

Sygn. akt I ACa 1427/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 10 kwietnia 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Wojciech Kościółek
Sędziowie:	SSA Zbigniew Ducki SSA Hanna Nowicka de Poraj (spr.)
Protokolant:	st.sekr.sądowy Urszula Kłosińska

po rozpoznaniu w dniu 28 marca 2017 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa Szpitala Miejskiego w (...) spółki z o.o. w R.

przeciwko (...) Funduszowi (...) – (...) Oddziałowi (...) w K.

o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 7 lipca 2014 r. sygn. akt I C 2276/13

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od strony powodowej na rzecz strony pozwanej kwotę 5400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.**

SSA Zbigniew Ducki SSA Wojciech Kościółek SSA Hanna Nowicka de Poraj

I ACa 1427/16

UZASADNIENIE

Powód Szpital Miejski w (...) sp. z o.o. w R. w R. domagał się zasądzenia od pozwanego (...) Funduszu (...) (...) Oddziału (...) **(dalej też(...))** w K. kwoty 750.091,21 zł z ustawowymi odsetkami liczonymi od dnia wytoczenia powództwa oraz kosztów procesu.

W uzasadnieniu powód podał, że w dniu 9 października 2010 r. w postępowaniu prowadzonym w trybie konkursu ofert w rodzaju Leczenie (...) w zakresie Choroby (...) złożył ofertę nr(...) (...) (...) gdzie zaoferował cenę za punkt

rozliczeniowy w kwocie 51 zł oraz liczbę punktów rozliczeniowych w wysokości (...) w roku 2011 na łączną kwotę 3.317.040 zł.

Po otwarciu ofert i postępowaniu kontrolnym, w dniu 6 grudnia 2010 r. odbyły się negocjacje, w trakcie których powód – działając w zakresie uprawnień określonych w przepisie art. 142 ust. 6 w związku z ust. 7 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2008 r., nr 164 poz. 1027 z późn. zm., dalej: ustawa o świadczeniach), zmienił swoją ofertę w ten sposób, że cenę za punkt rozliczeniowy określił w wysokości 49,50 zł. Po wprowadzeniu tej ceny do systemu, Zespół Negocjacyjny oświadczył powodowi, że wobec obniżenia ceny za punkt rozliczeniowy zajął on pierwsze miejsce w rankingu. Jednocześnie powód zadeklarował chęć przystąpienia do dalszych rozmów, których termin miał zostać ustalony telefonicznie. Pierwotny termin ustalono na 14 grudnia 2010 r, w tym dniu jednak poinformowano powoda, że negocjacje się nie odbędą; kolejny termin wyznaczono na 21 grudnia 2010 r. W ustalonym terminie powód zjawił się w wyznaczonym miejscu, jednakże Przewodniczący Komisji (...) odmówił przeprowadzenia jakichkolwiek negocjacji, wręczając powodowi do podpisu przygotowany wcześniej protokół końcowy. Powód domagał się podania podstaw prawnych, które umożliwiły Przewodniczącemu Komisji przerwanie negocjacji; uzyskał na to jedynie krótkie oświadczenie, że (...) w K. będzie od tej chwili kontraktował wyższy standard świadczeń zdrowotnych, oraz że nie będzie brał pod uwagę kryterium ceny i nie będzie stosował przy ocenie złożonych przez stronę powodową ofert Zarządzenia Prezesa (...) nr (...) (z późn. zm.). W trakcie spotkania powód jednak zaproponował obniżenie ceny za jeden punkt rozliczeniowy do kwoty 45,80 zł i zwiększenie ilości świadczeń do (...) punktów rozliczeniowych, jednakże Przewodniczący Komisji Konkursowej odmówił przyjęcia tej propozycji i wprowadzenia jej do protokołu z negocjacji. Przewodniczący Komisji stwierdził również, że protokół spotkania podpisany w K. w dniu 6 grudnia 2010 r. pomiędzy powodem a (...) nie jest wiążący dla (...). Pomimo takiego stwierdzenia w protokole końcowym negocjacji z 21 grudnia 2010 r. wprowadził propozycję strony powodowej z dnia 6 grudnia 2010 r. tj. cenę za punkt rozliczeniowy w wysokości 49,50 zł i ilości punktów 65 040. Powód, mając na uwadze wszystkie uchybienia, nie zgodził się jednak z przedstawionym protokołem końcowym i wniósł o ponowne wyznaczenie terminu negocjacji w celu rozpatrzenia złożonej w dniu 21 grudnia 2010 r. oferty.

W dniu 21 grudnia 2010 r powód złożył protest w trybie art. 153 ust. 1 ustawy o świadczeniach. Powód zarzucił Komisji (...) bezpodstawne odstąpienie od procesu negocjacji w sposób nie podyktowany przepisami prawa, którymi rządzi się każde postępowanie konkursowe. Odstąpieniem tym komisja naruszyła art. 142 ust. 7 ustawy o świadczeniach, zgodnie z którym komisja ma obowiązek przeprowadzić negocjacje co najmniej z dwoma oferentami, o ile w konkursie bierze udział więcej niż jeden oferent. Ponadto Komisja odmówiła zaprotokołowania w protokole negocjacji nowych propozycji Oferenta, które przedstawił podczas spotkania w siedzibie (...) przy ul. (...) w K., w dniu 21 grudnia 2010 r. Nieuzasadniona odmowa prowadzenia negocjacji z Oferentem naruszyła zasadę równego traktowania wszystkich świadczeniodawców ubiegających się o zawarcie umowy o udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej. Ponadto Komisja w sposób bezpodstawny zmieniła warunki wymagane od Oferenta stwierdzając, że będzie kontraktować wyższy standard świadczeń zdrowotnych. Takie działanie w sposób oczywisty naruszyło treść art. 147 ustawy o świadczeniach, zgodnie z którym kryteria oceny ofert i warunki wymagane od świadczeniobiorców są jawne i nie podlegają zmianie w toku postępowania.

22 grudnia 2010 r. powód otrzymał faxem powiadomienie o oddaleniu protestu. W tym samym dniu na stronach internetowych (...) w K. zamieszczono ogłoszenie o rozstrzygnięciu postępowania w trybie konkursu ofert, w którym nie wskazano powoda, jako uprawnionego do zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej.

