

DP.422.60.2018  
2018.28234.ASE

Warszawa, 31 lipca 2018 r.

**Odwołujący:**  
MEDICOVER sp. z o.o.  
Al. Jerozolimskie 96  
00-807 Warszawa**Strony postępowania:**

1. „Warsaw Medical Center, Warszawskie Centrum Medyczne" Sp. z o.o.,  
ul. Wynalazek 4,  
02-677 Warszawa;
2. Centrum Kompleksowej Rehabilitacji Sp. z o.o., ul. Gąsiorowskiego 12/14,  
05-510 Konstancin-Jeziorna;
3. Jerzy Petz,  
ul. Marsz. Józefa Piłsudskiego 20,  
05-120 Legionowo

**DECYZJA NR 50/2018/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 2017 r. poz. 1938, 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, z późn. zm.) [dalej jako k.p.a.]:

**ODD A L A M**

**odwołanie MEDICOVER sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej jako Odwołujący, Spółka] od rozstrzygnięcia postępowania nr 07-18-000395/SZP/03/1/03.4580.030.02/01 w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej prowadzonego przez Narodowy Fundusz Zdrowia - Mazowiecki Oddział Wojewódzki z siedzibą w Warszawie w trybie konkursu ofert w rodzaju Leczenie szpitalne w zakresie Ortopedia i traumatologia ruchu – Hospitalizacja, w tym Ortopedia i traumatologia ruchu – Hospitalizacja – Zabiegi endoprotezoplastyki H01, H02, H09, H10, H11, H13, H14, H15, H16, H17, H18, H19.**

## UZASADNIENIE

1. Zgodnie z postanowieniami art. 152 ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, zwanej dalej ustawą, 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.

Stroną postępowania, o którym mowa w art. 154 ust. 1-3 ustawy, jest 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 27 kwietnia 2018 r. Dyrektor Mazowieckiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia ogłosił postępowanie nr 07-18-000395/SZP/03/1/03.4580.030.02/01 w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej prowadzonego przez Narodowy Fundusz Zdrowia - Mazowiecki Oddział Wojewódzki z siedzibą w Warszawie w trybie konkursu ofert w rodzaju Leczenie szpitalne w zakresie Ortopedia i traumatologia ruchu – Hospitalizacja, w tym Ortopedia i traumatologia ruchu – Hospitalizacja – Zabiegi

endoprotezoplastyki H01, H02, H09, H10, H11, H13, H14, H15, H16, H17, H18, H19 na okres od dnia 1 sierpnia 2018 r. do dnia 31 grudnia 2019 r., wskazując na możliwość zawarcia maksymalnie trzech umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej po przeprowadzeniu postępowania.

Wartość postępowania wynosiła 1 069 076,00 PLN na okres rozliczeniowy od 1 sierpnia 2018 r. do 30 września 2018 r.

Na postępowanie wpłynęło siedem ofert. Odwołujący złożył ofertę z zachowaniem terminu określonego w ogłoszeniu o postępowaniu.

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 r. w sprawie szczegółowych kryteriów wyboru ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej (Dz. U. poz. 1372, z późn. zm.) [dalej jako rozporządzenie kryterialne], tj. ciągłości, kompleksowości, jakości, dostępności i ceny oraz wymogów określonych w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 22 listopada 2013 r. w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu leczenia szpitalnego (Dz. U. 2017 r. poz. 2295, z późn. zm.) [dalej jako rozporządzenie w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu leczenia szpitalnego].

Rozstrzygnięcie postępowania nastąpiło w dniu 6 lipca 2018 roku. Do udzielania świadczeń wybrano trzech oferentów, którzy w rankingu końcowym otrzymali kolejno największą liczbę punktów. W wyniku rozstrzygnięcia postępowania konkursowego, oferta Odwołującego zajęła 4 miejsce i tym samym Odwołujący nie został wybrany do udzielania świadczeń.

Odwołujący złożył w dniu 13 lipca 2018 r. odwołanie od powyższego rozstrzygnięcia, tym samym odwołanie należy uznać za złożone w terminie.

