



Sygn. akt V CSK 86/05

**WYROK  
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 1 lutego 2006 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Stanisław Dąbrowski (przewodniczący)

SSN Marian Kocon

SSN Zbigniew Strus (sprawozdawca)

Protokolant Ewa Zawisza

w sprawie z powództwa R.P.

przeciwko B. S.A.

o zapłatę,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Cywilnej w dniu 18 stycznia 2006 r.,

skargi kasacyjnej strony pozwanej od wyroku Sądu Apelacyjnego

z dnia 18 kwietnia 2005 r., sygn. akt [...],

**uchyla zaskarżony wyrok i sprawę przekazuje Sądowi  
Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o  
kosztach procesu w instancji kasacyjnej.**

## Uzasadnienie

Powód domagał się zasądzenia od pozwanej Spółki kwoty 806.800 zł z odsetkami za opóźnienie od 15 maja 2002 r. co do 500.000 zł oraz od daty wniesienia pozwu co do reszty. Podstawą odpowiedzialności pozwanego, przytaczaną w pozwie i dalszych pismach procesowych było nienależyte wykonanie zobowiązania, polegające na błędnym wypełnieniu formularza oferty składanej w postępowaniu o zamówienie publiczne, powodujące jej odrzucenie. Pozwany domagał się oddalenia powództwa kwestionując zasadę odpowiedzialności ze względu na treść umowy, nie istnienie szkody i związku przyczynowego.

Rozstrzygnięcia sądów pierwszej instancji – uwzględniającego powództwo do kwoty 106.800 zł i drugiej instancji uwzględniającego je w pozostałej części zapadły po dokonaniu następujących ustaleń:

W umowie określonej mianem umowy o współpracę z 8 lutego 2000 r., powód jako zleceniobiorca zobowiązał się do udziału w przygotowaniu oferty projektowania, finansowania i budowy odcinka drogi oraz mostu zgodnie z warunkami przetargu w trybie zamówień publicznych ogłoszonymi przez zamawiającego, a zleceniodawca (pозwana spółka) zobowiązał się do złożenia tej oferty zgodnie z wymogami ogłoszonych warunków przetargu. W umowie tej, dalej w uproszczeniu zwanej umową o współpracę przewidziano wynagrodzenie dla powoda w wysokości 1,8% wartości brutto zamówienia kontraktu. Znajdują się w niej również postanowienia o związaniu jej postanowieniami stron w przypadku podpisania kontraktu między pozwaną a zamawiającym, o wymagalności wynagrodzenia pod tym samym warunkiem oraz określenie terminu zapłaty powodowi pierwszej raty liczonego od daty podpisania kontraktu.

Ustalono również, że powód jeszcze przed dniem 8 lutego 2000 r. zawarł dwie umowy z projektantami (architektami) tj. E.L. i M.W. o wykonanie opracowań analitycznych, koncepcyjnych i projektowych mieszczących się w ramach przygotowania oferty, za które zobowiązał się zapłacić wynagrodzenie w łącznej wysokości 700.000 zł pod (spełnionym w dniu 8 lutego 2000 r.) warunkiem zawarcia umowy o współpracę.

Oferta składana przez pozwaną została odrzucona ze względu na brak ceny w miejscu określonym w specyfikacji istotnych warunków sporządzonej przez inwestora – organizatora przetargu, bez oceny merytorycznej.

Oddalając powództwo w zakresie 700.000 zł oraz odsetek, obejmującym roszczenie z tytułu zobowiązania powoda w stosunku do wspomnianych podwykonawców Sąd Okręgowy uznał, że zobowiązanie to nie pozostaje w związku przyczynowym z wykonywaniem przez pozwaną umowy o współpracę, tym bardziej, że powstało przed jej zawarciem. Sąd zwrócił uwagę na postanowienia pierwszych umów (z 15 grudnia 1999 r.) zawartych z projektantami uzależniającymi zapłatę wynagrodzenia tylko od zawarcia umowy o współpracę. Późniejsza zmiana umowy z E.L. rozszerzała wartość zamówienia i zaostrzała odpowiedzialność powoda. Czynność ta, podobnie jak ugody zawarte z obydwoma wykonawcami po odrzuceniu oferty pozwanej nie pozostawały w związku z zachowaniem się tej strony. Uzasadniając wyrok w części uwzględniającej powództwo sąd pierwszej instancji wyraził ocenę, że warunek dotyczący wynagrodzenia zamieszczony w umowie z 8 grudnia 2000 r. oznaczał podjęcie przez powoda ryzyka nieotrzymania wynagrodzenia od pozwanej nawet w razie złożenia oferty całkowicie zgodnej z postanowieniami specyfikacji. Rozważając jednak, czy pozbawienie szansy uzyskania wynagrodzenia może stanowić podstawę odpowiedzialności odszkodowawczej wyraził zapatrywanie, że szkody ewentualne mogą być naprawiane w reżimie kontraktowym (ar. 471 k.c.) jeżeli prawdopodobieństwo uzyskania korzyści jest dostatecznie duże. W rozpoznawanej sprawie Sąd uznał spełnienie się tej przesłanki i w konsekwencji uznał zasadność roszczenia o odszkodowanie z tytułu pozbawienia szansy jego otrzymania, do wysokości wynagrodzenia - tj. kwoty 2.237.876,22 zł. Wskazana przez powoda wysokość żądania z tego tytułu do kwoty 106.800 zł decydowała o treści wyroku w części uwzględniającej powództwo.

