

WYROK

z dnia 10 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 czerwca 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca 2020 r. przez wykonawcę **FAMUR Spółka Akcyjna** z siedzibą w Katowicach, ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Jastrzębska Spółka Węglowa Spółka Akcyjna** z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju, Zakład Wsparcia Produkcji ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie** i nakazuje Zamawiającemu wprowadzenie zmian:

- a) ogłoszenia o zamówieniu w zakresie pkt III.1.7) - *Główne warunki finansowe i uzgodnienia płatnicze i/lub odniesienie do odpowiednich przepisów je regulujących* - poprzez wprowadzenie jednolitego terminu płatności 60 dni od daty dostarczenia zamawiającemu faktury VAT dla wszystkich wykonawców, bez względu na posiadany przez nich status mikro, małego, średniego czy też dużego przedsiębiorcy;
- b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie:
 - pkt 14.7 - *Opis sposobu obliczenia ceny* - poprzez wprowadzenie jednolitego terminu płatności 60 dni od daty dostarczenia zamawiającemu faktury VAT dla wszystkich wykonawców, bez względu na posiadany przez nich status mikro, małego, średniego czy też dużego przedsiębiorcy;

- § 1 ust. 3 Załącznika nr 4 do SIWZ - Umowa - poprzez wprowadzenie jednolitego terminu płatności 60 dni od daty doręczenia faktury Odbiorcy dla wszystkich wykonawców (Dostawców), bez względu na posiadany przez nich status mikro, małego, średniego czy też dużego przedsiębiorcy;
- § 1 ust. 5 Załącznika nr 4 do SIWZ - Umowa - poprzez jego usunięcie.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **Jastrzębska Spółka Węglowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju**, Zakład Wsparcia Produkcji ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego - **Jastrzębska Spółka Węglowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju**, Zakład Wsparcia Produkcji ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój na rzecz Odwołującego - **FAMUR Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach**, ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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 Gliwicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Jastrzębska Spółka Węglowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju, Zakład Wsparcia Produkcji (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Dostawy do kopalń JSW S.A. elementów i części zamiennych do przenośników zgrzeblowych, elementów do urządzenia UPP i zmechanizowanego zespołu podścianowego AZIS-1200 z terminem realizacji 12 miesięcy, numer referencyjny: 54/P/WRP/20. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 6 marca 2020 r w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S 047-112196. W tej samej dacie została opublikowana Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „specyfikacja” lub „SIWZ”) na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 16 marca 2020 r. wykonawca FAMUR S.A. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) pkt III.1.7) ogłoszenia o zamówieniu - Główne warunki finansowe i uzgodnienia płatnicze i/lub odniesienie do odpowiednich przepisów je regulujących - w zakresie w jakim wprowadza termin płatności wynoszący 90 dni od przedstawienia zamawiającemu faktury VAT, chyba że wykonawca jest mikroprzedsiębiorcą, małym przedsiębiorcą lub średnim przedsiębiorcą w stosunku do którego termin zapłaty wynosi 60 dni od daty dostarczenia zamawiającemu faktury VAT;
- 2) pkt 14.7 SIWZ - Opis sposobu obliczenia ceny, w zakresie w jakim wskazuje , że zapłata ceny nastąpi w terminie 90 dni od daty przedstawienia zamawiającemu faktury VAT, chyba że wykonawca jest mikroprzedsiębiorcą, małym przedsiębiorcą lub średnim przedsiębiorcą w stosunku do którego termin zapłaty wynosi 60 dni od daty dostarczenia zamawiającemu faktury VAT;
- 3) § 1 ust. 3 Załącznika nr 4 do SIWZ - Umowa - w zakresie w jakim określa, iż zapłata czynszu nastąpi w terminie do 90 dni od daty doręczenia faktury Odbiorcy, chyba że Dostawca jest mikroprzedsiębiorcą, małym przedsiębiorcą lub średnim przedsiębiorcą w stosunku do którego termin zapłaty wynosi do 60 dni od daty doręczenia faktury Odbiorcy;

- 4) § 1 ust. 5 Załącznika nr 4 do SIWZ - Umowa - w zakresie w jakim Zamawiający zastrzega sobie prawo dokonania zapłaty w terminie 90 dni od przedstawienia mu faktury, w sytuacji gdy w wyniku weryfikacji oświadczenia Dostawcy stwierdzi, że wbrew treści oświadczenia Dostawca nie posiada statusu mikroprzedsiębiorcy, małego przedsiębiorcy albo średniego przedsiębiorcy.

Wskazanym postanowieniom SIWZ Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 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 realizującą przedmiot umowy przez wykonawcę w zależności od posiadanego przez niego statusu mikro, małego, średniego bądź dużego przedsiębiorcy, co ma bezpośredni wpływ na kalkulację ceny oferty składanej przez poszczególnych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu;
- 2) naruszenie art. 353¹ K.c. w zw. z art. 5 K.c. i w zw. z art. 14 ustawy 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 § 1 ust. 3 oraz ust. 5 Załącznika nr 4 do SIWZ w sposób sprzeciwiający się właściwości (naturze) stosunku prawnego, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego oraz poprzez narzucenie w projekcie Umowy postanowień, które zgodnie z w/w ustawą powinny być wynikiem wzajemnych uzgodnień stron, a na które Odwołujący nie wyraża zgody.

