



**PREZES
NACZELNEJ RADY LEKARSKIEJ**
Maciej Hamankiewicz

NRL/ZRP/MK/982-1/ 10 /2013

Warszawa, dnia 3 stycznia 2013 r.

TRYBUNAŁ KONSTITUCYJNY
Al. J. Ch. Szucha 12a
00-918 Warszawa

Wnioskodawca: Naczelna Rada Lekarska
ul. Sobieskiego 110
00-764 Warszawa
reprezentowana przez
Macieja Hamankiewicza
Prezesa Naczelnej Rady Lekarskiej

**Organy, które wydały kwestionowane akty
normatywne:**

1. Sejm Rzeczypospolitej Polskiej
2. Prezes Narodowego Funduszu Zdrowia

WNIOSEK

O ZBADANIE ZGODNOŚCI PRZEPISÓW Z KONSTITUCJĄ I USTAWĄ

Działając na podstawie art. 191 ust. 1 pkt 4 i ust. 2 w związku z art. 188 pkt 1 i 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (zwanej dalej „Konstytucja RP”), Naczelna Rada Lekarska wnosi o zbadanie zgodności:

- 1) art. 154 ust. 4 i 6 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027, z późn. zm.) z art. 2 i art. 78 Konstytucji RP,

- 2) zarządzenia 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 z art. 134 ust. 1 oraz art. 140 ust. 2 pkt 1 i art. 142 ust. 1 i 5 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz z art. 142 ust. 6 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych i art. 72 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.),
- 3) zarządzenia Nr 49/2010/DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 31 sierpnia 2010 r. w sprawie warunków postępowania dotyczących zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, z art. 140 ust. 1 z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych,
- 4) procedury konkursu ofert lub rokowań prowadzonych na podstawie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych nr 2011/001/BO/KONTR/5.9, wprowadzonej w Narodowym Funduszu Zdrowia na podstawie pisma CF/DSOZ/KAC/2011/075/1899/W/24202 , z art. 142 ust. 6 z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz art. 72 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny.

Wnioskodawca wskazuje, że organami które wydały kwestionowane akty normatywne są: Sejm Rzeczypospolitej Polskiej co do punktu pierwszego niniejszego wniosku oraz Prezes Narodowego Funduszu Zdrowia, co do punktów oznaczonych numerami 2-4 niniejszego wniosku.

UZASADNIENIE

1. Legitymacja Naczelnej Rady Lekarskiej do wystąpienia z wnioskiem do Trybunału Konstytucyjnego

W myśl art. 17 ust. 1 Konstytucji RP, samorząd zawodu zaufania publicznego ma za zadanie reprezentowanie osób wykonujących dany zawód zaufania publicznego oraz sprawowanie pieczy nad należytym wykonywaniem tego zawodu w granicach

interesu publicznego i dla jego ochrony. W przypadku samorządu zawodowego lekarzy i lekarzy dentyistów obowiązek reprezentacji przejawia się w szczególności w działaniach na rzecz ochrony zawodu lekarza i lekarza dentyisty, w tym poprzez występowanie w obronie interesów indywidualnych i zbiorowych członków samorządu lekarskiego (art. 5 pkt 14 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich Dz.U. 2009, nr 219, poz. 1708). Zgodnie z art. 2 ust. 1 i 2 ustawy o izbach lekarskich, samorząd zawodowy lekarzy i lekarzy dentyistów tworzą członkowie izb lekarskich – lekarze i lekarze dentyści, zwani dalej łącznie „lekarzami”.

Naczelna Izba Lekarska jest jednostką organizacyjną samorządu zawodowego lekarzy, działającą na podstawie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich (Dz.U. 2009, nr 219, poz. 1708). W myśl art. 3 ust. 2 ustawy o izbach lekarskich, jednostki organizacyjne samorządu zawodowego lekarzy posiadają osobowość prawną, na mocy tego przepisu Naczelna Izba Lekarska posiada osobowość prawną. Naczelna Izba Lekarska nie podlega wpisowi do Krajowego Rejestru Sądowego.

Naczelna Izba Lekarska – jako osoba prawna - działa przez swoje organy wymienione w art. 35 pkt. 1 – 5 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich. Każdemu z organów Naczelnej Izby Lekarskiej ustawa przydziela odpowiedni zakres kompetencji do podejmowania działań.

Naczelna Rada Lekarska jest jednym z organów Naczelnej Izby Lekarskiej. Zgodnie z art. 39 ust. 1 ustawy o izbach lekarskich, Naczelna Rada Lekarska kieruje działalnością Naczelnej Izby Lekarskiej w okresie między krajowymi zjazdami lekarzy. Artykuł 39 ust. 1 ustawy o izbach lekarskich wymienia w 19 punktach szczegółowe kompetencje Naczelnej Rady Lekarskiej, należy jednak zaznaczyć, że wymieniając kompetencje Naczelnej Rady Lekarskiej ustawodawca posłużył się określeniem „w szczególności” , co oznacza, że katalog uprawnień Naczelnej Rady Lekarskiej jest otwarty.

Ustawowo określone kompetencje Naczelnej Rady Lekarskiej wskazują, że jest ona najwyższym organem wykonawczym samorządu lekarskiego. Naczelna Rada Lekarska kieruje działalnością Naczelnej Izby Lekarskiej w okresie między krajowymi zjazdami lekarzy, a do jej zadań należy m.in. reprezentowanie i ochrona interesów zawodowych członków samorządu lekarzy oraz działanie na rzecz ochrony zawodu

lekarza, w tym występowanie w obronie godności zawodu lekarza oraz interesów indywidualnych i zbiorowych członków samorządu lekarzy (art. 39 ust. 1 pkt 3 oraz pkt 4 w zw. z art. 5 pkt 14 ustawy o izbach lekarskich).

Art. 191 ust. 1 pkt 4 Konstytucji RP przewiduje, że ogólnokrajowe władze organizacji zawodowych mogą wystąpić do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem o zbadanie zgodności aktów normatywnych z Konstytucją, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi i ustawami. Legitymacja przysługująca w tym przypadku Wnioskodawcy jest legitymacją szczególną w rozumieniu art. 191 ust. 2 Konstytucji RP, gdyż przedmiotem wniosku mogą być tylko takie przepisy, które dotyczą spraw objętych zakresem działania Wnioskodawcy.

Naczelna Rada Lekarska spełnia wszystkie wskazane powyżej warunki niezbędne do wystąpienia z wnioskiem do Trybunału Konstytucyjnego. Po pierwsze, Naczelna Rada Lekarska należy do grupy ogólnokrajowych władz organizacji zawodowych. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego nie budziło dotąd wątpliwości, że organy samorządów zawodów zaufania publicznego szczebla krajowego mają status ogólnokrajowych władz organizacji zawodowych w rozumieniu art. 191 ust. 1 pkt. 4 Konstytucji (tak wyrok TK z dnia 6 marca 2012 r. sygn. akt K 15/08 – wydany na wniosek Krajowej Rady Notarialnej, wyrok TK z dnia 7 marca 2012 r. sygn. akt K 3/10 wydany na wniosek Krajowej Rady Radców Prawnych, wyrok TK z dnia 30 listopada 2011 r. sygn. akt K 1/10 wydany na wniosek Krajowej Rady Notarialnej).

Trybunał Konstytucyjny w swoim dotychczasowym orzecznictwie wyjaśniał jakie warunki powinna spełniać ogólnokrajowa organizacja zawodowa, aby potwierdzić jej legitymację szczególną do złożenia wniosku w trybie art. 191 ust. 1 pkt. 4 Konstytucji RP. Zgodnie z art. 191 ust. 2 Konstytucji władze ogólnokrajowych organizacji zawodowych mogą złożyć wniosek do Trybunału Konstytucyjnego gdy akt normatywny dotyczy spraw objętych ich zakresem działania. W postanowieniu z dnia 22 marca 2004 r., sygn. Tw 41/03, OTK ZU 3/B/2004, poz. 168, stwierdził, że: *„Konieczne jest ustalenie, czy dany przepis dotyczy działalności stanowiącej realizację konstytucyjnie, ustawowo lub – gdy chodzi o podmiot prywatnoprawny – również statutowo określonych zadań wnioskodawcy. Przysługujące podmiotowi, o którym mowa w art. 191 ust. 1 pkt 3-5 Konstytucji, prawo inicjowania postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym nie ma bowiem charakteru ogólnego, ale jest*

wyjatkowym uprawnieniem, przyznany w związku ze szczególnym charakterem działalności prowadzonej przez dany podmiot, w celu ochrony jego interesów”.

Dla oceny legitymacji szczególnej Naczelnej Rady Lekarskiej do wystąpienia z niniejszym wnioskiem konieczne jest przywołanie ustawowych zadań samorządu zawodowego lekarzy i lekarzy dentyków. Z art. 5 pkt 14 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich wynika, że do zadań samorządu zawodowego lekarzy i lekarzy dentyków należy podejmowanie działań na rzecz ochrony zawodu lekarza, w tym występowanie w obronie interesów indywidualnych i zbiorowych członków samorządu lekarzy. Ponadto na podstawie art. 5 pkt. 15 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich, samorząd zawodowy lekarzy i lekarzy dentyków jest uprawniony do zajmowania stanowiska w sprawach stanu zdrowotności społeczeństwa, polityki zdrowotnej państwa oraz organizacji ochrony zdrowia. Wykonywanie zadań samorządu zawodowego lekarzy i lekarzy dentyków, o których mowa w art. 5 pkt. 14 i 15 ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich należy do kompetencji Naczelnej Rady Lekarskiej, co wynika z art. 39 ust. 1 pkt. 4 tej ustawy.

Ze względu na treść regulacji prawnej objętej niniejszym wnioskiem do Trybunału Konstytucyjnego należy przyjąć, że zaskarżone przez Naczelną Radę Lekarską przepisy regulują kwestie należące do ustawowych zadań samorządu zawodowego lekarzy. Lekarze oraz lekarze dentyści zrzeszeni w samorządzie zawodowym (będący jego członkami) wykonują zawód w różnych formach, niektórzy na podstawie umowy o pracę w podmiotach leczniczych, niektórzy sami prowadzą działalność polegającą na wykonywaniu świadczeń medycznych, w tym prowadzą praktyki lekarskie zarejestrowane w okręgowych izbach lekarskich czy podmioty lecznicze zarejestrowane w rejestrze podmiotów wykonujących działalność leczniczą prowadzonym przez wojewodów. Wykonując zawód w formie praktyki lekarskiej czy podmiotu leczniczego znaczna grupa lekarzy występuje w charakterze świadczeniodawców w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Lekarze ci wykonując działalność leczniczą pod własną firmą zawierają lub ubiegają się o zawarcie z Narodowym Funduszem Zdrowia kontraktu na udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej. Z uwagi na fakt, że Narodowy Fundusz Zdrowia jest podmiotem, który

finansuje przeważającą część świadczeń opieki zdrowotnej udzielanych ze środków publicznych, większość lekarzy wykonujących działalność leczniczą we własnym imieniu jest zainteresowana zawarciem kontraktu z NFZ. Udzielanie świadczeń zdrowotnych osobom ubezpieczonym w rozumieniu ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych jest dla wielu lekarzy podstawową formą wykonywania zawodu, a niekiedy wręcz jedyną możliwością pozyskania pacjenta do prowadzonej przez siebie praktyki lekarskiej czy podmiotu leczniczego.

Ponadto wnioskodawca zwraca uwagę, że na podstawie § 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 15 grudnia 2004 r. *w sprawie sposobu ogłaszania o postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej przez Narodowy Fundusz Zdrowia, zapraszania do udziału w rokowaniach, składania ofert, powoływania i odwoływania komisji konkursowej oraz jej zadań* (Dz.U. 2004, nr 273, poz. 2719) dyrektor oddziału wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia przesyła ogłoszenie o konkursie ofert albo ogłoszenie o rokowaniach do właściwych miejscowo okręgowych izb zrzeszających osoby wykonujące zawody medyczne w celu zamieszczenia na tablicy ogłoszeń. Takie brzmienie przepisu oznacza, że Minister Zdrowia regulując procedurę wyboru świadczeniodawców wykonujących świadczenia opieki zdrowotnej na podstawie umowy NFZ uznał samorządy zawodów medycznych (w tym izby lekarskie) za ogniwo pośredniczące w dotarciu do potencjalnych świadczeniodawców. Wynika z tego, że w świetle rozporządzenia Ministra Zdrowia z 15 grudnia 2004 r. lekarze jako grupa zawodowa są uznawani za potencjalnych świadczeniodawców.

W tej sytuacji należy przyjąć, że kwestionowane przepisy ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej, zarządzenia Prezesa NFZ i procedura konkursów ofert lub rokowań dotyczą bezpośrednio zasad wykonywania zawodu lekarza. Ocena zgodności zaskarżonych przepisów z Konstytucją i ustawami mieści się w ustawowym katalogu zadań samorządu zawodowego lekarzy reprezentowanego przez Naczelną Radę Lekarską. Kwestionowane przepisy dotyczą postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, którego uczestnikami są lekarze. Lekarz jako podmiot wykonujący działalność leczniczą w rozumieniu ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz. U. Nr 112,

poz. 65 ze zm.), tj. wykonując praktykę zawodową albo będąc podmiotem leczniczym, może złożyć ofertę w postępowaniu prowadzonym przez NFZ, stając się tym samym podmiotem, do którego mają zastosowanie kwestionowane przepisy.

Zaskarżone przepisy nie są wprawdzie adresowane bezpośrednio do lekarzy jako grupy zawodowej, lecz do wszystkich podmiotów ubiegających się o zawarcie umowy o udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej z Narodowym Funduszem Zdrowia, należy jednak wyraźnie podkreślić, że lekarze, którzy w ramach prowadzonej działalności leczniczej zamierzają udzielać świadczeń zdrowotnych osobom ubezpieczonym muszą występować w roli świadczeniodawców. Grupa świadczeniodawców obejmuje wprawdzie nie tylko lekarzy prowadzących praktyki lekarskie i podmioty lecznicze, ale dopuszczalność zaskarżenia przepisów do Trybunału Konstytucyjnego przez władze ogólnokrajowych organizacji zawodowych nie jest obwarowana zastrzeżeniem, że przepisy te muszą dotyczyć wyłącznie danej grupy zawodowej. W rezultacie fakt, że oprócz grupy zawodowej lekarzy zaskarżone przepisy dotyczą także sfery praw innych świadczeniodawców, w tym pielęgniarek i położnych, podmiotów leczniczych działających w formie spółek prawa handlowego itp. nie pozbawia Naczelnej Rady Lekarskiej prawa do złożenia wniosku do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie zgodności tych przepisów z Konstytucją i ustawami.

Stwierdzenie niezgodności kwestionowanych przepisów z Konstytucją i ustawami będzie stanowiło podstawę do dokonania zamiany tych przepisów w interesie wszystkich grup świadczeniodawców, jednakże bez wątpienia niniejszy wniosek służy ochronie interesu zawodu lekarzy. Ochrona interesu zawodu lekarza jest zadaniem samorządu lekarskiego, który – zgodnie z art. 17 ust. 1 Konstytucji RP – ma za zadanie reprezentować osoby wykonujące zawód zaufania publicznego w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony.

Wnioskodawca zwraca również uwagę na fakt, że zgodnie z art. 2 ust. 3 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz.U. 2011, nr 277, poz. 1634), za wykonywanie zawodu lekarza uważa się także zatrudnienie w podmiotach zobowiązanych do finansowania świadczeń opieki zdrowotnej ze środków publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, w ramach

którego wykonuje się czynności związane z przygotowywaniem, organizowaniem lub nadzorem nad udzielaniem świadczeń opieki zdrowotnej. W tej sytuacji zasadnym jest postawienie tezy, że zaskarżone niniejszym wnioskiem przepisy odnoszą się również do lekarzy zatrudnionych w Narodowym Funduszu Zdrowia, którym z reguły powierza się funkcję przewodniczących komisji konkursowych. Ponieważ zatrudnienie w Narodowym Funduszu Zdrowia przy przygotowaniu udzielania świadczeń jest wykonywaniem zawodu lekarza, wobec tego Naczelna Rada Lekarska także z tego powodu ma legitymację do poddania badaniu zaskarżonych przepisów w kontekście ich zgodności z Konstytucją i ustawami.

W świetle powołanych powyżej przepisów legitymacja Wnioskodawcy jest uzasadniona.

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego przyjęto, że prawo do inicjowania abstrakcyjnej kontroli norm prawnych przez ogólnokrajowe władze organizacji zawodowych poprzez złożenie wniosku o zbadanie zgodności przepisów prawa z Konstytucją i ustawami jest uzależnione od spełnienia pewnych dodatkowych warunków proceduralnych. Pierwszym z nich jest prawidłowo wyrażona wola wystąpienia do Trybunału z wnioskiem o wszczęcie kontroli. Oznacza to, że ogólnokrajowa władza organizacji zawodowej powinna podjąć uchwałę w przedmiocie złożenia wniosku do Trybunału. Uchwała ta musi w sposób jednoznaczny wyrażać wolę zainicjowania kontroli oraz określać przedmiot zaskarżenia i wzorzec kontroli (tak postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 10 maja 2005 r. sygn. akt Tw 7/05, OTK-B 2005/3/108). Jedynie na podstawie prawidłowo podjętej uchwały możliwe jest sporządzenie wniosku. Zdaniem Trybunału, uchwała władzy ogólnokrajowej organizacji zawodowej musi być podjęta przed skierowaniem wniosku do Trybunału, ponieważ sporządzenie wniosku stanowi bezpośrednią realizację postanowień uchwały, a zatem może nastąpić dopiero po jej podjęciu (tak postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 sierpnia 2005 r. sygn. akt Tw 33/05).

Również te warunki proceduralne zostały spełnione. Podstawę dla złożenia niniejszego wniosku stanowi bowiem uchwała Naczelnej Rady Lekarskiej nr 22/12/VI z dnia 26 października 2012 r. w sprawie wystąpienia z wnioskiem do Trybunału

Konstytucyjnego, wyrażająca wolę poddania kontroli zgodności wskazanych w *petitum* wniosku przepisów z Konstytucją i ustawami.

2. Zarzut niezgodności art. 154 ust. 4 i 6 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027, z późn. zm.) z art. 2 i art. 78 Konstytucji RP

W celu udzielania świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych lekarz lub lekarz dentyista będący podmiotem wykonującym działalność leczniczą musi zawrzeć z Narodowym Funduszem Zdrowia (zwanym dalej także „NFZ”) umowę na udzielanie tych świadczeń, stając się tym samym świadczeniodawcą w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027 ze zm.), zwaną dalej „ustawą”. Umowę w imieniu NFZ zawiera dyrektor oddziału wojewódzkiego NFZ.

Zgodnie z art. 132 ust. 2 ustawy, umowa na udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej może być zawarta wyłącznie ze świadczeniodawcą, który został wybrany do udzielania świadczeń opieki zdrowotnej na zasadach określonych w ustawie. Zawieranie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej zostało wyłączone spod regulacji przepisów o zamówieniach publicznych (art. 138 ustawy).

Do zawarcia umów na udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej dochodzi na skutek przeprowadzenia postępowania w trybie konkursu ofert albo rokowań. Konkurs ofert jest trybem podstawowym (tak A. Pietraszewska – Macheta, w: Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Komentarz, wyd. 2010 r., notka do art. 142-145 ustawy). Ogłoszenie o konkursie jest skierowane do nieokreślonej liczby adresatów. Z kolei tryb rokowań jest dopuszczalny tylko w określonych ustawą okolicznościach. Intencją wprowadzenia przepisów określających tryb rokowań było skrócenie i uproszczenie postępowania w sytuacjach szczególnych. Ułatwieniem jest skierowanie zaproszenia w tym trybie do wybranej liczby adresatów, co powoduje, że w postępowaniu ocenie podlega ograniczona liczba ofert, a tym samym postępowanie jest sprawniejsze. Przepis art.

144 ustawy wymienia wszystkie przypadki, kiedy można prowadzić postępowanie w trybie rokowań.

Zgodnie z art. 144 ustawy, postępowanie w trybie rokowań może być przeprowadzone, jeżeli:

- 1) uprzednio prowadzone postępowanie w trybie konkursu ofert zostało unieważnione, a szczegółowe warunki postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej są takie same jak w konkursie ofert lub
- 2) zachodzi pilna potrzeba zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, której wcześniej nie można było przewidzieć, lub
- 3) jest ograniczona liczba świadczeniodawców, nie większa niż pięciu, mogących udzielać świadczeń opieki zdrowotnej będących przedmiotem postępowania w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej.

W celu przeprowadzenia postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej dyrektor oddziału wojewódzkiego Funduszu powołuje komisję (art. 139 ust.4 ustawy).

W myśl § 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 15 grudnia 2004 r. *w sprawie sposobu ogłaszania o postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej przez Narodowy Fundusz Zdrowia, zapraszania do udziału w rokowaniach, składania ofert, powoływania i odwoływania komisji konkursowej oraz jej zadań* (Dz.U. 2004, nr 273, poz. 2719) dyrektor oddziału wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia, zwany dalej "zamawiającym", zamieszcza ogłoszenie o konkursie ofert albo ogłoszenie o rokowaniach na tablicy ogłoszeń w siedzibie oddziału wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia, zwanego dalej "oddziałem", oraz na stronie internetowej oddziału. Zamawiający przesyła ogłoszenie do właściwych miejscowo okręgowych izb zrzeszających osoby wykonujące zawody medyczne w celu zamieszczenia na tablicy ogłoszeń.

Prowadzenie postępowania w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej należy do zadań dyrektora oddziału wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia, zgodnie z art. 107 ust. 5 pkt 8 ustawy, i jest ogłaszane w przypadku istnienia zapotrzebowania na określone rodzaje lub zakresy świadczeń opieki zdrowotnej.

Dyrektor oddziału wojewódzkiego Funduszu kieruje oddziałem wojewódzkim NFZ i reprezentuje Fundusz na zewnątrz w zakresie właściwości danego oddziału, zatem według przyjętej konstrukcji systemowej oraz podziału środków finansowych działa na rzecz ubezpieczonych zarejestrowanych w danym oddziale wojewódzkim Funduszu.

Zgodnie z art. 146 ust. 1 ustawy, Prezes Narodowego Funduszu Zdrowia, w drodze zarządzenia, określa przedmiot postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, kryteria oceny ofert oraz warunki wymagane od świadczeniodawców.

Środki zaskarżenia przeciwko rozstrzygnięciu postępowania w sprawie zawarcia umowy ze świadczeniodawcami określa art. 154 ustawy. Przepis ten ma następujące brzmienie:

Art. 154. 1. 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.

2. Odwołanie rozpatrywane jest w terminie 7 dni od dnia jego otrzymania. Wniesienie odwołania wstrzymuje zawarcie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej do czasu jego rozpatrzenia.

3. Po rozpatrzeniu odwołania dyrektor oddziału wojewódzkiego Funduszu wydaje decyzję administracyjną uwzględniającą lub oddalającą odwołanie. Decyzja jest zamieszczana w terminie 2 dni od dnia jej wydania, na tablicy ogłoszeń oraz na stronie internetowej właściwego oddziału wojewódzkiego Funduszu.

4. Od decyzji dyrektora oddziału wojewódzkiego Funduszu przysługuje odwołanie do Prezesa Funduszu. Odwołanie wnosi się za pośrednictwem dyrektora właściwego oddziału wojewódzkiego Funduszu.

5. Świadczeniodawca wnosi odwołanie, o którym mowa w ust. 4, w terminie 7 dni od dnia otrzymania decyzji dyrektora oddziału wojewódzkiego Funduszu.

6. Prezes Funduszu rozpatruje odwołanie, o którym mowa w ust. 4, w terminie 30 dni od dnia jego otrzymania i wydaje decyzję administracyjną w sprawie. Decyzja Prezesa Funduszu podlega natychmiastowemu wykonaniu.

7. W przypadku uwzględnienia odwołania, o którym mowa w ust. 4, przeprowadza się ponownie postępowanie w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. Do ponownie przeprowadzanego postępowania stosuje się odpowiednio art. 144 pkt 1 oraz art. 145.

8. Od decyzji, o której mowa w ust. 6, świadczeniodawcy przysługuje skarga do sądu administracyjnego.

Przedmiotem niniejszego wniosku jest kontrola art. 154 ust. 4 i 6. Przepis ten przewiduje możliwość zaskarżenia przez świadczeniodawcę biorącego udział w postępowaniu zapadłego rozstrzygnięcia. Ponieważ postępowanie prowadzi komisja działająca przy oddziale wojewódzkim NFZ, dlatego pierwszą istotną dla świadczeniodawców czynnością podejmowaną przez NFZ w toku postępowania jest rozstrzygnięcie komisji. W wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 listopada 2007 r., sygn. akt II GSK 376/07 Sąd stwierdził, że : *„w celu przeprowadzenia postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, dyrektor oddziału wojewódzkiego NFZ powołuje komisję - zgodnie z art. 139 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Postępowanie prowadzone przez komisję, zmierzające do wyboru najkorzystniejszej oferty na udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej jest wzorowane na czynnościach poprzedzających zawarcie umowy cywilnoprawnej, uregulowanych w Kodeksie cywilnym. W ocenie Sądu niewątpliwie postępowanie prowadzone przez komisję nie jest postępowaniem administracyjnym w rozumieniu ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 ze zm.), a "rozstrzygnięcie" komisji nie jest decyzją administracyjną, ani innym aktem o charakterze administracyjnoprawnym".* Naczelny Sąd Administracyjny stoi na stanowisku, że wszystkie przedstawione etapy postępowania, prowadzonego w ramach wewnętrznych struktur osoby prawnej i poprzedzającego zawarcie umowy ze świadczeniodawcą, wzorowane są na zasadach prawa cywilnego i nie podlegają przepisom postępowania administracyjnego. Ustawodawca wyraźnie odwołuje się do typowych dla prawa cywilnego, pojęć, takich jak: oferta, konkurs ofert, rokowania. Rozstrzygnięcie komisji nie jest ani decyzją administracyjną ani inną czynnością administracyjną, a ten etap postępowania jest traktowany jako cywilnoprawna część postępowania.

