

Warszawa, 26.10.2021 roku

**Dyrektor**

Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów  
Opieki Zdrowotnej w Nisku

Ul. Kościuszki 1

37-400 Nisko

**dotyczy: konkurs ofert na udzielenie świadczeń zdrowotnych w zakresie wykonywania badań diagnostycznych i konsultacji specjalistycznych.**

**ODWOŁANIE**

Działając w imieniu ALAB laboratoria Sp. z o.o., niniejszym, na podstawie art. 154 ust. 1 Ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych w zw. z art. 26 ust. 4 Ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej wnoszę odwołanie dotyczące postępowania konkursowego **na udzielenie świadczeń zdrowotnych w zakresie wykonywania badań diagnostycznych i konsultacji specjalistycznych. ( dalej Konkurs)**

Rozstrzygnięciu konkursu ofert zarzucam:

- I. naruszenie art. 149 ust. 1 pkt 5 Ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej poprzez nieodrzuconie oferty spółki Diagnostyka S.A. , oraz art. 3 i art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – w zakresie utrudniania dostępu do rynku podmiotom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

W związku z powyższym wnosimy o :

1. unieważnienie dokonanego wyboru w zakresie pakietu nr 1,

2. odrzućcie oferty spółki Diagnostyka S.A. w zakresie pakietu nr 1,
3. ponowne rozpatrzenie ofert złożonych w terminie i spełniających wszystkie wymagania określone w SWKO oraz
4. wybór najkorzystniejszej oferty, spełniającej wszystkie wymagania określone przez Udzielającego Zamówienie w dniu rozstrzygnięcia konkursu.

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ uwzględnienie odwołania może umożliwić mu uzyskanie zamówienia w niniejszym postępowaniu, a niniejsze odwołanie zostało wniesione w terminie, w ciągu 7 dni od dnia ogłoszenia o rozstrzygnięciu konkursu ofert.

#### Uzasadnienie

Dnia 25.10.2021 r. ogłoszone zostały wyniki Konkursu. Udzielający zamówienie, poinformował, że **jako najkorzystniejsza w zakresie pakietu nr 1 wybrana została oferta spółki Diagnostyka S.A.**

Udzielający Zamówienie przy wyborze najkorzystniejszej oferty brał pod uwagę cenę za udzielenie świadczeń (waga 80%) oraz czas oczekiwania na wyniki badań (waga 20%). Oferta spółki Diagnostyka S.A. została wybrana przez Udzielającego Zamówienie jedynie ze względu na czas oczekiwania na wyniki badań.

Pragniemy zwrócić uwagę na czasy wykonania badań podane przez spółkę Diagnostyka S.A., które według Skarżącego, są nierealne do spełnienia i podejrzewamy że w podanych czasach nie uwzględniono czasu transportu materiału do laboratorium wykonującego badanie. Z naszych informacji wynika iż, badania: ACTH, AFP, PAPP-A, SHBG, SCC-AG, KORTYZOL, TRAB, C-Peptyd, Cyfra 21-1, IGA, IGE, Insulina, ACTH, antykoagulant tocznia, jak też inne którym przypisano czas oczekiwania 1 dzień są jedynie wstępnie opracowywane w laboratorium satelitarnym w Tarnobrzegu, a następnie przesyłane do różnych laboratoriów docelowych i dlatego niemożliwe jest aby wynik był wydawany dla powyższych badań w ciągu 24 godzin.

ALAB laboratorium sp. z o.o. w swojej ofercie uwzględniła czas niezbędny do wykonania badań w laboratoriach spoza województwa podkarpackiego. Podaliśmy maksymalne czasy oczekiwania na wynik badania z uwzględnieniem czasu transportu.

O ile powyższy stan faktyczny może nie budzić wątpliwości o tyle już brak zastrzeżenia w projekcie umowy stanowiącej załącznik do warunków Konkursu kar umownych za nieterminowe dostarczenie wyników badań już tak. Całość powyższego stanu faktycznego w ocenie Skarżącego może wskazywać na zawarcie zakazanego pomiędzy

Udzielającym Zamówienie a jednym z oferentów porozumienia w celu wyeliminowania innych podmiotów z postępowania konkursowego w zakresie pakietu nr 1.

W świetle powyższego, doszło bez wątplenia do naruszenia procedury konkursowej w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Działania takie są z kolei działaniami sprzecznymi z prawem jak i dobrymi obyczajami, zagrażającymi lub naruszającymi interesy innego przedsiębiorcy, a ponadto, nie wynikają z istoty konkurencji lecz mają na celu utrudnianie dostępu do rynku za pomocą środków nie znajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji. Udzielający Zamówienie z kolei jest zobowiązany do dołożenia należytej staranności w celu zachowania uczciwej konkurencji w toku prowadzonego postępowania, co potwierdził Sąd Okręgowy w Bydgoszczy w wyroku z dnia 25 stycznia 2006 roku: zamawiający obowiązany jest eliminować oferty stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W kontekście okoliczności, iż działanie takie miało na celu eliminację innych przedsiębiorców (oferentów), doszło do naruszenia art. 15 ust. 1 pkt. 1 u.z.n.k. Oferent – spółka Diagnostyka S.A. bądź inny podmiot dopuścił się rażącego naruszenia procedury konkursowej celem realizacji wcześniej obranego celu w postaci eliminowania swoich konkurentów.

Co więcej, przedmiotowy przypadek sugeruje możliwość zaistnienia sytuacji zawarcia zakazanego porozumienia ograniczającego konkurencję na rynku świadczeń zdrowotnych diagnostyki laboratoryjnej pomiędzy jednym z oferentów a Udzielającym Zamówienie. Porozumienie takie ma charakter ograniczający konkurencję, w szczególności poprzez uzgadnianie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert (art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). Co istotne, bez znaczenia pozostaje fakt, czy bezpośrednim celem zawarcia takiego porozumienia jest naruszenie zasad konkurencji czy też nie. Wystarczającym pozostaje, że Udzielający zamówienie, działając z należyłą starannością podwyższoną z uwagi na profesjonalny charakter prowadzonej przez niego działalności, powinien był i może przewidzieć, że porozumienie może taki skutek wywołać. Podkreślenia wymaga także fakt, że w zakresie porozumień wskazanych w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie jest też istotne czy porozumienie wywołało skutek o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, tj. doprowadziło do wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.

Jak stwierdził Sąd Apelacyjny **zakaz sformułowany w powyższym przepisie dotyczy również samego uczestnictwa w porozumieniu wymierzonym w objęte ochroną dobro, jakim jest swobodna konkurencja**. Dla kwalifikacji porozumienia jako niedozwolonego, wystąpienie skutków o charakterze antykonkurencyjnym jest już obojętne po ustaleniu antykonkurencyjnego celu porozumienia. Wystarczającym jest wykazanie, że celem działań przedsiębiorców było naruszenie reguł konkurencji na rynku, a nie budzi żadnych wątpliwości, że naruszenie przez Udzielającego Zamówienie przepisów prawa jak i warunków konkursu stoi w sprzeczności z zasadami konkurencji.

Powyższe potwierdza także pogląd wyrażony w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 19 grudnia 2012 r. (VI ACa 752/12) zgodnie, z którym zakaz sformułowany w art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów obejmuje nie tylko te przypadki, w których osiągnięty został zamierzony skutek. Zakaz dotyczy również samego uczestnictwa w porozumieniu wymierzonym w objęte ochroną dobro, jakim jest swobodna konkurencja. Do zastosowania powołanego przepisu nie jest przy tym konieczne wykazywanie czy do realizacji porozumienia doszło w znaczeniu osiągnięcia zamierzonego skutku antykonkurencyjnego na danym rynku. Dla kwalifikacji porozumienia jako niedozwolonego, wystąpienie skutków o charakterze antykonkurencyjnym jest już obojętne po ustaleniu antykonkurencyjnego celu porozumienia.

Działania podjęte przez Udzielającego Zamówienia a raczej ich brak są sprzeczne z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 3 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z wszelkimi tego skutkami zarówno w sferze odpowiedzialności cywilnej, jak i karnej.

  
PREZES ZARZĄDU  
MAB (Dzielnica 1, 2010)  
Ewa Malkowska