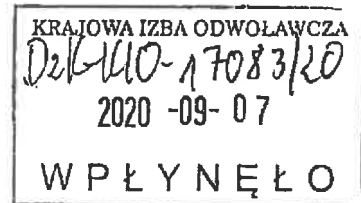


Sygn. akt XIX Ga 513/20



WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 lipca 2020 r.

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: Sędzia SO Piotr Semper (spr.)
Sędziowie: SO Jarema Czapla
SO Katarzyna Krziskowska
Protokolant: Karolina Kamińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2020 r. w Katowicach

sprawy z odwołania wykonawcy [REDAKTED]

przy udziale zamawiającego [REDAKTED]

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi zamawiającego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 18 lutego 2020 r.

sygn. akt KIO 208/20

1. oddala skargę;
2. zasądza od skarżącej [REDAKTED] w [REDAKTED] na rzecz [REDAKTED] Spółki Akcyjnej w [REDAKTED] kwotę 12.500,00 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

Jarema Czapla



Katarzyna Krziskowska
Na oryginalne właściwe podpisy
ZGODNOŚĆ Z ORYGINAŁEM

Stwierdzono
Starszy sekretarz sądowy
SEKRETARZ
Zdebel
Iwona Zdebel

Uzasadnienie

Wyrokiem z dnia z dnia 18 lutego 2020 r. Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania wykonawcy [REDAKTOWANE] Spółki Akcyjnej w [REDAKTOWANE] złożonego w postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzonym przez zamawiającego [REDAKTOWANE] w [REDAKTOWANE]

1. uwzględniła odwołanie wykonawcy i nakazała zamawiającemu modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

a) w zakresie ust. 1 Części XX „Warunki płatności” oraz § 3 ust. 8 Załącznika nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy” poprzez wprowadzenie jednolitego terminu płatności 60 dni od zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego dla wszystkich przedsiębiorców,

b) wykreślenie treści zawartych w ust. 9 z § 3 Załącznika nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy”.

2. kosztami postępowania obciążyła zamawiającego i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania, oraz zasądziła od zamawiającego na rzecz wykonawcy kwotę 18.600,00 zł tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu wyroku Izba wskazała, że zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na [REDAKTOWANE]

Zadanie nr 1 - [REDAKTOWANE]

Zadanie nr 2 - [REDAKTOWANE]

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 stycznia 2020 r. W tej samej dacie została

opublikowana również specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) na stronie internetowej zamawiającego: ██████████

W dniu 3 lutego 2020 r. wykonawca wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec następujących postanowień SIWZ:

1. Część XX „Warunki płatności” pkt 1 s w zakresie, w jakim wprowadza termin płatności wynoszący 120 dni od zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego dla przedsiębiorców posiadających status dużego przedsiębiorcy zgodnie z Załącznikiem 1 do Rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu oraz termin płatności wynoszący 60 dni od zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego dla przedsiębiorców posiadających status mikro, małego lub średniego przedsiębiorstwa w rozumieniu ww. Rozporządzenia Komisji (UE);
2. § 3 ust. 8 Załącznika nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy” w zakresie w jakim wprowadza termin płatności wynoszący 120 dni od zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego dla przedsiębiorców posiadających status dużego przedsiębiorcy zgodnie z Załącznikiem 1 do Rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu oraz termin płatności wynoszący 60 dni od zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego dla przedsiębiorców posiadających status mikro, małego lub średniego przedsiębiorstwa w rozumieniu ww. Rozporządzenia Komisji (UE);
3. § 3 ust 9 Załącznika nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy”.

Wskazanym postanowieniom SIWZ wykonawca zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 PZP poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, a tym samym ją utrudniający, a także niezapewniający równego traktowania wykonawców w szczególności poprzez wprowadzenie zróżnicowanego terminu płatności za realizację przedmiotu umowy przez wykonawcę w zależności od posiadanego przez niego statusu mikro, małego, średniego bądź dużego przedsiębiorcy, co ma bezpośredni wpływ na kalkulację oferty składanej przez poszczególnych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu;

2. art. 353¹ k.c. w. zw. z art. 5 k.c. i w zw. z art. 14 PZP oraz z w, z art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (t.j. z dnia 13 grudnia 2018 r. Dz. U. z 2019 r. poz. 118) - dalej „ustawa o terminach zapłaty” - poprzez sformułowanie postanowień § 3 ust. 8 oraz ust. 9 Załącznika nr 7 do SIWZ w sposób sprzeciwiający się właściwości (naturze) stosunku prawnego, ustawie oraz zasadom współżycia społecznego oraz poprzez narzucenie w Istotnych postanowieniach umowy oświadczeń, które zgodnie z ustawą powinny być wynikiem wzajemnych uzgodnień stron, a na które odwołujący nie wyrażał zgody.

W konsekwencji podniesionych zarzutów odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień SIWZ:
 - a) w zakresie Części XX Warunki płatności pkt 1 oraz § 3 ust. 8 Załącznika nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy” poprzez wprowadzenie jednolitego terminu płatności 60 dni od zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego dla wszystkich przedsiębiorców, bez względu na posiadany przez nich status mikro, małego, średniego czy też dużego przedsiębiorcy;
 - b) w zakresie § 3 ust. 9 Załącznika nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy” poprzez jego usunięcie;
3. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego,
4. zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu odwoławczym.

Zamawiający odpowiedział na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Izba poczyniła następujące rozważania prawne:

Zgodnie z art. 7 ust. 1 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.

Przepis art. 29 ust. 1 PZP stanowi, że 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. Natomiast według ust. 2 tego przepisu przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zgodnie z treścią art. 14 ust. I 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. Natomiast, zgodnie z treścią art. 353¹ k.c., 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. Jednocześnie, zgodnie z treścią 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.

Na skutek zmiany przepisów ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych art. 7 tej ustawy od dnia 1 stycznia 2020 roku otrzymał brzmienie, zgodnie z którym (ust. 1 i ust. 2) w transakcjach handlowych - z wyłączeniem transakcji, w których dłużnikiem jest podmiot publiczny - wierzycielowi, bez wezwania, przysługują odsetki ustawowe za opóźnienie w transakcjach handlowych, chyba że strony uzgodniły wyższe odsetki, za okres od dnia wymagalności świadczenia pieniężnego do dnia zapłaty, jeżeli są spełnione łącznie następujące warunki:

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

Termin zapłaty określony w umowie nie może jednocześnie 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.

Zgodnie z treścią art. 7 ust. 2a ustawy 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.

W realiach rozpoznawanej sprawy przedmiotem postępowania przed Izba było to, czy ukształtowane przez Zamawiającego postanowienia specyfikacji w zakresie zróżnicowania terminu płatności w zależności od statusu danego przedsiębiorcy stanowią naruszenie przepisów Pzp w zakresie wskazanym w odwołaniu, tj. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 353¹ k.c. w zw. z art. 5 k.c. i w zw. z art. 14 Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych.

Izba zauważyła, że treść przepisu art. 7 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych co do zasady określa maksymalny 60-dniowy termin zapłaty, liczony od dnia doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi. Przepis zezwala co prawda na odmienne ustalenie przez strony umowy terminu zapłaty, nie mniej jednak zgoda taka została obwarowana przez ustawodawcę tym, że powyższe ma mieć charakter ustalenia stron, które powinno być wskazane w sposób wyraźny w umowie i nie może być rażąco nieuczciwe wobec wierzyciela. W rozpoznawanej sprawie tymczasem nie można mówić o jakimkolwiek ustaleniu postanowień umowy w zakresie terminu płatności pomiędzy stronami, bowiem już sam charakter prowadzonego postępowania determinuje to, że postanowienia te zostały przez Zamawiającego z góry narzucone wykonawcom treścią SIWZ. Należało, zdaniem Izby, podzielić w konsekwencji argumentację przywołaną przez zamawiającego, zgodnie z którą zamawiający jest uprawniony do określania w umowie swoich wymagań treścią specyfikacji, jednak przepis art. 7 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych wprost wskazuje, że możliwość skorzystania z dobrodziejstwa wydłużenia terminu płatności wymaga ustalenia tej kwestii pomiędzy stronami. Nie sposób uznać, że w niniejszej sprawie miały miejsce ustalenia pomiędzy stronami, skoro kwestia ta była jedynie jednostronnie zakomunikowana wykonawcom w specyfikacji. Wobec tego dalsze rozważania na temat tego, czy postanowienia specyfikacji wydłużające termin zapłaty dla dużego przedsiębiorcy może być względem niego, jako wierzyciela, rażąco nieuczciwe Izba uznała za zbędne.

