



IX Międzynarodowa Konferencja  
Hospital Management *Wyzwania 2015* –  
materiały pokonferencyjne

Fot. Bull's Eye/ImageZoo/Corbis

# Zamówienia publiczne

Jednym z istotnych zagadnień omawianych podczas IX Konferencji Hospital Management była problematyka zamówień publicznych w ochronie zdrowia.

Przebieg dyskusji daje podstawy do sformułowania następujących wniosków:

- podstawową czynnością postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinno być określenie obiektywnych potrzeb zamawiającego podmiotu leczniczego,

Najwięcej czasu w postępowaniu należy poświęcić na przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia – od tego zależy wszystko.

**Janusz Niedziela**

- w procesie definiowania obiektywnych potrzeb zamawiający powinien uwzględnić cel, do którego zmierza przez udzielenie zamówienia, oraz przepisy prawa regulujące obszar dotyczący danego przedmiotu zamówienia,
- celem, do którego zmierza zamawiający, może być potrzeba zapewnienia kontynuacji leczenia pacjentów określonym lekiem,
- w wypadku zamówień na leki zamawiający powinien uwzględnić prawa pacjenta do wyrażenia lub odmowy zgody na zmianę leczenia, w tym zmianę leku, oraz uwzględnić prawo pacjenta oraz prawo i obowiązek lekarza monitorowania działań niepożądanych leków.

To nie przepis jest wadliwy, to nie ustawa jest zła, ale wyłącznie sposób i umiejętność wykorzystania narzędzi, które daje ustawodawca.

**Katarzyna Prowadzisz**

Kreując opis przedmiotu zamówienia, w przypadku potrzeby zachowania ciągłości terapii, z pewnością taki element jak kontynuacja leczenia należy wskazać wprost, uzasadniając, że nie jest to nabywanie farmaceutyków, medykamentów na rzecz bliżej nieokreślonych podmiotów, hipotetycznych pacjentów, którzy będą w przyszłości leczeni, ale służą one kontynuacji leczenia i taki jest cel prowadzenia danego postępowania.

**Paweł Trojan**

## Opis przedmiotu zamówienia

Uczestnicy dyskusji zgodnie zwrócili uwagę, że bez względu na zmianę przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym wprowadzenie obowiązku zdefiniowania potrzeb przez zamawiającego przez przyjęcie art. 56 projektu ustawy Prawo zamówień publicznych, wynikającego z implementacji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r., o treści: „Przed wszczęciem postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego zamawiający definiuje, jakie potrzeby mają zostać spełnione poprzez realizację danego zamówienia publicznego, oraz ustala i dokumentuje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia publicznego”, najważniejszą czynnością postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która *de facto i de iure* decyduje o całym przebiegu postępowania, również postępowania prowadzonego przez Krajową Izbę Odwoławczą (KIO), powinno być określenie obiektywnych potrzeb zamawiającego.

Ustawodawca unijny wskazuje, że opis przedmiotu zamówienia powinien być przede wszystkim oparty na kwestiach funkcjonalnych i wydajnościowych, czyli elementach, które powodują, że bardzo trudno jest zakwestionować wykonawcy taki sposób prezentacji opisu przedmiotu zamówienia, biorąc pod uwagę, że musiałyby *de facto* zakwestionować uzasadnione potrzeby zamawiającego.

**Paweł Trojan**

Opis przedmiotu zamówienia jest tym elementem postępowania, który ma największe znaczenie. To, w jaki sposób zamawiający dokona opisu przedmiotu zamówienia, ma wpływ na przebieg całego postępowania, również postępowania przed KIO. Opisując przedmiot zamówienia, zamawiający powinien ustalić, czego tak naprawdę potrzebuje, oraz odpowiedzieć sobie na pytanie, jaki cel chce osiągnąć w wyniku rozstrzygnięcia postępowania. Jeśli zdefiniowane potrzeby i cel będą miały uzasadnienie w obiektywnych przesłankach, to okoliczność, że nie wszyscy wykonawcy na rynku będą w stanie te potrzeby spełnić, nie będzie stanowiła podstawy zarzutu naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Obiektywne potrzeby mogą się różnić w zależności od sytuacji, w jakiej znajduje się zamawiający i dlatego nie jest możliwe stworzenie jednego opisu zamówienia, znajdującego zastosowanie we wszystkich postępowaniach.