28 grudnia 2010 r powód złożył do strony pozwanej w trybie art. 152 ust. 1 w związku z art. 154 ust. 1 ustawy o świadczeniach odwołanie dotyczące postępowania nr (...) (...) (...) W dniu 20 stycznia 2011 r. powód otrzymał decyzję dyrektora strony pozwanej nr (...), w której uwzględnił odwołanie. Od decyzji tej powód złożył odwołanie (wyłącznie w części dotyczącej uzasadnienia), w którym zarzucił pozwanemu szereg nieprawidłowości, które ten w sposób niezgodny ze stanem faktycznym i prawnym podał w treści uzasadnienia. 23 marca 2011 r. powód przedłożył pozwanemu egzemplarze jednostronnie podpisanej umowy nr (...) o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej - leczenie

szpitalne, wzywając po raz kolejny do zawarcia umowy – jej podpisany egzemplarz powód otrzymał w dniu 19 kwietnia 2011 r.

Prezes (...) Funduszu(...)decyzją z 3 października 2011 r. nr (...), uchylił decyzję nr (...) oraz uwzględnił odwołanie powoda – w części dotyczącej uzasadnienia. Prezes(...)całkowicie zanegował uzasadnienie zaskarżonej decyzji dyrektora (...)i zalecił mu podjęcie czynności, które skutecznie zadośćuczynią naruszeniu interesu prawnemu powoda, czego pozwany do dnia wniesienia pozwu nie uczynił.

Kolejno powód podał, że stwierdzone powyżej naruszenie zasad prowadzenia postępowania spowodowało po jego stronie wymierną szkodę, polegającą na niezawarciu przez pozwanego z powodem umowy a zawarciu umowy z innym podmiotem – (...) Szpitalem (...)(...)w N., pomimo, iż to powód uzyskała wyższą niż ten podmiot ocenę punktową.

Jako podstawę prawną dochodzonego roszczenia powód wskazał przepis art. 417 § 1 k.c. Pozwany, jako państwowa osoba prawna stanowi inną osobę prawną wykonującą władzę publiczną z mocy prawa w rozumieniu powołanego wyżej przepisu, zaś sfera aktywności państwa związana z realizacją zadań publicznych, może i powinna być – w pewnym co najmniej zakresie – traktowana jako przejaw wykonywania władzy publicznej, mimo iż nie ma charakteru władczego co do zasady, nie jest ona władcza wobec jednostki tylko wówczas, gdy jest należycie wykonywana. W wypadku bezprawnej wadliwej organizacji świadczeń opieki zdrowotnej podstawa deliktowa (art. 417 k.c.) jest bardziej naturalnym reżimem odpowiedzialności Funduszu będącego publiczną osobą prawną, niż odpowiedzialność kontraktowa.

Uzasadniając wysokość dochodzonego roszczenia, powód podał, że gdyby nie doszło do naruszenia przez pozwanego przepisów opisanych w treści pozwu, zawarłaby umowę o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej – leczenie szpitalne od dnia 1 stycznia 2011 r. do 31 grudnia 2014 r. na łączną kwotę 3.219.480,00 zł, która odpowiadałaby wysokości złożonej ofercie. Zawarta pomiędzy stronami umowa opiewała na kwotę 2.614.107,00 zł, natomiast(...) Szpital (...)(...)w N., mimo, że przegrał postępowanie konkursowe, zawarł ze strona pozwaną umowę o udzielanie świadczeń zdrowotnych na okres rozliczeniowy od 1 stycznia 2011 r. i na całą kwotę, która była przeznaczona do rozdysponowania – 7.685.955,00 zł. Zdaniem strony powodowej działania strony pozwanej w tym zakresie posiada znamiona przekroczenia uprawnień. Szkada powoda została wyliczona jako równowartość różnicy pomiędzy kwotą, jaką mogłaby uzyskać w przypadku prawidłowego zawarcia z nią umowy, a kwotą jaką faktycznie uzyskała. Dodatkowo, wobec braku finansowania ze strony ze strony pozwanej, powód została zmuszony do zaciągnięcia licznych pożyczek i kredytów by zapewnić sobie możliwość funkcjonowania i kontynuowania działalności leczniczej – łączna wysokość opłat i odsetek z tego tytułu wyniosła 144.718,21 zł.

Pozwany (...)Fundusz (...) (...) Oddział(...)w K. wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda na jego rzecz kosztów procesu. Pozwany przyznał, że w pierwotnym postępowaniu w zakresie choroby wewnętrzne - hospitalizacja strona powodowa złożyła ofertę o wartości 3.317.040,00 zł zredukowaną następnie do wartości 3.219.480,00 zł.

W pierwszej kolejności pozwany zarzucił, że powołana przez stronę powodową podstawa żądania – art. 417 k.c. nie znajduje zastosowania w stosunkach cywilnoprawnych, bowiem dotyczy on wyłącznie publicznoprawnej sfery działania i aktów imperium, bez względu na typ podmiotu, który takich aktów z mocy prawa dokonuje. Powołując się na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 sierpnia 2003 r., sygn. akt IV CKN 393/0, pozwany wskazał, że stosunek między(...)a świadczeniodawcą ma charakter umownego zobowiązania, którego powstanie i wykonanie podlega ocenie z punktu widzenia prawa cywilnego – stąd odpowiedzialność na zasadzie art. 417 k.c. nie może być w ogóle brana pod uwagę.

Dalej pozwany zarzucił, że wskazywane przez powoda okoliczności, które rzekomo miały wywołać po jego stronie szkodę – tj. porównanie kwoty umowy, którą z nią zawarto w wyniku wtórnego postępowania z kwotą umowy którą zawartoby, gdyby postępowanie pierwotne nie miało mankamentów – mogą być rozpatrywane jedynie na płaszczyźnie ogólnej odpowiedzialności odszkodowawczej. Taka odpowiedzialność nie zachodzi z uwagi na niespełnienie jej przesłanek, a w szczególności ze względu na brak szkody i jej niewykazanie przez powoda, mimo obowiązku

wynikającego z art. 6 k.c. Dowody w tym zakresie winny być, zgodnie z przepisem art. 207 § 6 k.p.c. zgłoszone w pozwie. Zdaniem pozwanego błędne jest założenie powoda, iż pozwany był obowiązany zawrzeć z nim umowę na kwotę 3.317.040 zł bądź 3.219.480 zł, nawet przy dodatkowym założeniu, że oferta powoda osiągnęła pierwsze miejsce w rankingu pozwanego; taki mechanizm wyboru ofert występuje w przepisach o zamówieniach publicznych, które jednak, stosownie do przepisu art. 138 ustawy o świadczeniach nie mają w tym wypadku zastosowania.

