

WYROK

z dnia 13 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie **13 marca 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **4 marca 2020 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach**

w postępowaniu pn. *Najem dwóch nowych kombajnów chodnikowych o możliwości urabiania skał o twardości min. 110 MPa wraz z niezbędnym wyposażeniem dla potrzeb JSW S.A. KWK Jastrzębie-Bzie* (nr postępowania 7/P/20)

prowadzonym przez zamawiającego: **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju**

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu wprowadzenie we wszystkich postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia jednolitego dla wszystkich wykonawców terminu płatności 60 dni od daty dostarczenia mu faktury VAT.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących koszty wynagrodzenia pełnomocnika.**

Sygn. akt KIO 465/20

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 niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gliwicach**.

Uzasadnienie

Zamawiający Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na dostawę pn. *Najem dwóch nowych kombajnów chodnikowych o możliwości urabiania skał o twardości min. 110 MPa wraz z niezbędnym wyposażeniem dla potrzeb JSW S.A. KWK Jastrzębie-Bzie* (nr postępowania 7/P/20).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 24 lutego 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_038 pod poz. 090868.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

4 marca 2020 r. FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach {dalej również: „Famur” lub „Odwołujący”} wniósł w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”} w następującym zakresie:

- 1) 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 daty dostarczenia faktury VAT do Centrum Usług Wspólnych – jednostki organizacyjnej Zamawiającego, chyba że Wykonawca jest mikroprzedsiębiorcą, małym przedsiębiorcą lub średnim przedsiębiorcą w stosunku do którego termin zapłaty wynosi 60 dni od daty dostarczenia faktur do Centrum Usług Wspólnych;
- 2) pkt 14.6. 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 faktur VAT;
- 3) § 10 ust. 8 załącznika nr 6 do SIWZ – Umowy – w zakresie, w jakim określa, że zapłata czynszu następować będzie z dołu w odniesieniu do miesięcznych okresów rozliczeniowych, na podstawie prawidłowo wystawionej faktury VAT, w terminie do 90 dni od daty dostarczenia jej do Centrum Usług Wspólnych – jednostki organizacyjnej Zamawiającego (...) chyba że Wykonawca jest mikroprzedsiębiorcą, małym

przedsiębiorcą lub średnim przedsiębiorcą w stosunku do którego termin zapłaty wynosi do 60 dni od daty dostarczenia faktury do Centrum Usług Wspólnych;

- 4) § 10 ust. 19 do Załącznika nr 6 do SIWZ – Umowy – 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 Wykonawcy stwierdzi, że wbrew treści oświadczenia Wykonawca nie posiada statusu mikroprzedsiębiorcy, małego przedsiębiorcy albo średniego przedsiębiorcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że powyższe postanowienia stanowią naruszenie następujących przepisów:

1. Art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 pzp – przez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji (a tym samym ją utrudniający), równego traktowania wykonawców, w szczególności poprzez wprowadzenie zróżnicowanego terminu płatności za realizującą przedmiot 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. 353¹ Kodeksu cywilnego {dalej: „Kc”} w zw. z art. 5 Kc i w zw. z art. 14 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”) – przez sformułowanie postanowień § 10 ust. 8 oraz ust. 19 załącznika nr 6 do SIWZ w sposób sprzeciwiający się właściwości (naturze) stosunku prawnego, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego oraz przez 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 powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ:

1. W zakresie pkt III.1.7) ogłoszenia o zamówieniu, pkt 14.6. SIWZ, §10 ust. 8 załącznika nr 6 do SIWZ – Umowy – polegającej na wprowadzenie jednolitego terminu płatności 60 dni od daty dostarczenia faktury do Centrum Usług Wspólnych dla wszystkich wykonawców, bez względu na posiadany przez nich status mikro-, małego, średniego czy też dużego przedsiębiorcy.
2. W zakresie § 10 ust. 19 załącznika nr 6 do SIWZ – Umowy – polegającej na jego wykreśleniu.

Odwołujący następująco sprecyzował okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Według Odwołującego w sytuacji, gdy cena jest jedynym kryterium oceny ofert, zróżnicowanie wykonawców w zakresie elementu cenotwórczego, jakim niewątpliwie jest termin płatności, w sposób oczywisty powoduje nierówne traktowanie wykonawców.

Odwołujący zwrócił uwagę, że biorąc pod uwagę art. 7 ust. 1 ustawy o terminach zapłaty wykonawca należący do kategorii mikro-, małego, średniego przedsiębiorcy otrzyma odsetki za opóźnienie w płatności w transakcjach handlowych począwszy od 61 dnia po zakończeniu okresu obrachunkowego, podczas gdy duży przedsiębiorca otrzyma je dopiero począwszy od 91 dnia od zakończenia okresu obrachunkowego.

