

Sygn. akt I ACa 782/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 lipca 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny

w składzie następującym:

Przewodniczący:	SSA Artur Kowalewski /spr./
Sędziowie:	SSA Danuta Jezierska SSA Tomasz Żelazowski
Protokolant:	sekr. sądowy Magdalena Stachera

po rozpoznaniu w dniu 26 czerwca 2014 r., na rozprawie, w Szczecinie

sprawy z powództwa głównego Skarbu Państwa - Ministra Obrony Narodowej - (...) Zarządu (...) w S.

przeciwko Przedsiębiorstwu (...) spółce jawnej w S.

o zapłatę

i z powództwa wzajemnego Przedsiębiorstwa (...) spółki jawnej w S.

przeciwko Skarbowi Państwa – Ministrowi Obrony Narodowej - (...) Zarządowi (...) w S.

o zapłatę

na skutek pozwanej- powódki wzajemnej od wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 16 lutego 2012 r., sygn. akt I C 353/07

I. oddala apelację pozwanej z pozwu głównego,

II. zasądza od pozwanej z pozwu głównego na rzecz Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) zł. tytułem kosztów zastępstwa procesowego powoda z pozwu głównego w postępowaniu apelacyjnym,

III. oddala apelację powódki z pozwu wzajemnego,

IV. zasądza od powódki z pozwu wzajemnego na rzecz Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) zł. tytułem kosztów zastępstwa procesowego pozwanego z pozwu wzajemnego w postępowaniu apelacyjnym,

V. nakazuje pobrać od pozwanej powódki wzajemnej na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Apelacyjnego w Szczecinie kwotę 135 (sto trzydzieści pięć) zł. tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych.

SSA D. Jezierska SSA A. Kowalewski SSA T. Żelazowski

Sygn. akt I ACa 782/12

UZASADNIENIE

Powód z pozwu głównego Skarb Państwa - Minister Obrony Narodowej, (...) Zarząd (...) w S., po ostatecznym zmodyfikowaniu powództwa, wniósł o zasądzenie od pozwanej Przedsiębiorstwa (...) Spółki jawnej z siedzibą w S. zapłatę kwoty 962.580zł. z odsetkami ustawowymi od dnia wyroku i kosztami procesu tytułem zwrotu nienależnego świadczenia w postaci nadpłaty za dostarczoną przez pozwaną energię ciepłą.

Pozwana pozwu głównego Przedsiębiorstwo (...) spółka jawna z siedzibą w S. wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów procesu, zaprzeczając w całości twierdzeniom powoda o istnieniu jakiegokolwiek nadpłaty.

W pozwie wzajemnym Przedsiębiorstwo (...) spółka jawna z siedzibą w S. wniosła o zasądzenie od pozwanego wzajemnego Skarbu Państwa - Ministra Obrony Narodowej, (...) Zarządu (...) i Jednostek Wojskowych w C., M. i T. kwoty 20.894.626,42 zł. z odsetkami ustawowymi liczonymi od dnia wezwania do zapłaty Na żadaną kwotę złożyły się: kwota 8.744.888,19 zł. z tytułu nieodebranej energii cieplnej w czasie trwania umów oraz kwota 12.149.738,23 zł tytułem zwrotu wartości inwestycji i nakładów poniesionych przy modernizacji infrastruktury cieplnej w jednostkach wojskowych w C., M., T..

Pozwany wzajemny Skarb Państwa - Minister Obrony Narodowej, (...) Zarząd (...) w S. wniósł o oddalenie żądania pozwu wzajemnego i zasądzenie kosztów procesu wskazując, że żądanie to jest nieuzasadnione zarówno na płaszczyźnie faktycznej jak i prawnej.

Wyrokiem z dnia 16 lutego 2012 r. Sąd Okręgowy w Szczecinie:

1. w zakresie pozwu głównego: zasądził od pozwanej na rzecz powoda 962.580 zł. z odsetkami ustawowymi od dnia 16 lutego 2012 roku oraz kwoty 7.200 zł. i 28.000 zł. tytułem zwrotu kosztów, odpowiednio, zastępstwa procesowego i sądowych (pkt. I – III sentencji),
2. w zakresie pozwu wzajemnego: oddalił powództwo wzajemne w całości, zasądził od powódki wzajemnej na rzecz pozwanego wzajemnego kwotę 7.200 zł. tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego oraz nakazał pobrać od powódki wzajemnej na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w Szczecinie kwotę 12.404,95 zł. tytułem zwrotu nieuiszczonych kosztów sądowych (pkt IV – VI sentencji).

Podstawę tego orzeczenia stanowiły następujące ustalenia faktyczne oraz argumentacja prawna:

W dniu 27 lutego 2001 r. pomiędzy jednostką Wojskową nr (...) z siedzibą w M., a pozwaną została zawarta umowa nr (...) \M. \ 2001 na modernizację, z uwzględnieniem przejścia z paliwa stałego na gazowe, instalacji cieplnej wraz z opomiarowaniem oraz na zarządzanie i eksploatację całością gospodarki cieplnej kompleksu wojskowego w M.. Umowa została zawarta na okres od 1 marca 2001 roku do 30 kwietnia 2009 r. Od dnia 1 maja 2003 r., to jest po opomiarowaniu źródeł ciepła, zamawiający miał dokonywać zapłaty wg stanu liczników ciepła. Aneksami do umowy z 27 sierpnia 2002 r., 3 marca 2003 r., 11 czerwca 2003 r., 6 maja 2004 r., strony ustalały między innymi waloryzację ceny jednego GJ.

Podobne umowy zostały zawarte z Jednostką Wojskową w C. i T.. Do tych umów również aneksami strony ustalały indeksację cen za 1 GJ.

W dniu 30 grudnia 2004 r. Jednostki Wojskowe scedowały swoje uprawnienia na (...) Zarząd (...) w S., który w ich miejsce wstąpił do ww. umów. Cesje przewidywały, że wszelkie uprawnienia i zobowiązania oraz wierzytelności przejmie następcą od 1 stycznia 2005 roku.

Jednostki wojskowe, w oparciu o wytyczne MON w sprawie zasad podejmowania modernizacji systemów energetycznych w wojsku z udziałem osoby trzeciej, opracowały szczegółową ocenę potrzeb i możliwości, na podstawie których opracowano warunki przetargów. Umowy zostały zawarte na warunkach wynikających z przetargu, bowiem modernizacja sieci ciepłowniczych miała nastąpić w przetargach. Warunki przetargu przygotował zamawiający. Przetarg był dwustopniowy, zainteresowani mieli przedstawić w jego pierwszej części wstępny audyt właśnie w celu umożliwienia powodowi weryfikacji propozycji. Powód dla siebie przygotował taki audyt, aby poznać wielkość środków, jakie należy zainwestować w modernizację (tzw. "programy oszczędnościowe"). Programy te nie określały rzeczywistego zapotrzebowania na energię ciepłą, a wytyczały kierunki, co należy zrobić, by osiągnąć prognozowane parametry. Zawierały techniczne i ekonomiczne warunki planowanej modernizacji. Wykonały je osoby posiadające uprawnienia audytora wewnętrznego. Na podstawie takich obliczeń można było obliczyć cenę jednostkową energii cieplnej, która była jednym z najbardziej istotnych wskaźników przy ocenie ofert w przetargu. Zainteresowani składali wstępny audyt energetyczny, z którego wynikały oszczędności, zużycie energii w kompleksie, a nie tylko w pojedynczym budynku. Zainteresowani, którzy chcieli do takiego przetargu przystąpić musieli, więc pobrać lub wykupić specyfikację SIWZ. Była ona obszerna, zawierała wiele szczegółów. Aby ją zrealizować trzeba było mieć dużą wiedzę. Zainteresowani mogli skorzystać w tej sytuacji z materiałów dodatkowych, którymi dysponował zamawiający, a mianowicie z "programu oszczędnościowego", z którego wynikała kalkulacja ceny jednostkowej, bez której oszacowanie ceny jednostkowej za 1 GJ mogło nastroczać kłopotów. I tylko w celach pomocniczych powód okazywał zainteresowanym swoje "programy oszczędnościowe", nikomu ich nie wydawał, były dostępne jedynie u powoda. Można też było zapoznać się ze stanem fizycznym obiektów w ramach wizji lokalnej. W SIWZ zamawiający określił niezbędne do wykonania inwestycje oraz sposób zapłaty wskazując, że w każdej miesięcznej płatności mieścić się będzie należność z tytułu zapłaty za dostawę energii cieplnej przez pierwsze dwa lata dokonywanej na podstawie ryczałtu, a po opomiarowaniu na podstawie liczników, oraz należność z tytułu zwrotu kosztów poniesionych na modernizację, koszt obsługi, koszt paliwa, koszt zarządzania.. Na tej podstawie stający do przetargu musieli samodzielnie skalkulować sobie koszty i zyski. Zamawiający nie wskazywał w warunkach zamówienia, że będzie odbierał określoną ilość energii, ponieważ ta zależy od wielu czynników, których z góry nie można ustalić. W zapytaniach pozwana ustalała między innymi, jaki będzie sposób indeksacji kwoty bazowej.

Problemy z realizacją umowy zaczęły się w kwietniu 2003 roku. Zakład (...) poinformował powoda, że wstrzymuje dostawę gazu w C., M., T..

Pierwsze zagrożenie przerwą w dostawie gazu miało miejsce 23 kwietnia 2003 r., pozwana jednak zapłaciła należność. Drugi raz sytuacja taka powtórzyła się w maju 2003 roku i wówczas gazownia odcięła gaz na 5 dni. W tej sytuacji zorganizowano spotkanie trójstronne i od 1 czerwca 2003 r. płatność za dostawę gazu przejął do końca 2004 roku powód.

Pozwana z pozwu głównego nadal wykonywała modernizację. Opomiarowała budynki na terenie kompleksu w M. i wtedy protokołem z dnia 30 kwietnia 2003 roku odebrano te urządzenia. Była to też chwila, gdzie od 1 kwietnia 2003 roku strony miały rozliczać się według istniejących już liczników. Kolejno zdawane były i odbierane następne urządzenia.

W trakcie trwania umowy zdarzały się awarie sieci. Pojawiały się pęknięcia, rozszczelnienia, czego skutkiem był ubytek wody. Odczyty liczników wykonywał pracownik pozwanej, przy udziale przedstawiciela powoda. Wyniki zapisywano w protokole. Poza udziałem w odczytach pracownicy pozwanej nie mieli dostępu do liczników. Klucze do pomieszczeń pomiarowych znajdowały się w posiadaniu powoda. Każdego miesiąca z kilkudniowym wyprzedzeniem pozwana przysyłała telegram, że chce dokonać odczytu liczników. W wyznaczonym terminie przedstawiciel powoda i pozwanej dokonywali wspólnie odczytu liczników. Liczniki miały konstrukcję uniemożliwiającą bieżące (codzienne) odczytanie danych, do tego trzeba było dysponować specjalistycznymi urządzeniami i oprogramowaniem, pozwalały jedynie

odczytywać maksymalne wskazania. Liczniki były opłombowane. Pomimo tego w trakcie przeprowadzonej kontroli zarówno w C. jak i w M. stwierdzono, że odczyty mocy pobieranej w dniach, gdy strony "spisywały liczniki", były znacznie większe w stosunku do bieżących (codziennych) wskazań liczników. Czujniki zamontowane w Jednostce Wojskowej w M. były inne niż te w C.. Były w obudowie, a ich zabezpieczeniem była śrubka, której przykręcenie uniemożliwiało wyjęcie czujnika. Przez tą śrubkę przewleka się druty i plombuje. Na czujnikach były wyłącznie plomby pozwanej. Nie było plomb powoda. Powód założył na liczniki własne plomby po przejściu umowy 31 grudnia 2005 roku, od tego momentu nie pojawiły się zawyżone odczyty liczników.

Modernizacja sieci ciepłowniczej nie została przez pozwaną zakończona. Sezon grzewczy zaczęto w roku 2003 w październiku. Pozwana wykonała tylko źródła ciepła, większość sieci przesyłowej, nie zakończyła jednak modernizacji instalacji wewnętrznej, nie dokończyła modernizacji węzłów cieplnych. W czasie jednej z kontroli stwierdzono, że w niektórych budynkach pobór energii cieplnej znacznie przekracza obliczeniowy poziom dla budynku przy danych temperaturach zewnętrznych. Powód porównał te wyliczenia z budynkiem bliźniaczym i ustalił, że w niektórych budynkach zużywa się dwa razy więcej energii cieplnej w niektórych okresach. Stąd też po przeprowadzeniu kontroli w Jednostce Wojskowej w C. w dniu 11 lutego 2004 roku, dwa dni później skontrolowano Jednostkę Wojskową w M.. Wyniki kontroli wskazywały, że pobór energii nie jest zgodny z technicznymi możliwościami jej wytworzenia dla danego budynku i zapotrzebowaniem tego budynku. Powód zlecił firmie (...) wykonanie ekspertyzy w celu potwierdzenia lub zaprzeczenia swoim podejrzaniom. W jej wyniku potwierdziły się podejrzenia powoda, że nie można było z dostarczonego pozwanej gazu wytworzyć takiej ilości ciepła, na jaką wystawiono faktury, bo oznaczałoby to również, że wykonany przez pozwanego system cieplny odebrał więcej ciepła niż technicznie było to możliwe. Po dokonaniu wyliczeń powód złożył pozew w niniejszej sprawie w oparciu o te wyliczenia. Jednocześnie ekspertyza wskazywała, że większość rurociągów nie była zaizolowana, a przyczyną wadliwych odczytów mogła być nieprawidłowa praca czujnika.

W roku 2005, w związku ze zmianami przepisów, Skarb Państwa został zobligowany do przejścia od dotychczasowy dostawców obowiązków z tych umów. Przedtem jednak dokonano oceny stanu zaawansowania modernizacji. W roku 2005 sprawdzono, czy pozwana wykonała wymagane prace i na tę okoliczność sporządzono protokoły, które wskazywały, czego nie wykonano i w jakim terminie pozwana ma dokończyć modernizację. Pozwany podpisał protokoły, ale po czasie zaczęła je kwestionować. Pozwana przedstawiła powodowi kosztorysy powykonawcze z wykonanych robót, które były kontrolowane przez inspektorów powoda, którzy stwierdzili w ich treści szereg uchybień.

W sporządzonej przez biegłego sądowego opinii przedstawiono dane dotyczące produkcji i zużycia ciepła wyłącznie dla budynków przyłączonych do 3 systemów ciepłowniczych w Jednostce Wojskowej w M.. Okazało się, że żaden kocioł w tych systemach nie jest wyposażony w urządzenie służące do pomiaru ilości wyprodukowanego ciepła (ciepłomierze), żadna z kotłowni nie jest wyposażona w urządzenia służące do pomiaru ilości wyprodukowanego w niej ciepła. Dopiero węzły cieplne (c.o.) znajdujące się w poszczególnych budynkach zostały wyposażone w ciepłomierze, które służyły do rozliczeń między stronami. Biegły potwierdził, że zużycie ciepła było stwierdzane przez strony każdego miesiąca w ten sposób, że przedstawiciel powoda i pozwanego wspólnie dokonywali odczytów liczników i zapisywali wyniki w protokołach odczytów za okres od maja 2003 r. do listopada 2005 r. Dokładnie i szczegółowo opisał wszystkie błędy i usterki, które pojawiły się przy tych odczytach. Zgodnie z wyliczeniem biegłego, zużycie ciepła w Jednostce Wojskowej w M. za ten okres czasu, według wskazań liczników, wyniosło 83 829,400 GJ. Produkcja ciepła odbywa się w tej Jednostce tylko i wyłącznie przy udziale 3 kotłowni. W związku z tym, że kotłownie nie posiadały żadnych urządzeń pomiarowych służących do mierzenia wyprodukowanego ciepła, nie można ustalić faktycznej wielkości wyprodukowanego ciepła przez te kotłownie. Wielkość tę można jednak ustalić zakładając, że powinna to być suma ilości wyprodukowanego ciepła zarówno na potrzeby c.o. jak i ciepłej wody, zmierzonego przez ciepłomierze na instalacji ciepłowniczej. Ta ilość to 83843,160 GJ i za tę ilość pobranej energii powód z pozwu głównego zapłacił. W związku z tym, że kotłownie gazowe nie były również wyposażone w urządzenia mierzące ilość pobranego do produkcji gazu, biegły określił na podstawie obowiązujących zasad matematycznych, przy uwzględnieniu wielu czynników, że w okresie od maja 2003 roku do listopada 2005 roku pozwana mogła wyprodukować 68818 GJ ciepła przy

uwzględnieniu ilości dostarczonego do jego produkcji gazu, według faktur VAT przedstawionych przez W. Spółkę (...) w P., sprzedanego dla potrzeb Jednostki Wojskowej w M.. Z tej ilości gazu pozwana mogła wyprodukować w tym okresie 66195 GJ energii cieplnej. Wyliczeń tych biegły dokonał posługując się racjonalnymi i logicznymi założeniami oraz stosownymi wzorami matematycznymi. To wyliczenie pozwoliło biegłemu na stwierdzenie, że z dostarczonej do trzech kotłowni ilości gazu pozwana mogła wyprodukować między 64000, a 68000 GJ energii cieplnej.

Z odczytów liczników dokonywanych przez przedstawicieli obu stron każdego miesiąca, zanotowano wielkość odebranego ciepła na 83843,160 GJ. Zatem różnica pomiędzy energią cieplną wykazaną przez odczytanie jej z liczników, a tą, która faktycznie mogła zostać wyprodukowana przy dostarczonej i znanej ilości gazu wyniosła 17648,160 GJ. Wartość tej różnicy, przy przyjęciu przeciętnej ceny sprzedaży netto w okresie od maja 2003 do listopada 2005. wynosi 789.395 zł.

Każde odłączenie budynku od systemu ciepłowniczego zmniejsza sumaryczną moc cieplną po stronie odbiorców, a tym samym wpływa na zmniejszenie zużycia ciepła przez odbiorcę i na zmniejszenie produkcji tego ciepła. Łączne potencjalne zmniejszenie zużycia ciepła przez Jednostkę Wojskową w M. z powodu nie podłączenia wszystkich budynków biegły oszacował na około 4300 GJ\rok.

Pozwana domagała się od powoda negocjacji ceny za jednego GJ dostarczonej energii cieplnej. Jej kondycja majątkowa była na tyle zła, że zdecydowała się ona w dniu 8 czerwca 2006 r. podpisać z powodem umowę o zawieszeniu wykonywania umów, na okres od 8 czerwca 2006 r. do dnia 8 czerwca 2007 r. Porozumienie zawieszające wykonanie umowy miało na celu umożliwienie pozwanej pokonania problemów i dotyczyło wszystkich Jednostek Wojskowych. Jednocześnie strony negocjując to porozumienie ustaliły, że nie będą zgłaszać wobec siebie wzajemnie roszczeń w związku z zawieszeniem wykonania umowy. W tym samym porozumieniu strony w paragrafie 4 ustalono, że pozwana do dnia 1 czerwca 2007 roku zgłosi na piśmie gotowość do kontynuowania umowy, a w przypadku, gdyby tego zgłoszenia nie było, powód ma prawo jednostronnie rozwiązać umowy zawarte przez pozwaną z Jednostkami Wojskowymi, a to z kolei spowoduje, że pozwana zrzeknie się swoich roszczeń do powoda z tytułu zwrotu nakładów na modernizację instalacji i zapis ten dotyczył wszystkich trzech zawartych umów. Pozwana nie zgłosiła pisemnie gotowości do kontynuowania umów, domagała się natomiast zmiany ceny. Wskazywała, że nastąpiło zmniejszenie poboru ciepła o 30-40% w poszczególnych Jednostkach Wojskowych w stosunku do wielkości zużycia określonych w programach oszczędnościowych.

Pozwana pismem z dnia 2 kwietnia 2007 roku poinformowała powoda, że odstępuje od umowy ze skutkiem natychmiastowym, z uwagi na brak współdziałania zamawiającego z wykonawcą przy jej należytej realizacji umowy, polegającym na odmowie renegotjacji ceny za 1 GJ energii.

W tak opisanych uwarunkowaniach prawnych powództwo główne, oparte na treści art. 410 k.c., Sąd Okręgowy uznał za uzasadnione w całości.

Kwalifikując nadpłaconą przez powoda kwotę za faktycznie niedostarczoną energią cieplną, jako świadczenie nienależne Sąd ten wskazał, że celem zawartej pomiędzy stronami umowy było – po zakończeniu modernizacji instalacji cieplnej - dostarczanie ciepła przez pozwaną i otrzymywanie przez nią zapłaty za tak dostarczony produkt. Nie było zaś nim ponoszenie przez powoda kosztów energii cieplnej, której nie otrzymał faktycznie, a jej istnienie stwierdzały tylko faktury wystawiane przez pozwaną. Powód świadcząc z umowy, pozostawał w błędnym przekonaniu, że wykonuje swoje obowiązki wynikające z tej umowy. Kontrole i ustalenia doprowadziły powoda do stwierdzenia, że jednak jego świadczenie okazało się daleko większe od tego, co otrzymał w zamian za dokonane płatności. Wbrew przy tym pozwanej, wystąpienie z żądaniem jego zwrotu nastąpić mogło dopiero po dokonaniu ustaleń przez wynajęty przez powoda podmiot, jaka jest wielkość nieekwiwalentnego świadczenia. Powód wykazał, że w dacie kontroli w lutym 2003 r., mógł jedynie podejrzewać istnienie różnicy między dostarczoną mu energią cieplną, a zapłaconą za nią kwotą.

Jak wskazał Sąd Okręgowy spór stron sprowadzał się do ustalenia przyczyn, dla których doszło do tak dużej różnicy wielkości energii wyprodukowanej i odebranej. Dał wiarę zeznaniom świadków wskazujących, że do liczników mieli dostęp tylko pracownicy pozwanej, bo u nich znajdowały się klucze, a do tego plomby należały do pozwanej, zaś po

kontroli, gdy w grudniu 2005 r. założono plomby powoda, skończyły się zawyżone odczyty. Te pośrednie dowody wyjaśniają, w kontekście opinii sądowej ustalającej nadwyżkę energii cieplnej nad możliwościami produkcyjnymi, że pozwana w sposób sobie świadomy dokonywała czynności skutkujących wystawieniem faktur na ilość energii cieplnej, której faktycznie nie wyprodukowała. Do podobnych wniosków doszli też eksperci opracowujący opinie dla powoda jak i biegły sądowy. Wynika to stąd, że jak wskazał w opinii biegły sądowy przy założeniu określonej wartości opałowej gazu i ilości dostarczonego gazu wynikającej z faktur przy zastosowaniu właściwej metody wyliczeń rzeczywiście doszło do sytuacji, że z tak otrzymanego paliwa pozwany od strony technicznej nie był w stanie wyprodukować energii cieplnej w Jednostce w M. wykazanej w fakturach.

Oceniając przydatność dla rozstrzygnięcia sprawy opinii sporządzonej przez biegłego sądowego, Sąd Okręgowy uznał ją za zrozumiałą, przejrzystą i logiczną, w sposób przystępny przedstawiającą proces wnioskowania na podstawie przyjętych założeń. Zarzuty pozwanej do opinii, do których biegły się, są zdaniem Sądu I instancji bezzasadne. I tak twierdzenie, że do produkcji ciepła pozwana wykorzystywała zarówno gaz ziemny, jak też koks, miał węglowy i olej opałowy, nie zasługuje na uznanie, ponieważ w opinii oceniana była instalacja w M. za okres od maja 2003 r. do listopada 2005 r., a wtedy cała instalacja była dostosowana wyłącznie do gazu ziemnego i nie można było przy użyciu tych samych kotłów stosować innego paliwa. Zarzuty kwestionujące wyliczenia matematyczne są pozbawione wartości merytorycznej, nie wskazują bowiem, w jaki sposób pozwana wylicza swoje wyniki, podczas, gdy wyliczenia biegłego sądowego poparte są merytorycznymi, naukowymi metodami takich obliczeń. Podobnie został oceniony zarzut pozwanej, co do wartości opałowej gazu, gdzie pozwana ogranicza się do stwierdzenia, że wartość tę biegły opracował szacunkowo przy wykorzystaniu wartości opałowej za okres od stycznia do listopada 2005 roku. Tymczasem stwierdzenie to jest uproszczeniem i nie przywołuje innej metody, jaką pozwana chciałaby wyliczyć tę wartość, podczas gdy wyliczenia zawarte w opinii wskazują metodologię stosowaną przy ustalaniu tej wartości zgodnie z regułami obowiązującymi w nauce w tym zakresie.

Podkreślił Sąd Okręgowy że to pozwana posiadała całą dokumentację techniczną, faktury w oryginale za dostarczony gaz, z którego produkował ciepło, których nie udostępniła na żądanie tego Sądu czy biegłego. Dopiero dostarczenie faktur w kopiach przez (...) pozwoliło zwiększyć wiarygodność obliczeń opinii biegłego.

Przyjęte w opinii ceny są zgodne z zapisami łączącej strony umowy. Wbrew twierdzeniom pozwanej umowa nie zawiera żadnego zobowiązania powoda do odbierania określonej z góry ilości ciepła, ani nie pozwala na ustalania zużycia ciepła inaczej, niż na podstawie liczników. Zatem pozwana nie ma podstaw do twierdzenia, że cena za 1 GJ była zbyt niska. Cena ta została ustalona w umowie podpisanej przez strony i bez względu na to, czy pozwana skalkulowała ją sobie przystępując do przetargu na podstawie własnych przewidywań, czy w oparciu o udostępnione jej przez powoda inne materiały w tym programy oszczędnościowe, została w umowie określona jednoznacznie i tak też obowiązywała. Umowa wyraźnie precyzuje, jakie są obowiązki stron, co sobie strony świadczą i co jest jej integralną częścią.

Do rozpoznania żądania głównego wystarczającym jest więc odpowiedź na pytanie o techniczne możliwości nadpłacenia należności i treść samej umowy. Skoro, więc Sąd Okręgowy za biegłym - przyjmując jego ustalenia - uznał, że powód nadpłacił za dostarczoną energię, to kwota ta należy się powodowi do zwrotu w powiększeniu o wypłacony 22 procentowy podatek VAT, wraz z odsetkami od dnia wyrokowania, to jest 15 lutego 2012 roku.

Sąd Okręgowy nie uwzględnił zarzutu pozwanej dotyczącego przedawnienia roszczenia, ponieważ roszczenie z tytułu nienależnego świadczenia przedawnia się w terminie 10 lat w przypadku powoda Skarbu Państwa, który jest osobą prawną nie prowadzącą działalności gospodarczej.

Powództwo wzajemne składało się faktycznie z dwóch niezależnych żądań.

Pierwsze z nich dotyczące kwoty 8.744.888,19 zł. to żądanie zapłaty za nieodebraną przez Jednostki Wojskowe w C., T. i M. energię cieplną w czasie trwania umów. Powódka wzajemna twierdzi, że pozwany wzajemny była zobowiązany do odebrania konkretnej ilości tej energii, a w wyniku nie podłączenia budynków ograniczał odbiór tej energii.

Zdaniem Sądu Okręgowego żądanie to jest bezzasadne.

Umowy zawarte przez strony nie wymieniają w żadnym ze swoich postanowień, że zamawiający będzie odbierał określoną ilość ciepła. Wskazują wyłącznie, że strony będą rozliczać się za dostarczoną energię przez dwa pierwsze lata, do czasu założenia liczników według ustalonego ryczału, a następnie według stanu liczników. Wpisano też w umowy sposób obliczania należności za tak dostarczaną energię. Umowy w żadnym miejscu nie wskazują też, że ich integralną częścią są "programy oszczędnościowe", jak chce tego powódka wzajemna. Powódka wzajemna od początku wiedziała, że umowy z żadną Jednostką Wojskową nie zawierają zastrzeżenia, iż pozwany wzajemny jest zobowiązany do kupienia określonej ilości energii cieplnej. Mimo to, konstruuje żądanie zapłaty za, jak to nazywa "nie odebraną energię cieplną", które to żądanie nie znajduje oparcia w umowie, a powódka wzajemna usiłuje doszukać się takiego oparcia "programach oszczędnościowych", nie będących elementem stosunku prawnego łączącego stron, co Sąd I instancji ustalił w oparciu o powołany w sprawie materiał dowodowy w postaci dokumentów i zeznań świadków. Z zeznań świadków B., G., W., R., O., O. jednoznacznie wynika, że "programy oszczędnościowe" zostały opracowane przez zamawiającego na jego własny użytek po to, by móc w oparciu o profesjonalnie przygotowane przez uprawnionych audytorów wyliczenia mieć podstawę do oceny propozycji przedstawianych przez startujących w przetargu. Programy te nie były później nigdy weryfikowane. Jedynie dobra wola zamawiającego sprawiła, że przedstawił ten dokument zainteresowanym, bo wiedzieli oni, że bez profesjonalnie wykonanego audytu zawartego w tym dokumencie mogą nie sprostać sporządzeniu własnej kalkulacji ceny, z którą chcieli wystąpić w przetargu. Poznanie tych wyliczeń pozwalało startującym na pełniejszą i bardziej realną ocenę swoich ofert, a jednocześnie nie musieli wyklądać kosztów na jej sporządzenie. Okoliczności te opisane przez świadków korespondują z treścią zawartych umów, dlatego zeznaniom tym należało dać wiarę.

