

*Sygn. akt VI ACa 683/13*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 20 grudnia 2013 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący - Sędzia SA – Ewa Klimowicz - Przygódzka*

*Sędzia SA – Aldona Wapińska (spr.)*

*Sędzia SO del. – Beata Waś*

*Protokolant: – sekr. sądowy Mariola Frąckiewicz*

*po rozpoznaniu w dniu 20 grudnia 2013 r. w Warszawie*

*na rozprawie sprawy z powództwa Centrum Usług (...)*

*przeciwko A. F. (1), J. F. (1)*

*o zapłatę*

*oraz z powództwa A. F. (1)*

*przeciwko Centrum Usług (...)*

*o zapłatę*

*na skutek apelacji Centrum Usług (...) oraz A. F. (1)*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie*

*z dnia 18 października 2012 r.*

*sygn. akt III C 582/08*

**I. oddala obie apelacje;**

**II. zasądza od Centrum Usług (...) na rzecz J. F. (1) kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem zwrotu kosztów procesu za drugą instancję;**

**III. znosi wzajemnie koszty procesu za drugą instancję pomiędzy Centrum Usług (...), a A. F. (1).**

## UZASADNIENIE

**VI ACa 683/13**

W pozwie złożonym w dniu 30 czerwca 2008 roku Skarb Państwa - (...) wniósł o zasądzenie od A. F. (1) kwoty 958.546,68 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi:

- od kwoty 57.984,16 zł od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty,

- od kwoty 220.138,80 zł od dnia 12 lutego 2008 roku do dnia zapłaty;

- od kwoty 360. 085,44 zł od dnia 5 lutego 2008 roku do dnia zapłaty,
- od kwoty 334. 836,32 zł od dnia 27 listopada 2007 roku do dnia zapłaty,
- od kwoty 284. 304,16 zł od dnia 5 listopada 2011 roku do dnia zapłaty z tytułu kar umownych. Nadto powód domagał się zasądzenia na jego rzecz od pozwanej kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego

Pozwana A. F. (1) wniosła o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie na jej rzecz od powoda kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

W pozwie złożonym w dniu 30 czerwca 2008 roku Skarb Państwa - (...) wniósł o zasądzenie od J. F. (1) kwoty 862. 375,37 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi:

- od kwoty 106. 262 zł od dnia 9 listopada 2007 roku do dnia zapłaty,
- od kwoty 160. 334 zł od dnia 20 listopada 2007 roku do dnia zapłaty;
- od kwoty 245. 708 zł od dnia 19 grudnia 2007 roku do dnia zapłaty,
- od kwoty 435. 784 zł od dnia 8 stycznia 2008 roku do dnia zapłaty,
- od kwoty 200. 690 zł od dnia 12 lutego 2008 roku do dnia zapłaty,
- od kwoty 20. 008 zł od dnia 29 lutego 2008 roku do dnia zapłaty

z tytułu kar umownych. Nadto, powód domagał się zasądzenia na jego rzecz od pozwanego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Pozwany J. F. (1) wniósł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie na jego rzecz od powoda kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

W pozwie złożonym w dniu 28 października 2009 roku A. F. (1) wniosła o zasądzenie na jej rzecz pozwanego od Skarbu Państwa - (...):

- kwoty 31.720 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 24 października 2007 roku do dnia zapłaty,
- kwoty 54. 717 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 27 listopada 2007 roku do dnia zapłaty,
- kwoty 65. 977,60 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 27 grudnia 2007 roku do dnia zapłaty,
- kwoty 65. 977,60 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 30 stycznia 2008 roku do dnia zapłaty,
- kwoty 44. 408 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 20 lutego 2008 roku do dnia zapłaty,
- kwoty 103. 090 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 31 stycznia 2008 roku do dnia zapłaty,
- kwoty 418. 650 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 31 stycznia 2008 roku do dnia zapłaty tytułem wynagrodzenia należnego powódce za usługi wykonane na podstawie umowy z dnia 30 kwietnia 2007 roku. Powódka wniosła też o zasądzenie od pozwanego na jej rzecz kwoty 418. 650 zł z tytułu odszkodowania za korzyści utracone na skutek nie wykonywania umowy przez pozwanego oraz kaucji. Nadto powódka domagała się zasądzenia na jej rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Skarb Państwa - (...) wniósł o oddalenie powództwa oraz o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Wszystkie trzy sprawy na podstawie art. 219 k.p.c. połączono do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia w sprawie o sygn. akt III C 582/08.

W wyniku przekształcenia dokonanego w toku procesu na podstawie przepisów rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 lipca 2010 roku w sprawie sposobu i trybu przekształcenia gospodarstw pomocniczych państwowych jednostek budżetowych w instytucje gospodarki budżetowej /Dz. U. z 2010 roku, Nr 139, poz. 938/, statio fisci Skarbu Państwa - (...) przekształciło się w Centrum Usług (...) i z chwilą wpisu do rejestru uzyskało osobowość prawną, przejmując wszystkie należności, uprawnienia i obowiązki dotychczasowego statio fisci.

