

WO II/ 442-0-1235/TB/11

Kraków, dnia 4 luty 2011 r.

Szanowna Pani
Maria Panuszka
Kierownik Niepublicznego Zakładu Opieki
Zdrowotnej ORTO-DENTIST
ul. Widok 19a
32-020 Wieliczka

Decyzja
z dnia 4 lutego 2011 r.
nr 236/2011/STM
Dyrektora

Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia

Działając na podstawie art. 154 ust. 3 w zw. z art. 107 ust. 5 pkt 8 w zw. z art. 142 ust. 5 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z 2008 r. nr 164 poz. 1027 z późn. zm.), w związku z odwołaniem złożonym przez **Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej ORTO-DENTIST, ul. Widok 19a, 32-020 Wieliczka** – od rozstrzygnięcia postępowania nr 06-11-001269/STM/07/1/07.0000.221.02/1 prowadzonego w trybie konkursu ofert/~~rekowań~~* w rodzaju LECZENIE STOMATOLOGICZNE, w zakresie ŚWIADCZENIA OGÓLNOSTOMATOLOGICZNE DLA DZIECI I MŁODZIEŻY DO UKOŃCZENIA 18 R. Ż.

~~uwzględnia/oddala~~* odwołanie

* niepotrzebne skreślić

UZASADNIENIE

Dyrektor Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia na podstawie art. 139 ust. 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, zwaną dalej „ustawą”, ogłosił dnia 16 września 2010 r. postępowanie konkursowe poprzedzające zawarcie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej nr 06-11-001269/STM/07/1/07.0000.221.02/1 w rodzaju LECZENIE STOMATOLOGICZNE w zakresie ŚWIADCZENIA OGÓLNOSTOMATOLOGICZNE DLA DZIECI I MŁODZIEŻY DO UKOŃCZENIA 18 R. Ż. na okres od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2013 r. W w/w ogłoszeniu podano również wartość zamówienia nie większą niż 567 510,88zł. Na podstawie art. 151 ust. 1 cytowanej ustawy w dniu 22 grudnia 2010 r. nastąpiło rozstrzygnięcie przedmiotowego postępowania.

Informacja o rozstrzygnięciu postępowania została opublikowana na tablicy ogłoszeń oraz na stronie internetowej Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia w Krakowie. Wypełniona została tym samym dyspozycja zawarta w art. 151 ust. 2 ustawy, który stanowi o jawności informacji o postępowaniu w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. Zgodnie z art. 152 ust. 1 ustawy, świadczeniodawcom, których interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Fundusz zasad prowadzenia postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, przysługują środki odwoławcze i skarga na zasadach określonych w art. 153 i 154 ustawy. W myśl art. 154 ust. 1 ustawy świadczeniodawca biorący udział w postępowaniu może wnieść do dyrektora oddziału wojewódzkiego Funduszu, w terminie 7 dni od dnia ogłoszenia o rozstrzygnięciu postępowania, odwołanie dotyczące rozstrzygnięcia postępowania. Odwołanie wniesione po terminie nie podlega rozpatrzeniu. Zgodnie z brzmieniem art. 154 ust. 3 po rozpatrzeniu odwołania dyrektor oddziału wojewódzkiego Funduszu wydaje decyzję administracyjną uwzględniającą lub oddalającą odwołanie. Decyzja jest zamieszczana w terminie 2 dni od dnia jej wydania, na tablicy ogłoszeń oraz na stronie internetowej właściwego oddziału wojewódzkiego Funduszu.

Zgodnie z informacją zawartą w ogłoszeniu postępowania Oferenci przystępujący do konkursu ofert oprócz wymagań wynikających z przepisów prawa powszechnie obowiązującego w tym w szczególności rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 30 sierpnia 2009 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu leczenia stomatologicznego (Dz. U. z dnia 31 sierpnia 2009 r., Nr 140, poz. 1144 z późn. zm.), powinni zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy spełniać wymagania określone przez Prezesa NFZ wskazane w:

- zarządzeniu nr 55/2010/DSOZ Prezesa narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 14 września 2010 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie stomatologiczne,

- zarządzeniu nr 49/2010/DSOZ Prezesa narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 31 sierpnia 2010 r. w sprawie warunków postępowania dotyczących zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej.

Ponadto w ogłoszeniu w/w postępowania wskazano, że oferty będą oceniane zgodnie z zarządzeniem Nr 73/2009/DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 13 listopada 2009 r. w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej (ze zm.).

Oferent złożył ofertę do postępowania o w/w numerze.

Odwolujący się złożył oświadczenie, że „zapoznał się z warunkami postępowania oraz z warunkami zawierania i realizacji umów i nie zgłasza co do nich zastrzeżeń oraz przyjmuje je do stosowania”. (podpisany i złożony do oferty załącznik nr 2 do zarządzenia nr 49/2010/DSOZ Prezesa NFZ).

Dnia 29 grudnia 2010 r. do Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia w Krakowie wpłynęło odwołanie złożone przez Oferenta – Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej ORTO-DENTIST, ul. Widok 19a, 32-020 Wieliczka.

Zgodnie z treścią zawartą w art. 10 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego z dnia 14 czerwca 1960 r. (t.j. Dz. U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.). Oferent został powiadomiony o prawie zapoznania się z materiałami postępowania prowadzonego w trybie konkursu ofert w związku ze złożonym przez Oferenta odwołaniem.

