

Sygn. akt I ACa 759/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 października 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Artur Kowalewski /spr./
Sędziowie:	SSA Małgorzata Gawinek SSA Tomasz Żelazowski
Protokolant:	st. sekr. sądowy Beata Waclawik

po rozpoznaniu w dniu 15 października 2015 r. na rozprawie w Szczecinie

sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Z.

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w M.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 17 marca 2015 r., sygn. akt VIII GC 404/13

I. **oddala apelację,**

II. **zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) zł. tytułem kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

SSA M. Gawinek SSA A. Kowalewski SSA T. Żelazowski

Sygn. akt I ACa 759/15

UZASADNIENIE

Powód (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Z., po ostatecznej modyfikacji powództwa wniósł o zasądzenie od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w M. kwoty pozwanego kwoty 217.738,36 zł z ustawowymi odsetkami: od kwoty 87.620,93 zł od dnia 15.06.2012 r., od kwoty 130.117,43 zł od dnia 12.07.2012 r. do dnia zapłaty oraz kosztów procesu, tytułem wynagrodzenia z umowy o świadczenie usług polegających na przesiewaniu piasku w kopalni żwirowej pozwanego w M., celem pozyskania żwiru (kamienia).

W odpowiedzi na pozew pozwany wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda kosztów procesu., zgłaszając zarzuty zawyżenia przez powoda ilości przesianego materiału, a nadto potrącenia odszkodowania z tytułu

nienależytego wykonania umowy, stanowiącego równowartość pozostawionego przez powoda w materiale żwiru, przedstawiającego wartość handlową.

Wyrokiem z dnia 17 marca 2015 r. Sąd Okręgowy w Szczecinie zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 217.738,36 zł z ustawowymi odsetkami: od kwoty 87.620,93 zł od dnia 15 czerwca 2012 r., a od kwoty 130.117,43 zł od dnia 12 lipca 2012 r., umorzył postępowanie w pozostałym zakresie oraz zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 18.604 zł tytułem kosztów procesu.

Podstawę tego orzeczenia stanowiły następujące ustalenia faktyczne i argumentacja prawna:

W dniu 26 kwietnia 2011 r. pomiędzy (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w M., jako zleceniodawcą, a (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w Z., jako zleceniobiorcą, zawarta została umowa nr (...), której przedmiotem było wydobycie pospółki z działki (...) w ilości zgodnej z PZZ (wg załącznika) wraz z usługą przesiewania pospółki przez zleceniobiorcę dla potrzeb zleceniodawcy. Czasookres wydobywania pospółki na terenie działki nr (...) strony ustaliły na maksymalnie 2 lata od maja 2011 do 30 czerwca 2012 lub do czasu pozyskania ilości wymaganej przez zleceniodawcę. Wielkość wydobywania i usługi przesiewania nie mogła być mniejsza niż ilość potrzebnej pospółki do uzyskania 15.000 ton gotowej frakcji 2-32 w skali miesiąca (wydobywanie mogło być mniejsze w przypadku czynników zewnętrznych, na które zleceniobiorca nie miał wpływu). Odpłatność za 1 m³ wydobytej pospółki przez zleceniobiorcę w 2011 roku strony ustaliły w wysokości 6,10 zł netto + VAT. Faktury miały być wystawiane co 30 dni, w oparciu o wyniki obmiaru, który miał być zgłoszony zleceniodawcy w terminie 7 dni przed wystawieniem faktury, z terminem płatności 7 dni od daty otrzymania przez zleceniodawcę. Okres wypowiedzenia strony ustaliły na koniec każdego miesiąca (30-go) – 1 miesiąc. (...) spółka z o.o. jako właściciel działki (...) i koncesji miał prawo wejścia na teren kopalni bez powiadamiania zleceniobiorcy, w celu kontroli zasad ustalonych w § 2 umowy. Pod podpisami przedstawicieli stron odrębnie został napisany aneks do umowy, zgodnie z którym umowa wchodziła w życie z dniem podpisania umowy K. – (...).

W związku z wykonywaniem przesiewania w okresie czerwiec – wrzesień 2011 r. powód wystawił pozwanemu cztery faktury VAT, które zostały w całości opłacone.

W piśmie z dnia 30.07.2011 r., nazwanym „Wypowiedzenie umowy”, wskazano, że z dniem 30.07.2011 r. (...) sp. z o.o. w M. wypowiada umowę nr (...) z dnia 26.04.2011 r. Wpisano, że w związku z brakiem odbioru piasku 0/4 powstającym przy produkcji mieszanki 2/32 i przedłużającymi się płatnościami firma (...) sp. z o.o. w M. rozwiązuje umowę z firmą (...) sp. z o.o. w Z. z dniem 30.08.2011 r. Pismo zostało podpisane przez przedstawicieli zleceniodawcy i zleceniobiorcy.

Po upływie terminu wypowiedzenia powód, na podstawie ustnej umowy, w dalszym ciągu dokonywał przesiewania pospółki na rzecz pozwanego w należącym do pozwanego złożu. Zmieniły się ustalenia co do frakcji przesiewanego kruszywa, która miała wynosić od 4 do 32 mm. Stawka netto za metr sześcienny wynosiła 6,10 zł, ale część przesiewania powód wykonał w cenie 4,72 zł netto za 1 m³.

W okresie wrzesień 2011 r.– marzec 2012 r. powód wystawił pozwanemu cztery faktury VAT, które zostały w całości opłacone. Ponadto wystawione zostały następujące faktury VAT:

- w dniu 30.04.2012 r. nr (...) na kwotę 91.560,62 zł (część za 4,72 zł/m⁽³⁾, część za 6,10 zł/m⁽³⁾), z terminem płatności 10.11.2011 r., z której do zapłaty pozostało 2.999,70 zł;

- w dniu 31.05.2012 r. nr (...) na kwotę 115.621,23 zł (6,10 zł/m³), z terminem płatności 14.06.2012 r.;

- w dniu 27.06.2012 r. nr (...) na kwotę 159.933,95 zł (6,10 zł/m⁽³⁾), z terminem płatności 11.07.2012 r.;

W dniu 2.07.2012 r. geodeta sporządził operat techniczny dotyczący obiektu w postaci (...), którego przedmiotem było obliczenie objętości. Operat zawierał sprawozdanie techniczne, szkic polowy i obliczenia, z których wynikało, że różnica między objętością góry (531511) a dołu (484817) wynosi 46694 m⁽³⁾.

Pismem z dnia 22.03.2013 r. pełnomocnik powoda wezwał pozwanego do zapłaty trzech faktur VAT: nr (...) na łączną kwotę 367.115,80 zł, w terminie do dnia 28 marca 2013 r.

W odpowiedzi na wezwanie pozwany w piśmie z 27.03.2013 r. wskazał, że do 26.03.2013 r. powód nie rozliczył się prawidłowo z usługi przesiewania. Różnica wg Biura Usług Geodezyjnych a obmiarem właścicieli (...) jest znacząca. Pozwany wskazał w swoim piśmie, że z uwagi na sporną usługę oczekuje na wzajemne prawidłowe rozliczenie się.

Odnosząc się do powyższego faksu pełnomocnik powoda, w piśmie datowanym na 27.03.2013 r., wskazał, że poza podniesionym zarzutem rzekomo nieprawidłowej wykonanej usługi, nie zostały w tej sprawie przedstawione przez pozwanego żadne dokumenty. W związku z czym pełnomocnik powoda wskazał, że oczekuje odwrotnie na propozycję rozliczenia, podkreślając że wszystkie dotychczasowe dokumenty potwierdzające wykonanie usługi zostały podpisane bez zastrzeżeń.

W piśmie z dnia 10.04.2013 r. pozwany zwrócił się do powoda z prośbą o dokonanie korekty faktury (...) z 27.06.2012 r. z uwagi na zawyżoną usługę przesiewania, tj. od 1.06 do 15.05.2012 r. Pozwany, odwołując się do operatu technicznego geodety, wskazał że usługa przesiewania została zawyżona o 3.974 m^3 , co przy stawce $6,10 \text{ zł/m}^3$ daje kwotę $29.816,92 \text{ zł}$ brutto. Do pisma załączono ksero operatu technicznego.

W odpowiedzi na powyższe pełnomocnik powoda w piśmie z 18.04.2013 r. wskazał, że pozwany z dniem podpisania faktur dokonał odbioru wykonanej pracy nie zgłaszając zastrzeżeń co do obmiarów, uznając tym samym zakres tych prac, jak i jakość. Pełnomocnik zakwestionował też wykonanie obmiarów po terminie wykonania usługi i jej odbiorze bez powiadomienia (...) spółki z o.o. o podejmowanych czynnościach. Jednocześnie pełnomocnik zażądał złożenia przez pozwanego w terminie 7 dni deklaracji co do zapłaty niespornej, poza kwotą $29.816,92 \text{ zł}$, należności powoda, pod rygorem skierowania sprawy na drogę sądową.

Pismem z 11.05.2013 r. pozwany odniósł się do pism pełnomocnika powoda, wskazując m.in. że nigdy nie próbował uchylać się od zapłaty i sukcesywnie spłaca należności wobec powoda, pragnąc uregulować w maksymalnie krótkim czasie pozostałą należność. Pozwany wniósł też o zakończenie przedmiotowych prac protokołem odbioru i prawidłowym rozliczeniem.

Na zlecenie pozwanego (...) spółka z o.o. w Z. przeprowadziło badanie piasku o/4 ze złoża w M.. Wyniki przedstawione zostały w sprawozdaniu z badania z 7.06.2013 r.

Pismem z 2.12.2013 r., nazwanym „Oświadczenie pozwanej o potrąceniu”, zarząd (...) spółki z o.o. w M. oświadczył, że dokonuje potrącenia z sumy pieniężnej dochodzonej przez (...) spółkę z o.o. w P. w sprawie VIII GC 404/13 kwoty $230.680,20 \text{ zł}$, a suma ta stanowi odszkodowanie za nienależyte wykonanie zobowiązania.

W tak ustalonych okolicznościach faktycznych, Sąd Okręgowy uznał powództwo za usprawiedliwione w całości, przy czym zasądzeniu podlegała kwota pozostała po częściowym ograniczeniu powództwa.

Za jego podstawę prawną przyjął przepis art. 735 § 1 k.c. w zw. z art. 750 k.c., traktując zawartą przez strony umowę, i tę pisemną z 26.04.2011 r., i tę ustną z 2012 r., jako umowę o świadczenie usług polegających na wydobywaniu pospółki i następnie jej przesiewaniu, czyli odzyskiwaniu żwiru z piasku (żwiru, tj. kruszywa budowlanego). Zdaniem Sądu I instancji, w umowie ustnej nie została określona ilości pospółki (piasku), mającej być przedmiotem wydobywania i przesiewania, a praca polegała na wykonywaniu tyle przesiewania, na ile pozwalała wydajność maszyn. W umowie tej – w zakresie należności objętych pozwem - obowiązywała stawka jednostkowa za metr sześcienny wydobytego i przesianego piasku, w kwocie $6,10 \text{ zł/m}^3$, której pozwany nie kwestionował.

W spornej pomiędzy stronami kwestii uzgodnionej w umowie ustnej wielkości frakcji przesiewanego piasku, która według powoda wynosić miała $4 - 32 \text{ mm}$, a według pozwanego $2 - 32 \text{ mm}$, Sąd Okręgowy przyjął za wiarygodne twierdzenia powoda, gdyż o ile w umowie pisemnej z 26.04.2011 r. występuje frakcja $2 - 32 \text{ mm}$, to już przyczyny jej wypowiedzenia, a właściwe rozwiązania, a więc m.in. brak odbioru piasku o frakcji o/4 pokazują, że skoro pozostawał

piasek o frakcji poniżej 4 mm i był problem z jego zagospodarowaniem, to z pewnością powód nie podjąłby się na podstawie ustnej umowy, kontynuowania wydobywania i przesiewania piasku o frakcji 2 – 32 mm. Takowa wielkość pojawia się co prawda w zeznaniach prezesa zarządu pozwanego A. D. (1) i świadka A. D. (2) (prokurenta), ale dotyczy ona umowy pisemnej, natomiast według zeznań prezesa zarządu powoda M. S. w 2012 r. przesiewali oni wg frakcji 4 – 32 mm, jako ustalonej między stronami.

W zakresie wysokości dochodzonego roszczenia Sąd I instancji zwrócił uwagę na to, że z faktury nr (...) powód domagał się zapłaty tylko końcówki wynagrodzenia w wysokości 2.999,70 zł, gdyż faktura ta uwzględniała już dokonane wpłaty blisko 90.000 zł. Zastrzeżenia pozwanego pojawiły się wyłącznie względem ostatniej faktury (końcowej) nr (...), gdzie pozwany w piśmie z 10.04.2013 r. zażądał jej korekty w związku z twierdzeniami o jej zawyżeniu o kwotę 29.816,82 zł brutto. Powód zastrzeżenie to uwzględnił, umniejszając wartość należności z tej faktury o tę kwotę, co czynił zbędnym rozstrzygnięcie, czy faktura ta obejmowała zawyżoną ilość przesianego piasku.

Podobnie zbędne było badanie, czy powód dysponował technicznymi możliwościami przesiewania żwiru w ilości ponad 3000 ton na dobę, gdyż po pierwsze, powód uznał (przynajmniej na potrzeby niniejszego postępowania) zawyżenie obmiaru; po drugie, z odpowiedzi na pozew wynika, że pozostałe faktury dokumentowały wielkość przesiewu w przedziale technicznie możliwym, a więc ewentualne zawyżenie dotyczyło tej jednej faktury nr (...); po trzecie, pozwany pomimo ww. zastrzeżeń dokonywał sukcesywnie wpłat na rzecz powoda i to już w toku niniejszego procesu.

W tym stanie rzeczy kierunek rozstrzygnięcia determinowała ocena zarzutu potrącenia zgłoszonego w odpowiedzi na pozew i poparty następnie oświadczeniem pozwanego o potrąceniu z dnia 2.12.2013 r., obejmującego kwotę 230.680,20 zł brutto, stanowiącą równowartość żwiru mającego wartość handlową, a znajdującego się w złe przesianym materiale przez powoda. Należność ta podlegała kwalifikacji jako odszkodowanie za nienależyte wykonanie zobowiązania, mające swoją podstawę w art. 471 k.c. Rzeczą pozwanego było zatem wykazać powstanie szkody i jej wysokości, lecz w ocenie Sądu Okręgowego pozwany ciężaru dowodzenia w zakresie powstania szkody nie udźwignął. Po pierwsze, ustalona pomiędzy stronami frakcja żwiru z faktur objętych sporem to 4 – 32 mm, a więc jeżeli coś pozostało nieprzesiane o frakcji poniżej 4 mm, to nie wynikało to z niewłaściwie wykonanego przesiewania. Po drugie, pozwany zgłosił zastrzeżenia co do jakości przesiewania dopiero w toku niniejszego procesu, a więc wyłącznie na potrzeby zwalczania słusznego roszczenia powoda, co już samo w sobie czyni ten zarzut wątpliwym. Oczywiście pozwany nie jest ograniczony terminem (za wyjątkiem przedawnienia) zgłaszania wzajemnych roszczeń, ale zarówno z zeznań stron, jak i świadka A. D. (2), wynika że wcześniej takich zastrzeżeń pozwany wobec zleceniobiorcy nie zgłaszał. Jeżeli nawet A. D. (2) mówił coś pracownikom pozwanego, to nie było to wystarczające do przyjęcia, że pozwany formalnie kwestionował jakość dokonanego przesiewania. W przedprocesowej korespondencji akcentowane były tylko zastrzeżenia ilościowe, które powód uwzględnił przy formułowaniu żądania pozwu. Wreszcie po trzecie, pozwany nawet nie próbował udowodnić, że faktycznie poniósł szkodę, a więc, że gdyby dysponował żwirem o ww. wartości, a który jakoby pozostał w przesianym materiale, to by go sprzedał za taką właśnie kwotę. Co prawda świadek A. D. (2) wspominał o zawartych kontraktach, w tym z firmą (...), ale nie było to wystarczające do przyjęcia, że pozwany miał zapotrzebowanie na ten konkretny żwir (przy założeniu, że w ogóle takowy w spornym materiale pozostał) i potencjalnego kupca, a tylko w takim wypadku można byłoby mówić o poniesieniu szkody.

Uznając zatem, że pozwany nie wykazał poniesienia szkody co do zasady, Sąd Okręgowy nie badał jej wysokości i w związku z tym ostatecznie dowód z opinii biegłego geologa został pominięty (art. 217 § 3 k.p.c.), choć wcześniej rozprawa została odroczone celem przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego sądowego i została od pozwanego pobrana zaliczka na poczet tego dowodu.

Rozstrzygnięcie o odsetkach oparte zostało na art. 481 k.c.

W pozostałym zakresie postępowania podlegało umorzeniu na podstawie art. 355 k.p.c., albowiem powód w kolejnych pismach procesowych modyfikował swoje żądanie uwzględniając dokonywane przez pozwanego wpłaty: na poczet faktur nr (...), która została spłacona w całości i na poczet faktury nr (...). Łącznie pozwany wpłacił 31.000 zł i w zakresie

tej kwoty wraz z ustawowymi odsetkami postępowanie należało umorzyć, traktując dokonywane modyfikacje żądania jako jego ograniczenia, czyli cofnięcia na podstawie art. 203 § 1 k.p.c.

