

UZASADNIENIE

Powód (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. w pozwie z dnia 14 września 2015 r. (data wpływu) wniósł o zasądzenie od pozwanego S (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwoty 100.000 złotych wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 28 kwietnia 2014 r. do dnia zapłaty, wskazując, że jest to częściowe dochodzenie przez powoda należności wynikających z kar umownych.

Uzasadniając żądanie pozwu, powód podał, że zawarł z pozwanym umowę dotyczącą sprzedaży, instalacji oraz wdrożenia zintegrowanego systemu informatycznego w przedsiębiorstwie. Pozwany nienależycie, tj. nieterminowo wykonywał swoje obowiązki wynikające z realizacji rękojmi oraz usług serwisowych, co uzasadnia dochodzenie kwoty objętej żądaniem pozwu jako kar umownych (pozew k. 2-5 akt).

Pozwany S (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. wniosła o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. na rzecz pozwanego zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Pozwany podniósł zarzut przedawnienia roszczenia (odpowiedź na pozew k. 97-106 akt).

W toku procesu strony w pismach procesowych i na rozprawach podtrzymały swoje stanowiska w sprawie.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

Powód (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. zawarł w dniu 30 grudnia 2010 r. z pozwanym S (...) Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w W. umowę nr (...) dotyczącą sprzedaży, instalacji oraz wdrożenia zintegrowanego systemu informatycznego w przedsiębiorstwie. Umowa została zawarta po przeprowadzeniu negocjacji w postępowaniu z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust.1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych. Wykonawca zobowiązał się wykonać zamówienie zgodnie z SIWZ oraz przyjętą ofertą (dowód: umowa nr (...) k. 14-18 akt, zeznania świadka R. M. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 01:10:09).

Zanim podpisano umowę trwały między stronami negocjacje około 6 miesięcy. Wspólnie ustalano podział na błędy zwyczajne, krytyczne, ustalano terminy ich usuwania (dowód: zeznania świadka R. M. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 01:23:41, zeznania świadka J. W. (1) e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 01:54:17).

Większość negocjacji była prowadzona z firmą (...), która rekomendowała stronę pozwaną do zawarcia umowy. Przedstawiciel S. przywiózł ze sobą przedstawicieli firmy S (...), jako podmiot wdrażający system w przedsiębiorstwach (dowód: zeznania świadka T. K. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 01:45:02, zeznania świadka J. W. (1) e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 01:56:44).

W komisji przetargowej powołanej przez powoda brali udział między innymi: R. M. oraz J. W. (2)- specjalista do spraw zamówień publicznych (dowód: zeznania świadka J. W. (1) e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 01:53:24-01:53:46).

Członkiem komisji przetargowej był także informatyk powoda T. K., który pod koniec realizacji pracował w grupie wdrożeniowej system. Zarząd powodowej Spółki pod koniec 2013r. zdecydował o przekazaniu mu całości systemu S. oraz przedstawieniu stanu prawnego wdrożenia umowy (dowód: zeznania świadka T. K. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 01:27: 01).

Drugim informatykiem ze strony powodowej uczestniczącym w komisji przetargowej był D. S., on też zajmował się realizacją umowy od strony informatycznej (dowód: zeznania świadka T. K. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 01:27: 53-01:29:22, 01:45:02).

Pozwany był na podstawie umowy zobowiązany między innymi do wdrożenia systemu w oparciu o oprogramowanie S., świadczenia trzymiesięcznej rękojmi na konfigurację systemu (w zakresie prac wykonanych przez wykonawcę), począwszy od dnia 1 stycznia 2012 r. (zgodnie z § 8 ust. 1 umowy).

Przedmiotem umowy była sprzedaż, instalacja i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego w (...) obsługiwane przez dowolną przeglądarkę i mającego moduły obsługujące:

- Finanse i księgowość,
- Kadry i płace,
- Gospodarkę magazynową, materiałową (wraz z systemem kodów kreskowych),
- Zaopatrzenie (zapotrzebowania, zamówienia, zakupy),
- Środki trwałe,
- Sprzedaż,
- Analizy, budżetowanie,
- Administrację.
- w tym sprzedaż licencji.
- Propozycje funkcjonalności systemu opisane są w zał. 3 i 4 do niniejszej umowy

Wykonawca miał:

-zainstalować, zainicjować i uruchomić dostarczane oprogramowanie na stacjach roboczych i na serwerze baz danych,

-przygotować system certyfikujący u zamawiającego,

-dostarczyć dokumentację techniczną systemu w formie elektronicznej z uwzględnieniem struktur tabel, zachodzących relacji i informacji o przechowywanych w nich danych;

-dostarczyć instrukcję użytkownika systemu w formie elektronicznej dla każdego stanowiska roboczego;

-dostarczyć instrukcję administrowania dostarczonym systemem w formie elektronicznej z uwzględnieniem opisu archiwizacji danych. Dokumentacja ta powinna, również zawierać opis konfiguracji oprogramowania po stronie stacji roboczych (z uwzględnieniem specyfiki poszczególnych systemów operacyjnych) oraz po stronie serwera;

-zaktualizować dokumentację względem wprowadzonych modyfikacji w oprogramowaniu;

-obowiązany był do serwisowania systemu, tj. do zapewnienia jego ciągłej bezawaryjnej pracy oraz dokonywania zmian w celu dostosowania do aktualnych przepisów;

Wykonawca miał przeszkolić użytkowników, wymienionych w załączniku nr 2 do umowy, w obsłudze systemu i jego poszczególnych modułów w terminach określonych w harmonogramie wdrażania Zintegrowanego Systemu Informatycznego stanowiącego załącznik nr 1 do umowy.

W myśl **§ 3 ust. 3 umowy** wykonawca nie ponosił odpowiedzialności za jakiegokolwiek zaniechania/opóźnienia/zwłokę po stronie zamawiającego. **Czas trwania takiej przeszkody przy realizacji prac przez wykonawcę, powodował automatyczne przesunięcie terminów realizacji o czas trwania zaniechania/opóźnienia/zwłoki.** W przypadku zaistnienia tych okoliczności, terminy naliczenia kary umownej

ulegały odpowiedniemu wydłużeniu (dowód: umowa nr (...) wraz z załącznikami k. 14-32 akt, zeznania świadka H. H. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 00:07:10-01:09:09).

Umowa była czterokrotnie aneksowana.

Powód miał prawo zgłaszać błędy związane z niewłaściwą konfiguracją systemu w ramach rękojmi. Zgodnie z § 8 ust. 3 umowy czas naprawy dla **problemów krytycznych** wynosił **6 godzin**, natomiast dla **problemów zwyczajnych 24 godziny**, przy czym każdorazowo dodatkowo czas reakcji (czas na podjęcie zgłoszenia) wynosił 2 godziny. **Rękojmia nie dotyczyła w szczególności usług serwisowych**, które to usługi serwisowe świadczone były w stosunku do oprogramowania standardowego S.. Usługi te miały odrębny reżim realizacji przedsiębiorstwie (dowód: umowa nr (...) k. 14-18 akt).

Umowa zawarta pomiędzy stronami stanowiła **w § 8 ust. 2**, iż „rękojmia i serwisowanie systemu nie obejmuje usterek i uszkodzeń powstałych z winy zamawiającego i spowodowanych niewłaściwą eksploatacją. Strony zastrzegły, że „w przypadku, gdy okaże się w ramach diagnostyki, iż problem wynika z działań określonych w ust. 2 powyżej, wykonawca obciąży zamawiającego kosztem wykonanych do tego momentu prac (w tym diagnozowania). Wykonawca nie jest jednocześnie zobowiązany do wykonywania tego rodzaju napraw bez dodatkowego wynagrodzenia.”

Zgodnie z brzmieniem § 12 ust. 1 pkt 1 lit. b) i c) kary umowne naliczane miały być **za zwłokę** w realizacji zgłoszeń.

W § 12 umowy strony ustaliły następującą wysokość kar umownych:

1/ wykonawca miał zapłacić zamawiającemu karę umowną:

a/ za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki, licząc od upływu terminu wdrożenia - poz. 6 załącznika nr 1;

b/ za zwłokę w usunięciu problemu krytycznego 250,00 zł, za każdą godzinę zwłoki zgodnie z § 8 ust.3 pkt a;

c/ za zwłokę w usunięciu problemu zwyczajnego 500,00 zł, za każdy dzień zwłoki zgodnie z § 8 ust. 3 pkt. b;

d/ za odstąpienie od umowy przez zamawiającego wskutek okoliczności, za które odpowiada wykonawca - w wysokości 10% wynagrodzenia umownego;

e/ za odstąpienie od umowy przez wykonawcę wskutek okoliczności, za które odpowiada wykonawca - w wysokości 10% wynagrodzenia umownego.

2/ Zamawiający miał zapłacić wykonawcy karę umowną za odstąpienie od umowy, z przyczyn leżących po jego stronie w wysokości 10% wynagrodzenia umownego (nie dotyczy to sytuacji przewidzianej w § 11 ust. 3).

Jeżeli kara umowna nie pokrywała poniesionej szkody strony mogły dochodzić odszkodowania uzupełniającego do wysokości strat rzeczywistych i 100% wynagrodzenia netto wykonawcy (dowód: umowa nr (...) k. 14-18 akt).

Z uwagi na rozbieżności interpretacyjne co do zakresu realizacji umowy, strony w dniu **27 maja 2011 r.** zawarły **aneks nr (...) do umowy**, który w § 2 ust. 2 stanowił, iż **Koncepcja Architektury Biznesowej Systemu** oraz **Dokument Inicjujący** projekt były jedynymi podstawami realizacji prac wynikających z umowy i zastąpiły w tym zakresie wszystkie inne dokumenty.

