



Anna Banaszewska, 2016-07-22 09:08

Anna Banaszewska

Zmiany w prawie zamówień publicznych: Co nowego czeka szpitale? Część I



Anna Banaszewska

Co zmieni się po 28 lipca br.?

Przepisy ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 22 czerwca 2016 roku wchodzi w życie z dniem 28 lipca 2016 roku. Prace nad zmianą ustawy prawo zamówień publicznych trwały adekwatnie długo do rozmiaru zmian, i w tym czasie powstało wiele mitów. Nowe przepisy będą obowiązywać już za kilka dni, więc wydaje się to dobry moment na zasygnalizowanie najważniejszych zmian i ich skutków. Tym bardziej, że są to pozytywne zmiany w prawie zamówień publicznych.

Nowelizacja ustawy jest związana z obowiązkiem włączenia do krajowego porządku prawnego dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, tzw. „dyrektywy

klasycznej” oraz dyrektywy 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, tzw. „dyrektywy sektorowej”.

Ustawodawca unijny wprowadza ujednoczenie procedur zamówień publicznych we wszystkich krajach członkowskich jednocześnie wprowadza zmiany związane z:

- odejściem od ceny jako głównego kryterium wyboru ofert, w myśl zasady „best value for money”,
- uproszczeniem procedur udzielania zamówień publicznych i ich uelastycznieniem,
- zwiększeniem znaczenia procedur konkurencyjnych,
- wprowadzeniem bardziej elastycznych rozwiązań w zakresie modyfikacji umów o zamówienia publiczne.

Tak szeroki zakres zmian fundamentalnie zmienia zasady organizowania, przeprowadzania i udzielania zamówień publicznych.

Nowe zasady zamówień publicznych

Do dotychczasowych zasad organizowania przeprowadzania i udzielania zamówień publicznych tj. uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz jawności dodane zostały zasady: proporcjonalności i przejrzystości. Zasada proporcjonalności jest nadrzędną zasadą Unii Europejskiej. Najtrafniej jej istotę określa Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej: *„przy ocenie, czy podjęte środki są zgodne z Traktatem niezbędny jest tzw. test proporcjonalności, czyli wykazanie, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu”* (Wyrok TSUE z 16 września 1999 r. w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii, nr sprawy C 414/97).

Do czasu wejścia w życie nowelizacji zasada proporcjonalności została wyrażona *expressis verbis* wyłącznie w przepisie dotyczącym warunków udziału w postępowaniu, wkrótce jednak będzie obejmować wszystkie etapy postępowania. To podstawowa reguła - wyznacza dopuszczalne granice działania zarówno zamawiających jak i wykonawców. Zasadę proporcjonalności stosuje się w przypadku rozpatrywania czy w istocie doszło do naruszenia innych zasad choćby uczciwej konkurencji. Warto podkreślić, że Krajowa Izba Odwoławcza stosowała w praktyce orzeczniczej omawianą wcześniej zasadę proporcjonalności choćby rozpatrując zachowanie uczciwej konkurencji w organizowaniu postępowania przetargowego: *„wymagania zamawiającego muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia, ani zbyt wysokie, gdyż mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję, ani zbyt niskie, gdyż przez selekcję przeszliby wykonawcy niezdolni do realizacji zamówienia. Wskazać należy, że opisanie przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zapewnienia możliwości realizacji zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży”* (Wyrok KIO z dn. 10 kwietnia 2013 r. sygn. akt: KIO 694/13). Jaka zatem korzyść dla szpitali wynika z wpisania ustawie prawo zamówień publicznych zasady proporcjonalności? Otóż Zamawiający będzie mógł powołać się wprost na przepis art. 7 ustawy prawo zamówień publicznych wówczas gdy wymagania stawiane wykonawcom, nie zapewniają konkurencji absolutnej, ale wprowadzone ograniczenie jest proporcjonalne (tj. konieczne i adekwatne) w stosunku do obiektywnych potrzeb Zamawiającego.

