

Prawo Zamówień Publicznych w praktyce

NA PRZYKŁADZIE UDZIAŁU ARCUS S.A. W
PRZETARGU DLA ZUS.



Związek Przedsiębiorców i Pracodawców

Warszawa, STYCZEŃ 2015

Spis treści

1. Streszczenie	3
2. Sprawa Arcus S.A. – przetarg dla ZUS	4
2.1. Podstawowe informacje dotyczące przetargu	4
2.2. Przebieg postępowań odwoławczych oraz szczegółowe informacje dotyczące przebiegu przetargu	6
3. Podsumowanie.....	15



1. Streszczenie

Niniejsze opracowanie dotyczy sprawy przetargu na zakup i serwisowanie drukarek oraz urządzeń wielofunkcyjnych dla Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, a szczególnie powodów, dla których oferta przedsiębiorstwa Arcus S.A. proponującego najniższą cenę, została w toku postępowania odrzucona.

Przetarg ogłoszono dnia 28 kwietnia 2014 roku¹. 14 sierpnia ogłoszono wynik przetargu, zgodnie z którym zwycięzcą zostało przedsiębiorstwo Arcus S.A. proponujące w swojej ofercie najkorzystniejsze warunki. W toku dalszych wypadków, które szczegółowo zostaną omówione w następnym rozdziale niniejszego opracowania, oferta Arcus S.A. została odrzucona, a sprawa – z powodu niejasnych działań CBA i prokuratury – stała się głośna i medialna².

Na początku przedstawiony zostanie przebieg przetargu, włącznie z liczbą oferentów, kształtem specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz modyfikacją tychże warunków.

Następnie pokrótce omówiony będzie przebieg postępowania odwoławczego w rzeczonyj sprawie, ze szczególnym uwzględnieniem analizy orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie rzekomej zmowy cenowej, do której miało dojść podczas przetargu, jak i rażąco niskiej ceny zaproponowanej przez Arcus S.A.

¹ Ogłoszenie dostępne w Internecie pod adresem: <http://www.zus.pl/default.asp?id=10&p=1&idz=149009>

² Przykładowe informacje w mediach: <http://praca.gazetaprawna.pl/artykuly/820507,zakup-drukarek-w-zus-nie-bylo-zmowy-w-przetargu.html>, <http://prawo.money.pl/aktualnosci/wiadomosci/artukul/nowy-rozdzial-afery-w-zus-zamieszana-firma,216,0,1675480.html>

2. Sprawa Arcus S.A. – przetarg dla ZUS

2.1. Podstawowe informacje dotyczące przetargu

Jak wspomniano we wstępie do pracy, przetarg na zakup i czterdziestopięciomiesięczne serwisowanie drukarek oraz urządzeń wielofunkcyjnych dla Zakładu Ubezpieczeń Społecznych ogłoszony został w dniu 28 kwietnia 2014 roku. Zamówienie zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego, czyli takiego, w którym na publiczne ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy³. Warto zaznaczyć, że zamawiającym nie był pojedynczy oddział ZUS-u, tylko Centrala, a samo zamówienie dotyczyło wielu placówek na terenie Polski. Ilość zamówionego sprzętu była więc imponująca, uwzględniono również kompleksową obsługę, czyli serwis, konserwację i dostarczenie oprogramowania.

**„Przedmiotem zamówienia jest zakup i dostawa 3320 sztuk urządzeń:
- 1179 sztuk drukarek,
- 2141 sztuk urządzeń wielofunkcyjnych,
(...)
wraz z 45 miesięczną obsługą serwisową oraz oprogramowaniem umożliwiającym wydruk poufny i podążający oraz raportowanie stanu liczników.
Wykonawca wdroży oprogramowanie umożliwiające wydruk poufny i podążający oraz raportowanie stanów liczników dostarczonych urządzeń w Centrali Zakładu oraz opracuje dokumentację instalacji, instrukcję implementacji oraz procedury administratorskie dla dostarczonego rozwiązania. Okres gwarancyjny - 45 miesięcy.”⁴**

Na wagę zamówienia wpływa również zakres i charakter usług serwisowych, które zamawiający (ZUS) dookreślił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia⁵. Obejmuje on m.in. wykonywanie przeglądów okresowych według zaleceń producenta, dostawę wszystkich materiałów eksploatacyjnych oprócz papieru, czy też naprawę urządzenia lub oprogramowania w ciągu maksymalnie dwóch dni roboczych od chwili przyjęcia zgłoszenia.