W przypadku wniesienia odwołania istotne jest pojęcie interesu prawnego świadczeniodawcy, który doznał uszczerbku. Zgodnie z wyjaśnieniem WSA w Warszawie zawartym w wyroku z dnia 10 września 2008 r. VII SA/Wa 821/08, powołując się na orzecznictwo NSA określa, że „Istotą interesu prawnego jest jego związek z konkretną normą prawa materialnego, z której podmiot legitymujący się tym interesem może wywodzić swoje racje. Może to być norma należąca do prawa administracyjnego bądź do innych gałęzi prawa, np. prawa cywilnego. W orzecznictwie sądowoadministracyjnym utrwalony został pogląd, uznawany również w doktrynie, iż podstawą legitymacji procesowej strony jest przepis prawa materialnego wskazujący na własne prawo (interes prawny) lub obowiązek podmiotu, które podlegają skonkretyzowaniu w postępowaniu administracyjnym. Szczególnymi cechami interesu prawnego w postępowaniu administracyjnym i w prawie administracyjnym jest po

pierwsze bezpośrednio związku między sytuacją danego podmiotu a wspomnianą normą prawa materialnego, na której budowany jest interes prawny. Oznacza to, że jeżeli sprawa dotyczy dwóch lub więcej podmiotów, to interes prawny mają tylko te z nich, których sytuacja prawna wynika wprost z normy prawa materialnego, a nie powstaje za pośrednictwem drugiego podmiotu. Drugą szczególną cechą interesu prawnego jest jego realność, interes ten musi rzeczywiście istnieć w dacie stosowania danych norm prawa administracyjnego. Nie może to być interes tylko przewidywany w przyszłości ani hipotetyczny. (...) Oznacza to, że konieczne jest faktyczne naruszenie zasad postępowania, które musi naruszać faktycznie istniejący interes świadczeniodawcy".

Oferent w treści odwołania zarzucił „naruszenie przepisów ustawy o ocenie ofert (art. 148), o wyborze ofert (art. 142 ust. 5 pkt 1), o prowadzeniu negocjacji z oferentami (art. 142 ust. 6), postanowienia zarządzenia nr 73/2009/DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 13 listopada 2009 r. w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, w szczególności jego § 1 ust. 1 pkt 5, jak również narusza zasadę równego traktowania wszystkich świadczeniodawców ubiegających się o zawarcie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej oraz zasadę nakładającą na NFZ obowiązek prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji, wymienione w art. 134 ust. Ustawy poprzez:

- 1. Odmowę podania miejsca w rankingu oraz pozycji oferty w stosunku do innych ofert oraz w stosunku do tzw. linii odcięcia dla oferty Oferenta po każdym kolejnym etapie negocjacji,*
- 2. Bezprawne i bezpodstawne uznanie, że komisja konkursowa uprawniona była do „podpisania jednostronnego tzw. końcowego protokołu rozbieżności”,*
- 3. Odmowę Oferentowi prawa do dalszych negocjacji co do ceny i ilości świadczeń w sytuacji zapewnienia tego prawa innym oferentom,*
- 4. Odmowę oceny i klasyfikacji oferty Oferenta w tzw. rankingu ofert przy zastosowaniu liczby punktów, jakie oferta Oferenta uzyskała dla ceny określonej w jego ofercie pisemnej,*
- 5. Uniemożliwienie Oferentowi uczestnictwa w konkursie ofert pomimo tego, że jego oferta nie podlegała odrzuceniu,*
- 6. Umieszczenie oferty Oferenta na miejscu w rankingu ofert niezgodnym z liczbą punktów uzyskaną przez ofertę Oferenta,*
- 7. Uniemożliwienie Oferentowi złożenia nowej propozycji cenowej w toku późniejszych negocjacji,*

8. *Naruszenie przepisów o konkursie ofert poprzez wprowadzenie licytacji oferentów w miejsce wymaganych (i dopuszczalnych) przez ustawę negocjacji,*
9. *Naruszenie przepisów o wyborze ofert poprzez opuszczenie możliwości nierówno prawnych i nierówno czasowych oświadczeń o postąpieniach cenowych (zmianach oferty cenowej),*
10. *Wprowadzenie przez MOW NFZ w toku przedmiotowego postępowania konkursowego ceny maksymalnej, pomimo braku upoważnienia w przepisach prawa do określenia takiej ceny.*

W związku z wyżej wymienionymi zarzutami, odwołujący się Oferent wniósł o uwzględnienie odwołania, wybranie jego oferty do zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie objętym ww. postępowaniem, ewentualnie o powtórzenie czynności obejmujących negocjacje co do ceny i ilości świadczeń oraz powtórzenie oceny oferty i powtórzenie czynności wyboru oferty do zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej.

Oferent wskazał, przepisy, które jego zdaniem zostały naruszone w toku postępowania konkursowego.

