

Zarządzanie zamówieniami publicznymi a ryzyko ograniczania konkurencyjności w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej

Wacława Starzyńska, Renata Tubisz*

Streszczenie: W zarządzaniu zamówieniami publicznymi należy kierować się zasadami określonymi w Prawie zamówień publicznych, ze szczególnym uwzględnieniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Celem artykułu jest badanie i ocena wybranych czynności podmiotu zamawiającego na etapach przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Analiza została dokonana na podstawie sprawozdań Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (UZP) oraz orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) z lat 2014–2015. Przykłady orzeczeń KIO dowodzą, że ograniczanie ryzyka naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zależy nie tylko od czynności zamawiającego, ale także od zachowania wykonawców biorących udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne, równe traktowanie wykonawców, zasada uczciwej konkurencji, orzecznictwo KIO

Wprowadzenie

Zasady udzielania zamówień publicznych, unormowane ustawą Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa Pzp), są podstawowymi imperatywami systemu zamówień publicznych. Istotą udzielania zamówień publicznych jest zapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ustawie Pzp można znaleźć, wśród czterech podstawowych przepisów dotyczących zasad udzielania zamówień publicznych, dwie, naszym zdaniem, najważniejsze, gdyż łączą się one z pozostałymi zasadami. Zamawiający ma obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Potencjalnie naruszenie tej zasady może nastąpić na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i, co jest szczególnie istotne, może wynikać z działania lub zaniechania zarówno po stronie zamawiającego, jak i wykonawców.

Naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest najczęstszą przyczyną odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej (KIO).

* Prof. dr hab. Wacława Starzyńska, Uniwersytet Marii Curie Skłodowskiej w Lublinie, e-mail: wacława.starzynska@poczta.umcs.lublin.pl; mgr Renata Tubisz, Uniwersytet Marii Curie Skłodowskiej w Lublinie.

Celem artykułu jest analiza liczby i struktury orzeczeń KIO na czyn nieuczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonawców w latach 2014–2015 oraz prezentacja wybranych przykładów nieprawidłowości zachowania w tym zakresie uczestników postępowań o udzielenie zamówienia publicznego z perspektywy orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej.

1. Zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w Prawie zamówień publicznych

Zarządzanie zamówieniami publicznymi jest procesem złożonym w swoim przebiegu i od właściwego jego zorganizowania zależy powodzenie bądź jego brak w udzieleniu zamówienia publicznego.

Zasady udzielania zamówień publicznych zostały unormowane w dziale pierwszym, rozdziale drugim ustawy Prawo zamówień publicznych (Ustawa, 2004; 2016).

Ustawa Pzp zawiera szczegółowe uregulowania stanowiące wytyczne dla zamawiającego, który przeprowadza skomplikowaną procedurę wyboru najkorzystniejszej oferty i zawarcia umowy z wykonawcą, osiągając w ten sposób cel zamówienia publicznego. Zamawiający jako gospodarz postępowania odpowiada za zgodność przeprowadzanych procedur, których przebieg kontrolują uczestnicy postępowania, mając prawo zaskarżania jego czynności czy też zaniechań, ze wskazaniem, jakie przepisy ustawy zostały naruszone.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych mają charakter zarówno norm względnie, jak i bezwzględnie obowiązujących, których treść wypełnia zamawiający sporządzając specyfikację istotnych warunków zamówienia, potocznie zwaną SIWZ, która stanowi swoisty regulamin w danym postępowaniu. Prawo wykonawców do kontroli prawidłowości postanowień SIWZ, jak i później czynności zamawiającego podejmowanych w oparciu o nie, realizowane jest przez wnoszenie odwołań do Krajowej Izby Odwoławczej.

W myśl art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, według aktualnego brzmienia ustawy, „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości”. Z kolei zgodnie z art. 7 ust. 3 tejże ustawy, „zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”. Te regulacje prawne są jednymi z najważniejszych zasad systemu zamówień publicznych. Ustawodawca przewidział dla zamawiającego obowiązek przestrzegania przedmiotowych zasad na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i, co ważne, naruszenie tych zasad może wynikać z działania, jak i zaniechania zarówno zamawiającego, jak i wykonawców. W świetle powyższego podstawowe dla przestrzegania powyższej zasady jest ustalenie, jakie zachowania należy zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji (Soszyńska-Purtak).

Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia nieuczciwej konkurencji, natomiast definicja taka zawarta jest w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stanowi ona, że zakazane są porozumienia, które stawiają sobie za cel ograniczenie

konkurencji (Ustawa, 2007, art. 6). Ostatni z przywołanych przepisów stanowi, że „czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”.

Można zauważyć, że naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców są najczęstszą przyczyną odwołań. Przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania. Obowiązek równego traktowania wymaga, aby wszystkie przesłanki, jakie zamawiający będzie brał pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane przed etapem przygotowania ofert i przestrzegane na etapie badania i oceny ofert.

W ustawie Pzp zasada zachowania uczciwej konkurencji została wyrażona m.in. w:

- art. 29 ust. 2 – „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”,
- art. 29 ust. 3 – „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że to jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy «lub równoważny»”,
- art. 51 ust. 1 – „Zamawiający zaprasza do składania ofert jednocześnie wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5 i nie większej niż 20”,
- art. 89 ust. 1 pkt 3 – „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.

2. Analiza statystyczna orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) na czyn nieuczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców w latach 2014–2015

Zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych, postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza podmiot zamawiający. Podmiotami zobowiązanymi do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych są jednostki sektora finansów publicznych, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, podmioty prawa publicznego, związki tych jednostek lub podmiotów oraz przedsiębiorstwa działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

Ze sprawozdań przekazywanych Urzędowi Zamówień Publicznych wynika, że w 2015 roku liczba zamawiających wyniosła 35 641, z tego 14 152 podmiotów wskazało, że udzieliło zamówień na podstawie procedur określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Pozostała część zamawiających, czyli 21 489, udzielało zamówień tylko na podstawie wyłączeń ustawowych. Warto podkreślić, że w poprzednich latach udzielających zamówień publicznych na podstawie procedur Pzp było znacznie więcej, 18 194 w 2013 roku i 16 106 w 2014 roku.

Największą grupę zamawiających w 2015 roku stanowiła administracja samorządowa (ok. 72%), następnie administracja rządowa terenowa (2,53%), samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej (2,53%). Instytucje określane jako inne niż jednostka sektora finansów publicznych i państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej stanowiły 2,09% zamawiających, a 1,76% to zamawiający udzielający zamówień sektorowych. Udział pozostałych jednostek nie przekraczał 1,20%.

Zamawiający udzielają zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane. Struktura wartościowa zamówień publicznych w 2015 roku była następująca:

- 35% – dostawy,
- 33% – roboty budowlane,
- 32% – usługi.

Ze względu na liczbę zamówień ta struktura była nieco inna:

- 41% – dostawy,
- 33% – usługi,
- 26% – roboty budowlane (Sprawozdanie..., 2016).

Do 29 stycznia 2010 roku system ochrony prawnej w zamówieniach publicznych funkcjonował na bazie trójstopniowego mechanizmu odwoławczego. Pierwszym etapem był protest kierowany bezpośrednio do zamawiającego odpowiedzialnego za zgodne z prawem udzielanie zamówienia. W sytuacji niezadawalającego rozstrzygnięcia protestu wykonawca miał możliwość wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, powołanej wraz z nowelizacją ustawy Pzp z dnia 13 kwietnia 2007 roku, która zastąpiła zespoły arbitrów wcześniej rozstrzygające odwołania. Ostatni trzeci element systemu stanowiła możliwość złożenia skargi do sądu okręgowego na orzeczenie wydane przez KIO. Nowelizacja ustawy Pzp z dnia 2 grudnia 2009 roku pozostawiła wyłącznie dwie instytucje środków ochrony prawnej, wyłączając z porządku prawnego protest. Tak więc podstawowym narzędziem ochrony interesów wykonawców od 2010 roku stało się odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej.

