

Kraków, dnia 4 luty 2011 r.

**Szanowna Pani
Dr Stanisława Kuś
Indywidualna Praktyka Stomatologiczna
Rożnowice 326
38-323 Rożnowice**

Decyzja

z dnia 4 luty 2011 r.

nr 163/2011/STM

Dyrektora

Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia

Działając na podstawie art. 154 ust. 3 w zw. z art. 107 ust. 5 pkt 8 w zw. z art. 142 ust. 5 pkt 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.), w związku z odwołaniem złożonym przez Oferenta **Panią Stanisławę Kuś wykonującą Indywidualną Praktykę Stomatologiczną w Rożnowicach, Rożnowice 326, 38-323 Rożnowice** – od rozstrzygnięcia postępowania nr 06-11-001266/STM/07/1/07.0000.221.02/1 prowadzonego w trybie konkursu ofert/~~rokowań~~* w rodzaju LECZENIE STOMATOLOGICZNE , w zakresie ŚWIADCZENIA OGÓLNOSTOMATOLOGICZNE DLA DZIECI I MŁODZIEŻY DO UKOŃCZENIA 18 R.Ż.

~~uwzględnia~~/oddala* odwołanie

* niepotrzebne skreślić

UZASADNIENIE

Dyrektor Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia na podstawie art. 139 ust. 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, zwaną dalej „ustawą”, ogłosił dnia 16 września 2010 r. postępowanie konkursowe poprzedzające zawarcie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej nr 06-11-001266/STM/07/1/07.0000.221.02/1 w rodzaju LECZENIE STOMATOLOGICZNE w zakresie ŚWIADCZENIA OGÓLNOSTOMATOLOGICZNE DLA DZIECI I MŁODZIEŻY DO UKOŃCZENIA 18 R.Ż. na okres od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2013 r. W w/w ogłoszeniu podano również wartość zamówienia nie większą niż 769 007,93 zł. Na podstawie art. 151 ust. 1 cytowanej ustawy w dniu 18 grudnia 2010 r. nastąpiło rozstrzygnięcie przedmiotowego postępowania.

Informacja o rozstrzygnięciu postępowania została opublikowana na tablicy ogłoszeń oraz na stronie internetowej Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia w Krakowie. Wypełniona została tym samym dyspozycja zawarta w art. 151 ust. 2 ustawy, który stanowi o jawności informacji o postępowaniu w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. Zgodnie z art. 152 ust. 1 ustawy, świadczeniodawcom, których interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Fundusz zasad prowadzenia 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 świadczeniodawca biorący udział w postępowaniu może wnieść do dyrektora oddziału wojewódzkiego Funduszu, w terminie 7 dni od dnia ogłoszenia o rozstrzygnięciu postępowania, odwołanie dotyczące rozstrzygnięcia postępowania. Odwołanie wniesione po terminie nie podlega rozpatrzeniu. Zgodnie z brzmieniem art. 154 ust. 3 po rozpatrzeniu odwołania dyrektor oddziału wojewódzkiego Funduszu wydaje decyzję administracyjną uwzględniającą lub oddalającą odwołanie. Decyzja jest zamieszczana w terminie 2 dni od dnia jej wydania, na tablicy ogłoszeń oraz na stronie internetowej właściwego oddziału wojewódzkiego Funduszu.

Zgodnie z informacją zawartą w ogłoszeniu postępowania Oferenci przystępujący do konkursu ofert oprócz wymagań wynikających z przepisów prawa powszechnie obowiązującego w tym w szczególności rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 30 sierpnia 2009 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu leczenia stomatologicznego (Dz. U. z dnia 31 sierpnia

2009 r., Nr 140, poz. 1144 z późn. zm.), powinni zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy spełniać wymagania określone przez Prezesa NFZ wskazane w:

- zarządzeniu nr 55/2010/DSOZ Prezesa narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 14 września 2010 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie stomatologiczne,

- zarządzeniu nr 49/2010/DSOZ Prezesa narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 31 sierpnia 2010 r. w sprawie warunków postępowania dotyczących zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej.

