

Warszawa, dnia 12 listopada 2002 r.

Opinia prawna dotycząca wybranych regulacji projektu ustawy o ubezpieczeniu w Narodowym Funduszu Zdrowia (druk sejmowy nr 932).

Przedmiotem niniejszej opinii jest analiza niektórych zagadnień zawartych w projekcie ustawy o ubezpieczeniu w Narodowym Funduszu Zdrowia (druk sejmowy nr 932) dalej jako projekt.

Zlecenie dotyczy szczegółowej ekspertyzy części projektu obejmującej kontraktowanie świadczeń i przepisów rodzących wątpliwości natury konstytucyjnej. Należy również zaznaczyć, iż do projektu ustawy sporządzono 14.10.2002 r. kompleksową opinię merytoryczną. Część uwag w niej zawartych ma charakter prawno-legislacyjny.

Projekt ma zastąpić dotychczas obowiązującą ustawę z dnia 6 lutego 1997 r. o powszechnym ubezpieczeniu zdrowotnym (Dz. U. nr 28, poz. 153 z późniejszymi zmianami).

Zgodnie z uzasadnieniem, celem projektodawców nie jest dokonanie rewolucyjnej zmiany w systemie ubezpieczeń społecznych lecz przejęcie sprawdzonych w praktyce rozwiązań oraz usunięcie występujących w systemie

patologii (uzasadnienie projektu str. 79). Zaznaczyć należy jednak, iż zmiana systemu ubezpieczenia zdrowotnego przewidziana w projekcie ma istotny charakter, w związku z czym szereg rozwiązań w niej zawartych znacząco różni się od tych obowiązujących w dniu dzisiejszym, lub jest całkowitym *novum*.

Analizując projekt pod kątem zgodności z Konstytucją RP, *prima facie* wydaje się on zgodny z ustawą zasadniczą. Limitowanie dostępu do świadczeń zdrowotnych uzasadnione jest wielkością środków finansowych przeznaczonych na ochronę zdrowia. Konstytucyjne prawo do ochrony zdrowia, aktualizowane jest zgodnie z art. 68, ust. 2 Konstytucji RP na warunkach określonych ustawą. Proponowany model systemu ubezpieczeń zdrowotnych precyzuje te warunki w sposób nie godzący w konstytucyjnie gwarantowane prawa .

Kontraktowaniu umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych poświęcony jest rozdział 6 projektu.

Zgodnie z art. 77, ust. 1 przy zawieraniu umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych nie stosuje się przepisów o zamówieniach publicznych. Ze względów poprawności legislacyjnej wydaje się, iż powinien on nieco precyzyjniej wskazywać że nie stosuje się przepisów zawartych w ustawie z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych. W ustępie drugim artykułu 77 projektodawcy zastrzegli, iż przy zawieraniu umów stosować się będzie art. 17 ustawy o zamówieniach publicznych. Postulować można zastąpienie odesłania przepisem powtarzającym powielającym odpowiednio art. 17 ustawy o zamówieniach publicznych. Dzięki temu projekt zyska na przejrzystości, tym bardziej że art. 17 ustawy o zamówieniach publicznych również przewiduje odesłanie.

W art. 78, ust. 2 przewidziano zakaz zawierania umów o udzielenie ambulatoryjnych świadczeń zdrowotnych z lekarzem, pielęgniarką, inną osobą wykonującą zawód medyczny, lub psychologiem, jeżeli udzielają oni świadczeń zdrowotnych u świadczeniodawcy, który zawarł umowę z Funduszem. Wydaje się celowe aby ten zakaz rozszerzyć niektóre na osoby prawne, w sytuacji gdy związane są one ze świadczeniodawcą, który zawarł z umowę Funduszem, zatrudniają osoby wykonujące zawód medyczny udzielające świadczenia zdrowotne u świadczeniodawcy.