Izba dostrzegła również, że z treści powyższej regulacji został wyłączony przepis art. 7 ust. 2a ustawy, w treści którego ustawodawca uregulował sytuację, gdy dłużnikiem zobowiązanym do zapłaty za towary lub usługi jest duży przedsiębiorca, a wierzycielem jest mikro, mały przedsiębiorca albo średni

przedsiębiorca. W takim przypadku termin zapłaty określony w umowie nie może przekraczać 60 dni, liczonych od dnia doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi. Wobec takiego ukształtowania tego przepisu istotnym jest podkreślenie, że termin zapłaty określony w specyfikacji (w Części XX „Warunki płatności” oraz w § 3 ust. 8 Załącznika nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy”) dla wykonawców posiadających status mikro, małego, średniego będzie właśnie wynosił maksymalnie 60 dni. Za takim ukształtowaniem terminu płatności również względem dużego przedsiębiorcy przemawiają, zdaniem Izby, przedstawione przez odwołującego wyliczenia wskaźnika rotacji należności, wynoszącego 23 dni oraz wskaźnika rotacji zapasów, wynoszącego 37 dni, dające po zsumowaniu łączną liczbę 60 dni. Powyższych wyliczeń odwołujący dokonał w oparciu sprawozdanie z sytuacji finansowej oraz sprawozdanie z zysków i strat oraz innych całkowitych dochodów za okres 12 miesięcy zakończony 31 grudnia 2018 r. Powyższe wyliczenia w toku rozprawy nie zostały zakwestionowane przez zamawiającego. Wobec tego zgodzić się należy z odwołującym, że w przypadku dużego przedsiębiorcy, w sytuacji którego będzie obowiązywał 120-dniowy termin płatności, przez okres powyżej 60 dni środki przeznaczone na zapłatę mogą być wykorzystywane przez Zamawiającego w swobodny, dowolny sposób, np. na finansowanie własnych zobowiązań względem innych podmiotów. Powyższe zostało wprost potwierdzone przez zamawiającego w argumentacji przedstawianej w toku rozprawy przed Izbą.

Zdaniem Izby, zwrócić należy uwagę, że przy analizie zagadnienia wydłużenia przez zamawiającego w SIWZ terminu zapłaty do 120 dni w odniesieniu do wykonawców, którzy mają status dużych przedsiębiorców, konieczne jest osadzenie przywoływanych przepisów ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (w szczególności art. 7 ust. 2) w ramach prawnych prowadzonego przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie można tracić z pola widzenia tego, że zamawiający, zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp, zobowiązany jest przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Oczywistym jest, że powołany przepis ma charakter generalnej zasady, rozciągającej się na całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Dodatkowo wskazania wymaga, że znajduje on odzwierciedlenie również w treści przepisu art. 29 ust. 2 Pzp, który stanowi, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W stanie faktycznym sprawy należało stanąć na stanowisku, że określone przez Zamawiającego postanowienia specyfikacji w Części XX ust. 1 oraz w § 3 pkt 8 i 9 załącznika nr 7 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy”, różnicujące termin płatności w zależności od statusu wykonawcy, nie zapewniają zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców co stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp. Termin płatności stanowi istotny element związany z realizacją przedmiotu zamówienia, który niewątpliwie ma wpływ na ukształtowanie ceny oferty, która w tym postępowaniu stanowi jedno z kryteriów oceny ofert, któremu Zamawiający przypisał wagę 55%. W aspekcie powyższego dłuższy o 60 dni termin płatności oznacza dla wykonawcy mającego status dużego przedsiębiorcy dodatkowe obciążenie z uwagi na konieczność finansowania realizacji kontraktu, co będzie stanowić dla wykonawcy dodatkowy koszt, który powinien być uwzględniony w cenie oferty. Powyższe należy również uwzględnić w sytuacji, gdy wykonawca już na etapie ubiegania się o zamówienie posiada zaciągnięte pożyczki czy też kredyty, co względem odwołującego zostało dowiedzione w toku rozprawy.

Dostrzec należało nadto, zdaniem Izby, dodatkowe ryzyko operacyjne i różne jego szacowanie w związku z przyjęciem odmiennych terminów płatności dla wykonawców w zależności od ich wielkości, a także mając na względzie wyjątkowo złą sytuację finansową zamawiającego. Wydłużony o 60 dni termin płatności dla dużego przedsiębiorcy względem mikro, małego lub średniego przedsiębiorcy powoduje powstanie po jego stronie dodatkowych kosztów na tym polu. Za przekonywującą i wiarygodną Izba uznała argumentację odwołującego, wspartą dowodami z przykładowych ankiet, który wyjaśniał że niektórzy z jego dostawców nie są dużymi przedsiębiorcami i dlatego też obecnie zobowiązany jest dokonywać zapłaty na ich rzecz w krótszym terminie niż 120 dni. Izba wskazuje, iż ma jedynie pośrednie znaczenie procentowy udział tego rodzaju dostawców w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia. Uwarunkowania te mają bezpośredni wpływ na ukształtowanie przez wykonawców ceny, która stanowi jedno z kryteriów oceny ofert. W kontekście powyższego Izba doszła do przekonania, że postanowienia SIWZ stanowią naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp, które może mieć wpływ na wynik postępowania, a tym samym stanowiło podstawę do uwzględnienia odwołania oraz modyfikacji treści specyfikacji w zakresie wskazanym w sentencji wyroku.

Nadto należy zwrócić uwagę jeszcze na jeden istotny aspekt, związany z terminem ubiegania się o odsetki przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia z uwzględnieniem ich statusu. Również w zakresie tego zagadnienia

przejawia się brak zapewnienia równego traktowania wykonawców. Zauważyć bowiem należy, że na kanwie konstrukcji postanowień SIWZ wykonawca należący do kategorii mikro, małego, średniego przedsiębiorcy znajdzie się w pozycji uprzywilejowanej względem dużego przedsiębiorcy, bowiem zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy o terminach zapłaty będzie mógł otrzymać odsetki w transakcjach handlowych począwszy od dnia sześćdziesiątego pierwszego po zakończeniu okresu obrachunkowego, podczas gdy duży przedsiębiorca otrzyma je dopiero począwszy od sto dwudziestego pierwszego dnia od zakończenia okresu obrachunkowego. Izba stwierdziła, że w taka sytuacja powoduje naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp.

Nietrafna zdaniem Izby była argumentacja zamawiającego, który zmierzał do wykazania, że w ramach niniejszego postępowania umowa zostanie podpisana z dużym przedsiębiorcą i właśnie taki podmiot będzie realizował zamówienie. Nie można bowiem wykluczyć, że zwycięskim wykonawcą nie będzie duży przedsiębiorca, a właśnie mały, czy też średni przedsiębiorca, gdyż postanowienia SIWZ dopuszczają udział tego rodzaju wykonawców w postępowaniu. W takiej sytuacji zamawiający powinien tak skonstruować postanowienia SIWZ, aby zapewniały uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami i równe ich traktowanie, czego zamawiający nie zapewnił. Dostrzeżenia również wymaga, że powołany przez zamawiającego wyrok Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1028/17 zapadł w odmiennym stanie faktycznym, dotyczącym ukształtowania przez Zamawiającego wadliwie warunków udziału w postępowaniu. Jego treść nie może mieć bezpośredniego przełożenia w rozpoznawanej sprawie, czego zdaje się oczekiwał zamawiający.

