

Wszelkie prawa zastrzeżone. Nieautoryzowane rozpowszechnianie całości lub fragmentu niniejszej publikacji w jakiegokolwiek postaci jest zabronione. Wykonywanie kopii lub utrwalanie za pomocą urządzeń lub środków technicznych służących do utrwalania obrazu jest zabronione i powoduje naruszenie praw autorskich.

GRZEGORZ CZABAN

PRAWO
ZAMÓWIEŃ
PUBLICZNYCH
dla szpitali

PRAKTYCZNY PORADNIK DLA
SPECJALISTÓW ds. ZAMÓWIEŃ
PUBLICZNYCH

Publikacja zlecona i sfinansowana przez:

Ogólnopolska Izba Gospodarcza Wyrobów Medycznych POLMED

ul. Dominikańska 14, 02-738 Warszawa

tel: +48 22 853 49 92

www.polmed.org.pl



Ogólnopolska Izba Gospodarcza Wyrobów Medycznych POLMED

jest największą i najbardziej reprezentatywną organizacją skupiającą producentów i dystrybutorów wyrobów medycznych w Polsce.

Wydanie I, Warszawa 2015

Autor: Grzegorz Czaban

Rysunki: Monika Łuszczewska i Grzegorz Czaban

Kierownik projektu: Katarzyna Radziejewska

Redakcja i korekta: Elżbieta Lipińska, El-Kor

Wszelkie prawa zastrzeżone. Nieautoryzowane rozpowszechnianie całości lub fragmentu niniejszej publikacji w jakiegokolwiek postaci jest zabronione. Kopiowanie lub utrwalanie za pomocą urządzeń lub środków technicznych służących do utrwalania obrazu książki powoduje naruszenie praw autorskich.

Autor dołożył wszelkich starań, aby zawarte w tej publikacji informacje były kompletne i rzetelne. Nie bierze jednak odpowiedzialności ani za ich wykorzystanie, ani za związane z tym ewentualne naruszenie praw patentowych lub autorskich. Autor nie ponosi również odpowiedzialności za ewentualne szkody wynikłe z wykorzystania informacji zawartych w książce.

I. Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego	7
1. Osoby odpowiedzialne za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia	7
2. Formy wsparcia zamawiającego na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego	10
2.1. Powierzenie przygotowania lub przeprowadzenia postępowania osobie trzeciej	13
2.2. Biegły w zamówieniach publicznych	13
2.3. Tryby negocjacyjne	14
2.4. Dialog techniczny	17
3. Opis przedmiotu zamówienia	27
3.1. Znak towarowy, patent lub pochodzenie w opisie przedmiotu zamówienia	32
3.2. Ustalanie punktu równowagi między oczekiwaniami zamawiającego a zapewnieniem uczciwej konkurencji	42
3.3. Prawo opcji jako instrument porządkujący zamówienia na dostawy, usługi lub roboty budowlane	46
4. Ustalenie wartości zamówienia	51
4.1. Różnica między dopuszczalnym a niedopuszczalnym podziałem zamówienia na części	54
4.2. Zasady postępowania przy udzielaniu zamówień nieprzewidzianych	66
4.3. Zasady szacowania wartości zamówienia w sytuacji braku rozstrzygnięcia postępowania w części	68
4.4. Dzielenie zamówienia na części i stosowanie art. 6a ustawy pzp	69
5. Pozacenowe kryteria oceny ofert	72
5.1. Podstawowe zadanie szpitala: wybrać ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie	74
5.2. Poprawny dobór kryteriów oceny ofert	76
5.3. Kiedy zamówienie jest powszechnie dostępne i ma ustalone standardy jakościowe	78
5.4. Co z zakupami leków	82
5.5. Rachunek kosztów cyklu życia	84
5.6. Jakościowe kryteria oceny ofert	89
5.7. Opis kryteriów i sposobu oceny ofert	91
5.8. Zakaz ustalania podmiotowych kryteriów oceny ofert	97
II. Praca z ofertami	99
6. Poprawianie oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty	99
6.1. Oczywiste omyłki pisarskie	101
6.2. Oczywiste omyłki rachunkowe	105
6.3. Inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujące istotnych zmian w treści oferty	106

7. Wezwanie do złożenia oświadczeń, dokumentów, pełnomocnictw	109
8. Błąd w obliczeniu ceny	113
9. Rażąco niska cena	118
III. Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego	124
10. Pojęcie istotnych zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego	125
11. Procedura wprowadzania zmian do umowy wynikająca z art. 144 ustawy pzp	128
12. Obowiązkowe klauzule waloryzacyjne w umowie w sprawie zamówienia publicznego	132
13. Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w ramach klauzuli z art. 357 ¹ k.c.	133

Oddaję w Państwa ręce książkę, która odnosi się do mojej wielkiej miłości – zamówień publicznych. Pasjonatem tego tematu stałem się dość wcześnie, ale myślę, że w idealnym momencie – na początku budowania systemu zamówień publicznych w Polsce po roku 1995. Od tamtej pory staram się wyjaśniać, jak tylko potrafię, zawłości tej tematyki podczas prowadzonych przeze mnie szkoleń. Mam zaszczyt obcować w ten sposób z ludźmi, którzy codziennie zmagają się z realnymi problemami związanymi z zamówieniami publicznymi. Problemami praktycznymi, których rozwiązanie często wskazuje właściwą drogę postępowania innym osobom.

Zawsze bliskie mi były sprawy systemu ochrony zdrowia. Moja matka jest lekarzem, więc już jako dziecko odwiedzałem przychodnię, w której pracowała. Pamiętam ją, jak wracała zmęczona po pracy, aby na drugi dzień z uśmiechem powitać kolejnego pacjenta.

Pamiętam także z tamtych lat panią Gienię, recepcjonistkę, oraz pielęgniarki – panią Anię i panią Teresę. Przemile osoby. Kiedyś do zabawy dostałem strzykawkę. To był mój pierwszy kontakt z wyrobami medycznymi.

Doświadczenie w zakresie „medycznych” zamówień publicznych zdobywałem później, jako pracownik Akademii Medycznej w Białymstoku. W tej zacnej instytucji zajmowałem po kolei wszystkie stanowiska potrzebne mi do zrozumienia specyfiki zamówień w sektorze ochrony zdrowia, od starszego referenta przez specjalistę po funkcję kierownika Działu Zamówień Publicznych.

Gdy poznałem moją cudowną małżonkę, także pracowała w szpitalu.

Najwięcej na pewno nauczył mnie ojciec – najwybitniejszy specjalista w dziedzinie zamówień publicznych, jakiego poznałem. Urodzony nauczyciel życia.

Niniejszy poradnik stanowi zatem swoisty zbiór moich osobistych doświadczeń i obserwacji, które w kilku miejscach książki przedstawiam jako przykłady. Zawsze byłem zdania, że najpiękniejsze historie pisze życie. A najlepiej uczyć się przez doświadczenie. „Te oczy doświadczone, co widzą więcej i dalej”, jak pisał poeta.

Chciałbym, aby ten poradnik był przede wszystkim wędką, a nie rybą. Dlatego staram się podpowiadać, a nie przedstawiać gotowe rozwiązania. Tematyka zamówień publicznych jest różnorodna i ulega ciągłym zmianom. Specjalista ds. zamówień publicznych powinien być twórczy i na te zmiany odpowiednio reagować.

Pierwsza i największa część poradnika poświęcona została przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż błędy popełniane na tym etapie zniweczyły marzenia niejednego zamawiającego o efektywnym wydaniu pieniędzy. Wszak jak sobie pościelisz, tak się wyśpisz.

Rozdział I zaczynam od podkreślenia roli człowieka w systemie zamówień publicznych i jego odpowiedzialności. Funkcjonujący w szpitalu system zamówień publicznych tworzą żywe osoby. Udane zamówienia publiczne nie są dziełem przypadku. To efekt poziomu wiedzy, umiejętności i przede wszystkim współpracy oraz wzajemnej pomocy pracowników szpitala. Również na szczeblu biały personel–administracja.

Następnie omawiam przewidziane prawem formy pomocy merytorycznej w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, którą może otrzymać zamawiający od osób trzecich. Kładę szczególny nacisk na słabo w mojej ocenie wykorzystywany dialog techniczny.

W dalszej części pracy przedstawiam rozważania odnoszące się do dopuszczalności posługiwania się podczas opisu przedmiotu zamówienia znakiem towarowym, a także innych aspektów mogących wskazywać na naruszenie zasady uczciwej konkurencji. W części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia postanowiłem rozwinąć także problematykę prawa opcji, która może znaleźć praktyczne zastosowanie w wielu sytuacjach.

W kolejnym punkcie poradnika poruszam tematykę ustalenia wartości zamówienia. Czytelnik dowie się, jak agregować zamówienia w szpitalu, aby uniknąć zarzutów nieuprawnionego podziału zamówienia na części, a także jak sobie radzić, gdy w trakcie roku budżetowego pojawi się konieczność udzielenia zamówienia nieplanowanego. W tej części omawiam także sposoby szacowania wartości zamówienia, gdy postępowanie prowadzone z dopuszczeniem składania ofert częściowych w zakresie niektórych części zostanie unieważnione. Tematykę szacowania wartości zamówienia kończę poradami dotyczącymi stosowania art. 6a ustawy pzp w sytuacji udzielania zamówienia w częściach, z których każda ma stanowić przedmiot odrębnego postępowania.

W ostatniej części rozdziału dotyczącego przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia omawiam zagadnienia związane z pozacenowymi kryteriami oceny ofert. Od 19 października 2014 r., w wyniku wejścia w życie nowelizacji ustawy – Prawo zamówień publicznych, zamawiający mogą stosować najniższą cenę jako jedyne kryterium oceny ofert, jeżeli przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe. Wyjątkiem są postępowania prowadzone w trybie licytacji elektronicznej. W poradniku wyjaśniane są zasady prawidłowego doboru kryteriów oceny oraz mechanizmy ich opisywania. Szczególną uwagę zwracam w tym miejscu na rachunek kosztów cyklu życia, który jest niezbędną przesłanką wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.

Rozdział II zawiera omówienie obowiązków zamawiającego związanych z porządkowaniem ofert polegającym na poprawianiu omyłek w ofertach oraz uzupełnianiu oświadczeń, dokumentów i pełnomocnictw. Ponadto wyjaśniam kwestie związane z odrzucaniem ofert z powodu błędów w obliczeniu ceny oraz wystąpienia zjawiska rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. W odniesieniu do tego ostatniego zagadnienia Czytelnik znajdzie odpowiedź, jak postępować w przypadku pojawienia się 30-procentowej różnicy między oferowaną ceną a wartością zamówienia, gdy jednocześnie nie występują merytoryczne wątpliwości dotyczące złożonej oferty i jej wyceny.

Ostatnia część poradnika poświęcona została umowom w sprawie zamówienia publicznego. Poruszam w niej kwestie zmian umów, zarówno tych dokonywanych na zasadach przewidzianych w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i dokonywanych w ramach klauzuli *rebus sic stantibus* wynikającej z art. 357¹ k.c. Czytelnik dowie się m.in., jak należy interpretować pojęcie wprowadzania istotnych zmian do umowy oraz jak poprawnie konstruować w umowach klauzule upoważniające do ich zmian.

Zdaję sobie sprawę, że problemy wybrane do niniejszego poradnika stanowią tylko wycinek interesujących Czytelnika spraw. Podejrzewam także, że jego treść nie zadowoli każdego. Może nawet niektóre przemyślenia w nim zawarte nie zostaną zaakceptowane. Proszę jednak o wyrozumiałość. Będę szczęśliwy, gdy ta książka stanie się powodem do refleksji nad praktyką stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych w szpitalach i impulsem do efektywnej pracy w budowaniu doskonałego systemu zamówień publicznych w Polsce.

Na koniec chciałbym złożyć gorące podziękowania mojej żonie Katarzynie, bez której z pewnością ta książka by nie powstała.

Miłej lektury

Grzegorz Czaban

I. PRZYGOTOWANIE POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

1. OSOBY ODPOWIEDZIALNE ZA PRZYGOTOWANIE I PRZEPROWADZENIE POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA

Odpowiedzialność:

- 1. obowiązek moralny lub prawny odpowiadania za swoje lub czyjeś czyny*
- 2. przyjęcie na siebie obowiązku zadbania o kogoś lub o coś¹.*

W zamówieniach publicznych najważniejsi są ludzie. Ustawa sama się nie stosuje, to my ją stosujemy. Od naszych decyzji zależy to, czy osiągniemy zamierzony cel. Zanim pojawi się specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ogłoszenie o zamówieniu, oferta, umowa o zamówienie publiczne, najpierw będą ludzie, ich myśli i działania.

Zastanówmy się, dlaczego w jednym szpitalu występuje więcej problemów dotyczących zamówień publicznych niż w innym. Może ten pierwszy ma większy budżet, więcej zamówień, bardziej różnorodny asortyment? A jeśli struktura zamówień i zasoby finansowe w obu jednostkach są zbliżone? Czy bliższa prawdy nie będzie odpowiedź, że powodem problemów są ludzie i relacje zachodzące między nimi?

W zamówieniach publicznych niezbędna jest współpraca między różnymi osobami, aby osiągnąć założony cel. Lekarz musi współpracować z pracownikiem wydziału merytorycznego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, pracownik wydziału merytorycznego z pracownikiem ds. zamówień publicznych, ten z kierownikiem zamawiającego. A jeśli takiej współpracy nie ma albo jest pozorna? Czy w sytuacji, gdy w wyniku przeprowadzonego przetargu lekarz otrzyma aparaturę niskiej jakości, winna będzie ustawa?

ZASADA: Nie da się stosować ustawy – Prawo zamówień publicznych w jednostce, w której człowiek człowiekowi wilkiem.

Zakup towaru spełniającego nasze oczekiwania jest wynikiem współpracy wielu osób. Nic się nie dzieje przez przypadek. Aby jednak taka współpraca była możliwa, osoby te muszą być odpowiedzialne. Co to znaczy być odpowiedzialnym?

Charakterystycznym zjawiskiem w szpitalach, w których brakuje odpowiedzialności, jest obwinianie za każdą porażkę innych osób lub nawet prawa zamówień publicznych. To nie ja, ale ustawa jest winna problemom mojego szpitala. Twierdzą tak, bo wiem, że ustawa mi nie odda. Można jej dokładać z każdej strony, a ta będzie leżała na półce czy biurku i oczywiście przyjmie każdą krytykę. Ale gdyby miała usta, co by nam powiedziała?

Obwinianie innych za porażkę najczęściej wystąpi w szpitalu, w którym odpowiedzialność jest rozmyta. Niebranie odpowiedzialności za porażkę na siebie, tylko obwinianie za jej wystąpienie innych osób może być spowodowane nieświadomością powierzonych zadań lub nieprzypisaniem konkretnych zadań konkretnym osobom.

Wyobraźmy sobie taką sytuację: jesteśmy na wczasach, jemy śniadanie w sali, w której przebywa 20 osób. Pojawia się nagle wczasowiczka z pięcioletnim chłopcem, która przedstawia nam swoją prośbę: „Proszę o popilnowanie Jasia przez 30 minut. Ja muszę na chwilę wyjść”. Po czym wychodzi. Kto w tej sytuacji popilnuje chłopca? Kto weźmie za niego odpowiedzialność? Jeśli chłopiec podejdzie do termosu z wrzątkiem i się poparzy, to kto będzie winny?

¹ Internetowy słownik języka polskiego PWN, <http://sjp.pwn.pl/szukaj/odpowiedzialno%C5%9B%C4%87.html>.

Odpowiedzialność pojawia się w sytuacji, gdy mamy świadomość zadań, które zostały powierzone konkretnie nam. Wówczas wiemy, że w razie niewykonania zadania nie będzie możliwości obwiniania za błąd kogoś innego.

Gdyby mama Jasia wybrała konkretną osobę z sali i poprosiła ją o opiekę nad synem, mielibyśmy do czynienia z prawidłowym powierzeniem zadań. Jeżeli wybrana osoba zgodziłaby się zaopiekować chłopcem, przyjęłaby odpowiedzialność za to zadanie.

Porównajmy ten przykład z inną sytuacją. Dyrektor szpitala wchodzi do stołówki pracowniczej, w której przebywa 20 osób. Wydaje polecenie: „Zróbcie przetarg na dostawę nici chirurgicznych”. I wychodzi. Pracownicy patrzą na siebie. No, kto jest chętny, kto zrobi przetarg?

Prawidłowe powierzenie zadań i przyjęcie odpowiedzialności stanowi gwarancję osiągnięcia założonego celu.

W zamówieniach publicznych „odpowiedzialność” to świadomość powierzonych zadań, troska o ich należyte wykonanie i nieobwinianie innych za nieosiągnięcie założonego celu. Odpowiedzmy sobie sami. Czy czujemy się odpowiedzialni za powierzane obowiązki, czy też, jak coś nam nie wyjdzie, mówimy: „No cóż, taka to ustawa”, lub „Co zrobić, takie życie”?

Jak słusznie zauważył Moliere: „Jesteśmy odpowiedzialni nie tylko za to, co robimy, także za to, czego nie robimy”.

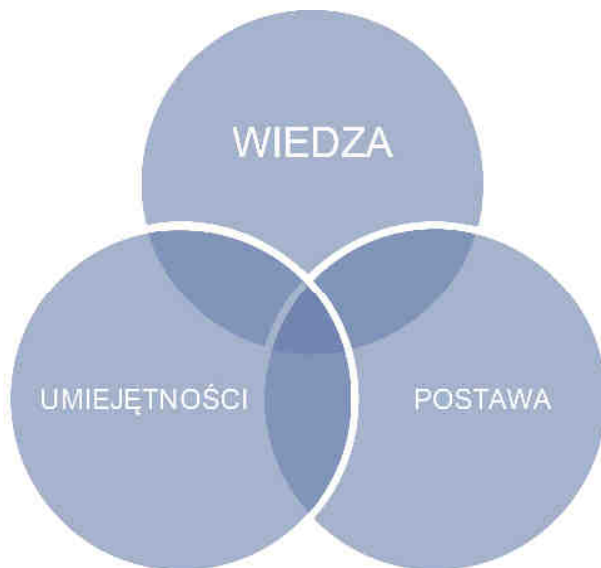
Za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego². To on podejmuje wszelkie kluczowe decyzje związane z udzielanym zamówieniem publicznym – o wykluczeniu z postępowania wykonawców, odrzuceniu oferty, wyborze oferty najkorzystniejszej. Na końcu zawiera umowę o zamówienie publiczne, czyli udziela zamówienia. Nawet ustanowienie przez kierownika pełnomocnika do wykonywania tych czynności nie zwalnia go z odpowiedzialności za błędy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Poza kierownikiem (a nie zamiast) odpowiedzialność za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia spoczywać będzie na innych osobach (najczęściej pracownikach szpitala) zaangażowanych w proces udzielenia zamówienia. Osoby te ponoszą jednakże odpowiedzialność wyłącznie w zakresie, w jakim powierzono im obowiązki dotyczące przygotowania lub przeprowadzenia postępowania³. Jeżeli to pracownik wydziału merytorycznego ma za zadanie opisać przedmiot zamówienia publicznego, za błędy w tym zakresie nie powinien odpowiadać pracownik wydziału zamówień publicznych. Kierownik zamawiającego powinien precyzyjnie określić zakres obowiązków osób zaangażowanych w proces udzielenia zamówienia, aby każdy pracownik miał świadomość powierzonych mu zadań i w razie stwierdzenia nieprawidłowości możliwe było ustalenie osoby odpowiedzialnej za błędy.

W pracy zawodowej, tak jak w życiu prywatnym, musimy się niejednokrotnie zmierzyć z sytuacjami, które przekraczają nasze możliwości. Nie bójmy się nowych wyzwań. Wszak rozwój leży poza sferą komfortu. Ambitne wyzwania motywują nas do podjęcia wysiłku podnoszenia kompetencji zawodowych. Ważne jest to, abyśmy jednak dostrzegali własne niedoskonałości. Poniżej przedstawiam trzy główne czynniki, które wpływają na efektywność naszej pracy:

² Art. 18 ust. 1 ustawy pzp.

³ Art. 18 ust. 2 ustawy pzp.



Rys. Grzegorz Czaban

Przyjrzyjmy się następującej sytuacji. Szpital organizuje przetarg na zakup aparatury medycznej. W zakres zamówienia wchodzi dostawa lamp operacyjnych, kardiomonitorów i pulsoksymetrów. Na każdy z tych asortymentów zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych, wiedząc, że poszczególne urządzenia mają różne przeznaczenie i są zwykle nabywane u innego wykonawcy. Na pytanie, dlaczego zamawiający umieścił w jednym przedmiocie zamówienia lampy operacyjne, kardiomonitory i pulsoksymetry, specjalista ds. zamówień publicznych zatrudniony w szpitalu odpowiada: „Bo nie wiem, jak szacować wartość zamówienia. Boję się zarzutu dzielenia zamówienia na części”.

Gdyby pracownik znał odpowiedź na to pytanie, wiedziałby, że każda z części stanowi odrębne zamówienie. Wartość każdego z nich nie przekracza 30 000 euro, a co za tym idzie – nabycie lamp operacyjnych, kardiomonitorów i pulsoksymetrów nie podlega przepisom ustawy – Prawo zamówień publicznych. Pracownik mógł udzielić zamówień w tym zakresie w procedurze wewnętrznej określonej przez dyrektora szpitala. Ze względu na brak wiedzy wybrał bardziej sformalizowane i droższe rozwiązanie: zastosował na wszelki wypadek przepisy ustawy.

Gdy brakuje nam wiedzy, często wykonujemy więcej obowiązków, niż wymaga tego od nas ustawa. Niewiedza potęguje także niechęć do sięgania po pewne rozwiązania wynikające z ustawy, których zastosowanie mogłoby się przyczynić do efektywnego wydania pieniędzy publicznych.

Po otwarciu ofert na remont oddziału szpitala dyrektor z zażenowaniem stwierdza, iż najkorzystniejszą ofertę złożył wykonawca, który w ubiegłym roku nie wykonał na rzecz tego szpitala innego zamówienia. Zamawiający przyznaje, że znany mu jest art. 24 ust. 2a ustawy pzp dający możliwość wykluczenia z postępowania wykonawcy, który dopuścił się zawinionego poważnego wykroczenia zawodowego. Taki warunek uczestnictwa nie pojawił się jednak ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w SIWZ, gdyż zamawiający przyznaje, że nie umie ocenić, kiedy możemy mieć do czynienia z poważnym zawinionym wykroczeniem zawodowym. Brak umiejętności powoduje, że rezygnujemy z pewnych rozwiązań wynikających z przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych. W omawianym przypadku niepostawienie warunku odnoszącego się do rzetelności i efektywności doprowadziło do sytuacji, w której konieczne jest udzielenie zamówienia publicznego firmie niedającej rękojmi jego należytego wykonania.

Niekiedy to nie brak wiedzy czy umiejętności determinuje nasze zachowania, ale nasza postawa. Dlaczego nie korzystamy z pewnych rozwiązań ustawowych (prawo opcji, umowa ramowa, inne niż cena kryteria oceny ofert), które mogą zwiększyć efektywność

wydatków publicznych, mimo że wiemy i umiemy? Czy nie dlatego, że nam się po prostu nie chce? Opisywanie innych niż cena kryteriów jest przecież czasochłonne. Narazamy się przy tym na pytania wykonawców i kontrolerów, może nawet na wnoszenie środków ochrony prawnej. Po co nam to?

Często to nasza postawa powoduje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przebiega tak, a nie inaczej. Dostrzeżmy, że to, co się dzieje w zamówieniach, to nie wina ustawy, lecz konsekwencja naszych działań lub zaniechań. Spróbujmy zastanowić się nad tym, w jakich obszarach brakuje nam jeszcze wiedzy, umiejętności, a czego nie robimy tylko ze względu na naszą postawę. Brakuje nam wiedzy, szukajmy jej. Gdy zauważymy deficyt umiejętności – ćwiczymy i doświadczajmy. Zmieńmy postawę. To od nas zależy, czy publiczne pieniądze w ramach zamówień publicznych będą wydawane efektywnie.

Chcąc zostać specjalistą ds. zamówień publicznych, należy stale pracować nad omawianymi czynnikami. Powinniśmy dostrzegać obszary, w których brakuje nam wiedzy i umiejętności, i dążyć do wytworzenia w sobie gotowości wykorzystania tych elementów w pracy zawodowej. Nie ma nic gorszego niż skupienie się na fragmencie ustawy – Prawo zamówień publicznych i dążenie do specjalizacji tylko w tym elemencie. Po latach pracy w obszarze zamówień publicznych można bowiem ze smutkiem stwierdzić, iż zostało się specjalistą w dziedzinie przetargów, a nie w zakresie zamówień publicznych.

Może się jednak zdarzyć, że otrzymasz polecenie wykonania zadania, które przekracza twoją wiedzę i umiejętności. I co wtedy? Spójrzmy, co wskazuje nam w tej sytuacji ustawa.

2. FORMY WSPARCIA ZAMAWIAJĄCEGO NA ETAPIE PRZYGOTOWANIA POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Mocny kręgosłup nie gwarantuje tego, iż przez całe życie wytrzymasz bez wsparcia.

Akte

W szpitalu zamówienia publiczne są różnorodne. Spotykamy tu dostawy i usługi obecne w wielu innych jednostkach spoza systemu ochrony zdrowia – takie jak zakupy materiałów biurowych czy usług ochrony osób i mienia. Ale dużą część zamówień szpitala stanowią będą zakupy specyficznych wyrobów medycznych. Dzięki nim możliwe jest podjęcie skutecznego leczenia pacjentów. Do tego dochodzą umowy o roboty budowlane – od prostych prac remontowych po wielkie inwestycje związane z budową lub rozbudową szpitala.

Osoby współpracujące w procesie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia chcąc nie chcąc muszą borykać się z problemami wynikającymi z braku wiedzy i umiejętności. Szpital ma zamiar zakupić tomograf komputerowy. Dobrze, ale kto opíše przedmiot zamówienia? Kto będzie w stanie dokonać oceny zgodności złożonych ofert z wymaganiami SIWZ? W innej jednostce dyrektor planuje z informatyzowanie procesu diagnostyki i leczenia. Co taki system powinien zawierać? Jak zabezpieczyć interes szpitala na wypadek konieczności rozbudowy tego systemu w przyszłości?

W praktyce wątpliwości mogą ogarnąć pracownika szpitala odpowiedzialnego za dane zamówienie w dużo prostszych przypadkach. Czy jest to moment, w którym pracownik ma decydować o zmianie miejsca lub stanowiska pracy? Oczywiście nie. Ustawodawca od samego początku rozumie te dylematy i nie pozostawia samych sobie osób zajmujących się zamówieniami. Udostępnia bogate instrumentarium, które pozwala na rozwiązanie każdego problemu, przed jakim w zakresie zamówień publicznych stanie pracownik szpitala. Aby móc skorzystać z tego instrumentarium, konieczna jest jednakże refleksja nad swoją wiedzą i umiejętnościami.

Zwróćmy uwagę na pewien fakt – w zamówieniach publicznych chodzi o rozwiązywanie problemów. Problemem będzie każde zadanie lub zdarzenie, które musi być wykonane lub wyeliminowane w celu osiągnięcia zakładanego przez szpital rezultatu. Osoby zaangażowane w proces udzielenia zamówienia publicznego powinny mieć oczy szeroko otwarte i wylapywać takie problemy. To jest pierwszy krok, niezbędny do zapewnienia efektywnego funkcjonowania systemu zamówień publicznych w twojej jednostce.

KROK 1. WYLAPYWANIE PROBLEMÓW

Pracownik wydziału zamówień publicznych otrzymuje kilka skarg od ordynatora oddziału urologii szpitala dotyczących jakości zakupionych w przetargu cewników. Traktuje je jako ataki na własną osobę. W jego opinii pan doktor jak zwykle się czepia. Uważa, że „problemem” jest lekarz. Nie widzi szans na rozwiązanie problemu, dopóki lekarz pracuje w szpitalu.

Bardzo często albo nie dostrzegamy problemu, albo widzimy go nie tam, gdzie on występuje. W opisanym przypadku podejście mogłoby być inne: są zastrzeżenia dotyczące jakości zakupionych cewników. Spotykam się z lekarzem i ustalę, jakie ma on konkretnie uwagi dotyczące zakupionego towaru. Lekarz wskazuje na zwiększoną liczbę przypadków infekcji układu moczowego, którą wiąże z zastosowaniem zakupionych cewników moczowych. Problemem okazuje się więc jakość cewników, a nie złośliwość lekarza.

Im szybsza prawidłowa diagnoza problemu, tym krótszy okres oczekiwania na jego rozwiązanie. Bywa, że problem zgłoszony przez pracownika szpitala nie zostaje rozwiązany przez kilka lat z rzędu tylko dlatego, że nie podejmuje się żadnych działań. Należy pamiętać, że każdy problem ma swoją przyczynę. Jej odnalezienie wcale nie musi być proste, zwłaszcza gdy za niepowodzenia w zamówieniach publicznych będziemy obwiniać ustawę. Warto jednak podjąć trud jak najszybszego znalezienia przyczyny problemu.

KROK 2. USTALENIE PRZYCZYNY PROBLEMU

Wróćmy do poprzedniego przykładu. Problemem okazała się niska jakość zakupionych cewników. Co może być tego przyczyną? Czyżby dostarczenie towaru niezgodnego z zawartą umową? Jeżeli tak, to warto prześledzić przyjęte w szpitalu procedury odbioru towaru i rodzaj sankcji stosowanych wobec nierzetelnych wykonawców. Jak można ustalić, w jaki sposób je zmienić, aby sytuacja nie powtórzyła się w przyszłości?

W niejednym przypadku przyczyną problemu może się okazać źle opisany przedmiot zamówienia lub zastosowanie ceny jako jedyne kryterium oceny ofert.

Gdy ustalimy, że przyczyną naszego problemu jest źle opisany przedmiot zamówienia, wiemy, do kogo kierować dalsze pytania – do osoby odpowiedzialnej za ten opis. Po krótkiej rozmowie możemy np. stwierdzić, że osoba ta nie zna dokładnie danego przedmiotu i nie jest w stanie jednoznacznie i wyczerpująco przenieść na papier wymagań gwarantujących otrzymanie oczekiwanej jakości. To ważne, aby w pewnych sytuacjach zauważyć, że nie mieliśmy wystarczającej wiedzy lub umiejętności, aby dokładnie opisać przedmiot zamówienia. Znając przyczynę pojawiającego się problemu, wystarczy poszukać rozwiązania.

KROK 3. ZNALEZIENIE ROZWIĄZANIA PROBLEMU

Na spotkaniu, w którym uczestniczyli lekarz, pracownik wydziału merytorycznego odpowiedzialnego za realizację umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz pracownik wydziału zamówień publicznych, ustalono, że w następnym przetargu konieczne będzie zwrócenie uwagi na powłokę kupowanego rodzaju cewnika. Należy badać w trakcie oceny ofert, jaką zapewnia ona ochronę przed tworzeniem biofilmu bakteryjnego, jak również środowiska wokół cewnika przed rozwojem zakażeń. W celu wdrożenia proponowanego rozwiązania należy opracować kryterium jakościowe, które, zbilansowane z ceną, będzie decydować o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Opisany przykład pokazuje schemat postępowania w razie wystąpienia problemu. Podkreślenia wymaga jednak to, że nie zawsze zastosowane rozwiązanie spowoduje, że

problem zniknie. W takim przypadku należy stwierdzić, iż przyczyna problemu była inna, niż pierwotnie zakładano, i poszukać nowego rozwiązania.



Rys. Grzegorz Czaban

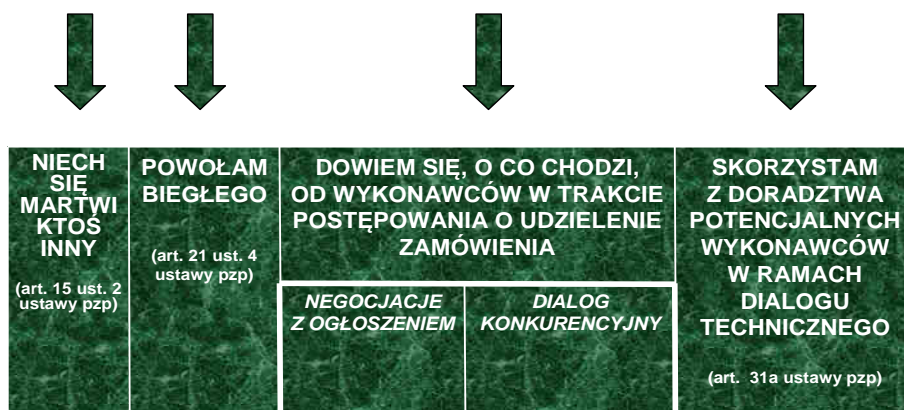
Konieczna jest także ocena własnych sił. „Mierz siły na zamiary”. Przy konstruowaniu niektórych elementów SIWZ (w szczególności odnoszących się do przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji) będziemy niekiedy musieli poszukać pomocy.

Niestety, niektórych problemów nie da się rozwiązać wcześniej niż po ich wystąpieniu. Niedawno rozmawiałem z pracownikiem pewnego szpitala, który powiedział: „W przetargu na dostawę kserokopiarek otrzymałem ofertę z niewiarygodnie niską ceną. Podejrzewając, że cena uniemożliwi realizację umowy zgodnie z SIWZ, zwróciłem się do wykonawcy o wyjaśnienia. Z jego odpowiedzi dowiedziałem się, że oferowane urządzenia są tak tanie, gdyż są używane. Od tamtej pory w SIWZ na dostawę urządzeń wpisuję zdanie »Towar ma być fabrycznie nowy«”. Gdyby nie to zdarzenie, pewnie jeszcze przez długi czas zamawiający nie wymagałby w SIWZ, aby oferowany towar był fabrycznie nowy. Dopóki nie ma problemu, często nie stosujemy żadnych rozwiązań.

Roztropnie jest jednak uczyć się nie tylko na błędach własnych, ale i cudzych. Jeżeli jakiś szpital ma już przykre doświadczenia z zamówieniami i stosuje skuteczne rozwiązanie, dlaczego mam czekać na moment, aż podobny problem mnie dopadnie? Przewornie zamieszczę stosowne zapisy w SIWZ, które sprawią, że takie przykrości mnie ominą.

Wróćmy jednak do podstawowej kwestii będącej przedmiotem tego rozdziału poradnika. Co można zrobić w sytuacji, gdy pracownik szpitala otrzyma polecenie wykonania zadania, które przekracza jego wiedzę i umiejętności? Pakiet rozwiązań, z których można w takim przypadku czerpać, przedstawia poniższy schemat.

SPOSOBY POZYSKIWANIA INFORMACJI DOTYCZĄCYCH PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, SIWZ I WARUNKÓW UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO



Rys. Grzegorz Czaban

2.1. POWIERZENIE PRZYGOTOWANIA LUB PRZEPROWADZENIA POSTĘPOWANIA OSOBIE TRZECIEJ

ROZWIĄZANIE 1. NIECH SIĘ MARTWI KTOŚ INNY

Zamawiający może stanąć przed problemem przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, które przerasta możliwości pracowników szpitala. Załóżmy, że nikt z zatrudnionych nie jest w stanie jednoznacznie i wyczerpująco opisać przedmiotu zamówienia, przygotować profesjonalnie SIWZ pod kątem warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów oceny ofert, sporządzić wzoru umowy w sprawie zamówienia optymalnie zabezpieczającego interes zamawiającego. Albo temat do rozstrzygnięcia jest tak skomplikowany, że zamawiający nie będzie w stanie samodzielnie dokonać badania i oceny ofert. Może to dotyczyć np. zamówienia na budowę szpitala, systemu informatycznego lub innowacyjnej aparatury medycznej.

W takich sytuacjach można rozważyć powierzenie przygotowania lub przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia osobie trzeciej. Podmiot taki, o ile ma niezbędne kwalifikacje i doświadczenie, wyręczając zamawiającego w jego obowiązkach, doprowadzi do efektywnego udzielenia zamówienia.

Zakres obowiązków, którymi powinna się zająć osoba trzecia, uzależniony jest od potrzeb zamawiającego. Bywa, że pomoc będzie potrzebna „tylko” do sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia. Innym razem zamawiający będzie oczekiwał, aby podmiot ten przeprowadził całe postępowanie i jeszcze wyręczał zamawiającego w obowiązkach strony przyszłej umowy (odbierał wykonane przez wykonawcę dostawy, usługi lub roboty budowlane, rozwiązywał spory powstałe w trakcie realizacji umowy). W odniesieniu do robót budowlanych pojawiło się nawet określenie właściwe dla takiej osoby trzeciej – inwestor zastępczy.

Bez względu na zakres pomocy udzielanej zamawiającemu przez osobę trzecią ta działać będzie nie we własnym imieniu, ale jako pełnomocnik zamawiającego. Błędne decyzje pełnomocnika obciążać zatem będą jego samego, ale także zamawiającego, którego kierownik tak czy owak ponosi odpowiedzialność za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia. Oczywiście wobec zamawiającego osoba trzecia także ponosić będzie odpowiedzialność na gruncie zawartej umowy oraz prawa cywilnego. W sytuacji powstania szkód po stronie zamawiającego wynikających z nienależytego wykonywania powierzonych obowiązków, pełnomocnik musi się liczyć z koniecznością ich naprawienia.

Wariant powierzenia przygotowania lub przeprowadzenia postępowania osobie trzeciej zwykle wybiera się na samym końcu, gdy jest to jedyne rozwiązanie gwarantujące osiągnięcie założonych celów. Zanim szpital podejmie decyzję o jego zastosowaniu, wcześniej rozważy inne możliwości. Na przykład czy nie jest wystarczające zaangażowanie do pomocy biegłego.

2.2. BIEGŁY W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

ROZWIĄZANIE 2. POWOŁANIE BIEGŁEGO

Biegły to specjalista w danej dziedzinie, często pełniący funkcję doradcy przy podejmowaniu społecznie ważnych decyzji; rzeczoznawca, ekspert⁴. Decyzja o jego powołaniu będzie zwykle inicjatywą kierownika zamawiającego lub komisji przetargowej.

Może być tak, że kierownik zamawiającego od początku będzie miał świadomość stopnia skomplikowania danej sprawy. W konkretnej sytuacji zatrudnieni przez niego

⁴ Słownik języka polskiego PWN, red. prof. dr M. Szymczak, Wydawnictwo Naukowe PWN, wyd. IX, Warszawa 1994, t. I, str. 160.

pracownicy szpitala nie będą w stanie rozwiązać pewnego problemu. Wtedy z własnej inicjatywy powoła biegłego. Zdarza się jednak tak, że to osoby, którym kierownik zamawiającego powierzył pewne obowiązki dotyczące przygotowania lub przeprowadzenia postępowania, będą wnosić o zasięgnięcie opinii biegłego w konkretnej sprawie, niejako przyznając się w tym przypadku do braku wiedzy i umiejętności w danej dziedzinie. Takie zachowanie jest jak najbardziej właściwe, a nawet pożądane. Niewybaczalnym błędem byłoby raczej oszukiwanie siebie i innych, że podoła się zadaniu mimo braku kompetencji, ponieważ może to doprowadzić do poważnych naruszeń i nieefektywnego wydania pieniędzy publicznych.

Z pomocy biegłego korzystać będziemy wtedy, gdy dokonanie określonych czynności związanych z przygotowaniem lub przeprowadzeniem postępowania będzie wymagać posiadania tzw. wiadomości specjalnych, czyli wykraczających poza zakres wiadomości i doświadczenia życiowego ogółu osób inteligentnych i ogólnie wykształconych – z różnych dziedzin nauki, techniki, sztuki, rzemiosła czy obrotu gospodarczego – oraz doświadczenia zawodowego⁵.

Z zasady każda osoba inteligentna i średnio wykształcona powinna mieć wiedzę ogólną na każdy temat, ale nie wymaga się od niej, aby była specjalistą w każdej dziedzinie. Na przykład, kiedy pacjent udaje się do lekarza rodzinnego z lekkim katarem, naraża się na przypięcie mu łatki półinteligenta. Wszak od osoby inteligentnej wymaga się ogólnej wiedzy z zakresu medycyny – osoba taka powinna wiedzieć np., jak wykonać inhalację z olejków aromatycznych lub naparu z rumianku, która pomaga odblokować nos i pozbyć się nagromadzonej wydzieliny. Natomiast gdy katarowi towarzyszy wysoka gorączka, lepiej udać się do specjalisty po ustalenie sposobu leczenia, niż robić to samemu. Oparcie się w takim przypadku na własnej inteligencji może pacjenta wiele kosztować, łącznie z utratą zdrowia.

Biegły zwykle będzie potrzebny do wydania opinii w trudnej sprawie. Jednak, gdy zajdzie taka potrzeba, można go z powodzeniem zaangażować do prac komisji przetargowej z głosem doradczym.

Jak przedstawić wymaganą funkcjonalność towaru w opisie przedmiotu zamówienia? Czy treść oferty odpowiada treści SIWZ w świetle złożonych wraz z ofertą dokumentów? Jeżeli poczujesz się niepewnie przy podejmowaniu jakiegokolwiek decyzji dotyczącej udzielanego zamówienia, zwróć się o wsparcie. Sąd o pewnych okolicznościach faktycznych, stanach lub zdarzeniach wyrażony przez osobę posiadającą większą od nas wiedzę, umiejętności lub doświadczenie ułatwia nam właściwą ocenę faktów i rozstrzygnięcie konkretnej sprawy.

Bogatym źródłem informacji na temat zamówienia publicznego może okazać się również wykonawca. Jako podmiot działający w branży zwykle wie więcej od nas o rozwiązaniach dostępnych na rynku. Mało tego, może wiedzieć o produktach, które mają się dopiero pojawić na rynku. Jednym ze sposobów pozyskania od wykonawców informacji dotyczących zamówienia jest ich zdobycie podczas postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie dopuszczającym rozmowy z wykonawcami.

2.3. TRYBY NEGOCJACYJNE

ROZWIĄZANIE 3. DOWIEM SIĘ, O CO CHODZI, OD WYKONAWCÓW W TRAKCIE POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA

Tryby udzielania zamówień publicznych można podzielić według różnych kryteriów. W zależności od tego, jakie kryteria przyjmujemy, będziemy mieli do czynienia z trybami podstawowymi i niepodstawowymi, konkurencyjnymi i niekonkurencyjnymi,

⁵ Por. orzeczenia Sądu Najwyższego: z dnia 8 lipca 1994 r., II PRN 4/94, oraz z dnia 12 marca 1999 r., I PKN 40/99; uzasadnienia orzeczeń Sądu Najwyższego: z dnia 15 czerwca 1999 r., II UKN 692/98; z dnia 15 listopada 2001 r., II UKN 599/00, oraz z dnia 8 maja 2003 r., II CKN 39/01.

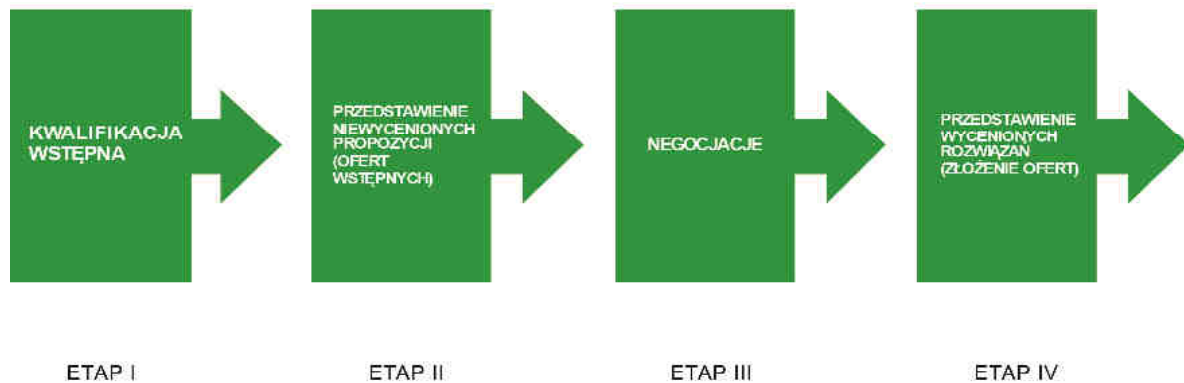
jednoetapowymi i wieloetapowymi. Dla celów omawianego rozwiązania 3. proponuję przyjąć kryterium podziału na podstawie wiedzy i umiejętności osób zaangażowanych w proces udzielania zamówienia, w szczególności z zakresu przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji.

Jeżeli jesteśmy w stanie opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na przygotowanie oferty – wybierajmy tryby przetargowe, licytację elektroniczną albo zapytanie o cenę. Jeżeli nie – właściwe będzie udzielenie zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego.

Te dwa ostatnie tryby dopuszczają spotkania z wykonawcami, w wyniku których możliwe będzie doprecyzowanie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia na tyle szczegółowo, żeby wykonawca mógł sporządzić ofertę, a zamawiający złożyć zamówienie zaspokajające jego obiektywne potrzeby.

Schemat przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia w tych trybach przedstawia się następująco:

NEGOCJACJE Z OGŁOSZENIEM



Rys. Grzegorz Czaban

W pierwszym etapie zamawiający przeprowadza selekcję wykonawców spośród tych, którzy w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

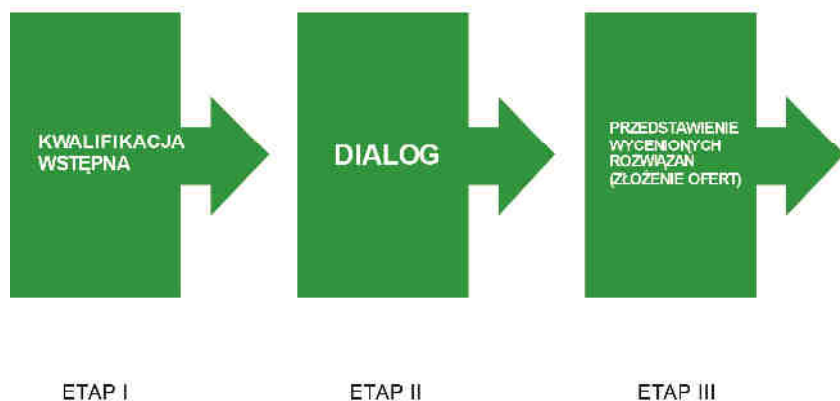
W etapie drugim, w którym uczestniczą tylko wybrani wykonawcy, przedstawiane są oferty wstępne niezawierające ceny. Zamawiający z lektury ofert wstępnych dowiadyuje się, w jaki sposób może być realizowane zamówienie publiczne.

W kolejnym etapie zamawiający przeprowadza negocjacje w celu doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść ofert wstępnych może sugerować pewne rozwiązania, niemniej jednak dopiero podczas negocjacji z wykonawcami możliwe będzie ustalenie szczegółów wykonania zamówienia. Zasadą powinno być zakończenie negocjacji jedynie w przypadku stwierdzenia, że uzyskaliśmy komplet informacji niezbędnych do prawidłowego opisanie przedmiotu zamówienia. Możemy tak powiedzieć, gdy potrafimy opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na przygotowanie oferty. Jeżeli pojawi się jakakolwiek wątpliwość w tym zakresie – wracamy do negocjacji.

W czwartym etapie następuje zaproszenie wykonawców do składania ofert zawierających wycenę doprecyzowanego po negocjacjach rozwiązania. Dopiero spośród tych ofert zamawiający wybiera najkorzystniejszą.

Warto zauważyć, że tryb negocjacji z ogłoszeniem jest trybem podstawowym w przypadku udzielania zamówień o wartości nieprzekraczającej progów UE. Jedynym uzasadnieniem jego wyboru jest wskazanie w protokole postępowania na taką wartość zamówienia.

DIALOG KONKURENCYJNY



Rys. Grzegorz Czaban

W pierwszym etapie dialogu konkurencyjnego, podobnie jak w trybie negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający przeprowadza selekcję wykonawców.

W etapie drugim, w którym uczestniczą tylko wybrani przez zamawiającego wykonawcy, prowadzone są rozmowy dotyczące występujących na rynku rozwiązań, które odpowiadają na potrzeby zamawiającego i spełniają jego wymagania. W momencie, gdy zamawiający zapozna się z przedstawionymi podczas dialogu rozwiązaniami na tyle wnikliwie, że będzie w stanie ustalić, które z nich najbardziej zaspokoją jego potrzeby, kończy dialog i przechodzi do kolejnego etapu.

W trzecim etapie zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert, a ci wyceniają rozwiązanie doprecyzowane w SIWZ w wyniku dialogu. Spośród tych ofert zamawiający wybiera najkorzystniejszą.

Wybór trybu negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego jako sposobu na pozyskanie informacji umożliwiających optymalne zaspokojenie potrzeb zamawiającego wiąże się z koniecznością przeprowadzenia sformalizowanej procedury określonej w ustawie pzp. Z zasady nie będzie ona trwała krótko. Przeciętny czas trwania postępowania prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem wyniósł w 2013 r. 93 dni (w procedurze krajowej) i 130 dni (w procedurze unijnej). Z kolei na przeprowadzenie postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego zamawiający średnio przeznaczal 131 dni (procedura krajowa) oraz 275 dni (procedura unijna).

Czas trwania postępowań negocjacyjnych nie powinien jednak odstręczać od stosowania tych trybów. Przetarg źle przygotowany, zwłaszcza od strony przedmiotu zamówienia, tylko z pozoru może trwać krócej. W przypadku zgłaszania ogromnej liczby pytań zamawiający i tak będzie rozważać przedłużenie terminu składania ofert. Bywają także przypadki unieważnienia przetargu wadliwie przygotowanego. W takiej sytuacji czas, który będzie trzeba poświęcić na przeprowadzenie postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego, może okazać się krótszy niż potrzebny na przeprowadzenie kilku wadliwych przetargów. Nie zapominajmy także o tym, że w przypadku źle przygotowanego przetargu istnieje wysokie ryzyko otrzymania ofert niezaspokajających potrzeb zamawiającego, często mniej efektywnych niż dostępne na rynku.

Zanim podejmiemy decyzję o wszczęciu postępowania w którymś z omawianych trybów, zauważmy, że ustawodawca przewidział prostsze rozwiązanie – możliwość

przeprowadzenia dialogu technicznego przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia.

2.4. DIALOG TECHNICZNY



Rys. Monika Łuszczewska

ROZWIĄZANIE 4. DIALOG TECHNICZNY

Pamiętasz, z jakich etapów składa się postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie dialogu konkurencyjnego? Wyobraź sobie teraz, że nie przeprowadzasz etapu I (wstępnej kwalifikacji) oraz etapu III (zaproszenia do składania ofert). Pozostanie tylko etap II, w którym zamawiający przeprowadza z wykonawcami dialog. Dialog techniczny w uproszczeniu sprowadza się tylko do tego etapu.

Dialog to rozmowa, zwłaszcza dwóch osób⁶. Techniczny to inaczej dotyczący spraw związanych ze sposobem wykonania, przeprowadzenia, załatwienia czegoś⁷.

Dialog techniczny będzie zatem przybierał postać rozmowy osoby upoważnionej przez zamawiającego z osobą trzecią (najczęściej pracownikiem potencjalnego wykonawcy) na temat spraw dotyczących kształtu przyszłej specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Czy jesteśmy zawsze świetnie zorientowani w zakresie produktów dostępnych na rynku medycznym? Czy potrafimy z góry ustalić, jakie rozwiązania mogą najlepiej zaspokoić nasze potrzeby? Czy potrafimy powyższe uzasadnić? Różnorodność udzielanych zamówień i zmieniające się warunki rynkowe spowodują wiele wątpliwości przy udzielaniu odpowiedzi na te i podobne pytania u niejednego zamawiającego.

Chcemy profesjonalnie przygotować postępowanie o udzielenie zamówienia. Co to znaczy „profesjonalnie”? *Słownik języka polskiego* wyjaśnia, że profesjonalnie to zawodowo, nie po amatorsku. Nie chcemy być amatorami. Chcemy znać dostępne technologie, umieć odróżnić potrzebę od zachcianki, wiedzieć, jak opisać kryteria oceny ofert, które zagwarantują uzyskanie najlepszych efektów z danych nakładów. Ta chęć bycia profesjonalistą prowadzi nas do poszukiwania środków pozyskania interesujących nas informacji. Najpierw dyskutujemy w gronie pracowników szpitala. Może nasza wiedza i umiejętności wystarczą do profesjonalnego przygotowania postępowania? Jeżeli nie, to pozyskujemy informacje ze źródeł zewnętrznych. Na pierwszy ogień idą zwykle zasoby

⁶ *Słownik języka polskiego PWN, op. cit.*, t. I, str. 394.

⁷ *Ibid.*, t. III, str. 486.

Internetu. Przeglądamy publikowane tam katalogi dostępnych na rynku wyrobów, „podglądamy” inne szpitale – może któryś z nich przeprowadził już udany przetarg na zamówienie, które jest dla nas interesujące? Ale gdy to nie pomoże, jesteśmy zmuszeni do bezpośredniego kontaktu z kimś, kto zna odpowiedzi na nurtujące nas pytania. Taką osobą może być np. pracownik zatrudniony u potencjalnego wykonawcy.

W innym przypadku możemy wiedzieć, że dane rozwiązanie, które jest nam znane, zaspokaja nasze potrzeby, jednocześnie nie rozumiejąc, dlaczego działa ono tak a nie inaczej. Jednak, jak słusznie zauważył Albert Einstein, „Każdy głupi może wiedzieć, sedno to zrozumieć”.

Wykonawcy mają dane z pierwszej ręki o rozwiązaniach dostępnych na rynku, a do tego są często jedynym źródłem informacji na temat zamówień innowacyjnych, które na rynek dopiero mają wejść. Zwykle mają wiedzę i umiejętności, aby wyjaśnić zamawiającemu, jak działa dane urządzenie i z jakich powodów uzyskuje się taki a nie inny efekt. Informacje te mogą się okazać bezcenne dla kogoś, kto otrzymał polecenie opisu przedmiotu zamówienia publicznego.

Kontakty z potencjalnymi wykonawcami ze względów praktycznych mogą być niezbędne w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia. Niemniej jednak, gdy przybierają one postać zakamuflowaną albo, co gorsze, prowadzą do „ustawienia” przetargu pod konkretny wyrób lub firmę, będą słusznie kojarzone z wszelkimi patologiami zamówieniowymi (korupcją, nieuczciwą konkurencją, kumoterstwem itd.) i narażą osoby uczestniczące w tym procederze na sankcje dyscyplinarne, a nawet karne.

Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych⁸. W przypadku jednostek prowadzących działalność leczniczą w formie spółki prawa handlowego czyn taki podlega karze pieniężnej wymierzonej zamawiającemu na podstawie przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych⁹. Z kolei wchodzenie w porozumienie z wykonawcą, przez co sprawca działa na szkodę właściciela mienia lub instytucji, na której rzecz przetarg jest organizowany, stanowi przestępstwo zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 3¹⁰.

Zamawiającemu powinno zatem zależeć na tym, aby kontakty z potencjalnymi wykonawcami były sformalizowane i przejrzyste, a ich efekty nie prowadziły do naruszania zasad udzielania zamówień publicznych w przyszłych przetargach.

Od 20 lutego 2013 r. obowiązują przepisy dotyczące dialogu technicznego¹¹. Wynikają z nich pewne rygory, którym musi sprostać zamawiający, gdy zdecyduje się na tę procedurę. Warto podkreślić, iż dialog techniczny występował w praktyce zamówień publicznych na długo przed pojawieniem się w ustawie pzp przepisów go regulujących. Najczęściej działania podejmowane wtedy przez zamawiającego, zmierzające do pozyskania informacji potrzebnych do przygotowania SIWZ, nie były nawet kojarzone z dialogiem technicznym. Uprawnienie do prowadzenia dialogu wynikało wówczas bezpośrednio z dyrektywy 2004/18/WE, w której w motywie 8 preambuły wskazano, że: „Przed rozpoczęciem procedury udzielania zamówienia instytucje zamawiające mogą, przy wykorzystaniu dialogu technicznego, poszukiwać lub korzystać z doradztwa, które może znaleźć zastosowanie w trakcie przygotowywania specyfikacji, pod warunkiem jednak, że takie doradztwo nie spowoduje ograniczenia konkurencji”.

Obecnie stara dyrektywa klasyczna 2004/18/WE została zastąpiona nową – 2014/24/UE, w której dialog techniczny został zastąpiony wstępnymi konsultacjami rynkowymi. Zgodnie z art. 40 nowej dyrektywy klasycznej „Przed rozpoczęciem

⁸ Art. 17 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 168, z późn. zm.).

⁹ Art. 200 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp.

¹⁰ Art. 305 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553, z późn. zm.)

¹¹ Art. 31a–31c oraz art. 96 ust. 2a ustawy pzp.

postępowania o udzielenie zamówienia instytucje zamawiające mogą przeprowadzić konsultacje rynkowe z zamiarem przygotowania zamówienia i poinformowania wykonawców o swoich planach i wymaganiach dotyczących zamówienia. W tym celu instytucje zamawiające mogą, np. szukać lub korzystać z doradztwa niezależnych ekspertów lub władz albo uczestników rynku. Doradztwo to może być wykorzystane przy planowaniu i przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówienia, pod warunkiem że tego rodzaju doradztwo nie powoduje zakłócenia konkurencji ani naruszenia zasad niedyskryminacji i przejrzystości”.

Brak jakichkolwiek wymagań dotyczących prowadzenia dialogu powodował w przeszłości, że najczęściej nie był on w jakikolwiek sposób udokumentowany. Uczestnicy ogłaszanych przetargów poprzedzonych dialogiem najczęściej nawet nie wiedzieli o zaangażowaniu się ich konkurentów w pomoc w przygotowanie SIWZ. A warto przypomnieć, że brak jawności jest elementem sprzyjającym korupcji.