Szereg zastrzeżeń sformułować można w odniesieniu do art. 79. Ustęp 1 stanowi iż umowy zawierane są po przeprowadzeniu postępowania w trybie konkursu ofert albo rokowań. Niezrozumiałe jest odesłanie zawarte w art. 79, ust. 2. Zgodnie z nim ogłoszenie o postępowaniu „Fundusz zamieszcza zgodnie z zasadami określonymi na podstawie ust. 4”. Artykuł 79, ust. 4 brzmi zaś następująco: „W celu przeprowadzenia postępowania w sprawie zawarcia umowy Fundusz powołuje komisję. Tryb pracy komisji w drodze regulaminu określa Rada Funduszu.” Według art. 79, ust. 1 *in fine* ogłoszenie o rokowaniach ma charakter uproszczony. Nie wiadomo jednak co oznacza takie uproszczone ogłoszenie. Podsumowując analizę projektowanych regulacji dotyczących ogłoszeń stwierdzić należy, iż nie projekt nie precyzuje w jakiej formie, miejscu i czasie należy zamieszczać ogłoszenie. Pozostawienie tych podstawowych zagadnień do regulacji w rozporządzeniu wydaje się niewłaściwe. Zarówno sposób prowadzenie postępowania jak i zasady jego rozstrzygnięcia winny znaleźć się w ustawie.

Artykuł 80 dotyczy podstawowego trybu postępowania zmierzającego do zawarcia umów o świadczenia zdrowotne jakim jest konkurs ofert. Uznając potrzebę swoistej regulacji zawierania umów z zakresu ubezpieczenia zdrowotnego należy zwrócić uwagę na ustęp 6. Umożliwia on w części niejawnego konkursu prowadzenie negocjacji z oferentami w celu ustalenia ilości planowanych świadczeń zdrowotnych oraz ich ceny. Te dwie kwestie mają fundamentalny charakter jeśli idzie o warunki umowy o świadczenia zdrowotne. Dopuszczając negocjacje w fazie niejawnego konkursu ofert projektodawcy w istocie zacierają różnicę między konkursem ofert i rokowaniami. W sytuacji gdy oferenci mogą negocjować swą ofertę w części niejawnego sens traci składanie ofert i ich jawne otwarcie. Dodać jeszcze należy, iż wątpliwości budzi art. 80, ust. 4, pkt 2 *in fine* zgodnie, z którym komisja może wybrać w części niejawnego większą liczbę ofert jeśli wykonywanie świadczeń przez jednego oferenta jest „niemożliwe lub utrudnione”. Pojęcie utrudnienia jest bardzo względnym i nieostrym kryterium. Zważywszy, iż stosowane będzie w niejawnego części konkursu postulować należałoby jego doprecyzowanie.

Wydaje się, iż art. 84 niepotrzebnie zawęży krąg oferentów, którzy mogą wziąć udział w rokowaniach, w sytuacji określonej w art. 83, ust. 1. Skoro rokowania nie stanowią części trybu konkursu ofert, a służą wybraniu najkorzystniejszych propozycji nie ma powodu aby ograniczać liczbę oferentów, nawet jeśli podstawą uzasadniającą przeprowadzenie rokowań było unieważnienie konkursu ofert.

Regulacja zawarta w art. 85 precyzująca zachowanie zasady równego traktowania oferentów w rokowaniach powinna być rozciągnięta na konkurs ofert. Mimo nieznacznych różnic w tych trybach opierać się one powinny na tych samych zasadach, a w przypadku konkursu ofert brakuje analogicznego zapisu.

Zasadne jest aby art. 86 gwarantujący równość traktowania oferentów przez Fundusz i prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji jak i art. 87 dotyczący określenia przedmiotu postępowania przenieść na początek rozdziału 6. Przepisy te zawierają bowiem normy o charakterze ogólnym, uniwersalnym dla obu rodzajów postępowania.

Artykuł 89, ust. 1 pkt 2 przewiduje odrzucenie oferty w sytuacji gdy dostarczone przez świadczeniodawcę informacje są nieprawdziwe. Przepis tej treści budzi poważne wątpliwości. Po pierwsze nie wiadomo kto i w jaki sposób ma badać prawdziwość informacji, ani czy w ogóle takie badanie się przeprowadza. Po drugie interpretując ten przepis literalnie można odrzucić ofertę jeśli zawiera ona jakąkolwiek fałszywą informację np. dotyczącą zdezaktualizowanego numeru telefonu. Nie wydaje się aby intencją projektodawców było wiązanie tak daleko idących konsekwencji z drobnymi „przekłamaniem” ofert.