W tabeli 1 zestawiono liczbę odwołań i skarg wniesionych do sądów w latach 2010–2015. Jak wynika z danych, liczba odwołań jest dość stabilna począwszy od 2010 roku, kiedy to, w efekcie zmian ustawodawczych, podstawowym narzędziem ochrony interesów wykonawców stało się odwołanie do Izby. Jednak bliższa analiza, polegająca na badaniu wskaźnika liczby odwołań na 1000 zamówień, dowodzi, że począwszy od 2012 roku obserwuje się niepokojący wzrost tego miernika. Analogicznym wskaźnikiem posłużono się w przypadku liczby skarg wniesionych na orzeczenia KIO, którego poziom, po wyraźnym spadku w latach 2011–2014, niepokojąco wzrósł z 0,7 do 1,2 w 2015 roku.

Tabela 1

Liczba środków ochrony prawnej stosowanych przez uczestników systemu zamówień publicznych na tle ogólnej liczby zamówień publicznych w latach 2010–2015

Lata	Liczba odwołań	Liczba skarg	Liczba udzielonych zamówień publicznych	Liczba odwołań na 1000 zamówień	Liczba skarg na 1000 zamówień
2010	2823	316	190 486	14,8	1,6
2011	2820	225	195 555	14,4	1,1
2012	2942	152	186 232	15,7	0,8
2013	3044	144	188 478	16,1	0,7
2014	2836	133	174 886	16,2	0,7
2015	2877	179	142 262	20,2	1,2

Źródło: opracowanie własne na podstawie Sprawozdań Prezesa o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w latach 2010–2015, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2011–2016 .

Posługując się danymi opracowanymi przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz Urząd Zamówień Publicznych w postaci tzw. Indeksu Tematycznego Orzeczeń KIO z lat 2013–2015¹, wyselekcjonowano orzeczenia KIO na czyn nieuczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców (por. tab. 2).

Tabela 2

Liczba złożonych odwołań i wydanych postanowień (wyroków) w związku ze złożonymi odwołaniami w KIO na czyn nieuczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców w latach 2013–2015

Przyczyna odwołania	Wyszczególnienie	2013	2014	2015
Czyn nieuczciwej konkurencji	liczba odwołań	73	56	128
	liczba postanowień	54	46	89
Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji	liczba odwołań	57	34	20
	liczba postanowień	47	27	16

Źródło: opracowanie własne na podstawie orzeczeń KIO.

We wszystkich analizowanych latach liczba odwołań na czyn nieuczciwej konkurencji była znacznie wyższa od naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Odwołania dotyczące drugiej wymienionej czynności zamawiającego charakteryzują się wyraźną tendencją spadkową. Z kolei z powodu czynu nieuczciwej konkurencji liczba odwołań jest dużo większa i, po pozytywnym spadku tego zjawiska w 2014 roku (o ponad 23%), niepokojąco wzrasta aż do 128 w 2015 roku. Charakterystyczny jest znaczny odsetek odwołań nierozpatrywanych z powodu braku wpisu lub nieuzupełnienia braków formalnych, które stanowiły od 26% w 2013 roku do 30% w 2015 roku ogółu wniesionych odwołań. Ponadto liczba wydanych wyroków jest mniejsza niż liczba odwołań kierowanych do KIO, ponieważ do jednej sprawy może przystąpić kilku odwołujących się. Biorąc pod uwagę obydwa

¹ www.uzp.gov.pl/KIO/orzecznictwo/indeksytematyczne-data-orzeczenia-KIO.

rodzaje przyczyn składania odwołań można zauważyć, że w 2013 roku liczba ta wynosiła 101, w 2012 roku spadła do 73, by w 2015 roku wzrosnąć do 105 (wzrost o blisko 44% w stosunku do roku poprzedniego).