Jednocześnie uczestnictwo potencjalnego wykonawcy w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia niosło ze sobą ryzyko wykluczenia go z przyszłego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp. Przepis ten wprowadza bowiem domniemanie nabycia przewagi konkurencyjnej przez firmę, która bezpośrednio wykonywała czynności związane z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia, co może prowadzić do zakłócenia uczciwej konkurencji.

Z tych m.in. względów ustawodawca podjął decyzję o uregulowaniu dialogu technicznego w ustawie – Prawo zamówień publicznych. Dzięki temu określony został jasno status wykonawcy wspierającego zamawiającego na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia, a sam dialog prowadzony jest w sposób przejrzysty.

Aktualnie nie wyklucza się z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który doradzał zamawiającemu, jak przygotować pewne elementy SIWZ, jeżeli doradztwo to odbywało się w ramach uregulowanego w ustawie pzp dialogu technicznego.

Mogłoby się nawet zdarzyć, iż wsparcie podczas dialogu przerośnie oczekiwania zamawiającego – np. potencjalny wykonawca przedstawi zamawiającemu gotową SIWZ do bezpośredniego wykorzystania. Problemem nie będzie w takim przypadku to, że tak obszerne doradztwo ma miejsce (potencjalny wykonawca przekazuje bowiem zamawiającemu informacje w przejrzystej procedurze, oficjalnie podczas dialogu technicznego). Rzeczywistym kłopotem będzie to, co zrobić z uzyskanymi od wykonawcy informacjami. Decydując się na dialog z potencjalnymi wykonawcami, należy liczyć się z tym, że podczas rozmów będą oni przedstawiać i zachwalać jako najlepsze własne rozwiązania, a nie firm konkurencyjnych. Jeżeli zamawiający da się oczarować jednej z firm i skonstruuje SIWZ pod kątem oferowanych przez nią rozwiązań, to nie wykonawca, który doradzał, ale on będzie miał problem. Niezależnie od tego, co i w jaki sposób zostanie podczas dialogu przedstawione, to zamawiający na końcu będzie decydował o tym, które z uzyskanych informacji umieścić w SIWZ. I poniesie za to pełną odpowiedzialność. Dialog nie służy do ustawiania przetargów. W wyniku dialogu musi powstać SIWZ zgodna z zasadami prawa zamówień publicznych. W szczególności wymagania w niej określone muszą zapewniać równe traktowanie i uczciwą konkurencję.

Każdy wykonawca musi pamiętać o tym, że poproszony nieformalnie (poza procedurą dialogu technicznego) o pomoc w sporządzeniu jakiegokolwiek elementu SIWZ (najczęściej o doradztwo w zakresie opisu przedmiotu zamówienia) ryzykuje wykluczenie go z przyszłego postępowania o udzielenie zamówienia. Wyjątek stanowią będą tylko zamówienia o wartości nieprzekraczającej 30 000 euro, do których udzielania ustawy – Prawo zamówień publicznych się nie stosuje. Zamawiający nie powinien stawiać wykonawców w niezręcznej sytuacji, prosząc ich nieoficjalnie o doradztwo.

PRZEDMIOT DIALOGU

Dialog techniczny nie jest trybem udzielania zamówień publicznych. Z tych względów, w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy dotyczących dialogu technicznego, jego uczestnikom nie będą przysługiwać żadne środki ochrony prawnej wynikające z przepisów prawa zamówień publicznych. Ponadto naruszenie regulacji o dialogu technicznym nie zostało określone jako czyn stanowiący naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Przedmiotem dialogu technicznego jest doradztwo lub udzielenie informacji w zakresie niezbędnym do opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy¹². Celem dialogu jest pozyskanie wiedzy niezbędnej do profesjonalnego przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia. Najczęściej dialog będzie prowadzony w obszarach związanych z opisem przedmiotu zamówienia, co nie oznacza, że doradztwo nie będzie w pewnych sytuacjach potrzebne w innym zakresie. Można wyobrazić sobie np. sytuację, w której zamawiający ma doskonale opisany przedmiot zamówienia na wyrób medyczny, nie wie natomiast, w jaki sposób mogłyby być skonstruowane jakościowe kryteria oceny ofert. Albo nie ma pomysłu na konstrukcję klauzuli umownej dotyczącej kontroli jakości zamawianej usługi. Przedmiot dialogu będzie zawsze uzależniony od potrzeb zamawiającego i bezpośrednio związany z ukształtowaniem określonego elementu SIWZ.

Jednocześnie, jeżeli zamawiający prowadziłyby jakiegokolwiek konsultacje z potencjalnymi wykonawcami w innym zakresie niż bezpośrednio związany ze sporządzeniem SIWZ (np. w celu rozeznania cen zamawianych towarów dla potrzeb oszacowania wartości zamówienia publicznego), nie mielibyśmy do czynienia z dialogiem technicznym. W takich przypadkach konsultacje takie, jako niepodlegające przepisom prawa zamówień publicznych, mogłyby być z powodzeniem poprowadzone na podstawie wewnętrznych procedur szpitala lub ogólnie przyjętych w nim praktyk.

Warto podkreślić, iż dialog jest instrumentem prawnym przeznaczonym dla zamawiającego, a nie dla wykonawców. Potrzeba rozmów rodzi się u zamawiającego. Nawet gdy to wykonawca zasugeruje zamawiającemu przeprowadzenie dialogu, i tak decyzja o jego wszczęciu podjęta zostanie przez tego ostatniego.

To zamawiający ma potrzeby informacyjne, które będzie zaspokajać podczas konsultacji z potencjalnymi wykonawcami, a nie odwrotnie. Z tych względów ustawodawca pozostawił zamawiającemu dużą swobodę co do sposobu przeprowadzenia dialogu, w szczególności określenia liczby podmiotów, z którymi dialog ma być przeprowadzony, a także momentu zakończenia dialogu.

Wyobraźmy sobie taką sytuację. Krajowa Izba Odwoławcza unieważniła postępowanie prowadzone przez zamawiającego, uznając, że „obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu” (przytoczona przyczyna unieważnienia wynika bezpośrednio z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp). Powodem unieważnienia postępowania było wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia uniemożliwiające porównanie złożonych ofert i wybór oferty najkorzystniejszej. Zamawiający przystępuje do przygotowania kolejnego postępowania. Jeden z uczestników unieważnionego przetargu zwraca się do zamawiającego, zgłaszając gotowość do udzielenia porad, w jaki sposób należy przygotować opis przedmiotu zamówienia, aby sytuacja się nie powtórzyła. Czy zamawiający mógłby przystać na propozycję wykonawcy i skorzystać z jego pomocy przy przygotowaniu kolejnego postępowania? Oczywiście że tak, pod warunkiem, że doradztwo byłoby uzyskane w drodze dialogu technicznego.

Czasami potrzebujemy impulsu z zewnątrz, aby zobaczyć własną niekompetencję. Może go nam dostarczyć wykonawca, kontroler sprawdzający poprawność

¹² Art. 31a ust. 1 ustawy pzp.

przeprowadzonego postępowania, a nawet pracownik szpitala z innego oddziału, zwracając uwagę na coś ważnego, co do tej pory umykało naszej uwadze. Jest to naturalne zjawisko związane z procesem uczenia się. Można je przedstawić następująco:



Rys. Grzegorz Czaban

Proces uczenia się zaczynamy zawsze od szczebla NN, który oznacza nieświadomą niekompetencję. Będąc w tej fazie uczenia się, czujemy się dobrze, gdyż znajdujemy się w sferze komfortu. Nawet nie zdajemy sobie sprawy z tego, że coś robimy nie tak i że nasze działania lub zaniechania mogą wywołać jakieś istotne zagrożenia.

Wskutek wystąpienia pewnych zdarzeń (np. sygnałów wysyłanych do nas przez wykonawców w formie zapytań do SIWZ) wchodzimy na szczebel ŚN – świadomej niekompetencji. Nikt z nas nie lubi tego stanu psychicznego. Czujemy się zagrożeni w związku z właśnie zaobserwowanym brakiem kompetencji. Zrozumieliśmy, iż tak naprawdę niewiele wiemy o danym przedmiocie zamówienia, a jego opis przedstawiony w SIWZ nie jest zgodny z przepisami prawa. Czym prędzej podążamy ścieżką nauki na kolejny szczebel ŚK – świadomej kompetencji. Świetnym instrumentem wprowadzającym zamawiającego w ten stan jest procedura dialogu technicznego. Dzięki przekazywanym przez potencjalnych wykonawców informacjom głębiej diagnozujemy swoje potrzeby i już świadomie decydujemy się na przyjęcie takiego a nie innego rozwiązania. Mamy przy tym argumentację, która pozwoli nam bronić swojego stanowiska, gdy przyjdzie nam dyskutować na temat podjętych decyzji z kimś, kto znajduje się jeszcze na szczeblu NN.

Na samym szczycie w procesie kształcenia osiągamy stan NK – nieświadomej kompetencji – który można wyrazić słowami „nie wiem, że wiem”. Jesteśmy na szczycie drabiny wiedzy.

Zajmując się zamówieniami publicznymi, szczególną pokorę należy zachować właśnie przy konstruowaniu opisu przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji. Przekonanie, że ma się najlepszy pod słońcem opis przedmiotu zamówienia, czasami kruszy się jak lód pod wpływem merytorycznej argumentacji wykonawcy przedstawionej na rozprawie przed składem orzekającym KIO.

WSZCZĘCIE DIALOGU TECHNICZNEGO

Jeżeli uzyskamy zgodę od kierownika zamawiającego na zastosowanie dialogu technicznego, procedurę rozpoczynamy od zamieszczenia na stronie internetowej informacji o zamiarze przeprowadzenia dialogu oraz jego przedmiocie.

Informacja ta nie stanowi zaproszenia do dialogu, ale dzięki niej dialog staje się przejrzysty. Ktokolwiek wejdzie na stronę internetową szpitala, dowie się, iż zamawiający ma pewne potrzeby informacyjne, które zamierza zaspokoić w drodze konsultacji rynkowych. Dzięki ogłoszeniu unika się oskarżeń o to, że uzyskano doradztwo pod stołem.

Oczywiście każdy zainteresowany podmiot, który znajdzie na stronie internetowej stosowną informację o dialogu i byłby zainteresowany doradztwem, może zaoferować zamawiającemu pomoc. To jednak, czy zamawiający będzie chciał z niej skorzystać, zależy od niego. Podmiotem, który zwraca się o doradztwo, jest zamawiający. Potencjalnemu wykonawcy nie przysługuje prawo wpraszenia się do dialogu. Należy w tym miejscu jeszcze raz przypomnieć, że dialog jest dla zamawiającego, a nie dla wykonawców. Tylko pośrednio może on służyć także wykonawcom, bo dzięki udziałowi w dialogu mogą oni trzymać rękę na pulsie i być na bieżąco w sprawach dotyczących interesującego ich zamówienia. Nie może to jednak stanowić wystarczającej przesłanki uznania, że każdego, kto o to wystąpi, zamawiający powinien zaprosić do dialogu.

Można przypuszczać, że w sytuacji, gdy podmiot oferujący pomoc w sporządzeniu pewnego elementu SIWZ spotka się z odmową zaproszenia go do dialogu, poczuje się niekomfortowo i z pewnością wnikliwie zbada zawartość przyszłej SIWZ pod kątem zamieszczenia w niej zapisów korzystnych dla konkurentów uczestniczących w dialogu. Bo niby z jakich to względów – pomyśleć może wykonawca – nie zostałem zaproszony do dialogu? Jeżeli sporządzona SIWZ zawiera zapisy, które mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję, wykonawca może się domagać ich zmiany, korzystając ze środków ochrony prawnej. Co jednak będzie w przypadku, gdy udostępniona SIWZ będzie bez zarzutu? No właśnie, celem dialogu nie jest przeprowadzenie rozmów z każdym, kto o to wystąpi, ale uzyskanie doradztwa oraz informacji pozwalających na profesjonalne przygotowanie SIWZ. Jeżeli udałoby się ten cel osiągnąć po rozmowach tylko z jedną firmą, dialog będzie przeprowadzony tylko z jednym podmiotem. Z kolei w przypadku, gdy do osiągnięcia celu konieczne są konsultacje z kilkoma podmiotami, dialog techniczny będzie przeprowadzony w szerszym gronie firm deklarujących pomoc w przygotowaniu postępowania. Decyzja o liczbie podmiotów, z którymi należy przeprowadzić dialog, powinna być uzależniona od przedmiotu dialogu (potrzeb informacyjnych zamawiającego). Na decyzję zamawiającego w tym zakresie wykonawca nie powinien wpływać.

Warto zwrócić także uwagę na inną konsekwencję wpraszenia się do dialogu. Załóżmy, że zamawiający, nie widząc takiej potrzeby, godzi się jednak na zaproszenie do dialogu pewnej firmy, która o to usilnie zabiega. Tak dla świętego spokoju. Jak wówczas może wyglądać dialog? Zobaczmy:

Wykonawca: Dzień dobry.

Zamawiający: Dzień dobry

Wykonawca (po dłuższej chwili milczenia): Tak więc, w czym mogę panu(i) pomóc?

Zamawiający: W niczym. Mówiłem przecież, że zaprosiłem pana(i) do dialogu tylko dlatego, że pan(i) chciał(a).

Wykonawca: Ale niczego nie chce się pan(i) ode mnie dowiedzieć? Nie interesuje pana(i), czym handluję?

Zamawiający: Nie. Ale jak pan(i) koniecznie chce o tym opowiedzieć, to słucham.

Wykonawca: A więc jesteśmy dystrybutorem cewników moczowych. Tutaj są katalogi naszych produktów.

Zamawiający: Tak. I co z tego?

Szanujmy czas swój i potencjalnych wykonawców. Jeżeli nie mamy zamiaru z kimś rozmawiać, to tego nie róbmy. Nie chodzi o eliminowanie z dialogu podmiotów na podstawie kryteriów subiektywnych (np. tego lubię, tego nie lubię), ale optymalne gospodarowanie czasem. W interesie publicznym leży wszczęcie postępowania bez zbędnych opóźnień.

Wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób umożliwiający terminową realizację zadań¹³.

Można także wyobrazić sobie sytuację, w której zamawiający wystosuje zaproszenia do np. 5 różnych firm, po czym, po zakończeniu dialogu z firmą trzecią w kolejności, odmówi spotkania z pozostałymi wykonawcami. Powód – wystarczyło przeprowadzić rozmowy tylko z trzema wykonawcami, aby uzyskać informacje niezbędne do opisanie przedmiotu zamówienia wyczerpująco i jednoznacznie za pomocą dostatecznie zrozumiałych i dokładnych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Można już ogłosić przetarg. Nie ma powodu kontynuowania dialogu ze względu na osiągnięcie założonego celu.

PROWADZENIE DIALOGU TECHNICZNEGO

Poza określeniem obowiązku zamieszczenia informacji o zamiarze prowadzenia dialogu technicznego oraz o jego przedmiocie na stronie internetowej nie znajdziemy w ustawie pzp żadnych konkretnych wymagań dotyczących procedury prowadzenia dialogu.

Ustawodawca poinformuje nas tylko lakonicznie, że dialog prowadzi się w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie potencjalnych wykonawców i oferowanych przez nich rozwiązań¹⁴. W praktyce trudno będzie jednak wykazać, iż zamawiający dopuszcza się naruszenia tych zasad. Obiektywnym miernikiem zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania potencjalnych wykonawców i oferowanych przez nich rozwiązań będzie bowiem dopiero udostępniona po wszczęciu przetargu SIWZ. W sytuacji, gdy zawiera ona zapisy naruszające te zasady, można przypuszczać, że jest to wynik tendencyjnego prowadzenia dialogu (np. ukierunkowanego na ustawienie przetargu pod konkretny produkt lub firmę). Tymczasem w trakcie prowadzonego dialogu potencjalny wykonawca nie wie, czy oferowane przez niego rozwiązanie będzie dyskryminowane. Trudno sobie także wyobrazić, jak wykonawca mógłby uzasadnić twierdzenie, że jest nierówno traktowany. Niezaproszenie danego podmiotu do dialogu, o czym mowa była wcześniej, nie jest wyrazem nierównego traktowania potencjalnych wykonawców, ale bardziej troski o sprawne przeprowadzenie dialogu, bez zbędnej zwłoki.

Zamawiający musi sobie zatem sam udzielić odpowiedzi na najważniejsze pytania związane ze sposobem prowadzenia dialogu technicznego, takie jak:

- a) do kogo zwrócić się o doradztwo lub udzielenie informacji – do potencjalnych wykonawców, ekspertów, naukowców?,
- b) do ilu podmiotów zwrócić się o doradztwo lub udzielenie informacji – jednego, dwóch, kilku?,
- c) w jakiej formie zwrócić się o doradztwo lub udzielenie informacji – pisemnie, faksem, drogą elektroniczną czy telefonicznie?,
- d) czy informacja o zamiarze przeprowadzenia dialogu technicznego zamieszczona na stronie internetowej może zawierać jednocześnie zaproszenie do dialogu?,
- e) czy można poprzedzić zaproszenie do dialogu wstępną kwalifikacją, podczas której do dialogu zostaną dopuszczone tylko te podmioty, które mają określoną wiedzę i doświadczenie?,
- f) czy dialog należy prowadzić oddzielnie z każdym podmiotem, czy też na wspólnym spotkaniu?,

¹³ Art. 44 ust. 3 pkt 2) ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 885, z późn. zm.).

¹⁴ Por. art. 31a ust. 2 ustawy pzp.

- g) czy dialog musi się odbywać przez bezpośrednie spotkania, czy też dopuszczalne byłoby uzyskanie doradztwa lub informacji pisemnie, faksem, drogą elektroniczną lub telefonicznie?,
- h) czy należy, a jeśli tak, to w jaki sposób, dokumentować przebieg dialogu technicznego?,
- i) kiedy należy zakończyć dialog?

Zamawiający reprezentowany jest przez kierownika zamawiającego. W sytuacji, gdy kierownik wyrazi zgodę na przeprowadzenie dialogu technicznego, to on albo upoważniona przez niego osoba będzie odpowiadać na przedstawione wyżej pytania. Oczywiście z punktu widzenia osoby zarządzającej najwygodniej jest określić zasady prowadzenia dialogu, które będą obowiązywać w szpitalu do odwołania, w akcie kierownictwa wewnętrznego. Przestrzegalbym jednak przed nadmiernym formalizmem. Należy zauważyć, iż z zasady udział w dialogu jest wyrazem dobrej woli wykonawcy. W sytuacji mnożenia różnych wymagań można skutecznie zniechęcić potencjalnego wykonawcę do udziału w dialogu. W konsekwencji zamawiający nie otrzyma oczekiwanej pomocy i znajdzie się w punkcie wyjścia.

Odpowiedzi na postawione wcześniej pytania mogłyby być następujące:

- a) o doradztwo można się zwrócić do podmiotów świadczących dostawę, usługi lub roboty związane z przedmiotem dialogu technicznego, o których to podmiotach zamawiający posiada wiedzę z rynku lub poprzednio udzielanych zamówień,
- b) w przypadku konieczności uzyskania doradztwa lub informacji dotyczących optymalnych rozwiązań gwarantujących osiągnięcie określonych przez zamawiającego celów zalecane byłoby wystąpienie do jak największej liczby znanych zamawiającemu podmiotów oraz umożliwienie uczestniczenia w dialogu także tym podmiotom, które same o to wystąpią; w przypadku konieczności uzyskania doradztwa lub informacji dotyczących konkretnej cechy technicznej lub jakościowej gwarantującej zaspokojenie zdefiniowanej potrzeby zamawiającego (np. przy zamówieniach o ustalonych standardach jakościowych) – zalecane byłoby zwrócenie się o doradztwo lub udzielenie informacji do jednej firmy, a gdybyśmy chcieli zweryfikować poprawność udzielonej przez nią odpowiedzi – ewentualnie do dwóch firm,
- c) każda forma kontaktu w dialogu technicznym jest dopuszczalna (zasada pisemności postępowania, o której mówi art. 9 ust. 1 ustawy pzp, ma zastosowanie do postępowania o udzielenie zamówienia, a nie do etapu przygotowania tego postępowania). Zasada jest zwykle taka, że im większa kwota przyszłego zamówienia, tym większy formalizm,
- d) informacja o zamiarze przeprowadzenia dialogu technicznego zamieszczana na stronie internetowej może zawierać jednocześnie zaproszenie do dialogu, ale nie musi,
- e) zaproszenie do dialogu można poprzedzić wstępną kwalifikacją, dzięki której do dialogu zostaną dopuszczone tylko te podmioty, które mają określoną wiedzę i doświadczenie. Nie jest to jednak konieczne. Należy pamiętać, że im więcej warunków dostępu do dialogu, tym większe ryzyko rezygnacji z doradztwa firm, na których opinii nam zależy,
- f) oba sposoby prowadzenia dialogu są dopuszczalne. W praktyce zaleca się, aby dialog prowadzony był z każdym podmiotem oddzielnie. Zapewnia to jego poufność. W tematach złożonych, wymagających wykorzystania inwencji twórczej, może być nawet konieczne uzyskanie od uczestnika dialogu pisemnej zgody na możliwość wykorzystania prezentowanych przez niego pomysłów w przygotowywanej SIWZ ze względu na przysługujące wykonawcy prawa autorskie. Zamawiający powinien mieć to na względzie, przygotowując się do dialogu i określając tematy rozmów. Dialog

w postaci spotkania, w którym uczestniczą wszystkie zaproszone podmioty, raczej będzie występował w przypadku, gdy jego celem nie jest doradzanie, jak opisać przedmiot zamówienia, lecz uzyskanie potwierdzenia, że przygotowany już opis przedmiotu zamówienia jest zgodny z zasadami uczciwej konkurencji (wówczas zamawiający będzie oczekiwał, iż potencjalni wykonawcy wskażą na wadliwe elementy SIWZ i zaproponują zgodne z prawem ich brzmienie),

- g) dialog nie musi mieć formy bezpośrednich spotkań. Równie dobrze konsultacje rynkowe mogą być prowadzone na odległość, telefonicznie albo przez korespondencję elektroniczną. Decyduje zamawiający,
- h) ustawa nie określa żadnych wymagań dotyczących dokumentowania dialogu w trakcie jego prowadzenia. Z uwagi jednak na to, iż w późniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poprzedzonym dialogiem konieczne jest zamieszczenie informacji dotyczących jego przebiegu (w tym danych podmiotów uczestniczących w dialogu technicznym oraz ich wpływu na zawartość SIWZ), zalecane byłoby sporządzenie ze spotkań odbytych podczas dialogu technicznego notatek służbowych zawierających te informacje,
- i) dialog należy zakończyć, gdy osiągnięty zostanie założony cel albo gdy zamawiający dojdzie do wniosku, że potencjalni wykonawcy właściwie nie mają mu nic do powiedzenia.

Jak widzimy, w praktyce będziemy mogli się spotkać z różnymi sposobami prowadzenia dialogu technicznego. Ustawodawca celowo nie narzuca zamawiającemu konkretnego sposobu postępowania, gdyż słusznie zauważa, że powinien on być uzależniony od przedmiotu dialogu technicznego.

PRZYPADEK 1.

Pracownik szpitala odpowiedzialny za opis przedmiotu zamówienia otrzymał w trakcie realizacji umowy na dostawę papieru kserograficznego kilka informacji zwrotnych od użytkowników tego towaru. Użytkownicy skarżyli się, iż kupiony papier często zacina się w drukarkach, co powoduje konieczność wzywania serwisu i obciążenie szpitala kosztami usługi serwisowej. Pracownik ustalił, iż przyczyną problemu jest źle opisany przedmiot zamówienia. Przygotowując kolejny przetarg, chce wyeliminować tę wadę. Uzyskuje zgodę przełożonego na przeprowadzenie dialogu technicznego w celu uzyskania informacji umożliwiających taki opis papieru kserograficznego, który wyeliminowałby niechcianą sytuację. Jak można najprościej przeprowadzić dialog?

Pracownik umieszcza na stronie internetowej szpitala informację o zamiarze przeprowadzenia dialogu technicznego w przedmiocie uzyskania informacji dotyczących parametrów jakościowych papieru kserograficznego, których spełnienie gwarantuje bezproblemowy wydruk tekstu w drukarkach typu X.

Pracownik odnajduje na stronie internetowej producenta drukarki numer telefonu do działu serwisu drukarek. Dzwoni pod wskazany numer.

WYKONAWCA: Słucham, serwis.

ZAMAWIAJĄCY: Dzień dobry. Dzwonię ze szpitala Y. Chciałbym uzyskać od pana poradę w ramach prowadzonego przeze mnie dialogu technicznego. Chciałbym zapytać o parametry papieru kserograficznego gwarantujące, że podczas wydruku nie będzie on się zacinał w drukarce. Czy zechciałby mi pan pomóc?

WYKONAWCA: Jakiej używa pan drukarki?

ZAMAWIAJĄCY: Model Z o symbolu X.

WYKONAWCA: Proszę używać do tej drukarki wyłącznie papieru o gramaturze min. 90 g/m². Stosowanie papieru o niższej gramaturze będzie notorycznie powodować zacinać się drukarki.

ZAMAWIAJĄCY: Dziękuję panu za informację.

Zamawiający po otrzymaniu pożądaných informacji może zakończyć proces przygotowania SIWZ i ogłosić przetarg. Jak widzimy, w prostych sprawach będzie to możliwe po konsultacjach tylko z jednym podmiotem.

PRZYPADEK 2.

Zamawiający zamierza wprowadzić w szpitalu system elektronicznej rejestracji usług medycznych. Chciałby, aby po wdrożeniu systemu szpital posiadał elektroniczną kartotekę każdego pacjenta, a użytkownicy mieli zapewniony dostęp do informacji o odbytych wizytach, udzielonych świadczeniach i wystawionych receptach. Ponadto oczekuje, aby system umożliwiał rejestrację pacjentów drogą elektroniczną.

W takim przypadku cel dialogu jest złożony, a jego osiągnięcie nie będzie możliwe po spotkaniu z jedną firmą. Aby optymalnie określić wymagania dotyczące zamawianego systemu, konieczne jest poznanie różnych koncepcji i rozwiązań. Wiedzy o tym mogą dostarczyć zamawiającemu w szczególności podmioty świadczące usługi informatyczne związane z przedmiotem zamówienia. Odnalezione w Internecie podmioty zostają zaproszone do dialogu, jednocześnie w informacji o zamiarze przeprowadzenia dialogu technicznego zamieszczonej na stronie internetowej zamawiający umieszcza zaproszenie do udziału w dialogu. Wyznacza termin, do upływu którego zgłoszenia od zainteresowanych doradztwem podmiotów będą przyjmowane. Podczas dialogu zamawiający jest poproszony przez jednego z potencjalnych wykonawców o przekazanie dodatkowych wyjaśnień, a także dokumentów związanych z warunkami technicznymi realizacji przyszłej umowy. Przekazane informacje oraz dokumenty zamawiający publikuje niezwłocznie na stronie internetowej szpitala pod informacją o zamiarze przeprowadzenia dialogu technicznego, aby były one dostępne dla wszystkich zainteresowanych. Dzięki przeprowadzonemu dialogowi zamawiający odkrywa nieznanę mu wcześniej funkcjonalności systemów informatycznych, które z korzyścią dla szpitala wykorzystuje w przygotowywanym opisie przedmiotu zamówienia.

Każda sprawa jest inna i będzie wymagać od zamawiającego przyjęcia odmiennego sposobu prowadzenia dialogu technicznego. Doświadczenie jest najlepszym w tym przypadku doradcą. Opierając się na własnych spostrzeżeniach wynikających z przeprowadzonych dialogów technicznych, każdy zamawiający może wypracować własny, optymalny sposób otrzymywania oczekiwanego doradztwa.

CO DALEJ PO ZAKOŃCZENIU DIALOGU TECHNICZNEGO

Po zakończeniu dialogu technicznego, jeżeli doprowadził on do uzyskania informacji w zakresie niezbędnym do opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy, nie pozostaje nam nic innego, jak wszcząć postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia, musimy jednak wciąż pamiętać o tym, że udało nam się rozpocząć procedurę tylko dzięki pomocy pewnych podmiotów uczestniczących w dialogu technicznym. Aby zapewnić, iż otrzymane podczas dialogu doradztwo nie powoduje zakłócenia konkurencji ani naruszenia zasad niedyskryminacji i przejrzystości, musimy mieć na względzie dwa obowiązki.

Przede wszystkim w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczamy informację o zastosowaniu dialogu technicznego¹⁵. W ogłoszeniach publikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych informację tę zamieszczamy w sekcji II w pkt 1.3. Z kolei przy prowadzeniu postępowania w procedurze unijnej należy samemu zdecydować, gdzie zamieścić żadaną informację. Unijny druk ogłoszenia o zamówieniu publicznym nie przewiduje bowiem specjalnej rubryki na odnotowanie faktu przeprowadzenia dialogu technicznego przed wszczęciem postępowania. Zamawiający zwykle uzna, iż

¹⁵ Art. 31c ustawy pzp.

najodpowiedniejszym miejscem będzie sekcja VI.3, w której zamieszcza się informacje dodatkowe.

U wykonawcy, który znajdzie w ogłoszeniu o zamówieniu informację o przeprowadzeniu dialogu technicznego, zwłaszcza gdy nie był zaproszony do dialogu, może pojawić się zwykła ludzka ciekawość, a wraz z nią kilka pytań dotyczących dialogu: „Z kim dialog został przeprowadzony i co konkretnie moi konkurenci zaproponowali zamawiającemu?”. Odpowiedź na te pytania każdy zainteresowany znajdzie w prowadzonym przez zamawiającego protokole postępowania. Zamawiający jest zobowiązany umieścić w protokole postępowania informację o przeprowadzeniu dialogu technicznego, o uczestnikach dialogu i jego wpływie na kształt SIWZ¹⁶.

Protokół postępowania jest jawny, a jego udostępnienie następuje na wniosek. We wniosku należy wskazać sposób, w jaki protokół ma być udostępniony. Dopuszczalne sposoby udostępniania protokołu lub załączników do protokołu to wgląd w miejscu wyznaczonym przez zamawiającego lub przesłanie kopii pocztą, faksem lub drogą elektroniczną¹⁷.

3. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

*Dobrych służących sześciu mam (im naukę swą zawdzięczam);
Przedstawić chciałbym: Kiedy, Co oraz Dlaczego, Jak, Gdzie i Kto.
Rudyard Kipling*

Nie sądzę, aby autor *Księgi dżungli*, pisząc powyższe słowa, myślał o zamówieniach publicznych. Zawarł w nich jednak uniwersalną mądrość życiową.

Aby efektywnie wydać pieniądze publiczne, wybrać wykonawcę, który wykona zamówienie z należytą starannością, zamawiający musi znać odpowiedzi na wszystkie postawione przez noblistę pytania.

Kiedy chciałbym mieć towar? Co konkretnie jest mi potrzebne? Dlaczego to mi jest potrzebne? Jak można zaspokoić moje potrzeby? Gdzie zamówienie ma być wykonane? Kto będzie je wykonywał? Pierwsze cztery pytania odnoszą się do przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji. Ostatnie do warunków udziału w postępowaniu dotyczących właściwości wykonawcy.

Opis przedmiotu zamówienia można inaczej określić jako sformułowanie potrzeb zamawiającego. Dzięki zamawianym dostawom, usługom lub robotom budowlanym szpital może osiągać założone cele, w szczególności leczyć pacjentów na najwyższym poziomie przy wykorzystaniu najlepszego dostępnego sprzętu diagnostycznego i leczniczego przez personel o najwyższych kwalifikacjach.

Aby efektywnie udzielać zamówień, musimy mieć świadomość celu zamówienia i mieć jasno zdefiniowane potrzeby.

Założmy, że popsuła nam się pralka. Idziemy do sklepu ze sprzętem AGD po nową. Jak możemy zdefiniować cel zakupu? „Chcemy mieć czyste ubrania”. Co jest potrzebne do osiągnięcia tego celu? Pralka. Jak często pierzemy brudną odzież? Jaka to jest odzież? Dotychczas stara pralka była włączana u nas raz dziennie. Pierzemy wyroby bawełniane, syntetyki, a także odzież z wełny. Podsumujmy: aby osiągnąć założony cel, musimy kupić pralkę o dużej pojemności posiadającą program do bawełny, syntetyków i wełny.

Prawidłowa diagnoza potrzeb wymaga wiedzy. Musimy wiedzieć, co nam jest potrzebne. W trybach przetargowych, licytacji elektronicznej oraz zapytaniu o cenę wiedzę tę

¹⁶ Art. 96 ust. 2a ustawy pzp.

¹⁷ Par. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. Nr 223, poz. 1458).

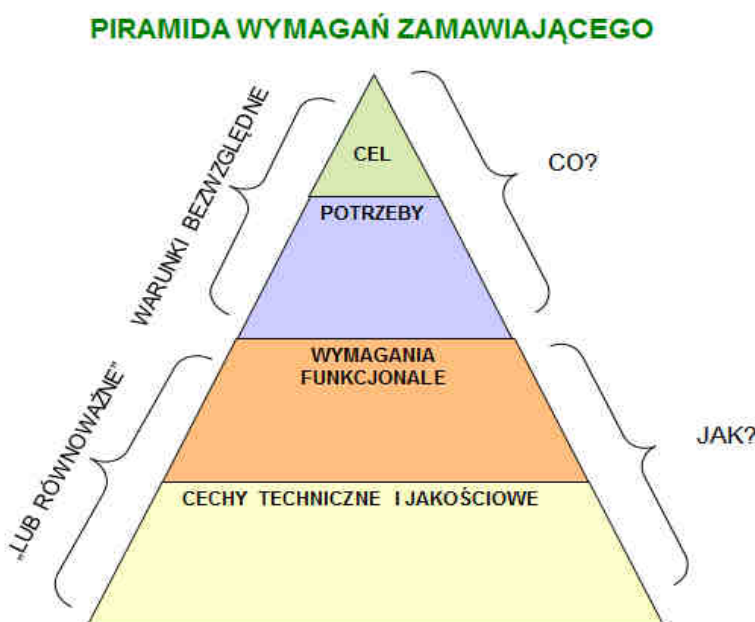
musimy mieć przed wszczęciem postępowania. Jeżeli dowiemy się, co nam jest potrzebne, dopiero w momencie eksploatacji zakupionego urządzenia (gdy się okaże, że zakupiony towar nie zaspokaja jakiejś naszej potrzeby), będzie za późno na wycofanie się z zakupu.

Wróćmy do przykładu z pralką. Założony cel nie uwzględnia kosztów eksploatacji pralki. Przykre doświadczenie związane z płaceniem wyższych niż dotychczas rachunków za zużytą energię elektryczną i wodę mogłoby doprowadzić do wniosku, iż pierwotny cel zakupu został źle zdefiniowany. Może należałoby go określić inaczej: „Chcę mieć czystą odzież jak najniższym kosztem”. Wówczas z pewnością przy zakupie pralki zwrócilibyśmy uwagę także na zasoby (energię elektryczną i wodę), które pralka zużywa. Szerzej na temat rachunku kosztów cyklu życia produktu w rozdziale dotyczącym pozacenowych kryteriów oceny ofert.

Oferta złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi odzwierciedlenie potrzeb zamawiającego. Jest odpowiedzią na zamieszczony w SIWZ opis przedmiotu zamówienia. „Treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”¹⁸ – czytamy w ustawie pzp. Jeżeli złożona oferta nie będzie odpowiadać potrzebom, które zostały w naszych głowach, bo nie przenieśliśmy ich do SIWZ, nie będzie można jej odrzucić.

Pamiętajmy przy tym, że w ustaleniu potrzeb może nas zawsze wesprzeć biegły lub ktoś inny, doradzając nam w dialogu technicznym.

Prawidłowe podejście do opisu przedmiotu zamówienia przedstawia poniższa piramida wymagań zamawiającego.



Rys. Grzegorz Czaban

W pierwszej kolejności pamiętajmy o określeniu celu udzielanego zamówienia. Celem jest to, do czego się dąży, co się chce osiągnąć¹⁹. Jak mawiał amerykański pisarz i historyk Washington Irving: „Wielkie umysły mają cele, inni mają życzenia”.

Następnie zajmijmy się zdefiniowaniem naszych potrzeb. Potrzeby to coś, bez czego nie można się obejść, coś niezbędnego, koniecznego, nieodzownego²⁰. Niezdiagnozowanie choćby jednej potrzeby może spowodować, iż nie otrzyma się czegoś nieodzownego. Zamówienie publiczne nie przyniesie optymalnych efektów. W skrajnym przypadku nie

¹⁸ Art. 82 ust. 3 ustawy pzp.

¹⁹ *Słownik języka polskiego PWN, op. cit.*, t. I, str. 235.

²⁰ *Ibid.*, t. II, str. 859.

osiągnięciu się wyznaczonego celu. Wówczas będzie się narażonym na kolejny wydatek, aby daną potrzebę zaspokoić.

Ważne jest, abyśmy pamiętali, iż na etapie określania celu i potrzeb nie musimy jeszcze precyzować wszystkich szczegółów, które znajdują się w przyszłej SIWZ. Cele i potrzeby mogą się charakteryzować dużym stopniem ogólności. Na przykład, kupując papier kserograficzny, jako potrzeby możemy wskazać: papier ma być śnieżnobiały i nie może powodować zacinania się drukarki. Uszczegółowienie potrzeb w taki sposób, aby można było je zamieścić w SIWZ, następuje w następnych etapach.

Po określeniu celu zamówienia i zdefiniowaniu wszystkich potrzeb pracujemy nad ich „przetłumaczeniem” na język ustawy. Język ten składa się z wymagań wydajnościowych, funkcjonalnych lub cech technicznych i jakościowych²¹. Przy czym opis przedmiotu musi być dokonany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jeżeli nie umiemy w ten sposób scharakteryzować potrzeby, np. „śnieżnobiały” (przy zakupie papieru kserograficznego), poszukajmy pomocy. Musimy odpowiedzieć sobie na pytanie, czy sami potrafimy przenieść nasze potrzeby na język ustawy czy też potrzebne nam jest wsparcie, np. biegłego.

W pierwszej kolejności zawsze rozważajmy możliwość przedstawienia naszych potrzeb w SIWZ za pomocą wymagań wydajnościowych i funkcjonalnych. Taki opis umożliwi zaoferowanie różnych przedmiotów i jest najlepszym sposobem na otrzymanie innowacyjnego rozwiązania.

Gdy precyzujemy wymagania za pomocą cech technicznych i jakościowych, ważne jest przypomnienie sobie, skąd czerpaliśmy wiedzę o tych cechach. Z reguły pochodzą one z katalogów produktów dostępnych na rynku. W tej sytuacji może się zdarzyć, iż będziemy musieli obronić daną cechę jako niezbędną do osiągnięcia założonego celu. W szczególności, gdy się okaże, że wymagana przez nas cecha jest charakterystyczna tylko dla jednego produktu dostępnego na rynku. Określanie w opisie przedmiotu zamówienia wymagań nieuzasadnionych obiektywnymi potrzebami zamawiającego będzie zinterpretowane jako naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Niezmiernie ważna przy opisie przedmiotu zamówienia – a nawet szerzej: przy sporządzaniu całej specyfikacji istotnych warunków zamówienia – powinna być świadomość, że piszemy nie dla siebie, ale dla wykonawców. Jeżeli się okaże, że jedyną osobą, która rozumie treść SIWZ, jest jej autor, to będzie można powiedzieć, że ponieśliśmy zamówieniową porażkę. Pisanie w zrozumiałym sposobie jest sztuką, której można się nauczyć. Wystarczy cierpliwie ćwiczyć.



Rys. Monika Łuszczewska

²¹ Art. 30 ustawy pzp.

ZASADA 1. NIE PISZ DLA SIEBIE, TYLKO DLA WYKONAWCY!

Pewien amerykański biznesmen, Robert Gunning, w roku 1952 napisał książkę *Technika czytelnego pisania*²², w której przedstawił wzór matematyczny umożliwiający ocenę trudności odbioru tekstu. Wzór ten określony został mianem wskaźnika mglistości tekstu (indeks FOG; ang. *mgła*). Autor słusznie zauważył, iż przeciętny człowiek szybko się męczy, czytając tekst, który zawiera długie słowa i rozbudowane zdania. Trudne słowa to wyrazy długie – zawierające 4 lub więcej sylab²³. Gunning znał się na rzeczy, gdyż prowadził działalność gospodarczą w branży wydawniczej.

Wzór na mglistość tekstu jest następujący:

$$FOG = 0,4 \times \left[\left(\frac{\text{liczba słów}}{\text{liczba zdań}} \right) + 100 \times \left(\frac{\text{liczba słów długich}}{\text{liczba słów}} \right) \right]$$

Wyliczona według tego algorytmu wartość oznacza liczbę lat edukacji szkolnej, jaką musimy mieć za sobą, aby dany tekst zrozumieć²⁴:

Wartość FOG	Interpretacja
1–6	język bardzo prosty, rozumiały już dla uczniów szkoły podstawowej
7–9	język prosty, rozumiały już dla uczniów gimnazjum
10–12	język dość prosty, rozumiały już dla uczniów liceum
13–15	język dość trudny, rozumiały dla studentów studiów licencjackich
16–17	język trudny, rozumiały dla studentów studiów magisterskich
18 i więcej	język bardzo trudny, rozumiały dla magistrów i osób z wyższym wykształceniem

Na przykład „TeleTydzień” ma indeks czytelności FOG na poziomie ok. 6, dziennik „Fakt” – 8. Aby zrozumieć tekst prawniczy, potrzebnych będzie aż 20–30 lat edukacji²⁵! „Postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego” – ten cytat pochodzi z ustawy – Prawo zamówień publicznych. Starajmy się unikać takiego języka, tworząc zapisy SIWZ.

Który zwrot byłby dla ciebie bardziej zrozumiały: „pozory mylą” czy „brak dogłębnej analizy faktów prowadzi do niezgodnych z prawdą konkluzji”? Oba zdania oznaczają to samo. Odczytanie sensu wypowiedzi w drugim przypadku może jednak stanowić nie lada wyzwanie.

Sporządzając opis przedmiotu zamówienia, musimy się zastanowić, dla kogo piszemy. Dla prawników czy przedsiębiorców? Według danych Eurostatu aż 2/3 pracujących w przedsiębiorstwach to pracownicy sektora MŚP (małych i średnich przedsiębiorstw). W tym

²² Tytuł oryginalny: *The technique of clear writnig*, Wyd. McGraw-Hill.

²³ Tak J. Miodek, M. Maziarz, T. Piekot, M. Poprawa, G. Zarzeczny, *Jak pisać o funduszach europejskich?*, Wyd. MRR, Warszawa 2010, str. 27. W języku angielskim trudne słowa mają z zasady 3 sylaby i więcej.

²⁴ Zob. *Indeks czytelności FOG*, http://pl.wikipedia.org/wiki/Indeks_czytelno%C5%9Bci_FOG.

²⁵ J. Miodek, M. Maziarz, T. Piekot, M. Poprawa, G. Zarzeczny, *Jak pisać o funduszach...*, *op. cit.*, str. 23–24.

sektorze tylko 3% pracowników stanowią osoby z wyższym wykształceniem. 14% to kadra z wykształceniem średnim ogólnym i policealnym. Tak więc ponad połowa pracowników MŚP ma jedynie wykształcenie zawodowe²⁶. Z badań wynika, że właściciele firm w procesie rekrutacji zwracają szczególną uwagę na umiejętności i doświadczenie w branży, w najmniejszym stopniu natomiast na wykształcenie²⁷.

W dzieciństwie lubiłem czytać komiksy z serii *Tytus, Romek i A'Tomek* Henryka Chmielewskiego. Do dziś pamiętam taki obrazek: tytułowy Tytus ogląda program, w którym osoba z ekranu telewizora przemawia tymi słowami: „Stabilność nowych bodźców ekonomicznych efektywnie stymuluje [...]”. Był to celowy zabieg autora, aby u młodego czytelnika (jakim wówczas byłem) wywołać konsternację i niezrozumienie tekstu. Efekt został osiągnięty. Długo się zastanawiałem, co może się kryć pod tymi trudnymi słowami.

Mój wujek, który jest tłumaczem przysięgłym języka niemieckiego, norweskiego i duńskiego, otrzymał kiedyś do weryfikacji tekst przetłumaczony przez innego tłumacza. Tłumaczenie brzmiało tak: „Mięso było zepsute, ale spirytus był czysty”. Jakież było zdziwienie zleceniodawcy tłumaczenia, gdy okazało się, iż w oryginalnym tekście zdanie to brzmiało: „Chociaż ciało było chore, to duch był zdrowy”.

Wykonawcom także zdarza się zapominać o prostym i zrozumiałym języku. Oni również powinni pamiętać, że ofertę przygotowuje się dla zamawiającego, a nie dla siebie. W przetargu na koszenie trawników w treści oferty złożono oświadczenie: „Będę uprawiał selektywną politykę usuwania chwastów dwuliściennych”. To spowodowało, iż badanie oferty trwało dłużej niż zwykle. Komisja przetargowa musiała dociec sensu tego zdania.

W innym przetargu, na dostawę spodni męskich, do oferty dołączono następujący opis: „Specjalny rezultat tej odzieży jest co to było część garderoby pofarbował. To ma miękki, dobrze nosił spojrzenie jak rozdzielać swój żądany charakterystyki”. No i niech ktoś powie, że praca w zamówieniach publicznych jest łatwa.

W wyroku z dnia 9 sierpnia 2012 r.²⁸ skład orzekający KIO stwierdził, że: „Przepis art. 29 ust. 3 [...] wskazuje, że przy używaniu przez zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia, ze względu na jego specyfikę, określonych znaków towarowych, patentów, pochodzenia, kiedy przedmiotu nie można opisać przy użyciu dostatecznie dokładnych określeń, zamawiający powinien wprowadzić w SIWZ sformułowanie (wyraz): »lub równoważny«”. Można by rzec, iż zwrot „sformułowanie” KIO kierowała do bardziej wykształconego czytelnika, a „wyraz” do tego z wykształceniem podstawowym. Z całą pewnością zdanie nie utraciłoby swoich walorów, gdyby pominięty został w nim wyraz „sformułowanie”.

Nie piszmy „irrelevantny”, lecz „błahy”. Nie „koherentny”, lecz „spójny”. Im bardziej mglisty opis przedmiotu zamówienia, tym więcej otrzymamy pytań do treści SIWZ. Rozstrzygnięcie wątpliwości zajmować nam będzie cenny czas i wydłuży procedurę udzielenia zamówienia publicznego. Pisanie nie dla siebie ma zatem wymiar praktyczny.

²⁶ Raport o stanie małych i średnich przedsiębiorstw w latach 1998–1999. Polska Fundacja Promocji i Rozwoju Małych i Średnich Przedsiębiorstw. Warszawa 2000, str. 86.

²⁷ A. Jabłoński, M. Jabłoński, *Efektywność przedsiębiorstw sektora MŚP a wzrost konkurencyjności regionów*, Wyd. WUP w Katowicach, Katowice 2012.

²⁸ KIO 1615/12.

3.1. ZNAK TOWAROWY, PATENT LUB POCHODZENIE W OPISIE PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

Znak towarowy to „użycie nazwy, terminu, symbolu lub ich kombinacji w celu zidentyfikowania towaru lub usługi, jako sprzedawcy lub grupy sprzedawców oraz odróżnienia ich od konkurencyjnych towarów i usług”. Ze względu na sposób wyrażania wyróżnia się znaki:

- słowne (litery, słowa, zespoły słów);
- obrazowe (rysunki, stemple, godła itp.);
- słowno-obrazowe (połączenie dwóch poprzednich);
- plastyczne (butelki, flakony, kapsle, torebki i inne formy trójwymiarowe)²⁹.

Wiesław Ładoński

Prowadziłem kiedyś szkolenie dla dużej grupy kontrolerów. Wyświetliłem im poniższą planszę i zadałem pytanie: „Który model opisu przedmiotu zamówienia jest zgodny z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych?”.

MODELE OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA ZA POMOCĄ ZNAKU TOWAROWEGO



Rys. Grzegorz Czaban

Wszyscy jak jeden mąż odpowiedzieli: „Żaden!”.

Podczas innego szkolenia, tym razem przeznaczonego dla zamawiających, przedstawiłem tę samą planszę i zadałem identyczne pytanie. Usłyszałem dwie odpowiedzi. Część osób uważała, że prawidłowy jest model 2 (opis za pomocą znaków towarowych z dopiskiem „lub równoważny”), inne były zdania, że model 3 (czyli model 2, ale uzupełniony o granice równoważności, czyli dopuszczalne wartości odstępstw od parametrów przedmiotu referencyjnego). Nikt z tej grupy nie wskazał jako poprawnego modelu 1.

Ten przykład pokazuje, jak różnie można odczytywać ten sam przepis i jak odmienne wyciągać z niego wnioski.

Wróćmy do grupy kontrolerów. Zapytałem ich o powody niewskazania żadnego z przedstawionych modeli jako prawidłowego. Ci przytoczyli pierwszą część art. 29 ust. 3 ustawy pzp, gdzie czytamy: „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie

²⁹ Zob. W. Ładoński, *Podstawy towaroznawstwa ogólnego*, Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej, Wrocław 1994 r., str. 41.

znaków towarowych, patentów lub pochodzenia [...]”. „Każdy z modeli został opisany w ten sposób. Dlatego uważamy, że żaden z nich nie jest prawidłowy” – usłyszałem.

Tymczasem, gdy zapytałem grupę osób reprezentujących zamawiających o uzasadnienie swojego stanowiska, dowiedziałem się, że: „Przecież w art. 29 ust. 3 po przecinku jest wyraźnie napisane, że użycie znaków towarowych przy opisie przedmiotu jest możliwe, gdy dopuszczamy rozwiązania równoważne”.

Wnioski: Kontrolujący czyta przepis od początku, a zamawiający od przecinka. A może powinniśmy czytać cały przepis?

Po otrzymaniu wyjaśnienia od kontrolerów zadałem pytanie, tym razem inaczej je formułując: „Zakładając, że dokładnie »przetrzepaliście« zamawiającego podczas kontroli, a ten wykazał wam, że jest to uzasadnione specyfiką zamówienia i rzeczywiście nie można było opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, który z prezentowanych modeli będzie zgodny z ustawą pzp?”. Uzyskałem następującą odpowiedź: „W sytuacji, gdy zamawiający wykazałby, że jest to uzasadnione specyfiką zamówienia i nie można go opisać za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, uznamy za prawidłowy wariant 2”.

Znam z praktyki wiele przypadków, niestety nieprzyjemnie zakończonych dla zamawiającego, zbyt szybkiego przejścia do opisu przedmiotu opartego na znaku towarowym.

Przytoczmy w całości interesujący nas art. 29 ust. 3 ustawy pzp:

„Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy »lub równoważny«”.

Czy rozumiemy, co to znaczy „nie można”? Synonimy tego zwrotu to „nie wolno”, „nie jest możliwe”, „nie da się”, „nie godzi się”, „są przeszkody”. To chce nam właśnie zasignalizować ustawodawca w cytowanym przepisie. Nie chodzi mu o pokazanie drogi do używania znaków towarowych, ale właśnie o postawienie zakazu ich używania. Można by rzec: „Nie idźcie Państwo tą drogą” – parafrazując byłego prezydenta.

Używanie w SIWZ znaków towarowych jest zabronione. I może to banalne, ale ma to związek z uczciwą konkurencją. Kto dysponuje rozwiązaniem opartym na podanym w SIWZ znaku towarowym, ma pewność, że treść jego oferty będzie odpowiadać treści SIWZ. Nie musi tego udowadniać. Tymczasem wykonawcy oferujący inne rozwiązania są zmuszeni podjąć pewne działania, aby cię do swojego produktu przekonać. Ich obowiązkiem jest udowodnienie, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez ciebie wymagania – są rozwiązaniami równoważnymi.

Nie opisujemy przedmiotu zamówienia za pomocą znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Tak się po prostu nie godzi. Pojawienie się znaków towarowych w opisie przedmiotu zamówienia powinno być ewenementem, długo komentowaną sensacją. Kwestią wyraźnie niekomfortową. I najważniejsze, pojawiającą się w sytuacji, gdy mimo usilnych starań nie było możliwe dokładne opisanie przedmiotu zamówienia w inny sposób.

Kiedyś rozmawiałem ze specjalistą ds. zamówień publicznych zatrudnionym w szpitalu. Powiedział mi wprost: „Proszę pana, u nas tak się nie da. Rozmowa z lekarzami na ten temat to jak walka z wiatrakami”. Na podobne wymówki mam zawsze przygotowany cytat z Aleksandra Wielkiego: „Nie ma rzeczy niemożliwych, są tylko trudne do wykonania”.

Skoro już wiemy, że w art. 29 ust. 3 ustawy pzp chodzi o wprowadzenie zakazu posiłkowania się znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem produktu, możemy przejść do dyskusji o wyjątku od tej zasady.

Są sytuacje, w których opis przedmiotu za pomocą znaków towarowych, patentów lub pochodzenia będzie akceptowalny. W każdej z nich muszą być jednak spełnione łącznie trzy warunki:

1. Jest to uzasadnione specyfiką zamówienia.
2. Zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń.
3. Wskazaniu znaków towarowych, patentu lub pochodzenia muszą towarzyszyć wyrazy „lub równoważny”.

Czy w swojej praktyce używasz do opisu przedmiotu zamówienia znaków towarowych, patentów lub pochodzenia? Jeżeli tak, to czy zawsze upewniasz się, że te trzy warunki są spełnione? Niestety, dość często błędnie nam się wydaje, iż prawidłowy jest opis przedmiotu zamówienia w sytuacji, gdy dopisujemy wyrazy „lub równoważny”. Tymczasem tak nie jest. W sytuacji, gdy możliwe jest dokładne opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą wymagań wydajnościowych, funkcjonalnych lub za pomocą cech technicznych i jakościowych, twój model postępowania może być łatwo zakwestionowany. Nie wytrzyma krytyki w odniesieniu do treści art. 29 ust. 3 ustawy pzp.

Wróćmy do stwierdzenia, o którym pisałem w rozdziale dotyczącym odpowiedzialności. Najważniejsi w zamówieniach publicznych są ludzie. Zdarza się, że pracownicy zatrudnieni w tym samym szpitalu będą się wzajemnie testować, sprawdzać, jak daleko można naginać prawo.

Załóżmy, że jestem przyszłym użytkownikiem sprzętu medycznego jednorazowego użytku (potrzebne mi koreczki wielostronnego zastosowania, igły iniekcyjne, zestawy do przetoczeń, przedłużacze do pomp inwazyjnych), ale nie mam czasu na wyczerpujący opis przedmiotu za pomocą cech technicznych i jakościowych. Może nawet nie tyle chodzi o brak czasu, ile o brak chęci. Tymczasem ty – pracownik wydziału ds. zamówień publicznych – domagasz się ode mnie opisu przedmiotu zamówienia do planowanego przetargu. Zrobię tak. Przekażę ci opis sporządzony za pomocą znaków towarowych (odnoszących się do wyrobów sprawdzonych, dotychczas przeze mnie stosowanych) z dopiskiem „lub równoważny”. Poczekam na twoją reakcję. Co zrobisz? Dasz mi zielone światło? Jeżeli tak, to świetnie, mam więcej czasu dla siebie. Gdybym się postarał, mógłbym opisać przedmiot zamówienia za pomocą wymagań funkcjonalnych lub cech technicznych i jakościowych. Tylko trochę by to musiało potrwać. Nie wiem, czy nie musiałbym nawet wystąpić z inicjatywą przeprowadzenia dialogu technicznego. A co zrobię, jeśli nie zgodzisz się na moją propozycję? Przejdę do fazy drugiej. Udam oburzenie, zrobię awanturę, głośno powiem, że przez ciebie nie można nic w szpitalu kupić, że utrudniasz mi pracę itd. Ciekawe, kto wygra to „przeciąganie liny”?

Sytuacje podobne do opisanej powyżej rzadziej będą występować w jednostce, w której użytkownik sprzętu ma świadomość odpowiedzialności za opis przedmiotu zamówienia.

Aby efektywnie udzielać zamówień, konieczna jest współpraca wielu osób. Pamiętaj, że wszyscy jesteśmy tylko ludźmi. Mamy swoje przyzwyczajenia, wady i zalety, gorsze i lepsze dni. To normalne. Należy umieć oddzielać ludzi od problemu. Czy jesteś pewien, że jeżeli zgodzisz się na opis przedmiotu zamówienia za pomocą znaku towarowego, to jest to efekt oceny wystąpienia wyjątku opisanego w art. 29 ust. 3 ustawy pzp? A może przyczyną tego jest silny charakter użytkownika lub jego duża umiejętność manipulowania tobą? Co przemawia za podaniem znaku towarowego – chłodna kalkulacja czy emocje?

Jak słusznie zauważył P. Cheverton: „Wizerunek marki to znacznie więcej niż logo i obraz. Pojęcie image'u marki odnosi się do szeregu skojarzeń, które przywołuje dany znak towarowy. Konotacje te możemy nazwać emocjonalnym ładunkiem marki. Jedną z zalet dobrej marki są skojarzenia, które wywołuje u konsumentów. Ładunek emocjonalny stanowi połączenie przekazu, który niesie ze sobą marka, oraz wpływu tego przekazu na przekonania

i potrzeby klientów. Uzewnętrznia się on w ilości i charakterze kontaktów klientów z marką”³⁰.

Pamiętaj, że osobą domagającą się konkretnej marki często mogą kierować emocje.

W praktyce najtrudniej będzie ci znaleźć odpowiedź na następujące pytania:

- 1) kiedy wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia będzie uzasadnione specyfiką zamówienia?
- 2) w jakich konkretnych przypadkach nie można opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń?

Na każde z tych pytań musisz odpowiedzieć sam, a potem umiejętnie przekonać do swojego stanowiska osoby, które w twoje ustalenia będą wątpić. Ale nie martw się, ustawa jest dla ludzi. Skoro przewiduje wyjątek od zakazu posługiwania się znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem, to tylko dlatego, że rzeczywiście występują w praktyce sytuacje, gdy jedynie w ten sposób będziesz mógł przedstawić wykonawcom, co ci jest potrzebne.

