

*Sygn. akt I ACa 75/14*

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 lipca 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Łodzi I Wydział Cywilny

w składzie:

<b>Przewodnicząca:</b>	<b>SSA Bożena Wiklak</b>
<b>Sędziowie:</b>	<b>SA Lilla Mateuszczyk</b> <b>SA Alicja Myszkowska (spr.)</b>
Protokolant:	st. sekr. sądowy Katarzyna Olejniczak

po rozpoznaniu w dniu 8 lipca 2014 r. w Łodzi

sprawy z powództwa **(...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł.**

przeciwko **Miastu Ł. - Zarządowi Dróg i (...) w Ł.**

o zapłatę

na skutek apelacji strony powodowej

od wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi

z dnia 27 listopada 2013 r. sygn. akt II C 1559/12

**1. oddala apelację;**

**2. zasądza od powoda (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł. na rzecz pozwanego Miasta Ł. - Zarządu Dróg i (...) w Ł. kwotę po 2.700 (dwa tysiące siedemset) złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

*Sygn. akt I ACa 75/14*

## UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 27 listopada 2013r. w sprawie z powództwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. przeciwko Miastu Ł. – Zarządowi Dróg i (...) w Ł. o zapłatę, Sąd Okręgowy w Łodzi oddalił powództwo i zasądził od (...) sp. z o.o. w (...) sp. z o.o. w Ł. na rzecz Miasta Ł. – Zarządu i (...)

i (...) w Ł. kwoty po 3.600 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu.

Powyższy wyrok zapadł na podstawie poczynionych przez Sąd Okręgowy ustaleń faktycznych, które Sąd Apelacyjny co do zasady podzielił i przyjął za własne, a z których wynika, że w dniu 8 września 2009r. Konsorcjum Firm: (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. zawarły ze stroną pozwaną umowę nr (...). (...), na mocy której strona powodowa zobowiązała się m.in. do prowadzenia za wynagrodzeniem kontroli biletów w pojazdach lokalnego transportu zbiorowego na terenie Miasta Ł., nakładania opłat dodatkowych za jazdę bez ważnego biletu oraz windykacji nałożonych opłat dodatkowych.

Umowa ta została zawarta w trybie zamówień publicznych, na podstawie dokonanego przez stronę pozwaną wyboru oferty strony powodowej w przetargu nieograniczonym, zgodnie z art. 39 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.).

Realizacja umowy w zakresie prowadzenia kontroli biletów miała się odbywać w terminie 24 miesięcy od daty zawarcia umowy, natomiast czynności windykacyjne – w okresie 30 miesięcy od zawarcia umowy.

Strona powodowa zobowiązała się do przeprowadzenia kontroli biletów minimum 15.000 razy w miesiącu, z czego:

- 11.025 kontroli miało być przeprowadzonych od poniedziałku do piątku w godz. od 6:00 do 20:00,
- 825 kontroli od poniedziałku do piątku w pozostałych godzinach,
- 525 kontroli od poniedziałku do piątku na liniach nocnych,
- 2.400 kontroli w pozostałe dni tygodnia oraz święta w godz. od 6:00 do 20:00,
- 225 kontroli w pozostałe dni tygodnia i święta w pozostałych godzinach (§ 5 ust. 2 umowy).

Na wniosek strony powodowej, strona pozwana miała zaliczać na poczet wykonanych kontroli okres oczekiwania kontrolerów na ewentualną interwencję Policji lub Straży Miejskiej.

Ustalono, że każde 15 minut oczekiwania liczone jest jako jedna kontrola.

Wykonywanie kontroli miało odbywać się w sposób ciągły, systematyczny, planowy, na trzy zmiany, we wszystkie dni tygodnia ze szczególnym uwzględnieniem szczytu przewozowego oraz godzin nocnych (§ 5 ust. 12,14) .

W ramach prowadzenia windykacji strona powodowa zobowiązana natomiast była do :

- prowadzenia windykacji przedsądowej,
- wysyłania do każdego z dłużników minimum 2 wezwań do zapłaty przesyłką listową, chyba, że należność byłaby zapłacona wcześniej,
- zawarcia w imieniu strony pozwanej ugody z dłużnikiem na podstawie pisemnego wniosku,
- wysłania pierwszego wezwania do zapłaty w terminie 30 dni po upływie terminu do zapłaty opłaty dodatkowej i w razie braku zapłaty lub ugody – w ciągu 30 dni od tego terminu drugiego wezwania z zaznaczeniem 14 dniowego terminu wpłaty,
- podjęcia czynności windykacyjnych w sprawie każdej nałożonej opłaty,
- przyjmowania wpłat gotówkowych i przelewów z tytułu nałożonych kar dodatkowych i przekazywania ich na rachunek bankowy strony pozwanej.

Strona powodowa była zobowiązana przedstawiać stronie pozwanej w terminie 7 dni po upływie miesiąca rozliczeniowego kopie wystawionych wezwań do zapłaty opłat dodatkowych, ugód lub innych dokumentów związanych z windykacją oraz zbiorczych ich zestawień (§ 6).

Na mocy umowy strona powodowa zobowiązała się nadto do zapewnienia średniej ściągalności należności z tytułu opłat dodatkowych na poziomie co najmniej 25 % (§ 11 ust. 1). Wskaźnik ten wyliczany miał być dla każdego z czterech, następujących po sobie sześciomiesięcznych okresów, jako procentowy stosunek wartości zwindykowanych opłat dodatkowych do ogólnej wartości nałożonych opłat dodatkowych, pomniejszonej o wartość opłat anulowanych i umorzonych.

Wskaźnik był wyliczany na podstawie sześciu kolejnych miesięcznych zbiorczych zestawień (§ 11) .

Sposób wyliczenia wysokości wynagrodzenia strony powodowej za wykonane usługi został określony w § 16 umowy.

Jednocześnie ustalono, że maksymalna wartość tego wynagrodzenia wynosi 3.851.814,71 zł z VAT, przy czym wynagrodzenie strony powodowej:

- za 2009 r. nie może przekroczyć 200.000 zł,

- po 31 grudnia 2009 r. miało być określone aneksem do umowy po zapewnieniu środków finansowych w budżecie Miasta Ł..

W przypadku, gdy analiza wysokości wynagrodzenia w danym roku wykazałaby, że nastąpi przekroczenie zakładanego maksymalnego wynagrodzenia strona pozwana zobowiązana była przygotować aneks ze skorygowaną kwotą.

Za wykonanie przedmiotu umowy strona powodowa miała wystawić faktury VAT z załączonymi do nich dokumentami wymienionymi w § 16 umowy.

Strona pozwana zobowiązana była do zapłaty wynagrodzenia po rozliczeniu się strony powodowej z wpływów z opłat dodatkowych w terminie 7 dni od daty otrzymania faktury.

W § 21 umowy strony określiły kary umowne za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy.

Strona powodowa była zobowiązana do zapłacenia kar umownych m.in. w kwotach po 10.000 zł za każdy punkt procentowy poniżej poziomu średniej ściągalności należności z tytułu opłat dodatkowych, o którym mowa w § 11 ust. 1 oraz po 1 zł miesięcznie za każdą niewykonaną kontrolę w okresach, o których mowa w § 5 ust. 2 umowy .

Do przedmiotowej umowy strony zawarły liczne – szczegółowo opisane przez Sąd Okręgowy w pisemnych motywach rozstrzygnięcia, w części poświęconej ustaleniom faktycznym – aneksy, ustalając każdorazowo maksymalną wartość zobowiązania wynikającego z rzeczowej umowy.

W Specyfikacji Istotnych warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na prowadzenie kontroli biletów w pojazdach lokalnego transportu zbiorowego na terenie Miasta Ł. wraz z windykacją nałożonych opłat dodatkowych z dnia 30 marca 2009r. strona pozwana wskazała, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania tego rodzaju działalności, posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a także znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej, zapewniającej wykonanie zamówienia. Jednocześnie strona pozwana szczegółowo określiła na czym spełnienie tych warunków ma polegać ( Pkt. 6 SIWZ ).

