

Sygn. akt I ACa 1497/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 grudnia 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Bogdan Świerczakowski (spr.)

Sędzia SA Ewa Kaniok

Sędzia SA Anna Szymańska-Grodzka

Protokolant: apl. sąd. Urszula Filipowicz

po rozpoznaniu w dniu 25 listopada 2014 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Sp. z o.o. z siedzibą w M.

przeciwko (...) W.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 23 marca 2012 r. sygn. akt I C 542/11

1. oddala apelację;

2. zasądza od powoda na rzecz pozwanego kwotę 14.400 (czternaście tysięcy czterysta) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego i kasacyjnego.

Sygn. akt I ACa 1497/14

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 1 czerwca 2011 roku powód (...) sp. z o.o. w M. wniósł o zasądzenie na jego rzecz od pozwanego (...) 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 (...) rynku przewozu osób, który bezprzetargowo i za zawyżonym wynagrodzeniem powierzony został, zdaniem powoda, Miejskim Zakładom (...) sp. z o.o. w W..

Wyrokiem z dnia 23 marca 2012 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo. Ustalił, że Miejskie Zakłady (...) sp. z o.o. w W. (...) są (...) spółką (...). Powstały w wyniku przekształcenia zakładu budżetowego pozwanego. (...) 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 wg stawki 7,41 zł za wozokilometr. Poprzednio podmioty te łączyła umowa z 2005 r., a wcześniej - z dnia 27 grudnia 2002r. (...) nie jest jedynym przewoźnikiem obsługującym (...) 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 (...) 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. (...) obsługuje około 70% linii autobusowych, zaś powód i pozostali przewoźnicy około 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 dyskrecjonalnych, 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 s. 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, niepoprzedzone 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 (...) jest podmiotem wewnętrznym pozwanego w rozumieniu Rozporządzenia (...) i Rozporządzenia (...), 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 (...) 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 (...) i przewoźnikami prywatnymi nie występuje stosunek konkurencji w zakresie świadczenia usług na rzecz pozwanego.

Zdaniem Sądu Okręgowego 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 (...) rynku transportu autobusowego, która powierzona została (...) (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 (...), równe prawdopodobieństwu udziału w tych przetargach powoda. (...) jest spółką zależną pozwanego i mało prawdopodobne jest by nie uzyskał żadnego udziału w rynku przewozów. Wniosku takiego nie uzasadnia wysokość wynagrodzenia uzyskiwanego przez (...) 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 (...). 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 (...). Konieczne stałoby się wówczas wyłonienie niemal natychmiast nowego podmiotu, który by usługi te świadczył. Wnioskowanie w tym przypadku o pomyślnym wyniku przetargu w oparciu o skuteczność we wcześniejszych postępowaniach (przeprowadzonych w innych warunkach) Sąd uznał za spekulację. 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 (...) 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 (...). W konsekwencji ewentualna szkoda powoda nie osiągnęła zdaniem Sądu Okręgowego prawdopodobieństwa wymaganego przy określaniu utraconych korzyści, lecz stanowiła co najwyżej szkodę ewentualną, utratę szansy uzyskania pewnej korzyści majątkowej, która nie podlega naprawieniu.

Sąd wykluczył zarazem możliwość oszacowania szkody na podstawie art. 322 k.p.c., ponieważ nie stosuje się go do szkody ewentualnej. 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. 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 (...) 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 w Warszawie 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 (...) z 26 czerwca 1969 r., zmienionego przez Rozporządzenie Rady nr (...) 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 (...). 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. Ocenił roszczenie przy hipotetycznym założeniu, że wynagrodzenie dla (...) we wszystkich zawartych z nim umowach było zawyżone i sprzeczne z porządkiem prawnym oraz, że (...) 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. 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. Sąd zdyskwalifikował jednak ten dowód, jako służący przede wszystkim ustaleniu faktów a nie ich ocena. Powód 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 niska, by mogło uzasadnić zgłoszone roszczenie odszkodowawcze. Sąd odwoławczy przychylił się też do stanowiska, że roszczenie w części uległo 3-letniemu przedawnieniu.

