

DP.422.124.2017

Warszawa, dnia 29 września 2017 roku

WYCH- /2017

**Odwołujący:****„OPUS” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**  
ul. Ks. Andrzeja Łukasika 5

26-600 Radom

*reprezentowany przez:*

r. pr. Kazimierza Wlazło

Kazimierz Wlazło i Aneta Guza – Wójtowicz

Spółka Partnerska Radców Prawnych

Ul. Sienna 15

26-600 Radom

**Strony postępowania:**

1. **CENTRUM MEDYCZNE "FIZJOMEDICA" IGA**  
**AUGUSTYNIAK- DREWİN, MARCIN DREWİN SPÓŁKA**  
**CYWILNA**  
ul. WIERZBICKA 90  
26-600 RADOM
2. **CORTEN MEDIC TOMASZ SIKORA**  
ul. KRASICKIEGO 29 N  
05-500 NOWA IWICZNA
3. **NIEPUBLICZNY SPECJALISTYCZNY ZAKŁAD OPIEKI**  
**ZDROWOTNEJ "OLSZTYŃSKA" DĘBIŃSKA,**  
**SZCZEPANOWSKA - SPÓŁKA PARTNERSKA - LEKARZE**  
ul. OLSZTYŃSKA 33A  
26-600 RADOM
4. **NIEPUBLICZNY ZAKŁAD OPIEKI ZDROWOTNEJ**  
**"POMOCNA DŁOŃ" ZOFIA SMORONGIEWICZ,**  
**MAŁGORZATA MAKULSKA, AGATA CIEŚLAK**  
ul. GŁÓWNA 12  
26-600 RADOM
5. **POLMEDIC SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ**  
**ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ**  
ul. DOMAGALSKIEGO 7  
26-600 RADOM

6. **RADOMSKI SZPITAL SPECJALISTYCZNY IM. DR TYTUSA CHAŁUBIŃSKIEGO**  
ul. LEKARSKA 4  
26-610 RADOM
7. **REHA-COMPLEX S.C. JOANNA KILJANEK, RAFAŁ KRAMER**  
ul. SOBIESKIEGO 1  
26-600 RADOM
8. **SALUTE SPÓŁKA Z O.O.**  
ul. ZBROWSKIEGO 63  
26-600 RADOM
9. **SAMODZIELNY WOJEWÓDZKI PUBLICZNY ZESPÓŁ ZAKŁADÓW PSYCHIATRYCZNEJ OPIEKI ZDROWOTNEJ IM. DR BARBARY BORZYM W RADOMIU**  
ul. KRYCHNOWICKA 1  
26-607 RADOM
10. **SPÓŁKA PARTNERSKA LEKARZY - ORLIK KRÓLIKOWSKA I PARTNERZY**  
ul. 1905 ROKU  
26-600 RADOM
11. **WOJSKOWA SPECJALISTYCZNA PRZYCHODNIA LEKARSKA SAMODZIELNY PUBLICZNY ZAKŁAD OPIEKI ZDROWOTNEJ W RADOMIU**  
ul. CHROBREGO 48  
26-600 RADOM

### **DECYZJA NR 122/2017/ODW**

Na podstawie art. 154 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z 2016 r. poz. 1793, z późn. zm.) [dalej jako ustawa], w zw. z art. 104 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2017 r. poz. 1257) [dalej jako k.p.a.]:

### **ODD A L A M**

Odwołanie wniesione przez „OPUS” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu [dalej jako Odwołujący] od rozstrzygnięcia postępowania nr 07-17-000936/REH/05/1/05.1310.208.02/01 w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju Rehabilitacja Lecznicza w zakresie Fizjoterapia Ambulatoryjna prowadzonego przez Narodowy Fundusz Zdrowia - Mazowiecki Oddział Wojewódzki w trybie konkursu ofert.

## UZASADNIENIE

1. Zgodnie z postanowieniami art. 152 ust. 1 ustawy świadczeniodawcom, których interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Narodowy Fundusz Zdrowia (Fundusz) zasad przeprowadzania postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, przysługują środki odwoławcze i skarga na zasadach określonych w art. 153 i 154 ustawy.

W myśl art. 154 ust. 1, 2 i 3 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. Wniesienie odwołania wstrzymuje zawarcie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej do czasu jego rozpatrzenia. Po rozpatrzeniu odwołania dyrektor oddziału wojewódzkiego Funduszu wydaje decyzję administracyjną uwzględniającą lub oddalającą odwołanie.

Stronami postępowania odwoławczego, o którym mowa w art. 154 ust. 1-3 ustawy, są świadczeniodawca, który złożył odwołanie oraz świadczeniodawcy, którzy zostali wybrani do udzielania świadczeń opieki zdrowotnej w danym postępowaniu w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej.

