



CZĘŚĆ 1/3

# wszystkich strachów zamówień publicznych

Winą za źle działającą ustawę Prawo zamówień publicznych nie można obarczać wyłącznie złych regulacji prawnych, ale nas samych, wykonawców – często bezwzględnie wykorzystujących luki w ustawodawstwie w walce o pozyskanie nowych kontraktów, i zamawiających – często nieposiadających wystarczającej wiedzy specjalistycznej i niechętnych do brania na siebie odpowiedzialności.

Ustawa Prawo zamówień publicznych w okresie 10 lat funkcjonowania była wielokrotnie krytykowana. Przy każdej kolejnej nowelizacji szerokim echem odbiły się głosy wykonawców, mówiące o nadmiernych procedurach i ograniczaniu praw przedsiębiorców, a także zamawiających, konstatujących, iż ustawa nie stanowi efektywnego narzędzia wydatkowania środków publicznych. Wielokrotnie też byliśmy świadkami doniesień mówiących o źle prowadzonych przetargach, nieprawdziwych oświadczeniach wykonawców, rażąco niskich cenach i nierzetelnie realizowanych kontraktach państwowych. Co gorsza, także rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) często budziły kontrowersje, wprowadzając wiele chaosu i pokazując jawne przykłady bezsilności. Obszar zamówień związanych z informatyką nie stanowi tutaj wyjątku, a doświadczenia z rynku IT pełne są historii wskazujących ekstremalne wręcz przykłady takich postaw.

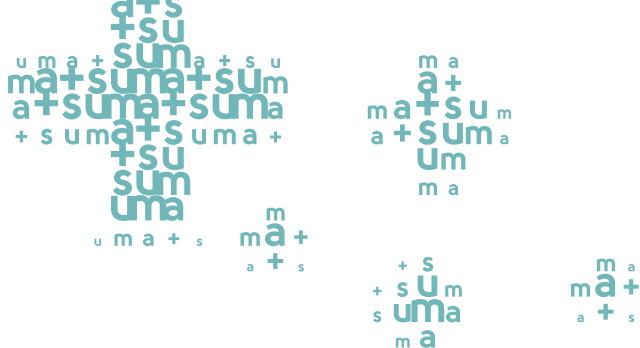
Najpierw przyjrzymy się stronie zamawiającego, następnie wykonawcy, a na koniec spojrzymy na zamówienia publiczne w obszarze informatyki z punktu widzenia doświadczeń Krajowej Izby Odwoławczej. Obecna praktyka zamówień

publicznych jest wynikiową postępowania i decyzji każdej z tych trzech stron i wielokrotnie akcja – budząc reakcję – utrwalała nieefektywne i niezdrowe zasady działania.

## Jaka powinna być właściwa ocena jakości oferty

Patrząc z perspektywy zamawiającego, należy pamiętać, że kluczowymi kwestiami wpływającymi na sposób prowadzenia przez niego postępowań są stosowane w administracji publicznej miary oceny efektywności. Zamawiający musi być obiektywny, a w swoich decyzjach kierować się jednoznacznymi przesłankami. To właśnie paraliżujące widmo kontroli organów zewnętrznych, przy równoległym braku specjalistycznej wiedzy pozwalającej na stosowanie kryteriów merytorycznych, przyczyniło się do upowszechnienia postępowań, w których jedynym kryterium była cena. Dopiero teraz – po ponad 10 latach od powstania ustawy – jej nowelizacja wskazuje obowiązek stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert.

100% ceny, najpopularniejsze kryterium oceny zamówień IT, dawało złudne poczucie bezpieczeństwa wynikające



## Paraliżujące widmo kontroli organów zewnętrznych, przy równoległym braku specjalistycznej wiedzy pozwalającej na stosowanie kryteriów merytorycznych, przyczyniło się do upowszechnienia postępowań, w których jedynym kryterium była cena.