Oferent do złożonej do postępowania o w/w numerze oferty dołączył pełnomocnictwo dla osób w nim wymienionych do reprezentowania Oferenta wobec Narodowego Funduszu Zdrowia – Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego w Krakowie w szczególności:

- „1. *w rozmowach i negocjacjach dotyczących ustalania zasad i warunków finansowania świadczeń opieki zdrowotnej, stosowanych lub projektowanych przez Narodowy Fundusz Zdrowia – Małopolski Oddział Wojewódzki w Krakowie lub proponowanych do wprowadzenia w umowach o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie leczenia stomatologicznego, zawieranych przez MOW NFZ w Krakowie,*
2. *do negocjowania i ustalania warunków umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie leczenia stomatologicznego w toku postępowania konkursowego, w którym uczestniczę/uczestniczymy, w tym do składania wszelkich koniecznych w tym względzie oświadczeń, z zastrzeżeniem ograniczenia wskazanego poniżej, jak również do negocjowania i ustalania warunków umowy na kolejny okres rozliczeniowy, na zasadach określonych w § 32 załącznika do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 6 maja 2008 r. w sprawie ogólnych warunków umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, lub w odpowiednich przepisach późniejszych, w tym do podpisywania w moim imieniu koniecznych protokołów rokowań i uzgodnień. W przypadku negocjacji i ustaleń, o*

których mowa w zdaniu poprzedzającym, podpisanie w moim/naszym imieniu protokołów lub porozumień ustalających warunki finansowe umowy, może nastąpić tylko wówczas, jeżeli warunki finansowe zostały ustalone dla wszystkich innych podmiotów – członków Związku Lekarzy Dentystów – Pracodawców Ochrony zdrowia z siedzibą w Krakowie; którzy udzielili pełnomocnikom pełnomocnictwa tożsamego z niniejszym pełnomocnictwem;

3.w sprawach związanych z ustalaniem – dotyczących wszystkich świadczeniodawców – zasad rozliczania i wykonywania umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie leczenia stomatologicznego, zawartej przeze mnie/nas; ...”

Zważyć również należy, że po rozpoznaniu ofert w części jawnej, Komisja Konkursowa uznała ofertę odwołującego Oferenta jako spełniającą warunki formalne i nie podlegającą odrzuceniu.

Komisja konkursowa w dniu 16 listopada 2010 r. skierowała do Oferenta pismo stanowiące „WEZWANIE DO POTWIERDZENIA DANYCH ANKIETOWYCH – DOSTĘP DLA OSÓB NIEPEŁNOSPRAWNYCH” celem potwierdzenia poprawności udzielonych odpowiedzi na pytania zawarte w części VIII formularza ofertowego „ANKIETY”. Odpowiedzi na pytania ankietowe dotyczące dostępu dla osób niepełnosprawnych zostały pozytywnie potwierdzone przez Oferenta.

Komisja konkursowa jest zobowiązana do dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty lub większej ilości ofert, które zapewniają zgodnie z art. 148 pkt. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych.

Negocjacje odbywały się zgodnie z treścią art. 142 ust 6, ust 7 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, który stanowi, że:

„6. Komisja w części niejawnej konkursu ofert może przeprowadzić negocjacje z oferentami w celu ustalenia: 1. liczby planowanych do udzielenia świadczeń opieki zdrowotnej; 2 ceny za udzielane świadczenia opieki zdrowotnej.

7. Komisja ma obowiązek przeprowadzić negocjacje co najmniej z dwoma oferentami, o ile w konkursie bierze udział więcej niż jeden oferent” oraz z uwzględnieniem procedury

wprowadzonej do stosowania w trakcie postępowań poprzedzających zawarcie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej przez Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia.

Negocjacje zgodnie z przyjętą do stosowania procedurą odbywały się dwuetapowo.

W pierwszym etapie negocjacji Oferent wyraża swoje stanowisko w zakresie ceny świadczeń. Jeżeli strony w pierwszym etapie negocjacji dochodzą do porozumienia w zakresie ceny

świadczeń, zostaje sporządzony protokół z negocjacji (tzw. protokół częściowy z negocjacji – protokół do dalszych negocjacji) wyrażający zbieżne stanowisko z zakresie ceny świadczeń. Jednakże, jeżeli strony na pierwszym etapie negocjacji (dotyczący ceny świadczeń) nie dochodzą do porozumienia, zostaje sporządzony protokół z negocjacji (tzw. protokół częściowy z negocjacji – protokół do dalszych negocjacji) wyrażający rozbieżne stanowiska stron w zakresie ceny świadczeń.

W tym miejscu należy kategorycznie podkreślić, że powyższy protokół (protokół z negocjacji z danego dnia – tzw. protokół częściowy z negocjacji wyrażający stanowisko rozbieżne) w żaden sposób nie wyklucza możliwości prowadzenia dalszych negocjacji ceny świadczeń, tak, aby strony mogły znaleźć wspólne stanowisko i osiągnąć konsensus. Sporządzenie protokołu częściowego z negocjacji również z rozbieżnym stanowiskiem umożliwia prowadzenie dalszych negocjacji.

