

**Sygn. akt I ACa 704/15**

## WYROK

**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 9 września 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>SSA Anna Kowacz-Braun</b>
<b>Sędziowie:</b>	<b>SSA Barbara Górczanowska</b> <b>SSA Robert Jurga (spr.)</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>st.sekr.sądowy Urszula Kłosińska</b>

po rozpoznaniu w dniu 9 września 2015 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa **Szpitala Miejskiego w (...) Sp. z o.o. w R.**

przeciwko **Narodowemu Funduszowi Zdrowia w W. - (...) Oddziałowi Wojewódzkiemu Narodowego Funduszu Zdrowia w K.**

o zobowiązanie do zawarcia umowy

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 24 lutego 2015 r. sygn. akt I C 2295/13

**1. oddala apelację;**

**2. zasądza od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 5 400zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

SSA Barbara Górczanowska SSA Kowacz-Braun SSA Robert Jurga

I ACa 704/15

## UZASADNIENIE

Strona powodowa Szpital Miejski w (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w R. w ostatecznie sprecyzowanym żądaniu pozwu wniosła o zobowiązanie strony pozwanej Narodowego Funduszu Zdrowia - (...) Oddziałowi Wojewódzkiemu Narodowego Funduszu Zdrowia w K. do zawarcia aneksu do umowy nr (...) z dnia 17 marca 2011 r. o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej na kwotę 770.064,00 zł, w zakresie Okulistyka- Zespół (...) na kwotę 99.140,25 zł (tj. 2.167 pkt po cenie jednostkowej 45,75 zł) oraz w zakresie Okulistyka- Zespół (...) (...) na kwotę 670.923,75 zł (tj.

14.665 pkt. po cenie jednostkowej 45,75 zł) – na okres jednego roku od uprawomocnienia się wyroku w niniejszej sprawie.

Uzasadniając swoje roszczenie strona powodowa wskazała, iż przystąpiła do organizowanego przez stronę pozwaną konkursu ofert o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, składając ofertę w dniu 9 października 2010 r. w postępowaniu prowadzonym w trybie konkursu ofert w rodzaju Leczenie Szpitalne w zakresie Okulistyka- Zespół (...), Okulistyka – Zespół (...) (...) w której zaoferowała cenę za punkt rozliczeniowy w kwotach: 51,00 zł w zakresie Okulistyka- Zespół (...) orz 51,00 zł w zakresie Okulistyka – Zespół (...) (...) oraz odpowiednio w tych zakresach liczbę punktów rozliczeniowych w wysokości 6.000 oraz 30.000 w 2011 r. na łączne kwoty 306.000,00 zł oraz 1.530.000,00 zł. Przeprowadzona przez stronę pozwaną kontrola wykazała, iż formularz ofertowy z uwzględnieniem oświadczeń jest zgodny ze stanem faktycznym. W dniu 14 października 2010 r. w siedzibie strony pozwanej nastąpiło otwarcie ofert. W toku negocjacji – obejmujących trzy spotkania w dniach 6, 21 i 28 grudnia 2010 r. – strona powodowa zmieniła swoją ofertę w ten sposób, że cenę za punkt rozliczeniowy w każdym zakresie określiła w wysokości 45,75 zł. Po rozstrzygnięciu postępowania w trybie konkursu ofert w dniu 30 grudnia 2010 r. strony powodowej nie wskazano jako uprawnionej do zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. Na skutek złożonego przez stronę powodową od w/w rozstrzygnięcia konkursu odwołania, decyzją z dnia 18 stycznia 2011 r. Dyrektor pozwanego (...) NFZ uwzględnił je, jednak pomimo to strona powodowa złożyła na wspomnianą decyzję odwołanie do Prezesa NFZ choć w części dotyczącej wyłącznie uzasadniania decyzji, zarzucając mu szereg nieprawidłowości. W dniu 1 lutego 2011 r. strona pozwana zamieściła ogłoszenie o rokowaniach w sprawie udzielania świadczeń opieki zdrowotnej na podstawie art. 139 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (t.j. Dz. U. z 2008 r., nr 164, poz. 1027 z późn. zm.) – w ogłoszeniu tym strona pozwana określiła wartość zamówienia w wysokości 879.857,10 zł nie wskazując, co legło u podstaw takiego ustalenia; okres obowiązywania przyszłej umowy określono od 10 lutego 2011 r. do 31 grudnia 2014 r. Strona powodowa otrzymała zaproszenie do wzięcia udziału w w/w rokowaniach w rodzaju Leczenie Szpitalne w zakresie Okulistyka- Zespół (...), Okulistyka – Zespół (...) (...). W dniu 10 lutego 2011 r. na stronach internetowych pozwanego NFZ zamieszczono ogłoszenie o rozstrzygnięciu postępowania w trybie rokowań, w którym wskazano, że dokonano wyboru strony powodowej do zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. W dniu 15 lutego 2011 r. strona powodowa wezwała stronę pozwaną do zapłaty za miesiąc styczeń 2011 r. kwoty stanowiącej 1/12 należności jaką otrzymałaby, gdyby strona pozwana prawidłowo przeprowadziła postępowanie konkursowe - w odpowiedzi strona pozwana wskazała, iż „wartość ogłoszonego w dniu 1 lutego 2011 r. postępowania odpowiada miejscu w rankingu jakie zajmowałaby oferta strony powodowej uwzględniają oświadczenie oferenta w sprawie posiadania aparatu (...), zaś początek okresu obowiązywania umowy nie może być wcześniejszy niż dzień rozstrzygnięcia postępowania”. W dniu 17 marca 2011 r. strona powodowa otrzymała projekty stosownej umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, a w dniu 19 kwietnia 2011 r. podpisany przez stronę pozwaną egzemplarz tejże umowy. Decyzją z dnia 10 października 2011 r. Prezes NFZ uchylił zaskarżoną decyzję Dyrektora (...) NFZ, w której zalecił stronie pozwanej podjęcie czynności, które skutecznie zadośćuczynią naruszeniu interesu prawnego strony powodowej.

Strona powodowa podniosła, iż Komisja Konkursowa powołana przez pozwanego NFZ dopuściła się w toku w/w postępowania konkursowego błędów, które skutkowały powstaniem po stronie Szpitala szkody – gdyby bowiem Komisja prawidłowo ustaliła, że strona powodowa posiada aparat (...), to ta ostatnia nie musiałaby odwoływać się od rozstrzygnięcia konkursu ofert i w efekcie zawarłaby umowę od dnia 1 stycznia 2011 r., a nie jak miało to miejsce w przedmiotowej sprawie od 10 lutego 2011 r. Strona powodowa zawarłaby zatem z pozwanym NFZ umowę na kwotę 991.194,00 zł, a tymczasem zawarta umowa opiewała na kwotę 879.811,20 zł.

Jako podstawę odpowiedzialności strony pozwanej wskazała przepisy o zobowiązaniach mówiące w szczególności o tym, że szkoda może być naprawiona również przez wykonanie określonego zobowiązania, a także przepisy o odpowiedzialności deliktowej, tj. art. 415 lub art. 417 Kc.

Modyfikując żądanie pozwu strona powodowa cofała wcześniejsze jego warianty.

W odpowiedzi na pozew strona pozwana wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie od strony powodowej na jej rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego w wysokości dwukrotnej stawki minimalnej.

Uzasadniając swoje stanowisko strona pozwana przyznała, iż zorganizowanym przez siebie konkursie na zawarcie umowy o udzielanie świadczeń zdrowotnych strona powodowa złożyła ofertę w rodzaju Leczenie Szpitalne w zakresie Okulistyka- Zespół (...), Okulistyka – Zespół (...) (...) oraz że w konsekwencji przeprowadzonego konkursu pozwany NFZ zawarł ze stroną powodową umowę na kwotę 879.811,20 zł, której okres obowiązywania został określony od 10 lutego 2011 r. do 31 grudnia 2014 r. (który to okres wynikał z terminu rozstrzygnięcia rokowań i konieczności uwzględnienia przepisów art. 132 ust. 2 i art. 155 ust. 3 ustawy o świadczenia, stosownie do których umowa o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej może być zawarta wyłącznie ze świadczeniodawcą, który został wybrany do udzielania świadczeń w postępowaniu a umowa zawarta poza zakresem postępowania jest nieważna). Strona pozwana przyznała również, iż wycena punktowa oferty strony powodowej była obarczona błędem polegającym na nieuwzględnieniu - w pierwszej części postępowania konkursowego - posiadania przez powodowy Szpital aparatu (...) lub (...) w lokalizacji, aczkolwiek – według niej – błąd ten mógł, ale nie musiał mieć wpływu na wybranie bądź niewybranie oferty strony powodowej. Strona pozwana zwróciła uwagę, iż w konkursie ofert komisja może wybrać ofertę lub większą liczbę ofert, które zapewniają ciągłość udzielania świadczeń opieki zdrowotnej, kompleksowość udzielanych świadczeń opieki zdrowotnej i ich dostępność oraz przedstawiają najkorzystniejszy bilans ceny w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, lub nie dokonać wyboru żadnej oferty, jeżeli nie wynika z nich możliwość właściwego udzielania świadczeń opieki zdrowotnej – strona powodowa zauważyła, iż komisja konkursowa ma więcej możliwości co do sposobu wyboru ofert i nie ma obowiązku przyjęcia w całości nawet ofert najkorzystniejszych, a tym bardziej nie jest zobowiązana do przyjęcia w całości ofert plasujących się na dalszych pozycjach w rankingu. Strona pozwana zauważyła, iż w razie nie wystąpienia w/w błędu oferta powodowego Szpitala mogła być wcale nie wybrana i nie zawarłby on z NFZ żadnej umowy, natomiast na skutek wystąpienia błędu zawarł on taką umowę na hipotetycznie najkorzystniejszych dla siebie warunkach – od niekorzystnego dla siebie rozstrzygnięcia komisji konkursowej w pierwotnym postępowaniu strona powodowa złożyła bowiem odwołanie, które zostało przez Dyrektora(...)NFZ uwzględnione, a czego skutkiem było ponowne przeprowadzenie postępowania w trybie rokowań; chcąc zadośćuczynić interesom strony powodowej NFZ ogłosił w/w rokowania na kwotę odpowiadającą hipotetycznie kwocie, jaka stronie powodowej zostałaby w konkursie zaproponowana w najkorzystniejszym dla niego biegu spraw i przy założeniu, że błąd w komisji konkursowej nie wystąpił.

