

Kraków, dnia 29.11.19 r.

Komisja Konkursowa przy  
Samodzielnym Publicznym Gminnym  
Zakładzie Opieki Zdrowotnej w  
Nadarzynie,  
ul. Sitarских 3  
05-830 Nadarzyn

Dotyczy: konkursu ofert na świadczenia zdrowotne w zakresie badań diagnostyki laboratoryjnej dla SPGZOZ w Nadarzynie.

Wnoszący protest : Diagnostyka Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, 31-864, Kraków, ul. prof. M. Życzkowskiego 16.

**Protest na treść Szczegółowych Warunków Konkursu Ofert  
na świadczenia zdrowotne w zakresie diagnostyki laboratoryjnej,**

Niniejszym, działając w imieniu Diagnostyka Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (zwanej dalej udl) w zw. z art. 153 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych (zwanej dalej uośz), wnoszę protest na czynność Zamawiającego z dnia 25 listopada 2019 r. w postaci sformułowania Szczegółowych Warunków Konkursu Ofert (zwanym dalej SIWZ) na świadczenia zdrowotne w zakresie badań diagnostyki laboratoryjnej dla SPGZOZ w Nadarzynie.

- I. Zarzucam Zamawiającemu niezgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami sformułowanie Warunków Konkursu Ofert, poprzez:
1. Wyznaczenie daty i godziny składania ofert przed upływem przewidzianego przepisem art. 153 ust. 1 uośz w zw. z art. 26 ust. 4 udl, terminu do złożenia protestu od czynności w postaci ogłoszenia warunków konkursu ofert zawartych w SIWZ, skutkującym niemożnością stwierdzenia na chwilę zamknięcia przyjmowania ofert czy określone w SIWZ reguły postępowania konkursowego są ostateczne i obowiązujące.
  2. Ustalenie w SIWZ kryteriów oceny ofert [Rozdział IX ust. 3 SIWZ w zw. z załącznikiem nr 4 pkt. 2] w sposób rażąco i oczywiście ograniczający konkurencję (co stanowi naruszenie art. 140 ust. 2 pkt. 1) uośz w zw. z art. 26 ust. 4 udl).

**DIAGNOSTYKA**  
Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością  
Marta Kawłowska  
Dyrektor Regionu Centralno-Wschodniego

II. W związku ze wskazanymi powyżej zarzutami, wnoszę o unieważnienie postępowania konkursowego oraz przygotowanie nowego postępowania konkursowego wolnego od wskazanych wyżej uchybień – albowiem zmiana zaskarżonych postanowień nie jest możliwa z uwagi na wyraźny zakaz wynikający z art. 147 uośz w zw. z art. 25 ust. 4 udl.

#### Uzasadnienie

I. W dniu 25 listopada 2019 r. (data wskazana na stronie internetowej Zamawiającego), Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej ogłoszenie o konkursie ofert na udzielenie zamówienia na wykonywanie badań w zakresie diagnostyki laboratoryjnej. W treści dokumentu zatytułowanego jako Szczegółowe Warunki Konkursu Ofert, będącego podstawą prowadzenia postępowania konkursowego, wskazał m.in., iż:

1. Termin składania ofert upływa w dniu 2 grudnia 2019 r. o godzinie 09:00 [Rozdział X ust. 1 OIWZ],
2. Warunkiem uzyskania 10% możliwych do zdobycia punktów jest „Udostępnienie pojazdu na potrzeby personelu wykonującego pobrania w domu pacjenta, zgodnie ze specyfikacją określoną w załączniku nr 4” [Rozdział IX ust. 3 SIWZ w zw. z załącznikiem nr 4 pkt. 2].

II. W odniesieniu do wyżej wskazanych postanowień SWKO oraz sformułowanych powyżej zarzutów, wnosząca protest wskazuje co następuje:

#### Ad. 1. zarzutów

Wyznaczona przez Zamawiającego data i godzina składania ofert sugeruje, iż Zamawiający nie miał zamiaru umożliwienia potencjalnym oferentom skorzystania z przyznaných przepisami uośz środków prawnych w postaci protestów do treści OIWZ. Oczywistym jest bowiem, że przedmiotem takiego protestu jest sformułowanie zasad konkretnego postępowania konkursowego, które zdaniem protestującego jest wadliwe. Uwzględnienie protestu powoduje ich zmianę (względnie unieważnienie konkursu gdy zmiana ta miałaby dotyczyć warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert) a oddalenie powoduje petryfikację reguł postępowania. W tym stanie rzeczy, dopiero upływ terminu do wniesienia protestów na OIWZ oraz oddalenie ostatniego protestu (bowiem uwzględnienie protestu i zmiana OIWZ jest również czynnością podlegającą oprostowaniu) powoduje powstanie pewności co do reguł rządzących danym postępowaniem. Dopiero więc z tą chwilą potencjalni oferenci uzyskują możliwość oceny czy wzięcie udziału w konkretnym postępowaniu jest dla nich możliwe i opłacalne. Tym samym **absolutnie niedopuszczalne jest, aby przedmiotowy stan pewności powstał później niż data składania ofert.** Taka sytuacja zmuszałaby

bowiem do składania ofert w postępowaniu, którego reguły nie są jeszcze ostatecznie znane (mogą ulec dowolnej w zasadzie zmianie).

