

WYROK
z dnia 29 maja 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 maja 2020 roku** w **Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **26 marca 2020 roku** przez wykonawcę: **FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **POLSKĄ GRUPĘ GÓRNICZĄ S.A. z siedzibą w Katowicach**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - a) zmianę zapisów SIWZ oraz Załącznika nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy” i innych załączników odpowiednio poprzez wprowadzenie jednolitego terminu płatności 60 dni od daty doręczenia faktury VAT Zamawiającemu dla wszystkich przedsiębiorców;
 - b) wykreślenie z Załącznika nr 7 do SIWZ § 3 ust. 4;
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: **POLSKĄ GRUPĘ GÓRNICZĄ S.A. z siedzibą w Katowicach** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego: **POLSKEJ GRUPY GÓRNICZEJ S.A. z siedzibą w Katowicach** na rzecz **Odwołującego - FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach** - kwotę w wysokości **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu

tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu i zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity 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 Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

W dniu 26 marca 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1, art.182 ust. 2 pkt 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843; dalej: „ustawa PZP”) odwołanie złożył wykonawca **FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach** (dalej „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jako postępowanie sektorowe w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: Dostawa układów sterujących hydraulicznych dla Polskiej Grupy Górniczej S.A, Oddział Zakład Remontowo — Produkcyjny — nr grupy 295-27-17 prowadzi **Zamawiający POLSKA GRUPA GÓRNICZA S.A. z siedzibą w Katowicach**. Numer Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, gdzie zamieszczono ogłoszenie o zamówieniu w dniu 17 marca 2020 roku: Dz.U./S S54 129403.

Odwołanie złożono wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”) w zakresie następujących postanowień SIWZ:

1) Część XX 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 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 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” - wprowadzenie terminu płatności 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 dnia 17 czerwca 2014 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu, oraz terminu płatności 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 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;

4) Załącznik nr 1 do SIWZ pkt B ppkt 2 odnośnik 7) oraz Załącznik nr 10b do SIWZ - w zakresie w jakim określa wymiary gabarytowe zaworu pojedynczego DN12 w sposób rygorystyczny poprzez wskazanie na rysunku maksymalnych wymiarów gabarytowych (długości, szerokości i wysokości zaworu).

Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez przygotowanie postępowania 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 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. 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. 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 wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. Nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień SIWZ:
 - a. w zakresie Części XX 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.

b. w zakresie § 3 ust. 4 Załącznika nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy” poprzez jego usunięcie w całości,

c. w zakresie Załącznika nr 10b do SIWZ poprzez wskazanie jako istotnego wymiaru konstrukcyjnego, jakim jest grubość zaworu DN12 nie większej niż 38 mm z zachowaniem współosiowości pomiędzy otworem Stecko w zaworze DN12 a otworem podłączeniowym Stecko w stojaku, przy jednoczesnym nieograniczaniu pozostałych wymiarów gabarytowych, tj. szerokości wskazanej przez Zamawiającego jako max. 88 mm i wysokość wskazanej przez Zamawiającego jako max. 136 mm, jednakże wymiary te (szerokość oraz wysokość) powinny umożliwiać bezpieczny i bezkolizyjny montaż zaworu DN12 do stojaka.

Odwołujący oświadczył, że ma interes we wniesieniu odwołania albowiem jako potencjalny wykonawca ma interes w uzyskaniu zamówienia. Zarzucane Zamawiającemu naruszenia znacznie utrudniają lub mogą prowadzić do braku możliwości złożenia przez Odwołującego korzystnej oferty ostatecznej w postępowaniu, która, uwzględniając kryteria oceny ofert, mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. To z kolei może doprowadzić do braku możliwości uzyskania danego zamówienia przez Odwołującego, a zatem może spowodować poniesienie przez Odwołującego szkody w postaci utraconych korzyści wynikających z realizacji zamówienia.

Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy PZP kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania, w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Odwołujący uścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W uzasadnieniu Odwołujący podał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Dostawę układów sterujących hydraulicznych dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział Zakład Remontowo - Produkcyjny - nr grupy 295-27-17 numer sprawy 512000105. W dniu 17 marca 2020 r. na stronie internetowej Zamawiającego ukazała się SIWZ.

Zamawiający w Części XX pkt 1 Warunki płatności zamieścił postanowienie zgodnie, z którym *„Termin płatności faktur wynosi 120 dni od daty doręczenia Zamawiającemu faktury na podstawie dokumentu odbioru przedmiotu zamówienia potwierdzonego przez Zamawiającego 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 tynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu (Dz. Urz. UE L187 z 26.06.2014 r.), termin płatności wynosi 60 dni od*

daty doręczenia Zamawiającemu faktury na podstawie dokumentu odbioru przedmiotu zamówienia.”

