

WO/ZRP – JWM/1221-D

Gdańsk, dnia 28 czerwca 2013 r.

Szpital Specjalistyczny św. Wojciecha SPZOZ
Al. Jana Pawła II 50
80-462 Gdańsk**DECYZJA nr 496/2013****z dnia 28 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:

Szpital Specjalistyczny Św. Wojciecha SPZOZ

od rozstrzygnięcia postępowania nr 11-13-000264/AOS/02/1/02.1610.001.02/1
w rodzaju: ambulatoryjna opieka specjalistyczna
w zakresie: świadczenia w zakresie otolaryngologii
na obszar: miasto Gdańsk

Dyrektor Pomorskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia

1. Oddala odwołanie ***Szpitala Specjalistycznego Św. Wojciecha SPZOZ***
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: otolaryngologia dla obszaru – miasto Gdańsk. Ogłoszenie określało wartość zamówienia na kwotę nie wyższą niż 2 255 289,80 zł na okres rozliczeniowy od 01.07.2013r. do 31.12.2013r.

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 wpłynęło w terminie 28 ofert na 35 miejsc udzielania świadczeń, które zostały sprawdzone pod kątem spełniania warunków formalnych. Oferta Odwołującego posiadała braki formalne, które zostały uzupełnione w dniu 12.04.2013r. Wartość złożonych ofert spełniających warunki wymagane wynosiła 4 716 393,30 zł, natomiast postępowanie zostało ogłoszone na kwotę 2 255 289,80 zł.

Komisja konkursowa podjęła decyzję o przeprowadzeniu negocjacji z 26 oferentami na 33 miejsc udzielania świadczeń - Odwołujący został zaproszony do negocjacji. Negocjacje dotyczyły ilości i ceny świadczeń.

Komisja po przeprowadzeniu negocjacji z oferentami w ramach, których ustalono nowe warunki finansowe (negocjacji podlegała liczba jak i cena), dokonała wyboru ofert zgodnie z pozycją w rankingu końcowym do wyczerpania łącznej liczby planowanych do zakupu świadczeń lub wartości zamówienia określonym w ogłoszeniu.

W wyniku rozstrzygnięcia niniejszego postępowania, wybrano 15 oferentów na 18 miejsc udzielania świadczeń. Odwołującego się nie wybrano.

W dniu 21.06.2013 r. oferent wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia postępowania nr 11-13-000264/AOS/02/1/02.1610.001.02/1. W odwołaniu wskazał, iż odwołuje się od niniejszego rozstrzygnięcia w części dotyczącej niewybrania oferty w ostatecznym rozstrzygnięciu postępowania, zarzucając komisji konkursowej:

- naruszenie art. 134 poprzez nieprzestrzeganie zasad równego traktowania wszystkich świadczeniodawców ubiegających się o zawarcie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej i poprzez nieprzestrzeganie obowiązku prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji,
- naruszenie art. 142 ust. 5 poprzez nie dokonanie wyboru oferenta pomimo zapewnienia ciągłości udzielania świadczeń opieki zdrowotnej, ich kompleksowości i dostępności,
- naruszenie art. 142 ust. 6 poprzez nie prowadzenie negocjacji w zakresie ceny za udzielane świadczenia opieki zdrowotnej, co uniemożliwiło Odwołującemu się przedstawienie w wyniku

tych negocjacji oferty cenowej stanowiącej najkorzystniejszy bilans ceny w odniesieniu do przedmiotu zamówienia,