Twierdzenia powódki wzajemnej, że istotne było w umowach to (choć faktycznie umowy takiego zapisu nie miały), aby określiły one minimalną ilość zamówionej energii nie znajdują, więc potwierdzenia nie tylko w umowach, ale też w treści zeznań świadków. Zdaniem Sądu logicznym jest w tej kwestii twierdzenie pozwanego wzajemnego, że celem modernizacji było właśnie zmniejszenie ilości pobieranego ciepła, zmniejszenie kosztów poboru tej energii i ogólne założenie dążenia do uzyskania oszczędności. W tej sytuacji ustalanie w umowie, że zamawiający kupi bez znajomości faktycznego zapotrzebowania energii po zakończeniu modernizacji, z góry ustaloną ilość energii cieplnej, kłóci się z celem, jaki zamawiający chciał osiągnąć w związku z modernizacją. Zwrócił uwagę Sąd Okręgowy na to, że kłopoty z wykonywaniem umowy, powódka wzajemna miała już w kwietniu 2003 r., kiedy to dostawca zagroził odcięciem dostaw gazu, a zatem jeszcze przed dniem 1 maja 2003 r., od którego miało zacząć obowiązywać rozliczanie stron według wskazań liczników. Ostatecznie od maja 2003 r. do czerwca 2004 r. zamawiający w obawie przed brakiem płatności przez wykonawcę za gaz przejął jego obowiązki w tym zakresie. Zdaniem Sądu ten brak dobrej kondycji finansowej już w tym momencie, jeszcze zanim strony zaczęły rozliczać się według wskazań liczników przemawia za tym, że od tej pory powódka wzajemna poszukiwała sposobów na wyjście z sytuacji kryzysowej. Jednym z nich było dążenie do narzucenia zamawiającemu, że ma obowiązek negocjować cenę i że zobowiązał się do zakupienia konkretnej ilości energii.

Za niezrozumiałe uznał Sąd Okręgowy zachowanie powódki wzajemnej, polegające na wyrażeniu zgody na zawieszenie wykonywania umów na okres od 8 czerwca 2006 r. do 8 czerwca 2007 r., w którym zamawiający był uprawniony nieodpłatnie do korzystania z dokonanych przez powódkę wzajemnego nakładów, bez zgłoszenia jakichkolwiek roszczeń z tytułu zamówionej, a nieodebranej energii. Co więcej, przed upływem tego okresu, w którym nie ponosiła jakichkolwiek kosztów w związku z jej wykonywaniem, wypowiedziała tę umowę, nie wspominając w piśmie z dnia 2 kwietnia 2007 roku o nieodebranej energii, a wyłącznie o odstąpieniu z powodu braku współdziałania pozwanego wzajemnego przy renegotjacji ceny za 1 GJ. Wypowiedzenie to uznał przy tym Sąd Okręgowy za nieskuteczne, bowiem jego podstawą mogło być wyłącznie pojawienie się okoliczności polegającej na nie zapłaceniu przez zamawiającego za dwa miesiące ceny za dostarczoną energię cieplną, co bezspornie nie miało miejsca. Znamienne jest przy tym stwierdzenie powódki wzajemnej w piśmie z dnia 6 listopada 2006 r., że jej zdaniem każda z podpisanych umów straciła rentowność już w latach 2003\2004, a więc praktycznie wtedy, gdy skończył się okres płacenia za energię

cieplną na podstawie ryczałtu. Podkreślił Sąd I instancji, że skala ustalonych braków w modernizacji była na tyle istotna, że mogła ważyć na ilości ciepła dostarczanego, a tym samym na rentowności całego przedsięwzięcia.

Twierdzenie o nie pobranej, a zakupionej przez pozwanego energii cieplnej pojawiało się po raz pierwszy w pozwie wzajemnym, nie znajdując potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym. Żądanie w tym zakresie było zatem gołosłowne i jako takie nie mogło zostać uwzględnione.

Drugie żądanie pozwu wzajemnego dotyczy zapłaty kwoty 12.149.738,23 zł. z tytułu zwrotu wartości inwestycji i nakładów poniesionych przy modernizacji infrastruktury cieplnej w jednostkach wojskowych.

Umowa z Jednostką Wojskową w M. zakładała w § 2 pkt 4, że przekazanie elementów infrastruktury nastąpi odpłatnie za kwotę stanowiącą 0,95% wielkości środków finansowych zainwestowanych przez wykonawcę w ich modernizację, których wysokość, stosownie do § 2 pkt 5, miała być ustalona na podstawie sprawdzonych i zatwierdzonych przez zamawiającego kosztorysów kalkulacyjnych za wykonane roboty opracowanych w oparciu o czynniki kosztów produkcji ustalone w wydawnictwie (...). Kwota ta miała być indeksowana. Powódka wzajemna przedłożyła kosztorysy, które sprawdzał inspektor inwestora-pozwanego wzajemnego. Nie wskazała jednak w trakcie procesu, ile do chwili wystąpienia z tym pozwem odzyskała włożonych pieniędzy z tytułu otrzymywania zapłaty za energię cieplną, co czyniło utrudnionym ustalenie kwoty jaka nie została jemu zrekompensowana. Sąd Okręgowy nie uznał za konieczne dokonywanie wyliczeń w tym zakresie, ponieważ z innej przyczyny powódka wzajemna nie może dochodzić tego roszczenia skutecznie.

Wskazał Sąd Okręgowy, że w dniu 8 czerwca 2006 r. strony zawarły porozumienie, zgodnie z którym zawiesiły wykonanie umowy na czas do dnia 8 czerwca 2007 r. Chodziło o to, aby powódka wzajemna miała czas na pokonanie swoich trudności finansowych, a pozwany wzajemny nie tracąc nic z uprawnień, mógł na własne potrzeby produkować energię cieplną na zmodernizowanej sieci. Strony ustaliły, że po roku zawieszenia powódka wzajemna na piśmie zgłosi gotowość do ponownego przystąpienia do wykonania umowy. Sankcją za nie zgłoszenie tej gotowości lub nie przystąpienie do kontynuowania świadczeń przez powódkę wzajemną było uprawnienie pozwanego wzajemnego do jednostronnego rozwiązania umów. Strony ustaliły również, że jeśli dojdzie do takiej sytuacji i umowa zostanie wskutek zaprzestania kontynuacji świadczeń przez powódkę wzajemną rozwiązana przez pozwanego wzajemnego to powódka wzajemna zrzeka się prawa dochodzenia roszczeń o zwrot poniesionych nakładów, a wynikających z umów.

Porozumienie to ma charakter szczególny, wyraźnie odnosi się do kwestii nakładów i podpisując taki zapis, który nie jest w swojej treści zwiły ani niezrozumiały, powódka wzajemna musiała być świadoma jego wagi i znaczenia, zwłaszcza – że w kontekście treści całego porozumienia - zastawało do uregulowania jedynie ewentualne roszczenie z tytułu nakładów. Strony zawierając umowę mogą ułożyć stosunek prawny według własnego uznania byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiała się naturze zawartej umowy, ustawom czy zasadom współżycia społecznego (art. 353¹ k.c.). Skoro powódka wzajemna od początku zawartych umów otrzymywała w cenie za 1 GJ dostarczonej energii określoną część z tytułu zwrotu kosztów modernizacji, w porozumieniu dotyczącym spłaty za te nakłady musiała brać ten fakt pod uwagę. Zdaniem Sądu Okręgowego powódka wzajemna kalkulowała korzyści wynikające z faktu, że otrzymała już częściowo spłaty nakładów w cenie za dostarczoną energię i dlatego uznała, że może pozwolić sobie na złożenie oświadczenia w porozumieniu o zrzeczeniu się roszczenia za nakłady. Porozumienie z 8 czerwca 2006 r. stanowi formę ugody stron w kwestii zmodyfikowania ich wzajemnych obowiązków i uprawnień (art. 917k.c.) tym bardziej, że strony cały czas rozmawiały w kwestii dopełnienia wykonania modernizacji instalacji i były ze sobą w kontakcie. W konsekwencji Sąd Okręgowy przyjął, że w drodze takiej modyfikacji umów powód wzajemny złożył skuteczne oświadczenie o zrzeczeniu się roszczenia o zwrot nakładów.

Sąd Okręgowy wyjaśnił, odwołując się do obowiązujących w tym zakresie przepisów, że jednostką organizacyjną Skarbu Państwa, z której działalnością wiąże się dochodzone roszczenie, jest Minister Obrony Narodowej z dookreśleniem, że dotyczy to tej części organizacyjnej, która zajmuje się w MON nieruchomościami, czyli (...) Zarządu (...) w S..

O kosztach procesu w zakresie obu powództw Sąd I instancji orzekł na podstawie art. 98 k.p.c., zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik sprawy.

Powyższy wyrok zaskarżyła w całości pozwana – powódka wzajemna Przedsiębiorstwo (...) spółka jawna z siedzibą w S., zarzucając:

1. błąd w ustaleniach faktycznych mający zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, a polegający na przyjęciu, że pozwana nienależycie wykonała umowę zawyżając ilości dostarczonej energii cieplnej oraz ustaleniu, że programy energooszczędnie nie stanowiły podstawy do określenia cen jednostkowych za dostarczane ciepło do jednostek wojskowych w T., C. i M.
2. błąd w ustaleniach faktycznych polegający na ustaleniu istnienia przesłanek do odstąpienia od umów przez pozwanego wzajemnie z winy powódki wzajemnej na podstawie porozumienia z dnia 08.06.2006r. oraz ustalenie braku podstaw do odstąpienia od umowy przez powódkę wzajemną na podstawie art. 640 k.c.
3. naruszenie § 10 umów Nr (...) polegające na przyjęciu, że jedyną podstawą do odstąpienia od umowy przez wykonawcę stanowi pkt. 2 § 10 poszczególnych z umów,
4. naruszenie przepisu art.410 k.c. wobec braku spełnienia przesłanek wymaganych tym przepisem,
5. naruszenie przepisu art. 324 §1 k.p.c. polegające na naruszeniu zasady swobodnej oceny materiału dowodowego poprzez oparcie rozstrzygnięcia na niepełnej, nielogicznej i sprzecznej wewnętrznie opinii biegłego oraz pominięcie wniosków dowodowych z dokumentów składanych w procesie przez powódkę wzajemną na okoliczności poczynionych przez nią nakładów, negocjacji zmiany stawki za jednostkę energii cieplnej lub włączenia do ogrzewania budynków wskazanych w umowach, dokonanych przez pozwanego wzajemnie jednostronnie wyłączenia budynków z ogrzewania, uniemożliwiania przez pozwanego wzajemnie realizacji całości umówionych prac modernizacyjnych, ilości nieodebranego przez pozwanego wzajemnie ciepła do wyprodukowania którego powódka wzajemna była gotowa.

Wskazując na tak sformułowane i rozwinięte w uzasadnieniu apelacji zarzuty, skarżąca wniosła o:

1. zmianę skarżonego wyroku w pkt. I, II, III i VI poprzez oddalenie powództwa głównego w całości oraz w pkt. II, III i IV poprzez obciążenie kosztami sądowymi i kosztami zastępstwa procesowego powoda głównego
2. zasądzenie od powoda na rzecz pozwanej kosztów procesu za II instancję wraz z kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych
3. uchylenie skarżonego wyroku w pkt. IV i V i skierowanie w tym zakresie sprawy do ponownego rozpoznania.

W odpowiedzi na apelację powód – pozwany wzajemny wniósł o jej oddalenie i zasądzenie na jego rzecz od pozwanej – powódki wzajemnej kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja tak co powództwa głównego, jak i powództwa wzajemnego, okazała się bezzasadna.

Na wstępie podkreślić należy, że zgodnie z art. 378 § 1 k.p.c. Sąd rozpoznaje sprawę w granicach apelacji; w granicach zaskarżenia bierze jedynie z urzędu pod uwagę nieważność postępowania. Powinność rozpoznania sprawy w granicach apelacji oznacza, między innymi, nakaz wzięcia pod uwagę, rozważenia i oceny wszystkich podniesionych w apelacji zarzutów i wniosków. Sąd odwoławczy rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest jednakże związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego. Oznacza to, że bez względu na stanowisko stron oraz zakres zarzutów - powinien zastosować właściwe przepisy prawa materialnego, a więc także usunąć ewentualne błędy prawne sądu pierwszej instancji, niezależnie od tego, czy zostały one wytknięte w apelacji.

Dla postępowania apelacyjnego znaczenie wiążące mają natomiast tylko takie uchybienia prawu procesowemu, które zostały przedstawione w apelacji i nie są wyłączone spod jego kontroli na podstawie przepisu szczególnego (por. art. 380 k.p.c.). Sąd odwoławczy rozstrzyga bowiem o zasadności roszczenia zgłoszonego w pozwie oraz o zasadności zarzutów zgłoszonych w apelacji. Skarżąca nie zarzuciła nieważności postępowania, a Sąd odwoławczy z urzędu jej nie stwierdził.

Pomimo oczywistego związku faktycznego obu rozpoznawanych w ramach niniejszego postępowania powództw, każde w z nich wykazuje tego rodzaju odmienności w zakresie podstaw orzekania, które – zważywszy na odmienny kierunek wniosków apelacyjnych w zakresie każdego z tych powództw – czynią uzasadnionym odrębne omówienie motywów, którymi kierował się Sąd Apelacyjny, wydając niniejszy wyrok.

Co do powództwa głównego.

Analizując treść zarzutów apelacji w tym zakresie nie ulega wątpliwości to, że koncentrują się one wyłącznie wokół kwestii procesowych, odnoszących się – najogólniej rzecz ujmując – do wadliwej oceny materiału dowodowego, skutkującej w konsekwencji nieprawidłowymi ustaleniami w zakresie faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Jakkolwiek bowiem pozwana zarzuciła Sądowi I instancji również naruszenie art. 410 k.c., tym niemniej zarówno sam sposób konstrukcji tego zarzutu, jak i jego uzasadnienie wskazują, że dotyczy on fazy subsumcji ww. normy do ustalonego – w ocenie skarżącej błędnie – stanu faktycznego. Stanowi on zatem wyłącznie konsekwencję wskazywanych w apelacji uchybień o charakterze procesowym. Ich bezzasadność oznaczać w konsekwencji samoistnie będzie także nieskuteczność tego zarzutu, w ramach którego pozwana nie zakwestionowała wykładni art. 410 k.c., a w szczególności tego, że spełnienie świadczenia w wykonaniu umowy w rozmiarze wyższym, niż wynikał z tej umowy, stanowi świadczenie nienależne w rozumieniu ww. przepisu.

Jak wynika z apelacji, zarzuty dotyczące błędnych ustaleń faktycznych dotyczą w istocie dwóch kwestii: po pierwsze wadliwego przyjęcia przez Sąd Okręgowy, że dostęp do czujników ciepła i liczników pomiarowych mieli wyłącznie pracownicy pozwanego, po drugie zaś zaprzeczeniu wnioskowi wynikającemu z opinii instytutu naukowego - Politechniki (...) co do zawyżenia przez pozwaną rachunków za dostarczoną energię cieplną, które powód w całości opłacił.

Podejmując pierwsze z przedstawionych wyżej zagadnień stwierdzić trzeba, że Sąd I instancji nadał nadmierne, a w istocie zbędne znaczenie (a w ślad za nim apelująca) możliwości dokonania przez pracowników pozwanej manipulacji przy układach pomiarowych dostarczanej energii cieplnej, na skutek czego mogło dojść do celowego zawyżenia ilości tej energii, jaką powód został obciążony. Przedmiotem roszczenia powoda jest kwota, stanowiąca – w jego ocenie – równowartość nadpłaty pomiędzy opłaconą przez powoda, a wartością rzeczywiście dostarczonej przez pozwaną energii cieplnej do Jednostki Wojskowej w M. w okresie od maja 2003 r. do listopada 2005 r. Powód wskazywał (a co potwierdziła opinia Politechniki (...)), że z zakupionej ilości gazu pozwana nie była w stanie – z przyczyn technicznych – wyprodukować takiej ilości tej energii, jaką został obciążony. Skoro zaś nie było przedmiotem sporu to, że wystawione przez pozwaną rachunki ze ten okres w pełni odzwierciedlają dokonane odczyty urządzeń pomiarowych, to ustalenie, czy na wielkość tych odczytów nieuprawniony wpływ miała pozwana, nie ma dla rozstrzygnięcia sprawy jakiegokolwiek znaczenia. Powód nie dochodził bowiem roszczenia w oparciu o przepisy o czynach niedozwolonych. Nienależny charakter świadczenia, polegającego na czynieniu więcej, niż się jest do tego na podstawie umowy zobowiązany, ma charakter obiektywny, niezależny od tego, jakie czynniki tego rodzaju niezgodność wywołały. To zaś, że w okolicznościach sprawy nie zaistniała którakolwiek z przesłanek określonych w art. 411 k.c., wykluczających możliwość domagania się zwrotu tego świadczenia, nie było kwestionowane.

Jedynie porządkująco wskazać trzeba, że ustalenie Sądu Okręgowego, jakoby dostęp do układów pomiarowych instalacji cieplnej mieli wyłącznie pracownicy pozwanej jest nieprawidłowe. Przeczy temu bowiem już nie tylko bezsporna okoliczność, że część z tych pomieszczeń, z uwagi na ich charakter (min. stołówka, biuro przepustek, magazyny, izba chorych, itp.) nie mogła być z istoty rzeczy wyłączona z użytkowania przez powoda, ale również fakt dokonanej w dniu 13 lutego 2004 r. kontroli układów pomiarowych, bez udziału pozwanej. Symptomatyczne

jest, że nie kwestionuje tego sam powód, zaprzeczając jedynie temu, aby dostęp do pomieszczeń, w których się one znajdowały, miała nieograniczona liczba osób (vide: odpowiedź na apelację k. 3564). Okoliczność ta nie może wszakże czynić uzasadnioną niewypowiedzianą wprost supozycję skarżącą, jakoby do nieprawidłowych wskazań liczników doprowadził sam powód. Przeczy bowiem elementarnym zasadom logiki teza, że osoby za które ponosił on odpowiedzialność dokonywały manipulacji w urządzeniach pomiarowych po to, aby doszło do zawyżenia ich odczytu, a w konsekwencji płacenia za coś, czego powód nie otrzymał.

Uchyłał się od możliwości merytorycznej kontroli zarzut pozwanej, że powód miał możliwość założenia swoich plomb już w lutym 2004 r. Nie wskazała ona bowiem, jaki okoliczność ta miała wpływ na dochodzone przez powoda roszczenie.

Przechodząc do oceny tej części argumentów pozwanej, które dotyczyły ustaleń i wniosków Sądu I instancji, dokonanych w oparciu o opinie Politechniki (...), w pierwszej kolejności odnieść się należało do zarzutu dotyczącego wadliwego ustalenia, że od 2003 r. Jednostka Wojskowa w M. była opalana wyłącznie przy użyciu gazu. Kwestia ta, jakkolwiek immanentnie związana z samymi opiniami, posiadała charakter wykraczający poza ich zakres, dotyczący ustaleń faktycznych, które winny być dokonane w oparciu o inny, niż te opinie, materiał dowodowy. Odmienne stanowisko Sądu Okręgowego w tym zakresie nie zasługiwało na uwzględnienie. Słusznie bowiem wskazała w apelacji powódka, że w sprawie nie było objęte elementem sporu to, że inne paliwa jak koks, miał, czy olej opałowy nie mogły być spalane w kotłach zasilanych gazem. Tymczasem Sąd I instancji, błędnie interpretując to w istocie bezsporne stwierdzenie opinii uznał, że stanowi ono podstawę do ustalenia, że takie inne paliwa, nie były w spornym okresie w ogóle wykorzystywane do wytwarzania energii cieplnej w jednostce Wojskowej w M..

W celu uzupełnienia materiału dowodowego w tym zakresie, Sąd Apelacyjny na rozprawie w dniu 26 czerwca 2014 uzupełniająco przesłuchał świadka A. O. oraz współnika pozwanej J. B. (k. 3635). Dowody te, w konfrontacji z już zgromadzonym materiałem procesowym, nie pozwalały na przyjęcie za wiarygodną wersji pozwanej. Zauważyć bowiem należy, że poza J. B., którego zeznania – choć o wysokim stopniu ogólności – wskazują, że pozwana korzystała w tym okresie, a zwłaszcza w jego początkowej fazie, z innych paliw, inne dowody nie dają wystarczającej podstawy do tego

rodzaju wnioskowania. Z samej obecności w tym okresie na terenie Jednostki Wojskowej w M. kotłów na inne paliwo nie wynika w żaden sposób, że były one użytkowane, zwłaszcza jeśli zważyć, że stanowiły one element uprzednio wykorzystywanej infrastruktury. Z kolei wezwanie do demontażu kotłowni w niewyremontowanej części z dnia 7 lipca 2004 r., stanowi wyłącznie dowód żądania wykonania przez pozwaną łączącej strony umowy. Twierdzenia dotyczące zakupionego od powoda paliwa, które pozwana musiała zużyć w żaden sposób nie świadczą o tym, że paliwo to było wykorzystywane w Jednostce Wojskowej w M. (strony łączyły przecież umowy dotyczące innych Jednostek Wojskowych), a zwłaszcza, że korzystanie z niego miało miejsce w okresie, którego dotyczy spór, min. z uwagi na występujące awarie, które to twierdzenie jest z kolei całkowicie gołosłowne. Pozwana nie dostrzega, że w oczywistej sprzeczności z jej wersją pozostaje niekwestionowane przez nią ustalenie Sądu I instancji, że już w kwietniu 2003 r. zaczęła mieć problemy z płatnościami za gaz, co w ostateczności doprowadziło do przejścia tych płatności przez powoda. Niepodobna bowiem przyjąć w świetle zasad doświadczenia życiowego, że pozwana – kierująca się przecież rachunkiem ekonomicznym – doprowadziłaby do tego rodzaju perturbacji, gdyby istotnie dysponowała nie tylko innym paliwem, ale i możliwością jego wykorzystania do produkcji energii cieplnej przy wykorzystaniu tzw. starej infrastruktury. Skoro tego nie uczyniła, to jedynym możliwym, z punktu widzenia zasad logicznego rozumowania, jest wniosek, że taki sposób produkcji energii cieplnej był już w tym czasie niemożliwy. Wbrew pozwanej, pozytywne dla niej wnioski w tym zakresie nie wynikają również z treści notatki z dnia 20 października 2003 r. (k. 3401), dotyczącej budynku nr (...). Wskazano w niej bowiem tylko to, że budynek ten przewidywany jest do podłączenia do ogrzewania, które odbywać się będzie starym przyłączem, nie definiując, czy przyłącze to w budynku kotłowni jest podłączone do nowego, czy starego kotła. Równie uprawnione jest zatem przyjęcie – w oparciu o ten dokument – że zasilanie tego budynku miało odbywać się z kotła zasilanego gazem. Wersji pozwanej co do rzeczywistego znaczenia tej notatki, nie potwierdził świadek O. (protokół rozprawy z dnia 26 czerwca 2014 r., 00:02:53 – 00:11:00 k. 3635), który uczestniczył w jej sporządzeniu i jednoznacznie zaprzeczył temu, aby budynek ten był zasilany z kotłowni opalanej innym, niż

gaz, paliwem. Oczywistym jest również, że z twierdzeń pozwanej o istnieniu kotłów na inne paliwo w Jednostkach Wojskowych w T. i C. nie wynika w żadnej mierze, że kocioł taki był wykorzystywany w spornym okresie w Jednostce Wojskowej w M..

Nie jest w konsekwencji skuteczny zarzut pozwanej, wskazujący na zawyżenie w opinii Politechniki (...) ilości zużytego ciepła uzyskanego ze spalania gazu o 731,80 GJ, poprzez uwzględnienie – za rok 2004 - ustalonego ryczałtowo zużycia ciepła w budynku nr (...), skoro materiał dowodowy nie pozwolił na ustalenie, że budynek ten zasilany był energią uzyskiwaną z kotłowni opalanej innym paliwem.

Sąd odwoławczy nie znalazł podstaw do zakwestionowania waloru wiarygodności sporządzonych w niniejszej sprawie opinii Politechniki (...). Zarzuty, które opiniom tym skarżąca przeciwstawiła w samej apelacji oraz piśmie z dnia 24 kwietnia 2013 r. (k. 3582 -3583), stanowiły bądź to wyłącznie polemikę z ich treścią, wywołaną aktualną sytuacją procesową pozwanej, bądź też rezultat niedopuszczalnych uproszczeń, jak w szczególności kwalifikować należy przedstawione przez skarżącą wyliczenia matematyczne.

Wbrew apelującej, opinii Politechniki (...) w zakresie przyjętych współczynników sprawności kotłów gazowych i strat na przesyłach ciepła, nie sposób postawić zarzutu dowolnej. Do wszystkich zarzutów w tym zakresie autorzy opinii odnieśli się w opiniach uzupełniających, logicznie i w sposób przystępny uzasadniając swoje stanowisko w tym zakresie. Istota dowodu z opinii biegłego (instytutu naukowego) przejawia się w tym, że jego efektem jest dostarczenie sądowi wiedzy specjalnej, pozwalającej na dokonanie właściwej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego. Elementem tej wiedzy, w realiach niniejszej sprawy, są wiadomości dotyczące sprawności kotłowni gazowych i sieci przesyłowych energii cieplnej. Ich odniesienie do infrastruktury technicznej wykonanej przez pozwaną, pozwoliło na określenie w opinii wielkości kwestionowanych przez skarżącą współczynników. Określenie to jest z istoty rzeczy szacunkiem, bowiem w innym przypadku (tj. posiadania pewnych, wynikających wprost z wiarygodnych dowodów danych) wydawanie opinii w tym zakresie byłoby zbędne. Ich dokonanie jest zatem immanentnym wyróżnikiem sporządzanych w tego rodzaju sprawach opinii. O ile zatem w opinii zawarte są tego rodzaju wskazania, które pozwalają zrationalizować – z punktu widzenia zasad logiki i doświadczenia życiowego – proces dojścia przez biegłych do przedstawionego, szacunkowego, wyniku, to nie może być ona skutecznie kwestionowana. Odmienne stanowisko w tej materii prowadziłoby w istocie rzeczy do zakwestionowania znaczenia dowodu z opinii biegłego odwołującego się do danych szacunkowych, skoro w każdej sprawie, w której została ona wydana, strona mogłaby ją w sposób swobodny, nieskrępowany koniecznością przytoczenia argumentów merytorycznych, zdyskredytować.

Podkreślić w tym miejscu należy, że zarówno w opinii głównej jak i dwóch opiniach uzupełniających Politechnika (...) w sposób nadzwyczaj szczegółowy odniosła się do wszystkich zarzutów pozwanej w tym zakresie. W tym kontekście za całkowicie gołosłowne, choć zrozumiałe z punktu widzenia interesów procesowych pozwanej, uznać należało jej twierdzenie, jakoby sprawność kotłów winna zostać określona na poziomie 95%. Podobnie kwalifikować należy zastrzeżenia dotyczące współczynnika strat na przesyłach ciepła.

Przedstawione wyżej uwarunkowania, dotyczące uprawnień biegłych do przyjęcia – na potrzeby sporządzanej opinii - określonych założeń (szacunków), byleby tylko znajdowały one uzasadnienie w posiadanej przez nich wiedzy specjalnej i mogły być zastosowane w okolicznościach konkretnej sprawy, odnieść w całości należy do zarzutu pozwanego, dotyczącego przyjętej przez Politechnikę (...) szacunkowej wartości opałowej gazu za okres od maja 2003 r. do grudnia 2004 r. Zarzut apelacji w tym zakresie kwalifikowany przy tym być musi wyłącznie jako zgłoszony na użytek apelacji, skoro nie stanowił on przedmiotu zastrzeżeń pozwanej do opinii uzupełniającej nr 1 (vide: pismo procesowe pozwanej z dnia 10 lutego 2011 r. k. 3324 – 3325). Umyka przy tym skarżącej, że wskazując w dalszych wywodach apelacji na brak podstaw do uwzględnienia powództwa już za okres od maja 2004 r. (k. 3477), oparła się na tychże szacunkach Politechniki (...) co do wartości opałowej gazu za okres od maja do grudnia 2004 r. Wydaje się zatem nie spełniać reguł logicznego wywodu teza, że szacunki te za ten okres były prawidłowe, zaś za okres wcześniejszy tego przymiotu winny być pozbawione, choć zostały przecież one oparte na tych samych kryteriach.

Zważywszy na fakt, że zastrzeżenia powódki do opinii Politechniki (...) oparte były w istocie rzeczy na błędnym przyjęciu wyżej opisanych szacunków, zdyskredytowanie jej stanowiska w tym zakresie, samoistnie skutkuje wnioskiem, że o wadliwości tej opinii nie może być mowy.

Dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy pozbawione są jakiegokolwiek znaczenia wyliczenia przedstawione przez skarżącą na stronach 5- 7 apelacji (k. 3473 – 3474). Posiadają one bowiem charakter wrywkowy, odnosząc się wyłącznie do części okresu objętego sporem. Wynikać z nich może wyłącznie co najwyżej to, że w okresie od maja 2004 r. do listopada 2005 r., z tytułu dostarczanej przez pozwaną energii cieplnej powódka nie posiadała nadpłaty. W żadnej mierze nie oznaczają one tego (także skarżąca tak nie twierdzi), że w okresie od kwietnia 2003 r. do kwietnia 2004 r., nie wystąpiła dysproporcja w ekwiwalentności wzajemnych świadczeń, w wysokości ustalonej w opiniach Politechniki (...).

Sąd Apelacyjny pominął, na zasadzie art. 381 k.p.c., wniosek pozwanej zgłoszony na rozprawie apelacyjnej w dniu 18 kwietnia 2013 r. (k. 3578), sprecyzowany w piśmie z dnia 24 kwietnia 2013 r. (k. 3582). Zgodnie z tym przepisem, sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynikła później. Podkreślenia wymaga, iż przepis ten nie służy wykrywaniu i zbieraniu nowych okoliczności faktycznych i środków dowodowych, a jedynie otwarciu się możliwości dowodzenia okoliczności faktycznych, wcześniej niemożliwych do wykazania z przyczyn obiektywnych (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2009 r. I CSK 158/09, LEX nr 533833). Tymczasem okoliczność, na którą pozwana zgłosiła ten dowód była znana i co więcej, stanowiła przedmiot postępowania dowodowego przed Sądem I instancji w zakresie dowodu z opinii Politechniki (...). Jak zaś wynika z akt sprawy, po złożeniu przez ten instytut naukowy opinii uzupełniającej nr 2 pozwana podtrzymała jedynie, już uprzednio zgłoszone zastrzeżenia do opinii, nie formułując jakiegokolwiek wniosku dowodowego w kierunku sporządzenia opinii uzupełniającej przez ten podmiot lub dopuszczenia dowodu z opinii innego biegłego lub instytutu naukowego. W sytuacji zatem, w której nie istniała jakkolwiek obiektywna przeszkoda, aby dowód ten zgłosić w toku postępowania pierwszoinstancyjnego, przy uwzględnieniu braku choćby próby wykazania, że jego wcześniejsze zgłoszenie nie było możliwe, bądź też, że potrzeba jego powołania pojawiła się później odwoławczego, uzasadnionym było jego pominięcie. Obowiązki wynikające z art. 6 k.c. w zw. z art. 232 zd. pierwsze k.p.c. winny być realizowane przez stronę w postępowaniu pierwszoinstancyjnym, a przed sądem odwoławczym tylko w drodze wyjątku określonego w art. 381 k.p.c., który w rozpatrywanym przypadku nie zachodził

Na marginesie jedynie wskazać należy, że wskazana w piśmie z dnia 24 kwietnia 2014 r. teza dowodowa, nie wpisywała się w zakres znaczeniowy dyspozycji art. 227 k.p.c., wedle którego przedmiotem dowodu mogą być wyłącznie fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy. Wskazane w punkcie 1 tej tezy granice czasowe obliczeń, jakie miałyby być uzupełniająco dokonane (od maja 2004 r. do listopada 2005 r.), nie obejmowały bowiem pełnego okresu objętego sporem. Nawet zatem gdyby ustalenia w tym zakresie były zgodne z oczekiwaniami skarżącej, to nie oznaczałyby one bezzasadności powództwa. Z kolei teza z punktu 2 zawierała w swojej treści założenie, że w Jednostce Wojskowej w M. wykorzystywane były do produkcji energii cieplnej - w tym okresie – także koks i miał węglowy. Skoro twierdzenie to, także w wyniku uzupełniającego postępowania dowodowego okazało się niewiarygodne (vide: uwagi przedstawione wyżej), to tym samym zdezuktalizowała się istotność – z punktu widzenia art. 227 k.p.c. – tak określonego dowodu.

W konsekwencji przedstawionych wyżej uwag stwierdzić należy, że zaskarżony wyrok w zakresie powództwa głównego, pomimo częściowo wadliwego uzasadnienia, w całości odpowiadał prawu w wyniku czego Sąd Apelacyjny orzekł jak w punkcie I sentencji, na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego tożsamy z kosztami zastępstwa procesowego powoda w tym postępowaniu, orzeczono na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 98 i 99 k.p.c., przy uwzględnieniu dyspozycji art. 11 ust. 3 ustawy z dnia 8 lipca 2005 r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa (Dz.U. 2013.1150 j.t.), ustalając wysokość wynagrodzenia w oparciu o § 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.)

Co do powództwa wzajemnego.

Odnosząc się do tej części wywodów apelacji, kwestionujących kompletność materiału dowodowego, co przejawiać się miało w oddaleniu wniosków dowodowych powódki wzajemnej na okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia o zasadności obu żądań zgłoszonych w pozwie wzajemnym, a szczegółowo opisanych w apelacji (str. 10 k. 3475v), wyjaśnić należy skarżącej, że utraciła ona prawo do powoływania się na to uchybienie na etapie postępowania apelacyjnego. Zgodnie z art. 162 k.p.c. strony mogą w toku posiedzenia zwrócić uwagę sądu na uchybienia przepisom postępowania, wnosząc o wpisanie zastrzeżenia do protokołu. Stronie, która zastrzeżenia nie zgłosiła, nie przysługuje prawo powoływania się na takie uchybienia w dalszym toku postępowania, chyba, że chodzi o przepisy postępowania, których naruszenie Sąd winien wziąć pod uwagę z urzędu, albo strona uprawdopodobni, że nie zgłosiła zastrzeżeń bez swojej winy. Znaczenie regulacji art. 162 k.p.c. aktualizuje się w postępowaniu odwoławczym. Stwierdzić zatem trzeba, iż jeśli sąd wyda postanowienie o oddaleniu wniosków dowodowych (jak też o dopuszczeniu określonych dowodów), uczestnik postępowania, w celu skutecznego powoływania się w dalszym toku postępowania na zarzuty mające prawidłowość tego rodzaju postanowienia podważyć, powinien zgłosić do protokołu zastrzeżenia w trybie art. 162 k.p.c. (tak min. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2008 r. o sygn. akt III CZP 50/08, opubl. OSNC 2009/7-8/103, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 kwietnia 2010 r., II PK 127/09, opubl. M.P.Pr. 2011/1/33-39). Strona nie może więc skutecznie zarzucać w apelacji uchybienia przez Sąd I instancji przepisom postępowania, dotyczącego oddalenia wniosków dowodowych, jeżeli nie zwróciła uwagi sądu na to uchybienie (art. 162 k.p.c.).

Przenosząc powyższe rozważania prawne do realiów przedmiotowej sprawy stwierdzić należy, iż powódka wzajemna nie mogła wyartykułować w sposób skuteczny zarzutu, który dotyczył pominięcia przez Sąd Okręgowy opisanych w apelacji dowodów. Jak bowiem wynika z treści protokołu z rozprawy z dnia 2 lutego 2012 r., na której Sąd Okręgowy wydał postanowienie w przedmiocie oddalenia tych wniosków dowodowych, obecna był na niej pełnomocnik powódki wzajemnej oraz jej współnik, a brak jest w nim zapisu o zwróceniu przez nich uwagi na uchybienie procesowe w trybie 162 k.p.c. (vide: treść protokołu rozprawy na k. 3420 - 3421).

Stosownie do przedstawionych wyżej uwag Sąd Apelacyjny jest obowiązany zarzut w tym zakresie pominąć, bez potrzeby dokonywania jego merytorycznej oceny.

Dla zapewnienia czytelności niniejszego uzasadnienia, dalsze uwagi dotyczące motywów wyroku w zakresie powództwa wzajemnego, zostaną przedstawione odrębnie co do każdego z dochodzonych nim roszczeń.

1. Żądanie zapłaty kwoty 8.744.888,19 zł. stanowiącej równowartość nieodebranej energii cieplnej przez Jednostki Wojskowe w C., M. i T..

W pierwszej kolejności ustalenia wymagał (bowiem czynności tej Sąd Okręgowy zaniechał) charakter prawny tego roszczenia, skoro ustalenie w tym przedmiocie determinuje określenie prawotwórczych przesłanek dla jego dochodzenia, a w dalszej kolejności wyznacza te okoliczności faktyczne, które posiadają dla rozstrzygnięcia walor istotności. Nie wydaje się wymagać pogłębionych analiz wniosków, wynikający z twierdzeń powódki wzajemnej, że roszczenie to, związane jest z niewykonaniem przez pozwaną trzech umów na wykonanie modernizacji oraz zarządzanie infrastrukturą ciepłą w Jednostkach Wojskowych w C., M. i T. (vide: treść pozwu wzajemnego k. 322 – 388). Stanowi ono zatem *sui generis* roszczenie odszkodowawcze, o którym mowa w art. 471 k.c. Przepis powyższy nakłada na uprawnionego obowiązek łącznego wykazania:

- niewykonania lub nienależytego wykonania przez dłużnika zobowiązania,
- faktu poniesienia szkody oraz jej wysokości,

- normalnego, adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania, a szkodą.

Nie ulega przy tym wątpliwości, że nie wykazanie którejkolwiek z tak opisanych przesłanek niweczy skuteczność tego roszczenia, bez potrzeby wykazywania przez dłużnika – w celu zwolnienia się z obowiązku zapłaty odszkodowania – że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. W tak opisanych uwarunkowaniach prawnych analiza zgromadzonego w sprawie materiału procesowego jednoznacznie wskazuje, że powódka wzajemna całkowicie wadliwie określiła szkodę, jakiej miała w wyniku działań pozwanego wzajemnego doznać, dodatkowo nie oferując jakichkolwiek dowodów (także tych oddalonych przez Sąd I instancji) na okoliczność wysokości szkody, której przy ukształtowanej przez siebie przedmiotowej podstawie faktycznej powództwa, mogłaby ewentualnie dochodzić. Zgodnie z art. 361 § 2 k.c. szkoda rozumiana jako uszczerbek w majątku uprawnionego przebrać może poniesione przez niego straty (*damnum emergens*) lub utracone korzyści (*lucrum cessans*). Skoro powódka wzajemna twierdzi, że poniesioną przez nią szkodą jest kwota, która nie wpłynęła do jej majątku (a nie równowartość kwoty uprzednio wydatkowanej), to nie budzi wątpliwości wniosek, że domaga się ona tej postaci szkody, która związana jest z utraconymi korzyściami. Nie dostrzega wszakże skarżąca, że wyróżnikiem tej postaci szkody nie jest to, co w wykonaniu umów pozwany wzajemny byłby jej ewentualnie zobowiązany świadczyć, lecz wyłącznie rzeczywiście utracona korzyść, stanowiąca różnicę pomiędzy tym, co miał świadczyć pozwany wzajemny, a kwotą którą powódka wzajemna zaoszczędziła, nie realizując swojego świadczenia wzajemnego. W konsekwencji, powódka wzajemna zgodnie ze spoczywającymi na niej na podstawie art. 232 k.p.c. obowiązkami, winna określić swoją szkodę w sposób wyżej opisany i co nie mniej istotne, zaoferować dowody na okoliczność wykazania obu tych wartości. Dopiero bowiem ich zestawienie pozwala stwierdzić, jaki jest rzeczywisty uszczerbek majątkowy skarżącej. Tymczasem zdefiniowała ona swoją szkodę jako równowartość tego, co pozwany wzajemny miał jej świadczyć (vide: wyliczenie wysokości szkody na k. 351, potwierdzone w apelacji k. 3475), a co jest oczywiście niewystarczające, skoro tak ukształtowane roszczenia prowadziłyby do oczywiście bezpodstawnego wzbogacenia powódki wzajemnej, poprzez utożsamienie szkody z przychodem, bez uwzględnienia kosztów jego uzyskania (zakup paliwa, płace, amortyzacja, remonty, itp.).

W konsekwencji wadliwie zdefiniowanej szkody, prowadzącej do zaniechania zgłoszenia dowodów dla wykazania szkody (i jej wysokości), której powódka wzajemna na wskazanej przez siebie podstawie faktycznej roszczenia mogłaby żądać, powództwo wzajemne w tym zakresie okazało się nieuzasadnione, dezaktualizując tym samym potrzebę szczegółowej oceny zarzutów przeciwstawionych w apelacji zaskarżonemu orzeczeniu.

Jedynie ubocznie - bowiem kwestia ta z opisanych wyżej przyczyn nie ma dla rozstrzygnięcia sprawy istotnego znaczenia – wskazać trzeba, w zakresie zarzutu powoda wzajemnego dotyczącego błędu w ustaleniu, że tzw. programy energooszczędne nie stanowiły podstawy do określenia wielkości energii cieplnej, jaką pozwany wzajemny miał obowiązek odbierać, że Sąd Apelacyjny w całości podziela argumentację zaprezentowaną przez Sąd I instancji bez potrzeby jej powielania. Ferując w apelacji swoją wersję (*nota bene* odmienną niż w pozwie wzajemnym, gdzie obowiązek zapłaty miał wynikać z samego faktu okazania powódce wzajemnej tych programów k. 330), skarżąca nie dokonuje właściwego rozróżnienia dwóch kwestii. Czym innym jest bowiem to, czy programy te stanowiły podstawę do przygotowania oferty (w tym kalkulacji ceny jednostkowej) w postępowaniu przetargowym i czy miały one znaczenie dla oceny przez powódkę wzajemną ryzyk związanych z zawarciem umów , a czym innym ustalenie, że stanowiły one element umów, kreujący wzajemne zobowiązania stron. Tylko zaś w tym drugim przypadku powódka wzajemna mogłaby skutecznie wskazywać, że pozwany wzajemny umowy w tym zakresie nie wykonał, co rodzi jego odpowiedzialność odszkodowawczą. Tymczasem, także w oparciu o dowody przywołane w apelacji, brak jest podstaw do pozytywnego dla powódki wzajemnej ustalenia w tym zakresie. I tak z § 1 lit B umowy nr (...) wynika wyłącznie to, że program energooszczędny określał zakres modernizacji infrastruktury, wyszczególniony w umowie w § 1 lit B a-j. Z tego zapisu w żaden sposób nie można wyprowadzić zobowiązania się pozwanego wzajemnego do odbierania energii w ilości określonej w tym programie. Z kolei twierdzenie, że umowa nr(...) zawiera analogiczny jest całkowicie kontrfaktyczny: w § 1 lit B tej umowy brak jest jakiegokolwiek odwołania się do programu energooszczędnego. Co zaś

się tyczy umowy dotyczącej Jednostki Wojskowej w C., to sama skarżąca nie znalazła tego rodzaju jej zapisów, które dałyby asumpt do wnioskowania, że jej integralną częścią jest program energooszczędny.

Podkreślić w tym miejscu dodatkowo trzeba, że Sąd Apelacyjny nie dopatruje się związku z przedmiotowym roszczeniem (podobnie jak z żądaniem, o którym mowa niżej) kwestii nieprawidłowego ustalenia przez Sąd I instancji, że w dwóch pierwszych latach obowiązywania umów, za dostarczoną energię ciepłą strony będą rozliczać się ryczałtowo. Jako że powiązania tej okoliczności z istotnymi dla rozstrzygnięcia sprawy faktami nie wskazała również powódka wzajemna, ocena zasadności tego zarzutu była całkowicie zbędna.

2. Żądanie zapłaty kwoty 12.149.738,23 zł. z tytułu zwrotu nakładów poniesionych przez powódkę wzajemną na modernizację infrastruktury służącej do produkcji i przesyłu energii cieplnej na terenie Jednostek Wojskowych w C., M. i T..

Także w przypadku tego roszczenia pierwszoplanową kwestią jest dokonanie jego prawnomaterialnej kwalifikacji. Powódka wzajemna twierdziła, że pismami z 2 kwietnia i 21 maja 2007 r. odstąpiła od umów nr (...) (k. 337), co implikowało po stronie pozwanego wzajemnego obowiązkiem zwrotu równowartości spełnionego na jej rzecz świadczenia. Abstrahując od prawdziwości tego twierdzenia, bowiem w aktach sprawy znajduje się jedynie jej pismo z dnia 2 kwietnia 2007 r., dotyczące wyłącznie odstąpienia od umowy nr (...) (k. 221, 594), tak opisanе żądanie kwalifikować należy jako oparte na dyspozycji art. 494 k.c. W jego ramach, skoro zwrot świadczenia w naturze nie był możliwy, powódka wzajemna mogłaby domagać się jego równowartości w pieniądzu, po uprzednim wezwaniu pozwanego wzajemnego do zapłaty, co nastąpiło dopiero w pozwie wzajemnym, w granicach, w jakich świadczenie to nie zostało jeszcze przez drugą stronę zrekompensowane. Obowiązkiem powódki wzajemnej było zatem tak ukształtowane świadczenie wykazać. Nie spełnia tego wymogu powołanie się na sporządzone przez siebie kosztorysy, nie poddane weryfikacji w drodze dowodu z opinii biegłego (jak wyżej wskazano, skarżąca utraciła prawo do powołania zarzutu w tym przedmiocie), a dodatkowo nie uwzględniające tego, co powódka wzajemna otrzymała od pozwanej wzajemnej tytułem zwrotu nakładów w trakcie obowiązywania umów.

Z tej też przyczyny nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy te zarzuty skarżącej, które dotyczyły istnienia podstawy prawnej do domagania się negocjowania ceny jednostkowej dostarczanej energii cieplnej oraz do złożenia przez nią skutecznego oświadczenia o odstąpieniu od poszczególnych umów, czy też bezskuteczności oświadczenia pozwanego wzajemnego o rozwiązaniu tych umów w dniu 13 czerwca 2007 r. Wyjaśnić jedynie w sposób syntetyczny należy skarżącej, że zawarte przez strony w dniu 8 czerwca 2006 r. porozumienie zawieszало wykonywanie wszystkich umów na okres jednego roku, tj. do dnia 8 czerwca 2007 r. Okoliczność ta samoistnie, co do zasady, dyskredytuje wywody apelacji, które wskazywały na istnienie zarówno ustawowych (art. 640 k.c.) jak i umownych podstaw odstąpienia od umowy, skoro każda z nich odwoływała się do braku współdziałania zamawiającego w ich wykonaniu. Tymczasem oczywistym jest, że w okresie zawieszenia wykonywania umowy, a zatem braku po stronie pozwanego wzajemnego tego rodzaju obowiązku, tak opisanego zarzutu postawić jemu nie sposób. W okresie tym pozwany wzajemny nie miał obowiązku renegegowania cen (abstrahując od zasadności twierdzeń powódki wzajemnej w tej materii), a zatem nie mógł naruszyć umowy w sposób, który pozwalałby na uznanie oświadczenia skarżącej za wywołujące zamierzone przez nią skutki prawne (vide: § 2 ust. 4 porozumienia). Nie ma w tym zakresie znaczenia szeroko przywoływana przez powódkę wzajemną wcześniejsza korespondencja dotycząca tej kwestii: przesłanki odstąpienia od umowy muszą bezwzględnie istnieć w dacie złożenia oświadczenia w tym przedmiocie, co – z przyczyn wyżej wskazanych – bezspornie nie zaistniało.

Porządkująco wskazać w tym miejscu trzeba, że zapis § 4 ust. 3 porozumienia, dotyczący zrzeczenia się przez powódkę wzajemną roszczeń z tytułu nakładów poniesionych w wykonaniu wszystkich trzech umów, którego formalnej skuteczności powódka wzajemna nie kwestionuje (twierdziła ona jedynie, że złożyła wyprzedzające oświadczenie o odstąpieniu od umowy), winien być kwalifikowany jako umowa o zwolnienie z długu przyszłego, w rozumieniu art. 508 k.c. Treść § 4 ust. 2 nadaje tej umowie charakter warunkowy, pod warunkiem zawieszającym w rozumieniu art. 89 k.c. (tj. pod warunkiem braku gotowości lub nie przystąpienia przez wykonawcę do wykonywania umów i złożenia przez zamawiającego oświadczenia o ich rozwiązaniu). W okolicznościach analizowanej sprawy bezsporne jest, że obie

te okoliczności faktyczne zaistniały, a tym samym zmaterializował się skutek umowy o zwolnienie z długu w postaci wygaśnięcia zobowiązania pozwanego wzajemnego z tytułu zwrotu nakładów. Także zatem i z tej przyczyny, ta część powództwa wzajemnego nie mogła zostać uwzględniona.

Tak argumentując Sąd Apelacyjny orzekł jak w punkcie III sentencji, na podstawie art. 385 k.p.c., rozstrzygając o należnych pozwanemu wzajemnemu od powódki wzajemnej kosztach zastępstwa procesowego na podstawie tych samych przepisów, które stanowiły podstawę orzekania o kosztach postępowania apelacyjnego w zakresie powództwa głównego.

Orzeczenie z punktu V wyroku dotyczy obowiązku pokrycia przez powódkę wzajemną, jako przegrywającą proces, tymczasowo wyłożonych przez Sąd Apelacyjny kosztów stawiennictwa świadka A. O. na rozprawę w dniu 26 czerwca 2014 r. i znajduje swoje uzasadnienie w treści 83 ust. 2 w zw. z art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz.U. 2014.1025 j.t.).

SSA D. Jezierska SSA A. Kowalewski SSA T. Żelazowski