czyli zawieranych przez niego z MSP) zastosował się wprost do postanowień ustawowych - wyznaczył dopuszczalny termin płatności dla MSP. W wypadku zaś transakcji symetrycznych skorzystał z możliwości wyznaczenia terminu dłuższego.

Zamawiający stwierdził, że jego działanie nie może być zakwalifikowane jako nierówne traktowanie wykonawców. Zasada równego traktowania może być sformułowana w sposób negatywny jako zakaz dyskryminacji, przy czym dyskryminacja istnieje, kiedy podobne sytuacje są traktowane w sposób odmienny, a różne sytuacje są traktowane w sposób podobny. Podobnie zasadę równego traktowania zdefiniowała Krajowa Izba Odwoławcza „Zasada równego traktowania sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna, nie oznacza to natomiast konieczności identycznego traktowania wszystkich



wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek”. (sygn. akt KIO 1028/17)

Zamawiający stwierdził, że zasada równego traktowania wykonawców nie może być odczytywana bez wzięcia pod uwagę przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Regulacje ustawy o terminach zapłaty wprost różnicują pozycję wierzyciela w zależności od tego, czy należy od do grupy MSP czy też nie. Skoro warunki ich rynkowego działania są różne, to nie można pominąć tychże warunków przy kształtowaniu warunków zamówienia publicznego. Działanie takie jest dozwolone, gdyż mieści się w granicach zakazu dyskryminacji wykonawców znajdujących się w podobnej sytuacji. Wyróżnienie MSP przez ustawodawcę jest uzasadnione stanem faktycznym. Absurdalne byłoby twierdzenie, że mały przedsiębiorca prowadzi działalność na takich samych warunkach jak przedsiębiorca duży. W szczególności dostęp do zewnętrznego finansowania MSP jest znacząco utrudniony przez brak zabezpieczeń pożyczek lub kredytów, trudności w pokonaniu barier administracyjnych.

Zamawiający następnie odnosił się do kwestii narzucenia we wzorze umowy konkretnych postanowień, przywołując w tym względzie orzecznictwo KIO oraz sądów dotyczące umowy w sprawie zamówienia publicznego i kwestii zasady swobody umów. Zdaniem Zamawiającego jego działanie polegające na ustanowieniu warunków płatności w istotnych postanowieniach umowy nie wykracza poza dozwolony zakres, kształtowania przez niego przyszłego stosunku prawnego. W reżimie zamówień publicznych normalną i dozwoloną praktyką jest określanie wymagań co do przyszłej umowy w SIWZ. Przepisy ustawy o terminach zapłaty nie stanowią wyjątku w tym zakresie.

Następnie Zamawiający wskazywał, że pojęcie rażącej nieuczciwości zostało dla potrzeb zwalczania opóźnień w płatnościach zdefiniowane w prawie europejskim tj. Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i rady 2011/7/UE z dnia 16 lutego 2011 r. w sprawie zwalczania opóźnień w płatnościach w transakcjach handlowych. Zgodnie z art. 7 Dyrektywy przy rozpoznaniu czy warunek umowy jest rażąco nieuczciwy wobec wierzyciela bierze się pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, w tym: wszelkie rażące odstępstwa od dobrej praktyki handlowej, naruszające zasadę działania w dobrej wierze i rzetelność, charakter towaru lub usługi oraz czy dłużnik ma jakikolwiek obiektywny powód odstępstwa od ustawowych terminów płatności.