Z uwagi na wskazane zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ:
 - a) w zakresie pkt III. 1.7) ogłoszenia o zamówieniu - Główne warunki finansowe i uzgodnienia płatnicze i/lub odniesienie do odpowiednich przepisów je regulujących - poprzez wprowadzenie jednolitego terminu płatności 60 dni od daty dostarczenia zamawiającemu faktury VAT dla wszystkich wykonawców, bez względu na posiadany przez nich status mikro, małego, średniego czy też dużego przedsiębiorcy;
 - b) w zakresie pkt 14.7 SIWZ - Opis sposobu obliczenia ceny - poprzez wprowadzenie jednolitego terminu płatności 60 dni od daty dostarczenia zamawiającemu faktury VAT dla wszystkich wykonawców, bez względu na posiadany przez nich status mikro, małego, średniego czy też dużego przedsiębiorcy;

- c) w zakresie § 1 ust. 3 Załącznika nr 4 do SIWZ — Umowa - poprzez wprowadzenie jednolitego terminu płatności 60 dni od daty doręczenia faktury Odbiorcy dla wszystkich wykonawców(Dostawców), bez względu na posiadany przez nich status mikro, małego, średniego czy też dużego przedsiębiorcy;
 - d) w zakresie § 1 ust. 5 do Załącznika nr 4 do SIWZ- Umowa - poprzez jego usunięcie,
- 3) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego,
- 4) zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał m.in., iż w pkt III.1.7. ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający podał: „Zapłata ceny nastąpi w terminie do 90 dni od przedstawienia zamawiającemu faktury VAT, chyba że wykonawca jest mikroprzedsiębiorcą, małym przedsiębiorcą lub średnim przedsiębiorcą w stosunku do którego termin zapłaty wynosi do 60 dni od daty dostarczenia zamawiającemu faktury VAT. ” Także w pkt 14.7 SIWZ — Opis sposobu obliczenia ceny - Zamawiający wskazał, że „zapłata ceny nastąpi w terminie do 90 dni od przedstawienia zamawiającemu faktury VAT, chyba że wykonawca jest mikroprzedsiębiorcą, małym przedsiębiorcą lub średnim przedsiębiorcą w stosunku do którego termin zapłaty wynosi do 60 dni od daty dostarczenia zamawiającemu faktury VAT. ” Podobne postanowienie znalazło się w Załączniku nr 4 do SIWZ -Umowa - w § 1 ust. 3, gdzie postanowiono: „Zapłata ceny nastąpi w terminie do 90 dni od daty doręczenia faktury Odbiorcy, chyba że Dostawca jest mikroprzedsiębiorcą, małym przedsiębiorcą lub średnim przedsiębiorcą w stosunku do którego termin zapłaty wynosi do 60 dni od daty doręczenia faktury Odbiorcy.” Ponadto w Załączniku nr 4 do SIWZ — Umowa - w § 1 ust. 5 Zamawiający zastrzegł cyt.: „Odbiorca zastrzega sobie uprawnienie do weryfikacji oświadczenia Dostawcy zawartego w poprzednim ustępie w trakcie realizacji umowy. W przypadku stwierdzenia, że wbrew treści oświadczenia Dostawca nie posiada statusu mikroprzedsiębiorcy, małego przedsiębiorcy albo średniego przedsiębiorcy, Odbiorca uprawniony będzie do dokonania zapłaty w terminie 90 dni od przedstawienia mu faktury, a Dostawca zobowiązany będzie do wystawienia faktury korygującej, uwzględniającej zmianę terminu zapłaty.”

Odwołujący zauważył, że wszystkie przytoczone powyżej regulacje zostały wprowadzone przez Zamawiającego do treści ogłoszenia i SIWZ po raz pierwszy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ogłoszonym po dniu 1 stycznia 2020 r. We wcześniejszych postępowaniach Zamawiający nie stosował tego typu zróżnicowania dla wykonawców. Ma to związek ze zmianami, które poczynił 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. Następnie Odwołujący

przyczytał art. 7 ust. 1 — 3 ww. ustawy i wskazał, iż na bazie tej regulacji Zamawiający w treści ogłoszenia oraz SIWZ 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, 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 przedstawienia faktury, a dla grupy wykonawców posiadających status dużego przedsiębiorcy 90 dni od daty przedstawienia Zamawiającemu faktury. Odwołujący przywołał wyrok Izby z dnia 18 lutego 2020 r. sygn. akt KIO 208/20 i stwierdził, że takie różnicowanie wykonawców biorących udział w postępowaniu stanowi 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.