W wyniku uwzględnienia skargi kasacyjnej wniesionej przez powoda, Sąd Najwyższy uchylił wyrok Sądu Apelacyjnego i przekazał tutejszemu Sądowi sprawę do ponownego rozpoznania. W uzasadnieniu wyroku Sąd Najwyższy wskazał, że uzasadnione są zarzuty skarżącego kwestionujące nazbyt zawężoną wykładnię art. 361 k.c. Powód podnosił zarzuty błędnej wykładni odnoszące się do art. 361 § 2 k.c. w zw. z art. 102 TFUE i art. 6 k.c. oraz do art. 361 § 1 k.c. w zw. z art. 416 k.c. Sąd Najwyższy wyjaśnił, że wymagany poziom prawdopodobieństwa hipotetycznego przebiegu zdarzeń rekonstruowanego dla potrzeb metody dyferencyjnej musi być na tyle wysoki, aby w świetle osiągnięć wiedzy i przy uwzględnieniu zasad doświadczenia życiowego wykluczał możliwe alternatywne modele i pozwalał uznać, że wypadki najpewniej potoczyłyby się według przyjętej hipotezy. Krytycznie odniósł się do postulowanej przez skarżącego propozycji zastosowania w niniejszej sprawie dowodu *prima facie* oraz do potrzeby wyjaśnienia w trybie pytania prejudycjalnego zgodności utrwalonych w orzecznictwie krajowym zasad odpowiedzialności odszkodowawczej z kryteriami wypracowanymi w judykaturze unijnej. Sąd Najwyższy podzielił także ustalenia Sądu Apelacyjnego w zakresie częściowego przedawnienia roszczeń powoda. Wskazał też, że powód wiedzę o wysokości rekompensaty (...) za wozokilometr mógł zdobyć zgodnie z ustawą z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 782).

W związku z treścią uzasadnienia Sądu Apelacyjnego, zarzuty skargi kasacyjnej rozpoznawane przez Sąd Najwyższy dotyczyły zasadniczo wyłącznie kwestii szkody. W tym kontekście, Sąd Najwyższy podzielił zarzuty skarżącej spółki, wskazując, że dla oceny powstania i wielkości szkody konieczne było odwołanie się do wiedzy specjalistycznej z zakresu ekonomiki transportu i reguł rządzących rynkiem transportowym. Sąd Apelacyjny nie dysponował tą wiedzą, a mimo to wypowiedział się stanowczo, 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 miał 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 (...) i to nie przez cały okres objęty sporem, lecz przynajmniej przez część okresu, za który roszczenia nie uległy przedawnieniu. W tym stanie sprawa została przekazana Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania na podstawie art. 398¹⁵ § 1 k.p.c.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Ponownie rozpoznając apelację powodowej spółki, Sąd Apelacyjny uznał, że nie zasługiwała ona na uwzględnienie ze względu na brak podstaw odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego.

Przed przejściem do rozpoznania zarzutów apelacji należało odnieść się do spornej między stronami kwestii, czy fakt przyznawania (...) rekompensaty niespełniającej czwartej przesłanki orzeczenia A. („poziom odpowiadający kosztom, jakie przeciętne przedsiębiorstwo, prawidłowo zarządzane i wyposażone w środki transportu odpowiednio by uczynić zadość wymogom stawianym usługom publicznym, poniosłoby na wykonanie zobowiązań” – wyrok ETS z 24 lipca 2003 r. w sprawie C-280/00, Legalis nr 154052, pkt 93) jest równoznaczny z uznaniem tej rekompensaty za niedozwoloną pomoc publiczną. Odpowiedź na to pytanie wynika wprost z pkt 94 cytowanego orzeczenia A., w którym ETS wyraźnie wskazał, że interwencję państwową niespełniającą jednej lub kilku wymienionych w wyroku przesłanek trzeba będzie uważać za pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (ówcześnie art. 92 ust. 1 traktatu). Tym samym, sam fakt stwierdzenia, że rekompensata nie spełnia czwartej przesłanki orzeczenia A. pozwala zakwalifikować ją jako pomoc publiczną. Tak określona pomoc podlega dalszej ocenie w zakresie jej zgodności z przepisami unijnymi, w szczególności z przepisami rozporządzeń 1191/69 i 1370/07.

