

Sygn. akt: KIO 1242/13

WYROK
z dnia 12 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 czerwca 2013 r.** w Warszawie odwołania z dnia **24 maja 2013 r.** wniesionego przez wykonawcę **PKP Cargo Service Sp. z o.o.** z siedzibą w **Warszawie, ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Kompania Węglowa S. A.** z siedzibą w **Katowicach, ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **PKP Cargo Service Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **PKP Cargo Service Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego **PKP Cargo Service Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Grójecka 17, 02-021 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Kompania Węglowa S. A. z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101, poz. 1271 i poz. 1529) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający **Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Obsługa bocznicy kolejowej KW SA Odział KWK Brzeszcze w okresie 12 miesięcy«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **15.05.2013 r.** pod nrem **2013/S 93-158806**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101, poz. 1271 i poz. 1529) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Wykonawca **PKP CARGO SERVICE sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Grójecka 17, 02-221 Warszawa**, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, wniósł **24.05.2013 r.** do Prezesa KIO odwołanie na naruszenie:

- 1) **art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. poz. 403)** w zw. z art. 58 § 1 oraz art. 353¹ Kc polegające na wskazaniu w rozdz. 2 ust. 10 lit. b Załącznika nr 8 do specyfikacji (Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy), że „Termin płatności faktur wynosi [...] dla pozostałych faktur – 120 dni od daty dostarczenia faktury do zamawiającego” oraz na wskazaniu w tym zakresie w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w części XV specyfikacji (Warunki płatności), że: „Wymagany termin płatności wynosi 120 dni od daty wpływu faktury od zamawiającego wystawionej na podstawie dokumentu odbioru przedmiotu zamówienia potwierdzonego przez zamawiającego. Wyklucza się stosowanie zaliczek i przedpłat”, pomimo że ustawa z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych przewiduje maksymalny 60-dniowy termin płatności, a nie zachodzą przesłanki określone w art. 7 ust. 2 upoważniające do wydłużenia tego terminu;
- 2) ewentualnie z ostrożności w razie uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że do zamawiającego zastosowanie znajduje nie art. 7 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, lecz art. 8 tej ustawy (a zatem w razie uznania, że zamawiający jest podmiotem publicznym w rozumieniu art. 4 pkt 2 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych) –

odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, przez wskazanie w rozdz. 2 ust. 10 lit. b załącznika nr 8 do specyfikacji (pn. Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy), że „Termin płatności faktur wynosi [...] dla pozostałych faktur – 120 dni od daty dostarczenia faktury do zamawiającego” oraz na wskazaniu w tym zakresie w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w części XV specyfikacji (Warunki płatności), że: „Wymagany termin płatności wynosi 120 dni od daty wpływu faktury od zamawiającego wystawionej na podstawie dokumentu odbioru przedmiotu zamówienia potwierdzonego przez zamawiającego. Wyklucza się stosowanie zaliczek i przedpłać”, pomimo że ustawa z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych przewiduje maksymalny 60-dniowy termin płatności;

- 3) **art. 19 ust. 13 pkt 4 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535) w zw. z § 11 ust. 1 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 marca 2011 r. w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 68, poz. 360)** polegające na wskazaniu w **rozdz. 2 ust. 8 Załącznika nr 8 do specyfikacji** (pn. Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy), że „Fakturę za realizację umowy należy dostarczyć zamawiającemu w terminie 7 dni od daty końca okresu rozliczeniowego” podczas gdy zgodnie z **rozdz. 2 ust. 10 lit. a Załącznika nr 8 do specyfikacji**: „termin płatności dla usług dzierżawy taboru kolejowego: zamawiający (Dzierżawca) zapłaci wykonawcy (Wydzierżawiającemu) czynsz z dołu za każdy miesiąc dzierżawy w terminie 120 dni od zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego. Faktury będą wystawiane na 30 dni przed terminem płatności”; zamawiający wymaga zatem, aby wykonawca dostarczył fakturę w ciągu 7 dni od dnia zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego w zakresie dzierżawy wagonów podczas gdy obowiązek podatkowy powstanie dopiero po upływie 90 dni od dnia zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego a zatem w terminie 7 dni od dnia zakończenia okresu rozliczeniowego w zakresie dzierżawy faktura VAT nie będzie jeszcze wystawiona;
- 4) **art. 353¹ Kc w zw. 748 § 1 w zw. z art. 750 Kc oraz art. 139 ust. 1 Pzp i art. 5 ust. 1 pkt 1** oraz **art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535)** polegające na wskazaniu w **rozdz. 2 ust. 3 Załącznika nr 8 do specyfikacji** (pn. Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy), że: „W przypadku, kiedy zrealizowana wartość umowy będzie niższa od wartości umowy, wykonawcy nie przysługuje jakiegokolwiek wynagrodzenie oraz jakiegokolwiek roszczenie odszkodowawcze”, pomimo, że

obowiązujące przepisy nie przewidują nieodpłatnego świadczenia usług objętych przedmiotem postępowania;

- 5) **art. 353¹ Kc w zw. z art. 395 ust. 1 Kc oraz art. 144 i art. 145 Pzp** polegające na wskazaniu w pkt 12 pkt 4 lit. b Istotnych postanowień, które zostaną wprowadzone do umowy (Załącznik nr 8 do specyfikacji), że: „Na podstawie art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający przewiduje możliwość zmian umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, „w razie rezygnacji przez zamawiającego z realizacji części przedmiotu umowy. W takim przypadku wynagrodzenie przysługujące wykonawcy zostanie pomniejszone, przy czym zamawiający zapłaci za wszystkie spełnione świadczenia”, pomimo że obowiązujące przepisy nie przewidują możliwości zmian umowy o zamówienie publiczne w sposób proponowany przez zamawiającego.

