

Warszawa, 21.08.2024 roku

Dyrektor

Samodzielnego Zespołu Publicznych Zakładów
Lecznictwa Otwartego Warszawa Praga
Południe

Ul. Krypska 39

04-082 Warszawa

(dalej : Udzielający Zamówienie lub
Zamawiający)

dotyczy: konkurs ofert na udzielanie świadczeń zdrowotnych w zakresie laboratoryjnych badań diagnostycznych, wykonywanych na rzecz Samodzielnego Zespołu Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa Praga Południe oraz najmu pomieszczeń laboratoryjnych z przejęciem mienia: dzierżawy, sprzętu i wyposażenia wraz z przejęciem pracowników Laboratorium Analitycznego zgodnie z art. 23¹ Kodeksu Pracy

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 udzielanie świadczeń zdrowotnych w zakresie laboratoryjnych badań diagnostycznych, wykonywanych na rzecz Samodzielnego Zespołu Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa Praga Południe oraz najmu pomieszczeń laboratoryjnych z przejęciem mienia: dzierżawy, sprzętu i**

wyposażenia wraz z przejęciem pracowników Laboratorium Analitycznego zgodnie z art. 23¹ Kodeksu Pracy (dalej Konkurs).

Rozstrzygnięciu konkursu ofert zarzucam:

- I. naruszenie art. 149 ust. 1 pkt 4 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 nieodrzućenie oferty Diagnostyka S.A. z uwagi na zawarcie w ofercie rażąco niskiej ceny i sprzedaży usług poniżej kosztów własnych w celu eliminacji innych przedsiębiorców,
- II. 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 nieodrzućenie oferty 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,
2. odrzućenie oferty Diagnostyka S.A.,
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.

Ewentualnie wnoszę o unieważnienie postępowania Konkursowego.

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

I

Dnia 14.08.2024 r. ogłoszone zostały wyniki prowadzonego postępowania Konkursowego. Udzielający Zamówienie, poinformował, że **jako najkorzystniejsza wybrana została oferta oferenta Diagnostyka S.A.**

Skarżący na wstępie wskazuje, iż wybrana oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 149 ust. 1 pkt 4 Ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych – z uwagi na złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę,

W ocenie skarżącego oferta Diagnostyka S.A. jest znacząco zaniżona w stosunku do ofert złożonych przez pozostałych uczestników postępowania konkursowego w tym Skarżącego.

W ocenie Skarżącego poniższe ceny zaproponowane przez spółkę Diagnostyka S.A. są cenami poniżej kosztów własnych oferenta i tym samym są rażąco niskie np. :

a) ACTH -8,20 zł

b) Gastryna – 17,30 zł

c) GH hormon wzrostu – 9,55 zł

d) IGF -1 – 14,64 zł

e) IgE specyficzne bylica – 9,40 zł oraz praktycznie wszystkie inne badania w zakresie alergologii.

W przedmiotowej sprawie niewątpliwie doszło do złożenia przez jednego z oferentów – Diagnostyka S.A.- oferty zawierającej rażąco niską cenę. Oferta taka, na podstawie art. 149 ust. 1 pkt 4 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, podlega odrzuceniu.

Powyższy zarzut Spółki potwierdza ponadto znaczny koszt samego przejścia pracowników Udzielającego zamówienie w trybie 23¹ K.P. który to koszt winien być skalkulowany w cenę oferty złożoną przez oferentów.

Znaczące zaniżenie cen na potrzeby przedmiotowego konkursu ofert, w stosunku do cen rynkowych, jaki i realnych kosztów świadczenia wskazanych usług, może stanowić znaczne ryzyko świadczenia usług o niskiej jakości, co w przypadku wyboru danego oferenta będzie niekorzystne nie tylko dla Udzielającego zamówienie, ale przede wszystkim dla bezpośrednich beneficjentów tych usług, na co Udzielający powinien zwrócić szczególną uwagę.

Przyczyną podania w ofercie rażąco niskiej ceny może być albo nierzetelność kalkulacji, albo świadome działanie oferenta mające na celu wyeliminowanie konkurencji, stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm). Tym samym, w naszej ocenie, doszło do ewidentnego naruszenia art. 15 ust. 1 pkt. 1 u.z.n.k. w odniesieniu do sprzedaży usług poniżej kosztów własnych w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Jak potwierdza wyrok SN z dnia 2 lutego 2001 roku, sygn. akt IV CKN 255/00, OSNC 2001, nr 9, poz. 137 *konkurując na rynku, przedsiębiorcy są zobowiązani działać z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji oraz dobrych obyczajów i słusznym interesów pacjentów*. Co więcej, dokonane przez wspomnianego oferenta zaniżenie cen stanowi również czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503), gdyż spełnia kumulatywnie przesłanki w nim wskazane:

- a) działanie to zostało podjęte w związku z wykonywaną działalnością gospodarczą oferenta,
- b) działanie wykazuje sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami,
- c) w konsekwencji danego działania doszło do zagrożenia lub naruszenia innego przedsiębiorcy lub klienta.

Opierając się na wykładni językowej, należałoby przyjąć, że użyty zwrot oznacza ofertę z ceną niewiarygodnie niską, znacznie odbiegającą od cen rynkowych. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 roku, o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych

wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby przez niego nieopłacalne. Rażąco niska cena to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub ich wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.

Zatem, należy wskazać na dominujący w orzecznictwie pogląd, iż „rażąco niska cena”, to cena która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, znacząco odbiegająca od przyjętych cen, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi.

Oferent, który składa ofertę na konkretne zamówienie, powinien dokonać wyceny realizacji zamówienia uwzględniając poszczególne elementy, które składają się na jego należyte wykonanie. W przypadku złożenia oferty na udzielanie świadczeń zdrowotnych w zakresie badań diagnostyki laboratoryjnej, oferenci powinni uwzględnić w kalkulacji w szczególności koszty materiałowe (koszty zakupu materiałów podstawowych do wykonania badania, czyli m.in. systemów pobrań, odczynników, urządzeń pomiarowo - badawczych, materiałów kontrolnych oraz materiałów dodatkowych), koszty użycia aparatury, koszty transportu, koszty dzierżawy pomieszczeń oraz koszty ponoszone w związku z zagwarantowaniem fachowego personelu wykonującego badania. Zgodnie z poglądem wyrażonym w doktrynie i orzecznictwie, realistyczna cena za wykonanie przedmiotu zamówienia powinna również uwzględniać chociażby minimalny zysk wykonawcy i zapewniać utrzymanie rentowności wykonawcy na danym zamówieniu.

Przy tak skalkulowanej ofercie, oczywisty jest także brak jakiegokolwiek marży w zaproponowanej ofercie. Raz jeszcze warto podkreślić, że zgodnie z poglądem wyrażonym w doktrynie i orzecznictwie, realistyczna cena za wykonanie przedmiotu zamówienia powinna również uwzględniać chociażby minimalny zysk wykonawcy i zapewniać utrzymanie rentowności wykonawcy w danym zamówieniu. Biorąc pod uwagę cenę zaproponowaną w ofercie w zakresie wskazanych wcześniej pozycji Diagnostyka S.A. oczywistym jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych, ewentualne wykonanie umowy przez w/w oferenta będzie dla niego nieopłacalne.

II

W świetle powyższego, doszło bez wątpienia 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 – Diagnostyka S.A. dopuścił się rażącego naruszenia procedury konkursowej celem realizacji wcześniej obranego celu w postaci eliminowania swoich konkurentów.



Anna Dziuban

Kierownik ds. Konkursów i Przetargów



Signed by /
Podpisano przez:

Anna Dziuban

Date / Data:
2024-08-21
15:17