Podobnie w Załączniku nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy” w § 3 ust. 3 Zamawiający zawarł postanowienia: *„Strony zgodnie ustalają, że termin płatności faktur dokumentujących zobowiązania Zamawiającego wynikające z niniejszej Umowy wynosić będzie 120 dni od daty doręczenia faktury Zamawiającemu. 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.), stosowany będzie termin płatności wynoszący 60 dni od daty doręczenia faktury Zamawiającemu wystawionej na podstawie dokumentu odbioru przedmiotu zamówienia.”*

Ponadto w Załączniku nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy” w § 3 ust. 4 Zamawiający zastrzegł *„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”.*

Wszystkie trzy regulacje zostały przez Zamawiającego wprowadzone do wzorów SIWZ, którymi posługuje się w ogłaszanych postępowaniach od dnia 1 stycznia 2020r. Bez wątplenia ma to związek 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 przywołanej 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 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 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.*

Na bazie tej regulacji Zamawiający w SIWZ w tym postępowaniu 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 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 z 26.06.2014, str. 1, ze zm.), 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.

Takie różnicowanie wykonawców powoduje naruszenie zasady przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, jak również zasady równego traktowania wykonawców. Prowadzi to do wniosku, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję.

Powyższe stanowisko Odwołującego KIO potwierdziła już w wyrokach z dnia 18 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 208/20 oraz z dnia 13 marca 2020 r., sygn. akt KIO 465/20 . KIO stwierdziła m.in. że postanowienia projektu 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 PZP w zw. z art.29 ust.2 PZP.

Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że termin płatności, którego dotyczą przytoczone postanowienia SIWZ stanowi element cenotwórczy dla wykonawcy, który musi zostać każdorazowo uwzględniony przy kalkulacji ceny oferowanej w danym postępowaniu przez danego wykonawcę. Należy podkreślić, że zgodnie z postanowieniami Części XXIII SIWZ „Kryteria oceny oferty” cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

Wpływ terminu płatności jako elementu cenotwórczego na ostateczną oferowaną w danym postępowaniu cenę, to można to zobrazować na wiele sposobów.

Najprostszym sposobem jest odniesienie się do wysokości odsetek za opóźnienie w transakcjach handlowych, które należne są na mocy ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, a które zgodnie z art. 7 ust. 1 przysługują wierzycielowi po spełnieniu dwóch przesłanek tj.:

- 1) wierzyciel spełnił swoje świadczenie;
- 2) wierzyciel nie otrzymał zapłaty w terminie określonym w umowie.

Zestawiając powyższe z terminami zapłaty zastrzeżonymi w SIWZ dla różnych kategorii wykonawców, 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.

Ponadto zróżnicowanie terminów płatności 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 bowiem 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 nadzień 30.01.2020 r., koszt kredytu bankowego niezbędnego do pozyskania celem uzupełnienia luki finansowej w przepływach może wynieść 7,71 % rocznie (źródło danych: <https://www.arp.pl/uslugi-finansowe/pozyczki/finansowanie-dluzne-branzStrategicznvch-obarczonych-wysokim-ryzykiem>

Odwołujący przedstawił przykład, że przy założeniu konieczności sfinansowania kwoty należności 10.000.000 PLN, w zależności od okresu oczekiwania na płatność (60 oraz 120 dni), koszt kredytu udzielanego na okres o 60 dni dłużej może być wyższy o 126.740,00

PLN, bowiem przy terminie płatności koszt finansowania 60 dni wynosił będzie 126 740 PLN, natomiast przy 120 dniach koszt ten wyniesie 253479 PLN, co daje różnicę w cenie 126 740 PLN.

Odwołujący podkreślił, że wykonawcy będący dużymi przedsiębiorcami ponoszą taki koszt, wyliczony od wartości danej faktury o 60 dni dłużej niż wykonawca posiadający status mikro, małego lub średniego przedsiębiorcy. Dodatkowego finansowania wymagają także kwoty podatku VAT, na zapłatę, którego przez zamawiającego wykonawcy o statusie dużego przedsiębiorcy oczekują dwukrotnie dłużej niż pozostali przedsiębiorcy. Kwota VAT-u wymaga sfinansowania przez przedsiębiorcę dużego, gdyż termin płatności VAT-u z wystawionych (a nie zapłaconych przez kontrahenta) faktur VAT to 25 dzień kolejnego miesiąca kalendarzowego po wystawieniu faktury VAT.

Odwołujący zwrócił również uwagę na dodatkowe ryzyka operacyjne i różne ich szacowanie w związku z przyjęciem odmiennych terminów płatności dla oferentów będących przedsiębiorcami posiadającymi status 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 postępowania, jeżeli 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.

Wykonawca na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia w pewnym zakresie niewątpliwie będzie korzystał z elementów zakupywanych u dostawców zewnętrznych posiadających status mikro, małego lub średniego przedsiębiorcy. W takiej sytuacji wykonawca posiadający status dużego przedsiębiorcy 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.

Zatem różnicowanie terminów płatności dla różnych kategorii przedsiębiorców nie może znaleźć żadnego uzasadnienia w postępowaniu, tym bardziej takiego, w którym cena stanowi najistotniejsze kryterium oceny ofert.

Już sama 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, co Zamawiający zdaje się całkowicie pomijać. 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.