Kolejnym etapem negocjacji jest ustalenie liczby świadczeń przy jednoczesnej możliwości negocjacji ceny świadczeń. W tym miejscu komisja konkursowa daje możliwość Oferentowi wypowiedzenia się po raz kolejny w zakresie ustalonej uprzednio ceny świadczeń. Komisja konkursowa każdorazowo kieruje do Oferentów pytanie czy podtrzymują swoje dotychczas wyrażone stanowisko w zakresie ceny świadczeń. Jeżeli Oferent wyrażając uprzednio stanowisko zbieżne, potwierdza dotychczas określoną cenę świadczeń, Komisja konkursowa przyjmuje wolę Oferenta. Natomiast, jeżeli Oferent wyraża wolę zmiany swojego stanowiska, Komisja konkursowa przyjmuje wolę Oferenta i podejmuje dalsze negocjacje w zakresie ceny świadczeń uwzględniając treść § 17 ust. 4 Zarządzenia nr 49/2010/DSOZ Prezesa NFZ, który stanowi, że *„Po upływie terminu składania ofert, oferent jest związany oferta do czasu rozstrzygnięcia postępowania.”*

Oferentom, którym w toku pierwszego etapu negocjacji nie udało się osiągnąć zbieżnego stanowiska ze stanowiskiem Komisji Konkursowej, Komisja Konkursowa składa po raz kolejny propozycję cenową, po uprzednim zapytaniu skierowanym do Oferenta czy podtrzymuje swoje dotychczas wyrażone stanowisko w przedmiocie ceny świadczeń. W tym miejscu Komisja Konkursowa zawsze wyraża wolę porozumienia się z Oferentem w celu osiągnięcia zbieżnych stanowisk.

W toku negocjacji przeprowadzonych z Oferentem reprezentowanym przez osoby przez niego upoważnione, nie wyraziły żadnego stanowiska w zakresie ceny oraz ilości świadczeń. Komisja konkursowa zgodnie z przyjętą procedurą podejmowała wszelkie próby osiągnięcia porozumienia z Oferentem w przedmiocie prowadzonych negocjacji. Komisja konkursowa wykazywała maksimum dobrej woli w celu wypracowania zbieżnych stanowisk, jednakże osoby

reprezentujące Oferenta nie były skłonne do wyrażenia stanowiska w zakresie ceny oraz liczby świadczeń. Oferent miał świadomość celu spotkania negocjacyjnego. Oferent wiedział, że przedmiotem negocjacji miało być wypracowanie stanowiska w zakresie zarówno ceny jak i liczby świadczeń.

Komisja konkursowa złożyła Oferentowi propozycję ceny świadczeń jednakże Oferent nie wyraził akceptacji dla niej przy jednoczesnym braku przedstawienia własnej propozycji.

Biorąc pod uwagę fakt, że to koniunkcja dwóch elementów, zarówno ceny jak i liczby świadczeń, kształtuje treść przyszłej umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, konieczne jest wypracowanie przez strony zbieżnego stanowiska w trakcie prowadzonych negocjacji. W końcowym etapie negocjacji ustalenie rozbieżnego stanowiska, znajduje swój wyraz w protokole końcowym z negocjacji. Nie znajduje uzasadnienia propozycja liczby świadczeń w przypadku, kiedy strony w trakcie negocjacji nie dokonają zbieżnych ustaleń w zakresie ceny świadczeń.

Osoby reprezentujące Oferenta nie złożyły żadnej propozycji cenowej.

Wobec takiej postawy osób reprezentujących oferenta Komisja Konkursowa zmuszona była sporządzić protokół końcowy z negocjacji wyrażający stanowiska rozbieżne w zakresie ceny oraz liczby świadczeń, czyli elementów, które kształtują treść przyszłej umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. Powyższe okoliczności znajdują swój wyraz w uwagach do protokołu końcowego z negocjacji o treści: „Oferent oświadczył, że nie przedstawi swojego stanowiska co do ceny i liczby świadczeń. Komisja konkursowa wyraziła swoją ostateczną propozycję, której Oferent nie zaakceptował. Stanowiska stron wyrażone w negocjacjach są rozbieżne. Oferent nie wyraził zgody na podpisanie protokołu końcowego z negocjacji.”

Zważyć należy, że to koniunkcja dwóch elementów, zarówno ceny jak i liczby świadczeń, kształtuje treść przyszłej umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, konieczne jest wypracowanie przez strony zbieżnego stanowiska w trakcie prowadzonych negocjacji.

Sporządzony został protokół końcowy z negocjacji wyrażający rozbieżne stanowisko w zakresie liczby oraz ceny świadczeń, czyli elementów, które kształtują treść przyszłej umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. Komisja konkursowa wobec postawy osób reprezentujących Oferenta zmuszona była podpisać protokół końcowy z negocjacji jednostronnie.

Osoby reprezentujące Oferenta złożyły notatkę do protokołu z negocjacji z dnia 17 grudnia 2010 r. o treści przytoczonej niżej.