Wyrokiem z dnia 18 października 2012 r. Sąd Okręgowy w Warszawie:

1. oddalił powództwo Centrum Usług (...) przeciwko A. F. (1) i J. F. (1);
2. zasądził od Centrum Usług (...) na rzecz A. F. (1) kwotę 103.090 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 31 stycznia 2008 r. do dnia zapłaty;
3. w pozostałym zakresie oddalił powództwo A. F. (1);
4. koszty postępowania pomiędzy stronami wzajemnie zniósł.

Podstawą rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego były następujące ustalenia:

A. F. (1) prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą (...) - jako wykonawca, na skutek wygranego przetargu, zawarła w dniu 30 kwietnia 2007 r. z (...) – jako zamawiającym, umowę numer (...) (część pierwsza), której przedmiotem był skład i łamanie wydawnictwa promulgacyjnego (...), na podstawie materiałów źródłowych udostępnionych przez zamawiającego. Przed zawarciem umowy A. F. (1) szczegółowo zapoznała się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, dokonała analizy wymogów stawianych przez (...), nie zgłaszała zastrzeżeń co do treści specyfikacji ani projektu samej umowy, nie wniosła też protestu w trakcie trwania postępowania przetargowego. Umowa zobowiązywała wykonawcę do wykonania składu i łamania przekazywanych materiałów, w miarę potrzeb Zamawiającego. Wykonawca zobowiązał się do wykonania około 13.000 arkuszy drukarskich (...) w okresie obowiązywania umowy, a także do wykonania składu i łamania przekazywanych sukcesywnie, w miarę potrzeb zamawiającego, materiałów źródłowych /§ 1, § 7 ust. 1/. Wykonawca zobowiązał się do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z jej warunkami, a przede wszystkim do terminowego wykonania każdej edycji /numeru/ zgodnie z ustalonym w umowie harmonogramem procesu wydawniczego /§7 ust. 2/, który strony dokładnie określiły w dalszych postanowieniach umowy /§ 7 ust. 3/, wskazując terminy dostarczania przez wykonawcę wydruków złamanych numerów wraz z materiałami źródłowymi i korekt. Umowa przewidywała ponadto, iż w razie niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy zamawiający naliczy wykonawcy kary umowne, które będą potrącane z wynagrodzenia. Ich szczegółowy sposób wyliczania określał § 9 umowy. Stosownie do § 11 umowy zamawiającemu przysługiwało prawo do odstąpienia od umowy w terminie natychmiastowym, m. in. jeżeli wykonawca zostanie trzykrotnie obciążony karą umowną z tego samego tytułu. W celu należytego wykonania umowy wykonawca wniósł zabezpieczenie w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego brutto, tj. kwotę 103. 090 zł /§ 5 ust. 1/. Zabezpieczenie to miało służyć pokryciu roszczeń zamawiającego z tytułu kar umownych /§ 5 ust. 4/.

J. F. (1) prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą (...) w K. — jako wykonawca, na skutek wygranego przetargu i po zapoznaniu się ze szczegółowymi warunkami realizacji umowy wskazanymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zawarł w dniu 14 maja 2007 r. z (...) - jako zamawiającym, umowę numer (...) (część druga), której przedmiotem był skład i łamanie wydawnictwa promulgacyjnego (...), na podstawie materiałów źródłowych udostępnionych przez zamawiającego. Umowa zobowiązywała wykonawcę do wykonania składu i łamania przekazywanych materiałów, w miarę potrzeb Zamawiającego; wykonawca zobowiązał się do wykonania około 19. 000 arkuszy drukarskich (...) w okresie obowiązywania umowy, a także do wykonania składu i łamania przekazywanych sukcesywnie, w miarę potrzeb zamawiającego, materiałów źródłowych. W celu należytego wykonania umowy wykonawca wniósł zabezpieczenie w wysokości 10 % wynagrodzenia umownego brutto, tj. kwotę 144 875, 00 zł /

§ 5 ust. 1/. Zapisy odnośnie kar umownych, obowiązków stron, harmonogramu procesu wydawniczego, a także odstąpienia od umowy były identyczne jak w umowie zawartej przez A. F. (1).

Strony przystąpiły do realizacji umowy. Zamawiający przekazał wykonawcom zasady redakcyjne i udzielał wskazówek odnośnie procesu wydawniczego. Przekazywane do składu i łamania monitory standardowo liczyły po 64 strony, jednak zdarzało się, że miały do 120, a nawet do 200 stron. Szczególnie pilne i największe objętościowo były monitory zawierające sprawozdania funduszy inwestycyjnych. Zamawiający wymagał, aby tego rodzaju monitory traktowane były priorytetowo, zaś zamówienia wykonywane na cito. Takie sytuacje zdarzały się jednak sporadycznie, zaś monitory składające się z większej niż przeciętna liczby stron nie były przekazywane w większej ilości jednorazowo. Łącznie na 1158 Monitorów przedstawionych firmom A. F. i J. F., było 59 obejmujących fundusze inwestycyjne, zaś liczba tych, w których ilość przekraczała 8 arkuszy było 25. Nie było możliwości przewidzenia i zaplanowania, ile numerów będzie wydawanych dziennie, jako że zależało to przede wszystkim od podmiotów prawa handlowego działających na rynku. Znacznie mniej było sprawozdań spółek na początku i na końcu roku, więcej zaś w środku roku - dlatego też nie było płynności w przekazywaniu firmom A. F. i J. F. materiałów źródłowych. Zdarzały się sytuacje, iż rozliczenie finansowe składała spółka, która wchodziła na giełdę i wtedy należało opublikować sprawozdanie bardzo szybko. W przypadkach przekazywania zamówień ekspresowych A. F. (1) i J. F. (1) nie byli rozliczani z pozostałych, standardowych zamówień.