W ocenie Izby zła kondycja finansowa zamawiającego nie może stanowić podstawy do konstruowania postanowień SIWZ naruszających przytoczone powyżej przepisy. Za chybione należało uznać również stanowisko zamawiającego formułowane na kanwie dotychczas stosowanych praktyk, czy też doświadczeń innych podmiotów z branży, bowiem obie strony zgodnie, zarówno w złożonych pismach oraz formułowanych stanowiska podkreślały, że stan prawny w zakresie ustalanych terminów zapłaty uległ zmianie z dniem 1 stycznia 2020 r.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Skargę na ten wyrok wniósł zamawiający, zaskarżając go w całości i domagając się:

- I. zmiany zaskarżonego wyroku i oddalenie odwołania oraz zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na rzecz Skarżącego;
- II. zasądzenie od przeciwnika skargi (odwołującego) na rzecz skarżącego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych za postępowanie skargowe.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucono naruszenie przepisów mających wpływ na wynik sprawy (zarówno o charakterze materialnym, jak i procesowym), a to:

1. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp poprzez ich błędną wykładnię i uznanie, że doszło do ich naruszenia przez ustalenie dwóch rodzajów terminów płatności, innych dla dużych przedsiębiorców, a innych dla przedsiębiorców z sektora MŚP, podczas gdy takie rozróżnienie jest zgodne z przepisami prawa krajowego i unijnego oraz nie wpływa na sytuację w zakresie możliwości dostępu do wzięcia udziału w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak też nie świadczy o naruszeniu zasady równości i zasad uczciwej konkurencji;
2. art. 353¹ k.c. w zw. z art. 5 k.c. i w zw. z art. 14 Pzp oraz w zw. z art. 7 ust 2 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych poprzez ich niewłaściwą wykładnię i przyjęcie, że ustalenie warunków wykonywania zamówienia w SIWZ stanowi niedopuszczalne przekroczenie swobody umów i nadużycie prawa podmiotowego;
3. art. 384 § 1 k.c. w zw. z art. 7 ust. 2 i 2a ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych poprzez ich niewłaściwą wykładnię i pominięcie okoliczności, że w zamówieniach publicznych wykonawca składając ofertę akceptuje postanowienia SIWZ, w tym i postanowienia w zakresie terminów płatności, a zatem dochodzi do umownego ustalenia terminów w rozumieniu art. 7 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych;
4. art. 7 ust 2 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych w zw. z art. 11a tej ustawy poprzez zaniechanie przeprowadzenia ustaleń w zakresie podstaw do zastosowania dłuższego niż 60 dni terminu dla dużych przedsiębiorców, w sytuacji, gdy Izba była do tego zobowiązana;

5. art. 190 ust. 1 i 7 i 191 ust. 1 i 2 Pzp poprzez brak wszechstronnej analizy materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie i swobodnej oceny dowodów, w szczególności oparcie się jedynie na przedstawionych przez odwołującego własnych opracowaniach w postaci wyliczeń wskaźnika rotacji należności oraz przedłożonych ankiet, które stanowią przecież jedynie własne materiały na potrzeby postępowania odwoławczego i nie są miarodajnym dowodem, co doprowadziło do błędu w ustaleniach faktycznych polegającego na uznaniu, że kwestionowane postanowienia SIWZ naruszają równość wykonawców, podczas gdy zasadę równości rozpatruje się pod kątem danego postępowania w sposób obiektywny, a nie subiektywny, jak to czyni odwołujący;

6. art. 192 ust. 2 Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że doszło do naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp, podczas gdy do takiego naruszenia nie doszło;

7. art. 196 ust. 4 Pzp poprzez nieopisanie w treści uzasadnienia wyroku podstaw faktycznych i prawnych w zakresie pozostałych zarzutów odwołania poza art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp, jak i poprzez pominięcie stanowiska zamawiającego przedstawionego m.in. w pkt II.2.3. odpowiedzi na odwołanie.

W uzasadnieniu skargi skarżący wskazał na okoliczność, spór w istocie sprowadzał się do oceny, czy w postępowaniu o zamówienie publiczne dopuszczalne jest zróżnicowanie terminów zapłaty w zależności od tego czy wykonawca należy do grupy małych i średnich, czy też dużych przedsiębiorców (zgodnie z definicjami zawartymi w Załączniku I do Rozporządzenia Komisji (UE) Nr 651/2014 z dnia 17.06.2014 uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu do art. 107 i 108 Traktatu, do których odwołuje się art. 4 pkt 5 i 6 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych) — tak jak różnicuje to art. 7 ust 2 ustawy i czy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego doszło do zrealizowania warunków określonych w art. 7 ust 2 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych pozwalających na zróżnicowanie terminów zapłaty.

Skarżący zarzucił przy tym, że Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zamawiający różnicując terminy zapłaty przewidziane w „istotnych postanowieniach, które zostaną wprowadzone do umowy” oraz części XX pkt 1 SIWZ naruszył przepisy art. 29 ust 1 i 2 Pzp, art. 7 Pzp oraz art. 7 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, pomijając wskazane przez odwołującego inne przepisy Pzp oraz k.c.- w związku z tym nie jest wiadome, czy Izba uznała, że doszło również do naruszenia tych przepisów.

Skarżący sprecyzował też, iż błędne jest w jego ocenie ustalenie Izby, jakoby pomiędzy stronami nie doszło do uzgodnienia warunku przyszłej umowy w postaci wydłużonego terminu zapłaty, gdyż dokonano niewłaściwej oceny zbiegu norm. Z jednej strony bowiem mamy do czynienia z przepisami Pzp, które nakazują określić precyzyjnie i jednoznacznie wszystkie warunki zamówienia (art. 29 ust 1 Pzp), z drugiej zaś przepisy ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, które posługują się pojęciem „ustalenia” dłuższego niż 60 dni terminu płatności. Izba przyjęła, że „ustalenie” powinno polegać na negocjacji lub dyskusji z wykonawcami co do terminu zapłaty, uznała też, że określenie przez zamawiającego w SIWZ terminów płatności nie stanowi „ustalenia”, a jedynie „jednostronne zakomunikowanie”. Stanowisko takie pomija, że kształtowanie warunków umownych nie jest działaniem dowolnym zamawiającego, albowiem ich treść musi mieć zawsze swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach zamawiającego (tak wyrok SO we Wrocławiu w sprawie X Ga 67/08). Izba pominęła, że na gruncie prawa zamówień publicznych mamy niewątpliwie do czynienia ze swoistego rodzaju ograniczeniem zasady swobody zawierania umów (art. 353¹ k.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. W ramach swobody umów zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a wykonawca zachowując swobodę może nie złożyć oferty na takich warunkach. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez wykonawcę cenę. Stanowisko takie, zdaniem skarżącego, zgodne jest z linią orzecniczą przyjętą przez Izbę i Sady Okręgowe. Postępowanie o zamówienie publiczne realizuje się bowiem przez jednostronne określenie przez zamawiającego jego warunków, do których wykonawcy mogą przystąpić lub je odrzucić nie przystępując do postępowania. Uprawnienia wykonawców ograniczają się zatem do kontroli działań zamawiającego w kontekście bezwzględnie obowiązujących przepisów, nie zaś dotyczących sfery, którą ustawa pozostawia swobodzie ukształtowania przez strony stosunku cywilnoprawnego. Tym samym, wzajemne ustalenia stron umowy z art. 7 ust. 2 o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych muszą uwzględniać specyfikę zamówień publicznych, a w nich nie ma „wspólnych ustaleń stron umowy” w sposób wskazany w zaskarżonym wyroku. Przepis art. 7 ust. 2 o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych w kontekście zamówień publicznych należy wyklądać w taki sposób, że te ustalenia są wtedy, gdy dany wykonawca składa ofertę w danym postępowaniu. Wtedy bowiem zarówno zamawiający, jak i każdy wykonawca, który ofertę złożył, danymi postanowieniami są związani. W ten sposób następuje w zamówieniach publicznych ustalenie w rozumieniu art. 7 ust. 2 przywoływanej ustawy w przypadku przetargu