W związku z dużą wartością zamówienia ustalono również wysokie wadium (zwrotnej co do zasady kaucji, którą oferent wpłaca zamawiającemu przed terminem składania ofert) - jeden milion dwieście tysięcy złotych. Kryterium oceny ofert było tylko jedno - cena. Zostało jednak ono uzupełnione specyficznym warunkiem udziału w postępowaniu, według którego w przetargu mogli wziąć udział oferenci, którzy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a

³ Definicja zawarta w ustawie z dn. 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2004 nr 19 poz. 177), tekst aktu dostępny w Internecie pod adresem: <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU20040190177>

⁴ Cytat za: <http://www.zus.pl/default.asp?id=10&p=1&idz=149009>

⁵ Dokument dostępny w Internecie pod adresem: <http://www.zus.pl/zampub/files/149030/uJFJUE3T035.pdf>

jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonali co najmniej jedną dostawę minimum 500 szt. urządzeń drukujących lub kopiująco-drukujących wraz z minimum 12 miesięczną usługą serwisową w co najmniej 10 lokalizacjach (miejscowościach) o całkowitej wartości (dostawa razem z usługą serwisową) nie mniejszej niż 10.000.000,00 PLN brutto. Oznacza to, że mimo iż jedynym kryterium oceny ofert była cena, zamawiający skonstruował ogłoszenie w taki sposób, by mieć pewność, że zwycięzca przetargu będzie podmiotem doświadczonym w zakresie dostawy tak dużej ilości sprzętu w różne lokalizacje oraz serwisowania ich. Innym godnym uwagi szczegółem jest fakt, iż proponowana przez oferenta cena brutto drukarek i urządzeń wielofunkcyjnych nie może stanowić więcej niż 33% ceny całości zamówienia. Oznacza to, że minimum 67% podanej przez potencjalnego wykonawcę ceny, musiało być kosztem serwisowania i konserwacji urządzeń.

Początkowo terminem składania ofert był dzień 10 czerwca. Uległ on jednak wydłużeniu - najpierw do 24 czerwca, później do 1 lipca, aż ostatecznie wypadł na dzień 21 lipca. Dnia 14 sierpnia 2014 roku opublikowano informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Podsumowanie tej informacji znajduje się w poniższej tabelce.

WYKONAWCA	CENA (W ZŁ)	STAN OFERTY
Konica Minolta Business Solutions	48.905.358,30	PRZYJĘTA
Galaxy Systemy Informatyczne	45.878.527,23	ODRZUCONA
Teneo Systems	40.453.192,86	PRZYJĘTA
Decsoft	45.844.918,74	PRZYJĘTA
Ediko	55.992.121,00	PRZYJĘTA
Arcus	36.235.645,83	PRZYJĘTA
Konsorcjum: Exon Computer Systems Andrzej Jassowicz oraz Wincor Nixdorf	61.214.680,50	ODRZUCONA
Infomex	52.749.563,61	ODRZUCONA
Przedsiębiorstwo DIR	40.912.977,12	ODRZUCONA
"Koncept"	79.982.718,99	ODRZUCONA

Jak widać w powyższej tabelce, najkorzystniejszą ofertę złożyło przedsiębiorstwo Arcus S.A. Drugą najtańszą ofertę złożyło przedsiębiorstwo Teneo Systems, a różnica między obiema wycenami sięgała około 4 milionów złotych. Najdroższa oferta, złożona przez przedsiębiorstwo „Koncept”, opiewała na niemal 80 milionów złotych, a zatem była ponad dwukrotnie droższa niż najtańsza oraz o 18 milionów droższa niż druga najdroższa oferta, złożona przez Konsorcjum: Exon Computer Systems Andrzej Jassowicz oraz Wincor Nixdorf (61 milionów).

2.2. Przebieg postępowań odwoławczych oraz szczegółowe informacje dotyczące przebiegu przetargu

Poza przekładaniem terminu składania ofert, w sposób dynamiczny zmieniały się również warunki przetargu. Zamawiający zmienił na prośbę uczestników przetargu wiele konkretnych elementów oczekiwanej specyfikacji technicznej sprzętu, by poszerzyć zakres produktów spełniających wymagania. I tak np. w jednym z segmentów urządzeń wielofunkcyjnych, zmienił wymaganą pojemność odbiorników na papier z 500 arkuszy do 250 arkuszy, w innym zmniejszył wymaganą ilość pamięci RAM z 512 MB do 256 MB.⁶

Jeszcze przed powyższymi zmianami, jeden z podmiotów biorących udział w przetargu, Galaxy Systemy Informatyczne, dnia 9 maja 2014 roku złożył odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, w związku z treścią ogłoszenia o przetargu oraz zawartością specyfikacji istotnych warunków zamówienia⁷. Galaxy Systemy Informatyczne (oraz podmioty, które zdecydowały się przystąpić do postępowania po stronie odwołującego, tj. „Koncept”, Brother Polska, Ediko, Xerox) wyróżniło w swoim odwołaniu osiemnaście szczegółowych zarzutów, które postawiło Zamawiającemu. Ostatecznie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 czerwca 2014⁸ częściowo uwzględniono pięć z nich, z których najistotniejszy dotyczył warunków wzięcia udziału w postępowaniu.

Pierwotnie pojęcie „usług serwisowych” zdefiniowano jako dostawę wszystkich materiałów eksploatacyjnych (wyłączając papier) oraz wymianę uszkodzonych części i naprawę w celu zapewnienia prawidłowego funkcjonowania urządzeń. Krajowa Izba Odwoławcza przyznała rację odwołującemu się, twierdząc, że tak sformułowana definicja narusza zasadę proporcjonalności (w rozumieniu wywiedzionym z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, według którego działaniem „proporcjonalnym” jest takie, które jest adekwatne i konieczne do osiągnięcia określonego celu) warunków wzięcia udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia. Zasada proporcjonalności warunków wzięcia udziału w postępowaniu jest ponadto wyrażona wprost w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Art. 22.

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;**
 - 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;**
 - 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;**
 - 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.**
- (...)

⁶ <http://www.zus.pl/zampub/files/149520/MGYe65Sa91K.pdf>

⁷ Treść odwołania jest dostępna w Internecie pod adresem: <http://www.zus.pl/zampub/files/149098/25nebCHXG6g.zip>

⁸ http://www.nowepretargi.pl/wyszukio.php?w_id=14597&frazagalaxy&liczba_rekordow=10&znakow=25&wynikow=1&rok_2014=2014&kat_1=1&kat_2=2&str=2

4. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Organ przychylił się w tym zakresie do żądania podmiotu odwołującego się, nakazując wykreślenie z definicji usług serwisowych sformułowania odnoszącego się do dostawy wszystkich materiałów eksploatacyjnych. KIO uznała, że taki wymóg jest nazbyt wygórowany i jego zastosowanie ograniczyłoby liczbę potencjalnych oferentów.

Inna modyfikacja omówiona w wyroku dotyczyła zmiany pierwszego zdania w trzecim punkcie dziewiątego załącznika do umowy, zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotyczącego wymagań w zakresie wydruku poufnego i podążającego. Zdanie w pierwotnym brzmieniu: „Wskazane urządzenia muszą posiadać funkcję wydruku poufnego i podążającego”; zdanie w brzmieniu zmienionym: „System zarządzania wydrukiem musi posiadać funkcję wydruku poufnego i podążającego”. Trzeba jednak zaznaczyć, że zmiany tej dokonał z własnej inicjatywy Zamawiający w dniu 21 maja⁹, co KIO zaaprobowała.

Reszta zarzutów stawianych przez Galaxy Systemy Informatyczne i uwzględnionych przez KIO miała charakter drobny i wymagający raczej doprecyzowania poszczególnych punktów specyfikacji technicznej, niż drastycznej ich zmiany. Zarzuty, których KIO nie uwzględniła, miały jednak charakter zasadniczy i wynikał z nich wniosek, iż sposób sformułowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, miał rzekomo faworyzować jednego producenta sprzętu (tj. Kyocera) do tego stopnia, że tylko jego produkty miały spełniać wymagania Zamawiającego. Mówiąc ściślej, odwołujący się zarzucał Zamawiającemu, że co prawda poszczególne wymogi mogą być spełnione przez sprzęt różnych producentów, jednak konieczność zgodności z konkretnym oprogramowaniem (MyQ) doprowadza do sytuacji, w której możliwa staje się jedynie konfiguracja oparta o sprzęt marki Kyocera. Jest to zarzut o tyle ciężkiej wagi, że Arcus już w 1997 roku zawarł umowę dotyczącą wyłącznego przedstawicielstwa na rynku polskim w zakresie sprzedaży i serwisu urządzeń Kyocery¹⁰.