Już od początkowego okresu obowiązywania obu umów wykonawcy nie wykonywali ich terminowo, gdyż od maja 2007 roku pozostawali w permanentnym opóźnieniu z wykonywaniem składu i łamania przekazywanych materiałów źródłowych. Firmy A. F. i J. F. opóźniały się z wykonywaniem standardowych numerów (...), nieterminowo realizując umowę bez względu na to, czy pojawiały się zlecenia ekspresowe, czy też nie było takich zamówień. Przez cały okres obowiązywania umowy A. F. (1) i J. F. (1) zatrudniali po minimum 8 pracowników, jednak skład osobowy utrzymywany przez obie firmy nie był wystarczający do należytego wykonywania obowiązków umownych. W związku z nieterminowym wykonywaniem umowy interweniował Kierownik Zespołu (...), prowadzone były rozmowy telefoniczne, jednak ponaglenia nie przynosiły rezultatów. W początkowym okresie obowiązywania umowy wykonawcy zwracali się z telefonicznymi prośbami o zmniejszenie ilości przekazywanych numerów monitora, zaś prośby te były uwzględniane. Pomimo tego A. F. (1) i J. F. (1) w dalszym ciągu pozostawali w opóźnieniu z realizacją umowy. Wobec nawarstwiających się zaległości przez miesiąc nie przekazywano do (...) kolejnych numerów monitora, jednak i to nie spowodowało nadrobienia zaległości.

Pismem z dnia 18 września 2007 roku Centrum wezwało A. F. (1) do terminowego wykonywania postanowień umowy z dnia 30 kwietnia 2007 roku, co jednak nie nastąpiło. Centrum ponawiało interwencje o terminowe wykonywanie umowy. Pismem z dnia 12 października 2007 roku Centrum poinformowało A. F. (1) o naliczeniu kar umownych, zaś w wystawianych notach obciążeniowych dokonano potrąceń z wystawionych przez A. F. (1) faktur VAT.

Pismem z dnia 18 września 2007 roku Centrum wezwało J. F. (1) do terminowego wywiązywania się z postanowień umowy, informując o dużych zaległościach /około 100 sztuk/, a także zwracając się z prośbą o zwiększenie nadzoru i kontroli nad terminowością wykonywanych usług. Pismem z dnia 3 października 2007 roku J. F. (1) poinformował Centrum o tym, że jego firma będzie dążyć do nadrobienia zaległości, jednocześnie przyznając fakt nieterminowego realizowania umowy. W treści kolejnego pisma J. F. (1) zobowiązał się do wyeliminowania zaległości na przestrzeni 2 miesięcy. Pismami kolejno z dnia 17 października 2007 roku i z dnia 5 listopada 2007 roku J. F. (1) został poinformowany o naliczaniu kar umownych.

Począwszy od dnia 18 grudnia 2007 roku Centrum wstrzymało wydawanie nowych numerów monitora celem zmniejszenia istniejących zaległości i szybszego zakończenia edycji 2007 roku, informując A. F. (1) i J. F. (1) o konieczności zakończenia prac nad monitorami do dnia 31 stycznia 2008 roku. Pismo tej samej treści Centrum wystosowało do wykonawców także w dniu 4 stycznia 2008 roku.

Pismami z dnia 29 stycznia 2008 roku Centrum odstąpiło do umów (...) (części pierwszej i części drugiej) z dnia 30 kwietnia 2007 roku i z dnia 14 maja 2007 roku, powołując się na rażące niedotrzymywanie warunków

umowy, polegające na niewykonywaniu składu i łamania (...) zgodnie z harmonogramem określonym w umowie. W odstąpieniu podkreślono, że praca obu firm od maja 2007 roku charakteryzowała się bardzo niską wydajnością.

Z tytułu wykonanych usług (...) wystawiła faktury VAT: nr (...) na kwotę 44. 408 zł z terminem płatności na dzień 12 marca 2008 roku, nr (...) na kwotę 31.720 zł z terminem płatności na dzień 23 października 2007 roku, nr (...) na kwotę 54. 717 zł z terminem płatności na dzień 26 listopada 2007 roku, nr (...) na kwotę 65. 97760 zł z terminem płatności na dzień 5 stycznia 2008 roku, nr (...) na kwotę 65. 977,60 zł z terminem płatności na dzień 29 stycznia 2008 roku. Centrum nie uregulowało należności wynikających z powyższych faktur VAT.