nieograniczonego. W innym przypadku ww. przepis byłby martwy dla rynku zamówień publicznych, a to nie jest jego celem. Ponadto sposób zaproponowany przez Izbę „ustaleń” stron co do terminu płatności z natury rzeczy prowadziłyby do nierównego traktowania wykonawców. Jeżeli bowiem o udzielenie zamówienia ubiegaliby się wykonawcy należący do grupy dużych przedsiębiorstw, to każdy z nich mógłby żądać ustalenia innego terminu płatności. Tym samym nie byłoby możliwe złożenie ofert na jednolicie ustalonych warunkach i zapewnienie uczciwej konkurencji w postępowaniu. Nie wiadomo też, na którym etapie postępowania do takiego „ustalenia” powinno dojść — zgodnie bowiem z art. 87 ust 1 Pzp zabronione jest negocjowanie treści oferty, zaś zgodnie z art. 140 ust 1 Pzp zakres świadczenia wykonawcy w umowie musi być tożsamy z jego zobowiązaniem w ofercie. Umowy zawierane w trybie udzielenia zamówienia publicznego zbliżone są w swym charakterze do kategorii umów przystąpienia (umów adhezyjnych). Dominująca pozycja zamawiającego wynika nie z przewagi ekonomicznej jednego z kontrahentów, ale z odmiennego określenia ról kontrahentów w Pzp. W przetargu nieograniczonym, to zamawiający ma obowiązek do opublikowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawierającej opis przedmiotu zamówienia dokonany w sposób jasny i precyzyjny, jak też co najmniej istotne postanowienia umowy (art. 36 ust 1 pkt 3 w zw. z art. 29 ust 1 oraz art. 36 ust 1 pkt 16 PZP), wykonawca zaś może wziąć udział w postępowaniu poprzez złożenie oferty zgodnej z treścią siwz. Złożenie oferty jest równoznaczne ze zgodą kontrahenta na zawarcie umowy według wzorca umownego (art. 384 § 1 k.c.). W myśl art. 7 Pzp zamawiający obowiązany jest do traktowania na równych prawach wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówienia publiczne i do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Nie sposób przyjąć tym samym, że ustalenie istotnych warunków zamówienia powinno nastąpić w drodze indywidualnych ustaleń z wykonawcą, gdyż prowadziłoby to do powstania różnych warunków dla wykonawców znajdujących się w tej samej sytuacji prawnej.

W kontekście treści art. 11a ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych zamawiający przypomniał, że dotychczasowa praktyka jego i innych zamawiających przewidywała terminy płatności w wymiarze 120 dni, co było utrwaloną praktyką handlową. Tym samym, powoduje to, że także w rozpoznawanej sprawie nie można mówić o odstępstwach od dobrych praktyk handlowych w sektorze górnictwa. Pominięcie przez Izbę argumentacji przedstawionej przez zamawiającego w tym względzie było błędem, gdyż dokładnie w tym warunku tkwi istota sprawy. Jednocześnie Izba wykazała się niekonsekwencją, gdyż w drugiej części uzasadnienia uwzględniła argumentację odwołującego, która de facto sprowadza się do wykazania, że ustalenie dłuższego

terminu zapłaty stanowi wobec niego działanie rażąco nieuczciwe - tj. prowadzące do nieuprawnionego zróżnicowania jego sytuacji względem przedsiębiorców małych i średnich. Ustalając, że postanowienia SIWZ naruszają zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust 1 Pzp, jak też ukształtowania warunków uczciwej konkurencji (art. 7 ust 1 w zw, z art. 29 ust 2 Pzp) Izba pominęła zupełnie, że przepisy art. 7 o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych wprowadzają zróżnicowanie w możliwości kształtowania terminów płatności w zależności od tego czy przedsiębiorca jest małym lub średnim, czy też dużym przedsiębiorcą. Zamawiający wprowadzając rozróżnienie w terminach płatności zwracał uwagę na uzasadnienie ustawodawcy do art. 7 o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych obowiązujących od 1 stycznia 2020 r. - „W art. 7 TransHand/ZapU zostanie dodany ust. 2a (...), dzięki temu rozwiązaniu małe i średnie firmy przestaną finansować działalność operacyjną dużych przedsiębiorstw.” Z tego wynika, że w zakresie dużych przedsiębiorców ustawodawca dopuszcza większą dowolność w ustaleniach terminów płatności. Szczególną ochroną legislacyjną zostali bowiem objęci nie wszyscy przedsiębiorcy, a przedsiębiorcy mali i średni. Skoro ustawodawca sam rozróżnia sytuację małych i średnich przedsiębiorców od przedsiębiorców dużych, to zdaniem skarżącego nie istnieje powód, dla którego rozróżnienie takie byłoby wyłączone w zakresie zamówień publicznych. Wręcz przeciwnie — ustawodawca w przepisach przejściowych ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia zatorów płatniczych (Dz.U. 2019, poz. 1649) wprost reguluje kwestie wejścia w życie przepisów co do umów w sprawie zamówień publicznych. Wskazuje to, że zamiarem ustawodawcy było objęcie przepisami o terminach zapłaty również stosunków prawnych zawieranych w zamówieniach publicznych. Zgodnie zaś ze stanowiskiem Izby wyrażonym w zaskarżonym wyroku, przepis art. 7 ust 2 in fine ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych nie ma nigdy zastosowania do umów w sprawie zamówień publicznych, gdyż zawsze prowadzi do zróżnicowania terminów dla wykonawców ze względu na ich kwalifikację jako MSP lub dużego przedsiębiorcy. Takie zaś działanie bez względu na okoliczności (gdyż Izba pominęła rozważania co do „rażącej nieuczciwości”) Izba uznała za naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

W ocenie Zamawiającego nie sposób uznać, że sporne postanowienia umowne naruszają zasadę równości wynikającą z art. 7 ust. 1 Pzp. Sytuacja dużego przedsiębiorcy jest inna od sytuacji przedsiębiorcy z sektora MSP. O naruszeniu ww. zasady można by mówić, jeśli doszłoby do różnego traktowania np. dwóch dużych przedsiębiorców albo dwóch przedsiębiorców małych lub średnich. Zasada sprowadza się do jednakowego traktowania podmiotów znajdujących się w takiej samej sytuacji oraz do zakazu jednakowego traktowania podmiotów znajdujących

się w odmiennych sytuacjach z zastrzeżeniem, iż nierówne traktowanie jest dopuszczalne w obiektywnie uzasadnionych przypadkach. Zakazane jest różnicowanie arbitralne, natomiast uprawnione jest różnicowanie obiektywne, uzasadnione czynnikami merytorycznymi, Sporne postanowienia nie ograniczają ani nie utrudniają dostępu do zamówienia dużym przedsiębiorcom.

Nadto zdaniem zamawiającego nie doszło również do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji. Zasada ta urzeczywistnia cel zamówień publicznych, jakim jest zapewnienie szerokiego, sprawiedliwego dostępu wykonawców do rynku bez stosowania jakichkolwiek preferencji przy jednoczesnym napiętnowaniu zachowań sprzecznych z prawem i zasadami etyki. Zasada ta adresowana jest zarówno do zamawiającego jak i wykonawców. Można wskazać, zdaniem zamawiającego, że takie samo traktowanie w niektórych sytuacjach podmiotów z sektora MŚP oraz dużych przedsiębiorców mogłoby właśnie ww. zasadę równości i uczciwej konkurencji naruszać. W takiej bowiem sytuacji w lepszej pozycji, względem podmiotu słabszego ekonomicznie będzie duży przedsiębiorca, taki jak odwołujący.

Zamawiający podniósł też, że w orzecznictwie KIO wskazywano już na dopuszczalność dłuższych niż 60 dni terminów płatności. W orzeczeniu KIO 1242/13 (sprawa również dotyczyła dzierżawy) uznano, że wydłużenie terminu płatności do 120 dni nie narusza przepisów Pzp. W tym orzeczeniu wskazano, że zgodnie z art. 7, zamawiający może wprowadzić dłuższy termin płatności. Zasady ustalania dłuższych terminów niż 60 się nie zmieniły i są takie same jak te przed 1 stycznia 2020 r. Zarówno uprzednio, jak i teraz, w trybie przetargu nieograniczonego nie ma miejsca na ustalenie, w potocznym sensie tego słowa, treści umowy, czy poszczególnych jej postanowień. Jednak wykonawcy mają szereg instrumentów na spowodowanie wystąpienia takich ustaleń. Wśród nich znajduje się możliwość zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ (art. 38 ust. 1 Pzp). Zamawiający udzielając wyjaśnień może wskazać na różne aspekty SIWZ i wyjaśnić swoje stanowisko, a nawet zmienić treść specyfikacji. Duży przedsiębiorca ma przy tym lepszą pozycję rynkową, łatwiejszy dostęp do kapitału, a co za tym idzie większą elastyczność w kalkulacji ceny oferty niż przedsiębiorca z sektora MŚP.

