

**Miejskie Centrum Stomatologiczne
Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej
Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Tarnowie
os. 25-Lecia 3a
33 – 100 Tarnów**

Decyzja
z dnia 19 10 2011 2011 r.
nr 273.12.011/STM
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 Oferenta – Miejskie Centrum Stomatologiczne Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, os. 25 – lecia 3a, 33 – 100 Tarnów, od rozstrzygnięcia postępowania nr 06-11-001284/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 1234/2011/DSOZ z dnia 30 września 2011 roku

~~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.

W dniu 29 grudnia 2010 roku do Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia w Krakowie wpłynęło odwołanie złożone przez Oferenta – Miejskie Centrum Stomatologiczne Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, os. 25 – lecia 3a, 33 – 100 Tarnów. Odwołujący się złożył odwołanie w zakresie nie wybrania do zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w części obejmującej do następujące miejsce udzielania świadczeń:

Adres miejsca udzielania świadczeń
Tarnów, ul. Sowińskiego 19 - identyfikator kom. 1800-007
Tarnów, ul. Kochanowskiego 30 - identyfikator kom. 1800-008
Tarnów, ul. Reymonta 30 - identyfikator kom. 1800-009
Tarnów, ul. Szewska 1 - identyfikator kom. 1800-010
Tarnów, ul. Kopernika 10 - identyfikator kom. 1800-011
Tarnów, ul. Kopernika 5 - identyfikator kom. 1800-012
Tarnów, ul. Skowronków 8 - identyfikator kom. 1800-013
Tarnów, ul. Poniatowskiego 5 - identyfikator kom. 1800-015
Tarnów, ul. Bitwy pod Studziankami 5 - identyfikator kom. 1800-016
Tarnów, ul. Dąbrowskiej 6 - identyfikator kom. 1800-017
Tarnów, ul. Niedomicka 20 - identyfikator kom. 1900-031
Tarnów, ul. Krzyska 118 - identyfikator kom. 1800-018
Tarnów, ul. Krupnicza 8 - identyfikator kom. 1800-019

Tarnów, ul. Bandrowskiego 6 - identyfikator kom. 1800-020
Tarnów, ul. Norwida 22 - identyfikator kom. 1800-021
Tarnów, ul. 3 - go Maja 10 - identyfikator kom. 1800-022
Tarnów, ul. Skorupki 9 - identyfikator kom. 1800-023
Tarnów, ul. Zbylitowska 7 - identyfikator kom. 1800-024
Tarnów, os. Legionów 16 - identyfikator kom. 1800-026
Tarnów, ul. Brodzińskiego 6 - identyfikator kom. 1800-027
Tarnów, ul. Romanowicza 9 - identyfikator kom. 1800-025

Dyrektor MOW NFZ w Krakowie decyzją nr 265/2011/STM z dnia 7 lutego 2011 roku oddalił odwołanie Oferenta.

Działając w oparciu o art. 154 ust. 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach Oferent złożył za pośrednictwem Dyrektora Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia odwołanie do Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia.

Prezes NFZ decyzją nr 1234/2011/DSOZ z dnia 30.09.2011 roku uchylił w całości decyzję Dyrektora MOW NFZ z dnia 30.09.2011 roku nr 265/STM/2011 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 skutek 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 wskutek 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 n. ustawy o świadczeniach i, uzupełniająco, przepisami art. 66 i n. k.c. 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 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.*).

Interes prawny świadczeniodawcy należy zatem oceniać zawsze na kanwie konkretnego postępowania i możliwości zawarcia umowy przez danego świadczeniodawcę; posiadanie interesu prawnego związane jest zawsze z oceną, czy naruszenie określonych zasad postępowania powoduje to, że świadczeniodawca pozbawiony jest możliwości zawarcia umowy. Stanowisko to potwierdza wyrok WSA w Warszawie z dnia 11 marca 2009 r. (VII SA/Wa 2013/08.): *„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. Por. M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierzanowski, Prawo zamówień publicznych, komentarz, LEX, 2007, wyd. III. Podobny, bardziej ogólny pogląd zaprezentował Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 „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 zobowiązany był do poczynienia dodatkowych, uzupełniających ustaleń faktycznych 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 wskutek tego mogło dojść do uszczerbku w interesie prawnym odwołującego się, czy też zachowanie takie nie mogło mieć i nie miało wpływu na rozstrzygnięcie oraz takiego uszczerbku nie wywołało.

Przed wydaniem decyzji administracyjnej przez Dyrektora MOW NFZ w Krakowie, Oferent został powiadomiony o przysługującym mu prawie zapoznania się z materiałami przedmiotowego postępowania i możliwości wypowiedzenia się przed wydaniem decyzji

zgodnie z zapisami art. 10 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2000 roku, Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.).

