

Sygn. akt: KIO 1609/21

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 29 czerwca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Wojciechowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 29 czerwca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2021 r. przez **wykonawcę FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. z siedzibą w Jastrzębiu Zdrój**

**postanawia:**

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący: .....**

### Uzasadnienie

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu Zdrój - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), którego przedmiotem jest *„najem kombajnu ścianowego oraz kompletnego zestawu pompowego do zasilania instalacji zraszania zanożowego kombajnu ścianowego oraz chłodzenia podzespołów kombajnu dla potrzeb JSW S.A. KWK „Knurów-Szczygłowice” Ruch Knurów”*, nr postępowania: 27/P/21. Postępowanie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (ogłoszenie z dnia 21 maja 2021 r. za numerem Dz.U./S 2021 S098 - 259252-2021-PL).

W dniu 28 maja 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach – dalej Odwołujący. Odwołanie zostało wniesione wobec treści SWZ i ogłoszenia o zamówieniu, a mianowicie:

- 1) Sekcja III 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 dostarczenia faktury do Centrum Usług Wspólnych, chyba że wykonawca jest mikroprzedsiębiorcą, małym przedsiębiorcą lub średnim przedsiębiorcą, w stosunku do którego termin zapłaty wynosi 60 dni od daty dostarczenia faktury do Centrum Usług Wspólnych;
- 2) Pkt 13.6 SWZ – Opis sposobu obliczenia ceny - w zakresie w jakim wskazuje, że zapłata ceny nastąpi w terminie 90 dni od daty przedstawienia zamawiającemu faktury, chyba że wykonawca jest mikroprzedsiębiorcą, małym przedsiębiorcą lub średnim przedsiębiorcą w stosunku do którego termin zapłaty wynosi 60 dni od daty dostarczenia zamawiającemu faktury;
- 3) § 10 ust.8 zdanie pierwsze Załącznika nr 5 do SWZ – Umowa - w zakresie w jakim określa, iż zapłata czynszu następować będzie z dołu w odniesieniu do miesięcznych okresów rozliczeniowych na podstawie prawidłowo wystawionej faktury w terminie do 90 dni od daty jej dostarczenia 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 60 dni od daty dostarczenia faktur do Centrum Usług Wspólnych;

4) § 10 ust. 19 Załącznika nr 5 do SWZ – Umowa – w zakresie w jakim Zamawiający zastrzega sobie prawo dokonania zapłaty w terminie 90 dni od przedstawienia mu faktury oraz wprowadza obowiązek wystawienia faktury korygującej przez Wykonawcę, w sytuacji gdy w wyniku weryfikacji oświadczenia Wykonawcy stwierdzi, że wbrew treści złożonego przez Wykonawcę oświadczenia nie posiada on statusu mikroprzedsiębiorcy, małego przedsiębiorcy albo średniego przedsiębiorcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy pzp, poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji, a tym samym ją utrudniający, a także nie zapewniający równego traktowania wykonawców w szczególności poprzez wprowadzenie zróżnicowanego terminu płatności (90 lub 60 dni) za realizację przedmiotu umowy przez wykonawcę w zależności od posiadanego przez niego statusu mikro, małego, średniego bądź dużego przedsiębiorcy co ma bezpośredni wpływ na kalkulację oferty składanej przez poszczególnych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu,

2. art. 353<sup>1</sup> K.c. w zw. z art. 5 k.c. i w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (dalej „Ustawa o terminach zapłaty”) poprzez sformułowanie postanowień § 10 ust. 8 i ust. 19 Załącznika nr 5 do SWZ w sposób sprzeciwiający się właściwości (naturze) stosunku prawnego, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;

2. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu w następujący sposób:

- w zakresie sekcji III pkt III.1.7) ogłoszenia o zamówieniu - Główne warunki finansowe i uzgodnienia płatnicze i/lub odniesienie do odpowiednich przepisów je regulujących – poprzez wprowadzenie jednolitego terminu płatności faktur wynoszącego 60 dni od daty dostarczenia faktury do Centrum Usług Wspólnych, bez względu na posiadany przez wykonawcę status mikro, małego, średniego czy też dużego przedsiębiorcy;

- w zakresie pkt 13.6 SWZ – Opis sposobu obliczenia ceny - poprzez wprowadzenie jednolitego terminu płatności faktur wynoszącego 60 dni od daty dostarczenia zamawiającemu faktury, bez względu na posiadany przez wykonawcę status mikro, małego, średniego czy też dużego przedsiębiorcy;

- w zakresie § 10 ust. 8 zdanie pierwsze Załącznika nr 5 do SWZ – Umowa - poprzez wprowadzenie jednolitego terminu płatności faktur wynoszącego 60 dni od daty jej dostarczenia do Centrum Usług Wspólnych – jednostki organizacyjnej Zamawiającego (adres: ul. Armii Krajowej 56, 44 – 330 Jastrzębie – Zdrój),

- w zakresie § 10 ust. 19 Załącznika nr 5 do SWZ – Umowa - poprzez usunięcie tego postanowienia w całości;

3. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego,

4. zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:**

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że w dniu 28 maja 2021 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o wpłynięciu odwołania i załączył jego treść. W terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 11 czerwca 2021 r. wpłynęła do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że uwzględnia wniesione odwołanie w całości. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że pismo uwzględniające odwołanie zostało złożone prawidłowo i podpisane przez osobę umocowaną, w konsekwencji czego uznała, że odwołanie zostało skutecznie uwzględnione przed otwarciem rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 1 ustawy pzp, zgodnie z którym w przypadku

uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania, natomiast po jego stronie nie przystąpił do postępowania odwoławczego żaden wykonawca, co wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliuguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego. Powyższe powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....