



Warszawa, 27 marca 2012 roku

OPINIA PRAWNA

dla Ogólnopolskiego Związku Zawodowego Lekarzy

w sprawie oceny zgodności przepisów §29 – §31 Załącznika do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 6 maja 2008 r. w sprawie ogólnych warunków umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej z przepisami art. 2 i art. 92 ust. 1 Konstytucji RP

I. PRZEDMIOT OPINII

Niniejsza opinia została przygotowana na zamówienie Ogólnopolskiego Związku Zawodowego Lekarzy (dalej: **OZZL**).

OZZL w swym stanowisku wyraził wątpliwości co do konstytucyjności przepisów §29 – §31 Załącznika do rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 6 maja 2008 r. w sprawie ogólnych warunków umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, argumentując, że:

- 1) przepisy §29 – §31 „*Ogólnych warunków umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej*” (dalej: **OWU**) naruszają przepis art. 92 ust. 1 Konstytucji RP,
- 2) przepis §31 ust. 1 OWU narusza art. 2 Konstytucji RP i wynikające z niego zasady: państwa prawnego, zaufania obywateli do państwa oraz prawidłowej legislacji.

Przedmiotem niniejszej opinii jest dokonanie oceny prawnej wskazanych wyżej przepisów §29 – §31 OWU z punktu widzenia norm konstytucyjnych wynikających z art. 92 ust. 1 oraz art. 2 Konstytucji RP.

II. ŹRÓDŁA PRAWA

Niniejsza opinia została sporządzona na podstawie następujących źródeł prawa powszechnie obowiązującego:

- 1) Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (dalej: **Konstytucja RP**)¹,

¹ Dz. U. Nr 78, poz. 483 z 1997 r. ze zm.

- 2) Ustawa z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (dalej: **Ustawa o świadczeniach**)²,
- 3) Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (dalej: **ustawa o zawodach**)³
- 4) Ustawa z dnia 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich⁴
- 5) Ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (dalej: **Ustawa refundacyjna**)⁵,
- 6) Ustawa z dnia 13 stycznia 2012 r. o zmianie ustawy o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych oraz niektórych innych ustaw (dalej: **Nowelizacja Ustawy refundacyjnej**)⁶,
- 7) Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 6 maja 2008 r. w sprawie ogólnych warunków umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej (dalej: **Rozporządzenie OWU**)⁷.

Niniejsza opinia bazuje także na poglądach doktryny prawa konstytucyjnego oraz orzecznictwie TK dotyczących analizowanego zagadnienia.

III. ZARYS STANU PRAWNEGO

Rozporządzenie OWU zostało wydane przez Ministra Zdrowia na podstawie upoważnienia ustawowego zawartego w art. 137 ust. 9 Ustawy o świadczeniach. Zgodnie z brzmieniem tego upoważnienia „*Minister właściwy do spraw zdrowia określi, w drodze rozporządzenia, ogólne warunki umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, uwzględniając projekt uzgodniony w trybie ust. 6 z podmiotami, o których mowa w ust. 2, kierując się dobrem świadczeniobiorców oraz koniecznością właściwej realizacji umów.*”.

Przedstawienie stanu prawnego, w zakresie koniecznym dla dokonania pełnej analizy prawnej, wymaga opisanie procedury opracowywania projektu OWU, uregulowanej w art. 137 ust. 1–12 Ustawy o świadczeniach. Mianowicie, zgodnie z tą procedurą projekt OWU przygotowuje Prezes Narodowego Funduszu Zdrowia (dalej: **Fundusz**), uwzględniając przepisy działu IV Ustawy o świadczeniach oraz przepisy odrębne. Projekt ten – co jest ważne – ma zawierać „*w szczególności rodzaje świadczeń opieki*

² Tekst jedn. Dz. U. Nr 164 z 2008 r., poz. 1027

³ Tekst jedn. Dz. U. Nr 277 z 2011 r., poz. 1634 ze zm.

⁴ Dz. U. Nr 219 z 2009 r., poz. 1708 ze zm.

⁵ Dz. U. Nr 122 z 2011 r., poz. 696 ze zm.

⁶ Dz. U. z 2012 r. poz. 95.