Odwołujący wniósł o zmianę:

- 1) **rozdz. 2 ust. 10 lit. b załącznika nr 8 do specyfikacji** (Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy), przez wskazanie w jego treści, że: „Termin płatności faktur wynosi [...] dla pozostałych faktur – 60 dni od daty dostarczenia faktury do zamawiającego” oraz zmianę w tym zakresie ogłoszenia o zamówieniu oraz cz. XV specyfikacji (Warunki płatności) przez nadanie mu brzmienia: „Wymagany termin płatności wynosi 60 dni od daty wpływu faktury do zamawiającego wystawionej na podstawie dokumentu odbioru przedmiotu zamówienia potwierdzonego przez zamawiającego. Wyklucza się stosowanie zaliczek i przedpłat”;
- 2) **pkt 2 ust. 8 załącznika nr 8 do specyfikacji** (Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy) przez wskazanie, że fakturę VAT z tytułu usług dzierżawy taboru kolejowego należy dostarczyć zamawiającemu w terminie 7 dni od dnia jej wystawienia;
- 3) **pkt 2 ust. 3 Załącznika nr 8 do specyfikacji** (Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy), przez uchylenie **pkt 2 ust. 3 załącznika nr 8 do specyfikacji** albo też sprecyzowania przez zamawiającego treści tego postanowienia polegającej np. na zdefiniowaniu co należy rozumieć przez „zrealizowanie umowy poniżej wartości umowy”, bądź usunięciu fragmentu dotyczącego „nie przysługiwania wykonawcy jakiegokolwiek wynagrodzenia”;
- 4) **pkt 12 pkt 4 lit. b załącznika nr 8 do specyfikacji** (Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy), przez uchylenie **pkt 12 pkt 4 lit. b** Istotnych postanowień, które zostaną wprowadzone do umowy.

Argumentacja odwołującego

Ad 1 i 2 zarzutów

Zgodnie z pkt 2 ust. 10 Istotnych postanowień, które zostaną wprowadzone do umowy (Załącznik nr 8 do specyfikacji): „Termin płatności faktur wynosi [...] dla pozostałych faktur – 120 dni od daty dostarczenia faktury do zamawiającego”. Ponadto zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu oraz pkt XV specyfikacji (Warunki płatności): „Wymagany termin płatności wynosi 120 dni od daty wpływu faktury do zamawiającego wystawionej na podstawie dokumentu odbioru przedmiotu zamówienia potwierdzonego przez zamawiającego. Wyklucza się stosowanie zaliczek i przedpłatę”.

Tymczasem w myśl art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 08 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, mającym zastosowanie do zamawiającego: „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 ustalą inaczej i pod warunkiem że ustalenie to nie jest sprzeczne ze społeczno – gospodarczym celem umowy i zasadami współżycia społecznego oraz jest obiektywnie uzasadnione, biorąc pod uwagę właściwość towaru lub usługi”.

Przywołane postanowienie pkt 2 ust. 10 Istotnych postanowień, które zostaną wprowadzone do umowy, w którym zamawiający przewiduje 120-dniowy termin płatności faktur wystawianych przez wykonawcę z tytułu świadczonych usług – stoi w sprzeczności z cytowanym postanowieniem ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych.

Celem ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych jest zdyscyplinowanie potencjalnie silniejszej strony umowy do powstrzymywania się od narzucania kontrahentom nadmiernie długich terminów zapłaty. Zgodnie z tak określonym celem ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych wprowadzona została do ustawy zasada, zgodnie z którą terminy umowne (z wyjątkiem transakcji, w których dłużnikiem jest podmiot publiczny) nie powinny przekraczać 60 dni kalendarzowych, chyba że strony wyraźnie ustalą inaczej i pod warunkiem że nie jest to rażąco nieuczciwe wobec wierzyciela. W związku z powyższym ustalenie dłuższego niż 60 dni terminu będzie możliwe, w sytuacji gdy ustalenie takie nie będzie rażąco nieuczciwe, tzn. nie będzie sprzeciwiało się właściwości i społeczno-gospodarczemu celowi umowy oraz zasadom współżycia społecznego, a także będzie obiektywnie uzasadnione, biorąc pod uwagę właściwość towaru lub usługi.

Ze względu na mało precyzyjne brzmienie przesłanek umożliwiających zastosowanie dłuższego niż 60-dniowy termin zapłaty, zasadnym jest posłużenie się treścią Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/7/UE z dnia 16 lutego 2011 r. (Dz. Urz. UE. L Nr 48, str. 1) w sprawie zwalczania opóźnień w płatnościach w transakcjach handlowych, której wynikiem implementacji do prawa polskiego jest ustawa z dnia 8 marca 2013 r. o terminach

zapłaty w transakcjach handlowych. I tak zgodnie z jej art. 3 ust. 5.: „Państwa członkowskie zapewniają, aby termin płatności ustalony w umowie nie przekraczał 60 dni kalendarzowych, chyba że w umowie wyraźnie ustalono inaczej i pod warunkiem że nie jest to rażąco nieuczciwe wobec wierzyciela w rozumieniu art. 7”.