Za całkowicie błędne uznał skarżący stanowisko Izby ze str. 17 uzasadnienia wyroku dotyczące odrzucenia ustalenia, że w tym postępowaniu umowa zostanie podpisana z dużym przedsiębiorcą. Na rynku dostaw kombajnów ścianowych, w szczególności dzierżawy takiego sprzętu, nie ma innego podmiotu niż duży

przedsiębiorca, a dokładnie nie ma podmiotu z sektora MŚP, który mógłby wykonać zamówienie. Hipotetyczne założenia Izby są zatem całkowicie nielogiczne. Izba pomija, że rzeczywistym celem odwołującego nie jest zapewnienie rzekomej równości, ale uzyskanie dla siebie krótszego terminu płatności. Nie zachodzi bowiem w żaden sposób naruszenie równości potencjalnych wykonawców. Odwołujący twierdząc, że zamówienie może uzyskać podmiot z sektora MŚP, wprowadził Izbę w błąd. Takiego podmiotu bowiem nie ma na rynku objętym zamówieniem, a zamawiający zna jego niemal wszystkich uczestników. Sporne terminy dotyczą przy tym płatności czynszów dzierżawnych. Wskazując na art. 699 k.c., to zamawiający mógł wskazać, że rozliczenia czynszów dzierżawnych mogą następować nie miesięcznie, ale też dopiero za określony okres czasu i to płatny z dołu. Skoro zatem możliwym jest określenie płatności czynszów np. za pół roku z dołu i jest to zgodne z przepisami, to tym bardziej będzie zgodne ustalenie dłuższych terminów płatności dla dużych przedsiębiorców. Zaskarżone orzeczenie może skutkować nadto tym, że zamawiający nie będzie mógł ustalać miesięcznych terminów rozliczeń, a będzie ustalał je np. za okres pół roku, czy też roku, co dopiero będzie mniej finansowo korzystne dla wykonawców. W świetle m.in. art. 7 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych ma znaczenie, że zamawiający prowadzi działalność w sektorze wydobywania węgla kamiennego, a sytuacja w tym sektorze w ostatnim czasie pogorszyła się. Zamawiający posiada zapasy wydobytego i niesprzedanego węgla, co znacząco pogorszyło jego płynność finansową. Dłuższe terminy płatności pozwalałyby zaś zachować zamawiającemu płynność finansową na poziomie wymaganym przez podjęte zobowiązania Umowy Programowej emisji obligacji oraz Umowy Inwestycyjnej (opisane w odpowiedzi na odwołanie). Skracanie tych terminów płatności dla dużych podmiotów, dla których i tak ma małe znaczenie czy środki otrzymają po 60, czy po 120 dniach, ma istotny wpływ na działalność zamawiającego. Powyższe zaś wskazuje na wadliwe ustalenie stanu faktycznego i pominięcie przy ustaleniach twierdzeń Zamawiającego, czyli naruszenia przez Izbę art. 190 ust. 7 i art. 191 Pzp.

Nadto skarżący wskazał na okoliczność, iż uzasadnienie zaskarżonego orzeczenia narusza art. 196 ust. 4 Pzp. Izba nie odniosła się bowiem w jego ocenie do wszystkich zarzutów Odwołującego, jak i też nie odniosła się do twierdzeń zamawiającego.

W odpowiedzi na skargę odwołujący wniósł o oddalenie skargi w całości i zasądzenie od skarżącego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych za postępowanie skargowe.

W uzasadnieniu wskazał, że w jego ocenie Krajowa Izba Odwoławcza dokonała prawidłowej oceny obowiązującego stanu prawnego i wbrew twierdzeniom skarżącego właściwie zinterpretowała zbieg norm art.7 ust.2 i art.7 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp. Interpretacja art. 7 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych nie może abstrahować od art. 7 ust. 1 Pzp, który nakazuje zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Należy zauważyć, że w świetle pronunijnej wykładni art. 7 ust. 2 i 2a ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych tzn. biorąc pod uwagę art. 3 ust. 5 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/7/UE z dnia 16 lutego 2011 r. w sprawie zwalczania opóźnień w płatnościach w transakcjach handlowych (Dz.Urz.U.E.L 48/1 z 23.02.2011 z późn. zm.) 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 ponadto wydłużenie terminu zapłaty nie jest rażąco nieuczciwe wobec wierzyciela - zasadą jest maksymalnie 60 - dniowy termin zapłaty, a dłuższy termin ma charakter wyjątku, wymagającego spełnienia dodatkowych przesłanek, które nie powinny być w związku z tym interpretowane rozszerzająco. Izba uwzględniła, że w umowach zawieranych na gruncie prawa zamówień publicznych dochodzi do ograniczenia zasady swobody umów wyrażonej w art.353¹ k.c. Izba wskazała przy tym na takie ograniczenia w swobodnym kształtowaniu postanowień umownych, które nie były spotykane na gruncie dotychczas obowiązującego (do dnia 31.12.2019 r.) stanu prawnego. Obecnie zamawiający nie może swobodnie w treści umów (przynajmniej tych zawieranych w wyniku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego) kształtować terminów płatności, co dotychczas było normalną praktyką skarżącego. Granicą, w jakiej zamawiający powinni ustalać terminy płatności, jest maksymalnie 60 dni od doręczenia faktury zamawiającemu. Właśnie ograniczenie zasady swobody umów w zamówieniach publicznych, (które Izba wzięła pod uwagę w wyroku), powoduje, że przy umowach zawieranych w wyniku postępowania w trybie przetargu nieograniczonego nie można mówić o jakimkolwiek ustaleniu postanowień umowy, wobec czego wprowadzenie terminu płatności dłuższego niż 60 dni jest niemożliwe. O ile Zamawiający jest uprawniony do określania w umowie swoich wymagań w treści specyfikacji, o tyle art. 7 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych rozpatrywany w kontekście zasad wynikających z art. 7 ust. 1 Pzp, wprost wskazuje, że możliwość skorzystania z dobrodziejstwa wydłużenia terminu płatności wymaga

ustalenia powyższej kwestii pomiędzy stronami. Nie sposób uznać, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z ustaleniem terminu płatności pomiędzy stronami, skoro kwestia terminu płatności jest jedynie jednostronnie zakomunikowana wykonawcom w specyfikacji.

Przeciwnik skargi zauważył przy tym, że ma świadomość tego, iż stanowisko skarżącego inspirowane jest dotychczasową linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, w której wielokrotnie wskazywano na adhezyjny charakter umów zawieranych w wyniku postępowań o udzielenie zamówień publicznych przeprowadzanych w trybie przetargu nieograniczonego. Jednak te poglądy Izby, w związku ze zmianą stanu prawnego od dnia 1 stycznia 2020 r., straciły na aktualności w zakresie ustalania terminów płatności przez zamawiających, a to wobec wprowadzenia zakazu jednostronnego ustalania terminów płatności dłuższych niż 60 dni. Dlatego odwoływanie się skarżącego do dotychczasowej praktyki i faktu, że przeciwnik skargi w poprzednich latach tolerował w umowach 120 dniowe terminy płatności, należy uznać za nie mające wpływu na rozstrzygnięcie niniejszej sprawy.

Nie można zgodzić się zdaniem odwołującego z twierdzeniem skarżącego, że przy innej niż przedstawiona przez niego interpretacji art.7 ust.2 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych byłby przepisem martwym w zamówieniach publicznych. Nic nie stoi bowiem na przeszkodzie w stosowaniu tego przepisu we wszystkich tych trybach udzielenia zamówień publicznych, w których możliwe i dopuszczalne są negocjacje warunków umowy.