Odwołujący stwierdził, że termin płatności, określony w treści ogłoszenia i przytoczonych postanowieniach SIWZ w sposób oczywisty stanowi element cenotwórczy dla wykonawcy, który musi zostać każdorazowo uwzględniony przy kalkulacji ceny oferowanej w danym postępowaniu przez danego wykonawcę. Z kolei zgodnie z postanowieniem pkt 16.3 SIWZ - „Kryteria i sposób oceny oferty” - cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert. W sytuacji gdy cena jest jedynym kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu, zróżnicowanie wykonawców w zakresie elementu cenotwórczego, jakim niewątpliwie jest termin płatności, w sposób oczywisty powoduje nierówne traktowanie wykonawców. Wpływ terminu płatności jako elementu cenotwórczego na ostateczną oferowaną przez wykonawcę w danym postępowaniu cenę można 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 jasne jest, że 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 91 dnia od zakończenia okresu

obrachunkowego. Ponadto 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 30 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 na dzień 11.03.2020, 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-branz-strategicznnych-obarczonych-wysokim-ryzykiem>). Przykładowo, przy założeniu konieczności sfinansowania kwoty należności 10.000.000 PLN, w zależności od okresu oczekiwania na płatność (60 oraz 90 dni), koszt kredytu udzielanego na okres o 30 dni dłużej może być wyższy o 63.370 PLN, co prezentuje kalkulacja: Założenia dla kalkulacji: Wibor 3m -1,71%, Marża - 6,00%, Łącznie -7,71%, Wartość: 10 000 000 PLN, Koszt finansowania - termin płatności 60 dni -126740 PLN, Koszt finansowania-termin płatności 90 dni -190110 PLN, Różnica - 63 370 PLN. Odwołujący podkreślił, że wykonawcy będący dużymi przedsiębiorcami ponoszą koszty finansowania Zamawiającego, wyliczony w zależności od wartości kontraktu (zamówienia) o 30 dni dłużej dla każdej faktury. W takim samym zakresie dodatkowego finansowania wymagają kwoty podatku VAT, na zapłatę, którego przez zamawiającego wykonawcy o statusie dużego przedsiębiorcy oczekują o 30 dni 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.

Następnie Odwołujący zwrócił uwagę na dodatkowe ryzyka operacyjne i różne ich szacowanie w związku z przyjęciem odmiennych terminów płatności dla wykonawców będących przedsiębiorcami posiadającymi status mikro, małego lub średniego przedsiębiorstwa oraz status dużego przedsiębiorcy, także stanowiące przejaw braku równego traktowania wykonawców. Przy zastosowaniu bowiem odmiennego terminu płatności, wykonawcy o statusie dużego przedsiębiorcy zmuszeni są akceptować wydłużone o 30 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. Zamawiający oczekuje od wykonawców udzielenia gwarancji jakości na okres 24 miesięcy od daty wydania towarów Odbiorcy (pkt 8.3 Załącznika nr 5 do SIWZ - Ogólne Warunki Umów), 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 30 dni. 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 jedyne kryterium oceny ofert. Wynika to także z faktu, że 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 dłuższego terminu płatności. Warunki zastosowania tego wyjątku nie zostały jednak w niniejszej sprawie spełnione, dlatego też Zamawiający wprowadzając jednostronnie termin płatności 90 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 niniejszym postępowaniu (jak również w innych aktualnie ogłoszonych przez Zamawiającego postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego) Zamawiający dla zastrzegł 90 - dniowy termin zapłaty bez jakichkolwiek ustaleń z wykonawcą oraz bez badania czy taki termin nie jest rażąco nieuczciwy dla wykonawcy. 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 ustawy Pzp i wyrażonej w niej zasady swobody umów oraz z naruszeniem art. 7 ust. 2 Ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, gdyż 90 dniowy

termin płatności (a więc dłuższy niż maksymalny dopuszczalny termin) zostaje narzucony wykonawcom w sposób niezgodny z wymaganiami prawa. Taki sposób wprowadzenia dłuższego niż 60 dniowy terminu płatności do umowy, jest sprzeczne z ustawą tj. z art. 7 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, gdyż postanowienie o zastosowaniu na zasadzie wyjątku dłuższego 90 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 terminu do wzoru przyszłej umowy jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, gdyż zobowiązuje wykonawcę, którego oferta będzie oceniona jako najkorzystniejsza do akceptacji terminu, który jest dla niego rażąco nieuczciwy i nie został z nim ustalony. Odwołujący uznał, że nie zostały spełnione przesłanki do wprowadzenia w postępowaniu na zasadzie wyjątku 90-dniowego terminu płatności czynszu dzierżawnego, 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 K.c. w zw. z art. 5 K.c. i w zw. z art. 14 ustawy Pzp postanowienie Załącznika nr 6 § 10 ust. 19 powinno zostać usunięte, a postanowienie Załącznika nr 6 § 10 ust. 8 zmienione poprzez wprowadzenie jednolitego 60-dniowego terminu płatności dla wszystkich kategorii przedsiębiorców. 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. Ponadto, wprowadzenie wydłużonego terminu płatności wobec dużych przedsiębiorców nie znajduje żadnego obiektywnego uzasadnienia uwzględniając przedmiot postępowania i charakter umowy (dostawa elementów i części przenośników zgrzeblowych).