Ponadto Odwołujący podniósł, że zróżnicowanie terminów płatności w bezpośredni sposób przekłada się na kalkulację kosztu pieniądza w czasie, co z kolei ma bezpośredni wpływ na kalkulację oferowanej w postępowaniu ceny, gdyż dłuższy o 30 dni termin płatności oznacza dla dużego przedsiębiorcy dodatkowe obciążenia z uwagi na konieczność finansowania dłuższej luki finansowej przy realizacji kontraktu. Odnosząc się do średniego kosztu finansowania (marża odsetkowa) wskazywanego przez Agencję Rozwoju Przemysłu S.A. dla przedsiębiorstw działających w branżach istotnych dla rozwoju polskiej gospodarki, w tym mających utrudniony dostęp do kapitału, do których należy zaliczyć branżę węglową, w wysokości do 6,0 p.p., oraz stopy bazowej Wibor 3M, wynoszącej 1,71% wg stanu na 02.03.2020, koszt kredytu bankowego niezbędnego do pozyskania celem uzupełnienia luki finansowej w przepływach może wynieść 7,71% rocznie (<https://www.arp.pl/uslugifinansowe/pozyczki/finansowanie-dluzne-branz-strategicznzych-obarczonych-wysokim-ryzykiem>)

Odwołujący wyliczył przykładowo, że przy założeniu konieczności sfinansowania kwoty należności 10 mln zł, w zależności od okresu oczekiwania na płatność (60 oraz 90 dni), koszt kredytu udzielanego na okres o 30 dni dłużej może być wyższy o 63.370 zł.

Według Odwołującego z uwagi na charakter umowy, która ma zostać zawarta w niniejszym postępowaniu (najem), oraz w jaki sposób przebiega fakturowanie i płatności (faktury za poszczególne miesięczne okresy rozliczeniowe wystawiane są w okresach miesięcznych), wykonawcy będący dużymi przedsiębiorcami ponoszą taki koszt, wyliczony w zależności od wartości kontraktu i danej faktury miesięcznej o 30 dni dłużej dla każdej faktury, przez okres 36 miesięcy (przewidywany okres najmu wynosi dokładnie 1080 dni).

Odwołujący dodał, że w takim samym czasie dodatkowego finansowania wymagają kwoty podatku VAT, na którego zapłatę przez Zamawiającego wykonawcy o statusie dużego przedsiębiorcy oczekiwać będą o 30 dni dłużej niż pozostali przedsiębiorcy. Wyjaśnił, że kwota VAT wymaga sfinansowania przez dużego przedsiębiorcę, gdyż termin płatności VAT z wystawionych (a niezapłaconych przez kontrahenta) faktur VAT to 25 dzień kolejnego miesiąca kalendarzowego po wystawieniu faktury VAT.

Odwołujący zwrócił także uwagę na dodatkowe ryzyka operacyjne i różne ich szacowanie w związku z przyjęciem odmiennych terminów płatności dla wykonawców, także stanowiące przejaw braku równego traktowania wykonawców, wynikające z tego, że wykonawcy o statusie dużego przedsiębiorcy zmuszeni są akceptować wydłużone o 30 dni ryzyko niewypłacalności Zamawiającego. Według Odwołującego ma to istotne znaczenie dla przedmiotowego postępowania, gdyż 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 ponoszonym dłuższym ryzykiem z tego tytułu. Odwołujący podsumował, że ma to również ma bezpośredni wpływ na kalkulację oferowanej w postępowaniu ceny.

Odwołujący podniósł również, że ponieważ Zamawiający oczekuje od wykonawców udzielenia gwarancji jakości w całym okresie najmu, wykonawca musi utrzymywać w okresie najmu gotowość serwisową, co wymaga posiadania odpowiedniego zapasu części zamiennych do wynajmowanych kombajnów, które w pewnym zakresie Odwołujący zakupuje u dostawców zewnętrznych posiadających status mikro-, małego lub średniego przedsiębiorcy. W takiej sytuacji Odwołujący zmuszony jest do dokonywania zapłaty za zakupione części w terminie nie dłuższym niż 60 dni od otrzymania faktury, podczas gdy termin uzyskania zapłaty za świadczenie na rzecz Zamawiającego miałby być dłuższy o 30 dni.

Odwołujący podkreślił, 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. 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: 1) strony w umowie wyraźnie ustalą inaczej, 2) ustalenie to nie jest rażąco nieuczciwe wobec wierzyciela. 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. Odwołujący zarzucił, że ponieważ w niniejszym postępowaniu (jak również w innych aktualnie ogłaszanych postępowaniach) Zamawiający dla zastrzegł 90-dniowy termin zapłaty bez jakichkolwiek ustaleń z wykonawcą oraz bez badania, czy taki termin nie jest rażąco nieuczciwy dla wykonawcy, naruszył art. 353¹ Kc w. zw. z art. 5 Kc i w. zw. z art. 14 pzp i wyrażoną w niej zasadę swobody umów oraz naruszył art. 7 ust. 2 ustawy terminach zapłaty, gdyż dłuższy niż maksymalny dopuszczalny termin został narzucony wykonawcom

w sposób niezgodny z wymaganiami prawa. Zdaniem Odwoływającego postanowienie o zastosowaniu na zasadzie wyjątku dłuższego 90-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 strona nie ma absolutnie żadnego wpływu. Z tego też względu wprowadzenie takiego terminu do wzoru przyszłej umowy jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, gdyż zobowiązuje wykonawcę, którego oferta będzie oceniona jako najkorzystniejsza, do akceptacji terminu, który jest dla niego rażąco nieuczciwy i nie został z nim ustalony.

O tym, że różnicowanie terminów płatności stanowi rażąco nieuczciwość wobec wierzyciela będącego dużym przedsiębiorcą, zdaniem Odwoływającego świadczy wpływ takiej regulacji na kształtowanie oferowanej w postępowaniu ceny (o czym była mowa powyżej).