Dopiero teraz – po ponad 10 latach od powstania ustawy – jej nowelizacja wskazuje obowiązek stosowania pozacenowych kryteriów oceny ofert.

z braku możliwości podważenia urzędniczej obiektywności i niezawisłości. Bezpieczeństwo pozorne, bo skutkujące wielokrotnie już na etapie decyzji pewnością, że zamówienie będzie wykonane w sposób nienależyty. Efekt wzmacniały – niczym elementy skomplikowanej układanki – kolejne uwarunkowania: zamówienie publiczne można unieważnić tylko pod pewnymi jasno sprecyzowanymi przestankami, środki finansowe muszą być wydatkowane w zaplanowanym okresie budżetowym, KIO nigdy nie orzekło na korzyść zamawiającego w przypadku odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę. W takich okolicznościach wybór wykonawcy oferującego realizację przedmiotu zamówienia w kosztach nieodpowiadających wycenie rynkowej przestawał być głównym problemem.

Lawina wypadków bynajmniej nie zatrzymywała się z chwilą rozstrzygnięcia postępowania. W miarę trwania kontraktu, wielokrotnie – na skutek świadomie podejmowanych działań wykonawcy – zamawiający stawał się zakładnikiem sukcesu projektu. Kłopoty ze współpracą z wykonawcą, złożoność kontraktów IT, gdzie trudno jednoznacznie wskazać granice odpowiedzialności stron, brak chęci eskalacji konfliktu i do tego presja rozliczenia kontraktów w zaplanowanym czasie skutkowały przemykaniem oczu na niską jakość projektów. W przypadku dużych kontraktów dochodziła jeszcze presja polityczna, jak bowiem ocenić kadry zamawiającego, które nie radzą sobie z realizacją projektów kluczowych dla państwa.

Przykładów stosowania rażąco niskiej ceny jest mnóstwo. W całkiem niedawno ogłoszonym postępowaniu na system IT rozkład ofert wyniósł od 30 tys. zł do 800 tys. zł netto. Jednakże nawet dobrze postawione warunki udziału w postępowaniu nie są gwarancją sukcesu. W tym właśnie celu, w innym postępowaniu, zamawiający – chcąc zapewnić sobie oferty na odpowiednim poziomie – przewidział zaangażowanie wysoko wykwalifikowanych zasobów, w tym osób z wieloletnim doświadczeniem w obszarze IT zbieranym w trakcie realizacji dużych przedsięwzięć IT o budżetach przewyższających kwotę 10 mln zł netto, ponadto mają-

cych certyfikaty m.in. PRINCE2 Practitioner, TOGAF i CISA. Poza tym zamawiający oszacował minimalną ilość roboczogodzin niezbędnych do poprawnej realizacji przedmiotu zamówienia na 12 000, obudowując ten wymóg niezbędną procedurą raportowania zrealizowanych w czasie roboczogodzin. W postępowaniu złożono 6 ofert, od niecałych 480 tys. zł do 1,2 mln zł netto, przy zakładanym budżecie 1,6 mln zł netto. Wybrano najtańszą ofertę, co oznacza działanie na stawce godzinowej nie większej niż 40 zł netto, na polskim rynku niespotykanej. Oczywiście w takiej sytuacji zamawiający jest zobligowany przeprowadzić stosowne wyjaśnienia, ale z racji wypracowanej doktryny Krajowej Izby Odwoławczej, nikt się nie waży takich ofert odrzucać. Aby uniknąć zarzutów braku obiektywności, jeden z zamawiających posunął się jeszcze dalej – obok kryterium 100% ceny, nie postawił żadnych wymogów do podmiotu, czy też zespołu biorącego udział w postępowaniu.