Nie ma podstaw do twierdzenia, wywodzi pozwany, że oferta powoda musiała być przyjęta w całości, gdyby nie wystąpiły mankamenty pierwotnego postępowania, nawet jeśli zajęłyby pierwsze miejsce w rankingu ofert. Na skutek odwołania powoda od niekorzystnego dla siebie rozstrzygnięcia, Dyrektor (...)podzielając jego racje odwołanie to uwzględnił, czego rezultatem było wtórne postępowanie w trybie rokowań. Chcąc zadośćuczynić interesom powoda, pozwany ogłosił rokowania na kwotę, która co prawda nie odpowiadała w pełni ofercie złożonej w konkursie, lecz odpowiadała hipotetycznej kwocie, jaką zaproponowanoby, gdyby nie nastąpił błąd w czynnościach komisji konkursowej. W ocenie strony pozwanej kwota ta odpowiadała potencjałowi wykonawczemu świadczeniodawcy i możliwościom wykonania przyszłej umowy. Określenie terminu obowiązywania umowy od 4 lutego do 31 grudnia 2011 r. wynikało z terminu rozstrzygnięcia rokowań oraz z konieczności stosowania przepisów art. 132 ust. 2 i art. 155 ust. 3 ustawy o świadczeniach, zgodnie z którymi umowa o udzielanie świadczeń może być zawarta wyłącznie ze świadczeniodawcą, który został wybrany do udzielania świadczeń w postępowaniu, a umowa zawarta poza zakresem postępowania jest nieważna.

Umowa została zawarta na kwotę 2.614.107,00 zł, tj. mniejszą od oferty w konkursie ofert, jednak nawet ta mniejsza umowa nie została wykonana w całości – z kwoty tej wykonano świadczenia jedynie na kwotę 2.376.219,03 zł, a zatem zdaniem pozwanego, logicznym jest, że nie byłoby możliwe wykonanie umowy na kwotę 3.219.480 zł. Ewentualna szkoda w postaci *lucrum cessans* nie jest wynagrodzeniem – przychodem, lecz co najwyżej marżą zysku – dochodem, jak w tym wynagrodzeniu została ujęta, stanowi co najwyżej część, nigdy zaś całość wynagrodzenia. W razie dojścia transakcji do skutku, wykonujący usługę ponosi koszty jej wykonania, a w razie gdyby nie doszła do skutku – nie pojawia się konieczność ponoszenia takich kosztów. Pozwana wskazała również, że koszty zaciągniętych kredytów obrotowych i pożyczek nie pozostają w żadnym związku przyczynowym z działaniami pozwanego, a są następstwem prowadzenia przez stronę powodową działalności bez odpowiednich kapitałów własnych.

Pismem złożonym w dniu 27 lutego 2014 r. powód wyjaśniał, że gdyby pozwany nie dopuściła się opisanych w pozwie uchybień, powód mógłby uzyskać większą liczbę środków finansowych mimo nie wykonania świadczeń zdrowotnych w określonym zakresie, bowiem „niedow wykonanie” mógłby przenieść na inne rodzaje świadczeń zdrowotnych, które wykonał w wysokości większej niż przewidywała to wiążąca strony umowa. Procedura ta ma istotne znaczenie dla wyjaśnienia, że powód, poniósł szkodę określoną pozwem.

W odpowiedzi na powyższe pozwany zwrócił uwagę, że powoływany przez powoda mechanizm „przesuwania środków pieniężnych” pomiędzy zakresami lub rodzajami świadczeń wynika wprost z przepisów prawa, zatem nie zachodzi potrzeba wyjaśniania lub przedstawiania dowodów przed Sądem. Mechanizm ten ma na celu, aby w razie okoliczności nie dających się przewidzieć w momencie zawarcia umowy, była możliwość nieznacznych przesunięć ilościowych oraz wartościowych pomiędzy zakresami lub rodzajami świadczeń. Mechanizm ten nie służy natomiast temu, by z góry uzyskiwać zawyżony kontrakt w jednym zakresie świadczeń wyłącznie w celu przesunięcia go na inny zakres. Ponadto, z utraty ekspektatywy „przesunięcia środków pieniężnych” na inny zakres świadczeń nie wynika żadna szkoda.

W pismach procesowym z dnia 22 maja 2014 r. oraz 28 maja 2014 r. pozwany wskazał, że w analogicznej sprawie z udziałem stron, jako jedyną – ewentualną podstawę odpowiedzialności pozwanego Sąd art. 72 § 2 k.c. Jednakże przepis ten ogranicza odpowiedzialność do tzw. ujemnego interesu umownego na zasadzie *culpa in contrahendo*, co musi skutkować oddaleniem powództwa w całości, gdyż powód takiej szkody nie dochodzi.

W piśmie procesowym datowanym na dzień 7 czerwca 2014 r. powód przedstawił kolejny wywód prawny mający uzasadnić wskazywana przez niego podstawę prawa roszczenia. Jego zdaniem przepis art. 72 § 2 k.c. nie znajduje zastosowania w sprawie albowiem dotyczy on wyłącznie do działań lub zaniechań jednej ze stron, które były

podejmowane lub też niepodejmowane w czasie negocjacji. Stosowanie tego przepisu jest ponadto ograniczone – nie jest on stosowany, jeśli umowa zawierana jest w trybie ofertowym lub w trybie przetargu. Powód dodatkowo wniósł o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ds. finansów i rachunkowości na okoliczność ustalenia zysku, który strona powodowa mogłaby osiągnąć, gdyby mogła bez ograniczeń związanych z brakiem dostatecznych środków finansowych wykonywać świadczenia zdrowotne w większej ilości.

Wyrokiem z dnia 7 lipca 2014 r (IC 2276/13) Sąd Okręgowy w Krakowie oddalił powództwo i zasądził od powoda na rzecz pozwanego koszty procesu w kwocie 7217 zł.

