

# WYROK

**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 30 grudnia 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – Wydział I Cywilny

w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>SSA Anna Kowacz-Braun</b>
<b>Sędziowie:</b>	<b>SSA Jerzy Bess (spr.)</b> <b>SSA Andrzej Struzik</b>
Protokolant:	st.sekr.sądowy Katarzyna Wilczura

po rozpoznaniu w dniu 17 grudnia 2015 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa K. G.

przeciwko (...) S.A. w R.

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Kielcach

z dnia 25 czerwca 2015 r. sygn. akt VII GC 246/13

1. w wyniku uwzględnienia apelacji powódki oraz częściowego uwzględnienia apelacji strony pozwanej zmienia zaskarżony wyrok w pkt I. i II. w ten sposób, że zasądzoną w pkt I. kwotę 468.094,90 zł podwyższa do kwoty 579.084,42 zł (pięćset siedemdziesiąt dziewięć tysięcy osiemdziesiąt cztery złote czterdzieści dwa grosze) wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 4.09.2009 r., a kwotę 24.029, 56 zł podwyższa do kwoty 31.771,76 zł (trzydzieści jeden tysięcy siedemset siedemdziesiąt jeden złotych siedemdziesiąt sześć groszy);

2. oddala apelację strony pozwanej w pozostałej części;

3. zasądza od strony pozwanej na rzecz powódki kwotę 10.924,43 zł (dziesięć tysięcy dziewięćset dwadzieścia cztery złote czterdzieści trzy grosze) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

SSA Andrzej Struzik SSA Anna Kowacz-Braun SSA Jerzy Bess

## UZASADNIENIE

Pozwem z 1.08.2013r. powódka K. G. domagała się zasądzenia od pozwanego (...) S.A. w R. kwoty 859.331,69 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 4.09.2009r. i kosztami procesu.

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa.

Sąd Okręgowy w Kielcach zaskarżonym wyrokiem z dnia 25 czerwca 2015 r. sygn. akt VII GC 246/13:

I. zasądził od (...) S.A. w R. na rzecz K. G. kwotę 468.094,90 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 4.09.2009r. do dnia zapłaty i kosztami procesu w kwocie 24.029,56 zł;

II. oddalił powództwo w pozostałej części.

W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Sąd Okręgowy w rozważaniach prawnych wskazał następujące motywy rozstrzygnięcia:

Zawarta przez strony w dniu 30.04.2007r. umowa, której przedmiotem było malowanie słupów linii 110 kV była umową o dzieło. Termin przedawnienia roszczeń z tej umowy, w tym także roszczeń o zapłatę kary umownej i odszkodowanie, których w procesie dochodzi powódka wynosi 2 lata stosownie do art. 646 k.c. Termin ten należy liczyć od dnia oddania dzieła, a gdy dzieło nie zostało oddane od dnia, w którym zgodnie z umową miało być oddane.

Zgodnie z §(...) umowy powódka miała wykonywać malowanie słupów na ośmiu liniach, w tym K. P.. W § (...) umowy oprócz ogólnej kwoty wynagrodzenia za całość prac, zostało także wyszczególnione wynagrodzenie za poszczególne linie. Także w § (...) umowy określone zostały terminy malowania oddzielnie dla każdej linii. Zdaniem Sądu to, że przedmiotem umowy było malowanie kilku linii nie oznacza, że strony zawarły tyle umów o dzieło ile było linii, czyli osiem. Przedmiotem umowy określonym w § (...), było wykonanie malowania wszystkich linii albowiem na dzieło składały się wszystkie linie. Świadczy o tym nie tylko treść § (...)i §(...) umowy, ale i treść §(...) ust. (...), §(...)ust. (...) i (...)oraz §(...) ust.(...). W §(...) ust. (...) i § (...)ust. (...) i (...) umowy, strony wyraźnie rozróżniły przedmiot umowy i elementy przedmiotu umowy, którymi były poszczególne linie, dopuszczając odbiory częściowe linii i wystawianie faktur częściowych. Z kolei zgodnie z §(...) ust.(...)umowy termin gwarancji zaczynał biec od dnia odbioru końcowego przedmiotu umowy, czyli wykonania wszystkich linii.

Zgodnie z umową termin wykonania ostatniej linii B.został określony na dzień 16.09.2007r., a zatem był to końcowy termin oddania dzieła, od którego biegą terminy przedawnienia roszczeń wynikających z tej umowy, w myśl art. 646 k.c.

Nie ma na to wpływu okoliczność, że w trakcie wykonywania przez powódkę prac, za obopólną zgodą nastąpiła zmiana harmonogramu prac, albowiem strony nie zmieniły treści § (...) umowy.

Biorąc powyższe pod uwagę roszczenia powódki z tytułu kary umownej i odszkodowania, których źródłem była zawarta z pozwanym w dniu 30.04.2007r. umowa przedawniały się z upływem 16.09.2009r. W dniu 16.09.2009r. powódka wystąpiła do Sądu Rejonowego w K. z wnioskiem o zawiązanie pozwanego do próby ugodowej. Postępowanie to zakończyło się w dniu 30.10.2009r. bez zawarcia ugody.

Stosownie do art. 123 § 1 pkt 1 i art. 124 k.c. bieg przedawnienia przerywa się przez każdą czynność przed sądem przedsięwziętą bezpośrednio w celu dochodzenia lub ustalenia lub zaspokojenia lub zabezpieczenia roszczenia. Po każdym przerwaniu przedawnienia biegnie ono na nowo. Z tym, że jeżeli przerwanie przedawnienia nastąpiło przez czynność w postępowaniu przed sądem, przedawnienie nie biegnie na nowo dopóki postępowanie to nie zostanie zakończone. A zatem do roszczeń powódki objętych próbą ugodową przedawnienie rozpoczęło ponowny bieg od dnia 30.10.2009r., który to termin upływał z dniem 30.10.2011r. Kolejne wnioski o zawiązanie pozwanego do próby ugodowej powódka złożyła w dniu 15.09.2011r. do Sądu Rejonowego w K. i w dniu 21.09.2011r. do Sądu Rejonowego w R.. Postępowania te zakończyły się bez zawarcia ugody, pierwsze z nich w dniu 14.12.2011r., drugie w dniu 10.11.2011r. Biorąc powyższe pod uwagę dla roszczeń powódki objętych próbami ugodowymi przedawnienie rozpoczęło bieg na

nowo licząc od dnia 14.12.2011r., który to termin upłynął z dniem 14.12.2013r. Powództwo o zapłatę kwoty 859.331,69 zł powódka wytoczyła w dniu 1.08.2013 r.

W przedmiocie zarzutu pozwanego o braku tożsamości roszczeń objętych wnioskami o zawezwanie do próby ugodowej i pozwem stwierdzić należy co następuje.

