

Sygn. akt: KIO 2020/16

WYROK

z dnia 2 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 2 listopada 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2016r. przez **wykonawcę PGF URTICA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Krzemieniecka 120** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Mazowieckie Specjalistyczne Centrum Zdrowia im. Prof. Jana Mazurkiewicza z siedzibą w Pruszkowie, ul. Partyzantów 2/4**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie,**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę PGF URTICA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Krzemieniecka 120** i
 - 2.1 Zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę PGF URTICA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Krzemieniecka 120** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 Zasądza od **wykonawcy PGF URTICA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Krzemieniecka 120** na rzecz **zamawiającego Mazowieckie Specjalistyczne Centrum Zdrowia im. Prof. Jana Mazurkiewicza z siedzibą w Pruszkowie, ul. Partyzantów 2/4** kwotę 3 600zł. 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę leków zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 października 2016r. za numerem 2016/S 199-359360.

W dniu 24 października 2016r. wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) odwołanie wniósł wykonawca PGF Urtica spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 29 września 2016r. udzielonego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 24 października 2016r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie::

I. art. 8a ustawy z dnia 8 marca 2013r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2013 r. poz. 403 ze zm., dalej: UoTZ), w zw. z art. 353(1) k.c., w zw. z art. 58 k.c., w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 – dalej ustawy) wprowadzającego zakaz zawierania w umowach stron zapisów dotyczących terminów wystawiania i doręczania faktur VAT, przez zawarcie w §5 ust. 1 wzoru umowy będącego załącznikiem nr 3 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: Wzór Umowy) w sposób sprzeczny z zasadą swobody umów zapisu, zgodnie z którym płatność wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy dokonywana będzie w terminie 60 dni od dnia dostarczenia faktury VAT, po zakończeniu miesiąca rozliczeniowego, w wysokości stanowiącej sumę iloczynów cen jednostkowych produktów oraz liczby produktów dostarczonych w danym miesiącu, co stanowi niedozwolone określenie w umowie terminu wystawienia i doręczenia faktur VAT;

II. art. 8 ust. 2 UoTZ, w zw. z art. 353(1) k.c., w zw. z art. 58 k.c., w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy wprowadzającego maksymalny termin zapłaty, na jaki strony mogą umówić się w umowie, który dla transakcji handlowych, w których dłużnikiem jest podmiot publiczny będący podmiotem leczniczym w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 204 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011r. o działalności leczniczej (Dz.U. Nr 112, poz. 654 ze zm., dalej: UDL) nie może przekraczać 60 dni, przez wprowadzenie w §5 ust. 1 Wzoru Umowy w sposób sprzeczny z zasadą swobody umów zapisu określającego termin wystawienia i doręczenia faktur VAT, który prowadzi do niedozwolonego wydłużenia maksymalnego terminu zapłaty ponad dopuszczalne 60 dni;

III. art. 29 ust 1 PZP w zw. z art. 8 ust. 3 UoTZ przez brak wskazania i uzasadnienia w SIWZ przesłanek z art. 8 ust 3 UoTZ powodujących wydłużenie terminu zapłaty za

dostarczone zamawiającemu towary powyżej 30 dni. W efekcie niemożliwa jest weryfikacja tych przesłanek;

IV. niezależnie od zarzutu z punktu III powyżej, naruszenie art. 8 ust. 3 UoTZ w zw. z art. 353(1) k.c. w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy przez wydłużenie w § 5 ust. 1 Wzoru Umowy, terminu zapłaty za otrzymane towary do 60 dni, podczas gdy ustawa szczególna przewiduje jako zasadę termin 30 dni, natomiast wyjątkowo termin ten może ulec wydłużeniu do 60 dni o ile jest to uzasadnione właściwością lub szczególnymi elementami umowy (art. 8 ust. 3 UoTZ). Tymczasem w niniejszym przypadku przesłanki te nie są spełnione, co stanowi o niezgodności w/w zapisu z przepisami powszechnie obowiązującymi;

V. art. 7 ust. 1 ustawy i 29 ust 2 ustawy w zw. z art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów („UOKiK”) i art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („ZNKU”) oraz w zw. z art. 353(1) k.c. w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy przez sformułowanie § 5 ust. 1 Wzoru Umowy w sposób stanowiący nadużywanie pozycji dominującej w szczególności przez narzucanie warunków sprzedaży, uzależnianie umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy oraz poprzez utrudnianie dostępu do rynku;

VI. zasad współzycia społecznego, skutkujące naruszeniem art. 353(1) k.c., w zw. z art. 58 k.c., w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy, w szczególności z zasady uczciwości kupieckiej, którą zamawiający narusza wprowadzając do wzorca umowy nieważną normę umowną - zamawiający realizuje bowiem swój prywatny (a nie publiczny) interes zapewniając sobie za pomocą pozornie uprawnionych narzędzi niedozwolone wydłużenie terminu na zapłatę faktur VAT. Następuje to kosztem drugiej strony, sprzecznie z zasadą rzetelności i lojalności wobec partnera umowy (vide m.in.: wyrok SA w Lublinie z dn. 29 lipca 2014r.. I ACa 353/14. LEX nr 14989591:

- a w konsekwencji w/w postanowienia Wzoru Umowy po jej zawarciu - dotknięte będą sankcją nieważności.

Wniósł o

I. nakazanie zamawiającemu czynności, tj. zmiany postanowień SIWZ – Wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 3 do SIWZ przez usunięcie części zapisu z §5 ust 1 Wzoru Umowy dotkniętej nieważnością, to jest:

„Płatność wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy dokonywana będzie przelewem na rachunek bankowy Wykonawcy wskazany na fakturze VAT. Wynagrodzenie będzie płatne w terminie do 60 dni od dnia dostarczenia przez Wykonawcę prawidłowo wystawionej faktury VAT, na konto wskazane w fakturze, po zakończeniu miesiąca rozliczeniowego, w wysokości stanowiącej sumę iloczynów cen jednostkowych określonych w Formularzu sortymentowo-

cenowym - Załączniku nr 2 do umowy oraz liczby Produktów dostarczonych na rzecz zamawiającego w danym miesiącu."

i wskazanie, że na podstawie art. 56 k.c. do umowy zastosowanie będzie miał termin ustawowy, tj. 30 - dniowy.

II. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu na okoliczności wskazane w treści pisma;

III. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów poniesionych przez stronę odwołującą, według przedłożonego zestawienia.

Odwołujący wskazał, iż ma interes prawny w złożeniu odwołania, bowiem ubiega się o uzyskanie zamówienia publicznego w przedmiotowym postępowaniu (m.in. zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ w zakresie kwestionowanych zapisów SIWZ i wzoru umowy - dowód w załączeniu), zaś zaskarżone niniejszym odwołaniem postanowienia SIWZ utrudniają złożenie prawidłowej i zgodniej z wymogami zamawiającego oferty. Tym samym odwołującemu grozi szkoda w postaci utraty zysku, na który mógłby liczyć uzyskując zamówienie publiczne do realizacji. Szkoda ta ma wymiar o tyle realny, że odwołujący jako jeden z wiodących dostawców produktów leczniczych na rynku szpitalnym ma rzeczywiste szanse na złożenie najkorzystniejszej oferty w ramach tego postępowania, wygrywał już przetargi organizowane przez zamawiającego i jest w trakcie realizowania umów przetargowych zawartych z zamawiającym. Ponadto, odwołujący stale występuje w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, co jest faktem notoryjnym i powszechnie znanym. W ramach tych postępowań notorycznie pojawiają się postanowienia SIWZ oraz wzorów umów obarczone nieważnością, co również stoi u podstaw interesu z wystąpieniem z niniejszym odwołaniem do Izby.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający zamieścił w dniu 14 października 2016r. w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich ogłoszenie o postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego nr ZP/AM/14/2016 na dostawę leków. Umowa zawarta w wyniku tego postępowania miałaby trwać 12 miesięcy oraz polegałaby na realizowaniu przez wykonawcę dostaw leków na podstawie zamówień sukcesywnie składanych przez zamawiającego, wg jego potrzeb (§ 3 ust. 1 Wzoru Umowy).

Jako dowód powołał:

1. Ogłoszenie o zamówieniu z dn. 14 października 2016r.
2. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia nr ZP/AM/14/2016;
3. Załącznik nr 3 do SIWZ.

