

DP.422.142.2017

Warszawa *6. października* 2017 r.

WYCH-150773/2017

ODWOŁUJĄCY:**AFFIDEA ONKOTERAPIA SP. Z O.O.**

00-844 WARSZAWA ul. PLAC EUROPEJSKI 2

REPREZENTOWANA PRZEZ

R. PR. ANDRZEJA BALICKIEGO

DLA PIPER WIATER SP. K.

00-849 WARSZAWA UL. I. L. PERECA 1

STRONA POSTĘPOWANIA:**WOJSKOWY INSTYTUT MEDYCZNY,**

04-141 WARSZAWA, ul. SZASERÓW 128;

DECYZJA NR 134/2017/ODW

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

ODD A L A M

odwołanie Affidea Onkoteria Sp. z o.o. reprezentowanej przez r. pr. Andrzeja Balickiego (zwanej dalej: Odwołującym) od rozstrzygnięcia postępowania nr 07-17-001039/SZP/03/4/03.0000.104.02/01 w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej prowadzonego przez Narodowy Fundusz Zdrowia - Mazowiecki Oddział Wojewódzki z siedzibą w Warszawie w trybie konkursu ofert w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie brachyterapia w tym brachyterapia - pakiet onkologiczny

UZASADNIENIE

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

W myśl art. 154 ust. 1, 2 i 3 ustawy, świadczeniodawca biorący udział w postępowaniu może wnieść do dyrektora oddziału wojewódzkiego Funduszu, w terminie 7 dni od dnia ogłoszenia o rozstrzygnięciu postępowania, odwołanie dotyczące rozstrzygnięcia postępowania. Odwołanie wniesione po terminie nie podlega rozpatrzeniu. Wniesienie odwołania wstrzymuje zawarcie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej do czasu jego rozpatrzenia. Po rozpatrzeniu odwołania dyrektor oddziału wojewódzkiego Funduszu wydaje decyzję administracyjną uwzględniającą lub oddalającą odwołanie.

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

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

2. W dniu 18 sierpnia 2017 r. Dyrektor Mazowieckiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia ogłosił postępowanie nr 07-17-001039/SZP/03/4/03.0000.104.02/01 w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej prowadzonego przez Narodowy Fundusz Zdrowia - Mazowiecki Oddział Wojewódzki z siedzibą w Warszawie w trybie konkursu ofert w rodzaju w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie brachyterapia w tym brachyterapia - pakiet onkologiczny na okres od dnia 10 października 2017 r. do dnia 30 czerwca 2021 r., wskazując na możliwość zawarcia maksymalnie dwóch umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej po przeprowadzeniu postępowania.

Wartość postępowania wynosiła 240 240,00 zł.

Na postępowanie wpłynęły dwie oferty. Odwołujący złożył ofertę z zachowaniem terminu określonego w ogłoszeniu o postępowaniu.

Komisja konkursowa dokonała wszechstronnej analizy złożonych ofert, w szczególności pod kątem spełnienia przez oferentów kryteriów określonych w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 5 sierpnia 2016 r. w sprawie szczegółowych kryteriów wyboru ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej (Dz. U. 2016, poz. 1372 z późn. zm.), tj. ciągłości, kompleksowości, jakości, dostępności oraz ceny.

Następnie Komisja konkursowa przeprowadziła negocjacje z obydwoma oferentami biorącymi udział w postępowaniu.

W wyniku rozstrzygnięcia postępowania w dniu 20 września 2017 r. do udzielania świadczeń wybrano jednego oferenta, którego oferta uzyskała najwyższą liczbę punktów. Ranking postępowania został przedstawiony w załączniku do decyzji.

W dniu 29 września 2017 r. do Mazowieckiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia wpłynęło odwołanie Affidea Onkoterapia Sp. z o.o. reprezentowanej przez r. pr. Andrzeja Balickiego. Tym samym odwołanie należy uznać za złożone w terminie.

Odwołujący zaskarżył rozstrzygnięcie w całości. W odwołaniu podniesiony został zarzut naruszenia zasad przeprowadzania postępowania, określonych w art. 134 ust. 1 ustawy w zw. z § 15 ust. 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 22 grudnia 2014 r. w sprawie sposobu ogłaszania o postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, składania ofert, powoływania i odwoływania komisji konkursowej, jej zadań oraz trybu pracy (Dz. U. 2014, poz. 1980 z późn. zm.), w szczególności zasady równego traktowania oraz zapewnienia uczciwej konkurencji poprzez przeprowadzenie z Odwołującym pozornych negocjacji co do części wartości zamówienia, co doprowadziło do uniemożliwienia Odwołującemu złożenia oferty, która mogłaby zostać wybrana przez Fundusz. W uzasadnieniu Odwołujący zarzucił również, że Fundusz nadużywa pozycji dominującej w procesie kontraktowania świadczeń opieki zdrowotnej. Odwołujący wskazuje na przesłanki uzasadniające dokonanie wyboru dwóch oferentów w kwestionowanych postępowaniu konkursowym.

W oparciu o wskazane powyżej zarzuty Odwołujący zażądał przeprowadzenia postępowania w trybie rokowań z Odwołującym, a w razie nieuwzględnienia tego wniosku – ponownego przeprowadzenia postępowania konkursowego.

Odwołujący, zgodnie z art. 10 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2017, poz. 1257) zwanym dalej k.p.a., został poinformowany o możliwości wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

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

Do uszczerbku interesu prawnego uczestnika postępowania w procedurze zawierania umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej dojść może wówczas, gdy naruszenie zasad postępowania, tj. konkretnego przepisu prawa przez podmiot prowadzący postępowanie ma wpływ na ocenę możliwości zawarcia umowy o świadczenie takich usług, co kształtuje sposób postępowania w przypadku wniesienia środka odwoławczego (wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 24 marca 2009 r., sygn. VII SA/Wa 2012/08). Poza ustaleniem samego faktu naruszenia zasad postępowania organ rozpoznający środek odwoławczy zobowiązany jest do dokonania wnikliwej oceny, czy i w jakim zakresie naruszenie to realnie spowodowało doznanie uszczerbku w interesie prawnym podmiotu. Skuteczne wniesienie odwołania jest zatem ściśle uzależnione od związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy naruszeniem zasad postępowania a uszczerbkiem w interesie prawnym świadczeniodawcy.

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

4. Odnosząc się do argumentacji przedstawionej przez Odwołującego, na wstępie należy wskazać, z jakich przyczyn oferta Odwołującego nie została wybrana do udzielania świadczeń opieki zdrowotnej. W wyniku oceny przeprowadzonej przez Komisję konkursową oferta Odwołującego uzyskała 3 pkt za ofertę cenową, 0 pkt za ciągłość, 8,5 pkt za kompleksowość, 21,8 pkt za jakość, 1 pkt za dostępność – łącznie 34,3 pkt. Kryterium decydującym o zajęciu przez Odwołującego drugiego miejsca w rankingu było przede wszystkim kryterium jakości, za które Odwołujący otrzymał 21,8 pkt, w sytuacji, gdy drugi oferent biorący udział w kwestionowanym postępowaniu otrzymał za to kryterium 38,7 pkt, a więc o ponad 17 pkt więcej. Ostatecznie, po zsumowaniu wszystkich punktów, oferta Odwołującego otrzymała 34,3 pkt, podczas gdy konkurencyjny oferent uzyskał 59,7 pkt.

Komisja konkursowa dokonała wszechstronnej analizy złożonych ofert, w szczególności pod kątem spełnienia przez oferentów kryteriów określonych w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 5 sierpnia 2016 r. w sprawie szczegółowych kryteriów wyboru ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej (Dz. U. 2016, poz. 1372 z późn. zm.), tj. ciągłości, kompleksowości, jakości, dostępności oraz ceny. Dodać należy, że kryteria te, wynikające z w/w rozporządzenia, zostały również wyrażone przez ustawodawcę w art. 148 ustawy, zgodnie z którym porównanie ofert w toku postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej obejmuje w szczególności: ciągłość, kompleksowość, dostępność, jakość udzielanych świadczeń, kwalifikacje personelu, wyposażenie w sprzęt i aparaturę medyczną, na podstawie wewnętrznej oraz zewnętrznej oceny, która może być potwierdzona certyfikatem jakości lub akredytacją oraz ceny i liczby oferowanych świadczeń opieki zdrowotnej oraz kalkulacje kosztów. Wynik porównania ofert w toku postępowania w sprawie zawarcia umowy znajduje swoje odzwierciedlenie w rankingu.

Należy wyjaśnić, że metodyka wyliczenia punktów składających się na ocenę zawartą w rankingu powstaje przy pomocy systemu informatycznego w kolejności malejącej łącznej liczby punktów oceny. Powyższe narzędzie informatyczne służące do wyliczenia punktacji dokonuje go na podstawie danych przekazanych w ofercie przez biorących udział w konkursie świadczeniodawców. Uprawnione jest zatem twierdzenie, że to sam oferent determinuje ilość punktów które uzyska w omawianym tu rankingu. Podkreślenia wymaga, że postulat równego traktowania oferentów o którym mowa w art. 132 ustawy jest tutaj realizowany poprzez fakt jednolitego zastosowania powyższego narzędzia informatycznego służącego do sporządzenia rankingów, obiektywnie wykluczający uznaniowość członków

Komisji konkursowej. Powyższe oznacza, że odpowiedzi udzielane na pytania ofertowe przez oferentów oraz poszczególne składowe oferty, skutkują taką samą ilością punktów w przypadku wyliczenia punktacji dla każdej oferty. Zestawienie powyższej punktacji składa się na ranking.

Odwołujący zarzuca naruszenie przepisów postępowania, w szczególności zasady równego traktowania, poprzez przeprowadzenie negocjacji z Odwołującym tylko w odniesieniu do części wartości postępowania, natomiast z podmiotem, który ostatecznie został wybrany do udzielania świadczeń, w odniesieniu do całości wartości postępowania. Powyższy zarzut jest całkowicie nieuzasadniony. Komisja konkursowa, prowadząc negocjacje z oferentami, nie mogła założyć a priori, jak będą przedstawiały się propozycje negocjacyjne zaproszonych oferentów. Komisja konkursowa nie przyjęła odgórnie, jaka ostatecznie liczba oferentów zostanie wybrana do udzielania świadczeń, przed przyjęciem stanowisk oferentów. W trakcie negocjacji Komisja konkursowa zaproponowała Odwołującemu przyznanie wartości kontraktu proporcjonalnej do ilości punktów uzyskanych przez jego ofertę. W sytuacji, gdy oferta Odwołującego uzyskała o 25 pkt mniej niż oferta konkurencyjnego podmiotu, Komisja konkursowa uznała, że prowadzenie negocjacji na wstępie obejmujących całą kwotę przeznaczoną na postępowanie byłoby nieuzasadnione i prowadziłyby do sytuacji, w której Fundusz zawarłby umowę z oferentem, którego oferta byłaby obiektywnie mniej korzystna. Odwołujący przyjął propozycję Komisji konkursowej i podpisał protokół z negocjacji. Z kolei pierwotna propozycja negocjacyjna przedstawiona przez Komisję konkursową Wojskowemu Instytutowi Medycznemu - oferentowi wybranemu ostatecznie do udzielania świadczeń, również dotyczyła części wartości postępowania, również w kwocie proporcjonalnej do ilości punktów przyznanych ofercie tego podmiotu i odzwierciedlającej miejsce zajmowane w rankingu. W trakcie spotkania negocjacyjnego, przedstawiciele Wojskowego Instytutu Medycznego nie przyjęły propozycji Komisji konkursowej i zaproponowali zawarcie umowy obejmującej 100% środków przeznaczonych na postępowanie. Komisja konkursowa przyjęła propozycję Wojskowego Instytutu Medycznego uznając, że dokonuje wyboru oferty zdecydowanie lepszej, która w pełni zaspokoi zapotrzebowanie na świadczenia opieki zdrowotnej. Zgodnie z art. 142 ust. 5 pkt 1 ustawy w części niejawnego konkursu ofert komisja może wybrać ofertę lub większą liczbę ofert, najkorzystniejszych pod względem kryteriów wyboru ofert określonych w art. 148 ust. 1. Na podstawie art. 142 ust 6 i 7 ustawy komisja w części niejawnego konkursu ofert może przeprowadzić negocjacje z oferentami w celu ustalenia liczby planowanych do udzielenia świadczeń opieki zdrowotnej i ceny za udzielane

świadczenia opieki zdrowotnej. Komisja ma obowiązek przeprowadzić negocjacje co najmniej z dwoma oferentami, o ile w konkursie bierze udział więcej niż jeden oferent. Komisja konkursowa przeprowadziła postępowanie zgodnie z wymogami określonymi w art. 142 ustawy. Do negocjacji zaproszeni zostali obydwaj oferenci biorący udział w kwestionowanym postępowaniu, a Komisja konkursowa dokonała wyboru jednego oferenta, którego oferta uzyskała najwyższą liczbę punktów i zajęła pierwsze miejsce w rankingu. Powyższe unormowanie określone w art. 142 ustawy nie oznacza, że Komisja konkursowa musi prowadzić negocjacje i dokonać wyboru wszystkich ofert biorących udział w tych negocjacjach. Ustawodawca pozostawił Komisji konkursowej swobodę decyzyjną, zarówno w zakresie samego prowadzenia negocjacji, zapraszania oferentów jak i ostatecznego wyboru ofert. Dążenie Komisji konkursowej do przeprowadzenia negocjacji i dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty nie stanowi naruszenia zasady równego traktowania, niezrozumiałe jest zatem sformułowanie zarzutu przez Odwołującego, z którego wynika, że Komisja konkursowa poprzez negocjowanie z Wojskowym Instytutem Medycznym całości kontraktu, stosowała jakieś dodatkowe kryteria względem oferentów. Fakt złożenia przez Wojskowy Instytut Medyczny propozycji obejmującej całą wartość postępowania, był w ocenie Komisji konkursowej korzystny i uzasadniony przede wszystkim z uwagi na zajęcie przez ten podmiot pierwszego miejsca w rankingu i uzyskanie wysokiej liczby punktów za poszczególne kryteria, w tym za kryterium jakości. Tym samym, stawianie zarzutu dotyczącego naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji poprzez prowadzenie negocjacji obejmujących całość środków przeznaczonych na postępowanie, jest absurdalne w sytuacji, gdy wybrany został oferent lepszy, który zarówno w ofercie jak i w trakcie negocjacji, zadeklarował możliwość zrealizowania świadczeń obejmujących całość środków przeznaczonych na postępowanie. Należy w tym miejscu wskazać, że Odwołujący mógł w trakcie negocjacji przedstawić swoją propozycję, tymczasem w trakcie pierwszego spotkania Odwołujący przyjął propozycję Komisji konkursowej i podpisał protokół z negocjacji.

W ogłoszeniu o postępowaniu w sprawie zawarcia umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej przewidziana została możliwość zawarcia maksymalnie dwóch umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, co nie oznacza, że dokładnie taka ilość umów ma zostać zawarta. Wskazanie w ogłoszeniu maksymalnej możliwej do zawarcia liczby umów nie powoduje, że Komisja konkursowa jest w jakiś sposób związana treścią ogłoszenia, stanowi raczej wyraz odzwierciedlenia, jaka maksymalna liczba oferentów może udzielać świadczeń na danym terenie. Dyrektor oddziału wojewódzkiego Funduszu nie może

wskazać w ogłoszeniu maksymalnej możliwej do zawarcia liczby umów i jednocześnie złożyć zapewnienie, że właśnie taka liczba umów zostanie zawarta, ponieważ teoretycznie w postępowaniu może wpłynąć więcej ofert, niż może zostać zawartych umów, ale również może ich wpłynąć mniej, możliwa jest także sytuacja, w której wpłynie jedna oferta lub nie wpłynie żadna oferta. Możliwe jest również, że w trakcie postępowania np. większość ofert zostanie odrzucona, jak również, że oferty będą znacznie różniły się od siebie pod względem punktacji i że zawarcie umów z oferentami zajmującymi odległe miejsca w rankingu, będzie niekorzystne z punktu widzenia interesu świadczeniobiorców i zabezpieczenia dostępności do świadczeń oraz zapewnienia właściwej ich jakości. Wskazanie maksymalnej do zawarcia liczby umów nie jest zatem w żaden sposób wiążące.

Nie można zgodzić się z zarzutem że negocjacje miały charakter pozorny, a działania Komisji konkursowej nigdy nie zmierzały do ustalenia zbieżnych stanowisk i zawarcia umowy z obydwoma oferentami. Komisja konkursowa zapraszając oferentów na negocjacje, wzięła pod uwagę stanowiska zaprezentowane przez oferentów, jak również fakt, że w trakcie negocjacji któryś z oferentów mógł nie przystać na propozycje Komisji konkursowej, przedstawić swoje propozycje, jak również, w przypadku braku możliwości ustalenia zbieżnych stanowisk, zrezygnować z zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej z Funduszem. Odwołujący zarzuca również, że art. 142 ust. 5 ustawy nie przewiduje możliwości wyboru części oferty czy też zmiany przez Komisję konkursową oferty złożonej przez świadczeniodawcę. W tym miejscu należy zauważyć, że Wojskowy Instytut Medyczny konsekwentnie podtrzymywał swoje stanowisko i zarówno w ofercie jak i w trakcie negocjacji deklarował zawarcie umowy obejmującej całość środków przeznaczonych na postępowanie, a Komisja konkursowa nie dokonywała żadnych modyfikacji ofert. Odwołujący powinien ponadto mieć na uwadze, że w trakcie negocjacji również mógł wystąpić z własną propozycją negocjacyjną, a nie jedynie poprzestać na przyjęciu propozycji przedstawionej przez Komisję konkursową. Jeżeli Odwołujący przyjął określoną propozycję Komisji konkursowej i podpisał protokół zbieżności, ponosi skutki swojego działania lub zaniechania. Niniejsze stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2011 r. VI SA/Wa 1543/11 w którym Sąd wskazał: *Zakres możliwości zmiany oferty w trybie negocjacji, ale dopiero w części niejawnego konkursu przewiduje art. 142 ust. 6 ustawy o świadczeniach, z którego wynika, że zmiana taka może nastąpić co do liczby planowanych świadczeń opieki zdrowotnej oraz ceny za udzielane świadczenia opieki zdrowotnej (LEX nr 1698143).* Z kolei w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 5 kwietnia 2017

r. II GSK 2209/15 wskazano: *Negocjacje, co wynika z art. 142 ust. 6 ustawy z 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych prowadzone są w celu ustalenia liczby planowanych do udzielenia świadczeń oraz ceny za udzielane świadczenia, a więc w celu ustalenia dwóch niezbędnych składników oferty, tj. proponowanej liczby i ceny oferowanych świadczeń opieki zdrowotnej. Bezpośrednim celem prowadzonych negocjacji, zwłaszcza zaś ich rezultatem, nie jest zawarcie umowy ze świadczeniodawcą. Celem negocjacji nie jest bowiem ustalenie essentialia negotii umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, lecz ostateczne ustalenia dwóch niezbędnych elementów oferty zmierzające do wyłonienia najkorzystniejszej spośród złożonych ofert, której wyboru ostatecznie dokonuje komisja (LEX nr 2303952). Podobne stanowisko zostało przedstawione w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 16 października 2015 r. II GSK 2006/14, (Lex nr 1986790).*

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego działalności Funduszu jako dominanta, jest on również niezrozumiały, biorąc pod uwagę fakt, że wniesienie odwołania z założenia dotyczy wykazania wpływu rozstrzygnięcia postępowania na naruszenie interesu prawnego Odwołującego, a nie wyrazu zakwestionowania sposobu kontraktowania świadczeń opieki zdrowotnej oraz powołanych do tego instytucji. Odwołujący przedstawia wywód dotyczący zakazu nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców, wskazując, że pozycja dominująca Funduszu była wielokrotnie stwierdzana przez Prezesa UOKiK w jego praktyce decyzyjnej. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, w niniejszej sprawie zachodzi ryzyko stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej przez Fundusz. Przede wszystkim należy uznać, że tak postawiony zarzut ma charakter generalny i hipotetyczny. Odwołujący stwierdza, że mogło dojść do nadużycia pozycji dominującej przez Fundusz, jednakże nie wskazuje konkretnie czy taka sytuacja miała miejsce, w jaki sposób i poprzez jaką konkretnie czynność Komisja konkursowa naruszyła przepisy postępowania oraz w jaki sposób to działanie wpłynęło na naruszenie interesu prawnego Odwołującego. Możliwość wystąpienia „Ryzyka stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej przez Fundusz” w kwestionowanym postępowaniu, nie stanowi podstawy do uznania, że do takiej sytuacji rzeczywiście doszło, a w każdym razie nie stanowi samodzielnej przesłanki do uznania, że roszczenia Odwołującego są uzasadnione.

Odwołujący wskazuje również, w jakim stopniu zasadne jest zawarcie dwóch umów z punktu widzenia zapotrzebowania na świadczenia. Odwołujący wskazuje na fakt przygotowania przez niego pracowni radioterapii, jej usytuowania względem innych podmiotów udzielających świadczeń opieki zdrowotnej na obszarze powiatu otwockiego, zwraca również uwagę na duże potrzeby pacjentów w zakresie świadczeń opieki

zdrowotnej i podnosi, że przesunięcie całej kwoty przeznaczonej na postępowanie do Warszawy nie tylko dowodzi nierównego traktowania świadczeniodawców ale i świadczeniobiorców. Z powyższą argumentacją również nie sposób się zgodzić. Przede wszystkim Odwołujący wskazuje na fakty, które nie mogą być brane przez Komisję konkursową w procesie oceny oferty, ponieważ dokonywanie oceny oferty przy zastosowaniu innych kryteriów niż przewidziane w ustawie lub kreowanie innych wymogów w trakcie konkursu byłoby działaniem całkowicie nieuprawnionym. Komisja konkursowa, w trakcie postępowania, dokonuje oceny oferty, jednocześnie w żaden sposób nie ocenia elementów, na które zwraca uwagę Odwołujący, takich jak: ocena zapotrzebowania na świadczenia wg. opinii i danych Odwołującego, rzekomy brak doświadczenia Wojskowego Instytutu Medycznego, czy też dokonanie wyboru oferenta, którego miejsce udzielania świadczeń mieści się w Warszawie, co zdaniem Odwołującego ma bezpośredni wpływ na ograniczenie dostępu do świadczeń na obszarze powiatu otwockiego oraz wydłużenie czasu oczekiwania.

Komisja konkursowa ma za zadanie dokonać oceny ofert złożonych w danym postępowaniu przy zastosowaniu ustawowych kryteriów. Komisja konkursowa nie przyznaje ani nie odbiera punktów za fakt posiadania doświadczenia albo jego brak, za usytuowanie miejsca udzielania świadczeń w określonej miejscowości, nie uwzględnia również stanowisk oferentów w zakresie oceny zapotrzebowania na świadczenia, a zatem nie dokonuje oceny przy zastosowaniu kryteriów pozaustawowych. Ocena dokonywana przez Komisję konkursową dotyczy samej oferty złożonej w postępowaniu i jej treści, a nie obejmuje porównania samych oferentów (patrz: wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 25 maja 2017 r. II GSK 2345/15, LEX 2314781).

W wyniku przeprowadzonego postępowania do udzielania świadczeń opieki zdrowotnej wybrany został oferent, których przedstawił najlepszą ofertę, najkorzystniejszą pod względem kryteriów wyboru ofert określonych w art. 148 ust. 1 ustawy. Tym samym, nie ma podstaw zarówno do uwzględnienia odwołania i przeprowadzenia negocjacji z Odwołującym jak i ponownego przeprowadzenia postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej.

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

Komisja konkursowa prowadząc postępowanie z zachowaniem zasad, o których mowa w art. 134 ust. 1 ustawy i dokonując wyboru najlepszej oferty, nie naruszyła zasad

postępowania, dlatego też nie można stwierdzić naruszenia interesu prawnego Odwołującego.

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

Wobec powyższego postanowiono jak w sentencji.

Pouczenie

Na podstawie art. 154 ust. 4 i 5 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. 2016, poz. 1793 z późn. zm.) od decyzji Dyrektora Mazowieckiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ przysługuje wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy. Wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy składa się do Dyrektora Mazowieckiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ, w terminie 7 dni od dnia otrzymania decyzji Dyrektora Mazowieckiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ. Strona może wnieść skargę na decyzję Dyrektora Mazowieckiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie w terminie 30 dni od dnia doręczenia decyzji stronie, bez możliwości skorzystania z prawa do złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy. Skargę wnosi się za pośrednictwem Dyrektora Mazowieckiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ. Skarga podlega opłacie sądowej, wpis od skargi wynosi 200 złotych. Opłatę sądową uiszcza się gotówką do kasy sądu lub na rachunek bankowy sądu. Stronie, na jej wniosek złożony przed wszczęciem postępowania lub w toku postępowania, może być przyznane prawo pomocy (tj. zwolnienie od kosztów sądowych oraz ustanowienie adwokata, radcy prawnego, doradcy podatkowego). Wniosek wolny jest od opłat sądowych. Termin, do złożenia skargi uważa się za zachowany także wtedy, gdy przed jego upływem strona wniosła skargę wprost do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie.

Otrzymują:
1 x adresat;
1 x strona postępowania;
1 x a/a.

Załącznik:
- ranking postępowania

z up. Dyrektora
Mazowieckiego Oddziału Wojewódzkiego
Narodowego Funduszu Zdrowia
ZASTĘPCA DYREKTORA
ds. Medycznych
Michał Dziegalewski