Od rozstrzygnięcia postępowania w sprawie zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej przysługuje odwołanie do dyrektora oddziału wojewódzkiego NFZ (art. 154 ust. 2 ustawy). W pierwotnym brzmieniu ustawy , której art. 154 ust. 3 miał następujące brzmienie: *„Dyrektor oddziału wojewódzkiego Funduszu może uwzględnić odwołanie w terminie 7 dni od dnia jego złożenia i udzielić pisemnej odpowiedzi składającemu odwołanie”* ukształtowała się linia orzecznicza uznająca, że odwołanie do dyrektora oddziału wojewódzkiego NFZ, o

jakim mowa w art. 154 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych nie jest odwołaniem w rozumieniu art. 127 § 1 k.p.a. (tak postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 29 maja 2007 r., sygn. akt II GSK 37/07). Sądy Administracyjne przyjmowały, że postępowanie odwoławcze, o którym mowa w art. 154 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych charakteryzuje się tym, iż część tego postępowania do czasu przekazania odwołania do Prezesa Funduszu toczyła się na podstawie art. 154 ust. 1-3 tej ustawy, bez odsyłania do przepisów k.p.a., zaś kolejne jego etapy oparte były o przepisy k.p.a., gdyż dopiero na tym etapie następuje rozstrzygnięcie sprawy przez wydanie decyzji administracyjnej. W rezultacie dopiero postępowanie toczące się przed Prezesem Narodowego Funduszu Zdrowia na podstawie art. 154 ust. 4 i 6 ustawy o świadczeniach, tj. od momentu przekazania odwołania, o jakim mowa w art. 154 ust. 1 tej ustawy, przez dyrektora oddziału wojewódzkiego Funduszu, oparte było o przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego. Było to zatem postępowanie pierwszoinstancyjne (tak postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 15 listopada 2006 r., sygn. akt II GSK 186/06, postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 6 listopada 2007 r. sygn. akt II GSK 376/07).

Obecnie wskutek nowelizacji ustawy, która weszła w życie dnia 29 września 2007 r. (ustawa z dnia 24 sierpnia 2007 r. o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz niektórych innych ustaw – Dz.U. 2007, nr 166, poz. 1172) zmieniono treść art. 154 ust. 3 ustawy i nadano mu brzmienie jednoznacznie przesądzające, że rozstrzygnięcie odwołania przez dyrektora oddziału wojewódzkiego NFZ ma postać decyzji administracyjnej – jest to zarazem decyzja pierwszoinstancyjna.

Art. 154 ust. 4 ustawy w obecnym brzmieniu przewiduje, że od decyzji dyrektora oddziału NFZ przysługuje odwołanie do Prezesa NFZ. Po nowelizacji ustawy, która weszła w życie dnia 29 września 2007 r. postępowanie przed Prezesem NFZ ma charakter postępowania odwoławczego w rozumieniu art. 127 i nast. k.p.a., a Prezes NFZ wydaje decyzje jako organ drugiej instancji. Zgodnie z art. 154 ust. 6 ustawy Prezes NFZ rozpatruje odwołanie w terminie 30 dni od dnia jego otrzymania i wydaje

decyzję administracyjną w sprawie. Decyzja Prezesa Funduszu podlega natychmiastowemu wykonaniu.

W ocenie wnioskodawcy przepisy art. 154 ust. 4 i 6 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych naruszają art. 2 i 78 Konstytucji w zakresie w jakim przekazują Prezesowi NFZ rozpatrzenie odwołania od decyzji dyrektora oddziału wojewódzkiego NFZ.

Przyjęta przez ustawodawcę konstrukcja odwołania składanego do Prezesa NFZ nie zapewnia rzeczywistej kontroli merytorycznej i formalnoprawnej decyzji podjętych w toku postępowania o zawarcie umowy o udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej oraz stoi w sprzeczności z zasadami demokratycznego państwa prawnego, w którym kontrola decyzji administracyjnej nie powinna być realizowana przez ten sam podmiot, który decyzję podjął. W demokratycznym państwie prawnym postępowanie przed wszystkimi organami władzy publicznej, które są prawnie powołane do rozstrzygania o sytuacji jednostki, powinno spełniać wymagania sprawiedliwości i rzetelności. Z zasady demokratycznego państwa prawnego wynika ogólny wymóg, aby wszelkie postępowania prowadzone przez organy władzy publicznej w celu rozstrzygnięcia spraw indywidualnych odpowiadały standardom sprawiedliwości proceduralnej. W szczególności regulacje prawne tych postępowań muszą zapewnić wszechstronne i staranne zbadanie okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, gwarantować wszystkim stronom i uczestnikom postępowania prawo do wysłuchania, tj. prawo przedstawiania i obrony swoich racji, a jednocześnie umożliwić rozpatrzenie sprawy w rozsądnym terminie.

Istotnym elementem sprawiedliwości proceduralnej jest obowiązek uzasadniania swoich rozstrzygnięć przez organy władzy publicznej oraz prawo do zaskarżenia przez strony i uczestników postępowania rozstrzygnięć wydanych w pierwszej instancji, zagwarantowane w art. 78 Konstytucji (tak wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 czerwca 2006 r., sygn. akt K 53/05).

Zgodnie z art. 78 Konstytucji RP każda ze stron ma prawo do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji. Wyjątki od tej zasady oraz tryb zaskarżenia określa ustawa. Przepis ten wprowadza jako zasadę dwuinstancyjność. Z regulacji tej wynika także, że dopuszcza się istnienie wyjątków od tej zasady.

Trybunał Konstytucyjny wyjaśnia, że art. 78 Konstytucji obejmuje swym zakresem nie tylko postępowanie sądowe, ale również administracyjne oraz inne postępowania, w których organ władzy publicznej wydaje akt kształtujący sytuację prawną podmiotu praw i wolności. Bez wątplenia art. 78 Konstytucji może być stosowany przy ocenie wprowadzonego przez art. 154 ust. 4 i 6 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych modelu odwołania od decyzji administracyjnej wydawanej w pierwszej instancji przez dyrektora oddziału wojewódzkiego NFZ, bowiem jest to postępowanie administracyjne zakończone aktem przyjmującym postać decyzji administracyjnej.

Treścią art. 78 Konstytucji jest ustanowienie prawa stron każdego postępowania do uruchomienia procedury weryfikującej prawidłowość wszelkich rozstrzygnięć wydawanych przez organ działający w charakterze pierwszej instancji.

Trybunał Konstytucyjny zauważył, że w art. 78 Konstytucji ustawodawca posłużył się ogólnym sformułowaniem "zaskarżenie" nie precyzując charakteru i właściwości środków prawnych służących urzeczywistnieniu tego prawa, pozostawiając określenie tych zasad ustawom zwykłym. Zastosowanie ogólnego pojęcia "zaskarżenie" pozwoliło na objęcie jego zakresem różnych, specyficznych dla danej procedury środków prawnych, których cechą wspólną jest umożliwienie stronie uruchomienia weryfikacji podjętego w pierwszej instancji orzeczenia bądź decyzji. Zgodnie z art. 78 zdanie drugie Konstytucji - określenie "trybu zaskarżania" należy do ustawodawcy, a Konstytucja świadomie pozostawiła mu margines swobody decyzyjnej. Formalnie rzecz biorąc Konstytucja nie określa zatem jakie warunki powinien spełniać środek zaskarżenia aby był zgodny z art. 78 Konstytucji. Niemniej jednak w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego zarysowały się dość wyraźne poglądy dotyczące cech jakie powinien posiadać prawidłowo skonstruowany środek zaskarżenia.

Przyjmuje się, że każdy ustanowiony przez ustawę środek zaskarżenia musi być dostępny, więc jego uruchomienie powinno zależeć od woli strony i nie może być poddane nadmiernie skomplikowanym rygorom, ponadto - środek ten musi być efektywny, czyli musi stwarzać **realną** możliwość oceny pierwszoinstancyjnego rozstrzygnięcia i dokonania jego uchylecia bądź zmiany (tak wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 grudnia 2008 r., sygn. akt P 57/07).

Regułą postępowania administracyjnego jest dewolutywność środka odwoławczego polegająca na przeniesieniu kompetencji do rozpoznania lub

rozstrzygnięcia sprawy na organ wyższego stopnia. Jednakże zdaniem Trybunału Konstytucyjnego dewolutywność środka odwoławczego nie zawsze może być zachowana, ponieważ nie zawsze jest możliwe takie ukształtowanie procedury, aby w sprawie orzekał organ wyższej instancji (chodzi w szczególności o decyzje wydawane w pierwszej instancji przez ministrów, w stosunku do których przyjmuje się, że niecelowe jest poszukiwanie organu wyższej instancji).

Artykuł 78 Konstytucji nie wymaga bezwzględnie, aby każdy środek prawny służący zaskarżeniu decyzji miał charakter dewolutywny. Brak cechy dewolutywności środka zaskarżenia w postępowaniu administracyjnym nie przesądza automatycznie o niekonstytucyjności takiego rozwiązania, jeżeli brak ten jest zrównoważony gwarancjami procesowymi chroniącymi podmiot, o którego prawach i wolnościach rozstrzyga się w tymże postępowaniu. Trybunał Konstytucyjny wyjaśnia, że decyzja wydana przez organ drugiej instancji powinna być szansą na ponowne całościowe rozpatrzenie sprawy administracyjnej i w związku z tym nie powinna się ograniczać jedynie do ustosunkowania się do zarzutów podniesionych w odwołaniu. Ponowne postępowanie administracyjne w tej samej sprawie w drugiej instancji powinno umożliwiać stronie weryfikację decyzji, zaś sprawa administracyjna powinna zostać dwukrotnie merytorycznie rozpoznana. Gwarancji takich nie daje sytuacja, w której de facto decyzję w drugiej instancji wydaje ta sama osoba, która rozstrzygała sprawę w pierwszej instancji. Osoba taka mogłaby być nadmiernie "przywiązana" do swojego stanowiska wyrażonego we wcześniejszej decyzji administracyjnej. Nie służy to obiektywności postępowania administracyjnego i treści wydawanych w nim decyzji.

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, konstytucyjna kwalifikacja konkretnych środków zaskarżenia postawionych przez prawodawcę do dyspozycji strony, uwzględniać musi całokształt unormowań determinujących przebieg danego postępowania. W wyroku z dnia 16 listopada 1999 r. wydanym pod sygn. SK 11/99 Trybunał Konstytucyjny wyraźnie stwierdził, że w świetle art. 78 Konstytucji środek zaskarżenia nie zawsze musi być dewolutywny, ale o tym czy w konkretnej sytuacji art. 78 Konstytucji wymaga przekazania środka zaskarżenia do innego organu (organu wyższego stopnia) konieczne jest odniesienie się zarówno do rodzaju sprawy rozstrzyganej w danym postępowaniu, struktury i charakteru organów podejmujących rozstrzygnięcie, jak i ocena konsekwencji oddziaływania innych zasad i norm konstytucyjnych.

Przywołane powyżej konstytucyjne prawo strony do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji pozwala przyjąć, że art. 154 ust. 4 i 6 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych przewidujący, że odwołanie od decyzji dyrektora oddziału wojewódzkiego NFZ rozpatruje Prezes NFZ narusza art. 78 Konstytucji. Dla uzasadnienia tego stanowiska Wnioskodawca podaje co następuje:

Nałożony na NFZ obowiązek zapewnienia świadczeń zdrowotnych, których celem jest zachowanie zdrowia, zapobieganie chorobom i urazom, wczesne wykrywanie chorób, leczenie, pielęgnacja oraz zapobieganie niepełnosprawności i jej ograniczanie realizowany jest między innymi przez zapewnienie świadczeniodawcom ubiegającym się o zawarcie umowy o udzielanie świadczeń równego traktowania i prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji (art. 134 ustawy) i przez to wybór tych świadczeniodawców, którzy zapewniają najlepsze świadczenia zdrowotne na rzecz pacjentów. Spełnienie tych standardów przez NFZ w możliwie najwyższym stopniu stanowi gwarancję, że realizacja praw podmiotowych określonych w art. 68 ust. 1 i 2 Konstytucji będzie polegać w tym postępowaniu na wyborze najkorzystniejszej oferty.

Zadaniem komisji konkursowej oraz dyrektora oddziału wojewódzkiego NFZ w związku z procedurą wyboru świadczeniodawców jest przeprowadzenie postępowania konkursowego lub rokowań zgodnie z przepisami prawa, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz zasad równego traktowania świadczeniodawców. W toku kontroli instancyjnej postępowanie komisji konkursowej powinno być poddane wszechstronnemu nadaniu, nie chodzi przy tym jedynie o zbadanie, czy nie zostały naruszone wymagania formalnoprawne, ale również o ustalenie, czy nie naruszono zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania świadczeniodawców w znaczeniu materialnym przez nierównoprawne stosowanie kryteriów przyjętych jako podstawa dokonanych ocen. Zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 19 kwietnia 2011 r. sygn. akt VI SA/Wa 2135/10, *postępowanie w sprawie zawarcia umowy ze świadczeniodawcami, prowadzone na podstawie ustawy z 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, nie jest postępowaniem administracyjnym w rozumieniu przepisów kpa. Sprawa o zawarcie umowy o udzielanie świadczeń staje się sprawą administracyjną z chwilą złożenia przez świadczeniodawcę w trybie art. 154 tej ustawy odwołania do Prezesa Funduszu .*

Dochodzi wówczas do ustalenia, czy postępowanie konkursowe przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz zasad równego traktowania świadczeniodawców. Oznacza to, że nie chodzi jedynie o zbadanie, czy nie zostały naruszone wymagania formalnoprawne, ale również o ustalenie, czy nie naruszono wymienionych zasad w znaczeniu materialnym przez nierównoprawne stosowanie kryteriów przyjętych jako podstawa dokonanych ocen. W postępowaniu administracyjnym koniecznym staje się dokonanie kontroli postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej pod kątem ewentualnego naruszenia przepisów prawa, ale także zbadanie stanu faktycznego sprawy w takim zakresie, który mógł mieć wpływ na uszczerbek interesu prawnego uczestnika postępowania (tak również wyrok WSA w Warszawie z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie VI SA/Wa 1827/2009, oraz wyrok WSA w Warszawie z dnia 3 września 2009 r. w sprawie VI SA/Wa 996/2009).

Opisane powyżej stanowisko judykatury wskazuje na poważną rolę jaką w postępowaniu administracyjnym ma organ drugiej instancji rozpatrujący odwołanie podmiotu niezadowolonego z decyzji dyrektora oddziału wojewódzkiego NFZ jako organu pierwszoinstancyjnego. Powstaje zatem pytanie, czy kierowanie odwołania do Prezesa NFZ daje odwołującemu prawo do rzeczywistego ponownego rozpatrzenia jego sprawy we wszystkich aspektach od formalnoprawnych, po merytoryczne. W ocenie Wnioskodawcy przewidziane w art. 154 ust. 4 i 6 ustawy odwołanie od decyzji dyrektora oddziału wojewódzkiego NFZ, które składa się do Prezesa NFZ nie zapewnia stronie prawa do rzetelnego ponownego rozpatrzenia sprawy.

Wnioskodawca zwraca uwagę, że Narodowy Fundusz Zdrowia jest państwową jednostką organizacyjną posiadającą osobowość prawną. Jak każda osoba prawna, NFZ działa poprzez swoje organy. Niezależnie od tego ile jest organów i jak ukształtowano wzajemne relacje między organami, wszystkie te organy stanowią emanację jednej osoby prawnej – Narodowego Funduszu Zdrowia. Wprawdzie zgodnie z art. 96 ust. 2 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, w skład Narodowego Funduszu Zdrowia wchodzi Centrala i oddziały wojewódzkie, ale wyodrębnienie to ma znaczenie jedynie pomocnicze, bowiem z formalnoprawnego punktu widzenia Centrala i oddziały terenowe są tylko jednostkami organizacyjnymi tej samej osoby prawnej – Narodowego Funduszu

Zdrowia. Artykuł 98 ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych wskazuje, że organami Funduszu są:

- 1) Rada Funduszu;
- 2) **Prezes Funduszu;**
- 3) rady oddziałów wojewódzkich Funduszu;
- 4) **dyrektorzy oddziałów wojewódzkich** Funduszu.

Ukształtowanie struktury organów Narodowego Funduszu Zdrowia wskazuje, że zarówno dyrektor oddziału wojewódzkiego jak i Prezes NFZ są organami tej samej osoby prawnej. Do tego należy dodać, że także komisja konkursowa jest powoływana przez dyrektora oddziału wojewódzkiego NFZ. Trzeba również dodać, że na podstawie art. 146 ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, Prezes NFZ określa przedmiot postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, kryteria oceny ofert oraz warunki wymagane od świadczeniodawców. Okazuje się zatem, że na wszystkich szczeblach postępowania konkursowego świadczeniodawcy (a w zasadzie składane przez nich oferty) są poddawane ocenie tej samej struktury organizacyjnej – Narodowego Funduszu Zdrowia. Najpierw Prezes NFZ określa kryteria oceny ofert oraz warunki jakie muszą spełniać świadczeniodawcy; w następnej kolejności oceny ofert dokonuje działająca w ramach NFZ komisja konkursowa; od jej rozstrzygnięcia świadczeniodawca niezadowolony w wyniku postępowania może złożyć odwołanie do dyrektora oddziału wojewódzkiego NFZ, który jest jednym z organów NFZ; dyrektor oddziału wojewódzkiego wydaje w sprawie decyzję administracyjną w pierwszej instancji. Od decyzji dyrektora oddziału przysługuje odwołanie do Prezesa NFZ, który również jest organem tej samej osoby prawnej – Narodowego Funduszu Zdrowia.

Można zatem stwierdzić, że na żadnym etapie postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej świadczeniodawca nie uzyskał możliwości poddania działań NFZ ocenie niezależnego organu, nie będącego w strukturach Narodowego Funduszu Zdrowia. Narodowy Fundusz Zdrowia sam ustala warunki prowadzonego postępowania oraz sam je ocenia, a ocenie tej art. 154 ust. 4 i 6 ustawy nadał rangę dwuinstancyjnego postępowania administracyjnego. Brak możliwości złożenia przez świadczeniodawcę odwołania do organu drugiej instancji usytuowanego poza strukturami Narodowego Funduszu Zdrowia narusza art. 78 Konstytucji oraz art. 2 Konstytucji.

Ponadto z treści art. 152 ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych wynika, że środki odwoławcze przysługują w wypadku naruszenia przez Fundusz zasad przeprowadzania postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. Przepis ten odsyła do naruszeń dokonanych przez Narodowy Fundusz Zdrowia, a nie przez komisję konkursową, wynika z tego, że sam ustawodawca dostrzega w Funduszu jednolitą osobę prawną, co dodatkowo przemawia przeciwko powierzeniu rozpatrywania odwołań Prezesowi Narodowego Funduszu Zdrowia.

Składając niniejszy wniosek Wnioskodawca podkreśla, że przewidziana w art. 154 ust. 4 i 6 ustawy konstrukcja odwołania składanego do Prezesa NFZ nie znajduje uzasadnienia w szczególnych względach systemowych, które uniemożliwiłyby ustawowe przeniesienie decyzji drugoinstancyjnej do organu leżącego poza strukturami NFZ. W wyroku z dnia 6 grudnia 2011 r. sygn. SK 3/11 Trybunał Konstytucyjny, badając zgodność art. 127 ust. 3 k.p.a. z art. 78 Konstytucji, wyraził pogląd, że ustawowe powierzenie rozpatrzenia sprawy administracyjnej ponownie temu samemu organowi w ramach art. 127 ust. 3 k.p.a. (wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy przez ministra, który wydał zaskarżoną decyzję), uzasadnione jest względami strukturalnymi (ustrojem administracji publicznej). Na ministrach kończy się bowiem administracyjny tok instancji administracyjnych i **nie istnieje organ, któremu można byłoby powierzyć kompetencję ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia sprawy.**

Przenosząc rozważania zawarte w tym wyroku Trybunału Konstytucyjnego na grunt oceny art. 154 ust. 4 i 6 ustawy trzeba zastanowić się, czy również w tym przypadku w strukturach administracji publicznej nie istnieje organ, któremu można by powierzyć rozpatrzenie odwołania od decyzji dyrektora oddziału wojewódzkiego NFZ. Na tak postawione pytanie – w ocenie Wnioskodawcy – nasuwa się zdecydowanie odpowiedź, że względy ustroju administracji nie stoją na przeszkodzie powierzeniu rozstrzygnięcia odwołań od decyzji dyrektora oddziału wojewódzkiego innemu podmiotowi, nie wchodzącemu w skład Narodowego Funduszu Zdrowia. W ocenie Wnioskodawcy pozycja prawna dyrektora oddziału wojewódzkiego NFZ w systemie organów państwowych nie jest na tyle wysoka aby ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych nie była w stanie wskazać organu leżącego poza strukturami NFZ, który mógłby sprawować nadzór drugoinstancyjny nad prawidłowością decyzji wydanej przez dyrektora oddziału wojewódzkiego NFZ.

Takim organem mógłby być przykładowo Minister albo Urząd Zamówień Publicznych będący jednostką wyspecjalizowaną w kontroli postępowań prowadzących do zawarcia umowy, w ramach której będą wykorzystane środki publiczne.

W ramach zarzutu naruszenia art. 2 i art. 78 Konstytucji wnioskodawca zwraca również uwagę, że przepisy ustawowe powinny być konstruowane w taki sposób aby co do zasady decyzje administracyjne były wydawane przez organy administracji publicznej. Tymczasem, jak czytamy w postanowieniu Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 17 października 2008 r., sygn. akt II GSK 394/08, **Narodowy Fundusz Zdrowia nie jest organem administracji publicznej w rozumieniu ustrojowym** i nie przyznano mu generalnie kompetencji do stosowania środków prawnych właściwych organom administracji publicznej. Powyższa uwaga poczyniona przez Naczelną Sąd Administracyjny prowadzi do wniosku, że powierzenie Prezesowi NFZ prawa do wydawania decyzji administracyjnych w drugiej instancji stanowi wyłom od zasady, że w demokratycznym państwie prawa decyzje administracyjne powinny wydawać organy administracji.

Wnioskodawca jest zdania, że sytuacja, w której decyzje w obu instancjach wydają dwa różne organy tej samej osoby prawnej – Narodowego Funduszu Zdrowia narusza art. 78 Konstytucji i art. 2 Konstytucji. Takie ukształtowanie art. 154 ust. 4 i 6 ustawy stanowi naruszenie konstytucyjnego prawa strony do rzeczywistej, instancyjnej kontroli orzeczenia administracyjnego. Z uwagi na podległość służbową dyrektora oddziału wojewódzkiego wobec Prezesa NFZ w istocie art. 154 ust. 4 i 6 ustawy prowadzi do tego, że kontrolujący kontroluje sam siebie.

Art. 154 ust. 4 i 6 ustawy narusza zasadę demokratycznego państwa prawnego poprzez takie ukształtowanie przepisu, że - mimo możliwości wskazania w ustawie niezależnego od NFZ organu, który mógłby prowadzić kontrolę instancyjną decyzji dyrektora oddziału wojewódzkiego NFZ – rozpatrzenie odwołania powierzono innemu organowi Narodowego Funduszu Zdrowia. W rezultacie świadczeniodawcy zostali pozbawieni konstytucyjnego prawa do faktycznego, merytorycznie wartościowego zaskarżenia decyzji wydanej w postępowaniu administracyjnym. Skoro istotą prawa do zaskarżenia, wywiedzionego z art. 78 Konstytucji z uwzględnieniem zasady demokratycznego państwa prawnego z art. 2 Konstytucji jest możliwość żądania obiektywnej weryfikacji zapadłego orzeczenia administracji w ramach rzetelnie przeprowadzonej procedury odwoławczej, to osąd własnego

działania przez funkcjonariusza tej samej jednostki, która wydała zaskarżoną decyzję, w sposób oczywisty stwarza realne zagrożenie dla rzetelności procedury odwoławczej.

3. Zarzut niezgodności zarządzenia 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 z art. 134 ust. 1 i art. 140 ust. 2 pkt 1, art. 142 ust. 1 i 5 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz art. 142 ust. 6 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych i art. 72 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.)

A) Zarzut naruszenia art. 134 ust. 1 i art. 140 ust. 2 pkt. 1 oraz 142 ust. 5 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych

Narodowy Fundusz Zdrowia jest dysponentem środków publicznych, dlatego szczególnie istotne przy zawieraniu umów jest zapewnienie takich procedur wyłaniania wykonawców usług medycznych, które zapewniałyby równe, uczciwe traktowanie wszystkich podmiotów ubiegających się o te środki. Wszelkie formy nieuzasadnionego dyskryminowania jednych oferentów lub niezasadne preferencje dla innych wypaczają zasady uczciwej konkurencji i w rezultacie prowadzą do nieprawidłowej dystrybucji środków publicznych. Należy w tym miejscu dodać, że środki publiczne, którymi dysponuje Narodowy Fundusz Zdrowia na zawieranie umów ze świadczeniodawcami stanowią mienie wielkiej wartości i liczone są w miliardach złotych rocznie. Z załącznika do zarządzenia nr 58/2011/DEF Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 10 października 2011 r. w sprawie zmiany planu finansowego Narodowego Funduszu Zdrowia na 2012 rok wynika, że w roku 2012 r. Narodowy Fundusz Zdrowia planuje wydać na świadczenia opieki zdrowotnej kwotę blisko 61 miliardów złotych. Z tej przyczyny ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych zawiera ogólne, bezwzględnie obowiązujące wytyczne, które winny być przez Narodowy Fundusz Zdrowia przestrzegane w toku postępowania zmierzającego do wyłonienia

świadczeniodawców, z którymi NFZ zawiera umowę na udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. Zawarte w ustawie o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych wytyczne w zakresie równego traktowania świadczeniodawców dotyczą obu trybów zawierania umowy ze świadczeniodawcami tj. zarówno konkursu ofert jak i rokowań.

Przy ocenie czy rozwiązania zawarte w zaskarżonym zarządzeniu nr 54/2011/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 30 września 2011 r. naruszają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania świadczeniodawców trzeba uwzględnić, że ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych wyłącza stosowanie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, co sprawia, że przewidziane w prawie zamówień publicznych środki ochrony wykonawców biorących udział w postępowaniu nie są dostępne dla świadczeniodawców ubiegających się o zawarcie umowy z Narodowym Funduszem Zdrowia. Można zatem powiedzieć, że cały ciężar zapewnienia reguł uczciwej konkurencji oraz równego traktowania świadczeniodawców spoczywa wyłącznie na Narodowym Funduszu Zdrowia, świadczeniodawcy – w przeciwieństwie do wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne – nie są uprawnieni do zgłaszania zastrzeżeń do specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie mogą w ten sposób kwestionować ani ustalonego przez NFZ przedmiotu postępowania ani stosowanych wobec nich kryteriów oceny. Zarówno przedmiot postępowania jak i kryteria oceny ustala władczo NFZ, a uczestnicy postępowania nie zostali wyposażeni w mechanizmy prawne pozwalające na skuteczne podważenie przyjętych przez NFZ zasad.

Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych zawiera skierowane do Narodowego Funduszu Zdrowia wyraźne nakazy dotyczące przeprowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwych reguł oceny świadczeniodawców.

Pierwszym gwarantem zachowania tych reguł jest art. 134 ust. 1 ustawy o *świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych*, który nakazuje Narodowemu Funduszowi Zdrowia zapewnić równe traktowanie wszystkich świadczeniodawców ubiegających się o zawarcie umowy o udzielanie świadczeń

opieki zdrowotnej i prowadzić postępowanie w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji.

Nadto art. 140 ust. 2 pkt. 1 ustawy wskazuje, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Z powołanych powyżej przepisów, które stanowią wzorzec kontroli wskazany w niniejszym wniosku do Trybunału Konstytucyjnego, jasno wynika, że fundamentalnymi zasadami wyboru świadczeniodawców są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania oferentów. Pozwalają one na realizację celów ustawowych, tj. efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do udzielania świadczeń opieki zdrowotnej wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania.

Obowiązek przestrzegania zasad uczciwej konkurencji przez Narodowy Fundusz Zdrowia zarówno na etapie przygotowania, jak i prowadzenia postępowania powinien znaleźć odzwierciedlenie w wydawanych przez NFZ przepisach odnoszących się do opisu przedmiotu postępowania, warunków stawianych świadczeniodawcom ubiegającym się o zawarcie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej oraz na etapie ustalania kryteriów oceny ofert. Nieprawidłowe określenie przez NFZ kryteriów oceny świadczeniodawców może prowadzić do ograniczenia konkurencji przez niczym nieuzasadnione zawężenie kręgu świadczeniodawców i wyeliminowanie z postępowania wiarygodnych i zdolnych do wykonywania świadczeń zdrowotnych świadczeniodawców, którzy dają rękojmię prawidłowego wykonania umowy.

Zasada równego traktowania świadczeniodawców to skierowany do Narodowego Funduszu Zdrowia nakaz jednakowego traktowania świadczeniodawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących świadczeniodawców ze względu na ich właściwości. Przestrzeganie zasady równego traktowania polega na stosowaniu jednej, sprawiedliwej miary do wszystkich świadczeniodawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Zasada równego traktowania powinna przejawiać się między innymi w zapewnieniu równego dostępu do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie. Z zasady tej wynika również nakaz dokonywania oceny

spełnienia warunków oraz oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych świadczeniodawcom kryteriów.

Z zasady równego traktowania oraz nakazu zachowania uczciwej konkurencji wynika wniosek, że postępowanie o zawarcie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej powinno być prowadzone w sposób przejrzysty.

Przedmiotem zaskżenia do Trybunału Konstytucyjnego jest zarządzenie 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. Wnioskodawca twierdzi, że normy zaskarżonego zarządzenia nr 54/2011/DSOZ nie zapewniają równego traktowania świadczeniodawców oraz naruszają zasady uczciwej konkurencji, co może prowadzić do nieprawidłowego dysponowania środkami publicznymi.

Pierwszym zarzutem wobec treści zarządzenia nr 54/2011/DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia jest fakt, że zastosowano w nim niedozwolone kryteria oceny ofert. Kryteria oceny ofert znajdują się w załączniku nr 1 do zarządzenia Prezesa NFZ, załącznik ten określa kryteria dla poszczególnych rodzajów świadczeń kontraktowanych przez NFZ. W treści załącznika jednym z kryteriów oceny ofert są wyniki kontroli rozpoczętych po dniu 1 stycznia roku poprzedzającego rok, którego dotyczy postępowanie w sprawie zawarcia umowy. Uzyskanie negatywnego wyniku kontroli w roku poprzedzającym ubieganie się o zawarcie umowy na świadczenia z Narodowym Funduszem Zdrowia skutkuje tym, że NFZ oceniając oferty przyznaje danemu podmiotowi „punkty ujemne”.

Wnioskodawca ocenia to kryterium za niedopuszczalne z następujących powodów.

Po pierwsze, stosowanie punktów ujemnych za nieprawidłowości w uprzednio przeprowadzonych kontrolach stawia w gorszej sytuacji podmioty, które miały uprzednio zawarte umowy z NFZ w stosunku do podmiotów, które nigdy nie kontraktowały swoich świadczeń z NFZ, te drugie - z konieczności logicznej - nie są narażone na odjęcie im punktów, nawet jeśli ich działalność w latach ubiegłych nie odpowiadała wszystkim przepisom prawa.

Po drugie, stosowanie tego kryterium oceny ofert bezpodstawnie różnicuje podmioty, z uwagi na okres działania na rynku usług medycznych. Podmioty, które zostały utworzone w krótkim czasie przed ubieganiem się o zawarcie kontraktu są w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do podmiotów, które działają na rynku dłużej i z tej przyczyny mogły być objęte kontrolą NFZ.

Po trzecie, stosowanie kryterium „punktów ujemnych” za wcześniejsze kontrole nie ma związku z przedmiotem zamówienia i narusza art. 142 ust. 5 pkt 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Komisja powinna wybrać ofertę przedstawiającą najkorzystniejszy bilans ceny w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że przedmiotem oceny powinna być zdolność oferenta do wykonania świadczeń medycznych oceniana na dzień złożenia oferty, a nie ewentualne nieprawidłowości w realizacji wcześniejszej umowy. Kryterium wcześniejszych nieprawidłowości pomija również fakt, że najczęściej po kontroli jakość realizacji kontraktu z NFZ ulega znacznej poprawie, a stwierdzone nieprawidłowości nie powtarzają się. Kryterium odwołujące się do wyników uprzednio przeprowadzonych kontroli narusza art. 142 ust. 5 pkt 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Zgodnie z tym przepisem komisja konkursowa w części niejawnej może wybrać ofertę przedstawiającą najkorzystniejszy bilans ceny w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Jeśli przedmiotem zamówienia są świadczenia zdrowotne, to przedmiotem oceny powinna być tylko zdolność świadczeniodawcy do wykonania w przyszłości umowy, o której zawarcie się ubiega, a nie wyniki uprzednio przeprowadzonej kontroli. Ustawa w art. 142 ust. 5 pkt. 1 nie przewiduje możliwości dyskryminowania świadczeniodawców ze względu na uchybienia wykryte w toku wcześniejszej kontroli.

Po czwarte, kryterium odwołujące się do nieprawidłowości wykrytych w czasie kontroli jest zależne od przypadku, ponieważ NFZ nie dokonuje planowej kontroli wszystkich podmiotów, z którymi zawarł kontrakt. Zagrożenie punktami ujemnymi w postępowaniu o udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej dotyczy tylko tych świadczeniodawców, którzy byli przedmiotem kontroli w roku poprzedzającym rok kontraktowania świadczeń. O tym zaś czy byli kontrolowani decyduje plan kontroli NFZ, który nie obejmuje wszystkich świadczeniodawców, a jedynie niektórych. Oznacza to, że kryterium oceny świadczeniodawców ubiegających się o zawarcie

umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej opiera się na czynniku losowym polegającym na tym, że kontrola przeprowadzona w roku poprzedzającym rok kontraktowania świadczeń wykazała nieprawidłowości.

Kolejnym, piątym już, zarzutem wobec stosowanego w zarządzeniu nr 54/2011/DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia kryterium oceny świadczeniodawców jest to, że przyznawanie punktów ujemnych opiera się na wynikach przeprowadzonych przez NFZ kontroli. W tym miejscu trzeba odnotować, że wynik kontroli, nawet jeśli jest negatywny dla świadczeniodawcy i wykazuje nieprawidłowości w udzielaniu świadczeń objętych kontraktem z NFZ, to jest jedynie wyrazem stanowiska NFZ w tej kwestii. Nie należą do rzadkości sytuacje kiedy wynik kontroli jest przedmiotem zaskarżenia przez świadczeniodawcę, który kwestionuje bądź to prawidłowość ustaleń kontroli prowadzonej przez NFZ, bądź jej ostateczny wynik. Prowadzone w tym zakresie postępowania wywołane wniesieniem przez świadczeniodawców środka zaskarżenia potwierdzają, że nie zawsze racja leżała po stronie kontrolującego - Narodowego Funduszu Zdrowia, są one jednak długotrwałe i okres jednego roku od wyniku kontroli nie zawsze pozwala na prawomocne sądowe rozstrzygnięcie sporu na linii NFZ - świadczeniodawca. Oceniając zastosowane przez NFZ kryterium oceny ofert odwołujące się do wyników wcześniejszych kontroli należy pamiętać o bardzo szerokim zakresie kontroli prowadzonej przez NFZ, co z kolei przekłada się na bardzo szeroki katalog okoliczności dotyczących kontrolowanego świadczeniodawcy, które w świetle załącznika do zarządzenia nr 54/2011/DSOZ Prezesa NFZ uzasadniają nałożenie na niego punktów ujemnych. Wśród okoliczności uzasadniających przyznanie punktów ujemnych są takie jak: wykryte w czasie kontroli niezasadne ordynowanie leków czy nieprawidłowe kwalifikowanie udzielonych świadczeń. Oba zastosowane pojęcia mają charakter klauzul generalnych, które mogą być przedmiotem rozbieżnej oceny lekarza leczącego pacjentów i kontrolerów NFZ. Dodajmy również, że spory między podmiotami leczniczymi a Narodowym Funduszem Zdrowia często sprowadzają się do tego, że w ocenie NFZ dane świadczenie było źle zakwalifikowane przez świadczeniodawcę (tj. przypisano mu inną niż twierdzi NFZ ilość punktów). Tego rodzaju kryterium nie ma nic wspólnego z niewłaściwą jakością udzielanych pacjentom świadczeń zdrowotnych i nie powinno być brane pod uwagę przy ocenie świadczeniodawców ubiegających się o zawarcie umowy w latach kolejnych.

Przypomnieć należy, że tego rodzaju kryterium nie odnosi się w ogóle do przedmiotu zamówienia, którym jest udzielanie świadczeń zdrowotnych pacjentom, a nie prawidłowe rozliczanie świadczeń z Narodowym Funduszem Zdrowia. Nieprawidłowości w zakresie rozliczania świadczeń, które ujawniły się na linii świadczeniodawca – NFZ nie rzutują przecież na zdolność świadczeniodawcy do prawidłowego wykonania w przyszłości usług medycznych.