Ponadto według Odwoływającego wprowadzenie wydłużonego terminu płatności wobec dużych przedsiębiorców nie znajduje żadnego obiektywnego uzasadnienia, uwzględniając przedmiot postępowania i charakter umowy (najem dwóch kombajnów chodnikowych).

Odwoływający wywiódł, 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 pzp. Wprowadzenie różnych terminów płatności dla różnych kategorii wykonawców przekłada się bowiem bezpośrednio 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.

Odwoływający zwrócił uwagę, że Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego posiada z założenia uprzywilejowaną pozycję, gdyż ma prawo do *de facto* jednostronnego określenia warunków przyszłej umowy. Według Odwoływającego Zamawiający nie może jednak swojego prawa nadużywać w taki sposób, że, po pierwsze, narzuca wykonawcy złożenie oświadczenia, które nie jest zgodne z prawdą, a po drugie, wprowadza regulacje w sposób jawny naruszające uczciwa konkurencję.

Zgodnie z regułą wyrażoną w art. 5 Kc 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 Odwoływającego Zamawiający w niniejszym postępowaniu także tę regułę naruszył.

Zamawiający w odpowiedzi odwołanie z 13 marca 2020 r. wniósł o jego oddalenie,

w szczególności następująco uzasadniając swoje stanowisko.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Zamawiający podniósł, że nierówne traktowanie w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w rozumieniu art. 7 ust. 1 ustawy pzp ma miejsce wówczas, gdy wykonawcy znajdujący się w takiej samej lub podobnej sytuacji traktowani są w odmienny sposób, tj. jeden z wykonawców czy jedna z kategorii wykonawców jest traktowana przez zamawiającego w sposób uprzywilejowany. Przestrzeganie zasady równego traktowania wykonawców polega bowiem na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców (por. wyrok KIO 2272/12, wyrok KIO 2333/12, wyrok KIO 2349/12, wyrok KIO 2350/12).

Zamawiający stwierdził, że zasada ta nie oznacza również, że zamawiający w ramach danego postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego nie może opisu przedmiotu zamówienia sformułować w taki sposób, że pewne kategorie wykonawców obowiązują inne warunki związane z realizacją zamówienia, o ile poprzez takie uregulowania nie ulegnie zakłóceniu uczciwa konkurencja pomiędzy potencjalnymi wykonawcami

Według Zamawiającego wykonawca posiadający status dużego przedsiębiorcy (jak Odwołujący) nie może zostać uznany za wykonawcę znajdującego się w takiej samej sytuacji jak wykonawca, który jest przedsiębiorcą posiadającym w rozumieniu rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 status przedsiębiorstwa średniego, małego czy mikroprzedsiębiorstwa, gdyż ten pierwszy znajduje się w sytuacji, w której – z racji zakresu zasobów, którymi dysponuje (a które determinują jego status jako dużego przedsiębiorcy), takich jak środki finansowe, zasoby ludzkie, majątek trwały — ma możliwość wzięcia udziału w większej liczbie postępowań przetargowych oraz zaoferowania lepszych warunków realizacji zamówienia niż wykonawca zasobami takimi nie dysponujący, a tym samym ma większe szanse na uzyskanie zamówienia publicznego.

Zamawiający wywiódł, że podmiot niedysponujący odpowiednio dużymi zasobami albo w ogóle nie jest w stanie uzyskać finansowania swojej działalności w drodze kredytu lub pożyczki, albo też uzyska takie finansowanie na warunkach dużo gorszych niż podmiot, który dysponuje odpowiednio dużym majątkiem, który np. stanowić zabezpieczenie spłaty zobowiązań kredytowych. Potwierdza to okoliczność, że w 2019 r. polskie banki zasygnalizowały zaostrenie kryteriów przyznawania, jak i niektórych warunków udzielania kredytów dla małych i średnich przedsiębiorstw przy praktycznie niezmienionej polityce kredytowej względem dużych przedsiębiorstw i przy braku istotnych zmian po stronie popytu na kredyt (por. serwisy.gazetaprawna.pl/msp/artykuly/1438018,nbp-banki-kryteria-pryzyznawaniakredytow.html).

Zamawiający podniósł, że obecne realia rynkowe w odniesieniu do przedmiotu zamówienia tego postępowania są takie, że poza Odwołującym praktycznie nie ma innych podmiotów, które mogłyby ubiegać się o udzielenie im zamówienia. Ponadto według Zamawiającego Odwołujący ma pozycję dominującą w zakresie dostaw (sprzedaży oraz najmu) kombajnów chodnikowych i kombajnów ścianowych, jak również w zakresie świadczenia usług serwisowych dotyczących tego rodzaju urządzeń. W ocenie Zamawiającego Odwołujący prowadzi taką politykę handlową, że unika dokonywania sprzedaży tychże urządzeń, co niejako wymusza na Zamawiającym oraz innych podmiotach działających w branży wydobywczej udzielanie zamówień na ich najem. Działania takie eliminują z rynku mniejsze niż Odwołujący podmioty, które w związku z tym nie mają dostępu do tych urządzeń, a tym samym nie mogą ich nabyć w celu ich zaoferowania podmiotom takim jak Zamawiający w ramach postępowań w sprawie udzielenia zamówienia publicznego obejmujących najem takich urządzeń. Przy czym podmioty nieposiadające takiego potencjału jak Odwołujący nie są w stanie samodzielnie wyprodukować urządzeń omawianego rodzaju, gdyż jest to skomplikowany i długotrwały proces, wymagający dysponowania niezbędnym know-how, zapleczem produkcyjnym, wykwalifikowaną kadrą oraz dostępem do środków finansowych umożliwiających przeprowadzenie całego procesu produkcyjnego.