Na podstawie art. 154 ust. 7 ustawy w przypadku uwzględnienia odwołania dotyczącego rozstrzygnięcia postępowania w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, przeprowadza się postępowanie w trybie rokowań ze świadczeniodawcą, który złożył wskazane odwołanie, chyba że z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że umowę o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej zawiera się z jednym świadczeniodawcą na danym obszarze. W takim przypadku dyrektor oddziału wojewódzkiego Funduszu ponownie przeprowadza postępowanie w sprawie zawarcia umowy.

2. W dniu 20 czerwca 2017 roku Dyrektor Mazowieckiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia ogłosił postępowanie nr 07-17-000936/REH/05/1/05.1310.208.02/01 w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w trybie konkursu ofert, w rodzaju Rehabilitacja Lecznicza w zakresie Fizjoterapia Ambulatoryjna na okres od dnia 1 października 2017 roku do dnia 30 czerwca

2022 roku [dalej jako postępowanie konkursowe], z jednoczesną możliwością zawarcia maksymalnie dwunastu umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej.

Wartość postępowania na okres rozliczeniowy wynosiła nie więcej niż 1 118 010,30 złotych.

Na postępowanie wpłynęło dwadzieścia osiem ofert, w tym dwie podlegające odrzuceniu. Odwołujący złożył ofertę z zachowaniem terminu określonego w ogłoszeniu o postępowaniu na dwa miejsca udzielania świadczeń.

Komisja konkursowa dokonała wszechstronnej analizy złożonych ofert, w szczególności pod kątem spełnienia przez oferentów kryteriów określonych w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 5 sierpnia 2016 roku sprawie szczegółowych kryteriów wyboru ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej (Dz. U. poz. 1372, z późn. zm.) tj. jakości, kompleksowości, dostępności, ciągłości oraz ceny warunków wskazanych w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 6 listopada 2013 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu rehabilitacji leczniczej (Dz. U. z 2013, poz. 1522 ze zm.) [dalej jako „rozporządzenie koszykowe”].

Rozstrzygnięcie postępowania nastąpiło w dniu 15 września 2017 roku. Do udzielania świadczeń opieki zdrowotnej wybranych zostało 11 świadczeniodawców w odniesieniu do których dokonano wyboru 12 miejsc udzielania świadczeń, którzy otrzymali najwyższą ilość punktów w rankingu końcowym. Oferta Odwołującego została odrzucona z uwagi na niespełnienie warunków wymaganych określonych w przepisach prawa.

Odwołujący złożył w dniu 22 września 2017 roku odwołanie od powyższego rozstrzygnięcia, tym samym odwołanie należy uznać za złożone w terminie.

We wniesionym środku odwoławczym Odwołujący podniósł naruszenie przez Komisję konkursową przepisów prawa poprzez dokonanie niewłaściwej wykładni, bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, naruszenie przepisów k.p.a.

Odwołujący, zgodnie z art. 10 k.p.a., został poinformowany o możliwości wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

3. W ocenie Dyrektora Mazowieckiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie z następujących przyczyn.

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, co determinuje

sposób postępowania w przypadku wniesienia środka odwoławczego (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 24 marca 2009 r., sygn. VII SA/Wa 2012/08). Poza ustaleniem samego faktu naruszenia zasad postępowania organ rozpoznający środek odwoławczy zobowiązany jest do dokonania wnikliwej oceny, czy i w jakim zakresie naruszenie to realnie spowodowało doznanie uszczerbku w interesie prawnym podmiotu. Skuteczne wniesienie odwołania jest zatem ściśle uzależnione od związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy naruszeniem zasad postępowania a uszczerbkiem w interesie prawnym świadczeniodawcy. Należy w tym miejscu wskazać, iż naruszenie przepisu postępowania, który miał wpływ na wynik sprawy, należy rozpatrywać pod kątem dyrektywy wynikającej z konkretnego przepisu prawa. Jeżeli przepis prawa nakłada na Komisję konkursową obowiązek określonego działania, o naruszeniu przepisu postępowania będzie mowa wówczas, gdy Komisja konkursowa zaniecha wykonania tegoż obowiązku. Z drugiej strony przepis prawa może zawierać uprawnienie do dokonania określonej czynności przez Komisję konkursową. Swobodna decyzja zastosowania określonej normy należy więc do Komisji konkursowej, od której zależy czy czynność zostanie wykonana. W tymże przypadku dojdzie do naruszenia przepisów postępowania wyłącznie wówczas, gdy decyzja Komisji konkursowej w sposób realny naruszyła interes Oferenta, skutkującego doznaniem przez niego uszczerbku.

Odwołujący podniósł naruszenie przez Komisję konkursową treści przepisu art. 31d ustawy. Zarzut ten jest całkowicie pozbawiony podstawy prawnej, bowiem treść przepisu prawa nie zawiera dyspozycji określonego działania przez Komisję konkursową, lecz wskazuje czynności jakie musi podjąć Minister właściwy do spraw zdrowia. Nie ma zatem możliwości naruszenia treści przepisu art. 31d przez Komisję konkursową.