Szóstym argumentem przemawiającym za tym, że zarządzenie Prezesa NFZ nr 54/2011/DSOZ narusza art. 134 ust. 1 i art. 140 ust. 2 pkt. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych poprzez nierówne traktowanie świadczeniodawców oraz nie zachowanie zasad uczciwej konkurencji jest to, że uwzględnieniu w procesie oceny świadczeniodawców podlegają tylko kontrole, które miały miejsce w roku poprzedzającym rok, którego dotyczy postępowanie o zawarcie umowy na udzielanie świadczeń zdrowotnych. Należy w tym miejscu przypomnieć, że kontraktowanie świadczeń przez NFZ odbywa się co do zasady w cyklu trzyletnim. W tej sytuacji omawiane kryterium oceny świadczeniodawców traktuje nierówno nawet tych świadczeniodawców, którzy w trzyletnim okresie obowiązywania umowy z NFZ poddani byli kontroli, z tym że kontrola odbywała się w różnym czasie. Świadczeniodawca, który miał kontrolę w pierwszym roku obowiązywania kontraktu z NFZ nie jest narażony na punkty ujemne, nawet jeśli kontrola wypadła negatywnie. Świadczeniodawca, u którego NFZ przeprowadził kontrolę w ostatnim roku obowiązywania umowy z NFZ będzie narażony na utratę punktów w postępowaniu. Przykład ten dobitnie obrazuje, że dwaj świadczeniodawcy, którzy znajdują się podobnej sytuacji (obaj realizując poprzedni kontrakt w trzyletnim cyklu dopuścili się nieprawidłowości) nie są w tej samej sytuacji jeśli chodzi o ocenę skutków naruszenia wcześniejszego kontraktu – jeden traci punkty, drugi nie.

W ocenie wnioskodawcy zastosowane w zarządzeniu Prezesa NFZ nr 54/2001/DSOZ kryterium odwołujące się do wyników kontroli przeprowadzonej w trakcie poprzedniego kontraktu z NFZ prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania podmiotów i narusza uczciwą konkurencję.

B) Zarzut naruszenia art. 142 ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych

Naczelna Rada Lekarska wnioskuje również o zbadanie przez Trybunał Konstytucyjny zgodności zarządzenia Prezesa NFZ nr 54/2011/DSOZ z artykułem 142 ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Zaskarżone zarządzenie w § 1 określa, że oceny ofert dokonuje się według kilku kryteriów, wśród których znajdują się między innymi: jakość, kompleksowość, dostępność, ciągłość i cena. W świetle § 1 ust. 5 zarządzenia Prezesa NFZ nr 54/2011/DSOZ, **cena** jest definiowana przez odniesienie ceny jednostki rozliczeniowej zaproponowanej przez oferenta w ofercie lub stanowiącej końcowy wynik negocjacji w stosunku do ceny oczekiwanej przez Narodowy Fundusz Zdrowia w danym postępowaniu. Sposób w jaki zarządzenie Prezesa NFZ nr 54/2011/DSOZ, zdefiniowało cenę, w szczególności fragment, że cena stanowi końcowy wynik negocjacji narusza art. 142 ust. 1 ustawy. Taki sposób zdefiniowania ceny oznacza, że możliwa jest zmiana przez świadczeniodawców ceny ofertowej niemalże do momentu zakończenia postępowania, co z kolei zaciera ustawowy podział na część jawną i niejawną postępowania, o których mowa w art. 142 ust. 1 ustawy. Praktyka stosowania § 1 ust. 5 zarządzenia Prezesa NFZ nr 54/2011/DSOZ wskazuje na to, że komisje konkursowe wykorzystują tę definicję ceny po to aby w drugiej – niejawnej części postępowania prowadzić de facto powtórkę pierwszej – jawnej części postępowania. Nie taki był natomiast cel ustawy, w niejawnej części postępowania należy raczej dążyć do uściślenia warunków pierwotnej oferty, a nie przeprowadzać od początku konkurs nowych ofert. Opis skutków, do jakich prowadzi stosowanie kwestionowanej definicji ceny w drugim etapie postępowania, w tym wielokrotnych negocjacji z poszczególnymi oferentami, dopuszczenia oferenta do kolejnych negocjacji lub odmowa dalszych negocjacji z innymi oferentami znajduje się w wyroku Wojewódzkiego Sadu Administracyjnego w Warszawie z dnia 27 lutego 2012 r. sygn. akt VI SA/Wa 1854/11, w uzasadnieniu wyroku WSA czytamy, że zdaniem Prezesa NFZ: *„Parametr ceny stanowi tu istotny element oceny oferty i niejednokrotnie istnieje konieczność przeprowadzania negocjacji kilkukrotnie. W związku z powyższym, jeśli oferent nie jest pewien swojego stanowiska w tym zakresie i nie jest gotów do podjęcia ostatecznej decyzji, co do ilości i ceny świadczeń, po zakończeniu danego spotkania negocjacyjnego, podpisywany jest*

przez strony protokół cząstkowy z negocjacji (protokołu z negocjacji datowany na konkretny dzień), który zawiera informację, że propozycja stron jest propozycją na dany dzień i może ulec zmianie w toku dalszych negocjacji. Dalej czytamy, że: „W momencie uzyskania zbieżnych stanowisk negocjacyjnych podpisywano protokół końcowy, który co do zasady nie był zmieniany. W sytuacji, gdy oferent zwracał się o zmianę protokołu końcowego, komisja żądała umotywowania takiego wniosku na piśmie”. Oznacza to, że w toku postępowania konkursowego w fazie negocjacji niektórzy oferenci mogą zgłaszać – na umotywowany wniosek – żądanie ponownego przeprowadzenia negocjacji, mimo że sporządzono już protokół końcowy.

Zaproponowana w § 1 ust. 5 zarządzenia Prezesa NFZ nr 54/2011/DSOZ definicja ceny narusza również zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem reguł uczciwej konkurencji, ponieważ umożliwia modyfikowanie ofert w warunkach gdy inne oferty nie są już objęte reżimem pełnej poufności i umożliwia komisjom konkursowym wpływanie na wynik postępowania. Wnioskodawca zwraca uwagę, że prowadzenie negocjacji co do ceny w drugim etapie postępowania konkursowego stoi w sprzeczności z obowiązującym w pierwszym etapie postępowania nakazem złożenia oferty w zamkniętej kopercie. Czemu ma służyć wymóg zamkniętej koperty skoro w drugim etapie postępowania cena świadczeń jest wciąż kwestią otwartą podlegającą dalszym negocjacjom? Narodowy Fundusz Zdrowia nie zapewnia w drugiej, negocjacyjnej fazie postępowania równie skutecznych co zamknięta koperta metod zabezpieczenia informacji o złożonych przez świadczeniodawców ofertach cenowych. Brak porównywalnych z zasadą zamkniętej koperty metod ochrony tajemnicy ofert cenowych złożonych w fazie negocjacji skutkuje możliwością ujawnienia tajemnicy ceny zaproponowanej przez świadczeniodawcę, który w negocjacjach uczestniczył wcześniej niż kolejni świadczeniodawcy. Dane wynikające ze złożonych ofert trafiają do prowadzonego przez NFZ systemu, do którego dostęp mogą mieć pracownicy NFZ.

Ponadto trzeba zauważyć, że z racji tego, że w drugiej fazie postępowania przedmiotem negocjacji jest cena, komisja konkursowa może w sposób niedozwolony wpływać na wynik postępowania np. poprzez sugerowanie tylko niektórym (nie wszystkim) oferentom aby obniżyli cenę zapisaną w pierwotnej ofercie. Jeśli skutek obniżenia ceny na sugestię komisji dany świadczeniodawca

zawarł umowę z NFZ, a świadczeniodawca, któremu komisja nie zasugerowała obniżenia ceny nie otrzymał możliwości zawarcia umowy z NFZ, to mamy do czynienia bardzo realnym zagrożeniem nierównego traktowania oferentów. Kwestionowane zarządzenie Prezesa NFZ nie stanowi skutecznego zabezpieczenia przeciwko tego rodzaju praktykom.

C) Zarzut naruszenia art. 72 § 1 kodeksu cywilnego i art. 142 ust. 6 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych

W ocenie wnioskodawcy zaskarżone zarządzenie nr 54/2011/DSOZ Prezesa NFZ narusza art. 72 § 1 kodeksu cywilnego.

Zgodnie z art. 72 § 1 kodeksu cywilnego, 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. Z przepisu tego wynika, że negocjacje są jednym z trybów zawarcia umowy. W przeciwieństwie do trybu zawarcia umowy w wyniku złożenia oferty i jej przyjęcia przez odbiorcę (art. 66-69 kodeksu cywilnego), tryb negocjacji cechuje to, że do zawarcia umowy nie dochodzi przez proste przyjęcie oferty złożonej przez drugą stronę, lecz potrzebna jest wymiana między stronami sukcesywnych propozycji dotyczących poszczególnych składników przyszłej umowy. Przyjmuje się, że składane w toku negocjacji propozycje nie stanowią oświadczeń woli, ponieważ nie cechuje je definitywny charakter, są one uzależnione od uzgodnienia pozostałych elementów umowy (tak P. Machnikowski (w:) Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2007, s. 192). W praktyce tryb negocjacji jest stosowany wtedy gdy na treść umowy, zwykle o większej wartości, składają się liczne prawa i obowiązki stron, powiązane w taki sposób, że ukształtowanie jednych wpływa na inne. W toku negocjacji następuje między stronami stopniowe uzgadnianie treści przyszłej umowy, zwane niekiedy "ucieraniem się" stanowisk.

W literaturze przeważa pogląd, że negocjacje, co do zasady, są prowadzone w celu zawarcia umowy, a nie jedynie w celu ustalenia warunków ewentualnej umowy, której definitywne zawarcie zależy od autonomicznej decyzji tylko jednej ze stron. Powodzenie negocjacji tj. uzgodnienie przez strony wszystkich postanowień, które

były przedmiotem negocjacji powinno oznaczać obowiązek zawarcia umowy. Sprzeczne z postanowieniami art. 72 § 1 kodeksu cywilnego są rozwiązania, które nie przewidują obowiązku zawarcia umowy po pomyślnym zakończeniu negocjacji.

Zakończenie negocjacji, w których strony uzgodniły warunki negocjowanej umowy, powinno oznaczać dla obu związaną treścią negocjacji, czyli przyjęcie na siebie wiążących ustaleń. Za takim rozumieniem celu negocjacji wyraźnie przemawia treść art. 142 ust. 6 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. Przepis ten stanowi, że komisja w części niejawnego konkursu ofert może przeprowadzić negocjacje z oferentami w celu ustalenia wymienionych w tym przepisie składników umowy. Literalna wykładnia tego przepisu prowadzi do wniosku, że chodzi o ustalenie wiążące dla stron (a zatem o zawarcie umowy), a nie ustalenie będące jednostronnie wiążące dla świadczeniodawcy i jednocześnie niewiążące dla Narodowego Funduszu Zdrowia.

Przyjęta w zarządzeniu nr 54/2011/DSOZ Prezesa NFZ definicja ceny, która odnosi się m.in. do ceny stanowiącej końcowy wynik negocjacji uniemożliwia realizację normy zawartej w art. 72 § 1 kodeksu cywilnego. Komisje konkursowe powołane przez dyrektorów oddziałów wojewódzkich NFZ prowadzą negocjacje praktycznie jako „powtórkę” części pierwszej konkursu ofert. Oferenci dopuszczeni do negocjacji mogą modyfikować zarówno liczbę świadczeń jak i cenę. Ponieważ przy końcowej ocenie brana jest pod uwagę cena stanowiąca „końcowy wynik negocjacji”, dopiero po zamknięciu negocjacji z ostatnim ze świadczeniodawców możliwe jest sporządzenie rankingu ofert. Skutkiem tego komisja konkursowa prowadząc negocjacje nie ma możliwości zawarcia z poszczególnymi świadczeniodawcami wiążących uzgodnień – nie mając rankingu ofert komisja nie może ustalić tzw. linii odcięcia czyli oferty, która jako ostatnia wyczerpuje wartość zamówienia.

Przedstawiony powyżej sposób prowadzenia negocjacji przez NFZ nie odpowiada modelowi ustawowemu, o którym mowa w art. 72 § 1 kodeksu cywilnego w związku z art. 142 ust. 6 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych. W komentarzu do ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych autorstwa: Baka, Machulak, Pietraszewska – Macheta, Sikorko, wyd. 2010 r. w notce 11 do art. 142 wskazano, że ustalenie ceny i

liczby świadczeń w trakcie negocjacji, o których mowa w art. 142 ust. 6, prowadzi do nawiązania przejściowego stosunku uzasadniającego obowiązek zawarcia umowy.

Z treści art. 142 ust. 6 ustawy oraz art. 72 § kodeksu cywilnego wynika, że negocjacje powinny odbywać się w taki sposób aby komisja konkursowa prowadząc z danym świadczeniodawcą rozmowy uzgodnieniowe mogła zaproponować świadczeniodawcy na końcu tych rozmów wiążące dla obu stron warunki umowy. Tymczasem obecnie obowiązujące zarządzenie nr 54/2011/DSOZ Prezesa NFZ powoduje, że wynik negocjacji z danym świadczeniodawcą nie jest dla NFZ wiążący, ponieważ stanowi on tylko punkt wyjścia dla ustalenia przez NFZ listy rankingowej wszystkich świadczeniodawców biorących udział w negocjacjach. Dopiero po sporządzeniu listy rankingowej, NFZ decyduje, z którym świadczeniodawcą zawrzeć umowę, decyzja NFZ w tym zakresie nie ma jednak już nic wspólnego z pojęciem „negocjacje”. Ponadto trzeba zauważyć, że tego rodzaju rozumienie „negocjacji”, w których chodzi nie o zawarcie umowy, lecz ustalenie listy rankingowej sprawia, że ostatni ze świadczeniodawców, który przystępuje do negocjacji jest w pozycji uprzywilejowanej, ponieważ istnieje pewne zagrożenie, że zna oferty złożone przez swoich poprzedników i może złożyć ofertę na tyle korzystną aby znaleźć się na właściwym miejscu listy rankingowej.

D) Zarządzenie nr 54/2011/DSOZ Prezesa NFZ jako akt normatywny podlegający kontroli Trybunału Konstytucyjnego

Zgodnie z art. 188 ust. 3 Konstytucji, Trybunał Konstytucyjny orzeka w sprawach zgodności przepisów prawa, wydawanych przez centralne organy państwowe, z Konstytucją, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi i ustawami.

W ocenie Wnioskodawcy Zarządzenie Prezesa NFZ nr 54/2011/DSOZ w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej jest przepisem prawa w rozumieniu art. 188 ust. 3 Konstytucji i może być w związku z tym przedmiotem wniosku do Trybunału Konstytucyjnego.

Pogląd, że można zaskarżyć do Trybunału Konstytucyjnego nie tylko akty prawne powszechnie obowiązujące wymienione jako źródła prawa w Konstytucji jest

odbiciem stanowiska Trybunału Konstytucyjnego, który przyjął, że pojęcie „przepisu prawa” z art. 188 ust. 3 Konstytucji powinno być interpretowane szeroko - jako każdego aktu ustanawiającego normy prawne.

Podsumowaniem linii orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego w myśl, której przedmiotem kontroli Trybunału są nie tylko ustawy, rozporządzenia i inne akty prawa powszechnie obowiązującego, o których mowa w Konstytucji, lecz wszelkie akty normatywne, jest uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 kwietnia 2012 r., sygn. akt SK 30/10. W wyroku tym czytamy: *„Przyjmuje się, że wniosek do Trybunału Konstytucyjnego może być skierowany przeciwko „aktowi normatywnemu”. Aktami normatywnymi są sformalizowane i zgodne z obowiązującymi procedurami przejawy woli organów państwowych, samorządowych lub innych, które zawierają „normy prawne”. Takimi są ogólne dyrektywy postępowania, ustanowione przez organ upoważniony do tego przez Konstytucję lub wydaną na jej podstawie ustawę, skierowane do określonego in genere kręgu adresatów.*

Trybunał Konstytucyjny już na gruncie poprzednich przepisów konstytucyjnych przyjmował, że "akt normatywny jest aktem ustanawiającym normy prawne o charakterze generalnym (a więc skierowane do pewnej klasy adresatów wyróżnionych z uwagi na jakąś ich wspólną cechę) i abstrakcyjnym (to znaczy ustanawiającym pewne wzory zachowań)". Po wejściu w życie Konstytucji z 1997 r. ten sposób definiowania aktu normatywnego został utrzymany w orzecznictwie Trybunału (zob. np. postanowienia z 14 grudnia 1999 r., sygn. U 7/99, OTK ZU nr 7/1999, poz. 170; z 29 marca 2000 r., sygn. P 13/99, OTK ZU nr 2/2000, poz. 68 oraz wyroki z 12 marca 2002 r., sygn. P 9/01, OTK ZU nr 2/A/2002, poz. 14 i z 16 listopada 2011 r., sygn. SK 45/09, OTK ZU nr 9/A/2011, poz. 97). W wyroku z 18 grudnia 2007 r., sygn. SK 54/05 (OTK ZU nr 11/A/2007, poz. 158), Trybunał podkreślił dodatkowo, że "Tak rozumianego aktu normatywnego nie wolno wyłączać spod kontroli konstytucyjności zwłaszcza wtedy, gdy w grę wchodzi ochrona praw i wolności człowieka i obywatela. Można nawet powiedzieć, że Trybunał Konstytucyjny stosuje w takich sytuacjach swoiste domniemanie normatywności aktów prawnych, których skutki, niekoniecznie prawne, prowadzić mogą do naruszenia sfery praw lub wolności jednostki. W przeciwnym bowiem wypadku, przy ogromnej współcześnie liczbie takich aktów prawnych, wydawanych przez różne organy państwa, a niekiedy

także inne podmioty, większość z nich pozostawałaby poza jakąkolwiek instytucjonalną i skuteczną kontrolą ich konstytucyjności lub legalności”.

W rezultacie w cytowanym wyroku Trybunał Konstytucyjny uznał, że aktem normatywnym w rozumieniu art. 188 ust. 3 Konstytucji jest statut Centralnej Komisji do Spraw Stopni i Tytułów Naukowych.

Wnioskodawca przypomina również, że w wyroku z dnia 23 kwietnia 2008 r. sygn. akt SK 16/2007 przedmiotem badania Trybunału Konstytucyjnego był art. 52 ust. 2 Kodeksu Etyki Lekarskiej, czyli uchwała Krajowego Zjazdu Lekarzy nie mieszcząca się w wykazie źródeł prawa wymienionych w art. 87 Konstytucji.

Mając na uwadze przedstawione powyżej ogólne uwagi na temat zakresu pojęcia „przepisy prawa” o których mowa w art. 188 ust. 3 Konstytucji, trzeba odnieść je do treści zarządzenia nr 54/2011/DSOZ Prezesa NFZ.

W ocenie wnioskodawcy zarządzenie Prezesa NFZ nr 54/2011/DSOZ jest aktem normatywnym i jego badanie należy do kompetencji Trybunału Konstytucyjnego.

Po pierwsze akt ten został wydany na podstawie wyraźnego upoważnienia ustawowego zawartego w art. 146 ust. 1 pkt. 2 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, jest zatem uszczegółowieniem normy ustawowej. Skoro ustawa jako akt bezsprzecznie normatywny wyposażyła Prezesa NFZ w prawo uszczegółowienia kryteriów oceny świadczeniodawców, to zarządzenie Prezesa NFZ jest w tym zakresie „przedłużeniem” regulacji ustawowej i również powinno być uznawane za akt normatywny.

Po wtóre, zarządzenie Prezesa NFZ nr 54/2011/DSOZ ustanawia normy prawne o charakterze generalnym tj. skierowane do pewnej klasy adresatów wyróżnionych z uwagi na jakąś ich wspólną cechę, w tym wypadku skierowane jest do ogółu świadczeniodawców ustanawiając wiążące kryteria oceny ich ofert.

Po trzecie, zarządzenie nr 54/2011/DSOZ jest aktem abstrakcyjnym, ponieważ nie odnosi się do pojedynczego zachowania określonej osoby lecz reguluje sposób działania wielu adresatów, którzy nie są wymienieni z imienia i nazwiska, lecz przez odesłanie do pewnej cechy generalizującej.

Po czwarte, zarządzenie to określa kryteria doboru świadczeniodawców, z którymi NFZ zawrze umowy wykorzystując do tego środki publiczne, jest to zatem akt prawny, który w sposób władczy, typowy dla aktów prawnych, kształtuje prawa pewnej grupy adresatów.

W tej sytuacji zarządzenie Prezesa NFZ nr 54/2011/DSOZ podlega kontroli w trybie art. 188 ust. 3 w związku z art. 191 ust. 1 pkt. 4 Konstytucji.

Miejsce publikacji: Zarządzenie Prezesa NFZ nr 54/2011/DSOZ zostało opublikowane wraz ze wszystkimi zmianami na stronie internetowej Narodowego Funduszu Zdrowia (www.nfz.gov.pl) w rubryce „zarządzenia Prezesa”. Naczelna Rada Lekarska nie dysponuje oryginalnym, podpisanym przez Prezesa NFZ tekstem zarządzenia i jego nowelizacji.

4. Zarzut niezgodności zarządzenia 49/2010/DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 31 sierpnia 2010 r. w sprawie warunków postępowania dotyczących zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej z art. 140 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych.

A) Niezgodność zarządzenia 49/2010/DSOZ Prezesa NFZ z art. 140 ust. 1 ustawy Przedmiotem wniosku jest zarządzenie 49/2010/DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 31 sierpnia 2010 r. w sprawie warunków postępowania dotyczących zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej zmienione zarządzeniem nr 82/2010/DSOZ z dnia 17 grudnia 2010 r. i nr 14/2011/DSOZ z dnia 14 marca 2011 r.

Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych w art. 140 ust. 1 wyraźnie wskazują, że przedmiot postępowania powinien być opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń.

Zarówno kryteria oceny ofert, jak i warunki wymagane od świadczeniodawców, są jawne i nie podlegają zmianie w toku postępowania (art. 147 ustawy).

Kryteria oceny ofert w postępowaniu – zgodnie z art. 148 ustawy – powinny być następujące:

- 1) ciągłość - w myśl której uwzględnić należy zapewnienie świadczeniobiorcy kontynuację procesu leczenia;
- 2) kompleksowość - powinna ona dotyczyć w szczególności zakresu merytorycznego oferowanych świadczeń, zapewnienia świadczeniobiorcy pełnego dostępu do świadczeń diagnostycznych i terapeutycznych wymaganych ze względu na rodzaj realizowanych świadczeń oraz możliwości udzielania świadczeń w innych zakresach;
- 3) dostępność - obejmująca:
 - a) sposób organizacji udzielania świadczeń, w tym harmonogram udzielania świadczeń, oraz udostępnione świadczeniobiorcom sposoby rejestracji (zapisy telefoniczne, osobiste, internet itp.),
 - b) dostosowanie infrastruktury do potrzeb osób niepełnosprawnych,
 - c) sposób kwalifikacji świadczeniobiorców do udzielania świadczeń;
- 4) jakość oferowanych świadczeń;
- 5) kwalifikacje osób, które będą udzielać świadczeń;
- 6) wyposażenie w sprzęt i aparaturę medyczną;
- 7) potwierdzenie jakości udzielanych świadczeń uzyskaniem i ważnym w okresie obowiązywania przyszłej umowy certyfikatem jakości (np. ISO) lub certyfikatem akredytacyjnym, wydanym przez jednostkę certyfikującą przy Ministrze Zdrowia;
- 8) cena - należy tutaj uwzględnić relację ceny oferowanej do ceny ustalonej dla danego świadczenia dla potrzeb postępowania przez dyrektora oddziału wojewódzkiego;
- 9) liczbę oferowanych świadczeń opieki zdrowotnej;
- 10) kalkulację kosztów

(podają za: Bożena Łukasik w: Bożena Łukasik, Joanna Nowak-Kubiak: Ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej. Komentarz, wyd. ABC Wolters Kluwer Polska, 2006).

Zdaniem wnioskodawcy, wprowadzony przez art. 140 ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych wymóg aby przedmiot postępowania był opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, należy odczytywać w ten sposób, że przepis ten wymaga aby Narodowy Fundusz Zdrowia organizując postępowanie w sprawie zawarcia umowy podał „cenę oczekiwaną” za poszczególne świadczenia będące przedmiotem postępowania. Oferent nie znając ceny oczekiwanej nie zna jednego z najważniejszych kryteriów oceny ofert, podejmując decyzję o udziale w postępowaniu nie ma punktu odniesienia. W wielu sytuacjach znajomość punktu odniesienia w postaci oczekiwanej przez NFZ ceny na dane świadczenia pozwoliłoby oferentowi odstąpić od udziału w postępowaniu i nie składać oferty w sytuacji gdy stosowana przez niego cena znacznie odbiega na niekorzyść od ceny oczekiwanej przez NFZ.

Zgodnie z załącznikiem nr 2 do zarządzenia nr 54/2011/DSOZ Prezesa NFZ z dnia 30 września 2011 r. cena oczekiwana to cena wynikająca z wartości zamówienia i planowanej liczby świadczeń opieki zdrowotnej w danym rodzaju lub zakresie wskazanych przez oddział wojewódzki NFZ. Ponieważ cena oczekiwana jest wynikiem podziału wartości zamówienia i planowanej liczby świadczeń, należy przyjąć, że w żadnym wypadku nie powinna ona stanowić tajemnicy handlowej Narodowego Funduszu Zdrowia.

Zaskarżone zarządzenie 49/2010/DSOZ Prezesa NFZ w sprawie warunków postępowania dotyczących zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej nie wskazuje miejsca lub sposobu publikowania przez komisje konkursowe „ceny oczekiwanej” , o której mowa w załączniku nr 2 Zarządzenia 54/2011/DSOZ Prezesa NFZ w sprawie kryteriów oceny ofert. Dodatkowo trzeba zaznaczyć, że brak w zarządzeniu nr 49/2010/DSOZ Prezesa NFZ obowiązku publikowania ceny oczekiwanej skutkuje tym, że NFZ prezentuje w tym zakresie niekonsekwentną postawę. W części oddziałów NFZ ogłasza się bowiem cenę oczekiwaną przed terminem złożenia ofert, a w innych nie. Ujawnianie ceny oczekiwanej na etapie negocjacji przez niektóre oddziały Narodowego Funduszu Zdrowia potwierdza treść uzasadnienia Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 27 lutego 2012 r. sygn. akt VI SA/Wa 1854/11, w którym czytamy, że komisja

konkursowa przed przystąpieniem do negocjacji podała oferentom ustnie cenę oczekiwaną.

W ocenie wnioskodawcy, oferenci - jeszcze przed przygotowaniem oferty - powinni mieć szansę dokonać porównania proponowanej przez siebie ceny z „ceną oczekiwaną” przez NFZ.

B) Zarządzenie nr 49/2010/DSOZ Prezesa NFZ jako akt normatywny podlegający kontroli Trybunału Konstytucyjnego

Odwołując się do szczegółowych wyjaśnień zawartych w pkt. 3D niniejszego wniosku, wnioskodawca stwierdza, że zarządzenie Prezesa NFZ nr 49/2010/DSOZ w sprawie warunków postępowania dotyczących zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej jest przepisem prawa w rozumieniu art. 188 ust. 3 Konstytucji i może być w przedmiocie wniosku do Trybunału Konstytucyjnego.

Po pierwsze, akt ten został wydany na podstawie upoważnienia ustawowego zawartego w art. 102 ust. 5 pkt. 25 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych jest zatem swego rodzaju „przedłużeniem” normy ustawowej.

Po wtóre, zarządzenie Prezesa NFZ nr 49/2010/DSOZ ustanawia normy prawne o charakterze generalnym tj. skierowane do pewnej klasy adresatów wyróżnionych z uwagi na jakąś ich wspólną cechę, w tym wypadku skierowane jest do świadczeniodawców i określa sposób przygotowania ofert, tryb składania ofert oraz składania środków odwoławczych.

Po trzecie, zarządzenie nr 49/2010/DSOZ jest aktem abstrakcyjnym, ponieważ nie odnosi się do pojedynczego zachowania określonej osoby lecz reguluje sposób działania wielu adresatów, którzy nie są wymienieni z imienia i nazwiska, lecz przez odesłanie do pewnej cechy generalizującej.

Po czwarte, zarządzenie to określa zasady przeprowadzania postępowania zmierzającego do zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej ze środków publicznych, jest to zatem akt prawny, który w sposób władczy, typowy dla aktów prawnych, kształtuje prawa pewnej grupy adresatów.

W tej sytuacji zarządzenie Prezesa NFZ nr 49/2010/DSOZ podlega kontroli w trybie art. 188 ust. 3 w związku z art. 191 ust. 1 pkt. 4 Konstytucji.

Miejsce publikacji: Zarządzenie Prezesa NFZ nr 49/2010/DSOZ zostało opublikowane wraz ze wszystkimi zmianami na stronie internetowej Narodowego Funduszu Zdrowia (www.nfz.gov.pl) w rubryce „zarządzenia Prezesa”. Naczelna Rada Lekarska nie dysponuje oryginalnym, podpisanym przez Prezesa NFZ tekstem zarządzenia i jego nowelizacji.

5. Zarzut niezgodności procedury konkursów ofert lub rokowań prowadzonych na podstawie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych nr 2011/001/BO/KONTR/5.9, wprowadzonej na podstawie pisma o sygn. CF/DSOZ/KAC/2011/075/1899/W/24202 z art. 142 ust. 6 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz z art. 72 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny.

A) Niezgodność procedury konkursów ofert lub rokowań nr 2011/001/BO/KONTR/5.9, z art. 142 ust. 6 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz z art. 72 § 1 kodeksu cywilnego

Akt przedstawiony do kontroli Trybunałowi Konstytucyjnemu - procedura konkursów ofert lub rokowań prowadzonych na podstawie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych nr 2011/001/BO/KONTR/5.9 (zwana dalej: „procedurą konkursów ofert”) stanowi swego rodzaju instrukcję udzieloną komisjom konkursowym przez Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia. Upoważnieniem dla wydania tej instrukcji jest art. 102 ust. 5 pkt. 25, który przewiduje, że do zadań Prezesa NFZ należy m.in. ustalanie jednolitych sposobów realizacji ustawowych zadań realizowanych przez oddziały wojewódzkie Funduszu. Kwestionowana przez Wnioskodawcę „Procedura konkursów ofert” w pkt. 3.2.2. (str. 39 Procedury konkursów ofert lub rokowań) poświęconym „negocjacom z oferentami” wyraźnie stanowi, że przeprowadzenie negocjacji z oferentem nie oznacza wyboru jego oferty. Ponadto kwestionowana „Procedura konkursu ofert lub rokowań” w załączniku nr 30 – „Protokół z negocjacji „ ustala, że Propozycja NFZ nie jest ostatecznym zobowiązaniem do zawarcia umowy. Z kolei w załączniku nr 31

„Protokół końcowy z negocjacji” „procedura konkursu ofert lub rokowań” ustala, że *protokół końcowy zawiera ostateczne stanowiska stron w procesie negocjacji co do ilości i ceny. Zbieżność stanowisk w protokole końcowym nie oznacza wyboru oferenta i przyrzeczenia zawarcia umowy.* Rozwiązania przyjęte w „procedurze konkursu ofert lub rokowań” naruszają art. 142 ust. 6 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz art. 72 § 1 kodeksu cywilnego.

Protokół z negocjacji i protokół końcowy z negocjacji przeprowadzonych w części niejawnego postępowania stanowiące załącznik 30 i 31 do „procedury konkursu ofert lub rokowań” zawierają wzmiankę, że osiągnięcie porozumienia z komisją konkursową nie gwarantuje wyboru oferty. Narodowy Fundusz Zdrowia wymaga aby świadczeniodawca biorący udział w negocjacjach podpisał tego rodzaju oświadczenie.

Odwołując się do wcześniejszych uwag w sprawie zasad prowadzenia negocjacji i istoty tego trybu zawarcia umowy, wnioskodawca przypomina, że art. 142 ust. 6 ustawy oraz art. 72 § kodeksu cywilnego wyraźnie przemawiają za tym, że osiągnięcie przez strony negocjacji porozumienia co do warunków umowy skutkować powinno uznaniem, że umowa doszła do skutku. Tryb prowadzenia negocjacji przez Narodowy Fundusz Zdrowia prowadzi natomiast do odmiennego, nie dającego się pogodzić z art. 72 § 1 kodeksu cywilnego i art. 142 ust. 6 ustawy skutku – mianowicie pomyślnie przeprowadzone negocjacje są wiążące tylko dla jednej strony – świadczeniodawcy, druga strona – NFZ – nie jest związana zakończeniem negocjacji.

Protokół z negocjacji przeprowadzanych w części niejawnego zawiera we wszystkich przypadkach zastrzeżenie, iż dojście do porozumienia z zespołem negocjacyjnym komisji konkursowej nie stanowi gwarancji wybrania oferty. Jest to sytuacja, która nie znajduje wykładni na gruncie przepisów ustawy. Użyte w art. 142 ust. 6 określenie „ustalić” powinno prowadzić do wniosku, że wynik ustaleń dokonanych z komisją konkursową jest wiążący dla obu stron. Gramatyczna wykładnia pojęcia „ustalenie” wyklucza takie rozwiązanie, w myśl którego NFZ - mimo dokonania ustaleń – nie jest nimi związany, podczas gdy te same ustalenia są wiążące dla świadczeniodawcy. Biorąc pod uwagę wykładnię literalną oraz sens postanowienia zawartego w art. 142 ust. 6 ustawy oraz naturę prawną negocjacyjnego trybu zawierania umowy określonego w art. 72 § 1 kodeksu cywilnego, należy wykluczyć

możliwość jednostronnego ustalania przez Narodowy Fundusz Zdrowia w „procedurze konkursu ofert lub rokowań” odmiennych zasad pozbawiających ustalenia dokonane przez strony w toku negocjacji mocy wiążącej. Słownik języka polskiego PWN podaje następujące znaczenia pojęcia „ustalenie”:

1. zdecydować o ostatecznej formie, postaci lub przebiegu czegoś
2. stwierdzić coś po uprzednim zbadaniu
3. uczynić niezmiennym
4. pozbawić chwiejności, usztywnić

co może jest tłumaczone dawnym znaczeniem pojęcia "ustalenie" jako „uczynienie twardym jak stal.

Kierując się słownikowym znaczeniem słowa „ustalić” należy przyjąć, że procedura konkursu ofert lub rokowań narusza art. 142 ust. 6 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej oraz art. 72 § 1 kodeksu cywilnego, przepisy te nie dają bowiem prawa do jednostronnego odstąpienia przez jedną ze stron negocjacji od podjętych wspólnie „ustaleń”.

B) Procedura konkursu ofert lub rokowań nr 2011/001/BO/KONTR/5.9 jako akt normatywny podlegający kontroli Trybunału Konstytucyjnego

Odwołując się do szczegółowych wyjaśnień zawartych w pkt. 3D niniejszego wniosku, wnioskodawca stwierdza, że procedura konkursu ofert lub rokowań nr 2011/001/BO/KONTR/5.9 jest przepisem prawa w rozumieniu art. 188 ust. 3 Konstytucji i może być w przedmiocie wniosku do Trybunału Konstytucyjnego.

Świadczy o tym przede wszystkim zakres jej regulacji oraz wiążący charakter ustalonych tam procedur postępowania, które władczo oddziałują na prawa i obowiązki świadczeniobiorców biorących udział w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy.

Procedura konkursu ofert lub rokowań nr 2011/001/BO/KONTR/5.9 ustanawia normy prawne o charakterze generalnym tj. regulujące sytuację prawną pewnej klasy adresatów wyróżnionych z uwagi na jakąś ich wspólną cechę, w tym wypadku świadczeniodawców. Procedura konkursu ofert lub rokowań określa i definiuje poszczególne etapy postępowania w sprawie zawarcia umów o świadczenia opieki zdrowotnej od momentu przygotowania postępowania, powołania komisji

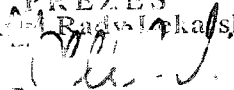
konkursowej, ogłoszenia postępowania, przeprowadzenia postępowania, aż do momentu rozstrzygnięcia odwołań. Poszczególne elementy tej procedury konkursu ofert lub rokowań wyznaczają klasę praw i obowiązków świadczeniodawców biorących udział w postępowaniu oraz przewidują skutki zachowania się niezgodnego z wyznaczonym wzorcem.

Procedura konkursu ofert lub rokowań nr 2011/001/BO/KONTR/5.9 jest aktem abstrakcyjnym, ponieważ nie odnosi się do pojedynczego zachowania określonej osoby lecz reguluje sposób działania wielu adresatów, którzy nie są wymienieni z imienia i nazwiska, lecz przez odesłanie do pewnej cechy generalizującej.

Procedura konkursu ofert lub rokowań nr 2011/001/BO/KONTR/5.9 określa szczegółowo zasady i tryb przeprowadzania postępowania zmierzającego do zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej ze środków publicznych, jest to zatem akt prawny, który w sposób władczy, typowy dla aktów prawnych, kształtuje prawa pewnej grupy adresatów ubiegających się o zawarcie umowy.

Wobec tego Procedura konkursu ofert lub rokowań nr 2011/001/BO/KONTR/5.9 podlega kontroli w trybie art. 188 ust. 3 w związku z art. 191 ust. 1 pkt. 4 Konstytucji.

Ze względów wskazanych w niniejszym uzasadnieniu, Naczelna Rada Lekarska wnosi jak w *petitum* wniosku.

PREZES
Naczelnej Rady Lekarskiej

Maciej Hamankiewicz

Załączniki:

- 1) obwieszczenie o wynikach wyborów – wybór Macieja Hamankiewicza na stanowisko Prezesa Naczelnej Rady Lekarskiej
- 2) uchwała nr 22/12/VI Naczelnej Rady Lekarskiej z dnia 26 października 2012 r. w sprawie wystąpienia z wnioskiem do Trybunału Konstytucyjnego
- 3) protokół posiedzenia Naczelnej Rady Lekarskiej z dnia 26 października 2012 r. wraz z listą obecności
- 4) procedura konkursu ofert lub rokowań prowadzonych na podstawie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych nr 2011/001/BO/KONTR/5.9,
- 5) 5 odpisów wniosku wraz z załącznikami