W uzasadnieniu Sąd Okręgowy ustalił, że powód wziął udział w organizowanym przez pozwanego konkursie ofert poprzedzającym zawarcie umowy o realizację świadczeń opieki zdrowotnej w rodzaju leczenie szpitalne w zakresie choroby wewnętrzne – hospitalizacja na obszarze (...). Wartość zamówienia została określona na nie więcej niż 7.685.955 zł w okresie rozliczeniowym od 1 stycznia 2011 r. do 31 grudnia 2011 r, umowa miała obowiązywać od 1 stycznia 2011 r. do 31 grudnia 2014 r. W pierwotnym postępowaniu powód złożył ofertę o łącznej wartości 3.317.040,00 zł obejmującą okres od 1 stycznia 2011 r do 31 grudnia 2011 r proponując jednostkową cenę za punkt rozliczeniowy w kwocie 51 zł. Oferta została złożona w dniu 9 października 2010 r.

Po przeprowadzeniu procedury konkursowej, w tym rozpatrzeniu środków zaskarżenia w dniu 17 marca 2011 r. pomiędzy stronami została zawarta umowa nr (...) o udzielanie przez powoda – świadczeniodawcę, świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie choroby wewnętrzne – hospitalizacja. Kwotę zobowiązania (...) Funduszu wobec świadczeniodawcy z tytułu realizacji umowy w okresie od 4 lutego 2011 r. do 31 grudnia 2011 r. określono na maksymalnie 2.614.107 zł. Aneks nr (...) z dnia 14 lutego 2012 r. kwota zobowiązania(...)wobec świadczeniodawcy została zmniejszona do 2.376.447 zł.

Na etapie pierwotnej procedury konkursowej doszło do naruszenia interesu prawnego powoda poprzez naruszenie zasad postępowania w sprawie zawarcia umów o udzielenia świadczeń opieki zdrowotnej. Złożony przez powoda w dniu 21 grudnia 2010 r protest w związku z odstąpieniem przez Komisję(...)od negocjacji w sposób nie podyktowany jasnymi podstawami prawnymi został oddalony.

Decyzją z dnia 18 stycznia 2011 r. Dyrektor (...) Oddziału Wojewódzkiego (...) uwzględnił odwołanie powoda w części dotyczącej prowadzenia negocjacji w dniach 20 i 21 grudnia 2010 r. oraz ceny świadczeń, zwracając uwagę, iż Komisja (...) biorąc pod uwagę tylko kryteria niecenowe zaniechała dalszych negocjacji z Odwołującym, pomimo tego, że zgodnie z wynikiem rankingu końcowego winna przyjąć propozycję drugiego z oferentów i nadal prowadzić negocjacje, aż do ustalenia ostatecznych stanowisk wszystkich stron. Na skutek odwołania złożonego przez powoda, w części dotyczącej uzasadnienia decyzji, Prezes (...)decyzją z dnia 3 października 2011 r. uchylił zaskarżoną decyzję w części uzasadnienia i uwzględnił odwołanie w części uzasadnienia, wskazując m.in. na to, iż w trakcie negocjacji prowadzonych pomiędzy stronami w dniu 21 grudnia 2010 r. podpisano protokół końcowy z negocjacji z rozbieżnym stanowiskiem odnośnie liczby i ceny świadczeń. W protokole tym uwzględniono propozycję Odwołującego tj. zmniejszenie ilości świadczeń do 65 040 pkt oraz ceny jednostkowej do wysokości 49,50 zł za jednostkę rozliczeniową, natomiast propozycja Funduszu w zakresie ilości proponowanych świadczeń wyniosła(...)Również w zakresie ceny świadczenia w ww. protokole po stronie dotyczącej propozycji Funduszu widnieje cyfra (...)tym samym wartość świadczeń zaproponowana przez Fundusz jest równa (...)Prezes(...)stwierdził, że wykazanie w protokole końcowym negocjacji z dnia 21 grudnia 2010 r. ilości(...)w kolumnach dotyczących propozycji Funduszu, wskazuje na brak propozycji ilościowej i cenowej z strony Funduszu a tym samym brak negocjowania z Odwołującym warunków cenowych i ilościowych, a zaproponowanie przez Komisję (...) przeczy celowi jakiemu służy prowadzenie negocjacji.

W związku ze stwierdzeniem przez Prezesa (...) do naruszenia interesu prawnego odwołującego w wyniku opisanego powyżej sposobu prowadzenia negocjacji przez komisję konkursową uchylono zaskarżoną decyzję w całości.

Sąd Okręgowy pominął wnioski dowodowe stron, przyjmując, że są one bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia sprawy.

Oceniając dokonane ustalenia faktyczne Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, że powództwo jest bezzasadne.

Sąd Okręgowy przypomniał, że jako podstawę prawną dochodzonego roszczenia strona powód wskazywał przepis art. 417 k.c. (następnie – fakultatywnie, art. 415 k.c.) określający przesłanki odpowiedzialności Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub innej osoby prawnej wykonującej władzę publiczną za szkodę wyrządzoną przez niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej. Sąd Okręgowy rozważał zatem charakter prawny działań Komisji (...)w których powód upatrywał wyrządzenia mu szkody i doszedł do wniosku, iż działania (procedowania) Komisji (...)zmierzające do wyłonienia podmiotów z którymi zostaną zawarte kontrakty o świadczenie usług medycznych nie mogą być rozumiane jako „wykonywanie władzy publicznej”. Działania te nie były realizowane w sposób władczy, nie kształtowały „odgórnie” sytuacji prawnej powoda niczego mu nie narzucając. Komisja (...) nie posiadała narzędzi w postaci środków przymusu (typowych dla wykonywania władzy publicznej). Postępowanie w sprawie zawierania umów ze świadczeniodawcami uregulowane jest w ustawie o świadczeniach opieki zdrowotnej. Postępowanie to, mimo że uregulowane w odrębnej ustawie, ma charakter cywilnoprawny, którego charakter i zasady są wzorowane na opisanej w k.c. instytucji przetargu (czy też zamówień publicznych). Charakterystyczną jego cechą są równe dla wszystkich uczestników postępowania zasady uczestnictwa, brak 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. Cywilnoprawny charakter procedury zmierzającej do zawarcia umowy ze świadczeniodawcami (konkursu ofert) potwierdza wywód zawarty w decyzji prezesa (...) z dnia 30.06.2011 r, gdzie wskazano, iż „z chwilą złożenia przez świadczeniodawcę odwołania do dyrektora oddziału wojewódzkiego Funduszu od rozstrzygnięcia postępowania (art. 154 ustawy o świadczeniach) sprawa o zawarcie umowy o udzielanie świadczeń staje się sprawą administracyjną. Do postępowania odwoławczego mają zastosowanie zasady procedury administracyjnej zawarte w kodeksie postępowania administracyjnego”. O cywilnoprawnym charakterze postępowania w sprawie zawarcia umów o świadczenie usług opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych przesądza też orzeczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 czerwca 2007 r., sygn. II GSK 54/07, gdzie stwierdzono, że 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 k.c.). Podmiot prowadzący to postępowanie - (...)Fundusz (...) reprezentowany przez dyrektora oddziału wojewódzkiego Funduszu - jest państwową jednostką organizacyjną, posiadającą osobowość prawną, art. 96 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. Nr 210, poz. 2135 ze zm.). Nie jest zatem organem administracji publicznej w rozumieniu ustrojowym i nie przyznano mu generalnie kompetencji do stosowania środków prawnych, właściwych organom administracji publicznej. Niewątpliwie więc postępowanie prowadzone przez komisję nie jest postępowaniem administracyjnym w rozumieniu przepisów ustawy k.p.a., a "rozstrzygnięcie" komisji nie jest decyzją stosownie do treści 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)".