⁷ Dz. U. Nr 81 z 2008 r., poz. 484.

zdrowotnej, sposób wyceny, sposób finansowania oraz warunki ich udzielania" (ust. 1)⁸. Opracowany w ten sposób projekt OWU Prezes Funduszu przesyła następnie do Naczelnej Rady Lekarskiej, Naczelnej Rady Pielęgniarek i Położnych oraz do reprezentatywnych organizacji świadczeniobiorców (ust. 2). Projekt podlega uzgodnieniu w trybie negocjacji prowadzonych między wskazanymi podmiotami a Prezesem Funduszu (ust. 6). Uzgodniony projekt OWU Prezes Funduszu przesyła Ministrowi Zdrowia (ust. 7), który dokonuje jego przeglądu pod względem zgodności z prawem oraz - jeśli dostrzeże taką potrzebę - dokonuje niezbędnych zmian w tym projekcie, o czym ma obowiązek poinformować Prezesa Funduszu i podmioty biorące udział w negocjacjach (ust. 8).

Jeśli uda się uzgodnić projekt OWU zgodnie z powyższą procedurą, jest on następnie wydawany przez ministra właściwego do spraw zdrowia w formie rozporządzenia na podstawie ust. 9 Ustawy o świadczeniach. Jeśli uzgodnienia i negocjacje nie doprowadzą do oczekiwanych rezultatów Minister Zdrowia na podstawie art. 137 ust. 10 określa OWU w drodze rozporządzenia, kierując się „*dobrem świadczeniobiorców oraz koniecznością zapewnienia właściwej realizacji umów, a także biorąc pod uwagę treść ustalonych warunków projektu przekazanych przez Prezesa Funduszu*”. Rozumiemy, że skoro Rozporządzenie OWU zostało wydane na podstawie art. 137 ust. 9 Ustawy o świadczeniach, oznacza to, że było uzgodnione ze środowiskami ochrony zdrowia, o których była mowa powyżej.

Dla zakresu przedmiotowego OWU istotne znaczenie, poza art. 137 ust. 1–12, ma także treść przepisu art. 136 ust. 1 Ustawy o świadczeniach, w którym precyzuje się zakres umowy zawartej przez świadczeniodawcę z Funduszem. Zgodnie z treścią tego przepisu „*Umowa o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej określa w szczególności:*

- 1) *rodzaj i zakres udzielanych świadczeń opieki zdrowotnej;*
- 2) *warunki udzielania świadczeń opieki zdrowotnej;*
- 3) *wykaz podwykonawców oraz wymagania dla nich inne niż techniczne i sanitarne, określone w odrębnych przepisach;*
- 4) *zasady rozliczeń między Funduszem a świadczeniodawcami;*
- 5) *kwotę zobowiązania funduszu wobec świadczeniodawcy;*
- 6) *zasady rozpatrywania kwestii spornych;*

⁸ W 2007 r. doprecyzowano zakres przedmiotowy projektu OWU, opracowywanego przez Prezesa Funduszu, **wskazując, że nie powinien on obejmować standardów postępowania i procedur medycznych, które są określone na podstawie odrębnych przepisów** (ust. 1a dodany z dniem 29 września 2007 r., Dz. U. Nr 166, poz. 1172).

- 7) *postanowienie o rozwiązaniu umowy, które może nastąpić za uprzednim, nie krótszym niż 3 miesiące okresem wypowiedzenia, chyba, że strony postanowią inaczej;*
- 8) *postanowienie o karze umownej w przypadku niezastosowania terminu i trybu określonych w pkt 7."*

Rozporządzenie OWU, wydane wedle opisanej wyżej procedury, przewiduje w §29 – 31 Załącznika możliwość wprowadzenia do umowy, zawartej między Funduszem a świadczeniodawcą, licznych kar umownych (Rozdział 5. Kary Umowne).