Pamiętaj jednak, że jeżeli to ty odpowiadasz za opis przedmiotu zamówienia, to od ciebie oczekiwane będzie wyjaśnienie wskazujących na brak możliwości sprecyzowania wymagań w standardowy sposób.

Poszperajmy w literaturze i ustalmy, czego możemy w omawianym zakresie dowiedzieć się od innych. A. Szyszkowski twierdzi, że: „Zwrot »specyfika przedmiotu zamówienia« jest bardzo nieostry. Definicja słownikowa wyrazu »specyfika« wskazuje na pewne odrębne wyróżniające cechy, właściwe tylko temu przedmiotowi. W przypadku zamówień nietypowych zamawiający praktycznie w każdej sytuacji może z tego wyjątku skorzystać”³¹.

J. Pieróg: „Tak więc zamawiający może użyć znaków towarowych, patentów lub pochodzenia tylko wtedy, gdy jest to uzasadnione specyfiką zamówienia i jednocześnie gdy zamawiający nie może użyć w opisie dostatecznie dokładnych określeń, które pozwolą na złożenie oferty zgodnej z jego oczekiwaniami”³².

Jeżeli to wyjaśnienie ci nie wystarczy, to może posłuchaj T. Siedleckiego: „Zamawiający może określić przedmiot zamówienia poprzez wskazanie znaku towarowego, patentu lub pochodzenia tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia. Istotnym dodatkowym elementem jest zawarcie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunku dopuszczającego składanie ofert równoważnych. Dla przykładu, jeżeli zamawiający posiada cały tabor samochodów określonej marki wraz z zapleczem technicznym, wówczas zachodzi przesłanka komentowanego artykułu, ale pod warunkiem, że zostaną dopuszczone oferty równoważne”³³.

To może teraz M. Stachowiak: „Dokonanie przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia z pominięciem cech obiektywnych przedmiotu świadczenia i w zamian posłużenie się zestawem cech właściwych wyłącznie dla konkretnego wyrobu (produktu, usługi, technologii itd.) co do zasady zawsze będzie utrudniało uczciwą konkurencję. Dopuszczenie możliwości wskazania znaku towarowego, patentu lub pochodzenia nie stanowi, wobec generalnego zakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję, przepisu szczególnego uchylającego taki zakaz. Celem przepisu jest wskazanie technicznego sposobu wykorzystania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, zgodnego z prawem zamówień publicznych, do sprecyzowania przedmiotu zamówienia. W tym znaczeniu opis przedmiotu zamówienia dokonany z wykorzystaniem znaków towarowych, patentów lub pochodzenia – zawsze uzupełniony o obligatoryjne

³⁰ P. Cheverton, *Jak skutecznie wykorzystać potencjał twojej marki*, Wyd. Onepress, Gliwice 2002, str. 19–20.

³¹ A. Szyszkowski, *Zamówienia publiczne w praktyce*, Wyd. Infor 2005, str. 54.

³² J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wyd. C.H. Beck, 2012, str. 162.

³³ T. Siedlecki, *Prawo zamówień z komentarzem*, Wyd. Branta, Bydgoszcz–Warszawa 2004, str. 98.

oświadczenie zamawiającego o dopuszczeniu składania ofert równoważnych – nie zawęży dopuszczalnej konkurencji do ofert opiewających jedynie na wskazane przedmioty czy technologie. Stanowi wyłączenie wzorzec jakościowy przedmiotu zamówienia, który w normalnych warunkach winien być przekazany wykonawcom jako zestaw obiektywnych cech jakościowych i technicznych”.

Gdybyśmy jednak pomyśleli, iż powyższe oznacza, że użycie znaku towarowego wraz z wyrazami „lub równoważny” będzie zgodnym z prawem „technicznym sposobem wykorzystania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia”, autorka zaraz wyprowadza nas z błędu, dodając: „Należy też podkreślić, że ustawa dopuszcza korzystanie z tego ułatwienia jedynie w szczególnych sytuacjach, a przepisu tego nie powinno się interpretować rozszerzająco”³⁴.

Dodajmy do naszych rozważań, co na omawiany temat ma również do powiedzenia W. Łysakowski: „Zakaz dotyczący wskazania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia zostanie naruszony, gdy przy opisie przedmiotu zamówienia zamawiający wskaże konkretny znak towarowy, patent lub pochodzenie, a nie wchodzi w grę wyjątek związany ze specyfiką zamówienia oraz z trudnością opisanego przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. Obie te przesłanki muszą przy tym wystąpić łącznie. Podkreślić należy, że trudność opisanego przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń w przypadku wyjątku, o którym mowa wyżej, ma charakter subiektywny”. Autor podkreśla także, że: „W orzecznictwie dopuszcza się możliwość użycia przy opisie przedmiotu zamówienia znaków towarowych, patentów lub pochodzenia nie tylko w sytuacji określonej w ust. 3, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu dostatecznie dokładnych określeń, ale także wtedy, gdy jest to niezmiernie trudne i irracjonalne. Zamawiający powinien jednak ową »niezmierną trudność« i »nieracjonalność« wykazać przytoczeniem stosownych okoliczności natury faktycznej”³⁵.

Jak widzisz, komentarze, z którymi w swojej pracy możesz się spotkać, nie rozwiążą problemów za ciebie. Uczciwie dodam, także ten poradnik. Podobnie orzecznictwo. Pamiętaj, zapada ono w konkretnych sprawach, które z zasady różnić się będą od twojej. Doktryna udzieli ci pewnych wskazówek, może naprowadzić cię na cel, ale decyzję i tak musisz podjąć sam.

Na koniec tego wywodu moja osobista wskazówka. „Specyfika” oznacza szczególny i niepowtarzalny charakter³⁶. To, czy przedmiot twojego zamówienia jest specyficzny, ocenisz sam. Szczególnie mogą być zakupy wyrobów ratujących zdrowie lub życie albo przyczyniających się do tego. Ale mówiąc o specyficznym przedmiocie zamówienia, należy wskazać na jego niepowtarzalny charakter. Nie wszystkie wyroby medyczne, mimo zaawansowanej technologii ich wykonania, takie są. Do specyficznych przedmiotów można zaliczyć np. niektóre leki, części zamienne, części zużywalne lub materiały eksploatacyjne wymagane do prawidłowego i bezpiecznego działania wyrobu medycznego, określone przez jego wytwórcę³⁷, książki. W orzecznictwie dopuszczono także opis przedmiotu zamówienia uwzględniający wskazanie nazwy producenta przy jednoczesnym zaakceptowaniu możliwości oferowania rozwiązań równoważnych, w sytuacji, gdy taki opis ma na celu zapewnienie ciągłości pracy infrastruktury sieciowej zamawiającego i kompatybilności urządzeń równoważnych ze sprzętem i oprogramowaniem stosowanym u zamawiającego³⁸.

Za „specyficzny” mógłby być także uznany towar, którego cechy techniczne i jakościowe, konieczne do wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, są nie do ustalenia w dozwolonej prawem drodze lub koszty ich uzyskania byłyby niewspółmierne do wartości

³⁴ M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. II, Zakamycze 2005, str. 135.

³⁵ W. Łysakowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. III, UZP, Warszawa 2007, str. 148.

³⁶ *Internetowy słownik języka polskiego PWN*, op. cit.

³⁷ O których mowa w art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz.U. Nr 107, poz. 679, z późn. zm.).

³⁸ Tak w wyroku KIO z dnia 10 listopada 2011 r., KIO 2349/11.

przedmiotu zamówienia. Chodzi tu przede wszystkim o przypadki, gdy konieczne do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia cechy i parametry są danymi chronionymi, stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa, niepublikowanymi na stronach internetowych lub w ogólnie dostępnych katalogach produktów.

Z kolei przy ocenie, czy „zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń”, należy w szczególności mieć na względzie możliwości kadrowe szpitala (wiedzę i umiejętności zatrudnionych osób), kwestie finansowe (np. czy szpital stać na zaangażowanie biegłego w proces przygotowania opisu przedmiotu zamówienia) oraz czas (czy dysponujemy czasem np. na przeprowadzenie dialogu technicznego, czy też na zastosowanie któregoś z trybów negocjacyjnych w celu uzyskania informacji niezbędnych do opisu przedmiotu zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych lub dokładnych wymagań funkcjonalnych).

Co dalej, gdy już upewniłeś się co do tego, że masz specyficzne zamówienie i nie możesz opisać jego przedmiotu za pomocą dostatecznie dokładnych określeń?

„LUB RÓWNOWAŻNY” CZY WIĘCEJ?

Czy pamiętasz planszę przedstawiającą trzy modele opisu przedmiotu zamówienia, którą przedstawiłem na szkoleniu dla kontrolerów? Przy założeniu, że twój przypadek na pewno jest wyjątkowy, kontrolerzy byliby skłonni uznać, że prawidłowy jest model 2.

Rzeczywiście przepis art. 29 ust. 3 wskazuje, że przy używaniu przy opisie przedmiotu zamówienia, ze względu na jego specyfikę, określonych znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, gdy tego przedmiotu nie można opisać przy użyciu dostatecznie dokładnych określeń, powinieneś wprowadzić do SIWZ wyrazy „lub równoważny”.

Przy formalnym i legalnym badaniu postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia nie można od ciebie wymagać niczego ponad to. Gdyby chodziło o coś więcej, ustawodawca z pewnością napisałby np.: „a wskazaniu takiemu towarzyszą w szczególności wyrazy »lub równoważny«”. Nie uczynił tego jednak.

Chciałbym cię jednak ostrzec, iż w praktyce spotkasz się zwykle z często postulowanym w orzecznictwie poglądem, że prawidłowym modelem opisu przedmiotu zamówienia jest wyłącznie model 3. A więc opis wykraczający poza treść art. 29 ust. 3 ustawy pzp, wzbogacony o wskazanie wymagań, których spełnienie spowoduje uznanie oferowanego produktu oznaczonego innym znakiem towarowym za równoważny. Innymi słowy, w myśl tego stanowiska jesteś zobowiązany określić w SIWZ granice równoważności, czyli wymagania oraz dopuszczalne wartości odstępstw od parametrów produktu referencyjnego. Na tej podstawie wykonawcy będą wykazywać równoważność oferowanych rozwiązań, a ty dokonywać ich oceny. Tylko jak masz to uczynić, skoro wcześniej ustaliłeś, że masz specyficzny przedmiot zamówienia i nie możesz go opisać za pomocą dostatecznie dokładnych określeń? Ustawodawca jest w tej materii nieco bardziej praktyczny. Nie wymaga od ciebie więcej, niż jesteś w stanie dać.

Jeżeli chcesz zostać specjalistą w zakresie zamówień publicznych, warto, abyś zapamiętała, jakie są twoje trzy główne zadania³⁹. Są nimi:

- 1) wdrażanie do praktyki koncepcji i teorii naukowych lub artystycznych,
- 2) powiększanie dotychczasowego stanu wiedzy przez badania i twórczość oraz
- 3) systematyczne nauczanie innych w tym zakresie.

W ramach zadań 2 i 3 będziesz podejmował walkę z mitami.

³⁹ Definicja zawarta w przepisach rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 27 kwietnia 2010 r. w sprawie klasyfikacji zawodów i specjalności na potrzeby rynku pracy oraz zakresu jej stosowania (Dz.U. Nr 82, poz. 537). Specjalista ds. zamówień publicznych jest tam zawodem określonym kodem 242225.

WALKA Z MITAMI

Mit to fałszywe mniemanie o kimś lub o czymś uznawane bez dowodu, ubarwiona wymyślonymi szczegółami historia o jakiejś postaci lub jakimś fakcie, wydarzeniu; wymysł, legenda, bajka⁴⁰.

Nie wiem, dokąd polecę w danym roku, ale zrobię przetarg na bilety lotnicze, bo rocznie na loty zagraniczne wydaję więcej niż 30 000 euro. Muszę zsumować wszystkie dostawy należące do tej samej grupy CPV zaplanowane do zamówienia w tym roku i zastosować ustawę, gdy łączna wartość tych dostaw przekroczy 30 000 euro. Jeżeli stosuję tylko kryterium najniższej ceny, to muszę podać w SIWZ znaczenie tego kryterium (100%) i wzór, na podstawie którego będę ustalał punktację dla każdej oferty w tym kryterium. Mity, mity, mity.

Większość z nas lubi bajki. Wymyślać różne niestworzone historie. Okazuje się, że nawet w pracy zawodowej. Dotyczy to zarówno zamawiających, kontrolerów, wykonawców, jak i osób rozstrzygających spory dotyczące zamówień publicznych.

Każdy z nas może się pomylić. To normalne. Specjalista ds. zamówień publicznych to osoba, która ma wysoki poziom wiedzy zawodowej, umiejętności i doświadczenia w swojej profesji⁴¹. Z zasady musi wiedzieć więcej od innych osób w swojej dziedzinie. I podejmować trud systematycznego nauczania innych w tym zakresie. Wszystko po to, aby stosowanie prawa zamówień publicznych zmierzało w pożądanym kierunku.

Bilety lotnicze. Jeżeli nie jest możliwe skonstruowanie wyczerpującego i jednoznacznego przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z art. 29 ust. 1 ustawy pzp, nie ogłasza się przetargu. Można rozważyć zawarcie umowy ramowej, która jako że nie jest oczekiwanym od zamawiającego wzorcem zachowania, nie może być wymaganym od ciebie instrumentem prawnym.

Sumowanie dostaw według tej samej grupy CPV. O tym, czy mamy do czynienia z jednym czy odrębnym zamówieniem, nie decyduje jego przynależność do tej samej grupy CPV. Wszak w tej samej grupie CPV znajdziemy np. opony samochodowe, karty magnetyczne i filmy wideo (grupa 25000000-1 Produkty z gumy, tworzyw sztucznych oraz taśmy). Agregujemy zaplanowane towary tego samego rodzaju lub o podobnym charakterze, które można nabyć u tego samego wykonawcy.

Cena – 100%. Nawet w ogłoszeniu o zamówieniu nie ma możliwości podania znaczenia kryterium ceny, jeżeli jest to jedyne kryterium oceny ofert. Ustawa – Prawo zamówień publicznych nie zna pojęcia „cena – 100%”, tylko „najniższa cena”. W rubryce 13 protokołu postępowania (druku ZP-PN) znajdujemy wskazówkę, iż punktację w każdym kryterium oraz łączną punktację podajemy wtedy, gdy cena nie jest jedynym kryterium. Tylko wówczas w zawiadomieniu o wyborze oferty przesyłanym wykonawcom podajemy punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację. W razie przyjęcia najniższej ceny jako jedynego kryterium nie przeprowadza się punktacji i nie wypełnia rubryki 13 dotyczącej oceny ofert.

Masz specyficzne zamówienie i nie możesz opisać jego przedmiotu za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. Zakładam, że umiesz to wykazać. W takim przypadku opisujesz przedmiot zamówienia za pomocą znaków towarowych, patentów lub pochodzenia i dopisujesz wyrazy „lub równoważny”. I tyle. To jest działanie wymagane przez ustawę – Prawo zamówień publicznych. Nie można od ciebie wymagać więcej, niż to wynika z przepisów prawa.

⁴⁰ *Słownik języka polskiego PWN, op. cit.*, t. II, str. 187.

⁴¹ Na podstawie definicji specjalisty określonej w przepisach powołanego wyżej rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej w sprawie klasyfikacji zawodów i specjalności na potrzeby rynku pracy.

Czy możesz jednakże podać dodatkowo w opisie przedmiotu granice równoważności? Oczywiście, że tak. Jeżeli je znasz, dlaczego masz tego nie zrobić? Wykonawcom łatwiej będzie dobrać rozwiązanie równoważne, a tobie ocenić ofertę. Tylko uważaj. W zdecydowanej większości znanych mi przypadków, gdy zamawiający był w stanie określić wymagania, których spełnienie doprowadziło do uznania oferty za równoważną, mieliśmy do czynienia z przedmiotem zamówienia, który mógł być opisany za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. W takim wypadku wskazanie znaku towarowego następuje z naruszeniem art. 29 ust. 3 ustawy pzp. Pamiętaj o zasadzie, że nie można używać znaków towarowych, patentów lub pochodzenia.

Skoro potrafiłbyś jasno przedstawić wykonawcom wymagania gwarantujące otrzymanie rozwiązania równoważnego, to jak możesz twierdzić, że „nie możesz opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń”? Jedno przeczy drugiemu. Jeżeli decydujesz się na opis przedmiotu przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, granice równoważności nie mogą być, jak się niekiedy wskazuje w orzecznictwie⁴², zbiorem wymagań zamkniętych. Instruujesz wtedy wykonawców, że oferowane rozwiązanie będzie uznane za równoważne, gdy np. będzie posiadać cechę techniczną X lub cechę jakościową Y. Na koniec i tak będziesz musiał wskazać, że rozwiązanie równoważne oprócz spełnienia pewnych konkretnych wymogów ma być nie gorsze np. pod względem funkcjonalnym od produktu referencyjnego. Tego, który podałeś w SIWZ przykładowo przez wskazanie znaku towarowego.

Zauważ, że produkt będący przedmiotem zamówienia publicznego jest zbiorem pewnych cech technicznych i jakościowych. Gdy znasz te cechy, konstruujesz opis przedmiotu bez wskazywania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. W takim przypadku od początku pojawią się w SIWZ nieprzekraczalne granice, czyli dopuszczalne wartości odstępstwa od parametrów i cech produktów występujących na rynku, na podstawie których konstruowałeś przecież przedmiot zamówienia.

Jeżeli jednak nie znasz tych cech albo te, które są ci wiadome, nie wystarczają do dokładnego opisu przedmiotu zamówienia (np. znasz tylko niektóre parametry techniczne lub jakościowe zamawianego produktu), możesz opisać przedmiot zamówienia, podając konkretny przykład: „Chcę otrzymać towar co najmniej taki jak ten firmy X”. Czynisz tak, bo musisz, a nie dlatego, że chcesz. Zatem, opisując przedmiot zamówienia, wskazujesz wówczas na znak towarowy, patent lub pochodzenie, dopisując wyrazy „lub równoważny”.

Znak towarowy, patent lub pochodzenie zastępuje nieznanne ci cechy techniczne i jakościowe. Ofertą równoważną jest oferta, która przedstawia rozwiązanie oznaczone innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem niż produkt referencyjny wskazany w SIWZ, natomiast o właściwościach technicznych i jakościowych takich samych lub zbliżonych⁴³. Produkt referencyjny to pewien wzorzec (punkt odniesienia), którym mają się kierować wykonawcy, przygotowując ofertę. Znalezienie produktu równoważnego oraz wykazanie, że oferowane rozwiązanie jest równoważne, leży po stronie wykonawcy. Wynika to bezpośrednio z treści art. 30 ust. 5 ustawy pzp: „Wykonawca, który powołuje się na rozwiązanie równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego”. Rozwiązania opisywane przez zamawiającego to produkty przedstawione przez ciebie w SIWZ przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Wymagania określone przez zamawiającego to w tym przypadku wyrazy „lub równoważny”.

Zauważ, że art. 30 ust. 5 ustawy pzp będzie się również, a nawet przede wszystkim, odnosił do przedmiotu zamówienia opisanego za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia wskazanych w art. 30 ust. 1–3 ustawy pzp. W takim

⁴² Np. w wyroku KIO z dnia 19 marca 2013 r., KIO 516/13.

⁴³ Por. wyrok KIO z dnia 16 grudnia 2008 r., KIO/UZP 1400/08.

przypadku wykonawcy, wykazując równoważność oferowanych rozwiązań, odnosić się będą do wymagań określonych w tych dokumentach.

Wykazywanie równoważności powinno z zasady następować na podstawie dostarczonych przez wykonawcę dowodów zweryfikowanych przez osoby trzecie. W celu potwierdzenia, że oferowany wyrób odpowiada określonym wymaganiom wydajnościowych i funkcjonalnym lub technicznym i jakościowym, zamawiający może żądać zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości⁴⁴. Podmiot ten zaświadczy, że oferowane rozwiązanie odpowiada wymaganiom zawartym w przywołanej w SIWZ normie lub wymaganiom sprecyzowanym samodzielnie przez zamawiającego. W zakresie wyrobów medycznych wykaz jednostek notyfikowanych, które mogą przeprowadzić taką ocenę, określony jest w serwisie NANDO Komisji Europejskiej⁴⁵. Jeżeli dany wykonawca nie ma dostępu do zaświadczeń bądź raportów z testów ani nie ma możliwości ich uzyskania w stosownym terminie, należy dopuścić również inne dowody, takie jak dokumentacja techniczna producenta⁴⁶.

Pamiętaj, że jeżeli przy dołożeniu należytej staranności możesz określić wymagania wydajnościowe i funkcjonalne przedmiotu zamówienia lub jego cechy techniczne i jakościowe umożliwiające wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, nie wolno ci wskazywać znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, nawet gdy dopuścisz stosowanie rozwiązań równoważnych.

POTRZEBY WYKONAWCY PRZYGOTOWUJĄCEGO OFERTĘ NA ROZWIĄZANIE RÓWNOWAŻNE

Twoim obowiązkiem jest opisanie przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jako że nie jesteś wykonawcą, często dopóty nie dowiesz się, czy twój opis przedmiotu zamówienia jest wystarczający do przygotowania oferty, dopóki wykonawcy nie zwrócą ci na to uwagi.

O czym pomyślisz, jeżeli w toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia nie otrzymasz żadnego pytania w sprawie opisu przedmiotu zamówienia i nikt nie skorzysta w tym zakresie ze środków ochrony prawnej? Większość zamawiających słusznie zinterpretuje tego typu sytuację jako potwierdzenie swojego zgodnego z prawem działania. Można założyć, że w takiej sytuacji, przygotowując następny przetarg, będziesz się wzorował na zapisach ze swojej właśnie sprawdzonej SIWZ.

Czy dalej będziesz przekonany, że opisany przez ciebie przedmiot zamówienia jest idealny, gdy otrzymasz zapytanie lub odwołanie wskazujące na możliwość nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji przez podanie konkretnych wymagań wydajnościowych, funkcjonalnych lub cech technicznych i jakościowych? „Określony w SIWZ za pomocą znaku towarowego wyrób zapewnia skalę pomiaru od +35 do -15 cm. Czy za równoważne uznają Państwo rozwiązanie gwarantujące pomiar, ale w skali od +30 do -20 cm?”. Pamiętaj, nie odwołaj się do rozwiązywania problemów. One i tak wrócą. Ulubiona odpowiedź zamawiających na pytanie, na które nie znają odpowiedzi, brzmi: „Tak jak w SIWZ”. Nie wzoruj się na tym. Wykonawca, zadając ci pytanie, chce się upewnić, czy zaoferowanie przez niego towaru oznaczonego innym niż wskazany w SIWZ znakiem towarowym nie spowoduje odrzucenia oferty. Na takie pytania musisz koniecznie odpowiedzieć. Inaczej możesz się narazić na wnoszenie odwołań i zarzuty podczas przyszłej kontroli.

Charakterystyczne jest to, że bogate orzecznictwo nakazujące zamawiającemu opisywanie granic równoważności, gdy przedmiot zamówienia określony został przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, odnosić się będzie wyłącznie do

⁴⁴ Dokument taki wymieniony jest jako przykładowy w § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r., poz. 231).

⁴⁵ Serwis NANDO zob. <http://ec.europa.eu/enterprise/newapproach/nando/>.

⁴⁶ Por. motyw 74 preambuły dyrektywy klasycznej 2014/24/UE.

spraw zainicjowanych przez wykonawcę. Po zapoznaniu się z SIWZ stwierdza on, że nie może przygotować oferty. Brakuje mu w SIWZ pewnych konkretnych rozstrzygnięć. Twierdzenie to potrafi udowodnić na rozprawie, dlatego jest górą w sporze z zamawiającym. Ma wobec zamawiającego konkretne oczekiwania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia. Wymienia je i wykazuje, że bez nich nie jest w stanie przygotować oferty. Jeżeli odwołanie zostanie uwzględnione, należy uznać, że w tej materii to wykonawca miał rację.

Pamiętaj, że jesteś gwarantem uczciwej konkurencji, ale nie jesteś wróżką. Nie można od ciebie wymagać, abyś umiał czytać w cudzych myślach. Dlatego najczęściej twoje przekonanie o posiadaniu przedmiotu zamówienia spełniającego wymóg uczciwej konkurencji może być wzruszone dopiero wskutek pojawienia się konkretnej aktywności wykonawców. Dociekliwe pytanie lub trafne uzasadnienie zarzutu w treści wniesionego odwołania lub informacji o naruszeniu przepisów prawa zamówień publicznych niejednego zamawiającego wyprowadziło ze strefy komfortu i przekonania o swojej nieomyślności. Przed upływem terminu składania ofert możesz zmienić treść SIWZ. W skrajnym przypadku rozważać będziesz unieważnienie prowadzonego postępowania. Każdy, kto oceniać będzie twoje decyzje, zwłaszcza kontroler, powinien dostrzec, że bez działania wykonawców twoja aktywność była niemożliwa z uwagi na brak świadomości problemów występujących lub mogących wystąpić po stronie wykonawców⁴⁷.

Jeżeli ktoś domagać się może od ciebie określenia w SIWZ granic równoważności, tym kimś powinien być wykonawca. Niekiedy w protokołach pokontrolnych znajdują takie stwierdzenie: „Wskazany w SIWZ opis równoważności był za ogólny i uniemożliwił wykonawcom przygotowanie oferty równoważnej”. Rodzą się wtedy pytania: Jaki zatem opis nie jest „za ogólny”? Dla których wykonawców ten opis okazał się niewystarczający? Przecież żaden z nich nie przedstawił zapytań w tej kwestii ani nie korzystał w tej sprawie ze środków ochrony prawnej. Jakie konkretne parametry musiały być zatem podane przy tym opisie, aby możliwe było przygotowanie oferty równoważnej?

Kontroler mógłby ci wskazać konkretne wymagania, jakie należało podać w SIWZ w celu przygotowania oferty równoważnej, gdyby w dokumentacji postępowania znajdowały się zadane przez wykonawców w tej sprawie zapytania lub wątpliwości w tej materii zgłoszone w ramach środków ochrony prawnej. Tymczasem jeżeli nie obserwowałeś żadnej aktywności na tym polu ze strony wykonawców, nie miałeś podstaw, aby stwierdzić, że twój opis przedmiotu zamówienia nie jest zgodny z przepisami prawa zamówień publicznych.

PODSUMOWANIE

Wyciągnijmy zatem wnioski z naszych rozważań.

Przede wszystkim zadbaj o to, aby w twojej jednostce nie opisywano przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Z zasady nie powinno się tak bowiem postępować.

Przyjmij następującą kolejność działań:

- a) myśl o przedmiocie zamówienia w kategoriach wymagań wydajnościowych lub funkcjonalnych i postaraj się dokładnie opisać swoje potrzeby za pomocą tylko takich warunków,
- b) gdy opis przedmiotu zamówienia dokonany tylko przez podanie wymagań wydajnościowych lub funkcjonalnych nie pozwala na zaspokojenie twoich potrzeb, skonkretyzuj wymagania za pomocą cech technicznych i jakościowych; pamiętaj wówczas o tym, że wymagane cechy z reguły pochodzić będą z katalogów produktów dostępnych na rynku, przygotuj się zatem na ewentualną obronę swojej decyzji o określeniu wymagań w zakresie tych cech,

⁴⁷ Tak KIO w uchwale z dnia 15 lutego 2013 r., KIO/KD 13/13.

- c) oczywiście masz prawo zastosować wariant mieszany – niektóre elementy przedmiotu zamówienia scharakteryzuj przez wskazanie wymagań wydajnościowych lub funkcjonalnych, inne za pomocą cech technicznych i jakościowych; każda metoda będzie dobra, o ile doprowadzi do precyzyjnego wskazania twoich potrzeb i osiągnięcia najlepszych efektów z poniesionych kosztów.

Jeżeli w ostateczności ustalisz, że masz specyficzne zamówienie i nie możesz opisać jego przedmiotu za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, sięgnij po znak towarowy, patent lub wskaż pochodzenie, wzorując się na produkcie występującym na rynku. Koniecznie dodaj wyrazy „lub równoważny”. Możesz w tym przypadku, jeżeli masz oczywiście stosowną wiedzę, wskazać pewne wymagania wydajnościowe i funkcjonalne oraz cechy techniczne i jakościowe, jakie musi spełnić rozwiązanie równoważne. Informacji na temat takich wymagań mogą ci dostarczyć wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

MODELE OPISU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA ZA POMOCĄ ZNAKU TOWAROWEGO



Rys. Grzegorz Czaban

3.2. USTALANIE PUNKTU RÓWNOWAGI MIĘDZY OCZEKIWANIAM ZAMAWIAJĄCEGO A ZAPEWNIENIEM UCZCIWEJ KONKURENCJI

Zasada uczciwej konkurencji jest wymieniona w ustawie – Prawo zamówień publicznych jako pierwsza. Zaraz po niej znajdziemy odniesienie do ściśle z nią związanej zasady równego traktowania⁴⁸.

Wymóg zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji odnosi się wprost do etapu przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia, a więc także do czynności sporządzenia SIWZ.

Oba pojęcia – „uczciwa konkurencja” oraz „równe traktowanie” – są nieostre, jednakże ich rozumienie okazuje się banalnie proste, jeżeli będziemy je czytać wprost, odrzucając jakiegokolwiek drugie dno. Spójrzmy na te pojęcia z perspektywy ustawodawcy, który zauważa, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może wystąpić konkurencja, ale nieuczciwa, jak również przykładanie do każdego wykonawcy innej miary. Chce on te zjawiska wyeliminować z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ich obecność przeszkadza w osiągnięciu celu, jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej z punktu widzenia gospodarności – uzyskania najlepszych efektów z danych nakładów.

⁴⁸ Art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Skupmy się najpierw na zagadnieniu równego traktowania. Wynikający z przepisów sposób traktowania wykonawców musi być jednakowy, taki sam.

W filmie Yuana Zhanga *Czerwony kwiatusek* czteroletni chłopiec, Quiang, jest odprowadzany do przedszkola. Kiedy jest się grzecznym, panie przedszkolanki na specjalnej tablicy umieszczają przy nazwisku dziecka czerwony, tytułowy kwiatek. Quiang nie ma żadnych kwiatków, chociaż bardzo się stara. W oczach opiekunek mały chłopiec jest nieporadny i nie zasługuje na kwiatusek. To przekonanie jest tak silne, że nawet gdy Quiang wykonuje wreszcie czynność, za którą inne dzieci otrzymują kwiatusek – jego ten zaszczyt omija. Prowadzi to do bardzo skomplikowanych wydarzeń o charakterze socjologiczno-psychologicznym.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nierówne traktowanie wykonawców spowoduje co najwyżej uruchomienie środków ochrony prawnej, nie wywołując żadnych urazów w ich psychice. Niemniej jednak omawiany przykład obrazuje, że nierówne traktowanie może wykluczyć z rywalizacji podmioty zdolne do wykonania zamówienia publicznego.

Zamawiający ma być ponadto gwarantem uczciwej konkurencji. „Uczciwy”, czyli będący wyrazem, objawem, wynikiem czyjejś prawości, rzetelności, sumienności⁴⁹. „Nieuczciwość” jest tymczasem zaprzeczeniem „uczciwości”. To postępowanie kolidujące z etyką, z prawem, uwzględniające nienależne korzyści, nierzetelność⁵⁰.

Konkurencja, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy pzp, to inaczej rywalizacja między wykonawcami mająca na celu uzyskanie zamówienia publicznego. Co się dzieje w sytuacji, gdy ta rywalizacja jest nieuczciwa za sprawą działań zamawiającego?

Załóżmy, iż kierownik zamawiającego bardzo chciałby jeździć samochodem marki Skoda Superb. Dokonuje zatem wyboru oferty najkorzystniejszej przed wszczęciem postępowania, po czym wydaje polecenie przygotowania SIWZ na dostawę samochodu „pod Skodę”, nakazując umieszczenie w opisie przedmiotu zamówienia parametru charakterystycznego dla upatrzonego modelu Skody (np. wbudowanego specjalnego schowka ze składaną parasolką). Na rynku są dwie marki spełniające ten wymóg. Jedną z nich to właśnie Skoda, a drugą... Rolls-Royce. Czy rywalizacja wykonawców o zamówienie na dostawę takiego samochodu jest uczciwa?

Albo inny przykład. Zamawiający przygotowuje postępowanie na świadczenie usług ochrony osób i mienia. Usługi te przez poprzednie 4 lata świadczyła firma, z której pracy zamawiający jest bardzo zadowolony. Warunki dotyczące wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego i kadrowego oraz sytuacji ekonomiczno-finansowej zamawiający formułuje pod kątem zasobów „ulubionego” wykonawcy, nie zważając na to, iż w większości nie są to zasoby niezbędne z punktu widzenia realizacji przedmiotu zamówienia. Przetarg wygrywa dotychczasowy wykonawca. Czy rywalizacja o zamówienie była w tym przypadku uczciwa?

W filmie Sylwestra Chęcińskiego *Sami swoi* jest scena, w której babcia Leonia (matka Kazimierza Pawlaka) daje synowi, który udaje się do sądu, granaty i mówi: „Sąd sądem, a sprawiedliwość musi być po naszej stronie”. Oszukujemy się sami, twierdząc, że podejmowane przez nas działania są efektywne i w „interesie publicznym”, gdy w rzeczywistości zaspokajamy własne, partykularne, subiektywne potrzeby. I to za pieniądze podatnika.

Konkurencja rozumiana jako rywalizacja wprost przywołuje skojarzenia sportowe. Spójrzmy na problem uczciwej konkurencji pod tym kątem. Czy podobałby nam się mecz, gdybyśmy z góry znali jego ustalony wcześniej wynik?

⁴⁹ Słownik języka polskiego PWN, op. cit., t. III, str. 577.

⁵⁰ Ibid., t. II, str. 366.

Niech każdemu postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego towarzyszy taki dreszczyk emocji, z jakim spotykamy się, oglądając transmisję z uczciwej rywalizacji sportowej. Niech wynik tej rywalizacji będzie niewiadomą aż do samego końca, w tym przypadku – do czasu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Specjalne miejsce w tworzonej przez siebie specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma opis przedmiotu zamówienia. Stąd ustawodawca w szczególnym przepisie – art. 29 ust. 2 ustawy pzp – przypomina, że przedmiotu zamówienia nie wolno nam opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

O ten najważniejszy element SIWZ (przedmiot) konkurują między sobą wykonawcy. Rezultat tej rywalizacji powinien być przesądzony w wyniku uczciwie przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

JAK USTALIĆ PUNKT RÓWNOWAGI MIĘDZY OCZEKIWANIAMIZAMAWIAJĄCEGO A ZAPEWNIENIEM UCZCIWEJ KONKURENCJI

Każdy postawiony przez siebie w SIWZ warunek potencjalnie ogranicza dostęp do zamówienia niektórym wykonawcom, a więc ogranicza konkurencję. Nie przejmuj się tym. Tak musi być. Trudno, abyś nie określał żadnych wymagań i dopuszczał do przetargu każdego kto chce i z czym chce. Zabronione jest „nieuczciwe” ograniczanie konkurencji. Zwykle będzie ono miało miejsce w dwóch sytuacjach:

- 1) gdy podane przez siebie warunki nie będą uzasadnione twoimi obiektywnymi potrzebami,
- 2) gdy podane przez siebie warunki są uzasadnione twoimi obiektywnymi potrzebami, jednakże jest inny sposób gwarantujący zaspokojenie tych potrzeb, nieuwzględniony przez siebie w SIWZ.

Pamiętaj, że nie można od siebie oczekiwać, że przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia, będziesz znał wszystkie hipotetyczne modele opisu przedmiotu zamówienia, których zastosowanie pozwoli na zaspokojenie twoich potrzeb. Opiszysz przedmiot zamówienia oraz warunki jego wykonania, bazując na posiadanej przez siebie w danym czasie wiedzy, umiejętnościach i doświadczeniu. Bądź jednak uważnym obserwatorem, gdyż w najmniej oczekiwanym momencie możesz dowiedzieć się o rozwiązaniu, które będzie tym najbardziej optymalnym.

Celem prowadzonego przez siebie postępowania nie jest zapewnienie jak największej liczby wykonawców, ale zaspokojenie twoich potrzeb. Dlatego to one zawsze powinny być na pierwszym miejscu. To ty wydajesz pieniądze i ty decydujesz, na co one zostaną przeznaczone. Ty będziesz korzystał z efektów zrealizowanej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Co z tego, że w przetargu weźmie udział wiele firm i zaoferowanych zostanie wiele różnych rozwiązań, gdy wybrana oferta nie spowoduje zaspokojenia twoich potrzeb? Będziesz musiał uruchomić dodatkowe środki, aby te potrzeby zaspokoić w ramach kolejnych zamówień? A może zrezygnujesz z osiągnięcia założonych celów?

W interesie wykonawcy leży, abyś zakupił produkt z jego oferty. Czy ten interes jest jednak zbieżny z twoim interesem? Tylko w przypadku, gdy produkt wykonawcy pozwala na zaspokojenie twoich obiektywnych potrzeb.

Przyczyny leżące u podstaw wprowadzanych przez siebie ograniczeń muszą równoważyć ich negatywne skutki dla wykonawców działających na rynku. Innymi słowy, wprowadzane przez siebie do SIWZ warunki muszą być proporcjonalne do celu, jaki ma być osiągnięty.



Rys. Grzegorz Czaban

Założmy, że posiadasz drukarki objęte gwarancją, która kończy się dopiero za 2 lata. Przygotowujesz postępowanie na dostawę tonerów do tych urządzeń. Masz obawy, czy zastosowanie zamiennika, a nie tonera oryginalnego, nie spowoduje utraty gwarancji. Wszak gdyby zamiennik spowodował usterkę drukarki, wezwany serwis mógłby zakwalifikować jej usunięcie jako naprawę płatną, mimo że okres gwarancji jeszcze nie minął. W trosce o finanse szpitala nie chcesz, aby taka sytuacja miała miejsce. Z doświadczenia wiesz, że do sporządzenia prawidłowego wydruku i zapewnienia maksymalnej żywotności drukarki niezbędna jest zgodność pewnych parametrów fizycznych, takich jak temperatura topnienia czy twardość. Nieodpowiednia temperatura, w jakiej następować będzie stopienie i utrwalenie tonera, może powodować, że resztki nieutralonego tonera będą zalegać między rolkami i innymi elementami drukarki, narażając je na uszkodzenie⁵¹. Zdefiniowałeś potencjalny problem i znasz jego przyczynę. Zastanawiasz się teraz nad jego rozwiązaniem. Jak opisać przedmiot zamówienia, aby wyeliminować zdefiniowane zagrożenie? Wybierasz następujący model: w SIWZ jako przedmiot zamówienia wskazujesz toner oryginalny, używając do opisu znaku towarowego. Dopisujesz wyrazy „lub równoważny” z wyjaśnieniem: „Toner innej marki zostanie uznany za równoważny, gdy będzie zaakceptowany przez producenta drukarki, na prawach oryginalnego materiału eksploatacyjnego, którego stosowanie w eksploatacji drukarki gwarantuje utrzymanie warunków posiadanej przez zamawiającego gwarancji”. Zadowolony z siebie oceniasz, że toner spełniający ten warunek pozwala na zaspokojenie twojej potrzeby, i ogłaszasz przetarg.

Powyższy przykład obrazuje, na czym polega proces definiowania potrzeb zamawiającego i określania sposobu ich zaspokojenia. Czy jednak przyczyny wprowadzonego przez siebie ograniczenia równoważą negatywne skutki, jakie może ono wywołać dla wykonawców? Popatrzmy, jak mógłby wyglądać ciąg dalszy tej historii.

Wykonawca, który sprzedaje zamienniki, zapoznaje się z treścią przygotowanej przez siebie SIWZ. Proponowany w niej sposób zaspokojenia twoich potrzeb wyraźnie się kłóci z jego interesem. Z oczywistych względów nie chce się zgodzić na zamieszczony przez siebie w SIWZ opis równoważności. W jego ocenie uniemożliwia mu on przedstawienie oferty na produkty, którymi handluje. „Przecież producent nie ma żadnego interesu, aby oferowanym przeze mnie zamiennikom wydawać jakieś świadectwo zgodności z oryginałem i przejmować za mój produkt odpowiedzialność w przypadku awarii drukarki, spowodowanej przez dostarczony przeze mnie toner” – oceni stan faktyczny sprawy. Wnosi więc odwołanie,

⁵¹ Na podstawie artykułu *Oryginalne i nieoryginalne materiały eksploatacyjne*, www.centrumdruku.com.pl.

w którego treści przedstawia ci pewien pomysł: „Proszę usunąć zapis o konieczności akceptacji tonera przez producenta drukarki i w jego miejsce wprowadzić zapis do przyszłej umowy: »Wykonawca zobowiązuje się do pokrycia kosztów naprawy drukarki, jeżeli uszkodzenie urządzenia powstało w wyniku stosowania tonera dostarczonego przez wykonawcę«”.

Zaskoczony stwierdzasz, że jeśli zgodzisz się na takie rozwiązanie, twoja potrzeba zostanie zaspokojona, a jednocześnie dasz szansę na złożenie oferty odwołującemu i z pewnością innym wykonawcom. Przecież chciałeś uniknąć ponoszenia kosztów naprawy drukarki w okresie gwarancji, gdyby usterka spowodowana była stosowaniem dostarczonego materiału eksploatacyjnego. Masz, co chcesz. Gdyby nie aktywność wykonawcy, sam nie wpadłbyś na ten pomysł. Po namyśle stwierdzasz, że przedstawiona w odwołaniu propozycja stanowi optymalną metodę osiągnięcia celu. Piszesz odpowiedź na odwołanie, w której uwzględniasz w całości zarzuty.

W praktyce okazuje się często, że nasze potrzeby mogą być zaspokojone na wiele sposobów. Tak jak w podanym przykładzie uniknąłbyś kosztów naprawy drukarki spowodowanych przez toner, gdyby wykonawca: a) dostarczył ci toner oryginalny, b) dostarczył zamiennik, ale jednocześnie zobowiązał się ponosić wszelkie koszty napraw usterek spowodowanych przez dostarczony nieoryginalny produkt. W obu przypadkach osiągasz założony cel: szpital nie ponosi kosztów napraw drukarek na gwarancji. Twoją rolą jest odkrycie optymalnego sposobu zaspokojenia potrzeb, który będzie otwarty na różne występujące na rynku rozwiązania. Innymi słowy, musisz znaleźć punkt równowagi między twoimi oczekiwaniami a zapewnieniem uczciwej konkurencji.



Rys. Grzegorz Czaban

3.3. PRAWO OPCJI JAKO INSTRUMENT PORZĄDKUJĄCY ZAMÓWIENIA NA DOSTAWY, USŁUGI LUB ROBOTY BUDOWLANE

Nie potrafię przewidywać, ale potrafię kłaść podwaliny. Bo przyszłość jest czymś, co się buduje.

Antoine de Saint-Exupéry

Ten cytat pochodzi z ostatniej, wydanej pośmiertnie powieści francuskiego pisarza zatytułowanej *Twierdza*. Co ciekawe, książka nie ma zakończenia, autor zginął bowiem w tajemniczych okolicznościach przed jej ukończeniem. Antoine de Saint-Exupéry, bo o nim mowa, był pilotem. W okresie II wojny światowej (dokładnie 31 lipca 1944 r. o 8.45 rano) wystartował do misji fotografowania niemieckich wojsk koło Lyonu, z której już nie wrócił. Okoliczności jego śmierci nie są dokładnie znane. Najprawdopodobniej został zestrzelony przez niemiecki myśliwiec⁵². Brak zakończenia paradoksalnie stanowi pewien walor, gdyż czytelnik, uruchamiając wyobraźnię, może je sobie napisać sam.

Co ma wspólnego cytowana myśl twórcy *Małego księcia* z prawem opcji?

⁵² Zob. http://pl.wikipedia.org/wiki/Antoine_de_Saint-Exup%C3%A9ry.

Założmy, że przygotowujesz postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę mebli biurowych. Aby zaspokoić potrzeby wszystkich jednostek organizacyjnych szpitala, niezbędne jest dokonanie zakupu 60 biurek oraz tej samej liczby krzeseł obrotowych. Po rozeznaniu rynku stwierdzasz, że budżet szpitala pozwala na zakup tylko 50 takich zestawów. Z doświadczenia wiesz jednak, że w postępowaniu przetargowym zwykle udaje ci się dokonać tańszego zakupu, niż wynika to z kwoty, jaką przeznaczyłeś na sfinansowanie zamówienia. Chciałbyś zorganizować przetarg na dostawę 60 zestawów mebli biurowych, ale bez konieczności jego unieważnienia, gdyby się okazało po otwarciu ofert, że stać cię wyłącznie na 50 kompletów. Decydujesz – na przedmiot zamówienia składać się będzie 60 zestawów, z tym, że 10 to będzie opcja. Nie wiesz, jaka będzie przyszłość, ale kładziesz pod nią podwaliny. „Bo przyszłość jest czymś, co się buduje”.

DEFINICJA OPCJI

Opcja polega na nieodwołalnym i bezwarunkowym zobowiązaniu się wykonawcy do zrealizowania pewnej części zamówienia przed lub w ustalonym dniu w przyszłości, na warunkach określonych w SIWZ, a w przypadku zamówienia z wolnej ręki – na warunkach określonych w wynegocjowanych postanowieniach umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jest rozwiązaniem korzystnym dla obu stron umowy. Wykonawca, poza gwarantowanym zyskiem z tytułu wykonania zamówienia podstawowego, może otrzymać bonus w postaci dodatkowego profitu za realizację zamówienia opcjonalnego. Z kolei zamawiający bez konieczności organizowania odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia, w ramach już zawartej umowy, może uzyskać dodatkowe świadczenie przewidziane jako prawo opcji. Przy czym skorzystanie z prawa opcji zależy wyłącznie od woli zamawiającego. Wykonawca nie może domagać się od zamawiającego zlecenia zamówienia w części opcjonalnej. Nawet gdy takie zlecenie byłoby możliwe. Może się bowiem zdarzyć, iż zamawiający podejmie decyzję o wszczęciu kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiocie objętym prawem opcji z prozaicznego powodu. Nie będzie zadowolony ze sposobu realizacji przez wykonawcę zamówienia w części podstawowej.

Niekiedy zdarza się nam stosować prawo opcji niejako intuicyjnie. W niejednym szpitalu popularne są przetargi na dostawy sukcesywne (realizowane w miarę zgłaszanego zapotrzebowania). Zamawiający zastrzega sobie w treści SIWZ prawo do niezrealizowania przedmiotu zamówienia np. do 20%. Jest to nic innego jak przewidziane prawo opcji. Wykonawca dowiaduje się w ten sposób, że 80% zamówienia ma jak w banku (część podstawowa), a 20% być może otrzyma albo nie (część opcjonalna).

CO NA TEMAT PRAWA OPCJI MÓWI PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH?

Odniesienie do prawa opcji znajdziemy tylko w jednym przepisie ustawy – Prawo zamówień publicznych. Mówi o nim art. 34 ust. 5: „Jeżeli zamówienie na usługi lub dostawy przewiduje prawo opcji, przy ustaleniu wartości zamówienia uwzględnia się największy możliwy zakres tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji”.

Prawo opcji może być zastosowane w przypadku zamówienia na dostawy, usługi lub roboty budowlane. W swojej praktyce możesz się jednak spotkać ze stanowiskiem odmiennym. Część komentatorów uważa, że stosowanie prawa opcji jest wykluczone w odniesieniu do robót budowlanych⁵³. Wniosek taki najczęściej jest wyciągany z faktu powoływania się w treści art. 34 ust. 5 ustawy pzp wyłącznie na „zamówienie na usługi lub dostawy”. Należy jednakże dostrzec, że omawiany przepis odnosi się do ustalania wartości zamówienia na dostawy lub usługi, a nie do opisu przedmiotu zamówienia. W przypadku

⁵³ Np. A. Matusiak, *Decyzja należy do zamawiającego*, „Rzeczpospolita” z 10 kwietnia 2013 r.; E. Partyn, *Opcja i zamówienie uzupełniające w zamówieniach publicznych*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 6 maja 2013 r.

prawa opcji w odniesieniu do robót budowlanych wartość szacunkową ustala się standardowo, w oparciu o art. 33 ustawy pzp. Najczęściej podstawą ustalenia zamówienia na roboty budowlane obejmującego prawo opcji będzie kosztorys inwestorski. Stanowić on będzie dokonaną przez zamawiającego wycenę części podstawowej oraz części opcjonalnej zamówienia.

Warto także nadmienić, iż stosowaniu prawa opcji w zamówieniach na roboty budowlane nie sprzeciwiają się dyrektywy zamówieniowe. Zgodnie z art. 5 ust. 1 dyrektywy klasycznej (2014/24/UE) „Podstawą obliczenia szacunkowej wartości zamówienia jest całkowita kwota należna, bez VAT, oszacowana przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem wszelkich opcji oraz wznowień zamówienia wyraźnie określonych w dokumentach zamówienia”. Udzielając zamówienia na wykonanie robót budowlanych, podobnie jak ma to miejsce w przypadku dostaw i usług, zamawiający musi w SIWZ jednoznacznie i wyczerpująco określić przedmiot zamówienia opcjonalnego (za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych), oszacować jego wartość i uwzględnić ją w wartości udzielanego zamówienia.

PRZYGOTOWANIE POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA Z PRAWEM OPCJI

Mimo że do realizacji zamówienia opcjonalnego może w praktyce nigdy nie dojść, zamawiający, chcąc zastosować prawo opcji, jest zobowiązany dokładnie znać jego przedmiot – powinien on być opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Chcąc skorzystać z prawa opcji, powinieneś zamieścić w SIWZ opis przedmiotu zamówienia, w którym wyraźnie wyodrębnisz część podstawową i część opcjonalną zamówienia. Wykonawca nie może się domyślać, która część jest która. Nie chodzi przy tym tylko o określenie wymagań funkcjonalnych, wydajnościowych lub cech technicznych i jakościowych zamawianego przedmiotu, ale też o wskazanie wielkości lub zakresu przedmiotu zamówienia. W przypadku części opcjonalnej byłoby możliwe podanie maksymalnego zakresu zamówienia z określeniem warunków realizacji w mniejszych ilościach.

Wymagania związane z realizacją przedmiotu zamówienia (takie jak terminy, warunki gwarancji, serwisu, szkolenia, odbioru towaru, ubezpieczenia, płatności) z zasady będą takie same w stosunku do części podstawowej oraz opcjonalnej. Zwykle bowiem dotyczyć będą przedmiotu tego samego rodzaju. Tożsamość przedmiotu zamówienia podstawowego oraz opcjonalnego nie jest jednak wymagana. Przedmioty te mogą się od siebie różnić. Ważne, aby były ze sobą powiązane, np. dostawa samochodu osobowego + opony zimowe (opcja). Pamiętaj, że warunki realizacji prawa opcji nie są ustalane w wyniku negocjacji po zawarciu umowy w sprawie zamówienia. Precyzujesz je w istotnych dla stron postanowieniach, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy, ogólnych warunkach umowy albo – co w praktyce występuje najczęściej – we wzorze umowy stanowiącym element SIWZ.

Warto zauważyć, że z punktu widzenia wykonawcy „okolicznością mogącą mieć wpływ na sporządzenie oferty” będzie m.in. termin, do upływu którego zamawiający deklaruje podjęcie decyzji o zamówieniu opcji. Konieczne jest podanie tego terminu w SIWZ. Zwykle ustalisz go jako termin maksymalny, informując wykonawcę, iż zlecenie wykonania opcji może nastąpić także wcześniej. Gdy podany przez ciebie termin minie, prawo opcji wygaśnie. Opcja jest bowiem kontraktem terminowym.

PRZEPROWADZENIE POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA Z PRAWEM OPCJI

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający zobowiązany jest podać kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamówienie obejmujące prawo opcji powinno być rozumiane jako najszerszy możliwy zakres zadania. Tak więc odczytywana kwota musi obejmować także środki, jakie zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację prawa opcji. Nie oznacza to bynajmniej, że w momencie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia lub później, w czasie zawierania umowy po wyborze oferty, zamawiający powinien posiadać zabezpieczone w budżecie środki finansowe na realizację zamówienia w części opcjonalnej. Wystarczy, że będzie mógł sfinansować zamówienie w części podstawowej. Chodzi tutaj wyłącznie o stworzenie warunków do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w sytuacji, gdy wartość oferty z najniższą ceną lub oferty najkorzystniejszej (obejmującej prawo opcji) przekroczy wysokość kwoty odczytanej przed otwarciem ofert. W celu weryfikacji przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp należy porównać kwotę podaną podczas sesji otwarcia ofert do łącznej ceny ofertowej, którą zamawiający będzie musiał zapłacić za realizację zamówienia w części podstawowej oraz opcjonalnej.

Oferty składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia z prawem opcji powinny zawierać cenę za największy możliwy zakres zamówienia, czyli obejmującą wycenę całego przedmiotu zamówienia, także części opcjonalnej. Ponadto konieczne jest przedstawienie przez wykonawców ceny ofertowej z wyszczególnieniem ceny za część podstawową oraz część opcjonalną. Jest to niezbędne dla celów realizacji przyszłej umowy, w ramach której może nie dojść do zlecenia opcji.

Na podstawie kryterium ceny powinny być porównywane ceny ofertowe za całe zamówienie (z prawem opcji). Wiąże się z tym pewne niebezpieczeństwo. Sprytny wykonawca może zaoferować opcję np. za 1 zł, wliczając jej rzeczywiste koszty w cenę części podstawowej. W takim przypadku mógłbyś mieć problem. Cena oferty nie byłaby wyższa niż kwota, jaką zamierzasz przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a jednocześnie nie stać by cię było na zamówienie podstawowe zbyt wysoko wycenione w ofercie.

Działania sprzeczne z dobrymi obyczajami, jeżeli naruszają interes zamawiającego, stanowią czyn nieuczciwej konkurencji. Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka)⁵⁴. Zatem w pewnych okolicznościach takie cwaniactwo mogłoby być zinterpretowane jako czyn nieuczciwej konkurencji i doprowadzić do odrzucenia złożonej przez wykonawcę oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp.

Można wybrać prostsze rozwiązanie i zamieścić w SIWZ zapisy neutralizujące niechciane zachowania. Wystarczy, że określisz w SIWZ, że niedopuszczalne jest przeliczanie kosztów realizacji zamówienia opcjonalnego do kosztów realizacji zamówienia podstawowego i odwrotnie, lub wskażesz maksymalną procentową część ceny ofertowej, która może przypadać na opcjonalne zamówienie (np. do 30%).

PRAWO OPCJI CZY ZAMÓWIENIE UZUPEŁNIAJĄCE?

Alternatywą dla zamówienia obejmującego prawo opcji może być zamówienie uzupełniające. Jest ono udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki, o ile spełnione są przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 6 (w przypadku zamówienia na usługi lub roboty budowlane) albo 67 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp (w odniesieniu do zamówienia na dostawy). Istnieją jednak istotne różnice między tymi dwoma instrumentami prawnymi. Przedstawia je poniższa tabela.

⁵⁴ Tak w wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 r., V ACa 371/07.

Zamówienie opcjonalne	Zamówienie uzupełniające	
	usługi lub roboty budowlane	dostawy
Może być zamówieniem innego rodzaju niż przedmiot zamówienia podstawowego (powinno jednak być związane z zamówieniem podstawowym)	Musi polegać na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień, co zamówienie podstawowe. Musi być zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego	Musi polegać na rozszerzeniu dostawy podstawowej w sytuacji, gdy zmiana wykonawcy skutkowałaby koniecznością nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze. Musi być zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego
Przedmiot zamówienia opcjonalnego musi być opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący w treści SIWZ	Przedmiot zamówienia uzupełniającego musi być określony (ale nie opisany) w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego	Przedmiot zamówienia uzupełniającego musi być określony (ale nie opisany) w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego
Udzielane jest na podstawie umowy w sprawie zamówienia obejmującego zakres podstawowy i opcjonalny, bez konieczności zmiany umowy	Udzielane jest na podstawie nowej umowy zawartej w trybie zamówienia z wolnej ręki	Udzielane jest na podstawie nowej umowy zawartej w trybie zamówienia z wolnej ręki
Nie jest limitowane kwotowo	Nie może przekroczyć 50% wartości zamówienia podstawowego	Nie może przekroczyć 20% wartości zamówienia podstawowego
Nie jest limitowane czasowo (zamawiający musi jednakże podać w umowie czas, do upływu którego może z prawa opcji skorzystać)	Może być udzielone w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego	Może być udzielone w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego

Sam zdecydujesz, które z rozwiązań jest dla Ciebie korzystniejsze. Wydaje się, że stosowanie prawa opcji jest lepszym rozwiązaniem od zamówienia uzupełniającego w sytuacji, gdy jesteś w stanie bardzo dokładnie opisać przedmiot opcji na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia podstawowego. Ale pamiętaj! Aby stosowanie prawa opcji było racjonalne, nie jest wystarczająca dokładna znajomość przedmiotu opcji. Powinieneś być również w stanie ustalić prawdopodobieństwo pojawienia się w przewidywanej perspektywie warunków umożliwiających sfinansowanie tego zamówienia.

Jeżeli spodziewasz się otrzymać dotację (bo się o nią ubiegasz), wiesz, że corocznie uzyskujesz oszczędności w wyniku przeprowadzonych przetargów, które chcesz przeznaczyć na sfinansowanie dodatkowych potrzeb, lub przygotowujesz postępowanie w sprawie zamówienia, którego przedmiot ma w nieodległej przyszłości się zwiększyć (np. masz przejąć

nowy obiekt, który będziesz chciał objąć umową ochrony mienia), prawo opcji może być skutecznym środkiem efektywnego wydania pieniędzy.