W tym zakresie apelujący zarzucał Sądowi Okręgowemu nierozpoznanie istoty sprawy, przez zaniechanie zbadania przesłanek warunkujących zgodność powierzenia bezpośredniego przez pozwanego zadań transportowych na rzecz (...), to jest zaniechanie zbadania czy rekompensata została ustalona zgodnie z przepisami unijnymi. Rację ma powód, że Sąd Okręgowy nie dokonał takiej oceny. Nie jest to jednak uchybienie, które skutkowałoby koniecznością wydania wyroku kasatoryjnego. Już w toku postępowania przed Sądem ad quem pozwany podnosił, że ocena zgodności określonych środków pomocowych ze wspólnym rynkiem należy do wyłącznych kompetencji Komisji Europejskiej, podlegającej kontroli sądu wspólnotowego (k. 2586). Pozwany słusznie powoływał się w tym zakresie na wyrok ETS z 30 marca 2006 r. w sprawie C-451/03: „...sąd krajowy nie jest właściwy do dokonywania oceny zgodności środków pomocowych lub systemu pomocowego ze wspólnym rynkiem. Ta ocena należy do wyłącznych kompetencji Komisji Wspólnot Europejskich, podlegającej kontroli sądu wspólnotowego” (por. pkt 71 wyroku). Wyłączna kompetencja Komisji do stwierdzenia zgodności przyznanej pomocy z prawem unijnym wynika wprost z art. 108 TFUE. W orzeczeniu F. C. przeciwko E.N.E.L. (wyrok ETS z 15 lipca 1964 r. w sprawie C-6/65) ETS uznał, że poprzez wyraźne zobowiązanie się do informowania Komisji „w odpowiednim terminie” o wszelkiej projektowanej pomocy oraz przez zaakceptowanie procedury określonej w art. 108, państwa zaciągnęły wyraźne zobowiązanie względem Unii, a do zagwarantowania wynikających z tego zobowiązania praw indywidualnych powołane są sądy krajowe w odniesieniu do art. 108 ust. 3 TFUE. Jednakże, jak wyraźnie wskazuje zarówno orzecznictwo, jak i doktryna – podział kompetencji między sądy krajowe a Komisję jest wyraźny. „Komisja i sądy krajowe mają w dziedzinie pomocy państwa do spełnienia odrębne, ale komplementarne role. Szczególna procedura przewidziana przez art. 108 TFUE ma na celu zapewnienie stałego badania pomocy państwa przez Komisję, która winna brać pod uwagę złożone czynniki gospodarcze ulegające szybkim zmianom. Komisja posiada wyłączną kompetencję do oceny zgodności pomocy z zasadami rynku wewnętrznego. Dlatego też zainteresowane strony nie mogą przed sądem krajowym kwestionować zgodności pomocy lub środków ją finansujących, natomiast mogą domagać się wyciągnięcia przez sąd konsekwencji z niedopełnienia obowiązku notyfikacyjnego (B. Kurcz, Komentarz do art. 108 TFUE, w: Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Komentarz, pod red. K. Kowalik-Bańczyk i M. Szwarc-Kuczer, WKP 2012).

Zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu, w zakresie niezgodności kwestionowanej pomocy publicznej z prawem, spoczywał on na powodzie (art. 6 k.c.). Powód nie zgłosił żadnych środków dowodowych zmierzających do wykazania, że rekompensata przyznana (...) została przez Komisję uznana za niezgodną z prawem. Wręcz przeciwnie, domagał się stwierdzenia tej okoliczności przez sąd krajowy i w braku jej ustalenia przez Sąd Okręgowy dopatrywał się uchybienia w postępowaniu pierwszoinstancyjnym. Tym samym, okoliczność niezgodności z prawem przyznanej (...) pomocy publicznej należało uznać za niewykazaną przez powoda, bez dokonywania analizy zgodności rekompensaty z przepisami rozporządzeń 1191/69 i 1370/07, gdyż w tym zakresie wyłącznie kompetentna pozostawała Komisja

Europejska. Na marginesie warto wskazać, że brak kompetencji sądu krajowego do ustalenia zgodności rekompensaty za świadczenie usług transportu publicznego w W. z prawem dostrzega także sam powód, wnosząc o zadanie w tym zakresie pytania prawnego do Trybunału Sprawiedliwości UE (k. 2659). Sąd Apelacyjny nie podziela wszakże wątpliwości skarżącego, z podanych już przyczyn.

Powód dopatrywał się także nierozpoznania istoty sprawy przez Sąd Okręgowy w zaniechaniu zbadania, czy przy dokonywaniu powierzenia usług transportowych na rzecz (...) pozwany dopuścił się nadużycia pozycji dominującej. Powód domagał się dokonania oceny warunków powierzenia wykonania usługi z zakresu lokalnego transportu zbiorowego. Należy podkreślić, że powód nie kwestionował prawidłowej oceny dokonanej przez Sąd Okręgowy, iż bezpośrednie powierzenie wykonywania zadań własnych jednostce budżetowej jest zgodne z prawem (k. 2663). Zdaniem powoda, to warunki powierzenia, a ściślej – wysokość rekompensaty czyniły powierzenie bezprawnym z punktu widzenia przepisów o ochronie konkurencji i konsumentów (art. 102 i 106 ust. 1 TFUE oraz art. 9 ust. 2 pkt 3 i 5 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów – Dz. U. z 2007 r., nr 50, poz. 331, dalej: o.k.k.).

Również w tym zakresie między stronami zarysowała się niezgodność, którą należy wyjaśnić przed przejściem do merytorycznego rozpoznania zarzutu. Pozwany twierdził mianowicie, że ponieważ (...) obsługuje 70 % rynku autobusowego i nie bierze udziału w przetargach dotyczących pozostałych 30 % rynku, to między (...) i powodem nie zachodzi stosunek konkurencji. Zdaniem pozwanego, można w istocie mówić o dwóch rynkach, co wyklucza możliwość rozpatrywania sprawy z punktu widzenia przepisów o ochronie konkurencji. Powód prezentował stanowisko przeciwne. Sąd Apelacyjny podziela w tym zakresie argumentację strony powodowej. Przy ustalaniu rynku właściwego należy brać pod uwagę dwa jego zasadnicze aspekty: rynek asortymentowy i rynek geograficzny. Nie budzi wątpliwości, że powód i (...) świadczą te same usługi, w tym samym miejscu, dla tych samych odbiorców, operują tymi samymi środkami i korzystają z tej samej infrastruktury miejskiej. Nie ma zatem żadnych faktycznych podstaw, aby stwierdzić, że w obrębie (...) W. funkcjonują dwa rynki autobusowe. Należy się również zgodzić z powodem, że między (...) a M. zachodzi stosunek konkurencji. Jeżeli nawet uwzględnić argument pozwanego, że podmioty te nie rywalizują o pasażerów, gdyż wysokość rekompensaty jest zależna jedynie od ilości wozokilometrów, można z łatwością wskazać inne kategorie klientów obu podmiotów (np. reklamodawców), co do których niewątpliwie występuje między nimi stosunek konkurencji. Należy się natomiast zgodzić z pozwanym, że konkurencja między stronami w zakresie ilości przyznanych do obsługi wozokilometrów jest częściowo wyłączona z uwagi na uniemożliwienie (...) udziału w przetargach na obsługę 30 % rynku.