Ponadto w ogłoszeniu w/w postępowania wskazano, że oferty będą oceniane zgodnie z zarządzeniem Nr 73/2009/DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 13 listopada 2009 r. w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej (ze zm.).

Oferent złożył ofertę do postępowania o w/w numerze.

Odwolujący się złożył oświadczenie, że „zapoznał się z warunkami postępowania oraz z warunkami zawierania i realizacji umów i nie zgłasza co do nich zastrzeżeń oraz przyjmuje je do stosowania”. (podpisany i złożony do oferty załącznik nr 2 do zarządzenia nr 49/2010/DSOZ Prezesa NFZ).

Dnia 29 grudnia 2010 r. do Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia w Krakowie wpłynęło odwołanie złożone przez Oferenta - Panią Stanisławę Kuś wykonującą Indywidualną Praktykę Stomatologiczną w Rożnowicach 326, 38-323 Rożnowice.

Zgodnie z treścią zawartą w art. 10 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego z dnia 14 czerwca 1960 r. (t.j. Dz. U. z 2000 r., Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.) Oferent został powiadomiony o prawie zapoznania się z materiałami postępowania prowadzonego w trybie konkursu ofert w związku ze złożonym przez Oferenta odwołaniem.

W przypadku wniesienia odwołania istotne jest pojęcie interesu prawnego świadczeniodawcy, który doznał uszczerbku. Zgodnie z wyjaśnieniem WSA w Warszawie zawartym w wyroku z dnia 10 września 2008 r. VII SA/Wa 821/08, powołując się na orzecznictwo NSA określa, że „Istotą interesu prawnego jest jego związek z konkretną normą prawa materialnego, z której podmiot legitymujący się tym interesem może wywodzić swoje racje. Może to być norma należąca do prawa administracyjnego bądź do innych gałęzi prawa, np. prawa cywilnego. W orzecznictwie sądownoadministracyjnym utrwalony został pogląd, uznawany również w doktrynie, iż podstawą legitymacji procesowej strony jest przepis prawa materialnego wskazujący na własne prawo (interes prawny) lub obowiązek podmiotu, które

podlegają skonkretyzowaniu w postępowaniu administracyjnym. Szczególnymi cechami interesu prawnego w postępowaniu administracyjnym i w prawie administracyjnym jest po pierwsze bezpośredniość związku między sytuacją danego podmiotu a wspomnianą normą prawa materialnego, na której budowany jest interes prawny. Oznacza to, że jeżeli sprawa dotyczy dwóch lub więcej podmiotów, to interes prawny mają tylko te z nich, których sytuacja prawna wynika wprost z normy prawa materialnego, a nie powstaje za pośrednictwem drugiego podmiotu. Drugą szczególną cechą interesu prawnego jest jego realność, interes ten musi rzeczywiście istnieć w dacie stosowania danych norm prawa administracyjnego. Nie może to być interes tylko przewidywany w przyszłości ani hipotetyczny. (...) Oznacza to, że konieczne jest faktyczne naruszenie zasad postępowania, które musi naruszać faktycznie istniejący interes świadczeniodawcy".

Oferent w treści odwołania zarzucił „naruszenie przepisów ustawy o ocenie ofert (art. 148), o wyborze ofert (art. 142 ust. 5 pkt 1), o prowadzeniu negocjacji z oferentami (art. 142 ust. 6), postanowienia zarządzenia nr 73/2009/DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 13 listopada 2009 r. w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, w szczególności jego § 1 ust. 1 pkt 5, jak również narusza zasadę równego traktowania wszystkich świadczeniodawców ubiegających się o zawarcie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej oraz zasadę nakładającą na NFZ obowiązek prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji, wymienione w art. 134 ust. Ustawy poprzez:

