

WO/ZRP – JWM/1082-D

Gdańsk, dnia 27 czerwca 2013 r.

**Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej****Medyk Sp. z o.o.****ul. Kościerska 37 C****83-210 Zblewo****DECYZJA nr 327/2013****z dnia 27 czerwca 2013 r.****Dyrektora Pomorskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia**

Działając na podstawie art. 154 ust. 3 w zw. z art. 107 ust.5 pkt 8 i art. 148 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tj. Dz. U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą o świadczeniach”, po rozpatrzeniu odwołania złożonego przez:

**Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Medyk Sp. z o.o., ul. Kościerska 37 C,  
83-210 Zblewo**

**kod rozstrzygnięcia postępowania nr 11-13-000368/AOS/02/1/02.1270.001.02/1**

**w rodzaju: ambulatoryjna opieka specjalistyczna**

**w zakresie: świadczenia w zakresie gruźlicy i chorób płuc**

**na obszar: 2213 - starogardzki**

Dyrektor Pomorskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia

1. Oddala odwołanie **Niepublicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Medyk Sp. z o.o.**,
2. Nadaje decyzji rygor natychmiastowej wykonalności.

## Uzasadnienie

W dniu 25.02.2013 r. Dyrektor Pomorskiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ ogłosił konkurs ofert poprzedzający zawarcie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej na okres 01.07.2013 r. – 30.06.2016 r. w rodzaju ambulatoryjna opieka specjalistyczna w zakresie: świadczenia w zakresie gruźlicy i chorób płuc na obszarze powiatu starogardzkiego. Ogłoszenie określało wartość zamówienia na kwotę nie wyższą niż 169.952,00 zł na okres rozliczeniowy od 01.07.2013 r. do 31.12.2013 r.

Zgodnie z ogłoszeniem, oferty w niniejszym postępowaniu należało złożyć do dnia 13.03.2013 r., a otwarcie miało nastąpić w siedzibie POW NFZ w dniu 15.03.2013 r. Decyzją Dyrektora na wniosek komisji konkursowych termin składania ofert zmieniony został na dzień 18.03.2013 r. a otwarcia ofert na dzień 20.03.2013 r. W ogłoszeniu wskazano obowiązujące przepisy dotyczące wymogów, jakie muszą być spełnione przez podmioty składające oferty.

Na ogłoszone postępowanie konkursowe wpłynęły w terminie 4 oferty, które zostały sprawdzone pod kątem spełniania warunków formalnych. Oferta Odwołującego się posiadała następujące braki formalne, do których uzupełnienia oferent został wezwany:

1. Kopia zawartej umowy (bez postanowień określających finansowanie) albo zobowiązanie podwykonawców do zawarcia umowy z oferentem, zawierające zastrzeżenie o prawie Funduszu do przeprowadzenia kontroli na zasadach określonych w ustawie (W umowie z STOMEDSTAR Ewa Zimny brak zapisu o poddaniu się podwykonawcy kontroli NFZ. W umowie z p. Krzysztofem Zającem brak doprecyzowania wskazanych w „Wykazie podwykonawców” badań dopplerowskich)

Braki formalne zostały uzupełnione w terminie, w dniu 12.04.2013 r. W trakcie postępowania nie przeprowadzono kontroli oferenta. Wartość złożonych ofert spełniających warunki wymagane wynosiła 282.197,00 zł, natomiast postępowanie zostało ogłoszone na kwotę 169.952,00 zł.

Komisja konkursowa podjęła decyzję o przeprowadzeniu negocjacji z 4 oferentami na łącznie 4 miejsca udzielania świadczeń. Negocjacje dotyczyły ilości i ceny świadczeń.

W dniu 13 czerwca 2013 r. odbyło się spotkanie negocjacyjne z Odwołującym się. Pomimo podpisania protokołu końcowego ze zbieżnym stanowiskiem stron, co do ceny oraz ilości, oferta nie znalazła się w rozstrzygnięciu postępowania. Oferta Odwołującego nie uzyskała wystarczającej liczby punktów w ocenie oferty w rankingu, który był tworzony według kryteriów

ustalonych w sposób jednolity dla wszystkich oferentów. Wybrano 2 oferty (2 miejsca udzielania świadczeń), które zostały najwyżej ocenione, wyczerpując tym łączną wartość zamówienia.