Mając na względzie powyższe, Dyrektor MOW NFZ, ponownie rozpatrując sprawę ustalił, że 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.

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

Przed wydaniem decyzji administracyjnej Dyrektor MOW NFZ w Krakowie pismem z dnia 6.10.2011 r. znak: WOII/442-151-KK/11 zawiadomił odwołującego się o prawie wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów w postępowaniu nr 06-11-001284/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.).

Dnia 7.10.2011 r. odwołujący się Oferent ponownie zaznajomił się z materiałem zgromadzonym w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący się po ponownym zapoznaniu się z materiałem postępowania, pismem z dnia 7.10.2011 r. stanowiącym odpowiedź na pismo o znaku: WOII/442-151-KK/11 oraz w związku z decyzjami Prezesa NFZ nr 1234/2011/DSOZ i nr 1232/2011/DSOZ, wniósł o udostępnienie szczegółowej wyceny punktowej ofert częściowych w zakresach świadczeń ogólnie stomatologicznych oraz świadczeń na rzecz dzieci i młodzieży do 18 r. ż., a dotyczących poniższych poradni stomatologicznych:

- Poradnia nr 4 Osiedle 25-lecia 3a,
- Poradnia nr 5 ul. Długa 18,
- Poradnia nr 7 ul. Sowińskiego 19,
- Poradnia nr 8 ul. Kochanowskiego 30.

W odniesieniu do żądania odwołującego się, szczegółowa wycena punktowa oferty została przedstawiona w zakresie dotyczącym postępowania nr 06-11-001284/STM/07/1/07.0000.221.02/1 z uwzględnieniem miejsc udzielania świadczeń wskazanych przez Oferenta w przedmiotowym odwołaniu, bowiem w tym zakresie sprawę ponownie rozpoznaje Dyrektor MOW NFZ w Krakowie. Przedstawiona informacja dotyczyła wyceny punktowej oferty odwołującego się oferenta w odniesieniu do miejsc udzielania świadczeń:

- Poradnia nr 7 ul. Sowińskiego 19,
- Poradnia nr 8 ul. Kochanowskiego 30.

Ustalono, że Komisja konkursowa przeprowadziła z Oferentem dwuetapowo negocjacje (w dniu 9.12.2010 r. oraz 21.12.2010 r. – łącznie 12 spotkań negocjacyjnych z Oferentem). W pierwszym etapie negocjacji w dniu 9.12.2010 roku Komisja konkursowa zaproponowała Oferentowi określoną cenę świadczeń, jednakże Oferent nie zaakceptował złożonej propozycji cenowej, zaskutkowało to podpisaniem przez strony protokołu rozbieżnego co do ilości i ceny. Podczas kolejnych spotkań negocjacyjnych (dnia 21.12.2010) strony doszły do porozumienia w zakresie ceny oraz liczby świadczeń w odniesieniu do wszystkich miejsc udzielania świadczeń wykazanych przez Odwołującego się w ofercie przy czym, z uwagi na dynamiczny ranking ofert, protokoły te nie stanowiły o zakończeniu negocjacji, ale stanowiły propozycję na dany etap negocjacji. Natomiast w trakcie końcowych negocjacji, które miały miejsce jeszcze w dniu 21.12.2010 r. strony ostatecznie nie doszły do porozumienia w zakresie ilości świadczeń w odniesieniu do 21 miejsc udzielania świadczeń wykazanych w ofercie Odwołującego się Oferenta, co zaskutkowało z kolei podpisaniem protokołu rozbieżnego i wpisaniem do protokołu końcowego wartości „0”.

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 odpowiednio dla miejsc udzielania świadczeń:

Punktacja oferty odwołującego się Oferenta - Miejskie Centrum Stomatologiczne Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, os. 25 – lecia 3a, 33 – 100 Tarnów							
Pozycja w rankingu końcowym	Pozycje oferty: wybrane do zawarcia umowy/ nie wybrane do zawarcia umowy	Adres miejsca udzielania świadczeń	Punktacja za:				Punkty łącznie
			Punkty za ofertę cenową	Ciągłość	Jakość	Dostępność	
10	wybrane do zawarcia umowy	Tarnów Długa 18	24,813	10	15,833	7,5	58,146

16	wybrane do zawarcia umowy	Tarnów Osiedle 25-lecia 3a	26,215	10	15,833	5,833	57,881
32	wybrane do zawarcia umowy	Tarnów Chemiczna 12	23,411	10	15,833	7,5	56,744
32	wybrane do zawarcia umowy	Tarnów Wałowa 22	23,411	10	15,833	7,5	56,744
32	wybrane do zawarcia umowy	Tarnów Mościckiego 14	23,411	10	15,833	7,5	56,744
38	nie wybrane do zawarcia umowy	Tarnów Sowińskiego 19	30	10	8,333	7,5	55,833
43	nie wybrane do zawarcia umowy	Tarnów Kochanowskiego 30	30	10	8,333	3,333	51,666
43	nie wybrane do zawarcia umowy	Tarnów Romanowicza 9	30	10	8,333	3,333	51,666
48	nie wybrane do zawarcia umowy	Tarnów Zbylitowska 7	30	10	8,333	0	48,333
48	nie wybrane do zawarcia umowy	Tarnów Osiedle Legionów 16	30	10	8,333	0	48,333
48	nie wybrane do zawarcia umowy	Tarnów Brodzińskiego 6	30	10	8,333	0	48,333
48	nie wybrane do zawarcia umowy	Tarnów Ks.Skorupki 9	30	10	8,333	0	48,333
48	nie wybrane do zawarcia umowy	Tarnów 3 Maja 10	30	10	8,333	0	48,333
48	nie wybrane do zawarcia umowy	Tarnów Norwida 22	30	10	8,333	0	48,333
48	nie wybrane do zawarcia umowy	Tarnów Bandrowskiego 6	30	10	8,333	0	48,333
48	nie wybrane do zawarcia umowy	Tarnów Krupnicza 8	30	10	8,333	0	48,333
48	nie wybrane do zawarcia umowy	Tarnów Krzyska 118	30	10	8,333	0	48,333
48	nie wybrane do zawarcia umowy	Tarnów Niedomicka 20	30	10	8,333	0	48,333
48	nie wybrane do zawarcia umowy	Tarnów Dąbrowskiej 6	30	10	8,333	0	48,333
48	nie wybrane do zawarcia umowy	Tarnów Bitwy pod Studziankami 5	30	10	8,333	0	48,333

48	nie wybrane do zawarcia umowy	Tarnów Poniatowskiego 5	30	10	8,333	0	48,333
48	nie wybrane do zawarcia umowy	Tarnów Skowronków 8	30	10	8,333	0	48,333
48	nie wybrane do zawarcia umowy	Tarnów Kopernika 5	30	10	8,333	0	48,333
48	nie wybrane do zawarcia umowy	Tarnów Kopernika 10	30	10	8,333	0	48,333
48	nie wybrane do zawarcia umowy	Tarnów Szewska 1	30	10	8,333	0	48,333
48	nie wybrane do zawarcia umowy	Tarnów Reymonta 30	30	10	8,333	0	48,333

Oferta odwołującego się Oferenta w odniesieniu do miejsc wskazanych w odwołaniu (tj. Tarnów Sowińskiego 19, Tarnów Kochanowskiego 30, Tarnów Romanowicza 9, Tarnów Zbylitowska 7, Tarnów Osiedle Legionów 16, Tarnów Brodzińskiego 6, Tarnów Ks.Skorupki 9, Tarnów 3 Maja 10, Tarnów Norwida 22, Tarnów Bandrowskiego 6, Tarnów Krupnicza 8, Tarnów Krzyska 118, Tarnów Niedomicka 20, Tarnów Dąbrowskiej 6, Tarnów Bitwy pod Studziankami 5, Tarnów Poniatowskiego 5, Tarnów Skowronków 8, Tarnów Kopernika 5, Tarnów Kopernika 10, Tarnów Szewska 1, Tarnów Reymonta 30) uplasowała się w rankingu końcowym na pozycji niższej od ofert wybranych do zawarcia umowy. Najniższa liczba punktów gwarantująca uzyskanie kontraktu wyniosła bowiem 56,744 pkt. Oferta odwołującego się w odniesieniu do w/w miejsc udzielania świadczeń uzyskała punktację niższą od ofert wybranych.

W przedmiotowej sprawie, uwzględniając wytyczne Prezesa NFZ, należało zatem rozważyć, czy w przypadku Oferenta 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 odwołującego się.

Analizie poddano zatem przede wszystkim, czy hipotetyczna zmiana ceny w toku negocjacji mogła mieć - bądź nie - wpływ na pozycję oferenta w rankingu ofert w odniesieniu do miejsc udzielania świadczeń, które nie zostały wybrane do zawarcia umowy. Dokonując ponownej analizy sytuacji Oferenta, dyrektor MOW NFZ stwierdził, że za ten element oceny oferty Odwołująca się otrzymała już maksymalną możliwą do uzyskania liczbę punktów za cenę (30 pkt), stad też zmiana ceny w toku negocjacji nie mogła mieć jakiegokolwiek wpływu na pozycję w rankingu, a kryteria niecenowe nie ulegały przecież zmianie.

Wyjaśnienia wymaga, że Komisja konkursowa składała oferentom propozycje, aż do wyczerpania łącznej liczby planowanych do zakupu świadczeń lub wartości zamówienia określonym w ogłoszeniu. Oferta Odwołującej się w odniesieniu do niewybranych do zawarcia umowy miejsc udzielania świadczeń, po przeprowadzeniu negocjacji cenowych, była nisko w rankingu, stąd też ostatecznie nie zaproponowano kontraktu, co znalazło odzwierciedlenie w protokole końcowym poprzez wpisanie propozycji „0”. Oceniając prawidłowość powyższych działań Komisji konkursowej wskazać należy, że WSA w Warszawie w Wyroku z dnia 23 stycznia 2007 roku (sygn. akt VII SA/Wa 950/06) stanął na stanowisku, że możliwości finansowe Funduszu nie mogą stanowić przedmiotu odwołania, podobnie jak działania komisji konkursowej w trakcie negocjacji liczby i ceny, mające na celu nie przekroczenie zaplanowanych środków finansowych. Złożenie zatem oferty, tak cenowej, jak i ilościowej, w sytuacji, gdy komisja konkursowa miała pełną świadomość o wyczerpaniu środków finansowych przeznaczonych na przedmiot zamówienia i braku możliwości zawarcia umowy z oferentem plasującym się nisko w rankingu z uwagi na ocenę kryteriów cenowych i niecenowych, byłoby nie tylko niecelowe, ale świadczyłoby o składaniu pozornych propozycji przez Komisji konkursowej.

W tym stanie rzeczy nie zachodzi wskazany związek przyczynowo-skutkowy między dalszym prowadzeniem negocjacji z odwołującym się, nie prowadzeniem z nim już negocjacji ani tym bardziej ze sposobem prowadzenia negocjacji, bo żaden dający się pomyśleć wariant przebiegu tego etapu postępowania nie mógł znacząco wpłynąć na ranking końcowy i sposób rozstrzygnięcia, ani zmienić faktu, że odwołujący nie zostałby w żadnym razie wybrany do zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, zatem interes prawny oferenta nie został naruszony.

Podkreślić należy, że brak propozycji kontraktu („0” w protokole) nie może stanowić o naruszeniu interesu prawnego Oferenta, jeżeli w postępowaniu wybrani zostali oferenci, z wyższą końcową punktacją ofert w rankingu. Celem postępowania konkursowego nie jest bowiem wybór wszystkich oferentów, ale jedynie tych, którzy plasują się najwyżej w rankingu ofert, a zatem tych, których oferty zostały ocenione najwyżej.

Wskutek przyjętego przez komisję konkursową sposobu prowadzenia negocjacji na tym etapie nie doszło również do naruszenia żadnej wynikającej z przepisów powszechnie obowiązujących lub z Zarządzeń wydanych na ich podstawie przez Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia zasady 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 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 też traktowania jednakowego (wówczas, z wszystkimi ofertami trzeba by zawsze jednakowego rodzaju 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 odpowiednie i że znajduje usprawiedliwienie odmienny sposób prowadzenia negocjacji z tymi oferentami, którzy znajdują się na początku i na końcu rankingu, kiedy w znaczący sposób nie może już on ulec zmianie. Podkreślenia wymaga, że ze wszystkimi oferentami sytuującymi się pod koniec rankingu protokół końcowy spisywany był w podobny sposób. Zachowanie komisji konkursowej od momentu, kiedy wiadomym już było, że niektórzy oferenci, po kilkakrotnych z nimi negocjacjach, nie mają realnych szans na wybór – w ocenie Dyrektora Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia – bardziej odpowiadało też zasadzie wyrażonej w przepisie art. 72 ust. 2 k.c., bo, odkąd brak szans na zawarcie przez niektórych oferentów umowy stał się dla komisji konkursowej oczywisty, najdalej idącym naruszeniem dobrych obyczajów byłoby składanie na tym etapie „pozornych”, niezerowych propozycji co do ilości i cen, i stwarzanie oczekiwań co do wyboru oferenta i zawarcia z nim umowy w sytuacji, kiedy w żadnym razie nie było to już możliwe.

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

Dlatego orzeczono, jak na wstępie.

DYREKTOR
Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego
Narodowego Funduszu Zdrowia
w Krakowie
Barbara 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.