

Sygn. akt: KIO 544/20

WYROK

z dnia 04 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 04 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2020 roku przez Odwołującego **Famur S.A. (ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Polska Grupa Górnicza S.A. (ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice)**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień SIWZ: poprzez wprowadzenie w treści SIWZ terminu płatności 60 dni od daty doręczenia faktury VAT Zamawiającemu, bez względu na posiadany przez wykonawcę status mikro, małego, średniego czy też dużego przedsiębiorcy, w szczególności w Części XX Warunki płatności pkt 1 oraz w § 3 ust. 22 lit.b) tiret pierwszy Załącznika nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy”, a także dokonanie modyfikacji § 3 ust. 22 lit. b) tiret drugi, czwarty i następne Załącznika nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy” poprzez ich usunięcie w całości,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Polska Grupa Górnicza S.A. (ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice)** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Famur S.A. (ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego **Polska Grupa Górnicza S.A. (ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice)** na rzecz Odwołującego **Famur S.A. (ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice)** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące 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) 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:

UZASADNIENIE

Zamawiający Polska Grupa Górnicza S.A prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (postępowanie sektorowe w trybie przetargu nieograniczonego), którego przedmiotem jest: Modernizacja własnego kombajnu chodnikowego typu AM-50 z-w (nr fabryczny 280/95) dla Polskiej Grupy Górniczej SA. Oddział KWK Wujek.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 09 marca 2020 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 048-114590.

Odwołujący Famur S.A. wniósł odwołanie wobec postanowień SIWZ, tj.

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 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 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. 22 lit. b) tiret pierwsze Załącznika nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy” - w zakresie w jakim wprowadza termin płatności wynoszący 120 dni od daty doręczenia faktury Zamawiającemu dla wykonawcy zakwalifikowanego do kategorii „duży przedsiębiorca”.

3) § 3 ust. 22 lit. b) tiret drugie, czwarte i następne Załącznika nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy” - w zakresie w jakim Zamawiający wymaga od Wykonawcy złożenia oświadczenia, że termin 120 dniowy, został ustalony w dobrej wierze, z zastosowaniem zasady rzetelności oraz w zgodzie z dobrymi praktykami handlowymi oraz że termin, o którym mowa powyżej, uwzględnia właściwości przedmiotu świadczenia Wykonawcy, w tym w szczególności czas potrzebny Zamawiającemu na wykorzystanie przedmiotu świadczenia zgodnie z przeznaczeniem, a także termin realizacji świadczenia przez Wykonawcę, oraz w zakresie w jakim Zamawiający narzuca Wykonawcy obowiązek złożenia oświadczeń dot. posiadanego statusu przedsiębiorcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji, a tym samym ją utrudniający, a także nie zapewniający równego traktowania wykonawców w szczególności poprzez wprowadzenie zróżnicowanego terminu płatności za realizującą 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; art. 353¹ 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 (dalej „Ustawa o terminach zapłaty”) poprzez sformułowanie postanowień § 3 ust. 22 lit.b) tiret pierwsze, drugie, czwarte i następne 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 wyraża zgody.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień SIWZ:

- a) w zakresie Części XX Warunki płatności pkt 1 oraz § 3 ust. 22 lit.b) tiret pierwsze Załącznika nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy” poprzez wprowadzenie terminu płatności 60 dni od daty doręczenia faktury VAT Zamawiającemu, bez względu na posiadany przez wykonawcę status mikro, małego, średniego czy też dużego przedsiębiorcy,
- b) w zakresie § 3 ust. 22 lit. b) tiret drugie, czwarte i następne Załącznika nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy” poprzez jego usunięcie w całości, obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający w Części XX pkt 1 Warunki płatności zamieścił postanowienie zgodnie, z którym: „Termin płatności faktur wynosi 120 dni od daty zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego a w przypadku Wykonawcy spełniającego warunki do zakwalifikowania go do kategorii mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw określonych w Załączniku 1 do Rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 roku uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu (Dz. Urz. UE L187 z 26.06.2014 r.), termin płatności wynosi 60 dni od daty zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego.”