We wniesionym środku odwoławczym Odwołujący w ramach realizacji prawa do wniesienia odwołania przedstawił zarzuty dotyczące braku wezwania oferenta Jerzego Petza do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny; nieodrzuconiu przez Komisję konkursową oferty Jerzego Petza, która w ocenie Odwołującego zawierała rażąco niską cenę; opisanu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia w ocenie Odwołującego uczciwą konkurencję; nieprawidłowe porównanie ofert w toku postępowania konkursowego w wyniku niewłaściwego zastosowania kryterium jakości dotyczące oferty Jerzego Petza; nieprawidłowe porównanie ofert w toku postępowania konkursowego w wyniku niewłaściwego zastosowania kryterium dostępności dotyczące oferty Jerzego Petza; nieodrzuconiu przez Komisję konkursową oferty Jerzego Petza, która w ocenie

Odwołującego nie obejmowała histopatologii śródoperacyjnej ani też nie zawierała w wykazie personelu osoby mogącej wykonywać to w ramach bloku operacyjnego tego oferenta; nieodrzuceniu przez Komisję konkursową oferty Jerzego Petza, która w ocenie Odwołującego nie zawierała dowodu na spełnianie warunku dotyczącego zapewnienia całodobowej opieki lekarskiej we wszystkie dni tygodnia; powołanie Zespołu negocjacyjnego bez wymaganego wniosku Komisji konkursowej; nieustalenie przez Komisję konkursową dla osób negocjujących zakresu negocjacji; przeprowadzenie negocjacji z grupą oferentów bez uprzedniego podjęcia uchwały przez Komisję konkursową określającej liczbę oferentów zaproszonych do negocjacji; podejmowanie decyzji przez Komisję konkursową bez podejmowania wymaganych uchwał;

W oparciu o wskazane powyżej zarzuty Odwołujący podniósł, że nie zgadza się z rozstrzygnięciem konkursu, wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o dokonanie ponownej weryfikacji i oceny podmiotów, które wzięły udział w postępowaniu.

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, ponieważ Odwołujący nie wykazał w jaki sposób wynik postępowania narusza jego interes prawny.

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 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 2001 r., 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.

Zgodnie z art. 134 ust. 1 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. Ponadto zgodnie z art. 134 ust. 2 ustawy: 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.

Sposób wykładni powyższego przepisu został trafnie zaprezentowany w wyroku WSA z dnia 20 lutego 2018 r. sygn. Akt VI SA/Wa 1885/17 w następującym brzmieniu: „Zasada równego traktowania świadczeniodawców przejawia się w stosowaniu tych samych kryteriów do wszystkich świadczeniodawców biorących udział w danym postępowaniu. Naruszeniem tej zasady byłoby stosowanie w danym postępowaniu w stosunku do niektórych świadczeniodawców dodatkowych kryteriów, względnie wyłączenie stosowania określonych kryteriów wobec niektórych świadczeniodawców.”. Powyższy sposób realizacji standardu równego traktowania został w pełni zrealizowany i skutkował wyborem oferentów, których oferty uzyskały wyższą punktację od Odwołującego się. Powyższe oznacza, że to właśnie reguła równego traktowania oferentów doprowadziła do rozstrzygnięcia z którym nie zgadza się Odwołujący.

4. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów podniesionych przez Spółkę w odwołaniu, zachowując jednocześnie systematykę przyjętą przez Odwołującego, w pierwszej kolejności odnieść należy się do zarzutów wyrażonych w pkt 1 ora 2 odwołania, w których Odwołujący zarzuca naruszenie § 14 ust. 1 rozporządzenia 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. poz. 1980, z późn. zm.), zwanego dalej: rozporządzeniem w sprawie sposobu ogłaszania o postępowaniu w sprawie zawarcia umowy, oraz art. 149 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Oferent Jerzy Petz w trakcie negocjacji zaproponował cenę o 10% niższą od ceny oczekiwanej przez Fundusz. Zaoferowana cena była ceną minimalną, zgodną ze sposobem określającym cenę minimalną określonym w Załączniku nr 17 rozporządzenia kryterialnego. Skoro zatem zaoferowana cena nie była niższa o więcej niż 10% od ceny oczekiwanej przez organizatora konkursu, i mieściła się w wartości ceny minimalnej przewidzianej w ww. załączniku nr 17 do rozporządzenia kryterialnego, nie mogła być jednocześnie rażąco niską ceną. Z tego powodu brak było podstaw do zwrócenia się do oferenta przez Komisję konkursową na podstawie § 14 ust. 1 rozporządzenia w sprawie sposobu ogłaszania o postępowaniu w sprawie zawarcia umowy. Również z tego powodu oferta Jerzego Petza nie podlegała odrzuceniu, jako zawierająca rażąco niską cenę, ponieważ nie zaktualizowała się przesłanka jej odrzucenia, o której mowa w art. 149 ust. 1 pkt 4 ustawy. Tym samym zarzuty te są nieuzasadnione.

