

WO/ZRP – DML/1770-D

Gdańsk, dnia 18 października 2013 r.

**Szpital Specjalistyczny św. Wojciecha
Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej
Al. Jana Pawła II 50
80-462 Gdańsk**

**DECYZJA nr 611/2013
z dnia 18 października 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 Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej,
Al. Jana Pawła II 50, 80-214 Gdańsk**

Kod rozstrzygnięcia postępowania nr 11-13-000471/AOS/02/1/02.1060.001.02/1

w rodzaju: ambulatoryjna opieka specjalistyczna

w zakresie: świadczenia w zakresie geriatry

na obszar: województwa pomorskiego

Dyrektor Pomorskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia

1. Oddała odwołanie **Szpitala Specjalistycznego św. Wojciecha Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej**
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: świadczenia w zakresie geriatry na obszarze województwa pomorskiego. Ogłoszenie określało wartość zamówienia na kwotę nie wyższą niż 113.750,90 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 wpłynęło w terminie 11 ofert, 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 podwykonawcy do zawarcia umowy z oferentem, zawierające zastrzeżenie o prawie Funduszu do przeprowadzenia kontroli na zasadach określonych w ustawie (brak umowy podwykonawstwa zawartej z Wojewódzkim Zespołem Reumatologicznym w Sopocie).

Brak formalny został uzupełniony w terminie tj. w dniu 12.04.2013 r.

Wartość złożonych ofert spełniających warunki wymagane wynosiła 475.967,00 zł, natomiast postępowanie zostało ogłoszone na kwotę 113.750,90 zł.

Komisja konkursowa podjęła decyzję o przeprowadzeniu negocjacji z 7 oferentami (7 miejsc udzielanie świadczeń) na łącznie 11 ofert (11 miejsc udzielania świadczeń) zakwalifikowanych do części niejawnego postępowania. Komisja Konkursowa podjęła decyzję o przeprowadzeniu negocjacji z wybranymi oferentami, których łączna ocena oferty była najwyższa pod względem kryteriów niecenowych – do negocjacji kwalifikuje się oferentów licząc kolejno od najwyższej oceny, a tym samym gwarantuje możliwość dokonania skutecznego wyboru, przy założeniu wyczerpania planowanej wartości zamówienia. Negocjacje dotyczyły ilości i ceny świadczeń.

Oferta Odwołującego się nie została zakwalifikowana do negocjacji z uwagi na zbyt niską ocenę oferty za kryteria niecenowe tj. 43,000 pkt. Oferta z najniższą punktacją za kryteria

niecenowe, która została zakwalifikowana do negocjacji otrzymała 49,000 pkt. W wyniku rozstrzygnięcia postępowania wybrano 4 oferty (4 miejsca udzielania świadczeń) na łącznie 11 ofert (11 miejsc udzielania świadczeń). Oferta Odwołującego się nie została wybrana.

W dniu 21.06.2013 r. oferent wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia postępowania nr 11-13-000471/AOS/02/1/02.1060.001.02/1. 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 naruszenie obowiązku zapewnienia równego traktowania wszystkich świadczeniodawców ubiegających się o zawarcie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej i poprzez naruszenie obowiązku prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji,
- naruszenie art. 142 ust. 5 pomimo zapewnienia ciągłości udzielania świadczeń opieki zdrowotnej, ich kompleksowości i dostępności,
- naruszenie art. 142 ust. 6 poprzez nie przeprowadzenie 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 przeprowadzeniem 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.

Odwołujący skorzystał z prawa do zapoznania się z dokumentacją postępowania w dniu 21.06.2013 r., gdzie do wglądu przekazano:

- ofertę nr 1-13-000471/AOS/02/1/02.1616.001.02/1/3/0402;
- ranking końcowy (tylko pozycje ofert wybranych i odwołującego);
- protokół z posiedzenia komisji – podsumowanie postępowania.

oraz w dniu 26.06.2013 r., gdzie do wglądu przekazano:

- 1) Ogłoszenie postępowania prowadzonego w trybie konkursu ofert;
 - 2) Rejestr złożonych ofert;
 - 3) Oferta (pełna dokumentacja ofertowa wraz z dokumentami rejestrowymi oferenta itp.);
 - 4) Ocena prawidłowości ogłoszenia postępowania dla konkursu ofert/rokowań – lista kontrola;
 - 5) Oświadczenia członków komisji;
 - 6) Ocena spełnienia warunków formalnych oferty CZĘŚĆ A, B, C – listy kontrolne;
 - 7) Wezwanie do usunięcia braków formalnych;
 - 8) Protokół z posiedzenia komisji w części jawnej;
 - 9) Potwierdzenie uzupełnienia braków formalnych;
 - 10) Zestawienie spornych elementów oferty w zakresie personelu;
 - 11) Wezwanie do wyjaśnienia elementów spornych harmonogramu personelu;
 - 12) Zestawienie ofert nie spełniających warunków wymaganych;
 - 13) Ranking końcowy (tylko pozycje ofert wybranych i odwołującego);
 - 14) Protokół z posiedzenia komisji w części niejawnej;
 - 15) Protokół z posiedzenia komisji dokonującego podsumowania postępowania;
 - 16) Informacja o rozstrzygnięciu postępowania i wniosek o zawarcie umów;
 - 17) Ogłoszenie o rozstrzygnięciu postępowania;
- i nie wniósł uwag.

Decyzją nr 536/2013 Dyrektor Pomorskiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ oddalił odwołanie ze względu na brak podstaw do jego uwzględnienia. Od powyższej decyzji oferent w dniu 05.07.2013 r. wniósł odwołanie do Prezesa NFZ, w którym wniósł o wstrzymanie rygoru

natychmiastowej wykonalności w oparciu o art. 135 kpa oraz uchylenia zaskarżonej decyzji oraz zarzucając naruszenie:

- 1) art. 107 § 1 ustawy Kodeks postępowania administracyjnego (kpa) poprzez naruszenie wymogów przewidzianych dla elementów obligatoryjnych decyzji,
- 2) art. 108 kpa poprzez uznanie, że w niniejszej sprawie zachodzi konieczność nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności, w sytuacji gdy istniały inne narzędzia umożliwiające zabezpieczenie świadczeniobiorców w zakresie dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej,
- 3) art. 73 § 1 kpa poprzez ograniczenie w toku postępowania dostępu strony wglądu w akta sprawy, co uniemożliwiło jej wypowiedzenie się (złożenie odwołania) w oparciu o cały zgromadzony materiał dowodowy w postępowaniu konkursowym,
- 4) art. 134 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczenia opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych poprzez nieprzestrzeganie zasad równego traktowania wszystkich świadczeniodawców ubiegających się i nieprowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji,
- 5) art. 152 ust 1 ustawy poprzez przyjęcie, że w treści odwołania od decyzji Dyrektora Pomorskiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ Odwołujący się nie wykazał uszczerbku w swym interesie prawnym,
- 6) art. 142 ust. 5 poprzez nie dokonanie wyboru oferenta pomimo zapewnienia ciągłości udzielania świadczeń opieki zdrowotnej, ich kompleksowości i dostępności,
- 7) 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,
- 8) 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 złej wierze w zakresie ceny za udzielane świadczenia opieki zdrowotnej, co uniemożliwiło Odwołującemu się przedstawienie oferty cenowej stanowiącej najkorzystniejszy bilans ceny w odniesieniu do przedmiotu zamówienia,
- 9) 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.

Prezes Funduszu decyzją nr 2013/423/DSOZ z dnia 19.08.2013 r. uwzględnił odwołanie i uchylił decyzję Nr 536/2013 Dyrektora POW NFZ, uznając trafność zarzutów dot. naruszenia przepisów postępowania w stopniu mającym istotny wpływ na wynik sprawy.

W ocenie Prezesa Funduszu organ I instancji, wydając zaskarżoną decyzję, naruszył w szczególności art. 10 i 73 kpa nie umożliwiając skarżącemu zapoznania się ofertami konkurencyjnymi pomimo, iż odwołujący wniosek taki złożył. Zdaniem Prezesa Funduszu organ I instancji powinien okazać odwołującemu pełne akta sprawy, obrazujące przebieg postępowania konkursowego, w tym także dokumentację dotyczącą ofert podmiotów konkurencyjnych wobec odwołującego się. Przy czym dokumentacja ta powinna być udostępniona w warunkach i formie, która nie doprowadzi do naruszenia przepisów prawa powszechnie obowiązującego w szczególności zakazujących przekazywania danych wrażliwych prawnie chronionych jak też naruszających przepisy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Organ I instancji, kierując się wskazaniem Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia, w oparciu o art. 10 kpa, **umożliwił** odwołującemu się **zapoznanie** z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym również **ofertami podmiotów konkurencyjnych** dla odwołującego.

Po zapoznaniu się w dniu 26.09.2013 r. z dokumentacją w trybie art. 10 kpa Odwołujący pismem z dnia 01.10.2013 r. podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko i wniósł dodatkowo następujące zastrzeżenia:

- 1) naruszenie art. 134 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczenia opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, w związku z §1 ust 1 pkt 1 Zarządzenia Nr 54/2011/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 30.09.2011 r. w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej z późn. zm. poprzez naruszenie zasady równego traktowania uczestników postępowania i zasady uczciwej konkurencji w wyniku błędnej oceny ofert uczestników postępowania w kryterium „jakość” poprzez przyznanie dodatkowej punktacji za rzekomo posiadany certyfikat ISO;
- 2) naruszenie art. 134, w zw. z art. 149 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust 1 pkt 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 roku o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, w zw. z §7 ust 1 Zarządzenia Nr 71/2012/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 07.11.2012 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju

ambulatoryjna opieka specjalistyczna z późn. zm. poprzez naruszenie zasady równego traktowania uczestników postępowania i zasady uczciwej konkurencji w wyniku nieodrzczenia oferty oferenta Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Przychodnia Lekarska VITA-MED. Spółka z o. o. w sytuacji, gdy nie spełnia ona warunków koniecznych.

Rozpoznając ponownie odwołanie złożone w dniu 21 czerwca 2013 r. przez Szpital Specjalistyczny św. Wojciecha Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Gdańsku, 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 wskazał na naruszenie przez komisję konkursową interesu prawnego. Przepis określony w art. 152 ustawy o świadczeniach stanowi, 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 postępowania, ma wpływ na ocenę możliwości zawarcia umowy o świadczenie takich usług.

Po rozpatrzeniu odwołania Szpitala Specjalistycznego św. Wojciecha Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej należało zatem uznać, iż nie został naruszony interes prawny Odwołującego się. Podmiot ten nie został wybrany w przedmiotowym postępowaniu, uzyskując 9 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 interes prawny świadczeniodawcy, a więc wyłącznie postępowaniem weryfikującym, czy w trakcie konkursu były przestrzegane zasady wynikające z przepisów prawa.

Dokonując oceny przeprowadzonego postępowania nr 11-13-000471/AOS/02/1/02.1060.001.02/1 w trakcie postępowania odwoławczego zainicjowanego złożonym przez oferenta Szpital Specjalistyczny św. Wojciecha Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej 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 11-13-000471/AOS/02/1/02.1060.001.02/1 złożono łącznie 11 ofert na 11 miejsc 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 odcięcia
Kryteria niecenowe	63,000	43,000	54,000	52,000
Kryteria cenowe	20,000	15,056	20,000	20,000
Razem	83,000	58,056	74,000	72,000

Oferta odwołującego się nie została wybrana z powodu zbyt niskiej liczby punktów w ocenie. Oferent otrzymał za jakość 38,000 pkt, za dostępność 5,000 pkt.

Szczegółowa ocena ofert wybranych i odwołującego się przedstawiała się następująco:

oferent/l.p.	Punkty za ofertę cenową	Punkty ciągłość	Punkty kompleksowość	Punkty jakość	Punkty dostępność	Punkty pozostałe	Punkty razem za niecenowe kryteria	Punkty łącznie
Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Przychodnia Lekarska "Działki Leśne" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością	20,000			48,000	6,000		54,000	74,000
Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej "Przychodnia Morena" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością	20,000			48,000	5,000		53,000	73,000
Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej "Śródmieście" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością	20,000			43,000	9,000		52,000	72,000
"VITA-MED CENTRUM OPIEKI MEDYCZNEJ" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością	20,000			43,000	9,000		52,000	72,000
Szpital Specjalistyczny św. Wojciecha Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej	15,056			38,000	5,000		43,000	58,056

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 oraz 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 zmieniłoby pozycji oferenta w rankingu. Ostatni oferent wybrany przez komisję z rankingu otrzymał w ocenie 72,000 pkt. Podkreślić należy, iż samo prowadzenie negocjacji nawet zakończone w sposób pozytywny tzn. uzgodnieniem liczby i ceny świadczeń, nie stanowi gwarancji wyboru oferenta i przyrzeczenia zawarcia umowy. Komisja dokonała wyboru oferentów do negocjacji 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 kpa), 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 kpa, 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. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej. Podniesiony zarzut, w świetle faktu okazania odwołującemu się, wszystkich ofert podmiotów konkurencyjnych, uznać należy za bezzasadny.

W niniejszym postępowaniu zaplanowana do zakupu ilość świadczeń wynosiła 12.781 pkt, a ilość zakupiona w wyniku rozstrzygnięcia postępowania wynosi 13.600 pkt. Świadczenia w niniejszym zakresie zostały zatem zabezpieczone.

W odniesieniu do zarzutów Odwołującego się, wniesionych po zapoznaniu się przez Odwołującego się z dokumentacją w trybie art. 10 kpa podmiotów konkurencyjnych, stwierdzić należy, co następuje:

A) Naruszenie §1 ust 1 pkt 1 Zarządzenia Nr 54/2011/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 30.09.2011 r. w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej z późn. zm. poprzez nieprawidłową ocenę kryterium: „jakość” w przypadku oferenta Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Przychodnia Lekarska „Działki Leśne” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością:

Zgodnie z zarządzeniem Nr 54/2011/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 30.09.2011 r. w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej z późn zm. 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.

Wszyscy oferenci w złożonych oświadczeniach do swoich ofert zobowiązali się do przedstawienia w ofercie danych zgodnych ze stanem prawnym i faktycznym. Konsekwencją składania fałszywych oświadczeń jest ponoszenie przez oferentów odpowiedzialności z tego tytułu tj. rozwiązywanie umów po przeprowadzonych ewentualnych kontrolach realizacji tychże umów jak też, po spełnieniu określonych przesłanek, niezależnie odpowiedzialność karna.

Komisja konkursowa w trakcie trwającego postępowania przyjęła jednolity sposób weryfikacji certyfikatów, w przypadku oferentów, którzy na pytanie w ankiecie nr 1.4.1.1 „Czy oferent posiada certyfikat ISO w zakresie usług medycznych, ważny w dniu zawarcia umowy? udzielili twierdzącej odpowiedzi, a do oferty nie załączono w/w dokumentu. W takim przypadku wzywała do jego uzupełnienia. W sytuacji, kiedy data ważności certyfikatu upływała w trakcie toczącego się postępowania Komisja nie mogła zakładać, iż oferent go nie odnowi do czasu zawarcia umowy, zatem uznawała jego posiadanie pod warunkiem potwierdzenia przez oferenta daty planowanego audytu odnowienia ISO, w tym czasie.

Oferent Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Przychodnia Lekarska „Działki Leśne” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością posiadał certyfikat ISO ważny do 08.05.2013 r. potwierdzając jednocześnie jego odnowienie (pismo z dnia 24.04.2013 r.). Obowiązki przedmiotowego

Certyfikat wydłużono do 08.05.2016 r , co oferent potwierdził przesyłając w trakcie konkursu do POW NFZ stosowny dokument.

Wobec powyższego zarzut podniesiony przez Odwołującego jest niezasadny.

B) Naruszenie §7 ust 1 Zarządzenia Nr 71/2012/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 07.11.2012 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju ambulatoryjna opieka specjalistyczna z późn. zm. w związku z nieodrżucenia oferty oferenta Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Przychodnia Lekarska VITA-MED Spółka z o. o. w sytuacji , gdy nie spełnia ona warunków koniecznych:

Ustosunkowując się do zarzutu dot. niespełnienia przez oferenta Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Przychodnia Lekarska VITA-MED warunku wymaganego dot. zapewnienia dostępu do densytometru umożliwiającego wykonywanie badań z kręgosłupa lub kości udowej, należy zauważyć, iż oferent powyższy warunek spełnia poprzez zawartą, w tym zakresie umowę podwykonawstwa z Niepublicznym Zakładem Opieki Zdrowotnej Przychodnia Lekarska „Działki Leśne” Spółka z o. o. W związku z zarzutem w odwołaniu, POW NFZ dokonał weryfikacji zgodności umowy podpisanej, w tym zakresie w kontekście podpisanego przez oferenta Oświadczenia złożonego do oferty zobowiązującego do przedstawienia w ofercie danych zgodnych ze stanem prawnym i faktycznym. Oferent potwierdził, iż umowa podwykonawstwa obejmuje realizowanie badań densytometrycznych dla wszystkich pacjentów skierowanych przez Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Przychodnia Lekarska VITA-MED, co potwierdza aneks do umowy znajdujący się w dokumentacji POW NFZ.

C) Nieprawidłowo przeprowadzone negocjacje:

Zgodnie z ideą konkursu, zadaniem komisji konkursowej jest wybór najkorzystniejszych ofert (oferty), w ramach kwoty zamówienia. Działania komisji nie mają jednak prowadzić do zawarcia umów ze wszystkimi oferentami biorącymi udział w postępowaniu. Konkurs ofert nie stanowi również gwarancji przedłużenia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, nie jest też gwarancją jej zawarcia, a trybem wyboru oferentów celem zawarcia umów w poszczególnych rodzajach i zakresach świadczeń.

Komisja konkursowa, zgodnie z art. 142 ust. 6 ustawy o świadczeniach w części niejawniej konkursu ofert może przeprowadzić negocjacje z oferentami w celu ustalenia liczby planowanych do udzielania świadczeń i 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). W opisanym przypadku podjęto decyzję o przeprowadzeniu negocjacji z wybranymi oferentami, których łączna ocena oferty była najwyższa pod względem kryteriów niecenowych. Do przeprowadzenia negocjacji zaprosiła taką liczbę oferentów, która zapewniała możliwość dokonania skutecznego wyboru przy założeniu wyczerpania planowanej wartości, z uwzględnieniem pozycji w rankingu otwarcia. Oferta Odwołującego się nie została zakwalifikowana do negocjacji, z uwagi na zbyt niską ocenę za kryteria niecenowe tj. 43,000 pkt. Przeprowadzenie negocjacji z oferentem, co do ilości świadczeń i ceny za świadczenie (tylko tych elementów mogą dotyczyć negocjacje), nie zmieniłoby pozycji oferenta w rankingu. Ostatni oferent wybrany przez komisję otrzymał łączną ocenę oferty na poziomie 72,000 pkt.

D) Nieudostępnienie pełnej dokumentacji postępowania:

Prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorstwa lub tajemnicę przedsiębiorcy. Ustawodawca wymieniając tajemnicę przedsiębiorstwa, jako przesłankę ograniczenia dostępu do informacji publicznej, obok prywatności jednostki przypisał tej tajemnicy szczególną rangę, pozwalającą na jej porównanie z prawem do ochrony prywatności jednostki. Ustawodawca definiując „tajemnicę przedsiębiorstwa” w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wskazał w art. 11 ust.4, iż: przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co, do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym ustawodawca stworzył katalog otwarty zdarzeń mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa i których naruszenie karane jest odpowiedzialnością cywilną i karną.

Tajemnicę przedsiębiorcy w praktyce i orzecznictwie wyprowadza się z tajemnicy przedsiębiorstwa i choć pojęcia te w zasadzie się pokrywają zakresowo, to istnieją sytuacje, w których tajemnica przedsiębiorcy może być rozumiana szerzej niż tajemnica przedsiębiorstwa i dla których nie jest wymagane spełnienie przesłanki gospodarczej wartości informacji. Mając na uwadze okoliczność, iż obowiązujące przepisy ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych ograniczają się jedynie do podzielnia postępowania konkursowego na część jawną i część niejawną nie precyzując, jakie informacje i komu na poszczególnych etapach tego postępowania mogą być ujawnione oraz panujące wśród świadczeniodawców przekonanie o tajności danych ujawnionych w ofercie oraz przebiegu negocjacji – stworzyły, w braku wyraźnych przepisów prawa, zwyczaj, że pierwotna cena

zapropionowana w ofercie, przebieg negocjacji tej ceny oraz informacje ujawniane w toku negocjacji są informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorcy, co, do których, przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufnego charakteru.

Powyższe stało się podstawą do dokonania odmowy, na podstawie art. 2 ust. 1 w związku z art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2011 r. o dostępie do informacji publicznej, udostępnienia odwołującemu się danych dotyczących pierwotnej ceny oferty oraz informacji z przebiegu negocjacji.

E) Naruszenie art. 154 ust. 7 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych:

Organ odwoławczy uwzględnia odwołanie jeżeli zaskarżone rozstrzygnięcie jest obarczone błędami merytorycznymi. Uwzględniając zatem środek zaskarżenia daje temu wyraz w sentencji swojej decyzji; zawiera ona wówczas stwierdzenie „uwzględnia się” odwołanie. W niniejszej sytuacji organ odwoławczy nie stwierdził błędów w samym postępowaniu komisji konkursowej a jedynie błędy w postępowaniu administracyjnym (wszczętym na skutek wniesienia odwołania przez oferenta) i nakazał organowi I instancji powtórzenie czynności administracyjnych a nie merytorycznych tj. postępowania w sprawie wyboru oferty.

Niniejszej decyzji, na podstawie art. 108 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, ze względu na ochronę zdrowia lub życia ludzkiego, nadano rygor natychmiastowej wykonalności.

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.

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.

p.o. D Y R E K T O R A
Pomorskiego Oddziału Wojewódzkiego
Narodowego Funduszu Zdrowia
Malgorzata Paszkowicz