Należy zauważyć, że pojęcie strony i interesu prawnego może być wyprowadzone tylko z przepisów prawa materialnego, a wręcz, że ma on wprost charakter materialnoprawny (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 27 września 2001r, sygn. akt I SA 2326/00). Tak pojmowany interes prawny oferenta polega na tym, żeby jego oferta została przez kontrahenta przyjęta (wybrana) zawsze wtedy, gdy na to zasługuje i w pełnym zakresie, w jakim na wybór zasługiwała, uwzględniając przewidziany prawem zakres swobody komisji konkursowej, umożliwiający wybór oferty lub większej liczby ofert, które zapewniają ciągłość udzielania świadczeń opieki zdrowotnej, ich jakość, kompleksowość oraz dostępność, jak też przedstawiają najkorzystniejszy bilans ceny w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. W przypadku udziału w postępowaniu więcej niż jednego oferenta, interes prawny każdego z nich polega także na tym, by wszyscy świadczeniodawcy ubiegający się

o zawarcie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej traktowani byli równo i by postępowanie prowadzone było z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji pomiędzy oferentami.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 152 ust. 2 pkt 2 ustawy środek odwoławczy jakim jest odwołanie nie przysługuje na niedokonanie wyboru świadczeniodawcy. Nie ulega wątpliwości, że zarzutem jaki został postawiony przez Odwołującego jest fakt niedokonania przez MOW NFZ wyboru jego oferty poprzez jego odrzucenie, co powoduje, że uzasadnione jest stwierdzenie, że skierowane odwołanie może być uznane za niedopuszczalne z uwagi na zacytowane powyżej unormowanie art. 152 ust. 2 pkt 2 ustawy.

4. Należy w tym miejscu podkreślić, że Komisja konkursowa dokonała weryfikacji wszystkich złożonych ofert w jednolity sposób, a więc z poszanowaniem zasady równego traktowania oferentów.

Oferenci przystępujący do przedmiotowego postępowania w sprawie zawarcia umów, prowadzonego w trybie konkursu ofert, oprócz wymagań wynikających z przepisów prawa powszechnie obowiązującego, powinni spełniać wymagania określone przez Prezesa Funduszu, na podstawie art. 146 ust. 1 ustawy w:

- Zarządzeniu Nr 18/2017/DSOZ Prezesa Funduszu z dnia 14 marca 2017 roku w sprawie warunków postępowania dotyczących zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej (ze zm.);
- Zarządzeniu nr 130/2016/DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 30 grudnia 2016 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzajach rehabilitacja lecznicza oraz programy zdrowotne w zakresie świadczeń - leczenie dzieci i dorosłych ze śpiączką ze zm.

Jak wynika z dokumentacji zgromadzonej w postępowaniu konkursowym wymagania, wyjaśnienia, informacje oraz dokumenty związane z postępowaniem zostały udostępnione Oferentom biorącym udział w postępowaniu na takich samych zasadach. Przystępując do postępowania Odwołujący mógł i powinien zapoznać się z warunkami wymaganymi od świadczeniodawców oraz kryteriami oceny ofert, które były dla wszystkich świadczeniodawców biorących udział w danym postępowaniu jednakowe. Zwrócić należy również uwagę na fakt, że uwagi dotyczące warunków wymaganych od świadczeniodawców oraz kryteriów oceny ofert mogą być zgłaszane na etapie konsultacji projektu takich warunków, natomiast ustalone na podstawie art. 146 ustawy przez Prezesa Funduszu są

wiążące w danym postępowaniu. Dyrektor oddziału wojewódzkiego Funduszu nie ma w zakresie swoich kompetencji uprawnienia zarówno do kształtowania i sankcjonowania warunków wymaganych od świadczeniodawców, jak również nie ma możliwości wpływania na Komisję konkursową, a także upoważnienia komisji do odstępowania od obowiązujących zarządzeń Prezesa Funduszu i przyjęcia odmiennego od ustalonego sposobu obliczania punktów za poszczególne kryteria. Każdy ze świadczeniodawców biorących udział w postępowaniu składa stosowne oświadczenie, iż zapoznał się z warunkami postępowania dotyczącymi zawierania umów i nie zgłasza do nich zastrzeżeń oraz przyjmuje je do stosowania. Oświadczenie powyższej treści zostało złożone przez wszystkich świadczeniodawców biorących udział w postępowaniu.

5. Należy wyjaśnić, iż każdy z oferentów przystępujących do postępowania zobowiązany jest spełniać warunki wymagane określone w rozporządzeniu koszykowym w przeciwnym wypadku oferta zostanie odrzucona. Oferenci mogą również spełniać dodatkowe kryteria określone w rozporządzeniu kryterialnym, za które otrzymują dodatkowe rankingujące punkty, nie spełnianie tych kryteriów nie wywołuje skutku odrzucenia oferty, a jedynie nieprzyznaniem punktów.

Niejednokrotnie moment spełnienia określonych warunków był powzięty pod rozwagę sądów. Wynikiem czego Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 22 stycznia 2015 r. określił iż *„odnosząc powyższą regułę, w drodze analogii, do zapewnień, informacji, danych i innych oświadczeń wiedzy składanych przez oferenta w postępowaniu konkursowym, należy stwierdzić, że takie oświadczenia powinny odpowiadać rzeczywistości najpóźniej w dniu otwarcia ofert. Wówczas zostaną one bowiem – de iure i de facto – „złożone” (zakomunikowane) adresatowi (organizatorowi konkursu). Dlatego ten właśnie moment stanowi, zdaniem Sądu właściwy punkt odniesienia dla oceny prawdziwości informacji zawartych w ofercie”* oraz *„w myśl art. 61 § 1 Kodeksu cywilnego oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej. Stosując powyższą zasadę do tej szczególnej kategorii oświadczeń woli, jaką stanowi oferta składana w ramach przetargu – a taką cywilistyczną konstrukcję posiada niewątpliwie postępowanie konkursowe unormowane w dziale VI u.ś.o.z. – należy przyjąć, że takie oświadczenie jest "złożone" (w rozumieniu art. 61 § 1 k.c.) organizatorowi przetargu dopiero z chwilą określoną w ogłoszeniu o przetargu (tu odpowiednio: w ogłoszeniu o konkursie – zob. § 2 ust. 1 pkt 6*

rozporządzenia konkursowego) jako termin otwarcia ofert (por. M. Boratyńska, *Przetarg w prawie polskim. Zagadnienia cywilistyczne*, Warszawa 2001, s. 145–146). Dopiero wówczas bowiem organizator przetargu (konkursu) może zapoznać się z treścią złożonej oferty. Ofertę składa się wszak w zamkniętej kopercie lub paczce (zob. § 4 ust. 1 rozporządzenia konkursowego) właśnie po to, aby adresat nie mógł wcześniej zapoznać się z jej treścią.”. Powyższe w sposób oczywisty potwierdza, iż momentem od którego oferent zobowiązany jest spełniać warunki, oraz od którego może spełniać kryteria dodatkowe jest dzień otwarcia oferty. Nie można zatem zestawiać, czy zrównywać rygorów spełnienia, jako faktu dokonanego, z deklaracją – perspektywy spełnienia. Komisja konkursowa dokonuje oceny i wartościowania ofert na dzień ich otwarcia, a nie w perspektywie opartej na swobodnym wyborze oferenta. Odmienna praktyka prowadziłaby do przyznawania punktacji o w oparciu o zdarzenia przyszłe niepewne, a zatem warunkowe, co nie stanowiłoby realizacji standardu wyrażonego w dyspozycji art. 134 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym „Fundusz jest obowiązany 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 dokonała otwarcia ofert, w tym Odwołującego w dniu 13 lipca 2017 r. Oznacza to, że najpóźniej w tym dniu Odwołujący powinien spełniać warunki wymagane określone przepisami prawa. Zgodnie z warunkami udzielania świadczeń, określonymi w załączniku nr 1 pkt. 1 lit. b do rozporządzenia koszykowego - świadczenia udzielane w fizjoterapii ambulatoryjnej, z wyjątkiem masażu, muszą odbywać się pod nadzorem co najmniej osoby wykonującej zawód fizjoterapeuty i posiadającej tytuł magistra, o którym mowa w art. 4 ust. 4 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 25 września 2015 r. o zawodzie fizjoterapeuty (Dz. U. poz. 1994 oraz z 2017 r. poz. 599), lub fizjoterapeuty posiadającego dyplom, świadectwo lub inny dokument, o którym mowa w art. 13 ust. 1 pkt 5 lit. b i c tej ustawy, potwierdzający ukończenie studiów drugiego stopnia oraz posiadającego co najmniej 3-letnie doświadczenie w zawodzie fizjoterapeuty. Z warunku koniecznego wynika obowiązek spełnienia jednocześnie dwóch przesłanek celem jego spełnienia, mianowicie wymóg wykształcenia oraz wymóg doświadczenia w określonym wymiarze. Każdy z tych wymogów musi być spełniony najpóźniej na dzień otwarcia ofert. Na dzień otwarcia oferty Odwołujący nie spełniał ww. warunku wobec czego Komisja konkursowa wezwała w dniu 2 sierpnia 2017 r. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie zabezpieczenia czasu pracy pracowni przez magistra fizjoterapii z co najmniej 3 – letnim doświadczeniem w zawodzie fizjoterapeuty.



W odpowiedzi Odwołujący przekazał kserokopię umów oraz dyplomów Anny Pawłowskiej, Agaty Towarek, Marty Białkowskiej. Po dokonaniu analizy ustalono, iż osoby te spełniają jeden wymóg tj. wymóg wykształcenia, jednakże Odwołujący nie potwierdził posiadania co najmniej 3 letniego doświadczenia w zawodzie fizjoterapeuty. Z analizy przesłanych dokumentów wynika, iż Marta Białkowska w dniu otwarcia ofert posiadała doświadczenie w wymiarze 2 lat 11 miesięcy i 23 dni. Nie spełniony został zatem drugi z wymogów doświadczenia, bowiem osoba ta nie posiadała doświadczenia **co najmniej 3 – letniego**.

Następny z przedstawionych specjalistów – Anna Towarek na dzień otwarcia ofert posiadała doświadczenie w wymiarze 2 lat 11 miesięcy i 13 dni. Analogicznie jak w ww. przypadku wymóg doświadczenia nie został spełniony.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego odnoszących się do ustawy z dnia 25 września 2015 r. o zawodzie fizjoterapeuty (Dz. U. poz. 1994 oraz z 2017 r. poz. 599) i wywiedzionej przez Odwołującego z tej ustawy „samodzielności” zawodu, należy podkreślić, że zaprezentowana argumentacja w Odwołaniu dowodzi mylnego postrzegania zasad funkcjonowania systemu powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego w ramach, których finansowane są świadczenia zdrowotne finansowane przez Fundusz. Publiczny płatnik jako odbiorca aktów prawnych wydanych na podstawie art. 31d ustawy – tzw. rozporządzeń koszykowych jest zobowiązany do weryfikacji czy oferenci, pretendujący do statusu świadczeniodawców świadczeń gwarantowanych spełniają minimalne wymogi zawarte w tych rozporządzeniach. Brak jest zatem przestrzeni do oczekiwania przez Odwołującego, odejścia od wymogów minimalnych i weryfikowania przez pryzmat innego aktu prawnego – ustawy systemowej o jednym z zawodów medycznych. Rozporządzenia koszykowe wyznaczają minimalnych standard w zakresie wymogów m.in. sprzętowych i potencjału osobowego, którego minister właściwy do spraw zdrowia oczekuje w ramach powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego. Niedopuszczalne zatem staje się zaniżanie tego standardu, bądź też dopuszczanie przez Funduszu do zawierania umów z oferentami nie spełniającymi tych wymogów.

Komisja konkursowa dokonała zatem weryfikacji w sposób kompleksowy i profesjonalny. Przesłane przez Odwołującego dokumenty nie potwierdziły spełnienie powyższego wymogu koniecznego. Jeżeli zatem Odwołujący nie spełniał wymogów koniecznych jego oferta na podstawie art. 149 ustawy została odrzucona. Warunek konieczny wskazany w przepisie prawa nie jest spełniony, bowiem Odwołujący nie zapewnia nadzoru w pełnym czasie pracy

pracowni tj. od poniedziałku do piątku w godzinach 8:00 – 10:25 oraz w poniedziałki w godzinach 18:00 – 19:00 i w piątku w godzinach 18:00 oraz 18:30.

Nieprawdziwym jest twierdzenie Odwołującego, jakoby odrzucenie oferty było pozbawione wskazania podstawy prawnej, gdyż w treści zawiadomienia oferenta o odrzuceniu oferty wskazano „7) niespełnienia wymaganych warunków określonych w przepisach prawa, w tym warunków określonych przez Prezesa Funduszu na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy.”. Ponadto na końcu zawiadomienia wskazano podstawę prawną odrzucenia oferty tj. ustawę oraz rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 22 grudnia 2014 r. w sprawie sposobu ogłaszania o postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, składania ofert, powoływania i odwoływania komisji konkursowej, jej zadań oraz trybu pracy (Dz.U.2014.1980 ze zm.). Odwołujący zobowiązany jest do zapoznania się z treścią przepisów prawa, na podstawie których Komisja konkursowa prowadzi postępowanie konkursowe. W następstwie czego składa stosowne oświadczenie do oferty. Takowe oświadczenie zostało złożone przez Odwołującego wobec czego był w wiedzy co do treści art. 149. Przesłanki odrzucenia oferty wskazane w zawiadomieniu są odwzorowaniem art. 149 ustawy. Dokument jest generowany z systemu informatycznego tworzonego na podstawie ustawy. Podstawą odrzucenia oferty było niespełnianie wymaganych warunków określonych w przepisach prawa. Komisja konkursowa wskazała w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty bezpośrednio przepis prawa, jakiego nie spełniał Odwołujący. Zarzut braku wskazania podstawy prawnej jest zatem całkowicie bezzasadny. Powyższe stanowi, iż nie został naruszony przez Komisję konkursową żaden przepis prawa.

6. Odwołujący zarzucił, iż Komisja konkursowa naruszyła art. 31d ustawy w zw. z załącznikiem nr 1 pkt 1 lit. B rozporządzenia koszykowego poprzez uznanie, iż Odwołujący nie spełnia warunków koniecznych dot. Personelu, podczas gdy zapewnia wykwalifikowany personel pozostający w gotowości do udzielania świadczeń. O naruszeniu ww. przepisu prawa nie może być mowy, bowiem brak jest dyspozycji określonego działania Komisji konkursowej. Jednakże należy wskazać, iż oczywistym jest jakoby personel wykazany w ofercie pozostawał w gotowości do udzielania świadczeń. Postępowanie konkursowe ze swojej natury poprzedza fakt zawarcia umów o udzielanie świadczeń. Jednakże gotowość jaką jest fakt udzielania świadczeń realizuje się z momentem zawarcia umowy, w okresie trwania postępowania nie ma wpływu na spełnianie warunków określonych w ww. prawa. Nie ma możliwości liczenia doświadczenia na przód, bowiem spełnienia warunku jest obowiązkowe na dzień otwarcia ofert a nie w przyszłości. Nie ma

możliwości zaliczenia na poczet doświadczenia stanu, jaki jeszcze nie miał miejsca. Na dzień otwarcia ofert doświadczenie fizjoterapeutów wykazanych w ofercie nie spełniało warunków koniecznych. Gotowość nie ma znaczenia dla spełniania warunku wymaganego w chwili otwarcia oferty Odwołującego. Nie można bowiem wysunąć wniosku, iż osoby te będą realizować umowy zawarte w Odwołującym lub innym przedsiębiorcą jako fizjoterapeuci.

Odwołujący wskazał, iż Komisja konkursowa nie uznała gotowości udzielania świadczeń wykazanych w ofercie fizjoterapeutów na potrzeby okresu doświadczenia, naruszając tym art. 146 ust. 1 pkt. 2 ustawy w zw. z §5 i §10 ust. 4 pkt

3 Zarządzenia nr 18/2017/DSOZ Prezesa Funduszu. Z treści powyższych przepisów wynika bowiem obowiązek ciążyący na Odwołującym, a nie na Komisji konkursowej.

7. Odwołujący zarzucił Komisji konkursowej naruszenie treści art. 134 ust. 1 i ust. 2 ustawy polegającym na bezpodstawnym i bezprawnym odrzuceniu oferty Odwołującego, naruszając tym samym zasadę równego traktowania wszystkich oferentów oraz naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Z zarzutem Odwołującego nie sposób się zgodzić, bowiem Komisja konkursowa analizowała wszystkie oferty z uwagi na te same kryteria, z uwzględnieniem tych samych przesłanek odrzucenia oferty. Jeżeli którykolwiek z oferentów nie spełniał warunków wymaganych, a więc koniecznych oferta była odrzucania. W przedmiotowym postępowaniu oferta Odwołującego nie była jedyną, która została odrzucona. Odrzucenie było bowiem następce do złożonych wyjaśnień Odwołującego, na skutek wezwania przez Komisję konkursową. Fakt doświadczenia jest niezaprzeczalny, nie ma możliwości innego interpretowania doświadczenia jak dokonanie prostego rachunku matematycznego, podczas gdy wszystkie elementy są klarowne. Odrzucenie oferty jest oparte na przepisie prawa powszechnie obowiązującego tj. art. 149 ustawy, a więc nastąpiło w świetle przepisów prawa. Powyższe w pełni uzasadnia twierdzenie, że w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia ze sporem co do prawa, a sporem co do faktu istnienia określonego w rozporządzenia koszykowych wymiaru doświadczenia zawodowego. Stanowcze ustalenia komisji konkursowej w sposób bezsporny dowodzą, że obiektywnie brak jest możliwości skutecznego przeprowadzenia dowodu na okoliczność istnienia na dzień otwarcia ofert spełnienia wymogu doświadczenia.

Na podstawie art. 134 ustawy *Fundusz jest obowiązany zapewnić równe traktowanie wszystkich świadczeniodawców ubiegających się o zawarcie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej i prowadzić postępowanie w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej*

konkurencji. Wszelkie wymagania, wyjaśnienia i informacje, a także dokumenty związane z postępowaniem w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej udostępniane są świadczeniodawcom na takich samych zasadach. W niniejszym postępowaniu Komisja konkursowa zapewniła wszystkim oferentom, w tym Odwołującemu zachowanie zasad uczciwej konkurencji. Postępowanie konkursowe jest postępowaniem otwartym, każdy świadczeniodawca może złożyć ofertę na dane postępowanie, przy czym sam tę ofertę kreuje, w oparciu o warunki wskazane w ogłoszeniu o postępowaniu. Świadczeniodawca chcący złożyć ofertę na dane postępowanie zobowiązany jest do zapoznania się z przepisami prawa, które w sposób oczywisty wskazują na wymogi jakie musi spełniać, by jego oferta została zakwalifikowana do danego postępowania, a więc musi spełniać warunki konieczne, w przeciwnym wypadku jego oferta zostanie przez Komisję konkursową odrzucona. Warunki te zostały określone w rozporządzeniu koszykowym oraz w zarządzeniach Prezesa Funduszu. Ponadto ustawodawca określił inne warunki określające kryteria, na podstawie których Oferenci otrzymują dodatkowe punkty. Oferenci nie muszą bowiem spełniać kryteriów dodatkowo ocenianych, a jedynie warunki określone w rozporządzeniu koszykowym oraz w zarządzeniach Prezesa Funduszu. Suma tych punktów jest odzwierciedlana w rankingu. Kryteria rankujące są takie same dla wszystkich Oferentów. Komisja konkursowa w niniejszym postępowaniu stosowała takie same kryteria, określone przez przepisy prawa w stosunku do każdego oferenta z osobna, w tym m.in. w stosunku do Wnioskodawcy. Zarzut naruszenia zasady równego traktowania i zasad uczciwej konkurencji jest w pełni niezasadny. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem Naczelnego Sądu Administracyjnego - zasada równego traktowania świadczeniodawców może przejawiać się w różnych aspektach, natomiast przejawem jej realizacji jest stosowanie takich samych kryteriów do wszystkich świadczeniodawców biorących udział w postępowaniu. Stąd niedopuszczalne jest stosowanie do niektórych świadczeniodawców dodatkowych kryteriów, względnie wyłączenie stosowania określonych kryteriów wobec niektórych świadczeniodawców (sygn. akt II GSK 2006/14). Wobec powyższego Komisja konkursowa stosowała wszystkie kryteria, w tym takie same kryteria dodatkowo oceniane w stosunku do każdego Oferenta, zakres uwzględniania tych kryteriów był jednakowy. Fakt nie przyznania punktów niektórym oferentom nie jest przejawem naruszenia dyrektywy równego traktowania, bowiem to oferent kreując swoją ofertę sam decyduje, jakie informacje zostaną w niej zawarte. Komisja konkursowa ocenia prawdziwość tych informacji i jeżeli stwierdza, iż informacja ta jest niezgodna ze stanem rzeczywistym wówczas podejmuje decyzję w przedmiocie odebrania oferentowi punktów. Co więcej, jak podkreślił NSA w ww. wyroku

– przyjęta przez Komisję konkursową metoda polegająca na ustaleniu rzeczywistych możliwości poszczególnych oferentów, dla wszystkich jednakowa, nie musi prowadzić do nierównego traktowania wszystkich biorących udział w postępowaniu konkursowym oferentów.

W świetle powyższych wyjaśnień należy przyjąć, że postępowanie konkursowe zostało przeprowadzone zgodnie z dyrektywami wynikającymi z art. 134 ustawy ponieważ wyliczenie wartości punktowej zostało dokonane na podstawie transparentnych kryteriów, tożsamy dla każdego oferenta. Powyższy pogląd o zgodności prowadzenia postępowania konkursowego z art. 134 ustawy znajduje również oparcie w orzeczeniu Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 22 listopada 2006 r. sygn. akt VII SA/Wa 1391/06 zgodnie z którym: *„Dla oceny prawidłowości postępowania dotyczącego zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej niezbędne jest wykazanie, iż wyliczenie ilości punktów przypadających na daną kategorię zostało dokonane w oparciu o przejrzyste i jednakowe dla wszystkich oferentów kryteria”*.

Za uzasadnione należy uznać przytoczenie wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 27 lutego 2012 r. sygn. akt. VI SA/Wa 1854/11 *„Zasada równego traktowania świadczeniodawców przejawia się w stosowaniu takich samych określonych kryteriów oceny ofert do wszystkich świadczeniodawców biorących udział w postępowaniu, jak i wymagań, jakie muszą być spełnione przez świadczeniodawców celem zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej”*.

8. Odwołujący wskazał w odwołaniu, iż Komisja konkursowa naruszyła przepisy procedury administracyjnej, wskazując na naruszenie art. 10 §1 k.p.a. oraz art. 40 §2 k.p.a. Należy wskazać, iż postępowanie konkursowe ma swoisty charakter, do którego nie mają zastosowania przepisy prawa określone w k.p.a. Komisja konkursowa na etapie postępowania konkursowego wykonywała swoje czynności w granicach wyznaczonych przez przepisy prawa. Wykaz aktów prawnych, stanowiących podstawę prawną prowadzenia postępowania konkursowego został udostępniony w ogłoszeniu o postępowaniu konkursowym. Dopiero moment złożenia odwołania implikuje stosowanie przepisów k.p.a. Komisja konkursowa działała w granicach przepisów prawa właściwych dla postępowania konkursowego. Jednocześnie Organ wskazuje, iż niemożliwym byłoby naruszenie przepisów postępowania administracyjnego w postępowaniu konkursowym, bowiem postępowanie to nie ma charakteru administracyjnego. Przytoczyć należy orzeczenie WSA Warszawie z dnia 03.02.2012 (sygn. akt VI SA/Wa 1762/11) zgodnie z którym: *„Postępowanie w sprawie*