Radca prawny Katarzyna Prowadzisz, orzecznik KIO, wyjaśniła, że zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców określone w ustawie Prawo zamówień publicznych, przeniesione z przepisów europejskich oraz wynikające z prawa krajowego, nie stanowią wyłącznie sztywnego gorsetu, który jest ograniczeniem możliwości funkcjonowania zamawiającego. Według Katarzyny Prowadzisz należy przyjąć taki sposób myślenia, że zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania mogą również stanowić gwarancję dla zamawiającego. Opis przedmiotu zamówienia powinien być szczegółowy, konkretny i jednoznaczny, aby w każdej sytuacji zamawiający mógł powiedzieć: „ja to chciałem kupić i jest mi to potrzebne z uzasadnionych, obiektywnych przyczyn, którymi się kierowałem, dokonując opisu przedmiotu zamówienia”.



Fot. Simone Colab/Corbis

„ Przy zamówieniach publicznych podmiot leczniczy jest związany m.in. przepisami o konieczności zapewnienia równego dostępu pacjentów do leków refundowanych, o prawie pacjenta do wyrażenia świadomej zgody na leczenie, w tym zmianę leku, oraz prawem lekarza do kontynuacji terapii tym samym lekiem ”

Wbrew pozorom określenie własnych potrzeb nie jest trudne. Katarzyna Prowadzisz przywołała doświadczenia nabyte w czasie, kiedy występowała po stronie zamawiających podmiotów leczniczych. Wskazała m.in., że podstawą jest ścisła współpraca z lekarzami w celu określenia tego, co jest istotne przy

udzielaniu zamówienia publicznego przez podmiot leczniczy. Wyważenie celów ustawy Prawo zamówień publicznych i potrzeb, jakie niosą przepisy związane z ochroną zdrowia i opieką nad pacjentem, pozwala na zdefiniowanie opisu przedmiotu zamówienia.

Właśnie na konieczność poszanowania tych przepisów, a w szczególności nakazujących poszanowanie prawa pacjenta do wyrażenia lub odmowy zgody na udzielenie mu określonych świadczeń, zastosowanie określonych leków, zmianę leczenia, w tym leków, a także przepisów związanych z monitorowaniem działań niepożądanych, wskazywali radca prawny Michał Modro oraz Anna Banaszewska, dyrektor zarządzająca Polskiej Federacji Szpitali.

Uczestnicy debaty zgodnie zwrócili uwagę, że każdy opis przedmiotu zamówienia dotyczy innego stanu faktycznego, dlatego nie jest możliwe stworzenie uniwer-

salnego opisu przedmiotu zamówienia – „nie można używać sztampy”.

Paweł Trojan, prezes KIO, wskazał, że w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia możliwe jest wypracowanie pewnych teoretycznych założeń. Przede wszystkim istotne jest znalezienie równowagi pomiędzy zasadami zamówień publicznych, tj. uczciwą konkurencją, równym dostępem do zamówienia, a uzasadnionymi potrzebami zamawiającego. Takie teoretyczne założenia zostały wypracowane w orzecznictwie KIO i w dyrektywach, zarówno tych, które obowiązywały dotychczas, jak i tych, które weszły w życie i czekają na implementację. Można zatem znaleźć rozwiązanie zapewniające równoczesne respektowanie zasad równego dostępu do rynku i uczciwej konkurencji oraz poszanowanie interesu zamawiającego, który zaspokaja swoje potrzeby poprzez kreowanie opisu przedmiotu zamówienia.

Jak wyjaśnił prezes Paweł Trojan, w tym zakresie KIO wypracowała wiele reguł związanych z opisem przedmiotu zamówienia. Najistotniejsza wskazuje, że rolą zamawiającego nie jest wykreowanie takiego opisu przedmiotu zamówienia, aby każdy wykonawca mógł w tym postępowaniu wziąć udział. Prezes wskazał, że do zachowania równowagi pomiędzy zasadami zamówień publicznych, tj. uczciwą konkurencją, równym dostępem do zamówienia, a uzasadnionymi potrzebami zamawiającego konieczne są:

- znajomość branży i identyfikacja potrzeb, które zamawiający chce zaspokoić;
- znajomość rynku, a w tym zakresie ustalenia Urzędu Ochrony Konsumenta i Konkurencji, który dokonuje identyfikacji rynku właściwego w ujęciu przedmiotowym i terytorialnym, co pozwala zamawiającemu określić, ilu wykonawców może wziąć udział w danym postępowaniu i czy w związku z tym zamawiający wyeliminował konkurencję na rynku albo ograniczył ją w taki sposób, że doszło do naruszenia przepisów prawa.

