

Zakład Diagnostyki Medycznej

Poznań, dnia 6 sierpnia 2020 r.

Komisja Konkursowa

Szpitala Uniwersyteckiego nr 1 im. dra A. Jurasza

ul. Marii Skłodowskiej – Curie 9

85-094 Bydgoszcz

Oferent: Zakład Diagnostyki Medycznej sp. z o.o.
(Wnoszący protest:) 60-595 Poznań, ul. Dobra 38a

PROTEST

dotyczący szczegółowych warunków konkursu ofert
z dnia 29 lipca 2020 roku
na realizację świadczeń zdrowotnych w zakresie badań laboratoryjnych
Numer postępowania: 5/FDS/2020

Działając na podstawie art. 153 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (t.j. Dz.U. 2019 poz. 1373 „**śozU**”) w związku z art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t.j. Dz.U. 2020 poz. 295 z późn. zm., „**dziU**”) działając w imieniu i na rzecz spółki Zakład Diagnostyki Medycznej Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu („**ZDM**”) składam protest na czynność Udzielającego zamówienia w postaci formułowania w sposób nieprawidłowy treści szczegółowych warunków konkursu ofert („**SWKO**”) na udzielanie świadczeń zdrowotnych polegających na wykonywaniu badań laboratoryjnych na rzecz pacjentów szpitala i poradni szpitalnych.

ZDM zarzuca Udzielającemu zamówienia (Szpital Uniwersytecki nr 1 im. dra Antoniego Jurasza w Bydgoszczy „**Zamawiający**”) naruszenie:

- art. 140 ust. 2 pkt 1 **śozU** w zw. z art. 26 ust. 4 **dziU**, poprzez **opisywanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję**;

- art. 148 ust. 1 śózu, poprzez **ustanawianie kryterium oceny oferty posiadanie certyfikatów, których przyznawanie opiniuje dotychczasowy wykonawca badań** będących przedmiotem postępowania konkursowego;
- art. 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz.U. 2020 poz. 1076 z późn. zm.) poprzez **wykorzystywania pozycji dominującej przez Zamawiającego i dopuszczania się praktyk ograniczających konkurencję;**
- art. 15 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz.U. 2019 poz. 1010 z późn. zm.) poprzez dopuszczania się czynów nieuczciwej konkurencji polegających na **ograniczaniu dostępu do rynku podmiotom ubiegającym się o przyjęcie przedmiotowego zamówienia.**
- art. 26 ust. 1 dzlU poprzez dopuszczanie możliwości powierzenia wykonywania badań będących przedmiotem postępowania konkursowego podmiotom **niebędących podmiotami leczniczymi** zgodnie z art. 4 ust. 1 dzlU

Biorąc powyższe pod uwagę Oferent wnosi o unieważnienie konkursu jako obarczonego wadą prawną i o ponowne przygotowanie postępowania konkursowego wolnego od powyższych uchybień

UZASADNIENIE

W dniu 29 lipca 2020 roku Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej ogłoszenie o wszczęciu procedury konkursowej mającej na celu zawarcie umowy o udzielanie świadczeń zdrowotnych w zakresie wykonywania badań laboratoryjnych medycznych w latach 2020-2022 (w trybie art. 26 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej).

W przedstawionych SWKO Zamawiający w pkt. IV ust. 8 lit. I) „Wymagania formalne w zakresie przygotowania oferty” wskazał m.in., które z dokumentów będą stanowiły dodatkowo punktowane kryterium oceny ofert:

- dla zakresu 1 - 4 uwierzytelnione kopie certyfikatów Polskiego Towarzystwa Genetyki Człowieka („PTGC”) w zakresie cytogenetyki, techniki FISH i technik molekularnych,
- dla zakresu 1 uwierzytelnioną kopię certyfikatu Polskiego Towarzystwa Onkologów i Hematologów Dziecięcych („PTOiHD).

W tym miejscu należy wskazać, iż poza wieloma wątpliwościami wynikającymi z samego procesu „certyfikacji” laboratoriów obydwie wskazane towarzystwa nie posiadają uprawnień wynikających z ich statutów i przepisów obowiązującego prawa do przeprowadzania certyfikacji czy akredytacji laboratoriów medycznych. Ponadto, należy wskazać na istniejący konflikt interesów osób zasiadającymi w zarządzie i zespołach eksperckich PTGC, które równocześnie występują jako przedstawiciele podmiotu świadczącego usługi laboratoryjne na rzecz Zamawiającego.

Nadmienić należy, że sam proces przyznawania certyfikatów PTGC 2020-2022 nie został jeszcze zakończony, gdyż nie przesłano certyfikatów laboratoriom a wniesione odwołania nie zostały rozstrzygnięte; tak więc brak obecnie możliwości przedstawienia aktualnych certyfikatów a certyfikaty 2017-2019 utraciły swą ważność.

Podkreślenia wymaga fakt, iż że brak jest jakiegokolwiek informacji na stronach internetowych dotyczącej prowadzenia przez PTOiHD certyfikacji laboratoriów, jak również niedostępna jest lista podmiotów, które stosowny certyfikat otrzymały.

Zgodnie z posiadaną przez ZDM wiedzą certyfikat PTOiHD otrzymują laboratoria po rekomendacji eksperta, który podobnie jak w przypadku PTGC, również i tu jest przedstawicielem pomiotu, z którym dotychczas współpracuje Zamawiający.