W treści wzoru umowy będącego załącznikiem nr 3 do SIWZ zamawiający wprowadził postanowienie (w §5 ust 1) niezgodne z przepisami bezwzględnie obowiązującymi, na co odwołujący przedstawia następującą argumentację:

1. Naruszenie przepisów UoTZ

UoTZ w swych założeniach miała rozwiązać problemy wierzycieli wynikające z opóźnień w zapłacie oraz z wymuszania przez pewne kategorie dłużników wprowadzania do umów nadmiernie odległych terminów zapłaty. Problemy te aktualizują się szczególnie jaskrawo w odniesieniu do podmiotów publicznych będących podmiotami leczniczymi w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 2-4 Ustawy o działalności leczniczej, które mają szczególne trudności z terminowym regulowaniem wymagalnych zobowiązań, a jednocześnie wykorzystują swoją pozycję zamawiającego w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w trybie przewidzianym przez ustawę.

Powyższe przejawia się m.in. przez wprowadzanie przez zamawiających do wzorów umów przetargowych postanowień dotyczących faktur zbiorczych. Konstrukcja tego rodzaju zapisów polega na pozbawieniu wykonawców możliwości dokumentowania każdej dostawy produktów leczniczych za pomocą faktury VAT. W miejsce bieżących faktur VAT, wykonawca zobowiązany jest doręczyć zamawiającemu wraz z każdą dostawą dokument potwierdzający m.in. rodzaj, ilość towaru, cenę jednostkową oraz wartość towaru. Może być to tzw. dokument WZ, protokół zdawczo- odbiorczy lub inny dokument kwitujący spełnienie świadczenia. Fakturę VAT może natomiast wystawiać nie częściej niż raz z miesiąca, uwzględniając w niej wszystkie dostawy, jakie zostały zrealizowane w tym okresie (tzw. „faktura zbiorcza”).

W niniejszym przypadku zamawiający zamieścił we Wzorze Umowy (stanowiącym Załącznik nr 3 do SIWZ) w §5 ust 1 postanowienie opierające się na w/w konstrukcji „faktury zbiorczej”, a mianowicie:

„Płatność wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy dokonywana będzie przelewem na rachunek bankowy Wykonawcy wskazany na fakturze VAT. Wynagrodzenie będzie płatne w terminie do 60 dni od dnia dostarczenia przez Wykonawcę prawidłowo wystawionej faktury VAT, na konto wskazane w fakturze, po zakończeniu miesiąca rozliczeniowego, w wysokości stanowiącej sumę iloczynów cen jednostkowych określonych w Formularzu asortymentowo-cenowym - Załączniku nr 2 do umowy oraz liczby Produktów dostarczonych na rzecz Zamawiającego w danym miesiącu.”

Zatem zgodnie z przytoczonym postanowieniem, wykonawca nie może wystawiać faktur VAT na potwierdzenie poszczególnych dostaw (realizowanych na podstawie zamówień sukcesywnie składanych przez zamawiającego - vide: §3 ust 1 Wzoru Umowy), lecz obowiązany jest wystawić jedną fakturę zbierającą dostawy z całego miesiąca. Termin zapłaty za te dostawy miałby zaś biec dopiero od doręczenia zamawiającemu wspomnianej „faktury zbiorczej” za cały miesiąc dostaw.

Opisana regulacja umowna stoi w sprzeczności z szeregiem przepisów bezwzględnie obowiązujących.

Po pierwsze, zgodnie z art. 8a UoTZ „strony transakcji handlowej nie mogą ustalać daty doręczenia faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi.” Z uwagi na funkcjonalne powiązanie faktu doręczenia faktur z rozpoczęciem biegu terminu zapłaty ustawodawca w nowelizacji UoTZ (Ustawa z dnia 9 października 2015 r. o zmianie ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, ustawy - Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustawy (Dz.U. z 2015 r. poz. 1830)), która weszła w życie 1 stycznia 2016r. dodał art. 8a, którego celem było wyeliminowanie możliwości umawiania się przez strony transakcji handlowej na termin doręczania faktur lub rachunków. Zgodnie z jego treścią „strony transakcji handlowej nie mogą ustalać daty doręczenia faktury lub rachunku potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi”. U podstaw jego wprowadzenia było „wyeliminowanie możliwości zawierania porozumień, które prowadziłyby do nadmiernego odsuwania w czasie doręczania faktury, co w efekcie wpłynęłoby na odroczenie powstania roszczenia o odsetki” (Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, ustawy - Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, [https://legislacja.rcl.gov. DI/docs//2/12271803/12285995/12285996/dokumentl67020.Ddf.](https://legislacja.rcl.gov.) s. 4). Konsekwencją powyższego uregulowania jest więc, w ocenie odwołującego, brak możliwości zawierania w umowach stron zapisów dotyczących terminu doręczenia faktury lub rachunku.

W świetle powyższego, zdaniem odwołującego, nie powinno ulegać wątpliwości, że wprowadzenie przez zamawiającego w niniejszej sprawie zapisu we Wzorze Umowy dotyczącego wystawiania faktur nie częściej niż raz w miesiącu, ujmujących zbiorczo transakcje przeprowadzone w ciągu tego miesiąca, stanowi naruszenie bezwzględnie obowiązującego przepisu art. 8a UoTZ, a tym samym jest czynnością nieważną z punktu widzenia art. 58 k.c - „Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy”. Oczywistym jest dla odwołującego bowiem, że wykonawca mógłby i powinien wystawiać fakturę VAT na potwierdzenie każdorazowej transakcji dostawy, zaś termin wymagalności powinien rozpoczynać bieg od dnia doręczenia właśnie tejże faktury VAT. Kwestionowany zapis we Wzorze Umowy (§ 5 ust 1) stanowi zaś przesunięcie terminu dostarczenia faktury na koniec miesiąca z nakazem ujęcia w tej fakturze zbiorczo wszystkich dostaw z tego miesiąca. Takie działanie zostało uznane przez ustawodawcę za niedozwolone.

Po drugie, przepisy UoTZ przewidują maksymalne terminy zapłaty, na jakie strony mogą się umówić zawierając umowę. Zgodnie z art. 8 ust. 2 UoTZ „termin zapłaty określony w umowie nie może przekraczać 30 dni. liczonych od dnia doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku.

potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi, a w transakcjach handlowych, w których dłużnikiem jest podmiot publiczny będący podmiotem leczniczym w rozumieniu art. 4 ust 1 pkt 2-4 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej, termin ten nie może przekraczać 60 dni". Zapis ten - oprócz maksymalnych terminów na zapłatę - wskazuje, iż zdarzeniem powodującym rozpoczęcie biegu ustawowych terminów na zapłatę jest doręczenie dłużnikowi faktury lub rachunku. Dla obejścia tych przepisów zamawiający wprowadził do Wzoru Umowy zapis § 5 ust. 1 o fakturach zbiorczych, które miałyby być wystawiane i doręczane nie częściej niż raz w miesiącu.

Wprowadzanie do Wzoru Umowy przetargowej wskazanego postanowienia powoduje faktyczne wydłużenie ustawowo określonych jako maksymalne terminów zapłaty o dodatkowy czas co najmniej 30-tu dni. Bowiem w miejsce ustawowego maksymalnego terminu 60-dniowego (który to termin podmioty publiczne będące podmiotami leczniczymi mogą stosować wyjątkowo, po spełnieniu ustawowych przesłanek), zamawiający w istocie zyskuje aż 90-dniowy termin płatności będący w ewidentnej sprzeczności z przepisami UoTZ. Problem ten jest tym bardziej rażący, iż już samo wydłużenie terminu z 30 do 60 dni jest zdaniem odwołującego w tym przypadku nieuzasadnione i nieskuteczne. Tym bardziej, wydłużenie terminu aż do 90 dni stanowi wypaczenie celu regulacji UoTZ, będącej implementacją unijnej Dyrektywy 2011/7/EU w sprawie zwalczania opóźnień w transakcjach handlowych (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/7/EU z dnia 16 lutego 2011 r. w sprawie zwalczania opóźnień w transakcjach handlowych z dnia 16 lutego 2011 r. (Dz.Urz.UE.L Nr 48, str. 1 - dalej. Dyrektywa). Dyrektywa wprost wskazuje, że spełnienie świadczenia przez dłużników powinno być skorelowane z otrzymaniem płatności w stosownym terminie - „płatność dłużnika powinna być uważana za opóźnioną, a zatem uprawniającą do odsetek za opóźnienie w płatnościach, w przypadku gdy wierzyciel nie dysponuje należną kwotą w stosownym terminie, pod warunkiem że wypełnił swoje zobowiązania prawne i umowne (...) Faktury równają się wezwaniom do zapłaty i są ważnymi dokumentami w łańcuchu transakcji dostawy towarów i świadczenia usług, między innymi do celów ustalenia terminów płatności". Skoro więc Dyrektywa przewiduje maksymalne terminy na zapłatę zobowiązań (analogicznie jak w UoTZ 30 i 60 dni), a jednocześnie wskazuje, że termin ten nie powinien być nadmierny w stosunku do terminu spełnienia świadczenia, a także że powinien być on skorelowany z faktem wystawienia i doręczenia faktury, to oczywistym jest, że umowne przedłużanie terminu doręczenia faktury prowadzi do naruszenia wspomnianych maksymalnych terminów płatności.