Bardziej szczegółowe analizy dowodzą, że rozpatrywane sprawy dotyczą zamówień publicznych realizowanych np. w 2015 roku głównie w trybie przetargu nieograniczonego (94 postępowań), w przetargu ograniczonym (10 postępowań) i tylko jedna w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Większość orzeczeń KIO na czyn nieuczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców w 2015 roku (84 na 105) dotyczyło zamówień publicznych o wartości równej lub wyższej od tzw. progu unijnego, które różnią się w zależności od rodzaju zamówienia (roboty budowlane, usługi, dostawy) i od rodzaju zamawiającego (Rozporządzenie, 2013, 2015). Pozostałe 20% orzeczeń dotyczy działań związanych z zamówieniami publicznymi o wartości poniżej progów unijnych. Taka struktura jest efektem znacznie ograniczonych możliwości składania odwołań w przypadku zamówień o niższej wartości. W okresie badania te odwołania mogły dotyczyć wyłącznie następujących czynności:

- wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę,
- opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia,
- odrzucenia oferty odwołującego.

Począwszy od dnia 28 lipca 2016 roku, w wyniku nowelizacji ustawy Pzp, rozszerzony został katalog czynności, na które wykonawca może odwołać się w przypadku zamówień o wartości poniżej progów unijnych, jednocześnie został wykreślony punkt „2) opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu”. Katalog rozszerzony obejmuje określenie warunków udziału w postępowaniu, opis przedmiotu zamówienia i wybór najkorzystniejszej oferty (Ustawa, 2016, art. 180 ust. 2). Biorąc pod uwagę rodzaj zamówień publicznych, w 2015 roku najwięcej wyroków odnotowano w przypadku usług (ponad 65%), następne miejsce zajęły roboty budowlane (20%), najmniej dostawy (15%). W zakresie zamówień publicznych powyżej progów unijnych dominującym sektorem pod względem liczby odwołań w 2015 roku był sektor informatyczny (15 na ogólną liczbę 105). Najczęściej odnoszono się do usług serwisowych, zaprojektowania i wdrożenia systemu informatycznego oraz zakupu odpowiedniego oprogramowania. Jak się wydaje, wiedza zamawiających w zakresie szeroko rozumianej informatyki jest niedostateczna. Natomiast informatycy, zaangażowani w proces opisu przedmiotu zamówienia, nie zawsze mają wystarczające doświadczenie w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na drugim miejscu pod względem liczby odwołań znalazły się roboty budowlane, których w 2015 roku było 13. Na kolejnych miejscach odnotowano usługi i dostawy medyczne (8), gospodarkę odpadami (8), utrzymanie terenów miejskich (7), usługi leśne (5), usługi transportowe (3), usługi sprzątnięcia (3). W pozostałych sektorach pojawiły się co najwyżej dwa odwołania.

W 2015 roku odwołania w zamówieniach o wartości równej lub wyższej od progów unijnych na czyn nieuczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców stanowiły 80% orzeczeń dotyczących nieuczciwej konkurencji. Na ogólną ich liczbę wynoszącą 84, KIO 55 spraw oddaliła, natomiast 29 uwzględniła, co oznacza, że co trzeci wyrok Izby nakazywał zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty lub odrzucenie oferty wybranej niezgodnie z przepisami. Podobną strukturę odnotowano w przypadku orzeczeń KIO w postępowaniach o zamówienia publiczne o wartości poniżej progów unijnych. Wyroki w zakresie omawianych zasad najczęściej dotyczyły sposobu opisu przedmiotu przez zamawiających. Rozpatrywane sprawy dotyczyły na ogół usług serwisowych, zaprojektowania i wdrożenia systemów informatycznych oraz zakupu odpowiedniego oprogramowania.

3. Przykłady orzeczeń KIO w sprawach ewentualnego naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

Podstawę prawną niemalże każdego z odwołań rozpatrywanych przez KIO stanowi naruszenie artykułu 7 ust. 1 ustawy Pzp, regulującego obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji wykonawcy często przywołują w związku z opisem przedmiotu zamówienia, wykluczeniem z postępowania czy też wyborem najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego. Konkurencja na rynku zamówień publicznych powoduje, że wykonawcy, usiłując uzyskać intratne zamówienie, badają oferty konkurentów i starają się udowodnić, że występują „błędy w ofertach”, które nie zawsze mają wpływ na wynik postępowania.