W opinii Zamawiającego w rozpoznawanej sprawie trzeba mieć na względzie całość okoliczności sprawy, w tym szczególną sytuację Zamawiającego, sytuację w sektorze górnictwa węgla kamiennego, praktykę na tym szczególnym rynku oraz charakter zobowiązania. W zakresie swojej szczególnej sytuacji Zamawiający wyjaśniał, że jest największym polskim przedsiębiorcą prowadzącym działalność w sektorze wydobywania węgla kamiennego, który od lat znajduje się w trudnej sytuacji. Jest faktem powszechnie znanym, że w 2016 r. doszło do przekształcenia Kompanii Węglowej SA w Polską Grupę Górnictwa SA, co poprzedzone było działaniami mającymi na celu doinwestowanie spółki. Nabycie przez PGG prawa do eksploatacji złóż węglowych, a tym samym prowadzenie działalności wydobywczej, możliwe było dzięki pozyskaniu środków finansowych na:

- a) pokrycie ceny nabycia - drogą emisji obligacji na Podstawie Umowy Programowej emisji obligacji,

b) realizację niezbędnych inwestycji - dzięki zawartej w dniu 28 kwietnia 2016r. Umowie Inwestycyjnej (z późniejszymi zmianami).

Oba dokumenty nakładają na PGG szereg zobowiązań informacyjnych i ograniczeń prowadzonej działalności, a ponadto zawierają katalog konwenantów finansowych, opartych między innymi o salda dostępnych środków pieniężnych.

Do końca 2019 roku, z zastrzeżeniem zgodności z obowiązującymi przepisami prawa, w zamówieniach i postępowaniach ogłaszanych przez PGG wskazywano, jako oczekiwany, termin płatności wynoszący maksymalnie 120 dni od daty wpływu faktury do Zamawiającego. Warunki płatności, co do zasady akceptowane przez dostawców, zapewniały utrzymanie wskaźników finansowych na poziomie wymaganym wskazanymi wyżej umowami.

Zamawiający podnosił, że PGG współpracuje z liczną grupą dostawców, a średnioroczne zakupy realizowane przez Spółkę sięgają 4,5 mld PLN. Analizy wewnętrzne pozwalają stwierdzić, że co najmniej 50% tego obrotu generowane jest we współpracy z podmiotami należącymi do kategorii „dużych przedsiębiorstw”. W tej sytuacji skrócenie terminu płatności ze 120 dni do 60 dni w relacjach z wszystkimi dostawcami skutkowałoby zwiększeniem zaangażowanych środków pieniężnych na poziomie 400 mln zł w roku, co z kolei stanowi ryzyko naruszenia warunków Umowy Inwestycyjnej i Umowy Programowej emisji obligacji.

W wyniku zmniejszenia salda środków pieniężnych zgodnie z zapisami Umowy programowej dotyczącej emisji obligacji może zaistnieć szereg zagrożeń dla działalności Zamawiającego.

Zamawiający stwierdził również, że obniżenie salda dostępnych środków pieniężnych wpływa na możliwość terminowego regulowania zobowiązań z tytułu spłaty zadłużenia z tytułu wyemitowanych obligacji wraz z odsetkami. Zgodnie z warunkami emisji obligacji, spłata zadłużenia z tytułu wyemitowanych obligacji następuje zgodnie z harmonogramem. W przypadku zwłoki z wykonaniem w terminie, w całości lub w części, zobowiązań wynikających z obligacji, obligacje podlegają natychmiastowemu wykupowi na żądanie obligatariuszy. Mając na uwadze wartość Programu emisji obligacji oraz przy obniżeniu salda środków finansowych możliwość braku realizacji spłaty zadłużenia w zgodzie z harmonogramem, należy zakładać ryzyko złożenia żądania natychmiastowego wykupu obligacji. Skutek tego żądania pogorszyłby na tyle sytuację PGG, że możliwe stałoby się ogłoszenie upadłości. Ponadto Zamawiający wyjaśniał, że spadek salda dostępnych środków pieniężnych wpłynie na wysokość Wskaźnika Dług Netto (EBITDA - Odtworzeniowe Nakłady Inwestycyjne), podstawowego wskaźnika testowanego zgodnie z warunkami emisji obligacji w cyklach kwartalnych, poprzez wzrost Długu Netto. Przekroczenie wartości granicznej Wskaźnika stanowi Przypadek Naruszenia zdefiniowany w par 14 (b) (i) warunków emisji obligacji i uprawnia do złożenia żądania wcześniejszego wykupu obligacji. Zamawiający wyjaśniał również, że spadek salda dostępnych środków pieniężnych wpłynie na wysokość testowanego kwartalnie Wskaźnika DSCR, określającego zdolność emitenta do zadłużenia. Kalkulacja Wskaźnika DSCR bazuje na wysokości środków pieniężnych dostępnych do obsługi zadłużenia, stąd obniżenie „salda środków na rachunkach wpłynie bezpośrednio na spadek jego wartości. Przekroczenie wartości