W ofercie na wykonanie zamówienia strona powodowa podała m.in., że:

- zapoznała się i w pełni, bez żadnych zastrzeżeń, akceptuje treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- zobowiązuje się do zapewnienia skutecznej windykacji należności z tytułu jazdy bez ważnego biletu na poziomie co najmniej 25%,
- zamówienie będą wykonywać obie powodowe spółki i obie będą ponosić solidarną odpowiedzialność za wykonanie zamówienia.

W fazie przygotowań do przetargu strona pozwana przeprowadzała analizę rynku w zakresie procentowego wskaźnika skuteczności windykacji. Do porównań brane były pod uwagę dane z firm, których przedmiot działalności był analogiczny, a które osiągały wyższe wskaźniki, aniżeli określone w umowie.

Współczynnik windykacji i zastrzeżenie kar umownych na wypadek jego nieosiągnięcia jest stosowany w umowach zawieranych przez jednostki samorządu terytorialnego także w innych miastach.

Za wykonane usługi powodowa spółka (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. wystawiła stronie pozwanej szczegółowo wskazane faktury VAT, wzywając stronę pozwaną, pismem z dnia 17 kwietnia 2011r., do zapłaty kwoty 210.296 zł.

Strona powodowa nie wywiązała się z określonej w umowie ilości przeprowadzonych kontroli biletów, bowiem w poszczególnych miesiącach w okresie obowiązywania umowy od grudnia 2009r. do września 2011r. brak było szczegółowo wskazanej ilości kontroli.

Brak odpowiedniej liczby kontroli związany był z problemami kadrowymi strony powodowej i zbyt małą liczbą zatrudnionych kontrolerów. Zdarzyły się także pobicia kontrolerów w porze nocnej. Strona powodowa w związku z tym zrezygnowała całkowicie z kontroli nocnych, które nie były wykonywane od początku trwania umowy.

Strona pozwana zwracała uwagę stronie powodowej na brak liczby kontroli, wynikających z umowy. Strona powodowa wolała zapłacić kary umowne z tego tytułu, aniżeli płacić pracownikom wyższe wynagrodzenie.

Niski poziom wskaźnika windykacji wynikał z problemów z identyfikacją pasażerów.

Na osiągnięcie zakładanego w umowie współczynnika windykacji stronie powodowej pozwoliłoby nałożenie 4 mandatów i zwindykowanie jednego, a także nałożenie choćby 1 mandatu i godzinne oczekiwanie na pomoc Policji w uzyskaniu danych pasażera, któremu nakładano opłatę dodatkową, a następnie wyegzekwowanie tej kary.

Strona powodowa miała problemy z wykonaniem umowy. Nie posiadała odpowiedniej liczby pracowników – kontrolerów, napotykała trudności z identyfikacją tożsamości pasażerów podróżujących bez biletów. Na etapie windykacji okazywało się, że wiele oświadczeń pasażerów odnośnie danych osobowych nie była prawdziwa. Pracownicy strony powodowej byli ignorowani przez Policję i Straż Miejską lub musieli długo oczekiwać na ich pomoc. Kontrolerzy nie byli uprawnieni do zatrzymania pasażerów do czasu przybycia uprawnionych do tego służb. Kontrola odbywała się na zasadzie dobrowolnego oświadczenia danej osoby czy udzieli informacji na swój temat. Trudności strony powodowej wiązały się również z pozyskiwaniem pracowników, ich dużą rotacją.

Strona powodowa posiadała orientację co do rynku i możliwości wykonania umowy, albowiem we władzach spółki (...) była osoba zatrudniona wcześniej w (...), w wydziale zajmującym się transportem zbiorowym i parkowaniem. Osoba ta została Prezesem Zarządu jednej z powodowych spółek, a wcześniej uczestniczyła w nadzorowaniu firm zajmujących się analogiczną działalnością i miała wgląd w składane przez te firmy sprawozdania.

Spółka (...) wcześniej nie prowadziła działalności w zakresie objętym przedmiotową umową co do kontroli biletów i windykacji opłat dodatkowych. Posiadała doświadczenie w zakresie windykacji innych należności. Spółka (...) została powołana natomiast w celu przystąpienia do przetargu.

W chwili podpisania przedmiotowej umowy strona powodowa nie miała wystarczającej liczby pracowników do jej wykonania.

Strona powodowa zwracała się do strony pozwanej o pomoc w wykonaniu umowy.

W związku z niewykonaniem umowy strona pozwana naliczyła stronie powodowej szczegółowo wskazane kary umowne:

- za naruszenie § 5 ust. 2 umowy łącznie na kwotę 54.741 zł,
- za naruszenie § 11 ust. 2 umowy łącznie na kwotę 290.000 zł i wzywając do ich zapłaty. W związku z nałożeniem powołanych kar umownych strona pozwana wystawiła poszczególne noty księgowe. Pismami z dnia 5 grudnia 2011r., 6 lutego 2012r. i 23 marca 2012r. strona pozwana wzywała stronę powodową do zapłaty kar umownych wskazanych w tych notach księgowych.

Na poszczególnych przelewach:

- z dnia 19 lipca 2011 r. za fakturę (...) na kwotę 98.348,54 zł strona pozwana zaznaczyła potrącenie za notę księgową Nr (...) na kwotę 60.000 zł;
- z dnia 11 sierpnia 2011 r. za fakturę nr (...) na kwotę 84.158,15 zł strona pozwana zaznaczyła potrącenie za notę księgową Nr (...) na kwotę 40.000 zł oraz za notę księgową (...) na kwotę 44.029 zł;
- z dnia 24 października 2011 r. za fakturę nr (...) na kwotę 43.686,82 zł strona pozwana zaznaczyła potrącenie za notę księgową Nr (...) na kwotę 43.000 zł;
- z dnia 18 listopada 2011 r. za fakturę nr (...) na kwotę 21.489,97 zł strona pozwana zaznaczyła potrącenie za notę księgową Nr (...) w wysokości 15.000 zł, za notę Nr 13/2011- 2399 zł , za notę Nr 19/2011- 1597 zł, za notę Nr 21/2012 – 2404 zł;
- z dnia 19 grudnia 2011 r. za fakturę nr (...) na kwotę 10.529,42 zł strona pozwana zaznaczyła potrącenie za notę księgową (...) – 2989 zł i za notę Nr 23/11- 7450 zł;
- z dnia 18 stycznia 2012 r. za fakturę nr (...) na kwotę 2591,03 zł strona pozwana zaznaczyła potrącenie za notę księgową Nr (...) wysokości 471 zł i za notę Nr 23/2011 – 2119 zł;
- z dnia 16 lutego 2012 r. za fakturę nr (...) na kwotę 1432,69 zł strona pozwana zaznaczyła potrącenie za notę księgową Nr (...) na kwotę 1430 zł;
- z dnia 21 marca 2012 r. za fakturę nr (...) na kwotę 589,99 zł strona pozwana zaznaczyła potrącenie za notę księgową Nr (...) w kwocie 588 zł;
- z dnia 27 marca 2012 r. za fakturę nr (...) na kwotę 126 zł strona pozwana zaznaczyła potrącenie za notę księgową Nr (...).

Nadto wskazane oświadczenia o potrąceniu strona pozwana potwierdziła pismami z dnia 25 kwietnia 2012r.

Kary umowne zgłoszone przez stronę pozwaną do potrącenia z przedmiotowymi należnościami strony powodowej nie są jedynymi, jakie zostały naliczone stronie powodowej. Kary te opiewały łącznie na wyższe kwotę ponad 400.000 zł.