Podobnie w Załączniku nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy” w § 3 ust. 22 lit.b) tiret pierwsze Zamawiający zastrzegł: „*dla wykonawcy/ów* (nazwa wykonawcy / konsorcjanta - zakwalifikowanego do kategorii "duży przedsiębiorca" (dotyczy wyłącznie jeżeli umowa jest zawarta z wykonawcą posiadającym status "dużego przedsiębiorcy" i z terminem 120 dni) Strony zgodnie ustalają, że termin płatności faktur

dokumentujących zobowiązania Zamawiającego wynikające z niniejsze Umowy wynosił będzie 120 dni od daty doręczenia faktury Zamawiającemu.

Ponadto w Załączniku nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy” w § 3 ust. 22 lit.b) tiret drugie postanowiono „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 Wykonawcy, w tym w szczególności czas potrzebny Zamawiającemu na wykorzystanie przedmiotu świadczenia zgodnie z przeznaczeniem, a także termin realizacji świadczenia przez Wykonawcę.”

Odwołujący wskazał, że wszystkie trzy przytoczone regulacje zostały przez Zamawiającego wprowadzone do wzorów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w związku ze zmianami, które począwszy od 1 stycznia 2020 r. zostały wprowadzone do ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, w tym zwłaszcza do art. 7 oraz art. 11 a) tej ustawy.

Zgodnie z treścią art. 7 ust. 1 — 3 ww. ustawy:

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, z wyłączeniem ust. 2a.

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 mikroprzedsiębiorcą, 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 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.

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w niniejszym postępowaniu (jak też we wszystkich innych postępowaniach ogłaszanych po dniu 1 stycznia 2020 r), w odniesieniu do terminu płatności wynagrodzenia umownego należnego wykonawcy, wprowadził dwa różne terminy płatności w zależności od tego, jaki status posiada wykonawca składający ofertę tj. czy spełnia kryteria zaliczenia go do kategorii mikroprzedsiębiorcy, 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 ceny wynoszący 60 dni od daty doręczenia faktury Zamawiającemu. Z kolei dla grupy wykonawców będących dużymi przedsiębiorcami Zamawiający wprowadził termin płatności ceny wynoszący 120 dni od daty doręczenia faktury Zamawiającemu.

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.

Powyższe stanowisko zostało potwierdzone w wyrokach z dnia 18 lutego 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 208/20 oraz z dnia 13 marca 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 465/20.

Dalej Odwołujący podkreślił, 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. Zgodnie z postanowieniami Części XXIII SIWZ „Kryteria oceny oferty” cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

Wykonawca należący do kategorii mikro, małego, średniego przedsiębiorcy otrzyma 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.

Zdaniem Odwołującego 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 dla dużego przedsiębiorcy dodatkowe obciążenia z uwagi na konieczność finansowania dłuższej luki finansowej przy realizacji kontraktu.

Dodatkowego finansowania wymagają także przez taki wydłużony okres kwoty podatku VAT, na zapłatę którego przez zamawiającego wykonawcy o statusie dużego przedsiębiorcy oczekują dwukrotnie dłużej niż pozostali przedsiębiorcy. Kwota VATu wymaga sfinansowania przez przedsiębiorcę dużego, gdyż termin płatności VATu z wystawionych (a nie zapłaconych 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 oferentów będących przedsiębiorcami posiadającym mikro, małego lub średniego przedsiębiorstwa oraz dużych, także stanowiące przejaw braku równego traktowania wykonawców. Przy zastosowaniu 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.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający oczekuje od wykonawców udzielenia gwarancji jakości na okres 24 miesięcy od daty wydania towarów Odbiorcy (§ 5 ust. 1 Załącznika nr 7 do SIWZ - Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy), co oznacza, że Wykonawca musi utrzymywać przez ten czas gotowość serwisową. Aby spełnić ten warunek, wykonawca musi posiadać odpowiedni zapas części zamiennych i zastępczych, 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 60 dni i wynosić 120 dni od daty dostarczenia Zamawiającemu faktury. Wobec powyższego, 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.

Odwołujący podkreślił, że ustawa z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych 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.