Przedsiębiorcy, wnosząc odwołania, zobligowani są do wskazywania czynności czy też zaniechania zamawiającego, które naruszają prawidłowe prowadzenie postępowania regulowane ustawą Pzp. Powołując się na konkretne przepisy omawianej ustawy, przywołują naruszenie zasad prawa zamówień publicznych wyartykułowanych w przepisach od art. 7 do art. 10 w rozdziale 2 ustawy zatytułowanym „Zasady udzielania zamówień”.

Dominującymi przykładami naruszeń analizowanych zasad udzielania zamówień są zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Oprócz przywołanych powyżej zasad, jako bezpośrednio związaną z nimi, wyróżnia się zasadę udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, wynikającą z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy. Zamawiający, realizując wszystkie czynności w postępowaniu, ma obowiązek mieć na uwadze cel postępowania, którym jest zawarcie ważnej i niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Prawidłowe funkcjonowanie gospodarki wyraża się między innymi występowaniem w obrocie umów zawartych zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. I to właśnie zamawiający, który jest organizatorem, gospodarzem postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego, odpowiada za zawarcie umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę, ale odpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i zgodną z ustawą Pzp. Orzecznictwo KIO wskazuje na prawo zamawiającego do uchylania czynności podjętych wbrew postanowieniom SIWZ lub wbrew ustawie Pzp, w sytuacji gdy żaden z wykonawców nie zaskarżył w ustawowo przewidzianym terminie czynności czy też zaniechania zamawiającego. Idąc dalej, należy stwierdzić, że zamawiający ma nie tyle prawo, ale nawet obowiązek unieważniania własnych czynności, które stały się niezaskarżalne w związku z bezskutecznym upływem terminu do wniesienia odwołania. W praktyce dochodzi do sytuacji unieważniania wyboru najkorzystniejszej oferty z inicjatywy zamawiającego, a nie wskutek wnoszonych odwołań przez wykonawców, którzy mogli wносить odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Takie zachowanie zamawiającego, jako zarządzającego postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, jest nie tylko dopuszczalne, ale wręcz oczekiwane, dla potrzeb zawarcia umowy, która nie naruszałaby porządku prawnego. W innym przypadku „zamawiający zobligowany byłby zawrzeć umowę, mimo wiedzy o takich wadach postępowania, które skutkowałyby wyborem jako najkorzystniejszej innej oferty”². Celem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem zawarcie ważnej i nie podlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne³.

Przechodząc do art. 29 ust. 2, jak również do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczących przestrzegania zasady uczciwej konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia, należy stwierdzić, że wykonawcy nie mają nieograniczonego prawa ingerowania w czynności zamawiających w zakresie ustalenia potrzeb oraz sposobu ich opisanego jako przedmiotu zamówienia w SIWZ. Jednocześnie jednak zamawiający nie mają prawa do dowolnego formułowania wymagań w SIWZ w tym postanowień umowy. W każdym konkretnym przypadku należy znaleźć granicę między uzasadnionymi potrzebami zamawiającego a nadmiernym ograniczaniem konkurencji, której nie należy przekroczyć. Dlatego, jak w przywołanym orzeczeniu KIO, jeżeli dochodzi do sporu „zbadać należy zarówno faktyczny stopień ograniczenia konkurencji, przyczyny wprowadzenia ograniczeń przez zamawiającego, jak ich skutki dla wykonawców obecnych na rynku, a także proporcjonalny, wzajemny stosunek tych zmiennych”⁴.

Z drugiej strony, na zamawiającym ciąży czynny obowiązek zbadania i oceny złożonych przez wykonawców ofert pod kątem ewidentnego naruszenia przez nich zasady zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający obowiązek ten realizuje zarówno przez możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, czy też podlegającego wykluczeniu, a także przez odrzucenie jego oferty, w szczególności

² Zbieżny pogląd w wyroku KIO sygn. akt KIO 873/15 Wyrok KIO z dnia 8 maja 2015 r.

