

*Sygn. akt VII AGa 259/18*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 19 kwietnia 2018 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w składzie:*

*Przewodniczący: SSA Marcin Łochowski*

*Sędziowie: SA Jolanta de Heij-Kaplińska*

*SA Tomasz Szanciło (spr.)*

*Protokolant: st. sekr. sądowy Karolina Kulibska-Janusz*

*po rozpoznaniu w dniu 19 kwietnia 2018 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa M. D.*

*przeciwko P. M.*

*o zapłatę*

*na skutek apelacji powoda*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 29 czerwca 2016 r., sygn. akt XXVI GC 160/15*

*I. oddala apelację;*

*II. zasądza od M. D. na rzecz P. M. kwotę 5.400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.*

*Sygn. akt VII AGa 259/18*

## UZASADNIENIE

Pozwem wniesionym w dniu 6 lutego 2015 r. powód M. D. wniósł o zasądzenie od pozwanego P. M. kwoty 170.288,56 zł tytułem odszkodowania za niewłaściwe wykonywanie umowy sprzedaży i zlecenia z dnia 23 kwietnia 2012 r., zatytułowanej „Umowa dostawy betonu i usług”, wraz z ustawowymi odsetkami naliczanymi od dnia 11 grudnia 2014 r. do dnia zapłaty oraz kosztami procesu, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

W odpowiedzi na pozew pozwany P. M. wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego, według norm przepisanych. Zakwestionował roszczenie zarówno co do zasady, jak i co do wysokości.

Wyrokiem z dnia 29 czerwca 2016 r., wydanym w sprawie XXVI GC 160/15, Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo w całości (pkt I) i zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 3 617 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 23 kwietnia 2012 r. M. D., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...) w W., zawarł z P. M., prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą (...) – 1 P. M. w W., umowę o nazwie „Umowa

dostawy betonu i usług". W jej pkt. 1 określono przedmiot – jako zobowiązanie się dostawcy do wyprodukowania i dostarczenia odbiorcy betonu towarowego oraz innych materiałów budowlanych na prowadzoną budowę w W. przy ul. (...) – w orientacyjnej ilości około 15.000 m<sup>3</sup> betonu, za orientacyjną wartość około 3.400.000 tys. zł, oraz wynajem sprzętu i świadczenie usług za wynagrodzeniem określonym w umowie według specyfikacji (jeżeli miejsce to uległoby późniejszej zmianie na życzenie odbiorcy, to miał on ponieść wszelkie powstałe w związku z tym koszty): a) betony: beton B10 S3 – 180 zł/m<sup>3</sup>, beton B20 S3 – 220 zł/m<sup>3</sup>, beton B30 S3 – 225 zł/m<sup>3</sup>, beton B30 w8 S3 – 232 zł/m<sup>3</sup>, beton B37 S3 – 237 zł/m<sup>3</sup>, beton B37 w8 S3 – 255 zł/m<sup>3</sup>, betony szybkosprawne – dopłata 10 zł/m<sup>3</sup>, betony zimowe – dopłata 10 zł/m<sup>3</sup>, beton grzany (poniżej 0 st. C) – dopłata 15 zł/m<sup>3</sup>, betony wodoszczelne – dopłata 10 zł/m<sup>3</sup>; b) zaprawy murarskie: zaprawa M10 – 180 zł/m<sup>3</sup>, zaprawa M15 – 185 zł/m<sup>3</sup>, dostawy pełno samochodowe: S3 – betonowozy 9 m<sup>3</sup>, poniżej 5 m<sup>3</sup> miała być doliczana zryczałtowana dopłata do transportu w kwocie 30 zł/m<sup>3</sup> do każdego brakującego m<sup>3</sup> do pełnego transportu, przy rozładunku w tempie powyżej 8 min/m miała być doliczana dopłata za przekroczenie limitu czasowego rozładunku w kwocie 120 zł/godz.; c) pompowanie betonu: gruchopompa 24 mb – 210 zł/h lub 18 zł/m<sup>3</sup>, gruchopompa 28 mb – 280 zł/h lub 19 zł/m<sup>3</sup>, pompa 32 mb – 310 zł/h lub 21 zł/m<sup>3</sup>, pompa 36 mb – 360 zł/h lub 23 zł/m<sup>3</sup>, pompa 42 mb – 430 zł/h lub 25 zł/m<sup>3</sup>, pompa 46 mb – 450 zł/h lub 27 zł/m<sup>3</sup>, pompa 52 mb – 520 zł/h lub 30 zł/m<sup>3</sup>, przy czym za czas pracy pompy uważało się dojazd, powrót, zryczałtowaną równowartość godziny pracy, pompowanie betonu, przerwy technologiczne, mycie pompy na budowie, przestawianie, rozkładanie i składanie pompy, a koszty pracy pompy dla każdej następnej godziny – zgodnie z cennikiem. Rozliczenie pracy pompy za przepompowany 1 m<sup>3</sup> betonu było możliwe po uzyskaniu minimalnej wydajności pracy pompy na budowie równej 25 m<sup>3</sup>/h i dostawach minimum 50 m<sup>3</sup>. Istniała możliwość wynajęcia rurociągu do betonu (obsługa rurociągu w gestii budowy) w cenie 30 zł/m<sup>3</sup>. Do powyższych cen był doliczany podatek VAT według obowiązujących przepisów.