Regulacja zarówno unijna, jak i krajowa, mają więc na celu skutecznie przymuszanie dłużników do wykonywania ciążących na nich zobowiązań, poprzez stworzenie takich warunków, że z punktu widzenia prowadzonej przez nich działalności gospodarczej przestaje być opłacalne pozostawanie w opóźnieniu w zapłacie lub wprowadzanie do umowy bardzo

odległych terminów płatności (por. M. Chudzik, „Komentarz do ustawy z dnia 12 czerwca 2003r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych”, Legalis, uwagi do art. 1). Jak podnoszą przedstawiciele doktryny „celem regulacji jest zapewnienie przedsiębiorcom płynności finansowej m.in. poprzez większe zdyscyplinowanie stron transakcji handlowych do stosowania krótszych terminów zapłaty” (P. Fik i P. Staszczuk, Wątpliwości dotyczące możliwości dochodzenia rekompensaty za koszty odzyskiwania należności na podstawie ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, Przegląd Sądowy lipiec-sierpień 2015 s. 119).

Wyżej wspomniane kwestie zostały omówione i pogłębione w Opinii Prawnej z dn. 21 czerwca 2016r. sporządzonej przez dra hab. M.K.. z Katedry Prawa Finansowego na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego (w załączeniu).

Z uwagi na wyżej opisane zarzuty, postanowienie zawarte w §5 ust 1 Wzoru Umowy jest niezgodne z podstawową zasadą swobody umów z art. 353(1) k.c., który to przepis za pośrednictwem art. 139 ust. 1 ustawy ma również zastosowanie w niniejszym przypadku. Wzór umowy zawiera bowiem wprowadzoną przez zamawiającego normę umowną pozostającą w sprzeczności z elementami stanowiącymi granice swobody kontraktowej tj. przede wszystkim ustawą. Z tego powodu zapis §5 ust 1 Wzoru Umowy dotknięty jest częściową nieważnością i jako taki nie może się ostać w treści SIWZ. Stąd wniosek zawarty w petitum odwołania o nakazanie zamawiającemu przez Izbę wykonania czynności w postaci częściowego usunięcia wspomnianego zapisu ze Wzoru Umowy.

Ponadto, odwołujący kwestionuje zapis z §5 ust 1 Wzoru Umowy również z powodu innej sprzeczności z UoTZ. Mianowicie, zgodnie z art. 8 ust. 3 „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”.

Celem powyższego uregulowania jest zagwarantowanie szybkiej płatności ze strony organów publicznych. „Naruszenie przez organy władzy terminów płatności stanowi zdecydowanie negatywny przykład dla innych podmiotów. Ustawodawca nie może oczekiwać od przedsiębiorców terminowych wpłat na rzecz ich kontrahentów, jeśli przedsiębiorcy ci nie uzyskują w terminie kwot należnych im od organów władz publicznej” (vide: P. Biezuński, Terminy zapłaty w transakcjach handlowych. Komentarz, Warszawa 2013, komentarz do art. 8).

Zamawiający, w ocenie odwołującego, nie wskazał w SIWZ na podstawie jakich przesłanek (mieszczących się w ramach ustawowej dyspozycji) wydłużył termin zapłaty do 60 dni. W efekcie, brak jest możliwości weryfikacji zasadności tychże przesłanek. Powoduje to niezgodność opisu zamówienia z wytycznymi z art. 29 ust 1 ustawy - nie jest bowiem jasne

dlaczego na podstawie Wzoru Umowy, zamawiający wymaga zastosowania w niniejszym przypadku dłuższego terminu płatności.

Odwołujący podkreślił, że w niniejszej sprawie zamawiający w sposób nieuprawniony wydłużył termin zapłaty za otrzymane towary powyżej 60 dni - nie zostały bowiem spełnione przesłanki wskazane przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 ustawy. Przykładowo, w uzasadnieniu do wprowadzonych zmian w ustawie o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, podaje się jako takie przesłanki: skomplikowanie, złożoność procedur, wielość podmiotów zaangażowanych, wieloetapowość. Wskazywane są też specyficzne umowy, które spełniają ustawowe przesłanki np. skomplikowane umowy o roboty budowlane wymagające sukcesywnego wykonywania poszczególnych etapów, przy zaangażowaniu często kilku podwykonawców. W niniejszym przypadku, stosunek umowny nie będzie w ocenie odwołującego wykazywał w/w cech.

Ponadto, analiza poszczególnych elementów wzoru umowy prowadzi do wniosku, że termin zapłaty wynosić winien 30 dni, bowiem zamawiający wymaga bardzo krótkich, nawet kilkugodzinnych terminów dostawy. Niedotrzymanie terminu jest oczywiście obwarowane karami umownymi (vide: § 6 ust 1b Wzoru Umowy). Przy tak określonych obowiązkach umownych nie istnieje uzasadnienie dla wydłużenia terminu zapłaty powyżej 30 dni. Natomiast szczególna właściwość umowy, która dotyczy dostawy leków na potrzeby udzielania świadczeń zdrowotnych, może co najwyżej uzasadniać skrócenie terminów dostawy (czego zamawiający dokonał we wzorze umowy), natomiast nie uzasadnia wydłużenia terminów płatności.

Z wyżej wskazanych względów, w ocenie odwołującego, z uwagi na nieuprawnione wydłużenie terminu zapłaty do 60 dni przez zamawiającego, bez spełnienia warunków, o których mowa w art. 8 ust 3 UoTZ, w niniejszym przypadku - na zasadach art. 56 k.c. - zastosowanie w umowie znajdzie termin 30-dniowy.

W zakresie naruszenie przepisów UOKiK i ZNKU, odwołujący podniósł również, że nawet gdyby przyjąć, iż wyżej przytaczany zapis umowny z §5 ust 1 Wzoru Umowy za dopuszczalny - należy zwrócić uwagę, że umowy przetargowe zawierane są w trybie adhezyjnym. W niniejszym przypadku umowa zostanie zawarta przez przystąpienie wybranego wykonawcy do analizowanego wzoru umowy. Narzucanie przez zamawiającego zapisu z § 5 ust 1 Wzoru Umowy, zawierającego bardzo kosztowny i uciążliwy obowiązek, następuje w warunkach występowania przez zamawiającego z pozycji dominującej. Tymczasem, zgodnie z art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów:

Art. 9. 1. Zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców.

2. Nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na:

1) bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich, odległych terminów płatności lub innych warunków zakupu a i bo sprzedaży towarów; (...)

6) narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści;(...)

3. Czynności prawne będące przejawem nadużywania pozycji dominującej są w całości lub w odpowiedniej części nieważne.

Odwołujący podkreślił, że zamawiający jest „przedsiębiorcą” w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt a UOKiK. Niewątpliwie zajmuje przy tym pozycję dominującą z uwagi na faktyczną rejonizację świadczeń medycznych, która sprawia, że większe jednostki medyczne (jak zamawiający) dominują na danym terenie w zakresie świadczenia tychże usług. Narzucając tak niekorzystne i sprzeczne z naturą dostawy warunki umowne, jak § 5 ust 1 wzoru umowy, zamawiający mieści się w zakresie art. 9 UOKiK, co powoduje, że również ten zapis umowny jest obciążony sankcją nieważności.

Niezależnie od powyższego, w ocenie odwołującego, narzucanie takich warunków umów stanowi utrudnianie dostępu do rynku. Niewielu wykonawców jest bowiem w stanie spełnić tak wygórowane kryterium jak wystawianie „faktur zbiorczych” - wymaga to bowiem wdrożenia stosownych narzędzi technicznych oraz - co najistotniejsze - wymusza poszukiwanie dodatkowych środków finansowania celem utrzymania płynności finansowej. Należy bowiem pamiętać, że wykonawca będzie musiał oczekiwać na płatność za dostarczone towary co najmniej 30 dni dłużej, niż termin ustawowy - co dla większości firm jest niemożliwe. Powoduje to, że znaczna część potencjalnych wykonawców nie będzie mogła przystąpić do przetargu, co w konsekwencji ogranicza szanse zamawiającego na uzyskanie rzeczywiście najkorzystniejszej ceny. Zatem skutek finalny oznacza stratę dla Skarbu Państwa, a więc po raz kolejny interes prywatny zamawiającego przeważał nad prawidłowo rozumianym interesem publicznym. Należy przy tym pamiętać, że utrudnianie dostępu do rynku stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, stypizowany w art. 15 ZNKU.

