

Kraków, dnia 2 grudnia 2014 r.

### **OPINIA PRAWNA**

Opinia niniejsza sporządzona została na zlecenie Śląskiej Izby Lekarskiej z siedzibą w Katowicach, zwanej dalej „SIL”, Beskidzkiej Izby Lekarskiej z siedzibą w Bielsku-Białej oraz Okręgowej Izby Lekarskiej z siedzibą w Częstochowie.

Celem opinii jest udzielenie odpowiedzi na następujące pytania:

**Czy w trakcie obowiązywania umowy dopuszczalne jest zmniejszenie minimalnej liczby godzin świadczenia usług przez lekarza dentystę, ustalonej dla tzw. etatu przeliczeniowego, a określonej w zawartej z Narodowym Funduszem Zdrowia umowie o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju leczenie stomatologiczne, w stosunku do minimalnej liczby godzin świadczenia tych usług, określonej w ofercie złożonej w konkursie ofert?**

Opinia niniejsza oparta została na:

- 1) informacjach udzielonych przez:
  - a) Wiceprezesa Okręgowej Rady Lekarskiej SIL oraz Przewodniczącego Komisji Stomatologicznej SIL dra Rafała Kiełkowskiego,
  - b) Wiceprzewodniczącą Komisji Stomatologicznej SIL lek. dent. Aleksandrę Sommerlik-Biernat,

oraz na

- 2) treści pisma – wniosku trzech okręgowych izb lekarskich, tj. Beskidzkiej Izby Lekarskiej z siedzibą w Bielsku-Białej, Śląskiej Izby Lekarskiej z siedzibą w Katowicach oraz Okręgowej Izby Lekarskiej z siedzibą w Częstochowie do Śląskiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ w sprawie proporcjonalnego zmniejszenia wymiaru czasu świadczenia usług w ramach tzw. etatu przeliczeniowego,
- 3) treści pisma Śląskiej Izby Lekarskiej z siedzibą w Katowicach z dnia 12 marca 2014 r. do Śląskiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ w sprawie proporcjonalnego zmniejszenia wymiaru czasu świadczenia usług w ramach tzw. etatu przeliczeniowego,
- 4) treści pisma Śląskiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ z dnia 20 sierpnia 2014 r. do Śląskiej Izby Lekarskiej z siedzibą w Katowicach, stanowiącego odpowiedź na wniosek SIL w

sprawie proporcjonalnego zmniejszenia wymiaru czasu świadczenia usług w ramach tzw. etatu przeliczeniowego,

jak również na następujących przepisach prawa:

- 1) przepisach ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. 2008 r. Nr 167 poz. 1027 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą”,
- 2) postanowieniach zarządzenia nr 77/2013/DSOZ Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia z dnia 12 grudnia 2013 r. w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju leczenie stomatologiczne, zwanego dalej „zarządzeniem”.

## I.

### **Stan faktyczny.**

Treść ww. pism oraz informacje przekazane przez Wiceprezesa Okręgowej Rady Lekarskiej SIL i Przewodniczącego Komisji Stomatologicznej SIL dra Rafała Kiełkowskiego oraz przez Wiceprzewodniczącą Komisji Stomatologicznej SIL lek. dent. Aleksandrę Sommerlik-Biernat, wskazują na następujący stan faktyczny, istotny z punktu widzenia niniejszej opinii oraz sformułowanego problemu:

W wyniku postępowań konkursowych, prowadzonych w roku 2014 przez Śląski Oddział Wojewódzki NFZ w Katowicach, których przedmiotem były świadczenia opieki zdrowotnej w rodzaju leczenie stomatologiczne, zostały zawarte umowy, w których jako kalkulacyjną wysokość jednego etatu przeliczeniowego przyjęto 8500 punktów rozliczeniowych. Wartość ta została samodzielnie określona w ramach przyznanego upoważnienia przez dyrektora Śląskiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ w Katowicach.

