

Jarosław Kola

# Manipulowanie parametrami oferty jako czyn nieuczciwej konkurencji

**Jarosław Kola**

Doktorant w Zakładzie Publicznego Prawa Gospodarczego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.



Po kilkunastu tygodniach obowiązywania nowych przepisów ujawniły się poważne zagrożenia wynikające z nieumiejętnego postępowania się modelem wielokryterialnej oceny ofert. Bodaj najpoważniejsze wiąże się z możliwością manipulowania przez wykonawców podlegającymi ocenie elementami oferty w celu zwiększenia szans na uzyskanie zamówienia.

**O**d 19 października 2014 r. kryterium ceny może być zastosowane jako jedyne kryterium oceny ofert, wyłącznie gdy przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny i ma ustalone standardy jakościowe, a także gdy postępowanie toczy się w trybie licytacji elektronicznej. Nie ulega wątpliwości, że spośród wszystkich zmian wprowadzonych ostatnią nowelizacją<sup>1</sup> ustawy Pzp właśnie to rozwiązanie w największym stopniu ogniskowało uwagę opinii publicznej. Wzmoczone zainteresowanie pracami nad zmianą art. 91 ustawy Pzp nie może dziwić – wszak nagminne stosowanie ceny jako jedyne kryterium oceny ofert wskazywane było jako najpoważniejsza wada polskiego systemu zamówień publicznych, a hasło „walki z dyktatem najniższej ceny” stało się *leitmotivem* ostatniej aktywności prawodawcy w obszarze prawa zamówień publicznych. Rzeczywiście trudno aprobować sytuację, w której ok. 90% postępowań<sup>2</sup> rozstrzyga wyłącznie cena. Warto jednak pamiętać, że jakkolwiek model wielokryterialnej oceny ofert niewątpliwie zwiększa prawdopodobieństwo wyboru oferty rzeczywiście (a nie tylko formalnie) najkorzystniejszej, stanowi instrumentarium tyleż użyteczne, co skomplikowane, a nieumiejętnie stosowane może spowodować straty znacznie przewyższające zakładane korzyści.

Oczywiście podjęcie próby kompleksowej analizy przyjętego rozwiązania nie jest możliwe w ramach krótkiego artykułu o praktycznym przeznaczeniu. Inna rzecz, iż – w opinii autora – byłaby ona w tym momencie przedwczesna, a to z uwagi na stosunkowo krótką praktykę obowiązywania nowego art. 91 ust. 2a ustawy Pzp, która nie umożliwia jeszcze rzetelnej weryfikacji wszystkich hipotez. Niemniej już teraz ujawniły się poważne zagrożenia wynikające z nieumiejętnego posługiwania się modelem wielokryterialnej oceny ofert. Bodaj najpo-

ważniejsze wiąże się z możliwością manipulowania przez wykonawców podlegającymi ocenie elementami oferty w celu zwiększenia szans na uzyskanie zamówienia. Przy czym nie chodzi tu o zwykłą optymalizację, lecz o ukształtowanie parametrów oferty w sposób sprzeczny z przyjętą na danym rynku praktyką (w szczególności nieuzasadnione względami technologicznymi), które skutkuje szczególnie korzystną oceną w świetle przyjętych przez zamawiającego kryteriów i ich wag.

### Przykład manipulacji

Tę wstępną próbę uchwycenia problemu warto zobrazować przykładem – jak wynika z danych zaprezentowanych ostatnio przez Urząd Zamówień Publicznych, jednymi z najczęściej stosowanych pozacenowych kryteriów są te dotyczące gwarancji<sup>3</sup>. Jeśli zatem zamawiający ustali, że oceniając oferty będzie brał pod uwagę cenę oraz długość okresu gwarancji i jednocześnie nie wprowadzi do SIWZ postanowień ograniczających (racjonalizujących) działania wykonawców, teoretycznie może spodziewać się oferty nawet ze 100-letnim okresem gwarancji. Jeśli dodatkowo pozacenowemu kryterium zamawiający przyznałby istotną wagę, najprawdopodobniej byłby zmuszony do wyboru oferty, która wcale nie zaspokaja najlepiej jego uzasadnionych potrzeb, a jej decydującą przewagą jest parametr o wartości, której praktyczne znaczenie jest dla zamawiającego znikome.

