



Sygn. akt I CSK 291/13

## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 11 kwietnia 2014 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Józef Frąckowiak (przewodniczący)  
SSN Katarzyna Tyczka-Rote (sprawozdawca)  
SSN Hubert Wrzeszcz

Protokolant Ewa Krentzel

w sprawie z powództwa M. Spółki z o.o. z siedzibą w M.  
przeciwko Miastu W.

o zapłatę,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej w dniu 11 kwietnia 2014 r.,

skargi kasacyjnej strony powodowej

od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...]

z dnia 14 grudnia 2012 r.,

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi  
Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania  
i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego.**

## UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 1 czerwca 2011 roku powód „M.” Spółka ograniczoną odpowiedzialnością wniósł o zasądzenie na jego rzecz od pozwanego Miasta W. kwoty 41 460 000 zł z odsetkami ustawowymi od dnia doręczenia pozwu, jako odszkodowania za szkodę spowodowaną deliktem pozwanego, polegającym na bezprawnym uniemożliwieniu powodowi w latach 2004 - 2010 czerpania korzyści (wynagrodzenia za usługi transportowe) z części w. rynku przewozu osób, który bezprzetargowo i za zawyżonym wynagrodzeniem powierzony został Miejskim Zakładom Autobusowym sp. z o.o. w W.

Wyrokiem z dnia 23 marca 2012 roku Sąd Okręgowy w W. oddalił powództwo. Ustalił, że Miejskie Zakłady Autobusowe sp. z o.o. (MZA) są jednoosobową spółką Miasta W. Powstały w wyniku przekształcenia zakładu budżetowego pozwanego. MZA od 2002 r. świadczy usługi transportu zbiorowego autobusowego w W. na podstawie umów zawieranych z nim bez ogłaszania przetargu, obecnie - do 2017 r. na podstawie umowy zawartej dnia 2 grudnia 2009 r. - za wynagrodzeniem według stawki 7,41 zł za wozokilometr. Poprzednio strony łączyła umowa z 2005 r., a wcześniej - z dnia 27 grudnia 2002 r. MZA nie jest jedynym przewoźnikiem obsługującym w. komunikację autobusową. Pozwany zawarł umowy o świadczenie takich usług także z powodem i dwoma innymi przewoźnikami w wyniku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Również w tych umowach wynagrodzenie za usługi obliczane jest na podstawie stawki za wozokilometr wynoszącej - w wypadku powoda - od 3,43 zł do 5,44 zł. Stawka za wozokilometr płacona przez pozwane Miasto na rzecz MZA była zawsze wyższa niż otrzymywana przez przewoźników wyłonionych w wyniku przetargu i wynosiła w roku 2007 - 6,36 zł, a w roku 2008 - 6,99 zł za wozokilometr. Przychody od pasażerów zasilają budżet pozwanego i nie są powiązane ze stawką płaconą za wozokilometr. MZA obsługuje ok. 70% linii autobusowych, zaś powód i pozostali przewoźnicy ok. 30%.

Sąd Okręgowy rozpatrzył roszczenie powoda na podstawie art. 416 k.c. i uznał je za nieuzasadnione, wobec niewykazania przez powoda bezprawności