Postanowienie z §5 ust 1 Wzoru Umowy stoi w szczególności w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego (o czym będzie mowa poniżej). Zamawiający wykorzystując bowiem swoją uprzywilejowaną pozycję, narzuca wobec wykonawcy postanowienie umowne niezwiązane w ogóle ze stosunkiem dostawy. Jest również zdaniem odwołującego przejawem braku rzetelności i lojalności kupieckiej po stronie zamawiającego. Za sprzeczność z zasadami współzycia społecznego, sankcję nieważności przewiduje art. 58 k.c.

Odnosnie naruszenia zasad współzycia społecznego, odwołujący wskazał, że Wzór Umowy w kwestionowanej części kłóci się z zasadami współzycia społecznego. To również stanowi

o wykroczeniu poza granice swobody umów (art. 353(1) k.c.) oraz jest jednym z elementów wymienianych bezpośrednio w art. 58 k.c., w paragrafie drugim tego przepisu.

Wszystkie powyżej opisane problemy, do których prowadzi istnienie w Umowie nieważnej normy, kwestionowanej w niniejszej sprawie, a to w szczególności - realizacja indywidualnych interesów zamawiającego (których w tym wypadku bynajmniej nie należy utożsamiać z interesem publicznym) oraz próba zapewnienia sobie za pomocą pozornie uprawnionych narzędzi niedozwolone wydłużenie terminu na zapłatę faktur VAT - świadczą o sprzeczności tejże normy z zasadami kontraktowej uczciwości kupieckiej. Tymczasem, jak podkreśla Sad Apelacyjny w Lublinie, uczciwość i rzetelność kupiecka to kwestie mające nadrzędne znaczenie w obrocie - w relacjach pomiędzy przedsiębiorcami zasady współzycia społecznego należy rozumieć jako zasady rzetelności i lojalności w stosunku do partnera umowy. Ewentualne nadużycie kontraktowe może podlegać weryfikacji na podstawie art. 58 § 2 i art. 353[1] k.c. W płaszczyźnie stosunków kontraktowych zasady te wyrażają się istnieniem powszechnie akceptowanych reguł przyzwoitego zachowania się wobec kontrahenta. Szczególne znaczenie mają reguły uczciwości i rzetelności tzw. kupieckiej, których należy wymagać od przedsiębiorcy - profesjonalisty na rynku, a mianowicie przestrzegania dobrych obyczajów, zasad uczciwego obrotu, rzetelnego postępowania czy lojalności i zaufania. Każda ze stron umowy powinna zatem powstrzymać się od wszelkich zachowań, które świadczą o braku respektu dla interesów partnera lub wywołują uszczerbek w tych interesach (vide: wyrok SA w Lublinie z dn. 29 lipca 2014r., sygn. akt: I ACa 353/14, LEX nr 1498959) .

Odwołujący podkreślił, że w przypadku ukształtowania postanowień umownych sprzecznie z przepisami powszechnie obowiązującymi, naturą stosunku zobowiązaniowego oraz zasadami współzycia społecznego, sankcją w oparciu o art. 58 k.c. jest nieważność. Zatem w niniejszym przypadku wzór umowy, na warunkach którego zamawiający wymaga zawarcia umowy z wybranym wykonawcą, zawiera już na tym etapie nieważną normę umowną. Po zawarciu umowy na takim wzorze, będzie ona częściowo obciążona nieważnością co spowoduje konieczność występowania wobec zamawiającego z roszczeniami. Będzie to zaś oznaczało stratę po stronie zamawiającego, reprezentującego interes publiczny.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami oraz pytań do treści siwz, opinii prywatnej sporządzonej na zlecenie odwołującego.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, że w § 5 ust. 1 wzoru umowy – załącznik nr 3 do siwz zamawiający zawarł następujący warunek płatności:

„Płatność wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy dokonywana będzie przelewem na rachunek bankowy Wykonawcy wskazany na fakturze VAT. Wynagrodzenie będzie płatne w terminie do 60 dni od dnia dostarczenia przez Wykonawcę prawidłowo wystawionej faktury

VAT, na konto wskazane w fakturze, po zakończeniu miesiąca rozliczeniowego, w wysokości stanowiącej sumę iloczynów cen jednostkowych określonych w Formularzu sortymentowo-cenowym - Załączniku nr 2 do umowy oraz liczby Produktów dostarczonych na rzecz zamawiającego w danym miesiącu."

Wobec tego postanowienia umownego na dzień rozpoznania sprawy do zamawiającego wpłynęły następujące zapytania:

„Dotyczy projektu umowy: czy zamawiający w § 5 ust. 1 wyraża zgodę na wykreślenie zwrotu „po zakończeniu miesiąca rozliczeniowego”?

„Czy zamawiający wyrazi zgodę na zmianę § 5 ust. 1 projektu umowy dostawy poprzez wykreślenie zapisu o fakturach wystawianych po zakończeniu miesiąca rozliczeniowego i zastąpienie ich fakturami wystawianymi za każdą zrealizowaną dostawę towaru, z uwagi na uchylenie z dniem 1 stycznia 2014r. przepisów dopuszczających możliwość wystawiania tzw. faktur zbiorczych, a także z uwagi nieważność zapisu w świetle bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa tj. obowiązującego od dnia 1 stycznia 2016r. art. 8a ustawy z dnia 8 marca 2013r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. z 2013r. poz. 403 ze zm. dalej UoTZ), zakazującego zawierania w umowach stron zapisów dotyczących terminów wystawiania i doręczania faktur?

Możliwość wystawiania faktur zbiorczych wynikała z nieobowiązującego już § 9 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 11 grudnia 2012r. zmieniające rozporządzenie 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. z 2012r. poz. 1428), które to rozporządzenie zostało uchylone z dniem 1 stycznia 2014r. W aktualnie obowiązującym rozporządzeniu Ministra Finansów z dnia 3 grudnia 2013r. w sprawie wystawiania faktur (Dz. U. z 2013r. poz. 1485 ze zm.), brak jest zapisów dotyczących faktur zbiorczych. Obecnie nie ma więc żadnej podstawy prawnej, z której wynikałaby możliwość posługiwania się konstrukcją faktur zbiorczych. Niezależnie od powyższego, zgodnie z art. 8a UoTZ „strony transakcji handlowej nie mogą ustalać daty doręczenia faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi”. Konsekwencją powyższego uregulowania jest brak możliwości zawierania w umowach stron zapisów dotyczących terminu doręczenia (a więc i wystawienia) faktury lub rachunku. Stąd zapis § 5 ust. 1 projektu umowy dostawy jest dotknięty nieważnością.”

Opinia prywatna sporządzona przez dr hab. M.K. stanowi element argumentacji prawnej odwołującego. Z jej treści wynika, że nieuczciwą i sprzeczną z unormowaniami UoTZ jest praktyka wprowadzania przez zamawiających klauzul umownych mających na celu wydłużanie terminów zapłaty należności za spełnione świadczenia przez wprowadzenia tzw. „faktur zbiorczych”. Według narzucanych postanowień umownych fakturę VAT można

wystawiać nie częściej niż raz w miesiącu uwzględniając wszystkie dostawy w tym okresie, a nie z za każdorazową dostawę. Zdaniem opiniującego praktyka taka prowadzi do obejścia art. 8 UoTZ i wydłużenia maksymalnego określonego tam terminu od około od 15 do 45 dni. Opinia nie dotyczy postanowienia §5 ust. 1 wzoru umowy, gdyż została wydana przed wszczęciem postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego.

Izba ustaliła następujący stan prawny:

Zgodnie z art. 2 pkt. 3 UoTZ przepisy tej ustawy stosuje się do transakcji handlowych, których wyłącznymi stronami są podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164). Zamawiający jest samodzielnym publicznym zakładem opieki zdrowotnej posiadającym osobowość prawną i będącym jednostką sektora finansów publicznych (art. 9 pkt. 10 ustawy o finansach publicznych), a więc zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt. 1 ustawy.

W myśl definicji zawartej w pkt. 1 art. 4 UoTZ transakcja handlowa to umowa, której przedmiotem jest odpłatna dostawa towaru lub odpłatne świadczenie usługi, jeżeli strony, o których mowa w art. 2, zawierają ją w związku z wykonywaną działalnością;

Na podstawie art. 5 UoTZ jeżeli strony transakcji handlowej, z wyłączeniem podmiotu publicznego będącego podmiotem leczniczym w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 2-4 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz. U. z 2015 r. poz. 618, z późn. zm.), przewidziały w umowie termin zapłaty dłuższy niż 30 dni, wierzyciel może żądać odsetek ustawowych po upływie 30 dni, liczonych od dnia spełnienia swojego świadczenia i doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi, do dnia zapłaty, ale nie dłużej niż do dnia wymagalności świadczenia pieniężnego. Jak ustaliła Izba, zamawiający jest podmiotem leczniczym, zatem ten przepis nie ma do niego zastosowania.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 UoTZ w transakcjach handlowych, w których dłużnikiem jest podmiot publiczny, wierzycielowi, bez wezwania, przysługują odsetki ustawowe za opóźnienie w transakcjach handlowych, 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.