Na Koncepcję Biznesową składały się koncepcje wszystkich modułów (obszarów) systemu wdrażanego u powoda, a także dokumentacja (...) (instalacja/administracja), koncepcja dodatkowych interfejsów oraz dokumentacja konfiguracji poszczególnych obszarów wdrożonego systemu.

Ewentualne kwestie związane ze zgłoszeniami o charakterze rękojmi co do niewłaściwej konfiguracji systemu, **należało odnosić do uzgodnionego w ten sposób przedmiotu realizacji prac** (dowód: aneks nr (...) do umowy nr (...) z dnia 30 grudnia 2010 r. wraz z załącznikiem k. 33-37 akt).

Podstawą zgłoszenia związanego z niewłaściwą konfiguracją systemu w zakresie rękojmi powinno być stwierdzenie, że konfiguracja odbiega od zakresu konfiguracji przyjętej zgodnie z Koncepcją Architektury Biznesowej Systemu.

W dniu 22 lipca 2011r. strony zawarły aneks nr (...) do umowy podstawowej. W § 2 aneksu, zapisano, że 4 ust. 2 umowy otrzymuje brzmienie:

„2. Zamawiającemu przysługuje prawo kontroli, na każdym etapie, wdrażania Zintegrowanego Systemu Informatycznego. W celu weryfikacji poprawności realizacji umowy nadzór prac może być prowadzony przez zamawiającego z asystą podmiotu trzeciego. W tym wypadku wykonawca jest zobowiązany do:

- udzielenia audytującym wyczerpujących wyjaśnień,
- przekazywania audytującym wszelkich dostępnych informacji związanych z realizacją umowy,
- udostępnienia rutynowo wykonywanych raportów i dokumentów oraz wszelkiej powstałej w czasie trwania umowy dokumentacji,
- udokumentowania audytującym dotrzymania zobowiązań dotyczących bezpieczeństwa przechowywania i przetwarzania danych w zakresie wdrażanego systemu (...),
- przeprowadzania wskazanych przez audytujących operacji i prac (m.in. testy specjalistyczne).

Terminy poszczególnych działań w ramach audytu będą ustalane wspólnie z wykonawcą tak, aby nie utrudnić bieżącej eksploatacji Systemu i przetwarzania danych oraz usług świadczonych przez wykonawcę.

Zamawiający będzie przedstawiać wykonawcy wyniki nadzoru w postaci comiesięcznego raportu audytora. W przypadku zauważonych uchybień wykonawca w terminie do 14 dni kalendarzowych przedstawi plan naprawczy, tzn. na piśmie odniesie się do przedstawionych uwag oraz zaproponuje odpowiednie działania korygujące. Czas usunięcia uchybień nie może przekroczyć 30 dni kalendarzowych od dnia zatwierdzenia przez zamawiającego planu naprawczego.

Zamawiający gwarantuje, że podmioty zewnętrzne przeprowadzające audyt nie będą prowadziły działalności konkurencyjnej wobec wykonawcy i złożą oświadczenie o obowiązku zachowania poufności danych, do których będą miały dostęp w związku z przeprowadzaniem audytem

W przypadku, gdy zachodzić będzie prawdopodobieństwo braku obiektywizmu ze strony audytora, wykonawca ma prawo złożyć do zamawiającego wniosek o zmianę takiego podmiotu trzeciego wraz z uzasadnieniem. Wniosek taki musi być rozpatrzony niezwłocznie”. (dowód: aneks nr (...) wraz z załącznikiem k. 38-39 akt).

Dodatkowo w ramach umowy pozwany był zobowiązany do wykonywania **usług serwisowych** oprogramowania standardowego firmy (...).

Z uwagi na brak szczegółowych postanowień w umowie w tej kwestii strony uregulowały to poprzez **zawarcie aneksu nr (...)** do umowy i przyjęcie treści załącznika nr 5 do umowy (dowód: zeznania świadka H. H. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 00:53:51-00:55:28).

Powód miał prawo zgłaszać **błędy oprogramowania standardowego** w oparciu i na zasadach określonych **załącznikiem nr 5**.

Podstawą realizacji usług serwisowych był błąd (wada) standardowego oprogramowania S., a zatem konieczność korekty nieprawidłowej pracy oprogramowania. Wady/błędy miały być związane z samym oprogramowaniem, a nie systemem informatycznym.

Załącznik nr do 5 wprowadzony do umowy aneksem nr (...) zawierał między innymi następujące uregulowania:

„S&T oraz S. będzie wspierać jedynie Rozwiązanie objęte E. (...) i nie zapewni wsparcia w szczególności m.in. w przypadku zdarzenia powstałego na skutek modyfikacji oprogramowania przez zamawiającego bez upoważnienia S&T/S. bądź naruszenia przez zamawiającego warunków licencji, a także w przypadku problemów powstałych w związku z wykorzystaniem produktów innych dostawców (nie S.), które nie były licencjonowane za pośrednictwem S. w ramach Oprogramowania" (pkt IV ppkt 1 załącznika nr 5).

„Zakres S. E. (...) jest ograniczony tylko do obsługi zdarzeń oraz problemów spowodowanych przez **oprogramowanie** i nie obejmuje kwestii związanych z użytkowaniem oraz działaniami, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający" (pkt IV ppkt 3 załącznika nr 5).

Zgodnie z pkt **5 załącznika nr 5** (s.5) **strony określiły czas reakcji i czas dotyczący działania naprawczego wyłącznie dla priorytetu o charakterze krytycznym**, nie nakładając na pozwanego konkretnych czasów związanych z obsługą zgłoszeń o innych priorytetach.

Usługa serwisowa obejmowała, również inne świadczenia np. dostęp do portali S., wiedzy S., not, patchy) (dowód: załącznik nr 5 do umowy, aneks nr (...) k. 40 akt).

Strony w wyniku korespondencji zawarły **aneks nr (...) do umowy**, wskazując, iż umowa objęta jest sześciomiesięczną rękojmią na konfigurację systemu począwszy od 1 stycznia 2012 r. Korespondencja odnosiła się do zgłoszeń realizowanych do dnia 15 maja 2012 r. Pozwany przyjął jako ekwiwalent kary umownej **wydlużony do 6 miesięcy okres rękojmi** (dowód: aneks nr (...) do umowy nr (...) k. 41-50 akt, zeznania świadka H. H. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 00:40:49-00:41:51).

Przyczyną zawarcia aneksu jak i realizacji tych zgłoszeń przez pozwanego była chęć wspierania klienta, celem jak najlepszego przyjęcia wykonywanych usług i uzyskania dalszych zamówień z jego strony (dowód: zeznania świadka E. B. e-protokół rozprawy z dnia z dnia 4 lipca 2016r. czas 02:14:23).

Powód uznał, że uchybienia w realizacji umowy są po jednej i drugiej stronie, pomyślano stąd o wzajemnych kompensatach i ustępstwach. Jednak powód nie zrzekł się dochodzenia kar umownych (dowód: zeznania świadka R. M. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 01:14:06-01:14:47).

Dla powoda błąd krytyczny wystąpiłby wtedy, gdyby doszło do całkowitego zatrzymania systemu. Błąd zwyczajny dotyczył tylko zatrzymania jakiejś części systemu. Nigdy nie było zatrzymania pracy całego systemu (dowód: zeznania świadka R. M. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 01:14:06-01:14:47).

Informatyk powoda T. K., ocenił że koncepcja biznesowa nie była zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jak i samą umową. Nie wdrożono do systemu np. kodów kreskowych, kart identyfikacyjnych, inwentaryzacji środków trwałych, bazy odzieżowej.

Informatyk powoda D. S. zgłaszał zarzuty co do jakości usług i realizacji umowy przez pozwanego (dowód: zeznania świadka T. K. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 01:29: 34-01:31:31, 01:31:42).

Po uruchomieniu systemu i oprogramowania realizację umowy analizowała na bieżąco H. H.- główna księgowa, zastępca dyrektora ds. ekonomicznych oraz Pani Ś.-W.. Robione były zestawienia błędów (dowód: zeznania świadka H. H. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 00:19:05).

Najwięcej błędów pojawiło się w module kadrowo-płacowym, a w drugiej kolejności w dziale logistycznym. Od początku pojawiły się problemy z wprowadzaniem kontraktów, uzyskaniem zapotrzebowania oraz przypisaniem zamówienia do danego kontraktu. W module księgowym i kontrolingowym tak dużo błędów nie było. Było ich jedynie kilka i pojawiły się w pierwszym okresie eksploatacji (dowód: zeznania świadka H. H. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 00:07:48).

U powoda była wyznaczona grupa pracowników, która miała zgłaszać błędy, natomiast zamykanie zgłoszenia należało do H. H. (dowód: zeznania świadka H. H. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 00:19:32).

Powód nie weryfikował, czy błędy były zgłaszane w zakresie przyjętej koncepcji biznesowej- koncepcji będącej podstawą zgłoszenia, część błędów wynikała z normalnej pracy. Błędy były zgłaszane na początku bez zachowania opisanej umową procedury, ale po pewnym czasie już oficjalnie do konsultantów pozwanego drogą mailową lub telefonicznie (dowód: zeznania świadka H. H. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 00:20:07).

(...) dotyczył zgłoszeń serwisowych. Tam wpisywano rodzaj błędu, usterki, a konsultant powinien wpisać , w jaki sposób zareagowano na zgłoszenie, jak doszło do usunięcia błędu. Zdarzało się, że system generował zamknięcie zgłoszenia, mimo że nie podjęto żadnych działań naprawczych. Konsultant miał możliwość zmiany klasyfikacji zgłoszonego błędu (dowód: zeznania świadka H. H. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 00:42:29-00:47:57).

Systemem zgłoszeniowym ((...)rejestracja zgłoszeń serwisowych) w tym zakresie zajmowała u pozwanego B. M. jako koordynator zgłoszeń. Szefem serwisu była E. B.. Konsultant przyjmował zgłoszenie i kierował je do obsługi przez konkretnego pracownika (dowód: zeznania świadka B. M. e-protokół rozprawy z dnia 19 lutego 2016r. czas 00:05:11-00:06:01).

(...) nie odnotowywał daty zgłoszenia. Rejestrował, czy klient został obsłużony (dowód: zeznania świadka B. M. e-protokół rozprawy z dnia 19 lutego 2016r. czas 00:07:11- 00:08:22).

Zgłoszenia serwisowe w obszarze (...) realizował u pozwanego A. S.. Dotyczyły one kadr i płac. Były to błędy wynikające z wdrożenia systemu, a także braku umiejętności pracowników powoda w użytkowaniu systemu. Zdarzały się problemy związane z rozwojem systemu np. nowe formularze. A. S. ostatecznie nie wynikał, czy pracownicy powoda wychodzą w tych zgłoszeniach poza koncepcję biznesową. Starał się rozwiązać zgłaszany problem, a pracownicy powoda nigdy nie mieli do niego zastrzeżeń co do terminów usunięcia błędów (dowód: zeznania świadka A. S. e-protokół rozprawy z dnia 19 lutego 2016r. czas 01:07:36- 01:09:06, 01:09:45, 01:11:34).

W rejestrze zaleceń systemowych były zgłaszane błędy i braki i okazało się, że wiele rzeczy nie zgadza się z tym, co było umówione między stronami (dowód: zeznania świadka T. K. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 01:31:42).

W okresie rękoma pozwany usuwał wszystkie błędy (dowód: zeznania świadka H. H. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 00:51:13-00:52:41).

Uciążliwym błędem było przy tworzeniu kontraktu i dekretacji, było zanikanie cen netto, były problemy z zapotrzebowaniem referencji. Były problemy z systemem płacowym, naliczaniem nagród jubileuszowych, odpraw emerytalnych uwzględniających staż pracy (dowód: zeznania świadka H. H. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 00:21:27-00:26:40).

Do 17 lutego 2012 r. powód miał praktycznie cały czas wsparcie w usuwaniu błędów na bieżąco, bowiem gdy były do wykonania jakieś ważne operacje, konsultanci pozwanego byli u powoda cały czas i służyli pomocą, np. przy robieniu listy płac, rozliczaniu kosztów działalności (dowód: zeznania świadka H. H. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 00:27:34).

Etap wsparcia zakończył się po 17 lutego (dowód: zeznania świadka H. H. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 00:29:574).

Między 22 lutym a 27 marca 2012 r. było zgłoszonych 13 błędów dotyczących różnych modułów (dowód: zeznania świadka H. H. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 00:27:34).

Ze strony pozwanego wszystko w tym zakresie było wykonywane terminowo (dowód: zeznania świadka H. H. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 00:31:46- 00:31:49).

W kolejnym okresie kwiecień 2012r. informatyk T. K. był wyznaczony do wpisywania błędów i za dłuższy okres czasu wpisał około 20-30 błędów. Wszystkich błędów mogło być jednak około 50. Błędy i braki zgłaszane były z uwagi na treść umowy i specyfikację istotnych warunków zamówienia bez odniesienia do koncepcji biznesowej i te błędy nie były usuwane przez pozwanego (dowód: zeznania świadka T. K. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 01:36:42-01:37:37, 01:38:32).

R. M. zgłaszając błędy pozwanemu, posługiwał się koncepcją biznesową, SIWZ, umową (dowód: zeznania świadka R. M. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 01:48:33).

(...) firmy S (...) nie był czytelny i przejrzysty, zatem pracownikom powoda trudno było ustalić, ile czasu trwało usuwanie błędów (dowód: zeznania świadka H. H. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 00:28:00).

Pracownicy powoda nie odnotowali błędów krytycznych (dowód: zeznania świadka H. H. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 00:29:19).

Po podpisaniu protokołu wdrożeniowego, od początku stycznia zarząd powodowej spółki, miał kontrolę, kto, kiedy i w jakim celu ma dostęp do systemu ze strony pozwanej. Powód musiał od tego czasu wyrażać zgodę na dostęp pozwanego do systemu i było to odnotowywane (dowód: zeznania świadka T. K. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 01:39:37).

Powód w okresie testowania systemu oprogramowania nie mógł wychwycić wszystkich błędów, tym bardziej, że pracownicy nie znali dobrze systemu (dowód: zeznania świadka H. H. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 00:08:50-00:09:43).

Powód współpracował z pozwanym w zakresie przygotowania systemu w module finansów, księgowości, kontrolingu, logistyki i zsynchronizowania poszczególnych modułów systemu. Wspólnie opracowywano koncepcje, przy czym pracownicy powoda nigdy nie pracowali na tak rozległym systemie i nie mieli doświadczenia w tym zakresie (dowód: zeznania świadka H. H. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 00:11:46).

W module finansowo- księgowym miały znaleźć się wszystkie operacje księgowe, w tym sprawozdanie finansowe. Miał dawać też możliwość wystawiania faktur sprzedażowych, czytywania elektronicznych wyciągów bankowych. Moduł kontrolingowy był bardziej rozszerzony. Miał być w nim przekrój informacji, tak by stworzyć wniosek taryfowy dla opracowania cen i układów kalkulacyjnych (dowód: zeznania świadka H. H. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 00:15:10-00:17:58).

Podwykonawcą pozwanego w zakresie rachunkowości zarządczej był D. H.. Starał się rozwiązywać na bieżąco problemy u powoda, a wszystko zależało również od tego, jak moduł był zbudowany i jak funkcjonowały inne moduły, z których czerpano informacje o zdarzeniach gospodarczych (dowód: zeznania świadka D. H. e-protokół rozprawy z dnia 19 lutego 2016r . czas 00:29:37 -00:29:57, 00:30:29, 00:30:47).

Zdarzało się, że D. H. przyjmował inną ocenę rodzaju błędu, niż pracownicy powoda. Z uwagi jednak na dobrą współpracę, to w zakresie modułu , który wykonywał, świadczył powodowi pomoc w usuwaniu błędów poza zakresem umownym (dowód: zeznania świadka D. H. e-protokół rozprawy z dnia 19 lutego 2016r . czas 00:34:29 akt).

W systemie zgłoszeniowym D. H. odnotowywał wszystkie realizacje serwisu (dowód: zeznania świadka D. H. e-protokół rozprawy z dnia 19 lutego 2016r . czas 00:43:23 akt).

Obszar –moduł, który realizował podwykonawca był zgodny z koncepcją biznesową zaakceptowaną przez powoda (dowód: zeznania świadka D. H. e-protokół rozprawy z dnia 19 lutego 2016r . czas 00:36:53 akt).

Każdy model generuje różne metodyki-np. ASA, (...). Przed wdrożeniem musi mieć wyraźnie określone wymagania, np. funkcjonalność, strukturalne powiązania, struktury danych. Wszystko to określa koncepcja biznesowa zatwierdzana przez klienta i ona jako zbiór wymagań decyduje o kształcie produktu w postaci systemu informatycznego (dowód: zeznania świadka D. H. e-protokół rozprawy z dnia 19 lutego 2016r . czas 00:34:29 akt).

Konsultantem w projekcie w zakresie finansów i majątku trwałego był P. K.. Zajmował się wdrożeniem modułu w zakresie rachunkowości finansowej zgodnie z metodologią i przyjętą koncepcją biznesową. Był wdrażany system kadrowo –płacowy oraz logistyka w zakresie zakupów i sprzedaży (dowód: zeznania świadka P. K. e-protokół rozprawy z dnia 19 lutego 2016r. czas 00:48:41 -00:49:34, 00:51:16 akt).

Moduł pozwalał na realizowanie sprawozdań finansowych, bilansu, rachunku zysków i strat. Był należycie wykonany , zgodnie z oczekiwaniami strony (dowód: zeznania świadka P. K. e-protokół rozprawy z dnia 19 lutego 2016r. czas 00:53:57 akt).

Przez pół roku pracownicy nabierali doświadczenia w pracy z systemem, tym bardziej, że konsultacji wiele rzeczy zdołali przez ten czas dodatkowo wyjaśnić. Dochodziło też do zmian konfiguracji (dowód: zeznania świadka H. H. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 00:35:56-00:38:18).

Powód uznał, że skoro zgłasza błędy do konsultantów pozwanego przez firmę S (...), to konsultanci powinni rozróżnić, czy jest to błąd do usunięcia w ramach serwisu, czy też dotyczy systemu lub oprogramowania. Zgłaszanie błędów do S.-u wymagało dużej wiedzy na temat rodzajów błędów, tym bardziej, że system generował specjalne noty w tej kwestii. Pracownicy powoda nie dokonywali kwalifikacji błędów i nie zastanawiali się nad ich rodzajami (dowód: zeznania świadka H. H. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 00:55:39- 00:57:53).

Pracownicy powoda nie byli w stanie zmienić klasyfikacji błędu (dowód: zeznania świadka T. K. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 01:35:23).

Przez kolejne miesiące współpracy pozwany przyjmował wszystkie zgłoszenia błędów przez pracowników powoda, mimo że w wielu przypadkach powód nie opierał się na koncepcji biznesowej, która powinna być podstawą zgłoszenia. Pozwany realizował wszystkie zgłoszenia, nawet poza zakresem umownym, oderwane od koncepcji biznesowej, także wspierał powoda jako użytkownika systemu (dowód: zeznania świadka E. B. e-protokół rozprawy z dnia z dnia 4 lipca 2016r. czas 02:04:02-02:23:01, zeznania świadka P. K. e-protokół rozprawy z dnia 19 lutego 2016r. czas 00:57:5-00:58:14 akt).

Pozwany rozumiał sytuację pracowników powoda, którzy nie rozróżniali rodzajów błędów. Liczyła się także dobra współpraca między stronami. Jeśli błąd wymagał dużej ingerencji w system, pozwany miał możliwość wyceny swoich działań jako pracy rozwojowej systemu (dowód: zeznania świadka E. B. e-protokół rozprawy z dnia z dnia 4 lipca 2016r. czas 02:04:54).

Czasami pomoc w usuwaniu błędów odbywała się mailowo, telefonicznie poza systemem. Funkcjonowanie systemu zgłoszeniowego było dość ułomne w tamtym okresie czasu i to u wszystkich klientów pozwanego. Zgłoszenie można było ze strony klienta otworzyć, zamknąć, a ze strony pozwanej przyjąć, wykonać, zamknąć lub odrzucić, kiedy nie miało znamion obsługi systemu S. (dowód: zeznania świadka E. B. e-protokół rozprawy z dnia z dnia 4 lipca 2016r. czas 02:05:42).

Powód jako użytkownik nie był w stanie w kontaktach z konsultantem E. B. rozróżnić, czy zgłasza błąd objęty serwisem, czy rękojmią (dowód: zeznania świadka E. B. e-protokół rozprawy z dnia z dnia 4 lipca 2016r. czas 02:06:45).

Sam pozwany zgłaszał firmie (...) błędy wynikające ze standardu systemu i opisywał takie zgłoszenie w mailu dodatkowo pracownikom powoda. Powód był zawiadamiany, że błędy poza standardem należy bezpośrednio zgłaszać do firmy (...) (dowód: zeznania świadka E. B. e-protokół rozprawy z dnia z dnia 4 lipca 2016r. czas 02:11:135).

Błędy zgłaszane pozwanemu były generowane też przez nieprawidłowe użytkowanie systemu przez pracowników powoda, zastosowanie niewłaściwej procedury (dowód: zeznania świadka E. B. e-protokół rozprawy z dnia z dnia 4 lipca 2016r. czas 02:16:11).

Dwa lata temu system zgłaszania błędów został zastąpiony innym, udoskonalonym systemem (dowód: zeznania świadka E. B. e-protokół rozprawy z dnia z dnia 4 lipca 2016r. czas 02:18:09).

Dla zarządu powodowej Spółki oraz (...) był sporządzony wykaz wszystkich błędów zgłoszonych w rejestrze zgłoszeń systemowych (dowód: zeznania świadka T. K. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 01:34:50).

Powód po zakończeniu realizacji umowy, w szczególności po zakończeniu okresu rękojmi zwrócił pozwanemu w całości **zabezpieczenie należytego wykonania umowy wniesione na podstawie § 10 ust. 1 umowy** (dowód: okoliczność bezsporna)

Powód zawarł z pozwanym po zakończeniu realizacji umowy (w tym rękojmi oraz serwisu) nowe umowy w 2013 roku, dotyczące świadczenia usług serwisu aplikacyjnego (świadczenia usług naprawy błędów nie wynikających z błędów oprogramowania S.) oraz umowę serwisową dotyczącą oprogramowania S. (dowód: okoliczność bezsporna).

W dniu 28 listopada 2014 r. pomiędzy (...) a (...) Oczyszczalnią (...) w Ł. została zawarta umowa nr (...). Przedmiotem umowy było przeprowadzenie audytu realizacji serwisowania systemu w projekcie „Sprzedaż, instalacja i wdrożenie Zintegrowanego Systemu Informatycznego”. Celem audytu było stwierdzenie, czy działania firmy S (...) Sp. z o.o. podejmowane w zakresie serwisowania Zintegrowanego Systemu Informatycznego były realizowane w zgodzie z warunkami określonymi w umowie.

Cele szczegółowe audytu obejmowały: weryfikację klasyfikacji zgłoszeń dokonanej przez pracowników GOŚ; weryfikację wysokości kar naliczonych przez GOŚ.

Jako kryteria audytu przyjęto:

- reguły kategoryzacji zgłoszeń określone w dokumentach formalnych;
- warunki realizacji serwisu i rękojmi określone w dokumentach formalnych;
- czas obsługi zgłoszeń przez S (...) Sp. z o.o.;
- reguły naliczania kar określone w dokumentach formalnych.

(...) został przeprowadzony zgodnie z zaleceniami: normy PN-EN ISO (...) „Wytyczne dotyczące audytowania systemów zarządzania”; (...) dotyczącymi przeprowadzania audytu systemów informatycznych.

Wykaz informacji źródłowych na podstawie, których przeprowadzono audyt został zawarty w rozdziale 5, w rozdziale 6 przedstawiono rys historyczny umowy pomiędzy GOŚ i S (...) Polska, w rozdziale 7.1. przedstawiono postanowienia umowy dotyczące klasyfikowania zgłoszeń w podziale na kluczowe obszary: kategoryzacja zgłoszeń serwisowych i zgłoszeń w ramach rękojmi, czasy usuwania problemów, czasu reakcji na zgłoszenia problemów, uprawnienia zamawiającego, obowiązki zamawiającego, warunki serwisu, sposób realizacji serwisu, ograniczenia rękojmi i serwisu.

W audycie wskazano, że z bezpośrednich wywiadów przeprowadzonych z przedstawicielami GOŚ dokonującymi zgłoszeń w ramach rękojmi i serwisu wynika, iż nie we wszystkich wypadkach kierowano się kryteriami wynikającymi z umowy. Dotyczyło to zwłaszcza zgłoszeń, którym przypisywano priorytet „krytyczny”. Taki sposób postępowania

wynikał zazwyczaj z przeświadczenia, iż zgłoszenie o priorytecie „krytyczny” zostanie potraktowane przez S&T z większą atencją, jednocześnie w udostępnionym przez S&T dla GOŚ systemie zgłoszeń błędów oprogramowania - (...), nie było możliwości przypisania priorytetu „zwyčajny” oraz „bardzo wysoki”. Zdefiniowane były natomiast w systemie (...) priorytety „wysoki” oraz „rozwój”.

Z zestawienia błędów S. zgłoszonych do S&T, przekazanego audytorowi przez GOŚ, wynikało, iż łącznie w ramach umowy objętej audytem dokonano 84 zgłoszeń.

Z weryfikacji zgłoszeń przeprowadzonej przez audytora wynikało, iż żadne ze zgłoszeń nie spełniało kryteriów przewidzianych dla priorytetu „krytyczny”, a jedynie 40 zgłoszeń, co stanowi około 47% zgłoszeń przekazanych do S&T, dotyczyło problemów wynikających z błędów (...) lub nieprawidłowej konfiguracji. W tym z priorytetem „zwyčajny” (rękojmia) 30 zgłoszeń, około 35% oraz priorytetem „bardzo wysoki” (serwis) 10 zgłoszeń, około 12%.

Pozostałe 46 zgłoszeń, co stanowiło około 53% zgłoszeń przekazanych do S&T, należało zakwalifikować, jako zgłoszenia, które nie są objęte rękojmią ani serwisem.

Są to zgłoszenia dotyczące:

- zrealizowania prac rozwojowych -16 zgłoszeń, około 19%;
- nieprawidłowej obsługi systemu - 12 zgłoszeń, około 14%;
- funkcjonalności, które nie zostały wyspecyfikowane w Koncepcji Biznesowej Systemu (niezasadne) - 8 zgłoszeń, około 9%;

« błędnych lub niekompletnych danych - 8 zgłoszeń, około 9%;

- zmiany wymagań GOŚ - 2 zgłoszenia, około 2%.

Zgłoszenia zostały podzielone według kategorii przypisanej przez GOŚ i przedstawione w postaci tabel zawierających między innymi: numer i opis zgłoszenia, priorytet wg GOŚ, rodzaj zgłoszenia wg audytora (serwis, rękojmia), priorytet wg audytora oraz uzasadnienie kategoryzacji dokonanej przez audytora. W tabelach podany został identyfikator uzasadnienia, natomiast opis uzasadnienia zawarty został pod każdą z tabel. W rozdziale 8.1 audytu przedstawiono postanowienia umowy dotyczące kar.

Kwota kar naliczonych zgodnie z kwalifikacją zgłoszeń dokonaną przez GOŚ wyniosła **2. 614.500 zł.**

Natomiast, w opinii audytora na podstawie zestawienia zgłoszeń przekazanego przez GOŚ nie jest możliwe rzetelne wyliczenie wysokości kar za niedotrzymanie warunków rękojmi i serwisu wynikających z umowy. Zestawienie zawiera tylko informację, kiedy pracownik GOŚ zarejestrował w systemie obsługę zgłoszenia oraz kiedy zarejestrował zamknięcie zgłoszenia. Procedura obsługi zgłoszeń obejmowała natomiast wiele etapów realizowanych przez GOŚ, których czas realizacji nie powinien wliczać się do czasu rozwiązywania problemu przez S&T:

- akceptacja zgłoszenia przez koordynatora;
- otwarcie konsultantowi S&T zdalnego połączenia z systemem przez administratora;
- weryfikacja przez pracownika merytorycznego, czy problem został rozwiązany;
- potwierdzenie zamknięcia zgłoszenia w systemie obsługi zgłoszeń.

Z bezpośrednich wywiadów przeprowadzonych z przedstawicielami GOŚ dokonującymi zgłoszeń w ramach rękojmi i serwisu wynikało, że realizacja tych etapów przez GOŚ następowała niejednokrotnie dopiero w następnym dniu

roboczym po przekazaniu sygnału przez S&T. Natomiast w przypadku weryfikacji rozwiązania problemu, nawet po wielu dniach, z uwagi na realizację przez pracowników innych priorytetowych zadań.

Zaznaczono w audycie, że obecnie w związku zakończeniem realizacji serwisu dla GOŚ przez S&T **nie jest już dostępny dla GOŚ system zgłoszeń błędów oprogramowania - (...). GOŚ nie dysponuje też szczegółowymi informacjami dotyczącymi czasów realizacji poszczególnych etapów procedury obsługi zgłoszeń.**

W związku z powyższym, audytor dokonał oszacowania wysokości kar przyjmując następujące założenia:

- do dnia 18.05.2015 r. otwarcie konsultantowi S&T, zdalnego połączenia z systemem następowało w następnym dniu roboczym po dokonaniu zgłoszenia,
- od dnia 18.05.2015 r. zdalne połączenie z systemem było stale otwarte dla wskazanych konsultantów S&T, zatem od tego dnia czas obsługi zgłoszenia liczony jest od dnia zarejestrowania zgłoszenia;
- w przypadkach gdzie z odpowiedzi konsultanta S&T wynika, iż konieczne było uzupełnienie informacji dotyczących zgłoszenie, przyjęto że uzupełnienie następowało w ciągu jednego dnia roboczego;
- weryfikacja rozwiązania problemu, którego dotyczyło zgłoszenie była realizowana przez GOŚ przez 3 dni robocze.

Wysokość kar oszacowana przez audytora wyniosła 322.000 zł.

Na podstawie ustaleń audytu sformułowano następujące wnioski:

1. Przy określaniu priorytetów dla zgłoszeń nie we wszystkich wypadkach kierowano się kryteriami wynikającymi z umowy.
2. Żadne ze zgłoszeń nie spełnia kryteriów określonych dla priorytetu „krytyczny”.
3. Jedynie około 47% zgłoszeń przekazanych do S&T dotyczyło problemów wynikających z błędów systemu lub nieprawidłowej konfiguracji - priorytety „zwyčajny” (rękojmia) oraz „bardzo wysoki” (serwis).
4. Zakres informacji przekazanych przez GOŚ jest niewystarczający do określenia, czy S&T dotrzymało warunki (...) określone w umowie.
5. Wysokość kar naliczonych przez GOŚ jest nieprawidłowa, kary w kwocie 2.614 500 zł są zawyżone.
6. Na podstawie materiałów uzyskanych od GOŚ, nie jest możliwe rzetelne wyliczenie wysokości kar, ze względu na niewystarczającą szczegółowość danych.
7. Do wyliczenia wysokości kar konieczne jest uzyskanie szczegółowych informacji, o czasach realizacji poszczególnych etapów procedury obsługi zgłoszeń, z systemu zgłoszeń błędów oprogramowania ~ (...), którym dysponuje S&T. Prośby o udostępnienie danych zostały skierowane do S&T niezależnie przed GOŚ oraz przez audytora, jednak do dnia przekazania raportu z audytu (16.01.2015 r.) nie uzyskano informacji.
 - Kwota kar została oszacowana przez audytora w oparciu o klasyfikację zgłoszeń dokonaną przez audytora oraz przyjęte założenia, wyniosła 322.000 zł (dowód: raportu z audytu k. 51-90 akt, zeznania świadka P. K. e-protokół rozprawy z dnia 19 lutego 2016r. czas 01:02:53).

Powód w dniu 25 kwietnia 2014r. złożył wniosek w Sądzie Rejonowym dla m. st. Warszawy w Warszawie o zawiązanie strony przeciwnej- pozwanego do zawarcia ugody w zakresie zapłaty na rzecz wnioskodawcy kwoty 2.629.250 zł (dowód: wniosek o zawiązanie do próby ugodowej k. 91-92 akt).

Uzasadniając stanowisko wnioskodawca podał, że zawarł z uczestnikiem w dniu 30 grudnia 2010 r. umowę nr (...) na sprzedaż, instalację i drożenie (...). Na podstawie tej umowy uczestnik zobowiązał się dostarczyć i zainstalować w siedzibie wnioskodawcy program S.. Zgodnie z treścią §8 umowy nr (...) uczestnik był zobowiązany do usuwania zgłoszonych przez wnioskodawcę problemów związanych z eksploatacją programu S. w terminach: 6 godzin w przypadku błędów krytycznych, 24 godzin w przypadku błędów zwyczajnych. Błędy były zgłaszane przez wnioskodawcę zdalnie za pomocą systemu zgłoszeń błędów (...), zainstalowanego u wnioskodawcy przez uczestnika w ramach wdrożenia programu S.. W przypadku naruszeń postanowień §8 umowy nr (...), wnioskodawca był uprawniony do żądania od uczestnika kar umownych za opóźnienie w usunięciu problemu:

- krytycznego w kwocie 250,00 zł za każdą godzinę opóźnienia
- zwyczajnego w kwocie 500,00 zł za każdy dzień opóźnienia.

Wnioskodawca w dniu 30 marca 2012 r. skierował do uczestnika pismo, wskazując opóźnienia w usuwaniu błędów programu S.. Wnioskodawca przygotował zestawienie błędów zgłoszonych uczestnikowi, uwzględniające przekroczony czas naprawy błędów przez wykonawcę. W sumie przekroczony został czas w usuwaniu 58 zgłoszonych przez wnioskodawcę błędów. Łączna kwota kary umownej, wyliczonej na podstawie §12 umowy nr (...) wynosi 2.629.250,00 zł i stanowi iloczyn przekroczeń i kwot kar umownych określonych w §12 umowy (dowód: wniosek o zawiązanie do próby ugodowej k. 91-92 akt).

Prokuratura Rejonowa Ł. w sprawie o sygn. 1 Ds. 1297/14 prowadziła postępowanie w sprawie niedopełnienia ciężącego obowiązku zajmowania się sprawami majątkowymi i działalnością gospodarczą (...) z o.o. w zakresie nadzoru nad realizacją umowy nr (...) z 30 grudnia 2010 r. oraz niedopełnienie ciężącego obowiązku naliczania dochodzenia należnych GOŚ Sp. z o.o, kar umownych z w.w. umowy co spowodowało wyrządzenie pokrzywdzonej spółce szkody w wielkich rozmiarach w kwocie 2 629 250,00 zł. w okresie od 30 grudnia 2010 r. do 11 grudnia 2012 r. w Ł. tj. o czym z art. 296 § 1 i § 3 kk.

W toku postępowania wykonano opinię dotyczącą dokonania analizy akt oraz uzyskania innych informacji w celu ustalenia czy:

1. wybór przez GOŚ Ł. Sp z o.o. Zintegrowanego Systemu Informatycznego S. był uzasadniony biorąc pod uwagę potrzeby w/w przedsiębiorstwa, w szczególności czy system ten nie jest systemem zbyt rozbudowanym i skomplikowanym dla potrzeb (...) Sp. z o.o. i czy była możliwość wyboru innego systemu, który odpowiadałby warunkom i cenie ustalonym podczas przeprowadzonego postępowania przetargowego w trybie przetargu nieograniczonego
2. czy zmiany dokonane w umowie (...) z dnia 30 grudnia 2010 r. w porównaniu z jej treścią zatwierdzoną przez zarząd spółki w szczególności w zakresie ceny zamówienia wyższej o 50.000 zł, były uzasadnione biorąc pod uwagę zakres zamówienia
3. czy podpisanie kolejnych aneksów- do umowy z dnia 30 grudnia 2010 r. w szczególności aneksu nr (...) z dnia 29 maja 2011 r. było uzasadnione biorąc pod uwagę proces wdrażania (...) ?
4. czy w związku z podjętymi decyzjami o podpisaniu umowy w dniu 30 grudnia 2010 r. i kolejnych aneksów do w/w umowy spółka poniosła straty finansowe, a jeśli tak, to w jakiej wysokości (dowód: opinia k. 239- 276 akt).

W opinii podsumowano:

Na podstawie analizy materiału dowodowego w postaci akt sprawy, danych producentów oraz innych informacji i materiałów uzyskanych z Internetu, wyciągnięte zostały wnioski, a mianowicie, że zarząd spółki GOŚ Ł. Sp z o. o. nie przeprowadził rozpoznania rynku pod kątem występujących na nim rozwiązań Zintegrowanych Systemów (...) oraz firm oferujących takie usługi. Efektem braku rozpoznania był wybór systemu nadmiernie rozbudowanego w stosunku

do potrzeb GOŚ to jest systemu o nazwie S.. Wybór systemu innego, który spełniałby potrzeby GOŚ Ł. Sp z o.o. pozwoliłby na obniżenie całości kosztów o kwoty na poziomie przynajmniej paruset tysięcy złotych. Nawet w ramach przyjętego systemu S. była możliwość wybrania oferenta, który system wdroży w znacząco niższej cenie - inna firma złożyła ofertę niższą o około 276.000 zł. Całkowicie została zignorowana przez zarząd spółki pozycja dotycząca szkoleń o podanej przez wykonawcę znacznie zawyżonej wartości ponad 200 000 zł. (...) użytkowników systemu prowadzone były w sposób mało skuteczny, bez jakiegokolwiek dokumentacji szkoleń i weryfikacji poziomu wiedzy osób szkolonych (na podstawie protokołów zeznań użytkowników). P. podpisaniem umowy z wykonawcą nie przeprowadzona była rzetelna analiza zapotrzebowania spółki na funkcjonalności systemu (...) co skutkowało brakiem oczekiwanych możliwości systemu po jego wdrożeniu. Zapewnienie brakujących funkcji systemu wymagałoby ponoszenia przez spółkę dodatkowych kosztów (dowód: opinia k. 239- 276 akt).

Aktualnie brak odpowiednich danych nie pozwala na obliczenie należnej powodowi kary umownej. Wyniki audytu firmy (...) są niejednoznaczne i na ich podstawie nie można dokładnie ustalić należnej kwoty kar umownych (dowód: opinia M. B. biegłego sądowego z zakresu analiz i ocen prawidłowości funkcjonowania podmiotów gospodarczych k. 301-315 akt, opinia ustna e-protokół rozprawy z dnia 10 sierpnia 2017r. czas 00:02:00-00:12:08).

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie powołanych dowodów.

Oceniając zebrany w sprawie materiał dowodowy należy wskazać, że **stosownie** do treści art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Art. 232 k.p.c. stanowi natomiast, iż strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W konsekwencji, jeśli strona nie przedstawia wiarygodnych dowodów, to uznać należy, iż dany fakt nie został wykazany (udowodniony). Samo twierdzenie strony nie jest dowodem, a twierdzenie dotyczące istotnej dla sprawy okoliczności (art. 227 k.p.c.) powinno być udowodnione przez stronę to twierdzenie zgłaszającą. (art. 232 k.p.c. i art. 6 k.c.).

Stosownie o zasady wyrażonej w art. 3 k.p.c., a rozwiniętej m.in. w art. 232 zd. 1 k.p.c. dowody są obowiązane przedstawiać strony, a rozkład ciężaru dowodu wynikający także z art. 6 k.c. powoduje to, że strona, która chce dochodzić roszczeń wymagających dowodzenia środkami dowodowymi, z których może skorzystać, powinna liczyć się z koniecznością przedstawienia takich dowodów, gdyż w przeciwnym razie jej powództwo może być oddalone. Zatem ten, kto powołując się na przysługujące mu prawo, żąda czegoś od innej osoby, obowiązany jest udowodnić fakty (okoliczności faktyczne) uzasadniające to żądanie, ten zaś kto odmawia uczynienia zadość żądaniu, a więc neguje uprawnienie żądającego, obowiązany jest udowodnić fakty wskazujące na to, że uprawnienie żądającemu nie przysługuje (tak: Stanisław Dmowski, Stanisław Rudnicki „Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga pierwsza, część ogólna", Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis). Samo zaprzeczenie okolicznościom dokonane przez stronę procesową wywołuje ten skutek, że istotne dla rozstrzygnięcia sprawy fakty stają się sporne i muszą być udowodnione, zaś w razie ich nieudowodnienia Sąd oceni je na niekorzyść strony, na której spoczywał ciężar dowodu, chyba że miał możliwość przekonać się o prawdziwości tych twierdzeń na innej podstawie (tak: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28.04.1975 r., III CRN 26/75, LEX nr 7692).

Zgodnie ze wskazanymi przepisami, powód powinien wykazać dostępnymi środkami dowodowymi, jakie błędy powód zgłaszał pozwanemu w ramach obowiązków kontraktowych (rękojmia), ale co do przedmiotu świadczenia powiązanych z koncepcją biznesową lub z zakresem usług serwisowych. Powinien wykazać **rodzaje błędów** z podziałem wynikającym z klasyfikacji przyjętej w umowie, wykazać konkretne przekroczenie w każdym przypadku **terminu** usunięcia błędu wynikające **ze zwłoki** pozwanego oraz dokonać stosownego przeliczenia **wysokości kary umownej**. Nie można przeoczyć, że kwestią sporną była ewentualna wycena ekonomiczna przedłużenia okresu obowiązywania rękojmi z uwagi na ewentualne naliczanie przez powoda kar umownych. Możliwość naliczenia kar umownych za zwłokę w realizacji zgłoszeń powstała jedynie wtedy, gdy zgłoszenie, które istotnie znajduje się w zakresie usług, za których wykonywanie odpowiedzialny był pozwany, zostało wykonane ze zwłoką i a przekroczenie terminu w usuwaniu błędów nie wynikało z przeszkód lub z zaniechania obowiązków kontraktowych po stronie powoda.

Powód powyższym obowiązkom dowodowym nie podał.

Należy podkreślić, że pozwany był zobowiązany do świadczenia przedmiotowych usług wyłącznie w odniesieniu **do oprogramowania S. i usługi te nie obejmowały m.in. realizacji napraw w przypadku dokonywania modyfikacji oprogramowania.** Ponadto, usługi dotyczyły wyłącznie realizacji zgłoszeń **wynikających wprost z obsługi błędów powodowanych przez oprogramowanie** i nie dotyczyły kwestii związanych z działaniami powoda.

Trzeba wskazać, że zeznania świadków zawnioskowanych przez stronę powodową: H. H. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 00:07:10-01:09:09, T. K. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 01:26:14- 01:53:26, R. M. e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 01:09:09-01:53:26, J. W. (1) e-protokół rozprawy z dnia 4 lipca 2016r. czas 01:53:26-02:03:04- są na tyle ogólne, że na ich podstawie nie można było dokonać ustaleń faktycznych co do ilości zgłaszanych błędów, ich rodzaju (krytyczne, zwykłe), istoty zgłaszanej wady, czy błędu w powiązaniu z koncepcją biznesową, czy zakresem usług serwisowych, czasu zgłaszanych błędów, terminu ich usuwania, wysokości kary umownej. Świadkowie nie potrafili wskazać i przyznać, które konkretnie ze zgłaszanych błędów były związane z nieumiejętnością obsługi systemu przez samych pracowników powoda, choć przyznawali, tak jak świadek H. H., że takie sytuacje miały miejsce i były związane z brakiem doświadczenia i wiedzy pracowników. Świadkowie różnili się w ocenie sposobu realizacji umowy przez pozwanego. Wystarczy wskazać, że świadek T. K. ocenił, że błędów krytycznych było 20, świadek H. H. wykluczyła błędy krytyczne, podobnie jak świadkowie J. W. (1) i R. M. twierdzili, że błąd krytyczny to zaprzestanie funkcjonowania całego systemu, co w ogóle nie miało miejsca. (...) wykluczył również błędy krytyczne. Świadek R. M. dodatkowo podkreślał, że opisany sposób wdrażania systemu przygotowanego przez pozwanego, to ostatecznie suma błędów jednej i drugiej strony kontraktu.

Nie tylko zeznania świadków nie dały podstawy do poczynienia dokładnych ustaleń faktycznych co do możliwości obciążania karą umowną pozwanego, ale przedstawiony przez powoda audyt, jako opinia prywatna nie był miarodajnym źródłem informacji, tym bardziej że został zasadnie zakwestionowany przez pozwanego jako opinia prywatna.

Należy podnieść, że jeśli ustalenie określonej okoliczności faktycznej istotnej dla rozstrzygnięcia sprawy wymaga wiadomości specjalnych, które może zapewnić wyłącznie opinia biegłego, sąd nie może ich ustalić bez przeprowadzenia takiego dowodu (porównaj między innymi orzeczenia SN z dnia 24 listopada 1999 r. I CKN 223/98, z dnia 17 marca 2006 r. I CSK 101/05, niepubl., z dnia 19 kwietnia 2007 r. I CSK 27/07, OSNC-ZD 2008/1/25, z dnia 15 stycznia 2010 r. I CSK 199/09, z dnia 20 maja 2011 r. II UK 339/10 i z dnia 27 kwietnia 2012 r. V CSK 202/11, niepubl.). Wielokrotnie, również Sąd Najwyższy stwierdzał, że opinią biegłego, w rozumieniu art. 278 k.p.c., jest tylko opinia złożona przez osobę wyznaczoną przez sąd. Nie może być traktowana jako dowód w procesie opinia biegłego sporządzona na polecenie strony i złożona do akt sądowych. Takie ekspertyzy są dokumentami prywatnymi i w razie przyjęcia ich przez sąd orzekający, należy traktować je jako wyjaśnienie stanowiące poparcie, z uwzględnieniem wiadomości specjalnych, stanowiska strony (porównaj między innymi orzeczenia z dnia 29 września 1956 r. 3 Cr 121/56, OSN 1958/I/16, z dnia 25 czerwca 2010 r. I CSK 544/09 i z dnia 15 czerwca 2011 r. V CSK 382/10, niepubl.).

Zasadnie pozwany wywodził, że audyt obarczony jest zasadniczym błędem, bowiem w ogóle nie odnosi się do **aneksu nr (...) do umowy**, który w § 2 ust. 2 stanowił, iż **Koncepcja Architektury Biznesowej Systemu** oraz **Dokument Inicjujący** projekt były jedynymi podstawami realizacji prac wynikających z umowy i zastąpiły w tym zakresie wszystkie inne dokumenty. To w koncepcji biznesowej znalazły się koncepcje wszystkich modułów (obszarów) systemu wdrażanego u powoda, a także dokumentacja (...) (instalacja/administracja), koncepcja dodatkowych interfejsów oraz dokumentacja konfiguracji poszczególnych obszarów wdrożonego systemu. Bez odniesienia się do tych dokumentów w ogóle nie można dokonać poprawnej klasyfikacji zgłoszonych błędów, a zatem i oceny wykonania obowiązków umownych przez pozwanego. Brak przydatności tego audytu dla ustalenia wysokości należnych kar umownych podkreślił zresztą biegły sądowy M. B.- biegły z zakresu analiz i ocen prawidłowości funkcjonowania podmiotów gospodarczych. Biegły podkreślił, że wyniki audytu firmy (...) są niejednoznaczne i na ich podstawie nie można dokładnie ustalić należnej kwoty kar umownych. Wniosek ten przez nie został skutecznie

zakwestionowany przez powoda, a jako logiczny i przekonujący został także przyjęty przez Sąd. Biegły podkreśli także, zupełnie zasadnie, że nawet gdyby udało się policzyć kary umowne dla pozwanego, to należałoby je pomniejszyć o wartość ekonomiczną związaną z okresem wydłużenia rękojmi, bowiem w ten sposób strony ustaliły ewentualną rekompensatę za pojawiające się błędy i dodatkowy czas ich usuwania.

Nadto, należy podnieść, co wynikało z zeznań świadków strony pozwanej, A. S. e-protokół rozprawy z dnia 19 lutego 2016r. czas 01:11:28- 01:23:17, D. H. e-protokół rozprawy z dnia 19 lutego 2016r., E. B. e-protokół rozprawy z 4 lipca 2016r. czas 02:04:02-02:23:01, B. M. e-protokół rozprawy z dnia 19 lutego 2016r. czas 00:07:46-00:29:18, P. K. e-protokół rozprawy z dnia z dnia 19 lutego 2016r. czas 00:51:40-01:11:28, że wszystkie błędy zgłaszane przez powoda były usuwane przez pracowników pozwanego bez względu, czy odnosiły się do koncepcji biznesowej, czy też były poza zakresem obowiązków umownych strony pozwanej. Pozwany reagował na błędy wynikające także z braku umiejętności, wiedzy doświadczenia pracowników powoda, co wiązało się z obsługą dla nich nowego systemu. Nie można, również przeoczyć, że powód miał problemy z ostatecznym sprecyzowaniem swoich oczekiwań co do systemu, jego funkcjonalności i interpretacji przedmiotu umowy w zakresie świadczenia pozwanego, co zrodziło konieczność przyjęcia aneksu i powołania się na koncepcję biznesową. Powyższych okoliczności, podnoszonych nie tylko przez świadków pozwanego, ale wynikających z dokumentów prywatnych (aneksu i załączników) powód, również skutecznie nie zakwestionował.

Mając na uwadze, że wszystkie istotne dla sprawy okoliczności zostały wyjaśnione na podstawie dokumentów prywatnych i urzędowych oraz zeznań świadków, Sąd odstąpił od przesłuchania stron, tym bardziej, że pełnomocnicy nie wskazali osób do przesłuchania w charakterze strony na datę wyrokowania.

Zgodnie z art. 299 k.p.c., jeżeli po wyczerpaniu środków dowodowych lub w ich braku pozostały niewyjaśnione fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, sąd dla wyjaśnienia tych faktów może dopuścić dowód z przesłuchania stron.

Dowód z przesłuchania stron ma charakter subsydiarny, uzupełniający i winien być przeprowadzony wówczas gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy z różnych przyczyn może okazać się niewystarczający dla merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy. Zgodnie z art. 299 k.p.c., jeżeli po wyczerpaniu środków dowodowych lub w ich braku pozostały niewyjaśnione fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, sąd dla wyjaśnienia tych faktów może dopuścić dowód z przesłuchania stron. Jest to zatem dowód, którego celem jest przede wszystkim uzupełnienie materiału dowodowego, jeśli z przyczyn obiektywnych taka potrzeba występuje.

Przepis art. 299 k.p.c. obligujący sąd do zarządzenia dowodu z przesłuchania stron dla wyjaśnienia faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, dotyczy tylko takich faktów, które w ocenie sądu są istotne a nie takich, które strony określają, jako istotne. Przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron nie może niejako służyć podsumowaniu i sprawdzeniu wyników dotychczasowego postępowania dowodowego, obaleniu lub wzmocnieniu siły przekonania innych dowodów (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach - V Wydział Cywilny z dnia 18 stycznia 2017 r. V ACA 354/16, numer (...)).

Natomiast ocena prawna okoliczności, które by skutkowały brakiem podstaw do naliczania i dochodzenia przez powoda kary umownej oraz ewentualnego jej miarkowania należy już do Sądu.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Powództwo okazało się bezzasadne.

Odnosząc się do najistotniejszych dla rozstrzygnięcia kwestii, należy podnieść:

1. Co do zarzutu przedawnienia

Podniesienie zarzutu przedawnienia w trakcie postępowania sądowego jest czynnością złożoną; składa się na nią oświadczenie woli oceniane przez pryzmat przepisów k.c. oraz czynność procesowa, oceniana na podstawie norm prawa procesowego, zwłaszcza co do dopuszczalności jej dokonania na określonym etapie postępowania sądowego (co

do zasady zarzut przedawnienia może być podniesiony do czasu uprawomocnienia się wyroku, także w postępowaniu apelacyjnym – wyr. SN z 19.8.2004 r., V CK 38/04, L.; wyr. SA w Gdańsku z 17.1.2014 r., V ACa 810/13, L.).

Zarzut przedawnienia ma charakter peremptoryjny, co oznacza, że jego skuteczne podniesienie na trwałe pozbawia wierzyciela możliwości przymusowej realizacji jego roszczenia. Jednak roszczenie to nie wygasa, ale nadal istnieje w postaci roszczenia naturalnego i może być dobrowolnie spełnione przez dłużnika. W takim przypadku uzyskane przez wierzyciela świadczenie nie będzie świadczeniem uzyskanym bez podstawy prawnej.

W ocenie Sądu, za bezzasadny należało uznać zarzut pozwanego dotyczący przedawnienia roszczeń powoda. Zgodnie z art. **123 § 1 pkt 1 k.c.**, bieg przedawnienia przerywa się przez każdą czynność przed sądem lub innym organem powołanym do rozpoznawania spraw lub egzekwowania roszczeń danego rodzaju albo przed sądem polubownym, przedsięwziętą bezpośrednio w celu dochodzenia lub ustalenia albo zaspokojenia lub zabezpieczenia roszczenia. Przy spełnieniu pewnych warunków za taką czynność przed sądem można uznać złożenie wniosku o zawezwanie do próby ugodowej, czyli wszczęcie postępowania pojednawczego uregulowanego w art. **184-186 k.p.c.**

W doktrynie i orzecznictwie bezspornie przyjmowana jest zasada, że wszczęcie postępowania pojednawczego przerywa bieg terminu przedawnienia. Wniosek o zawezwanie do próby ugodowej ma na celu ugodowe załatwienie stosunków prawnych między stronami. Czynność tę ocenia się jednoznacznie jako czynność zmierzającą bezpośrednio do zawarcia ugody, a więc do ustalenia oraz zaspokojenia roszczenia (por. M. Mataczyński, M. Saczywko w: Kodeks Cywilny Tom I, Komentarz, red. Gutowski 2016, wyd. 1, Legalis).

W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmowana jest jednolicie zasada, że w odniesieniu do pierwszego zawezwania do próby ugodowej ze strony uprawnionego nie ma wątpliwości, iż jest ono czynnością podjętą w celu dochodzenia roszczenia lub ustalenia roszczenia (por. wyrok SN z dnia 16 kwietnia 2014 r., sygn. V CSK 274/13; postanowienie SN z dnia 17 czerwca 2014 r., sygn. VCSK 586/13; wyrok SN z dnia 25 listopada 2009 r., sygn. II CSK 259/09; wyrok SN z dnia 28 stycznia 2016 r., sygn. III CSK 50/15; wyrok SN z dnia 19 lutego 2016 r., sygn. V CSK 365/15).

W wyroku z dnia 8 czerwca 2006 r., sygn. III CZP 42/06, Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że zawezwanie do próby ugodowej na podstawie art. 184 i n. k.p.c. przerywa bieg terminu przedawnienia na podstawie art. 123 § 1 pkt 1 k.c.

Sąd Najwyższy wskazał nawet, że nie ma racjonalnych podstaw do przyjęcia wykładni, iż drugie (czy kolejne) zawezwanie do próby ugodowej nie zmierza bezpośrednio w celu wskazanym w art. 123 § 1 pkt 1 k.c., a celem takiego kolejnego zawezwania zawsze będzie jedynie przerwanie biegu terminu przedawnienia. Sąd podkreślił, że stanowisko judykatury, iż pierwsze zawezwanie do próby ugodowej przerywa bieg terminu przedawnienia nie przesądza w jakimkolwiek stopniu o wystąpieniu lub braku wystąpienia tożsamego skutku prawnego w odniesieniu do kolejnego zawezwania do próby ugodowej. Tym samym brak jest podstaw do formułowania generalizujących ocen, że celem każdego kolejnego zawezwania do próby ugodowej jest jedynie przerwanie biegu terminu przedawnienia. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 lutego 2016 r., sygn. V CSK 365/15).

Poza sporem jest, że powód wystąpił z zawezwaniem do próby ugodowej tylko raz, a postępowanie zostało wszczęte 28 kwietnia 2014r. Wezwanie to przerwało bieg przedawnienia, a po zakończeniu postępowania w dniu 28 sierpnia 2014r. termin przedawnienia na nowo zaczął biec i nie upłynął termin 3 –letni przed wniesieniem pozwu, co miało miejsce w dniu 14 września 2015r.

Za trafną należy uznać argumentację powoda, że złożenie zawezwania do próby ugodowej było podyktowane wolą zakończenia sporu, co do istnienia lub wysokości dochodzonej wierzytelności, bez prowadzenia procesu sądowego. Wezwanie było na tyle sprecyzowane co do kwoty, podstawy faktycznej i prawnej, że pozwany nie powinien mieć wątpliwości, o jakie kary umowne chodzi. Nie można natomiast wymagać, by wezwanie do zawarcia ugody było tak precyzyjne jak pozew i zastąpiło od razu wyniki całego postępowania dowodowego.

2. Co do obowiązku zapłaty kary umownej

Powód opiera dochodzone w niniejszym pozwie żądanie na podstawie istnienia obowiązku strony pozwanej do zapłaty na jego rzecz kary umownej. Powód wskazał, że zawarł z pozwanym umowę dotyczącą sprzedaży, instalacji oraz wdrożenia zintegrowanego systemu informatycznego w przedsiębiorstwie, a pozwany nienależyście, tj. nieterminowo wykonywał swoje obowiązki wynikające z realizacji rękojmi oraz usług serwisowych, co uzasadnia dochodzenie kwoty objętej żądaniem pozwu jako kar umownych.

Należy wskazać, że instytucja kary umownej uregulowana została w art. 483 § 1 k.c. Zgodnie z treścią przytoczonego artykułu można zawrzeć w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

Do przedmiotowo istotnych elementów zastrzeżenia kary umownej zaliczyć należy określenie zobowiązania, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie zrodzi obowiązek zapłaty kary umownej oraz określenie świadczenia pieniężnego stanowiącego karę umowną. Nawiązując do elementu, jakim jest wskazanie zobowiązania należy podkreślić, że zobowiązanie to ma mieć charakter zobowiązania niepieniężnego obligującego dłużnika do świadczenia, ponadto zobowiązanie to może mieć swoje źródło zarówno w umowie stron jak i pozaumowne. Strony mają dowolność w kształtowaniu kary umownej. Oznacza to również, że mogą ją zastrzec na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania lub też powiązać obowiązek jej zapłaty z określonym przejawem jej niewykonania lub nienależytego wykonania.

Co tyczy się określenia świadczenia pieniężnego stanowiącego karę umowną, doktryna wskazuje, że strony formułując omawiane dodatkowe zastrzeżenie umowne powinny wskazać ją oznaczoną kwotą lub posłużyć się innym miernikiem odnoszącym się do stałej wartości ukształtowanym w taki sposób, aby wyliczenie wartości kary umownej było jedynie czynnością arytmetyczną.

Aby mówić o powstaniu obowiązku świadczenia kary umownej niezbędne jest łączne wystąpienie następujących przesłanek: istnienie skutecznego postanowienia umownego kreującego obowiązek świadczenia kary oraz niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Istotne znaczenie w przypadku analizy przesłanek warunkujących powstanie obowiązku zapłaty kary umownej jest rozkład ciężaru dowodnego. Na wierzycielu ciąży powinność wykazania przesłanki istnienia ważnego postanowienia umownego odnoszącego się do zastrzeżenia kary umownej oraz powinność wykazania faktu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego, do którego odnosi się kara umowna. Na wierzycielu nie ciąży powinność wykazania okoliczności świadczących o odpowiedzialność dłużnika, bowiem korzysta on z domniemania wynikającego z art. 471 k.c. określającego odpowiedzialność odszkodowawczą dłużnika. Stosownie do treści art. 471 k.c. dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że wykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Obalenie domniemania ponoszenia przez dłużnika odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązanie spoczywa na nim. Wykazanie zaistnienia okoliczności powodujących niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niezależnych od dłużnika i na które dłużnik nie miał wpływu powodować będzie uchylenie się dłużnika od zapłaty kar umownych.

W odniesieniu do kary umownej należy poruszyć również kwestię dopuszczalności zastrzeżenia kary umownej za odstąpienie od umowy lub jej wypowiedzenie. Jak wskazuje doktryna postanowienie takie należy rozumieć, jako obowiązek zapłaty kary umownej za niewykonanie lub nieprawidłowe wykonanie zobowiązania niepieniężnego, o ile to zdarzenie stało się podstawą odstąpienia od umowy przez drugą stronę.

Kara umowna spełnia również następujące funkcje: kompensacyjną, symplifikującą, prewencyjną (stymulującą) oraz represyjną.

Funkcja kompensacyjna oznacza, że kara umowna stanowi dla wierzyciela surogat odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Świadczenie kary umownej prowadzi do naprawienia w całości lub w części szkody powstałej po stronie wierzyciela. W tym zakresie wspomniana funkcja kary

umownej zbiega się z tradycyjnie pojmowaną funkcją kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej. Ustalając wysokość kary umownej, strony powinny brać pod uwagę jej zasadniczo kompensacyjny charakter, dostosowując wysokość kary do wartości potencjalnej szkody albo zastrzegając na rzecz wierzyciela uprawnienie do dochodzenia naprawienia szkody w zakresie przewyższającym ustaloną karę.

Funkcja symplifikująca ma ułatwić wierzycielowi dochodzenie roszczenia o karę umowną poprzez brak konieczności po stronie powoda do wykazania wysokości szkody a nawet okoliczności jej powstania. W procesie o karę umowną inicjatywa dowodowa wierzyciela skupia się na wykazaniu istnienia skutecznego zastrzeżenia kary oraz faktu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Okoliczności powstania szkody i jej wysokość nie są natomiast całkowicie pozbawione znaczenia prawnego. Kwestie te mogą być przez sąd badane na potrzeby ewentualnego miarkowania kary umownej.

Funkcja prewencyjna ma mobilizować dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania, zaś funkcja represyjna powoduje, że w przypadku nienależytego wykonania lub niewykonania zobowiązania niepieniężnego, kara umowna staje się cywilnoprawną sankcją za jego działanie lub zaniechanie. W wielu wypadkach dochodzona przez wierzyciela kara umowna stanowi w części naprawienie powstałej szkody, w pozostałej części zaś jest pieniężną sankcją wobec dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Instrument sądowego miarkowania kary (art. 484 § 2 KC) pozwala zapobiec wykorzystaniu represyjnej funkcji kary umownej do uzyskania przez wierzyciela korzyści rażąco nieproporcjonalnej w stosunku do stopnia naruszenia zobowiązania oraz doznanej szkody (SPP T.5, red. Łętowska, Warszawa 2013, wyd. 2, Legalis).

Oceniając **dopuszczalność i skuteczność zastrzeżenia klauzuli kary umownej** zawartej w umowie sprzedaży instalacji oraz wdrożenia zintegrowanego systemu informatycznego w przedsiębiorstwie, należy podnieść, że:

- zastrzeżenie kary umownej nastąpiło **w umowie** za zgodą obu stron i było przewidziane jako obciążenie dla jednej i drugiej strony kontraktu na wypadek zaistnienia okoliczności określonych przez same strony w umowie jako podstawy do żądania zapłaty kary umownej (Kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązania- wyrok s. apel. w Lublinie z 2012-11-14, I ACa 437/12, LEX nr 1237232),

- kara umowna została zastrzeżona na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania **zobowiązania niepieniężnego**.

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 (por. uchwała SN z dnia 6 listopada 2003 r. (III CZP 61/03)).

Oceniając zebrany w sprawie materiał dowodowy należy podnieść, że zastrzeżenie kary umownej w umowie sprzedaży jest ważne (art. 58 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c.), jednakże powód nie wykazał dokładnie okoliczności, które uaktualniły obowiązek jej zapłaty przez stronę pozwaną na rzecz powoda, a nawet gdyby przyjąć, że takowe zaszyły, to brak jest możliwości ustalenia wysokości tej kary umownej. Dopiero ustalenie wysokości kary umownej dałoby podstawę Sądowi do jej miarkowania. Wysokość byłaby punktem odniesienia co przeprowadzenia miarkowania i ewentualnego obniżenia po ocenie jej rażącego wygórowania.

Należy podkreślić, że pozwany był zobowiązany do świadczenia przedmiotowych usług wyłącznie w odniesieniu **do oprogramowania S. i usługi te nie obejmowały m.in. realizacji napraw w przypadku dokonywania modyfikacji oprogramowania**. Ponadto, usługi dotyczyły wyłącznie realizacji zgłoszeń **wynikających wprost z obsługi błędów powodowanych przez oprogramowanie** i nie dotyczy kwestii związanych z działaniami powoda.

Powód nie udowodnił, że zgłoszenia błędów wchodziły w zakres **rękojmi bądź serwisu**. To na powódzie spoczywał ciężar udowodnienia, iż zgłoszenia będące podstawą wyliczenia kar umownych były w ogóle **objęte zakresem przedmiotu umowy**. Dopiero po ewentualnym przyjęciu, że określone zgłoszenia były objęte przedmiotem umowy i obowiązkiem pozwanego było ich obsłużenie, można odnieść się do kwestii ich **terminowego wykonywania**. Powód w ogóle nie określił, **które konkretnie zgłoszenia problemów w ramach świadczeń wykonywanych przez pozwanego zostały wykonane nieterminowo**, tj. w stosunku do których pozwany był w zwłoce. Powód nie określił jednocześnie, w związku z którymi nieterminowo wykonanymi zgłoszeniami w ramach rękojmi bądź serwisu dochodzi zapłaty kar umownych. Nie ulega bowiem wątpliwości, że jedynie niewielka część zgłoszeń dokonanych przez powoda dotyczyła zakresu realizowanej przez pozwanego **rękojmi oraz usług serwisowych oprogramowania S.** Część zgłoszeń dotyczyła też prośby o pomoc w użytkowaniu systemu (wsparcia- szkolenia), wniosków rozwojowych (prac dodatkowych), wykonania zadań wykraczających poza zakres przyjęty umową, wyjaśniania funkcjonowania systemu.

Należało jednak mieć zawsze na uwadze, że punktem odniesienia dla analizy błędów powinna być koncepcja biznesowa oraz zakres usług serwisowych. Możliwość naliczenia kar umownych za zwłokę w realizacji zgłoszeń powstawała, gdy zgłoszenie, które istotnie znajduje się w zakresie usług, za których wykonywanie odpowiedzialny był pozwany, zostało wykonane ze zwłoką.

Mając na uwadze powyższe, Sąd orzekł, jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98 k.p.c. Na koszty procesu należnie stronie pozwanej złożyły się opłata od pełnomocnictwa 17zł, wynagrodzenie pełnomocnika strony pozwanej 3600zł (§ 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu -tj. Dz.U. poz. 461 z 2013 r.).

Powód zobowiązany jest jako strona przegrywająca spór uiścić na rzecz Skarbu Państwa- Sądu Okręgowego w Łodzi kwotę 1290 zł tytułem zwrotu wydatków na stawiennictwo świadków. Mimo bowiem wezwania pozwanego postanowieniami do uiszczenia zaliczek na pokrycie tych wydatków, do daty wyrokowania pozwany tego obowiązku nie zrealizował.

ZARZĄDZENIE

1. odnotować,
2. odpis wyroku z uzasadnieniem doręczyć pełnomocnikowi powoda,
3. uzasadnienie sporządzone przez sędziego.