Strona pozwana zarzuciła, iż uzasadnieniem dla oddalenia przedmiotowego powództwa sama podstawa prawna żądania, tj. art. 417 Kc, która nie znajduje zastosowania w stosunkach cywilnoprawnych – przepis ten dotyczy bowiem odpowiedzialności przy wykonywaniu władzy publicznej, a zatem dotyczy wyłącznie publicznoprawnej sfery działania i aktów imperium bez względu na typ podmiotu, który aktów takich z mocy prawa dokonuje. W ocenie strony pozwanej, odpowiedzialność odszkodowawcza nie zachodzi zaś z braku jej przesłanek, przede wszystkim z uwagi na brak szkody. Jak zauważyła strona pozwana, okolicznościami, które – w ocenie powoda- mają wywoływać u niego rzekomą szkodę jest umowa zawarta w wyniku wtórnego postępowania na 11-to miesięczny okres finansowania (szkodą ma być kwota wynagrodzenia za miesiąc niedoszłej do skutku umowy w tym zakresie) oraz ewentualnie umowa, którą z powodem zawarto w wyniku wtórnego postępowania porównywana przez niego z umową, którą rzekomo zawarto by gdyby postępowanie pierwotne nie miało mankamentów.

W ocenie strony pozwanej pierwszy błąd w rozumowaniu strony powodowej polega na wadliwym, hipotetycznym stanie rzeczy, za który poczytuje ona zawarcie umowy w pierwotnym postępowaniu na kwotę wyższą niż kwota zaproponowana i przyjęta przez stronę powodową w toku wtórnego postępowania przeprowadzonego w trybie rokowań; z kolei drugim błędem jest założenie, że zaproponowana w toku postępowania prowadzonego w trybie rokowań kwota odpowiadała wysokości umowy na okres finansowania około 11 miesięcy i że – w razie wybrania oferty strony powodowej w konkursie ofert na cały rok – kwota ta byłaby proporcjonalnie wyższa.

Wyrokiem z dnia 25 lutego 2015 r. Sąd Okręgowy w Krakowie oddalił powództwo ( pkt. I ), umarzając postępowanie w części objętej cofnięciem pozwu ( pkt. II ). W pkt. III wyroku zasądzono od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 3.617 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Za okoliczności bezsporne między stronami Sąd Okręgowy uznał to, że w dniu 15 września 2010 r. na stronie internetowej Narodowego Funduszu Zdrowia (...) Oddziału Wojewódzkiego (dalej:(...)NFZ bądź strona pozwana) zostało zamieszczone ogłoszenie nr(...) konkursie ofert poprzedzających zawarcie umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju Leczenie Szpitalne, w zakresach Okulistyka- Zespół (...) – Zespół (...) (...), na obszarze województwa (...). W przedmiotowym ogłoszeniu wartość zamówienia określono na nie więcej niż 11.592.963,00 zł na okres rozliczeniowy od 1 stycznia 2011 r. do 31 grudnia 2011 r., a okres obowiązywania umowy od 1 stycznia 2011 r. do 31 grudnia 2014 r. Termin składania ofert przez świadczeniodawców określono na dzień 11 października 2010 r., zaś termin otwarcia ofert – na dzień 14 października 2010 r. Zgodnie z ogłoszeniem wyniki konkursu ofert miały zostać opublikowane w dniu 6 grudnia 2010 r. na stronie internetowej (...)NFZ i tablicy informacyjnej znajdującej się w siedzibie tej jednostki organizacyjnej. Jednocześnie w treści ogłoszenia zamieszczono informację, że świadczeniodawcom, których interes prawny doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez stronę pozwaną zasad przeprowadzania postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, przysługują środki odwoławcze i skarga.

W konkursie zorganizowanym przez stronę powodową wziął m.in. udział Szpital Miejski w R., który w dniu 9 października 2010 r. złożył stosowną ofertę (nr (...)). W treści oferty strona powodowa zaoferowała cenę za punkt rozliczeniowy w kwocie 51,00 zł: a) w zakresie Okulistyka – Zespół (...) przy liczbie punktów rozliczeniowych 6.000,00 na łączną kwotę 306.000,00 zł; b) w zakresie Okulistyka- Zespół (...) (...) przy liczbie punktów rozliczeniowych 30.000,00 na łączną kwotę 1.530.000,00 zł. W ankiecie ofertowej w pkt 1.2.1.1. oferent oświadczył, iż nie zapewnia aparatu (...) lub (...) w lokalizacji (k. 122-163). W dniu 18 listopada 2010 r. strona pozwana przeprowadziła kontrolę strony powodowej, podczas której ustalono, że formularz ofertowy z uwzględnieniem oświadczeń jest zgodny ze stanem faktycznym – podczas przeprowadzonej kontroli oferent przedłożył zespołowi kontrolującemu oświadczenie, że popełnił błąd podczas wypełniania formularza ofertowego w cz. (...)i udzielił niezgodnej ze stanem faktycznym odpowiedzi na pytanie o zapewnienie aparatu (...) lub (...) w lokalizacji, jednakże Komisja Konkursowa nie wprowadziła tych sprostowanej informacji do systemu informatycznego, co skutkowało zaniżoną wyceną oferty.

W dniu 14 października 2010 r. w siedzibie strony pozwanej nastąpiło otwarcie ofert. W dniu 3 grudnia 2010 r. strona powodowa otrzymała zaproszenie na negocjacje w sprawie ustalenia liczby i ceny świadczeń opieki zdrowotnej. Przedmiotowe negocjacje odbyły się w dniu 6 grudnia 2010 r. W ich wyniku strony podjęły następujące ustalenia: w zakresie choroby wewnętrzne - hospitalizacja, oferent określił minimalną cenę jednostkową za punkt na kwotę 49,50 zł, przy minimalnej liczbie punktów w ilości 65.040; w zakresie chirurgia ogólna – hospitalizacja planowa, oferent określił minimalną cenę jednostkową za punkt na kwotę 48,00 zł, przy minimalnej liczbie punktów w ilości 60.000,00 zł; w zakresie okulistyka – zespół chirurgii jednego dnia, oferent określił minimalną cenę jednostkową za punkt na kwotę 45,90 zł, przy minimalnej liczbie punktów w ilości 36.000,00 zł; natomiast w zakresie izby przyjęć negocjacje przesunięto na termin późniejszy. Jednocześnie świadczeniodawca wyraził chęć przystąpienia do dalszych rozmów, których termin miał zostać ustalony telefonicznie (k. 166). W czasie negocjacji przeprowadzonych w dniach 21 grudnia i 28 grudnia 2010 r. oferent ostatecznie zaproponował cenę jednostkową 45,75 zł za punkt rozliczeniowy przy minimalnej liczbie punktów 6.000,00 dla zakresu Okulistyka- Zespół (...) na kwotę 274.500,00 zł, oraz przy minimalnej liczbie punktów 30.000,00 dla zakresu Okulistyka- Zespół (...) (...)na kwotę 1.372.500,00 zł. Łączna wartość kwotowa oferty złożonej przez stronę powodową wyniosła więc 1.647.000,00 zł. W dniu 30 grudnia 2010 r. na stronach internetowych(...)NFZ w K. zamieszczono ogłoszenie o rozstrzygnięciu postępowania w trybie konkursu ofert. W treści ogłoszenia Komisja Konkursowa poinformowała, że w wyniku przeprowadzonego postępowania wybrano następujących oferentów: Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej (...) Klinika (...), z siedzibą w P., Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej (...) Centrum (...), M. K. w C., „(...)z siedzibą w K., Szpital (...) w L., Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej (...) Diagnostyka i (...) w O., Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej (...) Medyczna (...) w K., Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w B., Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej

(...). Strona powodowa nie została wskazana jako uprawniona do zawarcia umowy o udzielanie świadczeń zdrowotnej. W dniu 5 stycznia 2010 r. strona powodowa złożyła do strony pozwanej - w trybie art. 152 ust. 1 w zw. z art. 154 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (t.j. Dz. U. z 2008 r., nr 164, poz. 1027 z późn. zm. – dalej ustawa o świadczeniach) – odwołanie od w/w rozstrzygnięcia konkursu, formułując w nim szereg zarzutów dotyczących prawidłowości prowadzonego postępowania i wnosząc o ponowne jego przeprowadzenie. Strona powodowa zarzuciła w szczególności, iż w trakcie trwającego konkursu doszło do naruszenia przez Komisję Konkursową zasad przeprowadzania postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, w wyniku czego uszczerbku doznał jego interes prawny. W dniu 20 stycznia 2011 r. strona powodowa otrzymała decyzję Dyrektora (...) z dnia 18 stycznia 2011 r., w której uwzględnił on w/w odwołanie strony powodowej (k. 228-234). Dyrektor (...) NFZ stwierdził m.in., że obowiązkiem Komisji Konkursowej było dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty lub większej ilości ofert, które zapewnią – zgodnie z art. 148 pkt 1 ustawy o świadczeniach – ciągłość, kompleksowość, jakość i dostępność udzielanych świadczeń zdrowotnych w oparciu w szczególności o kryteria oceny ofert zawarte w zarządzeniu nr (...) Prezesa NFZ wydanym na podstawie art. 146 ust. 3 ustawy o świadczeniach. Dyrektor (...) NFZ zwrócił uwagę, iż Komisja Konkursowa w części jawnej postępowania dokonując oceny oferty stwierdziła, że oferta strony powodowej spełnia wymogi (...), a tymczasem okazało się, iż doszło do błędu, albowiem liczba punktów za kryteria pozacenowe nie uwzględniała posiadania przez stronę powodową aparatu (...) lub (...) w lokalizacji, za co można było uzyskać dodatkowe 8,75 punktów. W dniu 26 stycznia 2011 r. strona powodowa złożyła odwołanie od decyzji Dyrektora strony pozwanej z dnia 18 stycznia 2011 r. do Prezesa NFZ w części dotyczącej uzasadnienia od decyzji. W odwołaniu strona powodowa zarzuciła stronie pozwanej szereg nieprawidłowości, które w sposób niezgodny ze stanem faktycznym i prawnym przedstawiała w uzasadnieniu strona pozwana.