W tym kontekście dla Zamawiającego znamienne jest fakt, że Odwołujący uzyskał 9 spośród 13 udzielonych przez Zamawiającego w latach 2018-2019 zamówień na zakup lub najem kombajnów chodnikowych oraz kombajnów ścianowych, co stanowi około 69,23% wartości wszystkich tych zamówień i oznacza, że konkurencja jest w rzeczywistości symboliczna, jeśli nie całkowicie wyłączona, gdyż ogranicza się do jednego lub dwóch podmiotów posiadających status dużego przedsiębiorcy, a innych konkurencyjnych podmiotów, nieposiadających statusu dużego przedsiębiorcy, które mogłyby zrealizować zamówienie, na rynku po prostu nie ma.

Według Zamawiającego z uwagi na zakres obowiązków wynikających z umowy w sprawie tego zamówienia to raczej wykonawca nieposiadający statusu dużego przedsiębiorcy zmuszony byłby do finansowania przy pomocy kredytów bądź pożyczek swojej bieżącej działalności do czasu uzyskania wynagrodzenia, nie zaś wykonawca posiadający statusu dużego przedsiębiorcy. Zamawiający powtórzył, że o ile nawet duży wykonawca musiałby z takiego finansowania skorzystać, o tyle mógłby je uzyskać na warunkach dużo lepszych niż wykonawca nie posiadający statusu dużego przedsiębiorcy.

W opinii Zamawiającego wprowadzenie zróżnicowanych terminów płatności w zależności od statusu wykonawcy nie tylko nie było jego samodzielną decyzją o charakterze biznesowym, ale ustawową koniecznością, dopuszczalną w świetle przepisów polskiego prawa, gdyż właśnie ustawa o terminach zapłaty dopuszcza możliwość stosowania

różnych terminów zapłaty w zależności od tego, jaki status posiada dłużnik oraz wierzyciel.

Stąd w ocenie Zamawiającego w świetle art. 7 ust. 2 i 2a ustawy o terminach zapłaty dopuszczalne jest odmienne traktowanie kontrahentów w odniesieniu do terminu zapłaty ich należności wyłącznie z uwagi na cechy podmiotowe kontrahenta, tj. z uwagi na jego status w rozumieniu rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014, gdyż Prawo zamówień publicznych, choć stanowi specyficzną dziedzinę prawa, nie może funkcjonować w oderwaniu od przepisów i zasad funkcjonujących w polskim systemie prawnym.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Zamawiający stwierdził w pierwszej kolejności, że art. 7 ust. 2 ustawy o terminach zapłaty w żadnym razie nie stanowi, że dłuższy niż 60-dniowy termin zapłaty musi zostać uzgodniony indywidualnie, w drodze negocjacji. Zgodnie z tym przepisem taki termin musi zostać jedynie wyraźnie określony przez strony umowy. Gdyby wolą ustawodawcy było wprowadzenie wymogu dokonania takiego indywidualnego uzgodnienia, dałby temu wprost wyraz w treści tego przepisu, jak czyni to np. art. 385¹ § 1 Kc.

Po drugie według Zamawiającego w ramach postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego ma miejsce ustalenie treści umowy w rozumieniu art. 7 ust. 2 ustawy o terminach zapłaty, ale odbywa się to w innym sposób, niż poprzez prowadzenie negocjacji warunków umowy. Wykonawcy mają szereg instrumentów na spowodowanie wystąpienia takich ustaleń. Wśród nich znajduje się możliwość zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji uregulowana w art. 38 ust. 1 pzp, czy też możliwość złożenia odwołania na postanowienia ogłoszenia czy samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz dołączanych do niej dokumentów zamawiającego, a takim dokumentem są istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści umowy. Dlatego nie można stwierdzić, że w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego nie może dojść do ustalenia treści umowy (por. wyrok KIO 1242/13).

Należy mieć tu na uwadze, że w ramach zamówień publicznych zasada swobody umów doznaje trojakiemu ograniczenia: po pierwsze, zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie, zamawiający określa zasady, na jakich umowę chce zawrzeć, po trzecie, strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Z treści art. 36 ust. 1 pkt 16 pzp wynika dla zamawiającego nie tylko zobowiązanie do ustalenia warunków umowy już na etapie publikacji SIWZ, ale również uprawnienie do ich ukształtowania zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami (KIO 448/13). To zamawiający – w myśl przepisów ustawy pzp – ma prawo tak uregulować treść umowy, aby możliwe było zrealizowanie zamówienia, określając istotne warunki przyszłej umowy w sprawie zamówienia, gdyż jest podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego

postępowania i ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy (KIO 1106/13). Fakt skorzystania przez zamawiającego z przyznanego ustawowo uprawnienia kształtowania treści umowy nie stanowi sam w sobie o nadużyciu zasady swobody umów i naruszeniu zasad współzycia społecznego (KIO 412/15).