Opis przedmiotu zamówienia

Podstawowa zasada wyrażona w przepisie art. 29 ustawy prawo zamówień publicznych pozostaje bez zmian: *„przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”*. Istotne jednak zmiany dotyczą ustępu 3 wskazanego przepisu. Otóż: *”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 jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny". Warto ten przepis omówić dokładniej, ponieważ prawdopodobnie stanie się najczęstszą przyczyną wnoszonych odwołań. Wskazany przepis formułuje generalny zakaz opisywania przedmiotu zamówienia przy użyciu znaków towarowych, patentów, pochodzenia, źródeł lub szczególnego procesu charakteryzującego dany produkt, co ma w istocie zapewnić zachowanie zasady uczciwej konkurencji. Do tej zasady odnosi się Krajowa Izba Odwoławcza: „Konkurencja w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest kategorią absolutną i powołując się na nią nie można wymagać, aby zamawiający dokonał zakupu usług (lub towarów) niespełniających jego wymagań” (Wyrok KIO z dn. 20 października 2014r. sygn. akt: KIO 1987/14). W praktyce zdarza się, że zamawiający mając na uwadze swoje obiektywne potrzeby nie jest w stanie opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, co wynika ze specyfiki przedmiotu zamówienia. Ustawodawca przewidział taką okoliczność i uprawnia Zamawiającego do odstąpienia od generalnego zakazu używania znaków towarowych, patentów, pochodzenia, źródeł lub szczególnego procesu charakteryzującego dany produkt. Czy w szpitalu do takich wyjątkowych sytuacji może dochodzić? Oczywiście tak, każdorazowo jednak stosując opisany powyżej wyjątek należy rozpatrzyć, czy sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia jest adekwatne i konieczne do zamówienia towaru lub usługi odpowiadającej obiektywnym potrzebom zamawiającego.

Kryteria oceny ofert

Zmiany w przepisach ustawy prawo zamówień publicznych, wynikające z dyrektywy klasycznej wraz z zasadą „best value for money”, wprowadzają nową filozofię udzielania zamówień publicznych tj. odejście od ceny jako głównego kryterium wyboru ofert. Zgodnie z przepisem art. 91 znowelizowanej ustawy prawo zamówień publicznych kryteriami oceny ofert mogą być: cena, koszt lub inne niż cena i koszt kryteria oceny ofert. Tu trzeba podkreślić, że Zamawiający, może stosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert lub kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli spełni dodatkowe warunki. Wskazana zasada nie dotyczy aukcji elektronicznej. Oznacza to, że generalną zasadą jest stosowanie wagi nie wyższej niż 60 % dla kryterium ceny oraz minimum 40% dla kryteriów innych niż cena. Tak przyjęte kryteria oceny ofert sprzyjają promowaniu w zamówieniach publicznych towarów, robót budowlanych i usług o najwyższym standardzie przy rozsądnej cenie. To bardzo korzystna zmiana. Zamawiający właściwie formułując pozacenowe kryteria oceny ofert może uzyskać przedmiot zamówienia o cechach które ocenia jako *pożądane, ale nie niezbędne* (bowiem niezbędne powinien uwzględnić w opisie przedmiotu zamówienia), bez narażenia się na zarzut ograniczania konkurencji. Jednocześnie jest to przepis korzystny dla Wykonawców, bowiem nawet jeśli oferowany przedmiot zamówienia nie spełnia pozacenowych kryteriów oceny ofert w danym postępowaniu, to adekwatnie kompensując cenę można skutecznie ubiegać się o realizację zamówienia.

Z pewnością będą takie towary lub usługi w przypadku których właściwe określenie pozacenowych kryteriów oceny ofert może na początku wydawać się wyzwaniem. W przypadku szpitali dobrym przykładem mogą być produkty lecznicze. W dotychczasowej praktyce w przypadku produktów leczniczych Zamawiający często stosowali jako kryterium oceny ofert czas dostawy. O ile w przypadku innych dostaw jest to dalece uzasadnione, o tyle w przypadku produktów leczniczych, zwłaszcza w kontekście dostaw tzw. „na cito” które powinny być realizowane do 24 godzin, niejednokrotnie tak przyjęte kryterium stwarzało wiele kłopotów. Zdarzało się, że Wykonawcy gwarantowali w ofercie tak krótki czas dostawy, że w rezultacie był on niemożliwy do zrealizowania. Powstaje zatem pytanie czy w przypadku leków możliwe jest sformułowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert, które będą spełniały swoją rolę? Oczywiście, że tak. Przy czym określenie takich kryteriów każdorazowo zależy to od cech danego produktu i oceny które z cech są *pożądane, ale nie niezbędne*. Mogą to być kryteria

związane z: funkcjonalnością, jakością. Choćby kryteria związane z cechami opakowania w którym znajduje się substancja czynna – blistry perforowane, lub posiadanie infuzyjnego systemu bezigłowego, czy też kryteria związane z posiadaniem dodatkowych, zarejestrowanych i refundowanych wskazań. To jedynie nieliczne przykłady. Wachlarz kryteriów jakie może formułować zamawiający nie stanowi katalogu zamkniętego. Natomiast jak wskazuje ustawodawca kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia i nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Od generalnej zasady stosowania wagi nie wyższej niż 60 % dla kryterium ceny oraz minimum 40% dla kryteriów innych niż cena ustawodawca przewidział wyjątek. Otóż aby zamawiający mógł zastosować kryterium ceny jako kryterium przekraczające wagę 60% musi spełnić ŁĄCZNIE dwie przesłanki:

- po pierwsze określić w opisie przedmiotu zamówienia standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia, i
- po drugie wykazać w załączniku do protokołu w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty cyklu życia.