Oczywiście – jak zasygnalizowano powyżej – opisana sytuacja pełni rolę przykładu, co implikuje jej oczywisty i nieskomplikowany charakter. W praktyce jednak występują stany faktyczne znacznie bardziej złożone. Niezależnie więc od tego, czy mielibyśmy do czynienia z postępowaniem wykorzystującym nieskomplikowane kryteria, czy postępowaniem, w którym ocenie podlegają parametry zaawansowanego technologicznie przedmiotu zamówienia, o prawdopodobieństwie wystąpienia wskazanego zagrożenia zdecyduje model oceny ofert. Konkluzja ta

wpisuje się rzecz jasna w inną – skądinąd oczywistą – tezę, iż decyzje podejmowane na etapie przygotowawczym, mają kluczowe znaczenie dla całego postępowania, determinując w istocie dalszy jego bieg. I choć taka konstatacja może wydać się banalna, warto o niej przypominać, bo – jak pokazuje praktyka – zamawiający nie zawsze biorą ją pod uwagę. Zatem najważniejszy wniosek, jaki należałoby wyprowadzić z dotychczasowych uwag brzmi: model wielokryterialnej oceny ofert zwiększa szanse na uzyskanie oferty faktycznie najkorzystniejszej o tyle, o ile dobór kryteriów i ich wag wynika z wszechstronnej analizy potrzeb zamawiającego i możliwości rynku, na którym zamierza te potrzeby zaspokoić.

### Analiza potrzeb zamawiającego

Naturalnie jednak nasuwa się pytanie: jak dokonać takiej analizy? Jego jednoznaczne rozstrzygnięcie niestety nie jest możliwe, albowiem działania zamawiającego każdorazowo determinować powinny cechy przedmiotu zamówienia, w szczególności poziom jego skomplikowania (innego rodzaju czynności oczekuje się od zamawiającego przygotowującego postępowanie o udzielenie zamówienia na budowę ścieżki rowerowej, a innego, gdy przedmiotem zamówienia jest budowa instalacji termicznego przetwarzania odpadów). Choć oczywiście nie należy z tego wywodzić, iż nie istnieją pewne ustalone schematy postępowania, których zastosowanie zapewnia efektywność modelu wielokryterialnej oceny ofert. Chodzi tu w szczególności o metody, wypracowane w ramach metodyki wielokryterialnego wspomagania decyzji (WWD), czy szerzej w ramach badań operacyjnych. Podjęcie szczegółowej ich analizy zdecydowanie nie jest jednak celem tego artykułu, lecz Czytelnika zainteresowanego tą problematyką, warto odesłać do interesujących ustaleń naukowców Politechniki Poznańskiej w zakresie potencjału WWD w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2014 r., poz. 1232).

<sup>2</sup> W roku 2013 cena rozstrzygnęła o 92% postępowań o wartości przedmiotu zamówienia poniżej tzw. progów unijnych oraz 85% powyżej tych progów. Zob. UZP, *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2013 r.*, Warszawa 2014, s. 33.

<sup>3</sup> Po wejściu w życie ostatniej nowelizacji w 25% postępowań o wartościach poniżej progów UE zamawiający stosowali kryterium odnoszące się do gwarancji, średnio przypisując mu wagę 10%. Zob. *Kryteria oceny ofert po nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych*, [online 25.01.2015] <http://uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;3088>.

<sup>4</sup> Zob. w szczególności: J. Żak, *The Methodology of Multiple Criteria Decision Making/Aiding in Public transportation*, Journal of Advanced Transportation, Vol. 45, 2011, s. 1-20; Żak J.: *Wybór taboru dla systemu publicznego transportu miejskiego i wykorzystaniem metodyki wielokryterialnego i grupowego podejmowania decyzji*. Logistyka 2011, Nr 6.

### Jak bronić się przed manipulacją?

Przede wszystkim wypada podkreślić, że tak jak nie sposób jednoznacznie wskazać modelu pasującego do każdego postępowania, tak też żaden nie wyeliminuje ryzyka manipulowania podlegającymi ocenie parametrami oferty, choć może je wyraźnie minimalizować. Skoro tak, wypada postawić kluczową w kontekście poruszanych zagadnień kwestię: czy zamawiający – niezależnie od poziomu staranności w przygotowaniu postępowania – dysponuje „instrumentami obrony”?

Na tak sformułowane pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej – zabezpieczenie postępowania przed wpływem opisanego działania wykonawcy umożliwia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z jego treścią, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wprawdzie w katalogu czynów nieuczciwej konkurencji określonym w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („u.z.n.k.”) nie odnajdziemy „manipulowania parametrami oferty”, lecz zarazem nie budzi wątpliwości, że nie jest możliwym enumeratywne wskazanie wszystkich potencjalnych nieuczciwych zachowań naruszających konkurencję<sup>5</sup>. Z tego względu należy odwołać się do ogólnej definicji określonej w art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

I tak, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Rozważając poszczególne przesłanki trzeba przyznać, że argumentowanie na rzecz „sprzeczności z prawem”, byłoby w omawianym przypadku raczej trudne. Wszak w granicach wyznaczonych przez zamawiającego w SIWZ to wykonawca decyduje o treści składanych oświadczeń woli. Czy jednak można powiedzieć, że w myśl zasady „co nie jest zakazane jest dozwolone”, może on wykorzystywać relacje pomiędzy kryteriami oceny ofert i ich wagami w celu uzyskania zamówienia? To niewątpliwie bardzo trudne do jednoznaczej oceny zagadnienie. W istocie bowiem idzie o rozstrzygnięcie, czy – parafrazując wcze-

śniejsze słowa – „to co nie jest zakazane jest ... zakazane?” Rozstrzygnięcie tak trudnych dylematów, prawodawca stara się ułatwiać poprzez tworzenie luzów decyzyjnych za pomocą zwrotów niedookreślonych. Niewątpliwie takim zwrotem jest druga z przesłanek uznania określonego działania za czyn nieuczciwej konkurencji. Jak wskazuje się w literaturze – „dobre obyczaje” interpretować należy jako „normy moralne i zwyczajowe stosowane w działalności gospodarczej”<sup>6</sup>. Oczywiście, by jednoznacznie przesądzić, że jakieś działanie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, należy brać pod uwagę całokształt okoliczności w jakim wystąpiło, w szczególności jego cel, środki służące jego realizacji, oraz konsekwencje. Niemniej rozważając *in abstracto* opisane w przykładzie działanie wykonawcy, należałoby stwierdzić, iż jest ono działaniem wbrew dobrym obyczajom, i to zarówno w ujęciu etycznym-moralnym jak i ekonomicznym<sup>7</sup>.

## Jak wskazuje się w literaturze – „dobre obyczaje” interpretować należy jako normy moralne i zwyczajowe stosowane w działalności gospodarczej.

Sam cel nie budzi może jeszcze poważnych wątpliwości – w ostateczności bowiem podstawową pobudką wykonawcy jest chęć uzyskania zamówienia. Dopiero analiza środków powziętych do jego realizacji przechyla szalę. Warto w tym miejscu odnotować, że choć KIO nieczęsto oceniała analizowane tu przypadki, zjawisko manipulowania parametrami ofert nie jest jej obce. W jednym z orzeczeń stwierdzono, iż konkurencja powinna być czytelna dla wykonawców i zamawiającego, a jej wyniki nie mogą prowadzić do zafałszowania poprzez zabiegi matematycznych kalkulacji. Ocena zachowań podmiotów uczest-

niczących w obrocie gospodarczym powinna być racjonalna i opierać się na przesłankach ekonomiczno-funkcjonalnych<sup>8</sup>.

Ostatni element definicji określonej w u.z.n.k. – konsekwencje w postaci naruszenia interesów innych przedsiębiorców – bywa szczególnie istotnym kryterium rozstrzygnięcia sporów przed KIO. W jednym z orzeczeń stwierdzono, iż „okolicznością przesądzącą o naganności postępowania odwołującego w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest więc »manipulowanie« kryteriami oceny ofert, ceną usługi utrzymania i w konsekwencji ceną oferty, w celu uzyskania zamówienia. Ponieważ takie działanie zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym

jest, że działanie odwołującego utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ”<sup>9</sup>. W innym natomiast Izba przyznała, że oczywistym i naturalnym jest podejmowanie przez wykonawców działań, zwiększających szanse na uzyskanie zamówienia. Słusznie jednak zauważyła, że działania te nie mogą doprowadzić do utrudnienia innym wykonawcom dostępu do rynku, o ile utrudnienie to ma za swój cel ich eliminację<sup>10</sup>.