W myśl ust. 2 tegoż przepisu termin zapłaty określony w umowie nie może przekraczać 30 dni, liczonych od dnia doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi, a w transakcjach handlowych, w których dłużnikiem jest podmiot publiczny będący podmiotem leczniczym w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 2-4 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej, termin ten nie może przekraczać 60 dni.

W ocenie Izby z tego przepisu wynika, że podmioty lecznicze zawsze mogą określić termin zapłaty dłuższy niż 30 dni, ale nie dłuższy niż 60 dni od dnia doręczenia dłużnikowi faktury

lub rachunku potwierdzających dostawę towaru. Potwierdza to także motyw 25 dyrektywy 2011/7/WE „Szczególnie niepokojąca, jeśli chodzi o opóźnienia w płatnościach, jest sytuacja ochrony zdrowia w wielu państwach członkowskich. Systemy opieki zdrowotnej, jako podstawowy składnik europejskiej struktury socjalnej, często muszą godzić indywidualne potrzeby z dostępnymi środkami finansowymi, ponieważ ludność Europy się starzeje, ponieważ oczekiwania rosną i ponieważ medycyna idzie naprzód. Wszystkie systemy muszą stawić czoła wyzwaniom polegającym na takim określeniu priorytetów w dziedzinie opieki zdrowotnej, aby zapewniona została równowaga między potrzebami indywidualnego pacjenta a dostępnymi zasobami finansowymi. W związku z tym państwa członkowskie powinny móc zezwalać publicznym jednostkom udzielającym świadczeń zdrowotnych na pewną elastyczność w realizacji ich zobowiązań. W tym celu państwa członkowskie powinny mieć pod pewnymi warunkami możliwość wydłużania ustawowego terminu płatności do maksymalnie 60 dni kalendarzowych. Państwa członkowskie powinny jednak dołożyć wszelkich starań, aby płatności w sektorze opieki zdrowotnej były dokonywane zgodnie z ustawowymi terminami płatności.” Ten motyw zdaniem Izby wskazuje, że zamawiający w niniejszej sprawie był uprawniony do określenia jako maksymalnego 60 dniowego terminu płatności, nie mając jednocześnie obowiązku uzasadniania swojej decyzji, gdyż nie ma do niego zastosowania art. 8 ust. 3 UoTZ.

Zgodnie z ust. 3 art. 8 UoTZ 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. W ocenie Izby przepis ten ma zastosowanie do wszystkich podmiotów będących stronami transakcji handlowej z wyłączeniem podmiotów leczniczych, gdyż zgodnie z ust. 2 tegoż przepisu dla podmiotu leczniczego ustanowiono wyjątek od zasady zakazu wyznaczania terminów płatności dłuższych niż 30 dni.

Zgodnie z ust. 4 art. 8 UoTZ konsekwencją ustalenia dłuższego terminu zapłaty jest prawo wierzyciela do domagania się odsetek.

Ustęp 5 art. 8 UoTZ reguluje sytuację gdy nie jest możliwe ustalenie daty otrzymania faktury lub rachunku potwierdzającego dostawę towaru lub wykonanie usługi albo gdy faktura lub rachunek zostały doręczone przed dostawą towaru lub wykonaniem usługi, wówczas termin zapłaty, o którym mowa w ust. 2 i 3, jest liczony od dnia otrzymania przez dłużnika towaru lub usługi.

Zgodnie z przepisem art. 8a UoTZ strony transakcji handlowej nie mogą ustalać daty doręczenia faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi.

W ocenie Izby przepis ten należy zestawić z art. 106i ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054, z późn. zm.), zgodnie z którym ustawodawca narzucił podatnikom terminy ustawowe wystawiania faktur. Przepis art.

106i statuuje zasadę, że fakturę wystawia się nie później niż 15. dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym dokonano dostawy towaru lub wykonano usługę, z zastrzeżeniem ust. 2-8.

Zgodnie z art. 13 UoTZ postanowienia umowy wyłączające lub ograniczające uprawnienia wierzyciela lub obowiązki dłużnika, o których mowa w art. 5, art. 6 ust. 1, art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1 i 4, art. 10, art. 11 i art. 12, są nieważne, a zamiast nich stosuje się przepisy ustawy. W myśl art. 15 ust. 2 UoTZ w przypadku transakcji handlowych zawieranych w wyniku przeprowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy, stosuje się przepisy dotychczasowe.

W ocenie Izby przepis art. 15 ust. 2 ustawy wskazuje, że ustawę tę stosuje się wprost do postanowień umów o zamówienia publiczne, a skoro tak, to naruszenie przepisów tej ustawy stanowi również naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i dlatego mieści się w granicach kognicji Krajowej Izby Odwoławczej wyznaczonych w art. 180 ust. 1 ustawy.

Przeciwnie rozumienie w ocenie Izby prowadziłoby do wykładni sprzecznej z celem dyrektywy 2011/7/WE, a w szczególności mogłoby prowadzić do niemożliwości osiągnięcia celu tej dyrektywy. Dyrektywa bowiem w motywie 9 wyraźnie wskazuje, że

„Niniejsza dyrektywa powinna regulować wszystkie transakcje handlowe niezależnie od tego, czy mają one miejsce między przedsiębiorstwami prywatnymi lub publicznymi, lub między przedsiębiorstwami a organami publicznymi, uwzględniając fakt, że organy publiczne dokonują znacznych płatności na rzecz przedsiębiorstw. Niniejsza dyrektywa powinna zatem również regulować wszystkie transakcje handlowe między głównymi wykonawcami a ich dostawcami i podwykonawcami”, zaś w motywie 14 wskazuje, że „Z myślą o zapewnieniu spójności ustawodawstwa unijnego, do celów niniejszej dyrektywy powinna mieć zastosowanie definicja „instytucji zamawiających” zawarta w dyrektywie 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych oraz w dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi”.

W ocenie Izby podstawową zasadą wynikającą z art. 106i ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług - dalej u.p.t.u. jest obowiązek wystawiania faktur nie później niż 15. dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym dokonano dostawy towaru. Zamawiający określił, że faktura ma być wystawiona po zakończeniu miesiąca rozliczeniowego, jednak nie określił w tym przypadku konkretnego terminu wystawienia tej faktury. W ocenie Izby art. 8 a UoTZ nie można wyklądać inaczej jak, że niedozwolone są

postanowienia umowne określające moment, w którym wykonawca - wierzyciel wg ustaleń stron powinien doręczyć zamawiającemu - dłużnikowi fakturę dokumentującą np. wykonanie usługi, a który sprzeczny jest z przepisami podatkowymi określającymi dla tego świadczenia odmienny moment powstania obowiązku podatkowego. W uzasadnieniu do ustawy z dnia 9 października 2015r. o zmianie ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015r. poz. 1830) jako jedyny powód wprowadzenia art. 8a ustawy podano konieczność wdrożenia art. 4 ust. 3 lit. b dyrektywy 2011/7/WE. Z tego względu nie można ustalić, w jaki sposób ustawodawca krajowy interpretuje przepis dyrektywy implementowany do polskiego systemu prawnego. Natomiast w pkt. 18 preambuły do wskazanej dyrektywy ustawodawca unijny podał, że „Faktury równają się wezwaniom do zapłaty i są ważnymi dokumentami w łańcuchu transakcji dostawy towarów i świadczenia usług, między innymi do celów ustalenia terminów płatności. Do celów niniejszej dyrektywy państwa członkowskie powinny popierać systemy dające pewność prawną w odniesieniu do dokładnej daty otrzymywania faktur przez dłużników, w tym w dziedzinie fakturowania elektronicznego, gdzie otrzymanie faktur mogłoby być poparte elektronicznym dowodem; system ten jest częściowo zarządzany w oparciu o przepisy dotyczące fakturowania zawarte w dyrektywie Rady 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej”. W ocenie Izby właśnie ten motyw pozwala na przyjęcie, że wolą ustawodawcy unijnego było zakazanie stronom transakcji handlowej umawiania się na termin doręczenia faktury lub rachunku, który byłby sprzeczny z przepisami prawa podatkowego. W ocenie Izby kwestionowane przez odwołującego projektowane postanowienie umowne nie stanowi zatem naruszenia art. 8 a UoTZ, gdyż nie zawiera dokładnego określenia terminu doręczenia faktury, a nadto nie określa wskazania najwcześniejszego momentu wystawienia faktury w sposób niezgodny z art. 106i ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług.

