

**Pozacenowe kryteria oceny ofert
w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego**

Wywiad z Grzegorzem Czabanem, ekspertem w dziedzinie zamówień publicznych APEXnet Centrum Szkoleń Administracji Publicznej

Jaka jest specyfika rynku ochrony zdrowia, jeśli chodzi o organizowanie przetargów publicznych? Czy różnią się one czymś od tych organizowanych w innych sektorach, a jeżeli tak, to czym?

Mówiąc o „specyfice” rynku ochrony zdrowia, przede wszystkim nawiązujemy do tego obszaru zamówień, który w innych sektorach nie występuje. Mam na myśli np. zakupy leków czy szeroko rozumianego sprzętu medycznego. Owa „specyfika” to także, a może przede wszystkim świadomość, iż udzielane zamówienia mają przede wszystkim służyć dobru pacjenta. Na tym tle niekiedy możemy zaobserwować pewne paradoksy. Na przykład z jednej strony lekarz może ordynować pacjentowi środki farmaceutyczne i materiały medyczne (art. 45 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty), z drugiej – w praktyce – przepisze pacjentowi specyfik, który został wybrany w przetargu. Nawet w sytuacji, gdy lekarz wskaże konkretny lek, specjalista ds. zamówień publicznych dopisze do treści SIWZ wyrazy „lub równoważny”. Zauważmy także, jaki postęp techniczny ma miejsce w tej branży. Urządzenie, które często kilka lat temu miało opinię innowacyjnego, może obecnie być, delikatnie mówiąc, przestarzałe. A zatem „nieoptymalny” opis przedmiotu zamówienia, nieuwzględniający najnowszego dorobku technologicznego, czyli najwyższej dostępnej na rynku jakości, bezpośrednio może uderzyć w pacjenta – wydłuży jego cierpienia, zwiększy okres rekonwalescencji czy, czego często jesteśmy świadkami, wydłuży kolejkę do gwarantowanego ustawą świadczenia zdrowotnego.

Według informacji zawartych w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych „Kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – przykłady i zastosowanie” zamawiający wciąż kierują się ceną jako głównym kryterium przy wyborze oferty. Jaki jest tego powód?

Przyczyn może być kilka. Wskazałbym przede wszystkim na brak odpowiedniej wiedzy i umiejętności osób zajmujących się zamówieniami publicznymi w konstruowaniu pozacenowych kryteriów oceny; obawa przed instytucjami kontrolnymi, które często w wyborze innej niż najtańsza oferty dopatrują się korupcji; skąpe budżety jednostek zamawiających wymuszające źle rozumianą oszczędność. Szczególnie nie przeceniałbym tej ostatniej przyczyny. W wielu jednostkach panuje wadliwy stereotyp, że skoro mam mało pieniędzy, to muszę wybrać ofertę z najniższą ceną. Tymczasem powszechnie wiadomo, że „biedny płaci dwa razy”. Jeżeli wybór najtańszej oferty związany jest później z np. droższą eksploatacją zakupionego produktu, to oszczędności w przetargu są tylko pozorne.

Czy z punktu widzenia zamawiającego oferta najkorzystniejsza cenowo jest równoznaczna z ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie?

Nie. Zamawiający, którzy stosują ustawę od wielu lat i mają doświadczenie w udzielaniu zamówień publicznych, oczywiście zauważą różnicę pomiędzy ofertą najtańszą a najkorzystniejszą ekonomicznie. Ważne jest jednak to, co z tą świadomością robią. Podjęcie decyzji o ustaleniu jedynego kryterium najniższej ceny, tak samo jak ustalenie kryteriów pozacenowych, wymaga analizy pod kątem uzyskania najlepszych efektów z danych nakładów. Ustalenie kryteriów oceny ofert nie może być dziełem przypadku. Przecież to one decydować będą o tym, która oferta zostanie w przetargu wybrana. Jeżeli zamawiający, mając świadomość różnicy między ofertą najtańszą a najkorzystniejszą ekonomicznie, wybiera wariant najniższej ceny tylko dlatego, że nie chce zaprzętać sobie głowy żadną analizą ekonomiczną, to świadomość różnicy tych pojęć nie będzie miała żadnego praktycznego znaczenia.

Można jednak odnieść wrażenie, że większość zamawiających myśli: najtaniej to najlepiej?

Przez lata kreowany był wizerunek specjalisty w dziedzinie zamówień publicznych jako osoby, która ma przede wszystkim biegle poruszać się „w prawie”. W konsekwencji kadry zajmujące się zamówieniami publicznymi całą swoją energię zaczęły kierować właśnie na poznawanie prawa, a nie ekonomiki zamówień publicznych. Istotny wpływ na taki stan rzeczy miały, moim zdaniem, częste nowelizacje prawa zamówień publicznych, w wyniku których wprowadzano regulacje, które nie były jednolicie rozumiane nawet przez członków Krajowej Izby Odwoławczej. Czas, który można było poświęcić „nauce o kryteriach oceny”, przeznaczony był na nadążanie za „nowościami” w prawie.