Także w odniesieniu do przedsiębiorców dużych obowiązuje maksymalnie 60-dniowy termin płatności, a ustawa jedynie na zasadzie wyjątku dopuszcza stosowanie 120-dniowego terminu płatności.

Ponadto Odwołujący podkreślił, że warunki wprowadzenia tego wyjątku nie zostały w niniejszej sprawie spełnione, 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.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w niniejszym postępowaniu (jak również we wszystkich innych aktualnie ogłoszonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego) Zamawiający dla wykazania spełnienia ww. przesłanek zamieścił we wszystkich wzorach umów stałą, jednolitą i bardzo ogólną regułę, zawartą w postanowieniach § 3 ust. 22 lit.b) tiret drugie 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 uwzględnia on właściwości przedmiotu świadczenia. W opinii Odwołującego wprowadzenie takiej regulacji umownej powoduje, że konieczne jest uznanie, że została ona wprowadzona z naruszeniem art. 353¹ 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.

Odwołujący wskazał, że 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 strona 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 współżycia 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 uznał, że nie zostały spełnione przesłanki do wprowadzenia w niniejszym postępowaniu na zasadzie wyjątku 120-dniowego terminu płatności ceny, gdyż strony w umowie tak nie 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.

Ponadto Odwołujący podkreślił, 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. Wprowadzenie wydłużonego terminu płatności wobec dużych przedsiębiorców nie znajduje żadnego obiektywnego uzasadnienia uwzględniając przedmiot postępowania i charakter umowy (modernizacja kombajnu chodnikowego).

W ocenie Odwołującego 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. Odwołujący podkreślił, że 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.

Odwołujący stwierdził, że uwzględniając cenotwórczy charakter zastrzeżonego w umowie terminu płatności oraz treść art. 91 Prawa zamówień publicznych zgodnie, z którym cena zawsze stanowi kryterium oceny oferty, 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. Dalej Odwołujący podkreślił, że 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.

Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego posiada z założenia uprzywilejowaną pozycję, gdyż ma prawo do 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 uczciwą konkurencję i regułę wyrażoną w art.5 k.c., zgodnie z którą: 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.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, a w niej o oddalenie odwołania.

Zamawiający przyznał, że postanowienia SIWZ zostały sformułowane z uwzględnieniem przepisów ustawy PNOTH, które weszły w życie z dniem 1 stycznia br. a w szczególności postanowieniami artykułu 7 tej ustawy.

Z powyższych przepisów wynika, że bezwzględnie najdłuższy 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.

W ocenie Zamawiającego nie sposób uznać, że sporne postanowienia umowne naruszają zasadę równości wynikającą z art. 7 ust. 1 PZP. Stosowanie zasady równego traktowania oznacza stosowanie jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, w każdej czynności zamawiającego. Zamawiający zauważył, że sytuacja dużego przedsiębiorcy jest inna od sytuacji przedsiębiorcy z sektora MSP. O

naruszeniu ww. zasady można by mówić, jeśli doszłoby do różnego traktowania np. dwóch dużych przedsiębiorców albo dwóch przedsiębiorców małych lub średnich.

Ww. zasada sprowadza się do jednakowego traktowania podmiotów znajdujących się w takiej samej sytuacji oraz do zakazu jednakowego traktowania podmiotów znajdujących się w odmiennych sytuacjach z zastrzeżeniem, iż nierówne traktowanie jest dopuszczalne w obiektywnie uzasadnionych przypadkach. Zamawiający w kontekście wyroku ETS z 16 października 1980 r. w sprawie 147/79 wyjaśnił, w jakich sytuacjach nierówne traktowanie podmiotów będących w podobnej sytuacji można uznać za usprawiedliwione. Wskazał, że w doktrynie prawa europejskiego wskazuje się, że zakazane jest różnicowanie arbitralne, natomiast uprawnione jest różnicowanie obiektywne, uzasadnione czynnikami merytorycznymi. Dalej wskazuje się, że przez pojęcie arbitralnego różnicowania należy rozumieć działania polegające na rozróżnieniu sytuacji podmiotów ze względu na przynależność państwową (G. Mazurek, Zasada równego traktowania w prawie UE i jej implementacja do prawa krajowego, LEX nr 297267).