5. Za nieuzasadniony również należy uznać zarzut podnoszony w pkt 3 dotyczący naruszenia art. 140 ust. 2 pkt 1 ustawy. Przepisy prawa przewidują ogłoszenie postępowania konkursowego wyłącznie wraz z zakresem skojarzony (w tym wypadku na operacje związane z endorportezoplastyką), jednocześnie nie ograniczając możliwości złożenia ofert tym oferentom, którzy chcą realizować wyłącznie zakres podstawowy. Działanie organizatora konkursu zmierzające do wyeliminowania z konkursu oferentów zamierzających realizować wyłącznie zakres podstawowy doprowadziłoby do naruszenia art. 148 ustawy, paradoksalnie czyniąc zarzut Odwołującego skutecznym, do którego to naruszenia w prowadzonym postępowaniu konkursowym nie doszło, z uwagi na fakt działania przez Komisję konkursową na zasadach i w granicach obowiązującego ładu prawnego.

6. W pkt 4 odwołania Spółka podnosi zarzut naruszenia art. 148 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z § 5 ust. 1 i 2 oraz załącznikiem nr 3 rozporządzenia kryterialnego poprzez nieprawidłowe porównanie ofert w toku postępowania konkursowego w wyniku niewłaściwego zastosowania kryterium jakości dotyczącego oferty Jerzego Petza w części dotyczącej realizacji umowy na podstawie karty diagnostyki i leczenia onkologicznego, o której mowa w art. 32a ust. 1 ustawy. Pytanie ofertowe: *Świadczeniodawca realizuje świadczenia w ramach umowy na podstawie karty diagnostyki i leczenia onkologicznego, o której mowa w art. 32a ust. 1 ustawy*

o świadczeniach nie określa zakresu świadczeń, w którym realizowane są ww. świadczenia. W odróżnieniu od pytania: *Współpraca z Agencją – świadczeniodawca przekazywał w terminie dane, o których mowa w art. 311c ust. 2 ustawy o świadczeniach, w zakresie świadczeń objętych przedmiotem postępowania – dotyczy okresu po dniu 22 lipca 2017 r.*, które precyzuje zakres świadczeń objętych przedmiotem postępowania i z tego powodu skorygowano ujemnie punkty za odpowiedź na to pytanie. Oferent Jerzy Petz realizuje pakiet onkologiczny w zakresach chirurgia ogólna – hospitalizacja planowa, położnictwo i ginekologia – hospitalizacja planowa (wyłącznie ginekologia), jak również w poradniach przyszpitalnych. Podniesiony zarzut nie znajduje zatem uzasadnienia.

7. Dalej w pkt 5 Spółka podnosi zarzut naruszenia art. 148 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z załącznikiem nr 3 rozporządzenia kryterialnego poprzez nieprawidłowe porównanie ofert w toku postępowania konkursowego w wyniku niewłaściwego zastosowania kryterium jakości dotyczącego oferty Jerzego Petza w części dotyczącej sposobu prowadzenia przez oferenta Jerzego Petza historii choroby w postaci elektronicznej w sposób o którym mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 30 ustawy o prawach pacjenta, oraz wystawia recepty o skierowania co najmniej przez nanoszenie danych za pomocą wydruku.