Twierdzenie skarżącego, iż sytuacja dużego przedsiębiorcy jest inna od sytuacji przedsiębiorcy z sektora MŚP jest zdaniem odwołującego bardzo ogólnikowe i generalizujące. Nawet jeżeli byłyby jakieś dane statystyczne (których skarżący nie przywołuje), które potwierdzałyby prawdziwość tego typu twierdzeń, to nie mogą one mieć bezpośredniego odniesienia do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i konkretnych wykonawców biorących w nim udział. Zdaniem odwołującego mieć na uwadze, że zamawiający przygotowując przetarg publiczny nie ma wiedzy co do tego, jacy wykonawcy wezmą udział w postępowaniu. Nie wie, a przynajmniej nie powinien wiedzieć na etapie przygotowania postępowania, czy będą to mali, średni, czy duzi przedsiębiorcy. Nie może zatem zakładać, że będą to sami duzi przedsiębiorcy lub też także przedsiębiorcy z sektora MŚP, ale tacy, których kondycja będzie gorsza od tych

dużych. Takie założenie stałoby w sprzeczności z fundamentalnymi zasadami zamówień publicznych. Zamawiający nie wymagał w treści SIWZ, aby wykonawca oferujący przedmiot zamówienia był jego producentem. Dlatego twierdzenie skarżącego, iż nie ma podmiotu z sektora MŚP, który mógłby wykonać zamówienie nie ma żadnego potwierdzenia w faktach. Odwołujący nie zgodził się z zarzutem, że wprowadził Izbę w błąd wskazując na możliwość wzięcia udziału w postępowaniu przez podmiot należący do sektora MSP. Należy bowiem mieć na uwadze, iż zgodnie z art. 22a Pzp wykonawca może polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów. Dlatego też zamawiający w każdym nowym postępowaniu powinien mieć na uwadze, że ofertę może złożyć wykonawca, który nie pojawiał się w dotychczas ogłaszanych postępowaniach. Taką ewentualność należy tym bardziej zakładać w sytuacji gdy, w związku ze zmianą stanu prawnego zamawiający jest zmuszony do stosowania korzystniejszych dla wykonawców warunków realizacji umów, obecnie w zakresie warunków płatności, a w przyszłości także w innych aspektach w związku z planowanym wejściem w życie od 1 stycznia 2021 r. nowej ustawy Pzp.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie zasługiwała na uwzględnienie.

Izba stwierdziła naruszenie przez zamawiającego przepisów prawa materialnego, to jest art. 7 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, poprzez narzucenie w warunkach przetargu 120 – dniowego terminu zapłaty w stosunku do „dużych” przedsiębiorców, choć termin taki może zostać ustalony jedynie pomiędzy stronami stosunku prawnego. Stwierdzenie tego naruszenia pozwoliło jednocześnie Izbie na odstąpienie od czynienia szczegółowych rozważań dotyczących tego, czy w realiach rozpoznawanej sprawy zastrzeżenie tego terminu było rażąco nieuczciwe. Podzielając stanowisko Izby jedynie co do zasady stwierdzić jednocześnie należy, że wymaga ono uzupełnienia oraz szerszego i bardziej szczegółowego uzasadnienia.

W sprawie wydają się być oczywiste zarówno dla skarżącego (zamawiającego), jak i przeciwnika skargi (odwołującego/wykonawcy), że powodem złożenia odwołania, a w istocie rzeczy braku dalszej akceptacji dla wcześniej ukształtowanej praktyki w zakresie terminów zapłaty, była zmiana stanu

prawnego wywołana nowelizacją ustawy z dnia 8 marca 2013 roku o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (w brzmieniu pierwotnym: ustawa o terminach zapłaty w transakcjach handlowych). Konsekwencją zmiany przepisów jest bowiem między innymi to, że wykonawcy mający status tzw. dużego przedsiębiorcy, a korzystający z usług i towarów oferowanych przez małe czy też średnie przedsiębiorstwa pozbawieni zostali możliwości wydłużenia wobec nich terminów płatności analogicznie do warunków, na których ich oferta została wybrana w postępowaniu o zamówienie publiczne czy też zawartych w umowie, której zawarcie zostało poprzedzone negocjacjami stron. Odwołujący (przeciwnik skargi) wyraźnie wskazywał, że część z jego dostawców to podmioty z grupy małych i średnich przedsiębiorców (MŚP), wobec których zobowiązany jest on od 1 stycznia 2020 roku stosować w umowach nie dłuższy niż 60 dni termin zapłaty. Wspomniana nowelizacja nie dotyczyła jednakże tylko treści art. 7 ust. 2 i art. 7 ust. 2a tej ustawy, ale także treści innych przepisów ustawy, w tym art. 11a wyraźnie wymienionego i wskazanego w skardze. Skarżący odwołał się do tego ostatniego przepisu, jednakże, zdaniem Sądu, dokonał jego nieprawidłowej wykładni, a w konsekwencji postawił zaskarżonemu wyrokowi niezasadne zarzuty.

Przepis ten, zdaniem Sądu, należy przywołać w całej rozciągłości. Zgodnie z obecnie obowiązującym jego brzmieniem (ust. 1) oceny, czy postanowienia umowne są rażąco nieuczciwe wobec wierzyciela, dokonuje się, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, w szczególności:

- 1) rażące odstępstwa od dobrych praktyk handlowych, które naruszają zasadę działania w dobrej wierze i zasadę rzetelności;
- 2) właściwość towaru lub usługi, które są przedmiotem transakcji handlowej, w szczególności czas zwykle potrzebny na zbycie towaru przez dłużnika na rzecz osób trzecich, lub
- 3) dostosowanie harmonogramu dostawy towarów lub wykonania usługi w częściach do harmonogramu spełniania odpowiadających im części świadczenia pieniężnego.

Na dłużniku jednocześnie spoczywa ciężar dowodu, że termin zapłaty dłuższy niż 60 dni, liczonych od dnia doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi, albo liczonych zgodnie z art. 7 ust. 4 lub art. 9 ust. 2, nie jest rażąco nieuczciwy wobec wierzyciela (ust. 2 tego przepisu), ustalenia, że termin zapłaty był rażąco nieuczciwy wobec wierzyciela, wierzyciel może żądać przed upływem 3 lat od dnia, w którym nastąpiła zapłata lub w którym zgodnie z ustawą powinna nastąpić zapłata (ust. 3

tego przepisu), a zrzeczenie się roszczenia o ustalenie, że termin zapłaty jest rażąco nieuczciwy wobec wierzyciela, jest nieważne (ust. 4 tego przepisu).

Jak łatwo zauważyć, zgodnie z dyspozycją normy prawnej zawartej w przywołanym przepisie, do ustalenia rażącej nieuczciwości postanowień umownych w wypadku umów zawieranych w trybie innym niż w omawianym wypadku może dojść nie tylko przed przystąpieniem do wykonywania umowy przez wierzyciela wierzytelności pieniężnej, ale także w jego trakcie, także już po spełnieniu w części lub całości świadczenia niepieniężnego, za spełnienie którego wierzyciel domaga się zapłaty. W wypadku sporu, ciężar dowodu spoczywa wówczas na dłużniku (ust. 3), który zobowiązany jest wykazać przesłanki przedmiotowo istotne, przemawiające za zastosowaniem dłuższego niż 60 –dniowy termin zapłaty. Katalog branych pod uwagę okoliczności zawarty w treści art. 11a ust. 1 ustawy nie jest katalogiem zamkniętym, ale nie można tracić z pola widzenia tego, że ustawodawca nie wymienił *expressis verbis* kondycji finansowej dłużnika lub innych okoliczności *stricto* związanych z jego sytuacją, a nie z przedmiotem świadczenia. W tym kontekście należy zauważyć, że art. 7 ust. 1 dyrektywy 2011/7/UE, którego implementację stanowi omawiany przepis, wskazuje, że oceny, czy dane postanowienie umowy lub praktyka są rażąco nieuczciwe, powinno się dokonywać, biorąc pod uwagę wszelkie okoliczności sprawy, w tym: 1) wszelkie rażące odstępstwa od dobrej praktyki handlowej, naruszające zasadę działania w dobrej wierze i rzetelność; 2) charakter towaru lub usługi; 3) **czy dłużnik ma jakikolwiek obiektywny powód** odstępstwa od ustawowych odsetek za opóźnienia w płatnościach lub od terminów płatności. Skoro ustawodawca przewidział możliwość ustalania rażącej nieuczciwości postanowień umownych także po zawarciu umowy, to w wypadku zbiegu tego przepisu z przepisami Pzp przyjąć należy, że w wypadku wniesienia odwołania w trybie art. 180 ust. 1 Pzp przez potencjalnego wykonawcę, który nie godzi się na zawarcie umowy przewidującej dłuższy niż 60 – dniowy termin zapłaty, to na zamawiającym spoczywa ciężar udowodnienia w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą (i ewentualnie sądem), że przewidziany w SIWZ dłuższy niż 60 – dniowy termin zapłaty nie będzie rażąco nieuczciwy wobec tego hipotetycznie wyłonionego wykonawcy (ust. 2 omawianego przepisu). W realiach rozpoznawanej sprawy zamawiający temu ciężarowi nie sprostał w rozumieniu art. 6 k.c. i 232 k.p.c., a nie znajduje oparcia w przepisach prawa zarzut, a tak uczynił skarżący w skardze, że ciężarowi wykazania okoliczności przeciwnej nie sprostał odwołujący.

Argumentacja skarżącego w tym przedmiocie sprowadzała się w postępowaniu przed Izbą do wskazywania na jego trudną sytuację finansową (pkt

II.2.1. odpowiedzi na odwołanie), dotychczas stosowaną praktykę przez spółki prowadzące działalność w zakresie wydobycia węgla kamiennego (pkt II.2.2. odpowiedzi na odwołanie – ten temat będzie jeszcze rozwinięty) i niewielką w jego ocenie uciążliwość 120 – terminu płatności dla potencjalnego kontrahenta (pkt II.2.3 odpowiedzi na odwołanie). Żadna z tych okoliczności nie miała charakteru obiektywnego, związanego z przedmiotem zamówienia. Zachodziły zatem podstawy do ustalenia, że skarżący nie udowodnił, że zastosowany w dokumentach przetargowych 120 – dniowy termin zapłaty nie jest rażąco nieuczciwy wobec przyszłego wykonawcy, z tryb przetargu nieograniczonego posłużył jedynie do osiągnięcia celu, który trudno byłoby skarżącemu uzyskać, gdyby do zawarcia umowy miało dojść po przeprowadzeniu negocjacji. Argumentacja skarżącego oparta była na założeniu, że wykonawca, który zostanie wyłoniony w przetargu będzie w dobrej kondycji finansowej, a wydłużenie terminu płatności do 120 dni nie będzie dla niego istotnym problemem. Materiał dowodowy zgromadzony w sprawie nie pozwala na czynienie takich założeń.

Adhezyjny charakter przystąpienia do umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (o czym będzie jeszcze mowa) nie może zdaniem Sądu prowadzić do osiągania przez zamawiającego skutku niezgodnego z ustawą i nie może służyć do obejścia ustawy. Zamawiający konsekwentnie wskazywał na swoją złą kondycję finansową i szereg ograniczeń wynikających z już zawartych przez siebie umów i innych czynności prawnych, w tym z emisji obligacji. Już same te twierdzenia prowadzą do wniosku, iż fakt, iż konkretna spółka jest tzw. dużym przedsiębiorcą nie oznacza, że musi pozostawać w dobrej kondycji finansowej. Tą konstatację należy zatem odnieść nie tylko do zamawiającego w tej konkretnej sprawie, ale także do potencjalnych wykonawców, mających charakter „dużego” przedsiębiorcy w rozumieniu art. 7 ust. 2a ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych. Wykonawcy ci mają zatem prawo oczekiwać, iż w drodze postanowień SIWZ i innych dokumentów przetargowych nie będą stawiani w sytuacji, w której będą zmuszeni akceptować 120 – dniowy termin płatności także wówczas, gdy nie akceptowaliby tego warunku, gdy do zawarcia umowy miało dojść w drodze negocjacji i w sytuacji, w której za takim terminem płatności nie przemawiają także względy obiektywne, związane jedynie z przedmiotem świadczenia, którego dotyczy postępowanie o zamówienie publiczne i niezależne od sytuacji finansowej i organizacyjnej obu stron. Sądowi w składzie rozpoznającym sprawę jest znanych wiele takich sytuacji, w których wydłużenie terminu płatności ponad termin 60 dni jest obiektywnie uzasadnione niezależnie od elementów podmiotowoistotnych. Dla przykładu, uzasadnione jest odroczenie terminu zapłaty wobec podwykonawcy, jeżeli płatność dla wykonawcy ze strony zamawiającego uzależniona jest od odbioru znacznie większej części robót, niż

tylko roboty wykonane przez konkretnego podwykonawcę. Podobnie rzecz się ma z dostawcą części w sytuacji, w której ich odbiorca otrzyma zapłatę za swój towar dopiero po wytworzeniu produktu finalnego, co w konkretnych warunkach może być związane z upływem długotrwałego procesu technologicznego. Podobnych okoliczności skarżący w realiach rozpoznawanej spraw nie udowodnił. Przewidziana w art. 7 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych możliwość zastrzeżenia dłuższego niż 60 – dniowy terminu płatności nie może natomiast służyć przerzucaniu na kontrahentów konsekwencji własnej trudnej sytuacji finansowej. Nie taki jest cel przywoływanych wielokrotnie przepisów. Skarżący nie udowodnił, że sporne postanowienie przyszłej umowy nie jest rażąco nieuczciwe wobec wykonawcy, który zostanie wyłoniony w przetargu.

Faktem jest, że przystąpienie do postępowania prowadzonego w trybie ustawy Pzp przypomina zawarcie umów o charakterze adhezyjnym, aczkolwiek zachodzą w tym względzie istotne odstępstwa, w tym poprzez możliwość wniesienia odwołania na etapie przed dokonaniem wyboru oferty. Nie oznacza to jednak, że w realiach rozpoznawanej sprawy Izba nieprawidłowo dokonała oceny zbiegu przepisów art. 7 ust 2 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych z przepisami ustawy Pzp. Skoro przepis art. 7 ust. 2 ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych w zw. z treścią art. 7 ust. 2a tej ustawy odstępstwo od 60 – dniowego terminu zapłaty traktuje jako wyjątek, nie podlegający wykładni rozszerzającej, to w przypadku postępowania realizowanego zgodnie z przepisami ustawy Pzp przepis ten nie tylko znajduje zastosowanie wprost, ale także nie powinien podlegać wykładni rozszerzającej i powinien być wykładany wąsko. Regułą zatem powinno być konstruowanie warunków przetargowych z odwołaniem się do 60 – dniowego terminu płatności. Odstępstwo jest dopuszczalne, ale z poszanowaniem celu przepisów art. 7 ust. 2 i ust. 2 a ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych. Za dopuszczalne należy uznać zastrzeżenie terminów dłuższych niż 60 – dniowe w sytuacjach, w których usprawiedliwione jest to okolicznościami obiektywnymi, niezależnymi od sytuacji ekonomicznej czy organizacyjnej jednej ze stron umowy, która w przyszłości ma być zawarta. Za naruszające treść art. 5 k.c. należy uznać natomiast takie konstruowanie postanowień przyszłej umowy, które dłuższy niż 60 – dniowy termin płatności narzuca przyszłemu kontrahentowi z jedynie subiektywnych powodów, leżących po stronie zamawiającego, niezwiązanych ściśle z przedmiotem postępowania i wykorzystując przepisy ustawy Pzp do osiągnięcia celu, który byłby niemożliwy lub znacznie utrudniony do osiągnięcia w sytuacji, w której poszczególne postanowienia umowy byłyby ustalane w drodze negocjacji stron. Z

taką sytuacją mieliśmy do czynienia w rozpoznawanej sprawie. W ocenie Sądu w składzie rozpoznającym sprawę, dopuszczalne jest czynienie przypuszczenia, że wolą zamawiającego było takie kształtowanie warunków nie tylko tego jednego zamówienia, ale także innych zamówień realizowanych w przyszłości, aby stosowanie 120 – dniowego terminu zapłaty w stosunku do „dużych” przedsiębiorców było w jego praktyce gospodarczej w dalszym ciągu powszechne i stanowiło regułę. Zamawiający nie zaprzeczył twierdzeniom odwołującego, że podobną treść przybrały dokumenty przetargowe w innych, prowadzonych w tym samym czasie postępowaniach przetargowych. Działania takie mogłyby doprowadzić do sytuacji sprzecznej z treścią art. 7 ust 2 i ust. 2a ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych i ukształtować w konkretnym sektorze gospodarczym jako regułę stosowanie 120 – dniowego terminu zapłaty, którego stosowanie powinno mieć miejsce jedynie w sytuacjach wyjątkowych.

