

Marla Panuszka
NZOZ ORTO-DENTIST
ul. Widok 19a
32 – 020 Wieliczka

Decyzja
z dnia 06. LUT. 2012
nr 8 / STM / 2012
Dyrektora

Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia

Działając na podstawie art. 154 ust. 3, w związku z art. 107 ust. 5 pkt 8, w związku z art. 142 ust. 5 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2008 r. Nr 164 poz. 1027 z późn. zm.), w związku z art. 138 § 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jednolity: Dz. U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.), w związku z odwołaniem złożonym przez Panią Marię Panuszka prowadzącą NZOZ ORTO-DENTIST z siedzibą 32-020 Wieliczka, ul. Widok 19a, od rozstrzygnięcia postępowania nr 06-11-001269/STM/07/1/07.0000.221.02/1 prowadzonego w trybie konkursu ofert / ~~rekrutacji~~ w rodzaju: leczenie stomatologiczne w zakresie: świadczenia ogólnostomatologiczne dla dzieci i młodzieży do ukończenia 18 r. ż. oraz po ponownym rozpoznaniu sprawy zgodnie z wytycznymi zawartymi w Decyzji Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia numer 0004/2012/DSOZ z dnia 11.01.2012 r.

~~uwzględniam/oddalam~~ odwołanie

* niepotrzebne skreślić

UZASADNIENIE

Zgodnie z postanowieniami art. 152 ust. 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.), Świadczeniodawcom, których interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Fundusz zasad przeprowadzania 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, 2 i 4 ustawy, Świadczeniodawca biorący udział w postępowaniu może wnieść do dyrektora oddziału wojewódzkiego Funduszu odwołanie, w terminie 7 dni od dnia ogłoszenia o rozstrzygnięciu postępowania.

Pismem z dnia 28 grudnia 2010 roku do Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia w Krakowie wpłynęło odwołanie złożone przez Oferenta – Panią Marię Panuszka prowadzącą NZOZ ORTO-DENTIST z siedzibą 32-020 Wieliczka, ul. Widok 19a.

Dyrektor MOW NFZ w Krakowie w dniu 4 lutego 2011 roku, decyzją nr 236/2011/STM oddalił odwołanie Oferenta.

Działając w oparciu o art. 154 ust. 4 ustawy o świadczeniach Oferent złożył za pośrednictwem Dyrektora Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia odwołanie do Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia.

Prezes NFZ decyzją nr 0004/2012/DSOZ z dnia 11 stycznia 2012 roku uchylił decyzję Dyrektora MOW NFZ z dnia 04.02.2011 roku nr 236/2011/STM i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania.

W uzasadnieniu decyzji Prezes wskazał, że organy obu instancji, mianowicie Dyrektor Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia oraz Prezes Narodowego Funduszu Zdrowia, zobowiązane są zbadać w toku postępowań, o których mowa w przepisach art. 154 ustawy o świadczeniach, dwie zasadnicze okoliczności: 1) czy rozstrzygnięcie postępowania dokonane przez komisję zostało podjęte z naruszeniem zasad postępowania, i 2) czy wskutek tego doszło do naruszenia interesu prawnego odwołującego się.

Uchylając decyzję dyrektora Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia w całości i przekazując mu sprawę do ponownego rozpatrzenia Prezes Narodowego Funduszu Zdrowia przyjął, że potrzeba przeprowadzenia ponownego rozpoznania sprawy przez organ pierwszej instancji wynika z niewystarczającego rozpoznania stanu sprawy w pierwszej instancji. Zdaniem Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia, Dyrektor Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ w niewystarczającym stopniu zbadał, czy propozycja Funduszu odnośnie ceny, ilości i wartości świadczeń przedstawiona Oferentowi w protokole końcowym z negocjacji wpłynęła na rozstrzygnięcie

postępowania dokonane przez komisję konkursową, a także, czy skutek tego mogło dojść do naruszenia interesu prawnego odwołującego się Oferenta. Przekazując sprawę do ponownego rozpatrzenia, Prezes Narodowego Funduszu Zdrowia stwierdził, że Dyrektor Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego powinien poczynić dodatkowe, uzupełniające ustalenia faktyczne dla potrzeb dokonania oceny, czy zaproponowanie przez komisję konkursową w protokole końcowym z negocjacji wartości „0” („zero”) wywarło wpływ na rozstrzygnięcie postępowania dokonane przez komisję konkursową, a także, czy skutek tego mogło dojść do uszczerbku w interesie prawnym Oferenta, czy też zachowanie takie nie mogło mieć i nie miało wpływu na rozstrzygnięcie oraz takiego uszczerbku interesu prawnego Oferenta nie wywołało.