Zanim jednak odniesiemy się do treści tychże przepisów konieczne jest w pierwszej kolejności zwrócenie uwagi, że w OWU (§3 i §4, Rozdział 2 Odpowiedzialność świadczeniodawcy) określa się także ogólne zasady odpowiedzialności świadczeniodawców, stwierdzając, że:

- *„Świadczeniodawca ponosi odpowiedzialność za udzielanie lub za zaniechanie udzielania świadczeń przez osoby przez siebie zatrudnione lub udzielające świadczeń w jego imieniu na innej podstawie niż umowa o pracę, a także osoby, którym udzielanie świadczeń powierzył, oraz odpowiada za szkody powstałe, także u osób trzecich, w związku z udzielaniem lub zaniechaniem udzielania świadczeń.” (§3),*
- *„Świadczeniodawca ponosi odpowiedzialność za ordynowanie leków, wyrobów medycznych, i środków pomocniczych leczonym przez niego świadczeniobiorcom, zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz z aktualnym stanem wiedzy medycznej” (§4).*

Kary umowne przewidziane w §29 – §31 OWU mogą zostać nałożone przez Fundusz na świadczeniodawcę w następujących przypadkach:

- *„W razie stwierdzenia niewykonania lub nienależytego wykonania umowy z przyczyn leżących po stronie świadczeniodawcy” (§29 ust. 1 OWU). Dyrektor oddziału wojewódzkiego Funduszu – kierując się przepisami §30 ust. 1 – 3, wskazującymi wysokość kary umownej – „określa każdorazowo, w wezwaniu do zapłaty, wysokość kary umownej oraz termin zapłaty, który nie może być krótszy niż 14 dni od dnia wezwania. W przypadku, gdy termin określony w wezwaniu do zapłaty przypadnie wcześniej niż termin dokonania kolejnej płatności przez Fundusz, świadczeniodawca jest zobowiązany do dokonania zlecenia przelewu w dniu dokonania płatności przez Fundusz” (ust. 4). „W razie bezskutecznego upływu oznaczonego terminu, o którym mowa w ust. 4, dyrektor oddziału wojewódzkiego Funduszu ma prawo potrącania kar umownych wraz z ustawowymi odsetkami z przysługujących świadczeniodawcy należności.” (ust. 5).*

Świadczeniodawca może skorzystać, na podstawie ust. 6, ze środków odwoławczych przewidzianych w art. 160 i 161 Ustawy o świadczeniach (zażalenie na czynności dyrektora oddziału Funduszu do jego Prezesa, wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy przez Prezesa Funduszu).

„Fundusz jest uprawniony do dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość kary umownej” (ust. 7)

- W razie *„wystawienia recept osobom nieuprawnionym lub w przypadkach nieuzasadnionych”*. W tej sytuacji *„oddział wojewódzki Funduszu może nałożyć na świadczeniodawcę karę umowną stanowiącą równowartość nienależnych refundacji cen leków dokonanych na podstawie recept wraz z odsetkami ustawowymi liczonymi od dnia dokonania refundacji”* (§31 ust. 1 oraz – w zakresie wyrobów medycznych będących przedmiotami ortopedycznymi lub środkami pomocniczymi – §31 ust. 2 OWU).

„Wysokość i termin zapłaty kary umownej, o których mowa w ust. 1 i 2, oddział wojewódzki Funduszu określa w pisemnym wezwaniu do zapłaty”.

Także w tym przypadku świadczeniodawca może korzystać ze środków odwoławczych, o których mowa w art. 160 – 161 Ustawy o świadczeniach.

Warto zwrócić uwagę, że norma prawna zbliżona w swej treści do wynikającej z §31 ust. 1 OWU była zawarta w przepisach art. 48 ust. 8 Ustawy refundacyjnej. Świadczeniodawca był na mocy tych przepisów zobowiązany do zwrotu Funduszowi równowartości kwoty nienależnej refundacji wraz z odsetkami m.in. w przypadku: *„wypisania recepty nieuzasadnionej udokumentowanymi względami medycznymi”* lub *„wypisania recepty niezgodnie z uprawnieniami świadczeniobiorcy”*. Przepis ten został jednak derogowany w Nowelizacji Ustawy refundacyjnej z uwagi na przewidywane nieproporcjonalnie negatywne skutki jego obowiązywania dla sytuacji prawnej i finansowej świadczeniodawców.

Skutki te w aktualnym stanie prawnym mogą jednak wystąpić w związku z realizacją przepisów dotyczących kar umownych zawartych w umowach – które mają charakter adhezyjny – zawartych przez świadczeniodawcę z Funduszem.