W dniu 26 stycznia 2011 r. na stronach internetowych strony pozwanej zamieszczono ogłoszenie nr (...) o rokowaniach w sprawie udzielania świadczeń opieki zdrowotnej wskazując jako podstawą prawną art. 139 ust. 2 ustawy o świadczeniach. W treści ogłoszenia strona pozwana wskazała, iż wartość zamówienia wynosi nie więcej niż 879.857,10 zł na okres rozliczeniowy od 4 lutego 2011 r. do 31 grudnia 2011 r., zaś okres obowiązywania umowy od 4 lutego 2011 r. do 31 grudnia 2011 r. Tego samego dnia strona pozwana wystosowała do strony powodowej zaproszenie do wzięcia udziału w rokowaniach w rodzaju Leczenie Szpitalne w zakresie Okulistyka- Zespół (...), Okulistyka- Zespół (...)(...)

W dniu 27 stycznia 2011 r. strona powodowa zwróciła się do strony pozwanej z zapytaniem na jakiej podstawie podjęto decyzję o okresie obowiązywania umowy oraz zadeklarowanej wartości zamówienia. Strona powodowa zwróciła uwagę, iż skoro jej uznane odwołanie ma na celu naprawienie uszczerbku w interesie prawnym świadczeniodawcy powstałym w wyniku naruszenia przez Fundusz zasad przeprowadzania postępowania w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, okres obowiązywania umowy powinien być ustalony w taki sposób, by świadczeniodawca otrzymał takie uprawnienia, jakie by mu przysługiwały, gdyby Fundusz nie naruszył tych zasad, zatem czas jej obowiązywania powinien obejmować okres od 1 stycznia 2011 r. do 31 grudnia 2011 r. W piśmie z dnia 31 stycznia 2011 r. strona powodowa – wobec braku odpowiedzi na jej pismo z dnia 27 stycznia 2011 r. – wskazała stronie pozwanej, że zmuszona została do złożenia oferty w rodzaju Leczenie Szpitalne w zakresie Okulistyka- Zespół (...), Okulistyka- Zespół (...) (...) w kwocie 879.857,10 zł na okres rozliczeniowy od 4 lutego 2011 r. do 31 grudnia 2011 r., określonej w zaproszeniu do wzięcia udziału w rokowaniach. W dniu 1 lutego 2011 r. na stronach internetowych strony pozwanej zamieszczono komunikat w sprawie odwołania postępowania konkursowego w rodzaju Leczenie Szpitalne – Okulistyka – Zespół (...).

W dniu 1 lutego 2011 r. na stronach internetowych strony pozwanej zamieszczono ogłoszenie nr (...) o rokowaniach w sprawie udzielania opieki zdrowotnej wskazując jako podstawą prawną art. 139 ust. 2 ustawy o świadczeniach. W treści ogłoszenia strona pozwana wskazała, iż wartość zamówienia wynosi nie więcej niż 879.857,10 zł na okres rozliczeniowy od 10 lutego 2011 r. do 31 grudnia 2011 r., zaś okres obowiązywania umowy od 10 lutego 2011 r. do 31 grudnia 2014 r. Tego samego dnia strona pozwana wystosowała do strony powodowej zaproszenie do wzięcia udziału w rokowaniach w rodzaju Leczenie Szpitalne w zakresie Okulistyka- Zespół (...), Okulistyka- Zespół (...) (...). W piśmie z dnia 31 stycznia 2011 r. strona powodowa – wobec braku odpowiedzi na jej pismo z dnia 27 stycznia 2011 r. – wskazała

stronie pozwanej, że zmuszona została do złożenia oferty w rodzaju Leczenie Szpitalne w zakresie Okulistyka- Zespół (...), Okulistyka- Zespół (...)(...)w kwocie 879.857,10 zł na okres rozliczeniowy od 4 lutego 2011 r. do 31 grudnia 2011 r., określonej w zaproszeniu do wzięcia udziału w rokowaniach.

W piśmie z dnia 3 lutego 2011 r. strona powodowa – wobec braku odpowiedzi na jej pismo z dnia 27 stycznia 2011 r. – wskazała stronie pozwanej, że zmuszona została do złożenia oferty w rodzaju Leczenie Szpitalne w zakresie Okulistyka- Zespół (...), Okulistyka- Zespół (...) (...)w kwocie 879.857,10 zł na okres rozliczeniowy od 10 lutego 2011 r. do 31 grudnia 2011 r., określonej w zaproszeniu do wzięcia udziału w rokowaniach (k. 300, oferta – k. 301-344). W dniu 8 lutego 2011 r. strona powodowa otrzymała zaproszenie do wzięcia udziału w negocjacjach na dzień 9 lutego 2011 r. W dniu 9 lutego 2011 r. w siedzibie strony pozwanej odbyło się spotkanie negocjacyjne, z którego został sporządzony protokół końcowy. Protokół końcowy zawierał ostateczne stanowiska stron w procesie negocjacji co do ilości i ceny świadczeń opieki zdrowotnej – stanowiska stron były zbieżne zarówno co do cen jednostkowych - 45,90 zł oraz co do ilości punktów: 3.833 w zakresie Okulistyka- Zespół (...) i 15.335 w zakresie Okulistyka- Zespół (...) (...), a w konsekwencji co wartości świadczeń – 879.811,20 zł. W dniu 14 lutego 2011 r. strona powodowa otrzymała pismo od strony pozwanej z dnia 10 lutego 2011 r., w którym odmówiono jej uwzględnienia żądań zawartych w piśmie z dnia 27 stycznia 2011 r. W dniu 10 lutego 2011 r. na stronach internetowych strony pozwanej zamieszczono ogłoszenie o rozstrzygnięciu postępowania w trybie rokowań na podstawie art. 144 ustawy, w którym wskazano, że dokonano wyboru strony powodowej do zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej.

W dniu 15 lutego 2011 r. strona powodowa wystosowała pismo do strony pozwanej żądając niezwłocznego przesłania projektu umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie Okulistyka- Zespół (...) – Zespół (...) oraz by projekt umowy obejmował okres od 1 stycznia 2011 r. Równocześnie strona powodowa wezwała stronę pozwaną do zapłaty za miesiąc styczeń 2011 r. kwoty stanowiącej 1/12 należności jaką strona powodowa otrzymałaby, gdyby strona pozwana prawidłowo przeprowadziła postępowanie konkursowe w rodzaju Leczenie Szpitalne w zakresie Okulistyka- Zespół (...)- Zespół (...) (...). W dniu 28 lutego 2011 r. strona powodowa otrzymała od strony pozwanej pismo z dnia 25 lutego 2011 r., w którym strona pozwana wskazała, że wartość ogłoszonego w dniu 1 lutego 2011 r. postępowania odpowiada miejscu w rankingu jakie zajmowałaby oferta strony powodowej uwzględniając oświadczenie oferenta w sprawie posiadania aparatu (...). Odnosząc się do terminu obowiązywania umowy, strona pozwana stwierdziła, że składając ofertę na postępowanie oferent zapoznaje się z treścią ogłoszenia i przyjmuje je do akceptacji w tym również obowiązywania umowy. Strona pozwana oświadczyła, iż stoi na stanowisku, że umowa może zostać podpisana na okres wskazany w ogłoszeniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, z tym zastrzeżeniem, że początek okresu obowiązywania umowy nie może być wcześniejszy niż dzień rozstrzygnięcia postępowania. Jednocześnie strona powodowa przeprosiła za wcześniejsze uchybienia. W dniu 17 marca 2011 r. strona powodowa otrzymała od strony pozwanej projekty umowy nr (...). W dniu 23 marca 2011 r. strona powodowa przedłożyła – za pismem z dnia 23 marca 2011 r. – stronie pozwanej egzemplarze jednostronnie podpisanych umów nr (...) o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej – leczenie szpitalne; jednocześnie strona powodowa wezwała po raz kolejny stronę pozwaną do zawarcia umowy stosownie do wezwania z dnia 27 stycznia 2011 r. W dniu 19 kwietnia 2011 r. strona powodowa otrzymała od strony pozwanej podpisany przez nią egzemplarz umowy nr (...) r. o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej – leczenie szpitalne z dnia 17 marca 2011 r. W dniu 8 kwietnia 2011. strona powodowa otrzymała pismo strony pozwanej z dnia 7 kwietnia 2011 r., w którym odmówiono jej zawarcia umowy o udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej na warunkach przez nią wskazanych. W dniu 11 kwietnia 2011 r. strona powodowa otrzymała pismo od Prezesa NFZ z dnia 7 kwietnia 2011 r., w którym Prezes NFZ przedłużył termin do rozpatrzenia odwołania od decyzji Dyrektora strony pozwanej z dnia 18 stycznia 2011 r. W odpowiedzi na pismo z dnia 7 kwietnia 2011 r. strona powodowa zwróciła się do Prezesa NFZ z pytaniem, czy zostaną udostępnione oferty i rankingi oceny ofert innych świadczeniodawców biorących udział w postępowaniu konkursowym. W dniu 11 maja 2011 r. strona powodowa ponownie zwróciła się do Prezesa NFZ z pytaniem, czy zostaną udostępnione oferty i rankingi oceny ofert innych świadczeniodawców biorących udział w postępowaniu konkursowym. W dniu 13 maja 2011 r. strona powodowa otrzymała pismo od Prezesa NFZ z dnia 9 maja 2011 r., że oferty i rankingi oceny ofert innych świadczeniodawców nie zostaną udostępnione. W dniu 16 maja 2011 r. strona powodowa poinformowała Prezesa NFZ, że w związku z nieudostępnieniem ofert innych świadczeniodawców nie skorzysta z prawa do wglądu w zebrany materiał dowodowy.

Decyzją nr (...) z dnia 10 października 2011 r. Prezes NFZ uchylił zaskarżoną decyzję Dyrektora(...)NFZ w K. z dnia 18 stycznia 2011 r. w części uzasadnienia oraz uwzględnił odwołanie strony powodowej w części uzasadnienia. W decyzji tej Dyrektor NFZ zalecił stronie pozwanej podjęcie czynności, które skutecznie zadośćuczynią naruszeniu interesu prawnego odwołującego.