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację Sąd Okręgowy uznał, że nie sposób podzielić przekonania powoda o tym iż działanie komisji konkursowej z którym powód wiąże wyrządzenie mu szkody stanowiło w swej istocie „wykonywanie władzy publicznej”, co uzasadniałoby w konsekwencji odpowiedzialność strony pozwanej na zasadzie art. 417 k.c.

W ocenie Sądu Okręgowego działanie pozwanego NFZ można oceniać jedynie na płaszczyźnie cywilnoprawnej, a wobec faktu iż nie doszło do zawarcia umowy – stosownie do treści art. 72 § 2 k.c. w ramach ujemnego interesu umownego. Ocena ta dotyczy również sytuacji, w której w bezspornym stanie faktycznym, podstawy odpowiedzialności dokonywać by przez przyzmat treści art. 415 k.c. normującego zasady odpowiedzialności deliktowej.

Sąd zwrócił uwagę, że zgodnie z dominującym poglądem, odpowiedzialności za naruszenie art. 72 § 2 KC jest to odpowiedzialnością w reżimie deliktowym. Zapatrywanie to znajduje uzasadnienie – z jednej strony – w istnieniu generalnej klauzuli odpowiedzialności za zawinione wyrządzenie szkody (art. 415 k.c.), z drugiej zaś – w braku podstaw do uznania istnienia więzi kontraktowej przed zawarciem umowy. Artykuł 72 § 2 k.c. dodany został dopiero w nowelizacji z 2003 r. W literaturze dominuje pogląd, że odpowiedzialność za culpa in contrahendo, mimo uzyskania wyraźnej podstawy normatywnej, nie zmieniła swego charakteru: nadal jest to odpowiedzialność ex delicto. Wprowadzenie komentowanego przepisu oznacza jedynie pewne, wyemancypowanie odpowiedzialności za z ogólnego reżimu odpowiedzialności statuowanego w art. 415 i n. k.c. Komentatorzy w szczególności przeciwstawiają się ujmowaniu art. 72 § 2 jako samoistnej podstawy odpowiedzialności, uważając, że – poza kwestiami rozstrzygniętymi wprost w art. 72 § 2 k.c., tj. przede wszystkim określeniem zdarzenia szkodzącego i zakresu odszkodowania – do odpowiedzialności za winę w negocjowaniu mają zastosowanie wszystkie kodeksowe przepisy o czynach niedozwolonych.

O kosztach procesu Sąd Okręgowy orzekł na zasadzie 98 § 1 k.p.c.

Wyrok Sądu okręgowego **zaskarżył w całości apelacją** powód, zarzucając:

1/ nierozpoznanie istoty sprawy poprzez zaniechanie zbadania materialnoprawnej (istotnej) podstawy żądania pozwu tj. art. 415 i art. 416 k.c. i art. art. 77 w związku z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej ewentualnie – na wypadek nieuwzględnienia tego zarzutu, naruszenie prawa materialnego, tj. art. 415 i art. 416 k.c. oraz art. 77 w związku z art. 8 ust. 2 Konstytucji RP poprzez ich niezastosowanie do ustalonego stanu faktycznego i prawnego sprawy, co w konsekwencji doprowadziło do oddalenia powództwa;

2/ naruszenie prawa materialnego, tj. art. 417 k.c. poprzez jego błędną wykładnię i w konsekwencji niezastosowanie do ustalonego stanu faktycznego i prawnego sprawy, co w konsekwencji doprowadziło do oddalenia powództwa;

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

4/ naruszenie prawa procesowego, które miało wpływ na wynik sprawy, tj. art. 9 § 1, art. 235 § 1 oraz art. 236 w związku z art. 233 § 1 stawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego 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 17 marca 2011 r. (por. pkt 2.32. i 2.33 pozwu), co doprowadziło do oddalenia powództwa ze względu na okoliczność, iż w takich warunkach znajdował zastosowanie art. 72 § 2 k.c.;

b/ pominięcie wniosków dowodowych stron i niedopuszczenie dowodów, a pomimo tego dokonanie ustalenia, iż pomiędzy stronami nie doszło do zawarcia umowy.

Wskazując na te zarzuty, wniósł o:

1/ zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 750 091,21 zł wraz z ustawowymi odsetkami od chwili wytoczenia powództwa do dnia zapłaty,

ewentualnie , na wypadek nieuwzględnienia tego żądania :

2/ uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Krakowie do ponownego rozpoznania – przy uwzględnieniu kosztów procesu w postępowaniu odwoławczym;

3/ zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu.

Ponadto apelujący wniósł o dopuszczenie na podstawie art. 381 kpc dowodu z postanowienia Sadu Okręgowego w Krakowie z dnia 11 września 2014r .