IV. ANALIZA PRAWNA

1. Uwaga wprowadzająca

Wątpliwości konstytucyjne OZZL, przedstawione na wstępie niniejszej opinii, nie obejmują wprawdzie oceny konstytucyjności przepisu stanowiącego podstawę ustawową do wydania rozporządzenia OWU i ograniczają się do przepisów §29 – §31 Rozporządzenia OWU, trudno jednak dokonać pełnej oceny konstytucyjności relacji istniejącej między Ustawą o świadczeniach a przepisami §29 – §31 Załącznika

do Rozporządzenia OWU bez odniesienia się do treści upoważnienia ustawowego oraz jego prawidłowości legislacyjnej, w świetle wymagań wynikających z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP.

2. Ocena zgodności przepisu art. 137 ust. 9 Ustawy o świadczeniach z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP

Zgodnie z treścią art. 92 ust. 1 Konstytucji RP „rozporządzenia wydawane są przez organy wskazane w Konstytucji, na podstawie szczegółowego upoważnienia zawartego w ustawie i w celu jej wykonania. Upoważnienie powinno określać organ właściwy do wydania rozporządzenia i zakres spraw przekazanych do uregulowania oraz zawierać wytyczne dotyczące treści aktu.”.

W toku praktyki konstytucyjnej, zarówno w doktrynie prawa, jak i w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego (dalej: TK), ukształtował się jednolity pogląd dotyczący temat tego, w jaki sposób interpretować wskazane wyżej wymagania konstytucyjne⁹.

Zachowanie prawidłowego, z konstytucyjnego punktu widzenia, związku między ustawą a rozporządzeniem wykonawczym („na podstawie szczegółowego upoważnienia i w celu wykonania ustawy”) jest uzależnione przede wszystkim od konstrukcji upoważnienia ustawowego do jego wydania, gdyż to ono jest dla ministra nieprzekraczalnym wyznacznikiem zakresu jego swobody regulacyjnej. Upoważnienie ustawowe powinno wskazywać podmiot upoważniony do wydania rozporządzenia, precyzować zakres przedmiotowy rozporządzenia oraz zawierać wytyczne dotyczące treści aktu wykonawczego.

Odnosząc powyższe wymagania do treści art. 137 ust. 9 Ustawy o świadczeniach należy zauważyć, że upoważnienie to dotknięte jest istotnymi wadami legislacyjnymi, a mianowicie:

- 1) przepis art. 137 ust. 9 stanowiący podstawę do wydania rozporządzenia nie precyzuje wystarczająco wszystkich, wymaganych konstytucyjnie, elementów upoważnienia ustawowego. Ustawodawca, w związku z omówionym poprzednio szczególnym trybem uzgadniania treści OWU, zdecydował się na zastosowanie w tym przepisie dwóch przepisów odsyłających wewnątrzsystemowo (do art. 137 ust. 2 i 6). Odesłania te mają jednak charakter kaskadowy, gdyż przepisy art. 137 ust. 2 i 6 odsyłają do kolejnych przepisów (ust. 2 odsyła do art. 137 ust. 1, a ust. 6 odsyła ponownie do art. 137 ust. 2), co z pewnością nie sprzyja precyzyjnemu określeniu zakresu przedmiotowego aktu wykonawczego, który ma zostać wydany na podstawie tego przepisu.

⁹ Zob. K. Działocha: *Komentarz do art. 92 ust. 1 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, red. L. Garlicki, t. II, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2001 i cytowane tam orzecznictwo TK.

Przepis stanowiący upoważnienie ustawowe do wydania aktu wykonawczego powinien precyzyjnie określać wszystkie wymagane konstytucyjnie elementy. Jedyne wyjątkowo – zgodnie z poglądem TK¹⁰, krytykowanym jednak w doktrynie prawa¹¹ – dopuszczalne jest wywodzenie wytycznych dotyczących treści aktu z innych przepisów ustawy, w której zawarte jest upoważnienie. **Zakres przedmiotowy aktu wykonawczego zawsze jednak powinien być sprecyzowany w przepisie upoważniającym do jego wydania.**

- 2) Przepis art. 137 ust. 9 Ustawy o świadczeniach nie precyzuje jednak wystarczająco zakresu przedmiotowego rozporządzenia, stwierdzając jedynie, że mają nim być OWU, co już samo przez się stanowi wagę legislacyjną. Brak precyzyjnego określenia w przepisie upoważniającym do wydania rozporządzenia jego przedmiotu, tj. jakie kwestie powinny zostać uregulowane w ramach OWU, w żadnym razie nie powinien być interpretowany jako podstawa do swobodnej regulacji i zawarcia w OWU kwestii, do których nie ma podstaw ustawowych. W analizowanym przypadku zarówno art. 136 ust. 1, jak i art. 137 ust. 1, do którego upoważnienie odsyła jedynie pośrednio, zawierają regulację wskazującą, jaki powinien być przedmiot OWU. **Prawodawca dokonując interpretacji upoważnienia ustawowego w zgodzie z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP nie powinien wprowadzać do rozporządzenia kwestii, do których nie ma wyraźnego upoważnienia w ustawie.** Ewentualna argumentacja, że przepis art. 137 ust. 9 daje ministrowi w tym zakresie swobodę, gdyż art. 136 ust. 1 i art. 137 ust. 1 wskazują jedynie „w szczególności” elementy umowy oraz OWU, stanowiłaby natomiast niedopuszczalną konstytucyjnie uznaniowość, a wręcz domniemanie kompetencji prawodawczych, zwłaszcza gdy chodzi o tak istotne z punktu widzenia obrotu prawnego zagadnienie, jakim są kary umowne.
- 3) **Upoważnienie ustawowe do wydania rozporządzenia, w szczególności interpretowane w związku z art. 136 ust. 1 i 137 ust. 1 Ustawy o świadczeniach, nie daje Ministrowi Zdrowia kompetencji do uregulowania w nim ani problematyki odpowiedzialności świadczeniodawców (§3 i §4), ani zwłaszcza kar umownych związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy (§29 – §31).**

Upoważnienie ustawowe do wydania rozporządzenia jest zatem dotknięte wadami legislacyjnymi. Trudno jednak w sposób kategoryczny orzec o jego niekonstytucyjności, gdyż wskazany w

¹⁰ Orzeczenie K 12/99.

¹¹ K. Działocha: jw. s. 28.

upoważnieniu zakres przedmiotowy rozporządzenia, który jest niewystarczająco precyzyjny, może być uzupełniony w drodze wykładni innych przepisów Ustawy o świadczeniach (w szczególności przepisów art. 136 ust. 1 i 137 ust. 1).

3. Ocena zgodności §29 – 31 Załącznika do Rozporządzenia OWU z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP

Jak wskazano wyżej, już sam fakt ustanowienia kar umownych dotyczących niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w Rozporządzeniu OWU, w sytuacji, gdy kompetencja do tego nie wynika wprost z treści upoważnienia ustawowego, ani z innego przepisu Ustawy o świadczeniach, rodzi istotne wątpliwości konstytucyjne dotyczące zgodności Rozporządzenia OWU z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP.

Analiza treści Załącznika do Rozporządzenia OWU, w szczególności regulacji §29 – §31, wątpliwości te potwierdza i wzmacnia, gdyż:

- 1) Ustawa o świadczeniach przewiduje wprawdzie możliwość wprowadzenia kar umownych do treści umowy świadczeniodawcy z Funduszem, co mogłoby być przedmiotem OWU, ale ogranicza ich zakres jedynie do kwestii, o których mowa w art. 136 ust. 8 w zw. z ust. 7, tj. niedotrzymania trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia umowy. **W pozostałym zakresie regulacja dotycząca kar umownych w OWU ma charakter samoistny i wykracza poza zakres upoważnienia ustawowego, co jest niezgodne z art. 92 ust. 1 Konstytucji RP;**
- 2) Analiza przepisów Ustawy o świadczeniach daje argumenty przemawiające za tezą, że ustawodawca wręcz nie przewidywał możliwości nałożenia na świadczeniodawców kar umownych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Do Ustawy o świadczeniach wprowadził bowiem przepisy, na podstawie których istnieje możliwość nałożenia kar administracyjnych na świadczeniodawcę, który – ze szkodą dla interesu publicznego – nie wywiązał się z umowy zawartej z Funduszem. Zgodnie bowiem z art. 171 ust. 1 Ustawy o świadczeniach *„W przypadku stwierdzenia na podstawie uzyskanych informacji, wyjaśnień lub dokumentów, o których mowa w art. 165 ust. 1 pkt 1-4, rażącego naruszenia prawa lub rażącego naruszenia interesu świadczeniobiorców przez świadczeniodawcę lub podmiot, o którym mowa w art. 163 ust. 1 pkt 3, minister właściwy do spraw zdrowia może nałożyć na te podmioty karę pieniężną w wysokości do miesięcznej wartości umowy łączącej te podmioty z Funduszem, której dotyczą nieprawidłowości.”*