Dalej Zamawiający zauważył, że regulacje ustawy PNOTH wprost różnicują pozycję wierzyciela w zależności od tego, czy należy do grupy MSP czy też nie. Wskazał, że jak wynika z uzasadnienia do projektu ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia zatorów płatniczych (druk sejmowy 3475) zróżnicowanie terminu płatności w stosunku do MSP i przedsiębiorstw dużych jest stosowane w rozwiązaniach innych krajów członkowskich (przykład Holandii), jak też w projektowanym ustawodawstwie unijnym - Komisja Europejska przedstawiła propozycję dyrektywy sektorowej w przemyśle żywnościowym, która zawiera propozycję 30-dniowego terminu płatności pomiędzy MŚP a dużymi przedsiębiorcami.

Ustawodawca na poziomie UE oraz krajowym zdecydował więc o zróżnicowaniu pozycji MSP i dużych przedsiębiorców. 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.

Zdaniem Zamawiającego, wyróżnienie MSP przez ustawodawcę jest uzasadnione stanem faktycznym. Absurdalne byłoby twierdzenie, że mały przedsiębiorca prowadzi działalność na takich samych warunkach jak przedsiębiorca duży.

W odniesieniu do zawartego w treści odwołania kosztu finansowania wyższego ze względu na dłuższy termin płatności ponoszony przez przedsiębiorcę dużego w porównaniu do przedsiębiorcy małego lub średniego Zamawiający stwierdził, że Odwołujący w odwołaniu przywołuje przykład kalkulacji, przy czym kalkulacja ta opiera się na przyjętych dowolnie danych. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wykazał, że faktycznie ponosi takie koszty, nie wykazał przede wszystkim, że w ogóle korzysta z finansowania zewnętrznego.

Ponadto Zamawiający wskazał, że odwołanie nie może być złożone w celu ochrony interesów potencjalnych innych przedsiębiorców, a powinno wykazywać uszczerbek związany z działaniem Zamawiającego w interesie Odwołującego. Odwołujący temu wymaganiu nie sprostał.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący jest spółką, która wykazywała bardzo dobre wskaźniki finansowe w sprawozdaniu finansowym za 2018 r. oraz za 2019 r. i jest w znacznie lepszej kondycji finansowej niż większość przedsiębiorców prowadzących działalność produkcyjną.

Zamawiający podkreślił także, że wszystkie umowy zawierane przed styczniem 2020 r. z Zamawiającym przewidywały 120 dniowy termin płatności.

Zdaniem Zamawiającego błędne jest twierdzenie Odwołującego, że nie doszło „ustalenia” pomiędzy stronami terminu płatności, gdyż te zostały przez Zamawiającego określone w treści SIWZ.

Zamawiający wskazał, że z jednej strony mamy do czynienia z przepisami PZP, które nakazują określić precyzyjnie i jednoznacznie wszystkie warunki zamówienia (art. 29 ust. 1 PZP), z drugiej zaś przepisy uPNOTH, które posługują się pojęciem „ustalenia” dłuższego niż 60 dni terminu płatności. Odwołujący przyjął, że „ustalenie” powinno polegać na negocjacji lub dyskusji z wykonawcami co do terminu zapłaty, uznał też, że określenie przez zamawiającego w SIWZ terminów płatności nie stanowi „ustalenia”, a jedynie „jednostronne zakomunikowanie”.

Zdaniem Zamawiającego, stanowisko powyższe pomija, że kształtowanie warunków umownych nie jest działaniem dowolnym zamawiającego, albowiem ich treść musi mieć zawsze swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach zamawiającego. Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353 k.c.). W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a wykonawca zachowuje swobodę i może nie złożyć oferty na takich warunkach. Wzajemne ustalenia stron umowy z art. 7 ust. 2 uPNOTH muszą uwzględniać specyfikę zamówień publicznych, a w nich nie ma „wspólnych ustaleń stron umowy”, w sposób jakie zdaje się sugerować Odwołujący. Jak dalej argumentował Zamawiający, przepis art. 7 ust. 2 uPNOTH w kontekście zamówień publicznych należy wyklądać w taki sposób, że te ustalenia są wtedy, gdy dany wykonawca składa ofertę w danym postępowaniu. Wtedy bowiem zarówno zamawiający, jak każdy wykonawca, który ofertę złożył, danymi postanowieniami są związani. W ten sposób następuje w zamówieniach publicznych ustalenie w rozumieniu art. 7 ust. 2 uPNOTH w przypadku przetargu nieograniczonego. W innym przypadku ww. przepis byłby martwy dla rynku zamówień publicznych, a to nie jest jego celem.

