

Kraków, dnia 15. 11. 2017

Znak: WOKSI.422.55.2017

REH.FSZ

Decyzja

z dnia 15. listopada 2017 roku

nr. 22/REH/2017

Dyrektora

Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia

Działając na podstawie art. 154 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (t.j.: Dz. U. z 2017 r., poz. 1938), zwaną dalej „Ustawą” oraz art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j.: Dz. U. z 2017 r., poz. 1257), po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez oferenta Specjalistyczny Szpital im. E. Szczeklika w Tarnowie, reprezentowanego przez Dyrektora Marcina Kutę, zwanego dalej „Odwołującym się”, od rozstrzygnięcia postępowania nr 06-17-000524/REH/05/1/05.2300.022.02/01 prowadzonego w trybie konkursu ofert, w rodzaju: rehabilitacja lecznicza, w zakresie: rehabilitacja ogólnoustrojowa w ośrodku/oddziale dziennym, Dyrektor Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia:

uwzględnia odwołanie.

UZASADNIENIE

W postępowaniu nr 06-17-000524/REH/05/1/05.2300.022.02/01 przeprowadzonym w trybie konkursu ofert ranking końcowy przedstawiał się następująco:

Nazwa oferenta	Punkty za ofertę cenową	jakość	kompleksowość	dostępność	ciągłość	Inne*	Punkty razem za nie cenowe kryteria	Punkty łącznie	Status negocjacji	Decyzja o wybraniu TAK/NIE
"GERONIMO" M. Mielak, S. Zwolenik Spółka Jawna	10,000	33,000	0,000	6,000	4,000	0,000	43,000	53,000	zbieżne ostateczne	TAK
ZESPÓŁ PRZYCHODNI SPECJALISTYCZNYCH SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ	5,000	30,000	2,000	5,000	4,000	2,000	43,000	48,000	zbieżne ostateczne	TAK

Nazwa oferenta	Punkty za ofertę cenową	jakość	kompleksowość	dostępność	ciągłość	Inne*	Punkty razem za nie cenowe kryteria	Punkty łącznie	Status negocjacji	Decyzja o wybraniu TAK/NIE
SZPITAL WOJEWÓDZKI IM.SW.ŁUKASZA SAMODZIELNY PUBLICZNY ZAKŁAD OPIEKI ZDROWOTNEJ W TARNOWIE	10,000	15,000	4,000	5,000	0,000	0,000	24,000	34,000	zbieżne ostateczne	TAK
SPECJALISTYCZNY SZPITAL IM. E. SZCZEKLIKA W TARNOWIE	5,000	18,000	2,000	6,000	0,000	0,000	26,000	31,000	zbieżne ostateczne	NIE

* Współpraca z Agencją – realizacja umowy, o której mowa w art. 311c ust. 4 ustawy o świadczeniach, w zakresie świadczeń objętych przedmiotem postępowania.

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

Odwołujący się pismem z dnia 2 października 2017 roku (wpływ do Małopolskiego OW NFZ w Krakowie w dniu 3 października 2017 roku) wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania.

Odwołujący się w swym odwołaniu wskazał na naruszenie przez komisję konkursową zasady równego traktowania wszystkich świadczeniodawców wraz z pominięciem zasad uczciwej konkurencji, jak również z naruszeniem reguł postępowania, w szczególności art. 134, 147 i 153 Ustawy, przepisów rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 15 grudnia 2004 r. w sprawie sposobu ogłaszania o postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej przez Narodowy Fundusz Zdrowia, zapraszania do udziału w rokowaniach, składania ofert, powoływania i odwoływania komisji konkursowej oraz jej zadań. Powyższe Odwołujący się, posiłkując się orzecznictwem sądów administracyjnych, wskazywał, że w toku postępowania odwoławczego Organ musi ujawnić i zbadać wszelkie okoliczności związane z punktacją (lub jej brakiem). Odwołujący się opisał również przebieg korespondencji z komisją konkursową, w tym wniesiony protest i jego oddalenie. Przywołał także, że już po ogłoszeniu konkursu zwrócił się pismem z dnia 31 lipca 2017 roku do Małopolskiego OW NFZ w Krakowie z prośbą o wyjaśnienie wątpliwości związanych z ogłoszonym konkursem w pytaniach ankietowych nr 1.2, 1.3 i 1.5. Odwołujący twierdził, że Dyrektor Oddziału udzielił odpowiedzi w piśmie z dnia 7 sierpnia 2017 roku (dzień poprzedzający termin składania ofert), które wpłynęło do Szpitala dopiero dnia 14 sierpnia 2017 roku, a więc 6 dni po upływie terminu wyznaczonego na składanie ofert. Pismo zostało wysłane pocztą pomimo, że oczywiste było, iż nie dotrze ono do adresata przed terminem składania ofert i, że będzie on musiał złożyć ofertę bez uzyskania wyjaśnienia sygnalizowanych przez niego wątpliwości. Zamknęło to Szpitalowi drogę do uzupełnienia oferty na zasadzie § 18 Zarządzenia Nr

18/2017/DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 14 marca 2017 roku w sprawie warunków postępowania dotyczącego zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej.