Zgodnie z zarządzeniem nr (...) Prezesa NFZ z dnia 13 listopada 2009 r. w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej – wydanym na podstawie art. 102 ust. 5 pkt 25 i art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy o świadczeniach – oceny ofert należy dokonywać według następujących kryteriów: 1) jakość – ocenianą w szczególności poprzez: a) kwalifikacje personelu, jego umiejętności oraz doświadczenie, b) wyposażenie oferenta w sprzęt i aparaturę medyczną, c) zewnętrzną ocenę jakości, d) wyniki kontroli prowadzonej przez NFZ; 2) kompleksowość – ocenianą w szczególności poprzez: a) możliwość kompleksowej realizacji świadczeń opieki zdrowotnej w danym zakresie, uwzględniająca wszystkie etapy i elementy procesu ich realizacji (w tym diagnostyczne i terapeutyczne), b) planowaną strukturę świadczeń opieki zdrowotnej w danym zakresie lub planowany profil leczonych przypadków, c) ofertę udzielania świadczeń opieki zdrowotnej w innych rodzajach, zapewniającą łącznie ciągłość procesu diagnostycznego lub terapeutycznego, d) wymania formalne; 3) dostępność – ocenianą w szczególności poprzez: a) liczbę dni i godzin pracy w harmonogramie pracy, b) organizację przyjęć świadczeniobiorców, c) brak barier dla osób niepełnosprawnych; 4) ciągłość – ocenianą w szczególności poprzez ryzyko jej przerwania w wyniku niespełnienia przez oferenta wymagań, określonych dla zakresu w dniu złożenia oferty; 5) ceny – ocenianej poprzez odniesienie ceny jednostki rozliczeniowej zaproponowanej przez oferenta w ofercie lub stanowiącej końcowy wynik negocjacji w stosunku do ceny oczekiwanej przez NFZ w danym postępowaniu w sprawie zawarcia umowy.

Jak dodatkowo ustalił Sąd Okręgowy w toku wyżej opisanego postępowania konkursowego prowadzonego przez pozwaną(...)NFZ w K. – w pierwotnym jego etapie – jego uczestnicy złożyli następujące oferty:

- Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej (...) Diagnostyka i (...) z siedzibą w O. złożył ofertę na łączną kwotę 4.328.466,00 zł;
- Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej (...) Centrum (...), M. K. z siedzibą w C. złożył ofertę na łączną kwotę 8.400.000,00 zł;
- Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej (...) z siedzibą w K. złożył ofertę na łączną kwotę 2.142.000,00 zł;
- Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej (...) z siedzibą w T. złożył ofertę na łączną kwotę 3.060.612,00 zł;
- Szpital (...) w L. złożył ofertę na łączną kwotę 1.389.750,00 zł;
- Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej (...) Klinika (...) z siedzibą w P. złożył ofertę na łączną kwotę 3.825.000,00 zł;
- Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej (...) Medyczna (...) z siedzibą w K. złożył ofertę na łączną kwotę 6.500.000,00 zł;
- Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w B. Szpital (...) złożył ofertę na łączną kwotę 1.540.200,00 zł;
- „(...)z siedzibą w K. złożył ofertę w łącznej kwocie 2.448.000,00 zł. Po przeprowadzeniu negocjacji, w oparciu o ostateczne wartości ofert złożonych przez poszczególnych uczestników postępowania konkursowego i zaakceptowanych przez (...) NFZ, został sporządzony przez Komisję Konkursową strony pozwanej tzw. ranking końcowy. Pierwsze miejsce w rankingu zajął Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej (...) Diagnostyka i (...) z ofertą o łącznej wartości 1.453.050,80 zł, co stanowiło 33,57% oferty początkowej. Drugie miejsce w rankingu zajął Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej (...) Centrum (...), M. K. z siedzibą w C. z ofertą o łącznej wartości 1.198.311,30 zł, co stanowił 14,27% oferty początkowej. D. w rankingu zajął również Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej (...) z siedzibą w K. z ofertą o łącznej wartości 1.198.311,30 zł, co stanowił 55,94 % oferty początkowej. Drugie miejsce

w rankingu zajął również Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej (...) z siedzibą w T. z ofertą o łącznej wartości 1.198.311,30 zł.

Piąte miejsce w rankingu zajął Szpital (...) w L. z ofertą o łącznej wartości 943.525,00 zł, co stanowiło 39,15 % oferty początkowej. Szóste miejsce w rankingu zajął Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej (...) Klinika (...) z siedzibą w P. ofertą o łącznej wartości 816.158,00 zł, co stanowiło 21,24% oferty początkowej.

Siódme miejsce w rankingu zajął Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej (...) Medyczna (...) z siedzibą w K. z ofertą na kwotę 378.871,50 zł, co stanowiło 58,29% oferty początkowej. Ósme miejsce w rankingu zajął Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w B. Szpital (...) z ofertą na kwotę 498.244,50 zł, co stanowiło 32,35% oferty początkowej. Ósme miejsce w rankingu zajął również „(...)z siedzibą w K. z ofertą na kwotę 498.244,50 zł, co stanowiło 20,35%. Strona powodowa zajęła w rankingu końcowym dwunaste miejsce.

Protokół końcowy z negocjacji prowadzonych pomiędzy stroną powodową a stroną pozwaną z dnia 28 grudnia 2010 r. był protokołem rozbieżności, co oznacza, że na ten dzień strony nie doszły do konsensusu i oferta konkursowa złożona pierwotnie przez stronę powodową nie została na ten moment wybrana. W toku negocjacji strona powodowa złożyła ofertę opiewającą na łączną kwotę 1.647.000,00 zł przy ilości minimalnej punktów 6.000 w zakresie Okulistyka-Zespół (...) i 3.000 w zakresie Okulistyka- Zespół (...)i cenie jednostkowej w wysokości 45.75 zł. Z kolei strona pozwana - pozostając w błędnym przekonaniu co do rzeczywistej pozycji strony powodowej rankingu, a to w związku z nieuwzględnieniem posiadania przez stronę powodową aparatu (...) lub (...) w lokalizacji) nie zaproponowała mu w trakcie pierwotnych negocjacji nic (propozycja „O zł”). Ostatecznie po dodatkowych rokovaniach strona pozwana zawarła ze stroną powodową umowę na kwotę 879.857,10 zł, która stanowi 53,42% pierwotnej oferty strony powodowej złożonej w toku konkursu.

W swoich rozważaniach prawnych Sąd Okręgowy wskazał, że powództwo nie zasługiwało na uwzględnienie. Zgodnie z – powoływanym przez stronę powodową - art. 417 § 1 Kc, za szkodę wyrządzoną przez niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej ponosi odpowiedzialność Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego lub inna osoba prawna wykonująca tę władzę z mocy prawa. Podkreślić jednak należy, iż w/w przepis znajduje zastosowanie jedynie w zakresie stosunków prawnych, w których państwo lub jednostka samorządu terytorialnego albo inna osoba prawna wykonuje władzę publiczną, tzn. nie ma on zastosowania do sfery dominium (najczęściej działalności gospodarczej), w której Skarb Państwa i jednostki samorządu terytorialnego traktowane są jak inne osoby prawne i ponoszą odpowiedzialność odszkodowawczą na takich samych zasadach jak te podmioty. Rozwiązanie takie stanowi realizację zasady równości wobec prawa. Sfera wykonywania władzy publicznej (imperium) obejmuje stosunki prawne, w których państwo lub jednostka samorządu terytorialnego występuje w pozycji nadrzędnej, mogąc jednostronnie władczo kształtować prawa lub obowiązki innego podmiotu i stosować środki przymusu w celu zapewniania realizacji tych praw lub obowiązków - np. obowiązkowe szczepienia ochronne, obowiązek szkolny. Wyróżnienie sfery wykonywania władzy publicznej dokonywane jest w oparciu o kryteria przedmiotowe, a nie podmiotowe, władzę publiczną wykonywać mogą organy władzy ustawodawczej, wykonawczej i sądowej Z wykonywaniem władzy publicznej nie mamy do czynienia w stosunkach opartych na zasadzie równorzędności stron. Szczególne wątpliwości powstać mogą w związku ze szkodami powstałymi w wyniku działalności państwowej służby zdrowia. Poza pojedynczymi przypadkami (szczepienia obowiązkowe), korzystanie z publicznej służby zdrowia nie jest obowiązkowe, obok państwowej służby zdrowia funkcjonuje sektor prywatny. Publiczna służba zdrowia nie jest sferą, w której państwo lub jednostki samorządu terytorialnego dysponują środkami władczymi wobec obywateli. Na gruncie dawnego stanu prawnego (przed nowelizacją art. 417 Kc) przepis ten stanowił podstawę odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa za szkody wyrządzone w trakcie leczenia, ponieważ lekarze uznawani byli za funkcjonariuszy państwowych. Zapewnienie właściwego funkcjonowania opieki zdrowotnej (podobnie jak edukacji, czy systemu emerytalnego) jest jednym z zadań państwa - funkcją publiczną, jednak nie jest to zadanie realizowane w sposób władczy. Przymus korzystania z publicznej opieki zdrowotnej nie ma charakteru prawnego, ale faktyczny.



Postępowanie w sprawie zawierania umów ze świadczeniodawcami uregulowane jest w przepisach ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (t. jedn. - Dz. U. z 2008 r., nr 164, poz. 1027 z późn. zm. – dalej: ustawa o świadczeniach). Postępowanie to, pomimo odrębnej regulacji jest postępowaniem o charakterze cywilnoprawnym, którego charakter i zasady są wzorowane na uregulowanej w Kc instytucji przetargu (czy też zamówień publicznych - które są odmianą przetargu). Postępowanie to cechują równe dla wszystkich uczestników postępowania zasady uczestnictwa, nie ma w nim mowy o nadrzędności jednej strony postępowania nad drugą. Co prawda zamawiający „z góry” narzuca przedmiot oraz warunki „przetargu”, ale cecha ta nie jest elementem władztwa, lecz sposobu zawarcia przedmiotowej umowy gdzie zamawiający określa warunki zamówienia. Procedura zawierania przez NFZ umów ze świadczeniodawcami ma charakter typowo cywilnoprawny i zasada się na typowych instytucjach prawa cywilnego. Zgodnie z art. 155 ustawy o świadczeniach do umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeśli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W ocenie Sądu przepis ten należy rozumieć szeroko tj., iż obejmuje on całą procedurę udzielania świadczeń, czyli zarówno działania poprzedzające zawarcie umowy, jak i stosunek z takiej umowy wynikający (po jej zawarciu). Uwzględniając zatem powyższe uwagi w realiach niniejszej sprawy przyjąć należy, iż działania (sposób procedowania) Komisji konkursowej wyłonionej przez stronę pozwaną, zmierzające do wyłonienia podmiotów, z którymi zostaną zawarte kontrakty o świadczenie usług medycznych, nie mogą zostać uznane za „wykonywanie władzy publicznej”. Działania te nie były realizowane w sposób władczy, nie kształtowały „odgórnie” sytuacji prawnej strony powodowej, niczego jej nie narzucając. Komisja Konkursowa nie posiadała w szczególności narzędzi w postaci środków przymusu (typowych dla wykonywania władzy publicznej).