Zauważ, że prawo opcji może być też instrumentem motywującym wykonawcę do jak najlepszego wykonywania zamówienia. Rozpatrzmy dwie sytuacje. W pierwszej zamawiający udziela zamówienia na usługi sprzątanego w szpitalu na okres 2 lat. W drugiej zamówienie podstawowe obejmuje świadczenie usług sprzątanego przez okres roku, a zamówienie w kolejnym roku to opcja. W wariancie drugim po upływie roku możesz swobodnie zdecydować, czy przedłużyć z wykonawcą współpracę na kolejny rok czy też definitywnie ją zakończyć. Gdy po upływie roku nie będziesz zadowolony z wykonawcy, możesz nie skorzystać z opcji. W wariancie pierwszym złożyłeś zobowiązanie na okres 2 lat, a więc rezygnacja z usług wykonawcy wymaga wypowiedzenia albo odstąpienia od zawartej umowy, co w praktyce jest decyzją trudniejszą do podjęcia.

4. USTALENIE WARTOŚCI ZAMÓWIENIA

Wartość – to, ile coś jest warte pod względem materialnym; cecha jakiejś rzeczy dająca się wyrazić równoważnikiem pieniężnym lub innym środkiem płatniczym⁵⁵.

Dokonując wydatków w życiu prywatnym, zwykliśmy interesować się wartością kupowanej rzeczy, usługi lub roboty budowlanej. Ile kosztuje chleb? Ile strzyżenie włosów? Ile trzeba zapłacić za remont mieszkania? Wiedza na temat wartości potrzebnych nam dóbr pozwala ocenić realność i efektywność wydatków.

Być może cena danej usługi jest dla nas zbyt wysoka – wówczas musimy z niej zrezygnować. Albo odłożymy zakup do czasu uzbierania wystarczającej ilości środków pieniężnych.

Mając wiedzę o przeciętnych kosztach interesującego nas towaru, nie damy się nabrać sprzedawcy, który będzie chciał nam wcisnąć „okazyjnie” towar w zbyt wygórowanej cenie. Gdy nie wiemy, jaka jest wartość towaru, możemy za niego przepłacić.

Podobnie jest w przypadku udzielania zamówień publicznych. Wiedza o wartości zamówienia pomaga w ustaleniu kwoty, jaką należy zabezpieczyć w budżecie na dane dobro. Gdy okaże się, że suma ta jest niższa od oferowanej ceny (nie stać nas na dany zakup), postępowanie o udzielenie zamówienia zwykle zostaje unieważnione.

Ustalenie wartości zamówienia publicznego powinno nastąpić przed wszczęciem postępowania. Jest odzwierciedleniem szacunkowych kosztów interesującej nas dostawy, usługi lub roboty budowlanej. Pamiętaj, iż wartość zamówienia nie uwzględnia podatku od towarów i usług (VAT). Dlaczego? Poniżej kilka zdań wyjaśnienia.

Najpierw, już w średniowieczu, było myto. Opłata ta pobierana była za przewożone towary w ustawianych na szlakach handlowych komorach celnych.

Później była dziesięcina – danina składana kościołowi od schyłku X do połowy XIX w. Płacił ją początkowo książę jako dziesiątą część swoich dochodów skarbowych. Szybko się jednak zorientował, że wygodniej jest przerzucić ją na ludność.

Za rządów Mieszka I w Polsce wprowadzono świętopietrze, czyli daninę na rzecz papieżstwa. Płacono ona była przez średniowieczne europejskie państwa katolickie.

Zagrożenie wojenne ze strony Szwedów, Moskali, Tatarów i Turków spowodowało, że w 1629 r., pod rządami króla Zygmunta III Wazy, sejm uchwalił podymne. Był to stały podatek od domu mieszkalnego płacony przez mieszczan, chłopów i zagrodową szlachtę⁵⁶.

⁵⁵ Słownik języka polskiego PWN, *op. cit.*, t. III, str. 660.

⁵⁶ Zob. I. Skrodzka, *Historia podatków, temat projektowy „Fiskusa nie oszukasz”*, http://rozwojprzezkompetencje.eduportal.pl/upload/prezentacje3/B4_semestr_III.pptx.

Podatek od towarów i usług wprowadził w Polsce rząd Hanny Suchockiej. Obowiązuje od 5 lipca 1993 r.

Od wieków rządzący szukali sposobów na powiększenie dochodów skarbowych państwa przez nakładanie coraz to nowych podatków. Podatek od towarów i usług jest tzw. podatkiem pośrednim. Mimo że to wykonawca nalicza go i odprowadza do budżetu państwa, faktyczny ciężar ekonomiczny tego podatku ponosimy my – konsumenci. Płacąc za towar, usługę lub robotę budowlaną, płacimy także zawarty w cenie VAT.

Pomysł nieuwzględnienia w wartości szacunkowej zamówienia publicznego podatku od towarów i usług ma genezę unijną. Stawka podstawowa tego podatku w krajach członkowskich Unii Europejskiej oscyluje w przedziale od 15% (Luksemburg) do 27% (Węgry)⁵⁷. Tak więc państwa członkowskie nie mają jednolitej stawki VAT. Tymczasem przepisy regulujące udzielanie zamówień publicznych w Unii Europejskiej (dyrektywy zamówieniowe) obowiązują po przekroczeniu tych samych progów kwotowych. Zatem gdyby wartość zamówienia ustalana była na podstawie szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy uwzględniającego podatek od towarów i usług, mogłoby się okazać, iż w jednym kraju członkowskim zamówienie na ten sam towar podlegałoby przepisom dyrektyw, a w innym już nie. Stąd decyzja, aby wartość szacunkową zamówienia każdy zamawiający ustalał bez podatku od towarów i usług.

Słuszność omawianego rozwiązania ilustruje przykład. Załóżmy, że towar X kosztuje bez VAT w przeliczeniu na wspólną walutę 110 000 euro. W Luksemburgu zapłacimy za niego 126 500 euro, czyli 15% więcej, a na Węgrzech – 139 700 euro (27% więcej, bo taka jest stawka VAT w tym kraju). Gdyby zamawiający miał ustalać wartość zamówienia wraz z VAT, w Luksemburgu zamówienie nie podlegałoby dyrektywie, a na Węgrzech już tak – zakładając oczywiście, iż progiem obowiązywania dyrektywy dla obu zamawiających byłaby suma 134 000 euro. Przy przyjęciu za wartość zamówienia kwoty bez VAT w obu przypadkach zamówienia nie podlegają przepisom dyrektyw. Dzięki temu wszyscy zamawiający z krajów członkowskich UE są jednakowo traktowani.

Musisz poznać wartość zamówienia, aby dokonać wyboru prawidłowej procedury postępowania przy udzielaniu zamówień publicznych. Będzie to procedura wewnętrzna, krajowa albo unijna.



⁵⁷ Stawki VAT obowiązujące w krajach członkowskich Unii Europejskiej. Stan na 1 lipca 2014 r., http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/vat/how_vat_works/rates/vat_rates_en.pdf.

PROCEDURA WEWNĘTRZNA

Jeżeli wartość zamówienia nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro, do udzielenia zamówienia nie stosuje się przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych (art. 4 pkt 8). Wyłączenie z ustawy zamówień publicznych ze względu na ich wartość ma na celu usprawnienie oraz obniżenie kosztów procesu dokonywania wydatków najmniejszej wartości.

W procedurze wewnętrznej o sposobie wyłonienia wykonawcy zamówienia publicznego decyduje kierownik zamawiającego, najczęściej w akcie kierownictwa wewnętrznego opisującym proces przygotowania i przeprowadzenia postępowań poniżej progu 30 000 euro (zarządzeniu, decyzji, uchwale itp.).

PROCEDURA KRAJOWA

W przypadku, gdy wartość zamówienia okaże się wyższa niż 30 000 euro, musisz wyłonić wykonawcę zamówienia w trybie określonym w przepisach prawa zamówień publicznych. Jeżeli jednak wartość ta zmieści się w progach unijnych, wybór wykonawcy następować będzie w procedurze krajowej.

Próg unijny dla robót budowlanych jest wysoki i wynosi 5 186 000 euro dla wszystkich zamawiających wykonujących działalność leczniczą. W odniesieniu do dostaw i usług próg ten wynosi 134 000 euro (stosują go podmioty wykonujące działalność leczniczą będące jednostkami sektora finansów publicznych z wyłączeniem tych, dla których organem założycielskim lub nadzorującym jest jednostka samorządu terytorialnego) albo 207 000 euro (w odniesieniu do pozostałych podmiotów wykonujących działalność leczniczą, będących zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy pzp).

W procedurze krajowej znajdziesz wiele udogodnień, których zastosowanie może usprawnić procedurę udzielenia zamówienia publicznego:

1. Krótkie terminy:
 - składania ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
 - związania ofertą,
 - udzielania odpowiedzi na pytania dotyczące treści SIWZ,
 - wstrzymywania zawarcia umowy w sprawie zamówienia po zawiadomieniu o wyborze oferty (tzw. klauzuli *stand still*).
2. Brak konieczności powoływania komisji przetargowej.
3. Brak konieczności żądania wniesienia wadium w przetargach oraz w trybach negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego.
4. Brak konieczności żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.
5. Ograniczona ochrona prawna wykonawców.

PROCEDURA UNIJNA

Jeżeli ustalona przez siebie wartość zamówienia będzie równa progom unijnym lub je przekroczy, nie masz możliwości korzystania z udogodnień wynikających z procedury krajowej. A zatem twoje zamówienie będzie podlegać wszystkim rygorom przewidzianym w ustawie – Prawo zamówień publicznych.

Szczególnym rodzajem procedury unijnej jest procedura zastrzona. Dotyczy ona wyłącznie zamówień lub umów ramowych współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej, których wartość jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość

kwoty 20 000 000 euro dla robót budowlanych oraz 10 000 000 euro dla dostaw lub usług. W stosunku do takich zamówień przewidziana została obligatoryjna kontrola uprzednia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

4.1. RÓŻNICA MIĘDZY DOPUSZCZALNYM A NIEDOPUSZCZALNYM PODZIAŁEM ZAMÓWIENIA NA CZĘŚCI

Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Zwróć uwagę na końcówkę przytoczonego powyżej przepisu. Ustawodawca wymaga od ciebie należytej staranności. Poniżej otrzymasz wskazówki, jak ten termin należy rozumieć.

Gdy mama mówi do dziecka: „Umyj zęby”, oczekuje, że malec wyszczotkuje je starannie. Najlepiej według schematu polecanego przez lekarzy dentystów. Najpierw oczyścimy zewnętrzną powierzchnię zębów górnych, a następnie dolnych. W drugiej kolejności wewnętrzną powierzchnię zębów. Potem przechodzimy do czyszczenia powierzchni żujących. Na koniec – w celu odświeżenia oddechu – delikatnie oczyszczamy język. Mama wie, że staranne mycie zębów pozwala zachować je długo w zdrowiu. A dziecku może zaoszczędzić nielubianych zabiegów u stomatologa.

Należyta staranność polega właśnie na działaniu, które świadczy o tym, że ktoś zrobił wszystko, aby wykonać swoje zadanie jak najlepiej. Kodeks cywilny w art. 355 § 1 nakłada obowiązek dochowania staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju. Nasze obowiązki powinny być wykonane jak najstaranniej, z wykorzystaniem niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Należyta staranność powinna być pojmowana jako działanie rzetelne, przezerne, zgodne z przepisami, terminowe i prowadzące do uzyskania jak najlepszego efektu⁵⁸.

Należyta staranność w odniesieniu do określenia wartości zamówienia to w pierwszej kolejności wybór odpowiedniej metody szacowania, która pozwoli na ustalenie kosztów dostawy, usługi lub roboty budowlanej adekwatnych do ich cen rynkowych. To także działanie przezerne i planowe. Poparte analizą potrzeb szpitala z odpowiednim wyprzedzeniem, aby było możliwe efektywne przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia.

W praktyce podczas ustalania wartości zamówienia będziesz musiał rozstrzygnąć głównie dwa dylematy. Pierwszy dotyczy będzie metody ustalenia wartości dostaw, usług lub robót budowlanych. Drugi polegać będzie na znalezieniu odpowiedzi na pytanie, które z tych dostaw, usług i robót należy zakwalifikować do jednego zamówienia. Rozstrzygnięcie tych kwestii jest kluczowe dla prawidłowego określenia wartości zamówienia, a co za tym idzie – wyboru właściwej procedury postępowania (wewnętrznej, krajowej czy unijnej).

METODY USTALANIA WARTOŚCI ZAMÓWIENIA

W odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień metoda ustalenia ich wartości będzie wynikać bezpośrednio z przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych. Wówczas wystarczy ją zastosować i mieć pewność, że postępuje się z należytą starannością. Nawet gdy wyliczona kwota będzie odbiegać od rzeczywistej wartości rynkowej zamówienia, możesz być pewny, że nie otrzymasz zarzutu podczas kontroli. Przecież wybrałeś metodę narzuconą przez przepisy obowiązującego prawa.

Tam, gdzie ustawa milczy, musisz sam określić sposób oszacowania wartości zamówienia. W tym przypadku ponosisz pełną odpowiedzialność za błędnie oszacowaną wartość. W szczególności gdy się okaże, że została ona zaniżona, co miało wpływ na

⁵⁸ Por. I. Jackowska, *Należyta staranność*. Encyklopedia „Gazety Prawnej”, www.gazetaprawna.pl.

zastosowanie przepisów dotyczących zamówienia publicznego o niższej wartości, możesz mieć poważne problemy. Czyn ten stanowi bowiem naruszenie dyscypliny finansów publicznych⁵⁹.

Zamówienia publiczne, których wartość ustalisz metodą wynikającą z przepisów, to:

- 1) zamówienia na roboty budowlane,
- 2) zamówienia na dostawy lub usługi powtarzające się okresowo,
- 3) zamówienia na usługi bankowe oraz inne usługi finansowe.

WARTOŚĆ ZAMÓWIENIA NA ROBOTY BUDOWLANE

Jeżeli przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych, wartość zamówienia ustalisz na podstawie:

- 1) kosztorysu inwestorskiego sporządzanego na etapie opracowania dokumentacji projektowej albo
- 2) planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym⁶⁰.

Z kolei w przypadku, gdy masz zamiar udzielić zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, wartość zamówienia ustalać będziesz na podstawie planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym.

Metody i podstawy sporządzania kosztorysu inwestorskiego oraz obliczania planowanych kosztów prac projektowych i planowanych kosztów robót budowlanych wynikają z aktu wykonawczego do ustawy⁶¹.

Pamiętaj, że przy obliczaniu wartości zamówienia na roboty budowlane musisz uwzględnić także wartość dostaw związanych z wykonywaniem robót budowlanych, które oddajesz do dyspozycji wykonawcy. Załóżmy, że w danym roku stać cię tylko na zakup stolarki okiennej. W roku następnym będziesz chciał zlecić jej wymianę w budynku szpitala. Kupując stolarkę, masz zamówienie na dostawy, którego wartość obejmuje tylko koszt tej dostawy. Z kolei wartością zamówienia na wymianę stolarki okiennej będzie koszt prac montażowych powiększony o wartość zakupionej w roku ubiegłym stolarki.

ZAMÓWIENIA NA DOSTAWY I USŁUGI POWTARZAJĄCE SIĘ OKRESOWO

W swojej praktyce będziesz miał niewiele do czynienia z zamówieniami na dostawy i usługi powtarzające się okresowo. Występują one bowiem bardzo rzadko. Dzieje się tak dlatego, że zamawiający robi wszystko, aby takich zamówień po prostu nie mieć. Jeżeli można zawrzeć jedną umowę (a więc udzielić tylko jednego zamówienia), na podstawie której wykonawca zaspokajać będzie nasze okresowe potrzeby, jest to po prostu rozwiązanie wygodniejsze, niż gdyby te potrzeby miały być zaspokajane przez zawieranie odrębnych umów.

Zamówienie publiczne to umowa odpłatna, której przedmiotem są dostawy, wykonywanie usług lub roboty budowlane. Przedmiot umowy przyjmuje formę świadczenia jednorazowego, ciągłego lub okresowego.

Świadczenie jest jednorazowe, jeżeli da się wykonać podczas jednej czynności i polega na działaniu jednorazowym powodującym wygaśnięcie zobowiązania. Takim świadczeniem

⁵⁹ Art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

⁶⁰ Art. 33 ust. 1 ustawy pzp.

⁶¹ Chodzi o rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U. Nr 130, poz. 1389).

będzie np. budowa szpitala albo dostawa aparatury medycznej. Treść umowy może jednakże stanowić, iż świadczenie jednorazowe będzie wykonywane w częściach (ratach). W takiej sytuacji wszystkie części stanowią jedną całość (tak jak w przypadku sukcesywnej dostawy materiałów biurowych lub leków). Termin wykonania określa sposób wykonania świadczenia jednorazowego, a nie jego treść i rozmiar.

Świadczenie jest ciągłe, jeżeli nie da się go wykonać za pomocą jednej czynności. W ramach zawartej umowy wykonawca musi realizować świadczenie bez przerwy (ciągłe) aż do upływu czasu, na jaki umowa została zawarta. Przykładem świadczenia ciągłego jest dostawa energii elektrycznej lub wody. Oczekujesz, że w okresie trwania umowy wykonawca w sposób ciągły dostarczać ci będzie te dobra. Jeżeli zauważysz, że jest przerwa w dostawie prądu lub gazu, z pewnością zadzwonisz z pretensją do wykonawcy, oczekując stosownych wyjaśnień.

Świadczenie okresowe polega na świadczeniu pewnej ilości usług lub dostaw w określonych odstępach czasu. Świadczenia te mają charakter powtarzalny. Potrzeby zamawiającego nie mogą być zaspokojone jednorazowo (przez jedną czynność). Po wykonaniu danego świadczenia pojawia się co jakiś czas konieczność jego powtórzenia. Na rozmiar świadczenia okresowego wpływa nie ilość świadczeń wykonywanych w ramach umowy, lecz czas, na jaki umowa zostanie zawarta. Może to być np. prenumerata czasopism, wywóz śmieci.

Zamówienie na dostawy lub usługi powtarzające się okresowo jest najbardziej zbliżone rodzajowo do świadczeń okresowych. Istnieje jednak zasadnicza różnica. Zamówienie na dostawy lub usługi powtarzające się okresowo polega na świadczeniach okresowych wykonywanych na podstawie odrębnie zawieranych umów. Muszą to być umowy okresowo powtarzające się w danym roku budżetowym lub w okresie nie dłuższym niż 12 miesięcy. Z kolei przy świadczeniu okresowym będą one wykonywane w ramach jednej umowy zawartej na cały rok.

Tak więc w przypadku, gdyby zamawiający zawarł tylko jedną umowę w roku budżetowym na wywóz śmieci (w ramach której okresowo, np. raz w tygodniu, wykonawca opróżniałby pojemniki ze śmieciami), mielibyśmy do czynienia z zamówieniem na świadczenie okresowe. Z kolei gdy zamawiający na każdy z wywozów udzielałby odrębnego zamówienia (czyli zawierał odrębną umowę), wówczas mielibyśmy do czynienia z zamówieniami na usługi powtarzające się okresowo. W takim przypadku wartość zamówienia (a więc każdego z wywozów) zamawiający musiałby ustalić na podstawie łącznej wartości zamówień tego samego rodzaju:

- 1) udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług lub dostaw oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem, albo
- 2) których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po pierwszej usłudze lub dostawie.

Jak widzisz, w przypadku występowania zamówienia na usługi powtarzające się okresowo miałbyś więcej obowiązków, gdyż na każde ze świadczeń musiałbyś przeprowadzać odrębne postępowanie o udzielenie zamówienia. W wariantcie zamówienia na świadczenie okresowe przygotowałbyś i przeprowadził tylko jedno postępowanie w danym roku. Sam oceń, które rozwiązanie jest lepsze.

RÓŻNICA POMIĘDZY ZAMÓWIENIEM NA DOSTAWY LUB USŁUGI POWTARZAJĄCE SIĘ OKRESOWO A ZAMÓWIENIEM NA ŚWIADCZENIE OKRESOWE

Dostawa lub usługa powtarzająca się okresowo



Świadczenie okresowe



Rys. Grzegorz Czaban

WARTOŚĆ ZAMÓWIENIA NA USŁUGI FINANSOWE

Ostatnim rodzajem zamówień, w odniesieniu do których ustawa – Prawo zamówień publicznych określa sposób ustalenia wartości zamówienia, są zamówienia obejmujące usługi bankowe lub inne usługi finansowe. Wartością takich zamówień są opłaty, prowizje, odsetki i inne podobne świadczenia. Ustalisz je na podstawie tabel opłat i prowizji publikowanych w Internecie lub w prasie (w dodatkach ekonomicznych).

USTALENIE WARTOŚCI ZAMÓWIENIA NA INNE RODZAJE ZAMÓWIEŃ

Jeżeli nie zamawiasz robót budowlanych, dostaw lub usług powtarzających się okresowo ani usług finansowych, sposób szacowania wartości zamówienia określisz sam.

Najpopularniejsze metody szacowania wartości zamówień to:

1. Analiza przeciętnych cen dostaw lub usług stanowiących przedmiot zamówienia w miejscu wykonania zamówienia (tzw. rozeznanie rynku).
2. Ustalenie wartości na podstawie wartości zamówień tego samego rodzaju udzielonych w poprzednim roku budżetowym.
3. Kalkulacja własna (indywidualna).

ROZEZNANIE RYNKU

Rozeznanie rynku możesz przeprowadzić na podstawie danych dostępnych w Internecie (strony internetowe wykonawców, dane zawarte w ogłoszeniach o udzielonych zamówieniach publikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych lub Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej) lub na podstawie informacji przekazanych ci bezpośrednio przez wykonawców.

Pamiętaj, że staranne rozeznanie rynku wymaga wyboru odpowiedniego obszaru rynku (lokalny, krajowy, europejski, światowy). Jeżeli skala zamówienia wskazuje na to, iż zainteresowani złożeniem oferty mogą być tylko wykonawcy krajowi, błędem byłoby

rozeznawać rynek w Brazylii lub na Litwie. W takim przypadku podpytaj o cenę danego dobra na rynku krajowym.

Ważny jest także odpowiedni zakres badania rynku. Najczęściej sprawdza się ceny danego towaru lub usługi u 3 wykonawców. Niemniej jednak w pewnych sytuacjach stwierdzisz, że liczbę tę należy zwiększyć. Załóżmy, że szacując wartość zamówienia na dostawę komputerów, otrzymasz następujące odpowiedzi:

A – 170 000 zł bez VAT

B – 180 000 zł bez VAT

C – 30 000 zł bez VAT

Czy możesz wywnioskować z tych informacji, jaka jest rynkowa cena komputerów? Średnia arytmetyczna podanych wyżej cen wynosi 126 666,67 zł bez VAT. Czy to oznacza, iż wartość twojego zamówienia jest niższa niż 30 000 euro, a co za tym idzie – do jego udzielenia nie musisz stosować prawa zamówień publicznych?

Zobacz, co mogłoby się stać, gdybyś zwiększył zakres badania rynku:

D – 175 000 zł bez VAT

E – 180 000 zł bez VAT

Analiza rynku poszerzona o 2 kolejne firmy może doprowadzić do logicznego wniosku, że wykonawca C podał ci kwotę nierynkową. Średnia arytmetyczna cen komputerów z pominięciem ceny podanej przez wykonawcę C to 176 250 zł bez VAT.

Która wartość jest ustalona z należytą starannością: 126 666,67 zł bez VAT czy też 176 250 zł bez VAT? Dokonałbyś wyboru wykonawcy, stosując przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych czy też z pominięciem procedur określonych ustawą (art. 4 pkt 8 ustawy pzp)?

Oceniając występ skoczka na zawodach w skokach narciarskich, bierze się pod uwagę punktację za długość skoku oraz notę za styl. Nota za styl przyznawana jest przez 5 sędziów w skali 0–20 pkt. Dwie skrajne noty zawsze są odrzucane. Mogą bowiem wypaczyć wynik i skrzywdzić zawodnika.

Zamówienia publiczne to nie skoki narciarskie. Niemniej jednak logika obowiązuje. Należyta staranność, do której jesteś zobowiązany przy ustalaniu wartości zamówienia, powinna cię skłonić do odrzucenia skrajnej noty, czyli ceny wykonawcy C. Wartość rynkowa komputerów wynosi wówczas 176 250 zł bez VAT, a więc jest wyższa niż 30 000 euro. Twoje zamówienie podlega ustawie – Prawo zamówień publicznych.

USTALENIE WARTOŚCI ZAMÓWIENIA NA PODSTAWIE WARTOŚCI POPRZEDNIO UDZIELANYCH ZAMÓWIEŃ

Jeżeli udzielałeś już wcześniej zamówień na dostawy lub usługi stanowiące przedmiot zamówienia, najprościej jest ustalić wartość zamówienia na podstawie wartości zamówień tego samego rodzaju udzielonych w poprzednim roku budżetowym. Pamiętaj jednak, że ceny, które uzyskałeś w roku ubiegłym, mogą być nieaktualne. Ponadto może się zdarzyć, że w bieżącym roku zamierzasz zamówić inne ilości towaru lub nieco zmienić asortyment.

Chcąc urealnić zeszłoroczne ceny, możesz uwzględnić prognozowany na dany rok średnioroczny wskaźnik wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem. Znajdziesz go w ustawie budżetowej⁶². Średnie ceny nowego asortymentu możesz z kolei ustalić metodą rozeznania rynku.

⁶² Zgodnie z art. 18 ustawy budżetowej na rok 2015 wskaźnik ten wyniósł 101,2%, co oznacza, że ceny towarów i usług wzrosły o 1,2% w stosunku do cen z 2014 r.

KALKULACJA WŁASNA

Czasami będziesz musiał ustalić wartość takiego zamówienia, z którym wcześniej nie miałeś do czynienia. Z uwagi na prącochłonność określenia jego kosztów nie będziesz także mógł liczyć na bezpłatną pomoc rynku w ustaleniu wartości. Zamówienia takie najczęściej dotyczyć będą usług intelektualnych (np. doradczych lub projektowych) lub dóbr innowacyjnych. W tych przypadkach będzie możliwe ustalenie wartości zamówienia metodą kalkulacji indywidualnej.

W odniesieniu do prac projektowych najpopularniejsze są metody⁶³:

1. Podstawowa – najprecyzyjniejsza, oparta na technicznych kryteriach trudności oraz wielkości parametrów technicznych, takich jak kubatura, powierzchnia, długość itd. Wartość jest określana na podstawie umownych jednostek nakładu pracy i stawek za te jednostki ustalanych corocznie przez Zarząd Rady Koordynacyjnej Biur Projektów.

2. Wskaźnikowa – bazująca na wskaźnikach procentowych kosztów dokumentacji projektowej w stosunku do przewidywanych kosztów robót budowlanych. Metoda ta jest zbliżona do metody ustalania planowanych kosztów prac projektowych określonej w przepisach wykonawczych do ustawy – Prawo zamówień publicznych⁶⁴.

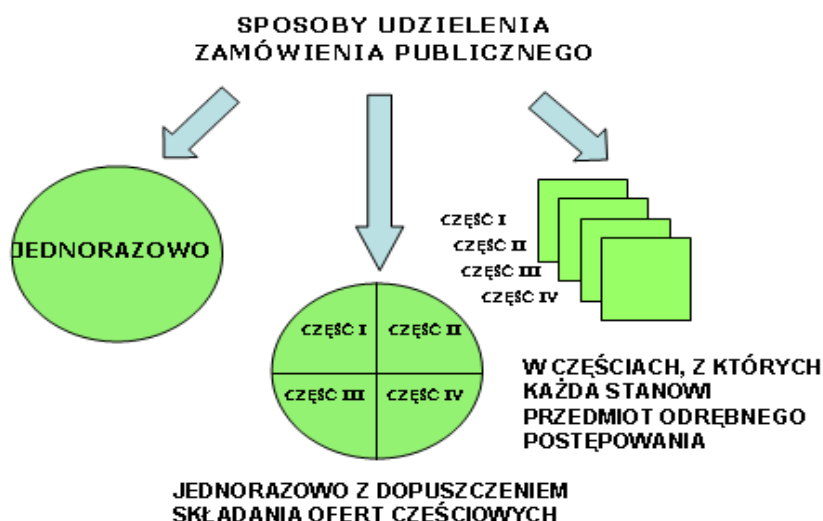
3. Wartościowa – polegająca na określaniu wartości usług projektowych i inżynierskich na podstawie przewidywanej (lub rzeczywistej) liczby godzin na realizację danego tematu i uzgodnionej między stronami stawki godzinowej.

Jeżeli uznasz, że nie masz wystarczających umiejętności, aby ustalić wartość zamówienia metodą kalkulacji własnej, rozważ powierzenie tej czynności osobie trzeciej.

KIEDY MAMY DO CZYNIEŃIA Z JEDNYM ZAMÓWIENIEM?

Wartość zamówienia podpowie ci, w jakiej procedurze musisz udzielić zamówienia publicznego. Jeżeli zaniżysz wartość lub będziesz dokonywał podziału zamówienia na mniejsze części, aby uniknąć stosowania przepisów prawa zamówień publicznych, możesz być pewny, że gdy wyjdzie to na jaw w trakcie kontroli, będziesz miał kłopoty⁶⁵.

Do ciebie należeć jednak będzie decyzja o sposobie udzielenia prawidłowo oszacowanego zamówienia. Do wyboru masz trzy warianty, które przedstawia poniższy rysunek.



Rys. Grzegorz Czaban

⁶³ Metody wyceny prac projektowych według Izby Projektowania Budowlanego (Środowiskowe Zasady Wycen Prac Projektowych), www.ipb.org.pl.

⁶⁴ Chodzi o przywołane wcześniej rozporządzenie Ministra Infrastruktury w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego.

⁶⁵ W myśl art. 32 ust. 2 ustawy pzp „Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości”.

Jeżeli wybierzesz wariant 2 lub 3, za wartość zamówienia musisz przyjąć łączną wartość poszczególnych części zamówienia⁶⁶.

Zauważ, że wariant 3 polega na dzieleniu zamówienia. W tym przypadku udzielasz zamówienia w częściach, z których każda stanowić będzie przedmiot odrębnego postępowania. Gdy za wartość zamówienia przyjmować będziesz łączną wartość wszystkich części, podział nie zostanie zinterpretowany jako mający na celu uniknięcie stosowania prawa zamówień publicznych. Pamiętaj, że nie jest zabronione dzielenie zamówienia na części. Zakazane jest wyłącznie takie dzielenie, które ma na celu uniknięcie stosowania przepisów ustawy.

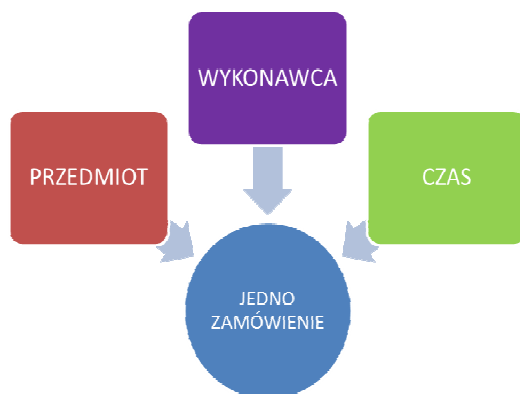
Przeanalizuj poniższy przykład. Przygotowujesz postępowanie na dostawę endoprotez cementowych i bezcementowych stawów. Zakres zamówienia obejmuje dostawę 50 szt. takich wyrobów. Wartość zamówienia oszacowałeś na 800 000 zł, co stanowi równowartość 189 353,59 euro. Załóżmy, że w twoim przypadku próg unijny to 134 000 euro.

Rozważasz dwa warianty postępowania. W pierwszym chcesz udzielić zamówienia w jednym postępowaniu na dostawę wszystkich 50 endoprotez, przeprowadzonym w procedurze unijnej. W wariantcie drugim rozważasz udzielenie zamówienia w dwóch częściach, po 25 endoprotez. Każdą z części zamawiać będziesz w odrębnym postępowaniu, przyjmując za wartość zamówienia sumę wszystkich części, a więc kwotę 800 000 zł. Zamówienie na każdą z części zostanie zatem udzielone także w procedurze unijnej. Jak widzisz, podział zamówienia w przypadku przyjęcia wariantu drugiego nie spowoduje uniknięcia stosowania przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych.

W swojej praktyce będziesz musiał rozstrzygać, co powinno się składać na jedno zamówienie publiczne. Czy implanty kręgosłupowe należy połączyć z endoprotezami? Czy oprzyrządowanie do inkubatora łączymy z oprzyrządowaniem do kardiomonitora? Czy remont oddziału kardiologicznego i remont oddziału otolaryngologicznego w tym samym budynku szpitala to jedno zamówienie? A jeżeli te oddziały są zlokalizowane w dwóch odrębnych budynkach? Żaden przepis prawa zamówień publicznych nie wyjaśnia takich czy podobnych kwestii. Decyzję podejmiesz sam i będziesz ją musiał obronić podczas ewentualnej kontroli.

KRYTERIA AGREGACJI ZAMÓWIENIA

Wieloletnie doświadczenia zamawiających doprowadziły do wypracowania pewnych wskazówek, które mogą okazać się pomocne przy ustalaniu minimalnego zakresu zamówienia. Ich autorem są specjaliści ds. zamówień publicznych. W sytuacji, gdy kontrolerzy, mając wątpliwość co do zasadności potraktowania pewnych robót, usług lub dostaw jako odrębnych zamówień, pytają o powody takiej decyzji, najczęściej słyszą od pracowników zamawiającego trzy rodzaje wyjaśnień. Jedne z nich będą ukierunkowane na przedmiot, drugie na wykonawcę, a inne na czas.



Rys. Grzegorz Czaban

⁶⁶ Zgodnie z art. 32 ust. 4 ustawy pzp, „Jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia”.

PRZYKŁAD 1.

Kontroler: „Dlaczego nie zagregowali Państwo zakupu inkubatorów i ultrasonografów? Przecież wszystkie te urządzenia to wyroby medyczne”. Odpowiedź pracownika szpitala: „Bo są to przedmioty innego rodzaju, o różnym przeznaczeniu. Celem zakupu inkubatora jest podtrzymywanie procesów życiowych oraz rozwoju i wzrostu noworodków. Jego zadaniem jest wytworzenie mikroklimatu o odpowiedniej temperaturze, wilgotności i składzie atmosfery. Tymczasem ultrasonograf służy do diagnostyki obrazowej. Dzięki niemu możemy zbadać i zobrazować tkanki”. Argumentacja wskazująca na istnienie dwóch różnych zamówień nawiązuje w tym przypadku do przedmiotu. Zamawiający przekonuje, że przedmiot jest innego rodzaju i ma odmienne przeznaczenie.

PRZYKŁAD 2.

Kontroler: „Dlaczego zakup pieczywa i dostawy mięsa zostały potraktowane jako odrębne zamówienia? Przecież każdy z tych asortymentów kupowany jest na potrzeby kuchni szpitala i służy celom spożywczym?”. Odpowiedź pracownika szpitala: „Z uwagi na dużą skalę tych zamówień nie są one dostępne u tego samego wykonawcy. Pieczywo dostarczają nam bezpośrednio piekarnie. Natomiast mięso zakłady mięsne”. W tym przypadku wyjaśnienia zamawiającego skierowane są na wykonawcę. Powodem uznania, że mamy do czynienia z odrębnymi zamówieniami, jest brak możliwości dokonania zakupu obu asortymentów spożywczych u jednego wykonawcy. Pamiętaj, że możliwość zrealizowania zamówienia przez jednego wykonawcę nie może mieć charakteru incydentalnego i musi odzwierciedlać rzeczywistą sytuację na rynku tych zamówień.

PRZYKŁAD 3.

Kontroler: „W styczniu szpital zorganizował przetarg na dostawę sprzętu komputerowego. Tymczasem w maju udzielone zostało kolejne zamówienie na dostawę komputera stacjonarnego z pominięciem przepisów prawa zamówień publicznych. Dlaczego komputer ten nie został ujęty w przedmiocie zamówienia udzielonego na początku roku? Przecież jest to przedmiot tego samego rodzaju i z pewnością można go nabyć u jednego wykonawcy”. Odpowiedź pracownika szpitala: „W kwietniu, a więc trzy miesiące po wszczęciu postępowania przetargowego, w wydziale zamówień publicznych uległ awarii komputer. Informatyk ustalił, że naprawa jest ekonomicznie nieuzasadniona, po czym dyrekcja szpitala uznała, że należy zakupić nowy zestaw komputerowy. Ponieważ nie było obiektywnej możliwości przewidzenia tej awarii w momencie wszczynania postępowania przetargowego, zestaw ten nie został ujęty w opisie przedmiotu zamówienia”. Uzasadnienie tym razem nawiązuje do kryterium czasu. Zamawiający obiektywnie nie mógł przewidzieć awarii w momencie wszczęcia postępowania przetargowego na zakup sprzętu komputerowego. Ta pojawiła się w innym czasie. Gdyby komputer się popsuł, zanim został ogłoszony przetarg na dostawę sprzętu komputerowego, zamawiający byłby zobowiązany dokonać zmiany wartości zamówienia (ustalona wartość zamówienia powinna być wówczas zwiększona o wartość dodatkowego zestawu)⁶⁷. W sytuacji, gdy zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie wartości zamówienia następuje po wszczęciu postępowania, nie wolno już zmienić wartości zamówienia. Każde następne zamówienie należy więc traktować jako nowe.

Jeżeli w dającej się przewidzieć perspektywie czasu zamierzasz udzielić zamówienia na dostawę, usługi lub roboty tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu, które może zrealizować ten sam wykonawca, powinieneś uznać, że masz jedno zamówienie publiczne. Wskazują na to trzy kryteria – przedmiot, wykonawca i czas – które występują łącznie.

⁶⁷ Zgodnie z art. 35 ust. 2 ustawy pzp, „Jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia”.

Zauważ, że w takiej sytuacji nie masz wiarygodnej argumentacji, która mogłaby kogokolwiek przekonać o konieczności składania różnych zamówień.

Pamiętaj przy tym, że o sposobie udzielenia prawidłowo zagregowanego zamówienia decydujesz sam. Jeżeli wybierzesz wariant udzielenia zamówienia z dopuszczeniem składania ofert częściowych lub w częściach, z których każda stanowić będzie przedmiot odrębnego postępowania, konieczne będzie przyjęcie za wartość zamówienia sumy wszystkich części zamówienia.

ROBOTY BUDOWLANE TEGO SAMEGO RODZAJU

W przypadku udzielania zamówień na roboty budowlane ustalenie minimalnego zakresu zamówienia może okazać się trudniejsze niż w odniesieniu do dostaw lub usług.

Cennej wskazówki w zakresie agregacji robót budowlanych udzielić ci może definicja robót budowlanych zawarta w ustawie – Prawo zamówień publicznych.

Pod pojęciem robót budowlanych należy rozumieć:

- 1) wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w wykazie robót budowlanych⁶⁸ lub
- 2) wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie obiektu budowlanego, a także
- 3) realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Do wykazu robót budowlanych został przepisany fragment wspólnego słownika zamówień publicznych (CPV). Chodzi o dział 45 CPV „Roboty budowlane”. Wykaz jest narzędziem służącym do zakwalifikowania zamówienia do robót budowlanych. Jeżeli odnajdziesz w nim opisany przez siebie przedmiot zamówienia, masz prawo zaklasyfikować go do robót budowlanych. Jeśli twojego przedmiotu tam nie ma, to masz do czynienia z dostawą lub usługą. Zaliczenie przedmiotu zamówienia do robót budowlanych ma istotne konsekwencje. Przedmiot zamówienia musisz wówczas opisać za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (w przypadku zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych – za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego). Wartość zamówienia ustalasz na podstawie kosztorysu inwestorskiego lub planowanych kosztów robót budowlanych (w odniesieniu do zamówień udzielanych w formule zaprojektuj – wybuduj za pomocą planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych). A co najważniejsze, po zakwalifikowaniu twojego zamówienia do robót budowlanych będziesz miał bardzo wysoki próg wyznaczający procedurę unijną – 5 186 000 euro.

Wykaz robót budowlanych w żadnym razie nie służy do agregacji zamówień na roboty budowlane, a więc na nic ci się on zda, jeżeli będziesz miał problem z ustaleniem, które przewidziane do wykonania roboty stanowią jedno zamówienie publiczne.

W przedmiocie agregacji (łączenia) robót budowlanych w jedno zamówienie pomocna może się okazać dalsza część definicji robót budowlanych, z której dowiesz się, iż robotą budowlaną jest wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie, albo realizacja za pomocą dowolnych środków obiektu budowlanego. Definicja obiektu budowlanego zawarta w przepisach ustawy – Prawo zamówień publicznych różni się od tej, którą znamy z prawa budowlanego. Różnice przedstawia poniższa tabela.

⁶⁸ Wykaz robót budowlanych stanowi załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012 r. w sprawie wykazu robót budowlanych (Dz.U. z 2012 r., poz. 1372), które jest aktem wykonawczym do ustawy pzp wydanym na podstawie art. 2c.

DEFINICJA OBIEKTU BUDOWLANEGO	
Wg art. 2 pkt 5d ustawy pzp oraz art. 2 ust. 1 pkt 7 dyrektywy 2014/24/UE	Wg ustawy – Prawo budowlane (art. 3 pkt 1)
wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samodzielnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną	<ul style="list-style-type: none"> ▪ budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, ▪ budowla stanowiąca całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami, ▪ obiekt małej architektury

Każdy obiekt budowlany pełni określoną funkcję gospodarczą lub techniczną. Funkcją techniczną kanalizacji sanitarnej jest odbiór ścieków. Autostrady – możliwość przemieszczania się. Funkcją gospodarczą może być z kolei konieczność ponoszenia nakładów na utrzymanie tych obiektów lub pobieranie opłat z tytułu korzystania z nich. Jeżeli w wyniku wykonania pewnego zakresu robót budowlanych zakładana funkcja techniczna lub gospodarcza będzie mogła być samodzielnie osiągnięta, oznacza to, że powstał obiekt budowlany. Innymi słowy, można założyć, że zrealizowano kompleksowe zamówienie publiczne na roboty budowlane.

W przypadku, gdy po wykonaniu umowy w sprawie zamówienia konieczne jest udzielanie kolejnych zamówień na roboty budowlane, których wynik razem wzięty samodzielnie pełni funkcję ekonomiczną lub techniczną (poszczególne przedmioty są współzależne), wówczas mamy do czynienia z jednym zamówieniem udzielanym w częściach. Wartość robót prowadzących do osiągnięcia tego wyniku należy zsumować.

Zamówienie na roboty tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu powinno się zatem odnosić do wyniku robót z zakresu budownictwa albo inżynierii lądowej lub wodnej, który może samodzielnie pełnić funkcję ekonomiczną lub techniczną. W jego zakres mogą wchodzić różne prace (ogólnobudowlane, elektryczne, dekarские), ale współzależne, bez których wykonania pozostałe nie będą mogły pełnić zakładanej funkcji. Tak będzie np. w przypadku budowy szpitala. Wszystkie roboty budowlane, które mają doprowadzić do jego powstania, odbioru i przekazania do użytkowania zgodnie z przeznaczeniem (dla celów działalności leczniczej), stanowią jedno zamówienie publiczne.

Jeżeli w jednym czasie byłyby zlecane roboty, w wyniku których powstałyby dwa różne obiekty, a każdy z nich niezależnie pełniłby samodzielnie funkcję ekonomiczną lub techniczną, mielibyśmy do czynienia z dwoma odrębnymi zamówieniami. Dlatego, mimo pewnego podobieństwa przedmiotowego, budowa autostrad A1 i A2 to osobne zamówienia.

W przypadku zamówień, których przedmiotem jest wykonanie obiektu budowlanego, nie powiniemy mieć większych problemów z agregacją robót. Czym się jednak kierować, jeżeli przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie prac remontowych?

Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji remontu. Dowiesz się, co się kryje pod tym pojęciem, z prawa budowlanego. Remontem jest wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyte w stanie pierwotnym⁶⁹. Istota remontu jest zatem ściśle powiązana z obiektem budowlanym. W jego wyniku przywraca się wartość użytkową

⁶⁹ Art. 3 pkt 8) ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 1409, z późn. zm.).

(funkcjonalność, sprawność techniczną) obiektu⁷⁰. Stąd w przypadku, gdy w danym roku budżetowym przewidujesz realizację różnych prac remontowych, ale w tym samym obiekcie budowlanym, powinieneś uznać, że masz do czynienia z jednym zamówieniem publicznym.

Co jednak zrobiłbyś w przypadku, gdybyś zaplanował na dany rok wymianę stolarki okiennej w dwóch odrębnych obiektach? Załóżmy, że wartość robót w każdym obiekcie nie przekraczałaby równowartości kwoty 30 000 euro, ale suma już tak. Wymiana okien w każdym obiekcie pozwala na osiągnięcie niezależnie od siebie samodzielnej funkcji ekonomicznej (obniżenie kosztów eksploatacji obiektu w wyniku uzyskania zakładanego efektu termomodernizacyjnego). Czy byłyby to zatem dwa odrębne zamówienia publiczne?

Pamiętaj, że cel możesz zwykle osiągnąć na kilka różnych sposobów. W opisanym przypadku możesz mieć co najmniej dwa pomysły na udzielenie zamówienia:

1. Wymianę okien w każdym z obiektów potraktujesz jako osobne zamówienie, którego udzielisz z pominięciem przepisów prawa zamówień publicznych (art. 4 pkt 8 ustawy pzp),
2. Wymianę okien w dwóch obiektach zagregujesz w jednym przedmiocie zamówienia i udzielisz zamówienia w trybie określonym ustawą – Prawo zamówień publicznych.

Z przepisów prawa zamówień publicznych nie wyływa bezpośrednio odpowiedź na pytanie, który z tych sposobów udzielenia zamówienia jest właściwy.

O istnieniu dwóch odrębnych zamówień w omawianym przykładzie mogą świadczyć przepisy dotyczące opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 31 ustawy pzp przedmiot zamówienia na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Zakres dokumentacji projektowej określa akt wykonawczy do ustawy⁷¹. Wymagany zakres robót (który powinien, zgodnie z rozporządzeniem, wynikać z dokumentacji projektowej służącej do opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane) odnosi się wyłącznie do wymiany okien w jednym obiekcie. Stąd mógłbyś wywieść, że skoro posiadasz w pełnym wymaganym zakresie dwie odrębne dokumentacje projektowe (a więc masz dwa różne kompletne opisy przedmiotu zamówienia), to masz dwa odrębne zamówienia publiczne. Ale czy to oznacza, że powinieneś wybrać, jako właściwy, wariant 1?

Podjęcie właściwej decyzji w takiej sytuacji i podobnych powinno nastąpić po dokonaniu oceny spodziewanych efektów ekonomicznych. Głównym celem stworzenia w Polsce systemu regulującego procedurę udzielania zamówień publicznych było zapewnienie optymalnego z ekonomicznego punktu widzenia sposobu zakupu dóbr i usług zapewniającego jak najlepsze wykorzystanie środków, którymi dysponuje państwo⁷². Stąd zawarcie umowy, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych rodzi domniemanie efektywnego wydania pieniędzy⁷³. Decyzje dotyczące zamówień publicznych powinny z tych powodów być podejmowane z uwzględnieniem zasady racjonalnego gospodarowania.

Oskar Lange stwierdza, że: „gospodarując racjonalnie postępuje się tak, aby osiągnąć maksymalny efekt przy danym nakładzie środków. Takie sformułowanie bierze się po prostu jako definicję racjonalnego gospodarowania”⁷⁴. Regułą gospodarowania środkami

⁷⁰ Zob. <http://pl.wikipedia.org/wiki/Remont>.

⁷¹ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U. Nr 202, poz. 2072, z późn. zm.).

⁷² J. Pokrzywniak, J. Baehr, T. Kwieciński, *Wprowadzenie do systemu zamówień publicznych*, UZP, Warszawa 2006, str. 6.

⁷³ Por. art. 44 ust. 4 ustawy o finansach publicznych.

⁷⁴ O. Lange, *Znaczenie prakseologii dla ekonomii politycznej*, w: O. Lange, *Dzieła*, t. 3, PWE, Warszawa 1975, str. 815.

publicznymi jest dokonywanie wydatków w sposób celowy i oszczędny z zachowaniem zasad:

- 1) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,
- 2) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów⁷⁵.

Przypomnij sobie przedstawione wcześniej dwa warianty podejścia do wymiany okien w odrębnych obiektach. Odpowiedz na pytanie: która z tych dwóch metod zapewni dokonanie wydatku w sposób celowy? Oczywiście każda z nich. Każdy z wariantów doprowadzi do tego, że będziesz miał wymienione okna (osiągniesz założony cel wydatku).

A teraz pytanie trudniejsze: który sposób umożliwi dokonanie wydatku w sposób bardziej oszczędny? Zasada oszczędności środków oparta na racjonalnym gospodarowaniu oznacza, że dążysz do osiągnięcia określonego celu za pomocą jak najmniejszych nakładów.

Zauważ, że jeżeli oba obiekty są położone blisko siebie, możesz liczyć na efekt skali zamówienia. W przypadku dużego zagregowanego zamówienia wykonawcy mogą być bardziej skłonni do zaoferowania ci upustu. Dzięki połączeniu planowanych prac w jeden przedmiot możesz zwiększyć efektywność wydatku. Ze względu na możliwość uzyskania lepszych efektów przy wyborze wariantu 2 powinieneś uznać, że wymiana okien w dwóch sąsiadujących ze sobą obiektach stanowi jedno zamówienie.

A jak byś postąpił, gdyby wymiana okien dotyczyła obiektów położonych w odległości 385 km od siebie – jeden obiekt byłby zlokalizowany w Białymstoku, a drugi w Rzeszowie? W tym przypadku zapewne skłonny byłbyś do potraktowania wymiany okien jako odrębnych zamówień publicznych. Takie działanie byłoby bardziej celowe i racjonalne.

Jak widzisz, racjonalnego gospodarowania nie da się ująć w zero-jedynkowe ramy i definicje. To stan faktyczny i okoliczności towarzyszące twojemu zamówieniu podpowiedzą ci, czy powinieneś potraktować wymianę okien jako jedno czy też odrębne zamówienia.

W praktyce stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych będziesz musiał rozstrzygać podobne dylematy. Pamiętaj wówczas o zasadzie racjonalnego gospodarowania.

Na marginesie, jeżeli ktoś (kolega, koleżanka, ekspert, arbiter, kontroler, wykładowca) będzie cię przekonywał do zastosowania określonego wariantu postępowania, twierdząc, że wynika on wprost z przepisów prawa zamówień publicznych, wiedz, że nie ma racji, bo tak naprawdę wyraża tylko swoją opinię. Zawsze możesz zresztą swojego rozmówcę sprawdzić, pytając o wskazanie konkretnego przepisu ustawy, z którego wyprowadzone zostało dane twierdzenie.

WNIOSKI

O występowaniu jednego zamówienia najczęściej świadczyć będzie podobieństwo przedmiotu, możliwość jego wykonania przez jednego wykonawcę oraz dający się przewidzieć czas udzielania zamówień. Wszystkie te przesłanki powinny wystąpić łącznie.

W odniesieniu do zamówień na roboty budowlane istotną wskazówką jest definicja obiektu budowlanego. Jeżeli po wykonaniu umowy pojawi się wynik, który samodzielnie pełni funkcję ekonomiczną lub techniczną, masz prawo traktować taką umowę jako odrębne zamówienie publiczne.

W przypadku udzielania zamówień na prace remontowe sumuj wartość robót w ramach jednego obiektu budowlanego.

Zawsze pamiętaj o zasadzie racjonalnego gospodarowania. Optymalnie dobieraj metody i środki służące osiągnięciu założonych celów. Jeżeli stwierdzisz, że po zagregowaniu dwóch lub więcej zamówień uzyskasz lepsze efekty i twoje wydatki będą bardziej oszczędne, połącz kilka zamówień w jedno.

⁷⁵ Art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych.

4.2. ZASADY POSTĘPOWANIA PRZY UDZIELANIU ZAMÓWIEŃ NIEPRZEWIDZIANYCH

Zasadą dotyczącą postępowania przy udzielaniu zamówień nieprzewidzianych, którą powinieneś zapamiętać, jest możliwość każdorazowego traktowania tych zamówień jako nowych (odrębnych). Gdy takie zamówienie się pojawia, powinieneś opisać przedmiot i ponownie oszacować jego wartość. Nieważne jest przy tym, czy w okresie wcześniejszym udzielałeś podobnych, a może nawet tożsamyh zamówień. Zamówienie nieprzewidziane zawsze jest zamówieniem odrębnym.

Pamiętaj jednak, że zasadą ponownego szacowania wartości zamówień objęte są tylko zamówienia nieprzewidziane. „Nieprzewidziany” to niedający się przewidzieć, niespodziewany, nieoczekiwany⁷⁶. Jeżeli przy dołożeniu należytej staranności mógłbyś określić zakres potrzebnych ci dostaw, usług lub robót budowlanych w dającej się przewidzieć perspektywie czasu, to masz zamówienia przewidywane.

Zwykle za dającą się przewidzieć perspektywę czasu przyjmować będziesz okres jednego roku budżetowego. Wynika to z faktu, iż podstawą gospodarki finansowej szpitala będzie z zasady roczny plan finansowy. Zauważ jednak, że czas, w którym możesz przewidywać wydatki na dostawy, usługi lub roboty budowlane, może być wyjątkowo dłuższy niż rok. Tak będzie w sytuacji, gdy otrzymasz wsparcie finansowe na realizację określonego projektu z okresem rozliczenia dłuższym niż rok. Na przykład przy wykonywaniu niektórych projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej czy też planach inwestycji wieloletnich finansowanych z budżetu państwa.

Brak możliwości przewidzenia z góry zamówień powoduje, iż nie jesteś w stanie ich udzielić po przeprowadzeniu jednego postępowania o udzielenie zamówienia. Nie znając przedmiotu i zakresu zamówienia, nie masz podstaw do podjęcia działań dotyczących oszacowania wartości zamówienia.

Zilustrujmy to przykładem. Załóżmy, że udzieliłeś zamówienia na roboty budowlane w procedurze krajowej. Wartość zamówienia oszacowałeś na 10 000 000 zł. Podczas realizacji umowy pojawia się zamówienie dodatkowe, którego przedmiot nie jest objęty zamówieniem podstawowym, ale jego realizacja jest niezbędna do prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego. Wartość zamówienia nie przekracza 50% wartości realizowanego zamówienia. Ustalmy, że szacunkowy koszt robót to 200 000 zł.

Jeżeli jest to zamówienie nieprzewidziane, tzn. jego wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, to za wartość zamówienia przyjmiesz 200 000 zł czy 10 200 000 zł?

Oczywiście powinieneś potraktować omawiane zamówienie dodatkowe jako nowe zamówienie i oszacować je tylko w zakresie jego przedmiotu. Zamówienie nieprzewidziane jest zawsze nowym zamówieniem.

A co by było, gdybyś ustalił, że roboty dodatkowe, które pojawiły się w trakcie realizacji umowy, mogły być przewidziane wcześniej i ujęte w opisie przedmiotu zamówienia podstawowego? Wówczas nie miałbyś podstaw, aby je traktować jako odrębne. Prace, które przy dołożeniu należytej staranności mogły być przewidziane w opisie przedmiotu zamówienia podstawowego, są częścią tego zamówienia. Z kolei wartością zamówienia udzielanego w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia.

Inny przykład. Zamawiający na początku roku ustalił, że wyda na środki czystości 110 000 zł bez VAT. Podstawą do ustalenia tej wartości była łączna kwota zamówień udzielonych w okresie poprzednich 12 miesięcy. Zamawiający podjął decyzję o udzielaniu

⁷⁶ Słownik języka polskiego PWN, *op. cit.*, t. II, str. 353.

zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania. Zakupy środków czystości dokonywane są raz na miesiąc, a kwoty poszczególnych wydatków przedstawia poniższa tabela.

Miesiąc	I	II	III	IV	V	VI	VII	VIII	IX	X	XI	XII
Kwota wydatków (bez VAT) w tys. zł	8	9	10	8	8	9	9	10	9	10	19	18
Suma wydatków z uwzględnieniem poprzednich miesięcy (bez VAT) w tys. zł	8	17	27	35	43	52	61	71	80	90	109	127

Zwiększenie wydatków na środki czystości w listopadzie i grudniu wynika z przekazania szpitalowi nowego obiektu przez miasto. Po wykonaniu niezbędnych prac adaptacyjnych nowo pozyskany budynek został oddany do użytku w październiku, a od listopada przeniesiona została do niego część administracji szpitala.

Czy fakt, że w grudniu wydatki na środki czystości przekroczyły próg zwolniony z ustawy – Prawo zamówień publicznych, powinien skłonić zamawiającego do stosowania tej ustawy? Jeżeli tak, to od jakiego momentu?

