

**Sygn. akt I ACa 1297/13**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 marca 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący: SSA Roman Dziczek

Sędziowie: SA Ewa Kaniok (spr.)

SO (del.) Ewa Dietkow

Protokolant: ref. staż. Julia Murawska

po rozpoznaniu w dniu 18 marca 2014 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy z powództwa S. G.

przeciwko (...) SA w W.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 12 marca 2013 r.

sygn. akt XVI GC 635/10

**I. oddala apelację;**

**II. zasądza od (...) SA w W. na rzecz S. G. kwotę 5 400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem zwrotu kosztów w postępowaniu apelacyjnym;**

**III. zasądza od (...) SA w W. na rzecz S. G. kwotę 16 713, 35 (szesnaście tysięcy siedemset trzysta pięć groszy) tytułem kosztów postępowania zabezpieczającego.**

**I ACa 1297/13**

## UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 22.07.2010 r. S. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU (...) wniósł o zasądzenie od (...) Spółki Akcyjnej w W. kwoty 1.000.613,70 zł wraz z odsetkami w wysokości ustawowej od 21.10.2009 r. do dnia zapłaty, tytułem naprawienia szkody jaką poniósł w wyniku bezpodstawnego złożenia przez pozwanego oświadczenia o odstąpieniu od umowy.

(...) Spółka Akcyjna w W. wniósł o oddalenie powództwa.

Wyrokiem z dnia 12.03.2013 r. Sąd Okręgowy w Warszawie zasądził od (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. na rzecz S. G. kwotę 855.564,96 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 21.10.2009 r. do dnia zapłaty; oddalił powództwo w pozostałym zakresie; kosztami procesu obciążył w 85% pozwanego i w 15% powoda.

W uzasadnieniu tego wyroku Sąd Okręgowy wskazał:

W dniu 7.05.2007 r. pomiędzy S. G. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą PPHU (...) jako wykonawcą a (...) Spółką Akcyjną w W. jako zamawiającym została zawarta umowa Nr (...), przedmiotem której było wykonanie budynku mieszkalnego z usługami i garażem podziemnym zlokalizowanego przy ul. (...) w W., elewacji szklanej oraz przegród między balkonowych.

Pozwany realizował w/w obiekt jako generalny wykonawca w oparciu o umowę zawartą z inwestorem – (...) Sp. z o.o.

Termin realizacji elewacji szklanej oraz przegród między balkonowych ustalono na okres od 15.05.2007 r. do 31.12.2007 r. W § 10 ust. 10 umowy wskazano, że powód ma przedstawić tytułem zabezpieczenia gwarancję ubezpieczeniową dobrego wykonania (załącznik nr 5 k. 59). Pozwany przypominał powodowi o konieczności złożenia tejże gwarancji pismem z dnia 28.05.2007 r. Pozwany pismem z 13.06.2007r. poinformował powoda o dokonaniu potrącenia – w związku z niedopełnieniem tego obowiązku – kwoty równej wartości gwarancji z faktur złożonych w siedzibie Spółki a wystawionych przez powoda za wykonane roboty na budowie Banderii, celem zabezpieczenia należytego wykonania kontraktu.

Bezspornym jest, iż faktycznie nie doszło do potrąceń z faktur, z uwagi na nie wystawienie przez powoda pozwanemu żadnych faktur.

Pomimo tego nastąpiło wprowadzenie wykonawcy na budowę w dniu 13.08.2007 r. Z treści protokołu wynika, że powód przejął tylko miejsce zamontowania mokapu (wzornika).

Bezspornym jest fakt wykonania przez powoda mokapu.

W dniu 28.08.2007 r. przeprowadzono komisyjne oględziny. Inwestor zgłosił szereg zmian, czemu dał wyraz w piśmie z dnia 3.09.2007 r. Projektant do zakresu tych zmian ustosunkował się w piśmie z dnia 6.09.2007 r.