Strona powodowa nie kwestionowała naliczania kar za brak wskazanej w umowie liczby kontroli biletów. Nie kwestionowała też zasadności naliczania kar umownych w pozostałym zakresie.

W piśmie z dnia 18 listopada 2010r. strona powodowa zakwestionowała sposób naliczania przez stronę pozwaną kar umownych za nieosiągnięcie 25% poziomu średniej ściągłości opłat dodatkowych. Zastrzeżenia dotyczyły nietraktowania przez stronę pozwaną opłat dodatkowych zapłaconych przez pasażerów w ciągu 7 dni od daty ich nałożenia w kwocie 70 zł jako zapłaconych w 100% mimo, że dłużnik był zwalniany przez nią z długu w 30%, z uwagi na uregulowanie należności w krótkim terminie. Sytuacja taka przekładała się na współczynnik ściągłości. Według umowy natomiast zapłacony mandat był liczony jako zapłacona sztuka.

Strona pozwana uznała uwagi strony powodowej za uzasadnione i dokonała poprawy wyliczenia kar umownych z tego tytułu i ponownie wysłała notę księgową, która dotyczyła tych kar jako wymagalną.

Inne zgłaszane stronie pozwanej problemy z naliczaniem kar umownych wiązały się z błędami rachunkowymi, które również były korygowane.

W piśmie z dnia 28 grudnia 2010r. strona powodowa wniosła o odstąpienie od wymierzania kary umownej lub zredukowanie jej do symbolicznej złotówki, z uwagi na konsekwencje jej nałożenia dla strony powodowej w sferze gospodarczej.

W piśmie z dnia 10 lutego 2011r. strona powodowa powołała się dodatkowo na nieważność zastrzeżenia kary umownej, jej rażąco wygórowaną wysokość oraz poddała w wątpliwość obowiązek jej dochodzenia z punktu widzenia finansów publicznych.

Natomiast w piśmie z dnia 24 lutego 2011r., skierowanym do strony pozwanej wniosła jedynie o udzielenie pomocy de minimis i umorzenie wierzytelności strony pozwanej z tytułu nałożonych kar umownych za nieosiągnięcie należnego współczynnika ściągłości w łącznej kwocie 103.189 zł oraz odstąpienie od nakładania kolejnych kar z tego tytułu, motywując wniosek swą sytuacją materialną i względami gospodarczymi.

Strona pozwana uznała wniosek strony powodowej za nieuzasadniony.

Spółka (...) Spółka z o.o. w Ł. zmieniła nazwę na Kancelaria Pomocy (...) Spółka z o.o. z siedzibą w Ł..

W świetle powyższych ustaleń Sąd Okręgowy oddalił wytoczone powództwo stwierdzając jego bezzasadność, z uwagi na skutecznie podniesiony przez stronę pozwaną zarzut potrącenia należności z tytułu naliczonych przez nią kar umownych z należnościami, wynikającymi z przedstawionych przez stronę powodową faktur za wykonanie umowy.

W sprawie bezspornym bowiem było, że strony łączyła umowa z dnia 8 września 2009r., na mocy której strona powodowa zobowiązała się m.in. do przeprowadzenia za wynagrodzeniem określonej ilości kontroli biletów w pojazdach lokalnego transportu zbiorowego na terenie Miasta Ł., nakładania opłat dodatkowych za jazdę bez ważnego biletu oraz windykacji nałożonych opłat dodatkowych i osiągnięcia związanego z nią wskaźnika ściągłości na poziomie 25% w zamian za określone przez strony wynagrodzenie. Umowa ta została zawarta w trybie zamówień publicznych, na podstawie dokonanej przez stronę pozwaną wyboru oferty strony powodowej w przetargu nieograniczonym, zgodnie z art. 39 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych.

Za wykonanie przedmiotu umowy strona powodowa uprawniona była do otrzymania wynagrodzenia w oparciu o wystawione faktury VAT, zaś strona pozwana zobowiązana była do zapłaty wynagrodzenia po rozliczeniu się strony powodowej z wpływów z opłat dodatkowych w terminie 7 dni od daty otrzymania faktury.

Na podstawie dokonanych ustaleń faktycznych Sąd Okręgowy doszedł do wniosku, że strona powodowa częściowo wywiązała się z łączącej ją ze stroną powodową umowy, w związku z czym nabyła uprawnienie do wynagrodzenia za dokonane czynności. Wysokość tego wynagrodzenia została przez stronę powodową dowiedziona, załączonymi do pozwu fakturami, które ostatecznie nie zostały przez stronę pozwaną skutecznie zakwestionowane.

Istota sporu sprowadzała się zatem do oceny czy należności te mogą być uznane za zaspokojone w związku z podniesionym przez stronę pozwaną zarzutem potrącenia z należnościami wynikającymi z naliczonych kar umownych. Przy czym Sąd stwierdził, że w analizowanym przypadku zachodziła szczególnego rodzaju sytuacja,

w której to nie uprawniony dochodzi kary umownej, lecz podmiot zobowiązany do jej zapłaty żąda zasądzenia własnej należności z tytułu umowy, z której potrącono kwotę naliczonej przez kontrahenta kary umownej. Niemniej mając na uwadze treść żądania pozwu, a także jego podstawę faktyczną i prawną Sąd uznał, że badanie zasadności naliczenia oraz kwestia miarkowania kary umownej było dopuszczalne w takim układzie procesowym w oparciu o wyraźne żądanie strony i na podstawie przedstawionych dowodów.

Jednocześnie strona powodowa nie kwestionowała zapisów umownych, zasadności naliczenia oraz sposobu wyliczenia kar umownych, nałożonych przez stronę pozwaną na podstawie § 5 ust. 2 umowy, a zatem za niewłaściwą ilość przeprowadzonych kontroli biletów. Zwłaszcza, że w sprawie bezsporne było niewykonanie przez stronę powodową ilości kontroli, do których wykonania się zobowiązała, a przyczyny kadrowe, wskazywane na usprawiedliwienie tej okoliczności nie zasługują na uwzględnienie. Tym bardziej, że

w Specyfikacji Istotnych warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na prowadzenie kontroli biletów

w pojazdach lokalnego transportu zbiorowego na terenie Miasta Ł. wraz z windyacją nałożonych opłat dodatkowych z dnia 30 marca 2009r. strona pozwana wskazała, że

o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania tego rodzaju działalności, posiadają niezbędną wiedzę

i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a także znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej, zapewniającej wykonanie zamówienia. Zaś przystępując do przetargu strona powodowa знаła te wymagania i przyjęła je bez zastrzeżeń. Zatem decydując się na podpisanie umowy powinna była zapewnić taką ilość pracowników, aby wykonanie przyjętego na siebie zobowiązania było możliwe. Tymczasem strona powodowa przyznała, że nie posiadała odpowiedniej ilości kontrolerów, a nadto już po zawarciu umowy pojawiły się kolejne problemy kadrowe.

W konsekwencji należność strony pozwanej z tytułu kar umownych, na podstawie załączonych do sprawy dokumentów, Sąd Okręgowy uznał za bezsporną i uzasadnioną w zakresie łącznej kwoty 54.741 zł.

Za prawidłowe i zgodne z treścią umowy Sąd uznał także naliczenie przez stronę pozwaną kar umownych na podstawie § 11 ust. 2 umowy, a zatem za nieosiągnięcie przez stronę powodową 25% wskaźnika ściągальności nałożonych opłat dodatkowych.