Oferent Jerzy Petz złożył oświadczenie (str. 80 oferty), że prowadzi historię choroby w postaci elektronicznej, z możliwością wystawiania recept i skierowań co najmniej przez nanoszenie danych za pomocą wydruku. Komisja konkursowa stosowała tę samą metodologię oceny i przyznawania punktów za spełnienie tego warunku wobec wszystkich uczestników postępowania konkursowego. Komisja przyjęła taką zasadę w stosunku do wszystkich oferentów kierując się koniecznością zapewnienia realizacji zasady równego traktowania oferentów oraz przyjęcia jednolitości w sposobie rozpatrywania ofert złożonych w postępowaniu. Zarzut nieprawidłowego porównania ofert jest zarzutem bezzasadnym.

8. W pkt 6 odwołania Spółka podnosi zarzut naruszenia art. 148 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z załącznikiem nr 3 rozporządzenia kryterialnego poprzez nieprawidłowe porównanie ofert w toku postępowania konkursowego w wyniku niewłaściwego zastosowania kryterium jakości dotyczącego oferty Jerzego Petza w części dotyczącej posiadanego certyfikatu ISO 9001. Komisja konkursowa wzywała do przedstawienia specyfikacji komórek organizacyjnych objętych postępowaniem w sytuacji gdy komórka organizacyjna oferenta została utworzona po dacie wystawienia certyfikatu. W przypadku Oferenta Jerzego Petza komórka organizacyjna 4580 Oddział chirurgii urazowo-ortopedycznej został zarejestrowany 30.07.2008 roku.

Pierwszy certyfikat wydano 19.01.2012 r., aktualny certyfikat, załączony do oferty wydano 18.12.2017 r. Ponadto w postępowaniu konkursowym na zakres okulistyka – zespół chirurgii jednego dnia 07-18-000262/SZP/03/1/03.4600.032.02/01 został przedstawiony załącznik do certyfikatu, z którego wynika, że przedmiotowa komórka organizacyjna została objęta certyfikacją. Zarzut ten zatem należy uznać za bezzasadny.

9. W pkt 7 odwołania Spółka podnosi zarzut naruszenia art. 148 ust. 1 pkt 4 ustawy w zw. z załącznikiem nr 3 rozporządzenia kryterialnego poprzez nieprawidłowe porównanie ofert w toku postępowania konkursowego w wyniku niewłaściwego zastosowania kryterium dostępności dotyczącego oferty Jerzego Petza w części dotyczącej zapewnienia co najmniej 1 łóżka o zwiększonej nośności co najmniej 250 kg - w lokalizacji. Oferent Jerzy Petz przedłożył w ofercie specyfikację posiadanego łóżka o zwiększonej nośności co najmniej 250 kg – w lokalizacji. Komisja konkursowa dnia 27 czerwca br. przeprowadziła wizytację oferenta, i na miejscu sprawdziła spełnienie wszystkich wymogów. Zarzut ten zatem należy uznać za bezzasadny.

10. W pkt 8 odwołania Spółka podnosi zarzut naruszenia art. 149 ust. 7 ustawy w zw. z § 4 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu leczenia szpitalnego, poprzez brak odrzucenia oferty Jerzego Petza pomimo, że zdaniem Spółki z oferty i załączonych do niej dokumentów nie wynika, że oferent ten zapewnia co najmniej dostęp do badań histopatologicznych i cytologicznych. Oferent Jerzy Petz w swojej ofercie przedstawił umowy na podwykonawstwo:

- Umowę z dnia 23.02.2017 r. z Centralnym Szpitalem Klinicznym MSWiA w Warszawie na wykonywanie badań histopatologicznych wymienionych w załączniku do umowy (badania histopatologiczne i cytologiczne)(str. 62-67 oferty), oraz

- Umowę z dnia 01.07.2006 r. z lekarzem Krzysztofem Sikorą właścicielem praktyki lekarskiej „dr n. med. Krzysztof Sikora spec. histopatolog cytolog” na badania histopatologiczne; do przedmiotowej umowy został zawarty w dniu 03.07.2006 r. Aneks nr 1 wprowadzający dodatkowy punkt umowy o treści „Zleceniobiorca zobowiązuje się do wykonywania badań śródoperacyjnych w miejscu udzielania świadczeń przez Zleceniodawcę”(str. 59-61 oferty).

Z powyższego wynika, że zarzut jest bezzasadny.

11. W pkt 9 odwołania Spółka podnosi zarzut naruszenia art. 149 ust. 7 ustawy w zw. z § 5 rozporządzenia w sprawie świadczeń gwarantowanych z zakresu leczenia szpitalnego, poprzez brak odrzucenia oferty Jerzego Petza pomimo, że zdaniem Spółki z oferty



i załączonych do niej dokumentów nie wynika, że oferent ten zapewnia całodobową opiekę lekarską we wszystkie dni tygodnia.

Wymóg zapewnienia realizacji powyższego modelu organizacji świadczeń Komisja konkursowa sprawdzała na podstawie elektronicznej wersji oferty w statystyce personelu, z której wynikało, że Jerzy Petz zatrudnia lekarzy specjalistów ortopedii i traumatologii narządu ruchu w wymiarze 191 godzin tygodniowo, lekarzy specjalistów neurochirurgii 20 godzin tygodniowo, lekarzy specjalistów anestezjologii i intensywnej terapii w wymiarze 175 godzin tygodniowo. Łącznie zatrudniono lekarzy w wymiarze 386 godzin. Komisja przyjęła taką zasadę w stosunku do wszystkich oferentów kierując się koniecznością zapewnienia realizacji zasady równego traktowania oferentów oraz przyjęcia jednolitości w sposobie rozpatrywania ofert złożonych w postępowaniu. Zarzut nieprawidłowego porównania ofert jest zarzutem bezzasadnym.

**12.** W dalszej części w pkt 10 Odwołujący zarzucił naruszenie § 7 ust. 5 i § 7 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia w sprawie sposobu ogłaszania o postępowaniu w sprawie zawarcia umowy, poprzez powołanie Zespołu negocjacyjnego bez aktu powołania Zespołu negocjacyjnego, bez wymaganego wniosku Komisji konkursowej o powołanie Zespołu negocjacyjnego oraz nieustalenie przez Komisję konkursową dla osób negocjujących zakresu negocjacji, bez uchwały Komisji konkursowej w sprawie wniosku o powołanie zespołu i uchwały określającej zakres negocjacji powierzonych, bez decyzji Komisji konkursowej co do zakresu negocjacji, w szczególności braku ustalenia, z którymi oferentami negocjacje będą prowadzone, co zdaniem Odwołującego doprowadziło do braku faktycznej i prawnej możliwości prawidłowego i skutecznego umocowania członków Zespołu negocjacyjnego, a tym samym spowodowało nieważność powołania Zespołu negocjacyjnego.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem Wnioskodawcy, iż zgodnie z rozporządzeniem konkursowym, skierowanie przez Komisję konkursową wniosku o powołanie Zespołu negocjacyjnego, stanowi jedyną możliwość prawidłowego i skutecznego umocowania Zespołu negocjacyjnego do prowadzenia negocjacji z oferentami.

Na podstawie art. 142 ust. 6 ustawy, Komisja konkursowa w części niejawniej konkursu ofert może przeprowadzić negocjacje z oferentami w celu ustalenia liczby planowanych do udzielenia świadczeń opieki zdrowotnej i ceny za udzielane świadczenia opieki zdrowotnej. Zadania oraz tryb pracy Komisji konkursowej określa rozporządzenie konkursowe, zgodnie z którym Przewodniczący kieruje pracami Komisji konkursowej oraz reprezentuje ją na zewnątrz (§ 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie sposobu ogłaszania o postępowaniu w sprawie zawarcia umowy), a jego zadaniem jest m.in. powoływanie i odwoływanie spośród członków

Komisji konkursowej stałych lub doraźnych zespołów do realizacji określonych zadań (§ 7 ust. 4 pkt 5 rozporządzenia w sprawie sposobu ogłaszania o postępowaniu w sprawie zawarcia umowy).

Tym samym, przepis § 7 ust. 4 pkt 5 rozporządzenia w sprawie sposobu ogłaszania o postępowaniu w sprawie zawarcia umowy stanowi samoistną przesłankę do powołania Zespołu negocjacyjnego przez Przewodniczącego. Treść § 7 ust. 5 rozporządzenia w sprawie sposobu ogłaszania o postępowaniu w sprawie zawarcia umowy przewiduje natomiast możliwość powołania i odwołania zespołów do realizacji określonych zadań również na wniosek Komisji konkursowej skierowany do Przewodniczącego.

Wskazane powyżej przepisy prawa korespondują ze sobą i nie pozostają w sprzeczności.

Przewodniczący Komisji konkursowej, spośród członków Komisji konkursowej powołanej przez Dyrektora Mazowieckiego Oddziału Funduszu, powołał Zespół negocjacyjny do zadań którego należało przeprowadzenie negocjacji z oferentami. Dokumentacja postępowania konkursowego potwierdza powyższą okoliczność. Tym samym, zarzut dotyczący braku skutecznego umocowania osób prowadzących negocjacje jest nieuzasadniony.

Nieuzasadniony jest również zarzut nieustalenia przez Komisję konkursową zakresu przedmiotowego negocjacji, bowiem z treści art. 142 ust. 6 ustawy jednoznacznie wynika, że negocjacje prowadzone są w celu ustalenia dwóch niezbędnych składników oferty, tj. proponowanej liczby i ceny oferowanych świadczeń opieki zdrowotnej. Oznacza to, że w kwestii zakresu przedmiotowego negocjacji Komisja konkursowa związana jest treścią ww. przepisu i zobowiązana jest przeprowadzić negocjacje, zarówno co do proponowanej liczby świadczeń, jak i ceny, bez konieczności podejmowania w tym zakresie uchwały określającej zakres negocjacji. Ponadto wskazać należy, że w zaproszeniu do negocjacji każdy z oferentów, w tym Odwołujący, otrzymał informację o przedmiocie negocjacji.

Odnosząc się zaś do zakresu podmiotowego negocjacji, wskazać należy, że Komisja konkursowa ma obowiązek przeprowadzać negocjacje co najmniej z dwoma oferentami, o ile w konkursie bierze udział więcej niż jeden oferent (art. 142 ust. 7 ustawy), a do negocjacji zaprasza się oferentów spełniających wymogi konieczne do zawarcia i realizacji umowy w liczbie, która zapewni możliwość dokonania skutecznego wyboru, przy założeniu wyczerpania planowanej do zakupu liczby świadczeń lub wartości zamówienia i kwalifikuje się ich licząc kolejno od najwyższej łącznej oceny uzyskanej na podstawie kryteriów niecenowych (§ 15 ust. 1 i 2 rozporządzenia w sprawie sposobu ogłaszania o postępowaniu w sprawie zawarcia umowy). Do negocjacji zaprasza się tych oferentów, którzy przy założeniu możliwości otrzymania dodatkowych punktów w kryterium ceny

mogliby zostać wybrani do udzielania świadczeń. Komisja konkursowa również w tym zakresie nie posiada swobody uznaniowej i ograniczona jest rachunkiem matematycznym oraz dyspozycją przepisów ustawy i rozporządzenia w sprawie sposobu ogłaszania o postępowaniu w sprawie zawarcia umowy. Odwołujący przystąpił do negocjacji nie poddając pod wątpliwość ani umocowania Zespołu negocjacyjnego, ani zakresu prowadzonej negocjacji, czyni to dopiero w chwili obecnej, wobec niezadowolenia z wyniku przeprowadzonych negocjacji.

13. Następnie w pkt 11 odwołania Odwołujący zarzuca naruszenie § 15 ust. 1 i 2 rozporządzenia w sprawie sposobu ogłaszania o postępowaniu w sprawie zawarcia umowy, polegające na prowadzeniu negocjacji z grupą oferentów, bez uprzedniego podjęcia uchwały przez Komisję konkursową określającej liczbę oferentów zaproszonych do negocjacji. Zgodnie z dyspozycją § 15 ust. 1 i 2 rozporządzenia w sprawie sposobu ogłaszania o postępowaniu w sprawie zawarcia umowy, podstawę do ustalenia oferentów zaproszonych do negocjacji stanowi ranking otwarcia ofert, który analizowany jest przez Komisję konkursową pod kątem sumy punktów otrzymanych przez oferentów w kryteriach niecenowych, przy uwzględnieniu maksymalnej ilości planowanych do zawarcia umów. Do negocjacji zapraszani są oferenci, których oferty spełniają wymagania wynikające z warunków zawierania umów i nie podlegają odrzuceniu z innych przyczyn, którzy przy założeniu możliwości otrzymania dodatkowych punktów za kryterium ceny mogliby zostać wybrani do udzielania świadczeń. Żaden przepis prawa nie nakłada na Komisję konkursową obowiązku podejmowania uchwał w tym zakresie. Podstawową wskazówką dla Komisji konkursowej powinno być ustalenie, czy przeprowadzenie negocjacji z konkretnym oferentem będzie prowadziło do zmiany jego pozycji w rankingu. Jeśli jego sytuacja nie zmieni się, ponieważ nie jest on w stanie osiągnąć wyższej pozycji w rankingu wskutek prowadzonych negocjacji, prowadzenie z nim negocjacji jest bezprzedmiotowe (por. Agnieszka Pietraszewska-Macheta, Komentarz do art. 142 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Komentarz, Kowalska-Mańkowska I., Pietraszewska-Macheta A., Sidorko A., Urban K., LEX/el., 2016). Komisja konkursowa informuje oferenta o negocjacjach poprzez wysłanie zawiadomienia o zaproszeniu do negocjacji, które zostało doręczone również Odwołującemu.

14. Kolejnym zarzutem Odwołującego wyrażonym w pkt 12 odwołania jest zarzut naruszenia art. 142 ust. 6 ustawy w zw. z § 15 ust. 1 i 2 rozporządzenia w sprawie sposobu ogłaszania o postępowaniu w sprawie zawarcia umowy, poprzez przeprowadzenie negocjacji bez formalnej (brak uchwały Komisji konkursowej), uprzedniej decyzji Komisji konkursowej,

oraz naruszenia § 9 ust. 3 i 4 rozporządzenia w sprawie sposobu ogłaszania o postępowaniu w sprawie zawarcia umowy (pkt 13 odwołania).

Jak już zostało podniesione w treści niniejszej decyzji, żaden przepis prawa nie nakłada na Komisję konkursową obowiązku podejmowania uchwał w zakresie powołania Zespołu negocjacyjnego, jak i określenia zakresu czynności Zespołu negocjacyjnego, bowiem kierunek działania w tym przedmiocie wyznaczony jest treścią przepisów ustawy i rozporządzenia w sprawie sposobu ogłaszania o postępowaniu w sprawie zawarcia umowy. Komisja konkursowa podejmuje decyzje w formie uchwały na posiedzeniach zwoływanych w razie potrzeb. Podkreślić należy, że wszelkie czynności Komisji konkursowej zostały udokumentowane w formie pisemnej i złożone do akt postępowania konkursowego, a nadto zarówno powołanie Zespołu negocjacyjnego, jak i jego zakres kompetencji wynika z treści rozporządzenia konkursowego, nie doszło więc w tym względzie do naruszenia przepisów prawa.

15. W trakcie postępowania dokonano oceny ofert z wykorzystaniem systemu informatycznego MOW NFZ w oparciu o jednolite kryteria oceny ofert dla wszystkich świadczeniodawców określone w powołanym wyżej rozporządzeniu kryterialnym.

Należy wyjaśnić, że metodyka wyliczenia punktów składających się na ocenę zawartą w rankingu powstaje przy pomocy systemu informatycznego w kolejności malejącej łącznej liczby punktów oceny. Powyższe narzędzie informatyczne służące do wyliczenia punktacji dokonuje go na podstawie danych przekazanych w ofercie przez biorących udział w postępowaniu świadczeniodawców. Uprawnione jest zatem twierdzenie, że to sam oferent kształtując swoją ofertę, determinuje ilość punktów, które uzyska w omawianym tu rankingu końcowym. Podkreślenia wymaga, że postulat równego traktowania oferentów o którym mowa w art. 134 ustawy, jest tutaj realizowany poprzez fakt jednolitego zastosowania powyższego narzędzia informatycznego służącego do sporządzenia rankingów. Powyższe oznacza, że odpowiedzi udzielane na pytania ofertowe przez oferentów oraz poszczególne składowe oferty, skutkują taką samą ilością punktów w przypadku wyliczenia punktacji dla każdej oferty. Zestawienie powyższej punktacji składa się na ranking końcowy. Komisja konkursowa zaprasza do negocjacji wyłącznie oferentów, których oferty spełniają wymagania wynikające z warunków zawierania umów oraz nie podlegają odrzuceniu z innych przyczyn, przy uwzględnieniu kolejności wynikającej z „Rankingu kwalifikacyjnego z propozycjami Funduszu”, z zachowaniem warunku określonego w art. 142 ust. 7 ustawy w świetle którego,