Powyższa ocena Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia jest w niniejszej sprawie dla Dyrektora Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia wiążąca i wyznacza zakres okoliczności faktycznych i prawnych ocenianych przy wydawaniu decyzji po ponownym rozpatrzeniu sprawy.

Mając na względzie powyższe Dyrektor Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia zważył, co następuje.

W dziedzinie prawa i postępowania administracyjnego przyjmuje się, że pojęcie strony i interesu prawnego może być wyprowadzone tylko z przepisów prawa materialnego (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 19 stycznia 1995 r., I SA 1326/93), a wręcz, że interes prawny ma wprost charakter materialnoprawny (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 27 września 2001 r., I SA 2326/00).

W przypadku postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej reguła ta znajduje zastosowanie jedynie odpowiednio, bądź na zasadzie analogii. Jakkolwiek bowiem postępowania wszczęte wskutek odwołania lub skargi niezadowolonego oferenta mają charakter administracyjny lub sądowno-administracyjny, samo postępowanie w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej leży już poza sferą prawa administracyjnego, albowiem dotyczy cywilnoprawnej umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej i szczególnego sposobu zawarcia tego rodzaju umowy, normowanego przepisami art. 132 i następnych ustawy o świadczeniach i, uzupełniająco, przepisami art. 66 i następnych Kodeksu cywilnego. Mamy więc tutaj do czynienia z regulacją swoistą: na drodze administracyjnej i sądowno-administracyjnej ocenie podlegają takie stany faktyczne, które na gruncie prawa materialnego unormowane są przepisami prawa cywilnego – o umowie i sposobie jej zawarcia.

W związku z powyższym, zrekonstruowany na podstawie znajdujących zastosowanie przepisów prawa materialnego interes prawny oferenta polega na tym, aby jego oferta została przez kontrahenta przyjęta (wybrana) zawsze wtedy, gdy na to zasługuje i w pełnym zakresie, w jakim na wybór zasługiwała, uwzględniając prawem przewidziany zakres

swobody wyboru komisji konkursowej, umożliwiający wybór oferty lub większej liczby ofert, które zapewniają ciągłość udzielania świadczeń opieki zdrowotnej, ich kompleksowość oraz dostępność, jak też przedstawiają najkorzystniejszy bilans ceny w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, bądź nie dokonanie wyboru żadnej oferty, gdy nie wynika z nich możliwość właściwego udzielania świadczeń opieki zdrowotnej (art. 142 ust. 5 ustawy o świadczeniach). W przypadku udziału w postępowaniu więcej niż jednego oferenta, interes prawny każdego z nich polega także na tym, by wszyscy świadczeniodawcy ubiegający się o zawarcie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej traktowani byli równo i by postępowanie prowadzone było z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji pomiędzy oferentami (art. 134 ust. 1 ustawy o świadczeniach).

Przepis art. 134 ust. 2 ustawy o świadczeniach nakłada nadto na Fundusz obowiązek, by wszelkie wymagania, wyjaśnienia, informacje oraz dokumenty związane z postępowaniem w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej udostępniane były wszystkim świadczeniodawcom na takich samych zasadach. Realizując ten obowiązek Prezes Narodowego Funduszu określa w drodze Zarządzeń wymagania i wzory dokumentów, które nie zostały określone przepisami prawa powszechnie obowiązującego, jak też może wskazać komisjom konkursowym w drodze aktów wewnętrznych właściwy sposób zachowania się na poszczególnych etapach postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. Wszystko to służy nadrzędnemu celowi, którym jest postępowanie jawne, równe oraz transparentne, prowadzące do wyboru ofert, które zapewniają ciągłość udzielania świadczeń opieki zdrowotnej, ich kompleksowość, a także dostępność, jak też przedstawiają najkorzystniejszy bilans ceny w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, z zagwarantowaniem uczciwej konkurencji pomiędzy oferentami.