Powód, w związku z przedstawionym mu w dniu 5.09.2007 r. alternatywnym rozwiązaniem mocowania elewacji powłoki szklanej w oparciu o wymagania inwestora, zwrócił się do pozwanego w dniu 7.09.2007 r. o potwierdzenie sposobu wykonania rozwiązania warsztatowej dokumentacji technicznej oraz zwrócił uwagę na negatywne konsekwencje wprowadzenia zaproponowanych przez inwestora zmian. Stwierdził, że spowoduje to powtórne jej wykonanie, wiąże się z kosztami i terminem jej ponownego wykonania, a w konsekwencji przekłada się na termin rozpoczęcia prac produkcyjnych i montażowych. Przy piśmie z dnia 24.09.2007 r. powód przekazał pozwanemu dokumentację techniczną celem zatwierdzenia i skierowania do realizacji z uwzględnieniem zgłoszonych zmian i zmianami harmonogramu realizacji robót. Powód całość dokumentacji ze zmianami otrzymał od projektanta w dniu 26.10.2007 r. Pismem z dnia 8.11.2007 r. pozwany wezwał powoda do niezwłocznego przystąpienia do prac wskazując, że w związku z zaproponowanym przez powoda harmonogramem naprawczych robót powinien rozpocząć prace montażowe elewacji szklanej. Powód, pismem skierowanym do pozwanego dnia 8.11.2007 r., następnie uzupełnionym pismem z dnia 12.11.2007 r., wskazał na konieczność zmian zapisów umownych w związku ze zmianą cen oraz warunków realizacji umów na rynku budowlanym. Zmiany dotyczyły zmiany ceny ryczałtowej: zwiększenie ceny spowodowane zmianami projektowymi, zwiększenie ceny spowodowane przesunięciem realizacji umowy (proces zatwierdzenia elementu wzorcowego) i wzrostem cen na rynku budowlanym. Pisma zawierały kalkulacje cen. W dostarczonych elementach ocynkowanych powód stwierdził przebarwienia, co zgłosił podwykonawcy. Pismem z dnia 20.11.2007 r. pozwany ponownie wezwał powoda do przystąpienia do montażu elementów kurtyny szklanej. W piśmie tym pozwany poinformował o analizowaniu wniosku powoda o zmianę warunków umownych oraz, iż okres negocjacji nie zwalnia powoda z wykonywania powierzonych umową prac a dalsza zwłoka zmusi pozwanego do wprowadzenia na koszt i ryzyko powoda. innego podwykonawcy, celem nadrobienia opóźnień. Pismem z dnia 22.11.2007 r. pozwany w nawiązaniu do rozmów telefonicznych z powodem, poinformował że zgodnie z treścią umowy konieczna jest zgoda pozwanego na wywiezienie z terenu budowy materiałów przygotowanych do wbudowania. Jednocześnie, po pobieżnych oględzinach, potwierdził iż niektóre elementy dostarczone na budowę są wykonane wadliwie i

wymagają poprawek. Pozwany zaproponował wspólne oględziny i selekcję elementów nadających się do wbudowania. Ponownie wezwał powoda do niezwłocznego rozpoczęcia prac montażowych. W piśmie z dnia 23.11.2007 r. powód poinformował pozwanego o tym, że konstrukcje stalowe do montażu fasady szklanej posiadają wadliwie wykonaną powierzchnię cynkowaną, że zgłoszona przez powoda reklamacja została w pełni uznana i naprawa tych elementów w warunkach budowy jest absolutnie niemożliwa. Wezwał pozwanego do wydania elementów konstrukcji. Pismem z dnia 28.11.2007 r. pozwany złożył oświadczenie, iż na podstawie § 14 pkt 1 lit. b), lit. d), lit. e) umowy odstępuje od umowy z przyczyn zależnych od A.. Zgodnie z treścią w/w zapisu zamawiający może odstąpić od umowy, jeżeli:

- pkt 1 lit. b – wykonawca z własnej winy nie przystąpi do realizacji przedmiotu umowy w terminie 3 dni od daty udostępnienia frontu robót lub przerwie roboty bez uzgodnienia na dłużej niż 3 dni,
- pkt 1 lit. d – wystąpią opóźnienia w realizacji w stosunku do harmonogramu dłuższe niż 7 dni,
- pkt 1 lit. e – wykonawca nie złożył w terminie gwarancji dobrego wykonania lub jest ona w niewłaściwej formie lub wysokości.

Powód pismem z dnia 29.11.2007 r. zwrócił się do pozwanego o wyrażenie zgody na wywiezienie elementów stalowych celem dokonania ich naprawy, jak również o ustosunkowanie się na piśmie do wniosku powoda w sprawie aneksu do umowy z dnia 8.11.2007 r. W piśmie z dnia 30.11.2007 r. powód w związku z przesłanym odstąpieniem przez (...) S.A. od umowy, stwierdził że jest ono niezasadne i złożył oświadczenie, że odstępuje od umowy z przyczyn zależnych od pozwanego. W dniu 7.12.2007 r. strony dokonały inwentaryzacji.

W związku z powstałym sporem (...) S.A. wystąpił przeciwko S. G. o zasądzenie kwoty 514.900,00 zł tytułem kary umownej za odstąpienie od łączącej strony umowy z przyczyn obciążających pozwanego.

Wyrokiem z dnia 15.05.2009 r. Sąd Okręgowy w Warszawie XVI Wydział Gospodarczy oddalił powództwo. W dniu 25.06.2009r. powód zawiadził pozwanego do zawarcia ugody. W dniu 21.10.2009 r. przed Sądem Rejonowym dla m. st. Warszawy w Warszawie odbyło się posiedzenie, jednakże wobec niestawiennictwa (...) S.A. nie doszło do pojednania. W związku z realizacją umowy powód poniósł koszty związane m.in. z zakupem materiałów i projektu, dzierżawą i montażem rusztowania. W roku podatkowym 2006 powód uzyskał dochód 1.905.005,96 zł.

Na podstawie opinii biegłego inż. T. Z., Sąd Okręgowy ustalił, że podjęte przez powoda czynności związane z realizacją umowy z dnia 7.05.2007 r. były uzasadnione z punktu widzenia przedmiotu umowy, a czynności przygotowawcze zostały wykonane we właściwym czasie i były uzasadnione. Terminy realizacji określone w zawartych z podwykonawcami umowach były zgodne z opracowanym przez powoda harmonogramem prac i planowanym zakończeniem prac do 31.12.2007 r. Zakup materiałów do wykonaniu mokapu był konieczny. Akceptacja wzornika elewacji – mokapu przez inwestora i projektanta architektury uzależniała dalszą realizację przedmiotu umowy. Wydatki z tego tytułu, wykazane w załączonych fakturach były uzasadnione. W oparciu o wyliczenia biegłego, Sąd ustalił, że wydatki poniesione przez powoda w związku z wykonaniem wzornika elewacji – mokapu, wykonaniem projektu i wykonaniem elementów elewacji, wyniosły łącznie 490.097,28 zł. Kwota 365.467,68 zł stanowi utracone przez powoda korzyści, których nie osiągnął z uwagi na odstąpienie przez pozwanego od umowy. Sąd ustalił także na podstawie analizy umów powoda z (...), z (...) S.A., z (...) Sp. z o.o., że powód nie zabezpieczył dostarczenia firmie (...) konstrukcji stalowej oraz szyb potrzebnych do realizacji zawartej umowy, po czym w dniu 30.10.2007 r. zawarł umowę z inną firmą na wykonanie prac zleconych wcześniej (...) umowa z (...) z dnia 30.10.2007 r. z terminem realizacji do 31.03.2008 r.

Powód jako podstawę prawną dochodzonego roszczenia wskazał art. 471 k.c. i art. 494 k.c. Powód przyjął, że do dnia złożenia przez pozwanego oświadczenia o odstąpieniu od umowy, dla potrzeb realizacji umowy poniósł koszty w łącznej kwocie netto 400.755,21 zł oraz, że nie osiągnął spodziewanego zysku w kwocie 599.858,50 zł.

Wyrokiem z dnia 15.05.2009 r. Sąd Okręgowy w Warszawie w sprawie o sygn. akt XVI GC 296/08 oddalił powództwo (...) S.A. z siedzibą w W. przeciwko S. G. o zapłatę kwoty 514.900,00 zł tytułem kary umownej za odstąpienie od łączącej

strony umowy z przyczyn obciążających PPHU (...). Wyrok został utrzymany w mocy wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 22.12.2009 r. (sygn. I ACa 895/09).

Art. 365 § 1 k.p.c. stanowi, że orzeczenie prawomocne wiąże nie tylko strony i sąd, który je wydał, lecz również inne sądy oraz inne organy państwowe i organy administracji publicznej, a w wypadkach w ustawie przewidzianych także inne osoby. Związanie orzeczeniem sądu rozciąga się na ustalenia faktyczne zawarte w jego uzasadnieniu, w oparciu o które bezpośrednio sąd zindywidualizował normę prawną, czemu dał wyraz w rozstrzygnięciu.

Sąd Okręgowy w Warszawie w sprawie o sygn. akt XVI GC 296/08 uznał, że (...) S.A. nie skorzystał skutecznie z uprawnienia do odstąpienia od umowy i żądania kary umownej. Odstąpienie było niezasadne, bowiem nastąpiło bez winy PPHU (...), czyli nie zostały spełnione przesłanki określone w §14 pkt 1 lit. b), lit. d), lit. e) łączącej strony umowy. Powyższe oznacza, że rozpoznając niniejszą sprawę Sąd Okręgowy nie może ocenić w sposób odmienny odstąpienia dokonanego przez (...) S.A. w dniu 28.11.2007 r. Gdyby jednak uznać, że wyrok wydany w sprawie o sygn. akt XVI GC 296/08 nie ma znaczenia prejudycjalnego w niniejszej sprawie, to w ocenie Sądu Okręgowego przeprowadzone postępowanie dowodowe wskazuje, że pozwany odstąpił od łączącej strony umowy bezskutecznie.

Sąd przywołał zapis umowy regulujący kwestię odstąpienia od umowy - §14 umowy punkty 1d, 1e i 1b, czyniąc odniesienia do sprawy niniejszej.

W myśl §14 pkt 1d umowy, zamawiający może odstąpić od umowy, jeżeli występują opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy przez wykonawcę w stosunku do harmonogramu dłuższe niż 7 dni. Sąd stwierdził, że okolicznością bezsporną jest, iż harmonogram prac jako załącznik do umowy nigdy nie został sporządzony. Zwrócił uwagę, iż według stron, harmonogram taki stanowi wniosek, złożony przez powoda do zamawiającego (inwestora), podpisany przez S. G. i J. J. – przedstawiciela pozwanej Spółki. Sąd zauważył, że wniosek ten nie przewiduje wykonania mokapu. Bezsporny jest jednak fakt jego wykonania i zgłoszenia szeregu uwag przez inwestora, które powód uwzględnił opracowując kolejną wersję dokumentacji wykonawczej. Sąd stwierdził, że pozwany nie wykazał, aby polecał powodowi zignorowanie tychże uwag. Podjęte przez powoda czynności przedłużały terminy wykonania robót określone we „wniosku”. Wiązały się też ze wzrostem ponoszonych kosztów. Powód przedstawił pozwanemu tak propozycję, co do zmiany terminów wykonania robót, jak i kosztów, natomiast pozwany w piśmie z dnia 8.11.2007 r. wezwał powoda do niezwłocznego przystąpienia do prac powołując się na „harmonogram naprawczy robót”. W ocenie Sądu nie wiadomo, czy chodzi o wniosek do inwestora czy o harmonogram przedstawiony przez powoda po zmianach, w którym terminy były określone na dalsze okresy (m.in. do marca 2008 r.).

W myśl § 14 pkt 1e umowy, zamawiający może odstąpić od umowy jeżeli wykonawca nie złożył w terminie gwarancji dobrego wykonania lub jest ona w niewłaściwej formie lub wysokości. W § 10 pkt 10 umowy wskazano, że w przypadku niedostarczenia przez wykonawcę gwarancji w wysokości i terminie wymaganym umową, zamawiający uprawniony jest dokonać potrąceń z płatności należnych podwykonawcy i zatrzymać, na zasadzie kaucji gwarancyjnej, kwotę równą wartości gwarancji. W ocenie Sądu Okręgowego oświadczenie pozwanego w piśmie z dnia 13.06.2007 r. konkretyzuje sposób należytego wykonania umowy. Rozumienie zapisu § 10 pkt 10 umowy w dacie podpisania umowy i w czasie jej wykonania nie nasuwało żadnych wątpliwości pozwanego i było zgodne ze stanowiskiem prezentowanym przez powoda w tym zakresie, a powyższe wnioski potwierdza powołany wyżej zapis „wykonawca dostarczy gwarancję w terminie 14 dni od wejścia w życie niniejszej umowy”.

W myśl §14 pkt 1b umowy, zamawiający może odstąpić od umowy jeżeli wykonawca z własnej winy nie przystąpi do realizacji przedmiotu umowy w terminie 3 dni od daty udostępnienia frontu robót lub przerwie roboty bez uzgodnienia na dłużej niż 3 dni. Z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie wynika, że powód został wprowadzony na budowę w dniu 13.08.2007 r. i przejął tylko miejsce zamontowania mokapu (wzornika); poza sporem jest fakt jego wykonania przez powoda. W dniu 28.08.2007 r. przeprowadzono komisyjne oględziny i inwestor zgłosił szereg zmian, czemu dał wyraz w piśmie z dnia 3.09.2007 r. Powód uwzględnił te zmiany opracowując kolejną wersję dokumentacji wykonawczej, o czym informował pozwanego w pismach. Pozwany natomiast nie polecił powodowi, aby te zgłoszone zmiany zignorować. Zdaniem Sądu Okręgowego, zmiana dokumentacji wiązała się z przedłużeniem

terminów wykonania robót określonych w dokumencie nazwanym „wniosek” i ze wzrostem kosztów, czemu powód dał wyraz w pismach kierowanych do pozwanego, a datowanych 8.11.2007 r. i 12.11.2007 r. Powód przystąpił do wykonania robót i w tym celu sprowadził elementy konstrukcji. Okazało się, że elementy te były wadliwe i wobec braku możliwości dokonania ich naprawy na terenie budowy, powód poinformował pozwanego o dokonanej przez siebie i uznanej reklamacji, a następnie zwrócił się o wydanie elementów celem dokonania ich naprawy (pismo z dnia 23.11.2007 r.). W dniu 28.11.2007 r. pozwany odstąpił od umowy, w związku z niewywiązywaniem się przez powoda z należytego i terminowego wykonania robót budowlanych oraz naruszaniem przez powoda podstawowych obowiązków wynikających z umowy. W oświadczeniu o odstąpieniu nie wskazano, o jakie konkretnie terminy wykonania i robót chodzi. W ocenie Sądu Okręgowego nie można przypisać powodowi, że z własnej winy nie przystąpił do realizacji przedmiotu umowy w terminie 3 dni od daty udostępnienia frontu robót. Jak wskazuje materiał dowodowy, powód wykonał mokap, opracował dokumentację uwzględniającą zmiany zgłoszone przez inwestora, których pozwany nie kwestionował, sprowadził elementy konstrukcji na teren budowy. Okazały się one wadliwe, czym jednak nie można obarczać powoda. Pozwany zaczął stwarzać problemy w chwili, gdy powód zmierzał do naprawy wadliwych elementów.

Powyższe okoliczności, w ocenie Sądu Okręgowego, potwierdzają stanowisko powoda, że odstąpienie dokonane przez pozwanego z uwagi na wskazane w piśmie przesłanki nie było skuteczne. Pomimo odstąpienia pozwanego od umowy, trwała ona nadal. Powód natomiast nie mógł wykonywać przedmiotu umowy z uwagi na podjęte przez pozwanego działania.

Stosownie do treści art. 471 k.c. dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

W ocenie Sądu Okręgowego pozwany obowiązany jest do naprawienia szkody, gdyż z jego winy doszło do niewykonania zobowiązania przez powoda. Szkada obejmuje poniesione przez powoda wydatki i utracony zysk, których wysokość Sąd uwzględnił w oparciu o poczynione przez biegłego wyliczenia. W związku z niewykonaniem zobowiązania przez pozwanego, powód poniósł szkodę w kwocie 855.564,96 zł, na którą składają się wydatki (strata - 490.097,28 zł) i utracony zysk (utracone korzyści -365.467,68 zł). Podjęte przez S. G. czynności związane z realizacją umowy z dnia 7.05.2007 r., to jest zawarcie umów z firmami na wykonanie projektu, wykonanie i montaż elementów elewacji i przegród balkonowych, montaż rusztowań oraz obsługę geodezyjną były uzasadnione z punktu widzenia przedmiotu umowy i dokonane w czasie właściwym dla jej realizacji. Terminy realizacji określone w zawartych z podwykonawcami umowach były zgodne z opracowanym przez powoda „harmonogramem” prac i planowanym ich zakończeniem do 31.12.2007 r. Zakup materiałów do wykonania mokapu był konieczny. Wydatki wykazane w załączonych fakturach były uzasadnione i obejmowały koszty poniesione na wykonanie wzornika, projektu i elementów elewacji, łącznie 490.097,28 zł. Utracone korzyści zostały wyliczone na kwotę 365.467,68 zł.

W ocenie Sądu Okręgowego zaistniał adekwatny związek przyczynowy pomiędzy szkodą powstałą w majątku powoda a zachowaniem pozwanego, gdyż normalnym następstwem działania pozwanego polegającym na przedterminowym zakończeniu kontraktu było zmniejszenie rentowności przedsiębiorstwa powoda nie tylko w wyniku konieczności poniesienia kosztów związanych z realizacją umowy, lecz także z uwagi na pozbawienie powoda możliwości osiągnięcia zakładanego zysku z umowy.

Sąd uwzględnił powództwo częściowo mając na względzie wnioski zawarte w opinii biegłego, jednocześnie przyjął, że roszczenie powoda stało się wymagalne najpóźniej z datą przeprowadzenia posiedzenia Sądu w przedmiocie rozpoznania wniosku o zawezwanie do próby ugodowej i zasądził kwotę 855.564,96 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 21.10.2009 r. do dnia zapłaty, stosownie do treści art. 455 k.c. i art. 481 k.c.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 108 § 1 k.p.c.

