

**POSTANOWIENIE**

z dnia 28 stycznia 2021 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 28 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **Famur S.A. z siedzibą w Katowicach (40-698) przy ul. Armii Krajowej 51** w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Grupę Górniczą S.A. z siedzibą w Katowicach (40-039) przy ul. Powstańców 30**

**postanawia:**

1. umarza postępowanie odwoławcze,
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Famur S.A. z siedzibą w Katowicach (40-698) przy ul. Armii Krajowej 51** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) 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**

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez Polską Grupę Górnictw S.A. z siedzibą w Katowicach (40-039) przy ul. Powstańców 30 (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę zgrzebeł do przenośników zgrzeblowych dla Oddziałów Polskiej Grupy Górnictw S.A. wykonawca Famur S.A. z siedzibą w Katowicach (40-698) przy ul. Armii Krajowej 51 (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec opublikowanej na stronie internetowej zamawiającego 28 grudnia 2020 r. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) w zakresie następujących postanowień SIWZ:

1. część XXI Warunki płatności pkt 1, w zakresie w jakim wprowadza termin płatności wynoszący 120 dni od daty doręczenia zamawiającemu faktury wystawionej na podstawie dokumentu odbioru przedmiotu zamówienia potwierdzonego przez zamawiającego dla wykonawcy nie spełniającego kryteriów do zakwalifikowania go do kategorii mikroprzedsiębiorcy, małego lub średniego przedsiębiorcy zgodnie z Załącznikiem I do Rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z 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 daty doręczenia zamawiającemu faktury wystawionej na podstawie dokumentu odbioru przedmiotu zamówienia dla wykonawców, którzy takie kryteria spełniają,
2. § 3 ust. 3 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 nie spełniającego kryteriów do zakwalifikowania go do kategorii mikroprzedsiębiorcy, małego lub średniego przedsiębiorcy zgodnie z Załącznikiem I do Rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z 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 daty doręczenia zamawiającemu faktury wystawionej na podstawie dokumentu odbioru przedmiotu zamówienia dla wykonawców, którzy takie kryteria spełniają,
3. § 3 ust. 4 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 ten 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 zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”], poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji, a tym samym ją utrudniający, a także nie zapewniający równego traktowania wykonawców w szczególności poprzez wprowadzenie zróżnicowanego terminu płatności za realizującą przedmiot 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 oraz poprzez opis przedmiotu zamówienia w sposób nadmiernie drobiazgowy (podanie konkretnych wymiarów) co znacząco ogranicza krąg wykonawców zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia, a nie jest uzasadnione potrzebami zamawiającego,
2. art. 353<sup>1</sup> K.c. w zw. z art. 5 K.c. i w zw. z art. 14 ustawy Pzp i w zw. z art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, poprzez sformułowanie postanowień § 3 ust. 4 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 w całości oraz o nakazanie zamawiającemu modyfikacji postanowień SIWZ, tj.:

1. w zakresie Części XXI Warunki płatności pkt 1 oraz § 3 ust. 3 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,
2. w zakresie § 3 ust. 4 Załącznika nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy”, poprzez jego usunięcie.

Skład orzekający Izby stwierdził, że do rozpoznania przedmiotowego odwołania, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp z 2019 r.”].

Skład orzekający Izby ustalił także, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r. nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 8 stycznia 2021 r., przekazanym Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej 25 stycznia 2021 r., zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz, że dokona modyfikacji SIWZ.

W tym stanie rzeczy skład orzekający Izby, na podstawie art. 522 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r., umorzył postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 tejże ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 557 ustawy Pzp z 2019 r. w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), nakazując dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

**Przewodniczący:** .....