Najistotniejszą kwestią pozostaje, zdaniem Odwołującego, to, że wprowadzenie w ustawie o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych 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 przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych nic 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. Dlatego też 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 Pzp. Dotyczy to zwłaszcza 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 Prawa zamówień publicznych zgodnie, z którym cena zawsze stanowi kryterium oceny oferty, należy uznać, że 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 zaoferowana przez dużego przedsiębiorcę musi być z samego założenia wyższa niż cena oferowana przez mikro, małego lub średniego przedsiębiorcę. To z kolei bez wątplenia 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 wprowadza regulacje traktujące wykonawców w sposób ewidentnie naruszający uczciwą konkurencję. Takie działanie Zamawiającego należy ocenić jako naruszające także regułę 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 niniejszym postępowaniu także tę regułę naruszył.

Pismem z dnia 16 marca 2020 r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca Becker-Warkop sp. z o.o. z siedzibą Świerklany.

W dniu 9 czerwca 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie z uwagi na to, że jest bezpodstawne oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów powołanych w uzasadnieniu. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m.in., że Odwołujący nie udowodnił lub choćby uprawdopodobnił, że

jest dużym przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 6 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych. Powyższej okoliczności nawet w treści odwołania nie wskazał. W związku z tym nie sposób stwierdzić, że obowiązujący wobec niego termin zapłaty wynosi 90 dni, a nie 60 dni, co, zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego, stanowić ma podstawę do uznania, że posiada on interes do wniesienia odwołania. Zaniechanie w powyższym zakresie sprawia, że odwołanie podlega oddaleniu wobec niespełnienia przesłanek przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do treści odwołania, Zamawiający podniósł, że doktryna wyraźnie wskazuje, że zakaz zawarty w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp „nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie. Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Zielonej Górze w wyroku z 15.10.2007 r., V Gaz 90/07, niepubl.: „Uprawnieniem zamawiającego jest bowiem prowadzenie postępowania w celu uzyskania takiego przedmiotu, jaki jest mu dogodny ze względu na posiadane warunki oraz potrzeby i który spełni jego oczekiwania funkcjonalne (...) Wydaje się też, że rozpatrując możliwość ograniczenia uczciwej konkurencji przez dokonanie tendencyjnego opisu przedmiotu zamówienia, nie sposób abstrahować od warunków rynku właściwego dla danych dostaw, usług czy robót budowlanych. Dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego z producentów, podział na pakiety (części), tak że wszystkie produkty w danym pakiecie może dostarczyć tylko jeden wykonawca, lub celowe łączenie w opisie przedmiotu zamówienia kilku dóbr, których uzyskanie jest możliwe oddzielnie (na różnych rynkach), tak by całość zamówienia była poddana mniejszej konkurencji, jest działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję. Warto też podkreślić, że dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego, będzie uprawdopodobniało naruszenie zasady uczciwej konkurencji (tak: W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wydanie VII, teza 3 komentarza do art. 29). A zatem należy uznać, że opis przedmiotu zamówienia określa, identyfikuje, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane będą przedmiotem umowy) i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia muszą zostać w nim uwzględnione. A zatem w zakresie opisu przedmiotu zamówienia nie mieści się termin zapłaty, co przekreśla uznanie, że postanowienia dokumentacji przetargowej wskazane w petitum

odwołania mogą naruszać i naruszają przepis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, co zarzut odwołania czyni oczywiście niezasadnym.

Zamawiający podniósł, że przepis zawarty w art. 7 ust. 3 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych jest jasny i jednoznaczny. Stanowi on następująco: 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. A zatem stwierdzenie Odwołującego, że „wykonawcy 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 91 dnia po zakończeniu okresu obrachunkowego” pozostaje oczywiście chybionym. Zwłaszcza, że nie bardzo wiadomo co kryje się pod pojęcie „okresu obrachunkowego”, albowiem nie występuje ono w treści dokumentacji przetargowej.

Zamawiający zauważył, iż Odwołujący przedstawia kalkulację kosztów finansowania realizacji zamówienia przez Agencję Rozwoju Przemysłu S.A., wskazując, że „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 na dzień 11.03.202, koszt kredytu niezbędnego do pozyskania celem uzupełnienia luki finansowej w przepływach może wynieść 7,71% rocznie”. Odnosząc się do przytoczonej powyżej informacji wypada stwierdzić, że pod wskazanym przez odwołującego adresem internetowym znajduje się informacja, zgodnie z którą koszt finansowania (marża odsetkowa) wynosi od 2,00 do 6,00 p.p. Natomiast brak jest informacji, że przedmiotowy koszt powiększa stopa bazowa Wibor 3M. Ponadto odwołujący opiera się na historycznej, nieaktualnej już wartości stopy procentowej WIBOR, jednocześnie rozmijając się z prawdą. Albowiem w dniu 11.03.2020 r. stopa WIBOR 3M wynosiła 1,69%, a nie jak podaje 1,71%. Nadto Agencja Rozwoju Przemysłu S A. nie jest jedynym na rynku źródłem finansowania i niewykluczone jest uzyskanie przedmiotowej usługi na znacznie korzystniejszych warunkach. Tym bardziej, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, nawet nie wskazał, że nie jest w stanie samodzielnie zrealizować zamówienia bez konieczności uzyskania wsparcia finansowego, co przekreśla zasadność przywołanej powyżej argumentacji.