Zgodnie z art. 91 Fundusz nie może ujawnić:

- 1) informacji, które stanowią:
 - a) tajemnicę państwową,
 - b) tajemnicę handlową oferentów;
- 2) informacji związanych z przebiegiem badania, oceny i porównania treści złożonych ofert, z wyjątkiem informacji zamieszczonych w protokole.

Artykuł 91 praktycznie wyłącza jawność działania Funduszu, mimo że rozdysponowuje on środki z finansów publicznych.

Po pierwsze o protokole mowa jest jedynie w art. 91 w związku z czym nieokreślone pozostaje zakres informacji, który ma podlegać ujawnieniu w protokole. Nie wiadomo w jaki sposób i na jakich zasadach się go sporządza. Szeroki katalog informacji, które nie mogą być ujawnione i fakt, iż decydująca faza obu trybów postępowania ma charakter niejawną powodują powstanie potencjalnie korupcjogennego mechanizmu. Nie ma bowiem, poza wymogiem przewidzianym w art. 73 żadnego mechanizmu zabezpieczającego kontrolę społeczną rozstrzyganych postępowania. O ile zachowanie tajemnicy państwowej i handlowej, szczególnie jeśli idzie o tajemnice własności przemysłowej można uznać za zasadne, to nie ma

powodu aby utajniać informacje związane z przebiegiem postępowania po jego rozstrzygnięciu. Nie przemawia za tym ani interes publiczny, ani interes podmiotów indywidualnych. Co więcej, interes publiczny wymaga aby na szeroką skalę udostępniać informacje wiążące się z dysponowaniem publicznymi środkami. Podsumowując, postulować należałoby przynajmniej określenie jakie informacje powinny zostać uwzględnione w protokole, choć rozważyć można również zrezygnowanie z utajniania informacji związanych z przebiegiem postępowania o świadczenie.

W zakresie środków odwoławczych przyznanych oferentom wydaje się, iż zasadne jest objęcie nimi, na warunkach określonych w art. 94, ust. 1 także sytuacji stypizowanych w ustępie drugim.

Prawidłowo uregulowano tryb składania protestów i odwołań. Zachowano także fundamentalną, z punktu widzenia wymogów konstytucyjnych, sądową kontrolę rozstrzygnięć konkursów czy rokowań.

Pewne wątpliwości budzi bezwzględna sankcja nieważności w odniesieniu do umów, zawartych w oparciu o oferty, które powinny być odrzucone zgodnie z art. 89. Tak dolegliwa sankcja jest szczególnie wątpliwa zważywszy na zgłoszone wyżej zastrzeżenia co do postanowień art. 89.

Z racji konieczności ochrony finansów publicznych postulować można, by zmiana umowy przewidziana w art. 100 możliwa była tylko w przypadku gdy konieczność taka wynika z nadzwyczajnych okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. Ponieważ do takich zmian nie stosuje się przepisów o postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń zdrowotnych należy zawęzić możliwość ich dokonywania jedynie do nadzwyczajnych zmian warunków, co odpowiada cywilistycznej klauzuli *rebus sic stantibus*.

Podsumowując, wydaje się, iż rozdział projektu odnoszący się do kontraktowania umów o udzielanie świadczeń zdrowotnych wymaga rozbudowania. Regulacja postępowania w sprawie zawarcia umów na poziomie ustawowym powinna być bardziej szczegółowa i precyzyjniejsza.

Uzasadnienie nie daje również wyczerpującej argumentacji, która przemawiałaby za wyłączeniem kontraktowania świadczeń zdrowotnych z reżimu

ustawy o zamówieniach publicznych. Być może prawidłowym rozwiązaniem byłoby wprowadzenie do ustawy o zamówieniach publicznych odrębnego rozdziału dotyczącego przedmiotowych kwestii lub zmodyfikowanie obowiązujących regulacji w odniesieniu do kontraktowania świadczeń zdrowotnych.

Projekt na obecnym etapie prac, nie gwarantuje w pełni przejrzystych procedur zawierania umów ze świadczeniodawcami i tym zakresie konieczne są zmiany.

Sporządził: Jan Morwiński