W ocenie Odwołującego się, wskutek takiego działania Szpital stracił w punktacji dodatkowej w zakresie zatrudnienia lekarzy 12 punktów, a fizjoterapeutów – 3 punkty. Odwołujący wskazał też, że rozstrzygnięcie postępowania już w dniu 25 września uniemożliwiło Szpitalowi złożenie protestu na wszystkie czynności Komisji dokonane w okresie od 15 do 25 września, w tym na rozstrzygnięcie protestu, co stanowi rażące naruszenie zasad postępowania. Wniósł także o uwzględnienie powyższych wyjaśnień i uchylenie rozstrzygnięcia postępowania.

W dniu 24 października 2017 roku Odwołujący się złożył pismo uzupełniające do odwołania, w którym wskazał, jakoby z akt postępowania konkursowego wynikało, że Szpital Wojewódzki im. Św. Łukasza w Tarnowie w dniu 21 sierpnia 2017 roku uzupełnił złożoną przez siebie ofertę, wskazując dodatkowe godziny pracy magistra fizjoterapii. W ten sposób, wedle Odwołującego się, NFZ naruszył zarówno zasadę równego traktowania oferentów biorących udział w konkursie, jak i zasadę uczciwej konkurencji, gdyż w takich samych okolicznościach Specjalistycznemu Szpitalowi im. E. Szczeklika w Tarnowie odmówiono przyznania dodatkowych punktów. Odwołujący się wniósł o udostępnienie akt postępowania konkursowego, w tym również oferty Zespołu Przychodni Specjalistycznych Sp. z o. o., gdyż jego zdaniem oferty złożone w postępowaniu o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej są jawne, a oferenci nie mają podstaw prawnych do zastrzeżenia całej swojej oferty, ponieważ muszą pozostać jawne wszystkie te elementy, które pozwalają na dokonanie oceny, czy dana oferta spełnia postawione w postępowaniu wymogi. Zdaniem Odwołującego się, bezkrytyczne przyjęcie zastrzeżenia całej oferty stanowi naruszenie zasady jawności i uniemożliwia dokonanie weryfikacji oferty przez pozostałych oferentów biorących udział w postępowaniu.

Rozpoznając odwołanie Organ zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności wnikliwego rozważenia wymagają zarzuty naruszenia zasad równego traktowania wszystkich świadczeniodawców ubiegających się o zawarcie umowy oraz zasad uczciwej konkurencji pomiędzy świadczeniodawcami (art. 134 Ustawy), co, zdaniem Odwołującego się, miałyby dokonać się poprzez przyznanie dodatkowych punktów Szpitalowi Wojewódzkiemu im. Św. Łukasza w Tarnowie, a nie przyznanie dodatkowych punktów Specjalistycznemu Szpitalowi im. E. Szczeklika w Tarnowie, jakoby w takich samych okolicznościach faktycznych.

Należyta ocena przedmiotowych zarzutów wymaga poczynienia uwag natury ogólnej.

Postępowanie prowadzone przez komisję, zmierzające do wyłonienia najkorzystniejszej oferty na udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, jest wzorowane na czynnościach poprzedzających zawarcie umowy cywilnoprawnej, a uregulowanych w Kodeksie cywilnym (tak m.in.: wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego w sprawach sygn. II GSK 186/06 i II GSK 54/07). Konsekwencją cywilnoprawnego charakteru czynności prawnych w takim postępowaniu jest, w szczególności, to, że oświadczenia woli składane w postępowaniu podlegają wykładni i należy je tłumaczyć tak, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których zostały złożone, zasady

współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje (art. 65 k.c.). „Życzliwa interpretacja” (benigna interpretatio) oświadczenia woli ma wspomóc uznanie czynności prawnej za ważną i skuteczną. Wyraża ona dyrektywę, w myśl której w toku interpretacji należy raczej przyjąć takie znaczenie oświadczenia woli, jakie dozwala utrzymanie czynności prawnej niż kwalifikowanie jej jako nieważnej lub bezskutecznej. Reguła ta nakłada więc na interpretatora obowiązek nie tylko rozważenia, czy niejasnemu na pierwszy rzut oka oświadczeniu można przypisać jakiś w ogóle sens, ale też, czy nie pozostaje on w sprzeczności z zakazami prawnymi, a w konsekwencji, czy w ramach wykładni nie można ustalić takiego znaczenia oświadczenia woli, które zarzudem takim nie byłoby obciążone. Za przyjęciem tej reguły, jako ogólnej dyrektywy interpretacyjnej (favor negotii), w piśmiennictwie przedstawiono szereg argumentów. Najpierw należy wyjść z ogólnego założenia, że oświadczenia woli składane są właśnie dlatego, aby wywołać skutki prawne. Jeżeli więc w świetle innych reguł wykładni nie da się jednoznacznie ustalić sensu oświadczenia woli, to należy przyjąć takie jego znaczenie, jakie nie jest sprzeczne z prawem lub zasadami współżycia społecznego. W tym świetle benigna interpretatio wszystkich oświadczeń woli (favor negotii) znajduje oparcie w ogólnym wzorcu człowieka działającego racjonalnie, a więc dobierającego efektywne środki działania dla osiągnięcia zamierzonego celu (Z. Radwański [w:] „System prawa prywatnego. T. 2. Prawo cywilne – część ogólna, Legalis, s. 81). Zaznacza się przy tym, że zabieg ten powinien w maksymalnej mierze prowadzić do zbliżonych znaczeń i konsekwencji prawnych, jakie określone są w świetle językowych reguł wykładni, a rekonstruowane znaczenia i konsekwencje nie mogą uchybiać normom stanowiącym o nieważności czynności prawnej (Z. Radwański, op. cit., s. 438-439) i innym normom bezwzględnie obowiązującym.

Te ogólne uwagi zyskują swój szczególny sens w postępowaniach w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, gdzie, m.in. z powodu złożonej postaci ofert, oświadczenia woli oferentów nierzadko są obarczone błędami, a tym samym są wewnętrznie sprzeczne. Unormowania regulujące przeprowadzanie tych postępowań przewidują przy tym, z jednej strony, możliwość żądania przez komisję od oferentów wyjaśnień dotyczących oferty (§ 17 ust. 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 22 grudnia 2014 r. w sprawie sposobu ogłaszania o postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, składania ofert, powoływania i odwoływania komisji konkursowej, jej zadań oraz trybu pracy), zaś, z drugiej strony, zasadę związania ofertami po upływie terminu do ich składania do czasu rozstrzygnięcia postępowania (§ 18 ust. 4 Zarządzenia 18/2017/DSOZ w zw. z art. 70³ § 1 k.c.). Te unormowania powodują, że komisja każdorazowo musi oceniać, czy błędy lub sprzeczności oświadczeń woli składających się na ofertę mogą być usunięte w drodze wykładni bądź wyjaśnień, gdzie niejasna dotąd wola oferenta będzie wyrażona jasno, a zarazem, czy ta wykładnia bądź wyjaśnienia nie doprowadzą de facto do istotnej zmiany oferty w czasie związania nią oferenta. Należy zauważyć, że uczynienie zadość tym, poniekąd przeciwnym, oczekiwaniom bywa nietatwe; jest wręcz rzeczą niemożliwą abstrakcyjne wskazanie, w jakich sytuacjach jest możliwe usunięcie błędów lub sprzeczności w drodze wykładni

bądź wyjaśnień, a w jakich sytuacjach jest to istotną zmianą oferty – okoliczności te należy oceniać w konkretnym przypadku. W każdym jednak razie, przepis art. 134 Ustawy nakazuje, ażeby taka sama lub podobna treść ofert lub wyjaśnień wiązała się z analogicznymi konsekwencjami dla wszystkich oferentów.

Z tego punktu widzenia zawarty w odwołaniu zarzut, że Szpital Wojewódzki im. Św. Łukasza w Tarnowie i Specjalistyczny Szpital im. E. Szczeklika w Tarnowie zostali ocenieni inaczej **w takich samych** okolicznościach jest częściowo nietrafny. Oferty obu podmiotów były, owszem, wewnątrznie sprzeczne, co wymagało wyjaśnień, jednak ich wyjaśnienia były z gruntu różne – o ile Odwołujący się w ramach wyjaśnień powołał się na fakt posiadania dodatkowego personelu, w ofercie nie wskazanego, a tyle jego Konkurent powołał się jedynie na fakt zmiany harmonogramu pracy personelu już w ofercie wskazanego.