Następnie Zamawiający odniósł się do twierdzeń Odwołującego, że wykonawcy o statusie dużego przedsiębiorcy zmuszeni są akceptować wydłużone o 30 dni ryzyko niewypłacalności Zamawiającego (...) i ponoszą wyższą ekspozycję na ryzyko z tego tytułu, stwierdzając, że doświadczenie życiowe oraz zasady logicznego rozumowania nakazują uznać, że stan

niewypłacalności tak dużych przedsiębiorców jak Zamawiający nie następuje w ciągu 30 dni, jest procesem wielomiesięcznym, jeśli nie kilkuletnim, co również przekreśla zasadność twierdzeń Odwołującego o „wyższej ekspozycji na ryzyko”.

Ustosunkowując się do twierdzeń Odwołującego, że „także w odniesieniu do przedsiębiorców dużych obowiązuje maksymalnie 60 - dniowy termin płatności, a ustawa jedynie na zasadzie wyjątku dopuszcza stosowanie dłuższego terminu płatności. Warunki zastosowania tego wyjątku nie zostały jednak w niniejszej sprawie spełnione, dlatego też Zamawiający wprowadzając jednostronnie termin płatności 90 dni naruszył postanowienia art. 7 Ustawy o terminach zapłaty”, Zamawiający stwierdził, iż należy uwzględnić treść art. 3 ust. 5 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/7/UE z dnia 16.02.2011 r. w sprawie zwalczania opóźnień w płatnościach w transakcjach handlowych, z którego wynika, że państwa członkowskie powinny zapewnić, aby termin płatności określony w umowie nie przekraczał 60 dni, a odstępstwo od tej reguły może nastąpić wtedy gdy w umowie wyraźnie postanowiono inaczej. A zatem wymagane w art. 7 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych ustalenie terminu zapłaty przekraczającego 60 dni obejmuje wyłącznie jednoznaczne określenie w umowie wydłużonego terminu płatności, co w niniejszym przypadku zostało spełnione.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że w dniu 21.05.2020 r. na jego stronie internetowej o adresie: <https://www.jsw.pl/relacje-inwestorskie/raporty-gieldowe/raporty-okresowe/raporty-okresowe-2020> zostało opublikowane śródroczne skrócone sprawozdanie finansowe Grupy Kapitałowej JSW S.A. za okres 3 miesięcy 2020 r. (w załączeniu), z którego wynika, że Zamawiający w pierwszym kwartale bieżącego roku poniósł stratę w wysokości 208 900 000 zł netto (254 200 000 zł brutto), podczas gdy w analogicznym okresie 2019 r. uzyskał dochód w wysokości 409 800 000 zł netto (504 700 000 zł brutto). Ponadto zostało opublikowane Śródroczne skrócone sprawozdanie finansowe JSW S.A. za okres 3 miesięcy 2020 r. (w załączeniu), z którego wynika, że Zamawiający w pierwszym kwartale bieżącego roku poniósł stratę w wysokości 179 200 000 zł netto, podczas gdy w analogicznym okresie 2019 r. uzyskał dochód w wysokości 297 900 000 zł netto. A zatem w ciągu ostatnich 12 miesięcy kondycja finansowa Zamawiającego uległa znaczącemu pogorszeniu, co sprawia, że Zamawiający nie jest w stanie dochować 60 - dniowego terminu płatności. Stąd nie można uznać, że określony przez Zamawiającego termin zapłaty jest rażąco nieuczciwy wobec Odwołującego, co przekreśla wniosek, że narusza on przepis art. 7 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych.

Następnie, odnosząc się do argumentacji Odwołującego, że „Zamawiający zastrzegł 90 - dniowy termin zapłaty bez jakichkolwiek ustaleń z wykonawcą oraz bez badania czy taki termin jest rażąco nieuczciwy dla wykonawcy. 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 ustawy Pzp i wyrażonej w niej zasady swobody umów oraz naruszeniem art. 7 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, gdyż postanowienie o zastosowaniu na zasadzie wyjątku dłuższego 90 terminu płatności powinno być indywidualnie ustalone przez strony umowy w drodze negocjacji, a nie narzucone przez jedną ze stron będą autorem wzoru umownego, na który to wzór druga strona nie ma absolutnie żadnego wpływu”, Zamawiający zauważył, że Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 lutego 2016 r., wydanym w sprawie o sygn. akt: II CSK 197/15 wyraźnie stwierdził, że *„odniesienie się do zarzutów wskazanych w ramach podniesionej podstawy kasacyjnej wymaga wyjaśnienia relacji zachodzących pomiędzy przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.), dalej jako: p.z.p., które w zakresie relewanym dla rozstrzygnięcia nie uległy zmianie, i kodeksem cywilnym. Wyznacza je art. 139 ust. 1 p.z.p. stanowiąc, że do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej "umowami", stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Judykatura i piśmiennictwo jednolicie przyjmują, że ma on charakter lex specialis, stąd stosowanie przepisów kodeksu cywilnego o charakterze lex generalis następuje wprost, w zakresie w jakim jego normy nie zostały wyłączone. Takie wyłączenie następuje w szczególności w odniesieniu do ograniczenia sposobu kontraktowania, gdyż zawarcie umowy następuje w trybie ofertowym według wzorca umownego (umowa adhezyjna)”. Podobne zapatrywanie zostało wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 stycznia 2017 r., wydanym w sprawie o sygn. akt: XVIII C 1988/15, zgodnie z którym „nie budzi wątpliwości Sadu, że w postępowaniu w reżimie prawa zamówień publicznych dochodzi do ograniczenia sposobu kontraktowania, gdyż zawarcie umowy następuje w trybie ofertowym według wzorca umownego (umowa adhezyjna). Zakres praw i obowiązków stron wyznacza wyłącznie treść umowy, a dokumenty postępowania przetargowego tylko i wyłącznie wówczas, gdy zostaną do niej włączone wprost bądź pośrednio poprzez odwołanie. Zasada wolności kontraktowej doznaje ograniczeń polegających na tym, że treść umowy nie podlega negocjacom. Zamówienie przygotowuje i przeprowadza zamawiający”.*

Zamawiający stwierdził, że uwzględniając powyższe przepis art. 139 ust. 1 ustawy Pzp stanowi lex specialis wobec przepisu art. 353¹ K.c. w zakresie adhezyjnego trybu zawarcia umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego przy pomocy wzorca kontraktowego. W związku z tym określenie przez Zamawiającego wzoru umowy, który określa wszystkie aspekty przyszłego stosunku zobowiązaniowego w żaden sposób nie może naruszać zasady swobody umów, czyniąc zarzut naruszenia przepisu art. 353¹ K.c. chybionym.

Równie błędne jest, zdaniem Zamawiającego, stanowisko, zgodnie z którym Odwołujący „nie ma absolutnie żadnego wpływu” na treść umowy. Brak możliwości uwzględnienia powyższej opinii potwierdza wniesienie odwołania z dnia 11.03.2020 r. oraz możliwość wniesienia środków ochrony prawnej na pozostałe klauzule zawarte we wzorze umowy.

Zamawiający zauważył, iż Odwołujący zarzucił także, że wprowadzenie do dokumentacji przetargowej kwestionowanych przez niego postanowień „narusza regułę 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 niniejszym postępowaniu także tę regułę naruszył”. Odwołujący nie konkretyzuje jednak na czym polega sprzeczność działania Zamawiającego ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem jego prawa. Nie wskazuje również które zasady współżycia społecznego zostały naruszone. W związku z tym przedmiotowy zarzut pozostaje również bezpodstawnym.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego na nośniku pendrive oraz dowody załączone do pisma z dnia 9 czerwca 2020 r., złożonego na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących jego odrzuceniem, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał, iż 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 niego 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.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany

złożeniem oferty w celu pozyskania zamówienia i z tego względu jest zainteresowany zgodnym z obowiązującymi przepisami ukształtowaniem postanowień SIWZ. Skład orzekający Izby podziela pogląd wyrażony w przywołanym w odwołaniu wyroku KIO z dnia 23 sierpnia 2012 r. (sygn. KIO 1691/12 i KIO 1704/12) zgodnie, z którym *„Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, brak jest możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca może ponieść, wystarczające jest zatem wskazanie na naruszenie przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o zamówienie niezgodnie z prawem, w tym zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia publicznego”*.

Skład orzekający Izby nie podziela stanowiska Zamawiającego, który wnosił o oddalenie odwołania z uwagi na brak wykazania interesu prawnego przez Odwołującego, bowiem nie wykazał w odwołaniu, że jest dużym przedsiębiorcą. Nie może umknąć uwadze, iż Zamawiający nie podnosił, że Odwołujący nie jest dużym przedsiębiorcą, jak też nie zaprzeczył twierdzeniu Odwołującego, że jest spółką notowaną na giełdzie i w związku z tym jego informacje finansowe są ogólnie dostępne, jak również temu, że pozostaje z Odwołującym w stałych stosunkach gospodarczych i w związku z tym znany jest mu status przedsiębiorstwa Odwołującego. Pozwala to na przyjęcie, iż status Odwołującego jako dużego przedsiębiorcy nie jest przez niego kwestionowany.

Wykonawca Becker-Warkop sp. z o.o. z siedzibą Świerklany zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego nie wypełnił wymogu, określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, tj. przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia Zamawiającemu i Odwołującemu, co strony oświadczyły na posiedzeniu, na które, mimo prawidłowego zawiadomienia zgłaszający przystąpienie się nie stawił. W związku z tym ww. wykonawca nie stał się uczestnikiem postępowania.

Następnie Izba ustaliła:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa do kopalń JSW S.A. elementów i części zamiennych do przenośników zgrzeblowych, elementów do urządzenia UPP i zmechanizowanego zespołu podścianowego AZIS-1200 z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy.