zastosowanego przez pozwanego sposobu organizacji usług zbiorowego transportu autobusowego w W. w okresie objętym żądaniem. Sąd zwrócił uwagę, że obowiązek zaspokajania zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej w zakresie lokalnego transportu zbiorowego stanowi zadanie własne gminy o charakterze zadania użyteczności publicznej, które gmina mogła realizować za pośrednictwem utworzonych przez siebie jednostek organizacyjnych lub w drodze zawierania umów z innymi podmiotami (art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym - tekst jedn.: Dz.U. z 2013 r., poz. 594 ze zm.). Forma prowadzenia przez gminę działalności przewidziana była w art. 2 - 4 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (tekst jedn.: Dz.U. z 2011 r. Nr 45 poz. 236), mogła być realizowana przez samorządowy zakład budżetowy lub spółkę prawa handlowego (art. 2), jednostka samorządu terytorialnego mogła też powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej (art. 3) na podstawie zawartych z nimi umów, a wybór odpowiedniego sposobu prowadzenia i formy organizacyjnej należał do dyskrecyjnych, nieograniczonych przepisami uprawnień organu stanowiącego gminy (art. 4 ust. 1). Swoboda wyboru sposobu realizacji zadań wynika także z przepisów Rozporządzenia Rady nr 1191/69 z dnia 26 czerwca 1969 r. (Dz.U. UE L nr 156 str. 1) zmienionego przez Rozporządzenie Rady nr 1893/91 z dnia 20 czerwca 1991 r. zmieniające rozporządzenie (EWG) nr 1191/69 w sprawie działania Państw Członkowskich dotyczącego zobowiązań związanych z pojęciem usługi publicznej w transporcie kolejowym, drogowym i w żegludze śródlądowej, jak i Rozporządzenia (WE) Nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. w sprawie usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylającego Rozporządzenie Rady (EWG) Nr 1191/69 i (EWG) Nr 1107/70 (Dz. U. UE L nr 315 s. 1) regulujących zasady świadczenia usług w zakresie transportu publicznego. Sąd Okręgowy ocenił, że przepisy unijne i przepisy krajowe pozwalają na tzw. bezpośrednie, nie poprzedzone procedurą przetargową, zlecenie zadań podmiotowi wewnętrznemu, za który uważny jest, na podstawie art. 6 ust. 1 Europejskiej Karty Samorządu Lokalnego z dnia 15 października 1985 r. (Dz. U. z 1994 r. Nr 124, poz. 607), także

podmiot odrębny pod względem prawnym, ale pozostający pod kontrolą jednostki samorządowej. Sąd odwołał się do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, w którym przyjęto, że art. 43 WE, 49 WE i 86 WE oraz zasady równości traktowania, niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową i przejrzystości nie stoją na przeszkodzie istnieniu przepisów prawa krajowego, które pozwalają organowi publicznemu na bezpośrednie udzielenie zamówienia na świadczenie usług publicznych spółce, w której posiada on całość kapitału, pod warunkiem, że organ publiczny sprawuje nad tą spółką kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami, a spółka prowadzi swoją podstawową działalność wspólnie z organem, który posiada w niej udziały. Sąd pierwszej instancji uznał, że MZA jest podmiotem wewnętrznym pozwanego w rozumieniu Rozporządzenia 1191/69 i Rozporządzenia 1370/2007, wobec czego pozwany mógł mu powierzyć wykonywanie całości lub części zadań w zakresie transportu publicznego w trybie bezpośrednim, inną część tych zadań zlecając przewoźnikom prywatnym. W konsekwencji, w ocenie Sądu, nie można zarzucić pozwanemu, że bezprzetargowe powierzenie części zadań MZA a reszty innym przewoźnikom stanowiło naruszenie prawa konkurencji i nadużycie przez pozwanego kwalifikowanej pozycji dominującej na rynku, niezgodnie z art. 102 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej czy też z art. 9 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50 poz. 331 ze zm.). Sąd uznał, że pomiędzy MZA i przewoźnikami prywatnymi nie występuje stosunek konkurencji w zakresie świadczenia usług na rzecz pozwanego.

Dodatkowo Sąd stwierdził, że powód nie wykazał swojej szkody stanowiącej utracone korzyści, które uzyskałby od pozwanego za świadczenie przewozu pasażerskiego na podstawie umów o świadczenie usług, na tej części warszawskiego rynku transportu autobusowego, która powierzona została MZA (wynoszącej 70%). Powód określił utracone korzyści szacunkowo, ekstrapolując zakres usług świadczonych na części rynku przewozów autobusowych obsługiwanej przez przewoźników prywatnych (w tej części rynku miał udział 57%). Sąd uznał jednak, że prawdopodobieństwo objęcia przez powoda takiej części rynku nie jest wystarczająco wysokie, ponieważ najprawdopodobniej do przetargu na obsługę całego rynku przystąpiłby inny krąg oferentów, co zmniejszyłoby