Na cywilnoprawny co do zasady charakter postępowania zmierzającego do zawarcia umowy o świadczenie usług opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych wskazał Naczelny Sąd Administracyjny w W.w postanowieniu z dnia 14.06.2007 r., sygn. II GSK 54/07 – którego wywód tut. Sąd podziela (z zastrzeżeniem, że odnosi się ono do brzmienia przepisów ustawy o świadczeniach obowiązującego w dacie jego wydania), iż „postępowanie prowadzone przez komisję, zmierzające do wyłonienia najkorzystniejszej oferty na udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, jest wzorowane na czynnościach poprzedzających zawarcie umowy cywilnoprawnej, uregulowanych w kodeksie cywilnym (art. 66 § 1 i nast. oraz art. 72 § 1 Kc). Rozstrzygnięcie tego postępowania przez komisję nie jest niczym innym, jak wyborem najkorzystniejszej oferty (ofert) przez zamawiającego. Podmiot prowadzący to postępowanie – Narodowy Fundusz Zdrowia reprezentowany przez dyrektora oddziału wojewódzkiego Funduszu - jest państwową jednostką organizacyjną, posiadającą osobowość prawną (art. 96 ust.1 ustawy). Nie jest zatem organem administracji publicznej w rozumieniu ustrojowym i nie przyznano mu generalnie kompetencji do stosowania środków prawnych, właściwych organom administracji publicznej. Jedynie na mocy konkretnych przepisów tej ustawy wydaje decyzje administracyjne (np. art. 154 ust. 6). Niewątpliwie więc postępowanie prowadzone przez komisję nie jest postępowaniem administracyjnym w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (t. j. z 2000 r., Dz. U. Nr 98, poz. 1071 ze zm.), zwanej dalej: k.p.a., a "rozstrzygnięcie" komisji nie jest decyzją administracyjną, ani innym aktem o charakterze administracyjnoprawnym. Sprawa o zawarcie umowy o udzielenie świadczenia staje się sprawą administracyjną z chwilą złożenia przez świadczeniodawcę odwołania od rozstrzygnięcia komisji. Ustawa wyraźnie stanowi bowiem, że po rozpatrzeniu odwołania Prezes Funduszu wydaje decyzję administracyjną (art. 154 ust. 6). W całym postępowaniu prowadzącym do zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej mamy zatem dwa etapy: cywilnoprawny i administracyjnoprawny. Postępowanie administracyjne w tej sprawie jest postępowaniem mającym na celu weryfikację rozstrzygnięcia (wyboru lub odrzucenia ofert) dokonanej przez komisję, prowadzonym według zasad Kodeksu postępowania administracyjnego.

Mając na uwadze przedstawioną powyżej argumentację Sąd Okręgowy nie podzielił przekonania strony powodowej o tym, iż działanie Komisji Konkursowej, z którym strona powodowa wiąże wyrządzenie jej szkody i które w istocie w okolicznościach niniejszej sprawy stanowić mogłoby jedyne i wyłączne źródło ewentualnej szkody, stanowiło „wykonywanie władzy publicznej”, co uzasadniałoby w konsekwencji odpowiedzialność strony pozwanej na zasadzie art. 417 Kc. Działanie strony pozwanej można oceniać jedynie na płaszczyźnie cywilnoprawnej (np. art. 415 Kc), a wobec faktu, iż nie doszło do zawarcia umowy – jedynie w ramach ujemnego interesu umownego w rozumieniu art. 72 § 2 Kc. W tym kontekście wskazać należy, iż ocena, że możemy mieć do czynienia co najwyżej z odpowiedzialnością

na zasadzie culpa in contrahendo (tj. odpowiedzialnością z powodu nie dojścia umowy do skutku z przyczyn leżących w czynnościach poprzedzających jej zawarcie) oraz z ograniczeniem odpowiedzialności do ujemnego interesu umownego oznacza, że co do zasady nie można w stanie faktycznym sprawy żądać kwot zaliczanych do dodatniego interesu umownego, jak też zmierzać do ukształtowania stosunku umownego w takim samym kierunku. Powoływany z kolei przez stronę powodową art. 363 § 1 Kc reguluje jedynie sposób naprawienia szkody, natomiast nie stanowi podstawy roszczenia odszkodowawczego ani też nie zakreśla granic ewentualnego odszkodowania.

W ocenie Sądu I instancji, brak jest również podstaw do przyjęcia, iż została spełniona w realiach niniejszej sprawy – określona w art. 415 Kc - przesłanka odpowiedzialności w postaci faktu zaistnienia szkody, albowiem strona powodowa nie wykazała tego faktu. Strona powodowa formułując ostatecznie sprecyzowane żądanie pozwu argumentuje, iż „powinna dostać pełną kwotę złożoną w ofercie na 2011 r. w zakresie świadczeń wskazanych w pozwie”, jak również twierdzi, że „w tym konkursie były podmioty, które dostały całą kwotę wskazaną w ofercie”. Podnieść należy, iż przedstawiona przez stronę powodową argumentacja nie znajduje żadnych podstaw zarówno w stanie faktycznym sprawy, jak i obowiązujących przepisach prawa. Z porównania przedłożonych do akt sprawy dokumentów w postaci tzw. rankingu otwarcia (zawierającego pierwotne wartości ofert złożonych przez świadczeniodawców uczestniczących w konkursie zorganizowanym przez stronę pozwaną) i tzw. rankingu końcowego (zawierającego wartości ofert świadczeniodawców zmienionych w toku negocjacji wynika, że w spornym postępowaniu konkursowym żadne uczestnik nie zawarł kontraktu na świadczenie usług opieki zdrowotnej, którego wartość byłaby równa pierwotnej ofercie, a wręcz przeciwnie – wszystkie podmioty w toku negocjacji silnie zredukowały swoje oferty (co było następstwem dużo wyższej wartości wszystkich ofert w stosunku do wartości przedmiotu postępowania). Zdaniem Sądu Okręgowego nieuprawnione jest twierdzenie strony powodowej, jakoby każda oferta początkowa musiała zostać w całości przyjęta, przynajmniej w tych postępowaniach, w których przewidziano negocjacje co do liczby i ceny świadczeń (art. 142 ust. 6-7 ustawy o świadczeniach), a zatem nieuprawnione jest również jej twierdzenie, jakoby musiałby jej oferta musiała być przyjęta w całości. Podkreślić należy, iż kontrakty z wybranymi oferentami są zawierane według wielkości końcowych (po negocjacjach), a więc w oparciu o wielkości z tzw. rankingu końcowego, a nie z tzw. rankingu otwarcia. W konkursie ofert Komisja Konkursowa może wybrać ofertę lub większą liczbę ofert, które zapewniają ciągłość udzielania świadczeń opieki zdrowotnej, kompleksowość udzielanych świadczeń opieki zdrowotnej i ich dostępność oraz przedstawiają najkorzystniejszy bilans ceny w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, lub nie dokonać wyboru żadnej oferty, jeżeli wynika z nich możliwość właściwego udzielania świadczeń opieki zdrowotnej (vide: art. 142 ust. 5 pkt 1 i 2 w zw. z art. 148 ustawy o świadczeniach i wydane na podstawie tejże ustawy zarządzenie nr (...) Prezesa NFZ z dnia 13 listopada 2009 r. w sprawie określenia kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej). Należy zwrócić uwagę, iż negocjacje co do liczby i ceny świadczeń stanowią w konkursach ofert prawną możliwość, a w praktyce regułę, bo zapewniają najlepszą konkurencyjność i efekty, zarówno z punktu widzenia publicznego płatnika jak i pacjentów, na których rzecz publiczny płatnik ma obowiązek działać – celem negocjacji jest uzgodnienie liczby i wartości świadczeń z oferentami dla umożliwienia dokonania wyboru jednego lub większej liczby ofert spośród tych, w końcowym rozrachunku najlepszych, celem zadowalającego zabezpieczenia świadczeń dla pacjentów na danym obszarze, w miarę możliwości, w największej liczbie i po najniższej cenie. Istota negocjacji zakłada konieczność uzyskania konsensu między stronami, których interesy są rozbieżne, ale również zawiera ewentualność niepowodzenia negocjacji z niektórymi a nawet ze wszystkimi oferentami, jeśli interesów tych nie udałoby się pogodzić. Z oferentem, którego początkowa oferta prezentowała się nawet najlepiej może nie zostać zawarta umowa, o ile – przykładowo – inny oferenci w toku negocjacji zmodyfikują swoje oferty (np. obniżą cenę i uzgodnią liczbę świadczeń), zaś ten oferent będzie obstawał przy ofercie początkowej, nie obniży ceny świadczeń, bądź w ogóle nie porozumie się co do liczby i ceny świadczeń, wskutek czego w rankingu końcowym uplasuje się on na gorszym miejscu i nie zostanie wybrany, bądź w ogóle pozbawi się możliwości zawarcia umowy, gdy nie osiągnie konsensu co do liczby i ceny świadczeń. W konsekwencji oczekiwanie zatem strony powodowej, że „należy jej się” kontrakt odpowiadający początkowej ofercie nie znajduje żadnego usprawiedliwienia. Strona powodowa w toku postępowania w żadnej mierze nie wykazała, iż mogła by uzyskać kontrakt na poziomie swojej pierwotnej oferty, skoro nawet najlepszy – według tzw. rankingu końcowego – oferenci uzyskali kontrakty o liczbie i wartości świadczeń, które były mniejsze od ich ofert początkowych,