W realiach rozpoznawanej sprawy doszło także do naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

Zgodnie z treścią art. 7 ust. 1 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. Mając na względzie zbieg tego przepisu z treścią art. 7 ust. 2 i art. 7 ust. 2a ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych należy zauważyć, że na gruncie rozważań teoretycznych można skonstruować przynajmniej dwa zagrożenia dla uczciwej konkurencji związane z zastosowaniem różnych terminów zapłaty dla różnych grup wykonawców w postępowaniach, w których przewiduje się przeważające znaczenie kryterium ceny. W sytuacji bowiem, w którym głównym, a często jedynym świadczeniem ze strony zamawiającego jest świadczenie pieniężne, warunki płatności mają kluczowe znaczenie dla oceny składanych ofert. Otóż, po pierwsze, może to w realiach konkretnej sprawy dyskryminować podmioty należące do grupy MŚP w sytuacji, w której oferować one będą zbliżone warunki cenowe do ofert „dużych” przedsiębiorców, ale nie będą mogły, zgodnie z ustawą, zgodzić się na dłuższy, niż 60 – dniowy termin zapłaty. Możliwe to byłoby nawet wówczas, gdyby były w stanie w umowie taki dłuższy termin zaakceptować, ale nie byłyby w stanie złożyć ofert o niższych cenach. Możliwy dłuższy termin zapłaty preferować może w takiej sytuacji oferty „dużych” wykonawców. Po drugie, może dojść do sytuacji przeciwnej i dyskryminowania „dużych” przedsiębiorców, którzy zmuszeni będą do zaakceptowania dłuższych terminów płatności w sytuacji, w której przy wyborze

oferty o takiej samej cenie, ale wykonawcy z grupy MŚP, termin płatności wynosiłby 60 dni. Konkretni oferenci z grupy MŚP mogą w realiach konkretnego postępowania mieć możliwość zaoferowania niższej ceny właśnie z uwagi na szybszą spodziewaną zapłatę. Konstruowanie warunków SIWZ i innych dokumentów przetargowych w konkretnym postępowaniu wymaga stworzenia dodatkowych postanowień lub zastosowania dodatkowych algorytmów, które ryzyka te wyeliminują. W realiach rozpoznawanej sprawy zamawiający takich dodatkowych postanowień nie zawarł.

Powyższe rozważania teoretyczne nie pozostają bez związku z twierdzeniami stron i materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie. Faktem jest, że postępowanie przed Izbą zostało zainicjowane przez Spółkę należącą do grupy tzw. „dużych” przedsiębiorców i przy wydawaniu wyroku oraz w jego uzasadnieniu Izba nie brała pod uwagę ewentualnego naruszenia zasad uczciwej konkurencji poprzez pogorszenie sytuacji oferentów należących do grupy MŚP. W treści odpowiedzi na odwołanie (pkt II.2.1.) wskazano jednak na trudną sytuację finansową zamawiającego i wpływ skrócenia terminów płatności na zachowanie jego płynności finansowej. Akceptacja warunków omawianego postępowania przetargowego mogłaby w zatem w przyszłości prowadzić do dyskryminowania ofert pochodzących od „małych i średnich” przedsiębiorców, jako nieodpowiadających zamawiającemu z uwagi na niemożliwość prawną zaakceptowania dłuższych niż 60 – dniowe terminów płatności, a także eliminować oferty tych „dużych” przedsiębiorców, którzy nie przystąpiliby do przetargu z uwagi na brak możliwości zaakceptowania 120 – dniowego terminu zapłaty.

W kontekście zarzutu odwołującego, iż doszło do zachwiania zasad uczciwej konkurencji, podzielić nadto należało pogląd przeciwnika skargi, iż niedopuszczalne jest antycypowanie, że w konkretnym przetargu oferty złożą jedynie „duzi” przedsiębiorcy. To, iż zamawiający zna wszystkich przedsiębiorców, którzy dotychczas składali oferty w podobnych przetargach nie oznacza, że z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością tylko ci przedsiębiorcy przystąpiliby do badanego przetargu.

Faktem jest, iż Izba w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku nie odniosła się do twierdzeń zawartych w pkt II.2.3 odpowiedzi na odwołanie, aczkolwiek wynikało to zapewne z faktu, że inne argumenty okazały się dla Izby wystarczające dla uwzględnienia skargi. Przechodząc do poruszonych w tym punkcie odpowiedzi na odwołanie i powtórzonych w skardze zagadnień stwierdzić należy, że stanowisko

skarżącej wydaje się być wewnętrznie sprzeczne. Jeśli bowiem, jak można wnioskować z tego punktu odpowiedzi na odwołanie, dłuższy termin płatności nie ma większego znaczenia ekonomicznego, to skarżący, jako zamawiający, nie powinien do możliwości zastrzeżenia dłuższego terminu płatności przywiązywać wagi i zaakceptować wyrok Izby. Skoro jednak zdecydował się na wniesienie skargi, to zapewne dlatego, iż okoliczność tą uznaje za ekonomicznie istotną, zwłaszcza w kontekście sygnalizowanej swojej trudnej sytuacji finansowej i sytuacji, w której utrwalenie stanowiska Izby miałoby prowadzić do zmiany obowiązującej w tym zakresie praktyki. Przyjąć zatem należy, że wbrew przedstawionym wyliczeniom skarżący przyznaje ekonomiczną istotność spornej kwestii, a tym samym przyznaje, że tak, jak dla niego zastrzeżenie 120 – dniowego terminu płatności jest opłacalne i istotne, tak też może być nieopłacalne i nieakceptowalne dla wykonawcy.

Należy też mieć na względzie zmienność danych mikro i makroekonomicznych, stąd też trudno antycypować, że w całym okresie trwania dzierżaw kombajnów zarówno WIBOR 3M stanowiący podstawę do wyliczenia kosztów kredytu, jak i sama dostępność kredytu pozostaną bez zmian. Wyliczenia przedstawiane przez skarżącego nie mogą zatem stanowić podstawy do zakwestionowania stanowiska Izby przyjętego w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Sąd w składzie rozpoznającym skargę nie mógł także nie zauważyć, że pomiędzy datą wydania wyroku przez Izbę (18 lutego 2020 roku) i datą orzekania przez Sąd (7 lipca 2020 roku) w gospodarce światowej zaszło wiele zmian wywołanych przez reakcje na pandemię koronawirusa. Zapowiadane przez ekonomistów ryzyko światowego kryzysu także nakazuje daleko idącą ostrożność w uznawaniu za dopuszczalne i nie zaburzające zasad uczciwej konkurencji tych działań zamawiającego, w tym warunków umowy, która ma być zawarta w wyniku przetargu, które mogą prowadzić do narzucania oferentom dłuższego niż 60 – dniowy terminu płatności.

Faktem jest, i jest to znane Sądowi z urzędu, że praktyką powszechną było stosowanie przez skarżącego w umowach z dostawcami dłuższego niż 60 dni terminu płatności. Skarżący nie podjął się jednak udawadniania, że było to wynikiem specyfiki procesu wydobywczego, zgody podmiotów operujących na tym rynku i częścią dobrej praktyki handlowej, nie zaś dyktatu skarżącego. Fakt, iż skarżący, jak sam przyznaje, jest największym podmiotem rynku wydobywania węgla kamiennego w Polsce, pozwala przypuszczać, że był to wynik narzucania przez niego swoich warunków swoim kontrahentom. Sytuacja taka była bowiem odmienna od sytuacji w innych sferach obrotu gospodarczego, w których brak jest tak wyraźnie dominujących podmiotów, a skarżący nie wykazał, że podmioty

nabywające od niego węgiel także dokonują na jego rzecz płatności z zastosowaniem 120 – dniowego terminu. Z okoliczności ukształtowanej praktyki nie można zatem wywodzić dla skarżącego pozytywnych dla niego skutków prawnych.

Mając na uwadze powyższe należało stwierdzić, że skarga, jako bezzasadna, podlegała oddaleniu (art. 385 k.p.c.).

O kosztach postpowania orzeczono po myśli art. 98 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. Kwotę zasądzoną z tego tytułu od pozwanej na rzecz powoda stanowi równowartość wysokości wynagrodzenia pełnomocnika wyliczoną zgodnie z treścią § 2 pkt 9 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych z dnia 22 października 2015 roku (Dz.U. z 2015 r. poz. 1804, t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 265). Jako wartość przedmiotu zaskarżenia przyjęto kwotę 11.448.000,00 zł, wynikającą z pisma Przewodniczącego Komisji Przetargowej adresowanego do Izby z dnia 5 lutego 2020 roku.

Jarema Czaplą

Piotr Semper

Katarzyna Krziskowska



Na oryginale właściwe podpisy
ZGODNOŚĆ Z ORYGINAŁEM

stwierdzam

SEKRETARZ

starszy sekretarz sądowy

Zdebel
Iwona Zdebel