³ Analogiczny pogląd wyrażono w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2013 r. w spr. KIO 719/13, z dnia 23 września 2010 r. w spr. KIO 1939/10, z dnia 28 grudnia 2010 r. w spr. o sygn. KIO 2685/10 i KIO 2686/10, z dnia 19 stycznia 2011 r. w spr. KIO 34/11, z dnia 21 czerwca 2011 r. w spr. KIO 1231/11.

⁴ Sygn. akt KIO 1201/15, Wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2015 r.

w sytuacji gdy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający analizując ofertę, niezależnie czy to w zakresie podmiotowym, czy to przedmiotowym, powinien mieć na uwadze potencjalne naruszenie uczciwej konkurencji, sprawdzając, czy składana oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16.04.1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, np. z powodu rażąco niskiej ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przy czym, przy zapewnieniu poszanowania zasady uczciwej konkurencji, należy mieć na uwadze, że to zamawiający odpowiada za jej przestrzeganie. Nie oznacza to jednak, że tylko wykonawcy, składając oferty, mogą naruszyć zasady uczciwej konkurencji, bowiem również zamawiający kształtując postanowienia SIWZ przy już wspomnianym opisie przedmiotu zamówienia czy też przez ukształtowanie postanowień umowy, np. niejednoznacznego zakresu zamówień, może umożliwić pojawianie się manipulacji w proporcjach zamawianych elementów zamówienia w zależności od wybranego wykonawcy. Na takie możliwości kształtowania stosunku umownego wskazała KIO na przykładzie: „bo ostatecznie liczy się to nie jakie jest zamówienie i jego przedmiot, ale jaka jest umowa, która rodzi katalog praw i obowiązków dla stron w pakiecie (np. pomijając w zamówieniu najtańszy element) przepłaci za pozostałe, czyli złamie zasady przetargu na korzyść dostawcy. Ale możliwa jest też sytuacja odwrotna, że zamówi tylko element najtańszy. A takie działanie i ułożenie stosunku umownego wyklucza uczciwe działanie i naruszenie zasady przetargu publicznego”. Takie ustalenia Izby, wskazujące na możliwość formułowania warunków do nieuczciwej konkurencji na etapie realizacji umowy w zależności od woli zamawiającego, potwierdził Wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie⁵. W oparciu o powyższe można formułować regułę, że obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji odnosi się nie tylko do wykonawców, ale również w równym stopniu do zamawiających przygotowujących i przeprowadzających postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Przechodząc do zasady równego traktowania wykonawców, podobnie jak zasada uczciwej konkurencji znajdująca się w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, należy stwierdzić, że nakazuje ona takie same stosowanie wymogów SIWZ do wszystkich wykonawców przy badaniu i ocenie ich ofert. Dla przykładu przywołać można sytuację, gdzie zamawiający np. do części wykonawców zwraca się o przedłużenie terminu związania ofertą, a do części nie, pomimo że znajdują się oni w takiej samej sytuacji faktycznej i prawnej⁶.

Podane przykłady wskazują jednoznacznie na to, że bez przestrzegania czy to zasady uczciwej konkurencji, czy to zasady równego traktowania wykonawców, zamawiający nie jest w stanie udzielić zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, do czego obliguje go treść art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Tak więc, pomimo że omawiane poszczególne zasady mają odrębny charakter, to są one ze sobą nawzajem powiązane i wymagają jednoczesnego ich uwzględniania w procesie zarządzania zamówieniami publicznymi.

⁵ Sygn. akt V Ga 106/12, Wyrok SO w Olsztynie z dnia 15 listopada 2012 r.

⁶ Sygn. akt KIO 140/15, Wyrok KIO z dnia 3 lutego 2015 r.