granicznej Wskaźnika stanowi Przypadek Naruszenia zdefiniowany w par. 14(b)(ii) warunków emisji obligacji i uprawnia do złożenia żądania wcześniejszego wykupu obligacji.

W opinii Zamawiającego zdarzenie, które w uzasadnionej opinii obligatariusza może mieć istotny negatywny skutek dla sytuacji majątkowej, finansowej oraz gospodarczej spółki bądź jej zdolności do wykonywania zobowiązań pieniężnych wynikających z tytułu wyemitowanych obligacji, stanowi Przypadek Naruszenia, którego wystąpienie, zgodnie z par. 14(cc) warunków emisji obligacji uprawnia do złożenia żądania wcześniejszego wykupu obligacji. Takim zdarzeniem może być pogorszenie płynności finansowej PGG.

Zamawiający stał na stanowisku, że jest spółką w szczególnej sytuacji finansowej oraz prawnej wynikającej z zaciągniętych zobowiązań w zakresie emisji obligacji oraz wobec inwestorów. Stanowi to o obiektywnej przyczynie wprowadzenia: kwestionowanych postanowień SIWZ. Decyzja o utrzymaniu terminu płatności dotychczasowym wymiarze tj. 120 dni, wobec przedsiębiorców co do których prawo to dopuszcza ma w ocenie Zamawiającego obiektywne uzasadnienie. Spółka przez szereg ostatnich lat stosowała wobec wszystkich swoich kontrahentów (w tym i Odwołującego) termin płatności 120 dni. W związku ze zmianą wprowadzoną ustawą o terminach płatności termin ten ulega skróceniu wobec wykonawców mających status MSP. Pozostali wykonawcy mają utrzymany dotychczasowy termin płatności. Jest to o tyle istotne, że Zamawiający nie wprowadza nowego postanowienia nieznanego dotychczas wykonawcom, ale utrzymuje: stan taki, jaki był w poprzednich latach. Nowe postanowienia dotyczą jedynie MSP. Podobni postępują inne spółki prowadzące działalność w sektorze górnictwa węgla kamiennego, tj. Jastrzębska Spółka Węglowa S.A.

Zamawiający ostatecznie stwierdził, że zastosowane rozwiązanie różnicujące termin płatności w zależności od kwalifikacji przedsiębiorstwa nie jest też naruszeniem zasady zapewnienia warunków uczciwej konkurencji. Jego zdaniem stworzenie warunków uczciwej konkurencji nie polega na braku stawiania jakichkolwiek wymogów w stosunku do kontrahentów. Ważne jest jednak, aby wymagania te były zgodne z prawem, zasadami współzycia społecznego i dobrą praktyką handlową. Wymagania różnicujące termin płatności są powieleniem postanowień ustawy o terminach zapłaty i mieszczą się więc w granicach obowiązującego prawa. Praktyka na rynku kształtowała się w ten sposób, że terminy płatności uwzględniały tzw. kredyt kupiecki i znacząco przekraczały 100 dni a zatem w opinii Zamawiającego nie można więc mówić o naruszeniu zasad współzycia społecznego.

**Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego, dowody oraz stanowiska i oświadczenia stron, złożone w pismach procesowych oraz na posiedzeniu i rozprawie, Izba ustaliła co następuje.**

Nie było sporne między stronami, że Zamawiający w SIWZ w Części XX pkt 1 „Warunki płatności” sprecyzował, że termin płatności faktur wynosi 120 dni od daty zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego, 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 roku uznającego niektóre

rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu (Dz. U. UE L187 z 26.06.2014 r.), termin płatności wynosi 60 dni od daty zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego.

Natomiast w § 3 ust. 8 Załącznika nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy” Zamawiający ustalił, że „Strony zgodnie ustalają, że termin płatności faktur dokumentujących zobowiązania Dzierżawcy wynikające z niniejszej Umowy wynosić będzie 120 dni od daty zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego. 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 nr 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. U. UE L187 z 26.06.2014 r.), stosowany będzie termin płatności wynoszący 60 dni od zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego. Wystawionej na podstawie dokumentu odbioru przedmiotu zamówienia. Wydzierżawiający wystawiać będzie Dzierżawcy nie później niż 30 dni przed terminem płatności”.

Ponadto w tym samym załączniku nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy” w § 3 ust. 9 Zamawiający skonstruował następujące postanowienie: „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 Wydzierżawiającego, w tym w szczególności czas potrzebny Dzierżawcy na wykorzystanie przedmiotu świadczenia zgodnie z przeznaczeniem, a także termin realizacji świadczenia Wydzierżawiającego”.

### **Izba zważyła co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Wszechstronna analiza zarzutów podniesionych w treści odwołania doprowadziła skład orzekający Izby do przekonania, że odwołanie podlega uwzględnieniu.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, że zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza

postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Przepis art. 29 ust. 1 Pzp stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Natomiast według ust. 2 ww. przepisu przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zgodnie z art. 14 ust. 1 Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. [poz. 1145](#) i [1495](#)), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Według art. 353<sup>1</sup> k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Zaś przepis art. 5 k.c. stanowi, że nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

W świetle przepisów ustawy o terminach zapłaty przepis art. 7 z dniem 1 stycznia 2020 r. otrzymał następujące brzmienie.

Art. 7 ust. 1 ww. ustawy stanowi, że w transakcjach handlowych - z wyłączeniem transakcji, w których dłużnikiem jest podmiot publiczny - wierzycielowi, bez wezwania, przysługują odsetki ustawowe za opóźnienie w transakcjach handlowych, chyba że strony uzgodniły wyższe odsetki, za okres od dnia wymagalności świadczenia pieniężnego do dnia zapłaty, jeżeli są spełnione łącznie następujące warunki:

- 1) wierzyciel spełnił swoje świadczenie;
- 2) wierzyciel nie otrzymał zapłaty w terminie określonym w umowie.

Natomiast według ust. 2 powyższego artykułu ustawy o terminach zapłaty termin zapłaty określony w umowie nie może przekraczać 60 dni, liczonych od dnia doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi, chyba że strony w umowie wyraźnie ustalą inaczej i pod warunkiem że ustalenie to nie jest rażąco nieuczciwe wobec wierzyciela, z wyłączeniem ust. 2a.

Zgodnie z art. 7 ust. 2a ustawy o terminach zapłaty termin zapłaty określony w umowie nie może przekraczać 60 dni, liczonych od dnia doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi, jeżeli dłużnikiem zobowiązanym do zapłaty za towary lub usługi jest duży przedsiębiorca, a wierzycielem jest mikroprzedsiębiorca, mały przedsiębiorca albo średni przedsiębiorca. W przypadku gdy strony ustalą harmonogram spełnienia świadczenia pieniężnego w częściach, termin ten stosuje się do zapłaty każdej części świadczenia pieniężnego.

Natomiast według art. 7 ust. 3 ustawy o terminach zapłaty jeżeli termin zapłaty został określony w umowie niezgodnie z ust. 2 albo ust. 2a, wierzycielowi, który spełnił swoje świadczenie, po upływie 60 dni, liczonych od dnia doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi, przysługują odsetki, o których mowa w ust. 1.