Orzekając o kosztach procesu Sąd Okręgowy zastosował zasadę odpowiedzialności za wynik sprawy (art. 98 § 1 i 3 w zw. z art. 99 k.p.c.), którą pozwany przegrał niemal w całości.

W zakresie oceny materiały procesowego Sąd I instancji wskazał, że ustalając stan faktyczny oparł się na niekwestionowanych wzajemnie dowodach z dokumentów oraz zeznaniach świadka i stron. Odnośnie dowodów ze źródeł osobowych nie uwzględnił tej części zeznań świadka i prezes zarządu pozwanego, która dotyczyła wielkości frakcji przesiewanego na podstawie ustnej umowy z przyczyn omówionych, a także w zakresie w jakim wskazywali na istnienie pisemnej umowy w roku 2012, w którym powód wystawił dochodzone pozewem faktury. Poza tym przedstawiciele pozwanego, zwłaszcza prokurent A. D. (2), akcentowali brak płatności na rzecz powoda spowodowany brakiem płatności od firm, którym pozwany dostarczał kruszywo, co komponowało się z nie tylko z częściowymi wpłatami w toku procesu, ale i z brakiem zastrzeżeń jakościowych.

Powyższy wyrok zaskarżył w całości apelacją pozwany (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w M., zarzucając:

- rażąco obrazę prawa materialnego, tj. art. 361 § 2 k.c., polegającą na przyjęciu przez Sąd I instancji, że poniesiona przez pozwanego szkoda w postaci utraty niewydobytej przez powoda części złoża, mogłaby zostać uwzględniona tylko wówczas, gdyby pozwany wykazał, że na tę część niewydobytych kopalin miał, w dniu dokonania potrącenia, konkretnego, zindywidualizowanego nabywcę, chociaż taki pogląd jest całkowicie sprzeczny z wypracowanym w orzecznictwie i doktrynie pojęciem szkody w postaci straty (damnum emergens), i w konsekwencji,

- nierozpoznanie istoty sprawy poprzez pominięcie merytorycznych zarzutów pozwanego co do zasadności potrącenia, będące również skutkiem nieuzasadnionego przepisami prawa poglądu Sądu Okręgowego, że zarzut potrącenia został podniesiony zbyt późno, bo dopiero w procesie, a nadto

- sprzeczność istotnych ustaleń Sądu z zebranim w sprawie materiałem dowodowym polegającą na stwierdzeniu, że przedmiotem umowy między stronami było wydobycie żwiru o frakcji 4-32, chociaż zawarta między stronami umowa pisemna wskazywała na przedział pomiędzy 2mm a 32 mm, a prezes zarządu powoda na rozprawie w dniu 18.12.2013 r. przyznał, że kolejną umowę ustną zawierano na takich samych warunkach.

Pozwany wniósł o uzupełnienie postępowania dowodowego i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, zawnioskowanego w odpowiedzi na pozew

Wskazując na powyższe zarzuty i wnioski, skarżący domagał się zmiany zaskarżonego wyroku i oddalenia powództwa, oraz zasądzenia od powoda na jego rzecz kosztów postępowania za obie instancje wg norm przepisanych, ewentualnie, wobec nierozpoznania istoty sprawy w zakresie zarzutów podniesionych przez pozwanego, na podstawie art. 386 § 4 k.p.c., o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

W odpowiedzi na apelację powód wniósł o jej oddalenie i zasądzenie na jego rzecz od pozwanego kosztów postępowania apelacyjnego.

Na rozprawie apelacyjnej w dniu 15 października 2015 r. pełnomocnik pozwanego sprecyzował, że zgłoszony w apelacji wniosek dowodowy dotyczy dowodu z opinii biegłego z zakresu geologii na okoliczność ustalenia ilości pozostałego kruszywa w piasku przesianym przez powodową spółkę i wartości tego kruszywa (k. 241).

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja pozwanego okazała się bezzasadna.

Treść zarzutów i uzasadnienia wniesionego przez pozwanego środka odwoławczego nie pozostawia wątpliwości co do tego, że rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy na etapie postępowania apelacyjnego sprowadzało się wyłącznie do

oceny zasadności zarzutu potrącenia wierzytelności z tytułu odszkodowania w związku z nienależytym wykonaniem przez powoda umowy świadczenia usługi, polegającej na przesiewaniu pospółki w celu pozyskania kruszywa budowlanego, a co przejawiać się miało w pozostawieniu w materiale kruszywa przedstawiającego wartość handlową. Pozwany nie sformułował bowiem w apelacji jakichkolwiek zarzutów dotyczących istnienia i wysokości wierzytelności powoda z tytułu należnego jemu wynagrodzenia, stanowiącej przedmiot wniesionego przez niego powództwa.

W ślad za Sądem I instancji przypomnieć w tym miejscu należy, że zdefiniowana przez pozwanego wierzytelność znajduje swoje materialnoprawne uzasadnienie w treści art. 471 k.c., wyznaczającego zasady kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej. Przesłankami tej odpowiedzialności określonymi w tym przepisie, a których wykazanie obciąża wierzyciela (tu: pozwanego), są:

- niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika,
- fakt poniesienia szkody o oznaczonej wysokości,
- bezpośredni, adekwatny związek przyczynowy pomiędzy wyżej opisanymi przesłankami.

Odnosząc okoliczności przedmiotowej sprawy do tak ukształtowanego stanu prawnego stwierdzić należy, że pozwany w apelacji nie przedstawił jakichkolwiek jurydycznych argumentów pozwalających na weryfikację zaskarżonego orzeczenia w postulowanym przez niego zakresie. Co więcej, wynikająca z usytuowania sądu odwoławczego, jako sądu ad meritum powinność ponownej kompleksowej oceny materiału procesowego, prowadziła do wniosku, iż pozwany nie wykazał również istnienia podstawowej, prawotwórczej przesłanki roszczenia odszkodowawczego, wpisującego się w dyspozycję art. 471 k.c., a mianowicie nienależytego wykonania zobowiązania przez powoda.

Nie wydaje się wymagać pogłębionego uzasadnienia teza, że kluczowe dla rozważań w zakresie istnienia tej przesłanki, jest ustalenie treści umowy łączącej strony. Oczywiście jest bowiem, że sposób wykonania przez dłużnika zobowiązania, relatywizowany jest do jego treści, określonej właśnie w umowie. Podejmując to zagadnienie, podkreślenia wymaga, że aktualnie spór stron w tej materii sprowadzał się wyłącznie do ustalenia parametrów kruszywa, które powód – na podstawie zawartej przez strony umowy ustnej – zobowiązał się pozyskiwać. Sąd Okręgowy podzielił w tym zakresie twierdzenia powoda wskazującego, że strony określiły wielkość frakcji kruszywa w przedziale 4 – 32 mm. Stanowisko to - wraz z jego uzasadnieniem - Sąd Apelacyjny, bez jakiegokolwiek modyfikacji uznaje za własne, co czyni niecelowym jego powtarzanie. Wadliwości tego ustalenia - jak wynika z apelacji - skarżący upatrywał wyłącznie w nieuwzględnieniu informacyjnych wyjaśnień prezesa zarządu powoda złożonych na rozprawie w dniu 18 grudnia 2013 r., który miałby twierdzić, że umowa ustna zawarta została na warunkach wcześniejszej umowy pisemnej, a która wskazywała na przedział 2- 32 mm.(k. 214,216). Stanowisko to jest oczywiście kontrfaktyczne, co wprost wynika z treści stenogramu z tej rozprawy: M. S. w jej trakcie wskazał, że „Było ustalone słownie, że to będzie kruszywo od 4 milimetrów do, do 32 tak...” (k. 140v). Samoistnie czyni to zarzut apelującego w tym zakresie nieuzasadnionym, zwłaszcza jeśli zważyć, że całkowicie pominął on w swoim stanowisku kluczowy argument Sądu Okręgowego, dotyczący przyczyn rozwiązania umowy zawartej przez strony na piśmie właśnie dlatego, że pozwany nie posiadał odbiorców na kruszywo o frakcji poniżej 4 mm. Skuteczne podważenie ustaleń faktycznych Sądu I instancji, co na płaszczyźnie prawnej definiowane jest przez przyzmat art. 233 § 1 k.p.c. nie może polegać na arbitralnym stwierdzeniu o ich wadliwości i odwołaniu się do stanu faktycznego, który w przekonaniu skarżącego odpowiada rzeczywistości. Konieczne jest tu wskazanie przyczyn dyskwalifikujących postępowanie sądu w tym zakresie. W szczególności skarżący powinien wskazać, jakie kryteria oceny naruszył sąd przy ocenie konkretnych dowodów, uznając brak ich wiarygodności i mocy dowodowej lub niesłuszne im je przyznając (tak Sąd Najwyższy min. w orzeczeniach z dnia: 23 stycznia 2001 r., IV CKN 970/00, LEX nr 52753, 12 kwietnia 2001 r., II CKN 588/99, LEX nr 52347, 10 stycznia 2002 r., II CKN 572/99, LEX nr 53136).

Ustalenie, że umowa stron zobowiązywała powoda do uzyskania kruszywa o wielkości powyżej 4 mm, samoistnie determinuje brak możliwości przyjęcia, że powód wykonał umowę w sposób nienależyty, skoro pozwany nawet nie twierdził, że powód w tym zakresie dopuścił się jakichkolwiek nieprawidłowości. Co więcej, w powyższym zakresie nie został przez niego zaoferowany jakikolwiek dowód. Zarówno prokurent pozwanego A. D. (2), jak i Prezes jego zarządu A. D. (1), nie posiadali własnej wiedzy w tym przedmiocie, przy czym – co symptomatyczne – przyznali oni, że

do czasu zgłoszenia zarzutu potrącenia nie formułowali wobec powoda żadnych formalnych zastrzeżeń w tej materii (w korespondencji przedprocesowej pozwany wskazywał wyłącznie na zawyżenie obmiaru przesianego materiału). Nie ma przy tym racji skarżący sugerując, jakoby fakt ten miał dla rozstrzygnięcia sprawy – odmiennie niż to przyjął Sąd I instancji – znaczenie indyferentne. Tego rodzaju zachowanie, a precyzyjniej – bezczynność – musiało bowiem podlegać ocenie na płaszczyźnie przesłanek z art. 233 § 1 k.p.c. Niepodobna bowiem w świetle zasad doświadczenia życiowego przyjąć, że przy rzeczywistym przekonaniu o istnieniu wierzytelności o tak znacznej wartości, która dodatkowo może spowodować umorzenie wzajemnej wierzytelności powoda, której zaspokojenia ten intensywnie się domagał, kwestia ta nie zostałaby przez niego podniesiona znacznej wcześniej. Okoliczność ta, podobnie jak niezrozumiałe zachowanie polegające na dobrowolnym zaspokojeniu wierzytelności powoda do wartości, w której przedstawiona do potrącenia wierzytelność posiadała wyższą wartość (nie jest bowiem racjonalna częściowa spłata wierzytelności, co do której twierdzi się, że uległa w całości umorzeniu – vide: art. 498 § 2 k.c.), racjonalizuje wniosek, że zgłoszenie zarzutu potrącenia motywowane było potrzebami procesowymi, a nie rzeczywistym przeświadczeniem o istnieniu objętej nim wierzytelności. Nie jest to w żaden sposób sprzeczne, jak sugeruje pozwany, z przyjęciem samego zarzutu, jako podlegającego merytorycznemu rozpoznaniu.

Pozwany, jak wynika z materiału procesowego, konstruował tezę o nienależytym wykonaniu umowy przez powoda wyłącznie w oparciu o wyniki badania dostarczonej przez niego próbki materiału (vide: sprawozdanie Laboratorium Budowlanego sp. z o.o. w Z. z dnia 7 czerwca 2013 r. k. 57). Przydatność tego dokumentu, posiadającego jedynie walor dowodowy dokumentu prywatnego (vide: art. 245 k.p.c.), dla rozstrzygnięcia sprawy jest wysoce wątpliwa. Słusznie wskazał powód, że badaniu temu poddana został próbka pobrana i dostarczona przez pozwanego (tak: adnotacja w sprawozdaniu), po blisko roku od zakończenia eksploatacji wyrobiska w ramach umowy łączącej strony, przez co w ogóle nie sposób przyjąć w sposób wiarygodny, aby badaniu temu na pewno poddano materiał ze złoża, które eksplorował powód. Po drugie, całkowicie nieuprawnione jest dokonywanie uogólnienia polegającego na prostym przeniesieniu wyników badań próbki o wadze 337,2 g, na złożo o wielkości 46694m³. Po trzecie wreszcie, nie zostały w nim w żaden sposób wyjaśnione zagadnienie występujących zwykle przy tego rodzaju usługach, tolerancji ilości pozyskiwanego materiału w stosunku do jego sumarycznej wielkości występującej w złożu. Co zaś się tyczy przedstawionych w odpowiedzi na pozew wyliczeń szkody (k. 56), które ww. sprawozdanie miało jakoby uzasadniać, to są one nieweryfikowalne także dlatego, że obejmują one w przeważającej części frakcje kruszywa, których – jak ustalono – powód nie był zobowiązany pozyskiwać, a nadto pozwany przyjął wartość handlową za tonę tego kruszywa, której w ogóle nie starał się udowodnić. Odwołanie się przez A. D. (2) do cen płaconych przez jego kontrahenta budującego autostradę (k. 144 v) nie wytrzymuje krytyki już choćby z tego względu, że według nich liczona była także wartość kruszywa o frakcji poniżej 4 mm, a więc tego, którego ten kontrahent nie chciał odbierać i co stanowiło przecież przyczynę rozwiązania umowy zawartej przez strony na piśmie.

W świetle wskazanych wyżej okoliczności stwierdzić należy, że zarzut potrącenia nie mógł zostać uwzględniony z uwagi na niewykazanie przesłanki nienależytego wykonania umowy przez powoda. Z tego też względu pozostałe zarzuty skarżącego, odwołujące się do zagadnienie przesłanki szkody, nie miały dla rozstrzygnięcia sprawy istotnego znaczenia.

Czyniąc wszakże zadość obowiązkowi odniesienia się do zgłoszonych w apelacji zarzutów, w pierwszej kolejności podzielić należy kierunkowo jego stanowisko prawne w zakresie wykładni art. 361 § 2 k.c., sprowadzające się do tezy, że obowiązek restytucyjny dłużnika nie ogranicza się wyłącznie do obowiązku kompensaty równowartości tych składników majątkowych, które już wyszły w majątku poszkodowanego. Nie ma jednak racji w tym, że dla wykazania szkody wystarczające było powołanie się przez niego na fakt pozostawieniu w złożu określonej ilości kruszywa. To czy w sprawie można mówić o wystąpieniu szkody, winno być relatywizowane do okoliczności konkretnego przypadku, a jakiegokolwiek uogólnienia w tym zakresie są zawodne. Jak zeznał A. D. (2), całe kruszywo uzyskiwane przez powoda, pozwany odsprzedawał swojemu kontrahentowi na potrzeby budowanej autostrady (k. 144v). Dla wykazania szkody winien zatem wykazać, że kruszywo nie pozyskane przez powoda posiadało jakąkolwiek wartość handlową, co dotyczyło w szczególności frakcji poniżej 2mm. W realiach gospodarki rynkowej, charakteryzującej się przewagą podaży nad popytem, określony walor majątkowy (dla podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą) mają tylko

te przedmioty, które można zbyć, uzyskując w zamian określony ekwiwalent pieniężny. Oczywiście jest zatem, że tego rodzaju „realną zdolnością zbywcą” winno charakteryzować się również kruszywo, którego nie pozyskanie zarzuca powodowi. Pozwany nie definiował przecież szkody jako równowartości pozostawionego kruszywa (o takiej jej postaci nie mogłoby być w ogóle mowy, skoro materiał ten nadal pozostaje w złożu pozostającym w jego dyspozycji), lecz jako równowartość tego co uzyskalby, gdyby kruszywo to zostało przez niego zbyte. Tymczasem pozwany żadnych dowodów w tej materii nie zaoferował

Co się tyczy zgłoszonego w apelacji, a sprecyzowanego na rozprawie w dniu 15 października 2015 r. wniosku dowodowego, jego skuteczność uzależniona była – pierwszoplanowo od ustalenia – czy stanowił on kontynuację wniosków składanych w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, czy też winien być kwalifikowany jako wniosek o cesze nowości. Wymagało to porównania treści tego wniosku, którą wyżej przedstawiono, z wnioskami zgłoszonymi przed Sądem Okręgowym.

Niewątpliwie nie jest tożsamy z takim wnioskiem dowód z opinii „laboratoryjnego badania składu ziarnowego kruszywa do betonu, na okoliczność jakości wykonanych przez powódkę prac”, zgłoszony w odpowiedzi na pozew (k.55). Tak opisana przez pozwanego teza różni się w istotny sposób od wniosku dowodowego sprecyzowanego na rozprawie apelacyjnej: o ile bowiem ustalenie ilości kruszywa pozostawionego przez powoda w pospółce, dotyczy konkretnego faktu, którego ustalenie wymaga wiedzy specjalnej i który mógłby być ewentualnie przydatny dla oceny sposobu wykonania przez powoda zobowiązania wynikającego z umowy łączącej strony, o tyle postulat oceny jakości prac, z uwagi na jego ogólnikowość i brak jakiegokolwiek odniesienia do treści umowy łączącej strony, nie mógł być uznany za przydatny dla rozstrzygnięcia sprawy. Z pola widzenia pozwanego całkowicie umknęła bowiem fundamentalna, pierwszoplanowa dla rozstrzygnięcia sprawy kwestia treści umowy łączącej strony. Ustalenie jakości prac powoda musi być bowiem relatywizowane do treści jego zobowiązania. Odpowiedzialność odszkodowawcza, jak wyżej wyjaśniono, aktualizuje się w przypadku nienależytego wykonania umowy, a zatem kreować ją może wyłącznie zachowanie z tą umową sprzeczne. W konsekwencji, faktem istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy w rozumieniu art. 227 k.p.c., a zatem takim, który stanowić mógł przedmiot dowodu, nie było ustalenie ogólnej jakości prac powoda. Marginalnie wskazać w tym miejscu należy, że w uzasadnieniu odpowiedzi na pozew pozwany wskazał co prawda na dowód z opinii biegłego sądowego jako ten, który miał mieć związek z ustaleniem wysokości poniesionej przez niego szkody (k. 56), tym niemniej nie został on zgłoszony w sposób umożliwiający jego przeprowadzenie, skoro nie wskazał on, biegły jakiej specjalności miałby opinię na tą okoliczność sporządzić.

Nie jest również tożsamy z aktualnie zgłoszonym, wniosek pozwanego z rozprawy w dniu 18 grudnia 2013 r., w trakcie której oświadczył, że precyzuje tezę dowodową dotyczącą dowodu z opinii wskazując, że w zakresie jakości prac wykonanych przez powoda, dowód ten miałby zmierzać do ustalenia, czy możliwe było wydobycie przez niego całego kruszywa (k. 120). Jakkolwiek bowiem pozwany wówczas sprecyzował już, że opinię na te okoliczności miałby sporządzić biegły geolog, tym niemniej wniosek ten w dalszym ciągu nie obejmował wartości kruszywa, które nie zostało przez powoda pozyskane, W zakresie zaś samej tezy dowodowej aktualne pozostają w całości przedstawione wyżej uwagi: walor istotności posiadają fakty odnoszące się do zawartej przez strony umowy, a nie ogólne ustalenie dotyczące możliwości technicznych uzyskania kruszywa, wyabstrahowane od treści tej umowy. Innymi słowy, ważne jest to, co powód miał zgodnie z umową wykonać, a nie to, co w ogóle możliwe było do wykonania. Tej kluczowej kwestii pozwany w toku całego procesu nie dostrzegwał, co odbierało jego stanowisku w tym zakresie walor racjonalności. Dla wyczerpania krytyki jego stanowiska w tej materii wskazać trzeba, że sprecyzowany na rozprawie apelacyjnej wniosek dowodowy zmierzać miał do ustalenia ilości pozostawionego przez powoda kruszywa, co oczywiście nie jest tożsamy z wcześniejszym żądaniem ustalenia istnienia technicznych możliwości jego wydobycia.

W kontekście tak opisanych uwarunkowań faktycznych stwierdzić jednoznacznie należy, że zgłoszony w postępowaniu apelacyjnym wniosek dowodowy w istotny sposób różnił się, od wniosków dowodowych prezentowanych w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, a dotyczących opinii biegłego/ instytutu naukowego różnych specjalności. Skuteczność jego zgłoszenia determinowana zatem była jego oceną na płaszczyźnie dyspozycji art. 381 k.p.c. Przepis ten, określający przesłanki, od których zależy możliwość pominięcia przez sąd drugiej instancji przedstawionych przed tym sądem nowych dowodów wskazuje, że co do zasady dopuszczalne jest powoływanie nowych faktów i dowodów.

W świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego, w przyjętym systemie apelacji celem postępowania apelacyjnego jest ponowne i wszechstronne zbadanie sprawy pod względem faktycznym i prawnym, jednakże w oparciu o zachowanie zasady koncentracji materiału faktycznego i dowodowego przed sądem pierwszej instancji. Sąd drugiej instancji jest zobowiązany na wniosek strony materiał ten uzupełnić, jeżeli jest to konieczne do rozstrzygnięcia sprawy, lecz równocześnie jest uprawniony do pominięcia nowych faktów i dowodów zgłoszonych dopiero w postępowaniu apelacyjnym, gdy zachodzą przesłanki określone wymienionym przepisem (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 maja 2000 r., III CKN 797/00, Prok. i Pr. 2000, nr 10, poz. 42). W judykaturze panuje powszechny pogląd, iż pominięcie nowych faktów jest możliwe wtedy, gdy strona mogła powołać je przed sądem pierwszej instancji i już wtedy istniała potrzeba powołania się na nie. Wówczas pominięcie "nowości" pozostawione jest uznaniu sądu drugiej instancji. Wbrew analizowanemu przepisowi skarżący nawet nie usiłował wykazać, że tak sprecyzowanego dowodu nie mógł przedstawić w postępowaniu pierwszoinstancyjnym bądź też, aby potrzeba jego powołania ujawniła się później (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 marca 2003 r., I CKN 94/01, LEX nr 78899), co aktualizowało uprawnienie do skorzystania przez Sąd Apelacyjny z prerogatywy, o której mowa w art. 381 k.p.c.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że tak ukształtowany wniosek dowodowy, nie miałby jakiegokolwiek znaczenia dla kierunku rozstrzygnięcia sprawy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że miał on zmierzać do ustalenia faktu poniesienia przez pozwanego szkody i jej wartości. Abstrahując od tego, czy mógłby być on w tym zakresie uznany za miarodajny (patrz uwagi wyżej), z pola widzenia skarżącego umknęło to, że pierwszoplanową przesłanką kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej, jest obowiązek wykazania przez stronę powodową nienależytego wykonania umowy przez dłużnika. Tymczasem jakichkolwiek wiarygodnych dowodów w tym zakresie - co wyżej wyjaśniono - pozwany nie zaoferował. Co więcej, także opinia biegłego geologa - według aktualnego wniosku dowodowego - nie obejmowała okoliczności, przydatnych dla ustalenia istnienia tej przesłanki. W tym stanie rzeczy sporządzenie opinii przez biegłego prowadziłoby tylko do przedłużenia postępowania i wygenerowania jego dodatkowych kosztów, pozostając bez wpływu na kierunek rozstrzygnięcia sprawy.

Opisany wyżej brak przydatności dla rozstrzygnięcia sprawy zaoferowanych przed Sądem I instancji wniosków dowodowych w przedmiocie dowodów z opinii biegłych, dyskwalifikował skuteczność zarzutu dotyczącego ich nieuwzględnienia przez ten Sąd. Kontrfaktyczne jest przy tym twierdzenie pozwanego, jakoby Sąd Okręgowy dowód ten dopuścił. Z treści protokołu z rozprawy w dniu 18 grudnia 2013 r. wynika jedynie to, że wydane zostało postanowienie uzależniające, jego przeprowadzenie od uiszczenia przez pozwanego zaliczki (k. 121 - 122). Czynność ta, wpisująca się w ramy wyznaczone dyspozycją art. 130⁴ k.p.c., ma jedynie charakter przygotowawczy w stosunku do postanowienia dowodowego, wydawanego w oparciu o art. 236 k.p.c. i nie oznacza obowiązku jego następczego wydania. W aktach sprawy próżno doszukać się zaś postanowienia o sugerowanej w apelacji treści. Zauważyć nadto należy, że podejmując te czynności Sąd Okręgowy nie posiadał jeszcze wiedzy - w znaczeniu dowodowym - w zakresie treści rzeczywistej umowy łączącej strony (umowa ustna, a nie pisemna), którą uzyskał w toku dalszych czynności procesowych (min. przesłuchanie stron, świadka A. D. (2)). Dokonane zaś w tym zakresie ustalenia, niewątpliwie racjonalizowały zmianę stanowiska co do zasadności przedmiotowych wniosków.

Oczywiście wadliwe twierdzi apelujący, jakoby Sąd I instancji nie rozpoznał istoty sprawy, uchylając się od zbadania merytorycznych zarzutów pozwanego w zakresie wiarygodności objętej potrąceniem. W judykaturze przyjmuje się jednolicie, że do nierozpoznania istoty sprawy dochodzi wyłącznie wówczas, gdy rozstrzygnięcie sądu pierwszej instancji nie odnosi się do tego, co było przedmiotem sprawy, gdy zaniechał on zbadania materialnej podstawy żądania albo merytorycznych zarzutów strony, bezpodstawnie przyjmując, że istnieje przesłanka materialnoprawna lub procesowa unicestwiająca roszczenie (por. wyrok Sądu Najwyższego z 9 stycznia 1936 r., C 1839/36, Zb. Orz. 1936, poz. 315; postanowienia Sądu Najwyższego z 23 września 1998 r., II CKN 897/97, OSNC 1999, Nr 1, poz. 22; z 15 lipca 1998 r., II CKN 838/97, Lex nr 50750; z 3 lutego 1999 r., III CKN 151/98, Lex nr 519260; wyroki Sądu Najwyższego z 12 lutego 2002 r., I CKN 486/00, OSP 2003 Nr 3, poz. 36; z 21 października 2005 r., III CK 161/05, Lex nr 178635.; z 12 listopada 2007 r., I PK 140/07, OSNP 2009, nr 1-2, poz. 2). Oceny, czy sąd pierwszej instancji rozpoznał istotę sprawy, dokonuje się na podstawie analizy żądań pozwu i przepisów prawa materialnego stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, nie zaś na podstawie ewentualnych wad postępowania wyjaśniającego, w tym dotyczących zakresu

przeprowadzonego postępowania dowodowego, oceny dowodów i dokonanych w jej wyniku ustaleń faktycznych. W realiach niniejszego procesu nie może ulegać jakiegokolwiek wątpliwości to, że Sąd Okręgowy poddał zgłoszony przez pozwanego zarzut potrącenia merytorycznej weryfikacji uznając wszakże, że nie jest on uzasadniony z uwagi na brak prawotwórczej przesłanki istnienia objętej nim wierzytelności. To zaś, że ocena ta nie spotkała się z aprobatą pozwanego, czego wyrazem jest przedmiotowa apelacja, nie oznacza w żaden sposób zasadności tezy o nierozpoznanie istoty sprawy, wiązanej – jak wynika z kontekstu całej apelacji – jedynie z nieprzeprowadzeniem postępowania dowodowego w postulowanym przez niego zakresie.

Z tych wszystkich względów należało dojść do przekonania, że zaskarżony wyrok w całości odpowiada prawu, tym bardziej, że pozwany nie wykazał także podstawowej prawotwórczej przesłanki objętego zarzutem potrącenia roszczenia odszkodowawczego, a mianowicie nienależytego wykonania przez powoda łączącej strony umowy. Dlatego należało orzec jak w punkcie I sentencji, na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym, kierując się zasadą odpowiedzialności za wynik sprawy, Sąd odwoławczy rozstrzygnął w oparciu o dyspozycję art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 98 § 1 i 3 k.p.c. i art. 99 k.p.c., ustalając wysokość wynagrodzenia pełnomocnika powoda w tym postępowaniu na podstawie § 6 pkt 7 w zw. z § 12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U.2013.490 j.t.).

SSA M. Gawinek SSA A. Kowalewski SSA T. Żelazowski