Zamawiający naliczył wykonawcy A. F. (1) kary umowne za każdy dzień zwłoki w wysokości 20% wartości brutto wykonania danego numeru. Wystawiając noty księgowo zamawiający dokonał potrącenia łącznej kwoty 262.800,20 zł z tytułu kar umownych z wynagrodzenia przysługującego A. F. (1) za wykonanie usług objętych umową. I tak, zamawiający wystawił: notę księgową nr (...) z dnia 11 października 2007 roku na kwotę 284 304,16 zł tytułem opóźnień w wykonywaniu umowy, potrącając kwotę 31. 720 zł z faktury VAT nr (...)+; notę księgową numer (...) z dnia 3 grudnia 2007 roku na kwotę 334. 836,32 zł, potrącając kwotę 54. 717 z faktury VAT nr (...)+; notę księgową nr (...) z dnia 2 stycznia 2008 roku na kwotę 360. 085,44 zł, potrącając kwotę 65. 977,60 zł z faktury VAT (...)+; notę księgową nr (...) z dnia 15 stycznia 2008 roku na kwotę 220. 136,80 zł potrącając kwotę 65 977,60 zł z faktury VAT (...)+; notę księgową numer (...) z dnia 18 marca 2008 roku na kwotę 57. 984,36 zł, potrącając kwotę 44. 408 zł z faktury VAT nr (...)+. Nadto Centrum wezwało A. F. (1) do zapłaty jeszcze kwoty 958. 564,68 zł z tytułu kar umownych. A. F. (1) nie uznała naliczonych kar umownych, a także ich potrącenia z należnego jej wynagrodzenia, Centrum zaś nie wypłaciło jej wynagrodzenia, albowiem uznało, iż jego zobowiązanie na skutek dokonanej potrącenia wygasło.

Z tytułu wykonanych usług (...) wystawił faktury VAT: nr (...) na kwotę 42. 395,00 zł z terminem płatności na dzień 13 listopada 2007 roku, nr (...) roku na kwotę 46. 169,38 zł z terminem płatności na dzień 26 listopada 2007 roku, nr (...) na kwotę 90. 280 zł z terminem płatności na dzień 26 listopada 2007 roku, nr (...) na kwotę 65. 117,50 zł z terminem płatności na dzień 29 stycznia 2008 roku, nr (...) na kwotę 62. 448,75 zł z terminem płatności na dzień 12 marca 2008 roku.

Wystawiając noty księgowo zamawiający dokonał potrącenia łącznej kwoty 306.410,63 zł z tytułu kar umownych z wynagrodzenia przysługującego wykonawcy za wykonanie usług objętych umową. Zamawiający wystawił: notę księgową nr (...) z dnia 15 października 2007 roku na kwotę 106. 262 zł, notę księgową numer (...) z dnia 22 października 2007 roku na kwotę 160. 334 zł, potrącając kwotę 42. 395 zł z faktury VAT nr (...), notę księgową numer (...) z dnia 22 listopada 2007 roku na kwotę 245. 708 zł, potrącając kwotę 46 .169,38 zł z faktury VAT nr (...), notę księgową numer (...) z dnia 11 grudnia 2007 roku na kwotę 435. 784 zł, potrącając kwotę 90. 280 zł z faktury VAT nr (...), notę księgową numer (...) z dnia 15 stycznia 2008 roku na kwotę 200. 690 zł, potrącając kwotę 65. 117,50 zł z faktury VAT nr (...), notę księgową numer (...) z dnia 28 lutego 2008 roku na kwotę 20. 008 zł, potrącając kwotę 20.008 zł z faktury VAT nr (...), zaś kwotę 42. 440,75 zł przeznaczono na poczet niezapłaconych przez J. F. (1) kar umownych. J. F. (1) nie uznał naliczonych kar umownych, a także ich potrącenia z należnego mu wynagrodzenia, Centrum zaś nie wypłaciło mu wynagrodzenia, albowiem uznało, iż jego zobowiązanie na skutek dokonanej potrącenia wygasło.

Wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 listopada 2009 roku, w sprawie o sygn. akt III C 458/08, oddalono powództwo J. F. (1) skierowane przeciwko Skarbowi Państwa - (...), w którym J. F. (1) wnosił o zasądzenie na jego rzecz kwoty 954.429,38 zł, w tym wynagrodzenia z tytułu świadczeń wykonanych w ramach umowy z dnia 30 kwietnia 2007 roku. W powyższym wyroku przesądzono o zasadności potrącenia kar umownych dokonanych przez (...) z wynagrodzenia przysługującego J. F. (1).