W zakresie rozpoznawanej sprawy przedmiotem sporu pomiędzy stronami była kwestia związana z tym, czy ukształtowane przez Zamawiającego postanowienia specyfikacji w zakresie zróżnicowania terminu płatności w zależności od statusu danego przedsiębiorcy stanowią naruszenie przepisów Pzp w zakresie wskazanym w odwołaniu, tj. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 5 k.c. w zw. z art. 14 Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 2 ustawy o terminach zapłaty.

W tym stanie rzeczy Izba uznała za konieczne odniesienie się do kwestii interpretacji przepisu art. 7 ust. 2 ustawy o terminach zapłaty w relacji do przepisów obowiązujących na gruncie Pzp.

Izba stanęła na stanowisku, że treść przepisu art. 7 ust. 2 ustawy o terminach co do zasady określa maksymalny 60-dniowy termin zapłaty, liczony od dnia doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi. Przepis zezwala co prawda na odmienne ustalenie przez strony umowy terminu zapłaty, nie mniej jednak zgoda ta, została obwarowana przez ustawodawcę tym, że powyższe ma mieć charakter ustalenia stron, które powinno być wskazane w sposób wyraźny w umowie i nie może być rażąco nieuczciwe wobec wierzyciela.

W rozpoznawanej sprawie Izba stwierdziła jednak, że nie można mówić o jakimkolwiek ustaleniu postanowień umowy w zakresie terminu płatności pomiędzy stronami, bowiem już sam charakter prowadzonego postępowania determinuje to, że postanowienia te zostały przez Zamawiającego z góry narzucone wykonawcom treścią SIWZ. Izba w pełni podziela argumentację przywołaną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, która zasadza się na stanowisku, iż Zamawiający jest uprawniony do określania w umowie swoich wymagań treścią specyfikacji, jednak w niniejszej sprawie przepis art. 7 ust. 2 Pzp wprost wskazuje, że możliwość skorzystania z dobrodziejstwa wydłużenia terminu płatności wymaga ustalenia powyżej kwestii pomiędzy stronami. Nie sposób uznać, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z ustaleniem pomiędzy stronami skoro powyższa kwestia była jedynie jednostronnie zakomunikowana wykonawcom w specyfikacji. Wobec tego dalsze rozważania na temat tego, czy wskazane powyżej postanowienia specyfikacji, wydłużające termin zapłaty dla dużego przedsiębiorcy, może być względem niego, jako wierzyciela, rażąco nieuczciwe należy uznać w tej sprawie za zbędne.

Dostrzeżenia również wymaga, że z treści powyższej regulacji został wyłączony przepis art. 7 ust. 2a niniejszej ustawy o terminach zapłaty. W treści ww. przepisu ustawodawca uregulował sytuację, gdy dłużnikiem zobowiązanym do zapłaty za towary lub usługi jest duży przedsiębiorca, a

wierzycielem jest mikro, mały przedsiębiorca albo średni przedsiębiorca. W takim przypadku termin zapłaty określony w umowie nie może przekraczać 60 dni, liczonych od dnia doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi.