W dniu 20.06.2013 r. oferent wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia postępowania nr 11-13-000368/AOS/02/1/02.1270.001.02/1. W odwołaniu powołał się na naruszenie w toku postępowania interesu prawnego, poprzez niewybranie jego oferty do zawarcia umowy po przeprowadzonych negocjacjach. W ocenie oferenta komisja konkursowa naruszyła tym samym obowiązujące w konkursie zasady z art. 142 i 148 ustawy o świadczeniach, m in. poprzez dokonanie porównania ofert z pominięciem elementów wyszczególnionych w art. 148 ustawy. Oferent określił jako bezprawne działanie komisji w sytuacji, w której negocjacje, nawet w razie pozytywnego ich zakończenia, nie stanowią gwarancji wybrania danej oferty. Za bezprawne uznał również warunkowanie zawarcia umowy od miejsca danego świadczeniodawcy w rankingu, tworzonym już po negocjacjach, jako czynność nieprzewidziana w ustawie. Wskazał, iż jego interes prawny został naruszony poprzez wymuszenie zakupu sprzętu, który w postępowaniu był wymagany. Zakup sprzętu i pozbawienie możliwości kontynuowania istniejącej poradni naraziło oferenta na zmarnotrawienie środków pieniężnych. Sytuacja ta byłaby wytłumaczalna gdyby sprzęt był zakupiony na własne ryzyko oferenta przy przystąpieniu po raz pierwszy do konkursu, ale oferent wystąpił o przedłużenie kontraktu, do którego realizacji nigdy nie przedstawiono zarzutów.

Zgodnie z art. 10 § 1 kodeksu postępowania administracyjnego Odwołujący się został poinformowany o tym, że posiada prawo do czynnego udziału na każdym etapie postępowania, a przed wydaniem decyzji przez Dyrektora Oddziału w przedmiotowej sprawie, istnieje możliwość wypowiedzenia się co do zebranych w Oddziale dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

W dniu 25.06.2013 r. Odwołujący się zapoznał się z dokumentacją postępowania i nie wniósł uwag.

Po szczegółowym zapoznaniu się z przebiegiem postępowania konkursowego oraz treścią zarzutów podniesionych w odwołaniu, Dyrektor POW NFZ stwierdza, że:

**odwołanie złożone przez oferenta nie zasługuje na uwzględnienie.**

Oferta została przyjęta do postępowania konkursowego, a jej ocena została dokonana według jednolitych dla wszystkich świadczeniodawców kryteriów oceny określonych w przepisach prawa. Należy przy tym podkreślić, iż Prezes Funduszu, na podstawie art. 146 ust.1 pkt 3 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, był

uprawniony do określenia warunków wymaganych od świadczeniodawców. Kryteria oceny ofert i warunki wymagane od świadczeniodawców były jawne i nie podlegały zmianie w toku postępowania.

Zgodnie zaś z art. 134 ust. 1 ustawy o świadczeniach, Fundusz jest zobowiązany zapewnić równe traktowanie wszystkich świadczeniodawców ubiegających się o zawarcie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej i prowadzić postępowanie w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji.

Komisja konkursowa w oparciu o materiały konkursowe i zgodnie z Zarządzeniem Nr 54/2011/DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 30 września 2011 r. w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej ze zm., oceniła wszystkich świadczeniodawców z zastosowaniem takich samych kryteriów. Nadmienić w tym miejscu należy, iż ocena ofert odbywa się poprzez system informatyczny, co dodatkowo daje gwarancję stosowania jednakowych kryteriów wobec wszystkich oferentów.

Odwołujący się w treści odwołania nie wskazał na naruszenie przez komisję konkursową interesu prawnego, o którym mowa w art. 152 ustawy. Przepis określony w art. 152 ustawy o świadczeniach stanowi bowiem, że „świadczeniodawcom, których interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Fundusz zasad prowadzenia postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń, przysługują środki odwoławcze przewidziane w art. 153 i 154 ustawy”. Z treści tego przepisu wynika zatem, iż jedynie naruszenie przez Fundusz zasad postępowania stanowi postawę do wniesienia odwołania. Określone w art. 134 ustawy zasady prowadzenia postępowania o zawarcie umowy, to zasada równego traktowania wszystkich uczestników postępowania oraz zachowanie zasad uczciwej konkurencji. Jak wskazano równe traktowanie polega także na tym, by wszystkie wymagania, informacje i wyjaśnienia a także dokumenty związane z postępowaniem o zawarcie umowy były udostępniane na tych samych zasadach wszystkim oferentom. Zatem fundamentalnym pojęciem 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. Istotne jest, że interes prawny musi mieć charakter rzeczywisty, obowiązujący w danej chwili oraz indywidualny. Ustalenie zaś interesu prawnego, to zidentyfikowanie zależności pomiędzy przepisem prawnym, a sytuacją konkretnego podmiotu z

jednoczesnym ustaleniem, że zastosowanie tego przepisu może wpływać na określoną sytuację prawną. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 24 marca 2009 r., (sygn. akt VII SA/Wa 2012/08, LEX nr 533330) wskazał, iż 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 w zasadzie sposób postępowania, w przypadku wniesienia środka odwoławczego. Poza ustaleniem faktu naruszenia zasad postępowania, organ rozpoznający środek odwoławczy zobowiązany będzie do dokonania wnikliwej oceny, czy i w jakim zakresie naruszenie to realnie spowodowało doznanie uszczerbku w interesie prawnym podmiotu. Podobnie w wyroku z dnia 17.02.2012 r. (sygn. akt: SA /Wa 1881/11), Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie stwierdził, iż 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. Podobne stanowisko zawarł Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 20 kwietnia 2011 r. (II GSK 474/10) wskazując, iż przepis art. 152 ust. 1 ustawy z 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, wprowadza dodatkową przesłankę uszczerbku interesu prawnego uczestnika postępowania w procedurze zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. Do uszczerbku interesu prawnego uczestnika postępowania 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.

Po rozpatrzeniu odwołania Niepublicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Medyk Sp. z o.o, należało zatem uznać, iż nie został naruszony interes prawny Odwołującego się. Podmiot ten nie został wybrany w przedmiotowym postępowaniu, uzyskując 4 miejsce w rankingu, ale jego oferta była oceniana według jednolitych dla wszystkich oferentów kryteriów.

W odwołaniu nie zostało wykazane naruszenie interesu prawnego Odwołującego się.

Celem postępowania odwoławczego jest zbadanie, czy w wyniku postępowania konkursowego nie doznał uszczerbku interesu prawnego świadczeniodawcy, a więc jest ono wyłącznie postępowaniem weryfikującym, czy w trakcie konkursu były przestrzegane zasady wynikające z przepisów prawa.

Dokonując oceny przeprowadzonego postępowania nr 11-13-000368/AOS/02/1/02.1270.001.02/1 w trakcie postępowania odwoławczego zainicjowanego złożonym przez oferenta Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Medyk Sp. z o.o odwołaniem do organu I instancji, należy ponadto wskazać, iż:

Oferta skarżącego oceniana była według takich samych kryteriów, jak pozostałe oferty. Ocenie podlegały poszczególne odpowiedzi w Ankiecie wskazujące, czy oferent spełnia w dniu składania oferty jak też będzie spełniał w przyszłości tj. od początku obowiązywania umowy wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Zdrowia o świadczeniach gwarantowanych jak i zarządzeniach Prezesa. Część tych wymagań musi spełnić każdy oferent (warunki wymagane - konieczne) natomiast część ma charakter tzw. rankingujący co oznacza, że w przypadku ich spełnienia oferta uzyskuje wyższą punktację.

W postępowaniu nr 11-13-000368/AOS/02/1/02.1270.001.02/1 złożono łącznie 4 oferty na 4 miejsca udzielania świadczeń. Każda z ofert (także odwołującego się) oceniana była według tych samych kryteriów i mogła za każde z nich uzyskać taką samą ilość punktów.

Ocena ofert wybranych i odwołującego się przedstawiała się następująco:

Nazwa kategorii	Max liczba punktów do uzyskania	Liczba punktów – oferent odwołujący się	Liczba punktów - oferent o max liczbie punktów	Liczba punktów - ostatni oferent nad linią odeięcia
Kryteria niecenowe	68,000	50,250	59,500	56,500
Kryteria cenowe	20,000	10,000	14,255	15,319
Razem	<b>88,000</b>	<b>60,250</b>	<b>73,755</b>	<b>71,819</b>

Oferta odwołującego się nie została wybrana z powodu zbyt niskiej liczby punktów w ocenie. Oferent otrzymał za kompleksowość 0,000 pkt, za jakość 44,250 pkt, za dostępność 6,000 pkt. Kompleksowość w przedmiotowym postępowaniu oznaczała udzielenie odpowiedzi „tak” na następujące pytania w ankiecie:

Czy oferent zapewnia możliwość wykonywania TK lub RM - w lokalizacji? (3 pkt)

Czy oferent zapewnia możliwość wykonania bronchoskopii - w lokalizacji lub dostępie? (3 pkt)

Odwołujący się w obu przypadkach udzielił odpowiedzi „nie”.