Według Zamawiającego z tego też powodu Izba w swoim orzecznictwie dotyczącym art. 7 ustawy o terminach zapłaty w brzmieniu obowiązującym do 31 grudnia 2019 r. stała na stanowisku, że argument braku ustaleń w odniesieniu do spełnienia warunku zastosowania terminu zapłaty dłuższego niż 60 nie może być brany pod uwagę (por. wyrok KIO 1242/13), jak również, że wydłużenie terminu płatności nawet do 120 dni poprzez określenie takiego terminu płatności w SIWZ nie narusza przepisów ustawy pzp, gdyż ustalenie takiego terminu płatności następuje w postanowieniach przyszłej umowy (załącznikach do SIWZ), a przy tym nie jest to sprzeczne ze społeczno-gospodarczym celem umowy i zasadami współzycia społecznego oraz jest obiektywnie uzasadnione (por. wyrok KIO 1583/14).

W ocenie Zamawiającego powyższa argumentacja zachowuje aktualność również w obecnym stanie prawnym, gdyż przesłanki zastosowania terminu płatności dłuższego niż 60 dni są *de facto* takie same, mimo nieco odmiennego ich brzmienia.

Niezależnie od powyższego bezzasadność twierdzenia Odwołującego, że termin zapłaty wynoszący 90 dni jest rażąco nieuczciwy, według Zamawiającego wynika również ze specyfiki prowadzonej przez niego działalności, z którą ściśle związany jest przedmiot zamówienia. Podstawowym zakresem działalności Zamawiającego jest sprzedaż węgla koksowego i koksu wytworzonego z węgla koksowego. Zamawiający podał, że średni termin płatności dla cyklu produkcyjnego produktu (t. węgla koksowego), przy sprzedaży produktu do odbiorcy finalnego w wysyłkach morskich wynosi co najmniej 99 dni. Na cykl ten składają się następujące etapy: a) 24 dni – okres rotacji wyrobów gotowych(węgla) w JSW SA, b) 3 dni – dostawa węgla koksowego do koksowni (sprzedaż na bazie CPT), c) co najmniej 10 dni standardowy okres składowania węgla koksowego w koksowni, d) około 27 dni – średni okres rotacji koksu w portach, e) 35 dni – okres płatności akredytywy. Oznacza to, że to 90-dniowy termin płatności odpowiada średniemu okresowi uzyskiwania przez Zamawiającego płatności, z których reguluje on swoje zobowiązania wobec wykonawców m.in. wynajmujących urządzenia służące do prowadzenia wydobywania węgla koksowego. Stąd Zamawiający w żadnym razie nie będzie korzystać na tym, że swoje zobowiązania będzie mógł regulować wobec wykonawcy posiadającego status dużego przedsiębiorcy dopiero po upływie 90 dni. Natomiast wysoce problematyczna będzie dla Zamawiającego sytuacja, w której będzie on musiał regulować te należności w terminie 60-dniowym, obligatoryjnym wobec przedsiębiorców nieposiadających statusu dużego przedsiębiorcy.

Co jednak szczególnie istotne zdaniem Zamawiającego, przedmiot zamówienia obejmuje dostawę kombajnów chodnikowych, a więc urządzeń służących do drążenia podziemnych wyrobisk korytarzowych i komorowych, z których będzie wydobywany węgiel kamienny. Kombajny chodnikowe, które Zamawiający zamierza wynająć przeznaczone są dla nowo utworzonego zakładu górniczego (KWK Jastrzębie-Bzie) i służyć mają drążeniu nowych podziemnych wyrobisk. W związku z tym, że proces wydobywczy ma charakter złożony i czasochłonny, wymaga wprawdzie wydrążenia podziemnych korytarzy umożliwiających dostanie się do złóż węgla, a następnie przygotowania ich do prowadzenia wydobywania, Zamawiający uzyska należności z tytułu sprzedaży węgla kamiennego wydobytego dzięki pracy urządzeń stanowiących przedmiot zamówienia dużo później niż po upływie tego średnio 99-dniowego terminu, gdyż dopiero w 2021.

Zamawiający wskazał również, że w miarę swoich możliwości finansowych na przestrzeni ostatnich lat skracał stosowane przez siebie terminy płatności. Jeszcze w 2018 r. stosował 120-dniowe, natomiast w 2018 r. zaczął stosować termin 90 dni.

Co istotne według Zamawiającego dotychczas te dłuższe niż 60 dni terminy zapłaty były ostatecznie akceptowane przez Odwołującego, z którym zostały zawarte umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego m.in. w ramach postępowań przetargowych prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego na zakup lub najem kombajnów chodnikowych lub ścianowych o nr referencyjnych: 4/P/18, 74/P/18, 2/P/19, 13/P/19, 19/P/19, 33/P/19, 56/P/19, 70/P/19. Zamawiający wniósł o dopuszczenie na powyższą okoliczność dowodu z 8 umów, które załączył do odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający dodał, że Odwołujący we wskazanych wyżej postępowaniach nie zaskarżył w drodze odwołania zapisów ogłoszenia o zamówienia oraz zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które regulowały terminy płatności.