Nie zmienia to jednak faktu, że także w odniesieniu do przedsiębiorców dużych obowiązuje maksymalnie 60-dniowy termin płatności, a ustawa jedynie na zasadzie wyjątku dopuszcza stosowanie 120-dniowego terminu płatności. Warunki wprowadzenia tego wyjątku nie zostały 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.

W postępowaniu Zamawiający dla wykazania spełnienia przesłanek zamieścił we wszystkich wzorach umów stałą, jednolitą i bardzo ogólną regułę, zawartą w postanowieniu § 3 ust. 4 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 uwzględni on właściwości przedmiotu świadczenia. Zdaniem Odwołującego w tym zakresie konieczne jest uznanie, że regulacja umowna została 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. 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 być narzucone przez jedną ze stron będącą autorem wzoru umownego, na który to wzór druga strona nie ma absolutnie żadnego wpływu. 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 uważa, że nie zostały spełnione przesłanki do wprowadzenia 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. Z tego względu, na zasadzie art. 353¹ Kc. w. zw. z art. 5 K.c. i w. zw. z art. 14 PZP postanowienie Załącznika nr 7 § 3 ust. 4, powinno zostać usunięte w całości, a postanowienie Załącznika nr 7 § 3 ust. 3 zmienione poprzez wprowadzenie jednolitego 60-dniowego terminu płatności dla wszystkich kategorii przedsiębiorców.

Niezależnie od powyższego, 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 rażąca nieuczciwość wobec wierzyciela będącego dużym przedsiębiorcą świadczy wpływ takiej regulacji na kształtowanie oferowanej w postępowaniu ceny. Ponadto, wprowadzenie wydłużonego terminu płatności wobec dużych przedsiębiorców nie znajduje obiektywnego uzasadnienia uwzględniając przedmiot postępowania i charakter umowy (modernizacja kombajnu chodnikowego). Świadczą o tym także ogólnikowe stwierdzenia użyte przez Zamawiającego w § 3 ust. 4 Załącznika nr 7 do SIWZ mające wykazać brak owej rażącej nieuczciwości wobec wierzyciela, które mają charakter ogólnej regułki stosowanej we wszystkich wzorach SIWZ, które ukazały się do tej pory po 1 stycznia 2020 r.

Najistotniejszą kwestią jest to, że 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. 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.

Zamawiający podejmując decyzję o wprowadzeniu w postępowaniach o udzielenie zamówienia i w umowach, które mają być w tym trybie zawarte dwóch różnych terminów płatności dla wykonawców składających oferty w takim postępowaniu w zależności od posiadanego przez nich statusu, nie mógł pominąć rozważenia, czy takie rozwiązanie jest zgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych. Dotyczy to zgodności z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji. Uwzględniając cenotwórczy charakter zastrzeżonego w umowie terminu płatności oraz treść art. 91 Pzp, 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 w prosty sposób na kalkulację ceny oferowanej w danym postępowaniu, co z kolei zawsze powoduje, że cena zaoficerowana przez dużego przedsiębiorcę musi być z samego założenia wyższa niż cena oferowana przez mikro, małego lub średniego przedsiębiorcę. To z kolei stanowi o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego posiada z założenia uprzywilejowaną pozycję, gdyż ma prawo do de facto 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. Zgodnie z regułą wyrażoną w art.5 k.c., 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 Odwołującego, Zamawiający w prowadzonym postępowaniu tę regułę naruszył.

Innym przejawem naruszenia przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest w ocenie Odwołującego wskazanie przez Zamawiającego w załączniku nr 10b do SIWZ maksymalnych, jednoznacznie określonych wymiarów zaworu pojedynczego DN12 długości/wysokości/szerokości (136/88/38), podczas gdy parametr szerokości czy też wysokości zaworu pojedynczego DN12 w żaden sposób nie wpływa na jego funkcjonalność, poprawność montażu oraz działanie układu hydraulicznego, a co za tym idzie na poprawność pracy samej obudowy ścianowej. W ocenie Odwołującego takie określenie parametrów zaworu pojedynczego DN12 nie jest podyktowane uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, a ma jedynie na celu ograniczenie konkurencji. Jak wskazała KIO w uchwale z 15.06.2016 r., sygn. KIO/KD 42/16 naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może mieć charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt). Dodatkowo, działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również zbyt rygorystyczne określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są

uzasadnione, a jednocześnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

W ocenie Odwołującego do takiej sytuacji doszło w tej sprawie, bowiem Zamawiający określając w sposób bardzo precyzyjny parametry wielkości zaworu pojedynczego DN12, mimo iż nie ma to uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego, doprowadził do sytuacji, w której ten przedmiot zamówienia może zaoferować bardzo ograniczony krąg wykonawców, a być może tylko jeden Wykonawca.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego odwołanie jest uzasadnione i wnosił On o jego uwzględnienie w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, ogłoszeniu o zamówieniu, odpowiedziach na pytania, odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i SIWZ, czy wzoru umowy, przyjęć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu, a szkodą jest niemożliwość złożenia oferty i podpisania ważnej umowy (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt KIO 2036/10). Wykonawca. Sposób ukształtowania zapisów SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia i ustalenie warunków przyszłej umowy przekłada się na sytuację Wykonawcy w postępowaniu i możliwość złożenia konkurencyjnej oferty.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpienia po żadnej ze stron.

Na posiedzeniu z udziałem Stron przed izbą Odwołujący cofnął zarzut nr 4 dotyczący załącznika nr 1 i Załącznika nr 10b do SIWZ. Wobec powyższego, Izba nie orzekała w przedmiotowym zakresie.

Zamawiający złożył pisemną odpowieź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Zamawiający podniósł, że postanowienia SIWZ zostały dostosowane do nowych przepisów ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (dalej „Ustawa o PNOTH”), które weszły w życie z dniem 1 stycznia 2020 roku, a w szczególności postanowieniami artykułu 7 tej ustawy.

■ Zgodnie z obecnie obowiązującymi zapisami:

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.

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 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 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.

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 staną 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 dnia doręczenia faktury lub rachunku potwierdzających 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, 2a lub 3a albo art. 13 ust. 2 pkt 1 lub 2, jest liczony od dnia otrzymania przez dłużnika towaru lub usługi.

Z powyższych przepisów zdaniem Zamawiającego 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.

Działanie Zamawiającego jego zdaniem nie może być zakwalifikowane jako nierówne traktowanie wykonawców. Zasada równego traktowania może być sformułowana w sposób negatywny - jako zakaz dyskryminacji, przy czym dyskryminacja istnieje, kiedy podobne sytuacje są traktowane w sposób odmienny, a różne sytuacje są traktowane w sposób podobny.

W ocenie Zamawiającego nie sposób uznać, że sporne postanowienia umowne naruszają zasadę równości. Stosowanie zasady równego traktowania oznacza stosowanie jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, w każdej czynności zamawiającego. Sytuacja dużego przedsiębiorcy jest inna od sytuacji przedsiębiorcy z sektora MŚP. O naruszeniu zasady można by mówić, jeśli doszłoby do

różnego traktowania np. dwóch dużych przedsiębiorców albo dwóch przedsiębiorców małych lub średnich. 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,

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). Podobnie zasadę równego traktowania zdefiniowała Krajowa Izba Odwoławcza (sygn. akt. KIO 1028/17).

Przytoczone regulacje ustawy o PNOTH wprost różnicują pozycję wierzyciela w zależności od tego, czy należy on do grupy MSP, czy nie.

W uzasadnieniu do projektu ustawy o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia zatorów płatniczych (druk sejmowy 3475) projektodawca tłumaczył konieczność wprowadzenia zmiany m.in. ze względu na różną sytuację rynkową, w jakiej znajdują się MSP i przedsiębiorstwa duże „(..) *analiza struktury należności przeterminowanych ze względu na wielkość przedsiębiorstwa wskazuje, że średni odsetek przeterminowanych należności dużych przedsiębiorstwach jest znacznie mniejszy niż w mikro, małych i średnich przedsiębiorstwach (dalej: „MŚP”) (duże — 15, mikro — 21,5%, małe — 22,4%. średnie — 24%). Wielkość kosztów wynikających z opóźnień w całkowitej strukturze kosztów jest powiązana z wielkością przedsiębiorstwa - im mniejsze przedsiębiorstwo, tym większy udział kosztów wynikających z opóźnień w płatnościach w kosztach całkowitych.*”

W uzasadnieniu powołano się również na konsekwencje wydłużonych terminów zapłaty, wskazując różnice w wypadku przedsiębiorstw dużych i MSP: „*Konsekwencje stosowania przez kontrahentów wydłużonych terminów zapłaty są szczególnie niekorzystne dla mniejszych przedsiębiorców. Dane potwierdzają, że im mniejsze przedsiębiorstwo, tym wyższy udział kosztów związanych z zatorami płatniczymi w kosztach działalności (odpowiednio 8% dla mikro i 3,3% dla dużych). Ponadto im mniejsze przedsiębiorstwo, tym wpływ zatorów na ograniczenie inwestycji jest większy.*”

Jak wynika z uzasadnienia, 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, którą 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.

Wyróżnienie MSP przez ustawodawcę jest uzasadnione stanem faktycznym. Dostęp do zewnętrznego finansowania MSP jest znacząco utrudniony przez brak zabezpieczeń pożyczek lub kredytów, trudności w pokonaniu barier administracyjnych. Z Raportu NBP „Dostępność finansowania przedsiębiorstw niefinansowych w Polsce” wynika, że luka finansowa (rozumiana jako różnica pomiędzy podażą środków finansowych, faktycznie dostępnych dla realizacji określonego przedsięwzięcia/przedsięwzięć ekonomicznego/ych, a popytem na takie środki, zgłaszanym przez podmiot podejmujący takie zadanie) dotyczy w małym stopniu firm dużych, a podstawowym obszarem jej występowania jest sektor MSP. Z badań własnych NBP przeprowadzonych w 2015 r. wynika, że luka nie dotyczy przedsiębiorstw dużych a występuje jedynie dla przedsiębiorstw małych i średnich. Ustawodawca dąży więc do zniwelowania konkurencyjnej firm dużych wprowadzając preferencyjne rozwiązania dla MSP. W ramach pomocy publicznej istnieje szereg programów, które kierowane są jedynie do MSP, co pozostaje w zgodzie z prawem konkurencji.

W odwołaniu Odwołujący wskazuje na koszt finansowania wyższy ze względu na dłuższy termin płatności ponoszony przez przedsiębiorcę dużego w porównaniu do przedsiębiorcy małego lub średniego.

Stwierdzenie to jednakże nie ma znaczenia dla interesu Odwołującego. Odwołujący w odwołaniu przywołuje przykład kalkulacji. Zdaniem Zamawiającego kalkulacja ta opiera się na przyjętych dowolnie danych. Odwołujący nie wykazał, że faktycznie ponosi takie koszty, nie wykazał przede wszystkim, że w ogóle korzysta z finansowania zewnętrznego.

Odwołanie nie może być złożone w celu ochrony interesów potencjalnych innych przedsiębiorców, a powinno wykazywać uszczerbek związany z działaniem Zamawiającego w interesie Odwołującego. Odwołujący tego nie wykazał. Odwołujący jest spółką, która wykazywała bardzo dobre wskaźniki finansowe w sprawozdaniu finansowym za 2018 r. oraz za 2019 r. Z danych GUS wynika, że branża przetwórstwa przemysłowego w 2018 r. odnotowała wskaźnik płynności ogólny na poziomie 1,49, wskaźnik płynności szybki na poziomie 0,93, a wskaźnik rentowności netto w wysokości 4,63%. Więc, Odwołujący jest w znacznie lepszej kondycji finansowej niż większość przedsiębiorców prowadzących działalność produkcyjną. Należy do dobrze prosperujących przedsiębiorstw dużych i długiej

historii może w każdej chwili ubiegać się o zewnętrzne finansowanie przyznawane na bardzo atrakcyjnych warunkach.

Odwołujący zarzuca, że postanowienie umowne o charakterze wyjątku, wydłużenia terminu podstawowego 60 dni:

1. zostało narzucone we wzorze umowy a więc nie mieści się w granicach „ustalenia w umowie”,

2. jest rażąco nieuczciwe wobec wierzyciela – Odwołującego.

Odwołujący podnosi, że nie doszło „ustalenia” pomiędzy stronami terminu płatności, gdyż te zostały przez Zamawiającego określone w treści SIWZ.

Twierdzenie to jest błędne, gdyż Odwołujący dokonuje niewłaściwej oceny zbiegu norm. 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”.

Stanowisko powyższe pomija, że kształtowanie warunków umownych nie jest działaniem dowolnym zamawiającego, albowiem ich treść musi mieć zawsze swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach zamawiającego (tak wyrok SO we Wrocławiu w sprawie X Ga 67/08). Na gruncie ustawy Pzp mamy do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a wykonawca zachowuje swobodę i może nie złożyć oferty na takich warunkach. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez wykonawcę cenę.

Tym samym, 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. 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 i 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.

Ponadto sposób sugerowany przez Odwołującego „ustaleń” stron co do terminu płatności z natury rzeczy prowadziłyby do nierównego traktowania wykonawców. Jeżeli bowiem 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.

Umowy zawierane w trybie udzielenia zamówienia publicznego zbliżone są w swym charakterze do kategorii umów przystąpienia (umów adhezyjnych), Dominująca pozycja Zamawiającego wynika nie, jak w przypadku umów adhezyjnych z przewagi ekonomicznej jednego z kontrahentów, a z odmiennego niż w przypadku obrotu prywatnego określenia ról kontrahentów w PZP. Dla umów adhezyjnych charakterystyczne jest, iż najważniejsze ich warunki określa jeden z kontrahentów posługując się najczęściej ogólnymi warunkami umów. W takim przypadku złożenie oferty jest równoznaczne ze zgodą kontrahenta na zawarcie umowy według wzorca umownego (art. 384 k.c.). Zasada równości z art. 7 PZP nabiera na gruncie prawa zamówień publicznych zatem zupełnie innego znaczenia. Nie sposób przyjąć, że ustalenie istotnych warunków zamówienia powinno nastąpić w drodze indywidualnych ustaleń z wykonawcą, gdyż prowadziłyby to do powstania różnych warunków dla wykonawców znajdujących się w tej samej sytuacji prawnej.

Reasumując - działanie Zamawiającego polegające na ustanowieniu warunków płatności w istotnych postanowieniach umowy nie wykracza poza dozwolony zakres kształtowania przez niego przyszłego stosunku prawnego. W reżimie zamówień publicznych normalną i dozwoloną praktyką jest określanie wymagań co do przyszłej umowy w SIWZ. Przepisy ustawy o uPNOTH nie stanowią wyjątku w tym zakresie.

Odwołujący podkreśla też w odwołaniu, że ustalenie innych terminów płatności dla dużych przedsiębiorstw wywołuje skutek w postaci „rażącej nieuczciwości”.

Pojęcie rażącej nieuczciwości zostało dla potrzeb zwalczania opóźnień w płatnościach zdefiniowane w prawie europejskim tj. Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i rady 201 1/7/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 odstąpienia od ustawowych terminów płatności.

W tej sprawie zdaniem Zamawiającego trzeba wziąć pod uwagę szczególną sytuację zamawiającego, sytuację w sektorze górnictwa węgla kamiennego, praktykę na tym szczególnym rynku oraz charakter zobowiązania.

Szczególna sytuacja Zamawiającego

Zamawiający jest największym polskim przedsiębiorcą prowadzącym działalność w sektorze wydobywania węgla kamiennego, który od lat znajduje się w trudnej sytuacji. Jest faktem powszechnie znanym, że w 2016 r. doszło do przekształcenia Kompanii Węglowej SA w Polską Grupę Górniczą SA. co poprzedzone było działaniami mającymi na celu doinwestowanie spółki. Nabycie przez PGG prawa do eksploatacji złóż węglowych, a tym samym prowadzenie działalności wydobywczej, możliwe było dzięki pozyskaniu środków finansowych na:

- a) pokrycie ceny nabycia — drogą emisji obligacji na podstawie Umowy Programowej emisji obligacji ,

- b) realizację niezbędnych inwestycji - dzięki zawartej w dniu 28 kwietnia 2016r. Umowie Inwestycyjnej (z późniejszymi zmianami).

Oba dokumenty nakładają na PGG szereg zobowiązań informacyjnych i ograniczeń prowadzonej działalności, a ponadto zawierają katalog kowenantów finansowych, opartych między innymi o salda dostępnych środków pieniężnych.

Do końca 2019 roku, z zastrzeżeniem zgodności z obowiązującymi przepisami prawa. w zamówieniach i postępowaniach ogłaszanych przez PGG wskazywano, jako oczekiwany, termin płatności wynoszący maksymalnie 120 dni od daty wpływu faktury do Zamawiającego. Warunki płatności, co do zasady akceptowane przez dostawców, zapewniały utrzymanie wskaźników finansowych na poziomie wymaganym wskazanymi wyżej umowami.

PGG współpracuje z liczną grupą dostawców, a średnioroczne zakupy realizowane przez Spółkę sięgają 4,5 mld PLN. Analizy wewnętrzne pozwalają stwierdzić, że co najmniej 50% tego obrotu generowane jest we współpracy z podmiotami należącymi do kategorii „dużych przedsiębiorstw”. W tej sytuacji skrócenie terminu płatności ze 120 dni do 60 dni w relacjach z wszystkimi dostawcami skutkowałoby zwiększeniem zaangażowanych środków pieniężnych na poziomie 400 mln zł w roku, co z kolei stanowi ryzyko naruszenia warunków Umowy Inwestycyjnej i Umowy Programowej emisji obligacji.

W wyniku zmniejszenia salda środków pieniężnych zgodnie z zapisami Umowy programowej dotyczącej emisji obligacji, może zaistnieć szereg zagrożeń dla działalności Zamawiającego, przykładowo – brak lub utrudniona możliwość terminowej spłaty

zobowiązań z tytułu obligacji. 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. 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.

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.

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.

Ponadto w zakresie płynności finansowej Zamawiający jest w znacząco gorszej sytuacji niż Odwołujący. Zgodnie z danymi finansowymi zawartymi w sprawozdaniu finansowym Zamawiającego. W 2019 r. w stosunku do roku 2018 nastąpiło pogorszenie wskaźników Zamawiającego, 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. Należy dodać, że większość zakupów Zamawiającego dokonywana jest w przedsiębiorstwach dużych.

Dotychczasowa praktyka na rynku

Spółka przez szereg ostatnich lat stosowała wobec wszystkich swoich kontrahentów (w tym i Odwołującego) termin płatności 120 dni. W związku ze zmianą wprowadzoną

ustawą o uPNOTH, termin ten ulega skróceniu wobec wykonawców mających status MSP. Pozostali wykonawcy mają utrzymany dotychczasowy termin płatności. Zatem Zamawiający nie wprowadza nowego postanowienia, nieznanego dotychczas wykonawcom, ale utrzymuje stan taki jaki był w poprzednich latach. Nowe postanowienia zaś dotyczą jedynie MSP.

Charakter towaru lub usługi

Przedmiotem zamówienia jest dostawa układów sterujących na podstawie indywidualnych zamówień określających ilości i rodzaj asortymentu do dostarczenia. Termin na dostawę wynosi 60 dni. Tym samym nie jest tak, że wykonawca przez długi okres czasu „zamraża” kapitał w materiały i robociznę niezbędną do wykonania zamówienia. Termin realizacji jest stosunkowo krótki, a zamówienia są wykonywane sukcesywnie.

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. Zasada ta adresowana jest zarówno do zamawiającego, jak i wykonawców. Takie samo traktowanie w niektórych sytuacjach podmiotów z sektora MŚP oraz dużych przedsiębiorców mogłoby właśnie tę zasadę naruszać. W takiej bowiem sytuacji w lepszej pozycji, względem podmiotu słabszego ekonomicznie będzie duży przedsiębiorca, taki jak Odwołujący.

Stworzenie warunków uczciwej konkurencji nie polega na braku stawiania jakichkolwiek wymogów w stosunku do kontrahentów. Ważne jest jednak, aby wymagania te były zgodne z prawem, zasadami współzycia społecznego i dobrą praktyką handlową. Wymagania różnicujące termin płatności są powieleniem postanowień ustawy o uPNOTH. Mieszczą się więc w granicach obowiązującego prawa. Praktyka na rynku kształtowała się w ten sposób, że terminy płatności uwzględniały tzw. kredyt kupiecki i znacząco przekraczały 100 dni (nawet do 180 dni). Nie można więc mówić o naruszeniu zasad współzycia społecznego.

Zamawiający podnosi też, że w orzecznictwie KIO wskazywano już na dopuszczalność dłuższych niż 60 dni terminów płatności (tak wyrok KIO sygn. akt 1242/13), gdzie uznano, że wydłużenie terminu płatności do 120 dni nie narusza przepisów PZP.

W ocenie Zamawiającego, możliwym, a nawet koniecznym w jego warunkach, jest odrębne uregulowanie sytuacji różnych i nierównych podmiotów gospodarczych. Duży przedsiębiorca ma lepszą pozycję rynkową, łatwiejszy dostęp do kapitału, a co za tym idzie większą elastyczność w kalkulacji ceny oferty niż przedsiębiorca z sektora MŚP.

Zamawiający nadmienił, że Odwołujący powołuje się na wyrok KIO z dnia 18 lutego 2020 r. (KIO 208/20), który to wyrok został przez Zamawiającego zaskarżony do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Izba, na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego w wersji elektronicznej, ustaliła, że Odwołujący i Zamawiający w stanowiskach pisemnych w sposób wierny dokumentom i przepisom prawa odzwierciedlili zapisy SIWZ, wzoru umowy, ogłoszenia o zamówieniu oraz brzmienie przepisów prawa istotnych dla rozstrzygnięcia sporu.

W dniu 1 kwietnia 2020 roku, Zamawiający odpowiadając na pytania wykonawców, na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, w Części B pkt 2 ppkt 6 i 7 Załączniku nr 1 do SIWZ oraz Załączniku nr 10b do SIWZ dokonał następujących zmian: maksymalne wymiary pojedynczego zaworu DN12 nie mogą przekraczać wymiarów obszaru mocowania pokazanych w Załączniku nr 10b, na rysunku podano odpowiednie wymiary.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz ustalenia własne poczynione na podstawie przekazanej dokumentacji i złożonych dowodów, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie podkreślenia wymaga, iż Izba w składzie wyznaczonym do rozpoznania wniesionego środka ochrony prawnej w pełni zgadza się, podziela i przyjmuje za własne stanowiska wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 208/20 oraz w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2020 r., sygn. akt KIO 465/20. Dodatkowo dostrzeżenia wymaga, iż przedstawiona, tak przez Odwołującego, jak też Zamawiającego, argumentacja w aspektach formalnych i merytorycznych w wymienionych postępowaniach odwoławczych jest tożsama do niniejszej sprawy. Dlatego też rozważania Izby w niniejszej sprawie ograniczyć można do podkreślenia kilku istotnych elementów odnoszących się do przedmiotu sporu.

Przede wszystkim podkreślenia wymaga, iż w przypadku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez podmiot zobowiązany do stosowania ustawy Pzp znaczenie nadrzędne ma przestrzeganie zasad określonych wspomnianą ustawą Pzp. Prawo zastosowania reguł określonych art. 7 ust. 2 i 2a ustawy o terminach zapłaty nie wyłącza stosowania zasady o charakterze podstawowym dla zamówień publicznych, mianowicie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający działający w reżimie ustawy Pzp każdorazowo zobowiązany jest do zastosowania art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, który nakazuje

zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przy uwzględnieniu zasad i reguł wynikających z innych gałęzi prawa.

Następnie dostrzeżenia wymaga, iż 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. Zamawiający ma obowiązek w ten sam sposób traktować i oceniać wykonawców bez względu na zakwalifikowanie do grupy małych, średnich bądź dużych przedsiębiorców. Bez względu na przynależność danego przedsiębiorcy do określonej grupy, każdy wykonawca jest w ten sam sposób zobowiązany do należytego wykonania zamówienia, do przestrzegania reguł zawartego zobowiązania umownego, do oceny jego oferty na podstawie tożsamo ustalonych kryteriów podmiotowych i przedmiotowych. W ocenie składu nie może dojść do sytuacji, w której to wykonawca będący dużym przedsiębiorcą będzie zmuszony ponosić zwiększone ryzyko opłacalności danej transakcji, zobowiązania umownego. Dodatkowo, na co wskazywał Odwołujący, współpracuje on jako przedsiębiorca z podmiotami należącymi do grupy małych lub średnich przedsiębiorstw, a w związku z tym ma on obowiązek regulować swoje zobowiązania właśnie w terminie 60 dni, podczas gdy sam otrzymałby przysługujące mu wynagrodzenie dopiero po 120 dniach. Oznacza to zwiększone ryzyko gospodarcze, stawia pod znakiem zapytania opłacalność zawierania takich transakcji. Powiązania o charakterze gospodarczym w różnych konfiguracjach wiążą podmioty przynależące do różnych grup. Istotne jest natomiast, by powiązania te umożliwiały danemu podmiotowi realizację zobowiązań gospodarczych z zyskiem. Taki jest bowiem cel prowadzenia działalności gospodarczej. Jest to zwłaszcza aktualne w obecnym czasie, kiedy skutki wystąpienia zjawisk o charakterze nadzwyczajnym znacząco przekładają się na sytuację gospodarczą każdego podmiotu funkcjonującego na rynku, także dużych przedsiębiorstw. Nie może być w ocenie Izby tak, że tylko większe podmioty ponosiły będą ciężar danej transakcji. Co więcej, to właśnie dla małych i średnich przedsiębiorców w znaczącej większości skierowana jest pomoc państw w ramach różnych pakietów anty kryzysowych wobec ogłoszonego stanu epidemii. Nie można zatem dodatkowo obciążać ryzykiem gospodarczym dużych przedsiębiorców. Poza tym w takiej sytuacji oferta podmiotu z tej grupy już na starcie nie będzie mogła konkurować ceną, ponieważ podmiot taki właśnie te wszystkie dodatkowe uwarunkowania musi uwzględnić w swojej kalkulacji. Tym samym podmioty ponoszące znaczące nakłady na gospodarkę, będą miały niższe szanse na uzyskanie zamówienia, co oznacza, że ich sytuacja finansowa, płynność finansowa, konkurencyjność wynikająca z przynależności do określonego sektora w najbliższym czasie

mogłaby ulec znaczącemu pogorszeniu. Dodatkowo taki podmiot musiałby dłużej czekać na uzyskanie należnego mu wynagrodzenia za realizację przedmiotu umowy.

Następnie wyjaśnienia wymaga, iż nie można mówić o jakimkolwiek ustaleniu postanowień umowy w zakresie terminu płatności pomiędzy stronami, co umożliwia i na co pozwala art. 7 ust. 2 ustawy o terminach zapłaty, gdyż już sam charakter prowadzonego postępowania determinuje, że postanowienia te zostały przez Zamawiającego z góry narzucone wykonawcom ustaloną przez niego treścią SIWZ. Przepis art. 7 ust. 2 ustawy o terminach zapłaty zezwala co prawda na odmienne ustalenie przez strony umowy terminu zapłaty, nie mniej jednak zgoda ta ma mieć charakter ustalenia stron, które powinno być wskazane w sposób wyraźny w umowie i nie może być rażąco nieuczciwe wobec wierzyciela. W sytuacji prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i jednostronnego ustalenia przez Zamawiającego zakresu zobowiązania umownego, nie może być mowy o jakimkolwiek prowadzeniu negocjacji, wypracowaniu wspólnego stanowiska. Tymczasem taką właśnie procedurę przewiduje art. 7 ust. 2 ustawy o terminach zapłaty. Izba nie wyklucza, iż Zamawiający ustalił zapisy przyszłej umowy *w dobrej wierze, z zastosowaniem zasady rzetelności oraz w zgodzie z dobrymi praktykami handlowymi*, jak stanowi § 3 ust. 4 wzoru umowy, jednakże całokształt postanowień umownych tych zasad nie oddaje i nie realizuje. Zasad wynikających z art. 7 i następnych ustawy Pzp nie można odczytywać w ten sposób, że uprawnienie danego wykonawcy sprowadza się do decyzji, czy złoży on ofertę na warunkach podmiotowych, przedmiotowych i umownych ukształtowanych na zasadzie wyłączności przez zamawiającego. Adhezyjny charakter umowy w sprawie zamówienia publicznego wyłącza możliwości negocjowania postanowień takiej umowy w klasycznym rozumieniu pojęcia „negocjacji”, a za prowadzenie negocjacji w ocenie składu nie można choćby uznać korzystania ze środków ochrony prawnej przez wykonawców. Ostateczny kształt warunkom umownym nadaje bowiem wówczas podmiot zewnętrzny w stosunku do zamawiających i wykonawców, a jednocześnie warunki te nadal pozostają takie same dla wszystkich wykonawców zainteresowanych danym zamówieniem. Nie na zatem mowy o wzajemnych ustaleniach warunków zobowiązania.

Izba w niniejszej sprawie całkowicie zgadza się z argumentacją, że *„za nietrafną należy uznać 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 zwyciężskim 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, przekształceniach własnościowych, 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 Pzp 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 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....