- naruszenie art. 148 poprzez nie dokonanie wyboru oferty Skarżącego w wyniku nieprawidłowego porównania ofert w zakresie ciągłości, kompleksowości, dostępności i jakości udzielania świadczeń, jak również w związku z nie prowadzeniem negocjacji w zakresie ceny za udzielane świadczenia opieki zdrowotnej, co uniemożliwiło Odwołującemu się przedstawienie oferty cenowej stanowiącej najkorzystniejszy bilans ceny w odniesieniu do przedmiotu zamówienia,
- naruszenie art. 73 § 1 kodeksu postępowania administracyjnego (k.p.a) poprzez ograniczenie w toku postępowania dostępu strony do wglądu w akta sprawy, co uniemożliwiło jej wypowiedzenie się (złożenie odwołania) w oparciu o cały zgromadzony materiał dowodowy w postępowaniu konkursowym,
- naruszenie art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 nr 157 poz. 1240) poprzez nieprzestrzeganie zasady gospodarności w przyznawaniu środków pieniężnych na poszczególne świadczenia opieki zdrowotnej, uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.

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.

Po szczegółowym zapoznaniu się z przebiegiem postępowania konkursowego oraz treścią zarzutów podniesionych w odwołaniu, Dyrektor POW NFZ, jako organ I instancji, 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 **Szpital Specjalistyczny Św. Wojciecha SPZOZ** należało zatem uznać, iż nie został naruszony interes prawny Odwołującego się. Podmiot ten nie został wybrany w przedmiotowym postępowaniu, uzyskując 19 miejsce w rankingu razem z innym oferentem, 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 11-13-000264/AOS/02/1/02.1610.001.02/1 w trakcie postępowania odwoławczego zainicjowanego złożonym przez oferenta **Szpital Specjalistyczny Św. Wojciecha SPZOZ** 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 11-13-000264/AOS/02/1/02.1610.001.02/1 złożono łącznie 28 ofert na 35 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 odwołującego się	Liczba punktów - oferent o max liczbie punktów	Liczba punktów - ostatni oferent nad linią odcięcia
Kryteria niecenowe	83,000	60,409	75,500	69,500
Kryteria cenowe	20,000	20,000	20,000	11,163
	103,000	80,409	95,500	80,663

Oferta odwołującego się nie została wybrana z powodu zbyt niskiej liczby punktów w ocenie. Oferent otrzymał za kompleksowość 2,500 pkt, za jakość 48,909 pkt, za dostępność 9,000 pkt.

Zarzut dotyczący nieprzewodzenia z Oferentem negocjacji jest w ocenie organu I instancji bezzasadny z uwagi na fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący się został zaproszony do negocjacji.

Podkreślić w tym miejscu należy, iż Komisja konkursowa, zgodnie z art. 142 ust. 6 ustawy o świadczeniach zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych w części niejawnej 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. Odwołujący się w rankingu uzyskał maksymalną liczbę punktów za ofertę cenową. Ostatni oferent wybrany przez komisję z rankingu otrzymał w ocenie 80,663 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. Komisja dokonała wyboru oferentów do zgodnie z pozycją w rankingu, tzn. tych których oferta została komputerowo oceniona i uszeregowana, **do wyczerpania kwoty zamówienia określonej w ogłoszeniu.**

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/aktualnosci.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 w/w decyzją było sprzeczne z zasadami swobodnej i równej konkurencji. NFZ w wykonaniu powyższej decyzji zapłacił karę 1,14 mln zł.

Podkreślenia wymaga fakt, iż zgodnie z art. 142 w ust. 5 i 6 ustawy o świadczeniach ustalono dwie możliwości ustalenia liczby i ceny świadczeń w zawieranej umowie: poprzez proste przyjęcie oferty albo prowadzenie negocjacji. Należy przy tym zaznaczyć, że na gruncie ustawy modyfikacji doznaje wyrażona w art. 72 § 1 k.c. zasada, że jeżeli strony prowadzą negocjacje w celu zawarcia oznaczonej umowy, umowa zostaje zawarta, gdy strony dojdą do porozumienia co do wszystkich jej postanowień, które były przedmiotem negocjacji. Ustalenie ceny i liczby świadczeń w trakcie negocjacji, o których mowa w art. 142 ust. 6, lub proste przyjęcie oferty, a następnie ogłoszenie o rozstrzygnięciu postępowania nie prowadzi do automatycznego zawarcia umowy docelowej, lecz do nawiązania przejściowego stosunku uzasadniającego tylko obowiązek zawarcia w dalszej kolejności takiej umowy. W wyniku przyjęcia oferty najkorzystniejszej dochodzi do zawarcia pomiędzy organizatorem przetargu (zamawiającym) a oferentem (wykonawcą) umowy stanowiącej rodzaj umowy przedwstępnej, uzasadniającej zastosowanie art. 389-390 k.c. Oczywiście jest stwierdzenie, że wybór świadczeniodawców, z którymi będą prowadzone negocjacje, nie może odbywać się dowolnie, lecz powinien nastąpić z poszanowaniem zasady równości świadczeniodawców. Oznacza to, że nie ma obowiązku