a co więcej stosunek ofert końcowych poszczególnych uczestników do początkowych był różny bez względu na zajęte miejsce rankingowe.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, jedynym w zasadzie błędem strony pozwanej w procedurze konkursowej było nie dodanie stronie powodowej w pierwotnym etapie punktów za posiadanie aparatu (...) lub (...), jednakże następstwa tego błędu w toku późniejszych rokowań zostały naprawione – w wyniku rokowań strona powodowa uzyskała kontrakt na takich warunkach, jakie mogłaby uzyskać, przy czym również w warunkach porównywalnych do oferentów w tym konkursie wybranych; interes strony powodowej, pomimo doznania przejściowego uszczerbku, został w ten sposób zaspokojony w zakresie, w jakim to było możliwe i usprawiedliwione. Jak przy tym słusznie zauważa strona pozwana, powodowy Szpital po w/w rokowaniach znalazł się wręcz w sytuacji lepszej od przeciętnej dla oferentów wybranych w konkursie ofert, gdyż początkowa jego oferta wynosiła 1.647.000,00 zł, a po rokowaniach zawarto z nim umowę na kwotę 879.857,10 zł, co stanowi 53,42%, podczas gdy początkowa wartość wszystkich ofert wybranych w konkursie wynosiła 33.634.029,40 zł, zaś z wybranymi w konkursie świadczeniodawcami zawarto umowy na łączną sumę 11.592.928,20 zł – co z kolei stanowi jedynie 34,47%. Wybór ofert następuje z uwzględnieniem zarówno pozycji w rankingu, jak i w wyniku negocjacji co do ilości i ceny. Ponieważ negocjacje strony pozwanej ze stroną powodową co prawda się odbyły, lecz w zaburzonych błędem strony pozwanej okolicznościach, można zasadnie zakładać, że w normalnych okolicznościach przebiegałyby one inaczej, umowa mogła zostać zawarta, jednak nie można w sposób pewny twierdzić, na jaką ilość i wartość świadczeń by opiewała. W tym stanie rzeczy nie sposób przyjąć, iż strona powodowa mogła doznać lub doznała jakiegokolwiek szkody w rozumieniu art. 415 Kc.

W złożonej apelacji strona powodowa zaskarżyła powyższy wyrok w części tj. w pkt. I i III zarzucając mu :

1). naruszenie prawa materialnego tj. art. 417 Kc poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe do ustalonego stanu faktycznego zastosowanie art. 417 Kc, a w efekcie nieuzasadnione przyjęcie, że strona pozwana nie może być na gruncie niniejszej sprawy traktowana, jak państwowa osoba prawna wykonująca władzę publiczną, na której ciąży odpowiedzialność za szkodę spowodowaną niezgodnym z prawem przeprowadzeniem konkursu ofert na udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej, co w szerszym kontekście stanowi naruszenie właściwie rozumianego ustawowego i systemowego obowiązku ( kompetencji ) strony pozwanej w zakresie prawidłowej organizacji udzielania świadczeń zdrowotnych, przewidzianego w ustawie o świadczeniach zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych ;

2). naruszenie prawa materialnego poprzez błędną wykładnię art. 1 pkt. 3 w związku z art. 6 ust. 4 w związku z art. 97 ust. 1 – 3 oraz w związku z art. 107 ust. 5 pkt. 8 ustawy z dnia 27 sierpnia 2007 r. o świadczeniach zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych, skutkującą nieprawidłowym przyjęciem, że przewidziane we wskazanych w niniejszym zarzucie przepisach zadania władz publicznych realizowane przez Narodowy Fundusz Zdrowia oraz dyrektorów oddziałów wojewódzkich NFZ w celu zagwarantowania należytego finansowania i zapewnienia równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej, w tym przeprowadzanie konkursów ofert i zawieranie umów na udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, nie mieszczą się w sferze wykonywania władzy publicznej z tej tylko przyczyny, że działań tych nie cechuje możliwość stosowania przymusu, podczas gdy realizacja konstytucyjnych kompetencji i zadań państwa w sferze organizacji ochrony zdrowia, nawet pozbawiona elementu imperium jest tą formą działalności państwa, której cechą jest wykonywanie władzy publicznej ;

3). naruszenie prawa materialnego, tj. art. 72 § 2 Kc poprzez jego błędną wykładnię i w konsekwencji przyjęcie, że znajdował zastosowanie do ustalonego stanu faktycznego i prawnego sprawy, co w konsekwencji doprowadziło do oddalenia powództwa ;

4). naruszenie przepisów prawa procesowego, które miało wpływ na wynik sprawy, tj. art. 233 § 1 oraz art. 316 § 1 Kpc poprzez :

a) sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego polegającą na ustaleniu, iż :

- pomiędzy stronami nie doszło do zawarcia umowy, gdy tymczasem strony zawarły umowę z dnia 17 marca 2011 r. nr. (...) o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej – leczenie szpitalne, z faktyczną datą zawarcia w dniu 19 kwietnia 2011 r. i z datą obowiązywania od dnia 10 lutego 2011 r., co doprowadziło do oddalenia powództwa ze względu na okoliczność, iż w takich warunkach znajdował zastosowanie art. 72 § 2 Kc,

- strona powodowa nie wykazała szkody ani jej wysokości wymaganej treścią art. 415 Kc, gdy tymczasem zgromadzony w sprawie i dopuszczony przez sąd materiał dowodowy ponad wszelką wątpliwość wykazywał powstanie szkody i jej wysokość, co miało istotny wpływ na wynik sprawy, bowiem doprowadziło do oddalenia powództwa,

- pominięcie wniosków dowodowych strony powodowej i niedopuszczenie dowodów zawnioskowanych w pozwie, podtrzymywanych podczas rozpraw oraz w pismach przygotowawczych strony powodowej, w szczególności w pismach z dnia 9 października 2014 r. oraz w 21 października 2014 r. tj. pełnych ofert złożonych przez oferentów, wszystkich protokołów sporządzonych podczas negocjacji z oferentami, szczegółowych rankingów początkowych i końcowych lub innych oceny ofert strony powodowej i oferentów sporządzanych przez stronę pozwaną, umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej zawartych pomiędzy stroną pozwaną a oferentami, oraz ofert, wszystkich protokołów oraz protokołów końcowych z negocjacji, szczegółowych rankingów początkowego i końcowego lub innych ocen ofert oferentów, którzy w trybie art. 144 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych prowadzili rokowania ze stroną pozwaną – co nie pozwoliło na określenie czy Komisja Konkursowa prawidłowo przypisała ilość punktów poszczególnym oferentom i w konsekwencji ustalenie czy zajęte przez oferentów miejsca w rankingu końcowym były prawidłowe, co miało istotny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy, bowiem bez ich przeprowadzenia Sąd Okręgowy oprął się jedynie na oświadczeniu wiedzy strony pozwanej, które poprzez nie dopuszczenie wskazanych dowodów nie zostało w jakikolwiek sposób zweryfikowane co do jego prawdziwości, a kwestia ta miała zasadnicze znaczenie dla prawidłowego rozstrzygnięcia sprawy wobec okoliczności, iż Sąd Okręgowy uznał, że zajęte przez oferenta w rankingu końcowym miejsce miało wpływ na wysokość zawartej umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej.

Wskazując na powyższe zarzuty strona powodowa wniosła o :

- zmianę zaskarżonego wyroku w kwestionowanej części poprzez zobowiązanie strony pozwanej Narodowego Funduszu Zdrowia - (...) Oddziałowi Wojewódzkiemu Narodowego Funduszu Zdrowia w K. do zawarcia aneksu do umowy nr (...) z dnia 17 marca 2011 r. o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej na kwotę 770.064,00 zł, w zakresie Okulistyka- Zespół (...) na kwotę 99.140,25 zł (tj. 2.167 pkt po cenie jednostkowej 45,75 zł) oraz w zakresie Okulistyka- Zespół (...) (...) na kwotę 670.923,75 zł (tj. 14.665 pkt. po cenie jednostkowej 45,75 zł) – na okres jednego roku od uprawomocnienia się wyroku w niniejszej sprawie ;

ewentualnie na wypadek nie uwzględnienia tego żądania :

- uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Krakowie Wydział I Cywilny do ponownego rozpoznania – przy uwzględnieniu kosztów procesu w postępowaniu odwoławczym ;

- zasądzenie od strony pozwanej Narodowego Funduszu Zdrowia (...) Oddział Wojewódzki w K. na rzecz strony powodowej Szpitala Miejskiego w (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w R. kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych za obie instancje lub według spisu kosztów, które strona powodowa przedłoży przed zamknięciem rozprawy poprzedzającej wydanie wyroku.

W złożonej odpowiedzi na apelację strona pozwana domagała się jej oddalenia i zasądzenia na jej rzecz kosztów postępowania apelacyjnego.

**Sąd Apelacyjny zważył co następuje:**

Apelacja strony powodowej nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie wskazać należy, iż Sąd Apelacyjny w całości podzielił ustalenia faktyczne, dokonane w sprawie przez Sąd Okręgowy, czyniąc je jednocześnie podstawą swojego rozstrzygnięcia. Sąd I instancji, w wyniku prawidłowo przeprowadzonego postępowania dowodowego, ustalił wszystkie istotne dla rozstrzygnięcia sprawy okoliczności, które znajdowały odzwierciedlenie w całokształcie zaoferowanego przez strony materiału dowodowego. Jednocześnie na podstawie tak przeprowadzonego postępowania dowodowego i zgromadzonych dowodów, Sąd I instancji wywiódł trafne wnioski, znajdujące swoje uzasadnienie w powołanych przepisach prawa, które Sąd Odwoławczy w całości podziela.