Dodatkowo Zamawiający podniósł, że stosowane przez samego Odwołującego terminy płatności w transakcjach ze swoimi kontrahentami najprawdopodobniej nie odbiegają od kwestionowanego przez niego 90-dniowego terminu zapłaty. Jak wynika z analizy sprawozdań finansowych Odwołującego oraz grupy kapitałowej, w której skład wchodzi (Grupa Kapitałowa Famur), cykl obrotu zobowiązań u Odwołującego (sprawozdania jednostkowe) według stanu na 30.09.2019 r. wynosił 118 dni, cykl obrotu należności: 198 dni, zaś cykl obrotu zapasów: 66 dni. Zamawiający wniósł o dopuszczenie na powyższą okoliczność dowodu z następujących środków dowodowych: a) skonsolidowany raport kwartalny Grupy FAMUR za III kwartał 2019 r., b) zestawienie danych ze sprawozdań finansowych FAMUR S.A. oraz Grupy Kapitałowej FAMUR za 3 kwartał 2019 roku, c) sprawozdanie Zarządu z działalności FAMUR S.A. oraz Grupy FAMUR w 2018 roku, s. 36.

Zamawiający podsumował, że w tych okolicznościach nie ma podstaw dla

stwierdzenia, że stosowanie przez niego 90-dniowego terminu zapłaty w realiach tego konkretnego postępowania jest rażąco nieuczciwe wobec Odwołującego ani że sprzeciwia się właściwości (naturze) stosunku prawnego, który zostanie nawiązany w wyniku rozstrzygnięcia tego postępowania, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp.

Izba nie uznała za zasadny wniosku zawartego w odpowiedzi na odwołanie z 6 marca 2020 r. o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 7 pzp z tego względu, że w opinii Zamawiającego wniesienie odwołania nastąpiło po upływie 10 dni od opublikowania na jego stronie internetowej 21 lutego 2020 r. ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji, a w konsekwencji przekazanie kopii odwołania nastąpiło również z przekroczeniem tego terminu.

Izba zważyła, że, po pierwsze, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp, a zatem nie ma znaczenia, że Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu przed jego opublikowaniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Co więcej, a zarazem po drugie, z art. 37 ust. 2 pzp wprost wynika, że zamawiający w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego udostępnia specyfikację istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp. Oznacza to, że Zamawiający nie może przez naruszenie tego ostatniego przepisu, zmierzającego do zapewnienia równego dostępu do informacji o postępowaniach dla wszystkich wykonawców, niejako skrócić jakiegokolwiek wykonawcy terminu na wniesienie odwołania, który rozpoczyna swój bieg od daty zamieszczenia ogłoszenia w obligatoryjnym publikatorze, w której to dacie, ale nie wcześniej, dodatkowo powinna zostać udostępniona wykonawcom specyfikacja.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania

odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali dotychczasowe stanowisko.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Legitymacja Odwołującego jako wykonawcy zainteresowanego udziałem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia i mogącego ponieść szkodę w związku z brzmieniem zaskarżonych postanowień specyfikacji, nie budziła wątpliwości.

Odwołanie jest zasadne.

Zamawiający w pkt III.7. ogłoszenia o zamówieniu określił, że: *Zapłata czynszu następować będzie z dołu w odniesieniu do miesięcznych okresów rozliczeniowych na podstawie prawidłowo wystawionej faktury VAT w terminie do 90 dni od daty dostarczenia jej do Centrum Usług Wspólnych – jednostki organizacyjnej Zamawiającego (adres: ul. Armii Krajowej 56, 44-330 Jastrzębie-Zdrój, POLSKA), chyba że Wykonawca jest mikroprzedsiębiorcą, małym przedsiębiorcą lub średnim przedsiębiorcą w stosunku do którego termin zapłaty wynosi 60 dni od daty dostarczenia faktur do Centrum Usług Wspólnych.*

Ponadto w pkt 14.6. SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” Zamawiający zamieścił postanowienie: *Zapłata ceny nastąpi w terminie do 90 dni od przedstawienia Zamawiającemu faktury VAT, chyba że wykonawca jest mikroprzedsiębiorcą, małym przedsiębiorcą lub średnim przedsiębiorcą w stosunku do którego termin zapłaty wynosi do 60 dni od daty dostarczenia zamawiającemu faktury VAT.*

Podobne postanowienie znalazło się w § 10 ust. 8 załącznika nr 6 do SIWZ „Umowa”: *Zapłata czynszu następować będzie z dołu w odniesieniu do miesięcznych okresów rozliczeniowych na podstawie prawidłowo wstawionej faktury VAT w terminie do 90 dni od daty dostarczenia jej do Centrum Usług Wspólnych – jednostki organizacyjnej Zamawiającego (adres: ul. Armii Krajowej 56, 44-330 Jastrzębie-Zdrój), chyba że Wykonawca jest mikroprzedsiębiorcą, małym przedsiębiorcą lub średnim przedsiębiorcą*

w stosunku do którego termin zapłaty wynosi do 60 dni od daty dostarczenia faktury do Centrum Usług Wspólnych. Treść faktury powinna wskazywać nadany przez Zamawiającego numer umowy (numer e-RU) oraz zakład i ruch Zamawiającego, którego ona dotyczy (JSW S.A. KWK Jastrzębie-Bzie, ul. Górnicza I, 44-330 Jastrzębie-Zdrój).