Podkreślić w tym miejscu należy, iż Komisja konkursowa, zgodnie z art. 142 ust. 6 ustawy o świadczeniach... w części niejawnego konkursu ofert może przeprowadzić negocjacje z oferentami w celu ustalenia liczby planowanych do udzielania świadczeń, ceny za udzielane świadczenia. Komisja ma obowiązek przeprowadzić negocjacje co najmniej z dwoma oferentami, o ile w konkursie bierze udział więcej niż jeden oferent (ust. 7 art. 142). Przeprowadzenie negocjacji z oferentem co do ilości świadczeń i ceny za świadczenie (tylko tych elementów mogą dotyczyć negocjacje), nie zmieniło pozycji oferenta w rankingu. Ostatni oferent wybrany przez komisję z rankingu otrzymał w ocenie 71,819 pkt. Podkreślić należy, iż samo prowadzenie negocjacji nawet zakończone w sposób pozytywny tzn. uzgodnienie liczby i ceny świadczeń, nie stanowi gwarancji wyboru oferenta i przyrzeczenia zawarcia umowy. Taki zapis znajduje się zresztą w protokole końcowym z negocjacji, podpisanym przez strony.

Odnosząc się do zarzutu braku oceny ciągłości udzielania świadczeń, podkreślenia wymaga fakt, iż zgodnie z Decyzją nr RWA - 9/2009 z dnia 10 lipca 2009 r. Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (decyzja zamieszczona jest na stronie UOiKK: [http://www.uokik.gov.pl/aktualnosc.php?news\\_id=590](http://www.uokik.gov.pl/aktualnosc.php?news_id=590)) Narodowy Fundusz Zdrowia nie może dodatkowo punktować stałości-ciągłości udzielania świadczeń w postępowaniach konkursowych. Faworyzowanie przez NFZ dotychczasowych świadczeniodawców, gwarantujące im dodatkowe punkty w ramach oceny ofert, zgodnie z ww. decyzją było sprzeczne z zasadami swobodnej i równej konkurencji. NFZ w wykonaniu powyższej decyzji zapłacił karę 1,14 mln zł.

Niezrozumiały jest w ocenie organu I instancji zarzut dotyczący narażenia oferenta na zmarnotrawienie środków finansowych. Podkreślenia wymaga fakt, iż przystąpienie oferenta do postępowania konkursowego jest dobrowolne, co więcej, jest równoznaczne z akceptowaniem zasad rządzących w danym postępowaniu oraz przepisów powszechnie obowiązujących jak i wydanych na ich podstawie zarządzeń Prezesa NFZ określających warunki postępowania. (ankiety również). Podobnie jak posiadanie w czasie prowadzenia postępowania umowy o udzielanie świadczeń zdrowotnych z NFZ nie jest żadną gwarancją wybrania oferty takiego świadczeniodawcy, co więcej w świetle ww. decyzji UOiKK nie może być w ogóle brane pod uwagę. Z roku na rok powstaje coraz więcej nowych podmiotów, które chcąc mieć kontrakt z NFZ masowo przystępują do ogłaszanych konkursów o udzielanie świadczeń zdrowotnych i oferują dla świadczeniobiorców coraz lepsze warunki udzielania świadczeń zdrowotnych zarówno pod względem jakości jak i ceny.

W niniejszym postępowaniu zaplanowana do zakupu ilość świadczeń wynosiła 18.080 pkt, a ilość zakupiona w wyniku rozstrzygnięcia postępowania wynosi 18.933 pkt. Świadczenia w niniejszym zakresie zostały zatem zabezpieczone.

Wobec braku podstaw do uwzględnienia odwołania, na podstawie art. 154 ust. 3 ustawy z dnia 24 sierpnia 2004 roku o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych - należało je oddalić.

Niniejszej decyzji, na podstawie art. 108 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, ze względu na ochronę zdrowia lub życia ludzkiego, t.j. obowiązek zapewnienia świadczeniobiorcom dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej, nadano rygor natychmiastowej wykonalności.

**D Y R E K T O R**  
Pomorskiego Oddziału Wojewódzkiego  
Narodowego Funduszu Zdrowia  
*Barbara Kawińska*

#### **Pouczenie**

W oparciu o art. 154 ust.4 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tj. Dz. U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027 ze zm.), od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia w Warszawie, ul. Grójecka 186. Odwołanie wnosi się za pośrednictwem Dyrektora Pomorskiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ w terminie 7 dni od dnia otrzymania decyzji.