Przechodząc do oceny zarzutów zgłoszonych w apelacji, w pierwszej kolejności analizy wymaga zarzut procesowego naruszenia art. 233 § 1 Kpc w związku z art. 316 Kpc, gdyż stwierdzenie błędów w tym przedmiocie wpływa na ocenę prawidłowości zastosowania przepisów prawa materialnego, a w konsekwencji także wydanego wyroku. Naruszenia tych przepisów upatrywała w błędnym przyjęciu, że między stronami nie doszło od zawarcia umowy w sytuacji gdy strony taką umowę zawarły w dniu 17 marca 2011 r. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, Sąd I instancji bardzo szczegółowo opisał nie tylko przebieg procedury konkursowej, której prawidłowość była kwestionowana przez stronę powodową a także działania jakie były podejmowane przez strony w lutym, marcu i kwietniu 2011 r., które doprowadziły do zawarcia umowy „na kwotę 879.857,10 zł, która stanowi 53,42 % pierwotnej oferty strony powodowej złożonej w toku konkursu ( uzasadnienie wyroku k.782, 12 strona uzasadnienia ). Tak sformułowany zarzut jest zatem bezzasadny. Omyłka strony powodowej co do ustaleń dokonanych przez Sąd Okręgowy prowadzi do błędnej konstatacji jakoby ta okoliczność – nie ustalenie, że między stronami doszło do zawarcia umowy doprowadziło do oddalenia powództwa ze względu na okoliczność, że w takich warunkach znajdował zastosowanie art. 72 § 2 Kc. Przyczyny oddalenia powództwa są bardziej złożone niż wskazuje na to w tym zarzucie strona powodowa, która ma zresztą tego pełną świadomość formułując szereg dodatkowych zarzutów tak naruszenia prawa materialnego jak i formalnego pod adresem zaskarżonego wyroku. Zagadnienia te zostaną szerzej omówione w dalszej części uzasadnienia.

Formułując zarzut sprzeczności istotnych ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego polegającą na ustaleniu, że strona powodowa nie wykazała szkody ani jej w wysokości, które to okoliczności miał wykazywać zgromadzony w sprawie materiał dowodowy strona powodowa błędnie go formułuje gdyż w istocie kwestionuje prawo Sądu I instancji do samodzielnego dokonania oceny materiału dowodowego. Oceniając powyższy zarzut należy zwrócić uwagę na to, przepis art. 233 § 1 Kpc do którego odwołuje się strona powodowa, statuuje zasadę, wedle której sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Granice swobodnej oceny dowodów zakreślają przepisy prawa procesowego, zasady doświadczenia życiowego i reguły logicznego myślenia. Dlatego też zarzut obraży cytowanego art. 233 § 1 Kpc można sformułować skutecznie tylko wówczas, gdy sąd oceniając wiarygodność oraz moc przeprowadzonych dowodów uchybi przesłankom wskazanym w tym przepisie (taką linię orzecniczą prezentuje Sąd Najwyższy, a z którą zgadza się Sąd Apelacyjny - wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 2005 r., III CK 314/05, Lex nr 172176, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2003 r., II CK 293/02, Lex nr 151522). W ocenie Sądu Apelacyjnego nie została naruszona zasada swobodnej oceny dowodów, zebrane dowody wystarczały do rozstrzygnięcia sporu (art. 316 Kpc), przy uwzględnieniu rozkładu ciężaru dowodu, prekluzji dowodowej oraz zasady koncentracji materiału dowodowego i sprawności postępowania. Ocena dowodów należy bowiem do sądu orzekającego, a granice swobodnej oceny dowodów sięgają tak dalece, że nawet w sytuacji, w której z przeprowadzonego dowodu można wywieść jeszcze inne, niż przyjęte przez sąd wnioski, nie można mówić o przekroczeniu granicy omawianej reguły procesowej. Tylko w przypadku, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami, lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej, albo wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo-skutkowych, to przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona. Taka sytuacja nie występuje w niniejszej sprawie. Należy zwrócić uwagę na dwukrotną zmianę żądania pozwu w toku postępowania. Sama strona powodowa nie może się zdecydować czy jej szkoda ma wymiar wyłącznie pieniężny czy też polega na niezawarceniu umowy w takich rozmiarach w jakich oczekiwała. Ostateczna wersja żądania pozwu została sformułowana w taki sposób, że przynajmniej częściowo dezaktualizuje potrzebę precyzyjnego odnoszenia się do tego zarzutu. Będzie o tym mowa w dalszej części uzasadnienia.

Osobnego omówienia wymaga zarzut pominięcia wniosków dowodowych strony powodowej. Istotnie, wskazane w apelacji dowody strona powodowa zgłosiła w toku postępowania i podtrzymywała w toku przeprowadzonych rozpraw. Także na ostatniej merytorycznej rozprawie w dniu 10 lutego 2015 r., na której wnioski te zostały oddalone. Co prawda z skróconego protokołu rozprawy jak i odsłuchu jej zapisu elektronicznego wynika, że oddalony został wniosek strony pozwanej tym nie mniej jednak z przebiegu tej rozprawy w sposób jednoznaczny wynika, że decyzja Sądu I instancji dotyczy wniosków dowodowych strony powodowej. Na powyższej rozprawie strona pozwana nie zgłaszała żadnych wniosków dowodowych. Wniosek taki został natomiast złożony przez pełnomocnika strony powodowej a jego treść zamieszczona w protokole. Decyzja Sądu Okręgowego dotyczyła wniosku wskazanego wyżej a zatem wniosku strony powodowej. Okoliczność ta ma istotne znaczenie z punktu widzenia zasadności zarzutu stawianego zaskarżonemu wyrokowi bowiem z skróconego protokołu tej rozprawy ani z odsłuchu jej zapisu nie wynika aby którykolwiek z pełnomocników stron obecnych na rozprawie zwracał uwagę Sądowi I instancji na ewentualne uchybienie przepisom prawa formalnego, którego ten miał się dopuścić. Zgodnie z art. 162 Kpc stronie, która zastrzeżenia takiego nie zgłosiła nie przysługuje prawo powoływania się na uchybienia przepisom postępowania w dalszym jego toku. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 8 października 2014 r. I ACa 407/14 LEX nr 1554753 prekluzja przewidziana w art. 162 Kpc obejmuje swym zakresem wszystkie uchybienia procesowe, w tym również w zakresie postępowania dowodowego. Przepis art. 162 Kpc znajduje zastosowanie także do postanowień oddalających wnioski dowodowe. Z kolei w wyroku z dnia 2 października 2014 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie I ACa 351/14 LEX nr 1554793 wskazał, że zachowanie uprawnienia do powoływania się na uchybienia przepisom postępowania, z wyjątkiem przewidzianym w art. 162 zdanie drugie Kpc wymaga - poza dochowaniem terminu zgłoszenia zastrzeżenia - wskazania spostrzeżonego przez stronę uchybienia z wyczerpującym przytoczeniem naruszonych przepisów postępowania wraz z wnioskiem o wpisanie tak sformułowanego zastrzeżenia do protokołu. Niewpisanie zastrzeżenia do protokołu powoduje utratę podnoszonych zarzutów. Powyższe poglądy Sąd Apelacyjny w Krakowie w pełni podziela co w realiach niniejszej sprawy przesądza o braku możliwości uznania zgłaszanego zarzutu za uchybienie procesowe mające wpływ na wynik sprawy.

Przechodząc do analizy zarzutów naruszenia praw materialnego należy dostrzec to, że dwa pierwsze : naruszenie art. 417 Kc i art. 1 pkt. 3 w związku z art. 6 ust. 4 w związku art. 97 ust. 1 - 3 oraz w związku z art. 107 ust. 5 pkt. 8 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczenia zdrowotnych finansowanych ze środków publicznych ( Dz. U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027 z późn. zm. – zwana dalej ustawą o świadczeniach zdrowotnych ) dotyczą tak naprawdę tego samego problemu. Strona powodowa w toku całego dotychczasowego postępowania próbuje narzucić swoją bardzo emocjonalną optykę postrzegania działalności strony pozwanej konsekwentnie twierdząc, że jest ona państwową osobą prawną, która w celu zagwarantowania należytego finansowania i zapewnienia równego dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej, w tym przeprowadzenie konkursów ofert i zawieranie umów na udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej wykonuje władzę publiczną w każdym jej aspekcie i formie a przynajmniej wykonywała ją w realiach niniejszej sprawy. O ile sprawą oczywistą jest charakter prawny Narodowego Funduszu Zdrowia zgodnie bowiem a art. 96 ustawy o świadczeniach zdrowotnych jest państwową osobą prawną to analizując zadania jakie zostały przed nim postawione nie sposób jednoznacznie stwierdzić, że ich realizacja ma polegać wyłącznie na dokonywaniu czynności o charakterze władczym. Są to bowiem zadania o różnym charakterze. Z jednej strony jest to finansowanie świadczeń opieki zdrowotnej a z drugiej promocja zdrowia czy prowadzenie Centralnego Wykazu Ubezpieczonych ( art. 97 ust. 3 pkt. 3b, 7 i 8 ustawy o świadczeniach zdrowotnych ). Realizacja zadań jakie zostały przed nim postawione wymaga sięgania do szerokiego spektrum instrumentów prawnych tak ze sfery imperium jak i ze sfery dominium. Kluczowe znaczenie dla oceny prawidłowości kwestionowanego wyroku ma zatem ustalenie, czy materiał dowodowy zgromadzony w toku postępowania dowodowego daje możliwość przyjęcia nie tylko tego, że czynności strony pozwanej podejmowane w ramach prowadzonej przez nią procedury konkursowej wyrządziły stronie powodowej szkodę ale przede wszystkim tego, że czynności te były wykonywaniem władzy publicznej. Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że przesłankami odpowiedzialności odszkodowawczej podmiotu jakim jest strona pozwana są :

- szkoda,

- niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej,
- istnienie normalnego, adekwatnego związku przyczynowego między działaniem lub zaniechaniem przy wykonywaniu władzy a powstaniem szkody.

Przesłanki te muszą być spełnione kumulatywnie a wyeliminowanie jednej z nich wyklucza możliwość przypisania odpowiedzialności na tej podstawie.