Termin do wnoszenia protestu, ustalony normą art. 153 ust. 1 uśoz wynosi 7 dni roboczych, zatem w przedmiotowej sprawie mija dopiero z końcem dnia 4 grudnia 2019 r. (siódmy dzień roboczy liczony od dnia ogłoszenia o konkursie, którego to dnia nie wlicza się do terminu zgodnie z art. 111 § 2 kc). Dniami tymi są: 26, 27, 28 i 29 listopada 2019 r. oraz 2,3 i 4 grudnia 2019 r. (bowiem dniami roboczymi nie są 30 listopada ani 1 grudnia 2019 r.). Pojęcie „dni roboczych” nie może być tożsame z pojęciem „dni” czy „dni kalendarzowych” skoro w sąsiadujących ze sobą przepisach ustawodawca używa obu tych terminów (a zatem przejawia wolę aby rozumieć je odmiennie). W tym kontekście należy za dni robocze uznać dni kalendarzowe z wyłączeniem niedziel, dni ustawowo wolnych od pracy (w rozpatrywanym okresie był to dzień 30 listopada oraz 1 grudnia) oraz sobót jako „dni równorzędnych z dniem ustawowo wolnym od pracy” (zgodnie z uchwałą 7 sędziów NSA W-wa z dnia 15 czerwca 2011r. , sygn. akt I OPS 1/11).

Nawet gdyby uznać, że (ze względów technicznych i z pominięciem wyraźnego brzmienia art. 111 § 1 kc) w ramach postępowania konkursowego dni upływają nie z końcem dnia zegarowego ale dnia pracy, to wszyscy potencjalni oferenci byli uprawnieni do wniesienia protestu do dnia 4 grudnia 2019 r. (siódmy dzień roboczy) do godziny co najmniej 15.00. Tymczasem złożyć oferty musieliby już kilka dni wcześniej (2 grudnia 2019 r.) do godziny 09.00. Sytuacja ta jest nie tylko sprzeczna z powszechnie obowiązującymi przepisami jako „ograniczająca prawo do stosowania środków prawnych przewidzianych w postępowaniu konkursowym ale również całkowicie nieakceptowana z punktu widzenia racjonalności działania Zamawiającego jako podmiotu dysponującego środkami publicznymi.

Należy jedynie mieć nadzieję, że ustalenie takich terminów ogłoszenia konkursu i składania ofert jest wynikiem przeoczenia Zamawiającego a nie przyjętej przez niego z góry zasady, iż – bez względu na merytoryczną treść – żadnego z ewentualnych protestów nie będzie uwzględniał; a co za tym idzie, że ostateczne warunki konkursu (które staną się znane dopiero po rozpatrzeniu protestów) nie będą się w niczym różnić od tych, które zostały pierwotnie opublikowane.

## Ad. 2. zarzutów

W pierwszej kolejności, należy zwrócić uwagę na samą istotę postępowania konkursowego, na które zdecydował się ustawodawca w zakresie wyłaniania wykonawców usług medycznych, a więc usług świadczonych w sferze wyjątkowej z co najmniej dwóch względów. A to z jednej strony z uwagi na związek ze szczególnie istotną sferą jaką jest ludzkie zdrowie i życie, a z drugiej strony ze względu

na występowanie stałych i znacznych niedoborów środków publicznych w stosunku do potrzeb służby zdrowia. Na tym tle, podkreślenia wymaga, iż „ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych ma realizować zasadę konkurencyjnego wyboru (...) świadczeniodawcy, na podstawie konkurencyjnego postępowania konkursowego” (Decyzja Prezesa UOKiK nr RWA 9/2009, s. 17). Konkurencyjność tego postępowania jest pierwszorzędą jego wartością, gdyż konkurencja „prowadzi do optymalizacji procesu zaspokajania potrzeb nabywców poprzez poprawę jakości produktów, sprzyja optymalizacji alokacji zasobów, stymuluje wzrost produkcji i obniżenie kosztów”, przez co „bezpośrednio sprzyja to dobrobytowi konsumentów” zaś jej ograniczenie „prowadzi (...) do naruszenia interesu konsumentów.” (Ibid. s. 18).

Z powyższych względów nie jest dopuszczalne – jakkolwiek wskazać należy, że nie miałyby to także żadnej podstawy prawnej – odstępowanie od wymagania od Zamawiającego by przestrzegał powszechnie obowiązujących przepisów z zakresu konkurencji. Obowiązek ich przestrzegania wynika zresztą z art. 140 ust. 2 pkt. 1) u.s.o.z. w zw. z art. 26 ust. 4 u.d.l. **W szczególności Zamawiający (także przy formułowaniu reguł postępowania konkursowego poprzez tworzenie OIWZ) zobowiązany jest przestrzegać zakazu ograniczania konkurencji, w tym w szczególności zakazu opisanego w art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.** Należy bowiem zwrócić uwagę, iż z uwagi na specyfikę publicznej służby zdrowia poszczególne zakład opieki zdrowotnej są dla pacjentów z danego terenu (w tym wypadku gminy) monopolistami w zakresie świadczeń zdrowotnych a dla podwykonawców w zakresie zlecenia badań finansowanych przez NFZ. Ta okoliczność wymusza na nich formułowanie reguł postępowania w sposób, który nie narusza ani nie ogranicza konkurencji.