Jednocześnie nie została zmieniona minimalna wymagana dostępność do usług stomatologicznych i pozostawiono w umowach – dla etatu przeliczeniowego w wysokości 8500 punktów – czas świadczenia usług w wymiarze 30 godzin tygodniowo (wartość określona przez Prezesa NFZ dla etatu przeliczeniowego w wymiarze 15000 punktów).

Jak wynika z przekazanych opiniującemu informacji w wyniku poprzednich postępowań konkursowych, prowadzonych przez Śląski Oddział Wojewódzki NFZ w Katowicach w tym samym zakresie świadczeń, ze względu na ograniczoną liczbę środków finansowych w planie finansowym ŚOW NFZ, jak i porozumienie zawarte przez izby lekarskie z ŚOW NFZ, zawarte zostały umowy, w których etat przeliczeniowy ustalony był również na poziomie 8500 punktów, zaś minimalny czas świadczenia usług dla tej wielkości punktów ustalony został na 20 godzin tygodniowo (porozumienie zostało zawarte w celu zachowania dotychczasowej dostępności do lekarzy dentystów, a poprzez to utrzymanie dotychczasowej liczby lekarzy świadczących te usługi).

Zaznaczyć należy, że w tych postępowaniach oferty składane były na etat przeliczeniowy z minimalnym czasem świadczenia usług określonym w definicji etatu przeliczeniowego, zawartej w stosownych zarządzeniach Prezesa NFZ. Dopiero po rozstrzygnięciach tych postępowań konkursowych dokonywane były zmiany umów w

zakresie minimalnego czasu świadczenia usług, skutkiem których obniżano ten minimalny czas z 30 na 20 godzin tygodniowo (dla całego etatu przeliczeniowego).

W roku 2014 r. zostały ogłoszone przez Śląski Oddział Wojewódzki NFZ w Katowicach kolejne konkursy ofert na świadczenia stomatologiczne. W związku z tym 3 izby lekarskie z terenu działania tego OW NFZ wystąpiły wspólnie do Dyrektora Śląskiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ w Katowicach z wnioskiem o ponowne proporcjonalne zmniejszenie minimalnego czasu świadczenia usług, wymaganego dla etatu przeliczeniowego.

Dyrektor Śląskiego Oddziału Wojewódzkiego NFZ w Katowicach, pismem z dnia 20 sierpnia 2014 r., nie przychylił się do tego wniosku, wskazując, że na taką zmianę umowy nie pozwala przepis art. 158 ust. 1 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych.

W tym stanie faktycznym konieczne jest udzielenie odpowiedzi na pytanie sformułowane na wstępie niniejszej opinii.

## II.

### Analiza prawna.

#### 1.

W myśl § 7 ust. 1 zarządzenia „Świadczeniodawca biorący udział w postępowaniu w sprawie zawarcia i realizacji umowy w rodzaju leczenie stomatologiczne obowiązany jest spełniać wymagania: określone w załącznikach nr 3a – j i 4 do zarządzenia oraz przepisach odrębnych; dotyczące dostępności do świadczeń, określone w § 8.”.

Rzeczony § 8 ust. 1 zarządzenia stwierdza, że „Dyrektor oddziału wojewódzkiego Funduszu na obszarze właściwości danego oddziału wojewódzkiego zawiera umowy:

- 1) na jeden etat przeliczeniowy w odniesieniu do jednego lekarza pracującego w wymiarze czasu określonym w załączniku nr 4 do zarządzenia;
- 2) na nie mniej niż pół etatu przeliczeniowego w odniesieniu do jednego lekarza.”.

Tym samym wymagania określone w § 8 ust. 1, formułując wymagania (warunki) kontraktowania świadczeń, odnoszą je do warunku zapewnienia dostępności dla etatu przeliczeniowego, rozumianego jako maksymalny i minimalny wymiar liczby punktów i czasu świadczenia usług, odnoszonego do liczby tych punktów. Oznacza to, że oferent w konkursie ofert **zobowiązany jest spełnić warunek** polegający na tym, że jego oferta (w konsekwencji umowa) będzie opiewać – co do zasady – na nie więcej niż jeden etat przeliczeniowy na jednego lekarza, ale nie mniej niż pół etatu przeliczeniowego w odniesieniu do jednego lekarza.