Z kolei w § 3 ust. 19 umowy brzmi: Zamawiający zastrzega sobie uprawnienie do weryfikacji oświadczenia Wykonawcy zawartego w poprzednim ustępie w trakcie realizacji umowy. W przypadku stwierdzenia, że wbrew treści oświadczenia Wykonawcy nie posiada statusu mikroprzedsiębiorcy, małego przedsiębiorcy albo średniego przedsiębiorcy, Zamawiający uprawniony będzie do dokonania zapłaty w terminie 90 dni od przedstawienia mu faktury, a Wykonawca zobowiązany będzie do wystawienia faktury korygującej, uwzględniającej zmianę terminu zapłaty.

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. Z kolei art. 29 ust. 2 pzp stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Od 1 stycznia 2020 r. art. 7 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych z dnia 8 marca 2013 r. (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 118 ze zm.) {dalej: „ustawa o terminach zapłaty”} otrzymał następujące brzmienie {nowe przepisy w ustępach oznaczonych 2a, 3a, 3b):

1. 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.

2. 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.

2a. 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.

3. Jeżeli ustalony w umowie termin zapłaty jest dłuższy niż 60 dni, liczonych od dnia doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi, a nie jest spełniony warunek, o którym mowa w ust. 2, wierzycielowi, który spełnił swoje świadczenie, po upływie 60 dni przysługują odsetki, o których mowa w ust. 1.

3a. Wierzyciel może odstąpić od umowy albo wypowiedzieć umowę, jeżeli termin zapłaty określony w umowie przekracza 120 dni, liczonych od dnia doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi, i został ustalony z naruszeniem przepisu ust. 2.

3b. Jeżeli wierzyciel wypowiedział umowę na podstawie ust. 3a, świadczenia pieniężne przysługujące mu od dłużnika z tytułu już dostarczonych towarów lub wykonanych usług stają się wymagalne w terminie 7 dni od dnia wypowiedzenia umowy. Jeżeli wierzyciel nie otrzyma świadczenia pieniężnego w tym terminie, przysługują mu odsetki, o których mowa w ust. 1.

4. W przypadku gdy nie jest możliwe ustalenie daty otrzymania faktury lub rachunku potwierdzającego dostawę towaru lub wykonanie usługi albo gdy faktura lub rachunek zostały doręczone przed dostawą towaru lub wykonaniem usługi, termin zapłaty, o którym mowa w ust. 2, jest liczony od dnia otrzymania przez dłużnika towaru lub usługi.

W rozpoznawanej sprawie istota sporu pomiędzy Stronami sprowadzała się do kwestii, czy zaskarżone przez Odwołującego postanowienia specyfikacji, w których Zamawiający wprowadził zróżnicowanie terminu płatności w zależności od tego, czy dany wykonawca posiada status mikroprzedsiębiorcy, małego lub średniego przedsiębiorcy {dalej również w skrócie: „MŚP”} w rozumieniu załącznika I 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 187/1 z 26.06.2014 ze zm.), czy też nie. I tak Zamawiający wprowadził terminy płatności comiesięcznego czynszu od daty przedstawienia faktury wynoszące: dla wykonawców zaliczanych do MŚP – 60 dni, a dla pozostałych wykonawców, czyli posiadających status tzw. dużego przedsiębiorcy – 90 dni.

W przekonaniu składu orzekającego Izby w przypadku zamówień publicznych objętych ustawą Prawo zamówień publicznych interpretacja art. 7 ust. 2 i 2a ustawy o terminach zapłaty nie może abstrahować od art. 7 ust. 1 ustawy pzp, który nakazuje zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że w świetle prounijnej wykładni art. 7 ust. 2

i 2a ustawy o terminach zapłaty tzn. biorąc pod uwagę art. 3 ust. 5 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/7/UE z dnia 16 lutego 2011 r. w sprawie zwalczania opóźnień w płatnościach w transakcjach handlowych (Dz. Urz. UE L 48/1 z 23.02.2011 ze zm.), z którego wynika, że państwa członkowskie powinny zapewnić, aby termin płatności określony w umowie nie przekraczał 60 dni, a odstępstwo od tej reguły może nastąpić wtedy, gdy w umowie wyraźnie postanowiono inaczej, a ponadto wydłużenie terminu zapłaty nie jest rażąco nieuczciwe wobec wierzyciela – zasadą jest maksymalnie 60-dniowy termin zapłaty, a dłuższy termin ma charakter wyjątku, wymagającego spełnienia dodatkowych przesłanek, które nie powinny być w związku z tym interpretowane rozszerzająco.

Po drugie, wbrew odmiennemu stanowisku Zamawiającego, w przekonaniu składu orzekającego Izby utrwalone w doktrynie i orzecznictwie zamówień publicznych rozumienie zasady równego traktowania wykonawców z art. 7 ust. 1 ustawy pzp jako zakazu odmiennego traktowania wykonawców znajdujących się w analogicznej sytuacji nie odnosi się do ich statusu jako MŚP czy dużego przedsiębiorcy. Innymi słowy zasada równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego nie dozwala na odmienne traktowanie wykonawców w zależności od skali prowadzonej przez nich działalności gospodarczej. Wypracowane w doktrynie i orzecznictwie rozumienie zasady równego traktowania wykonawców odnosi się do sytuacji wykonawców z punktu widzenia czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez zamawiającego, który nie powinien przeprowadzać takich samych czynności odmiennie w stosunku do różnych wykonawców ubiegających się o udzielenie tego samego zamówienia publicznego.

