Oświadczenie złożone
przez senatora Władysława Komarnickiego
na 48. posiedzeniu Senatu
w dniu 19 października 2017 r.

Oświadczenie skierowane do ministra zdrowia Konstantego Radziwiłła

Szanowny Panie Ministrze!

14 czerwca 2017 r. prezes NFZ wydał zarządzenie nr 42/2017/DGL, zmieniające zarządzenie w sprawie określenia warunków zawierania i realizacji umów w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie programy zdrowotne (lekowe) (dalej: zarządzenie). Wprowadzono w nim rozwiązanie, iż nabycie leków niezbędnych do realizacji określonych w zarządzeniu programów lekowych, z wyłączeniem pewnej grupy pacjentów, odbywa się po przeprowadzeniu wspólnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (dalej: przetarg centralny). W tym celu świadczeniodawcy realizujący programy lekowe (dalej: szpitale) zobowiązani są do udzielenia upoważnienia do przeprowadzenia przetargu centralnego podmiotom wskazanym w zarządzeniu (dalej: upoważnienie). W przypadku programu lekowego „Leczenie przewlekłego wirusowego zapalenia wątroby typu C terapią bezinterferonową" szpital realizujący ten program zobowiązany jest do udzielenia ww. upoważnienia temu szpitalowi, który w roku poprzedzającym rok ogłoszenia postępowania w sprawie zamówienia publicznego zrealizował świadczenia o najwyższej wartości w zakresie leków stosowanych w ramach tego programu lekowego.

30 czerwca br. prezes NFZ wydał komunikat, w którym jako szpital uprawniony do przeprowadzenia przetargu centralnego na zakup leków na potrzeby realizacji ww. programu lekowego wskazał Wojewódzki Szpital Zakaźny w Warszawie. Z kolei w piśmie z 7 lipca br. wystąpił do szpitali o udzielenie do 14 lipca ww. szpitalowi upoważnień przewidzianych zarządzeniem.

W efekcie działań podjętych przez prezesa NFZ w ciągu miesiąca dokonał się przewrót w logice prowadzenia postępowań przetargowych przez szpitale, który pozostaje w sprzeczności z przepisami obowiązującego prawa.

Do podstawowych reguł prawa zamówień publicznych (dalej: PZP) należy nie tylko zapewnienie racjonalnego wydatkowania środków publicznych oraz konkurencyjnego procesu wyboru dostawców, ale także zagwarantowanie zamawiającym prawa do wyboru produktów lub usług odpowiadających ich realnemu zapotrzebowaniu.

Szpitale zamawiające leki muszą konstruować przedmiot zamówienia w taki sposób, by w jak najlepszym zakresie zabezpieczyć interes pacjentów, którym świadczą usługi opieki zdrowotnej. Spośród wielu wyroków Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzających tę tezę można przywołać ten z 5 marca 2012 r. (KIO 341/12), w którym wskazano wprost: „Potrzeby zamawiającego sprowadzają się więc do konieczności zakupu leków optymalnych dla prowadzonego procesu leczenia, czyli właściwie zapewnienia maksimum bezpieczeństwa dla życia i zdrowia pacjentów".

Konkretne szpitale leczą konkretnych pacjentów, którzy ze względów medycznych potrzebują konkretnych leków. Dlatego organizowane są przez poszczególne szpitale indywidualne i niezależne przetargi w celu zakupu leków odpowiadających rzeczywistemu zapotrzebowaniu pacjentów. Fakt, iż szpitale wykonują usługi w ramach programów lekowych, na których realizację podpisują umowy z NFZ, nie modyfikuje w żaden sposób opisanej reguły wynikającej z bezwzględnie obowiązujących przepisów dotyczących zamówień publicznych w Polsce. Każdy lek refundowany jest świadczeniem gwarantowanym do limitu refundacji. NFZ zwraca szpitalom z tytułu zakupu leków maksymalnie kwotę równowartości leku wyznaczającego limit w grupie refundacyjnej, do której należy ten kupowany lek. Jednakże NFZ nie posiada kompetencji do pozbawiania szpitali prawa do wyboru leków ich zdaniem optymalnych dla leczonych przez nich pacjentów.

PZP pozwala na odstąpienie od reguły organizowania indywidualnych przetargów m.in. w art. 16 ust. 1, w którym wskazuje, iż zamawiający mogą wspólnie przeprowadzić postępowanie i udzielić zamówienia, wyznaczając spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz. Kluczowym warunkiem niezbędnym dla zastosowania tego przepisu jest zatem dobrowolność decyzji zamawiających co do przeprowadzenia wspólnego zamówienia. Co ważne, zamawiający przeprowadzający wspólne zamówienie godzą się w ten sposób na zakupienie na ich rzecz nie jakichkolwiek produktów, ale produktów przez nich wskazanych.