Działania podejmowane przez NFZ mają przynajmniej dualistyczny charakter. Będąc państwową osobą prawną podejmuje szereg działań wynikających z przepisów prawa w ramach tzw. imperium. Drugi aspekt stanowią natomiast działania podejmowane w sferze dominium. O ile w sferze imperium, realizuje swoje funkcje władcze za pomocą tradycyjnych instrumentów administracyjnych posługując się środkami przymusu to w ramach działań podejmowanych w sferze dominium korzysta z takich samych praw, jak inne podmioty prawa, co stanowi konsekwencję posiadania przez niego osobowości prawnej. Powyższy podział działań podejmowanych przez stronę pozwaną, aczkolwiek uproszczony powinien zostać oceniony z punktu widzenia odpowiedzialności określonej art. 417 Kc. Powołany przepis znajdzie zastosowanie w sytuacji gdy szkoda będzie miała związek z wykonywaniem władzy publicznej, która obejmuje stosunki prawne, w których strona pozwana występuje w pozycji nadrzędnej mogąc jednocześnie władczo kształtować prawa i obowiązki innego podmiotu i stosować środki przymusu w celu zapewnienia realizacji tych praw lub obowiązków. Pogląd taki prezentuje P. Sobolewski ( w ) K. Osajda (red) KC Komentarz, t. II Warszawa 2013 r., art. 417 nr.26 a Sąd Apelacyjny w pełni go podziela. Z kolei w Komentarzu do Kc pod redakcją J. Gudowskiego prezentowany jest pogląd, że art. 417 Kc nie pozostawia żadnych wątpliwości, że źródłem szkody jest niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej. Chodzi zatem o wszelkie czynności związane z wykonywaniem imperium, a więc zarówno czynności faktyczne, jak i indywidualne rozstrzygnięcia podjęte przy zachowaniu określonej procedury, np. decyzja, zarządzenie ( tak T. Bielska – Sobkowicz, G. Bieniek, H. Ciepla, P. Drapała, J. Gudowski, M. Sychowicz, R. Trzaskowski, T. Wiśniewski, Cz. Żuławska (w) Kodeks Cywilny Komentarz pod redakcją J. Gudowskiego t. III cz.1, Warszawa 2013 r. art. 417 uwaga nr. 34 ). Podobny pogląd prezentuje także C. Woźniak w artykule „Odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną zachowaniem organów władzy publicznej na gruncie przepisów Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz ustawy – Kodeks cywilny” opublikowanym w „Oblicza prawa cywilnego – Księga Jubileuszowa dedykowana profesorowi Janowi Bleszyńskiemu”, Warszawa 2013 r., str. 657. Odnosząc te rozważania do ustalonego przez Sąd Okręgowy stanu faktycznego należy w sposób jednoznaczny stwierdzić, że działania podejmowane przez stronę pozwaną, z których wywodzi skutki prawne strona powodowa, nie mogą być zaliczane do sfery imperium lecz dominium a to przesądza już o braku jednej z przesłanek odpowiedzialności z art. 417 Kc. W ocenie Sądu Apelacyjnego dla oceny charakteru działań podejmowanych przez stronę pozwaną znaczenie mają instrumenty, którymi się posługują a także to w jaki sposób są wykorzystywane. Przy bardziej złożonych stanach faktycznych, a ta sprawa do nich należy, działania nie będą realizowane w jednej tylko płaszczyźnie. Sfera imperium i dominium nie są sztywno rozdzielone. Wystarczy zwrócić uwagę na to, że działania w sferze dominium niekiedy będą wymagały upoważnienia płynącego ze sfery imperium zakreślającego granice w jakich ma się poruszać strona pozwana. Stwierdzenie istnienia takich czynności ( ze sfery imperium ) nie przesądza samo przez się o istnieniu odpowiedzialności NFZ jeżeli jej dalsze czynności nie sięgają do instrumentów związanych z władzą publiczną tak co do realizacji tych działań jak i ich egzekwowania. W ocenie Sądu Apelacyjnego sama procedura konkursowa patrząc przez pryzmat realizowanych w niej czynności ma wyraźne konotacje cywilnoprawne. To, że w jej ramach przewidziana jest procedura odwoławcza, która realizowana jest z wykorzystaniem instrumentów procedury administracyjnej a zatem właściwych dla sfery imperium nie przesądza o tym jak powinna być postrzegana tak cała procedura konkursowa jak i te jej elementy, które ponad wszelką wątpliwość nie mogą być postrzegane jako należące do sfery imperium. Strona powodowa kwestionuje prawidłowość wyboru ofert w procedurze konkursowej jak i zaspokojenie jej interesów w ramach umowy zawartej na podstawie późniejszych rokowań. Dla Sądu Apelacyjnego czynności te mają charakter wyraźnie cywilnoprawny co w sposób jednoznaczny wyklucza możliwość poszukiwania odpowiedzialności strony pozwanej na podstawie art. 417 Kc. Podkreślenia wymaga, że żaden z przepisów ustawy o świadczeniach zdrowotnych nie nakłada na stronę pozwaną obowiązku zawierania umów ze świadczeniodawcami na żądanych przez nich warunkach. Dotyczy to tak procedury konkursowej jak i rokowań. Ustawodawca nie wprowadził

zatem przymusu kontraktowania. Świadczeniodawca nie ma zatem prawa do domagania zawarcia z nim umowy o określonej treści i nie ma podstaw do przyjmowania, że roszczenie takie może egzekwować na drodze postępowania przed sądem powszechnym. Ma natomiast prawo oczekiwać, że procedury stosowane przez stronę pozwaną będą zgodne z wymogami ustawy o świadczeniach zdrowotnych a w przypadku gdy dojdzie do naruszenia jej interesów skutki takiego naruszenia zostaną usunięte. W ocenie Sądu Apelacyjnego, biorąc pod uwagę okoliczności w jakich doszło do naruszenia interesów strony powodowej jej roszczenie o usunięcie jego skutków, jeżeli w drodze rokowań strony nie dojdą do satysfakcjonującego ich rozwiązania, może mieć charakter wyłącznie pieniężny. Brak ustawowego przymusu kontraktowania wyklucza zdaniem Sądu Apelacyjnego możliwość domagania się zawarcia umowy o identycznym zakresie jak ta, która nie została zawarta. Już z tylko z tej przyczyny powództwo strony powodowej powinno zostać oddalone. Jego ostateczna wersja zmierza bowiem do nałożenia na stronę pozwaną obowiązku zawarcia umowy o określonej treści. Pośrednio czyni to także bezzasadnym omawiane wcześniej zarzut naruszenia art. 233 § 1 oraz art. 316 § 1 Kpc poprzez uznanie, że strona powodowa nie wykazała szkody ani jej wysokości wymaganej treścią art. 415 Kc, bowiem tak sformułowane żądanie pozwu czyni zbędnym potrzebę szczegółowej analizy przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej gdyż nawet jej wykazanie, co zdaniem Sądu Apelacyjnego nie miało miejsca, nie może prowadzić do uwzględnienia powództwa. Niezależnie od tych uwag konieczna jest jeszcze jedna. W ostatecznej wersji żądania pozwu ocenionej przez Sąd Okręgowy strona powodowa domaga się zawarcia aneksu do umowy łączącej strony a zawartej na podstawie rokowań. Z materiału dowodowego zgromadzonego w toku postępowania wynika, że umowa łącząca strony obowiązywała do końca 2014 r. Niezależnie zatem od innych przyczyn już tylko ta okoliczność jest wystarczająca do oddalenia powództwa. Skoro bowiem główna umowa wygasła na skutek upływu terminu jej obowiązywania nie ma możliwości jej aneksowania. W takiej sytuacji, abstrahując od tego czy w danym przypadku jest to możliwe, konieczne byłoby żądanie zawarcia nowej umowy a z takiego żądania strona powodowa się wycofała. Wracając do głównego wątku rozważań należy zwrócić uwagę, że zakres ewentualnej odpowiedzialności odszkodowawczej musi być skorelowany etapem na jakim znajdowały się relacje stron. Oczywiście w takiej sytuacji wydaje się poszukiwanie jej zakresu z odwołaniem się do art. 72 Kc. Przy czym nie chodzi tutaj o stwierdzenie, że przepis ten znajduje zastosowanie w niniejszej sprawie a bardziej o zasygnalizowanie, że odpowiedzialność strony pozwanej nie może wykraczać poza ujemny interes umowy definiowany w sposób określony w § 2 tego przepisu. Strona powodowa nie do końca właściwie interpretuje wypowiedź Sądu Okręgowego w tym zakresie uznając, że to właśnie ten przepis stanowi podstawę oddalenia jej powództwa. Zdaniem Sądu Apelacyjnego są nimi art. 417 Kc i art. 415 Kc gdyż strona powodowa nie wykazała przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej strony pozwanej. Do art. 72 Kc Sąd Okręgowy odwoływał się jedynie po to aby wyjaśnić stronie powodowej, że niezależnie od innych przeszkód jej roszczenie, w każdej ze zmodyfikowanych wersji z uwagi na jego zakres bądź przedmiot nie mogło zostać uwzględnione gdyż albo strona powodowa domagała się odszkodowania w ramach dodatniego interesu umownego albo żądała ukształtowania stosunku umownego między stronami. Żadne z tych rozwiązań nie zasługiwało na akceptację. Podkreślenia wymaga, że przywoływany wielokrotnie przez stronę powodową art. 363 § 1 Kc nie może stanowić podstawy roszczenia odszkodowawczego ani nie określa jego granic gdyż reguluje jedynie sposób naprawienia szkody. W realiach niniejszej sprawy może mieć ona wyłącznie wymiar pieniężny a jego potencjalny wymiar może obejmować to co strona miałaby, gdyby nie podjęła nieskutecznych negocjacji, a nie to, co uzyskałaby w następstwie zawarcia umowy ( w szczególności w skutek jej wykonania ). W tych granicach odszkodowanie powinno obejmować zarówno straty, które strona poniosła wskutek prowadzenia negocjacji, jak i korzyści, które mogłaby osiągnąć, gdyby ich nie prowadziła. Pogląd taki prezentuje P. Machnikowski [w:] Kodeks cywilny Komentarz pod redakcją E. Gniewka i P. Machnikowskiego, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013 r., str. 204, uwaga 6 do art. 72 a Sąd Apelacyjny podziela go w pełnym zakresie zwracając uwagę na to, że strona powodowa w toku całego postępowania nie odwoływała się do okoliczności ani przedstawiała dowodów pozwalających na ustalenie, że poniosła tak rozumianą szkodę.

Mając na uwadze powyższe Sąd Apelacyjny w pkt. 1 wyroku oddalił apelację strony powodowej na podstawie art. 385 Kpc. O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono w pkt. 2 wyroku na podstawie art. 98 Kpc w myśl zasady odpowiedzialności za wynik postępowania. Na koszty, którymi obciążono stronę powodową składa się wynagrodzenie pełnomocnika strony pozwanej ustalone w wysokości stawki minimalnej określonej według § 12 ust. 1 pkt. 2 w zw. z § 6 ust. 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności



radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. t.j. z 2013 r., poz. 490 z późn. zm. ).

SSA Barbara Górczanowska SSA Anna Kowacz - Braun SSA Robert Jurga