Zauważ, że w przypadku udzielania zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartość zamówienia ustala się przed dokonaniem pierwszego wydatku (zamówienia na pierwszą część). W konsekwencji ustalenia wartości zamówienia poniżej progu 30 000 euro zamawiający podjął decyzję o niestosowaniu prawa zamówień publicznych w danym roku. Zmiana okoliczności mająca wpływ na dokonane ustalenie wartości szacunkowej (w omawianym przykładzie było to pozyskanie nowego obiektu, który od listopada również musiał być sprzątny, w związku z czym konieczne było zwiększenie zakupów środków czystości) nastąpiła po określeniu wartości zamówienia i wszczęciu pierwszego postępowania dotyczącego dostawy środków czystości. Aby konieczna była modyfikacja wartości zamówienia, zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie musiałaby nastąpić przed wszczęciem tego postępowania. Z tych względów zakup środków czystości ponad przewidywane w danym roku zapotrzebowanie należy traktować jako odrębne zamówienie. Z uwagi na to, że wartość nieprzewidzianych dostaw nie przekracza 30 000 euro, zamawiający do końca roku, kupując środki czystości, nie stosuje przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Zdarza się, że w podobnej sytuacji zamawiający, udzielając zamówienia na środki czystości w grudniu, podejmuje decyzję o wyborze wykonawcy przy zastosowaniu przepisów prawa zamówień publicznych. Przyjmuje za wartość zamówienia łączną kwotę wydatków na te dostawy począwszy od stycznia. Tak jakby uznawał przewidywane i nieprzewidywane wydatki w danym roku za jedno zamówienie. Takie działanie jest nieprawidłowe. Zwiększone zapotrzebowanie na środki czystości będzie musiało być uwzględnione przy szacowaniu wartości zamówienia, ale dopiero w przyszłym roku. Jeżeli ustalona z należytą starannością wartość zamówienia na kolejny rok przekroczy 30 000 euro, do udzielenia zamówienia na każdą jego część z zasady będą miały zastosowanie przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Zapewne zauważyłeś, że występowanie nieprzewidzianego zamówienia jest ściśle związane z kryterium czasu, które zostało omówione w ppkt 4.1 niniejszego rozdziału poradnika. Wartość zamówień na dostawy, usługi oraz roboty budowlane powinieneś szacować w dającej się przewidzieć perspektywie czasu. Do chwili wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia (a w przypadku udzielania zamówienia w częściach – do momentu wszczęcia postępowania na jego pierwszą część) każda zmiana okoliczności, która ma wpływ na dokonane przez ciebie ustalenie, powinna powodować zmianę wartości szacunkowej. Z kolei gdy zmiana okoliczności nastąpi po wszczęciu postępowania, będziesz miał do

czynienia z nowym zamówieniem publicznym. Pamiętaj przy tym, iż twoje twierdzenie o posiadaniu nieprzewidzianego zamówienia musi wynikać z okoliczności obiektywnie od Ciebie niezależnych, leżących poza sferą twojego oddziaływania. Może to być np. otrzymanie w ciągu roku budżetowego wsparcia finansowego na realizację określonego projektu (poza kwotą pierwotnie wynikającą z planu finansowego), awaria lub kradzież sprzętu, konieczność sprowadzenia z zagranicy leku niezbędnego do ratowania życia dopuszczonego do obrotu bez konieczności uzyskania pozwolenia dla przyjętego właśnie do szpitala pacjenta. Każdy przypadek występowania nieprzewidzianego zamówienia ocenisz indywidualnie i jeśli zajdzie taka potrzeba, będziesz go musiał uzasadnić, podając konkretną przyczynę, na której powstanie nie miało żadnego wpływu.

4.3. ZASADY SZACOWANIA WARTOŚCI ZAMÓWIENIA W SYTUACJI BRAKU ROZSTRZYGNĘCIA POSTĘPOWANIA W CZĘŚCI

Jeżeli prowadzisz postępowanie o udzielenie zamówienia, w ramach którego dopuszczasz składanie ofert częściowych, za wartość zamówienia musisz przyjąć sumę poszczególnych jego części⁷⁷. W ten sposób ustalona wartość wskaże ci właściwą procedurę postępowania: wewnętrzną, krajową albo unijną.

Zwykle wykonawcy będą mogli składać oferty częściowe w dowolnej liczbie ustalonych przez Ciebie części zamówienia. Chyba że określisz w SIWZ maksymalną liczbę części zamówienia, na które może złożyć oferty częściowe jeden wykonawca⁷⁸. Wówczas, gdy jakiś wykonawca zlekceważy ten wymóg, wszystkie jego oferty częściowe będą musiały zostać odrzucone. Omawiany instrument prawny, w praktyce rzadko stosowany, może być skutecznym narzędziem rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw. Dopuszczenie składania ofert częściowych oznacza zwykle podział dużego zamówienia na mniejsze części, które mogą być zrealizowane właśnie przez mniejsze podmioty. Z kolei decyzja o ograniczeniu liczby części, na które możliwe jest składanie ofert częściowych, powoduje, iż kilku różnych wykonawców będzie się cieszyć z realizacji zamówienia publicznego. Gdy takiego zastrzeżenia nie uczynisz, może się zdarzyć, iż ten sam wykonawca złoży najkorzystniejsze oferty na każdą z części zamówienia i będzie jedynym jego beneficjentem.

W przypadku, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia dopuszczasz możliwość składania ofert częściowych, wybierasz ofertę najkorzystniejszą oddzielnie na każdą z części. Może się jednak zdarzyć, że w zakresie pewnej części (lub nawet kilku z nich) postępowanie będzie musiało być unieważnione (np. z uwagi na brak wymaganej liczby ofert). Wówczas udzielenie zamówienia nastąpi tylko w zakresie części, na które wpłynęły ważne oferty.

Chcąc zawrzeć umowę na pozostałe części nierozstrzygniętego postępowania, będziesz musiał wszcząć kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia. Dylematem do rozwiązania będzie ustalenie wartości tego zamówienia. Czy za wartość przyjąć wówczas nominalną nierozstrzygniętych części czy też pierwotną wartość całego zamówienia?

Założmy, że przeprowadziłeś postępowanie przetargowe na dostawę leków z dopuszczeniem składania ofert częściowych. Wartość wszystkich części zamówienia oszacowałeś na kwotę 400 000 zł bez VAT. W zakresie części dotyczącej zakupu antybiotyków unieważniasz postępowanie, bo nie otrzymałeś ani jednej oferty. Wartość nierozstrzygniętej części wynosi 114 000 zł bez podatku od towarów i usług. Czy możesz przy zakupie antybiotyków wybrać wykonawcę z pominięciem przepisów prawa zamówień publicznych, przyjmując jako wartość zamówienia kwotę 114 000 zł (art. 4 pkt 8 ustawy pzp)?

Zauważ, że brak rozstrzygnięcia postępowania w części, jeżeli dopuszczasz składanie ofert częściowych, jest zdarzeniem, na które nie masz wpływu. Chyba że założymy uknuć

⁷⁷ Art. 32 ust. 4 ustawy pzp.

⁷⁸ Art. 83 ust. 3 ustawy pzp.

przez ciebie perfidnego planu celowego doprowadzenia do unieważnienia postępowania w części. Ustalmy jednak, że nie mamy do czynienia z taką sytuacją. W takim przypadku wszczęcie kolejnego postępowania w zakresie nierozstrzygniętej części zamówienia powinno być zawsze traktowane jako nowe zamówienie.

Zamówienie na część nierozstrzygniętą udzielane jest w innym czasie niż zamówienie pierwotne. Nie dzieje się tak na skutek zaplanowanej decyzji zamawiającego, ale w wyniku unieważnienia postępowania w części. Decyzją zamawiającego było dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych, a nie udzielanie zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania. Tylko w przypadku, gdyby od początku zamawiający ustalił, że będzie udzielać zamówienia w częściach, z których każda stanowić będzie przedmiot odrębnego postępowania, występowałby obowiązek przyjęcia za wartość zamówienia łącznej wartości poszczególnych części zamówienia. W przypadku dopuszczenia składania ofert częściowych po unieważnieniu postępowania w części należy ponownie ustalić wartość zamówienia, przyjmując za nią tylko wartość nierozstrzygniętych części zamówienia.

Zamawiający nie dzieli w omawianym przypadku zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania przepisów prawa zamówień publicznych. Jeżeli już, to należałoby stwierdzić, że zamówienie samo się podzieliło.

Podobnie byłoby w przypadku, gdyby w trakcie realizacji umowy dotyczącej zamówienia publicznego zaszła okoliczność uzasadniająca rozwiązanie, wypowiedzenie albo odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia.

Załóżmy, że odstępujesz od umowy na usługi sprzątnięcia z uwagi na powtarzające się przypadki nienależytego wykonywania tej umowy. Umowa została zawarta na okres 12 miesięcy, a odstąpienie od umowy nastąpiło po upływie 10 miesięcy. Przystępując do przygotowania kolejnego postępowania, którego przedmiotem jest świadczenie usług sprzątnięcia na okres pozostałych do końca roku 2 miesięcy, za wartość zamówienia powinieneś przyjąć wyłącznie wartość usług zamawianych w tym okresie.

4.4. DZIELENIE ZAMÓWIENIA NA CZĘŚCI I STOSOWANIE ART. 6A USTAWY PZP

Dzielenie zamówienia na części nie jest zakazane, jeżeli pamiętasz o tym, że wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Udzielając zamówienia na każdą część w procedurze właściwej dla wartości całego zamówienia, stosujesz przecież te same przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Jest jednak pewien przepis, dzięki któremu niektóre elementy dostawy, usługi lub roboty budowlanej będą mogły być zamówione w procedurze właściwej dla ich wartości. To art. 6a. Zgodnie z nim: „W przypadku zamówień udzielanych w częściach, do udzielenia zamówienia na daną część zamawiający może stosować przepisy właściwe dla wartości tej części zamówienia, jeżeli jej wartość jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80 000 euro dla dostaw lub usług oraz 1 000 000 euro dla robót budowlanych, pod warunkiem, że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia”.

Zacytowany przepis nie zmienia wartości szacunkowej zamówienia udzielanego w częściach – zawsze jest nią suma poszczególnych części zamówienia. Mówi on jedynie o tym, że po spełnieniu pewnych warunków, mimo że wartością zamówienia jest suma wszystkich jego części, do udzielenia zamówienia na niektóre części możesz zastosować przepisy właściwe dla wartości części.

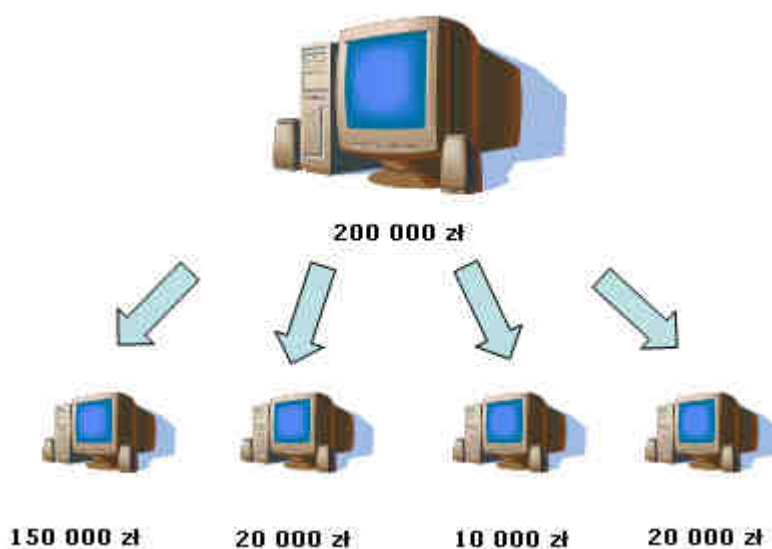
Warunkiem pierwszym skorzystania z dobrodziejstwa art. 6a jest stosunkowo niewielka wartość danej części. Ustalona została ona na poziomie 80 000 euro dla dostaw i usług oraz 1 000 000 euro w odniesieniu do robót budowlanych. Progi te wynikają z dyrektyw zamówieniowych.

Warunkiem drugim jest to, aby łączna wartość części zamówienia (do których udzielania stosujesz przepisy dotyczące wartości części, a nie wartości całego zamówienia) nie przekroczyła 20% wartości zamówienia.

Pamiętaj, że wystąpienie łączne omawianych dwóch warunków upoważnia cię, ale nie obliguje do skorzystania z udogodnień wynikających z zastosowania procedury właściwej dla wartości części zamówienia. Jeżeli nie chcesz korzystać z art. 6a, masz oczywiście prawo udzielić zamówienia na każdą część w procedurze właściwej dla wartości całego zamówienia.

Praktyczne zastosowanie art. 6a zilustrujemy przykładem.

Wyobraź sobie, że masz zamówienie na dostawę sprzętu komputerowego o wartości szacunkowej 200 000 zł bez VAT. Zamierzasz udzielić zamówienia w czterech częściach, z których każda będzie stanowić przedmiot odrębnego postępowania, według poniższego schematu:



Rys. Grzegorz Czaban

Sprawdźmy, czy masz możliwość zastosowania do udzielenia zamówienia na poszczególne części przepisów właściwych dla wartości części.

CZĘŚĆ I

Wartość zamówienia wynosi 200 000 zł.

Wartość pierwszej części zamówienia wynosi 150 000 zł.

Warunek 1. Czy wartość części zamówienia jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80 000 euro?

Odpowiedź: Tak. Wartość części wynosi 150 000 zł, czyli 35 504 euro.

Warunek 2. Czy łączna wartość części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia?

Odpowiedź: Nie. 20% wartości zamówienia wynosi 40 000 zł. Wartość omawianej części znacznie przekracza dopuszczalny próg.

Wnioski: Do udzielenia zamówienia na pierwszą część zamówienia należy stosować przepisy właściwe dla wartości zamówienia (czyli procedurę krajową, która jest właściwa dla zamówień o wartości powyżej 30 000 euro).

CZĘŚĆ II

Wartość zamówienia wynosi 200 000 zł.

Wartość drugiej części zamówienia wynosi 20 000 zł.

Warunek 1. Czy wartość części zamówienia jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80 000 euro?

Odpowiedź: Tak. Wartość części wynosi 20 000 zł, czyli 4734 euro.

Warunek 2. Czy łączna wartość części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia?

Odpowiedź: Tak. 20% wartości zamówienia wynosi 40 000 zł. Wartość części zamówienia nie przekracza dopuszczalnego progu.

Wnioski: Do udzielenia zamówienia na drugą część zamówienia można zastosować przepisy właściwe dla wartości części zamówienia (czyli przepisy właściwe dla kwoty 20 000 zł). Z uwagi na to, że wartość części zamówienia nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro, zamówienie na tę część nie podlega przepisom ustawy – Prawo zamówień publicznych (art. 4 pkt 8 ustawy pzp).

CZEŚĆ III

Wartość zamówienia wynosi 200 000 zł.

Wartość trzeciej części zamówienia wynosi 10 000 zł.

Warunek 1. Czy wartość części zamówienia jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80 000 euro?

Odpowiedź: Tak. Wartość części wynosi 10 000 zł, czyli 2367 euro.

Warunek 2. Czy łączna wartość części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia?

Odpowiedź: Tak. 20% wartości zamówienia wynosi 40 000 zł. Łączna wartość części zamówienia nie przekracza dopuszczalnego progu. W tym przypadku, oceniając, czy nie został przekroczony dopuszczalny limit, należy wziąć pod uwagę łączną wartość poprzedniej części (czyli 20 000 zł), do której zastosowano art. 6a, oraz wartość rozpatrywanej trzeciej części (10 000 zł). Wartość tych dwóch części wynosi 30 000 zł, a więc nie przekracza 20% wartości całego zamówienia.

Wnioski: Do udzielenia zamówienia na trzecią część zamówienia można zastosować przepisy właściwe dla wartości części zamówienia (czyli przepisy właściwe dla kwoty 10 000 zł). Z uwagi na to, że wartość części zamówienia nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30 000 euro, zamówienie na tę część nie podlega przepisom ustawy – Prawo zamówień publicznych (art. 4 pkt 8 ustawy pzp).

CZEŚĆ IV

Wartość zamówienia wynosi 200 000 zł.

Wartość czwartej części zamówienia wynosi 20 000 zł.

Warunek 1. Czy wartość części zamówienia jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80 000 euro?

Odpowiedź: Tak. Wartość części wynosi 20 000 zł, czyli 4734 euro.

Warunek 2. Czy łączna wartość części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia?

Odpowiedź: Nie. 20% wartości zamówienia wynosi 40 000 zł. Łączna wartość części wynosi 50 000 zł, a więc przekracza dopuszczalny próg. W tym przypadku przy ocenie, czy nie został przekroczony dopuszczalny próg, należy wziąć pod uwagę łączną wartość drugiej części (czyli 20 000 zł), do której zastosowano art. 6a, wartość trzeciej części (10 000 zł), do której również zastosowano art. 6a, oraz rozpatrywanej czwartej części.

Wnioski: Do udzielenia zamówienia na czwartą część zamówienia należy stosować przepisy właściwe dla wartości zamówienia (czyli procedurę krajową, która jest właściwa dla zamówień o wartości powyżej 30 000 euro).

Jak widzisz, znajomość art. 6a może ci ułatwić udzielanie zamówień publicznych. Niekiedy zdarza się, że wartość części zamówienia, która spełnia warunki zapisane w art. 6a, jest poniżej progu obowiązywania procedury właściwej dla wartości całego zamówienia. Udzielanie zamówień na te części będzie się wówczas wiązać z mniejszymi wymaganiami. Pamiętaj tylko, że uproszczenia mogą się odnosić tylko do części o łącznej wartości nieprzekraczającej 20% wartości zamówienia. Oznacza to, że co najmniej 80% zamówienia i tak zostanie udzielonych w procedurze właściwej dla wartości zamówienia.

5. POZACENOWE KRYTERIA OCENY OFERT

„Nie sądźcie, abyście nie byli sądzeni. Bo takim sądem, jakim sądźcie, i was osądzą; i taką miarą, jaką wy mierzycie, wam odmierzą”.

Mt 7, 1–3

Od dnia narodzin oceniamy i sami podlegamy ocenie. Ocena to sąd o wartości czegoś, osąd, krytyka⁷⁹. Naszej ocenie podlega cały otaczający nas świat. Ten jest ładny, a ten brzydki, to jest smaczne, to niedobre, tego lubię, tego nie lubię. Ocena jest możliwa dzięki przyjmowanym przez nas kryteriom. Kryterium to warunek będący podstawą podziału, pomiaru, oceny czegoś; probierz⁸⁰.

W życiu prywatnym zwykle dokonujemy oceny przez pryzmat kryteriów subiektywnych, takich jak własne przekonania, sympatia lub niechęć do kogoś (czegoś), pierwsze wrażenie. Większość z nas wie, jak bardzo można się pomylić, jeżeli do oceny kogoś (czegoś) zastosujemy subiektywne kryteria. Wszak pozory mylą. Gdy naprawdę chcemy poznać kogoś (coś), powinniśmy stosować kryteria obiektywne.

„Nie sądź według pozoru, bo strzała – choć prosta – żądna jest krwi, a lutnia – choć kręta – słodką melodią rozbrzmiewa” – mówi chińskie przysłowie⁸¹.

Oferta złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia także podlega ocenie. I, tak jak w życiu, w ocenie oferty możesz się pomylić. Prawdopodobieństwo błędu będzie mniejsze, gdy się zastanowisz, na czym ci naprawdę zależy (jakie są twoje preferencje) i w swojej ocenie zachowasz obiektywizm. Pamiętaj przy tym, że obiektywizm nie wyklucza stosowania kryteriów oceniających niewymierne elementy oferty (czyli takie, które nie dają się wymierzyć, obliczyć, np. jakość, funkcjonalność, estetyka wykonania). W praktyce niekiedy mylnie określa się te kryteria subiektywnymi.

Kryterium powinno umożliwiać ocenę porównawczą wybranych przez ciebie elementów oferty. Tych, na których ci zależy. Elementy te nazywamy zwykle preferencjami zamawiającego. Obiektywna ocena porównawcza ofert nie jest wcale uzależniona od tego, czy jej wynik jest efektem zastosowania wzoru matematycznego. Obiektywizm to bezstronność, rzeczowość, postawa badawcza wolna od uprzedzeń⁸².

Z przyjęciem jakiegokolwiek kryterium oceny musi się wiązać określona korzyść zamawiającego (pozytywny rezultat). Nie zawsze będzie ona wymierna. Kryterium, którego zastosowanie nie przynosi żadnych efektów, należy uznać za niedopuszczalne.

⁷⁹ Słownik języka polskiego PWN, *op. cit.*, t. II, str. 436.

⁸⁰ *Ibid.*, t. I, str. 1065.

⁸¹ Zob. <http://przyslowia.olw.pl/przyslowia/249/nie-s%C4%85d%C5%BA-wed%C5%82ug-pozoru-bo>.

⁸² Słownik języka polskiego PWN, *op. cit.*, t. II, str. 411.

Marzeniem każdej mamy jest usłyszeć po porodzie, że noworodek został oceniony na 10 punktów w skali Apgar. Dlaczego? Przecież dziesiątka w skali Apgar nie jest dowodem na to, że ośrodkowy układ nerwowy jest prawidłowo zbudowany i będzie dobrze funkcjonował. Ośrodki nerwowe regulujące funkcje życiowe oceniane w skali Apgar znajdują się w pniu mózgu. A normalny rozwój psychoruchowy dziecka zależy od prawidłowej budowy także śródmózgowia i kory mózgowej⁸³.

Matka ufa jednakże tej ocenie, gdyż jest obiektywna. Mimo swojej niedoskonałości dziesiątka świadczy o dużym prawdopodobieństwie, że dziecko dobrze sobie poradzi w życiu.

Wybór oferty jest celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego⁸⁴. Ważne, aby zawsze była to oferta najkorzystniejsza. I to nie tylko na papierze, ale i w rzeczywistości. Dlatego sytuację, gdy będziesz zmuszony wybrać ofertę inną niż ta, którą obiektywnie uważasz za najkorzystniejszą, uznaj za swoją porażkę.

Załóżmy, że jesteś członkiem komisji przetargowej oceniającej oferty w przetargu na dostawę 100 komputerów stacjonarnych. Treść SIWZ wskazuje najniższą cenę jako jedyne kryterium oceny ofert. W postępowaniu wpłynęły dwie oferty na sprzęt o takim samym standardzie jakościowym:

A – z ceną 200 000 zł i roczną gwarancją na sprzęt,

B – z ceną 205 000 zł i trzyletnią gwarancją na sprzęt.

W przypadku sprzętu oferowanego przez firmę A ustaliłeś, że dokupienie dodatkowej gwarancji na każdy kolejny rok wynosi 100 zł od zestawu. Przedłużenie gwarancji o rok kosztowałoby zatem 10 000 zł. A o dwa lata już 20 000 zł. Czy nie warto więc zapłacić tylko 5000 zł więcej za zestawy o tym samym standardzie oferowane przez firmę B i uzyskać dodatkowe dwa lata gwarancji?

W opisanym przypadku byłbyś zmuszony wybrać ofertę firmy A jako najkorzystniejszą w świetle kryterium wynikającego z SIWZ. Obiektywnie nie jest to jednak najkorzystniejsza oferta złożona w tym postępowaniu. Gdybyś miał prywatną firmę i kupował sprzęt komputerowy za własne pieniądze, zapewne skłonny byłbyś dorzucić 5000 zł i zakupić sprzęt objęty trzyletnią gwarancją.

Możesz teraz pomyśleć: „Sytuacja finansowa szpitala najczęściej nie pozwoli na dorzucenie takich 5000 zł”. Zauważ jednak, że w wielu przypadkach z konkretnym zamówieniem wiązać się będą określone wydatki, które i tak trzeba będzie ponieść w przyszłości (np. koszty napraw w okresie pogwarancyjnym). Czy zatem sytuacja szpitala pozwala na to, aby na starcie wydać „tylko” 200 000 zł, a w dalszej perspektywie 20 000 zł na naprawę sprzętu lub zakup nowego, w sytuacji, gdy była możliwość uzyskania efektu bezawaryjności zakupionych produktów przez okres 3 lat w cenie łącznej 205 000 zł? Efektywne sterowanie przepływami pieniądza może przynieść duże oszczędności. W skrajnym przypadku może się nawet zdarzyć, że korzystniej będzie wybrać droższą ofertę, zaciągając na ten cel kredyt w banku, niż wybrać ofertę z najniższą ceną.

Twoją rolą jest poszukiwanie rozwiązań, które przyczynią się do osiągnięcia najlepszych efektów z poniesionych przez szpital nakładów. Nieprzypadkowo zawód

⁸³ Za: B. Prasałek, *SKALA APGAR – badanie oceniające stan noworodka*, http://www.poradnikzdrowie.pl/sprawdz-sie/badania/skala-apgar-badanie-oceniajace-stan-noworodka_33788.html.

⁸⁴ Zgodnie z art. 2 pkt 7a ustawy pzp, ilekroć w ustawie jest mowa o postępowaniu o udzielenie zamówienia, należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy

specjalisty ds. zamówień publicznych został umieszczony w dziale specjaliści ds. ekonomicznych i zarządzania⁸⁵.

5.1. PODSTAWOWE ZADANIE SZPITALA: WYBRAĆ OFERTĘ NAJKORZYSTNIEJSZĄ EKONOMICZNIE

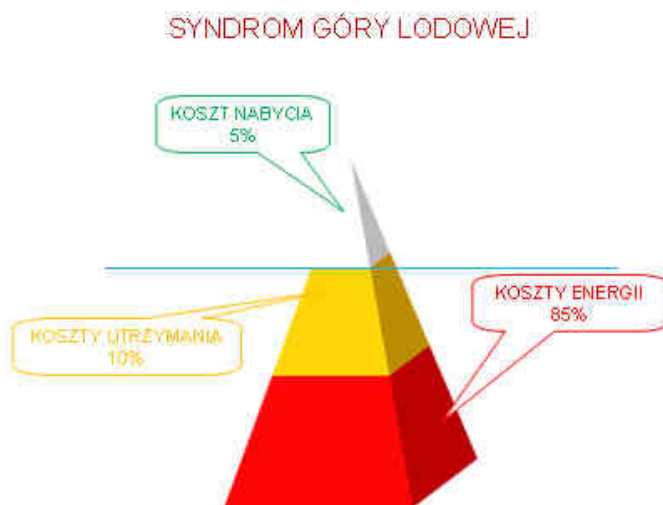


Rys. Monika Łuszczewska

Aby dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty, konieczne jest dokładne przemyślenie kryteriów oceny ofert. Produkt z najniższą ceną zakupu może się okazać najdroższy w eksploatacji. Jeżeli kupowany wyrób ma długi cykl życia lub ma być intensywnie eksploatowany, może się okazać, że niska cena nie zrównoważy kosztów użytkowania i utrzymania, jakie poniesiesz w całym okresie korzystania z niego. Gdy podsumujesz wszystkie wydatki, możesz żałować, że nie wybrałeś w przetargu oferty z wyższą ceną, ale o niższych kosztach eksploatacji.

Często popełnianym błędem przy podejmowaniu decyzji o zakupie jest kierowanie się wyłącznie ceną. Zjawisko to doczekało się nawet obrazowego określenia – nazywamy je syndromem góry lodowej. Widzimy tylko to, co na wierzchu (cenę), tymczasem pod spodem może nas czekać przykra niespodzianka.

Gdy nie zwracamy uwagi na jakość przy kupowaniu butów, może się okazać, że po sezonie nie będą one zdatne do dalszego noszenia. Jeżeli przy zakupie pralki zbagatelizujemy kwestię kosztów zużycia energii elektrycznej oraz wody, może się okazać, że włos nam się na głowie zjeży, gdy otrzymamy rachunki za media.



Rys. Grzegorz Czaban

⁸⁵ Zob. powołane wcześniej rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej w sprawie klasyfikacji zawodów i specjalności.

PRZYKŁAD 1.

Założmy, że chcesz sprawić sobie prezent i kupić ekspres do kawy. Rozważasz zakup taniego urządzenia na kapsułki (cena to 399 zł) oraz droższego z wbudowanym młynkiem i pojemnikiem na ziarna kawy (cena zakupu 1200 zł). Który produkt przyniesie ci większą korzyść?

Jedna kapsułka kawy (z której możesz sobie przygotować 1 porcję napoju) kosztuje 1,60 zł. Z kolei cena 1 kg dobrej kawy ziarnistej to 80 zł. Do zaparzenia 1 filiżanki kawy zaleca się zużycie 7 g produktu, co oznacza, że z 1 kg kawy możesz sobie zrobić 143 porcji napoju.

Policzmy, ile wydałbyś pieniędzy w trzech wariantach: I. pijesz jedną kawę miesięcznie, II. Pijesz jedną kawę dziennie, III. Pijesz dwie kawy dziennie. Przyjmijmy do obliczeń, że z ekspresu zamierzasz korzystać 5 lat.

Wariant I.

Wypijając jedną kawę miesięcznie, zużyłbyś 12 kapsułek rocznie, co w założonym okresie eksploatacji ekspresu (pięć lat) daje 60 kapsułek. Ich koszt wyniósłby 96 zł (60 x 1,60 zł). Całkowity koszt spełnienia twoich „kawowych” marzeń wynosi zatem w tym wariantcie 495 zł (399 zł ekspres + 96 zł kawa).

W przypadku wyboru ekspresu z pojemnikiem na ziarna koszt zakupu (bez kawy) wyniósłby aż 1200 zł (taka jest bowiem cena badanego ekspresu).

W tym wariantcie ofertą korzystniejszą ekonomicznie jest dla ciebie ekspres na kapsułki.

Wariant II.

Gdy pijesz 1 kawę dziennie, wynik porównania rachunku kosztów się zmienia. Rocznie potrzebowałbyś 360 kapsułek (30 x 12), co daje w zakładanym okresie eksploatacji (5 lat) liczbę 1800 kapsułek. Ich koszt wyniósłby 2880 zł. Cena całkowita w tym wariantcie wyniesie zatem 3279 zł (399 zł ekspres + 2880 zł kawa).

W przypadku wyboru ekspresu z pojemnikiem na ziarna, aby sporządzić 1800 kaw, musiałbyś kupić 13 jednokilogramowych opakowań kawy. Ich cena wyniosłaby 1040 zł (13 x 80 zł). Całkowity koszt zakupu tego ekspresu (wraz z kawą na okres 5 lat) wyniósłby zatem 2240 zł.

W omawianym wariantcie korzystniejszym zakupem dla ciebie jest zakup ekspresu z pojemnikiem na kawę z wbudowanym młynkiem (oszczędzasz 1039 zł).

Wariant III.

Jeżeli wypijasz dwie kawy dziennie, musisz się liczyć z wydatkiem 5760 zł na kapsułki (rocznie potrzebowałbyś 720 sztuk, a w całym okresie korzystania z ekspresu aż 3600 kapsułek). Całkowity koszt ekspresu z kawą wyniesie 6159 zł.

Aby wypić taką samą ilość kawy, ale sporządzonej w ekspresie z wbudowanym młynkiem, musiałbyś wydać łącznie 3200 zł (1200 zł cena ekspresu + 2000 zł za 25 jednokilogramowych opakowań kawy ziarnistej).

W tym wariantcie oszczędności wynikające z wyboru oferty z wyższą ceną zakupu wyniosłby aż 2959 zł.

A teraz wyobraź sobie, że nie chodzi o zakup ekspresu do kawy, lecz urządzenia do szpitalnej pracowni rezonansu magnetycznego. W opisie przedmiotu zamówienia uwzględniasz dostawę urządzenia, wykonanie pomieszczenia rezonansu (tzw. klatki Faradaya), dostawę niezbędnego do obsługi rezonansu oprogramowania komputerowego, a także usługę instalacji i serwisu rozruchowego oraz szkolenia personelu szpitala. Jeżeli przy wyborze oferty kierować się będziesz wyłącznie ceną zakupu, skąd możesz wiedzieć, że wybierana przez ciebie oferta jest najkorzystniejsza? W okresie eksploatacji pracowni szpitala ponosić będzie przecież koszty zużywanej przez nią energii, koszty helu chłodzącego magnes,

obsługi serwisowej, aktualizacji oprogramowania. Jeżeli nie oszacujesz tych kosztów i nie zbilansujesz ich przed podjęciem decyzji o wyborze oferty z ceną zakupu, nie masz podstaw, by twierdzić, że wybrałeś ofertę najkorzystniejszą. Oprócz tego może warto pomyśleć również o jakości zamawianego rozwiązania. Oferowane na rynku produkty mogą się różnić pod względem wielu czynników, np. szybkości i sprawności pracy ze skanerem czy komfortu pacjenta (poziom hałasu podczas przeprowadzania badań, możliwość wykonania badań naczyniowych bez kontrastu). Uwzględnienie tych lub innych czynników przy wyborze oferty może zwiększyć efektywność wydatku i twoją satysfakcję z zakupu.

Jak widzisz, nie w każdym przypadku wybór oferty z najniższą ceną jest korzystny. W wielu sytuacjach klient musi ponieść dodatkowe koszty związane z korzystaniem z zakupionego wyrobu. Jeżeli nie weźmiesz ich pod uwagę przy wyborze oferty, możesz w przyszłości żałować.

Ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów prawa zamówień publicznych jest oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego albo oferta z najniższą ceną⁸⁶. Wybór oferty najtańszej może być wyborem oferty najkorzystniejszej, ale stanie się tak pod warunkiem, że oferta ta będzie jednocześnie ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie. Jeżeli świadczenia generujące przyszłe koszty dorzucisz do opisu przedmiotu zamówienia, to wszystkie koszty związane z korzystaniem z danego przedmiotu zostaną uwzględnione w cenie ofertowej. Decyzja w sprawie zakresu przedmiotu zamówienia należy do ciebie. Niezależnie od tego, czy w opisie przedmiotu zamówienia zostaną uwzględnione wszystkie koszty ponoszone przez ciebie w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia czy też te koszty zostaną oszacowane w ofercie tylko do celów oceny według kryteriów pozacenowych, zawsze powinieneś być pewien, że wybierasz ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie.

Na koniec ciekawostka: podniesienie ceny endoprotezy biodrowej z 1800 zł do 2000 zł powoduje tylko 2-procentowy wzrost kosztu utrzymania pacjenta w pełnej funkcjonalności, natomiast w przypadku gorszej o 1% przeżywalności endoprotezy koszt ten zwiększa się o 44% (z 10 155 zł do 14 625 zł)⁸⁷.

5.2. POPRAWNY DOBÓR KRYTERIÓW OCENY OFERT

Dobór kryteriów oceny ofert jest kwestią indywidualną. Powinien być wynikiem twoich preferencji. To ty najlepiej znasz swoje potrzeby i to ty powinieneś zdecydować o tym, co jest dla ciebie najkorzystniejsze. Kryteria oceny ofert mają prowadzić do pozyskania zamówienia optymalnie odpowiadającego twoim potrzebom.

Poza ceną o wyborze oferty najkorzystniejszej w szczególności mogą decydować: jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji⁸⁸. Katalog tych przykładowych kryteriów oceny wynika bezpośrednio z przepisów prawa zamówień publicznych. Które z nich zagwarantują, że będziesz zadowolony z zamówienia?

W odniesieniu do wyrobów medycznych Ogólnopolska Izba Gospodarcza Wyrobów Medycznych POLMED na zaproszenie Urzędu Zamówień Publicznych opracowała w 2011 r. propozycje pozacenowych kryteriów oceny ofert⁸⁹. Za najważniejsze uznano: jakość, koszty eksploatacji w okresie amortyzacji, szkolenia personelu, serwis, walory kliniczne

⁸⁶ Art. 2 pkt 5) ustawy pzp.

⁸⁷ Zob. M. Władysiuk, *Czy opracowanie raportu HTA dla wyrobów medycznych jest konieczne?*, <http://www.korektorzdrowia.pl/wp-content/uploads/lek-magdalena-wa82adysiuk-czy-opracowanie-raportu.pdf>.

⁸⁸ Art. 91 ust. 2 ustawy pzp.

⁸⁹ Zob. *Kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – przykłady i zastosowanie*, red. J. Sadowy, UZP, Warszawa 2011.

zaproprowanych rozwiązań. Część z nich funkcjonuje już na rynku zamówień publicznych. Niektóre po prostu się nie przyjęły.

Ustalając kryteria oceny ofert, określasz swoje priorytety. Powinny one przedstawiać się następująco:

- 1) kryteria kategorii I: związane z efektami ekonomicznymi osiąganymi przez zamawiającego (takimi jak rachunek kosztów cyklu życia),
- 2) kryteria kategorii II: związane z efektami jakościowymi osiąganymi przez zamawiającego,
- 3) kryteria kategorii III: związane z efektami zewnętrznymi, w szczególności w aspektach środowiskowych i społecznych,
- 4) kryteria kategorii IV: kurtuazyjne.

Najważniejsze powinny być dla ciebie koszty związane z zamówieniem. Dlatego, wybierając ofertę najkorzystniejszą, zrób rachunek kosztów cyklu życia. Dzięki niemu możesz zaoszczędzić dużo pieniędzy. Oceniasz w tym przypadku efekty ekonomiczne przyjęcia danej oferty. Pamiętaj, że biedny płaci dwa razy.

Jeżeli chcesz być zadowolony z zamówienia, zwróć uwagę na jakość. Jakość prowadzi do satysfakcji klienta. Kryteria jakościowe są wskazane, gdy chcesz mieć raczej „lepiej” niż „dobrze”. Pamiętaj, że „dobrze” to warunek – to twój opis przedmiotu zamówienia. Niespełnienie tego warunku wyrażające się w złożeniu oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ, powinno skutkować odrzuceniem oferty. Powinieneś zatem tak ukształtować opis przedmiotu zamówienia, aby oferta zawsze spełniała twoje minimalne, ale jednocześnie satysfakcjonujące standardy jakościowe. Natomiast gdy chcesz mieć lepiej niż dobrze (chcesz mieć większą satysfakcję z zakupu), pomyśl o kryteriach związanych z efektami jakościowymi.

Następnie rozważ przyjęcie kryteriów związanych z efektami zewnętrznymi. Zwykle nie przyniosą ci one bezpośrednich korzyści ekonomicznych lub jakościowych, ale mogą sprawić, że środowisko będzie czystsze lub określonym grupom społecznym będzie się działo lepiej. W tym celu rozważ wprowadzenie do oceny ofert kryteriów dotyczących aspektów środowiskowych lub społecznych. Stosowanie kryteriów z tej grupy zwykle spotyka się z pozytywnym odbiorem społecznym, a więc niewykluczone, że odniesiesz korzyść wizerunkową. Na przykład, kupując zamrażarkę medyczną⁹⁰, możesz przyznawać punkty, jeżeli urządzenie zawiera czynniki chłodnicze, których GWP₁₀₀ (czyli współczynnik ocieplenia globalnego) < 10.

Pozytywne efekty uwzględniania przy wyborze oferty aspektów środowiskowych to⁹¹:

- 1) poprawa jakości środowiska,
- 2) redukcja kosztów,
- 3) promowanie innowacyjnych rozwiązań,
- 4) korzyści wizerunkowe.

Korzyści ze stosowania kryteriów społecznych to m.in.⁹²:

- 1) stymulowanie zatrudnienia osób zagrożonych wykluczeniem zawodowym lub społecznym,

⁹⁰ Kryteria zielonych zamówień publicznych UE dotyczące sprzętu elektrycznego i elektronicznego wykorzystywanego w sektorze opieki zdrowotnej (sprzęt elektryczny i elektroniczny na potrzeby opieki zdrowotnej), <http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/criteria/health/PL.pdf>, str. 27.

⁹¹ T. Joniewicz, *Zrównoważone zamówienia publiczne w praktyce. Modelowe klauzule społeczne i środowiskowe*, Wyd. Fundacja CentrumCSR.PL, ISBN 978-83-937969-2-2, str. 6–7.

⁹² T. Schimanek, *Klauzule społeczne – narzędzie wspierające rozwój podmiotów ekonomii społecznej?*, http://rops-katowice.pl/dopobrania/es/2014.05.16_klauzule.pdf.

- 2) wsparcie wykonawców zatrudniających osoby niepełnosprawne,
- 3) zachęcanie pracodawców do działań propracowniczych (np. szkoleń, zatrudniania pracowników na umowę o pracę),
- 4) poprawa warunków pracy w łańcuchu dostaw (np. przez kontrolę przestrzegania przez wykonawcę i inne podmioty uczestniczące w łańcuchu dostaw konwencji Międzynarodowej Organizacji Pracy).

Czwartą grupę kryteriów (czyli kryteriów kurtuazyjnych) stanowić będą te, z których korzyści mogą być osiągnięte przez ustanowienie w SIWZ określonego warunku. Wprowadzenie ich do SIWZ to sztuka dla sztuki, najczęściej mająca na celu ominięcie ustawowego nakazu stosowania pozacenowych kryteriów oceny w zamówieniach, które nie są powszechnie dostępne oraz nie mają ustalonych standardów jakościowych.

Przyjęcie kryterium, które nie przynosi żadnej korzyści (ekonomicznej, jakościowej, społecznej czy środowiskowej), jest niedopuszczalne. Zatem jeżeli zastosujesz kryterium kurtuazyjne, musisz być w stanie wykazać, że w efekcie uzyskany został pozytywny rezultat.

Należy z przykrością odnotować, że w pewnych sytuacjach przyjęcie kryterium kurtuazyjnego będzie jedynym sposobem zapewnienia stosowania zasady gospodarowania środkami publicznymi, o których mowa w przepisach o finansach publicznych. Dotyczyć to będzie w szczególności zamówień o ustalonych standardach jakościowych, które nie są powszechnie dostępne, na przykład dostaw leków do apteki szpitalnej.



Rys. Grzegorz Czaban

5.3. KIEDY ZAMÓWIENIE JEST POWSZECHNIE DOSTĘPNE I MA USTALONE STANDARDY JAKOŚCIOWE?

W celu zachęcenia zamawiających do stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert wprowadzono do ustawy – Prawo zamówień publicznych przepis uzależniający zastosowanie kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert od wystąpienia łącznie dwóch warunków⁹³:

- 1) przedmiot zamówienia musi być powszechnie dostępny oraz
- 2) mieć ustalone standardy jakościowe.

Zamawiający jest zwolniony z badania spełnienia tych warunków, gdy dokonuje wyboru oferty w trybie licytacji elektronicznej. Tak więc w tym trybie mogą być udzielane zamówienia niedostępne powszechnie. Licytacja elektroniczna jest dopuszczalna, jeżeli

⁹³ Art. 91 ust. 2a ustawy pzp; przepis został dodany na podstawie art. 1 pkt 13 lit. b ustawy o zmianie ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2014 r., poz. 1232), która weszła w życie z dniem 19 października 2014 r.

wartość zamówienia jest mniejsza niż progi UE⁹⁴. Z uwagi na to, że w omawianym trybie o wyborze oferty decyduje wyłącznie najniższa cena, nie jest zasadne stosowanie licytacji do udzielania zamówień o niestalonych standardach jakościowych.

W przypadku zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy pzp, musi być ponadto spełniony warunek trzeci – powinni oni dodatkowo wykazać w załączniku do protokołu postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia. W opinii Departamentu Prawnego UZP wymóg ten nie dotyczy postępowań prowadzonych w trybie zapytania o cenę⁹⁵.

W swojej praktyce zawodowej często będziesz się zastanawiać, czy udzielane przez ciebie zamówienie jest powszechnie dostępne. Ocena tego jest bowiem trudniejsza niż ustalenie, czy zamówienie ma wyznaczone standardy jakościowe.

Interpretacja obu sformułowań powinna być dokonywana analogicznie do przesłanki stosowania trybu zapytania o cenę (art. 70 ustawy pzp), która także odwołuje się do pojęć „powszechnie dostępny” oraz „o ustalonych standardach jakościowych”. Należy jednakże uwzględnić różnicę polegającą na tym, że art. 70 ustawy pzp wskazuje tylko na dostawy lub usługi, natomiast przepis odnoszący się do możliwości stosowania ceny jako jedyne kryterium oceny ofert (art. 91 ust. 2a ustawy pzp) wskazuje na „przedmiot zamówienia” – a więc dotyczy także zamówień na roboty budowlane.

Stosując wykładnię językową, pojęcie „powszechnie dostępny” należałoby rozumieć jako „dotyczący wszystkich, wszystkiego”, pospolity, masowy, seryjny, popularny, z kolei „ustalone standardy jakościowe” to typy lub gatunki (dostaw) dokładnie określone, znormalizowane, odpowiadające przeciętnym, standardowym, a nie specyficznym wymaganiom (normom), niewymagające indywidualnego podejścia⁹⁶. *Słownik języka polskiego PWN* termin „powszechny” definiuje jako „ogólnie stosowany, znany; codzienny częsty” oraz wskazuje następujący związek terminologiczny: „artykuły powszechnego użytku – towary, produkty (zwłaszcza spożywcze) potrzebne na co dzień, często używane”⁹⁷.

W doktrynie przyjmuje się, że przez powszechną dostępność dostaw lub usług należy rozumieć oferowanie dóbr o pożądanej charakterystyce przez liczne podmioty na rynku, co umożliwi łatwy dostęp do tych dóbr praktycznie nieograniczonej grupie konsumentów, a to z kolei łączy się wprost z powszechną konsumpcją takich dóbr czy usług⁹⁸.

Dostawy i usługi powszechnie dostępne to dobra popularne i łatwo osiągalne, zaspokajające potrzeby wszystkich kategorii odbiorców publicznych i prywatnych, które oferuje się wszędzie, zarówno na rynku lokalnym, jak i krajowym⁹⁹.

⁹⁴ Art. 74 ust. 2 ustawy pzp.

⁹⁵ Tak w opinii *Kryteria oceny ofert w świetle przepisów ustawy prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 29 sierpnia 2014 r.*, www.uzp.gov.pl.

⁹⁶ Por. *Kontrola udzielania zamówień publicznych. Przesłanki wyboru trybu zapytania o cenę – przykłady nieprawidłowości wykrywanych w toku kontroli przeprowadzanej przez Prezesa UZP*, „Informator Urzędu Zamówień Publicznych” 2010, nr 3, str. 19; podobnie: *Kontrola udzielania zamówień publicznych prowadzona przez Prezesa UZP*, Warszawa 2012, Wyd. PARP i UZP, str. 68.

⁹⁷ *Słownik języka polskiego PWN, op. cit.*, t. II, str. 875.

⁹⁸ Por. *Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę przyjęte przez Komitet Stały Rady Ministrów 18 listopada 2010 r.*, UZP, Warszawa 2010, str. 36.

⁹⁹ Por. orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 28 czerwca 2010 r., BDF1/4900//44/50/10/1227; podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 17 kwietnia 2009 r., KIO/KU/10/09.

Przez „ustalone standardy jakościowe” rozumiemy „przeciętne typy, wzorce, rodzaje (gatunki), odpowiadające przeciętnym wymaganiom”¹⁰⁰. Przyjęcie, że określone zamówienie jest standardowe, oznacza zatem, iż niezależnie od tego, kto będzie jego wykonawcą, jedyną różnicą będą zaoferowane ceny (tzn. sam przedmiot będzie zestandaryzowany – identyczny, niezależnie od tego, który z wykonawców go zrobi)¹⁰¹. Ustalone standardy jakościowe wyznaczać będą przede wszystkim powtarzalne parametry techniczne przedmiotu świadczenia (takie jak trwałość, wytrzymałość, funkcjonalność, gabaryty itp.), które są na tyle znane na rynku, że transakcja nie wymaga rozwiniętego opisu przedmiotu zamówienia i nie należy do skomplikowanych. Nie jest przy tym istotne, jak doszło do ustalenia tych standardów na rynku (ustabilizowania właściwości przedmiotu) – czy pod wpływem norm i przepisów technicznych, standaryzacji związanej z procesem oceny zgodności, zwyczajów handlowych, prostego naśladownictwa czy w inny sposób, byleby wszędzie na rynku zamawiany przedmiot świadczenia był taki sam pod względem swoich właściwości¹⁰².

Dostawy powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych to te, które można określić za pomocą mierzalnych, standaryzowanych parametrów i które są oferowane przez szeroki krąg podmiotów¹⁰³.

Literatura podaje przykłady następujących dostaw powszechnie dostępnych o ustalonych standardach jakościowych: artykuły biurowe, produkty spożywcze różnego asortymentu, opał, paliwa napędowe do pojazdów silnikowych¹⁰⁴, środki czystości, standardowe meble¹⁰⁵, standardowy sprzęt komputerowy¹⁰⁶, przybory higieniczne¹⁰⁷.

Z kolei za usługi spełniające omawiane kryteria uznaje się na przykład: proste usługi poligraficzne (druk), usługi utrzymania czystości (sprzątania pomieszczeń), usługi pralnicze¹⁰⁸, usługi translatorskie¹⁰⁹, usługi transportowe, usługi odśnieżania ulic, usługi introligatorskie, usługi kserograficzne¹¹⁰, usługi krawieckie, usługi szklarskie¹¹¹.

W każdym z tych przykładów mogą się jednak pojawić wyjątki. Z zasady zamówienie na artykuły żywnościowe będzie uznawane za powszechnie dostępne, ale gdy w jego zakres wchodziłaby dostawa homara i przegrzebków, nie byłoby to już oczywiste. Podobnie nie mogłaby być uznana za powszechnie dostępną usługa prania bielizny ogólnoszpitalnej i operacyjnej, jeżeli zamawiający wymagałby dodatkowo od wykonawców oznakowania

¹⁰⁰ Por. *Nabywanie usług w trybie zapytania o cenę*, opinia Departamentu Prawnego UZP, www.uzp.gov.pl.

¹⁰¹ Por. *Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego...*, *op. cit.*, str. 39.

¹⁰² R. Szostak, „*Studia Prawnicze*” 2007/2/55, za: uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 kwietnia 2009 r., KIO/KU 10/09.

¹⁰³ Por. uchwała KIO z dnia 8 grudnia 2009 r., KIO/KU 47/09.

¹⁰⁴ Por. *Nabywanie usług w trybie zapytania...*, *op. cit.*, str. 20, *Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego...*, *op. cit.*, str. 39, a także *Kontrola udzielania zamówień publicznych prowadzona...*, *op. cit.*, str. 68.

¹⁰⁵ Por. *Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego...*, *op. cit.*, str. 38.

¹⁰⁶ Por. *Kontrola udzielania zamówień publicznych. Przesłanki wyboru trybu zapytania o cenę...*, *op. cit.*, str. 20.

¹⁰⁷ Por. *Nabywanie usług w trybie zapytania...*, *op. cit.*, str. 18.

¹⁰⁸ Por. *ibid.*, str. 20, a także *Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego...*, *op. cit.*, str. 39.

¹⁰⁹ Por. *Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego...*, *op. cit.*, str. 37.

¹¹⁰ Por. *Kontrola udzielania zamówień publicznych prowadzona...*, *op. cit.*, str. 68.

¹¹¹ Por. *Nabywanie usług w trybie zapytania...*, *op. cit.*, str. 18.

odzieży i bielizny chipami oraz wdrożenie radiowego systemu odczytu chipów i systemu komputerowego online ewidencji wykonywanych usług.

KTÓRE ROBOTY BUDOWLANE O USTALONYCH STANDARDACH JAKOŚCIOWYCH SĄ POWSZECHNIE DOSTĘPNE?

W odniesieniu do zamówień na roboty budowlane należy uznać, iż z zasady każde z nich będzie miało ustalone standardy jakościowe. Oczywiście pod warunkiem, że zamawiający posiada gotową dokumentację projektową oraz specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych. To ostatnie opracowanie zawiera zbiór wymagań, które są niezbędne do określenia standardu i jakości wykonania robót w zakresie sposobu wykonania robót budowlanych, właściwości wyrobów budowlanych oraz oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót¹¹². Można zatem uznać, że niezależnie od tego, który z wykonawców wykona dokładnie opisane roboty budowlane, sam przedmiot zamówienia będzie zestandaryzowany – identyczny.

Trudniejsze jest ustalenie, czy dane zamówienie na roboty budowlane jest powszechnie dostępne. Pomocne w odpowiedzi na to pytanie może być podnoszone w doktrynie twierdzenie, iż „wymóg posiadania odpowiednich uprawnień zawodowych przez osobę świadczącą usługi sprawia, że usługi te tracą przymiot powszechnej dostępności, bez względu na to, ile osób posiada takie uprawnienia”¹¹³. Przenosząc je na grunt robót budowlanych, można uznać, że robotami powszechnie dostępnymi będą te, które nie wymagają uzyskania pozwolenia na budowę. W przypadku takich robót nie jest konieczne objęcie kierownictwa budowy (rozbiórki) lub określonych robót budowlanych ani nadzór nad robotami przez osobę posiadającą uprawnienia budowlane w odpowiedniej specjalności¹¹⁴.

W tym rozumieniu za roboty powszechnie dostępne mogłyby być uznane np. remont istniejących obiektów budowlanych i urządzeń budowlanych (z wyjątkiem obiektów wpisanych do rejestru zabytków), docieplenie budynków o wysokości do 12 m czy budowa ogrodzeń.

Należy jednak podkreślić, że zwolnienie z obowiązku uzyskania pozwolenia na budowę może znajdować uzasadnienie zarówno w nieznacznym stopniu skomplikowania robót, jak i w innych ważnych względach¹¹⁵. Stąd w wykazie robót niewymagających pozwolenia na budowę znajdują się także takie, które nie będą mogły być uznane za powszechnie dostępne (np. wykonanie w obiekcie systemu według standardu KONNEX/KNX umożliwiającego stworzenie inteligentnego budynku).

W każdym przypadku konieczna byłaby analiza danej sytuacji pod kątem podaży i popytu na dane roboty (jaka część rynku oferuje i jaka część rynku kupuje?). Może się bowiem zdarzyć, że w zakres mało skomplikowanego zamówienia na roboty będą wchodzić pewne prace, które oferują tylko nieliczne podmioty na rynku (np. wykonanie malowania ścian na oddziale chirurgii dziecięcej szpitala przez naniesienie obrazków z bajek).

¹¹² Por. § 12 powołanego wcześniej rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej.

¹¹³ Por. orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 28 czerwca 2010 r., bdf1/4900//44/50/10/1227; podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 17 kwietnia 2009 r., KIO/KU/10/09.

¹¹⁴ Por. art. 42 ust. 3 ustawy – Prawo budowlane.

¹¹⁵ Zgodnie z art. 42 ust. 3 zdanie drugie ustawy – Prawo budowlane właściwy organ może wyłączyć, w drodze decyzji, stosowanie przepisów nakładających obowiązek objęcia kierownictwa budowy (rozbiórki) lub określonych robót budowlanych oraz nadzór nad robotami przez osobę posiadającą uprawnienia budowlane w odpowiedniej specjalności również w stosunku do innych obiektów niż niewymagające uzyskania pozwolenia na budowę, jeżeli jest to uzasadnione nieznacznym stopniem skomplikowania robót budowlanych lub innymi ważnymi względami.

5.4. CO Z ZAKUPAMI LEKÓW?

Czy w świetle powyższych rozważań można uznać zakup leków do apteki szpitalnej za dostawę produktów powszechnie dostępnych, o ustalonych standardach jakościowych?

Zwykle lek opisuje się za pomocą nazwy powszechnie stosowanej¹¹⁶. Wskazuje się na podstawową budowę chemiczną związku, z którego wywodzi się dany lek, podaje się elementy etymologiczne nazwy chemicznej (nie są one zastrzeżone, mogą być używane dowolnie przez każdego producenta leku dla identycznego pod względem chemicznym związku)¹¹⁷.

Z tych względów zakup leków będzie mógł być uznany za dostawę o ustalonych standardach jakościowych.

Czy jest to jednak zamówienie powszechnie dostępne?

Przypomnij sobie znaczenie zwrotu „powszechnie dostępny”. Oznacza on „dotyczący wszystkich, wszystkiego”, pospolity, masowy, seryjny, popularny, „ogólnie stosowany, znany; codzienny częsty”. Przez powszechną dostępność dostaw należy rozumieć oferowanie dóbr o pożądanej charakterystyce przez liczne podmioty na rynku, co umożliwi łatwy dostęp do tych dóbr praktycznie nieograniczonej grupie konsumentów, co z kolei łączy się wprost z powszechną konsumpcją takich dóbr. Czy leki spełniają omawiane kryteria?

Witamina C z pewnością. Ten produkt oferowany jest przez liczne podmioty na rynku, przez co nieograniczona grupa konsumentów ma do niego dostęp, a to przekłada się na jego powszechną konsumpcję. Większość z nas rzeczywiście ma w domowej apteczce ten specyfik.

W zakres twojego zamówienia wchodzić jednak będą przede wszystkim leki, które można wydać pacjentowi tylko na receptę, nierzadko specyficzne (np. leki onkologiczne lub ratujące życie). Nie wiąże się z nimi „powszechna konsumpcja”. Dodatkowo może się zdarzyć, że niektóre z nich można będzie nabyć w nielicznych hurtowniach farmaceutycznych.

Tak więc zamówienie na zakup leków do apteki szpitalnej z zasady nie zostanie uznane za dostawę powszechnie dostępną. W konsekwencji, chociaż niewątpliwie ma ustalone standardy jakościowe, nie będzie mogło być dokonane w przetargu z najniższą ceną. Jakie pozacenowe kryteria oceny przyjąłbyś w omawianym przypadku?

W zamówieniu na dostawę leków nie występują koszty użytkowania i utrzymania. Poza ceną leku szpital poniesie w związku z zamówieniem tylko koszt odbioru lub utylizacji odpadów powstałych po lekach (odpadami będą w szczególności opakowania po lekach oraz leki przeterminowane). Zwykle koszty te będą stałe bez względu na wybraną ofertę. W takim przypadku nie będzie zasadne przyjęcie do oceny ofert kryteriów ekonomicznych (np. rachunku kosztów cyklu życia).

Jakość, czyli to, co cię zadowala, zawiera wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia. W przypadku środka leczniczego o tych samych właściwościach, ale pochodzącego od różnych producentów, trudno mówić o lepszych lub gorszych cechach, które mogłyby być

¹¹⁶ Zgodnie z art. 2 pkt 15) ustawy z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne (tekst jedn. Dz.U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271, z późn. zm.) nazwą powszechnie stosowaną jest nazwa międzynarodowa zalecana przez Światową Organizację Zdrowia, a jeżeli takiej nie ma – nazwa potoczna produktu leczniczego; podobnie w art. 2 pkt 12 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz.U. Nr 122, poz. 696, z późn. zm.) ustalono, że nazwa międzynarodowa leku to nazwa leku zalecana przez Światową Organizację Zdrowia.

¹¹⁷ Zob. A. Wiela-Hojeńska, *Wybrane zagadnienia z farmakologii ogólnej*, Katedra i Zakład Farmakologii Ogólnej Uniwersytetu Medycznego we Wrocławiu, www.farmacja.umed.wroc.pl/sites/default/files/struktura/farmacja/farmakologia/Wybrane%20zagadnienia%20farmakologii%20202013.pdf.

poddane ocenie porównawczej w pozacenowym kryterium jakościowym. Gdy treść oferty nie będzie odpowiadała treści SIWZ, ofertę odrzucisz, a w ślad za tym odejdziesz w niebyt niezadowolająca cię jakość. Z tych względów zapewne zrezygnujesz z opisanego w SIWZ jakichkolwiek kryteriów jakościowych.

Co zrobisz w sytuacji, gdy charakter zamówienia i twoje doświadczenie podpowiadać ci będą, że o wyborze oferty najkorzystniejszej powinna decydować wyłącznie najniższa cena, tymczasem ze względu na brak możliwości wykazania, że twoje zamówienie jest powszechnie dostępne, będziesz musiał przyjąć kryterium pozacenowe?

Będziesz przy tym miał świadomość, że może to pociągnąć za sobą ryzyko naruszenia zasad gospodarowania środkami publicznymi. Jeżeli jedynym kosztem, jaki ponosisz w związku z zamówieniem, jest cena ofertowa, a wysoka jakość jest ujęta w opisie przedmiotu zamówienia, zastosowanie pozacenowego kryterium oceny może się przecież przyczynić do wyboru oferty droższej. W takim przypadku zapłacona różnica w cenie nie przyniesie ci żadnych efektów. Będzie finansową stratą.

Zgodnie z art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:

- a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,
- b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.

Problem efektywnego wydatkowania środków publicznych w tej wyjątkowej sytuacji najczęściej będzie rozwiązany na dwa sposoby. Albo „ucieknie” w licytację elektroniczną (w przypadku zastosowania tego trybu przedmiot zamówienia nie musi być powszechnie dostępny ani mieć ustalonych standardów jakościowych), albo przyjmiesz do oceny pozacenowe kryterium kurtuazyjne. W tym drugim przypadku nie będziesz jednak mógł przyjąć kryterium, które nie przynosi żadnych korzyści. Dlatego zazwyczaj wybierzesz do oceny porównawczej termin płatności, czas dostawy leku ratującego życie lub termin ważności leku.

Kryterium kurtuazyjne zwykle przyjmuje postać miernika oferty, który nie będzie decydował o wyborze oferty.

PRZYKŁAD 2.

Zamawiający oceniać będzie ofertę według kryteriów:

Cena – 80%

Termin płatności – 20%

Warunek minimalny określony w SIWZ: wymagany termin płatności wynosi 14 dni od daty wystawienia faktury VAT.

Sposób oceny ofert w kryterium termin płatności:

Wykonawca, który wydłuży ten termin do 30 dni, otrzyma 20 pkt, pozostali wykonawcy oferujący termin krótszy, ale co najmniej 14-dniowy, otrzymają 0 pkt.

Zwykle taki opis sposobu oceny ofert skutkować będzie wydłużeniem terminu płatności do 30 dni przez wszystkich wykonawców, co spowoduje, że o wyborze oferty zadecyduje najniższa cena (każdy z wykonawców otrzyma bowiem jednakową liczbę punktów w pozacenowym kryterium).

Podmioty lecznicze, o których mowa w art. 4 ust. 1 pkt 2–4 ustawy o działalności leczniczej¹¹⁸, zwykle dopuszczają wydłużenie terminu płatności do 60 dni. W ich przypadku

¹¹⁸ Podmiotami tymi są:

a) samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej,

dopiero po upływie tego okresu wykonawcy, który spełnił swoje świadczenie, przysługiwać będą odsetki za okres od dnia wymagalności świadczenia pieniężnego do dnia zapłaty¹¹⁹.

Nie stosuj kryteriów kurtuazyjnych, chyba że potrafisz wykazać, że pozostałe kryteria oceny gwarantują uzyskanie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. W szczególności nie zasłaniaj się nimi w przypadku zamówień, przy których udzielaniu możliwe jest przeprowadzenie rachunku kosztów cyklu życia.

5.5. RACHUNEK KOSZTÓW CYKLU ŻYCIA

Jeżeli jesteś zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy pzp¹²⁰, i zastosujesz jako jedyne kryterium oceny najniższą cenę, musisz wykazać w protokole postępowania, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty ponoszone w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia¹²¹. Okres korzystania z przedmiotu zamówienia jest związany z pojęciem cyklu życia produktu. Ustawodawca zwraca nam uwagę, abyśmy nie ulegali syndromowi góry lodowej i badali to, co jest „pod wodą”.

Artykuł 67 dyrektywy 2014/24/UE wymaga, aby zamawiający opierał wybór oferty na ofercie najkorzystniejszej ekonomicznie. Ustalenie, która oferta jest najkorzystniejsza ekonomicznie, powinna uwzględniać w szczególności efektywność kosztową, której wyrazem może być rachunek kosztów cyklu życia (ang. *Life-cycle cost* – LCC). Cykl życia produktu obejmuje wszelkie możliwe kolejne fazy istnienia danego produktu, usługi lub roboty budowlanej, czyli: badanie, rozwój, projektowanie przemysłowe, produkcję, naprawę, modernizację, zmianę, utrzymanie, logistykę, szkolenie, testowanie, wycofanie i usuwanie¹²².

Rachunek kosztów cyklu życia obejmować będzie wszystkie koszty ponoszone przez nabywcę zamówienia od zakupu do czasu wycofania z eksploatacji. Będą to koszty początkowe związane z nabyciem (takie jak cena produktu, jego instalacji i serwisu rozruchowego, szkolenia w zakresie obsługi itp.), koszty użytkowania, takie jak prognozowane zużycie energii elektrycznej i innych zasobów (np. wody, gazu), koszty utrzymania (np. koszty konserwacji i przeglądów) oraz koszty związane z wycofaniem z eksploatacji, takie jak koszty zbiórki i recyklingu. Wszystkie wymienione koszty obciążają zwykle zamawiającego.

Rachunek kosztów cyklu życia może także obejmować koszty przypisywane ekologicznym efektom zewnętrznym związane z produktem, usługą lub robotami budowlanymi na przestrzeni ich cyklu życia, takie jak koszty emisji gazów i innych zanieczyszczeń oraz inne koszty łagodzenia zmiany klimatu. Ta pozycja w rachunku kosztów jest szczególnie ważna dla zamawiających, którzy w związku z zamówieniem ponosić będą opłaty za korzystanie ze środowiska, czyli za wprowadzanie gazów lub pyłów do powietrza, wprowadzanie cieków do wód lub do ziemi, pobór wód, składowanie odpadów.

b) jednostki budżetowe, w tym państwowe jednostki budżetowe tworzone i nadzorowane przez Ministra Obrony Narodowej, ministra właściwego do spraw wewnętrznych, Ministra Sprawiedliwości lub Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, posiadające w strukturze organizacyjnej ambulatorium, ambulatorium z izbą chorych lub lekarza, o którym mowa w art. 55 ust. 2a ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027, z późn. zm.),

c) instytuty badawcze, o których mowa w art. 3 ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych (Dz.U. Nr 96, poz. 618, z późn. zm.).

¹¹⁹ Por. art. 7 ust. 3 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2013 r., poz. 403).

¹²⁰ Zgodnie z przywołanym przepisem ustawę –Prawo zamówień publicznych stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez jednostki sektora finansów publicznych oraz niezaliczane do tego sektora państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej.

¹²¹ Art. 91 ust. 2a ustawy pzp.

¹²² Art. 2 pkt 1a ustawy pzp.

Uwzględnienie podczas oceny ofert tych kosztów jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy ich wartość pieniężną można określić i zweryfikować¹²³.

Rachunek kosztów cyklu życia przedstawia poniższy rysunek.



Rys. Grzegorz Czaban

RACHUNEK KOSZTÓW DLA POCZĄTKUJĄCYCH

Aby w sposób uproszczony dokonać oceny ekonomicznej oferty, można obliczyć rachunek kosztów cyklu życia (LCC) według formuły uproszczonej:

$$LCC = Kp + t \times Kop$$

gdzie za koszty początkowe (Kp) przyjmujemy cenę ofertową, a za koszty operacyjne (Kop) szacowany koszt zużycia zasobów (w szczególności energii elektrycznej) w zakładanym okresie eksploatacji [t – zakładana liczba lat eksploatacji (okres cyklu życia)].

Aby uzyskać rzetelny rachunek kosztów cyklu życia, który umożliwi porównanie ofert w tym kryterium, należy w specyfikacji istotnych warunków zamówienia precyzyjnie określić rodzaj kosztów, które powinni przedstawić wykonawcy w ofercie, oraz jednakową dla wszystkich wykonawców metodę ich obliczenia. Zamawiający musi być w stanie i mieć zamiar sprawdzać, w jakiej mierze poszczególne oferty rzeczywiście spełniają wymagania, do których odnosi się dane kryterium (w jakim stopniu oferty są wiarygodne pod tym względem)¹²⁴.

PRZYKŁAD 3.

W odniesieniu do produktów wykorzystujących energię szacunkowe zużycie energii można ustalić na podstawie dokumentacji technicznej produktu¹²⁵. Koszt energii wykonawca winien oszacować w ofercie według metody określonej w SIWZ.

¹²³ Por. art. 68 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE.

¹²⁴ Por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie EVN AG przeciwko Republice Austrii (C-448/01).

¹²⁵ Zgodnie z art. 4 ustawy z dnia 14 września 2012 r. o obowiązkach w zakresie informowania o zużyciu energii przez produkty wykorzystujące energię (Dz.U. z 2012 r., poz. 1203) dostawca jest obowiązany do:

Jeżeli przewidywany okres użytkowania produktu zużywającego energię wynosi t lat, koszt może zostać wyliczony według wzoru:

$$K_{en} = t \times K_n \times C_{1kWh}$$

gdzie:

K_{en} – oszacowany koszt energii elektrycznej w okresie korzystania z danego produktu

t – okres eksploatacji produktu w latach

K_n – średnie roczne zużycie energii (w kWh/rok) zgodnie z deklaracją producenta

C_{1kWh} – cena 1 kWh podawana przez zamawiającego (ustalona na podstawie ostatniego rachunku za energię).

PRZYKŁAD 4.

Charakterystyka energetyczna obrazowania metodą rezonansu magnetycznego (MRI)¹²⁶

Jeżeli dany sprzęt ma pracować w różnych trybach i być wykorzystywany do różnych zabiegów, możesz opracować indywidualny scenariusz przedstawiający dzienne wzorce użytkowania sprzętu. Załączysz go do SIWZ, a na jego podstawie wykonawcy oszacują zużycie energii przez oferowane urządzenie.

Koszty energii w całym okresie korzystania z urządzenia obliczyć można według wzoru:

$$K_{en} = t \times K_n \times C_{1kWh}$$

gdzie:

K_{en} – oszacowany koszt energii elektrycznej w okresie korzystania z danego produktu

t – okres eksploatacji produktu w dniach

K_n – oszacowane dobowe zużycie energii (w kWh/dobę) obliczone przez wykonawcę zgodnie z metodyką i warunkami przeprowadzania prób określonymi w COCIR SRI¹²⁷ lub

1) dołączenia do produktu wykorzystującego energię, wprowadzanego do obrotu lub oddawanego do użytku, etykiety i karty sporządzonych w języku polskim;

2) dołączenia karty do wszelkich broszur lub innej dokumentacji dostarczanej wraz z produktem wykorzystującym energię;

3) umieszczenia na etykiecie i w karcie danych zgodnych z parametrami technicznymi produktu wykorzystującego energię.

Z kolei w art. 5 ust. 2 tej ustawy wskazano, że:

Dokumentacja techniczna produktu wykorzystującego energię zawiera w szczególności:

1) opis tego produktu;

2) wyniki przeprowadzonych badań, o ile są istotne;

3) wyniki testów, o ile są dostępne, w tym testów przeprowadzanych przez notyfikowane jednostki w rozumieniu ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r., poz. 1645).

¹²⁶ Na podstawie: *Kryteria zielonych zamówień publicznych UE dotyczące sprzętu elektrycznego i elektronicznego wykorzystywanego w sektorze opieki zdrowotnej...*, op. cit., str. 18.

¹²⁷ Metodyka i warunki przeprowadzania prób w odniesieniu do urządzeń do obrazowania metodą rezonansu magnetycznego opisane są pod adresem: www.cocir.org/site/index.php?id=46.

równoważnym w odniesieniu do urządzeń do obrazowania metodą rezonansu magnetycznego

C *1kWh* – cena 1 kWh podawana przez zamawiającego (ustalona na podstawie ostatniego rachunku za energię).

Indywidualny scenariusz użytkowania:

Wykonawcy podają w ofercie następujące wartości (zgodnie z metodyką i warunkami przeprowadzania prób określonymi w COCIR SRI lub równoważnym w odniesieniu do urządzeń do obrazowania metodą rezonansu magnetycznego):

- POff: Pobór mocy (kW) w trybie wyłączenia
- POff: Pobór mocy (kW) w trybie niskiego poboru mocy
- PReady: Pobór mocy (kW) w trybie gotowości do pracy
- EScan: Zużycie energii podczas skanu 5 obszarów ciała (głowy, kręgosłupa, jamy brzusznej, kolana, naczyń krwionośnych)
- TScan: czas trwania skanu (włączając czasową sekwencję skanów i ustalony czas gotowości do pracy określony w metodyce COCIR)

Dobowe zużycie energii (K_n) obliczone zostanie za pomocą następującego wzoru (wartości zapisane *kursywą* określa zamawiający, a pogrubioną czcionką – wykonawca):

$$K_{en} = \mathbf{POff} \times T_{Off} \times \mathbf{P_{low}} \times T_{Low} + N_{Scan} \times \mathbf{EScan} + \mathbf{PReady} \\ \times (24h - T_{Off} - T_{low} - N_{Scan} \times \mathbf{TScan})$$

gdzie:

N_{Scan} – liczba skanów dla każdej części ciała

$N_{Scan} \times \mathbf{TScan}$

$$= N_{Głowa} \times \mathbf{T_{Głowa}} + N_{Jama\ brzuszna} \times \mathbf{T_{Jama\ brzuszna}} \\ + N_{Kręgosłup} \times \mathbf{T_{Kręgosłup}} + N_{kolano} \times \mathbf{T_{Kolano}} \\ + N_{Naczynia\ krwionośne} \times \mathbf{T_{Naczynia\ krwionośne}}$$

T_{Low} , off – czas pracy w godzinach na dobę w każdym z trybów

T_{Scan} – czas trwania każdego skanu (określony przez wykonawcę).

W celu potwierdzenia wiarygodności danych wykonawcy przedstawiają w ofercie sprawozdanie z testu przeprowadzonego zgodnie z COCIR SRI w odniesieniu do urządzeń do obrazowania, lub równoważne, przedstawiające dane dotyczące charakterystyki energetycznej urządzenia.

Laboratoria przeprowadzają testy zgodnie z ogólnymi wymogami norm EN ISO 17025, U.S. 21 CFR część 820, ISO 13485 lub równoważnych zgodnie z określonymi wyżej warunkami wykonywania testu.

Pamiętaj, że gdy żądane do przedstawienia koszty zostaną wyliczone w różny sposób, oferty mogą się okazać nieporównywalne. Nie będziesz wówczas mógł wybrać oferty najkorzystniejszej, a twoje postępowanie, jako obciążone wadą, kwalifikować się będzie do unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp.

Jeżeli będziesz miał problem z ustaleniem rodzaju kosztów, jakie mogą się pojawić w okresie cyklu życia dostawy, usługi lub roboty budowlanej, pomyśl o dialogu technicznym lub zaangażowaniu do pomocy biegłego.

W przypadkach, gdy szacowane przyszłe koszty kontroluje wykonawca (ponieważ odpowiada za obsługę techniczną lub unieszkodliwienie), deklarowane w ofercie ceny powinno się przenieść do umowy o zamówienie publiczne. Wówczas będziesz miał pewność, że nie zapłacisz więcej, niż przedstawiał ci to wykonawca¹²⁸.

Rachunek kosztów cyklu życia może być jedynym kryterium oceny ofert (ofertą najkorzystniejszą jest w tym przypadku oferta o najniższym koszcie); może być także rozbity na kilka kryteriów. Zwykle będą to kryteria cena oraz koszty eksploatacji. W tym drugim przypadku może pojawić się problem ustalenia wagi poszczególnych kryteriów. Bez wiedzy o wysokości kosztów użytkowania i utrzymania (które będą podane dopiero w ofertach) może okazać się wręcz niemożliwe rzetelne określenie takich wag. Dlatego lepszym rozwiązaniem jest stosowanie jedynego kryterium obejmującego łącznie cenę zakupu i pozostałe koszty cyklu życia.

Gdybyś się zdecydował na zastosowanie scalonego kryterium rachunku kosztów cyklu życia, musiałbyś wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu publikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych, jako kryterium oceny, najniższą cenę, a w sekcji IV.4.16 „Informacje dodatkowe” – jakie koszty poza ceną zakupu składają się na najniższą cenę.

Ustalenie kosztów eksploatacji jest możliwe także poprzez symulację kosztów z uwzględnieniem wykonania określonej procedury. Na przykład przy zakupie drukarek kryterium oceny w ramach kosztów eksploatacji może być oszacowany koszt druku 1 strony.

RACHUNEK KOSZTÓW DLA ZAAWANSOWANYCH

Chcąc dokładniej określić rachunek kosztów cyklu życia, można przy obliczeniach uwzględnić zmianę wartości pieniądza w czasie (tzw. rachunek dyskonta).

Jeżeli dzisiaj posiadasz 1000 zł, wiesz, że nominal ten będzie miał inną wartość za 10 lat. Głównie za sprawą występującej co roku inflacji, a także możliwości ulokowania przez ciebie tej kwoty w banku na pewien procent.

Jeżeli założymy, że stopa procentowa (dyskonta) wynosi 5% na rok ($i = 5\%/rok$), to po 10 latach wartość obecnego nominału 1000 zł (P) wyniesie:

$$F = \frac{1000}{(1 + 0,05)^{10}} = \frac{1000}{1,629} = 613 \text{ zł } 87 \text{ gr}$$

Przeliczenia wartości bieżącej (P) na przyszłą (F) po n latach przy stopie procentowej i dokonujemy zatem według wzoru:

$$F = \frac{P}{(1 + i)^n}$$

Stopę procentową można ustalić na wiele sposobów. Jednym z nich może być ten określony w Komunikacie Komisji Europejskiej w sprawie zmiany metody ustalania stóp referencyjnych i dyskontowych (Dz.Urz. UE C 14 z 19 stycznia 2008 r., str. 6). Stopa procentowa składa się ze stopy bazowej określanej przez Komisję Europejską oraz marży. Na dzień 1 stycznia 2015 r. wysokość stopy bazowej dla Polski wynosi 2,16% w stosunku rocznym. Zazwyczaj do stopy bazowej dodaje się 100 punktów bazowych (100 punktów bazowych = 1%). Stopa dyskontowa może zatem wynieść 3,16%.

¹²⁸ *Ekologiczne zakupy! Podręcznik dotyczący zielonych zamówień publicznych*, wyd. II, Komisja Europejska, Luksemburg, Urząd Publikacji Unii Europejskiej 2011, str. 61.

Aby obliczyć rachunek kosztów cyklu życia (LCC) z kosztami operacyjnymi (Kop) przeliczonymi na chwilę, w której ponosimy koszty początkowe (Kp), możemy zastosować następującą formułę:

$$LCC = Kp + \frac{Kop}{CRF}$$

CRF to rata rozszerzonej reprodukcji (inaczej zwana współczynnikiem odzysku kapitału). Jest obliczana według wzoru:

$$CRF = \frac{i}{1 - (1 + i)^{-t}}$$

gdzie:

i – stopa procentowa

t – zakładana liczba lat eksploatacji (okres cyklu życia).

Dokonanie oceny ofert wyłącznie w oparciu o efektywność kosztową jest wskazane, gdy oferowane są dostawy, usługi lub roboty budowlane o zbliżonej jakości. W przeciwnym razie zasadne będzie dokonanie wyboru oferty z uwzględnieniem najlepszej relacji jakości do ceny.

5.6. JAKOŚCIOWE KRYTERIA OCENY OFERT

„Jakość to rezultat (jakość techniczna), sposób użycia środków (wydajność ekonomiczna), organizacja usług i satysfakcja pacjenta”.

Światowa Organizacja Zdrowia (WHO)¹²⁹

Kilka lat temu, gdy moja starsza córka chciała lizak, młodsza zaraz miała ochotę na to samo. Teraz, gdy starsza „zamawia” lizak, młodsza mówi: „A ja zjem batonik”.

W odpowiednim czasie w każdym z nas wykształca się umiejętność odróżniania właściwości i cech produktów. Zaczynamy dostrzegać ich jakość. Stwierdzamy, że pewne produkty potrafią lepiej, a inne gorzej zaspokajać nasze potrzeby.

Już w starożytności Platon twierdził, że jakość (gr. *poiotes*) konkretnych rzeczy to stopień osiągniętej przez nie doskonałości. Z greki na łacinę (łac. *qualitas*) słowo to przetłumaczył Cyceron – jako cenę, właściwość przedmiotu¹³⁰.

Jakość to właściwość, rodzaj, gatunek, wartość; zespół cech stanowiących o tym, że dany przedmiot jest tym przedmiotem, a nie innym¹³¹.

W tekście nowej dyrektywy wskazano: „Należy zachęcać instytucje zamawiające do wybierania takich kryteriów udzielenia zamówienia, które umożliwią im otrzymanie wysokiej jakości robót budowlanych, dostaw i usług, optymalnie odpowiadających ich potrzebom”¹³².

Osiągnięcie wysokiej jakości zamówienia powinno być celem każdego prowadzonego przez ciebie postępowania. Zamówienie bez tego waloru to prosta droga do niegospodarności.

¹²⁹ WHO Working Group, Quality Ace In Heath Care 1989 r., str. 79–95

¹³⁰ D. Horbaczewski, *Filozoficzne źródła współczesnego pojmowania jakości*, „Problemy Jakości” 2006, nr 10, str. 10.

¹³¹ *Słownik języka polskiego PWN, op. cit.*, t. I, str. 820.

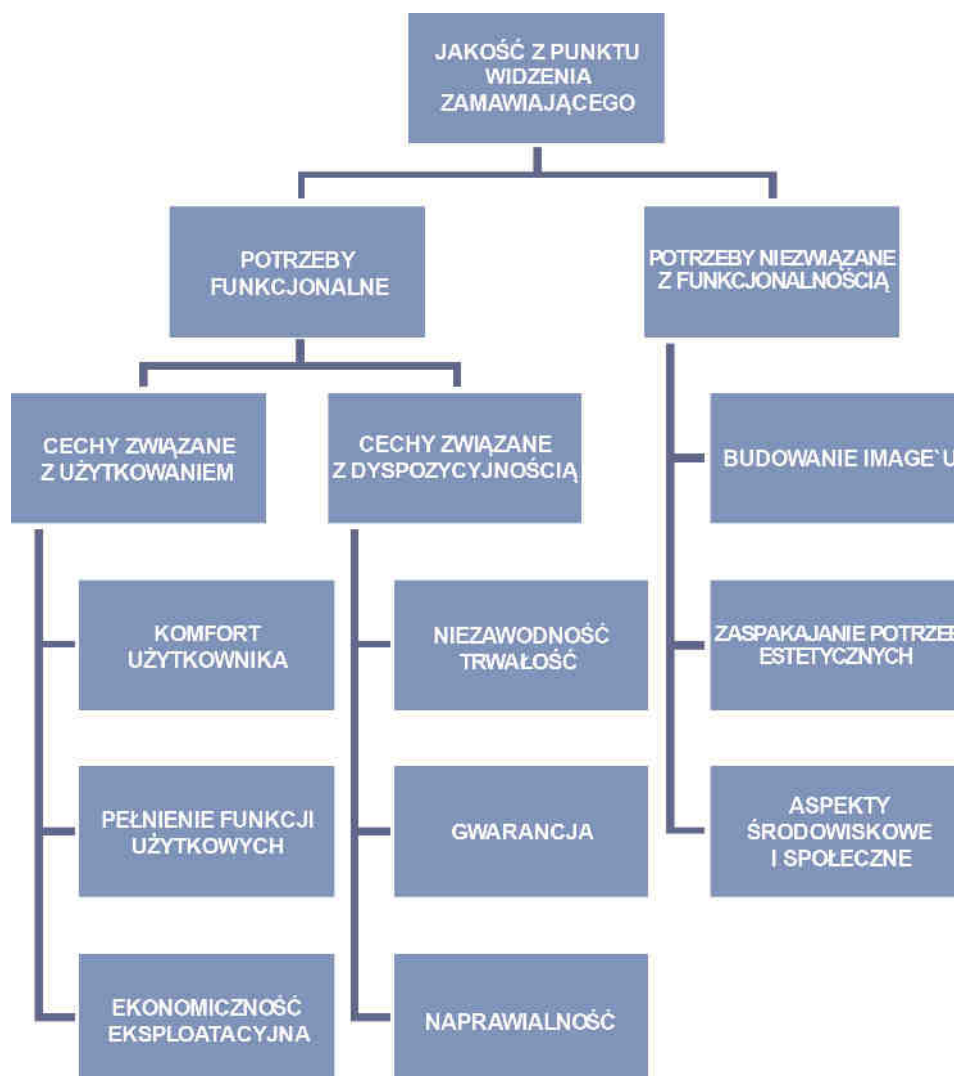
¹³² Motyw 92 preambuły dyrektywy 2014/24/UE.

Kryterium oceny powinno jednak uzupełniać dokładny opis przedmiotu zamówienia, a nie go zastępować. Jeżeli okaże się, że wybierzesz ofertę na produkt, który spełnia minimalne wymagania określone w SIWZ, ale jednocześnie będzie niskiej jakości, to możesz nie być usatysfakcjonowany z zakupu.

Będzie to oznaczać, że niewłaściwie opisałeś przedmiot zamówienia. Oferta, która nie przedstawia wymaganej przez Ciebie jakości, powinna być odrzucona, a nie niżej oceniona w kryteriach jakościowych.

W wielu przypadkach oferty składane przez wykonawców różnią się od siebie pod względem jakości. Wybór tej, która oferuje coś ponad minimalne wymagania SIWZ, może być dla Ciebie korzystny. Możesz zdecydować, że będziesz porównywał te ponadstandardowe walory ofert, a o wyborze oferty zadecyduje wówczas najkorzystniejsza relacja jakości do ceny. Wcześniej, na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia, musisz jednak precyzyjnie określić kryteria oceny ofert. Jakość poprzedza zadowolenie klienta. Tylko Ty znasz swoje potrzeby, zatem nie oczekuj, że ktoś za Ciebie określi Twoje preferencje.

Zestaw potrzeb, których zaspokojenie prowadzi do satysfakcji klienta (a więc do osiągnięcia przez niego stanu emocjonalnego odczuwania wysokiej jakości) przedstawia poniższy schemat¹³³:



Bywa, że kryteria oceny są ustalane przez ich przejęcie z SIWZ stworzonej przez innego zamawiającego. Mamy w tym przypadku do czynienia z naśladownictwem. Zgodnie

¹³³ Opracowanie własne na podstawie: M. Stoma, *Modele i metody pomiaru jakości usług*, Lublin 2012, wyd. II elektroniczne, Q&R Polska sp. z o.o. na podstawie: W. Borucki, M. Urbaniak, *Zdefiniować jakość*, „Problemy Jakości” 1996, nr 12.

z definicją słownikową¹³⁴ naśladownictwo to wzorowanie się na kimś lub na czymś, postępowanie według jakiegoś wzoru, branie z kogoś przykładu; pęd, skłonność do naśladowania. Czy gdy, wzorując się na innym zamawiającym, ustalisz kryteria, które spowodują, że wybierzesz lizak, chociaż wolisz batony, będziesz zadowolony z zakupu? Czy to będzie na pewno trafny wybór? Bądź oryginalny. Pracuj nad własnymi kryteriami jakościowymi.

W każdym przypadku, gdy zdecydujesz się na zastosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert, musisz podać w SIWZ:

- 1) opis kryteriów, którymi będziesz się kierował przy wyborze oferty,
- 2) sposób oceny ofert,
- 3) znaczenie tych kryteriów.

5.7. OPIS KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT

PRZYKŁAD 5.

Pamiętasz omawiany wcześniej przypadek oceny noworodka według skali Apgar? Dlaczego wynik takiej oceny jest powszechnie akceptowalny? Spójrzmy na opis kryteriów, którymi kieruje się lekarz podczas swojej pracy.

Zaraz po porodzie, jeszcze na sali porodowej, lekarz neonatolog ocenia¹³⁵:

- czynność serca – lekarz osłuchuje dziecko stetoskopem. Jeżeli serce uderza ponad 100 razy na minutę, noworodek dostaje 2 punkty; jeśli mniej niż 100 – 1 punkt; przy braku czynności serca – 0 punktów.
- oddychanie – za pierwszy donośny krzyk noworodek dostaje 2 punkty. Jeżeli krzyk jest nieregularny, słaby – 1 punkt. Gdy dziecko w ogóle nie krzyczy – 0 punktów.
- napięcie mięśni – lekarz zgina i prostuje ręce oraz nogi noworodka. Jeśli ruchy kończyn są energiczne, silne, zostaną mu przyznane 2 punkty. Jeżeli napięcie mięśni jest słabe – 1 punkt. Gdy są one całkowicie wiotkie – 0 punktów.
- reakcje na bodźce – noworodkowi drażni się okolice nozdrzy i ust. Wkłada mu się cewnik do noska. Dziecko powinno zareagować głośnym płaczem, krzykiem lub kichaniem i za to dostanie 2 punkty. Jeśli na buzi pojawi się tylko grymas – 1 punkt. Gdy nie będzie żadnej reakcji – 0 punktów.
- barwę skóry – prawidłowo ukrwiona skóra jest różowa i za to przyznawane są 2 punkty. Jeżeli noworodek ma sine ręce i nogi – lekarz przyzna 1 punkt, a jeśli skóra na całym ciele jest sina albo blada – 0 punktów.

Osoba dokonująca oceny dysponuje precyzyjnymi wytycznymi w zakresie przedmiotu oceny (czynność serca, oddychanie, napięcie mięśni, reakcja na bodźce oraz barwa skóry), jak również sposobu jej przeprowadzenia (otrzymuje jasne wskazówki dotyczące kolejnych czynności, jakie należy przeprowadzić, aby uzyskać dany wynik). Na koniec zaobserwowany wynik zamieniany jest na z góry określoną liczbę punktów.

Zauważ, że takie podejście gwarantuje rzetelność i obiektywność dokonanej oceny. Każdy odbiorca tej oceny (w konkretnej sprawie będzie nim w szczególności matka dziecka) tak ten wynik potraktuje. W razie wątpliwości co do otrzymanej punktacji lekarz jest w stanie wyjaśnić matce każdy element przeprowadzonej oceny.

Podobnie będzie w przypadku postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Dokładne opisanie kryteriów i jasny sposób oceny ofert zwiększają zaufanie do procesu

¹³⁴ Słownik języka polskiego PWN, *op. cit.*, t. II, str. 295.

¹³⁵ Za: B. Prasałek, *SKALA APGAR – badanie oceniające stan noworodka...*, *op. cit.*

oceny ofert w kryteriach niewymiernych. Jednocześnie dyscyplinują osoby oceniające oferty, aby w trakcie oceny nie odstępowały od z góry określonych reguł gry.

Do celów porównania ofert w kryteriach niewymiernych najczęściej rekomendowana będzie skala trzech ocen¹³⁶:

- dobry/spełnia/kompletny/optimalny itp. – 5 pkt
- dostateczny/częściowo spełnia/spełnia/zdatny/przeciętny itp.– 3 pkt
- niedostateczny/nie spełnia/wybrakowany/niezdatny itp. – 1 pkt

Im skala większa, tym trudniejsza będzie ocena.

W szkołach podstawowych (z wyjątkiem klas I–III), gimnazjach i szkołach ponadgimnazjalnych stosuje się 6-stopniową skalę ocen:

- celujący – 6
- bardzo dobry – 5
- dobry – 4
- dostateczny – 3
- dopuszczający – 2
- niedostateczny – 1.

Czy przemówienie Jasia było na szóstkę czy piątkę? Czy Marysia zagrała na flecie na ocenę dobrą czy dostateczną? Trudno nieraz będzie wykazać różnicę między tak zbliżonymi wartościami. W konsekwencji ocena może być nieprawidłowo przyznana. Zwłaszcza jeżeli nauczyciel podczas oceny będzie subiektywny (bo bardzo nie lubi Jasia, za to uwielbia Marysię).

Dyrektywa 2014/24/UE wskazuje, że wybrane kryteria udzielenia zamówienia nie powinny dawać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru, natomiast powinny zapewniać możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji. Powinny im towarzyszyć rozwiązania, które pozwalają na skuteczną weryfikację informacji przedstawianych przez oferentów¹³⁷. Każde kryterium i opis jego stosowania muszą być sformułowane jednoznacznie i wyczerpująco, tak aby każdy wykonawca mógł je zinterpretować w jednakowy sposób.

Opis kryterium jakościowego może przybrać postać podkryteriów (tak jak to jest przedstawione w skali Apgar), które stanowiąc będą cechy, właściwości lub procesy związane z zamówieniem stanowiące preferencje zamawiającego.

Obowiązek opisanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriów oceny ofert innych niż cena (np. jakościowych) nie oznacza jednakże jego uszczegółowienia z dokładnością co do każdego elementu; wystarczające jest, że zostanie określona skala pomiaru oraz taki opis kryterium, który nie będzie pozostawiał wątpliwości interpretacyjnych, co się pod nim kryje¹³⁸.

PRZYKŁAD 6.

Przetarg na dostawę foteli biurowych.

Kryterium oceny ofert – konstrukcja i jakość regulacji foteli biurowych.

¹³⁶ Kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie – rekomendacje dla beneficjentów realizujących projekty indywidualne, Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, Warszawa 2010, str. 10.

¹³⁷ Motyw 92 preambuły dyrektywy 2014/24/UE.

¹³⁸ Tak w wyroku KIO z dnia 21 października 2011 r., KIO 2165/11.

Opis kryterium:

Przy ocenie będą brane pod uwagę następujące elementy:

- a) mechanizmy regulacji są mało widoczne – maks. 5 pkt,
- b) mechanizmy regulacji pracują płynnie, lekko, bez zacięć, dają się obsługiwać bez wysiłku i największy zakres regulacji jest dostępny dla osoby siedzącej bez konieczności wstawania z fotela – maks. 5 pkt,
- c) siedzisko i oparcie będą wyprofilowane do naturalnego wygięcia odcinka lędźwiowego kręgosłupa i odcinka udowego kończyn dolnych – maks. 5 pkt,
- d) podłokietniki stabilne, pewne, dobrze połączone z siedziskiem – maks. 5 pkt.

Ocena zostanie przeprowadzona przez 3-osobową komisję przetargową na podstawie:

- dołączonej do oferty karty katalogowej, która powinna zawierać co najmniej:
 - a) nazwę mebla,
 - b) nazwę producenta,
 - c) zdjęcia lub rysunki oferowanych mebli, wszystkie wymiary oraz opis szczegółów technicznych pozwalających zweryfikować wymagania zamawiającego.
- prezentacji fotela w siedzibie zamawiającego w terminie określonym przez zamawiającego w ciągu 7 dni od upływu terminu składania ofert.

W opisywanym przykładzie kryterium oceny jest precyzyjnie opisane (wskazuje na walory fotela, które podlegać będą ocenie) i nie przyznaje zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru (osoby oceniające swobodę oceny mają ograniczoną wskazanymi podkryteriami; inne – poza wskazanymi w SIWZ – walory foteli nie będą mogły być porównane). Jak jednak należy rozumieć informację, że za każde podkryterium można uzyskać maks. 5 pkt? Należy założyć, że produkt, który najbardziej będzie trafiał w opisane preferencje zamawiającego (np. będzie miał najbardziej ukryte mechanizmy regulacji lub najbardziej stabilne, pewne i dobrze połączone z siedziskiem podłokietniki), otrzyma w ramach danych podkryteriów maksymalną liczbę punktów – 5. Ile punktów osoby oceniające przyznawać będą pozostałym ofertom? Co będzie decydować o tym, że gorszy produkt otrzyma np. 3 pkt, a nie 4 na 5 możliwych? W jaki sposób wytłumaczysz przyznaną punktację w razie sporu z wykonawcą? W przypadku dokonywania oceny w ramach ustalonego przedziału punktów (skali punktowej) może wkraść się do oceny uznaniowość, która wypaczy wyniki oceny.

Można temu zaradzić, wykorzystując podczas oceny metodę hierarchicznej analizy problemów (ang. *Analytic Hierarchy Process* – AHP) stworzoną w 1970 r. przez prof. Thomasa L. Saaty'ego. Uczony ten zaobserwował, że w procesie podejmowania decyzji, w którym rozważa się kilka wariantów rozwiązania danego problemu, najlepszą decyzję podejmuje się wtedy, gdy poszczególne warianty porównywane są między sobą parami. Gdy widzimy przed sobą tylko dwa rozwiązania, łatwiej jest nam stwierdzić, które z nich jest lepsze, a które gorsze. Porównywanie parami ofert pozwala na zachowanie obiektywizmu przez osoby oceniające.

W ramach danego kryterium (podkryterium) osoba oceniająca sprawdza, porównując między sobą parami każde z oferowanych rozwiązań, które jest lepsze od drugiego. Wynik konfrontacji wpisujemy jest do macierzy porównań, na podstawie której ustala się stopień spełniania przez każdą z ofert preferencji zamawiającego wyznaczonych w ramach poszczególnych kryteriów (podkryteriów) oceny.

W modelu AHP występuje 9-stopniowa skala porównań. Przedstawia ją poniższa tabela¹³⁹:

Waga – skala numeryczna	Waga – skala werbalna
1	Jednakowo dobre (brak dominacji)
3	Niewiele lepsze (słaba dominacja)
5	Dużo lepsze (średnia dominacja)
7	Znacznie lepsze (silna dominacja)
9	Absolutnie lepsze (absolutna dominacja)
2, 4, 6, 8	Wartości pośrednie
1/2, 1/3, 1/4, 1/5, 1/6, 1/7, 1/8, 1/9	Dla relacji odwrotnych

W praktyce ustalenie, czy dany parametr w pierwszej ofercie jest absolutnie lepszy czy „tylko” znacznie lepszy od odpowiadającego mu parametru w drugiej ofercie, może się okazać niezwykle trudne. Dlatego możesz sobie uprościć model przez zmniejszenie skali numerycznej.

Najprostsza skala może być 2-punktowa, gdzie 1 oznaczać będzie, że porównywane rozwiązania są jednakowo dobre w ramach danego kryterium (podkryterium), natomiast 2 wskaże na rozwiązanie lepsze. Dla relacji odwrotnych (czyli rozwiązania gorszego) należy przyznać odwrotność punktacji przyznanej ofercie lepszej, a więc 1/2. Uproszczony model macierzy porównywania parami przedstawia poniższa tabela¹⁴⁰.

Waga – skala numeryczna	Waga – skala werbalna
1	Jednakowo dobre (brak dominacji)
2	Lepsze (dominacja)
1/2	Dla relacji odwrotnych

Zobaczmy, jak mogłaby się przedstawiać punktacja na przykładzie dotyczącym zakupu fotela biurowego w ramach podkryterium mechanizmy regulacji są mało widoczne – maks. 5 pkt.

Założmy, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia wpłynęły trzy oferty.

Porównując parami ofertę nr 1 z ofertą nr 2, stwierdzasz, że mechanizm regulacji jest bardziej widoczny w ofercie nr 2. Dlatego przyznajesz ofercie nr 1 2 pkt, a ofercie nr 2 odwrotność, czyli 1/2.

¹³⁹ E.H. Forman, M.A. Selly, *Decision by Objectives*, 2001, World Scientific, str. 68, za: *Realizacja badań ewaluacyjnych w świetle Prawa Zamówień Publicznych*, ekspertyza przygotowana na zlecenie Ministerstwa Rozwoju Regionalnego przez firmę EGO s.c., http://www.ewaluacja.gov.pl/Dokumenty_ewaluacyjne/Documents/Realizacja_badan_ewal_w_swietle_prawa_zamowien_publ_4022013.pdf.

¹⁴⁰ Opracowanie własne autora.

Następnie porównujesz ofertę nr 1 z ofertą nr 3. Stwierdzasz, że podobnie jak poprzednio mechanizm regulacji jest mniej widoczny w ofercie nr 1. Skutkuje to przyznaniem 2 pkt ofercie nr 1 oraz 1/2 punktu ofercie nr 3.

Konfrontując ofertę nr 2 z ofertą nr 3, stwierdzasz, że lepiej spełnia twoje preferencje w ramach stosowanego kryterium oferta nr 2 (mechanizm regulacji jest w niej mniej widoczny niż w ofercie nr 3). Dajesz 2 pkt ofercie nr 2 oraz 1/2 pkt ofercie nr 3. Spójrzmy, jak wyniki takiej oceny zostałyby przedstawione w macierzy.

OFERTA	Nr 1	Nr 2	Nr 3
Nr 1	1	2	2
Nr 2	1/2	1	2
Nr 3	1/2	1/2	1

Zauważ, że w polu porównywania tych samych ofert (nr 1 z nr 1 itd.) zawsze wpiszesz wartość 1, gdyż te rozwiązania zawsze będą jednakowo dobre (są takie same).

Następnym krokiem jest podanie w macierzy wyników znormalizowanych. Polega to na wpisaniu w miejsce każdej liczby podanej w macierzy ilorazu tej liczby i sumy liczb w danej kolumnie. Na przykład w polu porównania oferty nr 1 z ofertą nr 1 wpiszesz wynik działania:

$$\frac{1}{\left(1 + \frac{1}{2} + \frac{1}{2}\right)} = 0,5$$

a w polu porównania oferty nr 3 z ofertą nr 2 wynik działania:

$$\frac{\frac{1}{2}}{\left(2 + 1 + \frac{1}{2}\right)} = 0,14$$

Kolejna macierz zawierać będzie następujące wyniki znormalizowane:

OFERTA	Nr 1	Nr 2	Nr 3
Nr 1	0,5	0,57	0,4
Nr 2	0,25	0,29	0,4
Nr 3	0,25	0,14	0,2

Teraz dla każdej z ofert wyliczamy teraz średnią arytmetyczną. W przypadku oferty nr 1 będzie to wynik następującego działania: $\frac{(0,5 + 0,57 + 0,4)}{3} = 0,49$

OFERTA	Nr 1	Nr 2	Nr 3	Średnia arytmetyczna
Nr 1	0,5	0,57	0,4	0,49
Nr 2	0,25	0,29	0,4	0,31
Nr 3	0,25	0,14	0,2	0,20

Ostatnią czynnością jest przyznanie punktacji według skali określonej dla danego podkryterium. Ofercie, która otrzymała najwyższą średnią arytmetyczną, przyznajemy 5 pkt, a pozostałym ofertom proporcjonalnie mniej. Dla oferty nr 3 liczbę punktów obliczymy

następująco:
$$\frac{0,20 \times 5}{0,49} = 2,04 \approx 2 \text{ pkt}$$

OFERTA	Nr 1	Nr 2	Nr 3	Otrzymana punktacja (w skali do 5 pkt)
Nr 1	0,5	0,57	0,4	5
Nr 2	0,25	0,29	0,4	3
Nr 3	0,25	0,14	0,2	2

Treść SIWZ powinna wskazywać, z jaką dokładnością zostanie obliczony wynik punktowy.

Wydawać się może, że zaprezentowana metoda oceny ofert jest czasochłonna, należy jednakże zauważyć, iż rola osób oceniających ofertę sprowadza się wyłącznie do porównania poszczególnych ofert parami i przyznania punktacji według przyjętej skali porównań (preferencji). Pozostałe obliczenia (znormalizowanie wyników, wyliczenie średniej i przyznanie punktacji w skali ustalonej dla danego kryterium) dokonywane są automatycznie i poradzi sobie z nimi każdy arkusz kalkulacyjny.

Model AHP sprawdza się również świetnie przy ustalaniu znaczenia (wagi) przyjętych w SIWZ kryteriów pozacenowych. W tym przypadku powinien być jednak stosowany tylko w odniesieniu do kryteriów niewymiernych (takich jak kryteria jakościowe). Jeżeli porównywaną w ramach danego kryterium wartość można przeliczyć na pieniądze, ustalenie wagi danego kryterium powinno nastąpić poprzez odniesienie do kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

PRZYKŁAD 7.

Ocena oferty w kryterium niewymiernym może być również dokonywana poprzez odejmowanie punktów za nieosiągnięcie zakładanego dla danego podkryterium rezultatu.

Przetarg na dostawę nici chirurgicznych.

Kryterium oceny – jakość.

Podkryteria oceny:

Lp.	Oceniane zjawisko	Preferencja zamawiającego	Punktacja w przypadku spełnienia preferencji zamawiającego
1.	Czy igła jest odporna na odkształcenia?	TAK	5
2.	Czy igła uległa złamaniu?	NIE	5
3.	Czy igła łatwo wielokrotnie przechodzi przez tkankę?	TAK	5
4.	Czy nić uległa zerwaniu?	NIE	5
5.	Czy połączenie igła/nitka jest trwałe?	TAK	5
6.	Czy nić ulega strzępieniu?	NIE	5
7.	Czy nić (nici kolorowe) ulega odbarwieniu i pozostawia ślady na tkance?	NIE	5
			35

Sposób oceny ofert:

Zjawiska podane w tabeli zostaną ocenione podczas procesu, którego scenariusz został opisany w SIWZ, na podstawie złożonych wraz z ofertą próbek nici chirurgicznych.

Każda z ofert otrzymuje na początku oceny 35 pkt. Za każdą niespełnioną preferencję zostanie odjęta odpowiadająca jej liczba punktów.

5.8. ZAKAZ USTALANIA PODMIOTOWYCH KRYTERIÓW OCENY OFERT

Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Dobierając kryteria oceny ofert, pamiętaj zatem, że nie wolno ci stosować kryteriów dotyczących właściwości wykonawcy, w szczególności odnoszących się do jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej¹⁴¹.

Wiarygodność ekonomiczna, techniczna czy finansowa, rozumiana jako zdolność do należytego wykonania zamówienia, powinna być warunkiem udziału w postępowaniu, a nie kryterium oceny oferty. Wyjątek stanowią postępowania o udzielenie zamówienia na usługi niepriorytetowe, w odniesieniu do których nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy.

Należy jednakże dostrzec, że w przypadku niektórych zamówień (w szczególności na usługi intelektualne, takie jak usługi doradcze lub architektoniczne) przedmiotem zamówienia jest efekt pracy określonych osób wskazanych przez wykonawcę w ofercie do realizacji zamówienia. Jeżeli kwalifikacje zatrudnionego personelu mają wpływ na jakość wykonania zamówienia (a co za tym idzie – wartość ekonomiczną oferty), możliwe jest zastosowanie, jako miernika udzielenia zamówienia, kryterium organizacji, kwalifikacji i doświadczenia personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia. W takim przypadku to kryterium

¹⁴¹ Art. 91 ust. 3 ustawy pzp.

należy traktować jako związane z przedmiotem zamówienia i dopuszczalne nawet wtedy, gdy przedmiotem zamówienia nie są usługi niepriorytetowe¹⁴².

Kryterium organizacji personelu może obejmować ocenę czytelności podziału ról i zakresu odpowiedzialności członków zespołu wykonującego zamówienie, przepływu informacji między członkami tego zespołu, koordynacji realizacji zamówienia przez kierownika zespołu¹⁴³.

W kryterium kwalifikacji personelu oceniamy przygotowanie danej osoby do wykonywania czynności w trakcie realizacji zamówienia. Kwalifikacje zawodowe to układ wiadomości, umiejętności i postaw warunkujących wykonanie zadań zawodowych¹⁴⁴. Ocena kwalifikacji odnosi się zwykle do ogółu wiedzy i umiejętności umożliwiających prawidłowe wykonywanie zadań na stanowisku przewidzianym podczas realizacji zamówienia. Na kwalifikacje składa się wykształcenie formalne, dodatkowo odbyte kursy i szkolenia, powszechnie uznane umiejętności (np. znajomość języków obcych, obsługa komputera, prowadzenie samochodu) oraz biegłość w konkretnych czynnościach nabyta w toku uprzednio wykonywanych prac¹⁴⁵.

Najważniejszy jest twój pomysł na ocenę. Musisz dokładnie przemyśleć, co, po co i jak chcesz oceniać. Jaki rezultat chcesz uzyskać po ocenie kwalifikacji personelu, który będzie wykonywał zamówienie?

Wyróżnia się 3 koncepcje oceny kadry¹⁴⁶:

- koncepcja oceny według cech – za przedmiot oceny uznaje się cechy i właściwości pracownika;
- koncepcja oceny według czynności – przedmiotem oceny są sposób wykonania czynności i zachowania pracownika;
- koncepcja oceny według wyniku – przedmiotem oceny jest rezultat (efekt) wykonywanych przez pracownika czynności.

Oceniając kadrę, która będzie wykonywać twoje zamówienie, możesz brać pod uwagę każdy z tych obszarów.

¹⁴² Art. 67 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE. Ponadto w motywie 94 preambuły tej dyrektywy wskazano: „Każdorazowo gdy kwalifikacje zatrudnionego personelu mają wpływ na poziom realizacji zamówienia, instytucjom zamawiającym należy także zezwolić na zastosowanie jako kryterium udzielenia zamówienia organizacji, kwalifikacji i doświadczenia personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia, ponieważ może mieć to wpływ na jakość wykonania zamówienia, a co za tym idzie, wartość ekonomiczną oferty. Tak może być na przykład w przypadku zamówień na usługi intelektualne, takie jak usługi doradcze lub architektoniczne. Instytucje zamawiające korzystające z tej możliwości powinny – za pomocą odpowiednich postanowień umownych – zapewnić, aby personel wyznaczony do wykonania zamówienia faktycznie spełniał określone standardy jakości i by zastąpienie tego personelu było możliwe wyłącznie za zgodą instytucji zamawiającej, która sprawdza, czy personel zastępczy zapewni równoważny poziom jakości”.

¹⁴³ Zob. *Kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie – rekomendacje dla beneficjentów...*, op. cit., str. 12.

¹⁴⁴ T. Oleksyn, *Zarządzanie kompetencjami. Teoria i praktyka*, Oficyna Ekonomiczna, Kraków 2006, str. 18.

¹⁴⁵ Za: *Kryteria kwalifikacyjne*, www.hrk.pl.

¹⁴⁶ *Zarządzanie kadrami*, red. T. Listwan, Wyd. CH Beck, Warszawa 2010.

6. POPRAWIANIE OCZYWISTYCH OMYŁEK PISARSKICH, RACHUNKOWYCH ORAZ INNYCH OMYŁEK NIEPOWODUJĄCYCH ISTOTNYCH ZMIAN W TREŚCI OFERTY

Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy¹⁴⁷.

ODROBINA HISTORII

Dzisiaj mało kto pamięta, że pod rządami nieobowiązującej już ustawy z 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych obowiązkiem zamawiającego było odrzucenie oferty sprzecznej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Najpierw obowiązek ten wynikał z art. 45 pkt 1). Ustawodawca ustalił w tym przepisie, iż ofertę odrzuca się, jeżeli „nie odpowiada zasadom określonym w ustawie i nie spełnia wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Następnie wskutek nowelizacji z 29 sierpnia 1997 r. podstawą odrzucenia oferty stał się art. 27a pkt 1), który precyzyjnie i bez owijania w bawełnę stanowił, iż: „Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę, jeżeli: [...] jest sprzeczna z ustawą lub specyfikacją istotnych warunków zamówienia”.

Nieważne przy tym było, czy owa sprzeczność odnosiła się do treści oferty czy też do wymagań formalnych zawartych w SIWZ. W praktyce każdy błąd dostrzeżony w ofercie związany z niespełnieniem przez wykonawcę wymagań SIWZ dotyczących sporządzenia oferty przekreślał jego szanse na uzyskanie zamówienia publicznego. W orzecznictwie z tamtego okresu czytamy, iż „Od momentu złożenia oferty, a dalej jej otwarcia, Oferent nie może uzupełniać ofert, ani wprowadzać do niej żadnych zmian. Ustawa o zamówieniach publicznych w art. 44 dopuszcza dwa wyjątki od powyższej reguły [możliwość udzielania wyjaśnień dotyczących treści oferty oraz obowiązek poprawienia oczywistych omyłek w tekście oferty – przyp. autora]. Jednym z takich przypadków jest możliwość zwrócenia się przez Zamawiającego do Oferenta z żądaniem wyjaśnienia treści oferty. Oferent jednak nie może domagać się od Zamawiającego aby ten skorzystał z prawa do żądania wyjaśnień. W konsekwencji zatem, gdy rzeczywiście oferta jest sprzeczna z ustawą lub SIWZ, Zamawiający ma wręcz obowiązek w trybie art. 27a ustawy o zamówieniach publicznych ofertę odrzucić”¹⁴⁸. Urząd Zamówień Publicznych doradzał w tym okresie wykonawcom: „Oferenci składając oferty powinni zwracać szczególną uwagę na wszystkie wymagania formalne, nawet te, które wydają się mało istotne, ponieważ może to mieć decydujący wpływ na szansę wygrania przetargu”¹⁴⁹.

Wykonawcy bardzo szybko zorientowali się, iż tak naprawdę w zamówieniach publicznych nie chodzi o przedstawienie oferty najkorzystniejszej, lecz raczej o fotograficzne wręcz odzwierciedlenie w ofercie wszystkich wymagań zamawiającego zawartych w SIWZ. Kto był mniej uważny i bardziej nonszalancki podczas przygotowywania oferty, przegrywał rywalizację o zamówienie, mimo że oferowane przez niego warunki wykonania zamówienia mogły być obiektywnie najlepsze. Można było „wylecieć” z przetargu za brak numeracji stron oferty, przepisanie formularza ofertowego – gdy SIWZ wymagała złożenia oferty „na” (a nie według) załączonym do niej formularzu, a nawet za zszycie stron oferty (gdy w SIWZ wymagano np. ich zbindowania).

¹⁴⁷ Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 lutego 2007 r., X Ga 23/07.

¹⁴⁸ Wyrok Zespołu Arbitrów – Urząd Zamówień Publicznych z dnia 4 stycznia 1999 r., UZP/ZO/0-1160/98.

¹⁴⁹ Por. *Jak udzielać zamówień publicznych po nowelizacji. Informator Urzędu Zamówień Publicznych 2001 r.*, UZP, Warszawa 2001, str. 31.

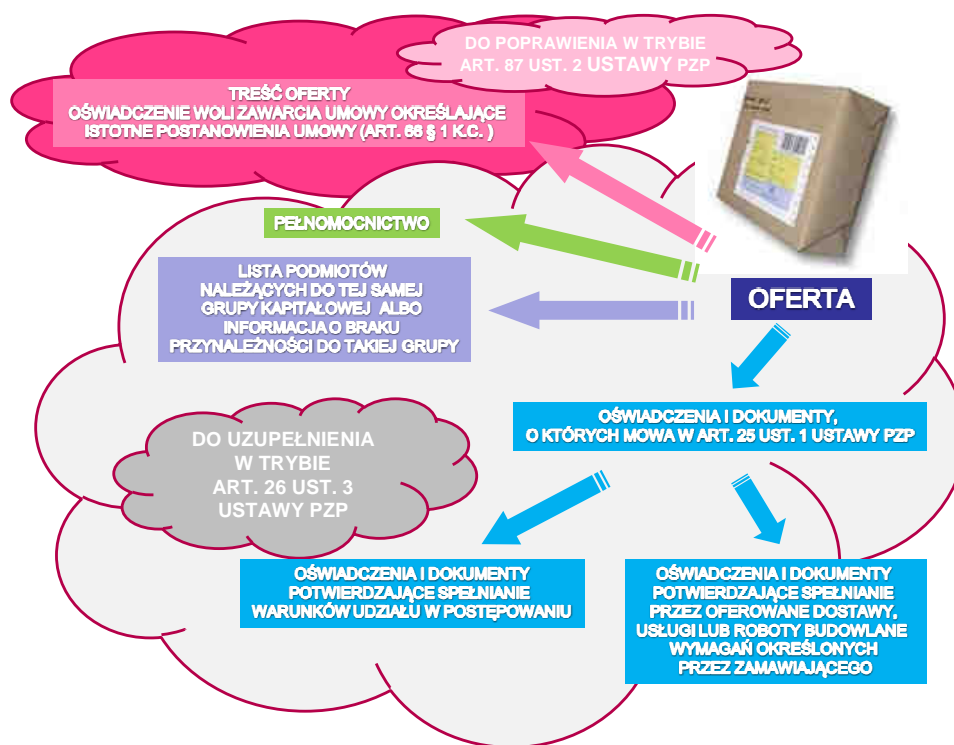
O korekcie omyłek rachunkowych, uzupełnianiu brakujących oświadczeń oraz dokumentów nikt wówczas nawet nie śnił, a rzadkie próby przymykania oczu przez zamawiających na „nieistotne uchybienia” były niweczone przez protesty żądnych przestrzegania prawa wykonawców, często ostatnich w rankingu ofert.

Był to okres, w którym przetargu nie wypadało nikomu nazywać konkursem ofert, a raczej konkursem piękności. Wybierana była oferta najlepiej przygotowana od strony formalnej, często niestety dużo mniej korzystna od tej odrzuconej z uwagi na jej sprzeczność z SIWZ. Rynek zamówień publicznych doświadczał specyficznego przerostu formy nad treścią.

JAK JEST TERAZ?

Pod rządami ustawy – Prawo zamówień publicznych formalizm sporo stracił na znaczeniu. Oświadczenia i dokumenty niestanowiące oświadczenia woli wykonawcy o wykonaniu przedmiotu zamówienia w określony sposób mogą być uzupełniane. W samej treści oferty dopuszcza się z kolei możliwość korekty oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych, a nawet – w ograniczonym zakresie – innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ.