Zgodnie z kolei z brzmieniem Art. 7 Dyrektywy: „Państwa członkowskie zapewniają, aby warunek umowy lub praktyka dotyczące daty lub terminu płatności, stopy procentowej odsetek za opóźnienia w płatnościach lub rekompensaty za koszty odzyskiwania należności uznawane były za niepodlegające wykonaniu albo stanowiły podstawę do roszczenia o odszkodowanie, jeśli są rażąco nieuczciwe wobec wierzyciela. Przy rozpoznaniu, czy warunek umowy lub praktyka są rażąco nieuczciwe wobec wierzyciela w rozumieniu akapitu pierwszego, bierze się pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, w tym również: a) wszelkie rażące odstępstwa od dobrej praktyki handlowej, naruszające zasadę działania w dobrej wierze i rzetelność; b) charakter towaru lub usługi; oraz c) czy dłużnik ma jakkolwiek obiektywny powód odstępstwa od ustawowych odsetek za opóźnienia w płatnościach, od terminów płatności, o których mowa w art. 3 ust. 5, art. 4 ust. 3 lit. a, art. 4 ust. 4 oraz art. 4 ust. 6, lub od stałej kwoty, o której mowa w art. 6 ust. 1.

Mając na względzie powyższe uznać należy, że art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, co do zasady zabrania ustanawiania terminu zapłaty powyżej 60 dni, chyba, że strony postanowią inaczej oraz pod warunkiem, że nie jest to sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem umowy i zasadami współzycia społecznego, a także jest to obiektywnie uzasadnione biorąc pod uwagę właściwość towaru lub usługi. Powyższe przesłanki muszą zachodzić kumulatywnie.

Uwzględniając, zatem fakt, że umowa sprawie ma zostać zawarta w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, to nie może być mowy o sytuacji, w której strony cokolwiek „ustalają”, gdyż warunki umowy są z góry narzucone przez zamawiającego, a wykonawca uprawniony jest wyłącznie do ewentualnego skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami. Nie wolno jednak zapominać, że to zamawiający jest konstruktorem projektu umowy będącej załącznikiem do specyfikacji, a potencjalni wykonawcy nie mają realnego wpływu na kształt przepisów rzeczonyj umowy.

W sprawie (z uwagi na stosowanie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych) ma zatem miejsce sytuacja, w której zamawiający posługując się wzorcem umownym, narzuca go wykonawcy publikując go np. na swojej stronie internetowej, a wykonawca chcąc uczestniczyć w postępowaniu celem pozyskania zamówienia zwykle musi zgodzić się na treść umowy i składając ofertę zamawiającemu akceptuje treść projektu umowy.

Przechodząc w tym miejscu do omówienia klauzuli zasad współzycia społecznego w kontekście tak niekorzystnie ukształtowanego terminu zapłaty dla potencjalnego wykonawcy

zamówienia – wskazać należy, że zgodnie z powszechnie przyjętym poglądem – klauzula zasad współżycia społecznego umożliwia uniknięcie sytuacji, w których stosowanie prawa doprowadziłoby do skutków niemożliwych do zaakceptowania z uwagi na cel regulacji lub normy moralne (tak m.in. K. Pietrzykowski (red.) Kodeks cywilny. Komentarz. T. 1, Wyd. 6, Warszawa 2011). Skoro, więc celem ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych jest uregulowanie zagadnienia maksymalnych terminów płatności obowiązujących w transakcjach handlowych to należy stwierdzić, że sprzeczną z zasadami współżycia społecznego jest sytuacja, w której wykonawcy narzucana jest umowa, zgodnie z którą termin płatności wynagrodzenia za świadczone usługi określony zostaje przez zamawiającego powyżej prawnie dopuszczalnego terminu, tj. terminu ustalonego w ustawie z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych.

Jako całkowicie sprzeczną z zasadami współżycia społecznego (oraz rażąco nieuczciwą wobec wierzyciela – w rozumieniu art. 7 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/7/UE z dnia 16 lutego 2011 r.) jest sytuacja, w której zamawiający narzuca dwukrotnie dłuższy termin płatności niż dopuszczalny zarówno przez ustawę z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, jak i przez Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/7/UE z 16 lutego 2011 r. W konsekwencji, więc narzucony przez zamawiającego 120-dniowy termin płatności należy uznać za sprzeczny również ze społeczno-gospodarczym celem umowy. Dążeniem umowy powinna być harmonijna współpraca stron w zakresie obsługi bocznicą kolejowej, a nie kredytowanie zamawiającego przez wykonawcę, polegające na świadczeniu usług, za które zamawiający będzie płacił po upływie ponad 4 miesiące od wykonania usługi. Żadne obiektywne okoliczności nie uzasadniają tak długiego okresu płatności.

Ewentualna zła kondycja finansowa zamawiającego (zatory płatnicze) w żaden sposób w świetle ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych nie uzasadniają również stosowania tak odległych terminów płatności, (ustawodawca nie przewidział takiej przesłanki uzasadniającej wydłużenie terminu płatności).

Co ważne również to fakt, że wykonawca w celu realizacji usług będących przedmiotem zamówienia zaangażuje potencjał, którym dysponuje – w tym również potencjał ludzki. Zatrudnionym pracownikom należy, co miesięcznie uiszczać wynagrodzenie. Narzucony zatem przez zamawiającego 120-dniowy termin płatności spowoduje, że wykonawca będzie ponosił wszelkie koszty usługi świadczonej na rzecz zamawiającego, nie otrzymując od niego wynagrodzenia przez ponad 4 miesiące, co tak jak wskazano wyżej sprowadza się faktycznie do kredytowania działalności zamawiającego.