„Notatka do protokołu z negocjacji z dnia 17 grudnia 2010

Ze względu na brak stanowiska MOW NFZ w sprawie

1. Czy cena oczekiwana jest ceną maksymalną? Czy cena oczekiwana jest ceną, powyżej której nie będzie prowadziła negocjacji?
2. Czy w przypadku, gdy Oferent nie zmniejszy swojej oferty cenowej do ceny oczekiwanej będzie z nim spisany wyłącznie ostateczny protokół rozbieżności?
3. czy ostateczny protokół rozbieżności zamyka drogę do dalszych negocjacji z Oferentami, pomimo że takie negocjacje będą prowadzone z innymi Oferentami?
4. Czy w przypadku protokołu rozbieżnego z negocjacji komisja konkursowa nie dokona oceny i klasyfikacji ofert Oferentów z tak zwanego rankingu ofert przy zastosowaniu liczby punktów, jakie poszczególne oferty uzyskały dla ceny określonej w ofercie pisemnej?
5. Czy komisja będzie informować oferentów o miejscu w rankingu oraz pozycji każdej oferty w stosunku do tak zwanej linii odcięcia dla ofert Oferentów po każdym kolejnym etapie negocjacji? Pełnomocnicy Oferentów oświadczają, że składają protest na czynność komisji z uwzględnieniem aktualnie niezgodnych z prawem czynności komisji o przeprowadzenie negocjacji oraz dalszych czynności komisji konkursowych zgodnie z obowiązującym prawem. Złożenie protestu nie jest równoważne z zerwaniem negocjacji, oraz Oferenci nie wykluczają możliwości zawarcia porozumienia na poziomie ceny oczekiwanej."

Zgodnie z brzmieniem § 21 ust 1 Zarządzenia nr 49/2010/DSOZ Prezesa NFZ w toku postępowania Oferent może złożyć **w formie pisemnej umotywowany** protest do Komisji w terminie 7 dni roboczych od dnia dokonania zaskarżonej czynności. Wobec złożonego protestu w formie notatki z negocjacji, przez osoby upoważnione przez Oferenta do działania w jego imieniu, Komisja Konkursowa niezwłocznie po wniesieniu protestu uznała, że z treści przedmiotowego protestu wynika, że jest on oczywiście bezzasadny. Zgodnie z treścią art. 153 ust 2 ustawy do czasu rozpatrzenia protestu postępowanie w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej ulega zawieszeniu, chyba że z treści protestu wynika, że jest on oczywiście bezzasadny. Oferent nie wykazał interesu prawnego, nie wskazał jakie konkretne przepisy prawa naruszyła Komisja Konkursowa w trakcie podejmowanych czynności. Biorąc pod uwagę powyższe Komisja nie wstrzymała prowadzonego postępowania. Protest został uznany za bezzasadny i oddalony o czym Oferent został powiadomiony przekazaniem na adres właściwy do korespondencji stosownym powiadomieniem.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu podnoszonego przez Oferenta w odwołaniu, że Oferent w trakcie negocjacji oświadczył ustnie, że składa protest, stwierdzić należy, iż złożenie protestu bez uzasadnienia w formie ustnej jest bezskuteczne. Przewidziana dla tej czynności forma została określona jednoznacznie w treści § 21 ust 1 Zarządzenia nr 49/2010/DSOZ Prezesa NFZ o czym była mowa wyżej. Ustne oświadczenie Oferenta o złożeniu protestu należy

interpretować jako zamiar złożenia protestu. Co więcej podnoszony zarzut rodzi wątpliwość dotyczącą rzetelnego poinformowania Oferenta o przebiegu negocjacji przez osoby przez niego upoważnione do ich przeprowadzenia. Osoby reprezentujące Oferenta złożyły oczywiście bezzasadny protest w formie notatki do protokołu z negocjacji jednakże co istotne nie złożyły skutecznie ustnie protestu. Przepisy prawa nie przewidują możliwości złożenia ustnego protestu na czynność komisji konkursowej. Zarzut stawiany przez odwołującego się Oferenta nie jest zasadny.

Twierdzenia stawiane przez odwołującego się Oferenta jakoby jego oferta nie została sklasyfikowana w rankingu końcowym są błędne i nie znajdują uzasadnienia. Wielokrotnie Komisja Konkursowa informowała Oferenta, że jego oferta znajduje się w rankingu końcowym z negocjacji niezależnie od ustaleń wynikłych z przebiegu negocjacji. Oferta Oferenta jest ujęta w rankingu końcowym. Natomiast, co należy podkreślić, protokół końcowy z negocjacji wyrażający stanowisko rozbieżne powoduje, iż Oferta nie zostanie wybrana do zawarcia umowy.

Błędne jest twierdzenie Oferenta jakoby, tu cytat: „w przypadku, gdy Oferent nie obniży proponowanej ceny, co najmniej do wysokości tzw. ceny oczekiwanej, oferta znajdzie się poniżej tzw. linii odcięcia, a w związku z tym:

- 1.oferta ta nie będzie uwzględniona przy ocenie ofert i tworzeniu rankingu w dalszych czynnościach konkursowych, a tym samym
- 2.MOW NFZ nie zawrze umowy z Oferentem, jeżeli jego oferta cenowa nie zostanie obniżona, co najmniej do poziomu ceny oczekiwanej,”

Komisja konkursowa w toku negocjacji przedstawia Oferentowi stanowisko w zakresie ceny świadczeń, strony wzajemnie komunikują sobie swoje propozycje. Komisja konkursowa przedstawia argumentację dla danej ceny świadczeń. Jeżeli strony nie znajdują porozumienia, wyrażając stanowiska odmienne, wówczas negocjacje kończą się sporządzeniem protokołu końcowego z negocjacji. W tym miejscu nie ma znaczenia czy cena wyrażona przez Komisję konkursową jest ceną oczekiwaną czy też inną aniżeli cena oczekiwana. Komisja konkursowa wyraża stanowisko w zakresie ceny świadczeń. Wyłącznie od stron zależy możliwość osiągnięcia kompromisu. Jeżeli strony nie osiągną porozumienia, nie wyrażą zbieżnych stanowisk w zakresie ceny czy liczby punktów (czy też łącznie tych dwóch elementów) oferta nadal znajduje się w rankingu ofert. Oferta nie podlega odrzuceniu. Żadna z przesłanek odrzucenia oferty wyrażona w art. 149 ustawy nie została spełniona. Uwzględnione zostaje natomiast stanowisko rozbieżne stron wyrażone w procesie negocjacji (sporządzony protokół końcowy). Zarzut Oferenta, że MOW NFZ nie zawrze umowy z Oferentem, jeżeli jego oferta nie