Uwagi końcowe

Przeprowadzona w pracy analiza przestrzegania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców dowodzi, że większość wnoszonych odwołań dotyczyła sposobu opisu przedmiotu zamówienia w zamówieniach o wartości równej lub wyższej od progów unijnych. Biorąc pod uwagę rodzaj i przedmiot zamówienia, dominował pod względem częstotliwości odwołań sektor informatyczny. Chodziło tu głównie o usługi serwisowe, zaprojektowanie i wdrożenie systemu informatycznego oraz zakup odpowiedniego oprogramowania. Realizacja postępowania o zamówienie publiczne na szeroko rozumianą usługę informatyczną jest dla zamawiającego wyzwaniem, zwłaszcza w obszarze równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający mają na ogół niewielką wiedzę, jeżeli chodzi o techniczną stronę rynku informatycznego. Z kolei informatycy opisujący przedmiot zamówienia nie są specjalistami w zakresie przygotowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Większość orzeczeń KIO dotyczy naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, regulującego naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dotyczy to głównie opisu przedmiotów zamówienia, wykluczenia z postępowania i wyboru najkorzystniejszej oferty. Mimo że omawiane zasady są traktowane w sposób odrębny, to jednak efekty ich przestrzegania lub naruszenia są od siebie zależne, wymagając jednoczesnego ich analizowania w procesie zarządzania zamówieniami publicznymi.

Częstym zjawiskiem po stronie zamawiającego jest opisywanie przedmiotu dostawy lub elementów wykonania robót budowlanych poprzez wskazanie na konkretny produkt. Działania takie mogą mieć charakter celowy związany z przekonaniem zamawiającego o wyższej od innych jakości danego produktu lub posiadaniem bliskich kontaktów z producentem. Mogą być też efektem braku umiejętności opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń.

Zasada uczciwej konkurencji obowiązuje również wykonawców biorących udział w postępowaniu o zamówienia publiczne. Ważne jest, aby wykonawca, składając ofertę, zwracał uwagę na to, czy jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Pomimo pewnych pozytywnych zmian w zachowaniach zarówno zamawiających, jak i wykonawców, odnotowanych w ostatnich latach przez pryzmat środków ochrony prawnej, przestrzeganie zasad konkurencyjności i równego dostępu do przetargów publicznych powinno być monitorowane przez instytucje kontrolne i odwoławcze oraz organy legislacyjne.

Literatura

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Dz.U. 2013, poz. 1735). Od 1.01.2016 r. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Dz.U. 2015, poz. 2263 ze zm.
Soszyńska-Purtak, P. *Konsorcjum a niekonkurencyjność*. Wydawnictwo: ABC. LEX Omega on-line

Sprawozdanie Prezesa o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2015 roku (2016). Warszawa: Urząd Zamówień Publicznych.

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Dz.U. 2015, poz. 2164 ze zm.

Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. Dz.U. 2016, poz. 1020.

Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Dz.U. 2017, poz. 229.

Ustawa z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. J.t. Dz.U. 2003 nr 153, poz. 1503 ze zm.

Zamówienia publiczne w orzecznictwie. *Zeszyty Orzecznicze* z lat 2012–2015. Indeks Tematyczny Orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej z lat 2012–2015.

PUBLIC CONTRACTS MANAGEMENT AND THE RISK OF COMPETITIVENESS LIMITATION IN THE LIGHT OF NATIONAL APPEALS CHAMBER VERDICTS

Abstract: In managing public procurement the main principles of the law of public procurement should be used with particular emphasis on the rules of fair competition and equal treatment of contractors. The aim of the article is to examine and evaluate chosen activities of the contracting entity in the proceedings of the public procurement. The analysis has been conducted on the basis of data coming from the verdicts of National Appeals Chamber and reports of the Public Procurement Office for the years 2014-2015. Examples of verdicts prove that limitation of risks of unfair competition and non-equal treatment during the process of public procurement depends not only on procurers but also on contractors of public activities.

Keywords: public procurement, equal treatment of contractors, principle of fair competition, jurisdiction of National Appeals Chamber

Cytowanie

Starzyńska, W., Tubisz, R. (2017). Zarządzanie zamówieniami publicznymi a ryzyko ograniczania konkurencyjności w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. *Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia*, 5 (89/1), 411–421. DOI: 10.18276/frfu.2017.89/1-34.