Rozporządzenie OWU wprowadza zatem możliwość nałożenia dodatkowej kary finansowej za czyn, który jest już zagrożony karą administracyjną na podstawie Ustawy o

świadczeniach. W związku z regulacją Rozporządzenia OWU może zatem dochodzić do zbiegu odpowiedzialności świadczeniodawców wobec Ministra Zdrowia i wobec Funduszu;

- 3) OWU – poza przesłankami odpowiedzialności oraz wysokością kar umownych – regulują także sposób egzekwowania tych kar przez Fundusz. Uregulowanie tych kwestii w Rozporządzeniu OWU – w szczególności, że treść OWU ma w tym zakresie charakter dyskryminujący świadczeniodawców i stawia Fundusz, będący stroną umowy, w silniejszej pozycji (zob. przytoczoną wyżej treść przepisów §30 ust. 1 – 7)¹² – także nie znajduje podstaw w upoważnieniu ustawowym do jego wydania, nawet gdyby upoważnienie zawarte w art. 137 ust. 9 interpretować wspólnie z art. 136 ust. 1 i 137 ust. 1 Ustawy o świadczeniach, w szczególności nie można uznać, że egzekucja kar jest elementem rozliczeń między Funduszem a Świadczeniodawcami (art. 136 ust. 1 pkt 4) albo elementem rozpatrywania kwestii spornych (art. 136 ust. 1 pkt 6) Ustawy o świadczeniach;
- 4) Wątpliwości dotyczące wykroczenia przez Ministra Zdrowia poza zakres dopuszczalnego upoważnienia ustawowego w zakresie Rozporządzenia OWU nie ograniczają się jedynie do regulacji poświęconej karom umownym oraz sposobom ich egzekwowania. Minister Zdrowia rozporządzeniem tym określił mianowicie, czyniąc to w sposób bardzo szeroki, ogólny zakres odpowiedzialności świadczeniodawców (przytoczone wyżej §3 i §4 OWU). W tym zakresie Minister Zdrowia zdaje się także wykraczać poza swobodę regulacyjną dotyczącą przepisów wydawanych na podstawie upoważnienia art. 137 ust. 9 i w celu wykonania Ustawy o świadczeniach, a tym samym naruszać art. 92 ust. 1 Konstytucji RP.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że istnieją uzasadnione wątpliwości, co do zgodności nie tylko przepisów §29 - §31, ale także §3 i §4 Rozporządzenia OWU, z przepisem art. 92 ust. 1 Konstytucji RP.

4. Ocena zgodności §31 ust. 1 Załącznika Rozporządzenia OWU z art. 2 Konstytucji RP

W swoim stanowisku OZZL, poza kwestiami dotyczącym wykroczenia poza granice upoważnienia ustawowego, zwraca uwagę także na naruszenie przez § 31 ust. 1 Załącznika do Rozporządzenia OWU zasad państwa prawnego, wynikających z art. 2 Konstytucji RP, w tym w szczególności zaufania obywateli do państwa i pewności prawa oraz standardów prawidłowej legislacji.

¹² Przedmiotem niniejszej opinii nie jest jednak ocena OWU z punktu widzenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, dlatego kwestia ta została w tym miejscu jedynie zasygnalizowana.

Podstawą tego naruszenia ma być – w ocenie OZZL – możliwość nałożenia na świadczeniodawcę „w przypadku wystawienia recept osobom nieuprawnionym lub w przypadkach nieuzasadnionych” przez oddział wojewódzki Funduszu kary umownej w wysokości stanowiącej „równowartość nienależnych refundacji cen leków dokonanych na podstawie recept wraz z odsetkami ustawowymi od dnia dokonania refundacji”.

Analiza przepisu §31 ust. 1 pod względem zgodności z art. 2 Konstytucji RP wymaga dokonania w pierwszej kolejności szczegółowej wykładni przedmiotowego przepisu OWU. Wykładnia ta prowadzi do następujących wniosków:

1) **Brak jest wystarczającej precyzji przesłanek odpowiedzialności świadczeniodawców.**

Zgodnie z treścią tego przepisu kara umowna może zostać nałożona w sytuacji „wystawienia recept osobie nieuprawnionej” lub „w przypadku nieuzasadnionym”.