Powyższe nie przesądza o zasadności zarzutu nadużycia pozycji dominującej ze względu na warunki powierzenia świadczenia usług (...). W niniejszej sprawie bezsporne między stronami było, że (...) posiada pozycję dominującą na (...) rynku transportu autobusowego. Jednocześnie, pozwany słusznie zwracał uwagę, że samo posiadanie pozycji dominującej na rynku nie oznacza naruszenia zakazu wynikającego z art. 9 ust. 1 o.k.k.

Zdaniem powoda, powierzenie świadczenia usług (...) stanowiło nadużycie pozycji dominującej w postaci dyskryminacji (art. 9 ust. 2 pkt 3 o.k.k.) i dławienia rozwoju konkurencji (art. 9 ust. 2 pkt 5 o.k.k.) z uwagi na wysokość przyznanej rekompensaty. Poglądu tego nie sposób podzielić. Dławienie rozwoju konkurencji polega na stosowaniu praktyk, które przeciwdziałają powstaniu lub rozwojowi konkurencji. Wśród przykładów wskazywanych w praktyce Prezesa UOKiK wskazuje się np. na wprowadzanie określonych parametrów pojemników na nieczystości, które były zbieżne jedynie z pojemnikami stosowanymi przez monopolistę (wyrok Sądu Antymonopolowego z 8 września 1999 r., sygn. I Ama 27/99, „Wokanda” 2001, z. 1, s. 55) czy wprowadzenie limitów na świadczone usługi, które nie dotyczą podmiotu posiadającego pozycję dominującą (Decyzja Prezesa UOKiK z 26 listopada 2011 r., nr (...)). W niniejszej sprawie strony nie wskazywały na odgórne kryteria, które promowałyby (...) dławiąc konkurencję wśród podmiotów prywatnych. Kryterium takim nie może być cena, skoro została ona ustalona na podstawie oferty złożonej przez samego powoda, dysponującego wiedzą o wysokości rekompensaty stosowanej w umowie z (...). Ponadto pozwany uniemożliwił (...) udział w przetargach dotyczących 30% rynku, niejako eliminując z nich monopolistę, co nie tylko nie dławiło konkurencji, lecz wręcz sprzyjało jej rozwojowi wśród przedsiębiorców nie posiadających pozycji dominującej.

Zakaz dyskryminacji wiąże się z obowiązkiem stosowania jednolitych wymogów wobec kontrahentów, bez różnicowania warunków stawianych im w przetargach. Przykładem dyskryminacji jest stworzenie odmiennych warunków przystąpienia do przetargów (por. wyrok (...) z 9 lipca 2007 r., sygn. XVII Ama 23/06, Dz.Urz. UOKiK z 2008 r., nr 1 poz. 6). W niniejszej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca, gdyż powierzenie usług (...) następowało w trybie bezprzetargowym. Bezsporny między stronami był fakt, że z uwagi na sposób powierzenia usług (...) (zastrzeżone 70 % rynku), podmiot ten nie ma możliwości uczestniczenia w przetargach dotyczących realizacji usług transportu publicznego w zakresie 30 % rynku przekazanego dla prywatnych przewoźników. Tym samym, nie sposób przyjąć, że (...) mogłoby wpłynąć na udziały podmiotów prywatnych w rynku. Wbrew twierdzeniom powoda, wysokość rekompensaty przyznanej (...) nie ogranicza możliwości zarobkowych podmiotów prywatnych. Przeciwnie, wyższa stawka rekompensaty uzasadnia ekonomicznie możliwość zaoferowania wyższej rekompensaty również przez podmiot prywatny w ofercie przetargowej. Przesądzający co do tej kwestii był jednak fakt odmiennej procedury zawierania umów z (...) i z powodem. Rekompensata przyznana (...) wynikała z wynegocjowanej umowy. Powód zaś, podobnie jak inni przewoźnicy prywatni, brał udział w przetargu w zakresie realizacji usług przewozowych. W przetargu tym zaoferował określoną cenę, która, zakładając racjonalność ekonomiczną powoda, w jego przekonaniu musiała stanowić ekwiwalent świadczonej usługi z uwzględnieniem zysku. Jak wskazał Sąd Najwyższy, powód dysponował, a co najmniej mógł dysponować wiedzą w zakresie kwoty rekompensaty przyznanej (...), a zatem składając ofertę powinien był uwzględnić ten czynnik (k.2971). Powód jest podmiotem profesjonalnym, tym bardziej więc, zgodnie z zasadą *volenti non fit iniuria* (chcącemu nie dzieje się krzywda), nie może kwestionować umowy zawartej z nim na podstawie zaproponowanych przez niego warunków przedstawionych w ofercie.