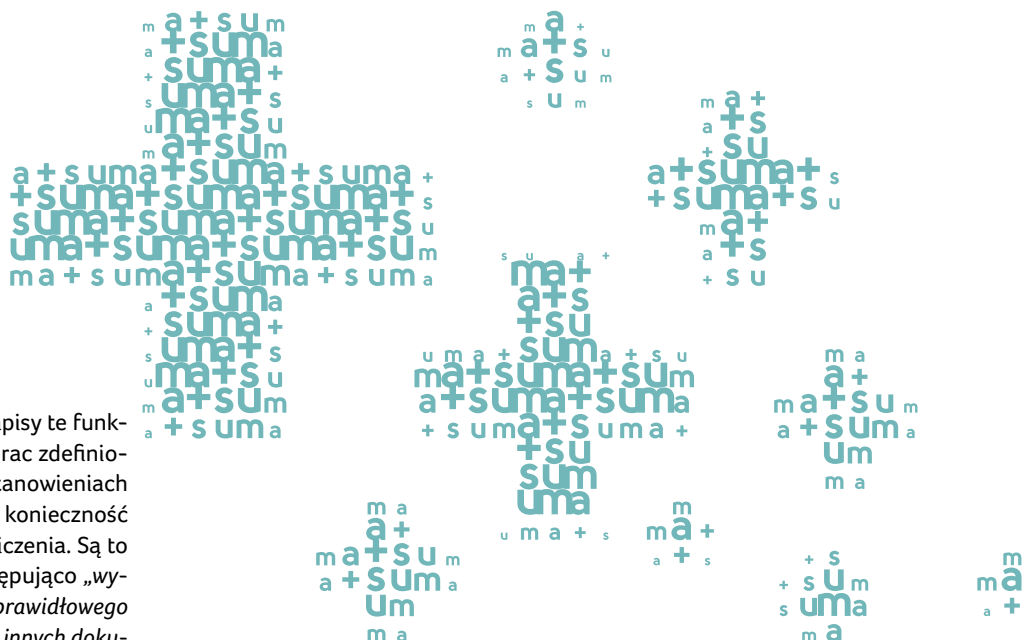
### Problem z właściwym opisem przedmiotu zamówienia

Zjawisko tak różnej wyceny przedsięwzięć przez wykonawców zwraca uwagę na istotny problem sposobu opisu przedmiotu zamówienia. Wielokrotnie bowiem brak jednoznaczności opisu przedmiotu usług i dostaw skutkuje różną interpretacją zakresu przez rynek. Nie przypadkiem również zamawiający, przez pryzmat wielu doświadczeń, swoich i innych uczestników rynku, formułuje wymagania w sposób odbiegający od dobrych praktyk rynkowych. Wszystko po to, aby nie dać oręża wykonawcy, którego ten – w trakcie realizacji projektu – może bezwzględnie użyć do przerzucenia pracy na stronę zamawiającego, dla eskalacji wynagrodzenia i unikania odpowiedzialności.

### W miarę trwania kontraktu, wielokrotnie - na skutek świadomych działań wykonawcy - zamawiający stawał się zakładnikiem sukcesu projektu.

Kłopoty ze współpracą z wykonawcą, złożoność kontraktów IT, gdzie trudno jednoznacznie wskazać granice odpowiedzialności stron, brak chęci eskalacji konfliktu i do tego presja rozliczenia się w zaplanowanym czasie skutkowały przemykaniem oczu na niską jakość projektów.

Wbrew wymogowi ustawy, opis zakresu zamówienia jest w wielu wypadkach niedoprecyzowany i sprzeczny wewnętrznie. Częstą praktyką jest umieszczanie w Opisie Przedmiotu Zamówienia – stanowiącym załącznik do SIWZ – zapisów otwartych, trudnych do interpretacji, na podstawie których zamawiający oczekuje realizacji każdego zadania, chociażby w najmniejszym stopniu powiązanego



z inicjatywą wspieraną przez wykonawcę. Zapisy te funkcjonują obok opisu etapów lub produktów prac zdefiniowanych w sposób precyzyjny w istotnych postanowieniach umowy, które muszą takie być ze względu na konieczność jednoznacznego wskazania podstaw do rozliczenia. Są to sformułowania, które mogą wyglądać następująco „*wykonywanie innych czynności koniecznych do prawidłowego przebiegu realizacji projektu*”, „*przygotowanie innych dokumentów i ekspertyz niezbędnych do realizacji projektu*” itp. Wszystko to po to, aby za wszelką cenę uniknąć zamówień uzupełniających i przerzucić odpowiedzialność za realizację przedsięwzięcia na wykonawcę. Skrajnym przykładem braku doprecyzowania zakresu prac – wynikającego z obawy przed podejmowaniem decyzji przez zamawiającego – niech będzie postępowanie, gdzie wykonawcy pozostawiono wybór modelu architektury scentralizowanej lub rozproszonej dla uruchomienia systemu w sieci WAN.

