

Sygn. akt VI ACa 937/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 listopada 2017 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA Agata Zajac (spr.)

Sędzia SA Teresa Mróz

Sędzia SO (del.) Tomasz Pałdyna

Protokolant sekr. sąd. Paulina Czajka

po rozpoznaniu w dniu 24 października 2017 r. w Warszawie na rozprawie

sprawy z powództwa Skarbu Państwa – (...)

przeciwko (...) sp. z o.o. z siedzibą w M.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 17 marca 2016 r. sygn. akt III C 201/14

I. zmienia zaskarżony wyrok częściowo, nadając mu następującą treść:

„1. zasądza od (...) sp. z o.o. z siedzibą w M. na rzecz Skarbu Państwa – (...) kwotę 33 476,19 zł (trzydzieści trzy tysiące czterysta siedemdziesiąt sześć złotych dziewiętnaście groszy) z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 12 stycznia 2011 r. do dnia zapłaty;

2. oddala powództwo w pozostałym zakresie;

3. ustala, że pozwany ponosi koszt postępowania w 44%, zaś powód w 56 %, pozostawiając szczegółowe ich wyliczenie referendarzowi sądowemu w Sądzie Okręgowym

II. oddala apelację w pozostałym zakresie;

III. nakazuje pobranie od (...) sp. z o.o. z siedzibą w M. na rzecz Skarbu Państwa – Sądu Okręgowego w W. kwoty 1674,70 (jeden tysiąc sześćset siedemdziesiąt cztery złote siedemdziesiąt groszy) tytułem części nieuiszczonej opłaty od apelacji;

IV. znosi wzajemnie między stronami koszty zastępstwa prawnego w postępowaniu apelacyjnym.

Sygn. akt VI ACa 937/16

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 3 grudnia 2013 r. Skarb Państwa – (...) wniósł o zasądzenie od pozwanej (...) sp. z o.o. w M.:

1. kwoty 76 122,34 zł z odsetkami od 24 kwietnia 2012 r. do dnia zapłaty oraz

2. odsetek naliczanych od kwoty głównej w łącznej wysokości 12 037,76 zł:

- za okres od 12 stycznia 2011 r. do 31 marca 2011 r. – 2 114,74 zł

- za okres od 1 kwietnia 2011 r. do 30 czerwca 2011 r. – 2 467,20 zł

- za okres od 1 lipca 2011 r. do 30 września 2011 r. – 2 494,31 zł

- za okres od 1 października 2011 r. do 31 grudnia 2011 r. – 2 494,31 zł

- za okres od 1 stycznia 2012 r. do 31 marca 2012 r. – 2 467,20 zł

z tytułu kar umownych naliczonych za nieterminowe wykonanie przez pozwaną zawartej umowy.

Sąd Okręgowy w Warszawie wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym uwzględniający żądanie powoda.

Pozwana wniosła sprzeciw od nakazu zapłaty wnosząc o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów postępowania. Pozwana podniosła, że nie zachodziły przesłanki do nałożenia kary umownej, ewentualnie że wobec wykonania zobowiązania w całości powód nie poniósł szkody, a z ostrożności procesowej pozwana zgłosiła zarzut potrącenia wierzytelności w kwocie 145 209,71 zł z tytułu szkody poniesionej przez pozwaną.

Wyrokiem z dnia 17 marca 2016 r. Sąd Okręgowy oddalił powództwo i zasądził od powoda na rzecz pozwanej koszty procesu według odpowiedzialności za wynik sprawy przyjmując, że pozwana wygrała proces i pozostawiając ich szczegółowe wyliczenie referendarzowi sądowemu.

Swoje rozstrzygnięcie Sąd Okręgowy oparł na następujących ustaleniach faktycznych:

W dniu 18 października 2010 r. strony zawarły umowę, której przedmiotem były: dostawa 14 kompletów „modułu oprogramowania wspomagającego badania autentyczności nagrań oraz badania identyfikacyjne mówców urzędów rejestrujących (zadanie 1), dostawa i instalacja 14 kompletów „modułu programowo-sprzętowego do badań identyfikujących mówców oraz badań autentyczności zapisów cyfrowych” (zadanie 2) i dostawę i instalację 14 kompletów „modułu wspomagającego badania identyfikacyjne mówców” (zadanie 3), za łącznym wynagrodzeniem 2 037 766 zł brutto. Umowa miała być wykonana do 15 listopada 2010 r., przy czym za termin wykonania umowy strony uznały datę podpisania przez zastrzeżeń przez przedstawicieli wykonawcy i zamawiającego protokołu odbioru produktu.

Strony umowy w § 5 zastrzegły na rzecz zamawiającego kary umowne:

- 10% wartości brutto przedmiotu umowy w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania przez wykonawcę przedmiotu umowy dla każdego zadania oddzielnie;

- 10% wartości brutto przedmiotu umowy w przypadku gdy zamawiający odstąpił od umowy z powodu okoliczności leżących po stronie wykonawcy dla każdego zadania oddzielnie;

- 0,15% wartości brutto przedmiotu umowy w przypadku przekroczenia terminu realizacji przedmiotu umowy, za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia dla każdego zadania oddzielnie,

- 0,15% wartości brutto całego kompletu, którego dotyczy awaria, w przypadku przekroczenia czasu usunięcia awarii tego kompletu, za każdy dzień opóźnienia w usunięciu awarii.

Określone w specyfikacji przedmiotu zamówienia terminy realizacji umowy wynosiły dla zdania 1 i 2 60 dni od dnia zawarcia umowy, a dla zdania 3 – 90 dni od dnia zawarcia umowy, przy czym w każdym wypadku, gdy umowa nie zostanie zawarta do 15 września 2010 r., termin upływał z dniem 15 listopada 2010 r.

Realizację i zasady odbioru przedmiotu umowy określał załącznik nr 3 do umowy.

W dniu 18 listopada 2010 r. pracownicy powoda sporządzili notatkę służbową, w której stwierdzili, że tego dnia o godz. 11.30 w Centralnym Laboratorium (...) stawił się M. W. reprezentujący spółkę (...) i w jego obecności komisja do odbioru ilościowego i jakościowego sprzętu i oprogramowania, powołana decyzją z dnia 17 listopada 2010 r. przystąpiła do procedury odbioru i przekazania przedmiotu umowy. W trakcie przeprowadzanych czynności komisja stwierdziła brak jednej pary słuchawek oraz instrukcji w języku polskim do programów firmy (...). M. W. oświadczył też, że nie posiada wystarczającej wiedzy i umiejętności do przeprowadzenia instruktażu z zakresu funkcjonalności systemów (...) + oraz (...), opisanego w punkcie 13 załącznika nr 3 do umowy. Powyższe zastrzeżenia zostały ujawnione w protokole odbioru sporządzonym tego samego dnia, w związku z czym przedstawiciel wykonawcy potwierdził, że w pierwszym dniu uzgodnionego harmonogramu odbiorów, odbiór w (...) w W. nie został dokonany z przyczyn wskazanych w protokole.

Do odbioru przedmiotu umowy doszło:

- w Laboratorium Kryminalistycznym we W. w dniu 1 grudnia 2010 r.
- w Laboratorium Kryminalistycznym w P. w dniu 30 listopada 2010 r.
- w Laboratorium Kryminalistycznym w G. w dniu 7 grudnia 2010 r.
- w Laboratorium Kryminalistycznym w O. w dniu 6 grudnia 2010 r.
- w Laboratorium Kryminalistycznym w L. w dniu 3 grudnia 2010 r.
- w Laboratorium Kryminalistycznym w K. w dniach 2 i 9 grudnia 2010 r.
- w Centralnym Laboratorium Kryminalistycznym w W. w dniach 8, 9 i 20 grudnia 2010 r.

Notą księgową nr (...) z dnia 28 grudnia 2010 r. (...) obciążyła (...) sp. z o.o. karą umowną w kwocie 76 122,34 zł, odebraną przez pozwaną w dniu 4 stycznia 2011 r., zaś pismo wzywające do zapłaty tej kwoty pozwana odebrała w dniu 21 lutego 2011 r.

Wykonanie umowy wymagało uprzedniego przeprowadzenia testów, które odbyły się 15 września 2010 r. Pozwana nie mogła podjąć czynności związanych z realizacją umowy przed jej podpisaniem, a kontakt z zamawiającym był utrudniony, po otrzymaniu umowy w dniu 21 października 2010 r. pozwana miała tylko kilkanaście dni roboczych na wykonanie umowy, zaś powód nie wyraził zgody na zmianę harmonogramu wykonania, w tym na propozycję, aby część odbiorów odbywała się w soboty.

W zakresie odbioru przedmiotu zamówienia nie było współpracy między pozwanym a powodem, nie zostały powołane komisje do odbioru, na dzień 15 listopada 2010 r. nie było powołanej komisji w Centralnym Laboratorium Kryminalistycznym w W.. Strony finalnie uzgodniły odbiór na dzień 8 grudnia 2010 r., jednak tego dnia do odbioru nie doszło, z przyczyn wskazanych w treści protokołu i notatki, zaś żądania zamawiającego wykroczyły poza to, co było objęte SIWZ.

W wersjach testowych programów oferowanych przez pozwaną instrukcje były w formie papierowej, zaś w wersji sprzedażowej takich instrukcji nie było, jedynie na dysku jako tzw. „help menu”. Specyfikacja nie obejmowała wszystkich tych funkcji, które były zaoferowane przy wersji testowej. Szkolenie było między stronami negocjowane jako odrębne zamówienie. W ofercie pozwanej nie znajdowały się słuchawki; zapytanie ofertowe ani umowa stron

nie obejmowały słuchawek do oprogramowania (...), dysku aktualizującego dla programu (...) ani sterowników do współpracy w systemie (...). Wersje oprogramowania (...) nie były sprecyzowane w SIWZ ani w umowie. Producent oprogramowania (...) nie dostarcza standardowej dokumentacji, dokumentacja działania programu jest dostępna w postaci pomocy online, w trakcie działania programu. Dostawcy dostarczają dokumentację techniczną i instalacji rozwiązania w postaci elektronicznej. Pozwana jako dystrybutor programu (...) nie miała obowiązku tłumaczyć na język polski pomocy związanej z programem ani żadnego dokumentu związanego z tym programem.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie określała zawartości ani zakresu instruktażu podając jedynie, że instruktaż powinien polegać na sprawdzeniu funkcjonalności odbieranego sprzętu oraz oprogramowania, żądania powoda dotyczące formy i zakresu instruktażu nie wynikały jednoznacznie z opisu przedmiotu zamówienia.

Wartość dodatkowo wykonanych przez pozwaną usług oszacowana została przez biegłych: instalacja sterowników dla (...) na kwotę 1 100 zł, zakup i dostawa słuchawek na kwotę 6 846 zł, dostarczenie dysków aktualizacyjnych programów (...) na kwotę 44 000 zł.

Dokonując powyższych ustaleń faktycznych Sąd Okręgowy wskazał, że dał wiarę przedłożonym przez strony dokumentom, zeznaniom świadka G. P. oraz zeznaniom złożonym przez stronę pozwaną, a sporządzone przez biegłych opinie Sąd Okręgowy uznał za spójne, logiczne i pozbawione sprzeczności, przy czym zdaniem Sądu opinia biegłego M. S. nie miała istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy z uwagi na bezprzedmiotowość zarzutu potrącenia.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał, że żądanie zasądzenia kary umownej nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Sądu Okręgowego zawarta przez strony umowa jest umową mieszaną, łączącą w sobie elementy zarówno umowy dostawy, jak i umowy o dzieło.

Sąd Okręgowy wskazał, że zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia świadczenie wykonawcy miało być spełnione do dnia 15 listopada 2010 r., zaś umowę ostatecznie zrealizowano 20 grudnia 2010 r., jednak w ocenie Sądu Okręgowego opóźnienie wykonawcy w spełnieniu świadczenia nie było przez niego zawinione, zaś przyczyną opóźnienia był brak współdziałania powoda jako wierzyciela, jak również żądanie dodatkowych świadczeń, nie objętych umową.

Sąd Okręgowy wskazał, że odbiór przedmiotu świadczenia nie mógł się odbyć w pierwotnie przewidzianym terminie z uwagi na brak pełnego składu komisji, które odbioru miały dokonać.

Ponadto w ocenie Sądu Okręgowego wskazane przez zamawiającego braki stanowiące podstawę odmowy odbioru świadczenia nie były przedmiotem zamówienia, zapisy SIWZ były niejasne i dawały dużą swobodę interpretacji, zaś żądanie przez powoda dodatkowych świadczeń nie znajdowało podstaw w SIWZ.

Sąd Okręgowy uznał też, że nawet przy uznaniu, że niespełnienie przez pozwaną świadczenia w terminie było w jakikolwiek sposób zawinione, to i tak roszczenie powoda należało oddalić na podstawie art. 484 § 2 k.c., gdyż pozwana w sprzecznie od nakazu zapłaty wskazała, że zobowiązanie zostało w całości wykonane, a powód nie poniósł żadnej szkody w późniejszym wykonaniu zobowiązania, powód nie zaprzeczył zaś skutecznie temu twierdzeniu pozwanej.

W ocenie Sądu Okręgowego spełnione zostały przesłanki miarkowania kary umownej, a nawet całkowitego jej zniesienia.

Wobec powyższego za bezprzedmiotowy Sąd Okręgowy uznał zgłoszony przez pozwaną jako ewentualny zarzut potrącenia.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniósł powód, zaskarżając wyrok w całości i zarzucając:

- naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy pzp przez jego błędną interpretację polegającą na uznaniu, że odwołanie się w umowie do konkretnych zestawów zaoferowanych przez pozwanego jest niejednoznacznym i niedokładnym określeniem przedmiotu umowy;
- naruszenie art. 486 § 2 k.c. w zw. z art. 354 § 2 k.c. poprzez bezpodstawne uznanie, że nieprzyjęcie przez powoda świadczenia niezgodnego z umową jest brakiem współdziałania ze strony powoda przy realizacji umowy;
- naruszenie art. 483 k.c. w zw. z art. 484 k.c. przez uznanie, że opóźnione wykonanie umowy nie uzasadnia naliczenia kar umownych;
- naruszenie art. 498 § 1 k.c. poprzez bezpodstawne pominięcie faktu, iż na skutek podniesionego przez pozwanego zarzutu potrącenia doszło o uznania należności powoda;
- naruszenie art. 483 k.c. w zw. z art. 354 k.c. w zw. z § 5 umowy poprzez uznanie, iż pozwany mimo zastrzeżenia umownego nakładającego obowiązek zapłaty kary umownej w przypadku opóźnienia, nie jest zobowiązany do jej uiszczenia, pomimo dopuszczenia się zwłoki w realizacji umowy na skutek działań zawinionych przez pozwanego;
- naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. przez dowolną ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego skutkującą błędnym przyjęciem, że niezgodność świadczenia z treścią umowy stanowi należyte wykonanie umowy przez pozwanego, skutkiem czego nienależne są kary umowne naliczone przez powoda oraz oparcie orzeczenia na wybiórczo potraktowanych wnioskach z opinii biegłych, które pomimo zastrzeżeń powoda nie zostały uzupełnione;
- naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. przez pominięcie wniosku dowodowego złożonego przez powoda o uzupełniającą pisemną opinię biegłego;
- naruszenie zasady kontradiktoryjności procesu poprzez dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z urzędu, mimo iż obie strony były reprezentowane przez profesjonalnych pełnomocników, zaś ustalenie stanu faktycznego sprawy było możliwe w oparciu o zaoferowane przez strony i przeprowadzone dowody.

Powód wniósł o zmianę wyroku i uwzględnienie powództwa w całości, ewentualnie o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi I instancji oraz o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania, w tym na rzecz Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje.

Pozwana wniosła o oddalenie powództwa i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja częściowo zasługuje na uwzględnienie.

Ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy są chaotyczne i niejednoznaczne, wobec czego Sąd Apelacyjny opiera swoje rozstrzygnięcie na następujących faktach:

W dniu 18 października 2010 r. strony zawarły umowę, której przedmiotem były: dostawa 14 kompletów „modułu oprogramowania wspomagającego badania autentyczności nagrań oraz badania identyfikacyjne mówców i urządzeń rejestrujących” (...) wraz z dodatkowymi aplikacjami (zadanie 1), dostawa i instalacja 14 kompletów „modułu programowo-sprzętowego do badań identyfikujących mówców oraz badań autentyczności zapisów cyfrowych” (...) i dostawę i instalację 14 kompletów „modułu wspomagającego badania identyfikacyjne mówców” klasy (...) v.8 (zadanie 3), za łącznym wynagrodzeniem 2 037 766 zł brutto.

Szczegółowy opis przedmiotu umowy zawierał załącznik nr 1, zaś specyfikację ilościowo-cenową załącznik nr 2 do umowy, a także „opis przedmiotu zamówienia” dla zadań nr 1, nr 2 i nr 3 stanowiące załączniki do SIWZ (k.44, 45, 46). W opisie przedmiotu zamówienia nie zostały odrębnie wymienione słuchawki w liście modułów (...).

W skład pakietu (...) wchodzi słuchawki jako nieodłączny jego element, nie jest możliwy zakup tego pakietu bez słuchawek (opinia biegłego M. S.).

W załączniku nr 3 do umowy (k. 18) w punkcie 4 wskazano, że wykonawca przekaże zamawiającemu, sporządzoną w języku polskim, dokumentację standardowo dostarczaną przez producentów oprogramowania (np. instrukcja, gwarancja, licencja).

Dokumentacja programu zgodnie z definicją to ogół dokumentów zarówno handlowych (analiza produktu, sposoby sprzedaży), technicznych (wymagania, architektura, projekt, algorytmy, interfejsy, kod źródłowy), jak również użytkownika końcowego, zawierających podręczniki i pomoc dla użytkowników oprogramowania. Firmy coraz częściej decydują się na dostarczanie dokumentacji wraz z oprogramowaniem (w postaci plików (...) lub (...)) lub online – dostępnych w Internecie (opinia biegłego M. S.).

Zgodnie z § 4 umowy określającym termin realizacji umowy i procedurę dostawy, dla zadania nr 2 i 3 wykonawca miał w ciągu 10 dni od zawarcia umowy przedstawić harmonogram prac związanych z realizacją przedmiotu umowy obejmujący dostawę sprzętu, uruchomienie oraz instruktaż dla minimum dwóch pracowników w każdej lokalizacji (k. 13).

Również w załączniku nr 3 do umowy określającym realizację i zasady odbioru przedmiotu umowy dla zadania nr 2 i 3 wskazano, że wykonawca zapewni instruktaż dotyczący funkcji użytkowych przedmiotu umowy we wskazanych w punkcie 2 jednostkach terenowych (...) i (...) dla minimum 4 osób z każdej jednostki terenowej, sporządzając listy osób, które brały udział w instruktażu, zaś listy te będą stanowiły załącznik do protokołu odbioru jakościowego w danej jednostce policji (k. 19 i 20).

Instruktaż jest rodzajem szkolenia i powinien pełnić rolę praktycznego pokazania i sprawdzenia działania funkcjonalności programu (opinia biegłego M. S.).

Wybór najkorzystniejszej oferty w wyniku postępowania prowadzonego w trybie ustawy o zamówieniach publicznych poprzedzony był przeprowadzeniem testów oferowanych modułów.

Umowa miała być wykonana do 15 listopada 2010 r., przy czym za termin wykonania umowy strony uznały datę podpisania przez zastrzeżeń przez przedstawicieli wykonawcy i zamawiającego protokołu odbioru produktu.

Strony umowy w § 5 zastrzegły na rzecz zamawiającego kary umowne:

- 10% wartości brutto przedmiotu umowy w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania przez wykonawcę przedmiotu umowy dla każdego zadania oddzielnie;
- 10% wartości brutto przedmiotu umowy w przypadku gdy zamawiający odstąpił od umowy z powodu okoliczności leżących po stronie wykonawcy dla każdego zadania oddzielnie;
- 0,15% wartości brutto przedmiotu umowy w przypadku przekroczenia terminu realizacji przedmiotu umowy, za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia dla każdego zadania oddzielnie,
- 0,15% wartości brutto całego kompletu, którego dotyczy awaria, w przypadku przekroczenia czasu usunięcia awarii tego kompletu, za każdy dzień opóźnienia w usunięciu awarii.

W wersjach testowych programów oferowanych przez pozwaną instrukcje były w formie papierowej, zaś w wersji sprzedażowej takich instrukcji nie było, jedynie na dysku jako tzw. „help menu”. Producent oprogramowania (...) nie dostarcza standardowej dokumentacji, dokumentacja działania programu jest dostępna w postaci pomocy online, w trakcie działania programu. Dostawcy dostarczają dokumentację techniczną i instalacji rozwiązania w postaci elektronicznej.

Na dzień 15 listopada 2010 r. nie było powołanej komisji w Centralnym Laboratorium Kryminalistycznym w W., komisja taka została powołana dopiero w dniu 17 listopada 2010 r.

Do czynności odbioru przystąpiono w dniu 18 listopada 2010 r. w Centralnym Laboratorium (...), gdzie stawił się M. W. reprezentujący spółkę (...). W trakcie przeprowadzanych czynności komisja stwierdziła brak jednej pary słuchawek oraz instrukcji w języku polskim do programów firmy (...). M. W. oświadczył też, że nie posiada wystarczającej wiedzy i umiejętności do przeprowadzenia instruktażu z zakresu funkcjonalności systemów (...) + oraz (...), opisanego w punkcie 13 załącznika nr 3 do umowy. Powyższe zastrzeżenia zostały ujawnione w protokole odbioru sporządzonym tego samego dnia, w związku z czym przedstawiciel wykonawcy potwierdził, że w pierwszym dniu uzgodnionego harmonogramu odbiorów, odbiór w (...) w W. nie został dokonany z przyczyn wskazanych w protokole.

Do odbioru przedmiotu umowy doszło:

- w Laboratorium Kryminalistycznym we W. w dniu 1 grudnia 2010 r.
- w Laboratorium Kryminalistycznym w P. w dniu 30 listopada 2010 r.
- w Laboratorium Kryminalistycznym w G. w dniu 7 grudnia 2010 r.
- w Laboratorium Kryminalistycznym w O. w dniu 6 grudnia 2010 r.
- w Laboratorium Kryminalistycznym w L. w dniu 3 grudnia 2010 r.
- w Laboratorium Kryminalistycznym w K. w dniach 2 i 9 grudnia 2010 r.
- w Centralnym Laboratorium Kryminalistycznym w W. w dniach 8, 9 i 20 grudnia 2010 r.

Notą księgową nr (...) z dnia 28 grudnia 2010 r. (...) obciążyła (...) sp. z o.o. karą umowną w kwocie 76 122,34 zł, odebraną przez pozwaną w dniu 4 stycznia 2011 r., zaś pismo wzywające do zapłaty tej kwoty pozwana odebrała w dniu 21 lutego 2011 r.

Zawarta przez strony umowa nie obejmowała instalacji sterowników dla (...) ani dostarczenia dysków aktualizacyjnych programów (...) (opinia biegłego M. S.).

Dokonując powyższych ustaleń faktycznych Sąd Apelacyjny oparł się na znajdujących w aktach dokumentach, których wiarygodność nie była kwestionowana w toku postępowania, a także na opinii biegłego M. S., uznając, że ta opinia w sposób prawidłowy określiła zakres wymagań stawianych wykonawcy w zakresie przedmiotu umowy.

Sąd Apelacyjny nie uwzględnił opinii biegłych A. D. i D. K..

Oceniając, co strony rozumiały jako instruktaż Sąd Apelacyjny uwzględnił przede wszystkim treść samej umowy, przewidującej instruktaż dla określonej liczby osób, których listy miały stanowić załącznik do protokołu odbioru. Biegły D. K. w swojej opinii wskazał, że zapisy umowy dotyczące instruktażu są bardzo ogólne, uznał jednak, że typowy instruktaż to „krótkie przeszkolenie mające na celu udzielenie wskazówek, jak korzystać z danego produktu i jak realizować z nim określone zadania; typowy instruktaż powinien być przeprowadzony przynajmniej przez średniozaawansowanego użytkownika, czyli osobę, która dobrze zna dany produkt i używa go dłużej” (k. 452).

Bezsporne jest, że w dniu 18 listopada 2010 r. przedstawiciel pozwanej spółki uczestniczący w czynności odbioru przedmiotu umowy nie był przygotowany do przeprowadzenia tak rozumianego instruktażu i że wcześniej żadne szkolenia z udziałem pracowników zamawiającego się nie odbyły. Zatem wskazanie przez biegłego na późniejszą korespondencję między stronami i podjęte przez wykonawcę działania mające doprowadzić do realizacji umowy w tym zakresie nie mają znaczenia dla oceny, czy powód mógł odstąpić od czynności odbioru przedmiotu zamówienia w dniu 18 listopada 2010 r.

W części opinii dotyczącej zakresu dostarczonej przez producenta oprogramowania (...) dokumentacji biegły stwierdza, że producent ten nie dostarcza żadnej standardowej dokumentacji poprzestając na wbudowanej w programie komputerowym lub dostępnej na stronie internetowej pomocy elektronicznej, która nie była dostępna w języku polskim. Wskazując na dostępność do instrukcji z pozycji help menu po zainstalowaniu oprogramowania biegły uznaje, że wykonawca nie miał obowiązku tłumaczyć na język polski pomocy związanej z programem ani żadnego dokumentu związanego z tym programem.

W ocenie Sądu Apelacyjnego wymóg dostarczenia dokumentacji w języku polskim został jednoznacznie określony w treści umowy, zaś sposób przekazania tej dokumentacji – w wersji papierowej czy elektronicznej – nie miał decydującego znaczenia.

Co do wymogu dostarczenia słuchawek biegły wskazał zaś jedynie, że nie zostały one ujęte w treści umowy ani SIWZ, nie odnosząc się do tego, czy słuchawki standardowo wchodziły w skład pakietu (...), na co wskazał biegły S..

Opinia biegłego A. D. jest zaś wyjątkowo lakoniczna i sprowadza się jedynie do zaprezentowania poglądu biegłego co do zakresu umowy opartego jedynie na literalnej treści jej zapisów.

W świetle powyższych ustaleń faktycznych Sąd Apelacyjny uznał, że nie można mówić o opóźnieniu wykonawcy w realizacji umowy do dnia 18 listopada 2010 r., skoro przed tą datą zamawiający nie był przygotowany do odbioru przedmiotu zamówienia, gdyż nie zostały powołane komisje mające takiego odbioru dokonać.

Należy jednak podkreślić, że w dniu 18 listopada 2010 r. do odbioru przedmiotu zamówienia nie doszło z przyczyn obciążających wykonawcę. Wskazany w protokole zamawiającego brak jednej pary słuchawek, mimo że jak ustalił Sąd Apelacyjny wchodziły one w skład pakietu (...) standardowo, nie uzasadniałyby odmowy przyjęcia przedmiotu zamówienia, gdyż był to tylko brak ilościowy, który mógłby być uznany za niewłaściwe wykonanie umowy i podlegać uzupełnieniu w terminie późniejszym.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego nie każda wada przedmiotu umowy uzasadnia odmowę jego odbioru, gdyż odmowa odbioru może być uzasadniona jedynie wadami, które uniemożliwiają zamawiającego korzystanie z przedmiotu umowy zgodnie z jego przeznaczeniem. Istotne znaczenia ma więc brak zarówno przeprowadzenia instruktażu, jak i dostarczenia dokumentacji związanej z obsługą oprogramowania w języku, niezależnie od formy papierowej czy elektronicznej tej dokumentacji. Wskazane braki które niewątpliwie wystąpiły w dniu 18 listopada 2010 r. uzasadniały odmowę przyjęcia przedmiotu umowy i obciążały pozwanego jako wykonawcę.

Sąd Apelacyjny uznał zatem, że zwłoka wykonawcy w realizacji umowy miała miejsce od 18 listopada do 20 grudnia 2010 r. w zakresie zadania nr 1 (32 dni opóźnienia), do 9 grudnia 2010 r. w zakresie zadania nr 2 (21 dni opóźnienia) i do 8 grudnia 2010 r. w zakresie zadania nr 3 (20 dni opóźnienia).

Wyliczona zgodnie z umową kara umowna powinna wynosić 359,96 zł za jeden dzień opóźnienia w realizacji zadania nr 1, 1 499,87 zł za jeden dzień opóźnienia w realizacji zadania nr 2 i 1196,82 zł za jeden dzień opóźnienia w realizacji zadania nr 3. Tym samym łączna wysokość należnej powodowi kary umownej wynosi 66 952,38 zł.

Sąd Apelacyjny uznał za częściowo zasadne zarzuty pozwanej dotyczące miarkowania wysokości kary umownej.

Błędny jest pogląd Sądu Okręgowego, że roszczenie powoda należało oddalić na podstawie art. 484 § 2 k.c. , gdyż pozwana w sprzeciwie od nakazu zapłaty wskazała, że zobowiązanie zostało w całości wykonane, a powód nie poniósł żadnej szkody w późniejszym wykonaniu zobowiązania, powód nie zaprzeczył zaś skutecznie temu twierdzeniu pozwanej.

Przede wszystkim należy bowiem wskazać na pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w mającej moc zasady prawnej uchwale składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia z dnia 6 listopada 2003 r. III CZP 61/03 (OSNC 2004/5/69),

że zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody.

Zastrzeżenie kary umownej w umowie powoduje modyfikację reguł odpowiedzialności kontraktowej w tym sensie, że wierzyciel wykazuje jedynie sam fakt zastrzeżenia kary umownej i niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika. Kara umowna stanowi zatem jedną z umownych sankcji kontraktowych, aktualizującą się w związku z naruszeniem zobowiązania przez dłużnika, o uproszczonym sposobie jej zastosowania, w sferze odpowiedzialności kontraktowej obowiązek naprawienia szkody nie stanowi bowiem jedynej konsekwencji (sankcji) niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

Fakt nieponiesienia szkody z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie pozbawia zatem wierzyciela prawa dochodzenia kary umownej od dłużnika (art. 484 § 1 k.c.), natomiast w warunkach przewidzianych w art. 484 § 2 k.c. okoliczność ta powinna być brana pod uwagę przy zmniejszeniu kary umownej. W wypadku zastrzeżenia kary umownej wierzyciela nie obciąża zatem obowiązek udowodnienia szkody, natomiast dłużnik, w ramach zarzutów z art. 484 § 2 k.c. dążąc do miarkowania wysokości kary umownej ma możliwość wykazania braku takiej szkody, co jednak nie może prowadzić do skutecznego zwolnienia się od obowiązku zapłaty kary umownej, a jedynie odpowiedniego zmniejszenia jej wysokości.

Sąd Apelacyjny uznał, że pozwany nie wykazał, aby powód nie poniósł szkody na skutek niewykonania zobowiązania w umówionym terminie, jednak zdaniem Sądu Apelacyjnego uzasadnione jest miarkowanie kary umownej o połowę z uwagi na fakt, że zamawiający w trakcie odbioru przedmiotu umowy zgłaszał wobec wykonawcy żądania wykraczające poza zakres umowy (sterowniki dla systemu (...) i dyski aktualizacyjne do programu (...)), zaś realizacja tych żądań zamawiającego niewątpliwie miała wpływ na zakres opóźnienia w realizacji przedmiotu umowy.

Z uwagi na powyższe Sąd Apelacyjny uznał za zasadne żądanie powoda jedynie co do kwoty 33 476,19 zł z odsetkami za opóźnienie od 12 stycznia 2011 r., mając na względzie odbiór przez pozwaną noty księgowej obejmującej należność z tytułu kary umownej w dniu 4 stycznia 2011 r.

Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do uwzględnienia zgłoszonego przez pozwaną z ostrożności procesowej zarzutu potrącenia wierzytelności w kwocie 145 209,71 zł z tytułu szkody poniesionej przez pozwaną.

W ocenie Sądu Apelacyjnego zarzut pozwanej, dopuszczalny jako środek obrony w orzecznictwie Sądu Najwyższego, nie został oparty na skutecznym oświadczeniu o potrąceniu.

Oświadczenie będące procesowym zarzutem potrącenia zostało złożone w piśmie procesowym podpisanym przez pełnomocnika pozwanej, nie dysponującego pełnomocnictwem do składania materialnoprawnych oświadczeń woli. Odpis tego pisma został doręczony pełnomocnikowi procesowemu powoda – Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa – która nie jest umocowana do obioru oświadczeń woli za powoda.

Ponadto złożenie skutecznego oświadczenia o potrąceniu wymaga wyrażenia przez składającego takie oświadczenie jednoznacznej woli wywołania skutków określonych w art. 498 k.c., a więc umorzenia wzajemnych wierzytelności, co zakłada uznanie ich istnienia. Przepisy prawa materialnego nie dają podstaw do uznania za skuteczne oświadczenia o potrąceniu złożonego z zastrzeżeniem, że wzajemna wierzytelność nie istnieje, zaś takie zastrzeżenie poczynił w sprzeciwie pełnomocnik pozwanego.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 9 listopada 2011 r. II CSK 70/11, jeżeli pozwany w toku postępowania dokonuje ewentualnego potrącenia swej wzajemnej wierzytelności - tj. potrąca ją tylko na wypadek gdyby objęta żądaniem pozwu wierzytelność, którą kwestionuje została uznana przez sąd za uzasadnioną, co jest dopuszczalne i nie stanowi zakazanego potrącenia pod warunkiem - to w takim wypadku niewątpliwie nie dochodzi do uznania powództwa.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego oświadczenie o potrąceniu złożone z zastrzeżeniem, że dokonujący potrącenia kwestionuje istnienie wierzytelności wzajemnej, nie daje podstaw do uznania, że zostało złożone skuteczne oświadczenie woli wywołujące skutek materialnoprawny w postaci wzajemnego umorzenia wierzytelności.

Mając powyższe na względzie, na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. Sąd Apelacyjny częściowo zmienił zaskarżony wyrok, oddalając apelację w pozostałym zakresie jako niezasadną na podstawie art. 385 k.p.c.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c.