Przy ocenie postanowienia umownego Izba wzięła także pod uwagę treść art. 7 ust. 1 dyrektywy, zgodnie z którym 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 rażąco odstępstwa od dobrej praktyki handlowej, naruszające zasadę działania w dobrej wierze i rzetelność;
- b) charakter towaru lub usługi; oraz

c) czy dłużnik ma jakikolwiek obiektywny powód odstąpienia 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.

Tym samym określenie daty doręczenia faktury samo w sobie nie jest zabronione, to państwo członkowskie ma ocenić czy wskazanie w postanowieniu umowy daty doręczenia faktury jest rażąco nieuczciwe wobec wierzyciela. Ustawodawca krajowy nie wskazał w UoTZ, jaki termin doręczenia faktury lub rachunku jest niedopuszczalny, natomiast z ustawy o podatku od towarów i usług wynika, że takim niedopuszczalnym terminem jest termin po 15 dniu miesiąca następującego po miesiącu, w którym dokonano dostawy towaru. Zestawiając przyjęte przez ustawodawcę krajowego rozwiązania prawne, Izba doszła do przekonania, że zamawiający opracowując §5 ust. 1 wzoru umowy nie dokonał zakazanego określenia daty doręczenia faktury, pod warunkiem, że nie będzie to prowadzić do naruszenia przepisów prawa podatkowego dotyczących terminów wystawiania faktur.

Zakreślony w taki sposób termin wystawienia faktury oznacza, że możliwe jest sporządzenie jednej faktury (zbiorczej) dokumentującej wszystkie dostawy dokonane na rzecz jednego nabywcy w minionym miesiącu.

Zgodnie zaś z art. 19a ust. 1 ustawy o VAT obowiązek podatkowy powstaje z chwilą dokonania dostawy towarów lub wykonania usługi, z zastrzeżeniem ust. 5 i 7-11, art. 14 ust. 6, art. 20 i art. 21 ust. 1.

W myśl ust. 3 tegoż przepisu usługę, dla której w związku z jej świadczeniem ustalane są następujące po sobie terminy płatności lub rozliczeń, uznaje się za wykonaną z upływem każdego okresu, do którego odnoszą się te płatności lub rozliczenia, do momentu zakończenia świadczenia tej usługi. Usługę świadczoną w sposób ciągły przez okres dłuższy niż rok, dla której w związku z jej świadczeniem w danym roku nie upływają terminy płatności lub rozliczeń, uznaje się za wykonaną z upływem każdego roku podatkowego, do momentu zakończenia świadczenia tej usługi, przepis ten stosuje się odpowiednio do dostawy towarów.

Przepis ten tym bardziej potwierdza, że zamawiający przy dostawie leków, które są dostarczane stale miał prawo przyjąć okresy rozliczenia przypadające na zakończenie miesiąca rozliczeniowego.

Nie znajduje zatem potwierdzenia teza, że z chwilą uchylenia § 9 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 11 grudnia 2012r. zmieniającego rozporządzenie 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. z 2012r. poz. 1428), brak jest podstawy prawnej do wystawienia faktury zbiorczej. W ocenie Izby taką podstawą prawną jest art. 19 a ust. 3 i 4 ustawy o VAT, co jest zgodne z art. 223 dyrektywy 2006/112/WE Rady z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu

podatku od wartości dodanej (DZ. U.UE. L.2006.347.1 ze zm.), który stanowi, że państwa członkowskie zezwalają podatnikom na wystawienie faktur zbiorczych zawierających dane obejmujące kilka odrębnych dostaw towarów lub transakcji świadczenia usług, pod warunkiem że VAT od dostaw towarów lub transakcji świadczenia usług wymienionych na fakturze zbiorczej staje się wymagalny w ciągu tego samego miesiąca kalendarzowego.

Bez uszczerbku dla art. 222 państwa członkowskie mogą zezwolić na to, by w fakturach zbiorczych uwzględniano dostawy towarów lub transakcje świadczenia usług, za które VAT stał się wymagalny w okresie dłuższym niż jeden miesiąc kalendarzowy.

W przypadku czynności z umówionym okresem rozliczania, o których mowa w art. 19 a ust. 3 i 4 ustawy o VAT, przepisy dotyczące wystawiania faktur należałoby rozumieć w ten sposób, że fakturę należy wystawić do 15. dnia od zakończenia miesiąca, w którym skończył się okres rozliczeniowy dla dostaw towarów lub świadczonych usług. To bowiem właśnie moment zakończenia okresu rozliczeniowego należy uznać za chwilę wykonania (zakończenia) dostawy bądź wykonania usługi. Taka interpretacja zgodna jest z przepisami unijnymi, które stanowią o tym, że państwa członkowskie umożliwiają podatnikom wystawianie faktur zbiorczych.

Nadto przepis art. 106e ust. ustawy o VAT określa, że faktura powinna zawierać:

- 1) datę wystawienia;
- 2) kolejny numer nadany w ramach jednej lub więcej serii, który w sposób jednoznaczny identyfikuje fakturę;
- 3) imiona i nazwiska lub nazwy podatnika i nabywcy towarów lub usług oraz ich adresy;
- 4) numer, za pomocą którego podatnik jest zidentyfikowany na potrzeby podatku, z zastrzeżeniem pkt 24 lit. a;
- 5) numer, za pomocą którego nabywca towarów lub usług jest zidentyfikowany na potrzeby podatku lub podatku od wartości dodanej, pod którym otrzymał on towary lub usługi, z zastrzeżeniem pkt 24 lit. b;
- 6) datę dokonania lub zakończenia dostawy towarów lub wykonania usługi lub datę otrzymania zapłaty, o której mowa w art. 106b ust. 1 pkt 4, o ile taka data jest określona i różni się od daty wystawienia faktury;
- 7) nazwę (rodzaj) towaru lub usługi;
- 8) miarę i ilość (liczbę) dostarczonych towarów lub zakres wykonanych usług;
- 9) cenę jednostkową towaru lub usługi bez kwoty podatku (cenę jednostkową netto);
- 10) kwoty wszelkich opustów lub obniżek cen, w tym w formie rabatu z tytułu wcześniejszej zapłaty, o ile nie zostały one uwzględnione w cenie jednostkowej netto;
- 11) wartość dostarczonych towarów lub wykonanych usług, objętych transakcją, bez kwoty podatku (wartość sprzedaży netto);
- 12) stawkę podatku;

13) sumę wartości sprzedaży netto, z podziałem na sprzedaż objętą poszczególnymi stawkami podatku i sprzedaż zwolnioną od podatku;

14) kwotę podatku od sumy wartości sprzedaży netto, z podziałem na kwoty dotyczące poszczególnych stawek podatku;

15) kwotę należności ogółem;

21) w przypadku faktur wystawianych w imieniu i na rzecz podatnika przez jego przedstawiciela podatkowego - nazwę lub imię i nazwisko przedstawiciela podatkowego, jego adres oraz numer, za pomocą którego jest on zidentyfikowany na potrzeby podatku;

Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 15 marca 2015r. w sprawie wymagań Dobrej Praktyki Dystrybucyjnej (Dz.U.2015.381 ze zm.) w pkt. 5.7. Kompletowanie dostaw - Przedsiębiorca wprowadzi środki kontrolne zapewniające wydanie właściwego produktu leczniczego, który w momencie wydania ma odpowiednio długi okres ważności. W myśl pkt. 5.8. Dostawy - Do dostawy dołącza się dokument zawierający datę, nazwę i postać farmaceutyczną produktu leczniczego, numer serii i datę ważności, dostarczaną ilość, nazwę i adres dostawcy, nazwę odbiorcy i jego adres, adres dostawy (adres, pod którym rzeczywiście znajdują się pomieszczenia magazynowe) oraz warunki transportu i przechowywania danych produktów leczniczych, a dokumentację prowadzi się w taki sposób, aby móc ustalić, gdzie w danym momencie rzeczywiście znajduje się produkt leczniczy. Natomiast pkt. 6.3.2.d zwrócone produkty lecznicze - produkty lecznicze, które opuściły pomieszczenia przedsiębiorcy, mogą powrócić do zapasów przeznaczonych do sprzedaży lub zbycia tylko pod warunkiem potwierdzenia wymienionych poniżej okoliczności: - dystrybutor posiada dokumentację (np. kopie oryginalnych specyfikacji wysyłkowych lub kopię faktur) na to, że produkt leczniczy został dostarczony odbiorcy oraz ma pewność, że produkt leczniczy nie został sfałszowany.