Sąd Okręgowy nie podzielił bowiem argumentacji strony powodowej, jakoby

w niniejszej sprawie doszło do zastrzeżenia w przedmiotowej umowie kary umownej

w związku z niewykonaniem świadczenia pieniężnego, skoro z zapisów łączącej strony umowy wynika, że strona powodowa zobowiązała się do zapewnienia średniej ściągальności należności z tytułu opłat dodatkowych na poziomie co najmniej 25 % (§ 11 ust. 1). Wskaźnik ten wyliczany miał być dla każdego z czterech, następujących po sobie sześciomiesięcznych okresów, jako procentowy stosunek wartości zwindykowanych opłat dodatkowych do ogólnej wartości nałożonych opłat dodatkowych, pomniejszonej o wartość opłat anulowanych i umorzonych. Wprawdzie ostateczny efekt czynności windykacyjnych strony powodowej istotnie sprowadzał się do odprowadzenia na rzecz strony pozwanej należności

z tytułu nałożonych opłat dodatkowych za jazdę bez ważnego biletu, jednak świadczenia strony powodowej nie polegały na zapłacie stronie powodowej opłat dodatkowych, a na przeprowadzeniu szeregu czynności technicznych, aby opłaty te po nałożeniu

i zwindykowaniu przelać na konto strony pozwanej. W istocie zatem przedmiotem świadczenia strony powodowej było przeprowadzenie kontroli biletów, nałożenie kar - a w ramach prowadzenia windykcji, która miała stronie powodowej

pozwolić na osiągnięcie umówionego współczynnika ściągłości, prowadzenie windykacji przedsądowej, wysyłanie do każdego z dłużników wezwań do zapłaty, zawieranie w imieniu strony pozwanej ugód z dłużnikami, podjęcie czynności windykacyjnych, przyjmowania wpłat gotówkowych i przelewów z tytułu nałożonych kar dodatkowych i wreszcie tylko techniczne ich przekazywanie na rachunek bankowy strony pozwanej, co dowodzi mimo wszystko niepieniężnego charakteru tego świadczenia. Nie zmienia tego nawet fakt, że celem skuteczności tych czynności zależało osiągnięcie zakładanego wskaźnika, który stanowił procentowy stosunek wartości zwindykowanych opłat dodatkowych do ogólnej wartości nałożonych opłat dodatkowych, pomniejszonej o wartość opłat anulowanych i umorzonych. Stąd Sąd nie uznał także argumentacji, jakoby miała być to kara za nieosiągnięcie przez stronę pozwaną określonego wyniku finansowego i wpływu do budżetu Miasta. Tym bardziej, że z zeznań świadków G. M. i E. P. - na osiągnięcie zakładanego w umowie współczynnika windykacji stronie powodowej pozwoliłoby nałożenie w jednym miesiącu zaledwie 4 mandatów i zwindykowanie jednego z nich, a także nałożenie 1 mandatu i godzinne oczekiwanie na pomoc Policji w uzyskaniu danych pasażera, któremu nakładano opłatę dodatkową, a następnie wyegzekwowanie tej kary. Wskazane ilości pokazują, że wpływy z nałożonych kar umownych, wbrew twierdzeniom strony powodowej, zawartym w piśmie z dnia 4 stycznia 2013r., nie byłyby w stanie ochronić budżetu miasta. Nadto, sama strona powodowa oraz zgłoszeni przez nią świadkowie podali, że strona powodowa mimo takich kalkulacji nie stosowała się do nich, bo inny był cel umowy stron. Zwłaszcza, że obie strony przyznały, że chodziło o zwiększenie ilości kontroli, by wpłynąć na świadomość pasażerów w zakresie obowiązku ponoszenia opłat za przejazdy komunikacją miejską, a w dalszej perspektywie zwiększenie wpływów do budżetu miasta z tytułu opłat za bilety. Oczywiście jest, że samo zwiększenie ilości kontroli, czego strona pozwana i tak nie uczyniła, bez skutecznej windykacji dla osiągnięcia takiego celu nie było wystarczające.

Uznania Sądu Okręgowego nie znalazły także podniesiony przez stronę powodową zarzut przyczynienia się strony pozwanej do ewentualnego powstania szkody, gdyż okoliczności, które podnosiła strona powodowa jako uniemożliwiające jej wykonanie przyjętych na siebie zobowiązań były niewystarczające dla akceptacji zgłoszonej argumentacji. Profesjonalny wykonawca zobowiązany jest do dołożenia należytej staranności w przygotowaniu oferty i podjęcia się realizacji zamówienia wymagającego określonych trudności po ich przeanalizowaniu. Zatem to powód, a nie strona pozwana, powinien był ocenić warunki rynkowe, społeczne, a także własny potencjał i możliwości co do zdolności realizacji zamówienia. W ramach tej analizy powinien był poddać nie tylko korzyści, wynikające z kontraktu w postaci choćby wynagrodzenia, ale przede wszystkim rozpoznać rynek, dokonać oceny i oszacowania wszelkich ryzyk i barier w wykonaniu zamówienia i dopiero po ich analizie ocenić, czy przy ich istnieniu i własnym potencjale będzie w stanie przyjąć na siebie oczekiwane przez drugą stronę obowiązki.

Szczególnie, że dla uzasadnienia swojego stanowiska strona powoda powoływała się na bariery w pozyskaniu pracowników po podpisaniu kontraktu skoro zapoznając się z wymaganiami strony pozwanej wiedziała, że przed przystąpieniem do przetargu powinna była mieć zapewnioną odpowiednią liczbę pracowników, a także jakie czynności będzie zobligowana podjąć po podpisaniu umowy .

Za wykluczające możliwość nałożenia kar umownych przez stronę pozwaną nie można było także uznać pozostałych okoliczności co do ograniczeń w wykonaniu zamówienia, w szczególności odnoszących się do braku możliwości stosowania środków przymusu w trakcie kontroli, współpracy z Policją czy Strażą Miejską. W tym zakresie warunki realizacji zamówienia także były stronie powodowej znane. Zaś fakt niechęci osób podróżujących bez ważnego biletu do wskazywania swoich danych, czy dobrowolnego poddawania się karze z tego tytułu może być uznany za powszechnie znany.

Odnosnie zaś trudności we współpracy z w.w. służbami interes strony powodowej zabezpieczał zapis § 5 ust. 12 umowy.

Naliczenie kary umownej było zatem uzasadnione i stanowiło realizację nie tylko uprawnienia, ale i - biorąc pod uwagę przepisy dotyczące dyscypliny wydatków publicznych - obowiązku strony pozwanej.

Skoro zatem strona pozwana nabyła – wbrew stanowisku strony powodowej



- uprawnienie do naliczenia kar umownych, to ziszczyły się warunki do dokonania potrącenia, przewidziane w art. 498 § 1 kc. Tym bardziej, że za nieuzasadnione Sąd Okręgowy uznał wywody strony powodowej, co do prawidłowości złożonych przez stronę pozwaną oświadczeń o dokonaniu potrącenia. Szczególnie, że na przelewach należności na rzecz strony powodowej wskazała dokonanie potrąceń, określiła kwoty jakich dotyczą z wymienieniem faktur, z których wynikają, podała wyraźne kwoty, na jakie opiewały jej wierzytelności i z jakiego tytułu. Z pism strony powodowej złożonych w toku procesu, wskazanych między innymi w ocenie materiału dowodowego, a także z zeznań Prezesa strony powodowej K. M. jednoznacznie wynika, że strona powodowa nie miała wątpliwości o jakie należności chodzi, z jakiego tytułu i z czym są kompensowane, a jedynie usiłowała negocjować sam fakt ich naliczania, czy wysokość, przy czym przyczyną negocjacji były względy ekonomiczne po stronie powodowej, nie zaś merytoryczne.

Wysokość wyliczonej kary umownej również nie budziła wątpliwości Sądu, gdyż z zeznań strony powodowej jednoznacznie wynika, że poza błędami rachunkowymi oraz przypadkiem błędnego wyliczania wskaźnika ściągłości w odniesieniu do mandatów dobrowolnie płaconych przez osoby ukarane w terminie 7 dni, które po zgłoszeniu uwag zostały skorygowane, nie miała ona zastrzeżeń co do sposobu wyliczeń strony pozwanej.

Odnosząc się natomiast do kwestii miarkowania potrąconych kar umownej Sąd Okręgowy uznał, że żadna z powołanych w art. przesłanek 484 § 2 kc uzasadniających miarkowanie nie została w sprawie wykazana. Tym bardziej, że co do dysproporcji pomiędzy wynagrodzeniem dla strony powodowej i wysokością zastrzeżonych kar Sąd podkreślił, że strona powodowa była zobowiązana do zapłacenia kar umownych m.in.

w kwotach po 10.000 zł za każdy punkt procentowy poniżej poziomu średniej ściągłości należności z tytułu opłat dodatkowych, o którym mowa w § 11 ust. 1 oraz po 1 zł miesięcznie za każdą niewykonaną kontrolę w okresach, o których mowa w § 5 ust. 2 umowy. Sposób wyliczenia wysokości wynagrodzenia strony powodowej za wykonane usługi został określony w § 16 umowy. Z jego zapisów wyraźnie wynika, że wysokość tego wynagrodzenia była ściśle powiązana m.in. z wpływami na konto strony pozwanej z uzyskanych z wyegzekwowanych opłat dodatkowych, a także wykrytych nieprawidłowości i ilości przeprowadzonych kontroli. Wynika z tego w istocie zależność pomiędzy kwotą uzyskanego wynagrodzenia, a aktywnością strony powodowej w wykonaniu zobowiązania. Innymi słowy im bardziej strona powodowa byłaby zaangażowana w wykonanie swoich obowiązków tym jej wynagrodzenie byłoby wyższe, a biorąc pod uwagę, że największa część wynagrodzenia wiązała się ze skutecznością windykacji, także wskaźnik z § 11 umowy byłby wyższy, zaś kary umowne albo niższe, albo w ogóle nie byłyby wyliczane.

Ostatecznie uwadze Sądu Okręgowego nie umknęła także kwota maksymalnego wynagrodzenia, ustalonego przez stronę najpierw w umowie, a następnie aneksami do niej. Wynagrodzenie to choć pozornie nie wydaje się wysokie w stosunku do naliczonych kar jest określone dla maksymalnej wartości zobowiązania. Nadto, pod uwagę należy wziąć łączną kwotę wynagrodzenia jakie miała otrzymać strona powodowa za cały czas trwania umowy, a nie tylko za poszczególne lata.

Nadto Sąd uwzględnił również sposób naliczania kar umownych z § 21 ust. 2 pkt.1. Kara umowna nie była zastrzeżona w jednakowej wysokości niezależnie od osiągniętego współczynnika ściągłości, ale za poszczególne brakujące punkty procentowe. Im mniej tych brakujących punktów tym wyższe byłoby wynagrodzenie strony powodowej, a niższe kary umowne.

Miarkowaniu kar na przeszkodzie stoi także zakres wykonanego zobowiązania.

W przywołanych w stanie faktycznym danych do pism strony pozwanej o naliczaniu kar umownych każdorazowo określony był współczynnik skuteczności. W przedstawionych dokumentach waha się on od 12,85 % do 17,89 %. Biorąc pod uwagę, że dla prawidłowo

i w pełni wykonanego w świetle umowy stron zobowiązania wskaźnik ten powinien wynieść 25%, przy wskazanych wartościach Sąd wywiódł wniosek o wykonaniu przez stronę pozwaną zobowiązania w zakresie od 50 – 71,5%.

Wobec powyższego Sąd Okręgowy uznał zarzut potrącenia zgłoszony przez stronę pozwaną za skuteczny - z uwagi na jego wartość oraz daty zgłoszenia potrąceń i kwot, wynikających z potwierdzeń realizacji przelewów (k. 256 - 264) - co skutkowało oddaleniem żądania strony powodowej w całości.

W przedmiocie kosztów procesu Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 kpc, tj. w myśl zasady finansowej odpowiedzialności stron za wynik procesu.

Strona powodowa - (...) S.A. z siedzibą w (...) sp. z o.o. z siedzibą w Ł. zaskarżyła powyższy wyrok apelacją w całości, zarzucając obrazę zarówno prawa:

I. procesowego, tj. sprzeczność dokonanych przez Sąd ustaleń faktycznych z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, wskutek naruszenia przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, tj.:

1) art. 233 § 1 i § 2 kpc, przez:

a) przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i wyprowadzenie z materiału dowodowego w postaci zeznań świadków: M. P. (k. 416), A. L. (k. 417),

M. D. (k. 418 - 419) całkowicie dowolnych ustaleń, że w fazie przygotowań do przetargu strona pozwana przeprowadziła analizę rynku w zakresie procentowego wskaźnika skuteczności windykacji, w sytuacji gdy strona pozwana w zakresie zaoferowanego materiału dowodowego nie przedstawiła żadnych pisemnych analiz badanego rynku i danych podmiotów prowadzących analogiczną działalność na poparcie powyższych twierdzeń, jak również świadek M. D. (2) wyraźnie wskazał, że nie brał udziału w szacowaniu rynku;

b) bezzasadne pominięcie w toku oceny dowodów tych okoliczności i dowodów

- zeznań świadka G. M., które prowadzą do wniosków sprzecznych z przyjętymi przez Sąd I instancji ustaleniami faktycznymi w zakresie przyjęcia, że w fazie przygotowań do przetargu strona pozwana przeprowadzała analizę rynku w zakresie procentowego wskaźnika skuteczności windykacji, w sytuacji gdy pomiędzy zeznaniami świadka G. M. i świadka M. P. istnieje zasadnicza sprzeczność co do określenia średniego wskaźnika skuteczności windykacji podmiotów prowadzących windykację opłat dodatkowych;

c) przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i dowolne przyjęcie przez Sąd Okręgowy, że nie jest prawdziwe twierdzenie strony powodowej jakoby od samego początku kwestionowała zasadność nałożonych kar umownych przez stronę pozwaną, w sytuacji gdy powodowe spółki konsekwentnie, od samego początku pojawienia się kwestii kary umownej kwestionowały zasadność jej nałożenia (zeznania świadka G. M., k. 4 protokołu z rozprawy z dnia 13 marca 2013r.);

d) nierozważnie w sposób wszechstronny przez Sąd Okręgowy zgromadzonego materiału dowodowego i bezpodstawne przyjęcie, że trudności we współpracy z Policją, czy Strażą Miejską „zabezpieczał” § 5 ust. 12 umowy w sytuacji, gdy z zeznań świadka G. M. jednoznacznie wynika, że postanowienie umowne zabezpieczało kwestię związaną z ilością przeprowadzonych kontroli, a nie współczynnikiem windykacji;

e) dokonanie oceny dowodów w sposób fragmentaryczny i nasuwający zastrzeżenia

z punktu widzenia zasad logicznego rozumowania poprzez uznanie, że wysokość wyliczonej kary umownej nie budzi wątpliwości, w sytuacji gdy z zeznań świadków G. M.

i E. P. jednoznacznie wynika, że wysokość kar niejednokrotnie poprawiono, a ich wysokość określano na podstawie wskaźnika windykacji przedstawionego telefonicznie przez stronę powodową, z zeznań świadków M. D. i M. P. wynika zaś, że pracownicy Miasta Ł. - (...) nie posiadali żadnej wiedzy co do szczegółowego sposobu wyliczenia ww. kar umownych, przy czym istniał brak procedury nałożenia kary umownej, jak również nikt w (...) Ł. nie wiedział, kto jest autorem formuły informatycznej

w programie komputerowym E., który to program (a nie wierzyciel) „wyliczał” karę umowną;

f) zaniechanie wszechstronnego rozważenia materiału zebranego w sprawie oraz orzeczenie niezgodnie z istniejącym stanem faktycznym i prawnym, że potrącona przez pozwanego kara umowna nie jest rażąco wygórowana;

2) art. 227 kpc w zw. z art. 217 § 2 kpc, poprzez bezzasadne oddalenie, jako spóźnionego wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego w sytuacji, gdy przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego mogło być przydatne dla prawidłowego rozstrzygnięcia w zakresie miarkowania kary umownej - brak szkody po stronie wierzyciela może mieć wpływ na ograniczenie dochodzonej kary umownej, a potrzeba powołania dowodu z opinii biegłego pojawiła się po złożeniu zeznań przez świadka - ekonometrysty: G. M. na okoliczność faktycznej wysokości wpływu zwindykowanych opłat dodatkowych do budżetu Miasta Ł. w związku z treścią zawartej z powodami umowy.