Ponadto zdaniem Zamawiającego, sposób sugerowany przez Odwołującego „ustaleń” stron co do terminu płatności z natury rzeczy prowadziłby do nierównego traktowania wykonawców - jeżeli o udzielenie zamówienia ubiegaliby się wykonawcy należący do grupy dużych przedsiębiorstw, to każdy z nich mógłby żądać ustalenia innego terminu płatności. Tym samym nie byłoby możliwe złożenie ofert na jednolicie ustalonych warunkach i zapewnienie uczciwej konkurencji w postępowaniu. Nie wiadomo też, na którym etapie postępowania do takiego „ustalenia” powinno dojść - zgodnie bowiem z art. 87 ust 1 PZP zabronione jest negocjowanie treści oferty, zaś zgodnie z art. 140 ust 1 PZP zakres świadczenia wykonawcy w umowie musi być tożsamy z jego zobowiązaniem w ofercie.

W konsekwencji Zamawiający stwierdził, że w reżimie zamówień publicznych normalną i dozwoloną praktyką jest określanie wymagań co do przyszłej umowy w siwz, a przepisy ustawy o uPNOTH nie stanowią wyjątku w tym zakresie.

Zamawiający odniósł się także do pojęcia rażącej nieuczciwości, które jak wskazał, 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: a) wszelkie rażące odstępstwa od dobrej praktyki handlowej, naruszające zasadę działania w dobrej wierze i rzetelność, b) charakter towaru lub usługi, c) czy dłużnik ma jakikolwiek obiektywny powód odstępstwa od ustawowych terminów płatności.

Zamawiający podkreślił, że w niniejszej 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 tym kontekście wskazał między innymi, że w wyniku zmniejszenia salda środków pieniężnych zgodnie z zapisami Umowy programowej dotyczącej emisji obligacji może zaistnieć szereg zagrożeń dla działalności Zamawiającego, w tym:

1. Możliwość terminowej spłaty zobowiązań z tytułu obligacji

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.

2. Wartość Wskaźnika Dług Netto/(EBITDA - Odtworzeniowe Nakłady Inwestycyjne)

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.

3. Wartość Wskaźnika DSCR

Spadek salda dostępnych środków pieniężnych wpłynie na wysokość testowanego kwartalnie Wskaźnika DSCR, określającego zdolność emitenta do obsługi 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.

4. Istotna Negatywna Zmiana

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.

Powyższe okoliczności w ocenie Zamawiającego potwierdzają, że Zamawiający 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.

Dodatkowo Zamawiający przedstawił w tabeli zestawienie wskaźników z 2018 i 2019 roku. Podkreślił, że w 2019 r. w stosunku do roku 2018 nastąpiło pogorszenie wskaźników, które wyznaczają kondycję spółki PGG co do płynności. Wskaźniki płynności polegające na zestawieniu aktywów spółki w stosunku do jej zobowiązań krótkoterminowych znacząco się pogorszyły. Wskaźnik płynności szybkiej (wskaźnik płynności II) wskazuje na możliwość pokrycia z bieżących środków jedynie niespełna połowy bieżących zobowiązań krótkoterminowych. Tym samym skrócenie terminów płatności dla dużych przedsiębiorców

przez Zamawiającego w stosunku do dotychczasowej praktyki, może doprowadzić do utraty wypłacalności przez Zamawiającego.

Zamawiający wskazał także, że przez szereg ostatnich lat stosował wobec wszystkich swoich kontrahentów (w tym i Odwołującego) termin płatności 120 dni. W związku ze zmianą wprowadzoną ustawą o uPNOTH, termin ten uległ skróceniu wobec wykonawców mających status MSP. Pozostali wykonawcy mają utrzymany dotychczasowy termin płatności. Zamawiający nie wprowadził zatem nowego postanowienia, nieznanego dotychczas wykonawcom, ale utrzymał stan taki jaki był w poprzednich latach.