***Apelację od powyższego wyroku wniósł pozwany, zaskarżając go w zakresie pkt I i III tj. w części zasądzającej od pozwanego kwotę 855.564,96 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 21.10.2009***

**r. do dnia zapłaty oraz ustalającego od pozwanego na rzecz powoda koszty procesu w wysokości 85%.**

Apelujący zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1. Nierozpoznanie istoty sprawy polegające na przyjęciu, iż prejudycjalny charakter w odniesieniu do niniejszej sprawy mają rozstrzygnięcia dokonane w sprawie z powództwa (...) S.A. przeciwko S. G. o zapłatę kary umownej zawarte w wyroku Sądu Okręgowego z dnia 15.05.2009 r. sygn. akt XVI GC 296/08 oraz utrzymującego go w mocy wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie, sygn. I ACa 895/09 bez wskazania zakresu zastosowania prejudycjalności ww. orzeczeń do niniejszej sprawy i bez wskazania na czym przyjęta przez Sąd I instancji prejudycjalność w odniesieniu do niniejszej sprawy miałyby polegać a w konsekwencji nierozpoznanie jej istoty.

2. Naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy, a mianowicie:

a) art. 365 § 1 k.p.c. w zw. z art. 328 § 2 k.p.c. poprzez wskazanie w sposób lakoniczny podstawy prawnej i faktycznej rozstrzygnięcia i nie wskazanie dokładnie: faktów, jakie Sąd uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, w szczególności uznanie za mający charakter prejudycjalny wyroku wydanego przez Sąd Okręgowy w Warszawie w sprawie o sygn. XVI GC 296/08 i oparcie Wyroku na ustaleniach faktycznych w nim zawartych bez wskazania zakresu, w jakim Sąd uznał jego prejudycjalność w odniesieniu do niniejszej sprawy;

b) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez zaniechanie dokonania wszechstronnej oceny dowodów i popadnięcie w dowolność ocen polegającą na uznaniu, że pozwany obowiązany jest do naprawienia szkody, bowiem z jego winy doszło do niewykonania zobowiązania, pomimo, że z opinii biegłego sądowego wynika, że :

- czynności podjęte przez powoda związane z realizacją umowy z dnia 7.05.2007 r. zawartej z (...) S.A. były uzasadnione z punktu widzenia przedmiotu Umowy, ale nie dokonane w czasie właściwym dla jej realizacji;
- powód nie dokonał zamówienia materiałów w postaci szyb zespolonych niezbędnych do wykonania Umowy z pozwanym;
- powód nie zabezpieczył dostarczenia firmie (...) konstrukcji stalowej oraz szyb potrzebnych do realizacji Umowy;
- powód zawarł umowę na wykonanie konstrukcji stalowej z Al. - (...) Sp. z o.o. dopiero w dniu 19.10.2007r.;
- powód zawarł umowę z firmą (...) na wykonanie prac zleconych wcześniej B., tj. kompleksowego montażu elewacji szklanej i przegród balkonowych z terminem realizacji do 31.03.2008r., tj. już po wygaśnięciu umowy z pozwanym, gdzie bezspornym jest, że powód dostarczył na teren budowy wadliwie wykonany materiał;

c) art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie zasady swobodnej oceny dowodów polegające na:

- uznaniu w całości za wiarygodną i konkretną opinię biegłego zawierającej oczywiste błędy logiczne polegające na przyjęciu, że terminy realizacji określone w zawartych z podwykonawcami umowach były zgodne z opracowanym przez powoda harmonogramem prac i planowanym zakończeniem do dnia 31.12.2007r. w sytuacji, w której terminy realizacji umów zawartych przez powoda z podwykonawcami wykluczają możliwość realizacji przedmiotu umowy w terminie wynikającym z § 9 ust. 1 umowy, co dodatkowo stoi w sprzeczności z ustaleniem przez Sąd I instancji, że harmonogram prac w niniejszej sprawie w ogóle nie został sporządzony;
- uznaniu, że pozwany w czasie realizacji prac przez powoda zaczął stwarzać problemy, bez wskazania jakiego rodzaju były to działania oraz jakie fakty świadczą o rzekomym utrudnianiu powodowi wykonania umowy przez pozwanego;

- zaniechaniu oceny dowodów wskazujących na szkodę poniesioną przez (...) S.A. w związku z nieterminową realizacją prac przez powoda oraz nie odniesienia się do wydatków, jakie powód zaoszczędził w związku z niewykonaniem zobowiązania;

d) art. 217 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. poprzez oddalenie wniosku pozwanego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczności objęte tezą dowodową wskazaną przez pozwanego, pomimo że opinia ta w sposób istotny naświetliłaby okoliczności współpracy stron i kwestie związane z rozliczeniami w ramach łączącej strony Umowy.

3. Naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie:

a) art. 474 k.c. w zw. z art. 471 k.c. poprzez jego błędną wykładnię i przyjęcie, że powód nie odpowiada za nienależyte wykonanie zobowiązania przez swoich podwykonawców, a tym samym nie można przypisać powodowi winy za dostarczenie wadliwego materiału oraz nieterminowe przystąpienie do wykonania przedmiotu umowy;

b) art. 65 § 2 k.c. w zw. z § 10 pkt 10 i § 14 ust 1 pkt e) umowy polegające na błędnej interpretacji przez Sąd I instancji, że zgodnym zamiarem stron umowy było zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez powoda albo poprzez dokonanie potrącenia albo poprzez dostarczenie gwarancji dobrego wykonania umowy, w efekcie czego Sąd I instancji uznał, że oświadczenie pozwanego z dnia 13.06.2007r. równoznaczny jest ze zrzeczeniem się uprawnienia do żądania pisemnej gwarancji dobrego wykonania umowy w postaci gwarancji ubezpieczeniowej.

Skarżący Wniósł o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi I instancji oraz pozostawienie temu Sądowi rozstrzygnięcia o kosztach procesu za instancję odwoławczą, ewentualnie o zmianę wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda kosztów procesu.

Ponadto w oparciu o art. 380 k.p.c. wniósł o kontrolę postanowienia Sądu I instancji, w którym oddalono wniosek strony pozwanej o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego zawnioskowanej przez pozwanego w odpowiedzi na pozew.

### **Sąd Apelacyjny zważył:**

apelacja nie jest zasadna i podlega oddaleniu z mocy art. 385 k.p.c.

Ustalenia faktyczne poczynione przez sąd I instancji są prawidłowe i Sąd Apelacyjny przyjmuje je za własne.

Zarzut nierozpoznania przez sąd I instancji istoty sprawy jest chybiony. Rację ma sąd I instancji, że wyrok Sądu Okręgowego z dnia 15.05.2009 r. sygn. akt XVI GC 296/08 oraz utrzymującego go w mocy wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie, sygn. I ACa 895/09 w sprawie z powództwa (...) S.A. przeciwko S. G. o zapłatę kary umownej ma charakter prejudycjalny w zakresie ustalenia, iż (...) S.A. nie był uprawniony do odstąpienia od umowy z winy S. G. w oparciu o par. 14 pkt 1d, b, e umowy a zwłaszcza, iż brak było podstaw do odstąpienia od umowy z powodu opóźnienia w realizacji przedmiotu zamówienia w stosunku do terminów ustalonych w harmonogramie prac (uzasadnienie wyroku SO z 15.05.2009r. i wyroku S.A. w aktach XVI GC 296/09 k.565). Sąd orzekający w sprawie niniejszej nie może orzec odmiennie, niż orzekł sąd w w/w wyroku albowiem kwestia, czy (...) S.A. był uprawniony do odstąpienia od umowy z winy S. G. stanowiła podstawę sporu w sprawie o zapłatę kary umownej między tymi samymi stronami. Ustalenia, które legły u podstaw oddalenia powództwa o zapłatę kary umownej wiążą strony i sąd w sprawie niniejszej tworząc stan prawny i nie mogą być ignorowane. W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 233 par. 1 k.p.c. podniesiony w punkcie 2b apelacji jest bezzasadny. Podniesienie tego zarzutu zmierza w istocie do podważenia ustalenia, iż wypowiedzenie umowy było nieuzasadnione.

Podobnie podniesienie zarzutu naruszenia art. 65 § 2 k.c. w zw. z § 10 pkt 10 i § 14 ust 1 pkt e) umowy polegającego na błędnej interpretacji przez Sąd I instancji, że zgodnym zamiarem stron umowy było zabezpieczenie należytego wykonania umowy przez powoda albo poprzez dokonanie potrącenia albo poprzez dostarczenie gwarancji dobrego

wykonania umowy zmierza do podważenia ustalenia, iż wypowiedzenie umowy było nieuzasadnione i w związku z tym nie może znaleźć uznania Sądu Apelacyjnego.

Chybiony jest także zarzut naruszenia art. 233 par. 1 k.p.c. podniesiony w punkcie 2c apelacji. W ocenie Sądu Apelacyjnego, sąd I instancji prawidłowo, zgodnie z zasadami wiedzy, logiki i doświadczenia życiowego ocenił dowód z opinii biegłego sądowego. Brak jest podstaw do przyjęcia, że biegły wadliwie wyliczył wysokość szkody doznanej przez powoda na skutek odstąpienia od umowy. Pozwany nie wykazał, aby powód w związku z niewykonaniem zobowiązania poczynił oszczędności w wydatkach i że owe oszczędności wpływają na wysokość odszkodowania. Nie przedstawił dowodów, które mogłyby poddać w wątpliwość zarówno twierdzenia powoda, przedstawione przez niego dowody jak i twierdzenia biegłego sądowego.

Chybiony jest zarzut naruszenia art. 217 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c. polegającego na oddaleniu wniosku pozwanego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa na okoliczności wskazane w odpowiedzi na pozew (k.317 pkt. 5).

W ocenie Sadu Apelacyjnego sąd I instancji zasadnie dowód ten pominął. Kwestia, iż inwestor w piśmie z dnia 3.09.2007 r. zażądał dokonania zmian mocowania mokapu i że pociągnęło to za sobą konieczność naniesienia tych zmian w dokumentacji projektowo wykonawczej oraz, że powód całość dokumentacji ze zmianami otrzymał od projektanta w dniu 26.10.2007 r. jest niesporna, zatem zbędne jest powoływanie biegłego na okoliczność, jaki charakter miały owe zmiany i czy wpływały na termin wykonania prac i wysokość wynagrodzenia wykonawcy.

W ustalonym stanie faktycznym zarzut naruszenia art. 474 k.c. w zw. z art. 471 k.c. jest bezzasadny. Powód zmierzał do wymiany wadliwych elementów konstrukcji, jego reklamacja została uznana, zaś pozwany taką wymianę uniemożliwił a następnie bezpodstawnie od umowy odstąpił, zatem ponosi odpowiedzialność z art. 471 k.c. za wyrządzoną powodowi szkodę, na którą składają się poniesione przez powoda wydatki na realizację umowy, wykazane załączonymi fakturami i zweryfikowane przez biegłego sądowego jak też utracony zysk.

Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny podzielił rozważania prawne sądu I instancji i nie znalazł podstaw do uwzględnienia apelacji, dlatego z mocy art. 385 k.p.c. oddalił ją.

Powód w piśmie procesowym z 14.03.2014r. wniósł o zasądzenie kosztów postępowania zabezpieczającego prowadzonego przez Komornika sądowego przy Sądzie Rejonowym w Szczytnie na podstawie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12,03,2013r. (k.707).

Postanowieniem z 9.04.2013r. Komornik Sądowy przy Sądzie Rejonowym w Szczytnie ustalił koszty postępowania zabezpieczającego na kwotę 14.913,35 zł. i w tym zakresie postanowienie to uprawomocniło się w marcu 2014r. ( k.710, 716-718,719,720 ).

Wniosek wierzyciela o przyznanie kosztów postępowania zabezpieczającego powstałych w związku z wykonaniem zabezpieczenia uzyskanego na podstawie art. 479<sup>19a</sup> złożony został w terminie, o którym mowa w art. 745 par. 2 k.p.c. ( co do terminu zob. uchwała SN z 14 listopada 2012r. III CZP 70/12). Pozwany nie kwestionował w tym zakresie stanowiska powoda.

Koszty należne komornikowi jako organowi egzekucyjnemu ( opłaty egzekucyjne i wydatki gotówkowe) ustalone przez komornika, wiążą sąd w zakresie, w jakim postanowienie o ustaleniu tych kosztów uprawomocniło się. W sprawie niniejszej jest to kwota 14.913,35 zł.

Sąd ma obowiązek na wniosek strony orzec o wszystkich kosztach postępowania zabezpieczającego ( zob. postanowienie SN z 5.04.2013r. III CZP 12/13). Koszt zastępstwa procesowego w postępowaniu zabezpieczającym stanowią kwotę 1800 zł. ( 25% z kwoty 7200 zł. zgodnie z par. 11 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28.09.2002r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu.



Mając powyższe na uwadze, Sąd Apelacyjny orzekł jak w punkcie III wyroku.