Również podkreślić wymaga, że właściwość usługi będącej przedmiotem umowy w żaden sposób nie uzasadnia stosowania przez zamawiającego tak odległego terminu płatności. Świadczone przez wykonawcę usługi, szczegółowo opisane w załączniku nr 1 do

specyfikacji nie są usługami uzasadniającymi w jakikolwiek sposób tak odległe terminy płatności. Zamawiający pragnie zwrócić uwagę, że w ramach prowadzonej działalności gospodarczej w zakresie przewozów kolejowych (zarówno w zakresie obsługi bocznic kolejowych, jak i wykonywania przewozów po infrastrukturze kolejowej w określonych relacjach) w żadnej z zawartych umów do tej pory nie spotkał się z takim terminem płatności. Ponadto – co nie zwykle istotne w żadnej z dotychczas realizowanych pomiędzy wykonawcą, a zamawiającym umów w zakresie obsługi bocznic kolejowych nie miał zastosowania 120-dniowy termin płatności.

Fundamentalne jest również to, że z projektu umowy wynika jasno, że świadczone przez wykonawcę usługi rozliczane będą głównie w oparciu o miesięczne protokoły odbioru wykonanych usług. W przypadku takich miesięcznych okresów pracy czy okresów rozliczeniowych wykonawcy w oparciu, o które dokonywane będzie rozliczanie płatności należnych wykonawcy uznać należy, że w żadnej mierze nie korespondują one z narzuconym przez zamawiającego 120-dniowym terminem płatności. Logicznym winno być, że skoro rozliczanie czy odbieranie części przedmiotu umowy jest możliwe – zdaniem zamawiającego – w okresach miesięcznych to tym bardziej nie powinno być żadnych przeciwwskazań, co do tego, aby płatności za te okresy rozliczeniowe wykonywane były w okresach maksymalnie 60-dniowych, a nie 120-dniowych.

Należy ponadto zwrócić uwagę na dolegliwość dla wykonawcy wynikającą z 120-dniowego terminu płatności związaną z tzw. memoriałową zasadą rozliczania podatku od towarów i usług, o której mowa w art. 19 ustawy o podatku od towarów i usług. Zgodnie z art. 19 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług – obowiązek podatkowy powstaje z chwilą wykonania usługi. Obowiązek podatkowy będzie zatem powstawał po stronie wykonawcy po miesięcznych okresach realizacji umowy. Tym samym wykonawca zobowiązany będzie do uiszczenia podatku po zakończonym miesiącu, a wynagrodzenie od zamawiającego uzyska dopiero po upływie 120 dni. Obowiązujące prawo w żaden sposób bowiem nie umożliwia uniknięcia obowiązku uiszczenia podatku od towarów i usług, wynikającego z powstającego na podstawie art. 19 ustawy obowiązku podatkowego.

W sprawie nie zachodzą ani merytoryczne ani też formalne przesłanki, o których mowa w art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych pozwalające na zastosowanie 120-dniowego terminu zapłaty faktur VAT wystawionych przez wykonawcę z tytułu realizacji umowy będącej przedmiotem zamówienia.

Tym samym zgodnie z powszechnie przyjętym poglądem – sprzeczność czynności prawnej z ustawą polega na tym, że czynność prawna ma wywoływać skutki, które są zabronione przez normy prawne (E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2013, Wydanie 5). Biorąc pod uwagę treść art. 58 § 1 Kc, zgodnie z którym: „Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście

ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności że na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy” zasadnym jest pogląd, że na miejsce sprzecznych z ustawą postanowień specyfikacji oraz ogłoszenia wejdą odpowiednie przepisy ustawy. (E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2013, Wydanie 5) czyli w niniejszej sprawie jako maksymalny termin płatności faktur wykonawcy stosować będzie należało odpowiednie postanowienia ustawy, w tym przypadku art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, przewidujący maksymalnie 60-dniowy termin zapłaty.

Jednocześnie wykonawca powodowany ostrożnością, że w razie uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że do zamawiającego zastosowanie znajduje nie art. 7 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, lecz art. 8 tej ustawy (a zatem w razie uznania, że zamawiający jest podmiotem publicznym w rozumieniu art. 4 pkt 2 przytoczonej ustawy) – podnosi zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, zgodnie z którym: Strony transakcji handlowej mogą ustalić termin zapłaty dłuższy niż 30 dni, pod warunkiem że ustalenie to jest obiektywnie uzasadnione właściwością lub szczególnymi elementami umowy, a termin ten nie przekracza 60 dni.

Wykonawca wskazuje, że opisana powyżej argumentacja w zakresie braku uzasadnienia dla stosowania 120-dniowego terminu zapłaty ze względu na właściwość usługi, o której mowa w art. 7 ust. 2 znajduje w pełni zastosowanie do braku uzasadnienia, co do stosowania 120-dniowego terminu zapłaty ze względu na właściwości lub szczególne elementy umowy, o których mowa w art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych.

Wykonawca pragnie podkreślić, że w razie uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że do wykonawcy zastosowanie znajduje nie art. 7 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, lecz art. 8 tej ustawy – również nie zachodzą ani merytoryczne ani też formalne przesłanki, o których mowa w art. 8 ust. 3 ww. ustawy pozwalające na zastosowanie 120-dniowego terminu zapłaty faktur VAT wystawionych przez wykonawcę z tytułu realizacji umowy będącej przedmiotem zamówienia (zgodnie z argumentacją przywołaną powyżej, dotyczącą naruszenia art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych).