Prezes KIO odniósł się również do kwestii stosowania przepisów w związku z udzielaniem zamówień publicznych. Zwrócił uwagę na konieczność stosowania podstawowych zasad Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, tj. zasad swobodnego przepływu osób, usług i kapitału oraz wynikającej z nich zasady proporcjonalności. Zasada ta w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia wskazuje, że zamawiający ma prawo ograniczyć konkurencję, ale wyłącznie w sposób proporcjonalny do wagi jego obiektywnych potrzeb.

Radca prawny Janusz Niedziela, prezes Centrum Zamówień Publicznych, odnosząc się do kwestii oceny, identyfikacji celu i obiektywnego interesu zamawiającego, zwrócił uwagę na te sytuacje, w których po stronie zamawiających dochodzi do mylnej interpretacji obiektywnego interesu zamawiającego. Dzieje się tak wówczas, kiedy zamawiający organizuje i prowadzi postępowanie w taki sposób, aby wygrał konkretny

wykonawca. Tak rozumiane potrzeby zamawiającego należy odrzucić, gdyż nie są one obiektywne.

Bartosz Pomykała, reprezentujący dyrektora Delegatury Najwyższej Izby Kontroli w Warszawie, wskazał z kolei, że zadaniem NIK jest kontrola wydatkowania funduszy publicznych, dlatego też w praktyce zamówienia publiczne są przedmiotem licznych kontroli. Doświadczenie NIK w zakresie przeprowadzonych kontroli wskazuje, że coraz rzadziej mamy do czynienia z łamaniem wprost przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Bartosza Pomykały jest to kwestia doświadczenia zamawiających i wykonawców.

Janusz Niedziela stwierdził, że jeżeli chodzi o możliwość opisu obiektywnych potrzeb zamawiającego projekt ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi postęp w porównaniu z obowiązującym prawem, bowiem wyraźnie akcentuje konieczność, a jednocześnie możliwość definiowania własnych potrzeb zamawiającego.

### Zamówienia na leki

Uczestnicy debaty podkreślali, że w procesie definiowania obiektywnych potrzeb zamawiający powinien uwzględnić zarówno cel, do którego zmierza przez udzielenie zamówienia, jak i przepisy prawa regulujące obszar dotyczący danego przedmiotu zamówienia.

Do zamawiającego należy ocena, czy lek równoważny rzeczywiście taki jest. Jeżeli lekarz nie potwierdzi tej równoważności i wykaże, że jest to lek nierównoważny, który nie gwarantuje kontynuacji leczenia, to jest to podstawa do odrzucenia oferty.

**Jacek Sadowy**

Na uwarunkowania dotyczące prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na leki, szczególnie monitorowane, do których należą leki biologiczne, a wynikające z przepisów prawa, wskazywał radca prawny Michał Modro, wiceprezes Fundacji Centrum Inicjatyw. Gospodarka i Zdrowie.

Michał Modro wyjaśniał, że przy zamówieniach publicznych na leki podmiot leczniczy związany jest m.in. przepisami, które mówią o konieczności zapewnienia równego dostępu pacjentów do leków refundowanych wskazanych w obwieszczeniu ministra zdrowia, a także przepisami związanymi z prawami pacjenta do wyrażenia świadomej zgody na leczenie, w tym zmianę leku, oraz prawem lekarza do kontynuacji terapii tym samym lekiem. Powyższe regulacje wskazują, jak istotna jest współpraca między działem zamówień publicznych, farmaceutą szpitalnym i lekarzami prowadzącymi terapię.

