

Kraków, 16 lipca 2018 r.

Komisja Konkursowa przy
Powiatowym Centrum Medycznym w Wołowie
Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
Ul. Inwalidów Wojennych 26
56-100 Wołów

Dotyczy: konkursu ofert na udzielanie świadczeń zdrowotnych w zakresie wykonywania badań laboratoryjnych dla Powiatowego Centrum Medycznego w Wołowie Sp. z o.o. przez okres 24 miesięcy nr sprawy I/PCM/2018/KO;

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

**PROTEST NA CZYNNOŚCI ZAMAWIAJĄCEGO
W POSTACI SFORMUŁOWANIA WARUNKÓW KONKURSU OFERT**

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 **uósz**), **wnoszę protest na czynność Zamawiającego z dnia 12 lipca 2018 r. w postaci sformułowania w sposób nieprawidłowy Szczegółowych Warunków Konkursu Ofert** (zwanych dalej **SWKO**) na udzielanie świadczeń zdrowotnych w zakresie wykonywania badań laboratoryjnych dla Powiatowego Centrum Medycznego w Wołowie Sp. z o.o. przez okres 24 miesięcy.

- I. Zarzucam Zamawiającemu niezgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami sformułowanie Warunków Konkursu Ofert, poprzez ustalenie w Szczegółowych Warunkach Konkursu Ofert warunków wykonywania tylko części badań u podwykonawców [pkt. 2.1.4 SWKO] w sposób oczywiście ograniczający konkurencję, a być może prowadzący do niemożności wzięcia udziału w postępowaniu przez jakikolwiek inny podmiot niż obecny kontrahent Zamawiającego (co stanowi naruszenie art. 140 ust. 2 pkt. 1) uósz w zw. z art. 26 ust. 4 udl).
- II. W związku ze wskazanymi powyżej zarzutem, wnoszę o unieważnienie postępowania konkursowego oraz przygotowanie nowego postępowania konkursowego wolnego od wskazanych wyżej uchybień – albowiem zmiana zaskarżonych postanowień umownych nie jest możliwa z uwagi na wyraźny zakaz wynikający z art. 147 uósz w zw. z art. 26 ust. 4 udl.



DIAGNOSTYKA Sp. z o.o.

ul. prof. M. Życzkowskiego 16, 31-864 Kraków; tel. +48 12 29 50 100; fax: +48 12 29 50 108; lab@diag.pl, www.diagnostyka.pl
Spółka wpisana do Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla Krakowa-Śródmieścia w Krakowie,
XI Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000381559; NIP: 675-12-65-009; REGON: 356366975;
Kapitał zakładowy 33.756.500 zł

Uzasadnienie

W dniu 12.07.2018 r. (data zatwierdzenia SWKO), Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej warunki konkursu. W treści dokumentu [pkt 2.1.4 SWKO] Szczegółowe Warunki Konkursu Ofert, Zamawiający wskazał m.in., iż „*udzielający zamówienie dopuszcza, aby część badań wykonywana była u podwykonawcy przyjmującego zamówienie, z wyłączeniem badań toksykologicznych (poz. 213-222 Formularza asortymentowo-cenowego) oraz mikrobiologicznych, ze względu na przedłużający się czas wykonywania badań*”.

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

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 pierwszorzędną 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) uośz w zw. z art. 26 ust. 4 udl. W szczególności, Zamawiający (także przy formułowaniu reguł postępowania konkursowego poprzez tworzenie SWKO) 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 szpitale są dla pacjentów z danego terenu (gminy, nierzadko całego powiatu) monopolistami w zakresie świadczeń szpitalnych 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 wskazać należy, przede wszystkim, iż rażąco i w sposób niczym nieusprawiedliwiony ograniczają konkurencję wprowadzone przez Zamawiającego wyłączenia wykonywania badań toksykologicznych (poz. 213-222 Formularza asortymentowo-cenowego) oraz mikrobiologicznych, ze

względu na przedłużający się czas wykonywania badań. Wskazane badania na obszarze działania Zamawiającego są wykonywane wyłącznie przez podmiot obecnie świadczący na rzecz Zamawiającego badania laboratoryjne, dlatego też tylko dotychczasowy kontrahent Zamawiającego może spełnić te wymagania. Zwrócić należy uwagę, iż nie ma żadnego uzasadnienia przemawiającego za wyłączeniem prawa wykonywania badań toksykologicznych (poz. 213-222 Formularza asortymentowo-cenowego) i mikrobiologicznych u podwykonawców. Nie uzasadnione jest również stwierdzenie „ze względu na przedłużający się czas wykonywania badań”, a które dotyczy tylko w/w badań.

W tym stanie rzeczy, przedmiotowe sformułowanie postanowień SWKO należy uznać za faktycznie ograniczające uczciwą konkurencję.

W świetle powyższego, doszło do oczywistego naruszenia zasad uczciwej konkurencji poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, iż tylko obecny wykonawca usług na rzecz Zamawiającego może spełnić powyższe warunki i uzyskać maksymalną ilość punktów za odległość

W takim wypadku, całe postępowanie konkursowe prowadzone jest w istocie dla pozoru, a co za tym idzie nie nosi cech konkursowości (konkurencyjności) i staje się swoistą karykaturą.

W tym miejscu wskazać należy Zamawiającemu, iż w celu zapewnienia możliwości wystąpienia rzeczywistej konkurencji, winien w ponownym konkursie przewidzieć możliwość wykonania wszystkich badań u podwykonawców, bez ograniczeń co do rodzaju badań i ich ilości.

Opisane powyżej działania Zamawiającego ponad to sugerują naruszenie norm art. 9 ust. 2 pkt. 5) oraz mogą wskazywać na istnienie porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt. 7) lub pkr. 6) ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

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.

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 organu założycielskiego 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.



DIAGNOSTYKA Sp. z o.o.

ul. prof. M. Życzkowskiego 16, 31-864 Kraków; tel. +48 12 29 50 100; fax: +48 12 29 50 108; lab@diag.pl, www.diagnostyka.pl
Spółka wpisana do Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla Krakowa-Śródmieścia w Krakowie,
XI Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000381559; NIP: 675-12-65-009; REGON: 356366975;
Kapitał zakładowy 33.756.500 zł

Żądanie unieważnienia postępowania i ogłoszenia nowego konkursu uzasadnione jest okolicznością, iż zmiany objętych protestem warunków udziału w postępowaniu 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.

Protestująca wskazuje, iż wobec rodzaju, zakresu oraz stopnia uchybień przepisom prawa powszechnie obowiązującego, jakich dopuścił się Zamawiający w ramach niniejszego postępowania przy formułowaniu treści SWKO, nieuwzględnienie niniejszego protestu i kontynuowanie procedury konkursowej spowoduje podjęcie środków prawnych nie tylko przewidzianych przepisami uosz w zw. z przepisami udl, ale również działań polegających – poza zawiadomieniem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, właściwego oddziału wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia oraz Ministerstwa Zdrowia – na rozważeniu wystąpienia z powództwem na drogę postępowania cywilnego.



DIAGNOSTYKA
DYREKTOR REGIONU
Dora Jerzy Cierplik

Załączniki:

1. Odpis z rejestru przedsiębiorców KRS wnoszącej protest, potwierdzający uprawnienie do występowania w jej imieniu przez osoby podpisane pod protestem;
2. Odpis pełnomocnictwa;

Otrzymują:

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

Kraków, dn. 20 czerwca 2018 r.

PEŁNOMOCNICTWO

Diagnostyka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie przy ul. prof. Michała Życzkowskiego 16, wpisana do Krajowego Rejestru Sądowego, prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla Krakowa-Śródmieścia w Krakowie, XI Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000381559, reprezentowana przez Zarząd w osobach:

Barbara Kopeć – Wiceprezes Zarządu,

Wacław Dziurzyński – Wiceprezes Zarządu,

działając na podstawie art. 95 § 2 i art. 96 Kodeksu cywilnego, niniejszym ustanawia **Dyrektora Regionu Dolnośląskiego, p. Donata Jerzego Cierpika**, zamieszkałego we Wrocławiu, przy ul. Piławskiej 5/4h, legitymującego się dowodem osobistym seria AYB numer 310436 jako swojego pełnomocnika i upoważnia do:

I.

1. Składania w imieniu Spółki ofert w konkursach ofert lub w przetargach **na świadczenia zdrowotne w zakresie diagnostyki laboratoryjnej**, jak również do składania oświadczeń, podpisywania wszelkich dokumentów, w tym poświadczania dokumentów za zgodność z oryginałem oraz dokonywania wszelkich niezbędnych czynności związanych z udziałem Spółki w danym postępowaniu, w tym do składania protestów i odwołań jak również do podpisania w imieniu Spółki umów w wyniku wygranego przez Spółkę konkursu ofert lub przetargu.
2. Pełnomocnictwo jest ważne na terenie Regionu, obejmującego województwa: dolnośląskie, opolskie, lubuskie oraz wielkopolskie.

II.

1. Pełnomocnictwo może być w każdym czasie odwołane.
2. Pełnomocnictwo wygasa z chwilą rozwiązania stosunku prawnego łączącego Pełnomocnika ze Spółką bez względu na jego podstawę prawną (umowa o pracę, umowa cywilnoprawna, inna podstawa) oraz w sytuacji zmiany stanowiska.

W imieniu Zarządu:


Barbara Kopeć
Wiceprezes Zarządu


Wacław Dziurzyński
Wiceprezes Zarządu