Ad 3 zarzutów

Zgodnie z pkt 2 ust. 8 Istotnych postanowień, które zostaną wprowadzone do umowy (Załącznik nr 8 do specyfikacji): „Fakturę za realizację umowy należy dostarczyć zamawiającemu w terminie 7 dni od daty końca okresu rozliczeniowego”. Tymczasem

zgodnie z pkt 2 ust. 10 lit. a Załącznika nr 8 do specyfikacji: „termin płatności dla usług dzierżawy taboru kolejowego: zamawiający (dzierżawca) zapłaci wykonawcy (wydzierżawiającemu) czynsz z dołu za każdy miesiąc dzierżawy w terminie 120 dni od zakończenia miesięcznego okresu rozliczeniowego. Faktury będą wystawiane na 30 dni przed terminem płatności”.

Wykonawca pragnie zwrócić uwagę, że zamawiający zgodnie z przywołanym powyżej postanowieniem pkt 2 ust. 8 Załącznika nr 8 do specyfikacji wymaga, aby faktura VAT z tytułu usługi dzierżawy taboru kolejowego została doręczona w momencie, gdy zgodnie z przepisami podatkowymi i treścią pkt 10 lit. a Załącznika nr 8 do specyfikacji nie powstanie jeszcze zobowiązanie podatkowe z tytułu VAT a co za tym idzie nie jest możliwym wystawienie i doręczenie zamawiającemu faktury VAT.

Zgodnie z § 11 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 marca 2011 r. w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług: W przypadkach określonych w art. 19 ust. 10, ust. 13 pkt 1-4 i 7-11 oraz ust. 16a i 16b ustawy fakturę wystawia się nie później niż z chwilą powstania obowiązku podatkowego. (2.) Faktury, o których mowa w ust. 1, nie mogą być wystawione wcześniej niż 30 dnia przed powstaniem obowiązku podatkowego. „Obowiązek podatkowy powstaje natomiast zgodnie z art. 19 ust. 13 pkt 4 ustawy o podatku od towarów i usług w momencie: otrzymania całości lub części zapłaty, nie później jednak niż z upływem terminu płatności określonego w umowie lub fakturze – z tytułu świadczenia na terytorium kraju usług najmu, dzierżawy, leasingu lub usług o podobnym charakterze, a także usług ochrony osób oraz usług ochrony, dozoru i przechowywania mienia, usług w zakresie pośrednictwa ubezpieczeniowego oraz usług stałej obsługi prawnej i biurowej.

Zgodnie z powyższymi przepisami oraz brzmieniem pkt 2 ust. 10 lit. a Załącznika nr 8 do specyfikacji obowiązek podatkowy w zakresie usługi dzierżawy taboru kolejowego powstaje dopiero w 90 dniu po zakończeniu miesięcznego okresu rozliczeniowego. Dopiero w tym dniu możliwie jest wystawienie faktury VAT z tytułu usługi dzierżawy taboru kolejowego i doręczenie jej zamawiającemu.

Wykonawca wnosi zatem o zmianę brzmienia pkt 2 ust. 8 Załącznika nr 8 do specyfikacji przez wskazanie, że faktura VAT z tytułu usługi dzierżawy taboru kolejowego będą doręczane wykonawcy w terminie 7 dni od dnia jej wystawienia przez wykonawcę.

Ad 4 zarzutów

Zgodnie z pkt 2 ust. 3 Istotnych postanowień, które zostaną wprowadzone do umowy (Załącznik nr 8 do specyfikacji): „W przypadku, kiedy zrealizowana wartość umowy będzie

niższa od wartości umowy, wykonawcy nie przysługuje jakiegokolwiek wynagrodzenie oraz jakiegokolwiek roszczenie odszkodowawcze.

Przedstawione przez zamawiającego istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy nie przewidują wartości minimalnej umowy, a jedynie jej wartość maksymalną, (zgodnie z deklaracją zamawiającego umowa nie może przekroczyć wartości określonej w pkt 2 ust. 1). Proponowane więc przez zamawiającego brzmienie pkt 2 ust. 3 Załącznika nr 8 do specyfikacji może w konsekwencji prowadzić do świadczenia przez wykonawcę usługi nieodpłatnie – bowiem zamawiający z jednej strony deklaruje, że wartość umowy nie przekroczy tej wartości maksymalnej określonej w pkt 2 ust. 1, a z drugiej strony wskazuje, że nie przewiduje uiszczenia wynagrodzenia na rzecz wykonawcy pomimo, że ten będzie świadczył w określonym zakresie na rzecz zamawiającego usługę stanowiącą przedmiot zamówienia, jeżeli wartość umowy (zapewne oceniania ex post) będzie niższa aniżeli maksymalna wartość umowy opisana w pkt 2 ust. 1. Z powyższego wynika (literalnie traktując przepis), że wykonawca ma szansę na uzyskanie wynagrodzenia jedynie w przypadku, gdy wartość umowy osiągnie dokładnie wskazaną wartość maksymalną określoną w pkt 2 ust. 1 (sytuacja jak się zdaje faktycznie prawie niemożliwa do osiągnięcia).

