

Kołobrzeg, dnia 16.05.2013 r.

Dotyczy: postępowania pn. „DOSTAWA MIAŁY W GŁOWEGO”

W związku z zapytaniem oferentów udzielamy następujących odpowiedzi:

**Pytanie 1:**

Po zapoznaniu się z Instrukcją (SIWZ) dla Wykonawców zgłaszamy zastrzeżenie do niejasnego postanowienia w pkt. III. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zgodnie z którym:  
*„Przy realizacji niniejszego zamówienia należy stosować materiał głowy pochodzenia krajowego w ilości nie mniejszej niż 50% wszystkich dostaw”.*

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

Zdaniem naszym takie generalne pozbawienie prawa do udziału w przetargu przedsięwzięcia oferujących produkty spełniające warunki określone w specyfikacji, ogranicza konkurencję i narusza zasadę proporcjonalności. Nie pozostawia bowiem przedsięwzięcia żadnej możliwości wykazania, że w jego przypadku nie istnieje realne ryzyko wystąpienia w gwałtownym niezgodnego ze specyfikacją.

Zgodnie z polskimi realiami antymonopolowymi (art. 6 ust. 1 pkt 4 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 te będą wynikały z ustnych uzgodnień.

Omawiane postanowienie w negatywnie oddziałuje na konkurencję, gdy narusza konkurencję na szczeblu podmiotów, będących potencjalnymi dostawcami przetargu, jednocześnie nie faworyzuje części z tych kontrahentów (posiadających Terminal przy polskich kopalniach) i tym samym dyskryminuje innych kontrahentów (przekładowo naszą firmę lub każdą inną firmę, która oferuje w górnictwie zgodny ze specyfikacją przetargu, jednak dostawa nie jest realizowana z polskiej kopalni), którzy wskutek tego mają utrudnione warunki konkurowania z firmami dostarczającymi w górnictwie 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 z organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności w zakresie prac lub cen.

Sankcja, jak 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 ograniczającej 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 w giel placów składowych, portów i przejść granicznych. Wskazujemy, że zamawiający bezzasadnie dokonuje ograniczenia prawa do składania ofert i na warunkach ustalonych w s.i.w.z. nie ma możliwości powierzenia zamówienia z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji.

Nieważność naszej próby skutkowałą 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 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 stanowi może naruszenie standardów uczciwego postępowania przy zawieraniu umów w drodze przetargu cywilnego w rozumieniu art. 70<sup>5</sup> § 1 k. c., w szczególności jeżeli wybór dokonany został z naruszeniem standardów postępowania przetargowych, oraz w sprzeczności z dobrymi obyczajami, a także z zasadami współzawodniczenia społecznego, w szczególności z zasadami pewności obrotu oraz uczciwości kupieckiej.

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

**Kryterium miejsca, skąd dostarczany jest w giel 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 w giel.

**Ponadto, postanowienie w pkt. III> Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zgodnie z którym:**

**„Miać w głowy ma by wydobyty na terenie Polski”  
jest niejasne.**

**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. Kopaczyska ó 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 zwłaszcza dla adherenta. Doktryna powszechnie opowiada się za jej stosowaniem tak i wobec stosowanych w obrocie obustronnie profesjonalnym oraz powszechnym. Uzasadnienie dla takiej dyrektywy wykładni wzorców umownych stanowi koncepcja związanego 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 znaczenia o wiadczenia woli, konieczne jest zastosowanie wykładni obiektywnej, w której wzięci ciwy dla prawa sens o wiadczenia woli ustala się na podstawie przypisania normatywnego, czyli tak, jak adresat sens ten zrozumieć rozumie powinien. Za wiążące uznaje się w tej fazie wykładni takie rozumienie o wiadczenia woli, które jest wynikiem starannych zabiegów interpretacyjnych adresata. Przeważa tu zatem ochrona zaufania odbiorcy o wiadczenia woli nad wolą, a nie nad rozumieniem nadawcy. Nadawca bowiem formułuje o wiadczenie i powinien uczynić to w taki sposób, aby było ono zgodnie z jego wolą rozumiane przez odbiorcę. Wykładnia obiektywna sprzyja pewności stosunków prawnych, a tym samym i pewności obrotu prawnego (por. te wyroki: 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 o usunięcie w postanowienia w pkt. III. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.**

**Odpowiedź 1 :**

Zamawiający nie podziela stanowiska przedstawionego w zapytaniu i tym samym nie widzi potrzeby modyfikacji specyfikacji w tym zakresie. Zamawiający uważa, że prowadzone przez niego postępowanie umoliwia złożenie ofert wielu podmiotom a tym samym nie widzi podstaw do twierdzenia, że ma ono znamiona postępowania niekonkurencyjnego. Jednocześnie Zamawiający pragnie zauważyć, że w treści specyfikacji nie ma kwestionowanego przez Oferenta zapisu **„Miać w głowy ma by wydobyty na terenie Polski”**.

Tym samym Zamawiający nie może tego zapisu usunąć ani też doprecyzować.

Pytanie 2:

*Prosimy o informację czy podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia są zobowiązane (każdy z osobna) do przedstawienia w ofercie wszystkich wymaganych przez Państwa dokumentów tj. KRS, ZUS, US itd. Czy dokumenty te powinny być tylko jednego podmiotu i dołączyć do oferty umów konsorcjum.*

Odpowiedź 2:

W przypadku składania ofert przez podmioty ubiegające się wspólnie o udzielenie zamówienia, wymagane oświadczenia i dokumenty winny być złożone przez każdego Oferenta. Podmioty ubiegające się wspólnie o udzielenie zamówienia, których oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, przed podpisaniem umowy o realizację zamówienia są zobowiązane przyjąć formę prawną konsorcjum lub inną równoważną formę prawną. W tym celu przed podpisaniem umowy o niniejsze zamówienie powinni przedstawić Zamawiającemu umowę regulującą współpracę tych podmiotów oraz zasady odpowiedzialności wobec Zamawiającego z tytułu realizacji zamówienia, natomiast wraz ze złożeniem ofert składają wstępne umowy konsorcjum lub inny dokument regulujący ich współpracę.