Sąd Apelacyjny po rozpoznaniu apelacji obydwu stron zmienił zaskarżony wyrok i zasądził od pozwanej na rzecz powoda dalszą kwotę 700.000 zł z odsetkami za opóźnienie oraz koszty procesu, oddalając również apelację pozwanej.

Sąd drugiej instancji aprobował ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd Okręgowy, w tym wysokie prawdopodobieństwo wygrania przetargu i zawarcia kontraktu przez stronę pozwaną uznając, że Sąd Okręgowy dokonał szczegółowej oceny oferty pozwanej w powiązaniu z ofertą podmiotu, który przetarg wygrał oraz przy założeniu, że komisja przetargowa postępowałaby zgodnie z prawem i kryteriami określonymi w warunkach zamówienia. W takim wypadku subiektywna ocena członków komisji mogła dotyczyć tylko walorów estetycznych (architektonicznych), które arytmetycznie nie były w stanie zrównoważyć czynnika ceny. Sąd zgodził się z konkluzją, że powód wskutek nienależytego wykonania umowy utracił szanse uzyskania wynagrodzenia i stan taki oznacza szkodę rzeczywistą. Podkreślił też, że powód wykonał swoje zobowiązanie a pozwana nie złożyła dowodu podważającego tę okoliczność. Poza tym zauważył Sąd Apelacyjny, że umowa nie precyzowała prac, które miał wykonać powód przy przygotowaniu oferty. Wśród wypowiedzi ocennych znalazło się stwierdzenie o jasnym brzmieniu umowy z 8 lutego 2000 r. oraz wykładnia jej postanowień o składnikach wynagrodzenia obejmującego poniesione koszty powoda, wynagrodzenie za nakład pracy i zysk. Wywód dotyczący szkody i związku przyczynowego zawiera stwierdzenia, że strona pozwana wyrządziła powodowi szkodę, ponieważ musi on z własnego majątku pokrywać koszty podwykonawców, a od chwili zawarcia umowy o współpracę liczył na to, że pokryje je z wynagrodzenia. Sąd ustalił granice odszkodowania w wysokości spodziewanego wynagrodzenia i dlatego uwzględnił żądanie w pełnym zakresie.

Skargę kasacyjną od tego wyroku wniosła pozwana.

Opierając ją na obydwu podstawach (art. 398<sup>3</sup> § 1 pkt 1 i 2 k.p.c.) skarżąca zarzuciła naruszenie przepisów art. 232, art. 233 § 1 w zw. z art. 5 k.c., art. 479<sup>12</sup> i art. 479<sup>14</sup> k.p.c. przy ustalaniu podstawy faktycznej wyroku, a w ramach pierwszej podstawy naruszenie art. 6, art. 65 § 2 k.c., art. 471 w zw. z art. 361 § 1 i 2 k.c. Skarga zawiera wniosek o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu, albo orzeczenie co do istoty sprawy.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Należy przyznać trafność zarzutom naruszenia art. 479<sup>12</sup> § 1 k.p.c. przez oparcie rozstrzygnięcia na dowodach przeprowadzonych z naruszeniem tego przepisu. Powód wskazał dowód z zeznań św. W.S. w piśmie z 21 lutego 2003 r. (k. 90). Dowód ten dopuszczony postanowieniem z 2 kwietnia 2003 r. (k. 126) przeprowadzony z naruszeniem wskazanego przepisu stał się podstawą ustalenia prawdopodobieństwa wygrania przetargu. Pozwana w skardze kasacyjnej nie wykazała jednak, że zwróciła uwagę sądu na to uchybienie w terminie przewidzianym w art. 162 k.p.c., wobec czego utraciła prawo zarzutu apelacyjnego w tym przedmiocie, i nie może skutecznie oprzeć na nim drugiej podstawy skargi kasacyjnej kierowanej przeciw orzeczeniu Sądu Apelacyjnego (por. uchwałę SN z 27 października 2005 r., III CZP 55/05, Wokanda 10/2005). Ponadto zasada równości stron nie usprawiedliwiałaby kompensowania skutków jednego uchybienia procesowego dalszym uchybieniem, a ponieważ rygory art. 479<sup>14</sup> § 2 k.p.c. wobec strony pozwanej stosowane były zgodnie z tym przepisem nie ma podstaw odpowiedni zarzut skargi zmierzający do podważenia prawdziwości dowodu znajdującego się na k. 25 akt. Nieuzasadniony jest zarzut naruszenia art. 232 k.p.c. w zw. z art. 5 k.p.c. podważający legalność samodzielnego ustalania przez Sąd Okręgowy operacji rachunkowych mających wykazać prawdopodobieństwo wygrania przetargu. Ponieważ pozwana nie neguje wartości dowodu z dokumentu specyfikacji, wystarczy stwierdzić, że obowiązek wszechstronnej oceny dowodu (art. 233 § 1 k.p.c.) obejmował również rozważenie, czy w świetle kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty zachodziło prawdopodobieństwo uznania wyższej punktacji innej oferty. Sąd Okręgowy prawidłowo wywiązał się tego zadania przedstawiając wywód logiczny i zrozumiały.

Odnośnie zasadności drugiej podstawy w zakresie odwołującym się do naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. należy wstępnie rozważyć jej dopuszczalność w skardze kasacyjnej. Zmiana Kodeksu postępowania cywilnego dokonana w ustawie z dnia 22 grudnia 2004 r. o zmianie ustawy – kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy - prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. 2005 r. nr 13, poz. 98) polegała, m. in., na wprowadzeniu przepisu art. 398<sup>3</sup> § 3 k.p.c., zgodnie z którym podstawą skargi kasacyjnej nie mogą być zarzuty dotyczące ustalenia faktów lub oceny dowodów.

Przepis ten wymaga wykładni wyjaśniającej, czy wynikająca z niego norma wyłącza kontrolę kasacyjną w każdym wypadku istnienia związku logicznego między podstawą skargi a ustaleniami faktów, czy też ograniczenie zarzutów skargi obejmuje wypadki bezpośredniego podważania prawidłowości ustalonych faktów lub wyniku oceny dowodów.

Po przywróceniu kasacji jako środka odwoławczego w 1996 r. zakres kognicji sądu kasacyjnego był wielokrotnie omawiany w literaturze i stanowił przedmiot rozstrzygnięć Sądu Najwyższego. Występowały w nich pewne różnice wynikające z użytych sformułowań. W jednych przyjmowano, że ocena dowodów może być przedmiotem kontroli kasacyjnej jeżeli w świetle dyrektyw płynących z art. 233 § 1 k.p.c. jest rażąco wadliwa albo oczywiście błędna (wyrok z 19 listopada 2004 r., II CK 154/04 niepubl.). W innych (np. wyrok z 9 września 2004 r., II CK 483/03 niepubl.) zwracano uwagę na to, że naruszenie przepisu art. 233 § 1 k.p.c. może wypełniać podstawę kasacyjną z art. 393<sup>1</sup> pkt 2 k.p.c. jedynie wtedy, gdy sąd drugiej instancji rażąco naruszył ustanowione w wymienionym przepisie zasady oceny wiarygodności i mocy dowodów. Zapatrywanie to jednoznacznie przenosiło kwestię badania ustalenia faktycznego na płaszczyznę zgodności postępowania z prawem i wyłączało możliwość konfuzji w formułowaniu podstaw kasacji. Przy tej wykładni adresat normy wiedział bowiem, że prawdziwość ustaleń faktycznych jest wyłączona spod rozpoznawania przez Sąd Najwyższy, poza ogólnym ustaleniem, czy naruszenie przepisów postępowania również dotyczących ustalania podstawy faktycznej orzeczenia zaskarżonego kasacją mogło mieć wpływ na jego treść.

Tak istotne zagadnienie jak dopuszczalność określonej podstawy zostało objęte nowelizacją z 2005 r. zmieniającą w znacznym stopniu właściwości tego środka zaskarżenia. Nie ma jednak podstaw do supozycji, iż art. 398<sup>3</sup> § 3 k.p.c. w omawianym zakresie zmienił dotychczasowy stan prawny ukształtowany orzecznictwem Sądu Najwyższego. Przede wszystkim podstawę kasacyjną może stanowić nadal naruszenie przepisów postępowania, jeżeli mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy (art. 398<sup>3</sup> § 2 pkt 2 k.p.c.), następnie ustawa używa trybu dokonanego („ustalenia faktów”), co oznacza niedopuszczalność zarzutu, iż fakt (zdarzenie, stan) został uznany za istniejący w określonym czasie. Wzmianka

w przepisie wyrażona zwrotem „lub oceny dowodów” nie ma samodzielnego znaczenia, ponieważ ocena i ustalenie stanowią elementy tej samej czynności organu orzekającego, tj. budowy podstawy faktycznej rozstrzygnięcia. Reasumując, w skardze kasacyjnej, podobnie jak przedtem w kasacji, bezwartościowe z punktu widzenia jej wniosków są zarzuty zmierzające bezpośrednio do wykazania, że fakty ustalone nie zdarzyły się w ogóle lub były inne. Nie ma natomiast przeszkód do wykazywania naruszenia przepisu art. 233 § 1 k.p.c. przez naruszenie nakazu wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, w czym mieści się przede wszystkim nie znający wyjątków nakaz uwzględnienia jego całości a nie wybranej tylko części materiału istotnego dla przedmiotu sporu. Uchybienia w tym zakresie nie mieszczą się w pojęciu oceny materiału, a odmienna wykładnia wyłączałaby spod kontroli przestrzeganie istotnego przepisu postępowania wbrew brzmieniu art. 398<sup>5</sup> § 1 pkt 2 i § 3 k.p.c. Dokonując wykładni przepisów dotyczących skargi kasacyjnej jako nadzwyczajnego środka zaskarżenia nie można pominąć materialnego charakteru prawa do sądu (art. 45 ust. 1 Konstytucji) i tkwiącej w nim gwarancji prawa do procesu rzetelnego. Dlatego wykładnia art. 398<sup>3</sup> § 3 k.p.c. dokonywana „w zgodzie z konstytucją” prowadzi do wniosku, że w sprawach, w których skarga kasacyjna jest dopuszczalna na podstawie właściwych przepisów, relacje między przepisami art. 398<sup>5</sup> § 1 pkt 2 i § 3 należy rozstrzygnąć na rzecz dopuszczalności przytoczenia w podstawie skargi zarzutu naruszenia również art. 233 § 1 k.p.c. ograniczonego do reguł budowy podstawy faktycznej, a nie wniosków wynikających z oceny poszczególnych dowodów lub ich syntezy w postaci „ustalenia faktów”.

Skarżąca w rozpoznawanej sprawie nie wykazała jednak naruszenia powoływanego w niej przepisu. Zarzut sformułowany w punkcie II lit. c łączy art. 233 § 1, art. 5 i art. 232 k.p.c. a zamknięty został w formule: przyjęcia, że jest dopuszczalne przeprowadzenie dowodu w sprawie gospodarczej przez sąd w zastępstwie powoda. Bezzasadność tej podstawy wynika ze sformułowania jej w sposób odbiegający od przedmiotu unormowania w art. 233 § 1 k.p.c. W uzasadnieniu skargi znajduje się jeszcze polemika z oceną sądu odnośnie do zeznań świadka W. Sozańskiego sugerujących niepewny wynik decyzji komisji przetargowej. Nie może ona odnieść skutku ze względu na przytoczony wyżej

przepis art. 398<sup>3</sup> § 3 k.p.c. wyraźnie wyłączający z zakresu kognicji sądu kasacyjnego dokonywanie ponownej oceny dowodów i ustalanie faktów. Dlatego Sąd Najwyższy nie jest uprawniony do wyciągania odmiennych wniosków również z zeznań św. M., na które powołuje się pozwana.

Ocenę pierwszej podstawy skargi należy rozpocząć od zarzutu naruszenia art. 65 § 2 k.c. Według stanowiska Sądu Apelacyjnego zasadnicze znaczenie miało ustalenie w umowie z 8 lutego 2000 r. wynagrodzenia dla powoda w wysokości 2.237.876,22 zł za jego niesprecyzowane świadczenia, z zastrzeżeniem jednak, iż powód wykonywał działania zmierzające do przygotowania oferty. Istotne dla oceny skuteczności zarzutu skargi jest stwierdzenie Sądu Apelacyjnego, że pozwana nie powoływała się na potrzebę wykładni umowy zawartej między stronami i dlatego bezskuteczny jest zarzut naruszenia art. 65 § 2 k.c. przez sąd pierwszej instancji.

Ze stwierdzeniem tym nie można się zgodzić. Jeżeli roszczenie powoda opiera się na zasadzie odpowiedzialności kontraktowej z tytułu nienależytego wykonania umowy, sąd orzekający w razie sporu, z reguły nie może zaniechać jej wykładni. Twierdzenia i wnioski uczestników procesu pozwalają wprawdzie sądowi orzekającemu określić jej granice, nie są jednak prawnym warunkiem jej dokonywania, skoro rozstrzygnięcie sprawy wymaga ustalenia norm wiążących strony z mocy ustawy albo ważnie zawartej umowy, a to należy do kompetencji sądu orzekającego.

Wykładnia umowy kształtującej stosunek prawny jest konieczna najpierw do ustalenia rodzaju i określenia treści zobowiązania. Stosownie do przysługującej swobody kształtowania stosunku prawnego (art. 353<sup>1</sup> k.c.) strony mogą przecież określać zasadę i przesłanki odpowiedzialności, warunki, terminy, okoliczności zwalniające, dzielić ryzyko niewykonania, itd. Postanowienia ograniczające odpowiedzialność mają znaczenie zwłaszcza w umowach charakteryzujących się wysokim ryzykiem niepowodzenia, np. o gry losowe, w których stosowanie rozwiązań ogólnych (art. 471 i 472 k.c.) stanowiłoby zbyt duże obciążenie dłużnika. Kwestię tę wyjaśniano np. w sprawie zakończonej wyrokiem z 7 listopada 1960 r., I CR 680/60, OSNC 1962/2/47, w którym Sąd Najwyższy uznał,



że przedsiębiorstwo organizujące zakłady może ponosić odpowiedzialność odszkodowawczą deliktową a nie kontraktową za niedoręczenie we właściwym czasie kuponów potwierdzających zakład. Nie powinno budzić wątpliwości, że uzyskanie zamówienia publicznego w rzetelnym postępowaniu jest obarczone również wysokim ryzykiem. Trafnie zwrócił na to uwagę Sąd Okręgowy w uzasadnieniu swojego wyroku.

Sąd Apelacyjny w rozpoznawanej sprawie nie uchylił się całkowicie od wykładni umowy o współpracę. Ustalił przecież zgodny zamiar stron wynikający z jasnego brzmienia umowy w odniesieniu do celu współpracy, tj. przygotowania przez pozwaną Spółkę przy udziale powoda oferty: przygotowania, wykonania i finansowania budowy obwodnicy miejskiej z przeprawą mostową. Dostrzegł przy tym ogólnikowość *essentiale negotii* umowy ograniczającej się do stwierdzenia obowiązku udziału powoda w przygotowaniu przez pozwaną oferty zgodnie z decyzją o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu oraz warunkami przetargu ogłoszonymi przez inwestora. Ze względu na treść odpowiedzi na pozew kwestionującej zasadę odpowiedzialności istniała konieczność jednak pełnego ustalenia wiążących strony norm wynikających z ustawy lub ustalonych umownie.

Przygotowanie oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne może być uznane za cel gospodarczy, ze względu na jej wymierność w pieniądzu i funkcjonalny związek z ewentualną umową finalną (dla uproszczenia określanej jako kontrakt). W związku z tym umowę o współdziałanie dwóch podmiotów w przygotowaniu oferty można kwalifikować jako umowę spółki cywilnej (art. 860 § 1 k.c.). W takim wypadku odpowiedzialność wzajemna za brak należytej staranności kształtowałyby się odpowiednio do zasad działania wewnętrznego spółki. W piśmiennictwie nie wyklucza się odpowiedzialności współnika wobec spółki za działania dla niej szkodliwe na ogólnych zasadach, przy czym przeważa tradycyjne zapatrywanie, że wchodzi w grę również odpowiedzialność *ex contractu*. Z orzecznictwa odnotować należy uchwałę z 29 lipca 1977 r., III CZP 54/77, OSNC 1978/4/61 wyjaśniającą, że w sprawie o zapłatę sumy wynikającej z rozliczenia współników po rozwiązaniu spółki dopuszczalne jest dochodzenie roszczenia o naprawienie szkody wynikłej wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez współnika.

Nie jest to stanowisko oczywiste. W części szczegółowej kodeksu cywilnego brak bowiem jakichkolwiek wskazówek usprawiedliwiających wstrzeźliwość ustawodawcy co do określenia reżimu odpowiedzialności w stosunkach wewnętrznych spółki, w której świadczenia wszak nie układają się w relacji dłużnik – wierzyciel lecz są ukierunkowane – jak wyżej stwierdzono – na osiągnięcie wspólnego celu. Twórcy kodeksu cywilnego z 1964 r. nie uznali nawet potrzeby przeniesienia treści art. 562 k.z. nakazującego wspólnikom powstrzymanie się od wszelkiej działalności, sprzecznej z interesami spółki. Oznacza to pozostawienie kompetencji wspólników ułożenie wewnętrznych stosunków spółki, w tym zasady odpowiedzialności za brak staranności we wspólnym dążeniu. Spółka osobowa działa opierając się na zaufaniu wspólników, a wspólnicy w granicach umowy uczestniczą w stratach oraz bez wyłączeń w zyskach. Unikanie przez ustawodawcę ingerencji w dziedzinę pozostawioną woli wspólników albo wręcz stymulowanie ich do określania zasad odpowiedzialności za szkodę (np. art. 18 pkt 7 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym) nie oznacza przeto wyłączenia zasad ogólnych, w tym art. 471 k.c.

Należy zauważyć jednak, że kwalifikacja omawianej czynności jako umowy nazwanej, tj. spółki jest wątpliwa. W rozpoznawanej sprawie charakterystyczny dla tej umowy był sposób działania polegający na równoległym (obok siebie) wykonywaniu zobowiązania stron oraz wspólnota bezpośredniego celu, tj. przygotowania oferty przetargowej. Natomiast koncepcji spółki sprzeciwiało się ukształtowanie gospodarczej korzyści powoda jako wynagrodzenia oraz – jak się wydaje - wyłączenie wspólnika – powoda od udziału w korzyściach, wyraźnie związanych z przygotowaniem oferty. Przepis art. 867 § 1 k.c. wyraża bezwzględną regułę uczestniczenia wspólników w korzyściach przedsięwzięcia gospodarczego realizowanego wspólnie, tymczasem w rozważanym stosunku od chwili sporządzenia oferty w znaczeniu technicznym nie było miejsca na jakikolwiek udział powoda. Okoliczności te skłaniają ku stwierdzeniu, że umowa zawiera również essentialia negotii umowy zlecenia lub świadczenie usług w których wynagrodzenie stanowi ekwiwalent świadczenia powoda i przyczynę gospodarczą przyjęcia zlecenia wykonania działań: nieujawnionych bądź niedających się z góry określić. Ocena umowy jako mieszanej, zawierającej co najmniej elementy dwóch umów

typowych nie przeszkadza w uznaniu obowiązku pozwanej złożenia prawidłowo sporządzonej oferty jako jednego z jej świadczeń.

W braku zarzutu na uboczu pozostaje ważność umowy nieokreślającej świadczenia przyjmującego, natomiast dotychczasowe wywody prowadzą do wniosku, że każda ze stron przedmiotowej umowy o współpracę może odpowiadać za szkodę wyrządzoną nienależytym wykonaniem swojego zobowiązania (art. 471 k.c.).

W zakresie odpowiadającym zleceniu reguła wynikająca z art. 735 § 1 k.c. prowadzi również do wniosku o dopuszczalności swobodnego układania się stron o wynagrodzenie, w tym również ograniczenia warunkiem tego uprawnienia. Z dosłownego brzmienia tekstu umowy o współpracę wynika, że wynagrodzenie należało się powodowi tylko w razie zawarcia – po wygraniu przetargu - kontraktu o projektowanie, realizację i finansowanie budowy obwodnicy; taki jest bowiem skutek ustanowienia warunku zawieszającego. Jest oczywiste w świetle art. 65 § 2 k.c., że wykładnia językowa, na której opiera pozwana swoje zarzuty merytoryczne nie stanowi wyłącznej podstawy ustalenia zgodnego zamiaru stron. Gdyby jednak tekst był zgodny z celem umowy, to mogłoby oznaczać rozłożenie ryzyka całego przedsięwzięcia na obydwie strony aż do granic winy umyślnej sprawcy niepowodzenia (arg. z art. 473 § 1 i 2 k.c.). Ze względu na uformowanie prawne czynnika moderującego odpowiedzialność w postaci warunku, należy też wskazać art. 93 § 1 k.c. niedopuszczający jednostronne zwolnienie się dłużnika z zobowiązania przez doprowadzenie do jego ziszczenia się. Przepis ten ma jednak zastosowanie w razie działania z zamiarem kierunkowym, o czym przekonuje zwrot "strona, której zależy na nie ziszczeniu się warunku". Zaniechanie dokonania pełnej wykładni umowy w granicach sporu, ma wpływ na ocenę zarzutu naruszenia przepisów art. 471 k.c. oraz art. 361 § 1 i 2 k.c.

W związku z zarzutem skargi kasacyjnej dotyczącym naruszenia art. 361 § 1 i 2 k.c. wymaga rozważenia kwalifikacja szkody jako rzeczywistej, przy równoczesnym określeniu jej jako utraty możliwości otrzymania wynagrodzenia (s. 12 uzasadnienia wyroku). Skarżąca zwraca też uwagę na określenie w sprawozdawczym fragmencie uzasadnienia (s. 14) „utraty szansy uzyskania

wynagrodzenia.” Powód określał swoje roszczenie jako dotyczące szkody rzeczywistej w zakresie zobowiązań wobec swoich kontrahentów: E.L. i M. W. a w pozostałym zakresie, tj. odnośnie do kwoty 106.800 zł określał ją jako utracone korzyści (k. 675). Pojęcie rzeczywistej szkody zaczerpnięte z aktów normatywnych regulujących stosunki publicznoprawne według dominującego poglądu oznacza straty w rozumieniu art. 361 § 2 k.c. (uchwała z 21 marca 2003 r., III CZP 6/03, OSNC 2004/1/4, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2002 r., V CKN 960/00, OSNC 2003, nr 5, poz. 63, oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2002 r., V CKN 1325/00, "Izba Cywilna" Biuletyn SN 2003, nr 6), czyli zmniejszenie aktywów lub zwiększenie pasywów poszkodowanego.

Rozróżnienie, czy w sprawie występuje szkoda określana jako utracona korzyści, czy jako strata nie ma doniosłości prawnej, ponieważ te same reguły dotyczą ustalania odpowiedzialności i jej przesłanek w jednym i w drugim wypadku.

Punkt ciężkości zaskarżonego rozstrzygnięcia tkwi zatem w czym innym niż określenie rodzaju szkody. Ustalając szkodę metodą dyferencyjną, powszechnie przyjmowaną w praktyce, należy zasadniczo porównać rzeczywisty stan dóbr powoda w chwili wyrokowania, obejmujący także stan pasywów ze stanem hipotetycznym, który istniałby w tej chwili, gdyby nie zdarzenie szkodzące. Sąd Apelacyjny przyjmując porównanie stanu sprzed zdarzenia szkodzącego i po tym zdarzeniu (s. 15) nie uwzględnił, że taka metoda byłaby usprawiedliwiona wyjątkowo, gdyby uszczerbek był skutkiem zdarzenia szkodzącego godzącego wprost w dobro chronione i nie miał charakteru dynamicznego. Tymczasem powoływanie się powoda i sądu orzekającego na utraconą szansę uzyskania wynagrodzenia wyraźnie przeczą takiemu statycznemu obrazowi szkody jako natychmiast w pełni ukształtowanej.

Na marginesie można zauważyć, że dążenie do rozwikłania teoretycznego modelu szkody mogło być przyczyną pewnych niedokładności w uzasadnieniu wyroku, tj. niepopartym ustaleniami faktycznymi twierdzeniu o poniesionych kosztach, lub przypisanie znaczenia okoliczności, że powód musi pokryć dług własnymi środkami.

Odnośnie do szkody w postaci utraconej szansy uzyskania wynagrodzenia należy wpierv odpowiedzieć na pytanie, czy dopuszczalne jest wyrównanie przez odszkodowanie utraconych korzyści w postaci wynagrodzenia ograniczonego warunkiem zawieszającym, jeżeli utracenie ich było wynikiem nienależytej staranności powodującej nieziszczenie się warunku. Odpowiedź przecząca zależna jest najpierw od wyniku wykładni umowy, a ściślej od umownego ustalenia zasady odpowiedzialności na poziomie korzystniejszym dla pozwanego niż wynikałby z art. 472 k.c. – o czym już była wyżej mowa. Gdyby wykładnia ta nie doprowadziła do ustalenia tej łagodniejszej odpowiedzialności pozwanej należy na postawione pytanie udzielić odpowiedzi twierdzącej. W takim jednak wypadku aktualizują się zarzuty skargi kasacyjnej dotyczące naruszenia art. 6 k.c. w związku z art. 361 § 1 k.c.