Biorąc powyższe pod uwagę już w przedmiotowym rozporządzeniu ustawodawca wskazał alternatywny dla faktury dokument dokumentujący dostawę leku jaki jest specyfikacja wysyłkowa. W ocenie Izby skoro jest to dokument wprost w rozporządzeniu dopuszczony nie zostało przez odwołującego wykazane, że organy nadzoru nie zaakceptują takiego dokumentu jako dowodu dokonania dostawy.

Zgodnie z przepisem art. 56 kodeksu cywilnego czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego i z ustalonych zwyczajów.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się okoliczności mogących skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, a zatem wykazał istnienie przesłanki materialnoprawnej określonej a art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8a ustawy z dnia 8 marca 2013r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2013 r. poz. 403 ze zm., dalej: UoTZ), w zw. z art. 353(1) k.c., w zw. z art. 58 k.c., w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy wprowadzającego zakaz zawierania w umowach stron zapisów dotyczących terminów wystawiania i doręczania faktur VAT, przez zawarcie w §5 ust. 1 wzoru umowy będącego załącznikiem nr 3 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: Wzór Umowy) w sposób sprzeczny z zasadą swobody umów zapisu, zgodnie z którym płatność wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy dokonywana będzie w terminie 60 dni od dnia dostarczenia faktury VAT, po zakończeniu miesiąca rozliczeniowego, w wysokości stanowiącej sumę iloczynów cen jednostkowych produktów oraz liczby produktów dostarczonych w danym miesiącu, co stanowi niedozwolone określenie w umowie terminu wystawienia i doręczenia faktur VAT;

Zarzut nie potwierdził się. Przepis art. 8a UoTZ został przywołany w materialnoprawnych podstawach rozstrzygnięcia. Przepis art. 58 §1 kodeksu cywilnego stanowi, że czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

W myśl §2 tegoż przepisu nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego, a zgodnie z § 3 art. 58 kc jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części, chyba że z okoliczności wynika, iż bez postanowień dotkniętych nieważnością czynność nie zostałaby dokonana. Przepis art. 139 ust. 1 ustawy stanowi, że do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

W ocenie Izby zarzut został oparty o błędną wykładnię art. 8 a UoTZ, to jest przyjęcie, że stronom transakcji handlowej nie wolno w jakikolwiek sposób określać terminu doręczenia faktury. W ocenie Izby, jak to wskazano w ustaleniach stanu prawnego, taka interpretacja jest nielogiczna, gdyż prowadziłaby do zakazu określania terminów doręczenia faktur także w sposób zgodny z prawem i korzystnych dla wierzyciela, np. uzgodnienia (zgodnego z oczekiwaniami odwołującego), że faktura będzie doręczana w dniu dostawy czy przed dniem dostawy. Takie uzgodnienie byłoby bowiem przy interpretacji przyjętej przez odwołującego również niedopuszczalne, choć przyspieszałoby realizację płatności na rzecz wierzyciela, w

terminie krótszym niż termin maksymalny wystawienia faktury wynikający z art. 106i ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług. Interpretacja odwołującego zatem nie daje się pogodzić z celem dyrektywy 2011/7/WE, która miała zwalczać opóźnienia w płatnościach w transakcjach handlowych. Izba wzięła pod uwagę również to, że ustawodawca tak krajowy jak i unijny nie uzależnił terminu płatności od daty dostarczenia towaru, czy wyświadczenia usługi, ale od terminu doręczenia faktury (wystawionej zgodnie z przepisami prawa podatkowego, w tym w wynikającym z tej ustawy terminie) czy też jak stanowi to ustawodawca unijny także od daty wezwania do zapłaty. Tym samym logiczną interpretacją art. 8a UoTZ jest przyjęcie, że strony transakcji handlowej nie mogą umówić się na termin doręczenia faktury, który naruszałby przepisy ustawy o podatku od towarów i usług dotyczące terminów wystawienia faktury. Jak ustaliła Izba projektowany przez zamawiającego § 5 ust. 1 wzoru umowy przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, a w szczególności art. 106 i ust. 1 tej ustawy nie narusza i nie określa terminu doręczenia faktury w sposób przekraczający maksymalny ustawowy termin na jej wystawienia. Tym samym wskazanie przez zamawiającego, że płatność faktury nastąpi w terminie 60 dni od daty doręczenia prawidłowo wystawionej faktury po zakończeniu miesiąca rozliczeniowego, w ocenie Izby nie jest sprzeczne z prawem, gdyż podatnik może wystawić fakturę zbiorczą, i nie zakreśla terminu niezgodnego z art. 106i ust. 1 ustawy o VAT, nie zmierza do obejścia prawa, bo wierzyciel ma zgodnie z tym postanowieniem prawo wystawić fakturę przed 15 dniem miesiąca następującego po miesiącu w którym dostarczono towary. W ocenie Izby działaniu zamawiającego nie da się także przypisać rażącej nieuczciwości, gdyż zamawiający jako dłużnik wskazał na rozprawie obiektywne okoliczności po jego stronie uzasadniające taki sposób wystawiania faktur jak wielość dostaw w danym miesiącu, zmniejszenie ilości otrzymywanych faktur i zmniejszenie kosztów obsługi płatności tych faktur przy wystawianiu faktur zbiorczych. Biorąc powyższe pod uwagę Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia zarzucanych mu przepisów.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 2 UoTZ, w zw. z art. 353(1) k.c., w zw. z art. 58 k.c., w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy wprowadzającego maksymalny termin zapłaty, na jaki strony mogą umówić się w umowie, który dla transakcji handlowych, w których dłużnikiem jest podmiot publiczny będący podmiotem leczniczym w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 204 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011r. o działalności leczniczej (Dz.U. Nr 112, poz. 654 ze zm., dalej: UDL) nie może przekraczać 60 dni, przez wprowadzenie w §5 ust. 1 Wzoru Umowy w sposób sprzeczny z zasadą swobody umów zapisu określającego termin wystawienia i doręczenia faktur VAT, który prowadzi do niedozwolonego wydłużenia maksymalnego terminu zapłaty ponad dopuszczalne 60 dni

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 8 ust. 2 UoTZ został przywołany w materialnoprawnej podstawie rozstrzygnięcia. W art. 353(1) kc została wyrażona zasada swobody kontraktowania, zgodnie z którą 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. Normy art. 58 kc i 139 ustawy zostały przytoczone w zarzucie poprzedzającym. W ocenie Izby z ustalonego stanu prawnego wynika, że postanowienia §5 ust. 1 wzoru umowy przewidują maksymalny 60-dniowy termin płatności faktury doręczonej przez wykonawcę, co w ocenie Izby jest zgodne z art. 8 ust. 2 UoTZ i nie stanowi naruszenia art. 58 kc, art. 353 (1) kc i art. 139 ustawy. Zarzut ten jest wynikiem przyjęcia przez odwołującego, że niedopuszczalne jest określenie przez zamawiającego, że oczekuje faktury zbiorczej wystawionej po zakończeniu miesiąca rozliczeniowego, jednak w ocenie Izby jest to w dalszym ciągu w rzeczywistości zarzut naruszenia art. 8a UoTZ, który Izba oddaliła w poprzedzającym rozstrzygnięciu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust 1 PZP w zw. z art. 8 ust. 3 UoTZ przez brak wskazania i uzasadnienia w SIWZ przesłanek z art. 8 ust 3 UoTZ powodujących wydłużenie terminu zapłaty za dostarczone zamawiającemu towary powyżej 30 dni. W efekcie niemożliwa jest weryfikacja tych przesłanek

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 8 ust. 3 UoTZ został przywołany w materialnoprawnej podstawie rozstrzygnięcia. W 29 ust. 1 ustawy ustawodawca zawarł następujące postanowienia: 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.