Fundamentalnym jest również to, że ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych jest ustawą, która reguluje zasady wyboru wykonawcy świadczącego odpłatnie usługi dostawy lub roboty budowlane. Powyższy przepis stoi nadto w sprzeczności z przepisami Kodeksu cywilnego dotyczącego wynagrodzenia za umowy o świadczenie usług, jak i z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług. Umowa wszak będąca przedmiotem zamówienia jest umową nienazwaną – sui generis, którą można określić jako umowę o świadczenie usług w rozumieniu art. 750 Kc, zgodnie z którym: „Do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane innymi przepisami, stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu”. W myśl natomiast art. 735 § 1 Kc: „Jeżeli ani z umowy, ani z okoliczności nie wynika, że przyjmujący zlecenie zobowiązał się je wykonać bez wynagrodzenia, za wykonanie zlecenia należy się wynagrodzenie”. Przepisy Kc nie tylko statuują względną zasadę odpłatności, ale przyjmują równocześnie domniemanie odpłatności zlecenia (K. Pietrzykowski (red.) Kodeks cywilny. Komentarz. T. 1, Wyd. 6, Warszawa 2011).

Zgodnie zatem z przywołanymi przepisami Kodeksu cywilnego – niedopuszczalne jest postanowienie pkt 2 ust. 3 Załącznika nr 8 do specyfikacji, zgodnie z którym w sytuacji, w której „zrealizowana wartość umowy będzie niższa od wartości umowy, wykonawcy nie przysługuje jakiegokolwiek wynagrodzenie”.

Zamawiający w żaden sposób nie definiuje co należy rozumieć przez zwrot: „kiedy zrealizowana wartość umowy będzie niższa od wartości umowy”. Zwrot ten jest wysoce

nieostry, co potencjalnie może powodować szereg nieporozumień pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą, tym bardziej że dotyczy on tak ważkiej z punktu widzenia stron umowy kwestii jak wynagrodzenie. Jak bowiem zostało wskazane powyżej – Załącznik nr 8 do specyfikacji reguluje jedynie kwestię maksymalnej wartości umowy, nie odnosząc się jednocześnie do jej minimalnej wartości, której (jak się wydaje) nieosiągnięcie mogłoby zgodnie z domniemaną wolą zamawiającego skutkować brakiem zobowiązania zamawiającego do wyrównywania roszczeń odszkodowawczych wobec wykonawcy.

Zasadną jest zmiana specyfikacji polegająca albo na usunięciu pkt 2 ust. 3 Załącznika nr 8 do specyfikacji albo też na sprecyzowaniu jego treści polegającej na zdefiniowaniu co należy rozumieć przez „zrealizowaniu umowy poniżej wartości umowy” bądź usunięciu fragmentu dotyczącego „nie przysługiwania wykonawcy jakiegokolwiek wynagrodzenia”.

Ad 5 zarzutów

Zgodnie z pkt 12 ust. 4 lit. b Istotnych postanowień, które zostaną wprowadzone do umowy (Załącznik nr 7 do SWIZ) zamawiający przewiduje możliwość zmiany w umowie w stosunku do treści oferty, na której podstawie dokonano wyboru wykonawcy: tj. „Na podstawie art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający przewiduje możliwość zmian umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy: „w razie rezygnacji przez zamawiającego z realizacji części przedmiotu umowy. W takim przypadku wynagrodzenie przysługujące wykonawcy zostanie pomniejszone, przy czym zamawiający zapłaci za wszystkie spełnione świadczenia”.

Zgodnie z art. 65 § 2 Kc: „W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu”. Biorąc pod uwagę zasady wykładni umów wynikające z przywołanego postanowienia kodeksu cywilnego, zasadnym jest stwierdzić, że pkt 12 pkt 4 lit. b Istotnych postanowień, które zostaną wprowadzone do umowy stanowi faktycznie ukryte pod nazwą uprawnienia do zmiany treści umowy uprawnienie do odstąpienia od umowy w każdym momencie jej realizacji. „Rezygnacja przez zamawiającego z realizacji części przedmiotu umowy” jest bowiem przesłanką całkowicie subiektywną, uzależnioną wyłącznie od woli zamawiającego.

Tymczasem, zgodnie art. 395 § 1 Kc: „Można zastrzec, że jednej lub obu stronom przysługiwać będzie w ciągu oznaczonego terminu prawo odstąpienia od umowy. Prawo to wykonywa się przez oświadczenie złożone drugiej stronie”. Skoro zatem zamawiający przyznaje sobie de facto uprawnienie do odstąpienia od umowy to zgodnie z art. 395 § 1 Kc, powinien w Istotnych postanowieniach, które zostaną wprowadzone do umowy określić termin do którego będzie uprawniony do odstąpienia od umowy w razie „rezygnacji z realizacji części przedmiotu umowy”. Koresponduje to z art. 145 Pzp zgodnie z którym: „W

razie zaistnienia istotnej zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach”. Ustawodawca przewiduje możliwości odstąpienia przez wykonawcę od umowy, ale wyłącznie w przypadku zmiany okoliczności powodującej, że wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym. Za nieprawidłową uznać należy zatem sytuację, w której zamawiający usiłuje w umowie zawrzeć postanowienia umożliwiające mu zmianę umowy zmierzającą de facto do odstąpienia od umowy – bez względu na jakąkolwiek przyczynę, tym bardziej że przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych regulują możliwość odstąpienia od umowy jednakże wyłącznie w sytuacji gdy wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym.

Zasadną jest zatem zmiana specyfikacji polegająca na zmianie pkt 12 pkt 4 lit. b Istotnych postanowień które zostaną wprowadzone do umowy przez jego wykreślenie.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **24.05.2013 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej **27.05.2013 r. (poniedziałek)** (art. 185 ust. 1 in fine Pzp).

Do odwołania nikt nie przystąpił.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez zamawiającego pismo odwołującego, złożone z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, z którego zamawiający wywodzi, że zamawiający nie przekroczył zasad współżycia społecznego w zakresie zarzutu nr 1 – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Odwołujący na rozprawie po wyjaśnieniach zamawiającego nie podtrzymał zarzutu nr 2 oraz stwierdził odnośnie zarzutów 3-5, że podtrzymuje argumentację z odwołania wnosząc o uwzględnienie tych zarzutów, pomimo że zamawiający sprostował postanowienia specyfikacji zgodnie z żądaniami odwołującego, ale odwołanie było składane na dzień, gdy nie obowiązywały te nowe postanowienia.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut pierwszy naruszenia – art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych w zw. z art. 58 § 1 oraz art. 353¹ Kc polegające na wskazaniu w pkt 2 ust. 10 lit. b załącznika nr 8 do specyfikacji (Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy), że „Termin płatności faktur wynosi [...] dla pozostałych faktur – 120 dni od daty dostarczenia faktury do zamawiającego” oraz na wskazaniu w tym zakresie w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w części XV specyfikacji (Warunki płatności), że: „Wymagany termin płatności wynosi 120 dni od daty wpływu faktury od zamawiającego wystawionej na podstawie dokumentu odbioru przedmiotu zamówienia potwierdzonego przez zamawiającego”, pomimo że ustawa z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych przewiduje maksymalny 60-dniowy termin płatności, a nie zachodzą przesłanki określone w art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych upoważniające do wydłużenia tego terminu – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w rozdz. 2 ust. 10 lit. b Załącznika nr 8 do specyfikacji (Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy), w sekcji III.1.2 ogłoszenia o zamówieniu i w części XV specyfikacji (Warunki płatności) postanowił, że termin płatności faktur wynosi 120 dni od daty dostarczenia faktury do zamawiającego.

Zdaniem odwołującego stanowi to naruszenie art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, gdyż przepis ten stanowi, że termin zapłaty określony w umowie nie może przekraczać 60 dni, liczonych od dnia doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi. Przepis art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych brzmi »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 ustalą inaczej i pod warunkiem że ustalenie to nie jest sprzeczne ze

społeczno-gospodarczym celem umowy i zasadami współzycia społecznego oraz jest obiektywnie uzasadnione, biorąc pod uwagę właściwość towaru lub usługi».

Skład orzekający Izby wskazuje na to, że odwołujący nie wziął pod uwagę w dostatecznej mierze faktu, że w przytoczonym przepisie nie został ustanowiony bezwzględny zakaz ustalania terminów zapłaty dłuższych niż 60 dni. W drugiej części przepisu występuje zastrzeżenie dające stronom możliwość ustalania dłuższych terminów, gdy:

- 1) strony inaczej ustalą;
- 2) wystąpi warunek, że ustalenie to nie jest sprzeczne ze społeczno-gospodarczym celem umowy i zasadami współzycia społecznego oraz jest obiektywnie uzasadnione, biorąc pod uwagę właściwość towaru lub usługi.

Ad 1. W trybie przetargu nieograniczonego nie ma miejsca na ustalanie, w potocznym sensie tego słowa, treści umowy, czy poszczególnych jej postanowień. Jednak wykonawcy mają szereg instrumentów na spowodowanie wystąpienia takich ustaleń. Śród nich znajduje się możliwość zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji uregulowana w art. 38 ust. 1 Pzp, a odnośnie rozpoznawanego postępowania w art. 38 ust. 1 pkt 1 Pzp, który brzmi: »Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż [...] na 6 dni przed upływem terminu składania ofert – pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert«.

Zamawiający udzielając wyjaśnień może w wyjaśnieniach wskazać na różne aspekty specyfikacji i wyjaśnić swoje stanowisko, a również zamawiający może nawet zmienić treść specyfikacji, zgodnie z art. 38 ust. 4 Pzp, który to przepis brzmi »W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę specyfikacji zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza ją także na tej stronie«.

Kolejnym sposobem wpłynięcia na treść specyfikacji, jest złożenie odwołania na postanowienia ogłoszenia czy samej specyfikacji oraz dołączanych do niej dokumentów zamawiającego, a takim dokumentem są istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści umowy. Dlatego nie można stwierdzić, że nawet w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego nie może dojść do ustalenia treści umowy. Finalnie wykonawca może, na zasadzie swobody umów, nie złożyć oferty. Dlatego argument braku ustaleń nie może być brany pod uwagę przez Izbę.

Ad 2. Drugim czynnikiem dopuszczającym możliwość ustalenia dłuższego niż 60 dni terminu zapłaty jest kumulatywne spełnienie warunku, że ustalenie to [1] nie jest sprzeczne ze społeczno-gospodarczym celem umowy i [2] zasadami współzycia społecznego oraz [3] jest obiektywnie uzasadnione, biorąc pod uwagę właściwość towaru lub usługi. Konieczność wystąpienia jednocześnie trzech wymienionych okoliczności wynika z zastosowania przez ustawodawcę wyrazu »warunek« w liczbie pojedynczej i jednocześnie zastosowania funktorów koniunkcji »i« a także »oraz«. Jednoczesne zastosowanie obu tych funktorów koniunkcji na raz (»i«, »oraz«) jest podkreśleniem znaczenia dla ustawodawcy jednoczesnego zajścia wszystkich tych okoliczności.