To jest warunek, jaki musi spełnić oferent (strona umowy).

Warunek ten ma charakter warunku koniecznego (od jego spełnienia uzależnione jest w ogóle formalne uczestniczenie w konkursie), ale i warunku wystarczającego. To w jakim wymiarze czasu pracy dla całego lub połowy etatu przeliczeniowego będzie pracował ten lekarz nie ma większego znaczenia dla spełnienia wymaganego warunku: oferta (umowa)

musi opiewać na maksimum jeden etat przeliczeniowy na jednego lekarza ale nie mniej niż pół etatu przeliczeniowego w odniesieniu do jednego lekarza.

Zasadę co do wielkości etatu przeliczeniowego sformułował Prezes NFZ w § 2 ust. 1 pkt 1 zarządzenia, stwierdzając, że „użyte w zarządzeniu określenia oznaczają: etat przeliczeniowy – liczba punktów rozliczeniowych na miesiąc, przeznaczona na wykonanie świadczeń stomatologicznych przez jednego lekarza udzielającego świadczeń w wymiarze czasu pracy określonym w załączniku nr 4 do zarządzenia; kalkulacyjna wysokość etatu przeliczeniowego wynosi 15 000 pkt.”.

Jednocześnie w § 8 ust. 2 zarządzenia Prezes NFZ wyposażył dyrektora OW NFZ w uprawnienie do samodzielnego określenia wielkości dla etatu przeliczeniowego, stwierdzając, że „w uzasadnionych sytuacjach dyrektor oddziału wojewódzkiego Funduszu może odstąpić od zasad określonych w ust. 1 oraz ustalić inną wartość etatu przeliczeniowego niż wielkość kalkulacyjna określona w § 2 ust. 1 pkt 1”.

Zwraca uwagę podstawa tego upoważnienia czyli sformułowanie „w uzasadnionych sytuacjach”, co wskazuje, że dyrektor oddziału ma prawo do dokonania takiej zmiany w każdej uzasadnionej sytuacji w każdym czasie. Nie musi to być etap konkursu ofert, ale również czas wykonywania już zawartych umów.

Jeszcze dobitniej pokazuje to regulacja § 8 ust. 3 zarządzenia, gdzie zawarto zupełnie „indywidualne” upoważnienie dla dyrektora oddziału wojewódzkiego Funduszu, który może wyrazić zgodę na realizację przez jednego lekarza świadczeń w wymiarze większym, niż wymiar jednego etatu przeliczeniowego. Takie „indywidualne” warunki z pewnością nie będą przedmiotem warunkiem konkursu ofert. Taka zmiana, stanowiąca odstępstwo od określonego w konkursie ofert etatu przeliczeniowego, będzie następować wyłącznie w danej umowie i wyłącznie z danym świadczeniodawcą (jedynym znajdującym się w takiej szczególnej sytuacji). Zmiana umowy w tym zakresie następować będzie zarówno na etapie konkursu ofert (umowa na warunki inne, niż te z konkursu ofert), jak i w czasie obowiązywania umowy.

Mając na uwadze powyższe, koniecznie wskazać należy na kluczową okoliczność w tej sprawie.

Otóż wyraźnego przypomnienia wymaga, że zgodnie z ustawą **jedynymi podmiotami uprawnionymi do formułowania warunków wymaganych od świadczeniodawców** (a co za tym idzie tych warunków, które są oceniane w toku konkursu ofert) są **Minister Zdrowia i Prezes NFZ** (art. 31d oraz art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy).

A zatem ustalenie pewnych zmiennych wielkości liczbowych w ramach określonego warunku, czyli etatu przeliczeniowego (liczba punktów rozliczeniowych i czas pracy), nie może być traktowane jako warunek wymagany od świadczeniodawców w konkursie ofert (a zatem i oceniany w tym konkursie), bowiem zmiany tych parametrów dokonuje dyrektor oddziału NFZ.