zostanie obniżona, co najmniej do poziomu ceny oczekiwanej nie znajduje uzasadnienia. MOW NFZ nie zawrze umowy z Oferentem w przypadku, kiedy strony wyrażą rozbieżne stanowiska w procesie negocjacji.

Ostatecznie strony w przypadku nie osiągnięcia kompromisu w zakresie ceny świadczeń czy liczby świadczeń, czy też tych dwóch elementów występujących łącznie, spisują protokół końcowy z negocjacji wyrażający rozbieżne stanowisko. Rozróżnić należy sporządzenie *protokołu z negocjacji, który wyraża stanowisko rozbieżne* oraz sporządzenie *protokołu końcowego z negocjacji, który wyraża stanowisko rozbieżne (ostateczne)*.

Odnosząc się do kolejnych zarzutów stawianych przez odwołującego się, podnieść należy, że zarządzenie nr 73/2009/DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 13 listopada 2009 r. w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej określa jasno, według jakich kryteriów, oferty składane do postępowań poprzedzających zawarcie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej są oceniane. Kryteria oceny ofert są jawne i nie podlegają zmianie w toku postępowania. Oferent przystępując do postępowania ma możliwość zaznajomienia się z treścią w/w zarządzenia. Każdorazowa zmiana ceny świadczeń, którą ma możliwość dokonać Oferent, wpływa na wartość punktową jego Oferty. Ocena oferty dokonuje się według kryteriów: jakość (kwalifikacje personelu, umiejętności, doświadczenie, wyposażenie w sprzęt, zewnętrzna ocena jakości, wyniki kontroli przeprowadzonej przez NFZ), kompleksowość (możliwość kompleksowej realizacji świadczeń w danym zakresie, planowaną strukturę świadczeń opieki zdrowotnej w danym zakresie, ofertę udzielania świadczeń opieki zdrowotnej, wymagania formalne), dostępność (liczbę dni i godzin pracy w harmonogramie, organizację przyjęć świadczeniobiorców, brak barier dla osób niepełnosprawnych), ciągłość (oceniana w szczególności poprzez ryzyko jej przerwania w wyniku niespełnienia przez oferenta wymagań, określonych dla zakresu w dniu złożenia oferty), cena (oceniana poprzez odniesienie ceny jednostki rozliczeniowej zaproponowanej przez oferenta w ofercie lub stanowiąca końcowy wynik negocjacji w stosunku do ceny oczekiwanej przez Narodowy Fundusz Zdrowia w danym postępowaniu w sprawie zawarcia umowy). W tym miejscu należy odnieść się do ceny oczekiwanej. Należy zwrócić uwagę, że pojęciem „ceny oczekiwanej” posługuje się samo zarządzenie nr 73/2009/DSOZ Prezesa NFZ. Załącznik nr 2 do w/w zarządzenia definiuje „cenę oczekiwaną”, jako cenę wynikającą z wartości zamówienia i planowanej liczby świadczeń opieki zdrowotnej w danym rodzaju lub zakresie wskazanym przez Oddział Wojewódzki NFZ. Ponieważ jednym z kryteriów oceny ofert w prowadzonych postępowaniach jest cena to w oparciu o to kryterium cena ofertowa jest oceniana poprzez odniesienie ceny jednostki

rozliczeniowej zaproponowanej przez oferenta w ofercie lub stanowiącej końcowy wynik negocjacji w stosunku do ceny oczekiwanej przez Fundusz w danym postępowaniu w sprawie zawarcia umowy. Bynajmniej nie jest zasadne twierdzenie, że „cena oczekiwana” oznaczała „cenę maksymalną” w rozumieniu ustawy o cenach. Dodatkowo podawane do wiadomości ceny oczekiwane są praktykowane przez inne oddziały NFZ.

Kryteria o których mowa wyżej przyjmują różną punktację oraz zróżnicowane warunki w zależności od rodzaju świadczeń opieki zdrowotnej stanowiących przedmiot konkretnego postępowania.

W tym miejscu należy odnieść się do ceny oczekiwanej. Należy zwrócić uwagę, że pojęciem „ceny oczekiwanej” posługuje się samo zarządzenie nr 73/2009/DSOZ Prezesa NFZ. Załącznik nr 2 do w/w zarządzenia definiuje „cenę oczekiwaną”, jako cenę wynikającą z wartości zamówienia i planowanej liczby świadczeń opieki zdrowotnej w danym rodzaju lub zakresie wskazanym przez Oddział Wojewódzki NFZ. Ponieważ jednym z kryteriów oceny ofert w prowadzonych postępowaniach jest cena to w oparciu o to kryterium cena ofertowa jest oceniana poprzez odniesienie ceny jednostki rozliczeniowej zaproponowanej przez oferenta w ofercie lub stanowiącej końcowy wynik negocjacji w stosunku do ceny oczekiwanej przez Fundusz w danym postępowaniu w sprawie zawarcia umowy. Suma uzyskanych punktów za poszczególne kryteria przekłada się na miejsce w rankingu końcowym.