W kolejnych punktach umowy strony określiły, że odbiorca zobowiązuje się składać jednostkowe zamówienia na masę betonową z co najmniej jednodniowym wyprzedzeniem, przy większych zamówieniach (powyżej 50 m<sup>3</sup>) miał potwierdzić e-mailem do godz. 12.00 dnia poprzedzającego betonowanie, natomiast dostawca zobowiązany był dostarczyć w terminie beton towarowy w ilości zgodnie z ustaleniami z odbiorcą (pkt 2). Do każdej partii wytworzonej masy betonowej dostawca miał dołączyć dokument wydania z magazynu dla każdego samochodu dostawczego, przyjęcie partii betonu potwierdzała osoba upoważniona na budowie. Osoba kwitująca odbiór dostawy została upoważniona przez odbiorcę do dokonania tej czynności w jego imieniu (pkt 3). Dostawca miał wystawiać faktury VAT nie później niż 7 dni od daty realizacji każdej dostawy, na podstawie potwierdzonych dokumentów wydania z magazynu dostawy betonu towarowego. Zapłata za towar miała nastąpić przelewem na rachunek bankowy do 30 dni po wystawieniu faktury VAT (pkt 4). W sytuacji awaryjnej, gdy dostawca nie będzie mógł zrealizować zamówienia w ciągu 24 godzin od złożenia zamówienia na piśmie, „zastępcze/rezerwowe” zapewnienie dostaw betonu towarowego miało leżeć po stronie dostawcy z „innych” zakładów produkcyjnych. Jeśli nie byłoby możliwe takie zapewnienie dostaw, odbiorca miał prawo do realizacji zamówień u innych dostawców (pkt 9). Dostawy miały być realizowane w terminach ustalonych w poszczególnych zamówieniach. Dostawy realizowane z opóźnieniem do 3 godzin w stosunku do ustalonego harmonogramu miały być traktowane jako zrealizowane w terminie (pkt 11). Umowa zawarta została na czas określony, do dnia 30 marca 2013 r. (pkt 28), bez zastosowania jakiegokolwiek sankcji na wypadek, jeśli nie dojdzie do zamówienia betonu w ilości 15.000 m<sup>3</sup> w tym okresie.

Sąd Okręgowy wskazał, że po dniu 30 marca 2013 r. strony kontynuowały współpracę na podstawie ustnego porozumienia, z zachowaniem wszystkich warunków dotychczas obowiązujących i wskazanych w ww. umowie. W trakcie jej trwania, a także po dniu 30 marca 2013 r., zamówiony towar dostarczany był również na inne budowy prowadzone przez pozwanego, a nie tylko na ul. (...) w W.. Współpraca przebiegała początkowo bez żadnych zastrzeżeń, zamówienia były składane mailowo, a realizacja zamówień odbywała się w uzgodnionych terminach. Dopuszczane były przesunięcia terminów wykonania zamówień, co również miało wpływ na końcowy efekt. W późniejszym okresie współpraca obfitowała w sytuacje konfliktowe, które były powodowane nieterminowością wykonywanych zamówień, opóźnieniami w dostawach, czy błędami bądź też niezgodnością receptur zamówionego towaru. Terminy były przesuwane z uwagi na przyczyny logistyczne. Odmowy wykonania zamówienia w terminie były przyczyną przesunięcia terminów wykonania konkretnych czynności na terenie budowy, bądź też przyczyną



ilości betonu na miesiąc kalendarzowy. Zdając sobie sprawę, że dotychczasowa umowa nie obliguje pozwanego do zamówienia konkretnej ilości betonu, powód chciał dokonać zmiany jej charakteru z ramowej, przygotowawczej i nierodzącej skutku obligacyjnego na zobowiązującą.

Sąd Okręgowy zważył również, że powiązania umowy z dnia 23 kwietnia 2012 r. z umową sprzedaży mieszkań nie zasługują na uwzględnienie, bowiem nie zostały one w żaden sposób udowodnione. Rozliczenie barterowe nie zostało ujęte w ww. umowie, a nadto powód, twierdząc, że strony postępowania w taki właśnie sposób się rozliczały, nie przedłożył nawet aktu notarialnego dokumentującego zakup przedmiotowych mieszkań ani rozliczeń stron wskazujących, że płatności za beton nie były dokonywane, a należności te pomniejszały cenę zakupu lokali.

Zdaniem Sądu Okręgowego, samo twierdzenie powoda, że utracił on marżę w wysokości ponad 170.000 zł, jest jedynie rozliczeniem hipotetycznym i mocno szacunkowym. Na podstawie przedstawionej przez powoda tabeli szacunkowej nie można ocenić, czy powód jako utraconą korzyść wskazał w sposób prawidłowy tzw. czysty zysk, po odliczeniu kosztów działalności. Powód przedstawił tabelę zawierającą zestawienie betonu towarowego dostarczonego w okresie 24 kwietnia 2012 r. – 31 lipca 2013 r., z której wynika, że pozwany zamówił u niego 9.861,10 m<sup>3</sup> betonu, podczas gdy z przedłożonego przez pozwanego zestawienia, któremu powód nie zaprzeczył, wynikało, że w trakcie obowiązywania umowy z dnia 23 kwietnia 2012 r. ilość zamawianego betonu na budynki A i C przy ul. (...) w W. wyniosła – odpowiednio – 3.744 m<sup>3</sup> i 7.273 m<sup>3</sup>, co łącznie stanowiło 11.017 m<sup>3</sup> betonu. Zatem niezależnie od tego, że pozwany nie był zobowiązany do zamówienia konkretnej ilości mieszanki betonowej, a zaprzestanie dalszych zamówień nie stanowiło naruszenia postanowień umownych, to z niekwestionowanego wyliczenia pozwanego wynikało, że zamówił on u powoda 11.017 m<sup>3</sup> betonu, a poza tym nie można również przyjąć, że na pozostałą część inwestycji pozwany złożyłby zamówienie dokładnie na takie ilości i rodzaje betonu, jak wynikają z zestawienia przygotowanego przez powoda.

Apelację od powyższego wyroku wywiódł powód M. D., zaskarżając go w całości. Zarzucił błąd w ustaleniach faktycznych, mający wpływ na treść zapadłego wyroku, poprzez przyjęcie, że umowa z dnia 23 kwietnia 2012 r. łącząca strony umowy była umową ramową, jednostronnie zobowiązującą powoda do gotowości wyprodukowania ilości betonu wskazanej w punkcie 1 umowy, tj. 15.000 m<sup>3</sup>, zaś nie tworzyła żadnego zobowiązania dla pozwanego w sytuacji, gdy prawidłowa ocena przedmiotowej umowy prowadzi do wniosku, iż pozwany zobowiązany był do zakupu co najmniej 15.000 m<sup>3</sup> betonu, zaś utracony przez powoda zysk z powodu niewłaściwego wykonywania umowy przez pozwanego (*lucrum cessans*) wynosił 170.288,56 zł. Mając powyższe na względzie, powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez uwzględnienie powództwa w całości.

Na rozprawie apelacyjnej strona pozwana wniosła o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja powoda jako niezasadna podlegała oddaleniu.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd I instancji i przyjmuje je za swoje. Te ustalenia nie naruszały zasady oceny materiału dowodowego wynikającej z art. 233 § 1 k.p.c. Sprawia to, że nie zachodzi potrzeba powtarzania szczegółowych ustaleń faktycznych (zob. np. postanowienie SN z dnia 22 kwietnia 1997 r., II UKN 61/97, OSNAP 1998, nr 3, poz. 104; wyrok SN z dnia 8 października 1998 r., II CKN 923/97, OSNC 1999, nr 3, poz. 60).

Analiza podniesionego przez apelującego zarzutu prowadziła do wniosku, że – wbrew treści apelacji – nie dotyczył on błędnych ustaleń poczynionych przez Sąd Okręgowy, a więc naruszenia art. 233 § 1 k.c., ale błędnej kwalifikacji prawnej stosunku łączącego strony na gruncie umowy z dnia 23 kwietnia 2012 r. Chodziło więc o naruszenie prawa materialnego przez jego nieprawidłowe zastosowanie, a nie naruszenie prawa procesowego. W szczególności powód zakwestionował, że strony zawarły umowę ramową dostawy betonu, jak to przyjął Sąd Okręgowy, ale umowę obligacyjną, która nakładała na pozwanego obowiązek zakupu określonej ilości betonu po określonej cenie. Jak można

rozumieć, bo nie zostało to wprost wyartykułowane, chodziło o umowę w rozumieniu art. 155 § 2 k.c., a więc de facto umowę dostawy określonej (minimalnej) ilości betonu po określonej cenie.