Powód w apelacji przeprowadził następujące rozumowanie: (1) rekompensata przyznana (...) stanowi niedozwoloną pomoc publiczną, zatem (2) rekompensata jest zbyt wysoka, co (3) powoduje nieuzasadniony zysk po stronie (...), zatem (3) (...) świadczy usługi na zbyt dużej części rynku, co stanowi (4) nadużycie pozycji dominującej. Rozumowanie to obarczone jest błędem już w pierwszym założeniu, gdyż powód nie wykazał, aby rekompensata przyznana (...) stanowiła niedozwoloną pomoc publiczną, na co Sąd Apelacyjny wskazał w pierwszej części uzasadnienia. Już sama ta okoliczność wskazuje na wadliwość przyjętej przez powoda argumentacji. Na marginesie zatem jedynie należy zgodzić się z pozwanym, że okoliczność nieuzasadnionego zysku po stronie (...), który miałby prowadzić do zajmowania przez niego takiej części rynku, jakiej nie mógłby obsłużyć, gdyby rekompensata była niższa, została podniesiona dopiero w apelacji. W toku całego postępowania przed Sądem I instancji, powód wskazywał jedynie, że rekompensata jest niezgodna z orzeczeniem A. i z przepisami rozporządzeń 1191/69 i 1370/07, a tym samym stanowi niedozwoloną pomoc publiczną, zaś Miasto nie miało kompetencji do powierzenia części rynku podmiotowi wewnętrznemu w sposób arbitralny (k. 7). Powód podnosi w apelacji, że Sąd Okręgowy trafnie uznał, iż Miasto miało prawo powierzyć podmiotom prywatnym jedynie 30 % rynku, ale wskazuje, że możliwość obsłużenia części rynku zagwarantowanej dla (...) byłaby niemożliwa, gdyby rekompensata była niższa. Powyższe stanowi zdaniem apelującego nadużycie pozycji dominującej. Rozumowanie powoda opiera się zatem na błędnym założeniu, iż kwota rekompensaty przyznana (...) jest bezprawna.

Brak bezprawności zdarzenia powodującego szkodę przesądza o braku winy pozwanego, co czyni nieuzasadnionym zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 416 k.c.

Wobec powyższego, bezzasadne okazały się zarzuty naruszenia przepisów postępowania, które w ocenie skarżącego miało mieć wpływ na wynik sprawy. Zgodnie z art. 316 § 1 k.p.c., po zamknięciu rozprawy sąd wydaje wyrok, biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy. Skarżący dopatruje się naruszenia tego przepisu przez „nieustalenie podstawy faktycznej orzekania”. Zarzut ten jest chybiony. Sąd Okręgowy wydał wyrok w niniejszej sprawie biorąc za podstawę ustalenia faktyczne wskazane w uzasadnieniu. Pozwany ma rację, że część dowodów nie została przeprowadzona przez Sąd Okręgowy, ale nie miało to wpływu na prawidłowe ustalenia faktyczne w zakresie, jaki był potrzebny do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Podobnie niezasadny jest zarzut naruszenia art. 227 k.p.c. Należy podkreślić, że nie mogły zostać uwzględnione wnioski dowodowe zgłoszone na okoliczność przekroczenia przez rekompensatę przyznaną (...) wysokości dozwolonej rozporządzeniami 1191/69 i 1370/07, gdyż jak to wykazano, materia ta należy do wyłącznych kompetencji Komisji Europejskiej. Powód nie składał natomiast wniosków

dowodowych mających na celu wykazanie, że pozwany uchybił obowiązkowi notyfikacyjnemu, które to wnioski mogłyby rozpoznać według swej kompetencji sąd krajowy. Nadto, zgodnie z art. 227 k.p.c. przedmiotem dowodu są okoliczności faktyczne. Natomiast wnioskowany dowód na okoliczność stwierdzenia niezgodności rekompensaty z rozporządzeniami 1191/69 i 1370/07 zmierzał do wykazania okoliczności prawnej (tj. prawnego lub bezprawnego charakteru rekompensaty). Natomiast wskazane w punkcie 3 b i) i ii) wnioski dowodowe zmierzające do wykazania wielkości uszczerbku powoda spowodowanego „zamknięciem (...) rynku transportu autobusowego dla wolnej konkurencji” nie mogły zostać dopuszczone wobec uprzedniego stwierdzenia przez Sąd, że okoliczność z której powód wywodzi szkodę, nie miała miejsca (nie doszło do nadużycia pozycji dominującej przez zamknięcie (...) rynku transportu autobusowego dla wolnej konkurencji).

Zasadny okazał się zarzut 3 d) apelacji i w tym zakresie Sąd Apelacyjny skorygował rozważania Sądu Okręgowego, na co wskazano powyżej.

Do zarzutu 3 e) i 4 c) apelacji odniósł się już Sąd Najwyższy, dzieląc rozważania Sądu Apelacyjnego w zakresie uwzględnienia zarzutu przedawnienia i stwierdzając, że powód wiedząc o wysokości rekompensaty (...) za wozokilometr mógł zdobyć w każdej chwili zgodnie z ustawą z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej.

Pozostałe zarzuty naruszenia prawa materialnego dotyczyły błędnej wykładni art. 361 § 1 i 2 k.c. Zważywszy, że Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do przypisania bezprawności zdarzeniom, z których powód wywodził swoją szkodę, odnoszenie się do zarzutów dotyczących granic kompensacji i ustalenia wysokości szkody okazało się zbędne.

Z przedstawionych względów, przyjmując za swoje przytoczone ustalenia Sądu I instancji, Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. oddalił apelację. Zdaniem Sądu odwoławczego nie zachodziła konieczność uchylecia wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania, przy czym miał Sąd na uwadze fakt, że wcześniej Sąd Najwyższy nie uwzględnił tożsamego żądania powoda, a jak się przyjmuje w piśmiennictwie, takie orzeczenie mogłoby zapaść w postępowaniu kasacyjnym m.in. „w razie nierozpoznania przez sąd pierwszej instancji istoty sprawy” albo „gdy wydanie wyroku wymaga przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości”, przy odpowiednim zastosowaniu art. 386 § 4 k.p.c. (T. Wiśniewski, Komentarz do art. 398(15) Kodeksu postępowania cywilnego, Lex 2013).

O kosztach procesu przed Sądem II instancji orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. Pozwany wygrał postępowanie apelacyjne w całości. Koszty zastępstwa procesowego wyniosły 10.800 zł, co ustalono na podstawie § 6 pkt 7 w zw. z § 13 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 461). Ponieważ sprawa była rozpoznawana przed Sądem Apelacyjnym dwukrotnie, zasadne okazało się przyznanie dwukrotności minimalnej stawki wskazanej w rozporządzeniu. Do przyznanych kosztów należało doliczyć koszty uzasadnionej obrony związane z postępowaniem przed Sądem Najwyższym, które zgodnie z § 6 pkt 7 w zw. z § 13 ust. 4 pkt 3 ww. rozporządzenia wyniosły 3.600 zł. Powyższe uzasadniało przyznanie kosztów zastępstwa procesowego w łącznej wysokości 14.400 zł.