Rozpatrując spełnienie pierwszej przesłanki nie można brać pod uwagę wyłącznie produktu leczniczego *sensu stricto*, ale należy patrzeć szerzej na przedmiot zamówienia jako całość z uwzględnieniem wszystkich cech przedmiotu zamówienia, które są istotne dla Zamawiającego z uwagi na jego obiektywne potrzeby. Analizując spełnienie drugiej przesłanki trzeba podkreślić, że zgodnie ze wskazaniem ustawodawcy na koszt cyklu życia składają się koszty związane z nabyciem, użytkowaniem, w szczególności zużycie energii i innych zasobów, utrzymaniem oraz wycofaniem z eksploatacji.

Zatem chcąc stosować cenę jako kryterium o wadze wyższej niż 60% należy wykazać w jaki sposób te koszty zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia, co w praktyce szpitalnej jest niezwykle trudne lub niejednokrotnie wręcz niemożliwe np. w przypadku produktów leczniczych. Warto przy tej okazji należy podkreślić, że kosztu nie można zastąpić ceną nabycia produktu leczniczego, ponieważ cena jest jedynie jednym z elementów kosztu cyklu życia. Tu trzeba przypomnieć, że rygor wagi nie dotyczy kryterium kosztu, to oznacza że kryterium kosztu można nadać wagę do 100%, bez żadnych dodatkowych warunków. Tym samym trzeba uznać, że przyjęcie ceny leku jako kosztu jego cyklu życia w istocie zmierza do obejścia prawa. Bowiem w celu określenia rzeczywistego kosztu cyklu życia produktu leczniczego należy uwzględnić zarówno cenę jego nabycia, koszt przechowywania, koszt podania w tym czasie pracy osoby podającej lek, koszt leków stosowanych w terapii skojarzonej jeśli wynika to z Charakterystyki Produktu Leczniczego, a także koszt utylizacji.

Modyfikacji ulega również przepis dotyczący wyboru oferty najkorzystniejszej. Jeżeli nie można wybrać najkorzystniejszej oferty z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów oceny ofert, zamawiający spośród tych ofert wybiera ofertę z najniższą ceną lub najniższym kosztem, a jeżeli zostały złożone oferty o takiej samej cenie lub koszcie, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym przez zamawiającego ofert dodatkowych.

Zakup Interwencyjny czyli procedura przyspieszona

Ustawodawca w przepisie art. 43 ust. 2b ustawy prawo zamówień publicznych w przypadku postępowań powyżej progu UE, tj. w przypadku szpitali do postępowań o wartości powyżej kwoty 209 tys. euro wprowadza tzw. procedurę przyspieszoną. W uzasadnieniu do ustawy wskazano, że „procedura przyspieszona została przewidziana m.in. na potrzeby sytuacji wynikających ze zwykłych błędów ludzkich, jak np. zamówienie dla szpitala, które musi być zrealizowane w określonym terminie (np. dostawa określonego sprzętu czy leków), w którym zamawiający nie dopilnował, aby opublikować

ogłoszenie o zamówieniu w terminie umożliwiającym uwzględnienie minimalnych terminów składania ofert.” Zgodnie z nowym przepisem Zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert krótszy niż termin nie krótszy niż 15 dni, w następujących przypadkach:

- opublikowania wstępnego ogłoszenia informacyjnego, o ile wstępne ogłoszenie informacyjne zawierało wszystkie informacje wymagane dla ogłoszenia o zamówieniu, w zakresie, w jakim były one dostępne w chwili publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego, i zostało zamieszczone w profilu nabywcy na co najmniej 35 dni i nie więcej niż 12 miesięcy przed dniem przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej,
- jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia i skrócenie terminu składania ofert jest uzasadnione.

W drugiej części artykułu zostaną zasygnalizowane zmiany związane z przesłankami wykluczenia z postępowania, dokumentami jakich może żądać Zamawiający od Wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz umowami zawieranymi w sprawach zamówień publicznych.

Zachęcamy do czytania bloga Anny Banaszewskiej.