1. odmowę udzielania informacji o miejscu oferty Oferenta w tzw. rankingu ofert,
2. odmowę podania miejsca w rankingu oraz pozycji oferty w stosunku do innych ofert oraz w stosunku do tzw. linii odcięcia dla oferty Oferenta po każdym kolejnym etapie negocjacji,
3. odmowę Oferentowi prawa do dalszych negocjacji co do ceny i ilości świadczeń w sytuacji zapewnienia tego prawa innym oferentom,
4. odmowę oceny i klasyfikacji oferty Oferenta w tzw. rankingu ofert przy zastosowaniu liczby punktów, jakie oferta Oferenta uzyskała dla oceny określonej w jego ofercie pisemnej,
5. uniemożliwienie Oferentowi uczestnictwa w konkursie ofert pomimo tego, że jego oferta nie podlegała odrzuceniu,
6. umieszczenie oferty oferenta na miejscu w rankingu ofert nie zgodnym z liczbą punktów uzyskaną przez ofertę Oferenta,

7. uniemożliwienie Oferentowi złożenia nowej propozycji cenowej w toku późniejszych negocjacji,
8. naruszenie przepisów o konkursie ofert przez wprowadzenie licytacji oferentów w miejsce wymaganych (i dopuszczalnych) przez ustawę negocjacji,
9. naruszenie przepisów o wyborze ofert przez dopuszczenie możliwości nierównych i nierównoczesnych oświadczeń o postąpieniach cenowych (zmianach oferty cenowej),
10. wprowadzenie przez MOW NFZ w toku przedmiotowego postępowania konkursowego ceny maksymalnej, pomimo braku upoważnienia w przepisach prawa do określenia takiej ceny."

W związku z wyżej wymienionymi zarzutami, odwołujący się Oferent wniósł o wybranie jego oferty do zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie objętym ww. postępowaniem, ewentualnie o powtórzenie czynności obejmujących negocjacje co do ceny i ilości świadczeń oraz powtórzenie oceny oferty i powtórzenie czynności wyboru oferty do zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej.

Oferent wskazał, przepisy, które jego zdaniem zostały naruszone w toku postępowania konkursowego.

Oferent do złożonej do postępowania o w/w numerze oferty dołączył pełnomocnictwo dla osób w nim wymienionych do reprezentowania Oferenta wobec Narodowego Funduszu Zdrowia – Małopolskiego Oddziału Wojewódzkiego w Krakowie w szczególności:

- „1. w rozmowach i negocjacjach dotyczących ustalania zasad i warunków finansowania świadczeń opieki zdrowotnej, stosowanych lub projektowanych przez Narodowy Fundusz Zdrowia – Małopolski Oddział Wojewódzki w Krakowie lub proponowanych do wprowadzenia w umowach o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie leczenia stomatologicznego, zawieranych przez MOW NFZ w Krakowie,
2. do negocjowania i ustalania warunków umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie leczenia stomatologicznego w toku postępowania konkursowego, w którym uczestniczę/uczestniczymy, w tym do składania wszelkich koniecznych w tym względzie oświadczeń, z zastrzeżeniem ograniczenia wskazanego poniżej, jak również do negocjowania i ustalania warunków umowy na kolejny okres rozliczeniowy, na zasadach określonych w § 32 załącznika do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 6 maja 2008 r. w sprawie ogólnych warunków umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, lub w odpowiednich przepisach późniejszych, w tym do podpisywania w moim imieniu koniecznych protokołów rokowań i uzgodnień. W przypadku negocjacji i ustaleń, o których mowa w zdaniu poprzedzającym, podpisanie w moim/naszym imieniu protokołów

lub porozumień ustalających warunki finansowe umowy, może nastąpić tylko wówczas, jeżeli warunki finansowe zostały ustalone dla wszystkich innych podmiotów – członków Związku Lekarzy Dentystów – Pracodawców Ochrony zdrowia z siedzibą w Krakowie; którzy udzielili pełnomocnikom pełnomocnictwa tożsamego z niniejszym pełnomocnictwem;

3. w sprawach związanych z ustalaniem – dotyczących wszystkich świadczeniodawców – zasad rozliczania i wykonywania umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie leczenia stomatologicznego, zawartej przeze mnie/nas; ...”

Zważyć również należy, że po rozpoznaniu ofert w części jawnej, Komisja Konkursowa uznała ofertę odwołującego Oferenta jako spełniającą warunki formalne i nie podlegającą odrzuceniu.

Komisja konkursowa jest zobowiązana do dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty lub większej ilości ofert, które zapewniają zgodnie z art. 148 pkt. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych.

Negocjacje odbywały się zgodnie z treścią art. 142 ust 6, ust 7 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, który stanowi, że:

„6. Komisja w części niejawnej konkursu ofert może przeprowadzić negocjacje z oferentami w celu ustalenia: 1. liczby planowanych do udzielenia świadczeń opieki zdrowotnej; 2. ceny za udzielane świadczenia opieki zdrowotnej.

7. Komisja ma obowiązek przeprowadzić negocjacje co najmniej z dwoma oferentami, o ile w konkursie bierze udział więcej niż jeden oferent”

oraz z uwzględnieniem procedury wprowadzonej do stosowania w trakcie postępowań poprzedzających zawarcie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej przez Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia.

Negocjacje zgodnie z przyjętą do stosowania procedurą odbywały się dwuetapowo.

W pierwszym etapie negocjacji Oferent wyraża swoje stanowisko w zakresie ceny świadczeń. Jeżeli strony w pierwszym etapie negocjacji dochodzą do porozumienia w zakresie ceny świadczeń, zostaje sporządzony protokół z negocjacji (tzw. protokół częściowy z negocjacji – protokół do dalszych negocjacji) wyrażający zbieżne stanowisko z zakresu ceny świadczeń. Jednakże, jeżeli strony na pierwszym etapie negocjacji (dotyczący ceny świadczeń) nie dochodzą do porozumienia, zostaje sporządzony protokół z negocjacji (tzw. protokół częściowy z negocjacji – protokół do dalszych negocjacji) wyrażający rozbieżne stanowiska stron w zakresie ceny świadczeń.

W tym miejscu należy kategorycznie podkreślić, że powyższy protokół (protokół z negocjacji z danego dnia – tzw. protokół częściowy z negocjacji wyrażający stanowisko rozbieżne) w żaden sposób nie wyklucza możliwości prowadzenia dalszych negocjacji ceny świadczeń, tak, aby strony mogły znaleźć wspólne stanowisko i osiągnąć konsensus. Sporządzenie protokołu częściowego z negocjacji również z rozbieżnym stanowiskiem umożliwia prowadzenie dalszych negocjacji.

Kolejnym etapem negocjacji jest ustalenie liczby świadczeń przy jednoczesnej możliwości negocjacji ceny świadczeń. W tym miejscu komisja konkursowa daje możliwość Oferentowi wypowiedzenia się po raz kolejny w zakresie ustalonej uprzednio ceny świadczeń. Komisja konkursowa każdorazowo kieruje do Oferentów pytanie czy podtrzymują swoje dotychczas wyrażone stanowisko w zakresie ceny świadczeń. Jeżeli Oferent wyrażając uprzednio stanowisko zbieżne, potwierdza dotychczas określoną cenę świadczeń, Komisja konkursowa przyjmuje wolę Oferenta. Natomiast, jeżeli Oferent wyraża wolę zmiany swojego stanowiska, Komisja konkursowa przyjmuje wolę Oferenta i podejmuje dalsze negocjacje w zakresie ceny świadczeń uwzględniając treść § 17 ust. 4 Zarządzenia nr 49/2010/DSOZ Prezesa NFZ, który stanowi, że *„Po upływie terminu składania ofert, oferent jest związany oferta do czasu rozstrzygnięcia postępowania.”*

Oferentom, którym w toku pierwszego etapu negocjacji nie udało się osiągnąć zbieżnego stanowiska ze stanowiskiem Komisji Konkursowej, Komisja Konkursowa składa po raz kolejny propozycję cenową, po uprzednim zapytaniu skierowanym do Oferenta czy podtrzymuje swoje dotychczas wyrażone stanowisko w przedmiocie ceny świadczeń. W tym miejscu Komisja Konkursowa zawsze wyraża wolę porozumienia się z Oferentem w celu osiągnięcia zbieżnych stanowisk.

