

## Procedury dotyczące sposobu udzielania zamówień publicznych



Fot. iStockphoto.com Zx

# Pytania do zamawiającego

Prawo zamówień publicznych rządzi się swoimi, często dość niestandardowymi regułami. Z uwagi na to, że przetargi w służbie zdrowia muszą z jednej strony pogodzić interes publiczny (należyte wydatkowanie środków), a z drugiej życie i zdrowie pacjentów, ich prawidłowe przeprowadzenie wymaga pogłębionej współpracy pomiędzy lekarzami i personelem medycznym oraz prawnikami i personelem administracyjnym. Niejednokrotnie jest to współpraca trudna, gdyż dla pierwszej z tych grup priorytetem zawsze będą pacjenci i ich dobro, natomiast druga grupa będzie rozpatrywać ową współpracę jedynie na podstawie przepisów i twardych wymogów administracyjnych.

### Niezamierzone modyfikacje opisu przedmiotu zamówienia

Nawet w przypadku najlepiej sporządzonego opisu przedmiotu zamówienia, z uwagi na jego specyfikę w przypadku przetargów w służbie zdrowia, istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że wykonawcy będą

próbować wprost lub pośrednio doprowadzić do wprowadzenia przez zamawiającego zmian w tymże opisie.

Jedną z praktyk mających na celu zmianę opisu przedmiotu zamówienia lub wymogów stawianych wykonawcom jest zadawanie przez wykonawców pytań zamawiającemu. Czynność, która z pozoru mogłaby się

” Udzielając odpowiedzi dopuszczających inne niż pierwotnie zakładane składy leków, zamawiający *de facto* dokonuje zmiany SIWZ w tym zakresie ”

wydawać dość błaha i nieszkodliwa, w konsekwencji może doprowadzić do wprowadzenia istotnych zmian w przedmiocie zamówienia. W przypadku przetargów np. na leki modyfikacja ich składu, która z punktu widzenia apteki szpitalnej zdaje się nieistotna, dla lekarza prowadzącego daną terapię może mieć ogromne znaczenie. W jaki sposób odpowiedzi na zadawane przez wykonawców pytania mogą mieć wpływ na opis przedmiotu zamówienia? Zamawiający, udzielając odpowiedzi, w których dopuszcza inne niż pierwotnie zakładane składy leków, *de facto* dokonuje zmiany Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w tym zakresie. Przykład takiego działania jest następujący:

Pytanie: „Czy zamawiający dopuszcza zastosowanie substancji X zamiast lub obok Y?”

Odpowiedź: „Tak”.

Prze ten prosty zabieg wykonawca, który pierwotnie nie mógł zostać uczestnikiem postępowania, albowiem oferowany przez niego lek nie spełniał warunków wymaganych przez zamawiającego, zyskał możliwość złożenia oferty niepodlegającej odrzuceniu. Ponadto zmiana opisu przedmiotu zamówienia, do której doprowadzono w taki sposób, nie wpływa na konieczność wprowadzania jakichkolwiek zmian do postępowania przetargowego, gdyż nie wymaga ona wydłużenia terminu składania ofert. Wprowadzona modyfikacja rozszerza bowiem możliwości składania ofert i faktycznie wymogi stają się bardziej liberalne. Z punktu widzenia lekarza prowadzącego terapię danym lekiem zmiana może mieć jednak kolosalne znaczenie, w związku z czym uzasadnione staje się dążenie przez niego do odrzucenia oferty takiego wykonawcy. Jednak z prawnego punktu widzenia w zasadzie nie będzie możliwe jej odrzucenie.

#### Kogo wprowadzić do komisji przetargowych?

W celu uniknięcia lub zminimalizowania ryzyka występowania omówionej sytuacji niezbędne jest wprowadzenie jasnej procedury wewnętrznej dotyczącej sposobu udzielania zamówień publicznych. Przykładem jest delegowanie do komisji przetargowych lekarza lub członka personelu medycznego, który ma być końco-

wym użytkownikiem przedmiotu zamówienia. Jedynie te osoby wiedzą, czy i jakie odstępstwa są dopuszczalne w przedmiocie zamówienia, jakiego oczekują.

Niestety często się zdarza, że aktywność lekarzy lub innych użytkowników końcowych kończy się przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia. Na etapie udzielania odpowiedzi na pytania wykonawców osoby te wyręcza inny personel lub zupełnie inny dział szpitala, np. apteka szpitalna. Taki podział może prowadzić do niechcianych i trudnych do odwrócenia zmian w przedmiocie zamówienia.

Podsumowując, należy podkreślić, że przykładem dobrej praktyki stosowanej przez zamawiających w służbie zdrowia jest wprowadzanie do komisji przetargowych i egzekwowanie aktywnego w nich uczestnictwa osób mających być użytkownikami końcowymi danego przedmiotu zamówienia.

#### Rażąco niska cena lub cena niemożliwa do zaoferowania – *case study*

Nie ulega wątpliwości, iż w postępowaniach przetargowych w Polsce najważniejszym kryterium jest cena. Jest tak nadal i to pomimo wprowadzenia w ustawie obowiązku korzystania z innych kryteriów, co w praktyce jest jednak iluzoryczne. W obliczu konieczności badania, czy cena nie jest rażąco niska, dość interesującym zagadnieniem jest próba odpowiedzi na pytanie, jakie pojawiło się w jednym z przetargów dotyczących świadczenia usług transportowych, a mianowicie: „Czy zaoferowanie jednego składnika ceny oferty w wysokości 0,00 zł (zero złotych) stanowi cenę rażąco niską, a co za tym idzie, czy należy odrzucić ofertę wykonawcy, który taką ofertę złożył?”.

W celu należytego rozstrzygnięcia konieczne było wzięcie pod uwagę następujących aspektów:

- 1) w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik do SIWZ we wszystkich zadaniach w przypadku pozycji dotyczącej przedstawienia ceny oferty za usługi transportu poza teren miasta X zamawiający wskazał, iż winna ona zostać obliczona jako „cena za 1 km + cena za 1 wozogodzinę” przy jednoczesnym żądaniu wskazania ceny łącznej dla tejże usługi,
- 2) we wzorze umowy dla wszystkich zadań przewidziano, że w przypadku transportu poza teren miasta X zamawiający będzie zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia w wysokości stanowiącej sumę (cenę łączną) iloczynu kwoty zaoferowanej za 1 km i liczby kilometrów oraz iloczynu kwoty zaproponowanej za godzinę pracy oraz liczby godzin pracy,
- 3) cena łączna, o której mowa powyżej, zgodnie stanowiła element, który był porównywany przy składanych ofertach, tj. stanowiła kryterium oceny ofert,
- 4) wśród złożonych ofert co najmniej dwie wskazały kwotę 0,00 zł dla pozycji „cena 1 wozogodziny za usługi transportu poza teren miasta X”, zaś w ofercie odwołującego była to kwota 0,01 zł.

Z powyższego wynika zatem, iż wynagrodzenie należne wykonawcy za świadczenie usług transportowych poza teren miasta X ma stanowić sumę dwóch składników – kilometrażowego i czasowego. Jednocześnie należy zauważyć, że w większości ofert składnik czasowy w ogóle nie był brany pod uwagę przez wykonawców, o czym świadczy oferowanie cen nierynkowych – na poziomie 0,00 zł lub 0,01 zł. Może to oznaczać, że zamawiający w niezasadny sposób narzucił wykonawcom dokonywanie wyceny elementu, który nie jest zazwyczaj stosowany przy wycenie usług tego rodzaju.

### Kto nie powinien być brany pod uwagę w przetargu?

Należy podkreślić, iż cena za świadczone usługi obliczana będzie przez zamawiającego jako suma iloczynów dwóch składników cenotwórczych. Również na etapie oceny ofert kryterium wyboru ofert za transport poza teren miasta X stanowiła cena łączna, na którą składała się zaproponowana kwota za przejazd 1 km oraz przepracowanie 1 wozogodziny, zatem dla dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty nie miało znaczenia, w jaki sposób będą się kształtować składniki tejże ceny łącznej.

W związku z powyższym nie był zasadny wniosek podnoszony przez jednego z wykonawców – ZZZ, iż oferta złożona przez innego wykonawcę – XYZ, została błędnie sporządzona. Dlaczego? Ponieważ zaoferowana przez niego cena była wartością wyrażoną w obowiązujących jednostkach pieniężnych, zaś wskazywane 0,00 zł dotyczy elementu cenotwórczego narzuconego przez zamawiającego, który – jak wynika z ofert złożonych w postępowaniu – *de facto* nie powinien być brany pod uwagę.

Jedynie na marginesie należy dodać, że w przypadku uznania, iż wskazanie jako składnika ceny 0,00 zł jest nieprawidłowe, należałoby uznać za takowe również wskazanie jako składnika ceny kwoty 0,01 zł, a co za tym idzie – oferty z tak określonymi składnikami ceny winny zostać odrzucone. Podstawą do takiego twierdzenia jest art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t.), gdzie wprost wskazano, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Z powodów wskazanych powyżej, tj. uznania, iż pozycja dotycząca ceny 1 wozogodziny stanowi jedynie składnik składający się na koszt danej usługi (element cenotwórczy), oraz wzięcia pod uwagę ceny łącznej dla takiej usługi, zasadne jest uznanie, że wskazanie dla pewnej pozycji – narzuconej przez zamawiającego – kwoty 0,00 zł lub 0,01 zł jest prawidłowe, jeżeli korzystając z pozostałych składników, można obliczyć cenę rynkową za świadczoną usługę.



„W celu uniknięcia lub zminimalizowania ryzyka niezbędne jest wprowadzenie jasnej procedury wewnętrznej dotyczącej sposobu udzielania zamówień publicznych”

Z powyższego przykładu wynika natomiast konieczność dokonywania ocen ofert wykonawców w sposób kompleksowy i z uwzględnieniem wszelkich okoliczności dotyczących konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pomimo bowiem istnienia art. 90 Prawa zamówień publicznych, który w dość bezwzględny sposób nakazuje podejmowanie działań przez zamawiających w sytuacji, gdy cena danej oferty jest niższa o 30 proc. od wartości zamówienia, możliwe jest uzyskanie przez zamawiających atrakcyjnych i realnych ofert, jeżeli tylko będą w stanie w należyty sposób ocenić intencje danego wykonawcy.

W celu prawidłowej oceny konieczna jest współpraca użytkowników końcowych, którzy są w stanie należyście odczytać i zrozumieć techniczne aspekty oferty, oraz działów administracyjno-prawnych, które we właściwy sposób dokonają analizy prawnej danej sytuacji.

Bartosz Majda  
Autor jest adwokatem, partnerem zarządzającym  
w Kancelarii Adwokackiej Majda.