Wobec takiego ukształtowania tego przepisu istotnym jest podkreślenie, że w niniejszej sprawie termin zapłaty określony w specyfikacji (w Części XX „Warunki płatności” oraz w § 3 ust. 8 Załącznika nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy”) dla wykonawców posiadających status mikro, małego, średniego będzie właśnie wynosił maksymalnie 60 dni. Za takim ukształtowaniem terminu płatności również względem dużego przedsiębiorcy przemawiają przedstawione przez Odwołującego wyliczenia wskaźnika rotacji należności, wynoszącego 23 dni oraz wskaźnika rotacji zapasów, wynoszącego 37 dni, dające po zsumowaniu łączną liczbę 60 dni. Powyższych wyliczeń Odwołujący dokonał w oparciu sprawozdanie z sytuacji finansowej oraz sprawozdanie z zysków i strat oraz innych całkowitych dochodów za okres 12 miesięcy zakończony 31 grudnia 2018 r. Powyższe wyliczenia w toku rozprawy nie zostały zakwestionowane przez Zamawiającego. Wobec tego zgodzić się należy z Odwołującym, że w przypadku dużego przedsiębiorcy, w sytuacji którego będzie obowiązywał 120-dniowy termin płatności, przez okres powyżej 60 dni środki przeznaczone na zapłatę mogą być wykorzystywane przez Zamawiającego w swobodny, dowolny sposób, np. na finansowanie własnych zobowiązań względem innych podmiotów. Powyższe zostało wprost potwierdzone przez Zamawiającego w przedstawianej w toku rozprawy argumentacji.

W tym miejscu Izba zwraca uwagę, że przy analizie zagadnienia wydłużenia przez Zamawiającego w SIWZ terminu zapłaty do 120 dni w odniesieniu do wykonawców, którzy mają status dużych przedsiębiorców, konieczne jest osadzenie przytoczonych powyżej przepisów ustawy o terminach zapłaty (w szczególności art. 7 ust. 2) w ramach prawnych prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym stanie rzeczy nie można tracić z pola widzenia tego, że Zamawiający, zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp, zobowiązany jest przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Oczywistym jest, że powołany przepis ma charakter generalnej zasady, rozciągającej się na całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Dodatkowo wskazania wymaga, że znajduje on odzwierciedlenie również w treści przepisu art. 29 ust. 2 Pzp, który stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W stanie faktycznym sprawy Izba stanęła na stanowisku, że określone przez Zamawiającego postanowienia specyfikacji w Części XX ust. 1 oraz w § 3 pkt 8 i 9 załącznika nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy”, różnicujące termin płatności w zależności od statusu wykonawcy, nie zapewniają zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców co stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp.

Izba prezentuje pogląd, że termin płatności stanowi istotny element związany z realizacją przedmiotu zamówienia, który niewątpliwie ma wpływ na ukształtowanie ceny oferty, która w tym postępowaniu stanowi jedno z kryteriów oceny ofert, któremu Zamawiający przypisał wagę 55%. W

aspekcie powyższego dłuższy o 60 dni termin płatności oznacza dla wykonawcy mającego status dużego przedsiębiorcy dodatkowe obciążenie z uwagi na konieczność finansowania realizacji kontraktu, co będzie stanowić dla wykonawcy dodatkowy koszt, który powinien być uwzględniony w cenie oferty. Powyższe należy również uwzględnić w sytuacji, gdy wykonawca już na etapie ubiegania się o zamówienie posiada zaciągnięte pożyczki czy też kredyty, co względem Odwołującego zostało dowiedzione w toku rozprawy.

W tym miejscu należy również dostrzec dodatkowe ryzyko operacyjne i różne jego szacowanie w związku z przyjęciem odmiennych terminów płatności dla wykonawców w zależności od ich wielkości, a także mając na względzie wyjątkową złą sytuację finansową Zamawiającego. Wydłużony o 60 dni termin płatności dla dużego przedsiębiorcy względem mikro, małego lub średniego przedsiębiorcy powoduje powstanie po jego stronie dodatkowych kosztów na tym polu. Za przekonywującą i wiarygodną Izba uznała również argumentację Odwołującego, wspartą dowodami z przykładowych ankiet, który wyjaśniał, że część jego dostawców nie jest dużymi przedsiębiorcami i dlatego też obecnie zobowiązany jest dokonywać zapłaty na ich rzecz w krótszym okresie czasu niż 120 dni. Izba wskazuje, iż ma jedynie pośrednie znaczenie procentowy udział tego rodzaju dostawców w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę zaprezentowaną argumentację Izba stwierdziła, że przedstawione uwarunkowania mają bezpośredni wpływ na ukształtowanie przez wykonawców ceny, która stanowi jedno z kryteriów oceny ofert. W kontekście powyższego Izba doszła do przekonania, że powyższe postanowienia SIWZ stanowią naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp, które na może mieć wpływ na wyniki postępowania, a tym samym stanowiło postawę do uwzględnienia odwołania oraz modyfikacji treści specyfikacji w zakresie wskazanym w sentencji wyroku.

W rozpoznawanej sprawie Izba uznała, że należy zwrócić uwagę jeszcze na jeden istotny aspekt związany z terminem ubiegania się o odsetki przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia uwzględniając przy tym posiadanych przez nich status przedsiębiorcy. W ocenie Izby również w zakresie tego zagadnienia przejawia się brak zapewnienia równego traktowania wykonawców. Zauważyć należy, że na kanwie konstrukcji postanowień SIWZ opisanych powyżej wykonawca należący do kategorii mikro, małego, średniego przedsiębiorcy znajdzie się w pozycji uprzywilejowanej względem dużego przedsiębiorcy, bowiem zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy o terminach zapłaty będzie mógł otrzymać odsetki w transakcjach handlowych począwszy od dnia 61 po zakończeniu okresu obrachunkowego, podczas gdy duży przedsiębiorca otrzyma je dopiero począwszy od 121 dnia od zakończenia okresu obrachunkowego. Izba stwierdziła, że w taka sytuacja powoduje naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba uznała za nietrafną argumentację Zamawiającego, który w toku rozprawy wskazywał, że w ramach niniejszego postępowania umowa zostanie podpisana z dużym przedsiębiorcą i właśnie taki podmiot będzie realizował zamówienie. Izba wskazuje, że nie można wykluczyć, że zwycięskim wykonawcą nie będzie duży przedsiębiorca a właśnie mały czy też średni przedsiębiorca, bowiem zgodzić się należy z Odwołującym, że postanowienia SIWZ dopuszczają udział tego rodzaju wykonawcy. W takiej sytuacji Zamawiający powinien tak skonstruować postanowienia SIWZ, aby zapewniały uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami i równe ich traktowanie wykonawców, czego



zdaniem Izby w tym postępowaniu Zamawiający nie zapewnił. Dostrzeżenia również wymaga, że powołany przez Zamawiającego wyrok Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1028/17 zapadł w odmiennym stanie faktycznym, dotyczącym ukształtowania przez Zamawiającego wadliwie warunków udziału w postępowaniu. Tym samym stwierdzić należy, że nie może on mieć bezpośredniego przełożenia w rozpoznawanej sprawie, czego zdaje się oczekiwał Zamawiający.

Odnosząc się zaś do argumentacji Zamawiającego zasadzającej się na wyjątkowej sytuacji Zamawiającego, polegającej na jego złej kondycji finansowej Izba wskazuje, że podnoszona kwestia nie może stanowić podstawy do konstruowania postanowień SIWZ naruszających przytoczone powyżej przepisy. Za chybione należy uznać również stanowisko Zamawiającego formułowane na kanwie dotychczas stosowanych praktyk, czy też doświadczeń innych podmiotów z branży, bowiem obie strony zgodnie, zarówno w złożonych pismach oraz formułowanych stanowiska podkreślały, że stan prawny w zakresie ustalanych terminów zapłaty uległ zmianie z dniem 1 stycznia 2020 r.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy wskazywanych przez Odwołującego w treści odwołania co skutkowało uwzględnieniem odwołania i nakazaniem Zamawiającemu modyfikacji specyfikacji:

- w zakresie ust. 1 Części XX „Warunki płatności” oraz § 3 ust. 8 Załącznika nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy” poprzez wprowadzenie jednolitego terminu płatności 60 dni od zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego dla wszystkich przedsiębiorców,
- wykreślenie treści zawartych w ust. 9 z § 3 Załącznika nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy”.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

**Przewodniczący:** .....