Jak słusznie wskazano w piśmiennictwie, „pojęciem fundamentalnym dla instytucji środka odwoławczego w postępowaniu prowadzonym w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej jest pojęcie interesu prawnego świadczeniodawcy. Przez interes prawny zgodnie z przyjętymi w doktrynie i orzecznictwie poglądami rozumieć w tym przypadku należy określone prawo podmiotowe, czyli korzyści o charakterze prawnym przyznane przez normę prawa materialnego. Interes prawny – co istotne – musi mieć charakter rzeczywisty, obowiązujący w danej chwili, indywidualny oraz obiektywnie weryfikowalny. Samo zaś ustalenie interesu prawnego to nic innego jako zidentyfikowanie zależności pomiędzy przepisem prawnym a sytuacją konkretnego podmiotu z jednoczesnym ustaleniem, że zastosowanie tego przepisu może wpływać na określoną sytuację prawną” (A. Paszkowski, *Środki odwoławcze w postępowaniu prowadzonym przez NFZ w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej*).

Jak wskazał też Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 24 marca 2009 r. (VII SA/Wa 2012/08, LEX nr 533330), do uszczerbku interesu prawnego uczestnika postępowania w procedurze zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej dojść może wówczas, gdy naruszenie zasad postępowania, tj. konkretnego przepisu prawa przez podmiot prowadzący postępowanie, ma wpływ na ocenę możliwości zawarcia umowy o świadczenie takich usług. Takie ujęcie uszczerbku interesu prawnego w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej determinuje sposób postępowania w przypadku wniesienia środka odwoławczego. Poza ustaleniem faktu naruszenia zasad postępowania organ rozpoznający środek odwoławczy zobowiązany będzie zatem do dokonania wnikliwej oceny, czy i w jakim zakresie naruszenie to realnie spowodowało doznanie uszczerbku w interesie prawnym podmiotu.

Z kolei w wyroku z dnia 11 marca 2009 r. (VII SA/Wa 2013/08) Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie podniósł, iż istotą badania uszczerbku interesu prawnego jest ustalenie, czy na skutek naruszenia prawa nie nastąpił uszczerbek w możliwości uzyskania zamówienia, nie zaś jakikolwiek uszczerbek w interesie prawnym wykonawcy. Istotne jest zatem rozpoznanie, czy naruszenie określonych zasad postępowania skutkuje tym, że świadczeniodawca biorący udział w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej pozbawiony jest możliwości zawarcia umowy. Powyższa konstatacja prowadzić może do wniosku, iż w sytuacji, gdy świadczeniodawca wnosi środek odwoławczy, którego uwzględnienie i tak nie zmieni jego odległego miejsca na ostatecznej liście rankingowej, przyjąć należy, że nie posiada on interesu prawnego we wnoszeniu środków odwoławczych. Kolejną przesłanką skutecznego wniesienia środka odwoławczego, obok uszczerbku w interesie prawnym, jest stwierdzone naruszenie przez Narodowy Fundusz Zdrowia zasad postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. W wyroku z dnia 24 września 2008 r. (VII SA/Wa 1076/08, LEX nr 560207) Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie podkreślił, iż świadczeniodawca biorący udział w postępowaniu prowadzonym w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej może skutecznie wnieść środek odwoławczy w sytuacji, gdy Narodowy Fundusz Zdrowia naruszy określone przepisami powszechnie obowiązującymi lub przepisami wydanymi na ich podstawie przez Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia zasady postępowania w rozumieniu materialnoprawnym (np. wymagania od świadczeniodawców) oraz proceduralnym (np. warunki prowadzonego postępowania).

Ostatnim warunkiem skutecznego wniesienia przez świadczeniodawcę ubiegającego się o zawarcie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej środka odwoławczego jest istnienie związku o charakterze przyczynowo-skutkowym pomiędzy uszczerbkiem w interesie prawnym świadczeniodawcy a naruszeniem zasad postępowania (A. Paszkowski, *op. cit.*).

Ten sam warunek inny autor opisuje szerzej, kładąc nacisk na różnice wynikające z faktu, że postępowanie w sprawie zawarcia umowy opieki udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej należy do sfery cywilnoprawnej, nie zaś administracyjnoprawnej: „Interes prawny świadczeniodawcy należy oceniać przez pryzmat konkretnego postępowania i możliwości zawarcia umowy przez tego świadczeniodawcę. Należy mieć tutaj na względzie, że konkurs ofert w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej jest trybem eliminacyjno-konkurencyjnym. Oznacza to na ogół, że oferty niepodlegające odrzuceniu uszeregowywane są w ramach tzw. listy rankingowej od oferty najkorzystniejszej do oferty z najniższą liczbą punktów. Wyborowi podlegają oferty, które uzyskują określoną liczbę punktów. W związku z tym posiadanie interesu prawnego związane jest z oceną, czy naruszenie określonych zasad postępowania powoduje to, że świadczeniodawca pozbawiony jest możliwości zawarcia umowy. Dla przykładu, świadczeniodawca zajmujący odległe miejsce na liście rankingowej, który wskutek uwzględnienia protestu uzyskałby dodatkowe trzy punkty niekwalifikujące go do wybrania jego oferty, nie posiada interesu prawnego we wnoszeniu środków odwoławczych” (G. Machulak [w:], K. Baka, G. Machulak, A. Pietraszewska-Macheta, A. Sidorko, *Komentarz do ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych*). Stanowisko to potwierdza wyrok WSA w Warszawie z dnia 11 marca 2009 r. (VII SA/Wa 2013/08, niepubl.): „Pojęcie uszczerbku interesu prawnego nie występuje zasadniczo w prawie administracyjnym, gdzie mowa jest o naruszeniu interesu prawnego (a nie o jego uszczerbku). Skoro jednak podstawą żądania strony w kontrolowanym postępowaniu administracyjnym jest uszczerbek w interesie prawnym to istnieje potrzeba dokonania analizy różnic w wymienionych sformułowaniach, w szczególności czy różnice te sprowadzają się tylko do warstwy językowej. Określając warunki skorzystania ze środków odwoławczych, o których mowa w art. 152 ustawy, ustawodawca posłużył się pojęciem uszczerbku interesu prawnego. Pojęcie to jest używane również w ustawie o zamówieniach publicznych. Wprawdzie w procedurze zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej nie stosuje się przepisów o zamówieniach publicznych (art. 138 ustawy), nie ma jednak przeszkód, aby w analizie pojęcia występującego na gruncie innej ustawy posłużyć się argumentacją wypracowaną przez piśmiennictwo prawnicze i orzecznictwo, w takim zakresie, w jakim może ono mieć zastosowanie w odniesieniu do stosowania przepisu art. 152, w zw. z art. 154 ustawy. Zgodnie z dyrektywą wykładni językowej, jeżeli określony termin należy do terminów specyficznych w określonej dziedzinie wiedzy, to należy przyjąć, iż termin ten ma takie znaczenie, jak w tych dziedzinach (domniemanie znaczenia specjalnego). Jak wynika z piśmiennictwa i judykatury odnoszącej się do zamówień publicznych istotą badania uszczerbku interesu prawnego jest ustalenie czy na skutek naruszenia prawa nie nastąpił uszczerbek w możliwości uzyskania zamówienia, nie zaś jakkolwiek uszczerbek w interesie

prawnym wykonawcy". Podobny, bardziej ogólny pogląd zaprezentował również ETS w wyroku z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 *Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH v. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall und Energieverwertungsanlage TREA Leuna* (Zb. Orz. 2005, s. I-00001): Możliwość zaskarżenia przysługuje każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego i w przypadku gdy taki podmiot dozna uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku zarzucanego naruszenia. Do uszczerbku interesu prawnego uczestnika postępowania w procedurze zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej dojść może wówczas, gdy naruszenie zasad postępowania, tj. konkretnego przepisu prawa przez podmiot prowadzący postępowanie, ma wpływ na ocenę możliwości zawarcia umowy o świadczenie takich usług. Takie ujęcie uszczerbku interesu prawnego w postępowaniu dotyczącym zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej determinuje sposób postępowania organu administracyjnego, do obowiązków którego będzie należało zbadanie okoliczności podnoszonych w odwołaniu, a następnie ocena, czy i w jakim zakresie naruszenie to realnie spowodowało doznanie takiego uszczerbku".

Uwzględniając te wypowiedzi doktryny i orzecznictwa, a nade wszystko – wskazania Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia co do okoliczności, jakie należy wziąć pod uwagę przy ponownym rozpatrzeniu sprawy, Dyrektor Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia poczynił dodatkowe, uzupełniające ustalenia faktyczne dla potrzeb dokonania oceny, czy zaproponowanie przez komisję konkursową w protokole końcowym z negocjacji w rubryce liczba świadczeń cyfry „0,00” oraz wartości „0” („zero”) wywarło wpływ na rozstrzygnięcie postępowania dokonane przez komisję konkursową, a także, czy skutek tego mogło dojść do uszczerbku w interesie prawnym Oferenta, czy też zachowanie takie nie mogło mieć i nie miało wpływu na rozstrzygnięcie oraz takiego uszczerbku interesu prawnego.

Przed wydaniem decyzji administracyjnej Dyrektor MOW NFZ w Krakowie pismem z dnia 23 stycznia 2012 r. o znaku WOII/442-o-14-TB/12 zawiadomił odwołującego się o prawie wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów w postępowaniu nr 06-11-001269/STM/07/1/07.0000.221.02/1 zgodnie z treścią art.10 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 roku Kodeks postępowania administracyjnego (tj. Dz. U. z 2000 roku, Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.). W treści powyższego pisma, Dyrektor MOW NFZ w Krakowie poinformował odwołującego się, że materiały zgromadzone w przedmiotowym postępowaniu będą udostępnione odwołującemu się w terminie 7 dni od dnia otrzymania powyższego pisma. Odwołujący się Oferent odebrał powyższe pismo o znaku: WOII/442-o-14-TB/12 i w nawiązaniu do niego, pismem datowanym na dzień 30 stycznia 2012 r. wniósł o udostępnienie wszystkich akt tego postępowania, w tym obejmujących wszystkie oferty

oferentów uczestniczących w przedmiotowym konkursie ofert, oraz wszystkich dokumentów sporządzonych przez komisję konkursową, przeprowadzając ten konkurs ofert.

Podkreślić w tym miejscu należy, że Odwołujący się Oferent pomimo złożonego przez niego wniosku o udostępnienie akt postępowania we wskazanym terminie 7 dni od dnia otrzymania pisma znak: WOII/442-o-14-TB/12, nie stawił się w siedzibie MOW NFZ w Krakowie i nie zaznajomił się z materiałem zgromadzonym w postępowaniu.

W przedmiotowym postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej o miejscach w rankingu decydowała punktacja, jaką uzyskały poszczególne oferty za wszystkie kryteria oceny ofert – cenowe i niecenowe z uwzględnieniem wyników negocjacji.

Stosownie do przepisu art. 142 ust. 6 ustawy o świadczeniach, komisja konkursowa może przeprowadzić negocjacje z oferentami w celu ustalenia: 1) ilości planowanych do udzielenia świadczeń opieki zdrowotnej; 2) ceny za udzielane świadczenia opieki zdrowotnej. Ewentualne negocjacje mogą zatem w konkretnym przypadku wpłynąć na ocenę oferty, bądź nie mieć wpływu na pozycję w rankingu, co uzależnione jest od podlegającego negocjaczom elementu w postaci ceny.

W toku negocjacji przeprowadzonych z Oferentem w dniu 17 grudnia 2010 r., reprezentowanym przez osoby przez niego upoważnione, nie wyraziły one 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 i liczby świadczeń jednakże Oferent nie wyraził akceptacji dla niej przy jednoczesnym braku przedstawienia własnej propozycji.

Strony wyraziły rozbieżne stanowisko w zakresie ceny i liczby świadczeń, co zostało uwidocznione w protokole z negocjacji z dnia 17 grudnia 2010 r.

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. Komisja konkursowa oczywiście miała przygotowaną propozycję liczby świadczeń, której Oferent nie wysłuchał, ani nie wyraził zamiaru jej wysłuchania. Propozycja liczby świadczeń była zgodna z potencjałem wykonawczym przedstawionym przez Oferenta w treści harmonogramu pracy.

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.”*

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

Oferty w rankingu końcowym uszeregowane są 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 ostatecznie w rankingu końcowym uzyskała:

kryterium ceny – 3,785 pkt

kryterium ciągłość – 10,00 pkt

kryterium jakość – 23,333 pkt

kryterium dostępność – 7,500 pkt

RAZEM = 44,618 pkt

Oferta Oferenta zajęła w rankingu końcowym 12 pozycję znajdując się pod linią odcięcia.

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

Cena świadczeń – a precyzyjnie cena proponowana w toku negocjacji przez Oferenta zgodna z ceną proponowaną przez Komisję konkursową - stanowi istotny element treści przyszłej umowy. Łączne uzgodnienie dwóch elementów: ceny świadczeń i liczby świadczeń, kształtuje w tym zakresie treść przyszłej umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. Z kolei występująca podczas negocjacji ostateczna rozbieżność cenowa, wynikająca z dobrowolnych oświadczeń woli składanych przez każdą ze stron w trakcie prowadzonych negocjacji, uniemożliwia zawarcie umowy, ale nie świadczy o naruszeniu interesu prawnego Oferenta. W przypadku nie dokonania zbieżnych ustaleń w zakresie ceny świadczeń nie można uznać, że strony w jakikolwiek sposób ustaliły treść przyszłej umowy, ani nawet nie sposób przyjąć, że ustaliły istotne postanowienia takiej umowy. Brak porozumienia co do liczby lub ceny świadczeń powoduje też, że brak jest możliwości wybrania do zawarcia umowy Oferenta, z którym nie nastąpiło porozumienie odnośnie ceny i liczby świadczeń

Brak porozumienia w zakresie któregośkolwiek z elementów stanowiących przedmiot negocjacji (cena albo liczba świadczeń) powoduje także, iż oferta, co do której Oferent i Komisja konkursowa nie doszły do porozumienia plasuje się w końcowej części rankingu końcowego, niezależnie od oceny oferty dokonanej za kryteria niecenowe.

Z protokołu końcowego z negocjacji z dnia 17 grudnia 2010 roku wynika, że strony nie doszły do porozumienia w zakresie ceny świadczeń, ani liczby świadczeń. Odzwierciedleniem braku porozumienia było sporządzenie protokołu końcowego w swej treści rozbieżnego.

Oferent nie chciał zaakceptować propozycji cenowej złożonej przez komisję konkursową. Zaproponowanie natomiast przez komisję konkursową ceny jednostkowej wyższej niż 1,07 zł czego oczekiwał Oferent, nie było możliwe. W ówczesnej sytuacji finansowej MOW NFZ spowodowałoby to bowiem zmniejszenie liczby zakontraktowanych świadczeń, a to rzutowałoby na brak zabezpieczenia dostępności do świadczeń, bądź znaczne ograniczenie dostępności do świadczeń dla świadczeniobiorców na rzecz których działa Fundusz, co wynika z przepisu art. 97 ust. 2 ustawy o świadczeniach, który stanowi, że 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.

Podkreślenia wymaga również fakt, że zgodnie z art. 132 ust. 5 ustawy o świadczeniach wysokość łącznych zobowiązań Funduszu wynikających z zawartych ze świadczeniodawcami umów nie może przekroczyć wysokości kosztów przewidzianych na ten cel w planie finansowym Funduszu. Z drugiej strony MOW NFZ w Krakowie mając na uwadze planowaną liczbę świadczeń opieki w rodzaju leczenie stomatologiczne, która potrzebna jest dla zapewnienia prawidłowej dostępności do tego rodzaju świadczeń dla świadczeniobiorców, musi dbać o właściwe zabezpieczenie dostępności do świadczeń,

zawierając umowy z podmiotami, które wyrażą wolę i będą w stanie udzielać świadczeń opieki zdrowotnej na odpowiednim poziomie, za wynagrodzeniem, które możliwe będzie do uzgodnienia przez strony i będzie mogło być wypłacone przez Fundusz.

W trakcie negocjacji strony nie wypracowały zbieżnego stanowiska, co więcej komisja zmuszona była podpisać protokół końcowy z negocjacji jednostronnie.

Nie przedstawienie przez oferenta propozycji cenowej i wynikająca z tego ostateczna rozbieżność stron co do ceny świadczeń, czyniła w istocie bezcelowym i uniemożliwiła podjęcie wiążących uzgodnień odnośnie liczby świadczeń, bowiem nie ustalono ceny, za którą świadczenia miałyby być udzielane.

Zaznaczyć też należy, że brak jest przepisu prawa, z którego wynikałby interes prawny Oferenta, który wskutek powyższego postępowania Komisji zostałby naruszony.

Jednocześnie wskazać należy, że przepis art. 142 ust. 5 ustawy o świadczeniach wskazuje, że w części niejawnego konkursu ofert komisja może: 1) wybrać ofertę lub większą ilość ofert, które zapewniają ciągłość udzielania świadczeń opieki zdrowotnej, ich kompleksowość i dostępność oraz przedstawiają najkorzystniejszy bilans ceny w odniesieniu do przedmiotu zamówienia; 2) nie dokonać wyboru żadnej oferty, jeżeli nie wynika z nich możliwość właściwego udzielania świadczeń opieki zdrowotnej.

Wskazać też trzeba, że nie dokonanie zbieżnych ustaleń w zakresie ceny świadczeń nie mogło mieć wpływu i nie miało wpływu na naruszenie interesu prawnego świadczeniodawcy w niniejszej sprawie.

Zauważyć bowiem trzeba, że brak jest przepisu prawa statuującego obowiązek dokonania zbieżnych ustaleń i przyjmowania wszystkich propozycji każdego świadczeniodawcy przez Komisję konkursową w toku negocjacji. Nie ma także przepisu prawa, który określałby obligatoryjną treść stanowisk stron formułowanych podczas negocjacji.

Jednocześnie w systemie obowiązującego prawa są regulacje, z których wynika, że w efekcie postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, możliwe i w pełni dopuszczalne jest także nie dokonanie przez Fundusz i świadczeniodawcę zbieżnych ustaleń co do ceny i liczby świadczeń, czego skutkiem będzie nie zawarcie umowy z tym świadczeniodawcą. Możliwość taka wynika w szczególności z cytowanego wyżej przepisu art. 142 ust. 5 ustawy o świadczeniach, który stanowi, że w części niejawnego konkursu ofert komisja może: 1) wybrać ofertę lub większą liczbę ofert, które zapewniają ciągłość udzielania świadczeń opieki zdrowotnej, ich kompleksowość i dostępność oraz przedstawiają najkorzystniejszy bilans ceny w odniesieniu do przedmiotu zamówienia; 2) nie dokonać wyboru żadnej oferty, jeżeli nie wynika z nich możliwość właściwego udzielania świadczeń opieki zdrowotnej.

W związku z powyższym – a zwłaszcza na tle przepisu art. 142 ust. 5 ustawy o świadczeniach – należy uznać, że nie dokonanie zbieżnych ustaleń w zakresie ceny świadczeń nie mogło mieć wpływu i nie miało wpływu na naruszenie interesu prawnego świadczeniodawcy w niniejszej sprawie.