Sąd Apelacyjny analizował przyczynowość w łańcuchu zdarzeń składających się z następujących elementów: umowy o współpracę z pozwaną – zaciągnięcia przez powoda zobowiązania pieniężnego wobec kontrahentów: podwykonawców – przygotowania oferty z udziałem powoda – wadliwego wypełnieniem formularza oferty i odrzucenia jej - utraty przez powoda szansy uzyskania wynagrodzenia - szkody powoda, w postaci długu wobec jego kontrahentów. Nie przeoczono przy tym okoliczności, iż warunkiem wypłaty wynagrodzenia powodowi było „podpisanie kontraktu” a nie tylko wygranie przetargu. Odpowiadając na zarzut apelacji niewykazania bardzo wysokiego prawdopodobieństwa wygrania przetargu Sąd uznał ten zarzut za nieudowodniony przez pozwaną. Stwierdzenie to jest prawidłowe w odniesieniu do wyniku przetargu przy usprawiedliwionym założeniu działania komisji przetargowej zgodnie z regułami ustalonymi przez zamawiającego. Natomiast art. 6 k.c. nie usprawiedliwia obciążenia pozwanej wykazaniem niespełnienia się warunku wypłaty wynagrodzenia, tj. podpisania kontraktu. Zakwestionowanie przez pozwaną roszczenia co do zasady i wysokości nakładało na powoda ciężar przeprowadzenia dowodu przyczynowości poszczególnych elementów związku przyczynowego, składających się na wysokie prawdopodobieństwo uzyskania oczekiwanych korzyści. W rezultacie, podstawą łączącą wszystkie ogniwa pozostające w stosunku przyczynowości stało się stwierdzenie Sądu Okręgowego wyrażone zwrotem „zapewne” (k. 695 odwrót)

akceptowane przez Sąd Apelacyjny. Prawdopodobieństwo zawarcia kontraktu nie jest jednak w okolicznościach sprawy zagadnieniem teoretycznym, skoro umowa miała dotyczyć również finansowania inwestycji wielkiej wartości.

Obowiązek wykazania przesłanek materialnoprawnych roszczenia przez powoda nie polega na wymaganiu od strony dowodu niemożliwego, bowiem przepisy kodeksu postępowania cywilnego przewidują również dowody pośrednie np. wnioskowanie na podstawie innych ustalonych faktów (art. 231 k.p.c.), jednak właściwości sprawy gospodarczej opartej na zdarzeniach sprawdzalnych i rygory postępowania stron w takiej sprawie nie dopuszczają wnioskowania *prima facie* usprawiedliwionego przy ustalaniu związku przyczynowego w razie szkody na osobie.

Wskazana wyżej konieczność ustalania prawdopodobieństwa zawarcia kontraktu może budzić wątpliwość ze względu na to, że zepsucie oferty wykluczyło dalsze postępowanie i merytoryczne jej badanie. Trzeba jednak pamiętać, że - jak podkreśla się w piśmiennictwie – ustalanie związku przyczynowego przebiega dwustopniowo. Wynik pierwszego badania, zwanego testem *conditio sine qua non* prowadził do ustalenia odpowiedzialności pozwanej jako skutku doprowadzenia do odrzucenia oferty i przerwania procedury zmierzającej do zawarcia umowy finalnej. Dla uwzględnienia roszczenia o odszkodowanie konieczny jest pomyślny dla powoda wynik drugiego stopnia badania dotyczącego wpływu zdarzenia szkodzącego na stosunki majątkowe powoda. W tym zakresie doniosłość prawną uzyskuje prawdopodobieństwo podpisania kontraktu, jako zdarzenia powodującego ziszczenie się warunku uzyskania wynagrodzenia. Zastosowanie prawa materialnego (art. 361 § 1 k.c.) bez ustalenia związku przyczynowego w postaci wysokiego stopnia prawdopodobieństwa stanowi również naruszenie tego przepisu i usprawiedliwia wniosek skargi kasacyjnej.

Uznając, że podstawa kasacji została w dostatecznym stopniu usprawiedliwiona Sąd Najwyższy z mocy art. 398<sup>15</sup> § 1 k.p.c. a w zakresie kosztów procesu, z mocy stosowanego odpowiednio – art. 108 § 2 k.p.c. orzekł jak w sentencji wyroku.