W toku postępowania odwoławczego, Zamawiający przedstawił jednak zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (siwz) możliwe zestawienia sprzętów przynajmniej trzech innych marek¹¹. W związku z powyższym, oraz po przeprowadzeniu analizy zarówno stawianych zarzutów, jak i samej treści specyfikacji, KIO nie przychyliła się do twierdzeń odwołującego się, jakoby specyfikacja ta miała faworyzować jednego producenta. Głównym argumentem odwołującego się była rzekoma konieczność dostarczenia jednego oprogramowania kompatybilnego ze wszystkimi sprzętami, czyli de facto dostarczenia sprzętu jednego producenta. ZUS z kolei twierdził, iż nie ma takiej konieczności, ponieważ w specyfikacji nie zaznaczono takiego wymogu. KIO podzieliła stanowisko Zamawiającego.

⁹ <http://www.zus.pl/zampublicz/files/149192/nuAa3iQrw4d.pdf>

¹⁰ <http://arcus.pl/o-firmie/historia-firmy>

¹¹ http://www.zus.pl/files/KIO_%20stanowisko_komisji_Galaxy_MD_last%20140602_2.pdf

„Zdaniem Izby, wbrew twierdzeniom odwołującego, treść siwz nie wyklucza możliwości dostarczenia kilku oprogramowań kompatybilnych z urządzeniami różnych producentów.”

Wyrok KIO z dnia 5 czerwca 2014, sygn. akt KIO 938/14

Reasumując, w wyroku dotyczącym odwołania złożonego przez Galaxy Systems, Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się częściowo do zaledwie kilku żądań odwołującego się, zaznaczając tym samym konieczność doprecyzowania niektórych punktów dokumentu tak, by zapewnić jak największą konkurencyjność ofert.

Po modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej, przetarg przebiegał bez większych komplikacji, aż do momentu ogłoszenia jego wyniku. Jak należy w tym miejscu przypomnieć - zwycięzcą okazało się być przedsiębiorstwo Arcus S.A. W dniu 25 sierpnia, czyli niespełna dwa tygodnie po ogłoszeniu wyników przetargu, dwa podmioty uczestniczące w postępowaniu, czyli Galaxy Systemy Informatyczne oraz Teneo Systems wniosły osobne odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Następnie Galaxy Systemy Informatyczne przystąpiło do postępowania odwoławczego wniesionego przez Teneo Systems po stronie Odwołującego, Teneo Systems natomiast przystąpiło do postępowania odwoławczego wniesionego przez Galaxy Systemy Informatyczne, z tym że po stronie Zamawiającego. Arcus przystąpiło do obu postępowań, po stronie Zamawiającego. Decsoft z kolei przystąpił do postępowania wniesionego przez Teneo po stronie Odwołującego, a do postępowania wniesionego przez Galaxy po stronie Zamawiającego. Skomplikowana struktura podmiotowa postępowania odwoławczego przedstawiona jest w poniższej tabeli, celem uproszczenia.

NAZWA PODMIOTU	ROLA W POSTĘPOWANIU ODWOŁAWCZYM WSZCZĘTYM SKARGĄ O SYGN. AKT KIO 1748/14	ROLA W POSTĘPOWANIU ODWOŁAWCZYM WSZCZĘTYM SKARGĄ O SYGN. AKT KIO 1752/14
TENEO	ODWOŁUJĄCY	PRZYSTĄPIŁ PO STRONIE ZAMAWIAJĄCEGO (ZUS)
GALAXY SYSTEMY INFORMATYCZNE	PRZYSTĄPIŁ PO STRONIE ODWOŁUJĄCEGO (TENEO)	ODWOŁUJĄCY
ARCUS	PRZYSTĄPIŁ PO STRONIE ZAMAWIAJĄCEGO (ZUS)	PRZYSTĄPIŁ PO STRONIE ZAMAWIAJĄCEGO (ZUS)
DECISOFT	PRZYSTĄPIŁ PO STRONIE ODWOŁUJĄCEGO (TENEO)=	PRZYSTĄPIŁ PO STRONIE ZAMAWIAJĄCEGO (ZUS)

Oba odwołania Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrzyła w toku jednej rozprawy, wyrokiem z dnia **4 września 2014 roku** rozstrzygając sprawę przetargu¹². Zarzutem wspólnym dla obu Odwołujących, był zarzut dotyczący nieodrzczenia przez Zamawiającego oferty Arcus S.A., mimo zaproponowania przezeń rażąco niskiej – zdaniem Odwołujących – ceny. Sąd przychylił się do tego zarzutu, nakazując Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem odrzucenia oferty wykonawcy Arcus S.A.. Warto przyjrzeć się temu zarzutowi bliżej – zarówno od strony prawnej, jak i od strony czysto faktycznych uwarunkowań występujących w realiach rzeczonyj sprawy.

