

Kołobrzeg, dnia 01.03.2018 r.

Dotyczy: postępowania pn. „DOSTAWA MIAŁU WĘGLOWEGO”.

W związku z zapytaniem potencjalnego oferenta udzielamy następującej odpowiedzi:

Pytanie 1:

W nawiązaniu do SIWZ nr 05/2018 dot. Dostawy mialu węglowego zwracamy się o usunięcie par.3 ust.4 ze wzoru umowy, jako niezgodnego z art.6 ust.1 ustawy z 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

W/w postanowienie par.3 ust.4 ze wzoru umowy oraz pkt.III. *Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia*, zgodnie z którym:

„*PRZY REALIZACJI NINIEJSZEGO ZAMÓWIENIA ... Udział mialu z kopalń zagranicznych nie może przekraczać 50% przedmiotu zamówienia*”

prowadzi do wyeliminowania konkurencji, w takim przypadku dochodzi do naruszenia przepisu art.6 ust.1 ustawy z 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

Omawiane postanowienie negatywnie oddziałuje na konkurencję gdyż narusza ją na szczeblu podmiotów, będących potencjalnymi dostawcami przetargu, jednocześnie faworyzując część z tych kontrahentów (posiadających węgiel wydobyty na terenie Polski) i tym samym dyskryminując innych kontrahentów (przykładowo lub każda inna firma, która oferuje węgiel zgodny ze specyfikacją przetargu, jednak węgiel nie jest wydobyty na terenie Polski), którzy wskutek tego mają utrudnione warunki konkurowania z firmami dostarczającymi wydobyty na terenie Polski.

W specyfikacji nie wskazano celu ani uzasadnienia ograniczenia postanowienia w pkt.III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Zamawiający nie ustosunkował się do treści zapytania, lakonicznie stwierdzając, że nie widzi podstaw do twierdzenia, że ograniczenie ze względu na pochodzenie (zawarte w warunkach przetargu), ma znamiona niekonkurencyjnego.

Jeżeli intencją Zamawiającego jest uzyskanie węgla dogodnego ze względu na posiadane warunki i potrzeby, może on to dokonać poprzez określenie parametrów, a nie poprzez wykluczenie produktów określonego pochodzenia.

Reasumując, zorganizowanie przetargu bez usunięcia pkt.1 III. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia stanowić może naruszenie standardów uczciwego postępowania przy zawieraniu umów w drodze przetargu cywilnego w rozumieniu art.70⁵ §1 k. c., w szczególności jeżeli wybór dokonany zostanie z naruszeniem standardów postępowań przetargowych, oraz w sprzeczności z dobrymi obyczajami, a także z zasadami współżycia społecznego, w szczególności z zasadą pewności obrotu oraz uczciwości kupieckiej.

Zgłaszamy zastrzeżenie do niejasnego postanowienia w pkt. III. *Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia*, zgodnie z którymi:

„PRZY REALIZACJI NINIEJSZEGO ZAMÓWIENIA ... Udział miału z kopalń zagranicznych nie może przekraczać 50% przedmiotu zamówienia”

W specyfikacji nie wskazano celu ani uzasadnienia dla ograniczenia postanowienia w pkt. III. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Zdaniem takie generalne pozbawienia prawa do udziału w przetargu przedsiębiorstw oferujących produkty spełniające warunki określone w specyfikacji, ogranicza konkurencję i narusza zasadę proporcjonalności. Nie pozostawia bowiem przedsiębiorcy żadnej możliwości wykazania, że w jego przypadku nie istnieje realne ryzyko występowania węgla niezgodnego ze specyfikacją.

Zgodnie z polskimi regulacjami antymonopolowymi (art.6 ust.1 pkt4 u.o.k.k.), zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji bez względu na to czy tego typu ograniczenia będą zawarte w umowie, czy też będą wynikać z ustnych uzgodnień.

Omawiane postanowienie negatywnie oddziałuje na konkurencję gdyż narusza konkurencję na szczeblu podmiotów, będących potencjalnymi dostawcami przetargu, jednocześnie faworyzując część z tych kontrahentów (posiadających Terminal przy polskich kopalniach) i tym samym dyskryminując innych kontrahentów (przykładowo lub każda inna firma, która oferuje węgiel zgodny ze specyfikacją przetargu, jednak dostawa nie jest realizowana z polskiej kopalni), którzy wskutek tego mają utrudnione warunki konkurowania z firmami dostarczającymi węgiel z polskich kopalni.

Przy czym podkreślić należy, iż kryterium miejsca nadania jest niczym nieuzasadnione, nie ma wpływu na jakość towaru ani na pozostałe aspekty realizacji umowy.

Niedozwolone porozumienia mogą polegać w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Sankcja jaką może nałożyć Prezes UOKiK za stosowanie zakazanych praktyk ograniczających konkurencję wynosi nawet do 10% przychodów osiągniętych w poprzednim roku rozliczeniowym. Kara taka nie może być zaliczona do kosztów uzyskania przychodów.

Dodatkowo, postanowienia umowy ograniczające konkurencję są z mocy prawa nieważne. W praktyce, może to oznaczać nieważność przeprowadzonego przetargu.

W związku z powyższym, **warto przeanalizować ograniczenie w pkt. III. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pod kątem prawa ochrony konkurencji celem ograniczenia ryzyka prawnego w tym zakresie.**

Warunek dostaw z kopalni polskich jest dyskryminujący dla wielu podmiotów dostarczających węgiel placów składowych, portów i przejść granicznych. Oferent Wskazuje, że zamawiający bezzasadnie dokonał ograniczenia prawa do składania ofert i na warunkach ustalonych w s.i.w.z. nie ma możliwości powierzenia zamówienia z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji.

Niewzględnienie naszej prośby skutkować będzie uniemożliwieniem oferentom aktywnego udziału w przetargu. Biorąc pod uwagę, iż skutkiem zastosowania wskazanego kryterium może być wyeliminowanie oferenta z postępowania przetargowego, takie procedury są co do zasady zakazane i jako takie nieważne z mocy prawa (art. 6 ust.1 pkt.7 i ust.2 ustawy o ochronie

konkurencji i konsumentów).

Zwracamy uwagę, iż zorganizowanie przetargu bez usunięcia pkt.III. Instrukcja dla Wykonawców stanowić może naruszenie standardów uczciwego postępowania przy zawieraniu umów w drodze przetargu cywilnego w rozumieniu art. 70⁵ §1 k.c., w szczególności jeżeli wybór dokonany zostałby z naruszeniem standardów postępowań przetargowych, oraz w sprzeczności z dobrymi obyczajami, a także z zasadami współzycia społecznego, w szczególności z zasadą pewności obrotu oraz uczciwości kupieckiej.

Zgodnie z art. 353¹k.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego. Obecna treść warunków zamówienia kształtujących stosunek prawny w postaci przetargu pozostają w sprzeczności z zasadami współzycia społecznego, tj. zasadzie proporcjonalności i pewności obrotu gospodarczego, a także rzetelności kupieckiej.

Kryterium miejsca, skąd dostarczany jest węgiel jest bowiem niczym nie uzasadnione.

Naszą intencją jest możliwość złożenia oferty i konkurowania z innymi przedsiębiorcami na jasnych i równych zasadach, bez obawy, że złożona przez nas oferta, pomimo zgodności towaru ze specyfikacją, zostanie odrzucona jedynie z uwagi na miejsce, z którego dostarczany jest węgiel.

Mając na uwadze, że Zamawiający korzysta z uprawnienia do jednostronnego kształtowania treści stosunków prawnych, ponosi więc ryzyko Ew. niejasnej lub niejednoznacznej redakcji tekstu, jako, że znajduje się w bardziej korzystnej sytuacji niż adresat wzorca - (za: Janiak Andrzej, [w:] A. Kidyba (red.), K. Kopaczyńska-Pieczniak, E. Niezbecka, Z. Gawlik, A. Janiak, A. Jedliński, T. Sokołowski, Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna, LEX, 2009).

Przy interpretacji niejednoznacznych postanowień wzorców umownych, prowadzonej w głównej mierze na podstawie językowych reguł wykładni, należy stosować dyrektywę *in dubio contra proferentem*, czyli dokonywać wykładni restryktywnej wobec proponenta, a zycliwej dla adherenta. Doktryna powszechnie opowiada się za jej stosowaniem także wobec wzorców stosowanych w obrocie obustronnie profesjonalnym oraz powszechnym. Uzasadnienie dla takiej dyrektywy wykładni wzorców umownych stanowi koncepcja zwiększonego ryzyka tej strony, która redaguje tekst wzorca (lub posługuje się tekstem zredagowanym przez inną osobę) w takiej sytuacji, w której druga strona nie ma wpływu na formułowanie jego treści.

W doktrynie i judykaturze dominuje stanowisko, iż jeżeli okaże się, że strony nie przyjmowały tego samego znaczenie oświadczenia woli, konieczne jest zastosowanie wykładni obiektywnej, w której właściwy dla prawa sens oświadczenia woli ustala się na podstawie przypisania normatywnego, czyli tak, jak adresat sens ten zrozumiał i rozumieć powinien. Za wiążące uznać trzeba w tej fazie wykładni takie rozumienie oświadczenia woli, które jest wynikiem starannych zabiegów interpretacyjnych adresata. Przeważa tu zatem ochron zaufania odbiorcy oświadczenia woli nad wolą, a ściślej nad rozumieniem nadawcy. Nadawca bowiem formułuje oświadczenie i powinien uczynić to w taki sposób, aby było ono zgodne z jego wolą zrozumiane przez odbiorcę. Wykładnia obiektywna sprzyja pewności stosunków prawnych, a tym samym i pewności obrotu prawnego (*por.też wyr. SN z dnia 24 maja 2005 r., V CK 655/04, Lex nr 152449; wyr. SA w*

Poznaniu z dnia 1 marca 2007 r., I ACa 1096/06, Lex nr 298427; wyr. SN z dnia 19 września 2007 r., II CSK 189/07, Lex nr 306767).

Mając na uwadze powyższe, zwracamy się jak na wstępie.

Odpowiedź 1 :

Zamawiający nie podziela powyższych zastrzeżeń, jakoby kwestionowane zapisy SIWZ prowadziły do wyeliminowania konkurencji i tym samym naruszały przepisy ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Tym samym Zamawiający nie widzi podstaw do zmiany treści SIWZ zgodnie z oczekiwaniami wnoszącego zastrzeżenia.

Z żadnych uwarunkowań rynkowych i prawnych nie wynikają ograniczenia w dostępie do mialu wydobywanego na terenie Polski dla przedsiębiorców prowadzących działalność w zakresie handlu mialem. Tym samym każda firma z tej branży może, na równych dla wszystkich zasadach, zajmować się sprzedażą węgla zagranicznego, jak i polskiego. W związku z tym powyższe zapisy SIWZ nie prowadzą do wyeliminowania konkurencji, nie naruszają standardów uczciwego postępowania przy zawieraniu umów i nie pozostają w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego.

Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający w punkcie VI ppkt 2 SIWZ dopuścił możliwość złożenia oferty przez podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia. W sytuacji więc, gdy potencjalny oferent nie prowadzi działalności w zakresie handlu mialem pochodzącym z polskich kopalń, ma on możliwość złożenia wspólnej oferty w ramach konsorcjum, lub w innej formule, w której będzie miał możliwość zaoferowania dostawy węgla zagranicznego do wielkości 50 % zamówienia.

Zamawiający nie podziela również zastrzeżeń odnoszących się do niejasnej lub niejednoznacznej redakcji tekstu SIWZ. Wnoszący zastrzeżenia nie wskazał na czym miałyby taka niejasność bądź niejednoznaczność polegać. Z tego względu brak jest możliwości merytorycznego ustosunkowania się do tego zarzutu.

PREZES
ZARZĄDU SPÓŁKI
Andrzej Olichwiruk