W przedstawionym powyżej odwołaniu zostały prawidłowo wskazane kwestionowane przez Odwołującego postanowienia SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, tj., że w punkcie III.1.7 ogłoszenia o zamówieniu, punkcie 14.7 SIWZ oraz § 1 ust. 3 wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ Zamawiający określił termin płatności, podając, iż zapłata ceny nastąpi w terminie do 90 dni od przedstawienia Zamawiającemu (Odbiorcy) faktury VAT, chyba że

Wykonawca (Dostawca) jest mikroprzedsiębiorcą, małym przedsiębiorcą lub średnim przedsiębiorcą w stosunku do którego termin zapłaty wynosi do 60 dni od daty dostarczenia zamawiającemu faktury VAT. Natomiast w § 1 ust. 5 wzoru umowy Zamawiający przewidział że Odbiorca zastrzega sobie uprawnienie do weryfikacji oświadczenia Dostawcy zawartego w poprzednim ustępie w trakcie realizacji umowy. W przypadku stwierdzenia, że wbrew treści oświadczenia Dostawca nie posiada statusu mikroprzedsiębiorcy, małego przedsiębiorcy albo średniego przedsiębiorcy, Odbiorca uprawniony będzie do dokonania zapłaty w terminie 90 dni od przedstawienia mu faktury, a Dostawca zobowiązany będzie do wystawienia faktury korygującej, uwzględniającej zmianę terminu zapłaty.

Stosownie do pkt 14.4 SIWZ cena musi obejmować wszystkie opłaty, ubezpieczenia i podatki oraz wszelkie inne koszty związane z wykonaniem zamówienia.

Zgodnie z pkt 16.3 jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu jest cena.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp *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 Pzp *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. Stosownie do ust. 2 ww. przepisu przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.*

Art. 353¹ K.c. stanowi, iż *strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.*

Stosownie do 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 myśl art. 14 ustawy Pzp *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.*

Art. 7 ust. 1-3 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (tj. Dz.U. z 2020 poz. 935) stanowią;

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.*

Analiza postanowień ogłoszenia i SIWZ wskazuje, że określając termin zapłaty, Zamawiający uczynił to w taki sposób, że jako podstawowy wprowadził termin 90 dniowy od daty doręczenia faktury, który w przypadku, gdy wykonawcą (Dostawcą) będzie mikroprzedsiębiorca, mały przedsiębiorca lub średni przedsiębiorca wynosi 60 dni od daty dostarczenia zamawiającemu faktury VAT, a zatem, termin 90 - dniowy ma zastosowanie do dużych przedsiębiorców.

Tymczasem jak wynika z przytoczonego powyżej art. 7 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych podstawowym terminem zapłaty jest termin nie dłuższy, niż 60 dni, liczony od dnia doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi. Przepis ten wprawdzie dopuszcza

odstępstwo od tej zasady przewidując możliwość ustalenia przez strony innego terminu, jednak taka możliwość jest obwarowana warunkiem że ustalenie to nie jest rażąco nieuczciwe wobec wierzyciela.

Zgodnie z powszechnie uznawaną regułą, wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco. (zob. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2000 r., II CKN 738/98, OSNC 2000, nr 7-8, poz. 146, uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23 marca 2012 r., III CZP 4/12). W związku z tym dla wprowadzenia dłuższego niż 60-dniowy termin płatności, konieczne jest spełnienie ww. warunku. W ocenie składu orzekającego Izby, powyższy warunek został tak skonstruowany, że wynika z niego założenie, że jest wiadomym kto jest stroną, i w związku z tym możliwe jest czynienie przez nie ustaleń co do treści umowy oraz określenie, czy nie występuje drugi jego element, tj., że inaczej określony termin zapłaty nie jest rażąco nieuczciwy wobec wierzyciela. Umowa w analizowanym postępowaniu, wszczętym w trybie przetargu nieograniczonego, ma być zawarta po wyborze najkorzystniejszej oferty, a zatem powyższy warunek na etapie przed upływem terminu na składanie ofert nie jest możliwy do wypełnienia. Tym samym wprowadzenie przez Zamawiającego 90 - dniowego terminu zapłaty z wyłączeniami jedynie w stosunku do mikroprzedsiębiorców, małych przedsiębiorców lub średnich przedsiębiorców, do którym ma zastosowanie 60-dniowy termin, należy uznać za naruszający przepis art. 7 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych.

Takie zróżnicowanie terminu płatności za wykonany przedmiot zamówienia w zależności od statusu przedsiębiorstwa wykonawcy należy uznać za naruszające zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Stawia bowiem w korzystniejszej sytuacji wykonawców, którzy nie są dużymi przedsiębiorcami.

W ocenie składu orzekającego Izby okoliczność podnoszona przez Zamawiającego, iż obecnie znajduje się w trudnej sytuacji ekonomicznej m.in. związanej z pandemią i nie jest w stanie dokonywać zapłaty w terminie 60 dni, nie jest okolicznością uzasadniającą odstępstwo od zasady równego traktowania wykonawców. Przede wszystkim nie jest wiadomo, jaki będzie miał status przedsiębiorca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza. Zatem nie jest wykluczone, że Zamawiający będzie zmuszony dokonywać płatności w terminie 60 dni. Wszczynając bowiem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego musi się liczyć z tym, że jego cel zostanie osiągnięty i dojdzie do podpisania umowy i realizacji zamówienia z wykonawcą wobec którego także z SIWZ wynika 60 dniowy termin zapłaty. Umowa dostawy jest umową wzajemną. Obowiązki wykonania jej przedmiotu przez wykonawcę towarzyszy obowiązek zapłaty wynagrodzenia przez Zamawiającego. Tym samym argumentację, że nie ma możliwości zapłaty w terminie, który jest terminem ustawowym, należy uznać za chybioną.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i warunki realizacji umowy mają wpływ na sporządzenie oferty. W analizowanym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert jest cena. Zatem właściwe jej skalkulowanie ma decydujący wpływ na szanse powodzenia w postępowaniu. Należy zgodzić się z Odwołującym, iż termin zapłaty rzutuje na sposób kalkulacji ceny, a zróżnicowanie wykonawców w zakresie elementu cenotwórczego, jakim jest termin zapłaty, wskazuje na nierówne traktowanie wykonawców, bowiem m.in. wskazuje na dłuższy termin oczekiwania na zapłatę wynagrodzenia i przekłada się na kalkulację kosztu pieniądza w czasie, co jest związane dla dużego przedsiębiorcy z dodatkowym obciążeniem z uwagi na konieczność finansowania dłuższego czasu oczekiwania na zapłatę należną z realizacji umowy. Przedstawione przez Odwołującego w przytoczonym powyżej odwołaniu wyliczenia, nawet przy uwzględnieniu zmienionego (nieco niższego obecnie Wibor 3m co podnosił na rozprawie Zamawiający) pokazuje, że przy dłuższym o 30 dni okresie oczekiwania na zapłatę, koszt kredytu może być znacząco wyższy. Nadto dodatkowego, w przypadku dużych przedsiębiorców, dłuższego o 30 dni, finansowania, wymaga podatek VAT, którego termin płatności z wystawionych faktur VAT jest ustawowo określony na 25 dzień kolejnego miesiąca kalendarzowego po wystawieniu faktury VAT.

Za przekonującą należy uznać argumentację Odwołującego, która nie została niezakwestionowana przez Zamawiającego, że Zamawiający oczekuje od wykonawców udzielenia gwarancji jakości na okres 24 miesięcy od daty wydania towarów Odbiorcy. Skoro Wykonawca musi utrzymywać przez ten czas gotowość serwisową, to zgodzić się należy z tym, że może się to wiązać z posiadaniem odpowiedniego zapasu części zamiennych i zastępczych, które w pewnym zakresie, jak stwierdził Odwołujący, zakupuje u dostawców zewnętrznych posiadających status mikro, małego lub średniego przedsiębiorcy, którym musi płacić w terminie nie dłuższym niż 60 dni od otrzymania faktury. Także na uwzględnienie zasługuje argumentacja Odwołującego dotycząca konieczności akceptowania przez dużych przedsiębiorców wydłużonego o 30 dni ryzyka niewypłacalności Zamawiającego, co ma znaczenie dla analizowanego postępowania, z uwagi na brak zabezpieczenia spłaty dla odroczonej płatności. W sytuacji 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 również może mieć wpływ na kalkulację oferowanej w postępowaniu ceny.

W ocenie Izby za nietrafioną należy uznać argumentację Zamawiającego prezentowaną na rozprawie z odniesieniem do orzecznictwa sądów powszechnych w związku wcześniejszymi praktykami w zakresie określania terminów zapłaty. Po pierwsze stanowisko zostało zaprezentowane bez wskazania m.in. dat i sygnatur orzeczeń, co uniemożliwia wgląd

w podstawę prawną i faktyczną orzeczeń. Po drugie, co nie jest sporne, chodzi o orzeczenia odnoszące się do stanu prawnego sprzed zmian ustawy, które weszły w życie 1 stycznia 2020 r.

Stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*

Zamawiający jest zobowiązany tak skonstruować postanowienia SIWZ, aby były zgodne z obowiązującymi przepisami prawa i uwzględniały wszystkie informacje i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, nie wprowadzając przy tym utrudnień dla uczciwej konkurencji.

W ocenie Izby zakwestionowane w odwołaniu postanowienia ogłoszenia i SIWZ tego wymogu nie spełniają. Jak wyżej wskazano potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, w szczególności art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, co może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Różnicując w sposób niezgodny z przepisami prawa termin zapłaty w zależności od statusu wykonawcy, Zamawiający określił różne warunki realizacji umowy w zależności od tego czy ofertę najkorzystniejszą złoży duży przedsiębiorca, czy przedsiębiorca który ma status mikroprzedsiębiorcy, małego przedsiębiorcy lub średniego przedsiębiorcy. Takie różne traktowanie wykonawców nie zapewnia uczciwej konkurencji w postępowaniu i może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem dla dużych przedsiębiorców może negatywnie wpływać na możliwość określenia konkurencyjnych cen ich ofert w stosunku do cen ofert wykonawców o statusie mikroprzedsiębiorcy, małego przedsiębiorcy lub średniego przedsiębiorcy. W związku z tym odwołanie podlega uwzględnieniu.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr tytułem kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika strony na podstawie złożonej faktury.

Przewodniczący: