

**Miejskie Centrum Stomatologii „Śródmieście”
sp. z o.o.**

**prowadząca Miejskie Centrum Stomatologii
„Śródmieście” sp. z o.o. Niepubliczny Zakład
Opieki Zdrowotnej**

pl. Św. Ducha 3

31 – 023 Kraków

Decyzja

z dnia ...16.12.2011 r.

nr 295/2011/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 Miejskie Centrum Stomatologii „Śródmieście” sp. z o.o. prowadząca Miejskie Centrum Stomatologii „Śródmieście” sp. z o.o. Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej, pl. Św. Ducha 3, 31 – 023 Kraków od rozstrzygnięcia postępowania nr 06-11-001287/STM/07/1/07.0000.214.02/1 prowadzonego w trybie konkursu ofert / ~~rekrutacji~~ w rodzaju: leczenie stomatologiczne w zakresie: świadczenia protetyki stomatologicznej oraz po ponownym rozpoznaniu sprawy zgodnie z wytycznymi zawartymi w Decyzji Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia numer 1344/2011/DSOZ z dnia 17 listopada 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.

Pismem z dnia 27 grudnia 2010 roku do Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia w Krakowie wpłynęło odwołanie złożone przez Oferenta – Miejskie Centrum Stomatologii „Śródmieście” sp. z o.o. prowadząca Miejskie Centrum Stomatologii „Śródmieście” sp. z o.o. Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej, pl. Św. Ducha 3, 31 – 023 Kraków.

Dyrektor MOW NFZ w Krakowie decyzją nr 34/2011/STM z dnia 13 stycznia 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 1344/2011/DSOZ z dnia 17.11.2011 roku uchylił w całości decyzję Dyrektora MOW NFZ z dnia 13.01.2011 roku, nr 34/2011/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 wskutek 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 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, umożliwiając 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 nadrzędemu 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 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.

Przed wydaniem decyzji administracyjnej Dyrektor MOW NFZ w Krakowie pismem z dnia 25 listopada 2011 r. o znaku WOII/442-o-1469-TB/2011 zawiadomił odwołującego się o prawie wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów w postępowaniu nr 06-11-001287/STM/07/1/07.0000.214.02/1 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 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. Dnia 1 grudnia 2011 r. w terminie określonym w zdaniu poprzedzającym, Odwołujący się zaznajomił się z w/w materiałem.

Uwzględniając powyższe 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.

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 negocjaczom elementu w postaci ceny.

Komisja konkursowa przeprowadziła z Oferentem dwuetapowe negocjacje (w dniu 2 grudnia 2010 r.). Strony w trakcie 2 spotkań negocjacyjnych nie doszły do porozumienia w zakresie ceny świadczeń. Strony podpisały protokół końcowy rozbieżny co do ilości i ceny świadczeń. 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 odwołującego się Oferenta ostatecznie w rankingu końcowym uzyskała odpowiednio dla miejsc udzielania świadczeń:

kryterium cena – 3,889 pkt,

kryterium ciągłość – 10 pkt,

kryterium jakość – 25 pkt,

kryterium dostępność – 5 pkt,

RAZEM = 43,889 pkt.

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.

Realizując wcześniej wskazane wytyczne zawarte w Decyzji Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia nr 1344/2011/DSOZ z dnia 17.11.2011 i odnosząc się do kwestii tego, 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 wskutek tego mogło dojść do uszczerbku w interesie prawnym Oferenta, należy zauważyć, co następuje.

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 któregokolwiek 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 2 grudnia 2010 roku wynika, że strony nie doszły do porozumienia w zakresie ceny świadczeń, ani liczby świadczeń. Odzwierciedleniem braku porozumienia było sporządzenie i podpisanie protokołu końcowego w swej treści rozbieżnego.

W trakcie 2 spotkań negocjacyjnych, Oferent nie zmienił oferowanej przez siebie propozycji cenowej, jednocześnie wyrażając przy tym brak akceptacji dla propozycji cenowej Komisji konkursowej.

Oferent proponował cenę 1,45 zł. za punkt.

Komisja konkursowa złożyła propozycję cenową w wartości 1,35 zł. za punkt.

Propozycja cenowa złożona przez Oferenta nie była możliwa do zaakceptowania przez Komisję konkursową, bowiem jej uwzględnienie w ówczesnej sytuacji finansowej MOW NFZ spowodowałoby 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.

Fakt, że w niniejszej sprawie strony w trakcie dwóch spotkań negocjacyjnych nie doszły do porozumienia w zakresie ceny świadczeń, znalazł odzwierciedlenie w protokole negocjacji poprzez ujawnienie rozbieżności stanowisk Funduszu i Oferenta odnośnie ceny świadczeń. **Owa ostateczna rozbieżność stron co do ceny świadczeń czyniła w istocie bezcelowym i uniemożliwiała podjęcie wiążących uzgodnień odnośnie liczby świadczeń, bowiem nie ustalono ceny, za którą świadczenia miałyby być udzielane. Okoliczność ta spowodowała wpisanie w rubryce „liczba świadczeń” cyfry „0,00” oraz wpisanie do protokołu wartości „0” („zero”). Zamieszczenie w protokole wpisów określonych w zdaniu poprzedzającym nie wywarło wpływu na rozstrzygnięcie postępowania dokonane przez komisję konkursową i wpływu takiego nie mogło wyrzucić, bowiem treść rozstrzygnięcia w stosunku do Oferenta była zdeterminowana tym, że strony nie uzgodniły ceny świadczeń, a nie innymi okolicznościami.**

Wpisanie przez członków Komisji konkursowej cyfry „0,00” w kolumnie odnoszącej się do ilości świadczeń było jedynie konsekwencją rozbieżności w zakresie ceny świadczeń.

Zaproponowanie przez komisję konkursową w protokole końcowym z negocjacji w rubryce „liczba świadczeń” cyfry „0,00” oraz wartości „0” („zero”).

w niniejszej sprawie nie spowodowało także uszczerbku w interesie prawnym Oferenta, oraz uszczerbku takiego nie mogło spowodować. W szczególności bowiem w niniejszej sytuacji nie było celowe, ani zgodne z zasadami współżycia społecznego i zasadą lojalności negocjacyjnej, proponowanie liczby świadczeń, gdy strony nie uzgodniły ceny świadczenia, wskutek czego nie mogło dojść do ustalenia istotnych postanowień umowy w zakresie ceny świadczeń i ich wartości.

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

Brak jest także przepisu prawa, który określałby obligatoryjną treść stanowisk stron formułowanych podczas negocjacji. Ponadto brak jest także przepisu prawa, który nakazywałby Funduszowi przyjmowanie wszystkich propozycji składanych podczas negocjacji przez oferentów, w tym także propozycji cenowych przekraczających możliwości finansowe Narodowego Funduszu Zdrowia.

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 braku dokonania przez strony (Fundusz i Oferenta) zgodnych ustaleń w zakresie ceny świadczenia. Podkreślenia wymaga, że ze wszystkimi oferentami, z którymi nie dokonano zbieżnych ustaleń w zakresie ceny świadczeń (czyli w przypadku wystąpienia rozbieżności cenowe – tak jak w przedmiotowej sprawie) protokół końcowy z negocjacji spisywany był w taki sam sposób, jak w niniejszym przypadku.

DYREKTOR
Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego
Narodowego Funduszu Zdrowia
Kraków
Barbara Białanowska

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.