Dodatkowo podnieść należy, że wskutek przyjętego przez komisję konkursową sposobu prowadzenia negocjacji nie doszło również do naruszenia żadnej zasady postępowania wynikającej z przepisów prawa powszechnie obowiązujących, lub wypływającej z Zarządzeń Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia. Dotyczy to zarówno zasad postępowania w rozumieniu materialnoprawnym (np. wymagania od świadczeniodawców) czy proceduralnym (np. warunki prowadzonego postępowania). Nie miało bowiem miejsca, w szczególności, ani naruszenie obowiązku przeprowadzenia przez komisję konkursową negocjacji z co najmniej z dwoma oferentami (art. 142 ust. 7 ustawy o świadczeniach), gdyż w takim zakresie negocjacje zostały przeprowadzone, ani też nie nastąpiło naruszenie zasady równego traktowania świadczeniodawców (art. 134 ust. 1 ustawy o świadczeniach), bo wszyscy oferenci znajdujący się w analogicznej sytuacji faktycznej i prawnej potraktowani zostali równoprawnie. Zważyć należy, że zasada równego traktowania nie może oznaczać i nie oznacza traktowania jednakowego (wówczas, z wszystkimi oferentami – bez względu na treść złożonych przez nich ofert i w oderwaniu od stanu prawnego i faktycznego - trzeba by zawrzeć jednakowe umowy).

W tym kontekście zwrócić należy uwagę na okoliczność, że wyznaczana przedmiotem zamówienia liczba i wartość świadczeń nie mogła pozostać bez wpływu na to, jakie zachowanie komisji konkursowej było na określonym etapie postępowania prawidłowe i że znajduje uzasadnienie sporządzenie rozbieżnego protokołu z negocjacji w przypadku nie zaproponowania przez Oferenta ceny i liczby świadczeń. Podkreślenia wymaga, że ze wszystkimi oferentami, z którymi nie dokonano zbieżnych ustaleń w zakresie ceny świadczeń (czyli w przypadku wystąpienia rozbieżności ceny – tak jak w przedmiotowej sprawie) protokół końcowy z negocjacji spisywany był w taki sam sposób, jak w niniejszym przypadku.

Mając to wszystko na względzie Dyrektor Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia nie stwierdził w postępowaniu komisji konkursowej naruszeń przepisów prawa powszechnie obowiązującego, lub innych zasad postępowania, które mogłoby – bezpośrednio lub choćby pośrednio – skutkować innym rozstrzygnięciem konkursu ofert, w szczególności zaś – wyborem oferty odwołującego się.

Dyrektor Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia rozpatrując ponownie sprawę i biorąc pod uwagę wytyczne Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia ustalił, że komisja konkursowa zaproponowała oferentowi w protokole końcowym z negocjacji w zarówno cenę, liczbę oraz wartość świadczeń. Wartości „0” („zero”) widnieją natomiast w protokole końcowym z negocjacji po stronie oferenta ponieważ nie przedstawił

własnej propozycji ceny i ilości świadczeń. Wpisanie w protokole końcowym po stronie oferenta wartości „0” było zatem efektem braku porozumienia w zakresie ceny i liczby świadczeń i nie wywarło wpływu na rozstrzygnięcie postępowania dokonane przez komisję konkursową, a także, nie wywołało skutku w postaci naruszenia interesu prawnego odwołującego się Oferenta.

Mając również na uwadze dokonane powyżej rozważania dotyczące pojęcia „interesu prawnego” oraz stanowisko prawne dotyczące naruszenia interesu prawnego, mające umocowanie w orzecznictwie oraz piśmiennictwie przywołanych w niniejszej decyzji, należy wskazać także, że wyrażona przez strony w trakcie negocjacji rozbieżność stanowisk w zakresie ceny świadczeń (brak porozumienia w tym zakresie z uwagi na brak propozycji ceny i ilości świadczeń ze strony świadczeniodawcy) nie spowodowała naruszenia interesu prawnego świadczeniodawcy, ani też nie mogła wpłynąć na naruszenie tego interesu prawnego.

Z uwagi na powyższe okoliczności orzeczono, jak na wstępie.

DYREKTOR
Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego
Narodowego Funduszu Zdrowia
w Krakowie

Barbara Bulcnowska

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.