szanse powoda na taki wynik. Powód w sposób nieuzasadniony, zdaniem Sądu, pominął prawdopodobieństwo udziału w przetargach Spółki MZA, równe prawdopodobieństwu udziału w tych przetargach powoda. MZA jest spółką zależną pozwanego i mało prawdopodobne jest by nie uzyskał żadnego udziału w rynku przewozów. Wniosku takiego nie uzasadnia wysokość wynagrodzenia uzyskiwanego przez MZA dotychczas, ponieważ możliwe byłoby zaoferowanie przez ten podmiot w ramach przetargu innego poziomu wynagrodzenia. Poza tym pozwany mógłby odstąpić od kryterium ceny jako wyłącznego na rzecz zapewnienia ciągłości i bezpieczeństwa świadczenia usług, co zwiększyłoby szanse MZA. Sąd przychylił się do poglądu, że wielość złożonych ofert, pewna swoboda zamawiającego w wyborze oferty i możliwość unieważnienia przetargu obniżała stopień prawdopodobieństwa uzyskania korzyści przez powoda poniżej granicy umożliwiającej przyjęcie powstania szkody, przy czym prawdopodobieństwo zmniejszyłoby się jeszcze, gdyby pozwany zorganizował jeden przetarg, co Sąd uznał za bardziej prawdopodobne, gdyby w 2004 r. wyeliminowana została możliwość powierzenia 70% usług transportu autobusowego MZA. Konieczne stałoby się wówczas wyłonienie niemal natychmiast nowego podmiotu, który by usługi te świadczył. Wnoskowanie w tym przypadku o pomyślnym wyniku przetargu w oparciu o skuteczność we wcześniejszych postępowaniach (przeprowadzonych w innych warunkach) Sąd uznał za spekulację. Zaznaczył też, że szkoda powoda nigdy nie wyraziłaby się w wartości przez niego oznaczonej, ponieważ albo wyniosłaby 100%, gdyby powód wygrał przetarg, albo nie powstałaby w ogóle, gdyby przegrał. Świadczenie usług w zakresie przeznaczonym dla MZA wymagało ok. 1400 autobusów. Powód musiałby więc zapewnić ok. 800 dodatkowych pojazdów (57% z 1400), z czego 70% musiałyby stanowić autobusy o długości 18 m (z 250 autobusów powoda wykonujących obecnie zlecenia pozwanego zdecydowana większość to autobusy długości 12 m), a także zapewnić dla nich niezbędną infrastrukturę (parkingi, zajezdnie) i obsługę, a takiego taboru i zaplecza powód nie posiadał i - zdaniem Sądu - wątpliwe byłoby jego zorganizowanie natychmiast (przy jednorazowym przetargu) nawet w wypadku deklarowanego wsparcia przedsiębiorstwa E. W konsekwencji ewentualna szkoda powoda nie sięga prawdopodobieństwa

wymaganego przy określaniu utraconych korzyści, lecz stanowi co najwyżej szkodę ewentualną, utratę szansy uzyskania pewnej korzyści majątkowej, która nie podlega naprawieniu. Sąd wykluczył też możliwość oszacowania szkody na podstawie art. 322 k.p.c. ponieważ nie stosuje się go do szkody ewentualnej. Sąd nie stwierdził także wystąpienia adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy szkodą a zdarzeniem, w którym powód upatrywał jej źródła, to znaczy pomiędzy faktem bezprawnego powierzenia bezpośredniego świadczenia usług transportowych przez pozwanego jego spółce zależnej a utratą korzyści odpowiadających wynagrodzeniu za ich świadczenia przez powoda. Wskazał, że w wypadku wyeliminowania zdarzenia sprawczego (powierzenia bezpośredniego) pozwany nie byłby zobligowany do zorganizowania przewozu w drodze przetargu (w którym powód mógłby następnie uczestniczyć), ponieważ mógłby przekazać świadczenie przewozów MZA z właściwie określonym, a nie zawyżonym poziomem odpłatności za wozokilometr. Zdaniem Sądu szkoda wskazywana przez powoda wystąpiłaby także gdyby pozwany postąpił zgodnie z prawem. Inaczej kształtowałyby się kwestia związku przyczynowego tylko wówczas, gdyby pozwany naruszył przepisy obligujące go wyłonienia usługodawcy w drodze przetargu. Dodatkowo Sąd zauważył, że ewentualne roszczenia odszkodowawcze powoda uległy w części przedawnieniu, za okres do 30 maja 2008 r., ponieważ szkoda miała charakter narastający.

Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 14 grudnia 2012 r. oddalił apelację powoda. Podzielił zarzut skarżącego, że Sąd Okręgowy nie rozważył jako podstaw odpowiedzialności deliktowej pozwanego, zarzucanego przez powoda naruszenia przepisów Rozporządzenia Rady nr 1191/69 z 26 czerwca 1969 r., zmienionego przez Rozporządzenie Rady nr 1893/91 z 20 czerwca 1991 r. oraz Rozporządzenia (WE) nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r., wskazał też na nieustosunkowanie się przez ten Sąd do przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) przy założeniu, że bezprawne było ustalenie w umowach zbyt wysokiego wynagrodzenia dla MZA. Uznał jednak, że rozważanie tego problemu nie jest konieczne do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, ponieważ wystarczy przeprowadzenie oceny, czy powód wykazał szkodę wynikającą ze

zdarzenia, które uznaje za jej przyczynę, stanowiącą bezprawne działanie pozwanego. Ze względu na konieczność łącznego wystąpienia wszystkich przesłanek roszczenia odszkodowawczego wykluczenie jednej z nich Sąd Apelacyjny uznał za wystarczające. Zwrócił uwagę, że powód sprecyzował źródło szkody. Jako wstępne założenia rozważań Sąd Apelacyjny - zaznaczając, że nie uznaje tych okoliczności za udowodnione lecz traktuje je jako najkorzystniejsze dla powoda hipotetyczne tło analizy - przyjął, że wynagrodzenie dla MZK we wszystkich zawartych z nim umowach było zawyżone i sprzeczne z porządkiem prawnym, że MZA było przedsiębiorstwem źle zarządzanym i nie mogłoby skutecznie konkurować z powodem w warunkach otwartego rynku, a pozwany, w alternatywnym przebiegu procesu zawierania umów o usługi przewozowe, nie podjąłby decyzji o jednym przetargu. W tak ukształtowanych okolicznościach Sąd poddał ocenie twierdzenia i wnioski dowodowe powoda pod kątem ich znaczenia i zdolności wykazania utraconych korzyści. Stwierdził, że powód w apelacji zgłosił zarzuty dotyczące wniosków dowodowych wskazanych w pozwie pod pkt D lit. a pkt IV, V, VIII oraz pkt G, jednak - zdaniem Sądu, teza dowodowa nie przystaje do wskazanej w piśmie przygotowawczym złożonym w toku postępowania apelacyjnego, ponieważ powód nie zgłosił - jak twierdzi w apelacji - wniosku dowodowego na okoliczność zdolności do utrzymania udziału w rynku w szerszym stopniu otwartym dla wolnej konkurencji. Ostatecznie jednak za zmierzający do wykazania tej okoliczności uznał dowód z opinii instytutu. Zdyskwalifikował jednak ten dowód, jako służący przede wszystkim ustaleniu faktów, podczas gdy rolą biegłego jest ocena a nie ustalanie faktów. Fakty powinien wskazać i udowodnić powód, który, zdaniem Sądu, nie przedstawił żadnych twierdzeń ani faktów dotyczących rynku alternatywnego, w tym możliwych kryteriów oceny ofert, ani faktów odnoszących się do występujących na nim podmiotów, powołał się jedynie na swoją przynależność do nieokreślonej grupy kapitałowej o niesprecyzowanych możliwościach sprzętowych, finansowych i strukturalnych. Sąd Apelacyjny zgodził się z Sądem Okręgowym co do tego, że prawdopodobieństwo występowania wielu alternatywnych zdarzeń - rozważanych przez Sąd pierwszej instancji - skutkuje co najwyżej małym prawdopodobieństwem ziszczenia się scenariusza oczekiwanego przez powoda. Podzielił też zapatrywanie Sądu pierwszej instancji, że skarżący nie

wykazał związku przyczynowego pomiędzy wskazywaną przyczyną szkody a utratą korzyści, ponieważ i w tym wypadku nie zostały udowodnione okoliczności faktyczne, które mogłyby stanowić podstawę specjalistycznej oceny biegłych (instytutu).

Zdaniem Sądu Apelacyjnego prawdopodobieństwo przebiegu zdarzeń przyjętego przez powoda jako podstawa dochodzonego roszczenia jest zbyt nikłe, by mogło uzasadnić zgłoszone roszczenie odszkodowawcze.

