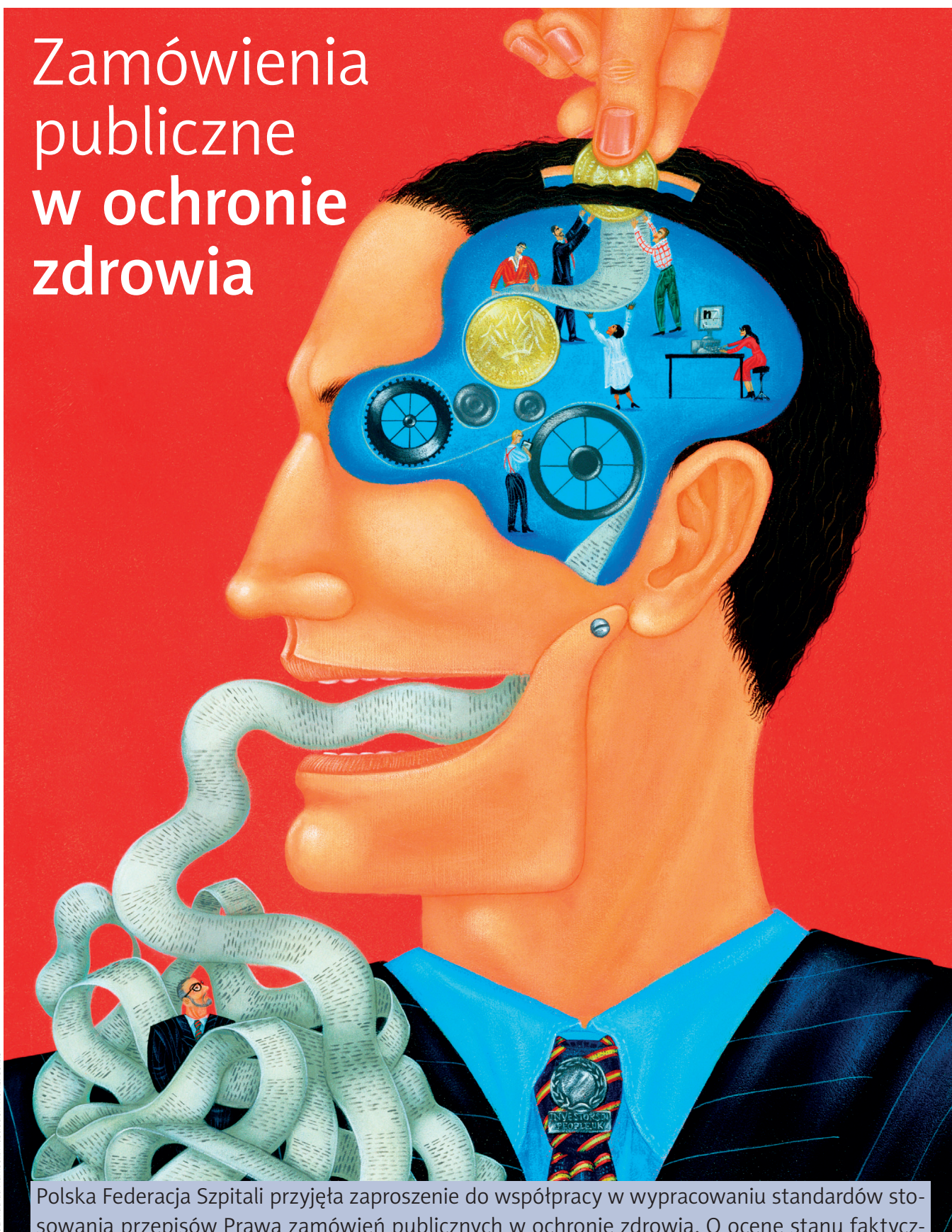


Zamówienia publiczne w ochronie zdrowia



Fot. Maistida Harrison/illustration Works/Corbis

Polska Federacja Szpitali przyjęła zaproszenie do współpracy w wypracowaniu standardów stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych w ochronie zdrowia. O ocenę stanu faktycznego i postulowane przez PFSz istotne obszary prac poprosiliśmy Annę Banaszewską, dyrektorką zarządzającą Polskiej Federacji Szpitali.