Powyższe w oczywisty sposób narusza konkurencję poprzez bezpośrednie premiowanie wskazanych wprost lub pośrednio oferentów uczestniczących w danym projekcie organizacji pozarządowej.

Zgodnie z art. 140 ust. 2 pkt 1 śozU w zw. z art. 26 ust. 4 dZlU, Zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby naruszyć uczciwą konkurencję.

Również z art. 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.) wynika zakaz wykorzystywania pozycji dominującej przez zamawiającego i dopuszczania się praktyk ograniczających konkurencję. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż ze względu na specyfikę publicznej służby zdrowia poszczególne Szpitale są na danym terenie (wyznaczającym rynek właściwy) monopolistami w zakresie zlecania świadczeń swym podwykonawcom. Ta okoliczność wymusza na nich formułowanie reguł postępowania w sposób, który nie narusza ani nie ogranicza konkurencji.

Zakaz dopuszczania się czynów nieuczciwej konkurencji polegających na ograniczaniu dostępu do rynku sformułowany został ponadto w art. 15 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

Ustalone kryteria oceny ofert nie korespondują w żaden sposób z dbałością o jakość świadczonych badań, poza oczywistym **usiłowaniem ograniczenia konkurencji** w zakresie oferentów mogących przedstawić swoje propozycje w prowadzonym postępowaniu.

W tej sytuacji uzasadnione zdają się być przypuszczenia, że wprowadzenie wskazanych zapisów jest wynikiem uzgodnień dokonanych z udziałem Zamawiającego, które mogą zostać poczytane jako porozumienia ograniczające konkurencję, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Porozumienia takie są niedozwolonymi praktykami antykonkurencyjnymi, zakazanymi przez przepisy chroniące konkurencję na rynku i nie tylko warunkują nielegalność postępowania konkursowego, ale także podlegają penalizacji i mogą skutkować odpowiedzialnością odszkodowawczą jako czyny niedozwolone.

Mając na względzie uprzednie praktyki Zamawiającego – powierzanie w latach ubiegłych wykonywania świadczeń zdrowotnych podmiotowi niebędącemu podmiotem leczniczym – Katedra i Zakład Genetyki Klinicznej CM UMK w Bydgoszczy – ZDM wnioskuje, iż Zamawiający ponownie dopuści, po uzyskaniu zgody wskazanej w §1 ust.4 projektu umowy stanowiącej załącznik nr 5 do SWKO, powierzenie udzielania świadczeń zdrowotnych, nawet w pełnym zakresie całego pakietu, podmiotowi niebędącemu podmiotem leczniczym w myśl dZlU, a ustalone kryteria oceny mają zapewnić wygraną podmiotowi, z którym Zamawiający dotychczas współpracuje.

Z całą stanowczością należy wskazać, iż Zamawiający dopuszczając możliwość udziału w realizacji świadczeń zdrowotnych wchodzących w zakres przedmiotowego postępowania podmiotom niebędącym podmiotami leczniczymi w myśl art. 4 ust. 1 dzIU narusza zapisy art. 26 ust. 1 dzIU, który zezwala na powierzenie wykonywania świadczeń zdrowotnych jedynie podmiotowi wykonującemu działalność leczniczą lub osobie legitymującej się nabyciem fachowych kwalifikacji do udzielania świadczeń zdrowotnych. Ostanie nie ma zastosowania w przedmiotowym postępowaniu ponieważ obowiązujące przepisy prawa nie dopuszczają prowadzenia laboratorium jako „indywidualnej praktyki” a wykonywanie czynności diagnostyki laboratoryjnej winno odbywać się w laboratorium zgodnie z art.16 ust.1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 roku o diagnostyce laboratoryjnej.

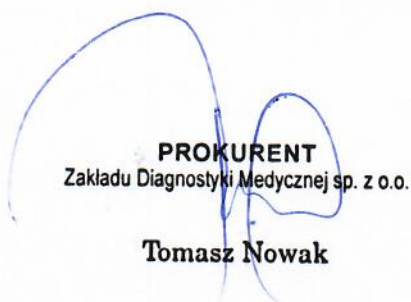
Zarówno przepisy prawa (art. 26 ust. 1 dzIU) jak i zapisy SWKO (pkt. III) stanowią, iż świadczenia zdrowotne będące przedmiotem postępowania mogą wykonywać jedynie podmioty lecznicze.

Podmiot realizujący świadczenia zdrowotne niebędący podmiotem leczniczym nie może spełnić zapisów SWKO m.in. w zakresie przedstawienia zaświadczenia o wpisie do właściwego rejestru, o którym mowa w art. 100 dzIU i pkt IV ust. 8 lit. c) SWKO czy też udokumentowania polisy obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej określonej w art. 25 dzIU oraz pkt IV ust. 8 lit. f) SWKO.

Podkreślenia wymaga fakt, że podwykonawca musi spełniać te same kryteria, co wymagane od oferentów. Odmienny stan rzeczy prowadziłby do możliwości powierzenia wykonania świadczeń zdrowotnych podmiotom do tego nieuprawnionym.

Na koniec należy wskazać, że brak zmiany Szczegółowych Warunków Konkursu Ofert, a w konsekwencji charakter i waga wyżej opisanych okoliczności i naruszeń, może stać się podstawą do wszczęcia postępowań kontrolnych i nadzorczych u Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że niniejszy protest jest w pełni zasadny, a ZDM wnosi jak na wstępie.


PROKURENT
Zakładu Diagnostyki Medycznej sp. z o.o.
Tomasz Nowak

Załączniki:

- aktualny odpis z KRS ZDM