

Świadczeniodawco, powinieneś się obawiać swojego podwykonawcy



Cena strachu

Fot. iStockphoto.com

W ostatnim czasie kontrolerzy z wojewódzkich oddziałów Narodowego Funduszu Zdrowia prowadzą wzmożone kontrole świadczeniodawców w zakresie umów zawartych z podwykonawcami.

Praktyka zlecenia firmom zewnętrznym realizacji części umów zawartych z NFZ jest powszechna. Dotyczy to m.in. różnego rodzaju usług diagnostycznych oraz transportu sanitarnego. Ustawodawca dopuszcza taką możliwość, w sytuacji gdy podwykonawca realizuje jedynie część zakresu umowy zawartej pomiędzy świadczeniodawcą a funduszem. Dodatkowo zgodnie z zarządzeniami prezesa NFZ wszystkie umowy z podwykonawcami muszą zawierać oświadczenie podwykonawcy o zgodzie na poddanie się kontroli prowadzonej przez NFZ. Czy jednak takie postanowienie umowne zabezpiecza w pełni świadczeniodawcę?

NFZ kontroluje

To przypadek z życia wzięty. Szpital wykonywał świadczenia z zakresu leczenia szpitalnego. Jako zabezpieczenie transportu sanitarnego zawarł z innym podmiotem umowę o podwykonawstwo. Narodowy Fundusz Zdrowia przystąpił do kontroli świadczeniodawcy, a także podwykonawcy. Podwykonawca, który odpowiadał za transport medyczny, uniemożliwił pracownikom NFZ skontrolowanie pojazdów w wyznaczonym terminie. Odmówił również udostępnienia kontrolerom dokumentacji medycznej. Zarząd spółki będącej podwykonawcą nie znalazł też czasu, aby kontrolerów wpuścić do swojej placówki. Bezskuteczne pozostały pisma szpitala wzywające podwykonawcę do poddania się kontroli. Ostatecznie to na podmiot leczniczy na-

łożono karę umowną z tytułu utrudniania czynności kontrolnych przez podwykonawcę w wysokości ponad 45 tys. zł, którą następnie, na skutek wniesionych zastrzeżeń do wystąpienia pokontrolnego, zmniejszono do ok. 30 tys. zł. Czy kary można było w jakikolwiek sposób uniknąć lub zminimalizować ryzyko jej nałożenia? Czy podstawowa klauzula wymagana przez NFZ w umowach z podwykonawcami o obowiązku poddania się przez nich kontroli jest wystarczająca?

Co na to prawnik

Warto pamiętać, że kontrola przeprowadzana jest zawsze wobec podmiotu będącego stroną umowy z NFZ. A zatem – chociaż faktyczne czynności kontrolne mogą być przeprowadzone u podwykonawcy – podmiotem kontrolowanym jest zawsze wyłącznie świadczeniodawca. Co za tym idzie, wystąpienie pokontrolne otrzyma tylko podmiot będący stroną umowy z NFZ, a wszystkie zawarte w nim uwagi, zalecenia i sankcje z tytułu stwierdzenia niewłaściwej realizacji świadczeń lub niespełnienia wymogów wynikających z przepisów lub umowy będą dotyczyć świadczeniodawcy. Zaniedbania podwykonawcy, któremu powierzono np. wykonywanie badań diagnostycznych, uderzą bezpośrednio w świadczeniodawcę – w postaci chociażby nałożonych przez NFZ kar umownych, których maksymalna wysokość może sięgać nawet 2 proc. kwoty zobowiązania określonej w kontrakcie. Dlatego

tak ważne i istotne jest, aby należytą wagę przykładać zarówno do treści umów zawieranych z podwykonawcami, jak i wiarygodności samych podwykonawców.

Co na to NIK

Jak wynika z raportu NIK z 2 maja 2016 r. (nr P/15/068) dotyczącego korzystania z usług zewnętrznych przez szpitale publiczne, istnieje wyraźny kontrast w podejściu świadczeniodawców do umów zawieranych z podwykonawcami w zakresie usług medycznych oraz usług niezwiązanych bezpośrednio z działalnością leczniczą. O ile w przypadku znaczącej większości umów dotyczących usług niemedycewnych przewidywały one szereg elementów zapewniających nadzór nad prawidłowością realizowania zadań, takich jak kary umowne, bieżący nadzór i badanie jakości udzielanych świadczeń czy też zabezpieczenie należytego wykonania umowy, o tyle już w przypadku umów z podwykonawcami medycznymi świadczeniodawcy poprzestają zazwyczaj na wprowadzeniu wymaganej przez NFZ podstawowej klauzuli o poddaniu się kontroli. Okazuje się, że nie jest ona wystarczająca. Jak pokazuje opisany w artykule przypadek, zaniedbanie należytego zabezpieczenia swoich interesów w umowie z podwykonawcą może świadczeniodawcę słono kosztować.