Wyrokiem z dnia 5 marca 2015 r Sąd Apelacyjny w Krakowie oddalił apelację powoda i zasądził od niego na rzecz pozwanego kwotę 5 400 zł, tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

W wyniku skargi kasacyjnej powoda Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 19 maja 2016 r (III CSK 285/16) uchylił zaskarżone orzeczenie o przekazał sprawę Sadowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania i orzeczenia o kosztach postępowania kasacyjnego. W motywach prawnych Sąd Najwyższy – odwołując się do swojego wcześniejszego rozstrzygnięcia w sprawie III CSK 156/15 – wyjaśnił, że podstawa prawna roszczenia powoda nie może być oparta na art. 417 k.c., że skutek negocjacji w postaci zawarcia umowy w przypadku uzgodnienia wszystkich jej postanowień, wynikający z art. 72 § 1 k.c. nie następuje w postępowaniu w sprawie świadczeń opieki zdrowotnej a przyjęcie najkorzystniejszej oferty nie powoduje zawarcia umowy definitywnej, lecz kreuje obciążający obie strony obowiązek prawny jej zawarcia. Sąd Najwyższy uznał, że Sąd Apelacyjny nie rozważył w należyty sposób odpowiedzialności pozwanego na gruncie przepisów art. 416 i 415 k.c. – w szczególności nie odniósł swoich rozważań w tym przedmiocie do okoliczności faktycznych ustalonych w sprawie.

W toku ponownego rozpoznania sprawy strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska. Wnosząc o oddalenie powództwa pozwany podkreślał, iż nawet przy przyjęcie za podstawę odpowiedzialności przepisu art. 415 k.c. zakres jego odpowiedzialności cywilnoprawnej nie może przekroczyć ujemnego interesu umownego. Niezależnie od tego powód nie wykazał wysokości szkody w wymiarze dodatniego interesu umownego. Z kolei powód, podtrzymując stanowisko wyrażone w apelacji, twierdził, że jego szkoda majątkowa jest oczywista.

SĄD APELACYJNY ZWAZYŁ CO NASTĘPUJE.

Apelacja powoda jest bezzasadna, albowiem niezależnie od podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego – powód nie faktu i wysokości poniesionej szkody majątkowej.

Ustalenia faktyczne Sądu I instancji są prawidłowe i wystarczające dla rozstrzygnięcia sprawy – Sąd Apelacyjny uznaje je za własne.

W niniejszej sprawie pozwany podnosił w toku całego postępowania, że jego ewentualna odpowiedzialność względem powoda za nieprawidłowe prowadzenie i w konsekwencji zerwanie negocjacji, prowadzonych w ramach procedury konkursowej z powodem, ogranicza się do tzw. ujemnego interesu umownego – stosownie do unormowania zawartego w treści art. 72 § 2 k.c.

Sąd I instancji podzielił ten pogląd. Wykluczając, jako podstawę odpowiedzialności pozwanego art. 417 k.c. wskazał, jako jedynie możliwy, przepis art. 72 § 2 k.c., który w ocenie tego Sądu, jest szczególnym przypadkiem odpowiedzialności deliktowej z art. 415 k.c., wyodrębnionym ustawowo nowelą do kodeksu cywilnego w roku 2002. Takiej szkody – ujętej w ramach ujemnego interesu umownego – powód nie dochodził tym procesie. Pogląd ten podzielił Sąd Apelacyjny w uchylonym następnie wyroku z dnia 5 marca 2015 r, wskazując, że okoliczności faktyczne wskazywane przez powoda wskazują na szkodę w znaczeniu dodatniego, a nie ujemnego, interesu umownego. Ponieważ jednak Sąd Najwyższy – uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania Sąd Apelacyjny stoi na stanowisku, że w ramach przesłanek odpowiedzialności pozwanego, istotnych na gruncie art. 415 k.c. w zw. z art. 416 k.c., należy rozważyć szkodę w ramach dodatniego interesu umownego. Rozważenia zatem wymaga czy powód wykazał, że wskutek bezprawnego i zawinionego zachowania pozwanego poniósł szkodę majątkową polegającą bądź to na stratach, które poniósł, bądź też na korzyściach, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono (art. 361 § 2 k.c.).

Zdaniem Sądu Apelacyjnego tak rozumianej szkody powód nie wykazał. Nie wykazał też, by uszczerbek na który się powołuje, był normalnym następstwem bezprawnego działania pozwanej (art. 361 § 1 k.c.). Brak możliwości ustalenia

tych dwóch przesłanek tj. szkody i adekwatnego związku przyczynowego stanowił dostateczną podstawę oddalenia powództwa.

W pozwie powód wskazywał, że na dochodzoną przez niego szkodę składają się dwa elementy. Pierwszy to suma 605 373 zł, jako różnica pomiędzy

kwotą umowy, która (zdaniem powoda) zostałaby zawarta, gdyby pozwany prawidłowo prowadził negocjacje (3 219 480 zł) a kwotą umowy, która została faktycznie zawarta (2 614 107 zł). Element drugi – 144 718, 21 zł, to odsetki i opłaty od kredytów i pożyczek, które powód – jak twierdzi – musiał zaciągnąć na przeciągu kilku lat, by możliwym było kontynuowanie działalności leczniczej, w sytuacji braku prawidłowego finansowania ze strony pozwanego.

Jak chodzi o pierwszą z w/w wartości (605 373 zł) to w ocenie Sądu Apelacyjnego nie stanowi ona szkody w rozumieniu w/w art. 361 § 2 k.c. Będąca podstawą jej obliczenia kwota 3 219 480 zł, to całościowa wartość oferty powoda, przedstawionej pozwanemu w dniu 6 grudnia 2010 r, w ramach prowadzonych negocjacji co do przedmiotu Choroby(...) Powód uważa więc, że gdyby nie delikt pozwanego uzyskałby korzyść (lucrum cessans) we wskazanej wyżej wysokości.

Konstrukcja odpowiedzialności za utracone korzyści w prawie polskim opiera się na tych samych zasadach, co odpowiedzialność za szkodę rzeczywistą, a więc przyznaje prawo do wynagrodzenia tych tylko korzyści, które w normalnym toku wydarzeń, niezakłóconym wystąpieniem zdarzenia wyrządzającego szkodę, poszkodowany by otrzymał. Określenie w art. 361 § 2 k.c. tego elementu szkody w trybie przypuszczającym, jako "korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono" służy wskazaniu, że korzyści mają charakter hipotetyczny i muszą pozostawać w związku z przyczyną sprawczą szkody. Konieczność wykazania, że korzyści rzeczywiście zostałyby osiągnięte wynika z objęcia odpowiedzialnością odszkodowawczą jedynie takich szkód, które stanowią normalne następstwo zdarzenia szkodzącego. Jednocześnie należy wyraźnie ograniczyć szkodę w postaci lucrum cessans i odróżnić ją od sytuacji, w której dochodzi jedynie do utraty samej szansy uzyskania określonej korzyści majątkowej. Wykazanie jedynie szansy uzyskania korzyści nie jest wystarczające (zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 2015 r., III CSK 256/14). D. metoda określania szkody nakazuje więc odtworzenie hipotetycznie najbardziej prawdopodobnego modelu zdarzeń pozbawionego elementu sprawczego szkody i ustalenia jego wpływu na stan majątkowy poszkodowanego, a następnie jego porównania ze stanem powstałym w rezultacie zadziałania przyczyny, która szkodę wywołała. Poziom prawdopodobieństwa fikcyjnego przebiegu zdarzeń musi być tak wysoki, że nakazuje w świetle osiągnięć wiedzy i przy uwzględnieniu zasad doświadczenia życiowego wykluczyć możliwe alternatywne modele i uznać, że wypadki najpewniej potoczyłyby się według przyjętej hipotezy (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 kwietnia 2014 r., I CSK 291/13).