Odnosząc się do pierwszego ze wskazanych pojęć – jeżeli pojęcie „osoba uprawniona” rozumieć jako osoba posiadająca ubezpieczenie zdrowotne – należy zwrócić uwagę, że świadczeniodawca, w związku z brakiem centralnego systemu ewidencjonowania osób uprawnionych, którego stworzenie powinno być obowiązkiem władz publicznych, nie jest w stanie samodzielnie dokonać weryfikacji tych uprawnień, w oparciu o dokumenty przedstawiane przez świadczeniobiorcę. W sytuacji, gdy dokumenty przedstawiane przez świadczeniobiorcę okażą się nieaktualne lub nieprawdziwe, czego świadczeniodawca także nie jest w stanie zweryfikować podczas udzielania świadczenia, konsekwencją będzie nałożenie na świadczeniodawcę przez Fundusz obowiązku zwrotu kwoty nienależnie pobranej refundacji. Może zatem dochodzić w tym przypadku do przerzucenia odpowiedzialności finansowej ze świadczeniobiorcy, który w sposób nieuprawniony, niezależnie od stopnia jego winy, uzyskał świadczenie, na świadczeniodawcę, który wykonując zawód zaufania publicznego, kierując się koniecznością ochrony zdrowia świadczeniobiorcy, udzielił mu tego świadczenia.

Bardzo istotne wątpliwości wywołuje w analizowanym stanie prawnym i faktycznym określoność pojęcia „przypadek nieuzasadniony”. Kiedy bowiem może dojść do „przypadku nieuzasadnionego” wystawienia recepty przez świadczeniodawcę? **Biorąc pod uwagę, że prawodawca odrębnie określił tę kwestię, „przypadkami nieuzasadnionymi” będą z pewnością sytuacje inne, niż wystawienie recepty „osobie nieuprawnionej”.** Pomocą w dokonaniu interpretacji tego pojęcia w świetle OWU może być treść §4 określającego w sposób ogólny zasady odpowiedzialności świadczeniodawcy. Zgodnie z tym postanowieniem OWU odpowiada on m.in. za „ordynowanie leków, wyrobów medycznych, i środków pomocniczych

leczonym przez niego świadczeniobiorcom, zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz z aktualnym stanem wiedzy medycznej”.

Na podstawie analizy §31 ust. 1 w zw. z §4 OWU nie można zatem wykluczyć, że za przypadek nieuzasadnionego wystawienia recepty zostanie uznana sytuacja, w której – zdaniem Funduszu – dokonano błędnej lub niepełnej diagnozy lekarskiej i skutkiem tego w sposób nieuzasadniony aktualnym stanem wiedzy medycznej wystawiono receptę¹³. **Przy takim rozumieniu i stosowaniu tego przepisu przez Fundusz może łatwo dochodzić do naruszenia konstytucyjnie chronionej wyłączności zawodu zaufania publicznego w zakresie sprawowania pieczy nad należytym jego wykonywaniem (art. 17 ust. 1 Konstytucji RP). Stwierdzenie przez Fundusz „braku uzasadnienia wypisania recepty”, poza znaczną karą umowną, oznaczać będzie często zarzut wadliwej diagnozy lekarskiej, przy którym świadczeniodawcy pozostawia się jedynie możliwość odwołania do prezesa Funduszu. Nie wynika natomiast z OWU, że w przypadkach spornych zastosowanie ma przewidziana w ustawie o izbach lekarskich droga sądownictwa zawodowego (sądy lekarskie). Zgodnie z art. 30 ust. 2 pkt 1 ustawy o izbach lekarskich w zw. z art. 4 i rozdz. 5 ustawy o zawodach to właśnie sady lekarskie są właściwe w sprawach odpowiedzialności zawodowej lekarza i lekarza dentysty¹⁴.**

Na podstawie powyższej analizy należy stwierdzić, że określenie w §31 ust. 1 przesłanek odpowiedzialności świadczeniodawcy rodzi istotne wątpliwości z punktu widzenia takiego standardu prawidłowej legislacji, jakim jest zasada określoności przepisów prawa (art. 2 Konstytucji RP), prowadzi także w konsekwencji do naruszenia zasady zaufania obywateli do państwa i tworzonych przez nie prawa i może prowadzić do naruszenia art. 17 ust. 1 Konstytucji dot. zadań samorządów zaufania publicznego.