Wydaje się to truizmem, ale warto przypomnieć, że celem ustawy Prawo zamówień publicznych jest zapewnienie równego dostępu do realizacji zadań z funduszy publicznych wszystkim podmiotom mogącym je realizować. W tym kontekście warto zauważyć, że nie tylko obowiązkiem, ale i prawem zamawiającego jest jasne i precyzyjne określenie zadania i okoliczności jego realizacji. W sposób oczywisty poziom precyzji będzie uzależniony od wagi zadania – inny będzie w wypadku zamówień na artykuły biurowe, inny zaś w zamówieniach na leki, materiały szewne, sprzęt medyczny czy ambulanse typu C wraz z zabudową części medycznej oraz wyposażeniem. Zamawiający w określeniu przedmiotu zamówienia jest zobowiązany wziąć pod uwagę wszystkie przepisy prawa, które wiążą się z realizacją danego przedmiotu zamówienia zarówno na gruncie prawa krajowego, jak i przepisów Unii Europejskiej. Konsekwentnie dopiero w tak doprecyzowanym przedmiocie zamówienia istotne jest zapewnienie wykonawcom równego dostępu do realizacji zadania na zasadach uczciwej konkurencji. Powyższe prawo zamawiającego wydaje się oczywistością.

Ingerencje i kontrole

Naruszenia dyscypliny finansów publicznych są kojarzone głównie z niewłaściwym, czyli zawężającym listę podmiotów mogących się ubiegać o realizację danego zadania, opisem przedmiotu zamówienia. Dodatkowo liczba podmiotów ingerujących w sposób organizacji zakupów publicznych poprzez wydawanie interpretacji oraz sprawowanie nadzoru dotyczącego stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w swoim sektorze (np. Ministerstwo Zdrowia w sektorze zdrowia) powoduje, że zamawiający staje przed dylematem wyboru pomiędzy precyzyjnym określeniem zadania zgodnie ze swoimi obiektywnymi potrzebami a stworzeniem warunków konkurencji absolutnej i wyborem najtańszej oferty, która nie zaspokaja jego rzeczywistej potrzeby. Niejednokrotnie w wyniku ingerencji zamawiający są zmuszeni do odstąpienia od precyzyjnego określenia swoich potrzeb (a zatem i potrzeb pacjentów) na rzecz zapewnienia konkurencji absolutnej, a jako jedyne bezpieczne kryterium wyboru oferty przyjmowana jest cena. W odpowiedzi na pytanie, czy ta praktyka podmiotów ingerujących jest zawsze zasadna, warto przytoczyć orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, w świetle których: „Istotą postępowania nie jest umożliwienie złożenia oferty wszystkim przedsiębiorcom działającym w danej branży, ale zagwarantowanie racjonalnego wydatkowania środków przy jednoczesnym zapewnieniu jakości odpowiadającej potrzebom zamawiającego. Zdarzają się w postępowaniach przetargowych sytuacje, kiedy ze względu na przedmiot zamówienia i złożone oczekiwania zamawiających, wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia spełnia tylko jeden wykonawca, co samo w sobie nie

uzasadnia wniosku o utrudnianiu uczciwej konkurencji” (wyrok KIO z 4 kwietnia 2012 r., sygn. akt: KIO 551/12) oraz „ograniczenia konkurencji są w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego naturalne i nieodzowne, a dopuszczalny stopień ograniczenia dostępu do zamówienia i preferowania jednych wykonawców kosztem innych zwiększa się wraz ze wzrostem znaczenia i wagi potrzeb zamawiającego, które tego typu ograniczenia będą dyktować i uzasadniać” (wyrok z 15 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 680/11).

