

WO III/442-0-1448-IB/17

Kraków, dnia 10.11.2011 r.

**LARMED – PAPIEŻ I WSPÓLNICY SPÓŁKA
JAWNA**
ul. Lwowska 17/1
30-548 Kraków

Decyzja

z dnia 10.11.2011 r.

nr 61/LSZ/2011

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 – Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Centrum Medyczne LARMED utworzonym przez LARMED – PAPIEŻ I WSPÓLNICY SPÓŁKA JAWNA ul. Lwowska 17/1 30 – 548 Kraków reprezentowaną przez Pana Leszka Świerczka Radcę Prawnego z kancelarii Barta Świerczek Kancelaria Radców Prawnych Spółka Partnerska na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 grudnia 2010 r. od rozstrzygnięcia postępowania nr 06-11-000965/LSZ/03/1/03.4610.032.02/1 prowadzonego w trybie konkursu ofert / ~~rekowań~~* w rodzaju: leczenie szpitalne w zakresie: otolaryngologii – zespół chirurgii jednego dnia oraz po ponownym rozpoznaniu sprawy zgodnie z wytycznymi zawartymi w Decyzji Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia numer 1215/2011/DSOZ. z dnia 28 września 2011 r.

~~uwzględniam~~/oddalam* odwołanie

**PRIORYTET
PRIORITAIRE**

**ZA POTWIERDZENIEM ODBIORU
POLECONY**

* niepotrzebne skreślić

DO WYSŁANIA

10 11 2011
wpłynęło dnia

EKSPEDIOWANO

dnia 10 11 2011

UZASADNIENIE

Zgodnie z postanowieniami art. 152 ust. 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.), 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 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, 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 30 grudnia 2010 roku do Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia w Krakowie wpłynęło odwołanie złożone przez Oferenta – Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Centrum Medyczne Larmed w Krakowie utworzony przez LARMED – PAPIEŻ I WSPÓLNICY SPÓŁKA JAWNA ul. Lwowska 17/1 30 – 548 Kraków reprezentowany przez Pana Leszka Świerczka Radcę Prawnego z kancelarii Barta Świerczek Kancelaria Radców Prawnych Spółka Partnerska na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 grudnia 2010 r.

Dyrektor MOW NFZ w Krakowie w dniu 24 stycznia 2011r. oddalił odwołanie Oferenta.

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

Prezes NFZ decyzją nr 1215/2011/DSOZ z dnia 28 września 2011 roku uchylił decyzję Dyrektora MOW NFZ z dnia 24 stycznia 2011 r. roku nr 45/LSZ/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 odjęte 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 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 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, 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 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 skutek 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 Dyrektor MOW NFZ w Krakowie zawiadomił odwołującego się o prawie wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów w postępowaniu nr 06-11-000965/LSZ/03/1/03.4610.032.02/1 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.). Oferent wyraził zamiar skorzystania z przysługującego mu prawa i dnia 28 października 2011 r. ponownie zaznajomił się z materiałem zgromadzonym w sprawie. Odwołujący się w terminie 7 dni od dnia zaznajomienia się z materiałem zgromadzonym w sprawie nie wnosił żądań ani nie składał oświadczeń stanowiących uzupełnienie argumentacji podnoszonej uprzednio w odwołaniu.

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.

Negocjacje przeprowadzone były oddzielnie z każdym oferentem w II turach. W I turze Komisja przeprowadziła negocjacje ze wszystkimi oferentami w celu uzgodnienia najkorzystniejszej ceny pozwalając dobrowolnie oferentowi wskazać jego ostateczną cenę. Każdy z oferentów ma prawo zaproponować cenę niższą lub wyższą od oczekiwanej. Ponadto Komisja konkursowa oceniała daną ofertą biorąc pod uwagę:

1/ jakość, która jest oceniana w szczególności poprzez:

- a/ kwalifikacje personelu, jego umiejętności oraz doświadczenie,
- b/ wyposażenie oferenta w sprzęt i aparaturę medyczną,
- c/ zewnętrzną ocenę jakości,
- d/ wyniki kontroli przeprowadzonej przez NFZ,

2/ ciągłość, która jest oceniana w szczególności poprzez ryzyko jej przerwania w wyniku niespełnienia przez oferenta wymagań określonych dla zakresu w dniu złożenia oferty,

3/ dostępność która jest oceniana w szczególności poprzez:

- a/ liczbę dni i godzin pracy w harmonogramie pracy,
 - b/ organizacje przyjęć świadczeniobiorców,
 - c/ brak barier dla osób niepełnosprawnych,
- oraz jak wskazano wyżej
- 4/ cena oceniania poprzez odniesienie ceny jednostki rozliczeniowej zaproponowanej przez oferenta w ofercie lub stanowiącej końcowy wynik negocjacji w stosunku do ceny oczekiwanej przez NFZ w danym postępowaniu w sprawie zawarcia umowy.

