

Sygn. akt: KIO 1164/22

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 4 maja 2022 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Wojciechowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 4 maja 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2022 r. przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "DREMEX" sp. z o.o. z siedzibą w Głogowie Małopolskim** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Zakład Wsparcia Produkcji z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju**

**postanawia:**

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "DREMEX" sp. z o.o. z siedzibą w Głogowie Małopolskim kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Wsparcia Produkcji z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), „*na dostawy do kopalń JSW S.A. strzemion SDS V32/36 według dokumentacji JSW S.A. w ilości 488 904 szt. z terminem realizacji 6 miesięcy od daty zawarcia umowy*”, numer, referencyjny: 58/PM/22. Postępowanie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (ogłoszenie z dnia 19 kwietnia 2022 r. za numerem Dz.U./S 076 208911-2022).

W dniu 27 kwietnia 2022 r. odwołanie wobec postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia wniósł wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "DREMEX" sp. z o.o. z siedzibą w Głogowie Małopolskim – dalej Odwołujący. Odwołanie zostało wniesione wobec następujących postanowień:

- Sekcja III 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 dostarczenia zamawiającemu faktury, chyba że wykonawca jest mikroprzedsiębiorca, małym przedsiębiorcą lub średnim przedsiębiorcą w stosunku do którego termin zapłaty wynosi 60 dni od daty dostarczenia zamawiającemu faktury;
- ust. 13.6 SWZ – Opis sposobu obliczenia ceny - w zakresie w jakim wskazuje, że zapłata ceny nastąpi w terminie 90 dni od daty przedstawienia zamawiającemu faktury, chyba że wykonawca jest mikroprzedsiębiorca, małym przedsiębiorcą lub średnim przedsiębiorcą w stosunku do którego termin zapłaty wynosi 60 dni od daty dostarczenia zamawiającemu faktury;
- pkt 9.7. Załącznika nr 5 do SWZ – Ogólne warunki umów - w zakresie w jakim określa, iż zapłata ceny nastąpi w terminie do 90 dni od daty doręczenia faktury do Centrum Usług Wspólnych – jednostki organizacyjnej 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;

- pkt 9.8. Załącznika nr 5 do SWZ – Ogólne warunki umów – 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.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 16 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 4 ustawy pzp, poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji, a tym samym ją utrudniający, a także nie zapewniający równego traktowania wykonawców w szczególności poprzez wprowadzenie zróżnicowanego terminu płatności (90 lub 60 dni) za realizującą przedmiot umowy przez wykonawcę w zależności od posiadanego przez niego statusu mikro, małego, średniego bądź dużego przedsiębiorcy co ma bezpośredni wpływ na kalkulację oferty składanej przez poszczególnych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu,

2. art. 353(1) kc w. zw. z art. 5 kc i w zw. z art. 8 ust.1 ustawy pzp oraz w zw. 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 pkt 9.7 i 9.8 Załącznika nr 5 do SWZ w sposób sprzeciwiający się właściwości (naturze) stosunku prawnego, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego oraz poprzez narzucenie w projekcie Umowy oświadczeń, które zgodnie z ustawą powinny być wynikiem wzajemnych uzgodnień stron, a na które Odwołujący nie wyraża zgody.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień ogłoszenia oraz SWZ:

- w zakresie sekcji III 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 faktur wynoszącego 60 dni od daty dostarczenia zamawiającemu faktury VAT, bez względu na posiadany przez wykonawcę status mikro, małego, średniego czy też dużego przedsiębiorcy;

- w zakresie ust. 13.6 SWZ – Opis sposobu obliczenia ceny - poprzez wprowadzenie jednolitego terminu płatności faktur wynoszącego 60 dni od daty dostarczenia zamawiającemu faktury, bez względu na posiadany przez wykonawcę status mikro, małego, średniego czy też dużego przedsiębiorcy;

- w zakresie pkt 9.7. Załącznika nr 5 do SIWZ – Ogólne warunki umów – 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;
- w zakresie pkt 9.8. Załącznika nr 5 do SIWZ – Ogólne warunki umów – poprzez jego usunięcie.

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

Izba stwierdziła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 29 kwietnia 2022 r. wpłynęła do Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że uwzględni wniesione odwołanie w całości. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że pismo uwzględniające odwołanie zostało złożone prawidłowo i podpisane przez osobę umocowaną, w konsekwencji czego uznała, że odwołanie zostało skutecznie uwzględnione przed otwarciem rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 1 ustawy pzp, zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania, natomiast po jego stronie nie przystąpił do postępowania odwoławczego żaden wykonawca, co wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliuguje Izbę do umorzenia

postępowania odwoławczego. Powyższe powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....