*zawarcia umów ze świadczeniodawcami nie jest więc postępowaniem administracyjnym w rozumieniu przepisów k.p.a., gdyż sprawa o zawarcie umowy o udzielanie świadczeń staje się sprawą administracyjną dopiero z chwilą złożenia przez świadczeniodawcę w trybie art. 154 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 roku o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych odwołania do Prezesa NFZ od rozstrzygnięcia postępowania w sprawie zawarcia umowy. Z tego powodu znaczenie odwołania oceniać należy w kategoriach wniosku rozpoczynającego postępowanie administracyjne".* Reżim jakim rządzi się postępowanie konkursowe nie uzasadnia możliwości stosowania przepisów KPA, a tym samym nie ma możliwości w tym kontekście naruszenia przepisów tejże ustawy. Powyższe oznacza, że postępowanie administracyjne zostało zainicjowane w chwili wniesienia odwołania przez Odwołującego. Powyższe uzasadnia twierdzenie, że postępowanie w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych w trybie konkursu ofert nie jest sprawą administracyjną wpisującą się zakres regulacji wyrażony w art. 1 k.p.a. Skoro zatem postępowanie prowadzone przez Komisję konkursową nie przebiega wedle przepisów k.p.a. brak jest możliwości dokonania czynności komisji konkursowej, która mogłaby pozostawać w sprzeczności z tą ustawą.

Odwołujący zarzucił Komisji konkursowej naruszenie art. 10 § 1 oraz art. 40 § 2 k.p.a. poprzez niedoręczenie pełnomocnikowi Odwołującego informacji o rozstrzygnięciu protestu. W postępowaniu konkursowym Odwołujący pełnomocnik odwołującego złożył protest na czynności Komisji konkursowej, załączając do pisma pełnomocnictwo. Każdy z oferentów biorących udział w postępowaniu ma prawo ustanowić pełnomocnika w postępowaniu konkursowym. Do ofert należy stosowne pełnomocnictwo załączyć z określeniem jest zakres tj. umocowania do np. złożenia oferty. Ustanowienie pełnomocnika w trakcie trwania postępowania do reprezentowania Odwołującego we wszystkich czynnościach wymaga sporządzenia pełnomocnictwa obejmującego zakres podejmowania czynności przez Mazowieckim Oddziałem Wojewódzkim NFZ w postępowaniu konkursowym ze wskazaniem konkretnego numeru postępowania. Wobec braku oświadczenia oferenta, oraz wobec braku konkretnego zapisu do reprezentowania Odwołującego na dalszym etapie postępowania, Komisja konkursowa prawidłowo uznała, iż pełnomocnik został umocowany tylko do złożenia i podpisania protestu. Pełnomocnik złożył protest na czynność Komisji konkursowej w postaci odrzucenia oferty odwołującego. Tym samym na dalszym etapie postępowania nie doręczano mu korespondencji w sprawie.

9. Mając powyższe na uwadze Dyrektor Mazowieckiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ uważa, iż zarzuty podniesione w odwołaniu złożonym przez Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie.

Komisja konkursowa prowadząc postępowanie z zachowaniem dyrektywy, wynikającej z art. 134 ust. 1 ustawy, dokonała prawidłowo rozstrzygnięcia postępowania, z tego powodu nie można stwierdzić naruszenia interesu prawnego Odwołującego.

W konsekwencji brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania wniesionego przez Odwołującego.

Wobec powyższego postanowiono jak w sentencji.

Pouczenie:

Na podstawie art. 154 ust. 4 i 5 ustawy od decyzji Dyrektora Mazowieckiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ przysługuje wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy. Wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy składa się do Dyrektora Mazowieckiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ, w terminie 7 dni od otrzymania decyzji Dyrektora Mazowieckiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ. Strona może wnieść skargę na tę decyzję Dyrektora Mazowieckiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie w terminie 30 dni od dnia doręczenia decyzji stronie, bez możliwości skorzystania z prawa do złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy. Skargę wnosi się za pośrednictwem Dyrektora Mazowieckiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ. Skarga podlega opłacie sądowej, wpis od skargi wynosi 200 złotych. Opłatę sądową uiszcza się gotówką do kasy sądu lub na rachunek bankowy sądu. Stronie, na jej wniosek złożony przed wszczęciem postępowania lub w toku postępowania, może być przyznane prawo pomocy (tj. zwolnienie od kosztów sądowych oraz ustanowienie adwokata, radcy prawnego, doradcy podatkowego). Wniosek wolny jest od opłat sądowych. Termin, do złożenia skargi uważa się za zachowany także wtedy, gdy przed jego upływem strona wniosła skargę wprost do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie.

z upoważnienia Dyrektora  
Mazowieckiego Oddziału Wojewódzkiego  
Narodowego Funduszu Zdrowia  
NACZELNIK  
Wydziału ds. Służb Mundurowych  
*Anna Ludwiczak*

Otrzymują:

1. Odwołujący
2. Strony postępowania
3. aa.