Sąd Okręgowy dokonał powyższych ustaleń faktycznych w oparciu o dokumenty zgromadzone w aktach sprawy: umowy, SIWZ, faktury VAT z załącznikami, noty obciążeniowe z załącznikami, umowy o pracę i umowy o dzieło z załącznikami, korespondencję stron, zeszyt wpływu i wypływu materiałów przedstawionych przez (...). Treść powyższych dokumentów nie została zakwestionowana przez strony, a Sąd nie znalazł podstaw, by odmówić im waloru dowodowego. Sąd pierwszej instancji uznał za wiarygodne zeznania świadków: A. A. (1), J. R. (1) i D. B. (1) co do

nieterminowego wykonywania umowy przez A. F. (1) i J. F. (1), a także przebiegu współpracy z wykonawcą. W ocenie Sądu pierwszej instancji zeznania tej grupy świadków są ze sobą spójne, a przede wszystkim znajdują oparcie w zestawieniach dołączonych do not księgowych, korespondencji pisemnej prowadzonej przez strony postępowania, zeszytach wpływu i wypływu materiałów, a wreszcie w postanowieniach umowy i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Za wiarygodne, ale nie mające istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy Sąd pierwszej instancji uznał zeznania świadka A. K. (1), wskazując, iż świadek przedstawiła jedynie ogólny schemat postępowania na etapie przygotowywania SIWZ i przedmiotu zamówienia, nie posiadała natomiast wiedzy odnośnie szczegółów realizacji umowy przez strony, nie znała szczegółów umowy ani specyfikacji.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji świadek T. K. (1) przedstawił swoją ocenę przyczyn nie wywiązywania się przez wykonawców z terminowego wykonywania umowy, która to ocena nie znajduje potwierdzenia w pozostałym materiale dowodowym, w szczególności w zeznaniach innych świadków, a przede wszystkim w zgromadzonych dokumentach: SIWZ, umowie, zestawieniach dołączonych do not obciążeniowych. Jedynie częściowo Sąd dał też wiarę zeznaniom M. F. (1), która potwierdziła, że SIWZ opracowana była w sposób wyczerpujący i zrozumiały, że szczegółowo zapoznali się z nią A. F. (1) i J. F. (1), zaakceptowali jej treści i warunki; przyznała, że A. F. (1) nie wywiązywała się z terminowego realizowania łączącej strony umowy. Natomiast przedstawione przez świadka powody opóźnień, mianowicie: brak podawanych z odpowiednim wyprzedzeniem informacji odnośnie ilości przekazywanych materiałów, brak dokładnych ustaleń co do sposobu łamania, brak dostatecznego opracowania przekazywanych materiałów, brak jednolitych zasad korekty, nie znajdują – zdaniem Sądu Okręgowego – potwierdzenia w materiale dowodowym zgromadzonym w niniejszej sprawie, w szczególności w korespondencji prowadzonej przez strony postępowania. Także zeznania tego świadka w zakresie „wyczyszczenia” zaległości nie znajdują potwierdzenia w zeznaniach świadków A. A. (1), J. R. (1) i D. B. (1), a przede wszystkim w zestawieniach przedstawionych przez strony postępowania i korespondencji prowadzonej z zamawiającym. Z tych samych względów Sąd meriti nie dał wiary zeznaniom przesłuchanych w charakterze stron A. F. (1) i J. F. (1) w zakresie twierdzeń o niezapewnieniu przez Centrum jednolitych zasad redakcyjnych i zasad publikacji raportu – wykonawcy umów nigdy bowiem nie zgłaszali zastrzeżeń w formie pisemnej, pomimo obszernej korespondencji pomiędzy stronami okoliczność ta nigdy nie była podnoszona przez małżonków F..

Sąd Okręgowy jedynie częściowo dał wiarę zeznaniom A. F. (1) i J. F. (1), tj. w zakresie, w którym strony zeznały na okoliczność nieterminowego realizowania zawartej umowy, kierowania próśb o wstrzymanie dostawy nowych materiałów, zapoznania się z postanowieniami SIWZ, braku zarzutów co do jakości świadczonych usług, a także schematu współpracy z (...). Jako niewiarygodne uznał zeznania stron odnośnie uchybień Centrum polegających na przedstawianiu materiału źródłowego, który był niewłaściwie opracowany, a także przyczyn nieterminowego realizowania umowy. W ocenie Sądu pierwszej instancji w tym zakresie zeznania stron pozostają w sprzeczności z dokumentami – umową, SIWZ, notami obciążeniowymi, korespondencją pomiędzy stronami, zeszytem wpływu korespondencji – i zeznaniami tej grupy świadków, którym Sąd dał wiarę.

Jako nie mające większego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy Sąd pierwszej instancji uznał zeznania świadka P. K., który wykonywał jedynie czynności związane z dostarczaniem przesyłek, nie znał szczegółów dotyczących współpracy stron. Potwierdził on, że liczba przekazywanych materiałów była różnorodna, zaś wielkość zamówienia nie była przewidywalna. Za bez znaczenia w niniejszej sprawie Sąd ten ocenił również umowy zawarte przez Centrum z P. P. oraz z W. Ł. (1).

Ustalając stan faktyczny Sąd pierwszej instancji oparł się również na opinii biegłego sądowego I. Ł., uznając, iż została ona sporządzona skrupulatnie, zawiera stanowcze wnioski, poparte konkretnymi wyliczeniami i zestawieniami. Biegły wykonał opinię wariantowo, w zgodzie z tezą dowodową, zaś opinia nie została zakwestionowana przez strony. Sąd pominął natomiast opinię sporządzoną przez biegłego sądowego C. K. ograniczającą się do analizy akt sprawy i jej opisu, do czego biegły nie był uprawniony, a nie zawierającą wyliczenia kar umownych, co czyni tę opinię nieprzydatną dla rozpoznania sprawy.

Przechodząc do oceny zasadności obu powództw Centrum Usług (...) skierowanym przeciwko A. F. (1) oraz przeciwko J. F. (1), Sąd pierwszej instancji wskazał, iż powód podstawy faktycznej swoich roszczeń upatrywał w nieterminowym wykonywaniu umowy przez pozwanych, co upoważniało go do naliczania kar umownych. Pozwani natomiast kwestionowali zasadność naliczania tych kar, podważając też ich wysokość.

Mając na uwadze treść art. 483 i art. 484 § 1 k.c., a także treść szczegółowych uregulowań w zakresie kar umownych zastrzeżonych w obu umowach na wypadek nieterminowego spełnienia świadczenia niepieniężnego jedynie w wypadku zwłoki dłużnika, Sąd pierwszej instancji podkreślił, iż kwestią wyjściową dla oceny zasadności powództwa ustalenie, która ze stron ponosi odpowiedzialność za niewykonanie bądź niewłaściwe wykonanie umowy.

Zdaniem Sądu Okręgowego tak A. F. (1), jak i J. F. (1) opóźniali się w realizowaniu umowy. Powyższa okoliczność wynika ze szczegółowych zestawień dołączonych do not księgowych, wskazujących na liczbę dni opóźnienia za każdy konkretnie wskazany numer (...). Pozwani przedstawili odmienne zestawienie okresów trwania opóźnienia w odniesieniu do każdego z (...), nie kwestionując jednak samego faktu nieterminowej realizacji umowy. Opóźnienie wynika również z samego zestawienia, jak też z zeznań świadków: A. A. (1), J. R. (1) i D. B. (1), według których pozwani de facto od samego początku wykonywali zlecenie nieterminowo, zaś w ciągu czterech miesięcy obowiązywania umów powstało 100 numerów zaległości. Na początku trwania umów – odpowiednio w kwietniu i w maju 2007 roku – powód przekazywał pozwany materiały w niewielkich ilościach, po to by mieli czas na wdrożenie się do ich realizacji. Mimo to zaległości powstawały już od samego początku, co było przyczyną wstrzymania się przez Centrum przez okres jednego miesiąca z przesyłaniem wykonawcom materiałów – by zmniejszyć i nadrobić zaległości. Nie przyniosło to jednak oczekiwanych rezultatów, zaległości występowały aż do grudnia 2007 roku, kiedy to powód zaprzestał przekazywania pozwany nowych materiałów. Stosownie do tych opóźnień naliczane były kary umowne, zgodnie z zapisami umowy, a następnie dokonywano potrąceń z wynagrodzenia wykonawców.

W ocenie pozwanych to nie oni, ale powód ponosi odpowiedzialność za nieterminowe wykonanie umowy, bowiem już w momencie podpisywania umowy zdawał on sobie sprawę, że pozwani nie będą w stanie terminowo wywiązać się z jej postanowień. Zdaniem pozwanych ilość materiałów przekazywanych do łamania i składu znacznie wykraczała poza ramy umowy, a przede wszystkim brak płynności i stałego rytmu w przekazywaniu materiałów były przyczyną opóźnień.

Sąd pierwszej instancji uznał jednak, iż powyższa argumentacja nie zasługiwała na uwzględnienie przede wszystkim w świetle postanowień umowy łączącej strony. W § 1 ust. 4 umowy wykonawca zobowiązał się do wykonania składu i łamania przekazywanych sukcesywnie, w miarę potrzeb Zamawiającego, materiałów źródłowych. Obowiązek ten został doprecyzowany w § 7 umowy, w którym wykonawca zobowiązał się do wykonania składu i łamania przekazywanych, w miarę potrzeb Zamawiającego, materiałów źródłowych /ust. 1/, a także do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z jej warunkami, a przede wszystkim do terminowego wykonania każdej edycji /numeru/ zgodnie z harmonogramem określonym umową /ust. 2/. Z dalszych postanowień umowy określających harmonogram procesu wydawniczego wynika między innymi zobowiązanie wykonawcy do dostarczania wydruków złamanych numerów wraz z materiałami źródłowymi i kolejnych korekt do Zespołu (...), nie później niż w wyznaczonych w umowie terminach /§ 7 ust. 16/. Zdaniem Sądu pierwszej instancji takie sformułowania umowy jednoznacznie wskazują, że przewidywane było różne natężenie ilości przekazywanych do łamania i składu materiałów źródłowych, nie wskazano natomiast ilości materiałów źródłowych, jaką zamawiający miał przekazywać w określonej jednostce czasu. Nie ma też żadnych zastrzeżeń odnośnie terminów przekazywania materiałów i wcześniejszego uprzedzenia pozwanych o ich ilości. Z pisma pozwanych kierowanego do Centrum Usług (...) w dniu 3 października 2012 roku wynika natomiast, że pozwani nie wywiązywali się z umowy także w zakresie, który sami przewidywali jako standardowy średni dzienny materiał źródłowy do złamania i składu, tj. 8,2 numeru (...), zaś z przedstawionego zestawienia wynika, że wydajność przedstawiała się następująco: maj 2007 roku - 2,717 numeru dziennie, czerwiec 2007 roku - 4,95 numeru dziennie, lipiec 2007 roku - 5,636 numeru dziennie, sierpień 2007 roku - 6,136 numeru dziennie, wrzesień 2007 roku - 7,05 numeru dziennie. A zatem, ani w pierwszym okresie wdrożeniowym, ani po upływie kwartału od momentu rozpoczęcia realizacji umowy, pozwani nie osiągnęli wydajności, którą winni byli osiągnąć już w początkowej fazie realizowania

umowy. Wbrew twierdzeniom pozwanych wykonawcy jeszcze przed zawarciem umowy byli informowani o tym, że ilość przekazywanych materiałów będzie różna. Przeciętnie każdy (...) składał się z 64 stron. (...) o objętości ponad 100 stron, czasami nawet około 200 pojawiały się sporadycznie, nie były przekazywane w większych ilościach jednorazowo i z terminowości wykonania ich składu i łamania wykonawcy nie byli rozliczani, a także wówczas nie rozliczano terminowości wykonania składu i łamania pozostałych (...).

Sąd Okręgowy przypomniał, iż podpisanie umowy poprzedzone było procedurą przetargową, zaś tryb przewidziany ustawą Prawo zamówień publicznych wymusza na oferentach szczegółowe zapoznanie się z treścią zamówienia, gdyż zgłoszenie oferty obwarowane jest szeregiem wymogów wynikających tak z ustawy, jak i z samej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W Specyfikacji wskazano, że zamówienie skierowane jest do podmiotów, które posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Każde z pozwanych prowadzi własną działalność gospodarczą, są oni profesjonalistami działającymi na rynku od wielu lat, zaś zgłoszenie do przetargu oferty zostało poprzedzone szczegółowym zapoznaniem się z warunkami umowy zawartymi w projekcie umowy, stanowiącym integralną część SIWZ. W ocenie Sądu pierwszej instancji zeznania świadków potwierdzają, że specyfikacja została sporządzona w sposób jasny i wyczerpujący, pozwani się z nią dogłębnie zapoznali, po czym ocenili, że posiadają wystarczające doświadczenie na rynku i pracowników, którzy będą w stanie podołać warunkom zamówienia. Dlatego też Sąd ten uznał za bezzasadne zarzuty błędnego przedstawienia przedmiotu zamówienia, zwracając ponadto uwagę, że pozwani dysponowali środkami prawnymi, które pozwalały im na zgłaszanie zastrzeżeń w trakcie trwania procedury przetargowej, ale nie skorzystali z takiej ewentualności. W momencie składania oferty, jak i podpisywania umowy pozwani mieli pełną świadomość tego, jakimi zasobami pracowników dysponują, znali warunki umowy, w tym jej § 1 ust. 4 i § 7, a mimo tego podjęli się sprostania wymogom zamawiającego i przystąpili do trybu przetargowego, który to przetarg wygrali.

W ocenie Sądu Okręgowego także konstrukcja prawa zamówień publicznych nie pozwala na zwolnienie pozwanych z odpowiedzialności za nieterminowe wykonanie umowy. Celem tego prawa jest zapewnienie wyboru najlepszej oferty przedstawionej przez uczestników przetargu, co znacznie ogranicza możliwości późniejszych zmian co do warunków zawartej umowy /art. 144 p.z.p./. Zatem nie tylko proponowana przez oferentów cena, ale też akceptacja wszystkich warunków umowy i zobowiązanie się do terminowego wykonywania usług jest czynnikiem decydującym o wyborze oferty składanej przez poszczególnych uczestników przetargu. Wykonawca winien wcześniej przygotować się do realizacji postanowień umowy, wyjaśnić wszelkie wątpliwości jeszcze przed podpisaniem umowy, odpowiednio przeszkolić pracowników, zgłosić ewentualne zastrzeżenia, zapoznać się z odpowiednimi regulacjami prawnymi, ewentualnie ich zażądać od zamawiającego. Brak należytej staranności w tym względzie obciąża oferenta, profesjonalistę przystającego na zaproponowane warunki umowy. Z tych też względów – w ocenie Sądu Okręgowego – niedotrzymanie terminów realizacji umowy było przede wszystkim wynikiem ryzyka podjętego przez pozwanych w ramach prowadzonej przez nich działalności gospodarczej.