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

Umowy zawierane są z tymi oferentami którzy w rankingu końcowym otrzymali największą liczbę punktów, przy uwzględnieniu maksymalnej liczby umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, które zostaną zawarte po przeprowadzeniu tego postępowania, zgodnie z planem finansowym oddziału i planem zakupu świadczeń opieki zdrowotnej określonej w ogłoszeniu o postępowaniu.

Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na pozycji czwartej rankingu końcowego, uzyskała łącznie 37,2 pkt - 2,1 pkt za ofertę cenową, 22,6 pkt za jakość, 3 pkt za kompleksowość, 6,5 pkt za dostępność, 3 pkt za ciągłość, 0 pkt za inne. Ww. pozycja w rankingu końcowym przy uwzględnieniu okoliczności, iż organizator postępowania określił, że zamierza zawrzeć maksymalnie trzy umowy była bezpośrednim powodem niewybrania oferty Odwołującego.

Należy wskazać odnosząc się do argumentacji Odwołującego, że Komisja konkursowa dokonała oceny ofert świadczeniodawców wybranych do udzielania świadczeń w sposób rzetelny z uwzględnieniem wszystkich dyrektyw określonych w rozporządzeniu kryterialnym natomiast fakt, że wynik przeprowadzonego postępowania nie odzwierciedla oczekiwań Odwołującego nie stanowi o zasadności wniesionego środka odwoławczego. Fakt spełnienia przez ofertę Odwołującego wszystkich wymagań formalno-prawne oraz wymagań koniecznych do udzielania świadczeń określonych w rozporządzeniu Ministra Zdrowia oraz Zarządzeniu Prezesa NFZ, nie stanowi jeszcze sam w sobie gwarancji uzyskania kontraktu na świadczenia zdrowotne. Postępowanie konkursowe zmierzające do wyłonienia realizatorów umów ma bowiem charakter konkurencyjny, zaś profesjonalny podmiot prowadzący działalność leczniczą winien w sposób należyty przygotować się do udziału w postępowaniu, biorąc pod uwagę obiektywną okoliczność niewybrania jego oferty.

Komisja konkursowa, w oparciu o dokonaną ocenę oraz sporządzony na tej podstawie ranking końcowy, dokonała wyboru ofert najkorzystniejszych pod względem kryteriów wyboru ofert określonych w art. 148 ust. 1 ustawy, które uplasowały się na najwyższych pozycjach w rankingu końcowym.

W ocenie Dyrektora Mazowieckiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ, przedstawione przez Odwołującego zarzuty są nieuzasadnione. Zaprezentowane przez Odwołującego stanowisko nie ma wpływu na finalną ocenę oferty dokonywaną przez Komisję konkursową, nie stanowi ponadto wyrazu zakwestionowania prawidłowości i słuszności podejmowanych

przez komisję rozstrzygnięć. Przyczyną niewybrania oferty Odwołującego, pomimo spełnienia przez niego wymaganych warunków, była zbyt niska łączna liczba punktów.

W wyniku przeprowadzonego postępowania do udzielania świadczeń opieki zdrowotnej wybrani zostali oferenci, których oferty uzyskały najwyższą łączną liczbę punktów. Dlatego też nie ma podstaw do dokonywania ponownej oceny oferty Odwołującego i zawarcia z nim umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej.

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

16. Mając powyższe na uwadze Dyrektor Mazowieckiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ uważa, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Komisja konkursowa prowadząc postępowanie z zachowaniem zasad, o których mowa w art. 134 ust. 1 ustawy i dokonując wyboru najlepszych ofert, nie naruszyła zasad postępowania, dlatego też 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 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.

Otrzymują:

1 x adresat;  
1 x strony postępowania;  
1 x aa.

z up. Dyrektora  
Mazowieckiego Oddziału Wojewódzkiego  
Narodowego Funduszu Zdrowia  
ZASTĘPCA DYREKTORA  
dz. Medycznych  
Michał Dziegielewski