Tymczasem wprowadzenie zróżnicowanego terminu zapłaty za należyte wykonanie tego samego świadczenia w zależności od statusu wykonawcy jako MŚP albo dużego przedsiębiorcy oznacza odmienne traktowanie wykonawców, którzy w taki sam sposób wykonują przedmiot zamówienia. W przekonaniu składu orzekającego Izby jest to takie samo naruszenie zasady równego traktowania wykonawców z art. 7 ust. 1 pzp, jak wprowadzanie odmiennych warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej albo zdolności technicznej lub zawodowej. Nie ma przecież wątpliwości, że warunki te dla wszystkich wykonawców, niezależnie od ich statusu jako MŚP albo dużych przedsiębiorców, muszą być takie same.

Konkretnie nierówne traktowanie wykonawców przez Zamawiającego przejawia się w szczególności w zróżnicowaniu terminu możliwości występowania o odsetki przez wykonawców ubiegających się o udzielenie tego zamówienia w zależności od ich statusu jako MŚP albo dużych przedsiębiorców. Według zaskarżonych postanowień SIWZ wykonawca należący do kategorii MŚP znajdzie się w pozycji uprzywilejowanej względem

dużego przedsiębiorcy, gdyż zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy o terminach zapłaty będzie mógł otrzymać odsetki w transakcjach handlowych począwszy od dnia 61 po spełnieniu świadczenia, podczas gdy duży przedsiębiorca otrzyma je dopiero począwszy od 91 dnia od spełnienia takiego samego świadczenia.

Wprowadzone przez Zamawiającego postanowienia dotyczące terminu płatności naruszają także wyrażoną w art. 7 ust. 1 pzp zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego, która dodatkowo w art. 29 ust. 2 pzp została sprecyzowana jako zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Izba podziela stanowisko, że termin płatności stanowi istotny element związany z realizacją przedmiotu zamówienia, który niewątpliwie ma wpływ na ukształtowanie ceny oferty, a w tym postępowaniu stanowi ona jedyne kryterium oceny ofert. Dłuższy o 30 dni termin płatności oznacza dla wykonawcy mającego status dużego przedsiębiorcy konieczność poniesienia dodatkowych kosztów finansowania realizacji kontraktu, który powinien być przez niego uwzględniony przy kalkulacji ceny oferty. Konkretnie wyliczenia w tym zakresie zostały przedstawione adekwatnie w odwołaniu.

Nie bez znaczenia jest również 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 złą sytuację finansową Zamawiającego. Wydłużony o 60 dni termin płatności dla dużego przedsiębiorcy względem MŚP powoduje powstanie po jego stronie dodatkowych kosztów na tym polu. Za przekonującą 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 niż 90 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.

Niezależnie od powyższego w rozpoznawanej sprawie Izba stwierdziła, że nie można mówić o jakimkolwiek ustaleniu postanowień umowy w zakresie terminu płatności pomiędzy stronami, gdyż już sam charakter prowadzonego postępowania determinuje, że postanowienia te zostały przez Zamawiającego z góry narzucone wykonawcom ustaloną przez niego treścią SIWZ. O ile Zamawiający jest uprawniony do określania w umowie

swoich wymagań w treści specyfikacji, o tyle art. 7 ust. 2 o terminach zapłaty, rozpatrywany w kontekście powyżej przywołanych zasad wynikających z art. 7 ust. 1 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 terminu płatności pomiędzy stronami, skoro powyższa kwestia była jedynie jednostronnie zakomunikowana wykonawcom w specyfikacji. Wobec tego nie ma dla sprawy już znaczenia, czy zaskarżone postanowienia specyfikacji, wydłużające termin zapłaty dla dużego przedsiębiorcy, może być dla niego jako wierzyciela rażąco nieuczciwe.

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 na tym etapie nie można wykluczyć, że zwycięskim wykonawcą nie będzie duży przedsiębiorca, a właśnie mały czy też średni przedsiębiorca, skoro postanowienia SIWZ nie mogą i nie wykluczają udziału 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.

Odnosząc się z kolei do argumentacji zasadzającej się na wyjątkowej sytuacji Zamawiającego, polegającej na jego złej kondycji finansowej, niekorzystnego dla niego rynku wykonawców w zakresie tego przedmiotu zamówienia, długotrwałości dochodzenia do uzyskiwania wynagrodzenia za wydobywany węgiel, Izba wskazuje, że powyższe kwestie nie mogą stanowić uzasadnienia do konstruowania postanowień SIWZ naruszających podstawowe zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ma również znaczenia dla tej sprawy, czy w poprzednim stanie prawnym Odwołujący akceptował wydłużenie terminu płatności do 90 czy 120 dni

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych mogło mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 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 (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). W pierwszej kolejności zaliczono do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis

– zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia, a następnie obciążono Zamawiającego tymi kosztami, na które oprócz kosztów wpis uiszczonych przez Odwołującego złożyły się również jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.