Wszystkie trzy wnioski miały identyczną treść. Ich przedmiotem były roszczenia wynikłe z umowy nr (...) z dnia 30.04.2007r. w łącznej kwocie 1.123.171,65 zł. I tak: kara umowna w kwocie 130.197,48 zł z ustawowymi odsetkami stanowiąca 10% wynagrodzenia, odszkodowanie w kwocie 738.378,21 zł z za farbę zakupioną przez powódkę do malowania linii wraz z odsetkami, która to farba została zutilizowana, odszkodowanie w kwocie 13.868 zł stanowiące koszt utylizacji farby z odsetkami, odszkodowanie w kwocie 240.727,96 zł stanowiące utracony zysk z odsetkami.

Z kolei przedmiotem powództwa są roszczenia w łącznej kwocie 859.331,69 zł wynikłe z umowy z 30.04.2007r. na które składają się: kara umowna w kwocie 130.197,48 zł z tytułu odstąpienia od umowy, utracony zysk w kwocie 240.727,96 zł, odszkodowania w kwocie 482.511,69 zł obejmujące koszt zakupionej przez powódkę na potrzeby umowy farby, odszkodowanie w kwocie 5 894,56 zł obejmujące koszty utylizacji przeterminowanych farb.

Niewątpliwie zatem zachodzi tożsamości roszczeń objętych wnioskami o zawezwania do próby ugodowej i niniejszym pozwem i nie ma to na wpływu fakt, że przedmiotem żądania pozwu jest kwota niższa. Odmienna sytuacja miałaby miejsce, gdyby powódka w pozwie domagała się kwoty przewyższającej kwotę objętą wnioskami o zawezwanie do próby ugodowej. Co do tych żądań termin przedawnienia, z uwagi na treść art. 124 k.c., nie rozpoczęły biegu na nowo. Postępowanie wywołane wnioskiem o zawezwanie do próby ugodowej nie wymaga od wnioskodawcy udowodnienia roszczeń.

Z tych motywów Sąd przyjął, że roszczenia powódki dochodzone niniejszym pozwem nie uległy przedawnieniu.

W przedmiocie roszczenia obejmującego karę umowną w kwocie 130.197,48 zł za odstąpienie od umowy Sąd zważył co następuje.

Zgodnie z § (...) umowy oprócz przypadków odstąpienia od umowy uregulowanych w przepisach Kodeksu cywilnego, strony miały prawo skorzystać z tego prawa m.in. w następujących przypadkach. Pozwany: a) jeżeli wykonawca bez uzasadnionych przyczyn nie rozpoczął realizacji przedmiotu umowy i nie kontynuował go pomimo dodatkowego wezwania, b) wykonawca nie wykonuje robót zgodnie z umową lub nienależyte wykonuje swoje zobowiązanie umowne, c) jeżeli wykonawca przerwie realizację robót z przyczyn niezależnych od zamawiającego i nie będzie realizował przez okres 1 miesiąca, d) w razie wystąpienia po stronie zamawiającego trudności finansowych oraz istotnych okoliczności powodujących, że wykonanie umowy nie leży w jego interesie, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy. W tym ostatnim przypadku wykonawca miał prawo do wynagrodzenia za wykonaną część umowy. Z kolei powódka miała prawo odstąpić od umowy, jeżeli: a) została ogłoszona likwidacja zamawiającego, b) jeżeli zamawiający zawiadomi wykonawcę, że na skutek nieprzewidzianych uprzednio okoliczności nie będzie mógł się wywiązać z zobowiązań umownych. Zgodnie z §(...) umowy wykonawca był zobowiązany do zapłaty zamawiającemu kary umownej w wysokości 10% wartości umówionego wynagrodzenia w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy lub odstąpienia od umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada wykonawca. Zamawiający był zobowiązany do zapłaty wykonawcy kary umownej w wysokości 10% umówionego wynagrodzenia w przypadku odstąpienia od umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada zamawiający za wyjątkiem, gdy były to przyczyny wskazane w §(...)ust.(...)

Powódka, zgodnie z ustaleniami i na prośbę pozwanego rozpoczęła w dniu 21.05.2007r. pracę na linii K.. W umowie prace na tej linii miały być wykonane w okresie od 2.07.2007r. do 22.07.2007r. W przesłanym powódce przez pozwanego harmonogramie prac malowanie na tej linii miało trwać od 1.06 do 15.06.2007r. Podczas spotkania w dniu 6.06.2007r., o czym świadczy notatka z tego dnia sporządzona przez strony, powódka zadeklarowała zakończenie prac

na linii K. do dnia 15.06.2007r. W dniu 15.06.2007r. powódka zgłosiła zakończenie prac na tej linii oraz zgłosiła je do odbioru.

W tym samym dniu pozwany wystosował do powódki pismo informujące ją, że w związku z niedotrzymaniem terminu wykonania prac na linii K. nie dopuszcza powódki do dalszych prac czyli malowania kolejnych linii. Powołując się na zapis §(...) ust. (...) odstąpił także od umowy. W kolejnym piśmie z dnia 20.06.2007r. nawiązując do dokonanego przez powódkę zgłoszenia pierwszej wykonanej linii do odbioru, pozwany poinformował powódkę, że dokonane przez niego oględziny linii wykazały liczne usterki i niedoróbki i w związku z tym linia nie jest przygotowana do odbioru. W rezultacie pozwany podtrzymał swoje stanowisko o odstąpieniu od umowy z winy wykonawcy w oparciu § (...) ust. (...) umowy. Z treści obu powyższych pism wynika, że po raz pierwszy pozwany odstąpił od umowy, z powodu niedokończenia prac przez powódkę w terminie malowania linii K., a po raz drugi z tego powodu, że prace te zostały wykonane z „usterkami i niedoróbkami”. Bezsprzeczne przy tym jest, o czym świadczy protokół odbioru z dnia 12.06.2007r., że pozwany dokonał odbioru robót zanikających na tej linii.

Zgodnie z § (...) umowy termin malowania linii K. upływał w dniu 22.07.2007r. Powódka wyraziła przy tym zgodę na wcześniejsze wykonanie tych prac i ich zakończenie do dnia 15.06.2007r. W tym też dniu zgłosiła ich zakończenie i gotowość do odbioru. Nie było zatem, w ocenie Sądu żadnych podstaw, do odstąpienia przez pozwanego od umowy z przyczyn wskazanych w piśmie z 15.06.2007r.

Zgodnie z § (...) ust. (...) i (...) umowy pozwany miał obowiązek przystąpić do odbioru częściowego, czyli po wykonaniu danej linii, w terminie 7 dni od dnia zgłoszenia przez powódkę na piśmie gotowości do odbioru. Z czynności odbioru miał być sporządzony protokół podpisany przez obie strony. Zgłoszenie zatem przez powódkę w dniu 15.06.2007r. prac na linii K. obligowało pozwanego do przystąpienia do tego odbioru z udziałem wykonawcy i sporządzenia na tę okoliczność protokołu. Z kolei zgodnie z § (...) ust. (...) i (...) umowy wady prac stwierdzone przy odbiorze końcowym, wykonawca miał obowiązek usunąć na swój koszt, przystępując do tej czynności w terminie 3 dni od dnia pisemnego zgłoszenia wad przez zamawiającego i usunąć wady w ciągu 14 dni. Ustęp (...) dawał także pozwanemu możliwość usunięcia wad na koszt wykonawcy, w przypadku nieprzystąpienia przez niego do usunięcia wad.

W świetle powyższych postanowień umowy nie było przesłanek do odstąpienia przez pozwanego od umowy z przyczyn wskazanych w piśmie z dnia 20.06.2007r.

Do odbioru wykonanych przez powódkę prac na linii K., w sposób przewidziany umową doszło dopiero w dniu 3.07.2007r. Z treści protokołu wynika, że odebrany obiekt nadawał się do eksploatacji. W załączniku do protokołu wymieniono usterki, które powódka zobowiązała się usunąć w ciągu 1 dnia – część i w ciągu 3 dni, po dniu wyłączenia linii. Zgodnie z zawiadomieniem pozwanego z 6.07.2007r. w tym celu linia miała być wyłączona w dniu 16.07.2007r. Pozwany zapowiedział także, że w dniu 20.07.2007r. komisja dokona odbioru usunięcia stwierdzonych w protokole usterek.

Pozwany nie zakwestionował, że dokonał powyższego odbioru bez udziału powódki, co wynika z jej pisma z 24.07.2007r. Twierdząc z kolei w piśmie z 24.07.2007r., że nie wszystkie usterki powódka usunęła nie przedłożył na tę okoliczność żadnego dowodu, chociażby jednostronnych ustaleń komisji z 20.07.2007r. A należy zważyć, że powódka faktowi nie usunięcia wszystkich wad z protokołu z 3.07.2007 zaprzeczyła. Składając oświadczenia o odstąpieniu od umowy w dniach 15.06.2007r. i 20.06.2007r. oraz odmawiając powódce zapłaty wynagrodzenia za wykonane prace w piśmie z 24.07.2007r., przy piśmie z dnia 19.07.2007r. pozwany przesłał powódce do podpisania aneksu do umowy, w którym w miejsce pozwanego miała wstąpić do umowy (...) Sp. z o.o. w S.. Aneks miał wejść w życie od 1.07.2007 r. Prośbę o podpisanie aneksu pozwany uzasadniał wydzieleniem z jego struktur w dniu 30.06.2007 r., w drodze apartowego zbycia przedsiębiorstwa, części przedsiębiorstwa związanego ze świadczeniem usług dystrybucji energii elektrycznej i wniesieniem go do (...) Sp. z o.o.

Przy piśmie z dnia 10.08.2007 r. pozwany ponownie przesłał powódce do podpisania aneksu oraz ponownie odmówił zapłaty wynagrodzenia za wykonane przez nią prace. W dniu 30.07.2007r., a zatem jeszcze przed ponowieniem prośby o podpisanie przez powódkę aneksu, co zaprzecza obecnym twierdzeniom pozwanego, że przyczyną odstąpienia

od umowy było niepodpisanie przez K. G. przedmiotowego aneksu, pozwany obciążył wykonawcę karą umowną w kwocie 130.197,49 zł tytułem odstąpienia od umowy na podstawie § (...)ust. (...) i § (...) ust. (...) umowy. Odstąpienie od umowy nastąpiło zatem z powodu niewykonania przez wykonawcę robót zgodnie z umową lub nienależytego wykonania przez niego zobowiązań umownych. Swoje ostateczne stanowisko zawierające jednocześnie propozycję rozliczenia dotychczas wykonanych przez powódkę robót, pozwany zawarł w piśmie z 31.08.2007r. Z tym dniem pozwany: 1) odstąpił od umowy z powódką na podstawie § (...) ust (...) z powodu nienależytego wykonania przez nią zobowiązania, 2) obciążył powódkę notą księgową na kwotę 130.197,49 zł tytułem kary umownej za odstąpienie od umowy na podstawie § (...) ust.(...) umowy, 3) odmówił uregulowania faktury powódki nr (...) z 9.07.2007r. na kwotę 98.335,05 zł brutto, 4) przedstawił propozycję rozliczenia, w której wartość netto prac wykonanych przez powódkę na linii K. określił na kwotę 73.218,50 zł. W ocenie Sądu, tak też działania pozwanego ocenił Sąd Okręgowy w Kielcach orzekający w sprawie VII Ga 17/12, że nie było przesłanek do odstąpienia przez niego od umowy na podstawie §(...) ust (...)czyli z powodu jej nienależytego wykonania przez powódkę. W dniu 3.07.2007r. doszło do dwustronnego odbioru robót linii K.. W protokole tym wymieniono także wady, które miała usunąć powódka. Pozwany nie wykazał żadnym dowodem aby wady te, mogące skutkować odstąpieniem pozwanego od umowy w części obejmującej linię K. nie zostały przez powódkę skutecznie usunięte. W definitywnym oświadczeniu o odstąpieniu od umowy mogącym, zdaniem Sądu, dotyczyć wyłącznie malowania pozostałych linii, brak jest wyjaśnienia jakie działania powódki, pozwany uznał za nienależyte wykonanie umowy odnośnie prac jeszcze niewykonanych. Tym bardziej biorąc pod uwagę, że w piśmie z dnia 15.06.2007r. czyli jeszcze przed odbiorem linii K.pozwany odmówił dopuszczenia powódki do malowania kolejnych linii. Niepodpisanie przez powódkę aneksu do umowy z tego powodu, że po jej podpisaniu i po przystąpieniu do jej wykonania doszło do zbycia przez pozwanego części przedsiębiorstwa na inny podmiot, nie może być uznane za nienależyte wykonanie przez nią zobowiązania umownego. Powyższa czynność prawna nie skutkowałą utratą bytu prawnego przez pozwanego, czyniąc świadczenie powódki niemożliwym do wykonania. Stosownie do art. 493 § 1 k.c. jeżeli jedno ze świadczeń wzajemnych stało się niemożliwe wskutek okoliczności za które ponosi odpowiedzialność strona zobowiązana, druga strona może według swojego wyboru albo żądać naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania albo od umowy odstąpić. Nie zaszła także zdaniem Sądu niemożliwość świadczenia po stronie pozwanego z uwagi na treść art. 55<sup>(( 4))</sup> k.c. skoro odpowiedzialność nabywcy i zbywcy przedsiębiorstwa jest solidarna. Biorąc powyższe pod uwagę nie było podstaw do przyjęcia, że zaszły przesłanki określone w § (...) ust. (...)umowy uprawniające pozwanego do odstąpienia od umowy i obciążenia powódki karą umowną w kwocie 130.197,48 zł na podstawie § (...) ust (...) umowy. Jednym z żądań pozwu było żądanie kary umownej w powyższej kwocie. Jednocześnie powódka przyznała, że nie odstąpiła od umowy. Bezsprzeczne jest, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy złożył pozwany. W świetle art. 483 i 484 k.c. kara umowna zastrzeżona w umowie należy się wierzycielowi w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego przez dłużnika. A zatem kara umowna należałaby się powódce w przypadku odstąpienia przez nią od umowy zawartej z pozwanym, z przyczyn określonych w §(...)ust(...) umowy lub w przypadkach przewidzianych w Kodeksie cywilnym czyli w art. 491-493 k.c.

Zgodnie z §(...) ust.(...) umowy odstąpienie od niej wymagało także zachowania formy pisemnej i uzasadnienia. Skoro powódka nie odstąpiła od umowy, a w przypadku oświadczenia o odstąpieniu konieczne byłoby wskazanie i wykazanie przesłanek tego odstąpienia, domaganie się przez nią od pozwanego zapłaty kary umownej zastrzeżonej na wypadek tego odstąpienia, należy uznać za niezasadne. Za niezasadne zatem Sąd uznał powództwo obejmujące karę umowną w kwocie 130.197,48 zł. W przedmiocie żądania obejmującego utracony zysk w kwocie 240.727,96 zł Sąd zważył co następuje.

Zgodnie z umową, § (...) za wykonane dzieło powódka miała otrzymać wynagrodzenie w kwocie 1.301.974,85 zł brutto czyli w kwocie 1.067.192,50 zł netto plus 22% podatek VAT w kwocie 234.782,35 zł. Powódka wyjaśniła, że w takiej wysokości zysk skalkulowała na potrzeby przedmiotowej umowy. Przy czym zysk ten został obliczony jako wynik następującego działania: 1.301.974,85 zł odjąć 98.335,05 zł, co daje kwotę 1.203.639,80 zł pomnożoną przez 20% (założony przez powódkę poziom zysku, którego pozwany nie kwestionował). Kwota 98.335,05 zł to z kolei wynagrodzenie brutto wynikające z wystawionej przez powódkę faktury za wykonanie malowania linii K.. Stosownie do art. 471 k.c. dłużnik zobowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego

wykonania zobowiązania, chyba że była ona następstwem okoliczności za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności. Z kolei zgodnie z art. 361 k.c. zobowiązany do odszkodowania ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania z którego szkoda wynikła. Naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł oraz korzyści, które mógłby osiągnąć gdyby mu szkody nie wyrządzono.

W związku z powyższą definicją szkody, odszkodowanie w przypadku utraty spodziewanych korzyści (zysku) nie obejmuje podatku VAT, który to podatek w kwocie żądanego odszkodowania powódka ujęła. Zysk w wysokości przyjętej w umowie czyli 20% należałoby zatem liczyć od wynagrodzenia netto czyli od kwoty 1.067.192,50 zł. Wynagrodzenie w kwocie 1.301.974,85 zł brutto powódka pomniejszyła o kwotę 98.335,05 zł brutto czyli o kwotę 80.602,50 zł netto plus podatek VAT w kwocie 17.732,55 zł. Jest to wynagrodzenie brutto wynikające z umowy za wykonanie malowania linii K.. O powyższą kwotę powódka wytoczyła powództwo przeciwko pozwanemu przed Sądem Rejonowym w K.w sprawie V GC 781/10. Rozpoznając apelację powódki od wyroku oddalającego to powództwo, wyrokiem z dnia 2.03.2012r. Sąd Okręgowy w Kielcach, w sprawie VII Ga 17/12 zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądził od (...) S.A. na rzecz K. G. kwotę 89.326,57 zł brutto z ustawowymi odsetkami, w pozostałej zaś części powództwo oddalił.

Powyższy prawomocny wyrok jest wiążący zarówno dla stron jak i dla innych sądów z mocy art. 365 § 1 k.p.c. Oznacza to, że za wykonanie malowania linii K.powódce należało się wynagrodzenie w kwocie 73.218,50 zł netto. Taką też kwotę należało uwzględnić przy obliczeniu zysku utraconego przez powódkę. W rezultacie zysk utracony przez powódkę, który osiągnęłaby gdyby zrealizowała na rzecz pozwanego umowę dałby kwotę 198.794,80 zł (1.067.192,50 zł - 73.218,50 zł x 20%). Szkoda w tym zakresie była następstwem bezzasadnego odstąpienia przez pozwanego od umowy i niedopuszczenia powódki do wykonania malowania kolejnych linii, na warunkach wynikających z umowy. W związku z powyższym za zasadne Sąd uznał powództwo obejmujące utracony przez powódkę zysk w kwocie 198.794,80 zł ( art. 471 k.c.). W przedmiocie żądania obejmującego odszkodowanie w kwocie 482.511,69 zł stanowiącego poniesione przez powódkę koszty zakupu farby powiększone o 15%, Sąd zważył co następuje. Zgodnie z zawartą w dniu 30.04.2007r. umową, rozpoczęcie malowania pierwszej linii miało nastąpić w dniu 21.05.2007r. W kolejnych terminach przypadających na miesiące od lipca do września 2007r., określonych w § (...) umowy powódka miała przystępować do malowania poszczególnych linii. Prace miała zakończyć do 16.09.2007r. Faktycznie powódka w dniu 21.05.2007r. przystąpiła do malowania pierwszej linii, którą była na prośbę pozwanego linia K. W załączniku do Specyfikacji warunków zamówienia stanowiącym integralną część umowy (§(...) ust (...)) jednym z warunków zamawiającego było wykonanie malowania konstrukcji słupów techniką firmy (...), przy użyciu farb firmy (...). W dniu 9.05.2007r. powódka zawarła umowę ramową na dostawę farb firmy (...) z (...) Oddział w G..

Z §(...) pkt(...) umowy wynika, że dostawy miały następować na podstawie oddzielnych zamówień. Powódka wyjaśniła, że podpisując umowę, strony nie sporządziły harmonogramu o którym mowa w § (...) pkt(...) umowy ramowej i że kolejne dostawy farb następowały po wcześniejszych zamówieniach. Z treści części faktur dostawcy farb wynika, że zamówienia te były składane drogą faksową. Realizacja dostaw następowała w różnych terminach od złożenia zamówień. I tak realizację dostawy farby w dniu 21.05.2007r. poprzedziło zamówienie z dnia 11.05.2007r., dostawy w dniu 25.05.2007r., zamówienia z dnia 11 i 12.05.2007r., dostawy w dniu 19.06.2007r. zamówienie z dnia 18.05.2007r., dostawy w dniu 14.09.2007r. zamówienia z dnia 7.09.2007r.

Z treści umowy ramowej wynika, że farba była przeznaczona na potrzeby umowy zawartej przez powódkę z (...) S.A. w dniu 30.04.2007r. W §(...) pkt (...) umowy znajduje się także zastrzeżenie, że dostawca nie dopuszcza zwrotu materiałów dostarczonych zgodnie z zamówieniem.

Z dokumentów przedłożonych przez powódkę, faktur dostawy farby wystawionych przez producenta, wynika, że dostawy zostały zrealizowane w dniach: 21.05, 25.05, 19.06, 17.08, 22.08, 11.09, 14.09.2007r. po uprzednich zamówieniach faksowych powódki. Jedna z faktur nr (...) z dnia 15.06.2007r. nie zawiera daty dostawy. Zgodnie z umową rozliczenie miało nastąpić w euro i w takiej walucie zostały wystawione przez producenta farby faktury. Na ich podstawie powódka następnie wystawiała faktury VAT, w których dokonywała przeliczenia kwoty dostawy z euro na złote według kursu z dnia wystawienia faktury przez dostawcę, na potrzeby obliczenia podatku VAT. Z

przedłożonych przez powódkę faktur VAT, stanowiących odpowiedniki faktur dostawcy farby, wynika, że na podstawie umowy ramowej z 9.05.2007r. powódce została dostarczona farba o wartości 517.974,87 zł brutto czyli 424.569,58 zł netto plus 22% podatek VAT w kwocie 93.405,29 zł. W rzeczywistości, co wynika z samych twierdzeń powódki, zapłaciła ona dostawcy za zakupioną farbę kwotę 419.575,39 zł wynikłą z przeliczenia euro na złote z dnia każdej z zapłat. Powyższa kwota nie obejmuje farby użytej do malowania linii K..

Należy podkreślić, że już w lipcu 2007r. powódka nie mogąc uzyskać jasnego stanowiska pozwanego co do dalszego kontynuowania przez nią prac zwróciła się do niego o przejęcie zakupionych farb. Zdaniem Sądu, do dnia 31.08.2007r. powódka miała podstawy przypuszczać, że będzie realizować umowę. Dopiero bowiem z tym dniem pozwany definitywnie odstąpił od umowy. Wcześniej jego stanowisko było chwiejne i niejasne. Z jednej strony twierdził, że odstąpił od umowy, następnie uzależnił decyzję co do kontynuacji przez powódkę prac od wyników odbioru usunięcia przez nią wad linii K., a w dalszej kolejności domagał się podpisania przez powódkę aneksu do umowy. Za dostawy farby zrealizowane do powódki w dniach 21.05., 25.05, 19.06., 17.08 i 22.08.2007r. oraz dostawy objęte fakturą z 15.06.2007r., a niewykorzystane przez nią do realizacji umowy z dnia 30.04.2007r. odpowiedzialność winien ponieść pozwany. Powódka poniosła szkodę obejmującą koszty zakupu farby, która to szkoda została udokumentowana fakturami i dowodami wpłat należności za farbę na rzecz jej dostawcy. Odszkodowanie, tak jak w przypadku utraconego zysku, nie obejmuje podatku VAT. Powódka tytułem zakupu farby, której nie zużyła na potrzeby umowy (czyli z wyłączeniem malowania linii K.) zapłaciła kwotę 419.575,39 zł brutto, a zatem kwotę 343.914,25 zł netto i podatek VAT w kwocie 75.661,14 zł. Odszkodowanie obejmujące koszt zakupu farby winno być zdaniem Sądu, pomniejszone o koszt zakupu farb dostarczonych powódce w dniach 11 i 14.09.2007r. Powódka twierdziła, że już w lipcu – sierpniu 2007r. próbowała wstrzymać u producenta dalsze dostawy farb, na co nie wyraził on zgody argumentując, że zakupił już składniki do ich produkcji. Tym niemniej obowiązkiem powódki było podjęcie starań (art. 354 § 2 k.c.), aby szkodę zminimalizować i dotyczy to dostaw farby zrealizowanych w dniach 11 i 14.09.2007r., czyli już po złożeniu przez pozwanego definitywnego oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Faktycznie za dostawę farby w dniu 11.09.2007r., co wynika z dowodu zapłaty z dnia 5.11.2007r. (k. 105-106), powódka zapłaciła kwotę 9.246,80 zł netto (2.499 euro x 3,7002). Różnica wynika z niższego kursu euro do złotego z dnia zapłaty w porównaniu z tym kursem z dnia wystawienia faktury dostawy przez producenta. Za dostawą farby w dniu 14.09.2007r., co wynika z dowodu zapłaty z dnia 11.07.2008r. (k. 110-111) powódka zapłaciła kwotę 27.558,38 zł netto (8.276,04 euro x 3,3299). Różnica wynika z niższego kursu euro z dnia zapłaty. Wspomniano wcześniej, że powódka już w piśmie z dnia 23.07.2007r. zwracała się do pozwanego o przejęcie przez niego zakupionych farb. W kolejnym piśmie z dnia 23.06.2008r. ponowiła prośbę, informując jednocześnie, że okres ważności farby mija 10.07.2008r., a po tym terminie będzie zmuszona farbę zutylizować. Z dokumentu, karty przekazania odpadu z lipca 2008r. wynika, że powódka przekazała (...) Sp. z o.o. w T. 26,233 Mg odpadów farb i lakierów zawierających rozpuszczalniki organiczne i inne odpady niebezpieczne. W dniu 5.08.2008r. odbiorca odpadów obciążył powódkę fakturą za wykonaną usługę w kwocie 5.894,56 zł brutto (5.508,93 zł netto plus 7% podatek VAT). Oferta odbioru odpadów nosi datę 5.08.2008r., co nie oznacza zdaniem Sądu, że do przekazania przez powódkę farb do utylizacji w lipcu nie doszło. Mogło być tak jak twierdzi powódka, że ustne uzgodnienia co do odbioru odpadów nastąpiły przed otrzymaniem przez nią pisemnej oferty. Oferta z kolei zawiera jedynie cenę usługi zbieżną zresztą z wystawioną fakturą. Z przesłanego przez powódkę do pozwanego pisma z dnia 24.07.2008r. wynika, że przekazała ona do utylizacji: 4192 kg farby (...)czerwonej tlenkowej, 3950 kg farby (...)piaskowej, 3258 kg (...)zielonej, 5229 kg farby (...)szaro-żółtej, 4802 kg farby (...)brązowej, 4802 kg farby (...)zielonej. Tymczasem z załącznika do umowy ramowej wynika, że zamówione zostało: 1920 kg pierwszej farby, przy czym 654 kg zostało użyte na linię K., 2 238 kg drugiej farby, przy czym 541 kg zostało użyte na linię K., 1795 kg trzeciej farby, przy czym 420 kg zostało użyte na linię K., 5611 kg czwartej farby, 6135 kg piątej farby i 6404 kg szóstej farby. Z powyższego porównania wynika, że powódka mogła przekazać do utylizacji wyłącznie: 1 266 kg farby (...) czerwonej, 1 697 kg farby (...)piaskowej, 1375 kg farby (...)zielonej. Nadwyżka tych farb, która została zutylizowana nie została zakupiona na potrzeby umowy z pozwanym. Z kolei pozostałe rodzaje farby przeznaczonej do realizacji umowy nie zostały w całości zutylizowane. I tak nie zostało zutylizowanych 382 kg farby (...) szaro-żółtej, 1 333 kg farby (...)brązowej, 1 602 kg farby (...)zielonej – łącznie 3317 kg farby. Zaprzecza to twierdzeniom powódki, że wszystkie niezuzycie na linii K.farby zostały przekazane przez nią do utylizacji. W związku z powyższym Sąd odliczył od wartości szkody obejmującej koszt zakupu farby, koszt 3317 kg farby niezutylizowanej przez powódkę, co oznacza,

że została ona przez nią wykorzystana w okresie jej ważności. W innym przypadku po upływie 12 miesięcznego okresu ważności farba ta musiałaby być zutylizowana. Koszt tej farby został ustalony na tych samych zasadach co koszt farb dostarczonych powódce we wrześniu, czyli po przeliczeniu jej wartości w euro na złote z dnia dokonania przez powódkę zapłaty za farbę. Farba szaro-żółta w ilości 382 kg została dostarczona (łącznie 3920 kg) w dniu 17.08.2007r. za fakturą nr (...) z dnia 20.08.2007r. Należność za fakturę została uregulowana w dniach 5.11.2007r. (10.000 euro) i 11.07.2008r. (1.197 euro) – (k. 105 i 111). Koszt 382 kg farby to kwota 4.311,10 zł. netto (382 x 3,05 euro x 3,7002). Farba brązowa w ilości 1 120 kg została dostarczona w dniu 25.05.2007r. za fakturą nr (...) z 29.05.2007 r. oraz w ilości 213 kg w dniu 25.05.2007r. za fakturą nr (...) z 29.05.2007r. Należność z pierwszej faktury została uregulowana w dniu 14.08.2007 r. z drugiej w dniu 16.08.2007 r. (k. 94-97). Koszt 1120 kg farby to kwota 13.965,59 zł netto (1120 x 3,25 euro x 3,8367), koszt 213 kg farby to kwota 2.660,45 zł netto (213 x 3,25 euro x 3,8432) – łącznie 16.626,04 zł netto. Farba zielona w ilości 1602 kg została dostarczona w dniu 25.05.2007r. za fakturą nr (...) z 29.05.2007r. Należność z niej została uregulowana w dniu 14.08.2007r. (k. 94). Koszt 1602 kg tej farby to kwota 20.897,74 zł netto (1602 x 3,40 euro x 3,8367). Łącznie za 3317 kg farby zakupionej od dostawcy i niezutylizowanej, a zatem wykorzystanej do innych celów niż umowa z pozwanym, powódka zapłaciła kwotę 41.834,88 zł netto. Farba ta nie mogła zostać użyta do malowania linii K., albowiem nie była na nią przeznaczona, co wynika z załącznika do umowy ramowej. Po odliczeniu powyższej kwoty oraz kwoty 36.805,18 zł, czyli łącznie kwoty 78.640,06 zł, od poniesionych przez powódkę kosztów zakupu farb w kwocie 343.914,25 zł netto przeznaczonych na realizację umowy z 30.04.2007r., szkoda powódki sprowadza się do kwoty 265.274,19 zł. Żądane odszkodowanie obejmujące koszt zakupu farby w kwocie 419.575,39 zł powódka podwyższyła o 15% czyli o kwotę 62.936,30 zł, twierdząc, że są to koszty zakupu wg. S.. Roszczenie to Sąd uznał za niezasadne. Z umowy ramowej z dnia 9.05.2007r. zawartej przez powódkę z dostawcą farb wynika, że koszty dostawy ponosił dostawca, zaś powódka ponosiła koszty rozładunku farb. Niezależnie od powyższego, dochodzone przez powódkę roszczenie jest roszczeniem o odszkodowanie, a nie o zapłatę ceny za dostarczony towar lub wynagrodzenie za roboty budowlane. To nie jest wycena robót budowlanych na potrzeby kosztorysowania, podczas której dolicza się do kosztów materiałów, koszty zakupu. Istota roszczenia jakim jest odszkodowanie wymagała także od powódki udowodnienia czy i w jakiej wysokości dodatkowe, oprócz ceny zapłaconej dostawcy farb, koszty związane z tym zakupem poniosła. Takich dowodów powódka nie przedłożyła. Wracając do utylizacji Sąd uznał, że powódka mogła zutylizować 19171 kg farby (1266 kg +1697 kg +1375 kg + 5229 kg +4802 kg + 4802 kg). Co biorąc pod uwagę jednostkową cenę 210 zł netto z faktury z dnia 5.08.2008r. wystawionej przez firmę, która dokonała odbioru odpadów do utylizacji, stanowi kwotę 4.025,91 zł netto. Jest to roszczenie odszkodowawcze, a zatem nie obejmuje ono kwoty 7% podatku VAT doliczonego do usługi. Reasumując za zasadne Sąd uznał roszczenie powódki w łącznej kwocie 468.094,90 zł (198.794,80 zł, 265.274,19 zł, 4.025,91 zł) z ustawowymi odsetkami od dnia 4.09.2009r., czyli terminu zapłaty określonego w wezwaniu do zapłaty z dnia 28.08.2009r.; w pozostałym zakresie powództwo oddalił. O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 100 k.p.c., stosunkowo je rozdzielając według kryterium procentowego obciążenia kosztami zgodnego z wynikiem rozstrzygnięcia sporu.

Niniejszy wyrok zaskarżyły apelacją obie strony.

Powódka zaskarżyła niniejszy wyrok w części tj. co do oddalenia powództwa w zakresie żądania zapłaty kwoty 112 466,32 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 4 września 2009 r. i co do rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów procesu, zarzucając mu:

- naruszenie przepisów postępowania tj. art. 233 k.p.c. polegające na dowolnej tj. przekraczającej granice swobodnej oceny, sprzecznej z zasadami logicznego rozumowania i sprzeciwiającej się rzeczywistej treści dokumentów interpretacji dowodów, a to przedłożonych do pozwu i pisma procesowego powódki rachunków wystawionych przez dostawcę farb i faktur wewnętrznych dokumentujących wewnątrzspółnotowe nabycie towarów, która miała wpływ na rozstrzygnięcie sprawy i w konsekwencji doprowadziła do błędu w ustaleniach faktycznych polegającego na przyjęciu, że zapłacona przez powódkę dostawcy farb tytułem ceny nabycia kwota 419 575,39 zł zawierała podatek VAT w stawce 22 %, podczas gdy z samych dokumentów nabycia (tj. rachunków wystawianych przez tego sprzedawcę) wynika, że sprzedaż farb powódce nie jest objęta podatkiem obrotowym (w Polsce zwanym VAT) z uwagi na to, że sprzedaż następuje do przedsiębiorcy z innego Państwa, a wewnętrzne faktury VAT wystawiane przez powódkę



miały na celu księgowo rozliczenie transakcji dostawy przez dodanie do kwoty wynikającej z rachunków dostawy (wyrażonych w kwotach netto - bez VAT) 22 % VAT. W związku z wskazaną błędną oceną tych dokumentów Sąd I instancji przyjął, że odszkodowanie należne powódce winno zostać pomniejszone o podatek VAT, który ta miała rzekomo zapłacić wraz z ceną dostawcy farb, podczas gdy takie pomniejszenie nie jest uzasadnione, bowiem powódka płaciła dostawcy wynagrodzenie netto;

- naruszenie przepisów prawa materialnego tj. art. 354 § 2 k.c. poprzez jego nieuzasadnione zastosowanie, tj. przyjęcie że obowiązkiem powódki było zminimalizowanie szkody poprzez odwołanie dostaw farby zrealizowanych w dniach 11 i 14 września 2007 r. a więc po złożeniu przez pozwaną oświadczenia o odstąpieniu od umowy, podczas gdy z ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd I instancji wynika, że powódka w dniu 9 maja 2007 r. zawarła z (...)umowę ramową dotyczącą dostawy farb na projekt (...) S.A. zlecając dostawcy dostawę farb firmy (...) na potrzeby całej umowy;

Z uwagi na powyższe powódka wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez zasądzenie od strony pozwanej na rzecz powódki dalszej kwoty 112 466,32 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 4 września 2009 r. wraz z kosztami procesu według norm przepisanych, a nadto zasądzenie od strony pozwanej na rzecz powódki kosztów postępowania przed Sądem II instancji, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Strona pozwana zaskarżyła wyrok w części objętej punktem pierwszym wyroku, zarzucając

1. nieuwzględnienie zarzutu przedawnienia roszczenia i związane z tym naruszenie prawa materialnego w postaci art. 123§ 1 pkt 1 k.c., 646 k.c., 644 k.c., a także nieuwzględnienie treści art. 642§ 2 k.c.;
2. niewłaściwe obliczenie wielkości szkody w postaci utraconego zysku w wyniku sprzeczności istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego;
3. naruszenie prawa materialnego w postaci 644 k.c. także (poza przedawnieniem roszczenia) wraz z art. 471 k.c. w zakresie ustalenia wysokości szkody.

Na tej podstawie strona pozwana wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości wraz z zasądzeniem na jej rzecz kosztów postępowania za obie instancje według norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji oraz o zasądzenie na jej rzecz kosztów postępowania za obie instancje według norm przepisanych.

Obie strony wniosły o oddalenie apelacji strony przeciwnej i o zasądzenie zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Reasumując zaskarżonym wyrokiem Sąd Okręgowy w Kielcach zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 468.094,90 zł na którą składają się następujące kwoty:

- 1) 198.794,80 zł - z tytułu utraconego zysku
- 2) 265.274,19 zł - tytułem szkody za zakupione farby
- 3) 4.025,91 zł - tytułem szkody w postaci utylizacji farby.

Odnosząc się do dalej idącej apelacji pozwanego, a przede wszystkim do zarzutu braku uwzględnienia podniesionego zarzutu przedawnienia, którego uwzględnienie spowodowałaby oddalenie powództwa, należy stwierdzić brak podstaw do jego uwzględnienia, z przyczyn wskazanych przez Sąd I instancji w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów apelacji pozwanego, należy stwierdzić:

Ad I. 1.) - Wbrew twierdzeniom apelacji zapisy zawartej pomiędzy stronami umowy są jednoznaczne, czemu dał wyraz Sąd I instancji, stwierdzając: Zdaniem Sądu to, że przedmiotem umowy było malowanie kilku linii nie oznacza, że

strony zawarły tyle umów o dzieło ile było linii, czyli osiem. Przedmiotem umowy określonym w § (...), było wykonanie malowania wszystkich linii albowiem na dzieło składały się wszystkie linie. Świadczy o tym nie tylko treść § (...)i § (...) umowy, ale i treść § (...) ust.(...), § (...) ust. (...) i (...) oraz § (...) ust. (...). W § (...) ust. (...) i § (...) ust. (...) i (...) umowy, strony wyraźnie rozróżniły przedmiot umowy i elementy przedmiotu umowy, którymi były poszczególne linie, dopuszczając odbiory częściowe linii i wystawianie faktur częściowych. Z kolei zgodnie z § (...)ust. (...) umowy termin gwarancji zaczynał biec od dnia odbioru końcowego przedmiotu umowy, czyli wykonania wszystkich linii. Zgodnie z umową termin wykonania ostatniej linii B.został określony na dzień 16.09.2007r., a zatem był to końcowy termin oddania dzieła, od którego biegą terminy przedawnienia roszczeń wynikających z tej umowy, w myśl art. 646 k.c.

Dlatego też brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 646 k.c.

Ad I. 2.) Brak też podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenie art. 644 k.c.

W tym zakresie apelujący podniósł, że: „W przypadku odstąpienia od umowy z dniem 31.08.2007 r. ( vide uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego str. 23) roszczenie powódki o wynagrodzenie stało się wymagalne z chwilą złożenia przez zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Nie mają tu zatem zastosowania terminy i zasady płatności wynagrodzenia określone w umowie ( wyrok SN z 17-III-2003r, IV CKN 294/02, nie publ.). Tak ujętą wymagalność należy odnosić do umówionego wynagrodzenia ( Kodeks cywilny, Komentarz pod redakcją Jacka Gudowskiego, Zobowiązania, cz.II, str 285, LexisNexis, 2013). Ten argument powoduje, że wymagalność całego roszczenia należy liczyć od 31.08.2007r, a zatem zawezwanie do pierwszej próby ugodowej dotyczyło już roszczenia przedawnionego w całości.”

Zarzut ten po pierwsze oparty jest na nadinterpretacji wywodów Sądu I instancji i wyrwaniu z kontekstu sformułowań użytych przez Sąd I instancji. Sad Okręgowy w cytowanej frazie stwierdził jedynie, że: „Zdaniem Sądu, do dnia 31.08.2007r. powódka miała podstawy przypuszczać, że będzie realizować umowę. Dopiero bowiem z tym dniem pozwany definitywnie odstąpił od umowy. Wcześniej jego stanowisko było chwiejne i niejasne.”

Nie oznacza to jednak, że w tej dacie, to jest 31.08.2011 r. pozwany odstąpił od umowy w trybie art. art. 644 k.c. Wręcz przeciwnie w piśmie z dnia31.08.2011 r. pozwany złożył nieskuteczne oświadczenie o odstąpieniu od umowy powołując się na „paragraf (...) punkt(...) umowy”, czemu dał wyraz Sąd I instancji w ustaleniach i rozważaniach prawnych w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku

Tak więc powoływanie się w tym kontekście przez skarżącego na orzecznictwo i poglądy doktryny co do wykładni art. 644 k.c. jest w istocie bezprzedmiotowe.

Ad I. 3.) Bezzasadny zarzut naruszenia art. 644 § 2 k.c. z przyczyn określonych powyżej w ad I 1.)

Ad I. 4.) Wbrew twierdzeniom apelującego każde zawezwanie do próby ugodowej zostało tak sformułowane, że spełnia ono w wystarczającym stopniu kryteria określone w art. 185 § 1 k.p.c. i zgodne jest wykładnią tego przepisu wyrażona w poglądach prawnych zawartych w przytoczonych orzeczeniach sądów.

Ad II) Błędny jest pogląd apelującego o braku możliwości dochodzenia przez powódkę odszkodowania z art. 471 k.c., w sytuacji braku skutecznego odstąpienia przez zamawiającego z powołaniem się na przepisy umowy.

Ad III.1.) Natomiast nie można odmówić zasadności apelacji w zakresie niewłaściwe obliczenie wielkości szkody w postaci utraconego zysku w wyniku sprzeczności istotnych ustaleń Sądu z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego.

Trafnie apelujący wskazuje, że błąd Sądu polega na odjęciu od całości wynagrodzenia przewidzianego w umowie kwoty wynagrodzenia zasądzonego przez Sąd za malowanie linii K.(wyrok SO w Kielcach z dnia 2.03. 2012, sygn. akt VII G 17/12) w kwocie 73.218,50 zł netto, zamiast wynagrodzenia przewidzianego w umowie za malowanie tej linii w wysokości 80.602,50 zł netto. W efekcie doszło wynagrodzenia o kwotę 7.384 zł (80.602,50 zł - 73.218,50 zł = 7.384 zł).

Tym samym doszło do zawyżenia odszkodowania z tytułu utraconego zysku przez powódkę w wysokości 1.476,80 zł, stanowiącej 20 % z kwoty 7.384 zł. W takiej jedynie części apelacja pozwanego okazała się zasadna.

Tym samym kwotę należną powódce z tytułu utraconego zysku zasądzona w wysokości 198.794,80 zł, należy obniżyć do kwoty 197.318 zł ( $1.067.192,50 \text{ zł} - 80.602,50 \text{ zł} = 986.590 \text{ zł}$ ; a następnie  $986.590 \text{ zł} \times 20 \% = 197.318 \text{ zł}$ ).

Ad III.2.) Brak było bowiem podstaw do uwzględnienia zarzutu przyjęcie przez Sąd I instancji błędnej metody obliczania zysku, stanowiącego 20 % z wynagrodzenia netto.

Natomiast należy w pełni podzielić zasadność zarzutów podniesionych w apelacji powódki.

Trafnie zatem apelująca powódka wskazuje, że:

Wewnątrzwspólnotowe nabycie towarów podlega zgodnie z art.(...)ust.(...)pkt(...) ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług opodatkowaniu tym podatkiem. Art.(...) tejsze ustawy definiuje wewnątrzwspólnotowe nabycie towarów jako nabycie prawa do rozporządzania jak właściciel towarami, które w wyniku dokonanej dostawy są wysyłane lub transportowane na terytorium państwa członkowskiego inne niż terytorium państwa członkowskiego rozpoczęcia wysyłki lub transportu przez dokonującego dostawy. Wewnątrzwspólnotowe nabycie towarów, która uregulowane jest w ustawie o podatku od towarów i usług polega na tym, że podatek VAT od transakcji jest rozliczany nie przez dostawcę, lecz przez kupującego w jego kraju (czyli przez powódkę w Polsce), a faktura (rachunek) wystawiana przez dostawcę nie zawiera kwoty podatku.

Sąd też twierdzenie Sądu I instancji, że powódce przysługuje odszkodowanie za wydatki poniesione na zakup farb w kwotach netto jest całkowicie uzasadnione, w przeciwieństwie do twierdzenia tego Sądu, że zapłacona przez powódkę swojemu dostawcy kwota 419.575,39 zł jest kwotą brutto tj. zawierającą podatek VAT.

Tym samym powódce co do zasady przysługuje odszkodowanie w wysokości poniesionych wydatków na farby na rzecz (...). tj. w wysokości 419.575,39 zł bowiem tyle zapłaciła ona za farby netto.

Żądając zmiany wyroku Sądu pierwszej instancji poprzez zasądzenie od pozwanej oprócz kwoty wskazanej w zaskarżonym wyroku kwoty 112 466,32 zł powódka ma na względzie, że zapłaciła za farby: 419.575,39 zł i jest to wbrew ustaleniom Sądu I instancji kwota netto. Od kwoty tej wobec ustaleń Sądu I instancji należy odjąć jedynie kwotę 41.834,88 zł netto, co ma wynikać z dokumentów dotyczących utylizacji farby.

A zatem odszkodowanie należne powódce z tytułu wydatków poniesionych na zakup farby winno wynosić: 419.575,39 zł – 41.834,88 czyli 377.740,51 zł.

Wobec faktu, że Sąd z tego tytułu zasądził od pozwanej na rzecz powódki jedynie 265.274,19 zł do zapłaty pozostaje 112.466,32 zł.

Reasumując, apelacja strony pozwanej okazała się zasadna w kwocie 1.476,80 zł, natomiast apelacja powódki w kwocie 112.466,32 zł. Tym samym **należało podwyższyć zasądzoną od pozwanego na rzecz powódki kwotę 468.094,90 zł do kwoty 579.084,42 zł** ( $468.094,90 \text{ zł} + 112.466,32 = 580.561,22 \text{ zł}$ ;  $580.561,22 \text{ zł} - 1.476,80 \text{ zł} = 579.084,42 \text{ zł}$ ).

Dlatego też Sąd Apelacyjny orzekł jak w pkt 1 sentencji na mocy art. 386 § 1 k.p.c.

Uznając apelację pozwanego w pozostałym zakresie za bezzasadną, Sąd Apelacyjny orzekł jak w pkt 2. sentencji na mocy art. 385 k.p.c.

Konsekwencją w/w zmiany jest korekta orzeczenia o kosztach postępowania przed Sądem I instancji.

Powódka poniosła koszty w łącznej kwocie 50.647 zł (42.967 zł - opłata od pozwu, 7.200 zł - wynagrodzenie pełnomocnika, 480 zł - wydatki). Z kolei pozwany poniósł koszty w kwocie 7.217 zł (7.200 zł - wynagrodzenia pełnomocnika, 17 zł - opłata skarbową od pełnomocnictwa). Łącznie koszty przed Sądem I instancji wyniosły 57.864 zł.

Wobec faktu, że w.p.z. wynosiła 859.331,69 zł, a powództwo okazała się zasadne do kwoty 579.084,42 zł, to powód wygrał proces w 67,38 %. Dlatego powinien ponieść koszty postępowania w kwocie 18.875,24 zł (57.864 zł x 32,62 %).

**Zatem pozwany powinien zwrócić powódce kwotę 31.771,76 zł** (50.647 zł - 18.875,24 zł). Dlatego też Sąd Apelacyjny orzekł jak w pkt 1. sentencji na mocy art.397 §2 k.p.c. w zw. z art. 386 § 1 k.p.c.

Orzekając o kosztach postępowania apelacyjnego Sąd Apelacyjny miał na uwadze następujące okoliczności.

Powód poniósł koszty w wysokości 11.024 zł (5.400 zł koszty zastępstwa + 5.624 zł opłata od apelacji od w.p.z. w kwocie 112.466,32 zł).

Pozwani ponieśli koszty w wysokości: 28.805 zł (5.400 zł koszty zastępstwa + 23.405 zł opłaty od apelacji od w.p.z. 468.094,90 zł)

Łącznie koszty przed Sądem II instancji wyniosły 39.829 zł.

Wobec faktu, że łącznie w.p.z. wynosiła 580.561,22 zł (112.466,32 zł + 468.094,90zł), a powódka wygrała spór w zakresie w.p.z. 579.084,42 zł (580.561,22 zł – 1.476,80 zł), to jest w 99,75 %. Dlatego powinna ponieść koszty w kwocie 99,57 zł (39.829 zł x 0,25 %). Zatem pozwany powinien zwrócić powódce kwotę 10.924,43 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Dlatego też Sąd Apelacyjny orzekł o kosztach postępowania apelacyjnego jak w pkt 3. sentencji ona mocy art. 100 k.p.c.

SSA Andrzej Struzik SSA Anna Kowacz-Braun SSA Jerzy Bess