W kontekście tego stanowiska, wypada zaznaczyć, iż niekiedy odwołujący upatrują

<sup>5</sup> Zob. szerzej J. Szawja (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 138 i n.

<sup>6</sup> M. Kępiński, *Problemy ogólne nowej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, RPEiS 1994, nr 2, s. 7.

<sup>7</sup> Por. M. Zdyb (red.), M. Sieradzka (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 117 i n.

<sup>8</sup> Por. Wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2011 r., sygn. KIO 640/11.

<sup>9</sup> Wyrok KIO z dnia 5 września 2013 r., sygn. KIO 2067/13.

<sup>10</sup> Por. Wyrok KIO z dnia 21 lutego 2012 r., sygn. KIO 297/12.

podstawy prawnej dla uznania manipulacji za czyn nieuczciwej konkurencji w art. 15 ust. 1 zd. 1 u.z.n.k., zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. W przekonaniu autora stanowisko takie nie jest słuszne, a przynajmniej budzi uzasadnione wątpliwości. Wydaje się bowiem, iż w założeniu prawodawcy art. 15 u.z.n.k. ma przede wszystkim zapobiegać skoordynowanemu zakłócaniu rynku<sup>11</sup>. Oczywiście możliwą jest sytuacja, gdy manipulacja parametrami oferty stanowi przejaw szerszego działania. Unikając teoretycznych rozważań należy zaznaczyć, że w praktyce udowodnienie takiej okoliczności byłoby niezwykle trudne.

W każdym razie zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy, gdy ustali, że jej treść nie została ukształtowana w sposób zwyczajowo przyjęty na danym rynku, co nie

<sup>11</sup> Por. M. Kępiński, *Problemy...*, s. 7; J. Szwaja, *Ustawa...*, s. 572 i n.

wynika z indywidualnej (autorskiej) metody przygotowania oferty i rynkowych przewag oferenta, lecz polega wyłącznie na technicznej manipulacji parametrami oferty wykorzystującej relacje pomiędzy kryteriami oceny.

### Wnioski

Na koniec warto podkreślić, że podjęta analiza przesłanek zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp znakomicie dopełnia sformułowane na wstępie – owszem dość ogólne – uwagi na temat wielokryterialnego modelu oceny ofert. Trzeba bowiem podkreślić, że nawet jeśli zamawiający dysponują bezpiecznikiem w postaci instytucji odrzucenia oferty, to jednak nie ulega wątpliwości, że nie zawsze zagwarantuje bezpieczeństwo ich interesów. Po pierwsze bowiem, im staranniej przygotowano postępowanie i model oceny ofert, tym mniejsze prawdopodobieństwo, że konieczność zastosowania art. 89 ustawy Pzp w ogóle zaistnieje. Natomiast z drugiej strony, jeśli wykonawca dokona nieuczciwej manipulacji, zamawiający będzie miał tym

większe szanse na jej wykrycie i udowodnienie, im lepiej poznał przedmiot zamówienia i staranniej określił kryteria. Jest to o tyle istotne, że – jak pokazuje praktyka – niekiedy manipulacje nie są tak oczywiste, jak przedstawiono to w przykładzie, lecz jako wynik szczegółowych kalkulacji i wielowariantowych analiz są trudno uchwytnie.

Podsumowując podjęte rozważania należy wskazać dwa podstawowe wnioski:

#### Wniosek szczegółowy:

Manipulowanie parametrami oferty, może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, co powoduje konieczność jej odrzucenia.

#### Wniosek ogólny:

Model wielokryterialnej oceny ofert jest narzędziem wymagającym szczególnej staranności zamawiającego. W zależności od tego czy wykorzystywany będzie profesjonalnie, może stać się jego błogosławieństwem albo przekleństwem. ■

reklama



## Kancelaria Prawno-Gospodarcza



Kontakt w 24 godziny



Specjalizacja w Prawie  
zamówień publicznych



Setki wygranych spraw

Infolinia: 22 417 89 87  
kancelaria@paxus.pl

www.paxus.pl