Kolejnym aspektem są zwielokrotnione kontrole w obszarze zamówień publicznych. Wynika to z przyznania wielu instytucjom kompetencji kontroli procedur udzielania zamówień, czego rezultatem jest powielenie procesów kontrolnych w zakresie udzielania tych

„Zamawiający w określeniu przedmiotu zamówienia jest zobowiązany wziąć pod uwagę wszystkie przepisy prawa, które wiążą się z realizacją danego przedmiotu”

samych zamówień. W efekcie czas, jaki zamawiający mógłby przeznaczyć na realizację innych celów, w tym na przykład przygotowanie i przeprowadzenie postępowania, przeznaczana na zaangażowanie w liczne kontrole tego samego zamówienia. Ponadto niejednokrotnie zdarza się, że pomimo braku zastrzeżeń prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do konkretnego postępowania inne instytucje kontrolujące wskazują i sankcjonują błędy. Można zatem przyjąć, że potrzebne jest wypracowanie jasnej ścieżki postępowania.

Obiektywny interes zamawiającego

Warto zauważyć, że w ochronie zdrowia zakupy z pieniędzy publicznych służą przede wszystkim, najogólniej rzecz ujmując, leczeniu pacjentów w zakresie określonym umową z Narodowym Funduszem Zdrowia. Ponownie uogólniając, można zatem przyjąć, że dobro pacjenta, proces jego leczenia i przepisy prawa wyznaczają granice obiektywnego interesu zamawiającego. Ustawodawca nakłada na kierownika podmiotu leczniczego wiele wymagań z tytułu obowiązujących przepisów, co przekłada się na sprawowanie kontroli zarządczej przez menedżera w obszarze prowadzonej działalności i konsekwentnie jego odpowiedzialność za funkcjonowanie podmiotu leczniczego. Celem kontroli zarządczej jest zapewnienie w szczególności zgodności działalności z przepisami prawa, skuteczności i efek-

tywności działania oraz przestrzeganie i promowanie etycznego postępowania, a także zarządzanie ryzykiem.

Zatem w organizacji pracy podmiotu leczniczego brane są pod uwagę: zapewnienie ciągłości procesu leczenia, obowiązek udzielania świadczeń ratujących życie i zdrowie (w tym kwalifikowanych jako planowe pilne, jak np. programy lekowe, chemioterapia, dializoterapia), przestrzeganie praw pacjenta, praw i odpowiedzialności lekarza, przepisów ustawy o finansach publicznych. Warto zauważyć, że w świetle przepisów oraz ugruntowanego orzecznictwa ryzyko będące konsekwencją przerwania lub zaniechania procesu leczenia spoczywa na lekarzu i podmiocie leczniczym. Jeśli sięgniemy do definicji ciągłości udzielanych świadczeń opieki zdrowotnej, to wskazuje ona, że jest to organizacja udzielania świadczeń opieki zdrowotnej, która zapewnia kontynuację procesu diagnostycznego lub terapeutycznego, a w szczególności ogranicza ryzyko przerwania procesu leczenia.

Z pojęcia organizacji udzielania świadczeń zdrowotnych nie można wyłączyć organizacji zakupów leków z uwzględnieniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Leki i wyroby medyczne stanowią trudny obszar zamówień publicznych. Wynika to z konieczności jednoczesnego przestrzegania przepisów prawa powołanych powyżej oraz licznych ingerencji wymuszających na zamawiającym wybór najtańszej oferty, niekoniecznie zbieżnej z realizacją potrzeb zamawiającego. W omawianej sytuacji zmiana leku będąca efektem postępowania przetargowego, gdy w trakcie jego organizacji zamawiający odstąpił od precyzyjnego określenia swojego obiektywnego interesu i na przykład nie uwzględnił konieczności kontynuowania terapii dotychczas stosowanym lekiem, będzie następować na poziomie apteki szpitalnej. W takim wypadku dochodzi do wyłączenia z procesu decyzyjnego zarówno lekarza, jak i pacjenta. Dodatkowo warto mieć na uwadze, że kilkukrotna zmiana stosowanego leku bez uprzedniej wiedzy lekarza i zgody pacjenta w znaczny sposób będzie ograniczać możliwość monitorowania odległych w czasie działań niepożądanych leków. Jednocześnie nie sposób pominąć, że to lekarz i szpital wywodzą skutki prawne z tytułu naruszenia przepisów prawa związanych z leczeniem pacjenta, w tym praw pacjenta do wyrażenia zgody na świadczenie zdrowotne i prawa do monitorowania działań niepożądanych przyjmowanych leków, a także praw i odpowiedzialności lekarza.