Na samym początku należałoby zdefiniować kategorię „rażąco niskiej ceny”. Pierwszym tropem, wydaje się być w tym przypadku art. 89 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 89

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

(...)

4) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

Z przepisu zaprezentowanego na potrzeby opracowania w skróconej formie (po pominięciu przesłanek nieistotnych z punktu widzenia tematu tekstu), można wysnuć przynajmniej dwa wnioski i powziąć przynajmniej jedną wątpliwość.

Wniosek pierwszy - jeśli oferta przetargowa zawiera rażąco niską cenę, zamawiający odrzuca ofertę. Forma, w jakiej ujęta została ta norma prawna wyraźnie sugeruje obowiązek odrzucenia takiej oferty, brak jest cechy fakultatywności decyzji w zakresie odrzucenia albo przyjęcia oferty.

Wniosek drugi - pojęcie „rażąco niskiej ceny” jest nierozdzielnie związane z przedmiotem zamówienia, w związku z czym musi być dookreślone indywidualnie w każdym przypadku. Nasuwająca się wątpliwość jest oczywista - co to znaczy, że cena jest rażąco niska? Na pierwszy rzut oka wydawałoby się, że odpowiedzi nie trzeba szukać daleko, bo dzisiaj znajduje się ona już w następnym artykule ustawy. Sprawa się komplikuje, jeśli poczyniona zostanie następująca uwaga - art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych został znowelizowany i od dnia 19 października 2014 roku obowiązuje już w innym kształcie, niż obowiązywał w chwili wydawania omawianego wyroku. Poniżej przytoczone są przepisy w kształcie, który obowiązywał przed rzeczoną nowelizacją i po niej.

STAN PRAWNY SPRZED 19 PAŹDZIERNIKA 2014

Art. 90

1. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

¹² Wyrok dostępny w Internecie pod adresem: <http://ewrip.pl/orzecznictwo/kio/16509-orzeczenie-kio-1748-14-kio-1752-14>

STAN PRAWNY PO 19 PAŹDZIERNIKA 2014

Art. 90

1. Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);**
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.**

Widać więc wyraźnie, że zamiarem ustawodawcy było doprecyzowanie pojęcia „rażąco niskiej ceny” w taki sposób, by było ono jak najbardziej precyzyjne. Przerwywając na chwilę rozważania dotyczące przepisów samych w sobie, warto odnieść się w tym momencie do stanu faktycznego sprawy, będącej tematem niniejszego opracowania.

Wykonawca Arcus S.A. w toku postępowania przetargowego zaproponował cenę 36.235.645,83 zł. Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia 51.393.003,60 zł. Jak wynika z obliczeń, na które w toku rozprawy powołał się odwołujący Galaxy, cena oferty złożonej przez Wykonawcę Arcus S.A. stanowiła 71% ceny, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Ponadto średnia cena ofert złożonych podczas przetargu wyniosła ok. 50.816.970,42 zł, była więc nieco niższa od ceny, którą założył Zamawiający, w związku z czym wartość oferty złożonej przez przedsiębiorstwo Arcus S.A. stanowiło ok. 72% średniej z cen ofert złożonych w przetargu. Oznacza to, iż w rozumieniu znowelizowanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający nie byłby w tym przypadku obowiązany wzywać Arcusa do udzielenia wyjaśnień. Oczywiście próg przynajmniej 70% wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, jest progiem minimalnym i nic nie stałoby na przeszkodzie, by Zamawiający ustanowił próg wyższy, co zresztą zapewne by uczynił, ponieważ w toku rozprawy stwierdził, iż co do zasady obejmuje taką procedurę wszystkich oferentów, którzy składają ofertę z ceną niższą niż 20% przyjętej wartości zamówienia. Nie sposób jednak uciec od wrażenia, że być może przebieg rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą byłby bardziej korzystny dla Arcusa, gdyby rozprawa ta toczyła się pod rządami znowelizowanej ustawy. Zwłaszcza, że w nowej treści przepisu art. 90 ust. 1, *expressis verbis* określa się „wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy”, jako potencjalną przesłankę uzasadniającą zaproponowanie ceny niższej, niż zakładana. Oczywiście dotychczas była to przesłanka stosowana zarówno w orzecznictwie KIO, jak i

powszechnie akceptowana w toku dyskusji środowisk prawniczych¹³, jednak nadanie jej charakteru normatywnego z pewnością poprawiłoby sytuację procesową Arcus S.A.