### Brak wspólnego celu zamawiających i wykonawców

Aniżym i suma złych doświadczeń zamawiających i wykonawców skutkują tym, że publiczne kontrakty IT nie są miejscem tworzenia wspólnej wartości przez współpracujące ze sobą zespoły. Wielu wykonawców zupełnie inaczej traktuje rynek administracji, niż np. sektor bankowy. To, co jest w stanie ująć płazem w projekcie publicznym, dyskwalifikuje na lata w rzeczywistości kontraktów komercyjnych. Zamawiający – nie pozostają dłużni – traktując wykonawców w sposób dalece odbiegający od partnerskiego. Pytanie, co jest skutkiem, a co przyczyną.

Przyjętą przez zamawiających praktyką jest chociażby unikanie udzielania zamówień uzupełniających. Ustawa wymaga, aby na etapie udzielania zamówienia określić możliwe warunki dokonania zmian istotnych postanowień umowy. Zamawiający dzisiaj bardzo dokładnie opisują katalog takich zmian, obejmujący zazwyczaj bardzo szeroki zakres, poczynając od zmiany stawki podatku VAT, poprzez zmianę zespołu, wystąpienie siły wyższej, kończąc na terminie realizacji. Zamawiający jednakże zwyczajowo dodają, że wskazane zmiany nie mogą spowodować zwiększenia wartości wynagrodzenia, co w praktyce przekłada się na oczekiwanie od wykonawców, aby przedłużać świadczenie usług bez zwiększania kwoty umowy. Brak podejścia partnerskiego może ujawniać się także w restrykcyjnych karach umownych, niekorzystnych rozkładach płatności, nie wspominając o zasadach równego traktowania stron. Zamawiający skazują się tym na współpracy z tymi, gotowymi zaryzykować, lub ponoszenie zawyżonych kosztów tak skonstruowanych umów ze względu na dyskontowanie w nich potencjalnego ryzyka realizacji. Atmosfery pomiędzy stronami nie poprawiają również przypadki bezpodstawnego zajęcia wadiów.

### Nie przypadkiem zamawiający, przez przyrząd wielu doświadczeń, swoich i innych uczestników rynku, formułuje wymagania w sposób odbiegający od dobrych praktyk rynkowych. Wszystko po to, aby nie dać oręża wykonawcy,

którego ten - w trakcie realizacji projektu - może bezwzględnie użyć do przerzucenia pracy na stronę zamawiającego, dla eskalacji wynagrodzenia i unikania odpowiedzialności.

Niestety, czasami podejmowane przez zamawiających działania są wyłącznie wynikiem braku wiedzy. Najlepszym przykładem niech będzie postępowanie, w którym po złożeniu ofert zamawiający wezwał do potwierdzenia przez wykonawców poprawek naniesionych w umowach licencyjnych pod rygorem odrzucenia ofert. Poprawki zostały wprowadzone przez zamawiającego, powołując się na „*korektę omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty*”. Jednakże zakres zmian wprowadzonych w projekcie umowy licencyjnej przez zamawiającego obejmował m.in. oświadczenie wykonawcy, że posiada wyłączne prawa autorskie do systemu, w tym systemów operacyjnych, oprogramowania aplikacyjnego, bazodanowego, narzędziowego i wirtualizacyjnego stanowiącego przedmiot umowy oraz zobowiązanie wykonawcy do przekazania zamawiającemu kodów źródłowych do tychże systemów.

Michał Wiatr  
prezes zarządu Softtutor Consulting

To pierwsza z trzech części materiałów poświęconych zamówieniom publicznym. Zapraszamy też do polemiki i publikowania na łamach magazynu ITwiz własnych materiałów.