Z kolei taka zmiana – już w odniesieniu do warunków wymaganych od świadczeniodawcy – **może być dokonana wyłącznie przez Ministra Zdrowia i Prezesa NFZ**. Dyrektor OW NFZ nie ma prawa ustalać (i zmieniać) warunków wymaganych od

świadczeniodawców (podlegających ocenie w konkursie ofert). Jeżeli zatem jest coś delegowane do jego kompetencji (dyrektora OW NFZ), to z pewnością nie ma to waloru „warunku wymaganego od świadczeniodawców i podlegającego ocenie”, w sensie, w jakim został on użyty w art. 158 ust. 1 ustawy.

Tym bowiem warunkiem jest w zakresie świadczeń stomatologicznych sam etat przeliczeniowy, a to w jakim on ostatecznie będzie wymiarze (liczba punktów rozliczeniowych i czas pracy) nie ma znaczenia z punktu widzenia oceny spełnienia tego warunku.

Konkludując, coś, co jest ustalane przez dyrektora OW NFZ, nie może być warunkiem wymaganym od świadczeniodawców, podlegającym ocenie w konkursie ofert, o którym mowa w art. 158 ust. 1 ustawy.

Istotne jest wyłącznie to, że dla wielkości punktowej etatu przeliczeniowego, ustalonego przez dyrektora OW NFZ, dany lekarz będzie pracował w tym minimalnym wymiarze czasu, ustalonym przez dyrektora OW NFZ. Ten wymiar może być ustalany w czasie obowiązywania umowy.

Dokładnie tak samo, jak zmiana ilości punktów przeliczeniowych dla etatu przeliczeniowego. W trakcie obowiązywania umowy dyrektor OW NFZ może ustalić inną wielkość tego etatu (liczby punktów) i jeżeli strony umowy się na to zgodzą (zawrą stosowny aneks do umowy), to taka zmiana jest w pełni dopuszczalna w czasie obowiązywania umowy. Dla nowej ilości punktów strony mogą również ustalić dowolny minimalny czas świadczenia tych usług. Ważne, aby był on proporcjonalnie odniesiony do wartości wskazanych w zarządzeniu, choć i tutaj naruszenie tej zasady proporcjonalności nie będzie powodować nieważności umowy.

## 2.

Za dopuszczalności tych zmian minimalnego czasu świadczenia usług, a wręcz za racjonalnością takiej zmiany, pośrednio przemawia również sama konstrukcja przepisu § 2 ust. 1 pkt 1 zarządzenia.

Wszak sam Prezes NFZ przyjął, że:

- 1) skoro dla jednego (całego) etatu przeliczeniowego wartość (punktowa) wynosi 15 000 pkt a minimalny czas pracy dla tej ilości punktów wynosi 30 godzin na tydzień,  
to
- 2) dla połowy tego etatu wartość wynosi 7500 pkt a minimalny czas pracy dla tej ilości punktów wynosi 15 godzin na tydzień.

Jak łatwo zauważyć Prezes NFZ zastosował tutaj w najczystszej formie zasadę proporcjonalności wolumenu usług do czasu koniecznego do ich wykonania.

Tym bardziej zasadnym jest konsekwentne stosowanie tej zasady dla wartości pośrednich. Z prostego obliczenia wynika, że dla etatu przeliczeniowego (całego), dla którego przyjmujemy wielkość 8500 pkt minimalny wymagany czas pracy powinien wynosić 17 godzin na tydzień.

Można wręcz sformułować zarzut, że wymaganie przez SOW NFZ od świadczeniodawców, aby dostępność do usług, dla etatu przeliczeniowego (całego), dla którego przyjęta została wielkość 8500 pkt, wynosiła 30 godzin na tydzień, jest – w świetle przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów – przejawem wyzyskania przez NFZ pozycji dominującej na rynku w celu narzucenia rażąco niekorzystnych warunków umów.

### 3.

Konieczna jest również analiza przepisu art. 158 ust. 1 ustawy. Zgodnie z jego brzmieniem *„Nieważna jest zmiana zawartej umowy, jeżeli dotyczy ona warunków, które podlegały ocenie przy wyborze oferty, chyba że konieczność wprowadzenia takich zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy.”*

Analiza tego przepisu nie może abstrahować od celu, dla którego ten przepis został wprowadzony do ustawy.

Otóż celem tego przepisu jest zapobieganie sytuacjom, w których w nieuzasadniony sposób, z naruszeniem zasady równego traktowania świadczeniodawców, po konkursie ofert dochodziłoby do wybiórczego faworyzowania i premiowania jednych świadczeniodawców w stosunku do innych, poprzez wybiórcze łagodzenie wymagań (warunków) z konkursu ofert. Na etapie konkursu ofert wszyscy świadczeniodawcy muszą spełnić dokładnie te same wymagania. To gwarantuje zachowanie zasady równego traktowania świadczeniodawców oraz uczciwej konkurencji pomiędzy nimi.

Dlatego dokonywanie zmian w wybranych umowach (nie wszystkich) w zakresie jednego lub kilku warunków sformułowanych w konkursie ofert (warunków wymaganych od świadczeniodawców w rozumieniu ustawy), może powodować naruszenie tych dwóch zasad.

W ten sposób, gdyby dochodziło do takiego różnicowania umów i zmian wyłącznie w treści niektórych umów (nie wszystkich) w grę wchodziłby przepis art. 158 ust. 1 ustawy, bowiem poprzez zwolnienie niektórych jedynie świadczeniodawców z obowiązków, których spełnienie warunkowało udział na równych zasadach w konkursie ofert, dochodziłoby do naruszenia tych kardynalnych zasad konkursowych.

Co oczywiste, zastrzec należy, że zmiany takie nigdy (bez względu na to czy mają wymiar powszechny, czy wybiórczy) nie mogą naruszać bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa.

Jednakże w świetle tego przepisu dopuszczalne w mojej ocenie są zmiany mające wymiar powszechny, czyli dotyczące wszystkich umów z danego zakresu (a co najmniej umów zawartych w wyniku danego konkursu ofert) w zakresie warunków o charakterze względnym (sformułowane przez strony w umowie oraz wynikające z zarządzeń Prezesa NFZ).

Pokazuje to doskonale dotychczasowa praktyka NFZ.

Bardzo liczne są przypadki, kiedy sam NFZ (poszczególne oddziały wojewódzkie) na kolejne okresy rozliczeniowe proponują nowe warunki cenowe (podwyższenie wartości punktu rozliczeniowego). Taka zmiana ma zawsze wymiar powszechny, tzn. dotyczy

wszystkich świadczeniodawców z danego zakresu świadczeń. A przecież cena świadczenia niewątpliwie ma charakter warunku podlegającego ocenie przy wyborze oferty.

Co więcej, obecna konstrukcja umowy (każdej) z góry zakłada możliwość (i tak się dzieje) zmiany w trakcie jej obowiązywania warunków podlegających ocenie w toku konkursu ofert (przy wyborze ofert).

Zgodnie bowiem z § 1 ust. 2 tej umowy „*świadczeniodawca zobowiązany jest wykonywać umowę zgodnie z zasadami i na warunkach określonych w szczególności w warunkach zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie stomatologiczne ustalonych w aktualnym zarządzeniu Prezesa Narodowego Funduszu Zdrowia wydanym na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 1 i 3 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.), zwanych dalej „warunkami zawierania umów, w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 30 sierpnia 2009 r. w sprawie wykazów świadczeń gwarantowanych z zakresu leczenia stomatologicznego (Dz. U. z 2009 r. Nr 140 poz. 1144, z późn. zm.)*, zwanym dalej „rozporządzeniem MZ”, w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 30 sierpnia 2009 r. w sprawie wykazów świadczeń gwarantowanych z zakresu programów zdrowotnych (Dz. U. Nr 140 poz. 1148, z późn. zm.), oraz w *Ogólnych warunkach umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej stanowiących załącznik do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 6 maja 2008 r. w sprawie ogólnych warunków umów o udzielania świadczeń opieki zdrowotnej (Dz. U. Nr 81, poz. 484)*, zwanych dalej „Ogólnymi warunkami umów”.