W ocenie Dyrektora Małopolskiego OW NFZ, uwadze komisji uszło jednak, że sytuacje te, choć **nie takie same**, były jednak o tyle **podobne**, że Konkurent Odwołującego, przy zmianie harmonogramu pracy personelu, „poszerzył” ów harmonogram o dodatkowe godziny, a zatem de facto i on „poszerzył” potencjał wykonawczy o nowy element, nie wynikający wyraźnie z brzmienia oferty. **Podobieństwo** tych sytuacji w tym konkretnym postępowaniu jest, w ocenie Dyrektora Małopolskiego OW NFZ, **na tyle duże**, że uzasadnia ono podobną ocenę sytuacji i podobne konsekwencje, podczas kiedy komisja te sytuacje oceniła odmiennie, z różnymi dla poszczególnych oferentów konsekwencjami. (Podkreślenia wymaga tu, że Dyrektor Małopolskiego OW NFZ nie przesądza zarazem, czy w tej, konkretnej sytuacji, należało wyjaśnienia uwzględnić przyznaniem punktów za spełnienie warunku dodatkowo ocenianego, czy też wyjaśnień tych nie uwzględnić i punktów nie przyznać; przesądza tylko, że należało te podobne sytuacje ocenić podobnie u każdego z konkurujących oferentów). Ocena komisji, w każdym wypadku, miała wpływ na wynik postępowania, a więc i na interes prawny Odwołującego się, albowiem – przy podobnej ocenie omawianego zagadnienia – w każdym wypadku różnica punktowa do jego Konkurenta zostałaby zniwelowana, zaś oba podmioty w rankingu końcowym zamieniłyby się miejscami, wskutek czego Odwołujący się zyskałby szansę na zawarcie umowy.

Wobec uznania tego zarzutu za częściowo zasadny, zbędne stało się też rozważanie pozostałych zarzutów.

Mając na uwadze powyższe należało postanowić jak na wstępie.

p.o. Z-ca Dyrektora ds. Medycznych
Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego
Narodowego Funduszu Zdrowia
w Krakowie

Teresa Biela

Decyzje otrzymują:

- 1) Specjalistyczny Szpital im. E. Szczeklika w Tarnowie, ul. Szpitalna 13, 33-100 Tarnów - strona składająca odwołanie,
- 2) Zespół Przychodni Specjalistycznych Sp. z o.o., ul. Marii Skłodowskiej-Curie 1, 33-100 Tarnów - strona wybrana do zawarcia umowy,
- 3) "GERONIMO" M. Mielak, S. Zwolenik Spółka Jawna, ul. Mościckiego 14, 33-100 Tarnów - strona wybrana do zawarcia umowy,
- 4) Szpital Wojewódzki im. Św. Łukasza SPZOZ w Tarnowie, ul. Lwowska 178a, 33-100 Tarnów - strona wybrana do zawarcia umowy,
- 5) Organ a/a.

Pouczenie:

Na podstawie art. 154 ust. 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (t.j.: Dz. U. z 2017 r., poz. 1938) od niniejszej decyzji przysługuje wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy. Wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy składa się do Dyrektora Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia, ul. Ciemna 6, 31 – 056 Kraków w terminie 7 dni od dnia otrzymania niniejszej decyzji. Od decyzji Dyrektora Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia wydanej na skutek ponownego rozpatrzenia sprawy przysługiwać będzie środek zaskarżenia do sądu administracyjnego. Zgodnie z art. 52 § 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1370 ze zm.) jeżeli stronie przysługuje prawo do zwrócenia się do organu, który wydał decyzję z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy, strona może wnieść skargę do sądu administracyjnego na tę decyzję bez skorzystania z tego prawa. Skargę wnosi się do sądu administracyjnego za pośrednictwem Dyrektora Oddziału Wojewódzkiego Funduszu w terminie trzydziestu dni od dnia doręczenia skarżącemu decyzji. Wpis od skargi wynosi 200 zł. Strona może w trakcie biegu terminu do złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy zrzec się prawa do złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy wobec organu administracji publicznej, który wydał decyzję. (Art. 127a. § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1257.) stosuje się odpowiednio do wniosków o ponowne rozpatrzenie sprawy, o których mowa w art. 154 ust. 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych).