

Sygn. akt I ACa 728/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 listopada 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny w składzie:

Przewodnicząca: SSA Joanna Walentkiewicz – Witkowska (spr.)

Sędziowie: SA Małgorzata Stanek

SA Dariusz Limiera

Protokolant: st. sekr. sąd. Kamila Jarosińska

po rozpoznaniu w dniu 19 listopada 2015 r. w Łodzi

na rozprawie

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

przeciwko **Zakładowi (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w G.**

o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 17 lutego 2015 r. sygn. akt X GC 117/12

1. **oddala apelację;**

2. **zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na rzecz Zakładu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G. kwotę 2.700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

Sygnatura akt I ACa 728

UZASADNIENIE

W pozwie z dnia 22 lutego 2012 r. strona powodowa (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. domagała się zasądzenia od strony pozwanej Zakładów (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G. kwoty 101.134,00 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu.

W odpowiedzi na pozew strona pozwana wniosła o oddalenie powództwa.

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 17 lutego 2015 r. Sąd Okręgowy w Łodzi oddalił powództwo i orzekł o kosztach procesu zgodnie z jego wynikiem.

Rozstrzygnięcie to poprzedziły ustalenia faktyczne, z których najistotniejsze kwestie są następujące:

W dniu 11 lipca 2011 r. strony zawarły umowę nr (...), której przedmiotem było przeprowadzenie przez pozwanego na rzecz powódki programu pomiarów dla dokonania oceny działania katalizatora (...) na pracę kotła i jego urządzeń

pomocniczych w (...) S.A. Oddział Elektrownia (...) ((...) S.A.) oraz przedstawienie wyników pracy w formie pisemnego opracowania (sprawozdania).

W umowie strony określiły m.in. termin jej wykonania, w szczególności terminy i cykle pomiarów na obiekcie, wynagrodzenie za wykonanie prac, sposób i termin jego zapłaty oraz kary umowne obciążające wykonawcę i zamawiającego. Umowa przewidywała II cykle pomiarowe. Cykl I miał się odbyć do dnia 22 lipca 2011 r., cykl II zaś do dnia 31 sierpnia 2011 r. Opracowanie sprawozdania z przeprowadzonych pomiarów miało nastąpić w terminie 6 tygodni od wszystkich pomiarów na obiekcie i podpisania protokołów popomiarowych. Wynagrodzenie netto za wykonanie przedmiotu umowy strony ustaliły na kwotę 98.800,00 złotych płatną wraz z podatkiem VAT częściami po zakończeniu każdego z cykli pomiarowych. Kary umowne obciążały wykonawcę w przypadku zwłoki w terminowym wykonaniu pracy (w wysokości 0,2 % ceny umownej netto danego etapu, za każdy dzień zwłoki), w przypadku zwłoki w terminowym usunięciu wad i usterek stwierdzonych przy odbiorze (w wysokości 0,2 % ceny umownej netto danego etapu, za każdy dzień zwłoki liczony od dnia następnego uzgodnionego terminu usunięcia wad i usterek), a także w przypadku odstąpienia od umowy lub jej części przez zamawiającego z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi wykonawca (w wysokości 10 % ceny umownej netto). Łączna suma kar obciążających wykonawcę i zamawiającego nie mogła przekroczyć 10 % ceny umownej. Strony przewidziały też, że do spraw nieunormowanych umową zastosowanie miały odpowiednie przepisy Kodeksu Cywilnego.

Katalizator (...) był już wcześniej poddawany na zlecenie powódki badaniom przez inne podmioty, jak również był opiniowany w zakresie wpływu na przebieg spalania. Pozytywną opinię wydała m.in. Polska Akademia Nauk Instytut (...), która stwierdziła, że wyniki przed-stawionych ekspertyz pozwalają przyjąć, że (...) dodany do paliw ma korzystny wpływ na przebieg procesu spalania a za najistotniejszy aspekt jego działania uznała redukcję emisji toksycznych spalin, co zostało potwierdzone przez dwa ośrodki naukowo-badawcze. Katalizator uzyskał też listy referencyjne, dyplomy

i pozytywne opinie innych podmiotów. Powódka chciała implementować katalizator do największych elektrociepłowni w kraju.

Pozwany wykonał umowę z dnia 11 lipca 2011 r. czego zwięźczeniem było sporządzenie we wrześniu 2011 r. dokumentu pn. „Sprawozdanie z pomiarów dla dokonania oceny działania katalizatora (...) na pracę kotła i urządzeń pomocniczych w (...) S.A. Oddział Elektrownia (...)” i przesłanie go powódce. W dokumencie tym pozwany przedstawił m.in. zakres pracy, datę realizacji pracy, dane techniczne obiektu, którego dotyczyła praca, opis realizacji pracy, uwagi związane z jej realizacją, wyniki pomiarów i ich omówienie oraz podsumował badania. W tej ostatniej części stwierdził, że w czasie pomiarów spalano paliwo spełniające wymogi paliwa projektowego (granicznego) dla kotła, że wpływ dawkowania katalizatora do kanałów powietrza wtórnego na pracę kotła podczas przeprowadzonych pomiarów był minimalny, mniejszy od niepewności pomiaru, przez co można go uznać za neutralny w zakresie sprawności kotła, emisji NOx i CO, temperatur pary pierwotnej i wtórnej za kotłem, poboru mocy elektrycznej przez podstawowe urządzenia pomocnicze kotła, że w pomiarach z dawkowaniem katalizatora można zauważyć niewielką zmianę rozkładu temperatur spalin, że dawkowanie katalizatora nie wpływa na wyniki szczelności obrotowych podgrzewaczy powietrza i instalacji kotłowej. Szczególnie dużo miejsca pozwany poświęcił w sprawozdaniu omówieniu wyników pomiarów. Wynikało zeń, że w pierwszym cyklu wykonano pomiary kotła przed dawkowaniem katalizatora (pomiar nr 1) oraz pomiar po siedmiu dniach dawkowania katalizatora (pomiar nr 2), w drugim cyklu pomiarowym zaś wykonano pomiar po długim okresie dawkowania katalizatora (pomiar nr 3) oraz pomiar po zakończeniu dawkowania katalizatora (pomiar nr 4). Każdy z pomiarów był szczegółowo opracowany przez pozwanego i wynikał z Programu pomiarów opracowanego w lipcu 2011 r., określającego ich harmonogram wraz z pracami przygotowawczymi, warunki pracy kotła w czasie pomiarów, metodykę pomiarów, opis przebiegu pomiarów, charakterystykę aparatury pomiarowej i sposób jej kalibracji, sposób obliczeń wyników pomiarów, sposób i miejsce poboru próbek, sposób ich zabezpieczenia i rozdzielenia, sposób rejestracji i kompletowania danych pomiarowych oraz sposób przekazywania wyników oraz porównanie uzyskanych wyników pomiarów z wartościami gwarantowanymi. Zgodnie z Programem pomiarów rozpoczęcie każdego z pomiarów miało być poprzedzone podpisaniem przez strony uczestniczące w danej próbie protokołu przedpomiarowego. W czasie pomiarów kocioł powinien być opalany węglem o parametrach

możliwie stabilnych z jednego złoża (z odkrywki B. lub S.). W czasie trwania właściwych pomiarów nie powinny być prowadzone prace mogące zakłócać pracę kotła (przełączanie młynów, regulacja procesu spalania, załączanie wdmuchiowaczy itp.).

Pomiary odbyły się w dniach: 14 lipca 2011 r. (pierwszy), 21 lipca 2011 r. (drugi), 11 sierpnia 2011 r. (trzeci) i 18 sierpnia 2011 r. (czwarty). Przy każdym z nich sporządzono protokół przedpomiarowy oraz popomiarowy. W pomiarach brali udział reprezentanci (...) Oddział Elektrownia (...), (...) Spółka z o.o. i (...) Spółka z o.o. Przed każdym z pomiarów dokonywano uzgodnień, a po ich dokonaniu stwierdzano, czy był pomiar zgodny z Programem pomiarów. Żaden pomiar nie budził wątpliwości co zgodności z owym Programem a także nie rodził uwag którejkolwiek z osób biorących w nich udział. Każda z tych osób podpisała się w protokołach z pomiarów.

W okresie prowadzenia badań reprezentant powódki W. P. (1) kierował do pozwanego pisma zawierające sugestie co do ich przeprowadzenia. W szczególności prosił o zwrócenie uwagi i uwzględnienie w prowadzonych badaniach i obliczeniach wyników wpływu warunków atmosferycznych, ze szczególnym uwzględnieniem wartości wilgotności przemijającej węgla. Stwierdził, że w czasie trwania testów miały miejsce ogromne nawałnice i burze, które spowodowały zakłócenia

w pracy kotła i urządzeń pomocniczych. Zwrócił uwagę, że w dniu 14-15.07.2011 r. w godzinach nocnych z powodu burzy nastąpił brak zasilania, co spowodowało przerwę w dozowaniu katalizatora (...) oraz zostały załączone palniki mazutowe ze względu, na jakość węgla i problemy z jego dostarczeniem (węgiel był tak mokry, że spływał z taśmociągu, co uniemożliwiało jego dostarczenie). Zażądał, aby wszelkie zmiany parametrów paliwa oraz pracy urządzeń spowodowane zaistniałymi warunkami atmosferycznymi zostały uwzględnione podczas przeprowadzanych badań. Ponadto do trzeciego pomiaru (z dnia 11.08.2011 r.) powódka w piśmie z dnia 10 sierpnia 2011 r. zgłosiła dodatkowe wymagania co do sposobu jego przeprowadzenia.

Zgłoszone uwagi i sugestie nie zostały uwzględnione z uwagi na zbyt mało czasu na ich wprowadzenie.

Powódka także po przesłaniu jej wyników badań formułowała krytyczne doń uwagi opisując błędy zaistniałe podczas badań. Pozwany reagował na owe uwagi podkreślając poprawność badań i brak wpływu opisanych błędów na otrzymane wyniki. Prowadzona dalej korespondencja mailowa oraz spotkania przedstawicieli stron nie doprowadziły do wypracowania jednolitej opinii co do przeprowadzonych badań.

W okresie prowadzenia badań miały miejsce takie zdarzenia jak: przerwa w dozowaniu katalizatora (...) z uwagi na brak zasilania, załączenie palników mazutowych ze względu na jakość węgla (zawilgocenie), zmiana odkrywki, z której podawano węgiel (z odkrywki B. na odkrywkę S.) oraz przełączenie młynów zasilających kocioł w paliwo spowodowane zawieszeniem dostarczania węgla. W związku z tym ostatnim zdarzeniem czas rejestracji danych został wydłużony o czas, w którym młyny były przełączane.

Powyższe zdarzenia nie miały wpływu na poprawność sporządzenia przez pozwanego sprawozdania z badań oraz na zawarte w nim wnioski, dotyczące wpływu dawkowania katalizatora (...) na sprawność i straty w kotle objętym pomiarami. W szczególności wpływu takiego nie miała wilgotność węgla spowodowana opadami deszczu, która – mimo tych opadów – nie odbiegała od normy w żadnym z okresów pomiarowych. Podobnie zmiana złoża, z którego pochodził spalany węgiel. Pozwany wykonał pomiary zgodnie z umową zawartą z powódką, zgodnie z dokumentem uzgodnień oraz Programem pomiarów. Prawidłowo też określił wpływ katalizatora (...) na pracę kotła. Dokonane przez niego pomiary nie odbiegały wartościami od typowych poziomów dla badanego kotła. W przedziałach zmienności obserwowanych w roku 2011 i w latach poprzednich mieściły się też parametry węgla spalanego w czasie badań (kaloryczność, wilgotność, popiół, zasiarczenie, zawartość części lotnych). Pomiary pozwanego wykazały na ogół dobrą korelację z pomiarami tych samych parametrów przeprowadzonymi w tym samym czasie (lub na tych samych próbkach) dla kolejnych pomiarów kotła. I choć nie oznaczało to zgodności dla uzyskiwanych wartości, widoczne różnice miały uzasadnienie w błędach systematycznych związanych z metodami, aparaturą i procedurami. Na wynik pomiarów nie miała wpływu wydajność młynów zasilających kocioł w paliwo. Nie był też istotny fakt, które młyny pracowały. Ważne było jedynie, aby taka sama ilość paliwa była dostarczana do kotła.

W związku z wykonaniem umowy pozwany wystawił powódce dwie faktury VAT: nr (...) na kwotę 43.296,00 złotych brutto (35.200,00 zł netto) i nr (...) na kwotę 50.184,00 złotych brutto (40.800,00 zł netto). Powódka zapłaciła na poczet powyższych należności kwoty 50.184,00 złotych i 39.000,00 złotych

W piśmie z dnia 02 stycznia 2012 r. powódka złożyła pozwanemu oświadczenie o odstąpieniu od umowy nr (...) z dnia 11 lipca 2011 r., stwierdzając że nie wykonał on pomiarów zgodnie z umową oraz zarzucając, że ignorował wielokrotnie jej wezwania do prawidłowego wykonania umowy. Jednocześnie, uznając że pozwany „do daty odstąpienia był w zwłoce z wykonaniem poszczególnych elementów umowy i usunięciu wad pomiarów”, naliczyła mu kary umowne na podstawie § 8 ust. 1 pkt a-c w łącznej kwocie 12.134,00 złotych. Ponadto zażądała od pozwanego zwrotu zapłaconego wynagrodzenia w kwocie 89.000 złotych. Powyższe należności pozwany miał wpłacić w ciągu 3 dni od daty doręczenia pisma.

W odpowiedzi na pismo zawierające oświadczenie o odstąpieniu od umowy pozwany uznał owo oświadczenie za bezskuteczne i nie wywołujące żadnych skutków prawnych. Wyjaśnił, iż prace pomiarowe wykonano zgodnie z zatwierdzonym Programem prac pomiarowych oraz że odebrano je protokołami po-pomiarowymi przez przedstawicieli powódki i Elekrowni (...), którzy nie wnieśli żadnych uwag do poprawności ich przeprowadzenia. Podkreślił, że opracował Sprawozdanie z badań, które doręczył powódce a tym samym, że wykonał umowę. Kwestię zawartych w sprawozdaniu wyników pomiarów uznał za niemogącą stanowić wady istotnej i podstawy do odstąpienia od umowy.

Ustalony wyżej stan faktyczny Sąd I instancji oparł na dowodach, które nie budziły żadnych wątpliwości co do swojej wiarygodności – w większości na podstawie dokumentów. Sąd podkreślił, że najistotniejszym z dowodów okazała się opinia instytutu naukowego, tj. opinia Instytutu (...). Jej konkluzja, oparta na precyzyjnej i dogłębnej analizie zebranego materiału dowodowego była jasna, czytelna i zrozumiała. Znalazła ona swoje uzupełnienie w wyjaśnieniach ustnych złożonych przez przedstawicieli Instytutu na rozprawie sądowej w dniu 4 września 2014 r. Dowód z tej opinii został uznany za w pełni przydatny do powzięcia wniosków wpływających na ostateczne rozstrzygnięcie.

Sąd I instancji podkreślił, że będące przedmiotem żądania roszczenia były związane z odstąpieniem przez powódkę od umowy zawartej z pozwanym w dniu 11 lipca 2011 r., przy czym jako podstawę prawną odstąpienia od umowy z dnia 11 lipca 2011 r. powódka wskazała przepis art. 636 § 1 k.c. i art. 637 § 1 k.c., z tym że drugi z przepisów utracił moc w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (Dz. U. z 2014 r. poz. 827) i nie dawał samodzielnej podstawy do odstąpienia od umowy. Taką podstawę dawał jedynie § 2.

W okolicznościach niniejszej sprawy przepis art. 636 § 1 k.c. nie mógł mieć zastosowania, bowiem po odebraniu dzieła ochrona zamawiającego realizuje się jedynie na podstawie przepisów o rękojmi za wady dzieła, a w ocenie Sądu Okręgowego poczynione ustalenia faktyczne wskazują, że powódka odebrała dzieło jeszcze przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Oznacza to, że w trybie art. 636 § 1 k.c. nie mogła skutecznie od niej odstąpić, a swoje uprawnienie w tym zakresie mogła realizować jedynie w trybie przepisów o rękojmi za wady dzieła (art. 637 § 2 k.c. i art. 638 k.c. w brzmieniu obowiązującym przed 25 grudnia 2014 r.).

Powódka składając oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dnia 11 lipca 2011 r. wskazała, że powodem odstąpienia jest niewykonanie pomiarów zgodnie z umową i ignorowanie wielokrotnie jej wezwań do prawidłowego wykonania umowy. Powódka nie wyjaśniła wówczas na czym owa niezgodność z umową miała polegać. Jeśli uwzględnić jej wcześniejsze pisma można wyprowadzić wniosek, że za niezgodność z umową powódka traktowała ich wykonanie w warunkach związanych

z przełączeniem młynów, podających węgiel do kotła w trakcie badań, z zastosowaniem węgla z różnych złóż, przeprowadzenie pomiarów mimo przerwania dozowania katalizatora w nocy z 14 na 15 lipca 2011 r. wynikłego z przerwy w zasilaniu, przeprowadzenie pomiarów przy uruchomieniu palników mazutowych do podtrzymania pracy kotła oraz przeprowadzenie pomiarów przy nadzwyczajnym wzroście wilgotności węgla. Aby prowadzenie pomiarów w powyższych przypadkach mogło być uznane za skuteczną podstawę do odstąpienia od umowy musiały one wpływać na wyniki końcowe i to w stopniu istotnym (art. 637 § 2 k.c.).

W niniejszej sprawie można byłoby uznać za wady istotne dzieła sporządzenie przez pozwanego Sprawozdania z pomiarów wbrew Programowi pomiarów, a więc niezgodnie z umową, przy jednoczesnym przyjęciu, że warunki te miały wpływ na ostateczny ich wynik. Innymi słowy, o istotnej wadliwości dzieła stanowiłby fakt niezgodności wykonania pomiarów

z umową przy jednoczesnym stwierdzeniu, że warunki wykonania pomiarów miały wpływ na obliczenia związane z wpływem dawkowania katalizatora na sprawność i straty w kotle. Sąd I instancji przypominał, że wpływ dawkowania katalizatora (...) na pracę kotła podczas przeprowadzonych pomiarów był minimalny wręcz neutralny w zakresie sprawności kotła, emisji NOx i CO, temperatur pary pierwotnej i wtórnej za kotłem oraz poboru mocy elektrycznej przez podstawowe urządzenia pomocnicze kotła. Tego rodzaju ocena działania katalizatora nie mogła zadowalać powódki, zwłaszcza że dysponowała ona opiniami sporządzonymi wcześniej przez inne podmioty, z których wynikało m.in., że katalizator (...) dodany do paliw ma korzystny wpływ na przebieg procesu spalania, zwłaszcza w zakresie redukcji spalin i efektywności spalania.

Sąd Okręgowy podkreślił także, że w świetle opinii Instytutu (...) w Ł. zakłócenia, które zaszły podczas pomiarów, będące podstawą odstąpienia przez powódkę od umowy, nie miały wpływu na ich wyniki. Co ważne, z opinii nie wynika w ogóle, aby wilgotność węgla, na którą tak wyraźnie powoływała się powódka, kwestionując poprawność pomiarów, odbiegła od normy w którymkolwiek z okresów pomiarowych oraz aby podkreślana przez powódkę zmiana złoża węgla wpłynęła na wyniki pomiarów i badań.

Sąd I instancji uznał więc, że nie można było przyjąć, aby powódka skutecznie odstąpiła od umowy i aby po jej stronie powstało roszczenie o zwrot zapłaconego za dzieło wynagrodzenia. Po stronie powódki nie powstało także roszczenie o zapłatę kary umownej - przeprowadzone dowody nie wykazały ani zwłoki pozwanego w terminowym wykonaniu pracy, ani zwłoki w terminowym usunięciu wad i usterek pracy, ani też wystąpienia podstaw do odstąpienia przez powódkę od umowy lub jej części

z przyczyn, za które ponosiłby odpowiedzialność pozwany (§ 8 ust. 1 pkt a-c umowy).

W rezultacie Sąd Okręgowy oddalił powództwo jako niezasadne.

Apelację od tego rozstrzygnięcia wywiodła strona powodowa, zaskarżając wyrok w punktach 1, 2 i 3 sentencji i zarzucając:

- błędne uznanie, że nie było podstaw do odstąpienia przez powoda od umowy (...) z dnia 11 lipca 2011 r. w sytuacji, gdy pomiary stanowiące istotę umowy zostały wykonane przez pozwanego niezgodnie z warunkami określonymi w tej umowie,
- naruszenie art. 65 § 2 k.c. w zw. z art. 637 § 2 k.c. przez błędne przyjęcie, że wykonanie pomiarów przez pozwanego w warunkach naruszających ustalenia umowne, tzn. w warunkach przełączania młynów, silnego zawilgocenia dostarczanego do kotła węgla, zmiany złoża węgla w czasie pobierania próbek nie stanowi istotnej wady wykonanego dzieła, co jest sprzeczne z celem i istotą zawartej umowy, którą było przeprowadzenie pomiarów mających wykazać wpływ podawanego środka (...) na proces spalania węgla,
- naruszenie art. 636 § 1 k.c. przez błędne jego niezastosowanie, przy jednoczesnym przyjęciu, że jeszcze w czasie prowadzonych badań przez powodowej spółki (...), zwracając uwagę na zmienne warunki, w jakich odbywały się pomiary wzywał powoda do zmiany sposobu ich przeprowadzania, co mogło stanowić podstawę do skutecznego odstąpienia od umowy,
- błędne przyjęcie, z pominięciem zeznań świadków (L. B.) i stron (W. P.), że doszło do odebrania dzieła wykonanego przez pozwanego przed odstąpieniem od umowy, w sytuacji gdy wykonane sprawozdanie wobec naruszenia warunków umowy przy pobieraniu próbek, nie zostało przyjęte,
- naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 286 k.p.c. przez uznanie za w pełni wiarogodną i mogącą stanowić podstawę do dokonywania ustaleń w niniejszej sprawie opinię biegłych z Politechniki (...), w sytuacji gdy

przeprowadzili oni w obszernej i kosztownej ekspertyzie ocenę wpływu katalizatora na pracę kotła BB- 1150, uchylając się od udzielania odpowiedzi na zadane przez Sąd kluczowe pytanie, czy wykonane przez pozwanego pomiary były zgodne z umową, dokumentem uzgodnień i programem pomiarów dla dokonania oceny działania katalizatora R. na pracę kotła i jego urządzeń pomocniczych w Elektrowni (...).

Wskazując na powyższe apelujący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i zasądzenie od strony pozwanej Zakładów (...) sp. z o.o. z siedzibą w G. na rzecz powoda (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. kwoty 101.134 zł. wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty oraz o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego wg norm przepisanych za obie instancje.

Sąd Apelacyjny dodatkowo ustalił :

Po zakończeniu pomiarów ich wyniki, zgodnie z umową, zostały przedstawione w Sprawozdaniu z września 2011 roku, przekazanym stronie powodowej drogą elektroniczną w dniu 19 września 2011 roku i wysłanym w wersji ostatecznej, jako dokument, w dniu 27 września 2011 roku (doręczonym stronie powodowej w dniu 28 września 2011 roku).(pismo przewodnie, list przewozowy z potwierdzeniem odebrania przesyłki k- 266-267 akt, korespondencja mailowa k- 269 akt).

Sąd Apelacyjny zważył co następuje :

Apelacja strony powodowej nie zdołała podważyć prawidłowości ustaleń faktycznych i argumentacji Sądu Okręgowego zaprezentowanej w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia i w konsekwencji podlegała oddaleniu na podstawie przepisu art. 385 k.p.c.

W pierwszej kolejności należy rozstrzygnąć czy ustalenia faktyczne, stanowiące podstawę wydania zaskarżonego wyroku zostały poczynione zgodnie z obowiązującą procedurą i czy ocena przeprowadzonych dowodów mieści się w granicach zakreślonych przepisem art. 233 § 1 k.p.c.

Zgodnie z tym przepisem Sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Ocena materiału dowodowego, dokonana przez Sąd I instancji jest zatem oceną swobodną i podlega ochronie prawnej. Podkreślenia wymaga, że zarzut przekroczenia zasady swobodnej oceny materiału dowodowego nie może zostać uznany za skuteczny, kiedy polega na zaprezentowaniu własnych, korzystniejszych dla skarżącego ustaleń stanu faktycznego, dokonanych na podstawie własnej oceny materiału dowodowego (tak: postanowienie SN z 10 lutego 2002 r., sygn. II CKN 572/99). Pamiętać bowiem należy, że na sądzie ciąży obowiązek wyciągnięcia w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wniosków logicznie poprawnych, zaś w zakresie oceny zgromadzonego materiału dowodowego ustawodawca przyznał sądowi swobodę, pod warunkiem, że ocena ta nie jest jednak sprzeczna ze wskazaniami wiedzy, logiki i doświadczenia życiowego. Zatem jedynie w sytuacji, kiedy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo przeczy zasadom doświadczenia życiowego czy nie uwzględnia jednoznacznych, praktycznych związków przyczynowo – skutkowych, to tylko wtedy przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona (tak: SN w wyroku z 27 września 2002 r., sygn. II CKN 817/00).

Z powołanym przepisem wiąże się zarzut apelacji naruszenia art.233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 286 k.p.c. przez uznanie za w pełni wiarogodną i mogącą stanowić podstawę do dokonywania ustaleń w niniejszej sprawie opinię biegłych z Politechniki (...), w sytuacji gdy zdaniem apelującego uchylili się oni od udzielenia odpowiedzi na zadane przez Sąd kluczowe pytanie, czy wykonane przez pozwanego pomiary były zgodne z umową, dokumentem uzgodnień i programem pomiarów dla dokonania oceny działania katalizatora R. na pracę kotła i jego urządzeń pomocniczych w Elektrowni (...).

Sąd Okręgowy, oceniając zgromadzony materiał dowodowy podkreślił zasadnie, że najistotniejszym z dowodów sprawie okazała się opinia Instytutu (...), sporządzona celem ustalenia czy wykonane przez pozwanego pomiary były zgodne z umową, dokumentem uzgodnień i programem pomiarów, a to pod kątem dokonania oceny działania

katalizatora (...) na pracę kotła i jego urządzeń pomocniczych w Elektrowni (...) oraz dla rozstrzygnięcia czy zdarzenia zaistniałe podczas pomiarów, takie jak przełączenie młynów, przerwa w podawaniu katalizatora oraz nadzwyczajne zawilgocenie węgla i zmiana złoża, z którego pochodził węgiel do pomiarów miały wpływ na ich wynik.