Rady dla świadczeniodawcy

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na wiarygodność potencjalnego podwykonawcy. Niska cena, która zazwyczaj stanowi jedyne kryterium wyboru, nie może przysłonić pozostałych przymiotów, którymi powinien się cechować podwykonawca, takich jak posiadanie odpowiednio wykwalifikowanego personelu oraz sprzętu medycznego, które pozwolą zapewnić należytą jakość udzielanych świadczeń.

Bardzo ważne jest stosowne uregulowanie w umowach z podwykonawcami kwestii odpowiedzialności i wzajemnych rozliczeń w przypadku stwierdzenia przez NFZ, że kontrakt w części realizowanej przez podwykonawcę jest wykonywany w sposób nieprawidłowy. Odpowiednia konstrukcja postanowień umowy z podwykonawcą pozwoli świadczeniodawcy zminimalizować ryzyko niepoddania się przez niego kontroli NFZ, zapewni bieżący nadzór nad prawidłowością udzielanych świadczeń, a także będzie działać prewencyjnie i dyscyplinująco. Niewątpliwie istotne jest wprowadzenie do umowy klauzuli umożliwiającej świadczeniodawcy (a nie tylko NFZ) kontrolowanie podwykonawcy w związku z powierzonym zakresem świadczeń i faktyczne okresowe dokonywanie takiej kontroli. Wszelkiego rodzaju uchybienia ujawnione w toku audytu mogą być ponadto obwarowane karami umownymi na rzecz świadczeniodawcy – podobnie jak czyni to NFZ. Równie ważne jest zastrzeżenie w umowie postanowień, które będą stanowić dla świadczeniodawcy podstawę do stosunkowo szybkiej

i efektywnej rekompensaty pieniężnej. Jedną z takich metod jest zobowiązanie podwykonawcy do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, które przykładowo może mieć postać odpowiedniej sumy pieniężnej w ramach kaucji gwarancyjnej, weksla czy gwarancji bankowej. Nie zawsze jednak wybrany podwykonawca będzie skłonny lub zdolny do złożenia tego typu zabezpieczenia. Najbardziej powszechnym i jednocześnie skutecznym rozwiązaniem jest zastrzeżenie szeregu kar umownych na rzecz świadczeniodawcy oraz wprowadzenie tzw. klauzul indemnifikacyjnych (ang. *contractual indemnities*), które pozwolą jasno określić ekonomiczny ciężar odpowiedzialności za danego typu zdarzenia pomiędzy stronami umowy.

Jak działać

Co zrobić w sytuacji, kiedy NFZ już nałoży na świadczeniodawcę karę umowną za przewinienia podwykonawcy? Czy można pociągnąć podwykonawcę do odpowiedzialności i domagać się zwrotu kwoty wpłaconej na rzecz NFZ? Niewątpliwie, gdy podwykonawca odmówi dobrowolnej zapłaty, sprawa musi w końcu trafić do sądu. W takim wypadku kolejny raz uwidacznia się przewaga świadczeniodawców, którzy należycie zabezpieczyli swoje umowy. Po pierwsze, w razie zastrzeżenia na przykład stosownych kar umownych należy wykazać przed sądem jedynie fakt naruszenia odpowiedniego postanowienia umowy, które obwarowane było karą, i wysokość tej kary, co nie powinno nastęczać większych problemów. Jeszcze łatwiejsze zadanie mają ci, którzy mogą uruchomić gwarancję bankową, skorzystać z kaucji gwarancyjnej lub weksla. Pozostali świadczeniodawcy będą musieli stoczyć batalię sądową z podwykonawcą, udowadniając przed sądem spełnienie przesłanek odpowiedzialności kontraktowej podwykonawcy na zasadach ogólnych. Zanim jednak to nastąpi, warto wykorzystać przysługującą ścieżkę odwoławczą w ramach postępowania przed NFZ. Należy pamiętać, że sprawa narażenia świadczeniodawcy na koszty związane z koniecznością zapłaty kar na rzecz NFZ to nie wszystko.

Rozporządzenie Ministra Zdrowia określające szczegółowe kryteria wyboru ofert w postępowaniu konkursowym przewiduje punkty ujemne za nieprawidłowości ujawnione w toku kontroli danej placówki. Może się więc okazać, że stosunkowo niewielka kara pieniężna będzie w kolejnym konkursie skutkować brakiem kontraktu z NFZ, co stanowi zdecydowanie większą dolegliwość dla świadczeniodawcy. Dlatego jedynie odpowiedni dobór podwykonawców oraz należyte przygotowanie umowy zabezpieczająca interes podmiotu mającego zawartą umowę z NFZ pomogą ograniczyć ryzyko wystąpienia negatywnych konsekwencji.

Katarzyna Fortak-Karasińska, Michał Kalicki
Autorzy są ekspertami Kancelarii Fortak & Karasiński
Radcowie Prawni sp. p.