W tym kontekście należy wskazać, że wszelkie kryteria pozacenowe formułowane przez Zamawiającego – aby nie być wymaganiami naruszającymi konkurencję – muszą mieć obiektywnie uzasadniony charakter. Tymczasem, dodatkowe premjowanie podmiotu, który (udostępni Zamawiającemu pojazd o określonej charakterystyce, którą spełnia jedynie jeden dostępny na rynku model), nie znajduje żadnego racjonalnego uzasadnienia.

Biorąc pod uwagę krótki (i to – jak wyżej wskazano – poniżej obligatoryjnego minimum) termin składania ofert sprawia, że o udzielenie zamówienia może się ubiegać jedynie podmiot, który taki pojazd już posiada. Wedle rozeznania na rynku jakie posiada wnoszący protest, pojazdami tego rodzaju dysponuje tylko jeden podmiot, spełniający pozostałe warunki postępowania, który jest obecnym kontrahentem udzielającego zamówienia.

W świetle powyższego, na skutek przytoczonych postanowień SIWZ powstaje wrażenie jakoby, działania Zamawiającego zmierzały wprost do zapewnienia zwycięstwa w konkursie (bez konieczności „konkurowania” o nie ceną – „dzięki zdobyciu przewagi w kryterium pozacenowym, która pozwala zaoferować cenę znacznie wyższą od ewentualnego konkurenta) konkretnemu podmiotowi (SYNLAB Polska Sp. z o.o.). Nie może ulegać wątpliwości, iż zapewnienie rzeczywistej konkurencji w postępowaniu przełożyłoby się na niższe ceny usług nabywanych przez zamawiającego a co za tym idzie na lepsze wykorzystywanie środków publicznych z kontraktu z NFZ jak również na bardziej optymalną zaspokajanie potrzeb pacjentów (poprzez przeznaczanie zaoszczędzonych środków na inne cele). Usunięcie nieuzasadnionej merytorycznie premii punktowej dla SYNLAB Polska Sp. z o.o. zmotywuje go również do zaoferowania znacznie lepszych warunków cenowych dla Zamawiającego.

III. Opisane powyżej działania Zamawiającego, ponad wszelką wątpliwość naruszają normę art. 9 ust. 2 pkt. 5) oraz mogą wskazywać na istnienie porozumienia (pomiędzy Zamawiającym a jednym z potencjalnych oferentów), o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt. 7) ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Podkreślenia wymaga fakt, iż konsekwencją uznania konkretnych zachowań za zabronione w myśl art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest ich nieważność, stosownie do art. 9 ust. 3 przedmiotowej ustawy. **Jeśli więc w ramach nieuczciwie skonstruowanego postępowania konkursowego dojdzie do wyłonienia zamawiającego to taki wybór będzie *ex lege* nieważny. W konsekwencji umowa zawarta z takim podmiotem będzie umową zawartą bez przeprowadzenia postępowania konkursowego a więc umową nieważną wobec brzmienia art. 58 kc w zw. z art. 26 ust. 3 udl.**

IV. Uwzględnienie zarzutów niniejszego protestu, w szczególności w zakresie dopuszczenia do rzeczywistej konkurencji w ramach przedmiotowego postępowania będzie miało pozytywny wpływ finansowy dla Zamawiającego, a pośrednio zarówno dla jego właściciela (samorządu) oraz płatnika to jest Narodowego Funduszu Zdrowia ale również a może przede wszystkim dla świadczeniobiorców czyli pacjentów, którzy zyskają szansę na wyższą jakość otrzymywanych usług. Jest bowiem rzeczą oczywistą, że brak rzeczywistej konkurencji powoduje brak presji na zwiększanie atrakcyjności cenowej oraz jakościowej produktu.

V. Żądanie unieważnienia postępowania i ogłoszenia nowego konkursu uzasadnione jest okolicznością, iż zmiany – objętych protestem – warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert, stosownie do treści art. 147 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej nie można na obecnym etapie dokonać. W świetle powyższego, dla usunięcia naruszenia zasady neutralności Zamawiającego – wyrażonej w art. 140 ust. 2 pkt. 1) ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej konieczne jest ponowienie konkursu na warunkach nieobejmujących zaskarżonych postanowień.

W tym stanie rzeczy wnoszę jak na wstępie niniejszego protestu.

.....  
**Załączniki:**

1. Pełnomocnictwo,
2. Odpis z rejestru przedsiębiorców KRS wnoszącej protest,

**Otrzymują:**

- 1 egz. adresat
- 1 egz. a/a