Sąd odwoławczy przychylił się też do stanowiska, że roszczenie powoda ulega 3-letniemu przedawnieniu.

Powód wniósł skargę kasacyjną od wyroku Sądu Apelacyjnego. Oparł ją na obydwu podstawach z art. 398<sup>3</sup> § 1 k.p.c. Zarzucił naruszenie przepisów materialnego przez błędną wykładnię art. 361 § 2 k.c. w zw. z art. 416 k.c.; art. 361 § 2 k.c. w zw. z art. 102 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej „TFUE”) oraz art. 6 k.c.; art. 361 § 1 k.c. w zw. z art. 416 k.c. ; oraz art. 442 § 1 k.c. i art. 442 § 1 k.c., które ponadto uznał za błędnie zastosowane. W ramach podstawy naruszenia przepisów postępowania skarżący zarzucił uchybienie art. 217 § 2 k.p.c. w zw. z art. 290 §1 k.p.c. i art. 278 k.p.c. oraz art. 227 k.p.c. jak również art. 378 § 1 k.p.c. i art. 382 k.p.c., art. 217 § 2 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c., art. 378 § 1 k.p.c. i art. 382 k.p.c. a ponadto art. 322 k.p.c. w zw. z art. 378 § 1 k.p.c. i art. 382 k.p.c. oraz naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z 387 § 1 i art. 391 § 1 k.p.c.

We wnioskach domagał się uchylenia zaskarżonego wyroku oraz wyroku Sądu I instancji w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji, ewentualnie jego uchylenia w całości i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu, z pozostawieniem temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego. Złożył też wniosek o zwrócenie się to Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z pytaniem prejudycjalnym „Czy art. 102 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej sprzeciwia się takiemu uregulowaniu prawnemu Państwa Członkowskiego, zgodnie z którym naprawienie szkody w postaci utraconych korzyści poniesionej wskutek naruszenia unijnych reguł prawa konkurencji zawartych w art. 101-102 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w tym nadużycia pozycji dominującej,



uzależnione jest od wykazania przez poszkodowanego, że prawdopodobieństwo uzyskania korzyści graniczyło z pewnością i prześledzenia wszystkich możliwych działań potencjalnych uczestników rynku w przypadku gdyby nie nastąpiło naruszenie prawa konkurencji oraz wykluczenia jakichkolwiek alternatyw wobec twierdzeń powoda? "

W odpowiedzi na skargę kasacyjną powoda pozwany wniósł o oddalenie tej skargi i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Ze względu na charakter zarzutów powoda, który w pierwszej kolejności kwestionuje prawidłowość wykładni przepisów, przyjętych przez Sąd Apelacyjny jako podstawa oceny zgłoszonych roszczeń i zastosowanie tak rozumianych przepisów jako kryterium określenia poziomu prawdopodobieństwa przebiegu zdarzeń, pozwalającego na przyjęcie odpowiedniego prawdopodobieństwa poniesienia szkody oraz powiązania tej szkody ze zdarzeniem sprawczym adekwatnym związkiem przyczynowym, konieczne jest rozważenie najpierw odnoszących się do tego zagadnienia zarzutów materialnoprawnych.

Skarżący podważa wykładnię art. 361 § 2 k.c. w zw. z art. 416 k.c. za nieprawidłową uznając interpretację pojęcia „korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzano” umożliwiającą zakwalifikowanie konkretnych korzyści do kategorii *lucrum cessans* bądź do kategorii szkody ewentualnej *a priori*, bez przeprowadzenia dowodów. Kwestionuje też poziom prawdopodobieństwa wystąpienia hipotetycznej korzyści, jakiego wymagał Sąd Apelacyjny i zakres okoliczności objętych przez sąd obowiązkiem dowodzenia przez powoda. Podważał też metodykę rozróżnienia przez sąd utraconych korzyści od szkody ewentualnej opartą na poziomie prawdopodobieństwa wystąpienia szkody. Zdaniem skarżącego wystarczające jest stwierdzenie prawdopodobieństwa wystąpienia jakiegokolwiek korzyści, nawet bardzo niewielkiej, by uzasadnione stało się przejście na etap szacowania wielkości szkody. W analogicznym kierunku zmierza zarzut błędnej wykładni art. 361 § 2 k.c. w zw. z art. 102 TFUE oraz art. 6 k.c., w którym skarżący wskazuje na wadliwość stanowiska negującego możliwość posłużenia się w sprawach o naprawienie szkód wynikających z naruszenia prawa

konkurencji, w tym nadużycia pozycji dominującej, cechujących się szczególnym skomplikowaniem stanów faktycznych, ułatwień dowodowych w szczególności dowodem *prima facie*.