Zamawiający zauważył także, że usługa modernizacji kombajnu ma zostać wykonana w terminie 3 miesięcy od przyjęcia towaru. Jest to więc zamówienie o krótkim terminie wykonania i płatności jednorazowej po odbiorze wykonanej usługi. Wszyscy wykonawcy inwestują własne środki w zamówienie na bardzo krótki okres czasu.

Zdaniem Zamawiającego nie dochodzi również do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji. Zasada uczciwej konkurencji urzeczywistnia cel zamówień publicznych, jakim jest zapewnienie szerokiego, sprawiedliwego dostępu wykonawców do rynku bez stosowania jakichkolwiek preferencji przy jednoczesnym napiętnowaniu zachowań sprzecznych z prawem i zasadami etyki. Takie samo traktowanie w niektórych sytuacjach podmiotów z sektora MSP oraz dużych przedsiębiorców mogłoby właśnie ww. zasadę równości i uczciwej konkurencji naruszać. W takiej bowiem sytuacji w lepszej pozycji, względem podmiotu słabszego ekonomicznie będzie duży przedsiębiorca, taki jak Odwołujący.

Zamawiający przywołał wyrok KIO o sygnaturze 1242/13, w którym uznano, że wydłużenie terminu płatności do 120 dni nie narusza przepisów PZP.

W konsekwencji Zamawiający stwierdził, że nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 29 ust. 2 PZP w postaci naruszenia zasady równości i uczciwej konkurencji.

Jednocześnie Zamawiający nadmienił, że wyrok KIO z dnia 18 lutego 2020 r. (sygn. akt KIO 208/20), na który powołał się odwołujący, został przez Zamawiającego zaskarżony do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Zamawiający w Części XX pkt 1 SIWZ „Warunki płatności” zamieścił postanowienie, zgodnie z którym: „Termin płatności faktur wynosi 120 dni od daty zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego a w przypadku Wykonawcy spełniającego warunki do zakwalifikowania go do kategorii mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw określonych w

Załączniku 1 do Rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 roku uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu (Dz. Urz. UE L187 z 26.06.2014 r.), termin płatności wynosi 60 dni od daty zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego.”

W Załączniku nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy” w § 3 ust. 22 lit.b) tiret pierwsze Zamawiający zastrzegł: „dla wykonawcy/ów (nazwa wykonawcy / konsorcjanta - zakwalifikowanego do kategorii "duży przedsiębiorca" (dotyczy wyłącznie jeżeli umowa jest zawarta z wykonawcą posiadającym status "dużego przedsiębiorcy" i z terminem 120 dni) Strony zgodnie ustalają, że termin płatności faktur dokumentujących zobowiązania Zamawiającego wynikające z niniejsze Umowy wynosił będzie 120 dni od daty doręczenia faktury Zamawiającemu”.

W Załączniku nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy” w § 3 ust. 22 lit.b) tiret drugie postanowiono: „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 Wykonawcy, w tym w szczególności czas potrzebny Zamawiającemu na wykorzystanie przedmiotu świadczenia zgodnie z przeznaczeniem, a także termin realizacji świadczenia przez Wykonawcę.”

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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. Z kolei zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Z dniem 1 stycznia 2020 r. art. 7 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, otrzymał następujące brzmienie:

„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 przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, 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 przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, 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 mikro przedsiębiorca, 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.

Według art. 7 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, jeżeli termin zapłaty został określony w umowie niezgodnie z art. 7 ust. 2 albo art. 7 ust. 2a ustawy, 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 art. 7 ust. 1 ustawy.

Przedmiotem sporu pomiędzy stronami była kwestia czy ukształtowanie przez Zamawiającego postanowienia specyfikacji w zakresie zróżnicowania terminu płatności w zależności od statusu danego przedsiębiorcy stanowi naruszenie przepisów Pzp w zakresie wskazanym w odwołaniu, tj. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 353¹ 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.

