

### **ZASTRZEŻENIA**

do wniosków pokontrolnych z dnia 24 kwietnia 2009 r. (znak WK.60/412/K-20/09), doręczonych jednostce kontrolowanej (Gminie Kobierzyce) w dniu 30 kwietnia 2009 r.

W nawiązaniu do otrzymanych w dniu 30 kwietnia 2009 r. wniosków pokontrolnych z dnia 24 kwietnia 2009 r. (znak WK.60/412/K-20/09), działając w imieniu jednostki kontrolowanej, zgłaszam zarzuty dotyczące naruszenia prawa przez błędną wykładnię art. 35a w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 1991 o zakładach opieki zdrowotnej (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 14 poz. 89 ze zm.),

### **UZASADNIENIE**

Odnosząc się kwestii procedury zakupu usług medycznych Gmina Kobierzyce wskazuje na wstępie na niejednoznaczność przepisów utrudniającą pełną i rzetelną analizę tego problemu. Uchwalając ustawę z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z 2004 r., Nr 210, poz. 2135 ze zm.), zwaną dalej „ustawą o świadczeniach opieki zdrowotnej”, ustawodawca wyraźnie wskazał, że ustawa określa „warunki udzielania i zakres świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych”(art. 1 pkt 1) oraz „zasady i tryb finansowania świadczeń, o których mowa w pkt 1”(art. 1 pkt 2).

Tym samym ustawodawca zasugerował, że materia tej ustawy obejmuje całość problemu finansowania świadczeń opieki zdrowotnej ze środków publicznych. Tymczasem w przedmiotowej ustawie przewidziano wyraźnie jedynie procedurę zlecenia realizacji „programów zdrowotnych” (cytowane art. 48 przedmiotowej ustawy), w żadnym zapisie nie odnosząc się natomiast do kwestii zakupu usług zdrowotnych (czy też raczej „świadczeń opieki zdrowotnych” przez odpowiednie jednostki samorządu terytorialnego).

Kwestia procedury zamawiania usług zdrowotnych (czy też bardziej ogólnie „świadczeń zdrowotnych”) pojawia się natomiast w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655, zwaną dalej „Prawo zamówień publicznych”) oraz ustawie z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (tj. Dz.U. z 2007 r. Nr 14 poz. 89 ze zm., zwaną dalej „ustawą o zakładach opieki zdrowotnej”).

Prawo zamówień publicznych do udzielania zamówień przewiduje prymat trybu przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego (art. 10 ust. 1 Prawa zamówień publicznych). Należy jednak zwrócić uwagę, że w art. 5 ust. 1 pkt 9 Prawa zamówień publicznych znajduje się wyłączenie w zakresie zamówień których przedmiotem są „usługi zdrowotne” (zgodnie z CPV - Wspólnym Słownikiem Zamówień kod od 85000000-9 do 85200000-1 i 85323000-9). Zgodnie z tym wyłączeniem do usług tych Zamawiający może nie stosować przepisów Prawa zamówień publicznych dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert, wadium, zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy oraz innych niż dotyczące wartości zamówienia przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, negocjacji bez ogłoszenia, zapytania o cenę, licytacji elektronicznej, jak również przesłanek wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki oraz obowiązku informowania w tych przypadkach Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Inaczej mówiąc, w trybie ustawy Prawo zamówień Publicznych usługi zdrowotne mogą być zamawiane w trybie zamówienia z wolnej ręki (art. 66 Prawa Zamówień Publicznych : zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą), bez konieczności rozważania zawartych w art. 67 tej ustawy przesłanek dopuszczających ten tryb zamówienia, a postępowanie takie jest w znaczny sposób odformalizowane w stosunku do „zwykłych postępowań”.

Analizując zapisy ustawy o zakładach opieki zdrowotnej w kontekście zamawiania usług zdrowotnych należy wyjść od art. 8 ust. 1 zgodnie z którym „*Zakład opieki zdrowotnej może*

być utworzony przez : (...) 3) jednostkę samorządu terytorialnego". Dalej analizując przedmiotową ustawę dochodzimy do art. 35 (i następne) regulujących procedurę tzw. „subkontraktowania” – zawierania umów o udzielenie zamówienia na świadczenie zdrowotne, która to procedura zdaniem powołanych komentatorów Prawa zamówień publicznych jest właściwa do zamawiania usług zdrowotnych przez jednostki samorządu terytorialnego na rzecz „ogółu danej wspólnoty terytorialnej” (w opozycji oz zapisów Prawa zamówień publicznych, które ich zdaniem mają zastosowanie jedynie w przypadku zamawiania usług zdrowotnych zamawianych „na własną rzecz”). Zgodnie z art. 35 ust. 1 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej :

„Organy, o których mowa w art. 8 ust. 1 pkt 1-3 oraz samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej mogą udzielać zamówienia na świadczenia zdrowotne, zwanego dalej „zamówieniem”:

- 1) niepublicznemu zakładowi opieki zdrowotnej, w zakresie zadań określonych w statucie tego zakładu;
- 2) osobie wykonującej zawód medyczny w ramach indywidualnej praktyki lub indywidualnej specjalistycznej praktyki na zasadach określonych w odrębnych przepisach;
- 2a) grupowej praktyce lekarskiej i grupowej praktyce pielęgniarek, położnych prowadzącym działalność na zasadach określonych w przepisach odrębnych;
- 3) osobie legitymującej się nabyciem fachowych kwalifikacji do udzielania świadczeń zdrowotnych w określonym zakresie lub w określonej dziedzinie medycyny, która dysponuje lokalem oraz aparaturą i sprzętem medycznym, odpowiadającymi wymaganiom przewidzianym dla zakładów opieki zdrowotnej, oraz spełnia warunki określone w przepisach o działalności gospodarczej.”

Do takich zamówień nie stosuje się ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 35 ust. 3), zaś udzielenie takiego zamówienia następuje w wyniku przeprowadzenia konkursu (art. 35a). **Należy jednak zauważyć, że przepisy te zamieszczone są w dziale II ustawy o ZOZ’ach noszącym tytuł „Publiczne zakłady opieki zdrowotnej”, co sugeruje określone konsekwencje w zakresie wykładni systemowej tego przepisu.** Konsekwencje te znalazły odzwierciedlenie w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 15 października 1998 r. (sygn. akt. I SA 674/98), który zawiera tezę zgodnie z którą : „Organy, które utworzyły publiczny zakład opieki zdrowotnej, mają prawo do udzielenia zamówienia na świadczenia zdrowotne określonym podmiotom, które muszą spełniać ustalone (przepisami ustawy i aktów wykonawczych) wymagania. Oczywiście jest, że owego zamówienia na świadczenie usług organ może udzielić wówczas, gdy utworzył i prowadzi zakład opieki

zdrowotnej. Z upoważnienia bowiem wynikającego z art. 35 ust. 1 ustawy z 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej nie można korzystać dlatego, że jest się organem wymienionym w art. 8 ust. 1 pkt 1-3 tylko z tego powodu, że będąc tym organem utworzyło się i prowadzi publiczny zakład opieki zdrowotnej. Zdaniem jednostki kontrolowanej z cytowanej tezy powyższego orzeczenia wynika, że z procedury zamówienia na usługi zdrowotne w trybie konkursu przewidzianego w ustawie o zakładach opieki zdrowotnej jednostka samorządu terytorialnego mogłaby korzystać wyłącznie wtedy, jeżeli przysługuje jej przymiot organu założycielskiego, tj. jeżeli dana jednostka samorządu terytorialnego może korzystać z tej procedury wyłącznie wówczas, gdy na jej obszarze działa publiczny zakład opieki zdrowotnej założony przez właściwy organ samorządu terytorialnego.

W związku z okolicznością, iż Gmina Kobierzyce nie jest organem założycielskim żadnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej należy przyjąć, że nie mieści się w katalogu podmiotów zobligowanych do stosowania procedury konkursowej przy zamawianiu świadczeń zdrowotnych.

Województwo Lubuskie  
mgr inż. Ryszard Pacholik