Pozycja w rankingu zostaje wyliczona przez system informatyczny na podstawie informacji zawartych w ofertach i w oparciu o w/w kryteria oceny ofert zawarte w zarządzeniu nr 73/2009/DSOZ Prezesa NFZ. W załączniku nr 1 do w/w zarządzenia w **tab.1.5 leczenie stomatologiczne** określone zostały kryteria oceny ofert właściwe dla oceny ofert złożonych do postępowań poprzedzających zawarcie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju leczenie stomatologiczne. Wskazano jednoznacznie, że dla rodzaju świadczeń LECZENIE STOMATOLOGICZNE kryteria oceny ofert to:

- jakość,
- dostępność,
- ciągłość,
- cena.

Kryterium jakość wskazuje określaną poprzez wagę skalującą przy maksymalnej liczbie punktów możliwej do osiągnięcia przez oferenta dla punktów uzyskanych w części dotyczącej personelu 25 pkt. Wynik kontroli rozpoczętych po dniu 1 stycznia 2009 r. i zakończonych wystąpieniem pokontrolnym (-5 pkt).

Zewnętrzna ocena jakości również określona poprzez wagę skalującą maksymalnie 5 pkt. oraz sprzęt i aparatura medyczna określona również poprzez wagę skalującą dla dostępności w miejscu i lokalizacji maksymalnie 15 pkt. **Należy podnieść, że maksymalna liczba punktów jednostkowych możliwych do uzyskania w zakresie parametrów szczegółowych objętych wspólną wagą skalującą jest uzależniona od wymagań i warunków dodatkowych określonych dla danego zakresu świadczeń w odpowiednim zarządzeniu Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju leczenie stomatologiczne (zarządzenie nr 55/2010/DSOZ Prezesa NFZ). Znajduje to swoje bezpośrednie przełożenie na treść pytań ankietowych i w konsekwencji różnicowanie poszczególnych elementów punktacji oferty oferenta.**

Dodatkowo nadmienić należy, że zgodnie z treścią art. 97 ust. 2 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, w zakresie środków pochodzących ze składek na ubezpieczenie zdrowotne, Fundusz działa w imieniu własnym, lecz na rzecz ubezpieczonych oraz osób uprawnionych do tych świadczeń na podstawie przepisów o koordynacji. Co więcej, analiza kosztów świadczeń opieki zdrowotnej jest elementem niezbędnym do prawidłowego zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. Skutkiem prowadzonej analizy kosztów świadczeń opieki zdrowotnej jest określenie kosztów świadczeń w wielkościach bezwzględnych, a także wzajemnych relacji kosztowych pomiędzy poszczególnymi świadczeniami. Ustalenia te są podstawą do wyceny świadczeń przy pomocy jednostek rozliczeniowych. Fundusz obowiązany jest zarządzać (dysponować) ograniczonymi środkami finansowymi w taki sposób, aby osiągnąć jak najlepsze rezultaty w zakresie zabezpieczenia świadczeń. Fundusz działa w interesie świadczeniobiorców. MOW NFZ w Krakowie musi podejmować działania, aby należycie zabezpieczyć świadczenia opieki zdrowotnej dla świadczeniobiorców.

Odnosząc się do kolejnych zarzutów Oferenta, dotyczących nie udzielenia Oferentowi informacji o tzw. linii odcięcia należy potwierdzić, że żadne przepisy nie nakładają na Komisję Konkursową obowiązku informowania Oferentów o poziomie tzw. linii odcięcia, pozycji oferty oferenta w stosunku do ofert innych Oferentów. Komisja Konkursowa w żaden sposób nie może wpływać na zmiany ceny przez Oferenta. Wszelkie zmiany dokonywane przez Oferenta winny odbywać się bez wpływu Komisji Konkursowej. Takie działanie gwarantuje poszanowanie zasady uczciwej konkurencji. Oferenci sami między sobą konkurują. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że negocjacje odbywają się w części niejawniej konkursu ofert. Informacje, które

Komisja konkursowa może przekazywać Oferentom, mogą dotyczyć tylko i wyłącznie oferty Oferenta bez uwzględniania ofert innych Oferentów. Podnieść należy pogląd wyrażony dotychczas w piśmiennictwie, że w przypadku postępowań prowadzonych w trybie konkursu ofert lub rokowań, to świadczeniodawcy sami przedstawiają warunki finansowe i stanowi to element konkurencji. W odniesieniu do postępowań poprzedzających zawarcie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej prowadzonych w trybie konkursu ofert lub rokowań, to sami Oferenci względem siebie są konkurencją. Przedstawiają propozycje cenowe, które mają ścisłe odniesienie do własnych kosztów prowadzonej działalności, osiąganych przychodów. W tym miejscu niebagatelne znaczenie ma racjonalizacja kosztów własnych ponoszonych przez Oferenta. To sam Oferent określa czy, dana propozycja cenowa przedstawiona przez Komisję Konkursową w toku negocjacji, spełnia jego oczekiwania i czy jest gotów ją zaakceptować.