Podobną konstrukcję ma zarzut błędnej wykładni zawartego w art. 361 § 1 k.c. w zw. z art. 416 k.c. pojęcia „normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynikła”, którego rozumienie przez Sąd Apelacyjny skarżący uważa za zbyt wąskie, a samą ocenę, czy związek taki zachodzi, przeprowadzoną *a priori*, nieoprowadzoną wnioskowanym przez niego postępowaniem dowodowym - za niedopuszczalną.

W obydwu wypadkach istotą zarzutów jest nienależyte, zdaniem skarżącego, określenie poziomu pewności, jaka jest konieczna aby możliwe było przyjęcie, że w złożonych stosunkach gospodarczych wystąpiła podlegająca naprawieniu szkoda hipotetyczna stanowiąca adekwatny skutek przyczyny sprawczej. 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 byłby otrzymał. Określenie w art. 361 § 2 k.c. tego elementu szkody w trybie przypuszczającym, jako „korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono” nie ma, wbrew sugestiom skarżącego, na celu zaznaczenia, że prawdopodobieństwo wystąpienia szkody nie musi być bliskie pewności, lecz 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 szkód stanowiących normalne następstwo zdarzenia szkodzącego. Dyferencyjna 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. Ze względu na cel tworzenia alternatywnego świata zdarzeń hipotetycznych musi on w maksymalnym stopniu odtwarzać rzeczywistość w całej jej złożoności. Stosowanie ułatwień dowodowych w formie dowodu *prima facie*, nie jest w tym wypadku możliwe, ponieważ istotą tego dowodu, stosowanego w systemach anglosaskich i ostrożnie adaptowanego w prawie polskim, ze wskazaniem jako jego źródła normatywnego art. 231 k.p.c., jest ułatwienie poszkodowanemu, mającemu słabszą pozycję względem podmiotu wskazanego jako sprawca szkody, wykazanie niedbalstwa w działaniu sprawcy w sytuacji, kiedy niemożliwe jest przeprowadzenie pewnego dowodu jego niestaranności, a szkoda nie powstałaby, gdyby dołożono należytej staranności, została spowodowana w czasie, kiedy poszkodowany był bierny i znajdował się pod kontrolą podmiotu wskazywanego jako sprawca szkody, zaś okoliczności „mówią za siebie - *res ipsa loquitur*” wskazując na dopuszczenie się niedbalstwa. Dowód *prima facie* służy przeniesieniu na stronę przeciwną, która zna okoliczności towarzyszące powstaniu szkody i może je wykazać, ciężaru wykazania prawidłowości i staranności swojego działania. Jego rolą jest więc ułatwienie wykazania odpowiedzialności za zdarzenie sprawcze, a nie jej rozmiaru, ani związku przyczynowego pomiędzy tym zdarzeniem a szkodą. Są to okoliczności dotyczące poszkodowanego, który twierdzi, że poniósł określona szkodę, wobec czego obowiązany jest wykazać jej powstanie i związek z przyczyną sprawczą według ogólnych reguł dowodzenia, które obejmują pełen zakres środków dowodowych i domniemań przewidzianych w przepisach prawa, w tym także domniemań faktycznych. Zasady odpowiedzialności odszkodowawczej, w tym możliwość wykorzystania szacunkowego określenia wysokości odszkodowania, spełniają kryteria wskazywane przez Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 13 lipca 2006 r. (V. Manfredi p-ko Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA i in., C - 295, ECR 2006/7B/I-6619), polski system prawny przewiduje odpowiedzialność odszkodowawczą także za utratę korzyści w wyniku naruszenia przepisów dotyczących konkurencji, tak samo jak w innych wypadkach odpowiedzialności odszkodowawczej, zaś ochrona prawna oparta na założeniu, że jej skutkiem nie może być wzbogacenie uprawnionego została zaakceptowana przez Trybunał

Sprawiedliwości jako właściwa (pkt. 89 - 100 wyroku). Nie ma więc potrzeby kierowania pytania prejudycjalnego odnoszącego się do zagadnień już wyjaśnionych. Z oczywistych przyczyn poziom pewności hipotetycznego biegu zdarzeń nigdy nie jest stuprocentowy, a strefa wątpliwości zwiększa się tym bardziej im bardziej złożony i uzależniony od różnych czynników, pozostających nie tylko poza zakresem wpływu strony dochodzącej odszkodowania, ale także wskazywanego przez nią sprawcy szkody, jest ciąg czynności koniecznych do osiągnięcia korzyści. Ocena, czy w takim skomplikowanym stanie faktycznym utracone korzyści i w jakim rozmiarze pozostawały w zasięgu poszkodowanego w stopniu dostatecznie pewnym, pozwalającym przyjąć taki wariant za stanowczo najbardziej prawdopodobny ze wszystkich rozważanych musi być przeprowadzona z wykorzystaniem środków dostosowanych do okoliczności i przedmiotu sprawy. Nie jest dopuszczalne stawianie a priori wymagań dowodowo niespełnialnych (jak np. wykazywanie jakie byłyby kryteria przetargowe i jakie oferty złożyliby inni oferenci w przetargu, którego nie było), ani przyjmowanie za pewnik tez wątpliwych (jak teza, że kryteria bezpieczeństwa i pewności transportu zmniejszyłyby szanse powoda na zawarcie umowy). Sposób kalkulacji strat dokonany przez powoda został przeprowadzony metodą ekstrapolacji jego udziału w części rynku, którą pozwany przekazał w systemie przetargowym przewoźnikom niepowiązanym ze sobą. W tym kierunku zmierzały wnioski dowodowe, także zawarty w pozwie wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii instytutu naukowego - Katedry Transportu Uniwersytetu Ekonomicznego w K. w celu ustalenia wysokości uszczerbku majątkowego, który poniósł powód w konsekwencji zamknięcia w./.../ rynku transportu autobusowego dla wolnej konkurencji w okresie od 1 maja 2004 r. do 31 grudnia 2010 r. Jest oczywiste, że przesłanką ustalenia uszczerbku jest stwierdzenie, że powód uzyskałby zlecenia na otwartym rynku transportu autobusowego. Ocena twierdzeń powoda wymagała weryfikacji nie tylko w świetle doświadczenia życiowego sądu orzekającego ale także w świetle wiedzy na temat ekonomiki transportu i reguł rządzących rynkiem transportowym. Wprawdzie kolejność rozstrzygania zagadnień przez Sąd Apelacyjny, polegająca na wyizolowaniu wątku szkody z pominięciem podstawowego zagadnienia podstaw odpowiedzialności pozwanego, nie odpowiada standardom rozpoznawania spraw