Poniższy rysunek przedstawia model oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z wyszczególnieniem jej części składowych.



Rys. Grzegorz Czaban

Najważniejszym elementem oferty jest jej treść. Musi ona odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia¹⁵⁰. Doprowadzenie do porównania ofert, których treść odpowiada treści SIWZ, z tymi, których treść została zredagowana w sposób odmienny od postanowień SIWZ, narusza fundamentalną zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Postanowienia SIWZ obowiązują wykonawcę, dopóki nie zostanie ona zmieniona przez zamawiającego. Zmiana SIWZ jest możliwa wyłącznie przed upływem terminu składania ofert¹⁵¹. Po tym czasie treść SIWZ staje się wiążąca zarówno dla wszystkich wykonawców,

¹⁵⁰ Art. 82 ust. 3 ustawy pzp.

¹⁵¹ Art. 38 ust. 4 ustawy pzp.

jak i samego zamawiającego, który jest zobowiązany dokonać czynności badania i oceny ofert ściśle według jej postanowień.

Wykonawca nie jest uprawniony do samodzielnego wprowadzania zmian do treści SIWZ, a jakiegokolwiek odstępstwo od jej postanowień przy sporządzeniu oferty obarczone jest ryzykiem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

W ofercie powinien być poprawić trzy rodzaje błędów¹⁵²:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe oraz
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Pamiętaj, że o każdym przypadku dokonania korekty w ofercie musisz zawiadomić wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Jeżeli inne podmioty będą zainteresowane efektami twojej ingerencji w treść oferty konkurenta, mogą wystąpić o udostępnienie protokołu postępowania oraz załączników do protokołu. W poz. 10 protokołu każdy zainteresowany znajdzie informację o tym, czy dokonywałeś jakiegokolwiek poprawki w ofertach. Z kolei wśród załączników do protokołu powinna się znaleźć cała korespondencja prowadzona przez Ciebie z wykonawcą w związku z poprawieniem jego omyłki. Będzie się można z niej dowiedzieć, jaki konkretnie błąd został popełniony i w jaki sposób go poprawiłeś. Informacje te są udostępniane po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania¹⁵³.

Mimo że ustawodawca wskazuje na obowiązek poprawienia błędów w ofercie, dopuszczalne jest dokonanie korekty przez dołączenie do dokumentacji postępowania oświadczenia zamawiającego w tej sprawie. Może ono wynikać z zawiadomienia o dokonanej poprawce, które zostało przesłane wykonawcy.

6.1. OCZYWISTE OMYŁKI PISARSKIE

Oczywista omyłka pisarska dotyczy błędów, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość” omyłki, rozumianej jako określona niedokładność, nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenie lub inna niedokładność, która nasuwa się sama przez się każdemu, a przez dokonanie poprawki tej omyłki właściwy sens oświadczenia pozostaje bez zmian¹⁵⁴. Pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki nie można w żadnym razie doprowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli (oferty)¹⁵⁵.

Dokonanie korekty oczywistych omyłek pisarskich ma dwa znaczenia.

Po pierwsze eliminuje z treści oferty określone niejasności, przyczyniając się do takiego samego rozumienia jej sensu przez zamawiającego oraz wykonawcę. Dzięki temu możesz uniknąć niepotrzebnych sporów z wykonawcą na etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Po drugie jest narzędziem realizacji zasady udzielania zamówień publicznych wyrażonej w art. 9 ust. 2 ustawy pzp. Zgodnie z tym przepisem postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim. Jeżeli wykonawca w złożonej ofercie niepoprawnie używa języka polskiego, twoim obowiązkiem jest zwrócić mu na to uwagę.

¹⁵² Art. 87 ust. 2 ustawy pzp.

¹⁵³ Art. 96 ust. 3 ustawy pzp.

¹⁵⁴ Tak w wyroku KIO z dnia 16 listopada 2008 r., KIO 1326/08.

¹⁵⁵ Stanowisko takie znajduje potwierdzenie w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 1980 r., III CRN 133/80.

Zerknij na poniższą preambułę do ustawy o języku polskim¹⁵⁶:

„Parlament Rzeczypospolitej Polskiej:

- zważywszy, że język polski stanowi podstawowy element narodowej tożsamości i jest dobrem narodowej kultury,
- zważywszy na doświadczenie historii, kiedy walka zaborców i okupantów z językiem polskim była narzędziem wynaradawiania,
- uznając konieczność ochrony tożsamości narodowej w procesie globalizacji,
- uznając, że polska kultura stanowi wkład w budowę wspólnej, różnorodnej kulturowo Europy, a zachowanie tej kultury i jej rozwój jest możliwy tylko przez ochronę języka polskiego,
- uznając tę ochronę za obowiązek wszystkich organów i instytucji publicznych Rzeczypospolitej Polskiej i powinność jej obywateli

uchwala niniejszą ustawę”.

Poprawność językowa tekstu pisanego wyrażać się powinna w tekście wolnym od błędów i usterek językowych. Większości z nas znana jest sytuacja, w której zastanawiamy się nad właściwym użyciem danego wyrazu. Dyskutujemy o tym nieraz z członkami rodziny, znajomymi. Zdarza się, że Jaś pyta rodzica, wprawiając go w zakłopotanie: „Jak się powinno pisać: przekonujący czy przekonujący; o gwiazdzie czy o gwieździe?”.

Poprawność językowa tekstu pisanego oceniana jest pod kątem kryteriów poprawności fleksyjnej, składniowej, leksykalno-semantycznej, frazeologicznej, ortograficznej i interpunkcyjnej.

Dokonując korekty oczywistych omyłek pisarskich, chronisz język polski.

PRZYKŁAD 1.

WIDOCZNA MYLNA PISOWNIA WYRAZU

Zerknij na poniższe zdjęcie zrobione w jednym z hipermarketów.



Źródło: Internet

Pracownik sklepu omyłkowo napisał wyraz „kielbasa” jako „kiwłbasa”. Gdyby taki błąd wynikał z oferty na dostawę artykułów żywnościowych, twoim obowiązkiem byłoby jego poprawienie jako oczywistej omyłki pisarskiej.

Zwykle w sytuacji braku reakcji ze strony zamawiającego w takim lub podobnym przypadku będziemy mieli do czynienia z naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp (nie wykonałeś obowiązku poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej), jednak to naruszenie nie ma wpływu na wynik postępowania. Przecież gdyby załącznikiem do oferty był niepoprawiony formularz cenowy z określeniem produktu jako „kiwłbasa żywiecka”, oczywiste jest, że faktycznie stronom umowy chodzi o „kielbasę żywiecką”. W większości przypadków tak

¹⁵⁶ Ustawa z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim (tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. Nr 43, poz. 224, z późn. zm.).

będzie. Ale... Załóżmy, że nie dokonałeś korekty takiej omyłki i podpisałeś umowę, w której mowa jest o „kiwłbasie żywieckiej”. Składasz zamówienie na dostawę 10 kg kielbasy żywieckiej. Tymczasem otrzymujesz 10 kg kiszki wypełnionej smalcem. Występujesz do wykonawcy z reklamacją, pytając, co to ma znaczyć. W odpowiedzi słyszysz: „To mój oryginalny wyrób – kiwłbasa żywiecka. Smalec w kiszce. Zgodnie z ofertą i umową”. Jak widać, lepiej jest błąd poprawić.

Pewna jednostka wojskowa zrobiła przetarg na dostawę artykułów żywnościowych, wśród których była pozycja asortymentowa – matiasy. Po otwarciu jednej z ofert okazało się, iż podana nazwa towaru to majtasy. Na wszelki wypadek pracownica jednostki szybko poprawiła błąd, kwalifikując go jako oczywistą omyłkę pisarską.

PRZYKŁAD 2.

NIEWŁAŚCIWE UŻYCIĘ WYRAZU

Nie jest poprawne sformułowanie „wielka liczba cementu” – właściwa forma to „wielka ilość cementu”. Podobnie powinniśmy mówić „duża ilość piasku”, a nie „duża liczba piasku”. Ilość to miara tego, co może być mierzone lub ważone. Tymczasem liczba jest miarą tego, co może być policzone.

Gdy omawiałem to zagadnienie na jednym ze szkoleń dla kontrolerów, usłyszałem głos z sali: „My w swoich raportach zamieszczamy informację: »Ilość przeprowadzonych kontroli w roku wynosi 100«. Tymczasem, skoro kontrole są policzalne, powinniśmy chyba pisać: »Liczba kontroli w roku«. To prawda. Człowiek uczy się całe życie.

PRZYKŁAD 3.

BŁĄD ORTOGRAFICZNY

Telewizja publiczna, informując o akcji wymiany starych złotych po denominacji przeprowadzonej w 1995 r., zamieściła w głównym wydaniu „Wiadomości” napis „Nie homikuj Waryńskiego”. Wpadka? Oczywiście. Chomik by się zdziwił. Przecież do zadań publicznej telewizji wynikających z realizacji misji publicznej należy upowszechnianie wiedzy o języku polskim¹⁵⁷. Błąd ortograficzny w treści oferty to oczywista omyłka pisarska, którą masz obowiązek poprawić.



Źródło: deser.pl

PRZYKŁAD 4.

NIEZAMIERZONE OPUSZCZENIE WYRAZU LUB JEGO CZĘŚCI

W postępowaniu o udzielenie zamówienia na wyposażenie sali konferencyjnej w optymalne systemy multimedialne i konferencyjne zamawiający zażądał m.in., aby

¹⁵⁷ Art. 21 ust. 1a pkt 8) ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (tekst jedn. Dz.U. z 2011 r. Nr 43, poz. 226).

montowany projektor multimedialny był sterowany za pomocą pilota. W treści oferty zamieszczone zostało oświadczenie: „Urządzenie jest sterowane za pilota”. W tym przykładzie oczywista omyłka pisarska polega na opuszczeniu w zdaniu „Urządzenie jest sterowane za pomocą pilota” wyrazu „pomocą”. Dodanie tego słowa nie zmienia sensu oświadczenia woli, a niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy też ustaleń.

W innym przypadku w treści oferty wykonawca zamieścił oświadczenie:

„Oferuję wykonanie zamówienia za cenę:

1 200 000 zł.

słownie: jeden milion dwieście złotych”

Czy w przedmiotowej sprawie także mamy do czynienia z oczywistą omyłką pisarską? To zależy od tego, czy do oferty została załączona kalkulacja ceny (np. w postaci kosztorysu ofertowego lub formularza cenowego), na podstawie której można jednoznacznie ustalić, która cena: podana liczbowo czy słownie, jest poprawna. Jeżeli załączona kalkulacja potwierdzi, że podano właściwie cenę wyrażoną liczbą, oczywista omyłka będzie w zdaniu opisującym cenę ofertową słownie (polegać będzie na opuszczeniu w zdaniu wyrazu „tysięcy”). W odwrotnej sytuacji należałoby poprawić wyrażenie liczbowe. Za oczywistą omyłkę pisarską uznaje się bowiem także omyłkę, która nie jest widoczna w treści samego formularza ofertowego, jest jednak omyłką wynikającą z porównania treści pozostałych dokumentów stanowiących zawartość treści oferty¹⁵⁸.

Co należałoby jednak zrobić w przypadku, gdyby na podstawie dokumentów stanowiących treść oferty nie udało się określić, która cena jest prawidłowa? Jeżeli żądasz od wykonawcy podania jakiegokolwiek informacji, musisz wiedzieć, po co. Najczęściej żądanie podania ceny liczbowo i słownie jest spowodowane zamiarem przyjęcia jako wartości właściwej tej podanej słownie (gdyby między tą wartością a wyrażoną liczbowo doszło do sprzeczności). Zauważ jednak, że wprowadzenie takiej zasady ma sens w sytuacji, gdy wymagasz podania w ofercie ceny ryczałtowej i nie żądasz załączenia do oferty jej kalkulacji. W takim przypadku, aby możliwe było dokonanie korekty błędu, musisz jednak wyraźnie zaznaczyć w treści SIWZ (w opisie sposobu obliczenia ceny), że w przypadku rozbieżności między ceną podaną liczbowo a ceną podaną słownie za wartość poprawną przyjęta zostanie cena podana słownie. W przeciwnym razie przedstawienie w sposób rozbieżny wartości liczbowej i słownej z zasady musiałyby być zinterpretowane jako podanie w ofercie dwóch cen. Ofertę taką musiałbyś odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp. W postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawca może bowiem złożyć tylko jedną ofertę¹⁵⁹.

PRZYKŁAD 5.

EWIDENTNY BŁĄD GRAMATYCZNY

Błędy gramatyczne mogą przyjąć postać błędu fleksyjnego (polegającego na niewłaściwej odmianie wyrazu) lub składniowego (przyjmującego postać błędnej budowy wypowiedzenia).

Przykłady błędów fleksyjnych:

NIEPOPRAWNIE	POPRAWNIE
wyszłem, poszłem	wyszedłem, poszedłem
ten pomarańcz	ta pomarańcza
Kontrol	Kontrola

¹⁵⁸ Wyrok KIO z dnia 6 marca 2009 r., KIO/UZP 215/09.

¹⁵⁹ Art. 82 ust. 1 ustawy pzp.

Przykłady błędów składniowych:

NIEPOPRAWNIE	POPRAWNIE
wykład wygłosi P. Nowak i P. Kowalski	wykład wygłoszą P. Nowak i P. Kowalski
towar produkowany w Ukrainie	towar produkowany na Ukrainie
Mickiewicz Adam	Adam Mickiewicz
jabłka kwaśne	kwaśne jabłka

PRZYKŁAD 6.

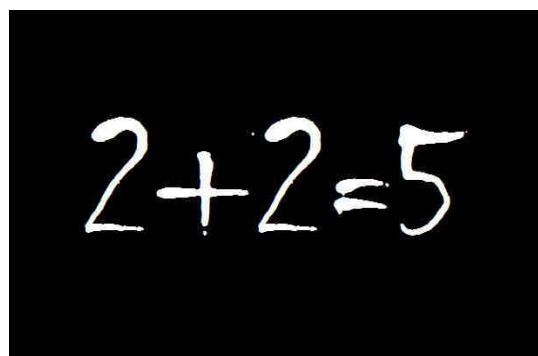
EWIDENTNY BŁĄD RZECZOWY

W postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę sprzętu rehabilitacyjnego złożona została oferta, w której wykonawca zamieścił następujące oświadczenie: „Wykonam zamówienie do dnia 31 listopada 2014 r.”.

Zgodnie z treścią SIWZ zamówienie musiało być wykonane w terminie do 30 listopada. Z uwagi na to, że listopad ma 30 dni, nie może budzić żadnej wątpliwości, iż oświadczenie wskazujące na wykonanie zamówienia w terminie do 31 listopada stanowi oczywistą omyłkę pisarską. Należy ją poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1) ustawy pzp.

A co by było w sytuacji, gdyby wymagany termin realizacji ustalono na 30 grudnia, a złożona oferta wskazywałaby na dzień 31 grudnia? Ze względu na to, iż grudzień ma 31 dni, błąd wykonawcy nie mógłby być w takim przypadku rozpatrywany w kategoriach oczywistej omyłki pisarskiej (błąd nie jest bowiem oczywisty, skoro jest faktyczna możliwość zaoferowania dostawy w terminie do 31 grudnia, czyli tak, jak podano w ofercie). Wówczas pozostałaby do rozważenia korekta tej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp jako innej omyłki, polegającej na niezgodności oferty z SIWZ niepowodującej istotnych zmian w jej treści.

6.2. OCZYWISTE OMYŁKI RACHUNKOWE



Rys. Grzegorz Czaban

Oczywistą omyłką rachunkową jest widoczny, niezamierzony błąd rachunkowy popełniony przez wykonawcę, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, a w szczególności błędne zsumowanie lub niepoprawny iloczyn poszczególnych pozycji¹⁶⁰.

Cztery podstawowe działania arytmetyczne to dodawanie, odejmowanie, mnożenie i dzielenie.

¹⁶⁰ Por. wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2009 r., KIO/UZP 20/09.

Dodawanie to działanie polegające na zbieraniu kilku wielkości w jedną, tworzącą ich sumę¹⁶¹. Wielkości dodawane to składniki.

Odejmowanie jest działaniem arytmetycznym odwrotnym do dodawania. Polega na zmniejszeniu jednej wielkości (odjemnej) o drugą (odjemnik), którego wynikiem jest trzecia wielkość zwana różnicą¹⁶².

Mnożenie polega na wyznaczaniu iloczynu danych dwóch czynników: mnożnej i mnożnika, połączonych odpowiednim znakiem; w zakresie liczb naturalnych sprowadza się do dodawania do siebie pierwszej liczby (mnożnej) tyle razy, ile jednostek zawiera druga (mnożnik)¹⁶³.

Z kolei dzielenie to działanie arytmetyczne odwrotne do mnożenia, wyznaczające iloraz dwóch liczb. W dzieleniu występują dwa operandy: dzielna i dzielnik. Liczbę, którą dzielimy, nazywamy dzielną, a liczbę, przez którą dzielimy, dzielnikiem. Dzielnik nie może być równy zero¹⁶⁴.

W zamieszczonym w treści SIWZ opisie sposobu obliczenia ceny oferty najczęściej wymagać będziesz od oferenta wykonania mnożenia oraz dodawania (np. „cenę ofertową należy obliczyć jako sumę iloczynów cen jednostkowych asortymentu i jego ilości, podanych w formularzu cenowym”). Jeżeli ustalisz, że podany w ofercie wynik działania arytmetycznego jest błędny, będziesz musiał dokonać stosownej korekty.

Pamiętaj jednak, że stwierdzenie omyłki rachunkowej może mieć miejsce w sytuacji, gdy przebieg operacji matematycznej może być prześlędzony (jest uwidoczony w ofercie) i na podstawie reguł rządzących konkretnym działaniem możliwe jest stwierdzenie błędu w wykonaniu działania¹⁶⁵. Donoszenie przez wykonawcę po terminie składania ofert jakichkolwiek dokumentów kalkulacyjnych w celu przekonania, iż oferowana cena została błędnie obliczona, nie wchodzi w rachubę.

Zamawiający dokonuje korekty oczywistej omyłki rachunkowej z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Oznacza to, że jeżeli wykonawca popełni błąd rachunkowy, np. polegający na niepoprawnym iloczynie ceny jednostkowej i liczby jednostek miar jednej z wielu pozycji asortymentowych stanowiących opis przedmiotu zamówienia, zamawiający na podstawie podanej w ofercie ceny jednostkowej tej pozycji poprawi wynik iloczynu i w konsekwencji skoryguje cenę całej oferty, na nowo wyliczając sumę wszystkich pozycji asortymentowych.

6.3. INNE OMYŁKI POLEGAJĄCE NA NIEZGODNOŚCI OFERTY ZE SPECYFIKACJĄ ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA NIEPOWODUJĄCE ISTOTNYCH ZMIAN W TREŚCI OFERTY

Ustawodawca zobowiązał cię do sprawdzenia zgodności treści każdej oferty z treścią SIWZ i w przypadku stwierdzenia takiej niezgodności do jej odrzucenia. Decyzja o odrzuceniu oferty musi jednakże nastąpić po upewnieniu się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ nie wynika z błędu, lecz świadomego celowego działania lub ma charakter na tyle doniosły, że nie jest możliwe dokonanie jego korekty bez naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Zasada ta zostanie zachowana, jeżeli poprawienie błędów w ofercie nie spowoduje istotnych zmian w jej treści.

Korekta omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, ale niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, dokonywana jest na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp.

¹⁶¹ Słownik języka polskiego PWN, *op. cit.*, t. I, str. 410.

¹⁶² *Ibid.*, t. II, str. 452.

¹⁶³ *Ibid.*, t. II, str. 196.

¹⁶⁴ Zob. www.math.edu.pl.

¹⁶⁵ Por. wyrok KIO z dnia 24 listopada 2009 r., KIO/UZP 1444/09.

Przepis ten zobowiązuje zamawiającego do poprawienia w ofercie omyłek, które jednocześnie spełniają oba zawarte w nim warunki:

1. polegają na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i
2. nie powodują istotnych zmian w treści oferty.

Należy przy tym zaznaczyć, że korekta błędu w ofercie będzie możliwa, gdy stwierdzona przez zamawiającego niezgodność treści oferty z treścią SIWZ mieści się w pojęciu omyłki¹⁶⁶.

Z założenia zatem umyślne i celowe zredagowanie przez wykonawcę treści oferty odmiennie od postanowień SIWZ nie może być traktowane jako omyłka w sensie, który nadaje jej przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Jednakże taka sytuacja należeć będzie do niezwykle rzadkich, gdyż w praktyce wykonawcy chętnie przyznają, że występujące w ich ofertach niezgodności z SIWZ są właśnie następstwem błędnego zinterpretowania treści specyfikacji (są niezamierzone, stanowią omyłkę).

PRZYKŁAD 7.

Jedna z gmin w Polsce prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia na świadczenie usług bieżącego utrzymania urządzeń kanalizacyjnych przeznaczonych do odprowadzania ścieków opadowych i roztopowych. W zawartym w SIWZ opisie sposobu obliczenia ceny oferty zamawiający zamieścił następujący zapis: „Cena podana w ofercie musi być podana cyfrą i słownie, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, oraz zawierać wyszczególnioną kwotę i stawkę VAT. Wykonawca zobowiązany jest przyjąć do obliczenia ceny stawkę VAT w wysokości 23%”. W załączonym do SIWZ formularzu oferty także narzucona została stawka VAT 23%.

Jeden z wykonawców dokonał zmian w treści formularza oferty, przyjmując stawkę VAT 8%.

Jednocześnie w treści złożonej oferty wykonawca ten złożył następujące oświadczenie:

„W związku z tym, iż zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał stawkę VAT w wysokości 23% na wykonanie zadań związanych z usługą bieżącego utrzymania kanalizacji deszczowej, wykonawca informuje, że zadania te objęte są stawką VAT w wysokości 8%.

Ponieważ to na wykonawcy zamówienia ciąży obowiązek prawidłowego zastosowania, obliczenia i wpłacenia podatku od towarów i usług z odpowiedzialnością karnoskarbową, zamawiający nie może narzucać stosowania niewłaściwej stawki VAT”.

W omawianym przypadku treść oferty nie odpowiada treści SIWZ w zakresie stawki VAT. Okoliczności sprawy wskazują przy tym, że podanie w ofercie stawki 8% nie nastąpiło w wyniku omyłki, lecz świadomego i celowego działania wykonawcy. Wyklucza to możliwość kwalifikacji błędu do kategorii omyłek, a co za tym idzie – poprawienia podanej w ofercie stawki podatku w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Wykonawca, który nie zgadza się z wymaganiami SIWZ i uważa, że zamawiający powinien dopuścić możliwość zredagowania treści oferty w sposób odmienny od postanowień SIWZ, powinien w ramach środków ochrony prawnej domagać się zmiany jej treści.

Ocena, czy popełniona w ofercie omyłka polega na jej niezgodności z SIWZ, jest prosta. Polega na wyłapaniu różnic między wymaganiami SIWZ a zredagowaną przez wykonawcę treścią oferty.

Zdecydowanie bardziej złożone jest dokonanie oceny, czy stwierdzona omyłka jest istotna.

¹⁶⁶ Wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 29 stycznia 2010 r., XII Ga 429/09.

Artykuł 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp wprowadzony został w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek i dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. Może także być stosowany w przypadku przyjęcia w ofercie niewłaściwej stawki VAT¹⁶⁷. Bez względu na przypadek decyzja o korekcie musi iść w parze z oceną jej skutków dla całej oferty. Poprawienie omyłki nie może powodować istotnych zmian w treści oferty.

Wyznaczenie granicy uczciwej konkurencji, której przekroczenie wskazywałoby, że mamy do czynienia z omyłką istotną, jest procesem trudnym. Nie można przy tym stosować żadnych uniwersalnych sposobów jej ustalania. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To, co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego, podobnego zamówienia¹⁶⁸. Każdy przypadek błędu w ofercie polegający na niezgodności treści oferty z SIWZ musi być rozpatrywany indywidualnie.

W praktyce zalecałbym dokonywanie takiej oceny przez kilka osób, np. członków komisji przetargowej. Spojrzenie na inną omyłkę przez pryzmat doświadczeń różnych osób, poprzedzenie decyzji o korekcie dyskusją opartą na burzy mózgów minimalizuje ryzyko popełnienia błędu przy stosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp.

PRZYKŁAD 8.

Szpital prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę materiałów biurowych. Wykonawca zaoferował wykonanie dostawy za kwotę 346 000 zł. Zamawiający podczas badania oferty stwierdził, iż w dwóch pozycjach formularza cenowego przyjęto mniejszą liczbę sztuk towaru, niż wynika to z załączonego do SIWZ opisu przedmiotu zamówienia. Formularz cenowy składa się ze 139 pozycji asortymentowych, a poprawienie błędnych danych wiąże się z koniecznością podwyższenia ceny ofertowej o 1000 zł.

Przedmiotem zamówienia jest sukcesywna dostawa materiałów biurowych, zgodnie z zapotrzebowaniem zamawiającego. Podana w SIWZ liczba towaru jest przybliżona, a w treści wzoru umowy wyraźnie określono, iż mogą one być w rzeczywistości mniejsze o 20%. Wykonawca w ofercie złożył oświadczenie: „W przypadku wyboru mojej oferty jako najkorzystniejszej zobowiązuję się podpisać umowę wg wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ”.

Okoliczności sprawy wskazują na zamiar wykonania przez wykonawcę zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ. W związku z tym właściwy jest wniosek, iż podanie niewłaściwej liczby towaru w dwóch pozycjach formularza cenowego stanowi omyłkę. Poprawienie omyłki wymaga ingerencji zamawiającego w liczbę towaru (zmiana liczby w dwóch pozycjach formularza cenowego) oraz ceny ofertowej. Rozmiar błędów w stosunku do całej oferty nie jest istotny (skutkiem ingerencji zamawiającego jest zmiana liczby sztuk towaru w dwóch pozycjach asortymentowych na 139 oraz zmiana ceny o 1000 zł w stosunku do ceny ofertowej 346 000 zł). W takiej sytuacji zamawiający zobowiązany jest poprawić omyłki w ofercie.

O dokonanej korekcie innej omyłki należy niezwłocznie zawiadomić wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Z uwagi na to, iż inna omyłka nie jest omyłką oczywistą, wykonawca ma prawo w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodzić się na poprawienie tej omyłki. Brak zgody na dokonanie poprawki rodzi konieczność odrzucenia oferty, a gdy spowodowało to niemożność wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej – również zatrzymanie wniesionego przez niego wadium¹⁶⁹. Z uwagi na to, że oświadczenie wykonawcy o niewyrażeniu zgody jest składane po poprawieniu błędów w

¹⁶⁷ Por. uchwały Sądu Najwyższego: z dnia 20 października 2011 r., III CZP 52/11, oraz z dnia 20 października 2011 r., III CZP 53/11.

¹⁶⁸ Tak w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r., XII Ga 102/09.

¹⁶⁹ Art. 46 ust. 4a ustawy pzp.

ofercie (czego skutkiem jest doprowadzenie treści oferty do zgodności z treścią SIWZ), podstawą odrzucenia oferty będzie zawsze art. 89 ust. 1 pkt 7, a nie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

7. WEZWANIE DO ZŁOŻENIA OŚWIADCZEŃ, DOKUMENTÓW, PEŁNOMOCNICTW



Rys. Monika Łuszczewska

Uzupełniane mogą być oświadczenia i dokumenty niestanowiące oświadczenia woli wykonawcy o wykonaniu przedmiotu zamówienia w określony sposób¹⁷⁰.

Przekazanie zamawiającemu po terminie składania ofert niektórych wymaganych oświadczeń lub dokumentów nie zmienia treści oferty – oferowany przedmiot, cena, termin wykonania, warunki gwarancji i serwisu oraz inne istotne elementy przyszłej umowy pozostaną bez zmian. Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone będzie zatem dalej w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

CO MOŻNA UZUPEŁNIAĆ?

Uzupełnieniu podlegają:

1. oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu (są to wszystkie rodzaje dokumentów wymienione od § 1 do § 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane¹⁷¹, takie jak: wykaz robót budowlanych lub głównych dostaw, lub usług, informacja banku potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, oświadczenie wykonawcy o zatrudnianiu ponad 50% osób niepełnosprawnych);
2. oświadczenia i dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego (będą to

¹⁷⁰ Tak w wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 28 stycznia 2010 r., II Ca 1211/09.

¹⁷¹ *Ibid.*

w szczególności dokumenty wymienione w § 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane¹⁷², takie jak: próbki, opisy lub fotografie produktów, które mają zostać dostarczone, zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczone produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym);

3. pełnomocnictwa;
4. listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej albo informacje o braku przynależności do grupy.

Wezwanie do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów powinno nastąpić w sytuacji, gdy w wyznaczonym przez zamawiającego terminie nie zostały one w ogóle złożone oraz gdy zostały złożone, ale zawierają błędy.

Sytuacja, w której złożone dokumenty zawierają błędy, obejmuje przypadki, gdy błąd dotyczy treści lub formy, np.:

1. jeżeli z dokumentów załączonych do oferty nie wynika, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu (np. nieprzedstawienie w wykazie zrealizowanych zamówień wymaganej w SIWZ liczby usług; niezłożenie dowodu, iż wykonawca powołujący się na zasoby podmiotu trzeciego na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy pzp będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia);
2. złożenie dokumentu w formie niezgodnej z rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów (czyli poświadczenie za zgodność z oryginałem kopii dokumentu przez osobę nieupoważnioną);
3. złożenie dokumentu wystawionego przed upływem daty granicznej określonej w rozporządzeniu w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane¹⁷³ (np. złożenie zaświadczenia naczelnika urzędu skarbowego wystawionego wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert);
4. złożenie dokumentu sporządzonego w języku obcym bez tłumaczenia na język polski;
5. złożenie oświadczenia lub dokumentu zawierającego informację nieprawdziwą, w sytuacji, gdy podanie tych informacji nie wynika z winy umyślnej wykonawcy¹⁷⁴ (wszyscy popełniamy błędy; dotyczy to także wykonawcy. Jeżeli ustalisz, że w ofercie przedstawiono dokument zawierający informacje nieprawdziwe, zbadaj, co było tego powodem. Jeżeli wykonawca wykaże, że podanie tych informacji było przypadkowe, uznaj, że złożone dokumenty zawierają błędy. Nie nazywaj nikogo oszustem, zanim nie stwierdzisz, że podanie nieprawdziwych danych było działaniem świadomym i celowym).

Konstruując wezwanie, musisz być precyzyjny. Powinieneś wyraźnie wskazać w wezwaniu, jakiego oświadczenia lub dokumentu oczekujesz od wykonawcy. Jeżeli masz jakieś zastrzeżenia co do treści lub formy dokumentów przedstawionych wraz z ofertą, napisz wyraźnie, jakie błędy one zawierają. Dokładnie określ także formę żądanych do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów oraz sposób ich złożenia. Im precyzyjniejsze wezwanie, tym większa szansa na uratowanie oferty wykonawcy. Kto wie, może oferty najkorzystniejszej. Pamiętaj, że możesz tylko raz wezwać wykonawcę w sprawie uzupełnienia tego samego braku.

Ustalając termin uzupełnienia dokumentów, masz prawo zakładać, że wykonawca posiada brakujące oświadczenia lub dokumenty, i wyznaczyć datę z uwzględnieniem wyłącznie czasu niezbędnego na ich złożenie (a nie przygotowanie). Pamiętaj jednak, że

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ Tak Sąd Okręgowy w Szczecinie w wyroku z dnia 25 stycznia 2013 r., II Ca 1285/12.

w przypadku, gdy wykonawca poprosi cię o przesunięcie terminu na złożenie dokumentów, masz prawo (ale nie obowiązek) to zrobić. Ważne, aby przesunięcie terminu nastąpiło przed jego upływem.

Wykonawca wezwany do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń może złożyć dokumenty nowe (w których wskaże np. inne realizowane zamówienia lub dodatkowe osoby, które będą wykonywać zamówienie). Data wystawienia wymaganego dokumentu jest wtórna wobec wymagań stawianych treści dokumentu. Artykuł 26 ust. 3 ustawy pzp wymaga potwierdzenia przez wykonawcę stanu faktycznego istniejącego w dacie nie późniejszej niż dzień upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminu składania ofert. Zatem fakt wystawienia dokumentu po upływie tych terminów jest bez znaczenia, o ile z treści dokumentu wynika potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu nie później niż w tym dniu¹⁷⁵.

CZEGO NIE MOŻNA UZUPEŁNIAĆ?

Elementy oferty niepodlegające uzupełnieniu to te, którym zamawiający nadał w SIWZ rangę istotnych postanowień umowy. Świadczyć one będą o sposobie wykonania zamówienia. Najczęściej będą to: oferowany przedmiot, cena, termin wykonania, okres gwarancji. Treść SIWZ zwykle wskazuje na to, iż oświadczenia wykonawcy w tym zakresie mają charakter stanowczy i nie mogą być dowolnie zmieniane przez wykonawcę po zawarciu umowy.

Przygotowując SIWZ, powinieneś w szczególności rozróżnić oświadczenia i dokumenty, których żądasz w celu ukształtowania treści oferty, od tych, które mają potwierdzać, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają określone przez ciebie wymagania. Najlepiej, aby SIWZ wyraźnie wskazywała na cel żądanych informacji. W przeciwnym razie może się zdarzyć, że o tym, czy dana informacja kwalifikowała się do uzupełnienia, decydować będzie jej charakter ustalany nie przez ciebie, lecz przez skład orzekający KIO albo kontrolera.

W szczególności dookreślenia charakteru żądanych dokumentów wymagać mogą oświadczenia sporządzane przez samego wykonawcę. W przypadku oświadczeń i dokumentów, które nie są tworzone na potrzeby danego postępowania i które stanowią oświadczenia sporządzone przez podmioty zewnętrzne (np. aprobaty techniczne, deklaracje zgodności, certyfikaty, specyfikacje techniczne, katalogi, foldery itp. przygotowywane przez jednostkę certyfikującą lub producenta wyrobu), zwykle nie będzie wątpliwości, że mogą one być uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Z kolei w odniesieniu do oświadczeń własnych, sporządzanych przez samego wykonawcę (np. harmonogramy rzeczowo-finansowe, kosztorysy, plany, koncepcje, projekty, rysunki, modele, próbki, wzory itp.), występuje najwięcej problemów związanych z ustaleniem możliwości ich uzupełnienia. Czasami trudno jest bowiem oddzielić je od treści oferty.

Gdy zastanowisz się nad celem żądania poszczególnych oświadczeń lub dokumentów, możesz dostrzec, że część z nich nie jest niezbędna do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Wówczas będziesz mógł usunąć niepotrzebne wymagania, unikając tym samym w przyszłości zarzutu naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy pzp.

PRZYKŁAD

Zamawiający prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych. W treści SIWZ zażądał złożenia wraz z ofertą harmonogramu rzeczowo-finansowego. Nie określił przy tym jednoznacznie celu jego złożenia. Gdy jeden z wykonawców nie złożył wymaganego harmonogramu, zamawiający uznał, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, i odrzucił ofertę. Wynikł spór, gdyż wykonawca wywodził, że

¹⁷⁵ Por. wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2013 r., KIO 2939/12, KIO 2942/12.

harmonogram rzeczowo-finansowy nie stanowi treści oferty i jest dokumentem o charakterze wyłącznie pomocniczym i wstępnym.

Dokładna analiza SIWZ doprowadziła jednak do wniosku, że harmonogram rzeczowo-finansowy stanowił treść oferty i decyzja o odrzuceniu oferty była słuszna.

Wniosek taki został jednak wyciągnięty dopiero na rozprawie przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej¹⁷⁶ na podstawie następujących cech żądanego dokumentu:

- a) zakwalifikowanie dokumentu jako załącznika do umowy (integralnej części umowy), który ma charakter stanowczy, a więc nie może być dowolnie zmieniany przez wykonawcę po zawarciu umowy,
- b) powiązanie płatności częściowych z wykonaniem etapów robót określonych i wyszczególnionych w harmonogramie,
- c) zastrzeżenie kar umownych za niedotrzymanie terminów wykonania etapów robót określonych w harmonogramie.

Zamawiający uniknąłby zapewne niepotrzebnych nerwów, gdyby w treści SIWZ wskazał w sposób jednoznaczny, w jakim celu żąda harmonogramu rzeczowo-finansowego.

Szczególony charakter mają wymagane w SIWZ oświadczenia lub dokumenty, na podstawie których przewidujesz dokonanie oceny ofert w kryteriach oceny. Zwykle zawarte w nich informacje stanowią treść oferty (cena, termin wykonania, okres gwarancji, czas reakcji serwisu, technologia wykonania), ale zdarza się, że ich charakter będzie dwojaki, czyli dodatkowo (poza oceną w kryterium oceny) ich funkcją jest potwierdzenie, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Pamiętaj, że w takich przypadkach uzupełnienie brakujących oświadczeń lub dokumentów nie jest możliwe.

Artykuł 26 ust. 3 ustawy pzp, stanowiący podstawę wezwania do złożenia brakujących oświadczeń lub dokumentów, nie przewiduje uzupełniania informacji służących ocenie ofert w kryteriach. Nic dziwnego. Po otwarciu oferty są jawne, a zatem wykonawca poproszony o uzupełnienie oferty mógłby dostarczyć informacje korzystniejsze od konkurentów, umożliwiające mu wygranie przetargu. Działanie takie stawiałoby go w uprzywilejowanej sytuacji i prowadziło do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Nieprzedstawienie w ofercie żądanych informacji, które miały stanowić treść oferty, powoduje niezgodność oferty z treścią SIWZ i w konsekwencji konieczność jej odrzucenia. Nie ma przy tym znaczenia, że dane te miały jednocześnie potwierdzać, że oferowany przedmiot odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego. Należy bowiem dostrzec, że wezwanie do złożenia dokumentów nie następuje, gdy mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania¹⁷⁷.

Podobnie będzie w przypadku postępowań na usługi o charakterze niepriorytetowym. W tego typu zamówieniach popularne jest ustalanie kryteriów oceny ofert dotyczących właściwości wykonawcy oraz odnoszących się do jego doświadczenia czy też potencjału kadrowego. Zwykle wymagane w SIWZ dokumenty służące ocenie oferty w takich kryteriach mają dwojaki charakter – mają umożliwiać ocenę w kryteriach oceny oraz sprawdzenie, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. W przypadku, gdy dokumenty takie nie zostaną złożone, nie ma możliwości ich uzupełnienia. Wykonawca powinien być od razu wykluczony z udziału w postępowaniu, gdyż mimo uzupełnienia dokumentów jego oferta i tak musiałaby zostać odrzucona.

Odrzucenie oferty lub wykluczenie wykonawcy, który nie złoży oświadczeń lub dokumentów wymaganych do oceny oferty w kryteriach oceny, nie będzie konieczne w przypadku, gdy zamawiający ustali w SIWZ, że brak takich dokumentów spowoduje przyznanie w danym kryterium 0 punktów.

¹⁷⁶ Por. wyrok KIO z dnia 17 lutego 2014 r., KIO 188/14.

¹⁷⁷ Art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

8. BŁĄD W OBLICZENIU CENY

Cena jest decydującym kryterium przyznawania zamówień publicznych¹⁷⁸. Stąd może się zdarzyć, iż przez pewne manipulacje związane z jej obliczeniem wykonawca będzie dążył do zdobycia przewagi konkurencyjnej w przetargu.

Na przykład zastosowanie przez wykonawcę w ofercie niższej niż wynikająca z obowiązujących przepisów stawki VAT i w efekcie uzyskanie niższej ceny brutto może doprowadzić do wyboru oferty takiego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej. W takiej sytuacji doszłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców¹⁷⁹.

Ceną jest wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym¹⁸⁰.

Ustawodawca wymaga, aby przy wyborze oferty zawsze kierować się kryterium ceny¹⁸¹.

Błędnie obliczona cena może zagrozić należytemu wykonaniu umowy. W sytuacji, gdy obliczenia dotyczące ceny oparte zostaną na niewłaściwych danych, np. wynikających z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego, może się okazać, iż zamówienie w skrajnym przypadku nie zostanie wykonane w ogóle.

Nie bez powodu ustawodawca wymaga zatem, abyś na etapie badania ofert kontrolował prawidłowość obliczenia cen oferowanych przez wykonawców. W przypadku stwierdzenia błędów w obliczeniu ceny będziesz musiał odrzucić ofertę¹⁸².

Błędy w obliczeniu ceny mogą być popełnione w dwóch obszarach: niezgodności z SIWZ lub obowiązującymi przepisami.

Wykonawca może obliczyć cenę niezgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ (w szczególności w sposób sprzeczny z zawartym w SIWZ opisem sposobu obliczenia ceny). W tym przypadku błąd polega na przyjęciu przez wykonawcę za podstawę kalkulacji ceny innego stanu faktycznego niż wynikający z SIWZ. Najczęściej błąd taki przyjmie postać wyliczenia ceny na podstawie niewłaściwych jednostek miar, błędnych ilości lub niezgodnego z SIWZ zakresu czynności. Zamawiający stwierdza wtedy, że oferowana cena nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu bądź warunków realizacji¹⁸³.

Obliczenie ceny w sposób niezgodny z opisem zawartym w SIWZ może także obejmować przypadki zmiany formuły kalkulacyjnej (np. obliczenie ceny jako sumy iloczynów cen jednostkowych brutto i ilości towaru, podczas gdy w SIWZ wymagano

¹⁷⁸ W postępowaniach poniżej progów UE odsetek postępowań, w których zamawiający dokonali wyboru najtańszej oferty w roku 2013, wyniósł 86,5%.

¹⁷⁹ Tak w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., III CZP 53/11.

¹⁸⁰ Art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U. z 2014 r., poz. 915).

¹⁸¹ Zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy pzp kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji. Z kolei w art. 2 pkt 5) ustawy pzp najkorzystniejszą ofertę zdefiniowano jako ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną, a w przypadku zamówień publicznych w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący – ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego.

¹⁸² Art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp.

¹⁸³ Por. uchwała KIO z dnia 6 marca 2012 r., KIO/KD 25/12.

obliczenia ceny jako sumy iloczynów cen jednostkowych netto i liczby jednostek miar, od której należało policzyć VAT, aby ustalić cenę brutto).

Błędem w obliczeniu ceny będzie także podanie w formularzu ofertowym, jako ceny za cały okres realizacji zamówienia (np. za okres 12 miesięcy), ceny za miesiąc świadczenia danej usługi, w sytuacji, gdy w formularzu ofertowym było zawarte sformułowanie, że cena dotyczy całego zamówienia, a wykonawca podaje wyłącznie cenę za miesiąc jego realizacji, nie zaznaczając tego w formularzu ofertowym ani w żadnym innym miejscu oferty.

Drugim obszarem, w którym mogą wystąpić błędy w obliczeniu ceny, są błędy polegające na obliczeniu ceny niezgodnie z obowiązującym prawem (np. ustawą o podatku od towarów i usług, prawem pracy, prawem ochrony środowiska).

Zdarza się, iż zamawiający w treści SIWZ wskazuje wartość składnika cenotwórczego, którego wysokość określają odpowiednie przepisy prawa, i zobowiązuje każdego wykonawcę do jego uwzględnienia przy obliczaniu ceny (np. w zakresie wysokości stawki VAT):

„Wykonawca zobowiązany jest obliczyć cenę z zastosowaniem 23-procentowej stawki VAT”.

Wówczas może się okazać, że przyjęcie do obliczenia ceny składnika cenotwórczego w innej niż wynikająca z SIWZ wysokości będzie błędem w obliczeniu ceny zarówno w obszarze niezgodności z SIWZ, jak i niezgodności z przepisami obowiązującego prawa.

Pamiętaj, że błąd polegający na obliczeniu ceny niezgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ może wynikać z niezgodności treści oferty z treścią SIWZ (ma swoją genezę w błędnej interpretacji SIWZ dokonanej przez wykonawcę). W wielu przypadkach zlikwidowanie tej niezgodności spowoduje, iż błąd w obliczeniu ceny zostanie wyeliminowany. Z tych względów, zanim podejmiesz decyzję o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp, zbadaj, czy u podstaw błędu w obliczeniu ceny nie leży omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ, którą powinieneś poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp.

PRZYKŁAD 1.

Szpital prowadzi postępowanie na dostawę leków. Formularz cenowy składa się z 530 pozycji. W jednej nich (poz. 430 – Oxybutynin h/chl 5 mg* 60 tabl.) wykonawca, obliczając cenę, przyjął niewłaściwą liczbę towaru. Zgodnie z SIWZ liczba opakowań leku wynosi 10, tymczasem wykonawca przyjął liczbę 9. Cena ofertowa, zgodnie z opisem sposobu obliczenia ceny, ma być sumą iloczynów ceny jednostkowej leku i jego liczby wynikającej z planu rocznego zużycia podanej w formularzu cenowym. Łączna cena ofertowa za wszystkie leki wynosi 350 000 zł.

Lp.	Wyszczególnienie	j.m.	Plan roczny zużycia	Cena jednostkowa (w zł)	Wartość (w zł)
1.	Acebutololum 200 mg* 30 tabl.	OP	7	9	63
...
430.	Oxybutynin h/chl 5 mg* 60 tabl.	OP	9	25	225
...
530.	Warfarina 5 mg* 100 tabl.	OP	4	27	108
SUMA:					350 000

Jak widzisz, wykonawca obliczył cenę w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ. Za podstawę kalkulacji ceny przyjął inny stan faktyczny niż wynikający z SIWZ. Błąd polega na

wyliczeniu ceny na podstawie niewłaściwej liczby towaru w poz. 430. Czy jednak odrzuciłbyś taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp?

W opisanym przypadku błąd w obliczeniu ceny jest spowodowany niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ. Aby treść oferty odpowiadała treści SIWZ, w poz. 430 formularza cenowego wykonawca powinien przyjąć do wyceny liczbę 10 opakowań, a nie 9. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp odrzucasz ofertę, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ, pod warunkiem, że błędu nie da się usunąć na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Ewentualne poprawienie niewłaściwej liczby towaru w poz. 430 formularza ofertowego skutkuje:

1. zmianą liczby towaru w poz. 430 formularza cenowego z 9 na 10;
2. zmianą ceny ofertowej z wartości 350 000 zł na kwotę 350 025 zł (zmiana liczby towaru w poz. 430 powoduje, że w tej pozycji wystąpi oczywista omyłka rachunkowa [iloczyn poprawionej liczby towaru i ceny jednostkowej nie da wartości 225 zł]; wartość poz. 430 po korekcie omyłki wyniesie 250 zł; w konsekwencji dokonanej poprawki po zsumowaniu wszystkich pozycji cena ofertowa wzrosłaby do 350 025 zł)

Lp.	Wyszczególnienie	j.m.	Plan roczny zużycia	Cena jednostkowa (w zł)	Wartość (w zł)
1.	Acebutololum 200 mg* 30 tabl.	OP	7	9	63
...
430.	Oxybutynin h/chl 5 mg* 60 tabl.	OP	10	25	250
...
530.	Warfarina 5 mg* 100 tabl.	OP	4	27	108
SUMA:					350 025

Zauważ, że ingerencja w treść oferty (dokonana poprawka) nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Oznacza to, że jesteś zobowiązany dokonać poprawienia omyłki. Po korekcie zauważysz, że w ofercie nie występuje już błąd w obliczeniu ceny. Nie ma zatem zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp. Oferta została uratowana.

PRZYKŁAD 2.

Zamawiający prowadzi postępowanie przetargowe na wyposażenie centralnej sterylizatorni. Wraz ze sterylizatorami wymagane jest dostarczenie następujących urządzeń peryferyjnych:

- a) koszy sterylizacyjnych, w których są sterylizowane narzędzia i inne przedmioty,
- b) wózków przeznaczonych m.in. do transportu materiałów skażonych i sterylnych,
- c) zgrzewarek i podajników taśmy do zgrzewarek – służących do zgrzewania opakowań przedmiotów sterylizowanych,
- d) mebli technologicznych ze stali nierdzewnej,
- e) stacji uzdatniania wody niezbędnej do prawidłowej pracy sterylizatorów i myjni dezynfektorów,
- f) systemu komputerowego z oprogramowaniem przeznaczonym do archiwizacji procesów sterylizacji, oprogramowania do wyliczania kosztów sterylizacji poszczególnych narzędzi, stanowiska komputerowego.

Ponadto w ramach przyszłej umowy wykonawca zobowiązany będzie zrealizować roboty budowlane dotyczące adaptacji pomieszczeń – polegające na przebudowie ścian,

dostosowaniu instalacji elektrycznej i wodociągowej, przeróbce pomieszczeń (likwidacja istniejących ścian i budowa nowych, układanie wzmocnień pod instalowane sterylizatory, wykonywanie okablowania informatycznego, uszczelnianie stropów w celu ochrony przed skroplinami i parą ze sterylizatorów, montaż wyciągów mechanicznych i grawitacyjnych).

W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu wpłynęła oferta, w której wykonawca zaoferował cenę za wykonanie całego zamówienia obliczoną z zastosowaniem preferencyjnej stawki VAT w wysokości 8%.

Zamawiający nie określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stawki podatku od towarów i usług, jaką wykonawca powinien zastosować przy obliczaniu ceny brutto za wykonanie zamówienia publicznego. Z kolei w opisie sposobu obliczenia ceny oferty zostały zawarte m.in. następujące informacje:

„Cena całkowita podana w formularzu cenowym powinna być wyliczona z uwzględnieniem stawki i kwoty VAT określonej zgodnie z obowiązującymi na dzień składania ofert przepisami prawa.

Wykonawca zobowiązany jest ustalić stawkę VAT zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie regulacjami prawnymi. Określenie stawki VAT jest obowiązkiem wykonawcy. Zgodnie z ust. 1 Komunikatu Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 24.01.2005 r. (Dz.Urz. GUS z 2005 r. Nr 1, poz. 11) w sprawie trybu wydawania opinii interpretacyjnych »Zasadą jest, że zainteresowany podmiot sam klasyfikuje prowadzoną działalność, swoje produkty (wyroby i usługi), towary, środki trwałe i obiekty budowlane według zasad określonych w odpowiednich klasyfikacjach i nomenklaturach, wprowadzonych rozporządzeniami Rady Ministrów lub stosowanych bezpośrednio na podstawie przepisów Wspólnoty Europejskiej».

Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie powodów zastosowania przez niego w ofercie preferencyjnej stawki VAT w zakresie dodatkowego wyposażenia sterylizatorów oraz prac polegających na adaptacji pomieszczeń. Otrzymał następujące wyjaśnienie:

„Na podstawie art. 41 ust. 2 w związku z poz. 105 załącznika nr 3 z dnia 11 marca 2004 r. do ustawy o podatku od towarów i usług wykonawca jest uprawniony do zastosowania stawki 8% do sprzedaży towarów, które będą stanowiły wyrób medyczny w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy z 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych w sytuacji, gdy dostawa towaru (wyrobu medycznego) ma miejsce w ramach wykonywania większego projektu, za który wykonawca otrzymuje jedno ryczałtowe wynagrodzenie i w ramach którego wykonawca wykonuje także usługi i realizuje dostawy towarów ze stawką podstawową 23% VAT. Jeżeli transakcja składa się z dostaw sprzętu medycznego wraz z montażem i urządzeniami peryferyjnymi, nie powinno się dokonywać sztucznego podziału świadczenia. Jeżeli podstawowym świadczeniem zarówno pod względem ekonomicznym, jak i formalnym, jest dostawa wyrobu medycznego (sterylizatorów), to do realizacji całego projektu wykonawca ma prawo zastosować jedną stawkę 8%”.

Zamawiający ustalił, że obniżona stawka VAT mogła być zastosowana tylko do dostawy wyrobu medycznego, czyli sterylizatora. Stawka ta nie mogła mieć z kolei zastosowania do wyposażenia wyrobu medycznego sprzedawanego wraz z wyrobem medycznym, gdyż wyposażenie to nie jest zarejestrowane jako wyrób medyczny. Tak więc do wyposażenia dodatkowego wykonawca powinien przyjąć jako właściwą podstawową stawkę podatku w wysokości 23%.

Zamawiający stwierdził ponadto, że charakter robót adaptacyjnych nie jest związany bezpośrednio z dostawą wyrobu medycznego (sterylizatorów). Roboty adaptacyjne stanowią czynności polegające na przygotowaniu pomieszczeń do dostawy sprzętu medycznego. Zachodzący między nimi związek nie jest na tyle ścisły, aby można było mówić o świadczeniu złożonym, należnym z dostawą i opodatkowanym stawką właściwą dla tej dostawy.

W konsekwencji zamawiający stwierdził, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu niewłaściwej stawki VAT w zakresie wyposażenia sterylizatorów oraz prac adaptacyjnych. Dla dostawy wyrobu medycznego, czyli sterylizatora, właściwe jest zastosowanie stawki 8% (na podstawie art. 41 ust. 2 i art. 146a pkt 2 w zw. z poz. 105 załącznika nr 3 do ustawy o VAT). Natomiast pozostałe czynności – czyli dostawa dodatkowego wyposażenia sterylizatorów (dostawa takich elementów, jak kosze sterylizacyjne, wózki, zgrzewarki i podajniki taśmy do zgrzewarek, meble technologiczne ze stali nierdzewnej, stacje uzdatniania wody, niezbędne do prawidłowej pracy sterylizatorów i myjni dezynfektorów, oraz systemy komputerowe z oprogramowaniem przeznaczonym do archiwizacji procesów sterylizacji i oprogramowanie do wyliczania kosztów sterylizacji poszczególnych narzędzi, stanowiska komputerowe), a także wykonanie prac polegających na adaptacji pomieszczeń – należy opodatkować według stawki podstawowej w wysokości 23% (zgodnie z art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146a pkt 1 ustawy o VAT)¹⁸⁴.

Oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp. Oferta zawierająca niezgodną z obowiązującymi przepisami stawkę VAT (który jako element cenotwórczy wpływa na wysokość ceny ofertowej brutto) zaburza proces porównywania cen i musi zostać odrzucona jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny.

W opisanym przypadku błąd popełniony przez wykonawcę nie ma swojej genezy w niezgodności oferty z SIWZ. Jest niezgodnością z obowiązującym prawem (przepisami ustawy o podatku od towarów i usług). Z tych względów zamawiający nie na podstaw, aby rozważyć poprawienie błędnej stawki VAT na właściwą w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp.

Zauważ, że gdyby w treści SIWZ zamawiający wskazał konkretną stawkę VAT kształtującą wysokość ceny ofertowej, podanie w ofercie innej stawki tego podatku rodziłoby niezgodność treści oferty z SIWZ. Wówczas zamawiający byłby zobowiązany ustalić, czy poprawienie omyłki nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Gdyby stwierdził, że błąd jest nieistotny (np. zła stawka odnosi się tylko do niewielkiego zakresu wyposażenia dodatkowego, o niewielkiej wartości w stosunku do całej ceny ofertowej), musiałby go poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp¹⁸⁵.

Może się także zdarzyć, iż wykonawca obliczy cenę z zastosowaniem stawki podstawowej (23%), mimo że w odniesieniu do oferowanych przez niego towarów lub usług możliwe było stosowanie stawki preferencyjnej. W takim przypadku, gdy treść SIWZ nie określa wysokości stawki VAT, jaką należało przyjąć do obliczenia ceny, oferta taka nie powinna być odrzucona. Zgodnie z art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146a ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług podstawową stawką tego podatku jest stawka 23 procent. Regułą prawa podatkowego jest zatem, że stosowanie preferencyjnych stawek podatkowych nie jest obowiązkiem podatników, lecz ich uprawnieniem – to podatnik zawsze ma prawo zastosować podstawową stawkę podatkową i z tym faktem ustawa o podatku od towarów i usług oraz inne ustawy regulujące odpowiedzialność podatników nie wiążą żadnych negatywnych konsekwencji, w tym karnoskarbowych, w przeciwieństwie do nieuprawnionego zastosowania stawki preferencyjnej.

Doktryna, orzecznictwo, jak również praktyka organów skarbowych stoją na stanowisku, że w razie jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych co do wysokości opodatkowania podatkiem od towarów i usług zastosowanie powinna mieć stawka podstawowa¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Na podstawie interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 7 lutego 2014 r., IPPP1/443-1180/13-2/AP.

¹⁸⁵ Tak w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., III CZP 53/11.

¹⁸⁶ Tak w wyroku NSA z dnia 9 czerwca 2000 r., I SA/Ka 2367/98; podobnie w wyroku NSA z dnia 6 maja 1998 r., III SA 381/97.

Uwzględnienie w cenie oferty w sposób nieuprawniony preferencyjnej stawki podatku od towarów i usług godzi w uczciwą konkurencję. Pozostali wykonawcy, którzy zastosują stawkę podstawową, praktycznie nie mają szans na przebicie w ten sposób zaniżonej ceny. Z kolei zastosowanie przez wykonawcę stawki podstawowej VAT nie może być uznane za niekonkurencyjne w stosunku do innych wykonawców. Rezultatem takiego działania jest złożenie przez takiego wykonawcę oferty z wyższą ceną (czyli mniej konkurencyjnej, która ma mniejsze szanse na wybór w przetargu). Nie ma to w takiej sytuacji żadnego znaczenia dla oceny pozostałych ofert, a tym samym możliwości uzyskania zamówienia przez innych wykonawców¹⁸⁷.

9. RAŻĄCO NISKA CENA



Rys. Monika Łuszczewska

CO TO JEST RAŻĄCO NISKA CENA?

Cena jest obowiązkowym kryterium oceny ofert. Zwykle stanowi ona podstawowy ciężar, który musi wziąć na siebie zamawiający w związku z udzielanym zamówieniem. Najczęściej stanowić też będzie kryterium decydujące o przyznaniu zamówienia publicznego. Aby uzyskać zamówienie, wykonawca może podjąć próbę obniżenia ceny do nierealnego poziomu.