Na te potrzeby oczywiście odpowiadał rynek. Cała masa wydawanych komentarzy i publikacji dotyczących zamówień publicznych przez lata odnosiła się tylko do niestrawnej dla przeciętnego czytelnika „rozprawy o prawie”. Rozdziały poświęcone kryteriom oceny ofert w tych publikacjach zajmowały marginalne miejsce i skupiały się wyłącznie na aspektach prawnych, a nie ekonomicznych. Coś drgnęło dopiero w drugiej połowie 2010 r., gdy media zaczęły nagłaśniać przypadki wyboru ofert najtańszych, które – jak się później okazało – nie miały mieć szansy na realizację. Doprowadziło to do tego, że dziś zdecydowana większość specjalistów w zakresie zamówień publicznych wie, w jakim terminie może być zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli zawiadomienie o wyborze przesłane zostało faksem, a nie potrafi wyjaśnić, dlaczego w sporządzonej przez niego SIWZ dla np. kryterium okresu gwarancji ustalił znaczenie 30%.

Czy nie jest jednak tak, że znajomość prawa zamówień publicznych powinna być w praktyce najważniejsza?

Powinna być ważna, ale nie najważniejsza. Najważniejsza jest efektywność udzielanych zamówień publicznych. Nieprzypadkowo w świetle obowiązującego prawa¹ zawód specjalisty w zakresie zamówień publicznych został sklasyfikowany w dziale „specjaliści ds. ekonomicznych i zarządzania”, a nie „specjaliści w dziedzinie prawa”. Znajomość prawa jest niezbędną do prawidłowego przeprowadzenia

¹ Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej w sprawie klasyfikacji zawodów i specjalności na potrzeby rynku pracy oraz zakresu jej stosowania z dnia 27 kwietnia 2010 r. (DzU Nr 82, poz. 537).

procedury udzielenia zamówienia publicznego, jest jednakże kwestią drugorzędną wobec analizy dotyczącej uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. W orzecznictwie także zwraca się uwagę, iż „formalizm przewidziany w ustawie nie jest celem samym w sobie”.

Czy Pana zdaniem wybór oferty wyłącznie przy użyciu kryterium ceny jest optymalnym rozwiązaniem gwarantującym, że wybrana oferta spełni oczekiwania zamawiającego?

To zawsze będzie zależne od przedmiotu zamówienia. W postępowaniu na dostawę leków zastosowanie kryterium najniższej ceny z zasady przyniesie najlepsze efekty z danych nakładów, ale już przy dostawie aparatury lub urządzeń medycznych należałoby się zastanowić, czy zakup tej najtańszej, z uwzględnieniem oczywistych przecież przyszłych kosztów eksploatacji, jest dobrym rozwiązaniem.

Zauważmy także, że zastosowanie kryterium najniższej ceny, w przypadku gdy oczekiwania zamawiającego dotyczące warunków realizacji przyszłego zamówienia mogą być precyzyjnie zdiagnozowane na etapie przygotowania postępowania i przyjąć postać warunków, nie musi być błędne. Zamawiający może uznać, że wymaganą „jakość” czy „funkcjonalność” osiągnie wówczas w najniższej cenie. Pytanie tylko, czy określane przez niego wymagania będą na tyle precyzyjne, że rzeczywiście wybór najtańszej oferty zagwarantuje osiągnięcie najlepszych efektów z danych nakładów. Wiemy, że często tak nie jest. Znane są przypadki, w których wymagana „jakość” lub „funkcjonalność” są przez zamawiającego określane nie pod kątem zaspokojenia obiektywnych potrzeb, lecz w celu wyboru produktu konkretnego wykonawcy. To jest zresztą szerszy problem, gdyż związany jest ze specyfiką zasad udzielania zamówień publicznych, które znacznie się różnią od tych, którymi zwykliśmy się kierować w życiu prywatnym.

Na przykład specjalista w dziedzinie zamówień publicznych, który w swojej pracy kieruje się zasadami udzielania zamówień publicznych (bezstronnością i obiektywizmem, gwarancją uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jawnością postępowania), często będzie postrzegany przez innych pracowników tej samej instytucji jako dziwaka, który utrudnia pracę. Tak jak usłyszałem od uczestniczki prowadzonego przeze mnie szkolenia, która zwierzyła mi się z rozmowy przeprowadzonej z przyszłym użytkownikiem kupowanego w szpitalu urządzenia: „Bo ja, proszę pani, wybrałem już urządzenie firmy X, a pani ma na to zrobić przetarg”. Specjalista w zakresie zamówień publicznych wie, że wyboru oferty najkorzystniejszej nie dokonuje się przed przetargiem, ale w jego wyniku. Osoba, która ma „luźny” kontakt z ustawą, może tego nie rozumieć.

Jakie, Pana zdaniem, zmiany w prawie przyczyniłyby się do zmiany obecnej sytuacji w dziedzinie zamówień publicznych?

Nie jestem zwolennikiem zmuszania zamawiających do pewnych działań przez zmianę prawa. To się po prostu nie sprawdza. Jako przykład podam, że w roku ubiegłym do Sejmu został wniesiony projekt nowelizacji ustawy – Prawo zamówień publicznych², w myśl której zamawiający miał być zobowiązany do wykazywania w

² Druk 4451.

protokole postępowania, że zastosowanie innych niż cena kryteriów nie przyczyni się do zmniejszenia wydatków ze środków publicznych ponoszonych w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia. Obowiązek ten miał dotyczyć tych zamawiających, którzy zastosowaliby w przetargu wyłącznie kryterium najniższej ceny. Kiedy opowiadałem o tym podczas jednego ze szkoleń, jeden z uczestników zasugerował: „Jak to wejdzie w życie, to będę ustalał dodatkowe kryterium oceny »termin wykonania«. I sprawa wykazywania czegokolwiek w protokole z głowy”. Tak to jest, gdy coś mamy robić pod przymusem.

Zawsze jednak można się zastanawiać nad wprowadzeniem nieobligatoryjnych instrumentów, wspomagających zamawiających w procesie przygotowywania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym kryteriów oceny ofert. Na przykład obecnie w Sejmie trwają zaawansowane prace nad nowelizacją ustawy – Prawo zamówień publicznych, która ma na celu m.in. wprowadzenie do krajowego porządku prawnego instytucji dialogu technicznego.

Co to jest dialog techniczny?

W skrócie to rozmowa głupszego z mądrzejszym, aby być tym mądrzejszym. Przy czym terminy „głupszy” i „mądrzejszy” należy odnosić wyłącznie do zakresu wiedzy o konkretnym zamówieniu. Zauważmy, że zamawiający nie musi być w każdej dziedzinie alfą i omegą. Jest zresztą rzeczą normalną, że zwykle to nie on, lecz profesjonalnie prowadzący działalność gospodarczą przedsiębiorca więcej wie na temat sprzedawanych na rynku produktów i oferowanych rozwiązań. Mało tego, często może być jedynym źródłem informacji o tym, co w dalszej lub bliższej perspektywie może zastąpić sprzedawane dzisiaj wyroby. Dialog techniczny stanowi zatem źródło informacji dla zamawiającego na temat kluczowych elementów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, takich jak opis przedmiotu zamówienia, warunki przyszłej umowy, kryteria oceny ofert.

Czy wprowadzenie dialogu technicznego jako oficjalnego narzędzia podczas postępowań przetargowych wpłynęłoby pozytywnie na sytuację zamawiających i podmiotów biorących udział w postępowaniach?

Zakładam, że zwłaszcza w przypadku udzielania specjalistycznych zamówień zamawiający i tak by korzystał z doradztwa specjalistów, bez względu na to, czy dialog techniczny zostałby wprowadzony do ustawy czy też nie. Jest natomiast zasadnicza różnica pomiędzy organizowaniem nieformalnych spotkań z potencjalnymi wykonawcami (jak to bywało do tej pory) a prowadzeniem dialogu technicznego na podstawie przepisów obowiązującego prawa. W tym pierwszym przypadku takie nieformalne spotkania mogły być postrzegane przez opinię publiczną bardzo negatywnie, jako „załatwianie” pewnych spraw poza przetargiem. W drugim jest szansa na „ucywilizowanie” takich spotkań.

Po nowelizacji, oczywiście zakładając, że się odbędzie, zamawiający będzie zobowiązany działać przejrzysto (przewiduje się wprowadzenie wymogu zamieszczenia informacji o zamiarze przeprowadzenia dialogu technicznego oraz o jego przedmiocie na stronie internetowej zamawiającego), a cały dialog prowadzić w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie potencjalnych wykonawców i oferowanych przez nich rozwiązań. Cokolwiek by te

sformułowania miały oznaczać (dzisiaj, gdy rozmawiam z zamawiającymi o planowanej nowelizacji, to widzę, że mają uzasadnione wątpliwości co do proceduralnej strony prowadzenia dialogu technicznego), z pewnością lepiej będzie, jeżeli możliwość prowadzenia dialogu technicznego będzie wynikać z przepisów powszechnie obowiązującego prawa. W tym sensie na wprowadzeniu dialogu technicznego na pewno zyskają obie strony przyszłego postępowania o udzielenie zamówienia.

Będzie Pan wykładowcą podczas cyklu szkoleń organizowanych we współpracy z OIGWM POLMED „Pozacenowe kryteria oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wyroby medyczne z uwzględnieniem nowelizacji PZP”. Kto i dlaczego powinien wziąć w nich udział?

Planowane szkolenia kierowane są przede wszystkim do specjalistów zajmujących się zamówieniami publicznymi, którzy opracowując specyfikację istotnych warunków zamówienia, w pierwszym rzędzie decydują o tym, jakie zastosować kryteria oceny ofert. Spotkania mają uświadomić fundamentalny wpływ kryteriów oceny ofert na efektywność zamówień publicznych i ich realne przełożenie na osiąganie najlepszych efektów z poniesionych nakładów.