II. jak i prawa materialnego, tj.:

1) art. 483 § 1 kc w zw. z art. 58 § 1 kc poprzez ich błędne zastosowanie i w konsekwencji:

a) nieprawidłowe przyjęcie, że zastrzeżone postanowienie umowne zawarte w § 21 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 lit. b. umowy z 8 września 2009 roku, traktujące o „karze umownej” za nienależyte wykonanie zobowiązania oraz nakładające na powodów obowiązek zapłaty kwoty po 10.000 zł za każdy punkt procentowy poniżej „zapewnionego” przez Wykonawcę poziomu średniej ściągłości (określonego z kolei w § 11 ust. 1 ww. umowy na stałym poziomie 25%), stanowi prawnie wiążącą karę umowną, zastrzeżoną na wypadek nienależytego spełnienia świadczenia niepieniężnego, gdy tymczasem zdaniem apelującego ww. postanowienie umowne dotyczy w istocie świadczenia pieniężnego, tj. wpływów środków pieniężnych z tytułu zwindykowanych przez Wykonawcę od pasażerów opłat dodatkowych, które to wpływy zgodnie z treścią § 16 ust. 4 ww. umowy stanowią „dochód Zamawiającego”, a więc zakładane, od samego początku powstania zobowiązania przez Miasto Ł. wpływy środków pieniężnych do budżetu miasta, co stanowi świadczenie pieniężne sensu stricto, od braku którego nie można legalnie w świetle art. 58 § 1 kc (sprzeczność z ustawą, względnie działanie celu obejście ustawy) nakładać na dłużnika kar umownych;

b) błędne przyjęcie, że z tytułu nienależytego wykonania danego zobowiązania umownego pozwany był uprawniony do nałożenia podwójnej kary umownej za to samo zdarzenie - tj. to samo zobowiązanie umowne: brak przewidzianej liczby kontroli

i nieosiągnięcie zapewnionego współczynnika poziomu średniej ściągłości, co wynika faktycznie z niewystarczającej liczby przeprowadzonych kontroli, w okresach o których mowa w § 5 ust. 2 umowy, w sytuacji gdy norma z art. 483 § 1 kc stanowi, że można zastrzec w umowie, iż naprawienie szkody wynikłej z nienależytego wykonania danego (jednego) zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę kary umownej, a więc przywołany przepis został zredagowany przez ustawodawcę w taki sposób, że nie pozwala Sądowi wywieść normy, zgodnie z którą wierzyciel może dwukrotnie domagać się zapłaty kary umownej z tego samego zdarzenia (brak kontroli);

2) art. 58 § 1 kc przez jego niezastosowanie i przyjęcie, że postanowienie ww. umowy, tj. § 21 ust. 1 i ust. 2 lit. b, w zakresie zastrzeżenia kary umownej za „naruszenie postanowień umowy (...), w wysokości 10.000 zł za każdy punkt procentowy poniżej średniej ściągłości” jest ważne, gdy tymczasem prawidłowe zastosowanie art. 58 § 1 kc prowadzi do wniosku, że ww. postanowienie jest bezwzględnie nieważne na mocy ustawy;

3) art. 353<sup>1</sup> kc w zw. z art. 750 kc (przekroczenie granic zasady swobody umów przy umowach o świadczenie usług), art. 354 § 1 kc (nieuwzględnienie nakazu wykonywania zobowiązania zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu) w związku z art. 65 § 2 kc (całkowicie błędna wykładnia umowy łączącej strony), przez ich niezastosowanie, w sytuacji gdy prawidłowa analiza i uważna wykładnia treści umowy zawartej pomiędzy stronami, w szczególności treści § 1 ust. 1 traktującego

o zobowiązaniu polegającym na „prowadzeniu kontroli biletów (...) wraz z windykacją”, przy uwzględnieniu przewidzianych w art. 65 § 2 kc kryteriów dokonywania sądowej wykładni oświadczeń woli (badanie zgodnego zamiaru stron i celu umowy, a nie opieranie się przez organ stosujący prawo na dosłownym brzmieniu umowy), prowadzi

do wniosku, że zgodną intencją stron stosunku prawnego było zawarcie umowy o świadczenie usług, tj. umowy starannego działania, w ramach której dłużnik nie może legalnie zobowiązać się do zapewnienia osiągnięcia rezultatu (średnia ściągłość należności z tytułu opłat dodatkowych na poziomie co najmniej 25%), za którego brak ma obowiązek zapłacić karę umowną;

4) art. 483 § 1 kc w zw. z art. 471 kc przez ich błędne zastosowanie i nieprawidłowe przyjęcie, że nawet przy hipotetycznym założeniu, że kara umowna zastrzeżona w umowie o świadczenie usług, nakładana na dłużnika za nieosiągnięcie danego współczynnika (progu) windykacji i nieodprowadzanie do rąk wierzyciela określonych środków pieniężnych jest ważna, to i tak w okolicznościach faktycznych zawisłej sprawy wierzyciel - miasto Ł. nie mógł wywodzić z treści umowy roszczenia o zapłatę kary umownej, ponieważ nie zostały spełnione ogólne ustawowe przesłanki odpowiedzialności kontraktowej dłużnika za nienależyte wykonanie zobowiązania, w szczególności wystąpiły okoliczności obiektywne, za które każdy dłużnik odpowiedzialności nie ponosi (brak reakcji (...) straży miejskiej podczas kontroli, brak współpracy miasta Ł. z Wykonawcą umowy, działalność konkurencyjna miejskiej spółki (...) sp. z o.o. na tym samym rynku terytorialnym i usługowym, obowiązujący stan prawny, w ramach którego każdy pasażer środków komunikacji miejskiej ma prawo odmówić podania kontrolującemu swoich danych osobowych i miejsca zamieszkania) oraz brak adekwatnego (typowego, bezpośredniego) związku przyczynowego pomiędzy brakiem ilości kontroli (nienależyte wykonanie zobowiązania) a wpływem zakładanych kwot do budżetu miasta;

5) art. 498 § 1 kc przez jego błędne zastosowanie i nieprawidłowe przyjęcie, że strona powodowa i pozwane miasto Ł. były jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami (stan potrącalności), w sytuacji, gdy pozwane miasto Ł. nie dysponowało żadną własną wzajemną wierzytelnością pieniężną, ponieważ z bezwzględnie nieważnej klauzuli umownej (art. 58 § 1 kc w zw. z § 21 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 lit. b umowy) nie mogło wyprowadzić rzeczony wierzytelności, a w konsekwencji Sąd błędnie uznał, że pozwany mógł potrącić swoją (nieistniejącą) wierzytelność z wierzytelności o zapłatę wynagrodzenia strony powodowej i bezzasadnie oddalił powództwo w całości;