W ocenie Sądu Apelacyjnego w realiach niniejszej powód nie wykazał i nie byłby w stanie wykazać, że gdyby służby pozwanego działały prawidłowo powód osiągnąłby korzyść majątkową w kwocie 3 219 480 zł. Po pierwsze, nieprawidłowe jest założenie powoda, że gdyby pozwany nie działał w warunkach deliktu, doszłoby do zawarcia przez strony umowy gwarantującej powodowi uzyskanie wymienionej wyżej kwoty. Pozwany prowadził konkurs ofert w trybie przewidzianym w art. 142 ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz.U. 2016/1793 tj.). Jednym z etapów takiego konkursu (nieobowiązkowym) są negocjacje z oferentami, prowadzone w celu ustalenia liczby planowanych do udzielenia świadczeń i ceny za jednostkowe świadczenie. Negocjacje nie zmierzają do zawarcia umowy lecz do ostatecznego ustalenia ceny liczby świadczeń. Celem negocjacji nie jest ustalenie essentialia negotii umowy, lecz ostateczne ustalenie dwóch niezbędnych składników oferty zmierzających do wyłonienia najkorzystniejszej ze złożonych ofert. Również podpisanie protokołu końcowego negocjacji i jego ogłoszenie nie stanowi o zawarciu umowy, kreuje dopiero dla obu stron obowiązek jej zawarcia (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2016, sygn.. III CSK 156/15). Z prawidłowych ustaleń Sądu I instancji wynika, że strony prowadziły negocjacje, które nie zostały jednak zakończone. Pozwany zerwał te negocjacje, bezprawnie przyjmując, że fakt zaferowania przez powoda najkorzystniejszej ceny za jeden punkt rozliczeniowy nie jest decydujący dla – co najmniej – kontynuowania negocjacji z powodem. W tej jednak sytuacji nie jest znany i możliwy do ustalenia ostateczny kształt umowy, którą strony mogłyby zawrzeć i co za tym idzie nie sposób ustalić

wysokości wynagrodzenia, które powód uzyskałby od pozwanego. Strony powinny były kontynuować rozmowy, co powód proponował, oferując zresztą obniżenie ceny jednostkowej z 49,50 zł do 45,80 zł – do czego jednak nie doszło. Po drugie, dalszy rozwój zdarzeń zdecydowanie przeczy tezie, by powód rzeczywiście utracił korzyść w kwocie 3 219 480 zł; zwracał na to uwagę pozwany w już w odpowiedzi na pozew. Brak jest podstaw by stanowczo stwierdzić, że powód mógłby wykonać świadczenia o wartości objętej ofertą z dnia 6 grudnia 2010 r. Należy tu przypomnieć, że w wyniku uwzględnienia odwołań powoda, strony przeprowadziły wtórne postępowanie w trybie negocjacji. W rezultacie doszło pomiędzy nimi do zawarcia umowy, gdzie kwotę zobowiązania Oddziału Funduszu wobec świadczeniodawcy, z tytułu realizacji umowy w okresie od 4 lutego 2011 r do 31 grudnia 2011 r, określono na maksymalnie 2.614.107 zł. Ponieważ powód nie wykonał tak zakontraktowanych świadczeń w całości, aneksem nr (...) z dnia 14 lutego 2012 r kwota zobowiązania (...)wobec świadczeniodawcy została zmniejszona do 2.376.447 zł. A zatem powodowi zapłacono za wszystkie świadczenia wykonane na polu Choroby (...)W tych okolicznościach wartość oferty powoda z dnia 6 grudnia 2010 roku, w jej niezrealizowanej części, nie może być rozumiana jako szkoda. Powód zrealizował określoną ilość świadczeń opieki zdrowotnej z zakresu choroby (...)a strona pozwana sfinansowała wszystkie te świadczenia. Wszystkie te argumenty podnosił pozwany w odpowiedzi na pozew trafnie dodatkowo wskazując, że nawet gdyby przyjąć (do czego brak podstaw), że po jego stronie powstałby obowiązek zapłaty na rzecz powoda kwoty wynikającej z oferty z dnia 6 grudnia 2010 r, to nie byłoby to jednoznaczne z wysokością szkody powoda. Wynagrodzenie z umowy, która zdaniem powoda winna być zawarta to jedynie jego przychód, a nie zysk, a ten tylko mógłby stanowić szkodę w postaci *lucrum cessans*. W konsekwencji przyjąć należy, że wskazywana w pozwie, jako jeden z elementów szkody kwota 606 373 zł nie stanowiła wartości utraconej korzyści, lecz ewentualnie maksymalny próg odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego.

Również ogólnikowe twierdzenia powoda o konieczności zaciągania kredytów i pożyczek nie stanowią dostatecznej podstawy do przyjęcia, że odsetki od tak uzyskanych środków czy też koszty obsługi bankowej, wedle twierdzeń powoda w łącznej kwocie 144 718, 21 zł, to szkoda pozostająca w związku przyczynowym z bezprawnym zerwaniem negocjacji, dotyczących świadczeń z zakresu choroby wewnętrzne – hospitalizacja.