Zarzut został oparty o błędną interpretację przez odwołującego art. 8 ust. 3 ustawy i przyjęcie, że również podmiot leczniczy o którym mowa w art. 8 ust. 2 UoTZ ma obowiązek ustalenia, że dłuższy niż 30 dniowy termin płatności jest obiektywnie uzasadniony właściwością lub szczególnymi elementami umowy. Natomiast z mocy normy art. 8 ust. 2 ustawy podmioty lecznicze, którym jest zamawiający mogą, w ocenie Izby, bez konieczności ustalania tych przesłanek ustalać maksymalnie 60 dniowy termin płatności. Stąd oczekiwanie odwołującego, że otrzyma informację o wynikach ustalenia przesłanek dłuższego terminu płatności nie znajduje odzwierciedlenia w przepisach ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych. Tym samym nie podanie takich przesłanek nie może stanowić naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy. Na marginesie jedynie Izba zauważa, że odwołujący w żaden sposób nie próbował wykazać, że brak podania tych przesłanek uniemożliwia mu sporządzenie oferty. Odwołujący jest profesjonalistą na rynku dostawy leków, a zatem wie jakie są właściwości stosunku dostawy tego towaru, znał także wzór umowy, a zatem znane

były mu elementy umowy i mógł ocenić ich szczególność. Tym samym w ocenie Izby nawet gdyby przyjąć interpretację art. 8 ust. 3 UoTZ przyjętą przez odwołującego, to nie zostało wykazane na czym polega trudność wykonawcy w przygotowaniu oferty.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego naruszenie art. 8 ust. 3 UoTZ w zw. z art. 353(1) k.c. w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy przez wydłużenie w § 5 ust. 1 Wzoru Umowy, terminu zapłaty za otrzymane towary do 60 dni, podczas gdy ustawa szczególna przewiduje jako zasadę termin 30 dni, natomiast wyjątkowo termin ten może ulec wydłużeniu do 60 dni o ile jest to uzasadnione właściwością lub szczególnymi elementami umowy (art. 8 ust. 3 UoTZ). Tymczasem w niniejszym przypadku przesłanki te nie są spełnione, co stanowi o niezgodności w/w zapisu z przepisami powszechnie obowiązującymi

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 8 ust. 3 UoTZ został przywołany w materialnoprawnej podstawie rozstrzygnięcia. Normy art. 58 kc, 353(1) kc i 139 ustawy zostały przytoczone zarzutach poprzedzających. Izba w całości podtrzymuje stanowisko wyrażone w rozstrzygnięciu zarzutu poprzedzającego, iż do zamawiającego jako podmiotu leczniczego ma zastosowanie art. 8 ust. 2, a nie art. 8 ust. 3 UoTZ.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy i 29 ust 2 ustawy w zw. z art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów („UOKiK”) i art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („ZNKU”) oraz w zw. z art. 353(1) k.c. w zw. z art. 58 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy przez sformułowanie § 5 ust. 1 Wzoru Umowy w sposób stanowiący nadużywanie pozycji dominującej w szczególności przez narzucanie warunków sprzedaży, uzależnianie umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy oraz poprzez utrudnianie dostępu do rynku

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. W myśl art. 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. t.j. z 2015r. poz. 184 ze zm.) stanowi, że zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców.

Zgodnie z ust. 2 tegoż przepisu nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na:

1) bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich, odległych terminów płatności lub innych warunków zakupu albo sprzedaży towarów;

4) uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy;

6) narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści;

Norma art. 9 ust. 3 UOKIK stanowi, że czynności prawne będące przejawem nadużywania pozycji dominującej są w całości lub w odpowiedniej części nieważne.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t. ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców;

2) nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców;

3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów;

4) pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży;

5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

W myśl ust. 2 tegoż artykułu czyn, o którym mowa w ust. 1 pkt 5, może polegać w szczególności na:

1) ograniczeniu w istotny sposób lub wyłączeniu możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy;

2) stworzeniu sytuacji powodujących pośrednio lub bezpośrednio narzucenie klientom przez podmioty trzecie konieczności dokonania zakupu u danego przedsiębiorcy lub u przedsiębiorcy, z którym dany przedsiębiorca pozostaje w związku gospodarczym;

3) emisji, oferowaniu oraz realizacji znaków legitymacyjnych podlegających wymianie na towary lub usługi oferowane przez jednego przedsiębiorcę lub grupę przedsiębiorców pozostających w związku gospodarczym, w okolicznościach wskazanych w pkt 1 lub 2.

Zgodnie z art. 15 ust. 3 UZNK czynem nieuczciwej konkurencji jest także utrudnianie małym przedsiębiorcom, w rozumieniu ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. - Prawo działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 101, poz. 1178, z 2000 r. Nr 86, poz. 958 i Nr 114, poz. 1193, z 2001 r. Nr 49, poz. 509, Nr 67, poz. 679, Nr 102, poz. 1115 i Nr 147, poz. 1643, z 2002 r. Nr 1, poz. 2, Nr 115, poz. 995 i Nr 130, poz. 1112 oraz z 2003 r. Nr 86, poz. 789 i Nr 128, poz. 1176), dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług w obiektach handlowych o

powierzchni sprzedaży powyżej 400 m² po cenie nieuwzględniającej marży handlowej, z zastrzeżeniem ust. 5.

Normy art. 58 kc, 353 (1) kc i art. 139 ustawy zostały przywołane powyżej.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść art. 1 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zgodnie z którą to ustawa o okik określa organy właściwe w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów, natomiast ani w ustawie Prawo zamówień publicznych, ani w uokik nie ma odesłania, które dawałyby Izbie kompetencję do rozstrzygnięcia w zakresie zgodności z przepisami uokik, tym samym w tym zakresie zarzut jako pozostający poza kognicją Izby pozostawiony został bez rozpoznania. Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 ustawy, to w ocenie Izby wywodzony jest on z norm art. 58 kc, 353(1) kc i art. 139 ustawy oraz z tym, że odwołujący może mieć ograniczony dostęp do przedmiotowego postępowania z uwagi na to, że jako dokumentację dostawy ma zatwierdzony przez organ nadzoru dokument w postaci faktury VAT. Okoliczność ta jednak została podana dopiero na rozprawie i nie była objęta zarzutem w odwołaniu, tym samym z mocy art. 192 ust. 7 ustawy nie może być przedmiotem rozpoznania przez Izbę. Na marginesie jedynie Izba zauważa, że odwołujący poprzestał jedynie na twierdzeniach, o tym jaki dokument ma zatwierdzony przez organ nadzoru, jaka jest praktyka co do dokumentu dostawy u innych wykonawców potencjalnie zainteresowanych tym postępowaniem, a także jaka jest praktyka koncernów farmaceutycznych, co do możliwości brania udziału w postępowaniu, w których zamawiający wymagają wystawiania faktur zbiorczych. W ocenie Izby zatem odwołujący poprzestał na gołosłownych twierdzeniach, nie wykazując, ani nawet nieuprawdopodobniając, że § 5 ust. 1 wzoru umowy prowadzi do ograniczenia dostępu do rynku, czy zaburza uczciwą konkurencję. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia zarzucanych mu przepisów prawa.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego zasad współzycia społecznego, skutkujące naruszeniem art. 353(1) k.c., w zw. z art. 58 k.c., w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy, w szczególności z zasady uczciwości kupieckiej, którą zamawiający narusza wprowadzając do wzorca umowy nieważną normę umowną - zamawiający realizuje bowiem swój prywatny (a nie publiczny) interes zapewniając sobie za pomocą pozornie uprawnionych narzędzi niedozwolone wydłużenie terminu na zapłatę faktur VAT. Następuje to kosztem drugiej strony, sprzecznie z zasadą rzetelności i lojalności wobec partnera umowy (vide m.in.: wyrok SA w Lublinie z dn. 29 lipca 2014r.. I ACa 353/14. LEX nr 14989591:

- a w konsekwencji w/w postanowienia Wzoru Umowy po jej zawarciu - dotknięte będą sankcją nieważności.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Normy art. 58 kc, 353 (1) kc i art. 139 ustawy zostały przywołane powyżej. Zarzut oparty jest o twierdzenie, że postanowienie § 5 ust. 1 jest nieważne, a skoro tak, to jego wprowadzenie jest niezgodne z zasadami uczciwości kupieckiej. Tym samym zarzut można byłoby uznać za zasadny jedynie w sytuacji, gdyby odwołujący wykazał postanowienia § 5 ust. 1 wzoru umowy są nieważne. Rzeczywiście Izba podziela pogląd odwołującego, że zasady uczciwości kupieckiej nie da się pogodzić z oferowaniem zawarcia kontraktów opartych i nieważne z mocy prawa postanowienia umowne. Tym samym odwołujący konstruuje zarzut oparty o art. 58 § 2 kc zidentyfikował zasadę, z którą czynność prawna polegająca na sporządzeniu wzoru umowy może być oceniana pod względem sprzeczności. Jednak przy tak postawionym zarzucie konieczne jest wykazanie, że postanowienie § 5 ust. 1 wzoru umowy jest nieważne. Jak Izba rozstrzygnęła wyżej, Izba nie dopatryła się w kwestionowanym postanowieniu umownym tak sprzeczności z art. 8 ust. 3, art. 8a w związku z art. 13 UoTZ, ani nie stwierdziła ich obejścia, stąd w ocenie Izby nie zostało wykazane, że postanowienie §5 ust. 1 jest postanowieniem nieważnym, którego uczciwy kupiec nie powinien był zawierać we wzorze umowy. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatryła się naruszenia przez zamawiającego zarzucanych mu przepisów ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i pkt. 2 lit.b i § 5 ust. 3 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczzonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz nakazując mu zwrot na rzecz zamawiającego poniesionych przez zamawiającego kosztów zastępstwa prawnego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT.

Przewodniczący: