

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 11 lutego 2022 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu **11 lutego 2022 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **4 lutego 2022 r.** przez Odwołującego: **PKP CARGO SERVICE sp. z o.o., ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Polska Grupa Górnicza S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

**postanawia:**

**1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**

**2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kwoty uiszczzonego wpisu na rzecz wykonawcy **PKP CARGO SERVICE sp. z o.o., ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa**

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) 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

Dnia 4 lutego 2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej – ePUAP) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie złożył wykonawca: PKP CARGO SERVICE sp. z o.o., ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa (dalej jako: „PKP CARGO SERVICE sp. z o.o.” albo „Odwołujący”). Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 3 lutego 2022 r. udzielonego przez P. i C. Z. osoby ujawnione w załączonym do odwołania wydruku KRS-u i umocowane do łącznej reprezentacji.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „*Obsługa bocznic kolejowej dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK Ruda Ruch Bielszowice – z podziałem na dwa zadania: Zadanie 1 – Obsługa bocznic kolejowej oraz wykonywanie przewozów kolejowych w jej obrębie, Zadanie 2 – Diagnostyka, konserwacja i bieżące utrzymanie infrastruktury kolejowej*”, numer postępowania: 462101087, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26.01.2022 r. pod nr 2022/S 018-044942 przez Polską Grupę Górniczą S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice zwaną dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), zwana dalej „*NPzp*” albo „*ustawy Pzp*”.

Zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:

- a) art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1 i 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 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;
- b) art. 3531 KC w zw. z art. 5 KC i w zw. z art. 8 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych poprzez sformułowanie postanowień § 4 ust. 11b Istotnych postanowień umowy (załącznik nr 5 do SWZ) 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. Wnosił o uwzględnienie odwołania i dokonanie modyfikacji treści Istotnych postanowień umowy (załącznik nr 5 do Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ”), zwanych dalej „IPU”, poprzez usunięcie wszystkich postanowień odnoszących się do terminu płatności faktury wynoszącego 120 dni i ustalenie w treści IPU jednolitego, dla wszystkich wykonawców, terminu płatności faktury wynoszącego 60 dni.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu, w zakresie opublikowania postanowień SWZ, w tym IPU, co miało miejsce dnia 26 stycznia 2022 r. w profilu Nabywcy Zamawiającego pod nr 462101087 (<https://korporacja.pgg.pl/dostawcy/przetargi>).

Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię odwołania (e-mailem tego samego dnia, jak odwołanie) wraz z załącznikami Zamawiającemu.

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

Zamawiający w dniu 04 lutego 2022 r. (w Profilu Nabywcy Zamawiającego pod numerem sprawy 462101087) wezwał wraz kopia odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie nastąpiło.

W dniu 10 lutego 2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Zamawiający poinformował Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, że uwzględnił w całości zarzuty odwołania. Stwierdził, że: „(...) uznał odwołanie w całości i dokonał zmiany treści SWZ pismem nr 72/EZP/BR/55/22 z dnia 04.02.2022r., w zakresie jak niżej. Odwołanie dotyczy następujących postanowień SWZ: § 4 ust. 11 Załącznika nr 5 do SWZ „IPU” - w zakresie w jakim wprowadza termin płatności wynoszący 120 dni od daty doręczenia faktury Zamawiającemu (dla Wykonawców posiadających status dużego przedsiębiorcy), a ze względu na przepisy ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych w przypadku Wykonawcy spełniającego warunki do zakwalifikowania go do kategorii mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw określonych w Załączniku 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.), wprowadza termin płatności wynoszący 60 dni od daty doręczenia faktury Zamawiającemu. Zamawiający dokonał sprostowania ogłoszenia o zamówieniu w zakresie sekcji III. 1.7.

„Główne warunki finansowe i uzgodnienia płatnicze i/lub odniesienie do odpowiednich przepisów je regulujących” oraz modyfikacji treści § 4 ust.11 Załącznika nr 5 do SWZ, który otrzymał nowe brzmienie: 11. „Termin płatności faktur dokumentujących zobowiązania wynikające z Umowy wynosi 60 dni od daty wpływu faktury do Zamawiającego. Wykonawca składa oświadczenie o posiadaniu statusu mikroprzedsiębiorcy, małego przedsiębiorcy, średniego przedsiębiorcy, dużego przedsiębiorcy, które stanowiło będzie załącznik nr 4 do Umowy”. (...). Odpowiedź została podpisana przez osobę umocowaną wskazaną w protokole ZP-PN mogącą wpływać na wynik.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje.

Izba zważyła, że wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu i braku zgłoszenia przystąpień po stronie Zamawiającego postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 522 ust. 1 Pzp. Przepis ten stanowi w zdaniu pierwszym, że 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. Zgodnie z art. 522 ust. 1 *in fine* Pzp, w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 1 Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), z którego wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy, a do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca po stronie zamawiającego, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

**Przewodniczący:**

.....