W toku postępowania, rozwijając swoje twierdzenia co do postaci szkody, której rekompensaty dochodzi w tym procesie, powód ogólnikowo podnosił, że niewykorzystane środki, uzyskane z prawidłowo zawartej umowy dotyczącej świadczeń choroby wewnętrzne – hospitalizacja, mógłby przeznaczyć na realizację innych świadczeń, np. z zakresu chirurgii. Ostatecznie jednak, w piśmie z dnia 7 czerwca 2014 r (k. 1245) powód wniósł o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego ds. finansów i rachunkowości na okoliczność ustalenia zysku, który strona powodowa mogłaby osiągnąć, gdyby mogła bez ograniczeń związanych z brakiem dostatecznych środków finansowych na wykonywanie świadczeń zdrowotnych oraz brakiem pozyskania wyższych pożyczek wykonywać świadczenia zdrowotne w większej ilości a tym samym szkody, jaką poniosła wskutek bezprawnego działania Komisji Konkursowej. Sąd Okręgowy oddalił powyższy wniosek dowodowy a jego decyzja w tym przedmiocie nie może zostać skutecznie zakwestionowana. Po pierwsze, sam wniosek dowodowy nie jest precyzyjny – zadaniem biegłego miało być wyliczenie zysku możliwego do osiągnięcia przy „bez ograniczeń związanych z brakiem środków finansowych na wykonywanie świadczeń zdrowotnych oraz brakiem pozyskiwania wyższych pożyczek.” Tak ogólna teza dowodowa nie przystaje do realiów niniejszej sprawy, nie nawiązuje do podstawy faktycznej powództwa, a zwłaszcza nie odpowiada szkodzie określonej przez powoda na kwotę 750 091, 21 zł, składającej się z dwóch wymienionych na wstępie elementów (świadczenie z niezawartej umowy + odsetki od kredytów). Nie zostały wyszczególnione przez powoda dokumenty w oparciu o które taka opinia miałaby zostać sporządzona. Ta ostatnia uwaga jest o tyle istotna, że ewentualne rozliczenie działalności szpitala wymagałoby ujawnienia jego dokumentacji finansowej. Tymczasem o ile w aktach sprawy zalega taka dokumentacja za lata poprzedzające rok 2011, to za ten ostatni rok ogranicza się ona do bilansu finansowego. Tymczasem opinia biegłego, jest dowodem który ma służyć ocenie okoliczności faktycznych pod kątem posiadanych przez biegłego wiadomości specjalnych natomiast nie może być sama w sobie źródłem materiału faktycznego sprawy ani tym bardziej stanowić podstawy ustalenia istotnych w sprawie okoliczności faktycznych. Po drugie na przeszkodzie uwzględnienia omawianego wniosku dowodowego stoją względy formalne. Pozwany w sposób uprawniony zarzucał, iż szkoda powoda winna być sprecyzowana już w pozwie – stosownie do treści art. 207 § 6 k.p.c. W pozwie też powód winien był przedstawić wszystkie dowody na okoliczność faktu i wysokości tejże szkody, zwłaszcza, że wszystkie

okoliczności faktyczne niniejszej sprawy były znane i wyjaśnione przed procesem, powód był też w posiadaniu wszystkich tych dokumentów, które z naruszeniem art. 207 § 6 k.p.c. przedstawiał w toku procesu. Wreszcie też należy zwrócić uwagę, że po oddaleniu wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego ds. finansów, powód nie złożył zastrzeżenia do protokołu, w trybie art. 162 k.p.c., tracąc tym samym uprawnienie do powoływania się w dalszym toku postępowania na ewentualne uchybienie sądu w tym przedmiocie.

W świetle powyższych uwag, zaskarżony wyrok, mimo częściowo błędnego uzasadnienia, odpowiada prawu. Niezależnie bowiem od mającej tu zastosowanie podstawy materialnoprawnej roszczenia (w tym art. 415 k.c. w zw. z art. 416 k.c.), powództwo nie zasługuje na uwzględnienie, a to wobec niewykazania wysokości szkody, rozumianej jako niesfinansowana przez pozwanego część działalności medycznej powoda, w ramach leczenia szpitalnego chorób wewnętrznych. W tym stanie rzeczy ocena pozostałych przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego jest bezprzedmiotowa. Bezprawne i zawinione zachowanie organu strony pozwanej w okresie przedkontraktowym w stosunkach z powodem (w postaci bezzasadnej propozycji ze strony komisji konkursowej przypisania wartości „0” ofercie strony powodowej) nie budzi wątpliwości w świetle decyzji Prezesa (...)Funduszu (...)z dnia 30 czerwca 2011r, podobnie jak i to, że skutkiem takiej zawinionej decyzji komisji było pozbawienie szansy zawarcia między stronami umowy na wynegocjowanych zasadach, w okresie opisanym pozwem. Jak już wskazano wcześniej konkurs ofert, prowadzony przez pozwanego pod koniec 2010 roku, posiadał o tyle specyficzny charakter, że stosownie do treści art. 142 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej, tworzył w stosunkach między stronami, stan przejściowy, poprzedzający zawarcie umowy. O ile jednak wyeliminowanie ze stanu faktycznego elementu bezprawnego działania pozwanego prowadziłyby, w ramach normalnych następstw, do zawarcia przez strony umowy, to jednak to w jakiej wysokości ustalone zostałyby wynagrodzenie za 2011 rok posiada obecnie walor wyłącznie spekulacji i w tym kontekście jawi się jedynie jako przesłanka utraty szansy zawarcia umowy na określonych zasadach. Nie jest wiadomym, czy ta, czy też niższa (wynikająca z określonej sumy pozostającej w dyspozycji funduszu w dacie konkursu) zostałaby wynegocjowana przez strony postępowania w ramach konkursu i przy udziale innych uczestników konkursu. Przyjmując domniemanie faktyczne, że kwota ta nie byłaby mniejsza od zaoferowanej przez powoda, to tym samym dla ustalenia szkody w ujęciu deliktowym należałoby tę wartość porównać z istniejącą sytuacją finansową powoda i rozważyć jaki wpływ na tę sytuację miałyby miałyby zawarcie przez strony umowy na warunkach prawdopodobnych do osiągnięcia w prawidłowo prowadzonym postępowaniu konkursowym. Taka szkoda nie została wykazana przez powoda. Dlatego też stwierdzenie istnienia jednej z trzech przesłanek odpowiedzialności deliktowej strony pozwanej nie jest wystarczające dla oddalenia powództwa.

Mając to wszystko na uwadze orzekł Sąd Apelacyjny jak w wyroku na podstawie wskazanych przepisów i art. 385 k.p.c. z konsekwencją w postaci rozstrzygnięcia o kosztach na podstawie art. 98 k.p.c.

SSA Zbigniew Ducki SSA Wojciech Kościółek SSA Hanna Nowicka de Poraj