Umowa ramowa, której konstrukcja zakłada zorganizowanie i realizację współdziałania gospodarczego, stanowi odpowiedź na zapotrzebowanie rynkowe. Definicja umowy ramowej nie została zawarta w kodeksie cywilnym, zatem jej granice wyznacza – co do zasady – wola stron (art. 353<sup>1</sup> k.c.), ograniczona bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa, właściwością (naturą) stosunku prawnego i zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 1 i 2 k.c.).

Legalną definicję umowy ramowej można odnaleźć natomiast w art. 2 ust. 9a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm., dalej; p.z.p.), zgodnie z którym, przez umowę ramową należy rozumieć umowę zawartą między zamawiającym a jednym lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i, jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości. Z tej definicji wynika, że celem zawarcia umowy ramowej jest dokonanie wyboru kręgu potencjalnych wykonawców, mogących w czasie trwania umowy ramowej zrealizować konkretne zamówienia, zlecone przez zamawiającego w oznaczonym czasie, za ceny nie wyższe niż określone w umowie ramowej. Co do zasady zatem, skonkretyzowanie świadczenia następuje w chwili wystawienia poszczególnego zlecenia. Można stąd również wywnioskować, że zamawiający, zawierając umowę ramową, deklaruje, iż ma jedynie zamiar w okresie, na jaki umowa została zawarta, dokonywać zamówienia określonych towarów i usług, zaś wykonawca zgłasza tym samym swoje zainteresowanie składaniem ofert na realizację zapotrzebowania zamawiającego, za ceny nie wyższe niż zawarte w umowie ramowej, nie rodząc przy tym określonych zobowiązań po żadnej ze stron.

Analogicznie należy uznać, jeśli chodzi o ogólne zasady dotyczące umowy ramowej. Taka umowa, w zależności od stopnia jej uszczegółowienia, ma na celu przede wszystkim określenie ogólnych zasad współpracy, w tym określenie cen, sposobu składania zamówień, godzin dostaw, sposobu realizacji itd., aby nie trzeba tego było powtarzać w każdej kolejnej umowie (tzw. umowie szczegółowej), zawieranej w oparciu o umowę ramową. Innymi słowy, stosunek prawny jest konkretyzowany przez zawarcie konkretnej umowy, która określa przedmiot umowy (w tym wypadku ilość betonu), datę dostawy itd. Dopiero taka umowa zawiera wszystkie niezbędne elementy, w szczególności essentialia negotii. Jeżeli bowiem w umowie nazwanej ramową określone zostałyby wszystkie elementy przedmiotowo istotne wraz ze stosownym zobowiązaniem (np. sprzedaż i kupno), to mielibyśmy do czynienia z właściwą umową nazwaną lub nienazwaną, a nie z umową ramową, a kwestia dotyczyłaby jedynie warunków wykonania tej umowy. Należy więc dojść do przekonania, że zobowiązania ramowe są na tyle ogólne, iż trudno byłoby je skonkretyzować poprzez wykładnię woli stron umowy dla uznania istnienia essentialia negotii umowy docelowej (art. 56, 65 i 354 k.c.). Bez znaczenia pozostawało przy tym odwołanie się do art. 100 p.z.p., albowiem nie była to umowa zawarta w trybie przepisów tej ustawy, a nadto ten przepis nie miałby znaczenia dla określenia charakteru umowy (określa on tylko czas, na jaki może zostać zawarta umowa ramowa, a i to tylko w kontekście obowiązku jej zgłoszenia właściwemu organowi).

Przekładając powyższe na realia niniejszej sprawy, należało dojść do przekonania, że wbrew treści zarzutu sformułowanego w apelacji, Sąd I instancji prawidłowo ocenił charakter umowy „dostawy betonu i usług” z dnia 23 kwietnia 2012 r., uznając, że miała ona charakter klasycznej umowy ramowej. Na tę okoliczność wskazywała w szczególności sama treść umowy, która w punkcie 1 przewidywała, że: „Przedmiotem umowy jest zobowiązanie przez dostawcę do wyprodukowania i dostarczenia odbiorcy betonu towarowego oraz innych materiałów budowlanych na prowadzoną budowę W. ul. (...) – w orientacyjnej ilości ok 15000 m<sup>3</sup> betonu za orientacyjną wartość ok 3 400 000 tysięcy zł, oraz wynajmem sprzętu i świadczenie usług za wynagrodzeniem określonym w umowie według poniższej specyfikacji”. Bez znaczenia pozostaje, że strony popełniły oczywistą omyłkę, wpisując orientacyjną wartość na kwotę 3,4 mld zł (zbędnie dodano bowiem słowo „tysięcy”). W dalszej części tego punktu wskazano na cenę poszczególnych rodzajów betonu i zapraw murarskich, z uwzględnieniem ewentualnych dopłat z tytułu transportu oraz wynagrodzenia za pracę gruchopomp i pomp. Nie sposób jednak z postanowień umowy wywieść istnienia skonkretyzowanego zobowiązania którejkolwiek ze stron do określonego świadczenia, od którego art. 605 k.c. uzależnia istnienie umowy dostawy. Dostawca nie zobowiązał się bowiem do wytworzenia określonej ilości rzeczy oznaczonych tylko co do

gatunku oraz do ich dostarczania częściami albo periodycznie, a odbiorca nie zobowiązał się do odebrania tych rzeczy i do zapłacenia ceny. Istotne jest, że o ile w punkcie 28 umowy wskazano, że została ona zawarta na czas określony do dnia 30 marca 2013 r., to z żadnego jej postanowienia nie wynika jakiegokolwiek sankcja na wypadek, gdyby nie doszło do zamówienia w tym okresie betonu w ilości przynajmniej 15.000 m<sup>3</sup>, a przecież powód wywodził, że miała to być minimalna ilość betonu, jaką miał kupić pozwany. Całkowicie nielogiczne jest stwierdzenie, także w kontekście art. 65 § 2 k.c., że strony podają orientacyjną ilość betonu, która miała być ilością minimalną i nie obwarowują tego zobowiązania żadnymi sankcjami, gdyby pozwany z tego zobowiązania się nie wywiązał. Co więcej, już tylko odwołanie się do „orientacyjnej” ilości i wartości świadczy o tym, że nie zostały określone essentialia negotii umowy dostawy.

Powyższa konstatacja wzmocniona jest również faktem, że w chwili zawarcia umowy strony mogły jedynie orientacyjnie przewidzieć ilość możliwego do zamówienia betonu, którą przyjęto na podstawie doświadczenia z innych inwestycji realizowanych przez pozwanego, bowiem powód miał wówczas pozwolenie na budowę wyłącznie na budynek C (pozwolenie z dnia 19 stycznia 2012 r – k. 266-270), zaś pozwolenia na budynki A i B zostały wydane dopiero w dniu 13 grudnia 2012 r. (k. 271-273). Wskazywały na to również zeznania świadka M. J.: „Orientacyjne ilości betonu były wskazane na podstawie doświadczeń. Nie było wówczas jeszcze projektu, było pozwolenie na budowę I etapu – budynek C” (0:25:50 i n., nagranie k. 245). Oczywistym jest, że skoro pozwolenia na budowę pozostałych budynków zostało uzyskane ponad pół roku po zawarciu przedmiotowej umowy, to nie sposób uznać, aby już w tej umowie pozwany kalkulował nabycie betonu w określonej ilości, z uwzględnieniem budów, co do których takowe pozwolenie nie zostało jeszcze wydane. Jak zeznał ten świadek: „Na budynki A i B orientacyjna ilość betonu to 10-12 tys. m<sup>3</sup>, na budynek C około 10-12 tys. m<sup>3</sup>” (0:35:32 i n., nagranie k. 245). Przy uwzględnieniu błędu szacunku, który może wynieść nawet 30%, widać wyraźnie, że orientacyjna ilość betonu w umowie ramowej była kalkulowana wyłącznie pod kątem budynku C, a było bezsporne, że beton użyty do tego budynku pochodził wyłącznie z dostaw realizowanych przez powoda, co przyznał on sam („Pierwszy budynek zrealizowałem ja” – 0:37:50 i n., nagranie k. 319), jak i potwierdził pozwany („Na jeden budynek wykorzystaliśmy 100% betonu powoda” – 1:32:20, nagranie k. 319). Co więcej, także kolejny budynek został zrealizowany niemal w całości z betonu dostarczanego przez powoda.

Nie sposób również podzielić twierdzeń powoda o oznaczeniu przez strony w powyższej umowie minimalnego wolumenu dostaw i jej wartości na poczet realizacji inwestycji przy ul. (...) w przypadku, gdy sam powód wskazał, że: „Dla firmy (...) dostarczałem beton do Ł. i innych lokalizacji według cen na umowie” (1:20:22 i n., nagranie k. 319), co potwierdził również pozwany: „Zgodnie z umową ramową kierownicy z innych inwestycji na tych samych zasadach zamawiali beton” (01:43:48, nagranie k. 319). Umowa z dnia 23 kwietnia 2012 r. miała na celu określenie ogólnych zasad współpracy stron realizowanych nie tylko na budowie przy ul. (...), ale również w ramach pozostałych inwestycji wykonywanych przez pozwanego. Z zeznań świadka M. J., które korelowały z powyżej przywołanym materiałem (nagranie k. 245), wynikało, że: „Założeniem umowy było uzyskanie od powoda betonu na realizację inwestycji” (0:46:23), „Umowę rozumiałem jako umowę na ramową współpracę, niczym nieograniczoną” (1:05:33), „Na inwestycję braliśmy beton od różnych dostawców, nie tylko od pozwanego” (0:27:42), „W każdej umowie stosuje się zapis o orientacyjnej ilości betonu i wartości betonu” (0:24:53). Powyższe korelowało również z treścią zeznań pozwanego, który podkreślił, że treść umowy ramowej z dnia 23 kwietnia 2012 r. była standardową umową zawieraną z innymi dostawcami i jej celem nie była wyłączność dostaw betonu od powoda (zeznania powoda 1:43:48 – 1:57:35, nagranie k. 319).

Na charakter spornej umowy wskazywała również treść projektu aneksu nr (...) do spornej umowy, który został sporządzony przez powoda, w wyniku którego do umowy miało zostać dodane postanowienie o treści: „Od dnia ... odbiorca zobowiązuje się do odbioru betonu towarowego oraz innych materiałów budowlanych w wielkości nie mniejszej niż 1000,00 m<sup>3</sup> na miesiąc kalendarzowy. Dopuszcza się zamówienie przez Odbiorcę mniejszej ilości betonu towarowego w danym miesiącu kalendarzowym, o ile wartość wzajemnych rozliczeń w miesiącu kalendarzowym np. z tytułu świadczenia usług wynajmu sprzętu jest nie mniejsza niż ... zł.” (k. 112-114). Pozwany na rozprawie potwierdził, że był to aneks przesłany przez powoda (1:48:43, nagranie k. 319). Aneks ten nie wszedł jednak w życie wobec braku woli pozwanego na zmianę postanowień umowy wykraczających poza termin obowiązywania umowy z dnia 23 kwietnia 2012 r. i cenę (k. 115-116, 121-122). Widać więc wyraźnie, że wbrew stanowisku zajętemu

w toku niniejszej sprawy w pismach procesowych, powód był świadomy prawnego charakteru tej umowy, tj. jej ramowego charakteru, że nie nakładała ona na pozwanego obowiązku zamówienia określonej ilości towaru, a tym bardziej, że 15.000 m<sup>3</sup> betonu o określonej wartości nie jest to parametr minimalny, ale orientacyjny, przybliżony, jak to wprost wynikało z treści umowy. Także ta okoliczność jednoznacznie sprzeciwiała się wnioskowi, że strony złożyły zgodne oświadczenia woli w zakresie wykraczającym poza określenie ogólnych warunków i zasad współpracy, które miały dotyczyć poszczególnych umów zawieranych na podstawie zleceń składanych przez pozwanego w trybie przewidzianym umową, w których dopiero były konkretyzowane essentialia negotii umowy dostawy w zakresie jej przedmiotu (ceny jednostkowe zostały już bowiem określone w umowie ramowej). Innymi słowy, treść umowy odzwierciedlała ustalenia stron (art. 65 § 2 k.c.). Całkowicie gołosłowne było twierdzenie powoda, jakoby projekt aneksu został przygotowany, aby pozwany „nie mógł udawać, iż zapisy umowy rozumie inaczej niż w dacie podpisania umowy pierwotnej”. W tym przedmiocie powód (pomimo spoczywającego na nim ciężaru dowodu – art. 6 k.c.) nie przedstawił żadnych dowodów.

Należy również jednoznacznie odrzucić koncepcję zależności pomiędzy umową sprzedaży mieszkań a umową z dnia 23 kwietnia 2012 r., na co jednoznacznie wskazywały obie strony sporu, w tym pozwany: „Umowa na mieszkania jest umową notarialną przedwstępną, nie ma w niej wzmianek o rozliczeniu barterowym. To było uzgodnione grzecznościowo” (1:39:58, nagranie k. 319), przy czym powód stwierdził, że: „Rozliczenie barterowe było dobrą wolą stron” (00:30:04, nagranie k. 319). Bezsporne więc było, że w umowie przedwstępnej sprzedaży nieruchomości płatność ceny nie została powiązana z dostawami betonu, co jest oczywiste, skoro w umowie z dnia 23 kwietnia 2012 r. nie została określona ani ilość betonu, ani cena, jaką ostatecznie miałby zapłacić pozwany, a tym bardziej w odniesieniu do ceny mieszkań. Czym innym jest, czy powód kalkulował, że sprzedając określoną ilość betonu uda mu się sfinansować zakup mieszkania. Ta kwestia pozostaje bez znaczenia, jako że nie znalazła odzwierciedlenia w zgodnych oświadczeniach woli stron. Motywacje stron jeśli chodzi o zawarcie konkretnej umowy, jeżeli nie znajdują odzwierciedlenia w uzgodnieniach stron, pozostają bez znaczenia dla wykładni treści umowy.

Reasumując, strony w umowie nie zawarły postanowienia obejmującego zobowiązanie ze strony pozwanego do kupna ilości betonu (i jakich rodzajów), tj. minimum 15.000 m<sup>3</sup> betonu za minimum 3.400.000 zł, wyłączność wykonywania dostaw przez powoda, ani też ewentualnych kar umownych. Nie było zatem podstaw dla uznania ukształtowania przez strony stosunku obligacyjnego na mocy umowy z dnia 23 kwietnia 2012 r.

Niezależnie od tego, nawet gdyby teoretycznie przyjąć koncepcję powoda odnośnie do prawnego charakteru omawianej umowy, zaskarżony wyrok i tak był prawidłowy. Powód, pomimo ciężącego na nim ciężaru, nie zdołał bowiem wykazać szkody obejmującej utracone korzyści (*lucrum cessans*). Powód oparł wyliczenie wartości szkody (art. 361 § 2 k.c.) na zestawieniu dołączonym do pozwu dotyczącym betonu towarowego dla pozwanego w okresie 24 kwietnia 2012 r. – 31 lipca 2013 r. (k. 18-19), w którym zostały wskazane odbiory rzeczywiste i „niezrealizowane”, podpisane przez księgową E. S.. Stanowi ono wyłącznie dokument prywatny, potwierdzający fakt złożenia przez oznaczoną osobę oświadczenia o treści określonej w dokumencie (art. 245 k.p.c.), który nie korzysta z domniemania potwierdzenia rzeczywistego stanu rzeczy, którą przypisuje się jedynie dokumentom urzędowym (art. 244 k.p.c.). Dokumenty prywatne podlegają swobodnej ocenie dowodów, wynikającej z art. 233 § 1 k.p.c., na okoliczności przywołane przez stronę korzystającą z tego środka dowodowego, przy czym gdy strona przeciwna, niebędąca autorem dokumentu, danym okolicznościom zaprzecza, ciężar ich wykazania (udowodnienia) spoczywa na stronie, która z tych okoliczności wywodzi określone skutki prawne (art. 253 zd. 2 w zw. z art. 232 k.p.c.), a więc w tym wypadku na powodzie. Według powoda, pozwany dokonał zakupu 9.861,1 m<sup>2</sup> za 2.302.628 zł, nie zrealizował umowy w zakresie zakupu 5.138,9 m<sup>2</sup> za co najmniej 1.199.965,02 zł, a więc utracona marża wyniosła 170.288,56 zł. Pozwany zaprzeczył prawdziwości tego dokumentu, przedstawiając własne wyliczenie. W takiej sytuacji ciężar dowodu – w świetle powołanego przepisu (zgodnie zresztą również z art. 6 k.c.) – spoczywał na powodzie.

Trzeba też zauważyć, że poszkodowany winien wykazać szkodę w postaci utraconych korzyści z tak dużym prawdopodobieństwem, że w świetle doświadczenia życiowego uzasadniałoby przyjęcie, iż utrata spodziewanych korzyści rzeczywiście by nastąpiła, w przeciwnym wypadku należałoby uznać, że wskazana w pozwie szkoda ma charakter ewentualny i nie podlega uzupełnieniu (por. np. wyroki SN: z dnia 18 października 2000 r., V CKN 111/00,

Legalis, z dnia 21 czerwca 2001 r., IV CKN 382/00, MoP 2003, nr 1, s. 33, z dnia 26 stycznia 2005 r., V CK 426/04, Legalis, z dnia 22 stycznia 2008 r., II CSK 377/07, Legalis i z dnia 27 stycznia 2012 r., I CSK 211/11, Legalis). Nadto, zgodnie z zasadą *compensatio lucri cum damno*, w celu oszacowania odszkodowania, straty oraz utracone korzyści należy pomniejszyć o zyski, jakie uzyskał poszkodowany w wyniku zdarzenia szkodzącego albo naprawienia szkody (por. wyr. SN z dnia 15 grudnia 1972 r., II CR 592/72, Legalis). Zastosowanie tej zasady wynika z dyferencyjnej metody szacowania wysokości odszkodowania, które nie powinno przekraczać szkody poniesionej przez poszkodowanego i prowadzić do wzbogacenia poszkodowanego (*ne quis ex damno suo lucrum faciat*), a zatem określając jego wysokość, sąd powinien uwzględnić pozytywne dla sytuacji majątkowej poszkodowanego konsekwencje zdarzenia szkodzącego (por. postanowienie SN z dnia 12 marca 2010 r., III CZP 7/10, Legalis; A. Olejniczak, w: A. Kidyba, Kodeks cywilny. Komentarz, t. III, cz. 1, 2014, s. 108, K. Zagrobelny, w: E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2016, s. 655).

Jak wskazano, pozwany przedstawił własne zestawienie, z którego wynikało, że na potrzeby realizacji inwestycji przy ul. (...) zamówił u powoda beton towarowy w łącznej ilości 10.984 m<sup>3</sup>, tj. 3.711 m<sup>3</sup> + 7.273 m<sup>3</sup> (k. 280-299). Temu zestawieniu powód nie zaprzeczył, a więc zastosowanie znajdował art. 230 k.p.c. Tak więc rozliczenie powoda było nieprawidłowe nie tylko co do niezrealizowanych (według niego) zamówień, ale przede wszystkim co do rzeczywistej ilości betonu w zakresie zrealizowanych zamówienia. Ponadto powód w żaden sposób nie wyjaśnił na jakiej podstawie dokonał wyliczenia szkody w postaci *lucrum cessans*. Po pierwsze, powód przeniósł proporcjonalnie rodzaje i ilości zamówionego betonu na zamówienia „niezrealizowane”, co już samo w sobie budzi wątpliwości, jako że nie znajduje uzasadnienia twierdzenie, że inne zamówienia zostałyby zrealizowane w dokładnie takich samych proporcjach, jak te zrealizowane, a trzeba pamiętać, że poszczególne rodzaje betonu różniły się w zakresie ceny jednostkowej nawet o kilkadziesiąt procent. Po drugie, oznaczona przez powoda wartość marży nie stanowi odzwierciedlenia szkody, gdyż nie sposób ustalić, na jakiej podstawie została ona wyliczona, w szczególności, czy obejmuje koszty prowadzenia działalności gospodarczej, czy te koszty zostały już potrącone. W tym przedmiocie powód również nie przedstawił żadnych dowodów, nawet nie wskazał, jak wyliczył tę marżę. Pojęcie marży daje asumpt do wniosku, że chodzi o procent doliczany do ceny sprzedaży. Nie sposób jednak utożsamiać utraconych korzyści z marżą, gdyż należałoby odliczyć przynajmniej koszty prowadzenia działalności gospodarczej, których przedsiębiorca nie poniósł, a które by poniósł, gdyby doszło do realizacji dostaw. Całkowicie bezzasadne było stwierdzenie, że „jakakolwiek inna forma ustalania ilości utraconego zysku miałyby co najmniej karkołomny charakter”.

Na marginesie należy wskazać, że nieprawidłowo została wskazana data, od której powód żądał odsetek, albowiem w wezwaniu do zapłaty z dnia 1 grudnia 2014 r. wskazano termin zapłaty do dnia 15 grudnia 2014 r. (k. 81-84), a ponieważ wymagalność tego roszczenia wynika z art. 455 k.c., odsetki mogły być żądane (gdyby oczywiście powództwo było zasadne) od dnia następnego po upływie wyznaczonego terminu zapłaty.

Mając powyższe na względzie, wyrok Sądu I instancji był prawidłowy, zaś apelacja nie miała uzasadnionych podstaw, w związku z czym podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c., o czym orzeczono w punkcie I.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c. w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 2 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz.U. z 2015 r., poz. 1800 ze zm.), w brzmieniu obowiązującym w dacie wniesienia apelacji.