Na ten aspekt wskazywał również Jacek Sadowy z Ośrodka Doradztwa Zamówień Publicznych, prezes Urzędu Zamówień Publicznych w latach 2008–2013, w którego ocenie ustawa Prawo zamówień publicznych



Fot. iStockphoto.com

„Podstawą określenia tego, co jest istotne przy udzielaniu zamówienia publicznego przez podmiot leczniczy, jest ścisła współpraca z lekarzami”

i prawo europejskie w pewnych okolicznościach dopuszczają możliwość odwołania się w opisie przedmiotu zamówienia do znaków towarowych. W takich sytuacjach należy dopuścić złożenie ofert równoważnych. Jak już wcześniej wskazywano, do zamawiającego należy ocena, czy oferowany lek równoważny rzeczywiście taki jest. Jeżeli lekarz nie potwierdzi tej równoważności i wykaże, że jest to lek nierównoważny, który nie gwarantuje kontynuacji leczenia, to jest to podstawa do odrzucenia oferty.

Michał Modro zwrócił także uwagę, że istotna jest tematyka praw pacjenta: – *Może się zdarzyć, czy wręcz zdarza się, że w wypadku gdy w szpitalu ma nastąpić zamiana leku w trakcie terapii, i nie chodzi tu o lek, który ma inną substancję czynną, ale o lek o innej nazwie handlowej i tej samej substancji czynnej, zarówno w wypadku leków chemicznych, jak i biologicznych, pacjent odmawia zgody na dokonanie takiej zamiany i jest to podstawowe prawo pacjenta.*

W tym kontekście Michał Modro podniósł kwestię kwalifikacji do programów lekowych. W karcie kwalifikacji do programu lekowego zamieszczony jest zapis, że pacjent zapoznał się z ulotką leku, co sugeruje, że chodzi o leki nieidentyfikowane przez substancję czynną, ale przede wszystkim przez nazwę handlową,

bowiem każdy lek ma własną ulotkę. Jest to argument potwierdzający, że przy każdej zmianie leku w programie lekowym, jeżeli jest to inny lek, inna ulotka, powinna być wydana nowa karta kwalifikacji do programu lekowego, a tym samym uzyskana zgoda pacjenta na zmianę leku. Powstaje pytanie, czy tego typu okoliczność powinna być przewidziana już na etapie przygotowywania opisu przedmiotu zamówienia. W ocenie Michała Modro powinno się ją uwzględniać przy opisie przedmiotu zamówienia.

Ewa Książek-Bator, członek Zarządu Polskiej Federacji Szpitali, dyrektor Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego w Gdańsku, wyjaśniała, jak szpital radzi sobie z opisem przedmiotu zamówienia w kontekście konieczności pogodzenia różnych przepisów prawa, w tym dotyczących praw pacjenta. Ewa Książek-Bator zwróciła uwagę, że szpital dąży do jak najlepszego rozpoznania własnych potrzeb: – *Najpierw staramy się rozpoznać nasze zapotrzebowanie, kto ma stosować dane leki, w jakich przypadkach i kiedy – jest od tego zespół, który zajmuje się sprawami farmakoterapii, opisuje, co szpital powinien zamówić. Partnerem jest farmakolog, farmaceuta oraz zespół do spraw farmakoterapii. Istotnym elementem jest przygotowanie się do postępowania.*

Michał Modro zwrócił również uwagę na kwestię konieczności monitorowania działań niepożądanych w związku z kontynuacją terapii, w szczególności w przypadku leków oznaczonych na opakowaniach tzw. czarnym trójkątem, czyli szczególnie monitorowanych.

Odnosząc się do zagadnienia kontynuowania terapii i ewentualnej możliwości zamiany produktów leczniczych, prezes KIO podniósł, że izba ocenia stan

faktyczny i kwestia potrzeby kontynuacji leczenia jest również brana pod uwagę. Przywołał w tym zakresie jedno z orzeczeń KIO z 5 marca 2012 r. (sygnatura KIO 314/12), zgodnie z którym „za wiarygodne uznano również twierdzenia zamawiającego o konieczności kontynuacji leczenia danego pacjenta tym samym preparatem. Możliwość zmiany stosowanego u pacjenta preparatu należy uznać za wyjątkową i dopuszczalną tylko w przypadkach nieodzownych (np. nieusuwalny brak stosowanego preparatu na rynku, wystąpienie powikłań przy stosowaniu preparatu dotychczasowego etc.). Powyższe związane jest ze zbyt wielkim ryzykiem wystąpienia komplikacji i negatywnych skutków ubocznych”.

Prezes KIO wyjaśnił, że podczas kreowania opisu przedmiotu zamówienia konieczność kontynuacji leczenia powinna zostać uwypuklona poprzez wskazanie wprost, z uzasadnieniem, że nie jest to nabywanie farmaceutyków na rzecz bliżej nieokreślonych podmiotów, hipotetycznych pacjentów, którzy będą w przyszłości leczeni, ale zamawiane leki służą kontynuacji leczenia i taki jest cel prowadzenia danego postępowania. Wówczas jest to element uzasadniający potrzeby zamawiającego i w tym celu prowadzone jest postępowanie. Na opisane uwarunkowania wskazywały również Ewa Książek-Bator oraz Anna Banaszewska.

### Czas trwania umów i umowy ramowe

W czasie debaty zwrócono uwagę na problematykę okresu, na jaki są zawierane umowy na dostawy leków. W praktyce są one zawierane na rok, co oznacza, że w każdym roku muszą być prowadzone postępowania o udzielenie zamówienia na leki. Leki z uwagi na wartość najczęściej są zamawiane w trybie przetargu nieograniczonego. Na tę okoliczność wskazali Janusz Boniecki, wiceprezes Zarządu Polskiej Federacji Szpitali, prezes Szpitali Wojewódzkich w Gdyni, oraz Ewa Książek-Bator.

Katarzyna Prowadzisz odniosła się do okresu zawierania umów i stwierdziła, że ustawa Prawo zamówień

Ustawa Prawo zamówień publicznych daje możliwość prowadzenia postępowania na zawarcie umowy ramowej, ale te przepisy nie są wykorzystywane przy takich zamówieniach jak właśnie zamówienia medyczne, gdzie mamy do czynienia z lekami, *jednorazówką* i wieloma innymi rzeczami, które się pojawiają, które trzeba kupić. Te umowy rozwiązałyby wiele problemów.

Katarzyna Prowadzisz

publicznych pozwala na to, aby zawierać umowy na dłużej niż rok. Zawieranie umów na dłuższy okres pozwala na racjonalne wydatkowanie funduszy publicznych i na zabezpieczenie potrzeb zamawiającego w większym zakresie. Podkreślała również, że jako praktyk, który zajmował się zamówieniami publicznymi po stronie zamawiających, docenia rolę i znaczenie umów ramowych, które mogą zaspokoić potrzeby szpitala w wypadku organizowania zamówień na leki.

Przez umowę ramową należy rozumieć umowę zawartą między zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i jeżeli zachodzi taka potrzeba – przewidywanych ilości. Zamawiający może zawrzeć umowę ramową po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem. Po zawarciu umowy ramowej zamawiający może udzielać zamówień zmierzających do jej wykonania, nie stosując żadnego z trybów udzielania zamówień publicznych, a jedynie zapraszając wykonawców do złożenia ofert lub do prowadzenia negocjacji.

Ze względu na duże zainteresowanie debatą Wydawnictwo Termedia planuje organizację szkoleń z tego zakresu.

W debacie pod tytułem „Zamówienia publiczne w ochronie zdrowia: implementacja dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 – projekt ustawy Prawo zamówień publicznych. Wyzwania i nowe standardy” udział wzięli (w kolejności alfabetycznej): Janusz Boniecki, wiceprezes Zarządu Polskiej Federacji Szpitali, prezes Szpitali Wojewódzkich w Gdyni; Ewa Książek-Bator, członek Zarządu Polskiej Federacji Szpitali, dyrektor Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego w Gdańsku; radca prawny Michał Modro, wiceprezes Fundacji Centrum Inicjatyw. Gospodarka i Zdrowie; radca prawny Janusz Niedziela, prezes Centrum Zamówień Publicznych; Bartosz Pomykała reprezentujący dyrektora Delegatury Najwyższej Izby Kontroli w Warszawie; Jacek Sadowy z Ośrodka Doradztwa Zamówień Publicznych, prezes Urzędu Zamówień Publicznych w latach 2008–2013; Paweł Trojan, prezes Krajowej Izby Odwoławczej; radca prawny Katarzyna Prowadzisz, orzecznik Krajowej Izby Odwoławczej. Dyskusję moderowała Anna Banaszewska, dyrektor zarządzająca Polskiej Federacji Szpitali.