Można też postawić tezę, że omawianym zakresie OWU narusza normę art. 61 ustawy o izbach lekarskich. Postanowienia umowne sprzeczne z ustawą są natomiast nieważne.

- 2) **Brak wystarczająco precyzyjnie określonego zakresu odpowiedzialności (czasowego oraz finansowego) oraz granic kary umownej.** Przepis §31 ust. 1 nie precyzuje, czy kara umowna będzie nakładana tylko za okres roku, w którym dokonano kontroli i stwierdzono fakt „wystawiania recept osobom nieuprawnionym lub w przypadkach nieuzasadnionych”, czy też

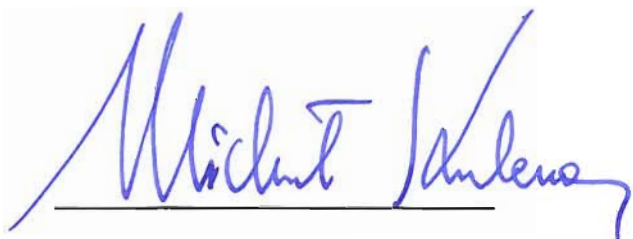
¹³ Zob. przyp. 8 poprzednio

¹⁴ Nie chcemy przez to sugerować, że odpowiedzialność cywilna pokrywa się z zakresem odpowiedzialności zawodowej, jednakże przesłanką odpowiedzialności cywilnej i zastosowania kary umownej w omawianym przypadku jest właśnie błąd lekarski. Nie widać powodów ani względów prawnych, dla których Fundusz miałby w tej kwestii uzurpować sobie uprawnienia orzecznicze.

odpowiedzialność ta obejmuje także okres wcześniejszy, a jeśli tak, to jaki jest to okres. Przepis ten, w obecnym brzmieniu, daje podstawy do nałożenia kary umownej w wymiarze „*nienależnie pobranej refundacji*” z tytułu zakwestionowanych recept wystawionych nawet kilka lat wstecz. W takim przypadku wysokość nakładanej kary umownej może być tak znaczna (nie ma górnej granicy), że może nawet prowadzić – w oparciu o nieprecyzyjne przesłanki odpowiedzialności, o czym wyżej – do pozbawienia świadczeniodawcy (lekarza i jego rodziny) minimalnego bezpieczeństwa socjalnego.

Na gruncie powyższej analizy należy stwierdzić, że także sposób określania wysokości kary umownej przewidziany w §31 ust. 1 budzi istotne wątpliwości z punktu widzenia określoności przepisów prawa (art. 2 Konstytucji RP) i prowadzi do podważenia zaufania obywateli do państwa i tworzonego przez nie prawa. Ponadto dochodzi także do nieproporcjonalnej ingerencji we własność i inne prawa majątkowe świadczeniodawcy (art. 31 ust. 3 w zw. z art. 64 ust. 1 i 2 Konstytucji RP).

W nawiązaniu zaś do przedstawionych powyżej uwag o dublowaniu w OWU mechanizmu odpowiedzialności zawodowej lekarza przy wystawieniu recept w „*przypadkach nieuzasadnionych*” (a właściwie – o próbie wykluczenia przez OWU drogi sądownictwa zawodowego w sprawach z zakresu odpowiedzialności lekarza i lekarza dentystry) należy tylko dodać, że na podstawie art. 64 ustawy o izbach lekarskich termin przedawnienia wynosi 3 lata (wszczęcie postępowania) wzgl. 5 lat (karalność). Fundusz tymczasem może kontrolować i karać świadczeniodawców bez ograniczeń czasowych, niejednokrotnie więc nawet hipotetycznie nie będzie mogło dojść do sytuacji procesowej, w której sąd lekarski rozstrzygnie w sprawie odpowiedzialności zawodowej lekarza za przypadek nieuzasadnionego wystawienia recepty, co na gruncie OWU stanowi przesłankę zastosowania kary umownej.



Dr hab. Michał Kulesza
Profesor Uniw. Warszawskiego
Radca prawny, Partner w DZP



Dr hab. Marcin Matczak
Radca prawny, Partner w DZP

Współpraca:

Dr Tomasz Zalaśiński – radca prawny, Counsel w DZP