Zarządzenie prezesa NFZ odwołuje się do art. 16 ust. 1 PZP, jednakże jest sprzeczne z treścią tego przepisu. Zastosowano karkołomną konstrukcję „zmuszenia szpitali do wyrażenia dobrowolnej zgody" na przeprowadzenie wspólnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie można bowiem mówić o dobrowolnej zgodzie szpitali na udzielenie upoważnienia do przeprowadzenia centralnego przetargu, jeżeli obowiązek udzielenia tej zgody został szpitalom narzucony w zarządzeniu prezesa NFZ. Taka konstrukcja jest sprzeczna z przepisami zarówno PZP, jak i ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych.

Zarządzenie zostało wydane m.in. na podstawie art. 146 ust. 1 ustawy o świadczeniach, który stanowi, iż prezes NFZ określa „szczegółowe warunki umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej". Umowy są zawierane między NFZ a szpitalami, więc w świetle powyższego przepisu te szczególne warunki umów określane przez prezesa NFZ mogą określać jedynie dwustronną relację między tymi podmiotami, a nie relacje szpitali z osobami trzecimi, np. z dostawcami leków. Prezes NFZ ma zatem prawo określić szczegółowe warunki wykonywania usług przez szpitale, np. godziny otwarcia placówki, odpowiedzialność za nieprawidłowe wykonanie usług. Nie może jednak rozszerzać swojego uprawnienia wynikającego z ww. przepisu na obszary, które powinny pozostawać wyłącznie w gestii szpitali. O słuszności takiej interpretacji świadczy nie tylko sens przepisu, ale także relacja do przepisów PZP. Gdyby zgodzić się z interpretacją prezesa NFZ, należałoby błędnie uznać, iż ma on prawo na drodze zarządzeń, niemających przecież statusu wiążącego prawa, wprowadzać rozwiązania sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami PZP.

Negatywne dla pacjentów konsekwencje niesie też sama filozofia zarządzenia, nakładająca na szpitale obowiązek leczenia pacjentów lekiem zakupionym w ramach przetargu centralnego. Jedynie na zasadzie wyjątku od tej reguły zarządzenie dopuszcza możliwość zastosowania u pacjentów, ze względów medycznych, leku zawierającego inną substancję czynną niż lek zakupiony w przetargu centralnym. Szpitale mają prawo zakupu tego innego leku jedynie w ilości koniecznej do leczenia maksymalnie 20% pacjentów w okresie objętym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego.

Rozwiązanie to wprowadza więc dyskryminację pacjentów pod względem dostępu do leków. Prezes NFZ przyznaje jednoznacznie w zarządzeniu, że z uwagi na względy medyczne niektórzy pacjenci nie będą mogli przyjmować leku zakupionego w ramach przetargu centralnego. W chwili wydania zarządzenia nie można było przewidzieć, ilu takich pacjentów zostanie zidentyfikowanych w trakcie realizacji poszczególnych przetargów centralnych. Nie zważając jednak na tę niewiadomą, prezes NFZ odgórnie dopuścił zakup innego leku maksymalnie dla tylko 20% pacjentów. Zatem wszyscy pozostali, nawet jeżeli także w ich przypadkach względy medyczne nie uzasadnią stosowania u nich leku kupionego centralnie, będą zdani tylko na ten lek, bo szpitale zostały zobowiązane do jego używania.

Z punktu widzenia interesu pacjentów pomysł jest tak kontrowersyjny, że rodzi wiele pytań o jego uzasadnienie i sposób praktycznej implementacji. W szczególności jest kwestia: dlaczego nie wzięto pod uwagę faktu, iż przez to pozbawia się pacjentów prawa do wyboru leków refundowanych gwarantowanych w programach lekowych? Nie można bowiem zgodzić się ze stanowiskiem opublikowanym na stronie internetowej szpitala zakaźnego, iż NFZ nie ingeruje zarządzeniem w treść programu lekowego, zakres świadczenia dopuszcza bowiem na równoważnym poziomie możliwość prowadzenia terapii pacjentów czterema lekami. Te cztery leki mają różne substancje czynne, nie są substytutami, mają inne zasady stosowania (długość terapii, bezpieczeństwo itp.), co potwierdza zresztą też fakt, iż są umieszczone w ramach różnych grup limitowych. Stąd dla lekarzy i pacjentów nie musi być obojętne, który z tych czterech leków zostanie zakupiony.

W związku z powyższym proszę o informację, co ministerstwo zamierza opisanej sprawie.

Z wyrazami szacunku
Władysław Komarnicki