Dlatego zamawiający mógłby wykazać, że ustanowienie dłuższego niż 60 dni terminu zapłaty jest niezgodne z art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. **o terminach zapłaty w transakcjach handlowych**, gdyby wykazał chociaż zaistnienie jednej sprzeczności z trzema „podwarunkami”. Jednak odwołujący tego nie dowiódł.

Skład orzekający Izby stwierdza, że celem umowy jest obsługa bocznicy i dzierżawa taboru kolejowego w celu ekspediowania określonego towaru – węgla, na który występuje sezonowe zwiększone zapotrzebowanie, ale który to towar należy dostarczać w ciągu całego roku. Powszechnie wiadome jest, że zwiększone zapotrzebowanie na węgiel i co za tym idzie zwiększone płatności za węgiel występują w okresie jesienno-zimowym. Dlatego ustanowienie dłuższego terminu regulowania zobowiązań przez zamawiającego nie może być potraktowane, jako sprzeczne ze społeczno-gospodarczym celem umowy, gdyż właśnie bierze pod uwagę tę okresowość i długotrwałość regulowania płatności za sprzedaż węgla oraz konieczność ustawicznej obsługi bocznicy i dzierżawy taboru kolejowego do ekspediowania produktu zbytu kopalni, czyli węgla.

Również nie może być potraktowane, jako sprzeczne z zasadami współzycia społecznego oświadczenie zamawiającego, że zamierza regulować swoje zobowiązania po dłuższym okresie niż 60 dni, które są wskazane w art. 7 ust. 2 przytoczonej ustawy. Wprost za niezgodne z zasadami współzycia społecznego byłoby określenie krótszego terminu i narażenie kontrahenta na niespodziewane zatory płatnicze i późniejsze regulowanie zobowiązań, nawet z odsetkami. Wcześniejsze powiadomienie o dłuższym okresie regulowania zobowiązania pozwoli wykonawcy na skalkulowanie kosztów i ryzyk oraz możliwie dokładne określenie ceny ofertowej.

Wreszcie odwołujący nie wykazał, że zaproponowanie przez zamawiającego 120-dniowego terminu regulowania jego zobowiązań pieniężnych nie jest uzasadnione, biorąc pod uwagę właściwość towaru, jakim jest węgiel, oraz usługi, jaką jest obsługa bocznicy i dzierżawa taboru kolejowego, co ma na celu dopiero przygotowanie towaru do przyszłej sprzedaży, a nie sama sprzedaż, z której zamawiający uzyskiwałby szybko

pieniądze i mógł nimi dowolnie dysponować, a w tym regulować zobowiązanie za świadczenie wykonawcy zgonie z przedmiotową umową.

Wobec braku wykazania, że zamawiający naruszył wskazane przepisy zarzut pierwszy – naruszenia art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych przez postanowienia specyfikacji i ogłoszenia o zamówieniu polegające na wskazaniu terminu zapłaty przez zamawiającego wynoszącego 120 dni od daty dostarczenia faktury przez wykonawcę – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący na rozprawie, po wyjaśnieniach zamawiającego, nie podtrzymał zarzutu drugiego, w związku z czym skład orzekający Izby pozostawił ten zarzut bez rozpoznania.

Oдноśnie pozostałych zarzutów odwołania skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący żądał w zakresie:

- 1) zarzutu trzeciego, żeby zamawiający dokonał zmiany rozdz. 2 ust. 8 załącznika nr 8 do specyfikacji (Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy) – przez wskazanie, że fakturę VAT z tytułu usług dzierżawy taboru kolejowego należy dostarczyć zamawiającemu w terminie 7 dni od dnia jej wystawienia i zamawiający pismem z 29 maja 2013 r. dokonał zmiany specyfikacji nadając tej jednostce redakcyjnej żadaną przez odwołującego treść;
- 2) zarzutu czwartego, żeby rozdz. 2 ust. 3 załącznika nr 8 do specyfikacji (Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy) – przez sprecyzowanie treści tego postanowienia i zamawiający pismem z 29 maja 2013 r. dokonał zmiany specyfikacji nadając tej jednostce redakcyjnej żadaną przez odwołującego treść;
- 3) zarzutu piątego, żeby rozdz. 12 pkt 4 lit. b załącznika nr 8 do specyfikacji (Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy) został uchylony i zamawiający pismem z 29 maja 2013 r. dokonał zmiany specyfikacji przez uchylenie tej jednostki redakcyjnej z treści specyfikacji.

Zamawiający dokonał tych zmian w specyfikacji na podstawie art. 38 ust. 4 Pzp, który brzmi »W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę specyfikacji zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza ją także na tej stronie«.

Ponadto na rozprawie odwołujący oświadczył, że w zakresie zarzutów od trzeciego do piątego zamawiający zmodyfikował postanowienia specyfikacji zgodnie z żądaniem odwołującego.

Skład orzekający Izby uznał, że zarzuty odwołania od trzeciego do piątego stały się bezprzedmiotowe. Podstawą do tego stwierdzenia były: analiza zmian specyfikacji dokonanych przez zamawiającego pismem z 29 maja 2013 r. oraz oświadczenie odwołującego, że zamawiający zmienił postanowienia specyfikacji zgodnie z żądaniami odwołującego.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowód złożony przez zamawiającego, który jedynie potwierdził, że ustalenie 120-dniowego terminu opłacenia należności przez zamawiającego nie narusza zasad współżycia społecznego, chociaż ten dowód nie był samodzielna podstawą do takiego stwierdzenia.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....