Treść umowy (stosunku zobowiązaniowego) uzupełniają zatem wprost (kształtują jej treść bezpośrednio) postanowienia zarządzeń Prezesa NFZ, wydanych na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy. Warunki określone w tych zarządzeniach, a wymagane od świadczeniodawców, są zatem warunkami ujętymi w tej umowie.

Powyższa regulacja (§ 1 ust. 2 tej umowy) ma dwa zasadnicze skutki.

Po pierwsze, jest to klasyczny przykład normy blankietowej, pozwalającej jednej ze stron umowy (NFZ) dowolnie i jednostronnie kształtować prawa i obowiązki drugiej strony (świadczeniodawcy) w czasie obowiązywania tej umowy. Dzieje się tak poprzez niczym nieskrępowane prawo Prezesa NFZ do dowolnego zmieniania (wydawania) zarządzeń na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy.

Po drugie, właśnie w ten sposób dochodzi do wielokrotnej zmiany umowy w zakresie warunków, które podlegały ocenie przy wyborze oferty...

I zaznaczyć należy, że w zdecydowanej większości wypadków (jeżeli nie we wszystkich) wynika to z okoliczności, które dotyczą jednej ze stron umowy (NFZ) i z powodzeniem można je było przewidzieć na etapie zawierania tych umów.

Taka zmiana zarządzeń Prezesa NFZ ma charakter powszechny, tj. dotyczy wszystkich umów zawartych ze wszystkimi świadczeniodawcami, realizującymi umowy w danym zakresie świadczeń.

I właśnie z tego punktu widzenia (jak wyżej opisany) również sam NFZ uznaje takie zmiany umów za w pełni dopuszczalne. Na tej samej zasadzie (tzn. również z tego punktu widzenia) w pełni dopuszczalna – w świetle art. 158 ust. 1 ustawy – jest zmiana minimalnego

czasu świadczenia usług dla etatu przeliczeniowego w wysokości 8500 pkt w czasie obowiązywania umowy, jeżeli zmiana taka dotyczyłaby wszystkich świadczeniodawców realizujących usługi w zakresie stomatologii.

4.

Wreszcie, wskazując na to niejako pobocznie, w świetle informacji przekazanych przez zlecającego niniejszą opinię, potwierdzeniem dopuszczalności takiej zmiany umowy po jej zawarciu, również w ocenie samego NFZ, jest dotychczasowa praktyka ŚOW NFZ w Katowicach, kiedy to przez kilka ostatnich lat obowiązywały umowy z obniżonym wymiarem czasu świadczenia usług dla etatu przeliczeniowego, a które to zmiany zostały wprowadzone do umów już po ich zawarciu. Przez cały ten okres czasu brzmienie art. 158 ust. 1 ustawy nie uległo zmianie, więc zmiany dokonywane w umowach w latach poprzednich musiały być oceniane zawsze w oparciu o te same kryteria.

III.

### WNIOSEK

W trakcie obowiązywania umowy dopuszczalne jest zmniejszenie minimalnej liczby godzin świadczenia usług przez lekarza dentystę, ustalonej dla tzw. etatu przeliczeniowego, a określonej w zawartej z Narodowym Funduszem Zdrowia umowie o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju leczenie stomatologiczne, w stosunku do minimalnej liczby godzin świadczenia tych usług, określonej w ofercie złożonej w konkursie ofert.

Zmiana tak powinna nastąpić w wyniku podjęcia decyzji przez dyrektora OW NFZ na podstawie § 8 ust. 2 zarządzenia.

Aby uniknąć zarzutu naruszenia zasady równego traktowania świadczeniodawców, zmiana taka powinna mieć charakter powszechny, tj. powinna być zaproponowana wszystkim świadczeniodawcom realizującym umowy w zakresie świadczeń stomatologicznych.

*Tomasz Recherz, radca prawny*