W konsekwencji suma punktów uzyskanych za poszczególne kryteria przekłada się wprost na miejsce w rankingu końcowym. Pozycja w rankingu została wyliczona przez system informatyczny na podstawie informacji zawartych w ofertach i w oparciu o w/w kryteria oceny ofert, cenowe i niecenowe, określone w zarządzeniu Nr 73/2009/DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia, które miały zastosowanie do przedmiotu niniejszego postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej.

Podczas końcowych negocjacji w dniu 21 grudnia 2010 r. strony ostatecznie nie doszły do porozumienia, co zaskutkowało podpisaniem protokołu rozbieżnego. Wyjaśnić należy, że 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:

- w kryterium ceny – 15 pkt
- kryterium ciągłość – 9,167 pkt
- kryterium jakość – 0,000 pkt
- kryterium dostępność – 5 pkt

RAZEM = 29,167 pkt

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

Oferta odwołującego się Oferenta uplasowała się w rankingu końcowym na pozycji niższej od ofert wybranych do zawarcia umowy. Najniższa liczba punktów gwarantująca uzyskanie kontraktu wyniosła bowiem **60,834 pkt**.

Oferta odwołującego się zajęła ostatnie miejsce w rankingu. Ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu było 6, a wybrano 1 oferenta celem zawarcia z nim umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej.

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. Dokonując ponownej analizy sytuacji Oferenta, dyrektor MOW NFZ stwierdził, że za ten element oceny oferty Odwołujący się otrzymał 15 pkt. Natomiast gdyby przyjąć, że oferent uzyskałby maksymalną możliwą do uzyskania liczbę punktów za kryterium ceny (30 pkt), pozycja jego oferty w rankingu końcowym uległaby zmianie, natomiast nie zmienia to faktu, że jego oferta nadal znajdowałaby się w kategorii ofert nie wybranych do zawarcia umowy. Oferta odwołującego się nadal znajdowałaby się na pozycji poniżej tzw. linii odcięcia, wśród ofert które nie zakwalifikowały się do ujęcia w rozstrzygnięciu postępowania jako oferta wybrana do zawarcia umowy. Stąd też zmiana ceny w toku negocjacji nie mogła mieć jakiegokolwiek wpływu na możliwość dokonania wyboru oferty Odwołującego się do zawarcia umowy.

Zważyć także należy, że dnia 21 grudnia 2010 roku strony podpisały protokół końcowy z negocjacji wyrażający stanowisko rozbieżne. Rozbieżność stanowisk w protokole końcowym z negocjacji oznacza, że oferta nie zostanie wybrana. W przypadku pozycji ofert z rozbieżnymi stanowiskami system informatyczny przyjmuje pierwotną cenę wskazaną przez oferenta. Zaznaczenia przy tym wymaga, że – jak wskazano wyżej – w niniejszym przypadku dokonanie przez oferenta w toku negocjacji nawet maksymalnego możliwego obniżenia ceny, nie wpłynęłoby na jego pozycję w rankingu końcowym, w sposób umożliwiający dokonanie wyboru oferenta do zawarcia umowy. Zmiana ceny nie spowodowałaby uzyskania przez oferenta takiej łącznej ilości punktów, która umożliwiłaby dokonanie jego wyboru do zawarcia umowy.

Wyjaśnienia wymaga, że Komisja konkursowa składała oferentom propozycje, aż do wyczerpania łącznej liczby planowanych do zakupu świadczeń lub wartości zamówienia określonym w ogłoszeniu. Oferta Odwołującego się, po przeprowadzeniu negocjacji cenowych, był nisko w rankingu, stąd też ostatecznie nie zaproponowano mu 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 Komisję konkursową.

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 wariant przebiegu tego etapu postępowania nie mógł znacząco wpłynąć na ranking końcowy i sposób rozstrzygnięcia, ani zmienić faktu, że odwołujący nie zostałby 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 (wtenczas, 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 naruszeń obowiązującego zasad przeprowadzania postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, ani też naruszenia interesu prawnego oferenta, które mogłyby – 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 Bulańska

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. Zgodnie z art. 154 ust. 5 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych 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.

Decyzję otrzymują:

1. Pan Leszek Świerczek Radca Prawny z kancelarii Barta Świerczek Kancelaria Radców Prawnych Spółka Partnerska 31 – 130 Kraków, ul. Feldmana 4/4,
2. LARMED – PAPIEŻ I WSPÓLNICY SPÓŁKA JAWNA ul. Lwowska 17/1 30 – 548 Kraków,
3. NZOZ Centrum Medyczne LARMED sp. j., 30 – 548 Kraków, ul. Lwowska 17/1