

Kraków, dnia 8 listopada 2018 r.

Komisja Konkursowa przy  
Samodzielnym Publicznym Zespole  
Zakładów Opieki Zdrowotnej  
05-510 Konstancin-Jeziorna  
Ul. Warecka 15A

Dotyczy: konkursu ofert „na udzielanie świadczeń zdrowotnych w zakresie diagnostyki laboratoryjnej”

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

**Protest na czynność Zamawiającego  
w postaci sformułowania Szczegółowych Warunków Konkursu Ofert**

Niniejszym, działając w imieniu Diagnostyka Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, w oparciu o przedłożone pełnomocnictwo, 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 5 listopada 2018 r. w postaci sformułowania w sposób nieprawidłowy Szczegółowych Warunków Konkursu Ofert (zwanych dalej SWKO) na udzielanie świadczeń zdrowotnych w zakresie diagnostyki laboratoryjnej.

- 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 Warunkach Konkursu, skutkującym niemożnością stwierdzenia na chwilę zamknięcia przyjmowania ofert czy określone w Warunkach Konkursu reguły postępowania konkursowego są ostateczne i obowiązujące.
  2. Ustalenie w Warunkach Konkursu kryteriów oceny ofert [Rozdział VII pkt. 3 SWKO] 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).



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 specyfikacji nie jest możliwa z uwagi na wyraźny zakaz wynikający z art. 147 uósz w zw. z art. 25 ust. 4 udl.

#### Uzasadnienie

I. W dniu 5 listopada 2018 r. (data wskazana na samym dokumencie ogłoszenia o konkursie), Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej ogłoszenie o konkursie ofert na udzielenie zamówienia „na udzielanie świadczeń zdrowotnych 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 13 listopada 2018 r. o godzinie 10:00 [Rozdział IX ust. 1 SWKO],
- 2) Jednym z kryteriów oceny ofert jest „wcześniejsza współpraca z Zamawiającym w zakresie diagnostyki laboratoryjnej” [Rozdział VII ust. 3 SWKO]

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 przyznanych przepisami uósz środków prawnych w postaci protestów do treści SWKO. 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 SWKO oraz oddalenie ostatniego protestu (bowiem uwzględnienie protestu i zmiana SWKO 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 15 listopada 2018 r. (siódmy dzień roboczy liczony od dnia ogłoszenia o konkursie, którego to dnia nie wlicza się do terminu zgodnie z art. 111 § 2 kc). Nawet przed wejściem w życie ustawy ustanawiającej 12 listopada 2018 r. dniem wolnym od pracy (czyli w dacie publikacji ogłoszenia) byłby to dzień 14 listopada 2018 r. a więc termin późniejszy niż termin składania ofert. Dniami roboczymi są bowiem kolejno: 6,7,8 i 9 oraz 13,14 i 15 listopada 2018 r. (nie są nimi bowiem: 10 listopada – sobota, 11 listopada – niedziela, 12 listopada – dzień ustawowo wolny od pracy). 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 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 brzemienia 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 15 listopada 2018 r. (siódmy dzień roboczy) do godziny co najmniej 14.00 (ewentualnie – według stanu prawnego na dzień ogłoszenia konkursu – to jest bez dnia ustawowo wolnego od pracy 12 listopada – do dnia 14 listopada 2018 r. do godziny co najmniej 14.00). Tymczasem złożyć oferty musieliby już wcześniej (13 listopada) do godziny 10.00. 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) uśoz 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.

Z uwagi na fakt, iż sformułowane warunki konkursu wydają się premiować dotychczasowego kontrahenta Zamawiającego, wskazać należy, iż **praktyka w postaci premiowania (zarówno wprost jak i pośrednio – przez użycie pozornie neutralnych kryteriów) dotychczasowych wykonawców, została, w odniesieniu do konkursów organizowanych na podstawie ustawy o z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych, zakwestionowana przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów a ocena ta została prawomocnym wyrokiem podtrzymana przez sąd.**

Przedmiotowa sprawa dotyczyła przyznawania przez NFZ w ramach konkursów dodatkowych punktów świadczeniodawcom dotychczasowym, co zakwestionował Prezes UOKiK, nakładając na Fundusz karę finansową [Decyzja RWA 9/2009 dostępna pod adresem: <http://www.uokik.gov.pl/download.php?plik=6445>]. Prezes Urzędu w uzasadnieniu wprost określił, iż wcześniejsza współpraca z zamawiającym to „okoliczność, która nie powinna być brana pod uwagę przy zawieraniu umowy o świadczenia zdrowotne”, a nadto, że „zakwestionowany szczegółowy

parametr oceny „faworyzuje świadczeniodawców posiadających w dniu złożenia oferty umowy z Funduszem, nawet jeżeli poziom ich usług był niezadowalający. Taka okoliczność jest bardzo niekorzystna dla świadczeniobiorców zwłaszcza w tak specyficznej i ważnej dziedzinie jako ochrona zdrowia. Antykonkurencyjne działanie NFZ, chociaż bezpośrednio skierowana jest do przedsiębiorców (świadczeniodawców), pośrednio godzi również w interesy konsumentów (świadczeniobiorców).”

Od przedmiotowej decyzji NFZ odwołał się do Sądu Okręgowego w Warszawie, a od wyroku tego sądu do Sądu Apelacyjnego w Warszawie. Apelacja została oddalona w dniu 23 maja 2012 r. wobec czego orzeczenie zyskało walor prawomocności a poprzedzająca je decyzja może zostać wykonana. Również zatem z uwagi na możliwe konsekwencje ze strony organów ochrony konkurencji, Zamawiający winien wycofać się z rażąco ograniczających konkurencję warunków konkursu.

Postanowienie rozdziału VII ust. 3 SWKO jest rodzajowo tożsame z postanowieniem, którego dotyczyła wyżej opisana sprawa a co za tym idzie jego niedopuszczalność nie ulega żadnej wątpliwości.

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 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.**

IV. Uwzględnienie zarzutów niniejszego protestu, w szczególności w zakresie usunięcia postanowienia SWKO jawnie antykonkurencyjnego 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.

V. Żądanie unieważnienia postępowania i ogłoszenia nowego konkursu uzasadnione jest okolicznością, iż zmiany – objętych protestem – 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.

VI. Interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania po stronie odwołującej wyraża się w tym, że przesunięcie terminu składania ofert pozwoli jej na złożenie oferty na warunkach, co do których nie będzie istniało ryzyko ich zmiany (w wyniku protestu) natomiast usunięcie dyskryminującego ją postanowienia SWKO dotyczącego kryterium oceny ofert umożliwi skuteczniejsze konkurowanie o zamówienie.

W tym stanie rzeczy wnoszę jak na wstępie niniejszego protestu.

**DIAGNOSTYKA**  
Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością  
Maria Pawłowska  
Dyrektor Regionu Centralno-Wschodniego