„Rażąco niską ceną oferty, jest taka cena, która za zaoferowaną w ofercie cenę uniemożliwia danemu wykonawcy wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i warunkami jego wykonania. Rażąco niska cena zaoferowana przez jednego wykonawcę wcale nie oznacza, że ta cena jest ceną rażąco niską za wykonanie danego zamówienia w ogóle. Co oznacza, że inny wykonawca za taką cenę może przedmiot zamówienia wykonać. Tym samym fakt wystąpienia rażąco niskiej ceny należy zawsze oceniać indywidualnie w odniesieniu do konkretnego wykonawcy.”

Wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2012 roku, sygn. akt KIO 684/12¹⁴

Ostatecznie KIO uznała, że cena zaoferowana przez Arcus S.A. była rażąco niska, w związku z czym nakazała zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty. Zagadnienie to było jednak przedmiotem żywej dyskusji, w której z jednej strony Zamawiający twierdził, że wyjaśnienia złożone przez Arcus S.A. w toku postępowania nie budziły żadnych wątpliwości co do realności złożonej przezeń oferty, z drugiej natomiast KIO podkreślała, że oferent nie wykazał w sposób dostateczny okoliczności uzasadniających zaoferowanie tak niskiej ceny. Arcus S.A. z kolei broniło się tajemnicą handlową (przedsiębiorstwo nie było stroną w postępowaniu odwoławczym, nie mogło więc wnosić o utajnienie rozprawy). Rozstrzygnięcie w sprawie może być o tyle krzywdzące, że cena była przecież de facto jedynym kryterium oceny ofert, w związku z czym rozsądny podmiot gospodarczy, chcąc zaoferować najkorzystniejsze warunki w wielomilionowym przecież przetargu, wykorzystuje do maksimum swoje uprzywilejowane położenie, wynikające z unikalnego, opartego o zasadę wyłączności charakteru relacji biznesowej z producentem sprzętu. Dodatkowo, będąc w stanie przekonać do swoich racji Zamawiającego, nie może się efektywnie bronić w toku postępowania odwoławczego, ponieważ dokładne, publiczne przedstawienie wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia, wraz z przyczynami ich obniżenia (np. w zakresie know-how), wiązałyby się z ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Aspektem postępowania odwoławczego, który najbardziej interesował opinię publiczną, była rzekoma zmowa cenowa, w której miał uczestniczyć oferent Arcus S.A. wraz z pozostałymi podmiotami oferującymi w toku przetargu sprzęt marki Kyocera, tj. Teneo i Decsoft. Zarzut wysunął Odwołujący Galaxy.

Na samym początku wypadałoby zdefiniować pojęcie „zmowy cenowej”. W oparciu o art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów¹⁵, można spróbować zrekonstruować pewnego rodzaju definicję na potrzeby niniejszego opracowania. „Zmowa cenowa” w przypadku przetargu oznacza więc porozumienie, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub

¹³ Np. w tekście Anny Prigan dostępnym w Internecie pod adresem: <http://www.codozasady.pl/razaco-niska-cena-oferty-jest-powodem-do-jej-odrzucenia/>, cytat: „Następnie zamawiający jest zobowiązany w sposób indywidualizowany ocenić wyjaśnienia, uwzględniając wszelkie przywołane przez wykonawcę okoliczności, dotyczące zarówno przedmiotu zamówienia, jak i cech podmiotowych samego wykonawcy.”

¹⁴ <http://www.lexlege.pl/orzeczenie/241827/kio-684-12-wyrok-krajowej-izby-odwoławczej/>

¹⁵ Akt dostępny w Internecie pod adresem: www.uokik.gov.pl/download.php?plik=7786

naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Definicja ta jest wywiedziona z przepisu, na który bezpośrednio powołał się Odwołujący Galaxy, oskarżając Arcusa, Teneo i Decsoft o uczestnictwo w zмовie cenowej.