Wbrew zarzutom, zawartym w apelacji strony powodowej, opinia Instytutu (...) zawierała rozważania co do wszystkich zleconych jej zagadnień, zaś przedstawiciele Instytutu na rozprawie sądowej w dniu 4 września 2014 r. odnieśli się do zarzutów pod adresem opinii, stawianych przez stronę powodową. Także zdaniem Sądu Apelacyjnego dowód z wydanej opinii musiał być uznany za w pełni przydatny do wyciągnięcia wniosków kluczowych dla wydania rozstrzygnięcia.

Apelujący niezasadnie zarzuca, że autorzy opinii uchylili się od odpowiedzi na kluczowe pytania czy wykonane przez pozwanego pomiary były zgodne z umową, dokumentem uzgodnień i programem pomiarów. Zgodność pomiarów z w/w dokumentami wynika wprost z punktu 1 konkluzji opinii, zaś dalsze wnioski zawarte w opinii odnoszą się do pomiarów. Nadto w toku rozprawy w dniu 4 września 2014 roku autorzy opinii potwierdzili zgodność zakresu pomiarów kotła z umową zawartą przez strony oraz pozostałymi dokumentami. (opinia ustna prof. nadzw. dra hab. inż. K. P. czas nagrania 00:20:33-00-22:57).

Dodatkowo należy podkreślić, że po złożeniu przez autorów opinii ustnych wyjaśnień w toku rozprawy w dniu 4 września 2014 roku pełnomocnik strony powodowej wniósł o odroczenie rozprawy i zakreślenie mu terminu 14 dni na ustosunkowanie się do opinii ustnej uzupełniającej. Wniosek został uwzględniony. Następnie w dniu 19 września 2014 roku pełnomocnik powoda złożył wniosek o przedłużenie tego terminu o 7 dni. I ten wniosek został uwzględniony, a termin przedłużony do dnia 26 września 2014 roku. Odroczone została także rozprawa w dniu 13 listopada 2014 roku, zaś na rozprawie w dniu 3 lutego 2015 roku przed zamknięciem rozprawy pełnomocnik powoda oświadczył, że nie zgłasza dalszych wniosków dowodowych.

Wydana przez Instytut (...) opinii nie została zakwestionowana przez stronę powodową, żadne zastrzeżenia do tej opinii w jej ostatecznym kształcie nie zostały zgłoszone. Sąd Okręgowy był w pełni uprawniony do potraktowania jej wniosków za przydatne do rozstrzygnięcia sprawy i niekwestionowane przez żadną ze stron. Żadnych wniosków w tym zakresie nie zawiera także wywiedziony środek zaskarżenia.

Dodatkowo należy podkreślić, że to właśnie strona powodowa wniosła o dopuszczenie dowodu z opinii instytutu, natomiast w apelacji tłumaczy, że czyniła to jedynie z ostrożności procesowej i domaga się dokonania przez Sąd Okręgowy i Apelacyjny oceny materiału dowodowego, w szczególności zeznań prezesów obu stron z pominięciem opinii Instytutu (...), wydanej z jej inicjatywy.

Apelujący bez uzasadnionych podstaw kwestionuje także, że doszło do odebrania dzieła, wykonanego przez pozwanego, przed odstąpieniem od umowy, w sytuacji gdy Sprawozdanie nie zostało przyjęte. Wskazuje na błędne uznanie, że nie było podstaw do odstąpienia przez powoda od umowy (...) z dnia 11 lipca 2011 r. w sytuacji, gdy pomiary stanowiące istotę umowy zostały wykonane przez pozwanego niezgodnie z określonymi w niej warunkami.

Stawiane w apelacji powyższe twierdzenia nie są poparte ustalonymi faktami. Po zakończeniu pomiarów ich wyniki, zgodnie z umową, zostały przedstawione w Sprawozdaniu z września 2011 roku, przekazanym stronie powodowej drogą elektroniczną w dniu 19 września 2011 roku i wysłanym w wersji ostatecznej, jako dokument, w dniu 27 września 2011 roku). W związku z wykonaniem umowy pozwany wystawił stronie powodowej dwie faktury VAT: nr (...) na kwotę 43.296,00 złotych brutto (35.200,00 zł netto) i nr (...) na kwotę 50.184,00 złotych brutto (40.800,00 zł netto). Powódka w dniu 9 września 2011 roku zapłaciła na poczet powyższych należności kwoty 50.184,00 złotych i 39.000,00 złotych. (k- 134 akt).

Pismem z dnia 3 listopada 2011 r. strona powodowa domagała się zweryfikowania pomiarów, przedstawionych w projekcie sprawozdania zgodnie z jej zastrzeżeniami i o sporządzenie nowego sprawozdania z uwzględnieniem jej uwag, pod rygorem odstąpienia od umowy. Odwołała się do pisma z dnia 28 października 2011 roku, (którego jednak nie załączyła do akt sprawy), a także do pozostawiania przez stronę pozwaną w zwłoce w wykonaniu zobowiązania. Wskazuje to nie na kwestionowanie wprost metodologii wykonania pomiarów, ale ich wyników, nie

satisfakcjonujących z oczywistych względów strony powodowej. W tym czasie sprawozdanie było już odebrane przez powoda, a umówione wynagrodzenie w zdecydowanej większości zapłacone.

W piśmie z dnia 2 stycznia 2012 r. powódka złożyła pozwanemu oświadczenie o odstąpieniu od umowy nr (...) z dnia 11 lipca 2011 r., stwierdzając że nie wykonał on pomiarów zgodnie z umową. Także tu strona powodowa powołała się na zwłokę w wykonaniu zobowiązania i w usunięciu wad pomiarów.

Należy wskazać w tym miejscu, że szczegółowy program pomiarów został zatwierdzony m.in. przez przedstawicieli strony powodowej.(zał. Nr 2 do sprawozdania). Warunki i wyniki każdego pomiaru dla Etapu I (cykl pomiarowy I), jak i Etapu II (cykl pomiarowy II) zarówno bez podawania jak i z podawaniem katalizatora zostały każdorazowo potwierdzone protokołami przedpomiarowymi i protokołami popomiarowymi przez przedstawicieli: powoda, strony pozwanej i Elektrowni (...). W protokołach przedpomiarowych stwierdzono, że po zapoznaniu się z programem pomiarów i układem pomiarowym pozwanego przedstawiciele powoda i Elektrowni (...) nie widzą przeciwwskazań do rozpoczęcia pomiarów, a w protokołach popomiarowych potwierdzono zgodność wykonanych pomiarów z programem i harmonogramem, nie wniesiono żadnych uwag do poprawności ich przeprowadzenia.

Apelujący wskazuje także na wykonanie pomiarów przez pozwanego w warunkach naruszających ustalenia umowne, tzn. w warunkach przełączania młynów, silnego zawilgocenia dostarczanego do kotła węgla, zmiany złoża węgla w czasie pobierania próbek, a to było sprzeczne z celem i istotą zawartej umowy. Zarzuty te były weryfikowane opinią Instytutu (...), która w sposób jednoznaczny wskazała na wykonanie pomiarów i opracowanie wniosków w sposób rzetelny, zgodny z umową, zaś niewielkie naruszenie warunków umownych pomiarów uznała za pozostające bez znaczenia dla ostatecznych wyników. Jeszcze raz należy podkreślić, że opinia ta nie została skutecznie zakwestionowana przez stronę apelującą, mimo wielu możliwości procesowych w tym względzie.

Wskazać należy także, że zarzuty formułowane w związku z różnymi okolicznościami, w tym warunkami atmosferycznymi, były na bieżąco analizowane i strona powodowa otrzymywała stanowisko pozwanego, które akceptowała podpisując protokoły popomiarowe. Przy ocenie zarzutów apelującego nie można pominąć, że zakłócenia w pracy kotła w trakcie pomiaru numer 4 na skutek przełączenia młynów są typowymi działaniami występującymi w ruchu elektrowni, a tu nie miały wpływu na wyniki pomiarów, ponieważ czas pomiarów został wydłużony i wyniki z tego okresu nie były brane pod uwagę w obliczeniach – (Sprawozdanie z pomiarów str.13, opinia instytutu k- 518), nadto zarejestrowane dane wskazywały, że wpływ zakłóceń na pracę kotła był niewielki. Uczestniczący w badaniach przedstawiciele powoda nie wnieśli o unieważnienie pomiaru nr 4, a po jego wykonaniu został podpisany protokół popomiarowy. Zarzut powoda, dotyczący silnych opadów deszczu podczas pomiarów w dniu 21 lipca 2011 jest również bezzasadny. Przed rozpoczęciem pomiaru nr 2 przedstawiciele powoda nie zgłaszali problemów w przygotowaniu kotła do pomiarów. Podczas pomiarów pracownicy pozwanego pobierali próbki węgla do wykonania analizy chemicznej spalane go węgla, w tym na zawartość wilgoci. Uzyskane wyniki nie wykazały, że węgiel z pomiaru nr 2 był nadmiernie zawilgocony, a nawet wilgotność była na najniższym poziomie ze wszystkich pomiarów (Sprawozdanie z pomiarów str. 15 tabela –pozycja numer 24). Uczestniczący w badaniach przedstawiciele powoda nie wnieśli o zmianę terminu wykonania pomiaru nr 2 przed jego rozpoczęciem i w dniu 21 lipca 2011 został podpisali protokół przedpomiarowy, a po zakończeniu pomiaru nr 2 protokół popomiarowy.

Jeśli chodzi o próby w nocy z 14-15 lipca 2011 w czasie nawałnic burzowych, co miało spowodować brak zasilania i w związku z tym przerwę w dozowaniu katalizatora (...), aż do godziny 9:30 rano to wskazać należy, że pomiar nr 1 wykonano bez dawkowania katalizatora w dniu 14.07.2011 przed burzą, a przerwa w dozowaniu katalizatora wystąpiła na samym początku jego 4 tygodniowego podawania i trwała tylko kilka godzin.

Także w tych przypadkach zostały podpisane protokoły wstępne i po dokonaniu pomiarów.

Nie ma w tej sprawie wystarczających dowodów dla przyjęcia, że w trakcie testów w dniach 14 i 21 lipca oraz 11 i 18 sierpnia 2011 roku nastąpiła zmiana złoża, z którego podawano węgiel. Pismo Elektrowni (...), odpowiedzialnej za

podawanie węgla, nie wskazuje wcale, że zmiana nastąpiła w czasie pomiarów. Natomiast opinia zawiera wniosek, że nawet jeżeli taka zmiana miałaby miejsce to nie odnotowano z tego powodu odstępstw od średnich parametrów węgla.

Strona pozwana w prowadzonej korespondencji podnosiła zasadnie, że nie można przyjąć, że dzieło, którego wykonanie na siebie przyjęła ma wady tylko dlatego, że wyniki pomiarów nie spełniają oczekiwań powódki, natomiast na wszelkie pytania odpowiadała w formie pisemnej oraz bezpośrednio na spotkaniach przedstawicieli stron. Na pismo z dnia 21 lipca 2011 roku strona pozwana odpowiedziała i zaproponowała wykonanie dodatkowych badań, nie uzyskawszy jednak odpowiedzi. (k- 276 akt)

W tych warunkach ocena prawna Sądu I instancji zaistniałej sytuacji jest w pełni zasadna. Nie ma wątpliwości, że strony łączyła umowa o dzieło na wykonanie pomiarów dla dokonania oceny działania katalizatora (...) na pracę kotła i jego urządzeń pomocniczych w Elektrowni (...). Szczegółowy podział zadań, umożliwiający wykonanie umowy strony określili w Dokumencie uzgodnień i Programie pomiarów, a wykonanie pomiarów było przyjmowane bez zastrzeżeń w podpisywanych protokołach.

Jako podstawę odstąpienia od umowy z dnia 11 lipca 2011 r. powódka wskazała przepis art. 636 § 1 k.c. i art. 637 § 1 k.c., przy czym ten ostatni przepis odnosił się do naprawy wad dzieła i nie dawał samodzielnej podstawy do odstąpienia od umowy. Taką podstawę dawał jedynie § 2, który stanowił, że gdy wady usunąć się nie dadzą albo gdy z okoliczności wynika, że przyjmujący zamówienie nie zdoła ich usunąć w czasie odpowiednim, zamawiający może od umowy odstąpić, jeżeli wady są istotne.

Jak trafnie podkreślił Sąd meriti przepis art. 636 § 1 k.c. nie ma zastosowania po odebraniu dzieła, a rozciąganie jego uregulowania na odmienne sytuacje powstałe w wyniku stwierdzenia wady po odebraniu dzieła jest nieuzasadnione. Po odebraniu dzieła ochrona zamawiającego realizuje się jedynie na podstawie przepisów o rękojmi za wady dzieła (art. 637 § 1 i 2 k.c., przy uwzględnieniu art. 638 k.c.).

Zwieńczeniem dzieła, którego wykonania podjęła się strona pozwana było opracowanie Sprawozdania z pomiarów (...). Nie ma wątpliwości, że strona powodowa odebrała je jeszcze we wrześniu 2011 roku, więc trzy miesiące przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Oznacza to, że w trybie art. 636 § 1 k.c. nie mogła skutecznie od niej odstąpić a swoje uprawnienie w tym zakresie mogła realizować jedynie w trybie przepisów o rękojmi za wady dzieła (art. 637 § 2 k.c. i art. 638 k.c. w brzmieniu obowiązującym przed 25 grudnia 2014 r.

Powódka składając oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dnia 11 lipca 2011 r. wskazała, że powodem odstąpienia było niewykonanie pomiarów zgodnie z umową i ignorowanie wielokrotnie jej wezwań do prawidłowego wykonania umowy. Także tu strona powodowa powołała się na zwłokę w wykonaniu zobowiązania i w usunięciu wad pomiarów. Powódka nie wyjaśniła wówczas, na czym owa niezgodność z umową miała polegać, ale Sąd Okręgowy prawidłowo sięgnął do korespondencji między stronami.. Aby prowadzenie pomiarów w zakwestionowanych warunkach mogło być uznane za skuteczną podstawę do odstąpienia od umowy musiałyby one wpływać na wyniki końcowe i to w stopniu istotnym. Wykluczyła to opinia instytutu. W niniejszej sprawie można byłoby mówić o wadzie istotnej przy niezgodności wykonania pomiarów z umową i przy jednoczesnym stwierdzeniu, że warunki wykonania pomiarów miały wpływ na obliczenia sprawności kotła i strat i zysków związanych z dawkowaniem katalizatora. W Sprawozdaniu z pomiarów pozwany na podstawie przeprowadzonych badań stwierdził, że dawkowanie katalizatora (...) było neutralne dla pracy kotła i urządzeń pomocniczych. W świetle opinii Instytutu (...) można przyjąć, że pozwany wykonał dzieło prawidłowo, w oparciu o poprawne pomiary, nie odbiegające wartościami od typowych poziomów dla badanego kotła, a zakłócenia, które zaszły podczas pomiarów, będące podstawą odstąpienia przez powódkę od umowy, nie miały wpływu na końcowe wyniki.

Wbrew wywodom apelującego Sąd Okręgowy prawidłowo ocenił, że ostatecznie nie można przyjąć, by powódka skutecznie odstąpiła od umowy i aby po jej stronie powstało roszczenie o zwrot zapłaconego za dzieło wynagrodzenia (art. 494 k.c.). Nie zaistniały także inne podstawy do odstąpienia przez powódkę od zawartej umowy.

Po stronie powódki nie powstało roszczenie o zapłatę kary umownej (art. 484 k.c.) z przyczyn przez nią wskazanych. Przeprowadzone dowody nie wykazały ani zwłoki pozwanego w terminowym wykonaniu badań, ani zwłoki w terminowym usunięciu wad i usterek, ani też wystąpienia podstaw do odstąpienia przez powódkę od umowy lub jej części z przyczyn, za które ponosiłby odpowiedzialność pozwany (§ 8 ust. 1 pkt a-c umowy).

W związku z tym Sąd Apelacyjny, na podstawie przepisu art. 385 k.p.c. oddalił apelację.

O kosztach procesu w postępowaniu apelacyjnym Sąd orzekł stosując zasadę odpowiedzialności za wynik postępowania, uwzględniając treść art. 98 § 1 i 3 k.p.c. i art. 99 k.p.c. Koszty zastępstwa prawnego określone zostały wg § 6 pkt 6 w zw. z § 12 ust. 1 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (3.600 zł x 75%)