prowadzenia negocjacji ze wszystkimi świadczeniodawcami, lecz kwalifikacja do zaproszenia na negocjacje powinna odbyć się na podstawie liczby punktów uzyskanych przez ofertę danego świadczeniodawcy. (Komentarz do ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, Pietraszewska-Macheta A. wyd. ABC 2010).

Zarzut dotyczący naruszenia w postępowaniu art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych, bez wskazania na czym to naruszenie polegało, uznać należy za bezzasadny. W ocenie POW NFZ, komisja konkursowa prowadząc przedmiotowe postępowanie kierowała się zasadą gospodarności w przyznawaniu środków pieniężnych na poszczególne świadczenia opieki zdrowotnej, przy uzyskiwaniu najlepszych efektów z danych nakładów oraz optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów. Podkreślenia wymaga bowiem, iż zawierając umowy o udzielanie świadczeń zdrowotnych Fundusz ma obowiązek kierować się przede wszystkim dobrem świadczeniobiorców i koniecznością zapewnienia im świadczeń finansowanych ze środków publicznych.

Odnosząc się do zarzutu prowadzenia postępowania konkursowego na podstawie przepisów, które zostały zmienione w trakcie postępowania, wskazać należy, iż niezgodnym z ustawą (art. 147) byłoby zmienianie zasad konkursu (kryteria oceny ofert i warunki wymagane od świadczeniodawców) w trakcie jego trwania. W zarządzeniu Prezesa NFZ nr 32/2013/DSOZ z 31.05.2013r. zmieniającym zarządzenie w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju ambulatoryjna opieka specjalistyczna, w § 2 wprost zapisano, że: „do postępowań w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie zarządzenia, stosuje się przepisy zarządzenia, o którym mowa w § 1, w brzmieniu obowiązującym przed dniem wejścia w życie niniejszego zarządzenia”.

W odniesieniu do zarzutu nieudostępnienia akt postępowania konkursowego (art. 73 K. p. a), co uniemożliwiło stronie weryfikację ofert pozostałych uczestników postępowania stwierdzić należy, iż strona ma prawo do wglądu (udostępnienia jej) akt sprawy, a zatem nie jakichkolwiek akt będących w posiadaniu organu administracji publicznej, lecz wyłącznie akt zgromadzonych w postępowaniu w danej (jej) sprawie administracyjnej. Należy jednakże podkreślić, że strona może żądać wglądu do innych akt niż akta jej sprawy na podstawie przepisów szczególnych. W tym wypadku strona nie działa jednak na podstawie przepisu art. 73, lecz na podstawie przepisów szczególnych ustanawiających takie prawo (ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, Dz. U. Nr 112, poz. 1198 z późn. zm. Należy podkreślić, że Odwołujący się nie złożył wniosku o udostępnienie informacji publicznej zgodnie z art. 10 ust.

I ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej. W niniejszym postępowaniu zaplanowana do zakupu w niniejszym postępowaniu ilość świadczeń wynosiła 262 243,00 pkt, a ilość zakupiona w wyniku rozstrzygnięcia postępowania wynosi 285 025,00 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, w szczególności 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.