Rozkładając ww. definicję na czynniki pierwsze, należałoby zacząć od wytłumaczenia pojęcia „porozumienia”. Z pomocą przychodzi słowniczek ustawowy w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów.

Art. 4

Ilekróć w ustawie mowa jest o:

(...)

5) porozumieniach – rozumie się przez to:

- a) umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów,
- b) uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki,
- c) uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych;

Z przytoczonych powyżej przepisów jasno wynika, że jeśli podmiot X uczestniczy w zмовie cenowej w warunkach przetargu, w rozumieniu przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów, musi być jednocześnie stroną porozumienia - czyli przynajmniej uzgodnienia dokonanego w jakiegokolwiek formie przez co najmniej dwóch przedsiębiorców, które za przedmiot swój ma warunki składanych ofert, a w szczególności ceny.

Odwołujący Galaxy użył następujących argumentów, by udowodnić swoją tezę o istnieniu zмовy przetargowej.

„Odwołujący Galaxy zauważył w pierwszej kolejności, iż wykonawcy Arcus i Teneo (a najprawdopodobniej również Wykonawca Decsoft, który zastrzegł część formularza ofertowego, jako tajemnicę przedsiębiorstwa) zaoferowali Zamawiającemu identyczne typy urządzeń dla wszystkich drukarek oraz urządzeń wielofunkcyjnych marki Kyocera. (...) Odwołujący Galaxy zasygnalizował, że wyłącznym przedstawicielem producenta marki Kyocera Document Solutions na terenie Polski jest Wykonawca Arcus. (...) W konsekwencji – jak podkreślił Odwołujący Galaxy – z dużym prawdopodobieństwem należy stwierdzić, że Wykonawca Arcus znał warunki ofert składanych przez wskazanych wykonawców, co do zakresu oferowanego sprzętu, jak i co do cen. Miał on zatem najprawdopodobniej bezpośredni wpływ na ceny zaoferowane przez wykonawców Teneo i Decsoft, a sam mógł złożyć najkorzystniejszą cenowo ofertę.”

Krajowa Izba Odwoławcza nie przychyliła się jednak do stanowiska Odwołującego. Przede wszystkim, zdroworozsądkowo uznano, że zmowa przetargowa nie miałaby sensu w sytuacji, w której najkorzystniejsza oferta jest aż o cztery miliony złotych tańsza, niż następna w kolejności. KIO zwróciła ponadto uwagę na fakt, iż sam fakt zaoferowania w przetargu tych samych urządzeń przez różnych wykonawców, nawet jeśli zaopatrują się w sprzęt u tego samego dystrybutora (jedynego, ale nie wyłącznego), nie może sam w sobie świadczyć o istnieniu nielegalnego porozumienia. Izba stwierdziła również, że nie ma żadnych dowodów, by Arcus wpływał w jakikolwiek sposób na marże reszty oferentów, więc sama li tylko znajomość cen po jakich inni wykonawcy nabyli sprzęt marki Kyocera, nie mogła dawać mu wiedzy o ostatecznej wysokości zaoferowanej w toku przetargu ceny.

Uzupełniając stanowisko KIO należy stwierdzić, iż przyjęcie argumentów Odwołującego, prowadziłyby do absurdalnych wniosków. Jeśli przedsiębiorstwo Y podpisuje w takiej sytuacji umowę z producentem sprzętu, zakładającą wyłączność na dystrybucję oraz serwisowanie produktów, branie udziału w jakimkolwiek przetargu, związanym oczywiście z przedmiotem działalności przedsiębiorstwa Y, obarczone byłoby dużym ryzykiem. Gdyby konkurent w przetargu dokonał w takiej sytuacji stosownych kalkulacji, z których wyszłoby mu w sposób oczywisty, że najkorzystniejszą finansowo możliwością konfiguracji proponowanej oferty sprzętowej byłby komplet zawierający produkty, których jedynym dystrybutorem w kraju jest przedsiębiorstwo Y, ewentualna transakcja między nimi musiałaby się skończyć postawieniem zarzutów o uczestnictwie w zmowie cenowej. Byłaby to bardzo niebezpieczna linia interpretacyjna, mogąca w dłuższej perspektywie wyrządzić wiele szkód w krajowym życiu gospodarczym. Warto też zauważyć, że zgodnie z Prawem Zamówień Publicznych oferentami mogą być wszystkie podmioty w Unii Europejskiej, nie tylko z Polski. W UE producent drukarek Kyocera ma wiele podmiotów sprzedających urządzenia w każdym kraju członkowskich, mających niekiedy po kilkudziesięciu dystrybutorów. Zamawiający zgodnie z wytycznymi UE dopuszczał zaoferowanie rozwiązania przez wszystkie podmioty, trudno więc mówić o ograniczeniu konkurencji.

Należy też zwrócić uwagę na fakt, że jedynym kryterium wyboru oferenta był koszt pojedynczego wydruku, a nie parametry techniczne urządzenia. W związku z tym logiczne jest, że wszyscy oferenci brali sprzęt najmniej awaryjny (niższe koszty dojazdu serwisantów) i najbardziej efektywny z punktu widzenia użycia materiałów eksploatacyjnych. Siłą rzeczy większość ofert złożonych w przetargu koncentrowała się na urządzeniach, który spełnia warunki przetargu, a koszty jego użytkowania są jak najniższe.

Podsumowując, uznać należy, że spośród koronnych zarzutów Odwołujących, Izba uwzględniła tylko jeden - rażąco niską cenę w ofercie Arcus S.A., choć i ten element jest co najmniej godny dalszego zastanowienia.

Niestety, sprawa ma swój przykry ciąg dalszy. Mimo jednoznacznego orzeczenia KIO, podtrzymanego zresztą w mocy orzeczeniem Sądu Okręgowego w Warszawie z dn. 10 grudnia 2014 (sąd nie przyjął do rozpoznania skargi Galaxy)¹⁶, w pierwszym tygodniu grudnia do akcji wkroczyło Centralne Biuro Antykorupcyjne, zatrzymując 14 osób, w tym pracowników spółki Arcus S.A. Zdaniem prokuratury, przetarg na dostawę i serwisowanie drukarek oraz urządzeń wielofunkcyjnych

¹⁶ <http://prawo.money.pl/aktualnosci/wiadomosci/artukul/nowy-rozdzial-afery-w-zus-zamieszana-firma,216,0,1675480.html>

był napisany pod jednego producenta sprzętu. Według przedstawicieli spółki, działanie prokuratury i CBA to efekt walki konkurencji o intratny kontrakt.

3. Podsumowanie

Analizowana sprawa składa się z przynajmniej kilku warstw, którym warto się przyjrzeć. Przede wszystkim należałoby zadać pytanie o skuteczność i efektywność aktualnych przepisów dotyczących zamówień publicznych. Wydaje się, że logika, według której kryterium ceny jest decydujące przy wyborze zwycięskiej oferty, a mimo to najkorzystniejszą ofertę można z łatwością podważyć, doprowadzając do unieważnienia wyboru, wymaga przynajmniej korekty.

Wątpliwości dotyczące ewentualnej zmywy cenowej (których pozbawiony był co prawda organ odwoławczy, bardzo zwięźle ucinając dywagacje na ten temat), mogłyby być w zupełności rozwiązane, gdyby zasady przeprowadzania przetargów gwarantowały transparentność, przy jednoczesnym poszanowaniu tajemnic handlowych uczestników. W przeciwnym wypadku mamy do czynienia z niemalże klinczem, jak w omawianej sprawie.

Inną zupełnie kwestią jest działanie organów państwowych, które interweniują w ponad pół roku po opublikowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia i kilka miesięcy po wydaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, która nie uwzględniła zarzutów Odwołującego w zakresie istnienia zmywy cenowej. Pominąwszy sens działań organów ścigania, jeśli mają one wątpliwości dotyczące przebiegu przetargu, powinny zbadać sprawę już dawno temu.

Największym poszkodowanym omawianej sprawy jest oczywiście Arcus, który mimo zaofiarowania najkorzystniejszych warunków, ostatecznie odpadł z przetargu, a na dodatek, po dwóch korzystnych dla siebie orzeczeniach, boryka się ze spóźnionymi działaniami organów ścigania.

**ZWIAZEK PRZEDSIEBIORCÓW I PRACODAWCÓW
UL. KRAKOWSKIE PRZEDMIESCIE 6, 00-325 WARSZAWA
TEL./FAX 22 826 08 31
MAIL: BIURO@ZZP.NET.PL, WWW.ZPP.NET.PL**