W przypadku, kiedy Komisja Konkursowa nie osiąga z Oferentem porozumienia w zakresie ceny świadczeń, dopytuje Oferenta o jego ostateczne stanowisko w zakresie ceny. W przypadku wyrażenia rozbieżnych stanowisk w zakresie ceny świadczeń, fakt ten stanowi przesłankę sporządzenia protokołu końcowego z negocjacji wyrażającego rozbieżne stanowiska stron.

Kolejny zarzut Oferenta, że Komisja Konkursowa przeprowadzała nierównoczesne negocjacje z oferentami nie znajduje uzasadnienia w przebiegu negocjacji. Negocjacje toczyły się równocześnie z wszystkimi oferentami, jednocześnie. Co więcej Komisja Konkursowa informowała osoby reprezentujące oferenta, że negocjacje dla danego postępowania przewidziane są na jeden dzień. Każdy z Oferentów miał zagwarantowane prawo podejmowania równoczesnych negocjacji i Komisja Konkursowa takie prawo dla oferentów gwarantowała.

Dodatkowo twierdzenia Oferenta dotyczące różnicowania zasad prowadzenia postępowania dokonywanego przez różne Komisje konkursowe w różnych rodzajach świadczeń nie są zasadne. Oferent podnosząc powyższy zarzut, oświadczył, że w żaden sposób nie zweryfikował tej informacji. Informacje te nie zostały w żaden sposób potwierdzone.

Po przedstawieniu ostatecznej ceny oraz ilości świadczeń przez oferentów przeprowadzony zostaje ranking końcowy wszystkich ofert spełniających wymagane prawem warunki niezbędne do udzielania świadczeń będących przedmiotem zamówienia. Ranking końcowy ofert dokonuje się w sposób zautomatyzowany przez system informatyczny w oparciu o kryteria zawarte w zarządzeniu Nr 73/2009/DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 13 listopada 2009 roku w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej z późn. zm. a także dane

przedstawione przez oferenta w formularzu ofertowym. Ranking końcowy zawiera wszystkie oferty, które nie zostały odrzucone.

Oferty są uszeregowane w kolejności wynikającej z łącznej liczby punktów oceny, z uwzględnieniem wyników negocjacji. Uszeregowane są malejąco według liczby uzyskanych punktów z oceny. W końcowej części rankingu umieszcza się oferty, które nie zostaną wybrane, tj. w szczególności takie, co do których nie uzgodniono zbieżnych stanowisk w wyniku negocjacji.

Oferta oferenta uzyskała:

w kryterium ceny – 3,785 pkt

kryterium ciągłość – 10,00 pkt

kryterium jakość – 23,333 pkt

kryterium dostępność – 7,500 pkt

RAZEM = 44,618 pkt

Komisja konkursowa dokonuje wyboru oferentów w kolejności zgodnej z uzyskaną pozycją w rankingu końcowym do wyczerpania łącznej liczby planowanych do zakupu świadczeń lub wartości zamówienia określonym w ogłoszeniu.

W trakcie negocjacji strony nie wypracowały zbieżnego stanowiska, co więcej Komisja Konkursowa zmuszona była podpisać protokół końcowy z negocjacji jednostronnie. Jednocześnie odnosząc się do wniosku Oferenta o udostępnienie wszystkich akt postępowania w tym obejmujących wszystkie oferty oferentów, uczestniczących w przedmiotowym konkursie ofert oraz wszystkie dokumenty sporządzone przez komisję konkursową przeprowadzającą ten konkurs ofert, stwierdzić należy, że udostępnienie wszystkich dokumentów jest bezzasadne. Porównanie ofert złożonych w danym postępowaniu następuje - zgodnie z zapisami art. 142 ust. 5 pkt 1 ustawy – w części niejawnego postępowania i w związku z tym nie podlegają one ujawnieniu poszczególnym oferentom, co potwierdza swoim stanowiskiem także Centrala Narodowego Funduszu Zdrowia.

Biorąc pod uwagę powyższe, postępowanie komisji konkursowej było zgodne z przepisami ustawy, Regulaminem pracy Komisji prowadzącej postępowania w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej przyjętego uchwałą Nr 36/2005/I Rady Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 4 października 2005 r. oraz wydanymi na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy zarządzeniem nr 55/2010/DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 14 września 2010 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie stomatologiczne i zarządzeniem nr 49/2010/DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu

Zdrowia z dnia 31 sierpnia 2010 r. w sprawie warunków postępowania dotyczących zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej.

Powyższe stanowi o tym, że komisja konkursowa nie naruszyła zasad prowadzenia postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. Ocena ta skutkuje uznaniem, że nie doszło do naruszenia interesu prawnego Odwołującego i nie ma podstaw do uwzględnienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe należało postanowić jak na wstępie.

DYREKTOR
Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego
Narodowego Funduszu Zdrowia
w Krakowie
Fliszczyńska/Bulanowska

Pouczenie:

Na podstawie art. 154 ust. 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz.U. z 2008 r. nr 164 poz. 1027 z późn. zm.) od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Prezesa Funduszu. Odwołanie wnosi się za pośrednictwem Dyrektora Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia, ul. Ciemna 6, 31 – 056 Kraków w terminie 7 dni od dnia otrzymania decyzji Dyrektora Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia.