



70/NLP/IM/ 35812 /2021

Katowice, dnia 22.02.2021 r.

**Wykonawcy  
biorący udział w postępowaniu**

**dotyczy: postępowania objętego ustawą Prawo zamówień publicznych pn.: Dostawa części zamiennych do przenośników zgrzeblowych Ryfama dla Polskiej Grupy Górniczej S.A., nr grupy 292-10-01. Nr postępowania: 702001423.**

Zamawiający, działając w oparciu o art. 524 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019 ze zm.), zawiadamia o otrzymaniu w dniu 22.02.2021r. odwołania wniesionego przez Wykonawcę FAMUR S.A. z siedzibą w Katowicach przy ul. Armii Krajowej 51, 40-698 Katowice. Zamawiający wzywa Wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Treść odwołania jak w załączeniu do niniejszego powiadomienia.

**Z-ca Przewodniczącego Komisji Przetargowej**

.....  
**Tomasz Rączkiewicz**

Załącznik:  
- treść odwołania

Katowice, dnia 22. lutego 2021 r.

**Prezes  
Krajowej Izby Odwoławczej  
Krajowa Izba Odwoławcza  
ul. Postępu 17a  
02-676 Warszawa**

**Zamawiający:** **POLSKA GRUPA GÓRNICZA S.A.** z siedzibą w Katowicach ul. Powstańców 30, 40 - 039 Katowice, tel. +48 32 7161472, adres strony internetowej: <https://korporacja.pgg.pl/dostawcy/przetargi>, mail: [i.mieszczanin@pgg.pl](mailto:i.mieszczanin@pgg.pl)

**Odwołujący:** **FAMUR S.A.** z siedzibą w Katowicach, ul. Armii Krajowej 51, 40 – 698 Katowice, KRS: 0000048716, tel. 32 3596300 , fax. 32 3596677, adres poczty elektronicznej [przetargi@famur.com.pl](mailto:przetargi@famur.com.pl), [famur@famur.com.pl](mailto:famur@famur.com.pl)

**Postępowanie:** zamówienie publiczne prowadzone jako postępowanie sektorowe w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: Dostawa części zamiennych do przenośników zgrzeblowych RYFAMA dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. nr grupy 292-10-01

Numer postępowania nadany przez Zamawiającego: 702001423

Numer Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej: Dz.U./S S30 75326-2021-PL

**Data powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę odwołania:**

12.02.2021 r. - opublikowanie treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania

## **ODWOŁANIE**

**w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego,  
zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych  
(Dz. U. poz. 2019 z późn. zm.) na Dostawę części zamiennych do przenośników zgrzeblowych  
RYFAMA dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. nr grupy 292-10-01  
numer sprawy 702001423**

Działając w imieniu Odwołującego, w oparciu o art.505 ust.1 oraz art. 513 pkt 1 i art.514 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 z późn. zm.), dalej jako „ustawa PZP”, wnoszę odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”) sporządzonej w postępowaniu na Dostawę części zamiennych do przenośników zgrzeblowych RYFAMA dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. nr grupy 292-10-01, numer sprawy 702001423 w zakresie następujących postanowień SWZ:

- 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, a dla Wykonawcy spełniającego warunki 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 (Dz.Urz. UE L187 z 26.06.2014 r.) termin płatności wynoszący **60 dni** od daty doręczenia faktury Zamawiającemu wystawionej na podstawie dokumentu odbioru przedmiotu zamówienia.
- 2) **§ 3 ust. 3 Załącznika nr 9 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego”** - w zakresie w jakim wprowadza termin płatności wynoszący 120 dni od daty doręczenia faktury Zamawiającemu (dla Wykonawców posiadających status dużego przedsiębiorcy), a ze względu na przepisy ustawy z dnia 8 marca 2013r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych w przypadku Wykonawcy spełniającego warunki do zakwalifikowania go do kategorii mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw określonych w Załączniku 1 do Rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 roku uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu (Dz. Urz. UE L187 z 26.06.2014 r.), wprowadza termin płatności wynoszący **60 dni** od daty doręczenia faktury Zamawiającemu wystawionej na podstawie dokumentu odbioru przedmiotu zamówienia.
- 3) **§ 3 ust. 4 Załącznika nr 9 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego”** – 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, o którym mowa powyżej, uwzględni 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.

Wskazanym postanowieniom SWZ zarzucam 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 za realizując przedmiotu umowy przez wykonawcę w zależności od posiadanego przez niego statusu mikro, małego, średniego bądź dużego przedsiębiorcy co ma bezpośredni wpływ na kalkulację oferty składanej przez poszczególnych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu,
2. Naruszenie art. 353<sup>1</sup> K.c. w zw. z art. 5 K.c. i w zw. z art. 8 ustawy PZP oraz w zw. z art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (dalej „Ustawa o terminach zapłaty”) poprzez sformułowanie postanowień § 3 ust. 4 Załącznika nr 9 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.

Z uwagi na wskazane wyżej zarzuty odwołujący wnosi o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. Nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień SWZ:
  - a. w zakresie Części XX Warunki płatności pkt 1 oraz § 3 ust. 3 Załącznika nr 9 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” 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 9 do SWZ „Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego” poprzez jego usunięcie w całości,
3. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego,
4. zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym.

#### **Uzasadnienie interesu prawnego:**

Odwołujący oświadcza, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania albowiem Odwołujący jako wykonawca ma interes w uzyskaniu zamówienia. Zarzucane Zamawiającemu naruszenia znacznie utrudniają lub mogą prowadzić do braku możliwości złożenia przez Odwołującego korzystnej oferty ostatecznej w niniejszym postępowaniu, która to oferta, 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 tym miejscu należy wskazać na zachowujący swoją aktualność w obecnym stanie prawnym wyrok 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”*.

Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość przesłankom wniesienia odwołania określonym w art. 505 ust. 1 ustawy PZP.

Zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy PZP kopia niniejszego 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.

## Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na **Dostawę części zamiennych do przenośników zgrzeblowych RYFAMA dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. nr grupy 292-10-01 numer sprawy 702001423**

W dniu 12 lutego 2021 r. na stronie internetowej prowadzonego postępowania ukazała się Specyfikacja Warunków Zamówienia (SWZ) od tej daty biegnie więc termin na wniesienie odwołania wobec treści dokumentów postępowania.

**Dowód:** Specyfikacja Warunków Zamówienia – w aktach postępowania

Zamawiający w Części XX pkt 1 SWZ - Warunki płatności - zamieścił postanowienie zgodnie, z którym „*Termin płatności faktur wynosi 120 dni od daty doręczenia Zamawiającemu faktury wystawionej 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 rynkiem 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 faktury Zamawiającemu wystawionej na podstawie dokumentu odbioru przedmiotu zamówienia.*”

Podobnie w Załączniku nr 9 do SWZ „*Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego*” w § 3 ust. 3 Zamawiający zawarł następujące postanowieni: „*Strony zgodnie ustalają, że termin płatności faktur dokumentujących zobowiązania Zamawiającego wynikające z niniejszej Umowy wynosił będzie 120 dni od daty doręczenia faktury Zamawiającemu. Ze względu na przepisy ustawy z dnia 8 marca 2013r. 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 9 do SWZ „*Projektowane postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy w sprawie zamówienia publicznego*” 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 przytoczone powyżej regulacje (w takim lub zbliżonym brzmieniu) zostały przez Zamawiającego wprowadzone do wzorów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (a obecnie Specyfikacji Warunków Zamówienia), którymi posługuje się w ogłaszanych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego począwszy od dnia 1 stycznia 2020 r. 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 ww. 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 zobowiązany 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 Specyfikacji Warunków Zamówienia w niniejszym postępowaniu (jak też w wielu innych postępowaniach ogłaszanych po dniu 1 stycznia 2020 r), 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 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 biorących udział w postępowaniu powoduje oczywiście 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.

Powyższe stanowisko odwołującego KIO potwierdziła w wyrokach wydanych w sprawach o następujących sygn. akt KIO 208/20, KIO 465/20, KIO 526/20, KIO 544/20, KIO 650/20 wydanych w wyniku odwołań na postanowienia SIWZ wniesionych przez FAMUR S.A., które w obecnym stanie prawnym zachowują w pełni swoją aktualność. Izba 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 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm. – dalej jako dPZP). w zw. z art.29 ust.2 dPZP. Także Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 07.07.2020 r. sygn. akt XIX Ga 513/20 wydanym w wyniku skargi wniesionej przez zamawiającego od wyroku KIO 208/20, utrzymał w mocy zaskarżony wyrok, potwierdzając tym samym zasadność zarzutów odwołującego.

Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że termin płatności, którego dotyczą przytoczone postanowienia SWZ w sposób oczywisty 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 XV SWZ „Kryteria oceny oferty” **cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert.**

Jeżeli chodzi o wpływ terminu płatności jako elementu cenotwórczego na ostateczną oferowaną przez wykonawcę w danym postępowaniu cenę to można to zobrazować na wiele sposobów.

Najprostszym sposobem jest odniesienie się chociażby 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 121 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 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 0,21% wg stanu na dzień 16.02.2021 r., koszt kredytu bankowego niezbędnego do pozyskania celem uzupełnienia luki finansowej w przepływach może wynieść 6,21% rocznie (źródło danych: <https://www.arp.pl/uslugi-finansowe/pozyczki/finansowanie-dluzne-branz-strategicznych-obarczonych-wysokim-ryzykiem>).

Przykładowo, 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 102.082,00 PLN.

Należy podkreślić, że wykonawcy będący dużymi przedsiębiorcami ponoszą taki koszt, wyliczony od wartości danej faktury o 60 dni dłużej niż wykonawcy posiadający status mikro, małego lub średniego przedsiębiorcy. Dodatkowego finansowania wymagają także przez taki wydłużony okres kwoty podatku VAT, na zapłatę, którego przez zamawiającego wykonawcy o statusie dużego przedsiębiorcy oczekują dwukrotnie 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.

Należy także zwrócić 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 bowiem odmiennego terminu płatności, wykonawcy o statusie dużego przedsiębiorcy zmuszeni są akceptować wydłużone o 60 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

Należy także mieć na uwadze, iż 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.

Wobec powyższego, 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 najistotniejsze 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 120-dniowego terminu płatności. Warunki wprowadzenia tego wyjątku nie zostały w niniejszej sprawie 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 niniejszym postępowaniu (jak również we wszystkich innych aktualnie ogłoszonych przez Zamawiającego postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego) Zamawiający dla wykazania spełnienia ww. przesłanek zamieścił we wszystkich wzorach umów stałą, jednolitą i bardzo ogólną regułę, zawartą w postanowieniu § 3 ust. 4 Załącznika nr 9 do SWZ. 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 uwzględnia on właściwości przedmiotu świadczenia. Wprowadzenie takiej regulacji umownej powoduje, że konieczne jest uznanie, że została ona wprowadzona z naruszeniem art. 353<sup>1</sup> K.c. w. zw. z art. 5 K.c. i w zw. z art. 8 ust.1 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.** Z całą pewnością 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 uznaje, że nie zostały spełnione przesłanki do wprowadzenia w niniejszym postępowaniu 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. 353<sup>1</sup> K.c. w. zw. z art. 5 K.c. i w zw. z art. 8 ust.1 PZP postanowienie Załącznika nr 9 do SWZ § 3 ust. 4, powinno zostać usunięte w całości, a postanowienie Załącznika nr 9 do SWZ § 3 ust. 3 zmienione poprzez wprowadzenie jednolitego 60-dniowego terminu płatności dla wszystkich kategorii przedsiębiorców.

Niezależnie od powyższego należy stwierdzić, że 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 (o czym była mowa wyżej). Ponadto, wprowadzenie wydłużonego terminu płatności wobec dużych przedsiębiorców nie znajduje absolutnie żadnego obiektywnego uzasadnienia uwzględniając przedmiot postępowania i charakter umowy (dostawa części zamiennych). Świadczą o tym także ogólnikowe stwierdzenia użyte przez Zamawiającego w § 3 ust. 4 Załącznika nr 9 do SWZ mające wykazać brak owej rażącej nieuczciwości wobec wierzyciela, które mają charakter ogólnej regułki stosowanej we wzorach SWZ, które ukazywały się do tej pory po 1 stycznia 2020 r.

Najistotniejszą kwestią pozostaje jednak 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.**

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 Prawo zamówień publicznych. 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** (o czym była mowa już wyżej) oraz treść art. 239 ustawy PZP zgodnie, z którym cena lub koszt zawsze stanowią kryterium oceny ofert, 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. 99 ust. 4 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 wątpienia 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. Zdecydowaną 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 niniejszym postępowaniu także tę regułę naruszył.

Mając na uwadze powyższe, niniejsze odwołanie jest uzasadnione i wnoszę o jego uwzględnienie w całości.

**Załączniki:**

1. odpis z KRS Odwołującego,
2. pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.

za Odwołującego  
Podpis jest prawidłowy  
Dokument podpisany przez  
Damian Brachnan  
Data: 2021.02.22 11:03:39 CET