6) art. 362 kc (przyczynienie się miasta Ł. do powstania szkody) w zw. z art. 484 § 2 kc stanowiącego, że jeżeli poszkodowany przyczynił się do powstania lub zwiększenia szkody, której w ramach reżimu kary umownej wierzyciel nie musi udowodniać (co jednak nie oznacza, że szkoda nie powstała), to obowiązek jej naprawienia ulega odpowiedniemu zmniejszeniu stosownie do okoliczności, a zwłaszcza do stopnia winy obu stron, a w realiach niniejszej sprawy pozwane miasto Ł. w sposób zawiniony przyczyniło się do powstania szkody, poprzez brak reakcji straży miejskiej podczas kontroli, brak współpracy miasta Ł. z Wykonawcą umowy, działalność konkurencyjna miejskiej spółki (...) sp. z o.o. na tym samym rynku terytorialnym i usługowym, co w konsekwencji doprowadziło do nieosiągnięcia zakładanych wpływów do budżetu Miasta;

7) art. 484 § 2 kc przez jego niezastosowanie i niedokonanie wnioskowanego przez powodów miarkowania kary umownej obciążającej powodów, mimo istnienia obu przesłanek miarkowania kary umownej, tj. wykonania przez powodów zobowiązania w znacznej części oraz rażącego wygórowania kary umownej;

W konkluzji apelujący wnieśli o zmianę kwestionowanego wyroku i zasądzenie od pozwanego na rzecz powodów kwoty 210.296 złotych wraz z ustawowymi odsetkami zgodnie z żądaniem pozwu, a także zasądzenie zwrotu kosztów procesu oraz kosztów zastępstwa procesowego za obie instancje, według norm prawem przepisanych, ewentualnie o uchylenie kwestionowanego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania.

Dodatkowo apelujący wskazali na potrzebę powołania wniosku dowodowego z opinii biegłego z zakresu rachunkowości, w związku z treścią uzasadnienia wyroku Sadu I Instancji i zeznaniami świadków w postępowaniu przed Sądem I instancji, wnosząc na podstawie art. 382 kpc, o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu rachunkowości na okoliczność stwierdzenia, czy z tytułu nieosiągnięcia przez powodów 25% współczynnika windykacji strona pozwana w związku z treścią zawartej umowy i wysokości wynagrodzenia należnego

Wykonawcy poniosła szkodę, a w przypadku gdy odpowiedź byłaby twierdząca, na okoliczność oszacowania wysokości tej szkody.

Sąd Apelacyjny dodatkowo ustalił, że pozwany z tytułu realizacji przedmiotowej umowy z dnia 8.09.2009 r. wypłacił stronie powodowej wynagrodzenie w kwocie 1.705.788,08 zł , łączna suma naliczonych kar umownych wynosiła 400.231 zł z której to kwoty do potrącenia zgłoszona została kwota 210.269 zł objęta niniejszym pozwem( pismo strony pozwanej k.585).

Stopień opłacalności podejmowanych przez P.K.K. (...) sp. Z o.o. na rzecz Miasta Ł. czynności kontrolno – windykacyjnych ostatecznie przybrał wartość ujemną- spółka za 2009 rok odnotowała stratę w wysokości 75.661,19 złotych, za 2010 rok odnotowano zysk w wysokości 20.098,10 złotych, za 2011 rok odnotowano zysk w wysokości 47.989,74 złotych., za 2012 rok odnotowano zysk w wysokości 4.248,23 złotych, co w globalnym rozrachunku za czas trwania umowy daje stratę w wysokości 3.325,12 złotych ( pismo strony powodowej k. 586).

### **Sąd Apelacyjny zważył co następuje:**

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny dzieląc ustalenia faktyczne Sądu I instancji i przyjmując je za własne, ocenia, że z prawidłowo ustalonego stanu faktycznego, Sąd Okręgowy wyciągnął zasadne wnioski i dokonał prawidłowej oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz właściwie zastosował prawo materialne.

Najdalej idącymi zarzutami apelacji są zarzuty naruszenia prawa materialnego , to jest zarzut naruszenia art. 483 § 1 kc w zw. z art. 58 § 1 kc poprzez ich błędne zastosowanie i w konsekwencji uznanie, że było możliwe zastrzeżenie kary umownej zawarte w § 21 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 lit. B. umowy z 8 września 2009 roku, pomimo tego, że to postanowienie umowne w istocie dotyczy świadczenia pieniężnego, a zatem jest nieważne.

Wprawdzie rację ma skarżący, że kategoryczne brzmienie art. 483 § 1 k.c. nie pozostawia wątpliwości, iż przepis ten w odnośnym zakresie ma charakter iuris cogentis, co oznacza niedopuszczalność zastrzeżenia kary umownej co do zobowiązania pieniężnego, to jednak przyjmuje się, że kategorię „zobowiązania niepieniężnego" należy rozumieć szeroko (wyrok SN z dnia 21 sierpnia 2008 r., IV CSK 202/08, LEX nr 466003). Dlatego przyjęto, że pojęcie to obejmuje zobowiązanie niepieniężne, przewidujące zarówno świadczenia o charakterze majątkowym (np. polegające na zawarciu umowy przyrzeczonej) oraz niemajątkowym.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego nie budzi wątpliwości, że zamierzonym celem zawartej umowy, w tym postanowienia umownego określonego w § 21 nie było odprowadzenie ustalonej kwoty z tytułu windykowanych opłat dodatkowych lecz podjęcie czynności windykacyjnych, zmierzających do powstania przekonania, że kontrole przejazdów z ważnym biletem są częste, a nie sporadyczne, a nałożone kary są skutecznie egzekwowane , co w efekcie miało służyć zmniejszeniu zjawiska korzystania z przewozu bez wykupionego biletu. To , że był to główny cel umowy wprost wynika z jej postanowień , do których szczegółowo odniósł się Sąd Okręgowy. Prawidłowo również Sąd ten wywiódł, że zastrzeżenie kary umownej nie odnosiło się wprost do uzyskania przez pozwanego jakiegokolwiek ustalonej kwoty pieniężnej z tytułu windykacji opłat , lecz zmierzało do zagwarantowania pewnego stopnia skuteczności działań windykacyjnych. Trudno zatem przyjąć, jak chce tego skarżący, że doszło do zastrzeżenia kary umownej dla zobowiązania pieniężnego, skoro nie było żadnego skalkulowanego wyniku finansowego od którego uzyskania zależałoby nałożenie tej kary.

W konsekwencji uznać zatem należy , że wbrew twierdzeniom apelacji zastrzeżenie kar umownych w przedmiotowej umowie było prawnie dopuszczalne i brak jest podstaw do uznania tego postanowienia umowy za nieważne.

Odmienne niż twierdzi skarżący przyjąć także należy , że kara umowna może być zastrzeżona również w umowie starannego działania z jaką częściowo mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Jak zostało to bowiem słusznie podniesione przez pozwanego, z ugruntowanego orzecznictwa Sądu Najwyższego (wyrok SNz dnia 12 grudnia 2007

r. V CSK 333/07 OSNC 2009/2/30) wynika, że ustawodawca ograniczył możliwość zastrzegania kary umownej tylko przez wskazanie, że zobowiązanie, którego niewykonanie może być nią obwarowane, ma być niepieniężne. Nie można zatem dopatrywać się w przepisach kodeksu cywilnego dodatkowych warunków, których tam nie zastrzeżono, a przeciwnie, należy przyjąć, że każda umowa – bez względu na to, czy należy do kategorii umów rezultatu, czy starannego działania – może obejmować zastrzeżenie kary umownej. W przypadku umów starannego działania podstawą do określenia tego, czy dłużnik wykonał należycie zobowiązanie, są postanowienia umowy regulujące powinności dłużnika, a w zakresie, w jakim umowa tego nie rozstrzyga, niezbędne jest rozważenie zachowania zobowiązanego z punktu widzenia miernika kodeksowego należytej staranności .

Artykuł 353<sup>1</sup> k.c. zawiera kilka kryteriów ograniczających swobodę umów : treść lub cel umowy nie mogą sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Apelującemu nie udało się jednak wykazać , że doszło do naruszenia tego przepisu. Zawarta przez strony umowa dotyczyła realizacji szeregu obowiązków związanych z prowadzeniem kontroli biletów w środkach lokalnego transportu zbiorowego oraz windykacji należnych z tego tytułu opłat, zatem niewątpliwie nie daje się ona zaliczyć do żadnej z kategorii umów nazwanych, zdefiniowanych w kodeksie cywilnym i stanowi przypadek umowy „typu empirycznego”, do której należy stosować odpowiednio przepisy o zleceniu, a zatem umowy starannego działania , zawiera jednak także poszczególne obowiązki podlegające kwalifikacji jako zobowiązania rezultatu. Skoro powód zobowiązał się w umowie za stosownym wynagrodzeniem, do podejmowania określonych działań windykacyjnych, to trudno przyjąć, że zagwarantowanie pewnego stopnia skuteczności tych działań poprzez zastrzeżenie kary umownej, sprzeciwiało się właściwości zobowiązania .

Powodowi nie udało się również wykazać, że przy realizacji zobowiązania dołożył należytej staranności w rozumieniu treści art. 355 § 2 k.c. , a niewykonanie zobowiązania wynikało z przyczyn od niego niezależnych, a nie z braku efektywności podejmowanych przez niego działań. Przepis art. 355 § 2 k.c. stanowi, że ocena należytej staranności dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej musi uwzględniać zawodowy charakter tej działalności. W tym przypadku, bez względu na treść zobowiązania, zawodowy charakter działalności dłużnika określa obiektywny wzorzec wymaganej staranności. Wzorzec należytej staranności musi uwzględnić zwiększone oczekiwania co do zawodowych kwalifikacji dłużnika-specjalisty, co do jego wiedzy i praktycznych umiejętności skorzystania z niej (por. wyrok SN z 21 września 2005 r., IV CK 100/05, LEX nr 187120). Obok fachowych kwalifikacji od profesjonalisty wymaga się zwiększonego zaangażowania w podjęte działania przygotowujące i realizujące świadczenie. Chodzi o większą zapobiegliwość, rzetelność, dokładność w działaniach dłużnika, chodzi zatem o szczególną staranność.

Powód podpisując umowę winien zatem dokonać jej analizy , uwzględniając możliwości własnego przedsiębiorstwa. Wszystkie utrudnienia jakie napotkał wykonawca , musiały być mu znane już przed podpisaniem umowy, gdyż powszechnie znany jest fakt, że kontrolerzy biletów nie mają uprawnień do legitymowania i zatrzymywania pasażerów, a interwencje policji czy straży miejskiej ,w sytuacjach nie związanych z bezpośrednim zagrożeniem porządku, zawsze wiążą się z koniecznością oczekiwania na taką interwencję. Podnoszenie obecnie tych argumentów na dowód tego, że osiągnięcie określonych wskaźników ściągalności było niemożliwe, z przyczyn niezależnych od powoda , należy uznać za nieuprawnione. Wszystkie te uwarunkowania musiały być bowiem stronom znane, o czym świadczy już sam fakt ustalenia współczynnika ściągalności na 25%, a więc obiektywnie na stosunkowo niskim poziomie uwzględniającym z góry trudności w windykacji.

Również kolejne zarzuty naruszenia prawa materialnego podniesione przez apelującego nie zasługują na uwzględnienie. Za całkowicie bezpodstawny należy uznać zarzut, że umowa przewidywała nałożenia podwójnej kary umownej za to samo zdarzenie . Z postanowień umowy nie wynika , by nieosiągnięcie współczynnika poziomu średniej ściągalności było wprost zależne od przewidzianej liczby kontroli. Wręcz przeciwnie liczba przeprowadzonych kontroli była całkowicie niezależna od poziomu ściągalności i obejmowała swoim zakresem inne czynności do których zobowiązał się skarżący w zawartej umowie. Ilość kontroli była związana z zapewnieniem odpowiedniej obsady pracowników-kontrolerów , a uzyskanie odpowiedniego poziomu ściągalności związane było z podjęciem realnych działań windykacyjnych .

Za całkowicie nieuprawniony należy także uznać zarzut przyczynienia się pozwanego do powstania szkody. Pozwany wywiązywał się z obowiązków wynikających z umowy, a wskazywane przez powoda okoliczności o których mowa była wyżej nie pozostawały w związku przyczynowym z zachowaniem pozwanego i jego umownym zobowiązaniem. Ponadto wszystkie te okoliczności, przy dochowaniu należytej staranności winny być powodowi znane przed zawarciem umowy.

Apelujący podniósł także zarzut naruszenia treści art. 484 § 2 kc przez jego niezastosowanie i niedokonanie wnioskowanego przez powodów miarkowania kary umownej obciążającej powodów, mimo istnienia obu przesłanek miarkowania kary umownej, tj wykonania przez powodów zobowiązania w znacznej części oraz rażącego wygórowania kary umownej. Również w tym zakresie brak jest podstaw do uwzględnienia apelacji. Można się wprawdzie zastanawiać czy ustalona przez strony kara umowna nie była wygórowana, mając na względzie wszystkie okoliczności podniesione przez powoda, jednakże poza okolicznościami podniesionymi przez Sąd Okręgowy w tym przedmiocie, należy zauważyć, że doszło do potrącenia jedynie połowy kwoty z naliczonych 400.000 zł kar umownych, ponadto wbrew twierdzeniom apelującego, zgłoszone do potrącenia kary umowne w kwocie 210.269 zł nie pozostawały w jakiejś rażącej dysproporcji do uzyskanego wynagrodzenia z umowy, które wyniosło 1.705.788,08 zł, stanowiąc około 12% tego wynagrodzenia. Nie można zatem wywieść z podniesionych przez powoda okoliczności, by wyegzekwowane przynajmniej do tej pory przez pozwanego kary umowne, były rażąco wygórowane, a zatem winny być miarkowane.

Powód wywodzi nadto, że kara umowna winna być miarkowana również z tego powodu, że wykonał zobowiązanie w znacznej części, a pozwany nie poniósł wymiernej szkody. Zasadą jest jednak, że kary umowne należą się wierzycielowi niezależnie od wysokości faktycznie poniesionej szkody, a ponadto głównym celem umowy i zastrzeżenia kar umownych nie było osiągnięcie zysku z windykacji mandatów lecz utrwalenie przekonania, że jazda bez ważnego biletu nie jest bezkarna, a windykacja kar jest efektywna. W tym znaczeniu powód, wbrew twierdzeniom apelacji nie wykonał umowy w znacznej części, a pozwany nie osiągnął zamierzonych w umowie korzyści. Zatem również ten argument apelacji nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie zasługują na uwzględnienie również zarzuty naruszenia przez Sąd I instancji prawa procesowego, w tym dokonania błędnej oceny materiału dowodowego. Strona powodowa przystąpiła do przetargu jako profesjonalista i ewentualna analiza rynku w zakresie wysokości procentowego wskaźnika skuteczności windykacji, winna być przedmiotem jej rozważań przed zawarciem umowy, której postanowienia były sformułowane w sposób jednoznaczny. W realiach niniejszej sprawy sposób kalkulacji opłacalnego, z punktu widzenia celu umowy, ustalenia procentowego wskaźnika skuteczności windykacji przez pozwanego, nie jest istotną okolicznością, która winna być przedmiotem rozważań Sądu. Procent ten został w umowie szczegółowo ustalony, a Sąd dokonując oceny postanowień umowy, w tym wysokości kar umownych nie stwierdził by był on ustalony sprzecznie z treścią art. 353<sup>1</sup> kc i art. 354 § 1 kc.

Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k. p.c. oddalił apelację jako bezzasadną w całości, zasądzając od powoda na rzecz pozwanego, zgodnie z treścią art. 98 k.p.c. zwrot kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.