Interpretacja art. 7 ust. 2 i 2a ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych nie może zatem abstrahować od treści art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który nakazuje Zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zasada równego traktowania wykonawców wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający zatem nie powinien przeprowadzać takich samych czynności odmiennie w stosunku do różnych wykonawców ubiegających się o udzielenie tego samego zamówienia publicznego. Oznacza to, że nie jest możliwe odmierne traktowanie wykonawców w zależności od skali prowadzonej przez nich działalności gospodarczej.

Wprowadzenie zróżnicowanego terminu zapłaty za należyte spełnienie tego samego świadczenia w zależności od statusu wykonawcy (jako mikro, małego, średniego przedsiębiorcy albo dużego przedsiębiorcy) oznacza odmierne traktowanie wykonawców, którzy w taki sam sposób będą realizowali zamówienie. Powyższe stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wprowadzanie odmiennych warunków w zależności od sytuacji ekonomicznej lub finansowej albo zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy stanowi naruszenie ww. zasady, gdyż warunki dla wszystkich wykonawców, niezależnie od ich statusu, powinny być takie same.

Podkreślić należy, że art. 7 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych jako zasadę wprowadza maksymalny 60-dniowy termin zapłaty, liczony od dnia doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi. Strony mają możliwość odmiennego ustalenia terminu zapłaty, jednak możliwość ta została obwarowana przez ustawodawcę pewnymi ograniczeniami. Określenie dłuższego niż termin zapłaty niż maksymalny termin zapłaty przewidziany w ustawie może mieć miejsce tylko wtedy, gdy strony dokonają ustalenia, które powinno być wskazane w sposób wyraźny w umowie i nie może być rażąco nieuczciwe wobec wierzyciela.

W niniejszym postępowaniu nie można mówić o dokonywaniu przez strony umowy jakichkolwiek ustaleń postanowień umowy w zakresie terminu płatności. Postanowienia dotyczące terminu płatności zostały przez Zamawiającego z góry narzucone wykonawcom w treści SIWZ. Zamawiający jest uprawniony do określania w umowie swoich wymagań w treści SIWZ, jednak art. 7 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych wprost wskazuje, że możliwość skorzystania z wydłużenia terminu płatności wymaga ustalenia pomiędzy stronami. Skoro Zamawiający jednostronnie narzucił wykonawcom wydłużony termin zapłaty, to nie można mówić o jakichkolwiek ustaleniach.

Wskazane powyżej postanowienia SIWZ, wydłużające termin zapłaty dla dużego przedsiębiorcy, może być względem niego, jako wierzyciela, uznane za rażąco nieuczciwe.

Termin płatności stanowi istotny element związany z realizacją przedmiotu zamówienia, który ma wpływ na ukształtowanie ceny oferty. Jak wskazał Odwołujący, wykonawcy o statusie dużego przedsiębiorcy zmuszeni są ująć w kalkulacjach umowy proporcjonalnie wyższą składkę związaną z dłuższym okresem oczekiwania na płatność i ponoszą wyższą ekspozycję na ryzyko z tego tytułu. Wpływie to na ukształtowanie ceny oferty, a w konsekwencji na nierówną sytuację podmiotów o statusie dużego przedsiębiorcy oraz podmiotów o statusie mikro, małego i średniego przedsiębiorcy. To z kolei oznacza, że przedmiotowe postanowienia SIWZ stanowią naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, które może mieć wpływ na wynik postępowania.

Izba podziela pogląd, zgodnie z którym na kanwie konstrukcji postanowień SIWZ wykonawca należący do kategorii mikro, małego lub średniego przedsiębiorcy znajdzie się w pozycji uprzywilejowanej względem dużego przedsiębiorcy, bowiem zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych będzie mógł otrzymać należne mu wynagrodzenie w terminie 60 dni od dnia doręczenia Zamawiającemu faktury, a gdyby w tym terminie wynagrodzenie tego nie otrzymał – przysługiwać mu będzie w stosunku do Zamawiającego roszczenie o zapłatę odsetek za opóźnienie w transakcjach handlowych, począwszy od dnia 61 dnia doręczenia faktury, podczas gdy duży przedsiębiorca otrzyma wynagrodzenie w terminie 120 dni od dnia doręczenia faktury, a odsetek za opóźnienie w transakcjach handlowych będzie mógł żądać dopiero począwszy od 121 dnia od dnia doręczenia faktury. Izba stwierdziła, że taka sytuacja powoduje naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy pozostaje argumentacja Zamawiającego, że w ramach niniejszego postępowania umowa zostanie podpisana z wykonawcą o statusie dużego przedsiębiorcy. Przed wszystkim na tę chwilę nie ma możliwości stwierdzenia takiej okoliczności. Istotna jest okoliczność, że Zamawiający jest zobowiązany skonstruować postanowienia SIWZ w taki sposób, aby zapewnić uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami i równe ich traktowanie.

Podobnie należy ocenić podnoszoną przez Zamawiającego argumentację dotyczącą złej kondycji finansowej Zamawiającego. Powyższa okoliczność nie może stanowić podstawy do konstruowania postanowień SIWZ w sposób naruszający przytoczone powyżej przepisy i zasady.

Nie zasługuje również na uwzględnienie argumentacja Zamawiającego, że w poprzednim stanie prawnym, Zamawiający stale stosował terminy płatności wydłużone do 120 dni, a zatem sytuacja dla Odwołującego nie uległa zmianie. Nie jest to uprawnione stanowisko, ponieważ stan prawny w zakresie ustalanych terminów zapłaty uległ zmianie z dniem 1

stycznia 2020 r. i Zamawiający jest zobowiązany uwzględnić tę zmianę, jak również regulacje ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności art. 7 i 29 ust. 2 tej ustawy.

Określone przez Zamawiającego postanowienia specyfikacji w Części XX pkt. 1 oraz w § 3 ust. 22 lit. b tiret pierwszy drugi i czwarty (załącznik 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 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy wskazywanych przez Odwołującego w treści odwołania, co skutkowało uwzględnieniem odwołania i nakazaniem Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ poprzez wprowadzenie terminu płatności 60 dni od daty doręczenia faktury VAT Zamawiającemu, bez względu na posiadany przez wykonawcę status mikro, małego, średniego czy też dużego przedsiębiorcy, w szczególności w Części XX Warunki płatności pkt 1 oraz w § 3 ust. 22 lit. b) tiret pierwszy Załącznika nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy”, a także dokonanie modyfikacji § 3 ust. 22 lit. b) tiret drugi, czwarty i następne Załącznika nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy”, poprzez ich usunięcie w całości.

Zamawiający przedstawił pismo z 3 czerwca 2020 roku i poinformował, że w tym dniu unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. W trakcie rozprawy Zamawiający wskazał, że postępowanie odwoławcze w obecnej sytuacji nie może zostać uwzględnione z uwagi na treść art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Należy wskazać, że zgodnie z tym artykułem Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający unieważnił postępowanie 3 czerwca 2020 roku, a zatem czas na ewentualne zaskarżenie tej czynności Zamawiającego przez wykonawców upływie 13 czerwca 2020 roku, co oznacza, że na chwilę zamknięcia rozprawy i wydania wyroku przez Izbę (4 czerwca 2020 roku) termin na zaskarżenie ww. czynności Zamawiającego jeszcze nie upłynął. To z kolei oznacza, że czynność Zamawiającego dotycząca unieważnienia postępowania nie stała się prawomocna, a zatem postępowanie o udzielenie zamówienia może jeszcze zostać przywrócone. Nie jest także wykluczone, że sam Zamawiający podejmie decyzję o przywróceniu postępowania.

Z treści cytowanego powyżej artykułu wynika, że Izba uwzględnia odwołanie, jeśli stwierdzone naruszenie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Skoro zatem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie zostało zakończone, to wyrok w niniejszym postępowaniu stwierdzający naruszenie przepisów ustawy i nakazujący Zamawiającemu dokonanie zmian w treści SIWZ może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, które jak wskazano powyżej, nie zostało ostatecznie zakończone (w postaci np. prawomocnej czynności unieważnienia postępowania).

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, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1).

Przewodniczący:

.....