W sytuacji, gdy cena jest niska, nie powinniśmy się niepokoić. Pod warunkiem, że w tej cenie uzyskać mamy określoną w opisie przedmiotu zamówienia zadowalającą nas jakość (określony efekt). Nasze wydatki będą dokonywane wówczas z uwzględnieniem zasady racjonalnego gospodarowania.

Gorzej, jeżeli cena jest rażąco niska. „Rażący”, gdy myślimy o cechach ujemnych, oznaczać będzie „wyraźny, bardzo duży”¹⁸⁸. Cena wyraźnie (bardzo dużo) zaniżona powinna obudzić w tobie ciekawość.

Z zasady zawsze powinieneś podejrzewać, że cena jest rażąco niska, w dwóch przypadkach¹⁸⁹:

1. gdy cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub
2. gdy cena jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Oba te przypadki wynikają wprost z przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych.

¹⁸⁷ Tak w wyrokach KIO: z dnia 20 marca 2014 r., KIO 430/14, oraz z 17 października 2011 r., KIO 2138/11.

¹⁸⁸ Słownik języka polskiego PWN, *op. cit.*, t. III, str. 24.

¹⁸⁹ Art. 90 ust. 1 ustawy pzp.

O ile procent zaoferowana cena jest niższa od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, obliczysz według wzoru:

$$\left[\frac{(W_z - C_{of})}{W_z} \right] \times 100$$

gdzie:

W_z – wartość zamówienia (lub odpowiednio średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert)

C_{of} – cena ofertowa.

PRZYKŁAD 1.

Wartość zamówienia wynosi 460 000 zł.

W przetargu wpłynęły trzy oferty:

Oferta nr 1: cena 320 000 zł.

Oferta nr 2: cena 410 000 zł.

Oferta nr 3: cena 390 000 zł.

Ustalmy, o ile procent cena każdej z ofert jest niższa od wartości zamówienia?

Oferta nr 1:

$$\left[\frac{(460\,000 - 320\,000)}{460\,000} \right] \times 100 = \frac{140\,000}{460\,000} \times 100 = 0,30 \times 100 = 30\%$$

Oferta nr 2:

$$\left[\frac{(460\,000 - 410\,000)}{460\,000} \right] \times 100 = \frac{50\,000}{460\,000} \times 100 = 0,11 \times 100 = 11\%$$

Oferta nr 3:

$$\left[\frac{(460\,000 - 390\,000)}{460\,000} \right] \times 100 = \frac{70\,000}{460\,000} \times 100 = 0,15 \times 100 = 15\%$$

Tak więc tylko w przypadku oferty nr 1 występuje 30-procentowa różnica między ceną ofertową a wartością zamówienia, co z zasady powinno skutkować żądaniem wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Powinieneś uznać, że cena ofertowa jest niższa o 30% od wartości zamówienia (lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert), także wtedy, gdy różnica między tymi wartościami będzie większa od 30%.

Cena uwzględnia VAT i podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym¹⁹⁰. Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest z kolei całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością.

¹⁹⁰ Art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług.

W praktyce porównanie oferowanych cen brutto z wartością zamówienia (bez VAT) rzadko doprowadzi do stwierdzenia aż 30-procentowej różnicy.

Jednocześnie jednak w przypadku zamówień udzielanych w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, lub w przetargach, w których przewiduje się udzielanie zamówień uzupełniających, różnica taka może występować nagminnie. Wartością zamówienia w pierwszej sytuacji jest suma wszystkich części zamówienia (w takim przypadku jest bardzo prawdopodobne, że między wartością zamówienia a ceną oferty na daną część zamówienia wystąpi różnica 30%). W drugiej sytuacji wartość zamówienia uwzględnia wartość zamówień uzupełniających, a więc może się także zdarzyć, że cena zamówienia podstawowego będzie niższa o 30% od wartości zamówienia. W obu omawianych przypadkach należy postępować racjonalnie i porównywać cenę oferty z wartością odpowiednio części zamówienia albo wartością zamówienia podstawowego.

Jeszcze gorzej może wypaść porównanie wyraźnie zaniżonej ceny ze średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert. Wśród wszystkich złożonych ofert jest ta podejrzewana, że zawiera rażąco niską cenę, jak również oferty odrzucone. Uwzględnianie cen tych ofert przy wyliczaniu średniej arytmetycznej nie wydaje się rozsądne, niemniej jest wymagane z uwagi na treść przepisu.

Wystąpienie któregokolwiek z omawianych przypadków powinno cię skłonić do żądania od wykonawcy wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość oferowanej ceny, ale nie zawsze.

W pewnych sytuacjach okoliczności jednoznacznie mogą wskazywać, że mimo zaniżenia ceny o 30% nie będziesz miał żadnych wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów (np. prawa pracy, prawa ochrony środowiska).

Wówczas żądanie wyjaśnień będzie bezprzedmiotowe, a nawet irracjonalne. W art. 90 ust. 1 ustawy pzp ustawodawca ustalił, że zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, 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. Po czym używa zwrotu: „w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert”.

Zgodnie z zasadami techniki prawodawczej, jeżeli nie jest możliwe sformułowanie definicji zakresowej (wyliczającej elementy składowe zakresu), można objaśnić znaczenie danego określenia przez przykładowe wyliczenie jego zakresu, wyraźnie wskazując na przykładowy charakter tego wyliczenia przez posłużenie się zwrotami: „w szczególności” albo „zwłaszcza”¹⁹¹. Omawiane dwa przypadki zostały zatem wskazane w ustawie przykładowo, co oznacza, że tylko dopuszczają możliwość wystąpienia wątpliwości zamawiającego co do oferowanej ceny, jednak nie mogą o takich wątpliwościach z góry przesądzać (po prostu zamawiający może nie mieć takich wątpliwości mimo pojawienia się opisanych w przepisie przypadków).

PRZYKŁAD 2.

Zamawiający zorganizował przetarg na wykonanie prac projektowych. Wartość zamówienia została ustalona na kwotę 200 000 zł (bez VAT). Wpłynęły 4 oferty:

Oferta nr 1: cena 180 000 zł.

Oferta nr 2: cena 220 000 zł.

Oferta nr 3: cena 190 000 zł.

¹⁹¹ Par. 153 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U. Nr 100, poz. 908).

Oferta nr 4: cena 4 000 000 zł.

Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi 1 147 500 zł. Ceny 3 pierwszych ofert są zatem o 30% niższe od wyliczonej średniej arytmetycznej. Czy w takiej sytuacji należy się zwrócić o wyjaśnienia w sprawie wyceny do tych trzech firm? Czy istnieją jakiegokolwiek wątpliwości dotyczące możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów? Oczywiście, że nie.

PRZYKŁAD 3.

W przetargu na remont szpitala wartość zamówienia została ustalona na podstawie kosztorysu inwestorskiego na kwotę 1 000 000 zł. W ostatniej chwili przed wszczęciem postępowania, z powodu braku środków, zamawiający usuwa z zakresu rzeczowego prace remontowe na dachu budynku. Zapomina przy tym obniżyć wartość zamówienia o ekwiwalent tych robót. Po otwarciu ofert okazuje się, że każda z nich jest niższa o 30% od ustalonej wartości zamówienia. Po dokładnym zweryfikowaniu ustalonej wcześniej wartości zamówienia stwierdzono, że została ona zawyżona o wartość robót, które nie stanowią przedmiotu zamówienia (wartość została ustalona z nienależytą starannością). Czy w takim przypadku można uznać, że oferowane ceny mogą być rażąco niskie? Czy jest jakikolwiek sens żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość proponowanych przez nich cen?

Pamiętaj, że poza przypadkami przykładowo podanymi w ustawie masz możliwość wystąpić z żądaniem wyjaśnień dotyczących oferowanej ceny także w innych sytuacjach.

Zawsze należy to zrobić, gdy oferowana cena będzie budzić wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Każdy z nas ma inną wrażliwość. To, co razi jednych, innym może się wydawać błahostką, i odwrotnie. Dlatego w praktyce niezwykle trudno jest ustalić granicę, której przekroczenie przez wykonawcę składającego ofertę da nam pewność, że mamy do czynienia właśnie z rażąco niską ceną.

Rażąco niska cena jest ceną oczywiście nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego i racjonalności decyzji ekonomicznych przedsiębiorców¹⁹². Jeżeli uznasz, że nie jesteś w stanie ocenić, czy zaoferowana cena jest realna, poradź się biegłego.

Pamiętaj przy tym, że ustalenie granicy występowania rażąco niskiej ceny jest wbrew pozorom nietrudne. Wyznacza się ją bowiem w inicjowanym przez zamawiającego procesie, w którym wykonawca ma cię przekonać do rzetelności kalkulacji zaoferowanej ceny. Jeżeli to mu się nie uda, jego oferta zostanie odrzucona. W skrajnym przypadku ustaleniem, czy wystąpiła rażąco niska cena, zajmie się skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej lub nawet sąd okręgowy (w sytuacji, gdy wykonawca skorzysta z przysługujących mu środków ochrony prawnej).

PRZYCZYNY WYSTĄPIENIA RAŻĄCO NISKIEJ CENY

Rażąco niska cena jest mankamentem. Psuje rynek zamówień publicznych i zagraża realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Może być symptomem braku doświadczenia wykonawcy lub dostrzeżonego przez niego błędu w dokumentacji przetargowej, świadczyć o popełnieniu oczywistych omyłek rachunkowych lub błędów w obliczeniu ceny, a nawet wynikać z desperacji wykonawcy (który chce zdobyć zamówienie za wszelką cenę).

Zdarza się też, że stanowi konsekwencję umyślnego działania wykonawcy sprzecznego z obowiązującym prawem, np. popełniania czynu nieuczciwej konkurencji

¹⁹² Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 6 września 2002 r., V Ca 1020/02.

(rażąco niska cena może być w tym przypadku wynikiem utrudniania dostępu do rynku¹⁹³ albo naśladownictwa gotowych produktów¹⁹⁴) lub zamiaru realizacji przyszłej umowy z naruszeniem przepisów kodeksu pracy (np. gdy wykonawca zamierza zatrudniać pracowników do wykonania zamówienia na czarno).

Każdy z tych symptomów jest szkodliwy i gdy się potwierdzi, powinien być eliminowany przez odrzucenie oferty.

PROCEDURA BADANIA, CZY OFERTA ZAWIERA RAŻĄCO NISKĄ CENĘ W STOSUNKU DO PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

Zwrócenie się do wykonawcy o wyjaśnienie ceny, w przypadku powzięcia wątpliwości dotyczących jej realności, rodzi domniemanie, że cena oferty jest rażąco niska. Oczywiście domniemanie po stronie zamawiającego. W takiej sytuacji wykonawca musi dołożyć wszelkich starań, aby takie domniemanie obalić. W tym celu powinien złożyć wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W wyjaśnieniach wykonawca powinien precyzyjnie określić, które elementy oferty miały wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską. Wykonawca, składając wyjaśnienia, powinien również wykazać, że wskazana cena została ustalona na podstawie obiektywnych czynników. Może to być np. oszczędna metoda wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, niskie koszty pracy, pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów.

Składając wyjaśnienia w zakresie kosztów pracy, wykonawca musi jednakże pamiętać, iż ich 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 pracę¹⁹⁵. Nie ma przy tym znaczenia to, czy do wykonania zamówienia wykonawca będzie zatrudniał personel na umowę o pracę czy na podstawie umów cywilnoprawnych. Oferta z kosztami pracy skalkulowanymi poniżej minimalnego wynagrodzenia za pracę powinna być odrzucona¹⁹⁶.

¹⁹³ Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1994 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.) 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 kolei w myśl art. 15 ust. 3 tejże ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest także utrudnianie małym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż towarów lub usług w obiektach handlowych o powierzchni sprzedaży powyżej 400 m² po cenie nieuwzględniającej marży handlowej, z wyjątkiem sytuacji, gdy sprzedaż taka jest dokonywana w ramach:

- 1) wyprzedaży posezonalnej, dokonywanej dwa razy w roku na koniec sezonu letniego i zimowego, trwającej każdorazowo nie dłużej niż miesiąc;
- 2) wyprzedaży ze względu na upływający termin przydatności towarów do spożycia lub upływającą datę minimalnej trwałości;
- 3) likwidacji obiektu handlowego, o ile sprzedaż taka trwa nie dłużej niż 3 miesiące od dnia podania do publicznej wiadomości informacji o likwidacji tego obiektu, a w przypadku likwidacji wszystkich obiektów handlowych przedsiębiorcy w związku z zaprzestaniem przez niego działalności handlowej – nie dłużej niż rok.

¹⁹⁴ Naśladowanie gotowego produktu polega na tym, że za pomocą technicznych środków reprodukcji jest kopiowana zewnętrzna postać produktu, jeżeli może wprowadzić klientów w błąd co do tożsamości producenta lub produktu (art. 13 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

¹⁹⁵ Dz.U. Nr 2002, poz. 1679, z późn. zm.

¹⁹⁶ „Zaniżanie kosztów pracy stanowi poważny problem, bowiem powoduje wyparcie z rynku przedsiębiorców stosujących płacę minimalną i ponoszących wszystkie należne obciążenia publicznoprawne. W przeciwieństwie do klauzuli społecznej dopuszczającej wymóg zatrudnienia na umowę o pracę, przepis dotyczący wyliczania kosztów pracy powinien być obligatoryjny. W przypadku wielu rodzajów prac zaangażowanie personelu na umowę o pracę nie jest konieczne, chociaż jest możliwe. Trudno jednak przyjąć, że wynagrodzenie poniżej minimalnego wynagrodzenia za pracę stanowi ofertę, która powinna być przyjęta w ramach zamówień

Na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia, że zaofferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Jako profesjonalny podmiot wykonawca powinien wiedzieć, co powinny zawierać wyjaśnienia, aby zamawiający mógł je uznać za sporządzone prawidłowo¹⁹⁷.

Z zasady wystarczającym dowodem będzie własna wyczerpująca argumentacja wykonawcy. Może się jednak zdarzyć, że jego wyjaśnienia, mimo że oparte na obiektywnych czynnikach, będą (biorąc pod uwagę zasady logiki i doświadczenia życiowego) niewiarygodne. W takim przypadku niewykluczone, że zażadasz od wykonawcy dodatkowych dokumentów potwierdzających realność przytoczonej argumentacji.

PRZYKŁAD 4.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na świadczenie usług szkoleniowych. W treści SIWZ określił wysokie wymagania dotyczące kompetencji i kwalifikacji trenera. Oferta jednego z wykonawców przedstawia jako trenera wybitnego eksperta z danej dziedziny. Tymczasem cena ofertowa jest porażająco niska. Zamawiający, biorąc pod uwagę własne doświadczenia wynikające z realizacji poprzednich umów na usługi szkoleniowe, podejrzewa, iż cena ofertowa nie pokryje nawet honorarium wykładowcy. Zwraca się zatem do wykonawcy o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności zadaje pytanie o wysokość honorarium trenera w kalkulowanej w cenę ofertową. W odpowiedzi wykonawca podaje wysokość honorarium wykładowcy, które jest niewiarygodnie niskie. W kolejnym wezwaniu zamawiający żąda dowodów potwierdzających, że wskazany w ofercie wybitny ekspert przeprowadzi dla zamawiającego szkolenia za honorarium wliczone w cenę (np. o dostarczenie dowodu w postaci zobowiązania eksperta do przeprowadzenia szkoleń za podaną kwotę). Wykonawca nie przedstawia żądanego dowodu. Okazuje się, że przed złożeniem oferty i skalkulowaniem ceny nie uzgodnił z ekspertem kwoty honorarium. Liczył na to, że jeżeli ekspert nie zgodzi się na poprowadzenie szkoleń za rażąco niskie honorarium, zamawiający wyrazi zgodę na zmianę wykładowcy na innego, o niższych kwalifikacjach.

Zauważ, że odrzucenie oferty następuje w sytuacji, gdy zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do całego przedmiotu zamówienia. Wyrazne zaniżenie ceny, ale tylko w zakresie niewielkiej części zamówienia, nie może skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp, chyba że owa niewielka część zamówienia okaże się, pod kątem wartości, głównym elementem oferty.

Jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień lub w złożonych wyjaśnieniach nie obali domniemania występowania rażąco niskiej ceny, będziesz musiał ofertę odrzucić.

Pamiętaj, że wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny muszą zostać złożone przez wykonawcę w określonym przez siebie terminie. Wyjaśnienia udzielane przez wykonawcę po wyznaczonym terminie (bezpośrednio przed zamawiającym czy też dopiero w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą w razie złożenia odwołania na czynność odrzucenia oferty) nie powinny być brane pod uwagę.

Oczywiście może się zdarzyć, iż otrzymasz żądane wyjaśnienia w terminie, jednakże ich treść skłoni cię do dalszych dociekań dotyczących rzetelności wyceny, co skutkować będzie skierowaniem kolejnego wezwania do wykonawcy. Taka sytuacja najczęściej będzie miała miejsce w przypadku, gdy oferowana jest cena ryczałtowa, a w ofercie nie przedstawiono jej kalkulacji. Wówczas z oczywistych względów twoje wezwanie nie zawsze będzie mogło precyzyjnie wskazywać na elementy oferty, w których nastąpiła podejrzenie niska wycena. Wykonawca zostanie wtedy poproszony o złożenie wyjaśnień (w tym przedstawienie dowodów) dotyczących bliżej nieokreślonych elementów oferty mających

publicznych” – z uzasadnienia projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych; druk nr 1653, Warszawa 10 lipca 2013 r., str. 24–25.

¹⁹⁷ Tak w wyroku KIO z dnia 16 kwietnia 2014 r., KIO 669/14.

wpływ na wysokość ceny. Wówczas to on sam, składając wyjaśnienia, wskaże na konkretne pozycje kalkulacyjne swojej oferty, które jego zdaniem mógł wycenić niżej, niż to zwykle jest spotykane. Może się wtedy okazać, że po analizie złożonych wyjaśnień uznasz, że niektóre ich fragmenty muszą być doprecyzowane o konkretne interesujące cię informacje, a inne wymagają przedstawienia dowodu. W takich sytuacjach procedura wyjaśnienia rażąco niskiej ceny będzie wieloetapowa (wystosujesz nawet kilka wezwań o wyjaśnienie ceny oferty, a wykonawca udzieli ci kilku odpowiedzi).

ODWOŁANIE W SPRAWIE ZANIECHANIA CZYNNOŚCI ODRZUCENIA OFERTY ZAWIERAJĄCEJ RAŻĄCO NISKĄ CENĘ

W przypadku wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne¹⁹⁸.

Ciężar przedstawienia na rozprawie dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, został przeniesiony na wykonawcę, który złożył wyraźnie zaniżoną ofertę. Gdy ten nie będzie występował w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego, dowody na rozprawie będzie musiał przedstawić zamawiający.

Dlatego w sytuacji wniesienia odwołania z zarzutem zaniechania przez ciebie czynności odrzucenia oferty zawierającej, zdaniem odwołującego, rażąco niską cenę, przygotuj na rozprawę argumentację wskazującą na rzetelność kalkulacji ceny.

III. ZMIANA UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

*Pacta sunt servanda, Decretales I, 35, 1 Summarium (Gregorius IX)*¹⁹⁹

Umowa w sprawie zamówienia publicznego, w przypadku gdy dotyczy zamówienia podlegającego przepisom ustawy – Prawo zamówień publicznych, zawierana jest w wyniku przeprowadzenia sformalizowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na podstawie z góry określonych przez zamawiającego wymagań wykonawcy przygotowują swoje oferty. W sytuacji, gdy ich treść nie odpowiada treści SIWZ, podlegają one odrzuceniu. Ustalone na podstawie wybranej oferty istotne postanowienia umowy stanowią potem treść umowy w sprawie zamówienia publicznego wiążącej zamawiającego i wykonawcę.

Jakie znaczenie miałyby warunki SIWZ, gdyby po zawarciu umowy zamawiający mógł je dowolnie modyfikować w porozumieniu z wykonawcą? Najpierw ustalam w SIWZ, że wymagany termin dostawy to 3 tygodnie od dnia zawarcia umowy. Po zawarciu umowy przedłużam ten termin o kolejne 3 tygodnie. W opisie przedmiotu zamówienia określam wymaganą częstotliwość pracy generatora aparatu RTG na poziomie min. 100 kHz, po czym na etapie realizacji umowy zgadzam się na dostawę urządzenia pracującego w częstotliwości do 44 kHz. Czy gdybym otrzymał w przetargu ofertę z terminem dostawy 6 tygodni, a nie 3, to wybrałbym ją jako najkorzystniejszą? Czy badając ofertę na urządzenie niespełniające wymagań dotyczących częstotliwości pracy, uznałbym, że jej treść odpowiada treści SIWZ, a co za tym idzie – czy doszłoby w takim przypadku do zawarcia umowy z wykonawcą, który taką ofertę by złożył? Ponadto czy takie zmiany są fair w stosunku do wykonawców, którzy po przeczytaniu treści SIWZ uznali, że w wymaganym terminie nie będą w stanie wykonać zamówienia albo nie dysponują urządzeniem pracującym w tak wysokiej częstotliwości?

¹⁹⁸ Art. 190 ust. 1 ustawy pzp.

¹⁹⁹ „Umów trzeba dotrzymywać”, za: K. Burczak, A. Dębiński, M. Jońca, *Łacińskie sentencje i powiedzenia prawnicze*, Wyd. C.H. Beck, Warszawa 2007, str. 136.

Gdyby nie te wymagania, możliwe, że złożyliby ofertę w przeprowadzonym przetargu. Kto wie, może najkorzystniejszą?

Aby zagwarantować uczciwość procesu udzielenia zamówienia, ustawodawca wprowadził do ustawy zasadę niezmienności umów w sprawie zamówienia publicznego. Każde odstępstwo od tej zasady musi być interpretowane ściśle i potencjalnie stanowić będzie przedmiot zainteresowania każdego kontrolera oceniającego zgodność działań zamawiającego z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych. Wspomniana zasada wynika z treści art. 144 ust. 1 ustawy pzp.

10. POJĘCIE ISTOTNYCH ZMIAN UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Zgodnie z art. 144 ust. 1 ustawy pzp zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu oraz określił warunki takiej zmiany.

Celem tego przepisu jest zapewnienie przejrzystości procedury wprowadzania zmian do treści zawartej umowy²⁰⁰. Ma to niebagatelne znaczenie dla zachowania zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji. Wykonawca, mając świadomość tego, które dookreślone przez niego w ofercie istotne postanowienia przyszłej umowy mogą ulec modyfikacji i na jakich warunkach, może skuteczniej ocenić ryzyko i prawidłowo skalkulować cenę ofertową. Jednocześnie przepis zabezpiecza proces udzielenia i realizacji zamówienia publicznego przed manipulacjami polegającymi na deformacji postanowień SIWZ po zawarciu umowy w sprawie zamówienia, czyli w czasie, gdy żaden inny wykonawca nie może wprowadzanych zmian uwzględnić w swojej ofercie.

Wynikający z art. 144 ust. 1 ustawy pzp zakaz zmiany postanowień zawartej umowy ma zastosowanie wyłącznie do zmian istotnych, dokonywanych w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. *A contrario* nie ma on zastosowania do zmian postanowień zawartej umowy, które abstrahują od treści wybranej oferty (np. zmiana rachunku bankowego wykonawcy), oraz tych, które co prawda odnoszą się do treści oferty uznanej za najkorzystniejszą, jednakże mają charakter nieistotny. Zmiany w zakresie nieobjętym zakazem, o którym mowa w art. 144 ust. 1 ustawy pzp, są wprowadzane na podstawie art. 353¹ k.c., zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

W myśl art. 139 ust. 1 ustawy pzp do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy nie stanowią inaczej. Artykuł 144 ust. 1 ustawy pzp, jako przepis szczególny, wprowadza pewne ograniczenia w swobodzie wprowadzania zmian do zawartej umowy, ale tylko w obszarze zmian istotnych w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy.

W praktyce najtrudniejsze jest ustalenie, czy zmiana postanowień zawartej umowy jest istotna. Nie sposób bowiem nie zauważyć, iż brak definicji tego słowa w ustawie – Prawo zamówień publicznych będzie je narażał na zmienną ocenę, uzależnioną od konkretnego stanu faktycznego sprawy.

Nie powinno cię to jednak przerażać. Nie sposób przecież uregulować wszelkich spraw w ustawie. Nie jest możliwe stworzenie wyczerpującego katalogu nieistotnych zmian umowy. W konkretnej sytuacji sam ocenisz, czy zmiana umowy może być uznana za nieistotną. Ocenność i pewien subiektywizm związane są nierozłącznie ze stosunkami

²⁰⁰ Por. wypowiedź Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych J. Sadowego na 29. posiedzeniu Komisji Gospodarki, Biuletyn nr 742/VI kad. z 10 czerwca 2008 r., Wyd. Kancelaria Sejmu – Biuro Komisji Sejmowych, str. 10.

cywilnoprawnymi, a do nich zaliczyć należy zarówno postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jak i relacje wynikające z zawartej w reżimie cywilnoprawnym umowy w sprawie zamówienia publicznego²⁰¹. Niniejszy poradnik może ci pomóc w podjęciu tej decyzji.

Zgodnie ze słownikową definicją „istotny” to stanowiący istotę czegoś; charakterystyczny, główny, podstawowy, ważny, zasadniczy²⁰². Z kolei „nieistotny” to niebędący niczym istotnym; mało znaczący, nieważny, błahy²⁰³; bagatelny, mało znaczący, irrelevantny, poboczny, znikomy, nierzutujący²⁰⁴.

Każda umowa, w tym umowa w sprawie zamówienia publicznego, swoją tożsamość opiera na tym, że zawiera istotne postanowienia. Pod pojęciem istotnych postanowień proponowanej umowy należy rozumieć „przedmiotowo istotne elementy umowy (*essentialia negotii*), a więc te postanowienia, które decydują o istocie danej umowy, indywidualizują ją pod względem prawnym. Bez ich określenia dana umowa nie może dojść do skutku”²⁰⁵. Stąd można wnioskować, iż zmiany nieingerujące w istotne postanowienia zawartej umowy będą z zasady uznawane za nieistotne.

Z uwagi na unijną genezę omawianej normy prawnej przy interpretacji art. 144 ust. 1 ustawy pzp i zawartego w nim pojęcia istotnych zmian powinno się przede wszystkim sięgać do dorobku orzeczniczego Trybunału Sprawiedliwości. W sprawie C-454/06 Trybunał wskazał, iż zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną m.in. w sytuacji, gdy²⁰⁶:

- wprowadza warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych wykonawców niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona,
- modyfikuje równowagę ekonomiczną umowy na korzyść wykonawcy w sposób, który nie był przewidziany w postanowieniach pierwotnego zamówienia,
- jeżeli w sposób istotny odbiega od postanowień pierwotnego zamówienia i w ten sposób może wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia (podobnie w sprawie C-337/98²⁰⁷).

Z kolei w sprawie C-496/99²⁰⁸ Trybunał orzekł, iż „Zmiana niektórych warunków, na których zamówienie zostało udzielone, jest dopuszczalna jedynie wówczas, gdy zamawiający wprost przewidział taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu oraz określił warunki takiej modyfikacji. Warunkiem koniecznym dokonania modyfikacji jest nie tylko określenie okoliczności, z których zmiana wynika, ale również dokładny opis przewidywanych zmian i ich dopuszczalny zakres”.

Na podstawie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej można zatem stwierdzić, iż zmiany nieistotne powinny być rozumiane w ten sposób, że wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o zamówienie ani na wynik postępowania.

²⁰¹ Por. wyrok KIO z 5 października 2009 r., KIO/UZP 1324/09.

²⁰² *Słownik języka polskiego PWN, Ibid.*, t. I, str. 809.

²⁰³ *Ibid.*, t. II, str. 335.

²⁰⁴ Por. www.megaslownik.pl.

²⁰⁵ Z. Gawlik, A. Janiak, A. Jedliński, A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak, E. Niezbecka, T. Sokołowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, LEX 2009.

²⁰⁶ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Republice Austrii.

²⁰⁷ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 5 października 2000 r. w sprawie C-337/98 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej. Uchylenie zobowiązaniom – dyrektywa 93/38/EWG.

²⁰⁸ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko CAS Succhi di Frutta SpA.

W zakresie dopuszczalności zmian treści umowy w sprawie zamówienia publicznego wypowiedziała się także Komisja Europejska. Zmiany w umowie po udzieleniu zamówienia dopuszczalne są pod warunkiem, że²⁰⁹:

- instytucja zamawiająca nie zniekształca ogólnej struktury zaproszenia do składania ofert lub dokumentacji przetargowej przez zmianę podstawowych elementów udzielonego zamówienia,
- zmiany, jeżeli zostały zawarte w zaproszeniu do składania ofert lub w dokumentacji przetargowej, nie mają istotnego wpływu na otrzymane oferty.

Komisja wskazuje przy tym, że „podstawowe elementy udzielonego zamówienia” dotyczą w szczególności wartości umowy, rodzaju prac, terminu wykonania, warunków płatności i używanych materiałów. Poza tym zawsze niezbędne jest przeprowadzenie oddzielnej analizy danego przypadku.

Przed podjęciem decyzji o zmianie umowy byłoby wskazane przeprowadzenie symulacji wpływu tej zmiany na konkurencyjność postępowania o udzielenie zamówienia i jego wynik.

Założmy, że zawarłeś umowę o roboty budowlane na rozbudowę szpitala. Wynagrodzenie wykonawcy wynosi 10 000 000 zł, a termin realizacji zamówienia to 16 miesięcy. W jednym z pomieszczeń chciałbyś zamontować większy grzejnik o długości 2000 mm, a nie 1600 mm, jak to wynika z przedmiotu umowy. Czy taka zmiana jest zmianą istotną?

Nawet gdyby treść SIWZ od początku przewidywała konieczność montażu większego grzejnika w jednym z pomieszczeń, okoliczność ta nie miałaby żadnego znaczenia przy podejmowaniu decyzji przez wykonawców o ubieganiu się o udzielenie zamówienia. Stąd należałoby uznać, że zmiana taka nie wpływa na krąg podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Gdybyś otrzymał w przetargu ofertę z takim większym grzejnikiem, musiałbyś zauważyć, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ (zgodnie z dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych należało zaoferować grzejnik o długości 1600 mm, a nie 2000 mm). Czy to jednak oznacza, że oferta taka zostałaby przez Ciebie odrzucona? Odrzucenie oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ następuje z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Czyli po sprawdzeniu, czy nie występuje konieczność poprawienia błędnej treści oferty jako omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. W omawianej sprawie zapewne uznałbyś, że właśnie mamy do czynienia z taką omyłką. Ingerencja w treść oferty byłaby przecież niewielka. Wymiar grzejnika zostałby poprawiony, a oferta uratowana przed odrzuceniem. Czyli pomimo pierwotnej niezgodności oferty z SIWZ oferta ta po korekcie i tak zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Jak widzisz, w omawianym przykładzie zmiana nie wpływa także na wynik postępowania.

Skoro zmiana wymiarów grzejnika nie wpływa ani na krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, ani na wynik tego postępowania, może być uznana za zmianę nieistotną.

Symulację wpływu zmiany umowy na konkurencyjność postępowania o udzielenie zamówienia i jego wynik najlepiej przeprowadzać w gronie kilku osób. Zmniejszy to ryzyko popełnienia błędu. Pamiętaj, że przed podjęciem decyzji zawsze możesz się zwrócić o opinię do biegłego.

²⁰⁹ Wytyczne dotyczące określania korekt finansowych dla wydatków współfinansowanych z funduszy strukturalnych oraz Funduszu Spójności w przypadku nieprzestrzegania przepisów dotyczących zamówień publicznych z dnia 29 listopada 2007 r. (COCOF 07/0037/03-PL).

11. PROCEDURA WPROWADZANIA ZMIAN DO UMOWY WYNIKAJĄCA Z ART. 144 USTAWY PZP



Rys. Monika Łuszczewska

Zmiany istotne, jeżeli nie były przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ, nie mogą być przez strony umowy w sprawie zamówienia publicznego akceptowane. Wprowadzenie takich zmian mimo zakazu, o którym mowa w art. 144 ust. 1 ustawy pzp, powoduje, iż zmiana umowy podlega unieważnieniu²¹⁰.

Niezależnie od tego czyn ten stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych i grozi osobie odpowiedzialnej za dokonanie takiej zmiany umowy karami przewidzianymi w ustawie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych²¹¹. Z kolei na szpital będący spółką prawa handlowego Prezes Urzędu Zamówień Publicznych mógłby nałożyć w takim przypadku karę pieniężną²¹².

Pamiętaj zatem, że istotna zmiana postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty jest możliwa pod warunkiem wypełnienia przez ciebie dwóch warunków:

- 1) przewidzenia możliwości dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ oraz
- 2) określenia warunków takiej zmiany.

W doktrynie prezentowany jest trafny pogląd, że przewidziane w ogłoszeniu lub specyfikacji przypadki zmiany umowy nie mogą być całkowicie dowolne i pozwalać na radykalną zmianę umowy w stosunku do treści oferty. W szczególności nie powinny one pozwalać zamawiającemu na dokonywanie zmian uzależnionych tylko od jego chęci i woli. Przesłanki wprowadzania zmian mogą być natomiast sformułowane z pewnym stopniem ogólności, przepis art. 144 ustawy pzp nie przewiduje bowiem konieczności wskazywania konkretnych zmian, lecz wymaga określenia warunków dokonania zmiany umowy²¹³.

²¹⁰ Por. art. 144 ust. 2 ustawy pzp.

²¹¹ Art. 17 ust. 6 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

²¹² Por. art. 200 pkt 4) ustawy pzp.

²¹³ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. 11, Wyd. C.H. Beck, Warszawa 2012, str. 444–445.

Konieczność skonkretyzowania w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ warunków wprowadzenia istotnych zmian postanowień zawartej umowy potwierdza również orzecznictwo KIO:

1) „Zamawiający dopuścił możliwość zmiany umowy o zamówienie publiczne, w sposób niezgodny z wymogami art. 144 ust. 1 ustawy, czyli bez warunków na jakich dokona zmian, a więc bez określenia konkretnych okoliczności, w których będzie do takiej zmiany uprawniony. Niewątpliwie nowelizacja art. 144 ust. 1 ustawy, wprowadziła wymogi uzależniające możliwość zmiany umowy od przewidzenia okoliczności, w których taka zmiana będzie konieczna oraz wskazania ich w siwz” (wyrok KIO z dnia 1 września 2010 r., KIO/1776/10);

Określenie warunków zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego musi polegać na wskazaniu szczególnych przypadków, które mogą wystąpić w związku z realizacją zamówienia, mogących powodować potrzebę zmiany umowy, a także wskazania, na czym w każdym z tych przypadków będzie polegała zmiana umowy²¹⁴.

Aby móc skutecznie wprowadzić zmianę do umowy, powinieneś uprzednio w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ wskazać postanowienia umowy, które będą mogły podlegać zmianie (np. przedmiot, cena, termin wykonania), określić okoliczności, których wystąpienie będzie cię do takiej zmiany upoważniać, a także, jeżeli to konieczne, opisać zasady ustalenia rozmiaru i wyceny tych zmian.

Wyobraź sobie, że przygotowujesz postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę leków. Z twojego doświadczenia wynika, że w przeszłości na etapie realizacji umowy zdarzały się problemy związane z niespodziewanym wycofaniem niektórych leków z obrotu, wprowadzeniem ich zamienników oraz zmianą opakowania oferowanego w przetargu leku. Stwierdzasz, że w takich sytuacjach zmiana postanowień zawartej umowy byłaby uzasadniona. Z tego względu zamieszczasz w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ następującą klauzulę:

„W trakcie obowiązywania umowy Strony dopuszczają zmiany asortymentu stanowiącego przedmiot umowy oraz jego cen w przypadku:

- a) zmiany wielkości opakowania wprowadzonej przez producenta z zachowaniem zasady proporcjonalności w stosunku do ceny objętej umową,
- b) wycofania z obrotu lub zaprzestania produkcji czy też wstrzymania lub braku produkcji asortymentu będącego przedmiotem niniejszej umowy, lub zaistnienia incydentu medycznego²¹⁵

Zamawiający dopuszcza możliwość zaoferowania odpowiednika asortymentu będącego przedmiotem umowy w ramach tej samej nazwy międzynarodowej, posiadającego to samo spektrum działania, o tej samej lub niższej cenie”.

Poza tym, z uwagi na to, że masz zamiar podpisać umowę, na podstawie której dostawa leków nie będzie następować jednorazowo, ale sukcesywnie, w miarę zgłaszanego przez ciebie zapotrzebowania, a przedmiot umowy obejmuje także leki refundowane, uznajesz, że warto przewidzieć również warunki zmiany cen leków spowodowanych zmianą przepisów prawa.

2) „Jednak zamawiający zaniechał wskazania warunków takiej zmiany, co jest unormowane w art. 144 ust. 1 *in fine* pzp. Warunkami tymi są powody umożliwiające zastosowanie procedury wprowadzenia zmian i sposobu wyceny tych zmian. Zaniechanie to, oprócz naruszenia unormowania art. 144 ust. 1 pzp, może być powodem zatargów między stronami umowy” (wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2010 r., KIO 1123/10);

3) „Na marginesie skład orzekający Izby stwierdza, że samo zastrzeżenie możliwości dokonywania zmian w umowie korzystnych dla zamawiającego jest postanowieniem bardzo ogólnym, mogącym wywołać zbyteczne problemy interpretacyjne oraz dokonywanie ewentualnych zmian umowy na tej podstawie może nie wypełniać dyspozycji art. 144 Pzp” (wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2009 r., KIO/UZP 3/09).

²¹⁴ Por. uchwała KIO z dnia 21 grudnia 2012 r., KIO/KD 97/12.

²¹⁵ Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 14 ustawy o wyrobach medycznych incydentem medycznym jest:

a) wadliwe działanie, defekt, pogorszenie właściwości lub działania wyrobu, jak również nieprawidłowość w jego oznakowaniu lub instrukcji używania, które mogą lub mogły doprowadzić do śmierci lub poważnego pogorszenia stanu zdrowia pacjenta lub użytkownika wyrobu, a w przypadku wyrobu medycznego do diagnostyki *in vitro* lub wyposażenia wyrobu medycznego do diagnostyki *in vitro* – pośrednio także innej osoby, lub

b) techniczna lub medyczna przyczyna związana z właściwościami lub działaniem wyrobu, która może lub mogła doprowadzić do śmierci lub poważnego pogorszenia stanu zdrowia pacjenta lub użytkownika, a w przypadku wyrobu medycznego do diagnostyki *in vitro* lub wyposażenia wyrobu medycznego do diagnostyki *in vitro* – pośrednio także innej osoby, i prowadzącą z tego powodu do podjęcia przez wytwórcę zewnętrznych działań korygujących dotyczących bezpieczeństwa.

Dlatego zamieszczasz w dokumentacji przetargowej kolejną klauzulę:

„W trakcie obowiązywania umowy strony dopuszczają zmiany cen leków w przypadku:

- a) zmian przepisów dotyczących stawki podatku od towarów i usług (VAT), przy czym zmianie ulegnie wyłącznie cena brutto, a cena netto pozostanie bez zmian, a także zmian stawek opłat celnych wprowadzonych decyzjami odpowiednich władz,
- b) zmian cen urzędowych leków, wprowadzonych na podstawie przepisów o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych, przy czym zmiany te mogą dotyczyć podwyższenia i obniżenia cen, a także skreślenia z wykazu leków objętych cenami urzędowymi”.

Zdajesz sobie ponadto sprawę z tego, że w przypadku zakupu leków przez szpital urzędowa cena zbytu i urzędowa marża hurtowa mają charakter ceny i marży maksymalnej, a nie sztywnej, co oznacza, iż w przetargu mogą być zaoferowane ceny leków niższe od ceny urzędowej²¹⁶. Dlatego dopisujesz:

„Zmiana ceny leków refundowanych w przypadku zmiany ich ceny urzędowej dokonana zostanie z zachowaniem zasady proporcjonalności w stosunku do ceny objętej umową”.

Inny przykład. Zamierzasz udzielić zamówienia na przebudowę istniejącego dachu dwuspadowego w budynku szpitala na dach mansardowy²¹⁷ z możliwością adaptacji uzyskanego poddasza na cele użytkowe z przeznaczeniem na pomieszczenia szpitalne. Zdajesz sobie sprawę z faktu, że przy tego typu pracach istnieje wysokie prawdopodobieństwo zdarzeń, które mogą opóźnić ich realizację. Dlatego, przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia, przewidujesz zmiany dotyczące terminu wykonania zamówienia:

„Strony mają prawo do przedłużenia terminu zakończenia robót o okres trwania przyczyn, z powodu których będzie zagrożone dotrzymanie terminu zakończenia robót, w następujących sytuacjach²¹⁸:

- a) jeżeli przyczyny, z powodu których będzie zagrożone dotrzymanie terminu zakończenia robót, będą następstwem okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający, w szczególności będą następstwem nieterminowego przekazania terenu budowy, konieczności zmian dokumentacji projektowej w zakresie, w jakim te okoliczności miały lub będą mogły mieć wpływ na dotrzymanie terminu zakończenia robót,
- b) gdy wystąpią niekorzystne warunki atmosferyczne uniemożliwiające prawidłowe wykonanie robót, w szczególności z powodu technologii realizacji prac określonej umową, normami lub innymi przepisami, wymagającej konkretnych warunków atmosferycznych, jeżeli konieczność wykonania prac w tym okresie nie jest następstwem okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność,

²¹⁶ Tak w komunikacie Ministra Zdrowia z dnia 16 marca 2012 r. w sprawie interpretacji art. 9 ustawy o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych oraz w odpowiedzi podsekretarza stanu w Ministerstwie Zdrowia – z upoważnienia ministra – na interpelację nr 1079:

„Szpitale są zobowiązane do zakupu leków po cenie nie wyższej niż urzędowa cena zbytu leku stanowiącego podstawę limitu powiększona o marżę nie wyższą niż urzędowa marża hurtowa. Ceny urzędowe i marże hurtowe mają w tym wypadku charakter cen i marż maksymalnych, a nie sztywnych, także producenci mogą sprzedawać taniej do hurtowni, czyli poniżej ceny urzędowej.

W grupie limitowej są leki, które mają taki sam mechanizm działania i efekt terapeutyczny, także szpital może wybrać w przetargu najtańszy lek. Taki był zamiysł prawodawcy przy konstruowaniu przepisu art. 9, aby umożliwić szpitalom zakup leków w niższych cenach”.

²¹⁷ Dach mansardowy – typ dachu łamanego, w którym każda z połąci składa się z dwóch części: górnej – o mniejszym kącie nachylenia, oraz dolnej – stromej, co zwiększa możliwości użytkowania poddasza. Dach mansardowy może być dachem dwu- lub czterospadowym; zob. http://pl.wikipedia.org/wiki/Dach_mansardowy.

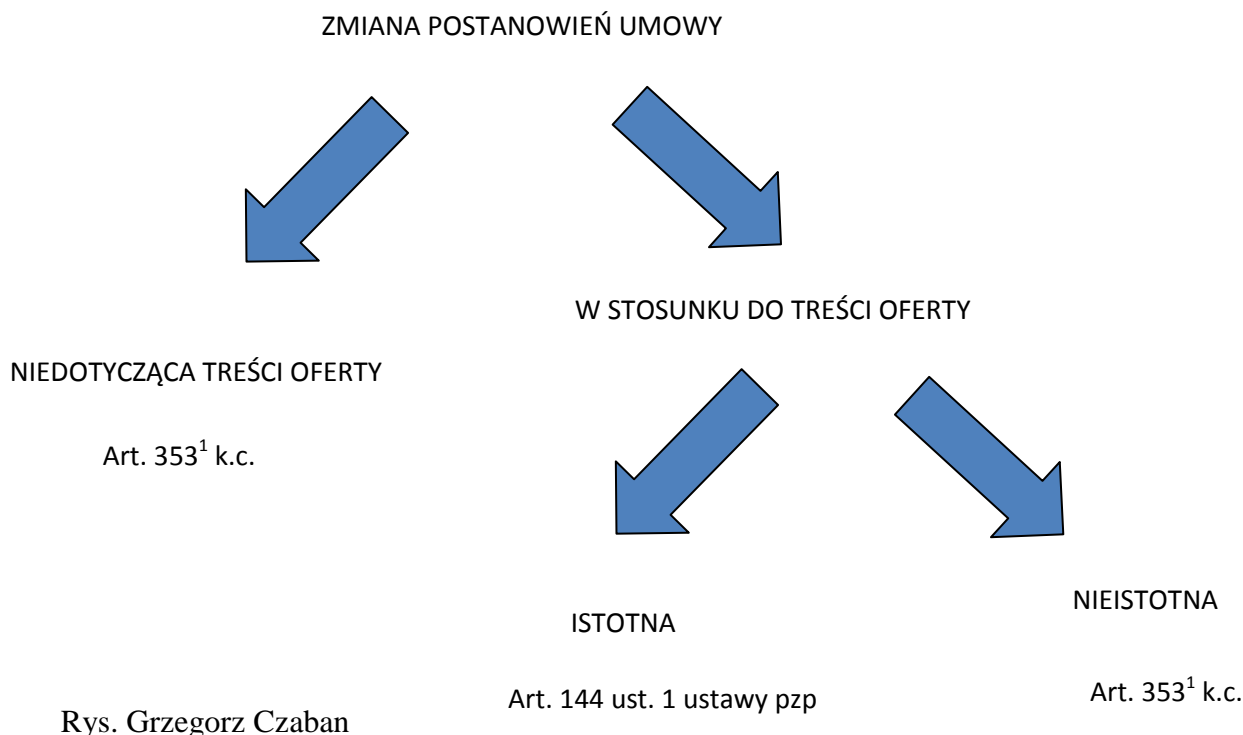
²¹⁸ Klauzula pochodzi z wzorca umowy opracowanego przez Urząd Zamówień Publicznych. Dostępny na www.uzp.gov.pl.

- c) gdy wystąpi konieczność wykonania robót zamiennych lub innych robót niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy ze względu na zasady wiedzy technicznej, oraz udzielenia zamówień dodatkowych, które wstrzymują lub opóźniają realizację przedmiotu umowy, wystąpienia niebezpieczeństwa kolizji z planowanymi lub równolegle prowadzonymi przez inne podmioty inwestycjami w zakresie niezbędnym do uniknięcia lub usunięcia tych kolizji,
- d) wystąpią opóźnienia w dokonaniu określonych czynności lub ich zaniechanie przez właściwe organy administracji państwowej, które nie są następstwem okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność,
- e) gdy wystąpią opóźnienia w wydawaniu decyzji, zezwoleń, uzgodnień itp., do których wydania właściwe organy są zobowiązane na mocy przepisów prawa, jeżeli opóźnienie przekroczy okres przewidziany w przepisach prawa, w którym te decyzje powinny zostać wydane, oraz nie są następstwem okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność,
- f) jeżeli wystąpi brak możliwości wykonywania robót z powodu niedopuszczania do ich wykonywania przez uprawniony organ lub nakazania ich wstrzymania przez uprawniony organ z przyczyn niezależnych od wykonawcy,
- g) wystąpienia siły wyższej uniemożliwiającej wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z jej postanowieniami”.

Zapobiegliwość i przewidywalność pewnych zdarzeń, które wynikają z doświadczenia twojego lub innych zamawiających, może oszczędzić ci wiele nerwów w sytuacji, gdy wskutek wystąpienia pewnego zdarzenia na etapie realizacji umowy będziesz chciał zmienić treść zawartej umowy w sprawie zamówienia.

Jest to wyraz należytej staranności. Należyta staranność w odniesieniu do zamawiającego uzasadnia zwiększone oczekiwanie co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności²¹⁹.

Procedurę wprowadzania zmian do umowy wynikającą z art. 144 ustawy pzp przedstawia poniższy schemat:



Rys. Grzegorz Czaban

²¹⁹ Tak o należytej staranności wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 8 marca 2006 r., ACa 1018/05.

Zmianę postanowień zawartej umowy, która nie odnosi się do treści wybranej oferty lub ma charakter nieistotny, masz prawo wprowadzić na zasadach ogólnych wynikających z treści art. 353¹ k.c. Granice dopuszczalności takiej zmiany umowy należy utożsamić z ogólnymi granicami swobody umów. Na tym gruncie dopuszczalna jest zmiana łączącego strony stosunku umownego na skutek zgodnego oświadczenia woli obu stron, o ile nie będzie sprzeczna z ustawą (w tym z zakazem, o którym mowa w art. 144 ust. 1 ustawy pzp), właściwością (naturą) łączącego strony stosunku ani też zasadami współżycia społecznego.

Z kolei istotne zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, mogą być dokonywane wyłącznie w sytuacji, gdy przewidzisz możliwość takich zmian w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ oraz określisz warunki takich zmian.

Pamiętaj także, że materialne uprawnienie zamawiającego do zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego doznaje wielu ograniczeń prawnych. Zgodnie z art. 5 k.c. nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Należy w szczególności wskazać na ograniczenia w swobodzie zmian treści zawartej umowy wynikające z zasad systemu finansów publicznych, w szczególności zasady gospodarności i celowości przy wydatkowaniu środków publicznych²²⁰. Zwłaszcza w sytuacji, gdy dokonywana zmiana ma prowadzić do zwiększenia zobowiązania pieniężnego zamawiającego (a więc potencjalnie do uszczuplenia wielkości środków publicznych), należy przeprowadzić dokładną ocenę konieczności takiej zmiany i ewentualnych skutków braku zgody na jej wprowadzenie dla finansów publicznych.

Jeżeli nie przewidziałeś możliwości wprowadzenia do umowy zmian, które mogą się okazać istotne, o ich wprowadzeniu może zadecydować sąd.

12. OBOWIĄZKOWE KLAUZULE WALORYZACYJNE W UMOWIE W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Niezależnie od tego, jakie zdarzenia powstałe podczas realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego będą w twojej ocenie uzasadniać zamieszczenie odpowiednich klauzul umożliwiających zmianę postanowień zawartej umowy, pamiętaj, że przepisy prawa zamówień publicznych przewidują także klauzule obowiązkowe. Musisz je za każdym razem wprowadzać do treści umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy.

Zgodnie z art. 142 ust. 5 ustawy pzp umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany:

- 1) stawki podatku od towarów i usług,
 - 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
 - 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu, lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne
- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę

W przypadku zmiany stawki VAT zmiana wynagrodzenia może być obliczona w dość prosty sposób, gdyż odnosić się zwykle będzie do całkowitej ceny ofertowej.

²²⁰ Zgodnie z art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych. Wydatki publiczne powinny być dokonywane:

- 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad:
 - a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów,
 - b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów;
- 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań;
- 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

Musisz jednak zwrócić uwagę na pozostałe klauzule waloryzacyjne. Zmiana wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu, lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne może mieć wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę, jednakże nie może się ona odnosić do całkowitej ceny oferty, lecz do zawartej w niej wysokości kosztów pracy. Stąd ważne jest, abyś nie przepisywał do umowy regulacji ustawy – Prawo zamówień publicznych, ale zadbał o wskazanie w umowie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia do treści umowy. Na przykład:

„1. Wysokość wynagrodzenia wykonawcy może ulec zmianie w przypadku zmiany:

1) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

2) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu, lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne

– jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

2. Zmiana wysokości wynagrodzenia wykonawcy następować będzie o kwotę stanowiącą iloczyn liczby pracowników zatrudnionych przez wykonawcę wykonujących przedmiot umowy oraz kwoty podwyższenia kosztów ich pracy wynikających ze zmian, o których mowa w ust. 1.

3. Wykonawca, występując o zmianę wynagrodzenia, zobowiązany jest wykazać, że kwota podwyżki, o którą występuje, jest mu należna w obliczonej przez niego wysokości, oraz że zmiany, o których mowa w ust. 1, mają wpływ na koszty wykonania zamówienia”.

Oczywiście powinieneś pomyśleć także o tym, jakie informacje dotyczące kalkulacji ceny (w tym kosztów pracy) muszą być przedstawione przez wykonawcę w ofercie, abyś mógł daną klauzulę skutecznie zastosować w przyszłości.

13. ZMIANA UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO W RAMACH KLAUZULI Z ART. 357¹ K.C.

W sytuacji braku podstaw do wprowadzenia przez strony umowy zmian jej postanowień w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, możliwa jest jedynie sądowa zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w granicach klauzuli określonej w art. 357¹ k.c. Przepis ten jest także nazywany klauzulą *rebus sic stantibus* od łacińskiej maksymy *Rebus sic stantibus obligatio valere censetur*, co oznacza: „Sądzi się, że zobowiązanie jest ważne w warunkach jego zawarcia”²²¹.

Zgodnie z art. 357¹ k.c., jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Przepis art. 357¹ k.c. umożliwia zastosowanie klauzuli *rebus sic stantibus* zarówno przez zamawiającego, jak i wykonawcę.

Zastosowanie art. 357¹ k.c. jest uzależnione od łącznego zaistnienia następujących okoliczności:

- 1) źródłem powstania zobowiązania jest umowa,
- 2) zmiana stosunków ma charakter nadzwyczajny,

²²¹ Zob. K. Burczak, A. Dębiński, M. Jońca, *Łacińskie sentencje i powiedzenia prawnicze*, op. cit., str. 186.

- 3) zmiana niesie ze sobą nadmierne trudności w spełnieniu świadczenia lub grozi jednej ze stron rażąca strata,
- 4) nadzwyczajna zmiana stosunków wynika z okoliczności, których strony nie przewidywały przy zawarciu umowy.

Ponadto między zmianą okoliczności a wpływem tej zmiany na zobowiązanie istnieć musi związek przyczynowo-skutkowy.

Nadmierne trudności zwykle pojawiać się będą z przyczyn technicznych (np. wycofanie towaru z produkcji lub sprzedaży) lub gospodarczych (np. procesy inflacyjne, polityka fiskalna, pieniężna i kursowa władz centralnych, kryzysy gospodarcze).

Pojęcie rażącej straty – w rozumieniu art. 375¹ k.c. – nie odnosi się do wartości bezwzględnej konkretnej straty. Chodzi tutaj o stosunek wartości takiej straty do wartości samej umowy i innych konkretnych okoliczności, jakie wystąpiły przy realizacji danego stosunku umownego²²².

Nadzwyczajna zmiana stosunków to po prostu taki stan rzeczy, który zdarza się rzadko, jest niebywały, niezwykły²²³. Nadzwyczajna zmiana okoliczności powinna prowadzić do poważnego naruszenia równowagi kontraktowej, która istniała w momencie zawierania umowy między stronami. Oznacza to, że po zaistnieniu nadzwyczajnej zmiany stosunków sytuacja jednej ze stron umowy staje się diametralnie inna niż w chwili zawierania umowy. Celem art. 357¹ k.c. nie jest zniesienie ze strony umowy normalnego ryzyka kontraktowego, lecz jedynie przywrócenie pierwotnej ekwiwalentności świadczeń. Ciężar dowodu zaistnienia przesłanek wymienionych w art. 357¹ k.c. spoczywa na tej ze stron, która domaga się ingerencji sądu w stosunek zobowiązaniowy.

A MOŻE UGODA SĄDOWA?

Warto pamiętać o tym, że w art. 917 k.c. ustawodawca zawarł definicję legalną instytucji ugody, która *de lege lata* rozumiana jest jako wzajemne ustępstwa w zakresie istniejącego między stronami stosunku prawnego w celu uchylenia niepewności co do roszczeń wynikających z tego stosunku lub zapewnienia wykonania tych roszczeń albo uchylenia sporu istniejącego lub mogącego powstać. W wyroku z dnia 24 lipca 2002 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że „wedle art. 917 k.c. przedmiotowo istotnym elementem ugody są wzajemne ustępstwa. Jednakże dla poczynienia wzajemnych ustępstw nie jest konieczne istnienie niepewności lub sporu co do roszczeń wynikających ze stosunku prawnego, w zakresie którego ugoda jest zawierana. Wzajemne ustępstwa mogą mieć na celu zapewnienie wykonania roszczeń”²²⁴.

W sytuacji odmowy zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego i pojawienia się postępowania sądowego (w następstwie wytoczonego przez wykonawcę powództwa z art. 357¹ k.c.) strony mogłyby rozważyć zawarcie tzw. ugody sądowej. Podlega ona regulacji kodeksu postępowania cywilnego, w szczególności art. 223. Ugoda zawarta przed sądem jest czynnością procesową, która zgodnie z wolą stron wywołuje skutek w sferze łączącego je stosunku zobowiązaniowego. Ugoda sądowa może zostać zawarta w każdym postępowaniu cywilnym, o ile pozwala na to charakter rozpoznawanych roszczeń. Zawarcie ugody sądowej podlega kontroli sądu – gdy okoliczności sprawy wskazują, że

²²² Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 3 grudnia 2008 r., V ACa 438/08.

²²³ T. Wiśniewski, w: G. Bieniek (red.), *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. I, Warszawa 2003, str. 38.

²²⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 lipca 2002 r., I CKN 915/00.

ugoda jest sprzeczna z prawem lub z zasadami współżycia społecznego albo zmierza do obejścia prawa, sąd może uznać ugodę za niedopuszczalną (art. 223 § 2 w zw. z art. 203 § 4 k.p.c.).

Niezależnie od powyższego w art. 184–186 k.p.c. zostało także przewidziane specjalne postępowanie pojednawcze, którego celem jest doprowadzenie stron do zawarcia ugody. Ugoda zawarta w postępowaniu pojednawczym w trybie art. 184 k.p.c. również podlega kontroli sądu. W sytuacji, w której sąd doszedłby do wniosku, że ugoda zmierza do obejścia art. 144 ust. 1 ustawy pzp, wydałby postanowienie o uznaniu ugody za niedopuszczalną.

Powyższe daje pewność, iż ustalenia poczynione między stronami, zawarte w ugodzie sądowej, są zgodne z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych.