

Warszawa, 01 sierpnia 2016 roku

Wpłynęło dn. 02.08.2016

L. dz. 3540/2016

Szpital Specjalistyczny „INFLANCKA”
im. Krysi Niżyńskiej „Zakurzonej” w Warszawie
Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej
ul. Inflancka 6,
00-189 Warszawa

PROTEST

dotyczy: *konkursu ofert na udzielanie świadczeń zdrowotnych w zakresie wykonywania badań laboratoryjnych i prowadzenia banku krwi dla Szpitala Specjalistycznego „INFLANCKA” im. Krysi Niżyńskiej „Zakurzonej” (P/11/LAB/2016)*

Działając w imieniu ALAB laboratoria Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, niniejszym, na podstawie art. 153 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 **protest** na czynność Zamawiającego dokonaną dnia 28.07.2016 r. tj. odpowiedź na pytania nr 69 oraz 71 do Szczegółowych Warunków Konkursu Ofert na udzielanie świadczeń zdrowotnych w zakresie wykonywania badań laboratoryjnych i prowadzenia banku krwi dla Szpitala Specjalistycznego „INFLANCKA” im. Krysi Niżyńskiej „Zakurzonej” (P/11/LAB/2016) – dalej **Konkurs**.

Protestujący **zarzuca** Zamawiającemu - Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej Szpitalowi Specjalistycznemu „INFLANCKA” im. Krysi Niżyńskiej „Zakurzonej” w Warszawie naruszenie:

- I. art. 140 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 nieprecyzyjne określenie w SWKO definicji wyniku „wątpliwego” i przypadków, kiedy obowiązek pokrycia kosztów powtórzonego badania spoczywa na Zamawiającym, a kiedy na Świadczeniodawcy i odrzucenie propozycji oferenta doprecyzowania zapisów w sposób niebudzący wątpliwości (odpowiedź na pytanie nr 69),**
- II. art. 140 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 nieprecyzyjne określenie w SWKO podstaw naliczenia kar umownych w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w realizacji umowy (odpowiedź na pytanie nr 71),**
- III. art. 5 Ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny – **poprzez naruszenie prawa podmiotowego oraz norm moralnych i obyczajowych w stosunkach gospodarczych (odpowiedź na pytanie nr 71).**

W związku z powyższym, wnoszę o powtórzenie zaskarżonej czynności odpowiedzi na pytania nr 69 i 71 i przygotowanie odpowiedzi bez wskazanych wyżej uchybień, z uwzględnieniem zaproponowanych przez protestującego zmian.

Protestujący posiada interes prawny we wniesieniu niniejszego protestu, ponieważ uwzględnienie protestu może umożliwić mu złożenie oferty w niniejszym postępowaniu, a niniejszy protest został wniesiony w terminie 7 dni roboczych od dnia dokonania zaskarżonej czynności tj. odpowiedzi na pytania nr 69 i 71.

UZASADNIENIE

W odniesieniu do odpowiedzi na pytanie nr 69:

Zamawiający, w par. 5 ust. 4 i 5 projektu umowy na badania zastrzegł sobie prawo podjęcia decyzji co do konieczności powtórzenia badania w przypadku otrzymania wyniku „wątpliwego”. Jednocześnie, w par. 5 ust. 6 i 7 wskazał pojęcie wyniku „wątpliwego” i przypadki, kiedy koszt powtórzonego badania „wątpliwego” ma pokryć Zamawiający, a kiedy Świadczeniodawca:

6. Z chwilą gdy powtórzony wynik będzie inny niż pierwotny, koszt powtórnego badania pokrywa Świadczeniodawca.

7. Z chwilą gdy powtórzony wynik będzie taki sam jak pierwotny, koszt powtórnego badania pokrywa Zamawiający.

Zastosowany zapis był od początku niezgodny z art. 140 Ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Zgodnie z art. 140 Ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych: przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ofert. W związku z niezgodnością zapisów par. 5 ust. 6 i 7 ze w/w Ustawą, protestujący wniósł do Zamawiającego wniosek o doprecyzowanie postanowień par. 5 ust. 6 i 7 proponując następujący zapis:

6. Z chwilą gdy powtórzony wynik będzie znaczaco inny niż pierwotny, koszt powtórnego badania pokrywa Świadczeniodawca.

7. Z chwilą gdy powtórzony wynik będzie taki sam lub zbliżony jak pierwotny, koszt powtórnego badania pokrywa Zamawiający.

Oczywistym jest bowiem, że na wynik badania wpływają różne parametry i nie jest możliwe uzyskanie identycznego wyniku nawet z tej samej próbki, badanej w tym samym czasie, co „wątpliwa”. Zamawiający, jako profesjonalista na rynku świadczeń medycznych, ma świadomość, że zaproponowane przez protestującego doprecyzowanie zapisów było zasadne i wymagane. Z niezrozumiałych dla protestującego względów, Zamawiający nie wyraził zgody na doprecyzowanie w/w zapisów, tym samym ponownie naruszył art. 140 Ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, pozostawiając zapisy SWKO niejednoznaczne, niewyczerpujące i niedokładne.

W odniesieniu do odpowiedzi na pytanie nr 71:

Zamawiający w par. 9 ust. 1 projektu umowy na badania określił, że:

1. Strony ustanawiają odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań umownych, w formie kar umownych w następujących przypadkach i wysokościach:

1) w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w realizacji umowy (np. naruszenia zapisów zawartych w załącznikach do umowy), Zamawiający ma prawo naliczyć Świadczeniodawcy

kary umowne w wysokości 1/365 wartości złożonej oferty netto za każde naruszenie lub za wszystkie naruszenia popełnione jednego dnia.

- 2) w przypadku nie przedłożenia aktualnej umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej Zamawiający ma prawo naliczyć Świadczeniodawcy kary umowne w wysokości 500 zł brutto za każdy dzień zwłoki.

Zastosowany zapis był od początku niezgodny z art. 140 Ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Zgodnie z art. 140 Ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych: *przedmiot zamówienia opisuje się w sposób **jednoznaczny i wyczerpujący**, za pomocą dostatecznie **dokładnych i zrozumiałych określeń**, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ofert.* W związku z niezgodnością zapisu par. 9 ust. 1 ze w/w Ustawą, protestujący wniósł do Zamawiającego wniosek o doprecyzowanie postanowień par. 9 ust. 1 proponując następujący zapis:

1. *Strony ustanawiają odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań umownych, w formie kar umownych w następujących przypadkach i wysokościach:*

- 1) *w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w realizacji umowy (np. naruszenia zapisów zawartych w załącznikach do umowy) **i udokumentowania tego faktu**, Zamawiający ma prawo naliczyć Świadczeniodawcy kary umowne w wysokości 1/365 wartości złożonej oferty netto za każde naruszenie lub za wszystkie naruszenia popełnione jednego dnia,*
- 2) *w przypadku nie przedłożenia aktualnej umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej Zamawiający ma prawo naliczyć Świadczeniodawcy kary umowne w wysokości 500 zł brutto za każdy dzień zwłoki, **wyłącznie po uprzednim pisemnym wezwaniu Świadczeniodawcy do przedłożenia polisy i bezskutecznym upływie wyznaczonego mu dodatkowego, nie krótszego niż 7 dni terminu na przedłożenie polisy OC.***

Z niezrozumiałych dla protestującego względów, Zamawiający nie wyraził zgody na doprecyzowanie w/w zapisów, tym samym ponownie naruszył art. 140 Ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, pozostawiając zapisy SWKO niejednoznaczne, niewyczerpujące i niedokładne. Co więcej, w niniejszym przypadku, Zamawiający naruszył także zasady współzycia społecznego określone w art. 5 kodeksu cywilnego. W/w zapisy w niezmienionej treści są obiektywnie niekorzystne dla drugiej strony umowy zawartej z Zamawiającym. Zapisy te są nieproporcjonalne do naruszeń, a nakładanie kar umownych, bez żądanego udokumentowania, będzie uznaniowe. Zamawiający bez wątplenia, w trakcie procedury prowadzenia konkursu, występuje w pozycji dominującej do oferentów. Równowaga stron postępowania od początku nie jest zachowana, ponieważ Oferenci wraz z SWKO tak naprawdę otrzymują wzorzec umowny. Treść takiego wzorca umownego zazwyczaj zabezpiecza interesy wyłącznie Zamawiającego, wielokrotnie naruszając zasady rynku świadczeń medycznych, czy właśnie zasady współzycia społecznego. Obiektywnie niekorzystna

dla jednej strony umowa zasługuje z kolei na negatywną ocenę moralną, która prowadzi do uznania jej za sprzeczną także z zasadami współżycia społecznego, jeżeli do ukształtowania stosunku umownego w sposób wyraźnie krzywdzący doszło przy wykorzystaniu przez drugą stronę silniejszej pozycji, a więc pod presją faktycznej przewagi kontrahenta. W niniejszej sprawie Zamawiający, wykorzystując swoją przewagę, narzuca na oferentów niekorzystne zapisy dotyczące zasad naliczania kar umownych i uznaniowość w zakresie stwierdzenia faktu wystąpienia nieprawidłowości w realizacji umowy. W celu zachowania równowagi praw stron umowy, Zamawiający po pierwsze powinien udokumentować fakt stwierdzonych nieprawidłowości, by nie dopuścić do zarzutu dowolności w nakładaniu kary i wykorzystywaniu pozycji dominującej. Po drugie, kara umowna naliczana w przypadku zaistnienia nieprawidłowości, powinna być miarkowana w odniesieniu do stopnia naruszenia i wyliczana w odniesieniu do wartości badania/badań, których dotyczyły nieprawidłowości, a nie co wartości złożonej oferty. Określenia „niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań umownych” jak również „nieprawidłowości w realizacji umowy”, w szczególności poprzez podanie jednego przykładu: „naruszenia zapisów zawartych w załącznikach do umowy” są określeniami nieprecyzyjnymi, generującymi ryzyko dowolności interpretacji po stronie Zamawiającego. Przypadki dopuszczające możliwość naliczenia kar umownych powinny być na tyle precyzyjne, by obie Strony umowy nie miały wątpliwości co do podstaw ich naliczenia. Zapisy par. 9 ust. 1 projektu umowy na badania w brzmieniu zaproponowanym przez Zamawiającego są zatem niezgodne z art. 140 Ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych i bez wątpienia naruszają zasady współżycia społecznego.

PODSUMOWANIE

Wobec przytoczonych powyżej argumentów oraz w celu uniknięcia jakichkolwiek podejrzeń o sformułowanie treści SWKO niezgodnie z przepisami Ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych i w sposób naruszający zasady współżycia społecznego, wnosimy o powtórzenie zaskarżonej czynności odpowiedzi na pytania nr 69 i 71 i przygotowanie odpowiedzi bez wskazanych wyżej uchybień, z uwzględnieniem zaproponowanych przez protestującego zmian.

CZŁONEK ZARZĄDU
ALAB laboratoria Sp. z o.o.

Maciej Władysław Hipsz

ALAB laboratoria Sp. z o.o.
01-119 Warszawa ul. Sierpna 70 0
tel. +48 22 343 77 00 fax +48 22 348 600 3
NIP: 622-000-02-17; REGON: 003105218