W toku negocjacji przeprowadzonych z Oferentem reprezentowanym przez osoby przez niego upoważnione, Komisja konkursowa zgodnie z przyjętą procedurą w pierwszym etapie negocjacji skierowała do Oferenta propozycję cenową, której Oferent nie zaakceptował. Strony wyraziły rozbieżne stanowisko w zakresie ceny świadczeń, co zostało uwidocznione w protokole z negocjacji z dnia 7 grudnia 2010 r. Propozycja NFZ zgodnie z zapisami protokołu była propozycją na dany dzień i mogła ulec zmianie w toku dalszych negocjacji. Protokół powyższy stanowił podsumowanie części spotkania negocjacyjnego. Strony podpisały powyższy protokół. W kolejnym etapie negocjacji – dotyczące zarówno ceny świadczeń jak i liczby świadczeń - Komisja Konkursowa skierowała do oferenta pytanie czy podtrzymuje dotychczas wyrażone stanowisko w przedmiocie ceny świadczeń. Stanowisko dotychczas wyrażone było rozbieżne. W tym miejscu osoby reprezentujące Oferenta podtrzymały swoją propozycję cenową, tym

Samym wyraziły stanowisko rozbieżne w stosunku do stanowiska Komisji konkursowej. Bezzasadne było w tym miejscu proponowanie limitu punktów dla oferty Oferenta, w przypadku kiedy strony zajęły rozbieżne stanowiska w zakresie ceny świadczeń. Biorąc pod uwagę fakt, że to koniunkcja dwóch elementów, zarówno ceny jak i liczby świadczeń, kształtuje treść przyszłej umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, konieczne jest wypracowanie przez strony zbieżnego stanowiska w trakcie prowadzonych negocjacji. Nie znajduje uzasadnienia propozycja liczby świadczeń w przypadku kiedy strony w trakcie negocjacji nie dokonają zbieżnych ustaleń w zakresie ceny świadczeń. W tym miejscu osoby reprezentujące Oferenta złożyły propozycję cenową 1,15 zł za punkt, przy propozycji Komisji Konkursowej wynoszącej 1,07 zł. Propozycja cenowa przedstawiona przez Oferenta była dla Komisji Konkursowej nie do zaakceptowania i jednocześnie Oferent nie przyjął propozycji cenowej Komisji Konkursowej. Sporządzony został protokół końcowy z negocjacji wyrażający rozbieżne stanowisko w zakresie ceny oraz liczby świadczeń, czyli elementów, które kształtują treść przyszłej umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. **Strony podpisały protokół końcowy z negocjacji wyrażający stanowisko rozbieżne.** Oferent po podpisaniu protokołu końcowego z negocjacji złożył oświadczenie o niżej przytoczonej treści: „Wobec stanowiska MOW NFZ, w świetle, którego

1. *cena oczekiwana jest ceną maksymalną, powyżej której MOW NFZ w Krakowie nie będzie prowadził negocjacji z Oferentem, oraz*
2. *MOW NFZ nie skieruje do Oferenta żadnej propozycji co do liczby świadczeń dla ceny określonej w pisemnej ofercie Oferenta, oraz*
3. *MOW NFZ nie skieruje do Oferenta żadnej propozycji co do liczby świadczeń dla innej ceny* Oferent oświadcza, że cały czas gotów jest zmodyfikować swoją ofertę co do ceny za świadczenia (wartość punktu rozliczeniowego) oraz co do liczby świadczeń w granicach określonych przepisami prawa, postanowieniami zarządzeń Prezesa MOW NFZ oraz wielkością środków finansowanych przewidzianych na zakup przez MOW NFZ świadczeń stomatologicznych w postępowaniu konkursowym na rok 2011. W związku z powyższym Oferent w dalszym ciągu oczekuje na propozycję MOW NFZ.” Oświadczenie zostało złożone przez Oferenta przy czym Komisja Konkursowa nie odniosła się do stwierdzeń stawianych przez Oferenta w odniesieniu do MOW NFZ w Krakowie. Komisja Konkursowa nie prowadziła polemiki z Oferentem w zakresie oświadczeń wymienionych w pkt. 1, 2, 3 oświadczenia Oferenta. Jednakże z uwagi na dalszą treść złożonego oświadczenia, w której Oferent stwierdził, że „Oferent oświadcza, że cały czas gotów jest zmodyfikować swoją ofertę co do ceny za świadczenia (wartość punktu rozliczeniowego) oraz co do liczby świadczeń w granicach