odszkodowawczych, w których - by nie brnąć w kosztowne ustalanie wysokości szkody - przyjmuje się często przewidzianą w art. 318 § 1 k.p.c. formę przesądzenia o zasadzie odpowiedzialności w wyroku wstępnym, jednak skoro Sąd przyjął odmienną drogę, konieczne było należyte zbadanie zasadności twierdzeń powoda o poniesieniu szkody. Opinia instytutu nie miała w okolicznościach rozpatrywanej sprawy służyć czynieniu ustaleń faktycznych, jej celem było przedstawienie Sądowi wiedzy specjalnej z zakresu organizacji transportu, którą to wiedzą Sąd nie dysponował, a mimo to wypowiedział się stanowczo o zagadnieniach specjalistycznych, przesądzając, że szanse powoda na uzyskanie zleceń na rynku transportu autobusowego w W., na którym od wielu lat funkcjonuje, były tak dalece niepewne, że mógł ponieść jedynie szkodę ewentualną. Tymczasem rację ma powód, że ocena nie powinna być przeprowadzana przy założeniu, że konieczne jest dowiedzenie uzyskania pełnego zakresu świadczeń przyjętych za podstawę roszczenia, lecz w kierunku ustalenia, jak wysokie jest prawdopodobieństwo, że powód uzyskałby jakikolwiek, choćby zupełnie niewielki udział w części rynku przewozów obsługiwanych w rzeczywistości przez MZA i to nie przez cały okres objęty sporem, lecz przynajmniej przez część okresu, za który roszczenia nie uległy przedawnieniu. Nie można się zgodzić z powodem, że Sąd Apelacyjny naruszył art. 442 § 1 k.c. i art. 442<sup>1</sup> § 1 k.c. przyjmując, że roszczenie powoda uległo częściowemu przedawnieniu. Przesłanka dowiedzenia się o szkodzie i osobie zobowiązanej do jej naprawienia ustalana jest według kryteriów zobiektywizowanych. O powierzeniu MZA znacznej części rynku powód uzyskał informację najpóźniej przystępując do przetargu na obsługę wolnej części rynku przewozów autobusowych w W., podmiot, który powierzył wykonywanie zadań MZA także był mu od początku znany. Kwestia ustalenia bezprawności wymagała jedynie uzyskania informacji o wysokości wynagrodzenia za wozokilometr, jaką pozwany uzgodnił z MZA, którą powód mógł zdobyć wykorzystując uprawnienia przyznane w ustawie z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (tekst jedn.: Dz.U. z 2014 r., poz. 782). Przy tym Sąd Apelacyjny nie uznał bynajmniej za przedawnione wszystkich ewentualnych roszczeń powoda lecz ich część dotyczącą korzyści, których powód dochodzi za

okres do 1 czerwca 2008 r., to znaczy za okres wcześniejszy niż 3 lata przed wniesieniem pozwu.

Za uzasadnione należało natomiast uznać zarzuty skarżącego kwestionujące nazbyt zwężoną wykładnię art. 361 § 1 i 2 k.c. zastosowaną przez Sąd Apelacyjny oraz powiązane z nimi zarzuty nieuzasadnionego oddalenia wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii instytutu (zarzut naruszenia art. 217 § 2 k.p.c. w zw. z art. 290 § 1 k.p.c. i art. 278 k.p.c. oraz art. 227 k.p.c., art. 378 § 1 i art. 382 k.p.c.).

Słusznie też powód kwestionował prawidłowość uzasadnienia zaskarżonego wyroku (zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 387 § 1 i art. 391 § 1 k.p.c.), które nie zawiera wyjaśnienia przez Sąd Apelacyjny przyczyn nieuwzględnienia zarzutów apelacyjnych skierowanych przeciwko wadliwości oddalenia wniosków dowodowych sformułowanych przez powoda oraz przeciwko nieprzeprowadzeniu części dowodów bez ich oddalenia, nie zawiera też ustosunkowania się do zgłoszonego w apelacji wniosku o dokonanie kontroli postanowienia oddalającego wnioski dowodowe oraz o przeprowadzenie zawnioskowanych dowodów. W tym zakresie - wobec nieprzedstawienia przez Sąd Apelacyjny swojego stanowiska nie było możliwe przeprowadzenie jego oceny. W pozostałym zakresie zarzuty skarżącego nie były skuteczne, jakkolwiek bowiem uzasadnienie jest skrótowe i niepozbawione błędów w referowaniu stanowisk stron, jednak pozwala odtworzyć motywy rozstrzygnięcia.

Nie jest też uzasadniony zarzut naruszenia art. 322 k.p.c. w zw. z art. 378 § 1 i art. 382 k.p.c. Zastosowanie tego przepisu wymagałoby wstępnego ustalenia, że istnieją podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego i wystąpiła szkoda podlegająca naprawieniu, nie mająca charakteru ewentualnego, jednak jej wysokości nie można precyzyjnie udowodnić. W niniejszej sprawie zarzut ten jest przedwczesny, ponieważ jak dotąd nie zostało przesądzone, czy tego rodzaju szkoda rzeczywiście powstała.

Mimo, że nie wszystkie zarzuty skarżącego zostały uwzględnione, te z nich, które okazały się uzasadnione spowodowały konieczność uchylecia zaskarżonego

wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu na podstawie art. 398<sup>15</sup> § 1 k.p.c.

Orzeczenie o kosztach postępowania kasacyjnego uzasadnia art. 398<sup>21</sup> w zw. z art. 391 § 1 i art. 108 § 2 k.p.c.