Pytanie, czy ograniczenie zdolności zamawiającego do zdefiniowania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego obiektywnym interesem jest właściwe, wydaje się w tym kontekście retoryczne.

Pozacenowe kryteria oceny ofert

Właściwa organizacja zamówień publicznych ma źródło w przepisach prawa unijnego. W lutym 2014 r. Rada Europejska przyjęła dyrektywę Parlamentu Eu-



ropejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego w sprawie zamówień publicznych zastępującą dotychczasową tzw. dyrektywę klasyczną (2004/18/WE).

Jedną z najistotniejszych zasad wyboru oferty w zamówieniach publicznych jest zasada efektywności *the best value for money*, której podstawowe narzędzie stanowią kryteria oceny ofert. Ich wagę jako gwaranta wyboru oferty zapewniającej najlepszy bilans ceny i jakości podkreśla preambuła dyrektywy klasycznej: „Aby ustalić ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie, decyzja o udzieleniu zamówienia nie powinna opierać się wyłącznie na kryteriach pozakosztowych. Kryteria jakościowe powinny być zatem uzupełnione o kryterium kosztów, którym według uznania instytucji zamawiającej mogłyby być cena lub podejście oparte na efektywności kosztowej (...)”.

Ustawa Prawo zamówień publicznych definiuje najkorzystniejszą ofertę jako tę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego albo ofertę z najniższą ceną. Zamawiającemu przyznano możliwość wyboru stosowanych kryteriów oceny ofert, zatem w wypadku zamówień o niskiej wadze (typu: papier do drukarki, proste artykuły biurowe) może on stosować jedynie kryterium ceny, a przy ważniejszych

„Ustawa Prawo zamówień publicznych poza przetargiem wskazuje inne tryby zamówień, w tym negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, negocjacje bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki, zapytanie o cenę”



może stosować dodatkowe, inne niż cena, kryteria oceny. Swobodę zamawiającego w zakresie stosowania pozacenowych kryteriów ogranicza jedynie konieczność zapewnienia, aby wskazane kryteria odnosiły się do przedmiotu zamówienia, a także były zgodne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W praktyce w ochronie zdrowia stosowanie dodatkowych, innych niż cena, kryteriów nie jest zasadą, ale wyjątkiem.

Przepisy unijne uwzględniają w ramach zdefiniowanego przez zamawiającego zadania realizację również nieekonomicznych celów gospodarki, np. wspieranie innowacyjności, cele społeczne, w tym zatrudnianie osób niepełnosprawnych, o ile jest to uwarunkowane obiektywnym interesem zamawiającego. W tym zakresie nie mogą oczywiście obowiązywać rozwiązania obligatoryjne, a jedynie fakultatywne, które dadzą zamawiającemu taką możliwość w konkretnych, uzasadnionych sytuacjach.

Terminy implementacji, zgodnie z art. 90 ust. 1 dyrektywy klasycznej 2014/24/UE oraz art. 106 ust. 1 dyrektywy sektorowej 2014/25/UE, upływają 18 kwietnia 2016 r. W celu dostosowania przepisów krajowych do wymogów dyrektywy został opracowany projekt nowej ustawy Prawo zamówień publicznych, której

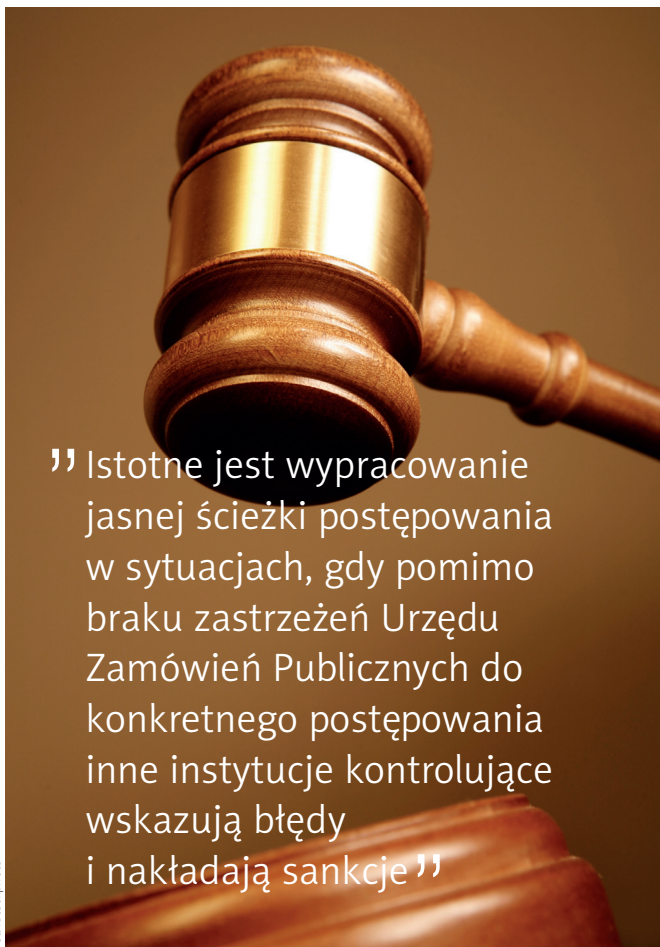
główne założenia zostaną krótko wskazane w dalszej części artykułu.

Rażąco niska cena

W obecnym porządku prawnym zamawiający ma obowiązek zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jeżeli cena oferty, w opinii zamawiającego, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności gdy jest niższa o 30 proc. od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (art. 90 ust. 1 u.p.z.p.). Szczegółowy opis postępowania można znaleźć w opinii prawnej zamieszczonej na stronie Urzędu Zamówień Publicznych. Przepisy unijne zamieszczone w dyrektywie klasycznej Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE wskazują konieczność odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Tryby zamówień publicznych

Obecnie ustawa Prawo zamówień publicznych poza przetargiem ograniczonym i nieograniczonym wskazuje inne tryby zamówień publicznych, w tym: negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, negocjacje bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki, zapytanie o cenę. W praktyce najczęściej pytań rodzi stosowanie trybu wolnej ręki z tytułu przesłanki, według której „ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia” (art. 67 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p.). Pytania i wątpliwości oraz źródło nieprawidłowego stosowania trybu wolnej ręki z powyższej przesłanki związane są z dwoma obszarami: pojęciem natychmiastowej potrzeby realizacji zamówienia oraz pojęciem sytuacji leżących po stronie zamawiającego, których nie mógł on przewidzieć. O ile definicję pilności możemy wywodzić m.in. na podstawie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej: „Przez pilną potrzebę udzielenia zamówienia należy rozumieć konieczność ochrony jakiegoś interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który to interes może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. Do takich interesów zalicza się ochronę zdrowia i życia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku i ochronę środowiska” (wyrok KIO z 27 stycznia 2011 r., KIO 88/11), o tyle wiele wątpliwości budzi kwestia określenia katalogu sytuacji, których zamawiający nie był w stanie przewidzieć.



„Istotne jest wypracowanie jasnej ścieżki postępowania w sytuacjach, gdy pomimo braku zastrzeżeń Urzędu Zamówień Publicznych do konkretnego postępowania inne instytucje kontrolujące wskazują błędy i nakładają sankcje”

Fot.: iStockphoto

Projekt nowej ustawy Prawo zamówień publicznych

Implementacja dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady wiąże się z wprowadzeniem poważnych zmian w przepisach Prawa zamówień publicznych. Jak wskazuje projektodawca ustawy w piśmie przekazującym jej projekt do konsultacji społecznych, celem zmian jest uproszczenie procedur udzielania zamówień publicznych oraz ich uelastycznienie, elektroniczna zamówień, zapewnienie lepszego dostępu do rynku małym i średnim przedsiębiorcom. Jednocześnie projekt przewiduje wprowadzenie zmian niezwiązanych z implementacją dyrektyw, w tym w zakresie kontroli zamówień publicznych prowadzonej przez prezesa UZP, jego kompetencji i zadań oraz postępowań przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Wnioski i postulaty

Stosowanie ustawy rodzi wiele pytań o zakres dopuszczalnych działań zamawiającego i wykonawcy. Wdrożenie dyrektywy i wprowadzenie ustawowych możliwości stosowania innych niż cena kryteriów oceny ofert w celu realizacji zasady *the best value for money* jest niewystarczające. Istotne zatem wydaje się wypracowanie standardów pozwalających menedżerom ochrony zdrowia realizować zadania w sposób umożliwiający łą-

czenie następujących elementów: uwzględnienie obiektywnego interesu zarządzanego podmiotu leczniczego, wybór oferty zgodnie z zasadą *the best value for money* oraz zapewnienie równego dostępu oferentom zdolnym do realizacji zadania.

Polska Federacja Szpitali została zaproszona przez prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do współpracy przy opracowywaniu dobrych praktyk w zakresie zamówień publicznych w ochronie zdrowia. W postulatach zgłoszonych przez Polską Federację Szpitali w kontekście omawianych standardów poza przygotowaniem wzorcowych dokumentów (w tym wzorów umów) znajduje się opracowanie zasad obejmujących:

- definicję obiektywnego interesu zamawiającego i stosowanie jej w praktyce,
- pozacenowe kryteria oceny ofert w postępowaniach o zamówienie publiczne w ochronie zdrowia,
- stosowanie trybu negocjacji z ogłoszeniem i negocjacji bez ogłoszenia oraz trybu dialogu konkurencyjnego.

Dodatkowo konieczna jest działalność edukacyjna zarówno po stronie zamawiających, jak i organów kontroli w celu odejścia od traktowania ceny jako najważniejszego kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty. Potrzebne jest bowiem szersze spojrzenie na zagadnienia zamówień publicznych, zgodnie z którym najkorzystniejsza w perspektywie czasu oferta nie musi być najtańsza, ale przede wszystkim powinna być zgodna z obiektywną potrzebą zamawiającego.

W Polsce centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach zamówień publicznych jest prezes Urzędu Zamówień Publicznych. Dążenie do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego, w szczególności upowszechnianie orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego dotyczących zamówień jest kompetencją prezesa UZP. W tym kontekście istotne byłoby zapewnienie spójności stosowania przepisów również poprzez wypracowanie jasnych wytycznych, które nie pozostawiałyby pola do ingerencji w obszar stosowania przepisów Prawo zamówień publicznych. Istotne wydaje się ponadto uporządkowanie kompetencji w zakresie podmiotów, którym nadano uprawnienia do kontrolowania stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w taki sposób, aby podmioty te się uzupełniały, a nie powielały proces kontroli w obszarze tego samego zamówienia. Ponadto ważne wydaje się wypracowanie jasnej ścieżki postępowania w sytuacjach, gdy pomimo braku zastrzeżeń prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do konkretnego postępowania inne instytucje kontrolujące wskazują i sankcjonują błędy.

Anna Banaszewska

Autorka jest dyrektorem zarządzającym Polskiej Federacji Szpitali, prezesem zarządu Fundacji Centrum Inicjatyw. Gospodarka i Zdrowie.