Sąd pierwszej instancji uznał, iż także pozostałe wskazywane przez pozwanych działania powoda nie zwalniają ich z odpowiedzialności za nieterminowe wykonywanie umowy. Pozwani twierdzili, że Centrum nie przekazywało wytycznych i wskazówek odnośnie sposobu publikacji sprawozdań finansowych, sposobu realizacji zamówienia, co na początku powodowało konieczność łamania na nowo; zamówienia nie były przekazywane rytmicznie, cechował je brak płynności, przekazane materiały nie były właściwie opracowane, nie ustalono jednolitych zasad korekty, brak było wzorów odnośnie (...). W ocenie Sądu pierwszej instancji brak jest jednak dowodów wskazujących na to, że materiały przekazywane przez Centrum były obciążone takimi błędami, które uzasadniały opóźnienia w ich składzie i łamaniu. W szczególności okoliczność taka nie wynika z pisemnej korespondencji prowadzonej pomiędzy stronami. Skoro zastrzeżenia Centrum przekazywane były w formie pisemnej, trudno zakładać, że pozwani – świadomi konsekwencji nieterminowego wywiązywania się z obowiązków umownych – nie zgłaszaliby tak poważnych uchybień w formie pisemnej. Tymczasem z pism kierowanych przez nich do Centrum wynika, że pozwani nie zgłaszają uwag do powoda, a wręcz są zadowoleni z wyrozumiałego traktowania. Także z pism kierowanych do powoda przez profesjonalnego pełnomocnika pozwanych nie wynika, aby istniały inne, poza ilością przekazywanych materiałów, przyczyny opóźnienia w realizacji umowy. Również z zeznań świadków A. A. (1) i D. B. (1), którym Sąd dał wiarę,



wynika, że wykonawcom przedstawiono zasady redakcyjne, zaś w pozostałych kwestiach udzielano wyczerpujących wyjaśnień na roboczych spotkaniach.

Sąd pierwszej instancji nie zgodził się z argumentacją pozwanych, że skoro w chwili zawarcia umowy, jak i przez cały czas jej obowiązywania, zatrudniali liczbę osób wskazaną w umowie i wobec tego mogli oni oczekiwać, że zamówienia nie będą przekraczały mocy przerobowych 8 osób – w sytuacji, gdy zatrudnienie tylu pracowników było warunkiem wystarczającym do sprostania składanym przez Centrum zamówieniom. Sąd podkreślił, że zarówno w SIWZ, jak i w umowie wskazano jedynie minimalną, progową liczbę osób, jakie oferent musi zatrudniać, aby sprostać wymogom zamawiającego. Także stopień przeszkolenia pracowników, ich doświadczenie i umiejętności mają przełożenie na możliwość realizacji zamówienia. Zakres umowy był znany stronom, zaś wykonawcy byli zobowiązani do zapewnienia takiej organizacji pracy, która pozwoliłaby na wykonanie zobowiązania. Wykonawca zamówienia publicznego powinien posiadać nie tylko niezbędną wiedzę i doświadczenie, ale też powinien dysponować potencjałem technicznym i osobowym do właściwego wykonania zamówienia. Tymczasem pozwana A. F. (1) sama przyznała, że przystępując do realizacji umowy „uczyła się na żywym materiale”, co świadczyło o tym, że uprzednio nie poczyniła stosownych przygotowań do należytego realizowania umowy. Podpisując umowę wykonawcy jednocześnie przyjęli na siebie zobowiązanie do zapewnienia warunków technicznych i personalnych, zaś uchybienia w tym zakresie i spowodowane tym opóźnienia w realizacji umowy mieściły się w ryzyku związanym z ich działalnością gospodarczą.

Mając na uwadze powyższe względy Sąd Okręgowy uznał żądanie powoda odnośnie kar umownych za usprawiedliwione co do zasady w stosunku do obojga pozwanych, wskazując jednocześnie, iż ich wysokość była kwestionowana przez pozwanych, którzy przedstawili własne zestawienie liczby dni pozostawiania w opóźnieniu z realizacją umowy. Sąd podkreślił, iż pozwani nie poparli swoich zestawień żadnymi dowodami, zaś powód przedłożył zeszyt wpływu i wypływu materiałów potwierdzający terminy przedkładania materiałów źródłowych pozwanym i ich odbioru. Pomiedzy zestawieniem przedstawionym przez powoda, a zestawieniem przedstawionym przez pozwanych wynika, że różnica na niekorzyść pozwanych wynosi 395 dni – powód wskazuje bowiem, że pozwani pozostawali w opóźnieniu 19206 dni /licząc globalnie dni opóźnienia w stosunku do każdego z numerów (...)/, zaś wedle zestawienia pozwanych opóźnienie wynosiło 18881 dni. W wariantowo sporządzonej opinii biegły sądowy I. Ł. wskazał, że suma kar umownych liczonych wedle danych powoda wynosi 2 390 106,88 zł, zaś suma kar umownych liczonych wedle danych pozwanych wynosi 2 341 194,64 zł. Jako rzetelne i znajdujące podstawę w przedstawionych dowodach Sąd Okręgowy potraktował zestawienia powoda i kwotę wyliczoną przez biegłego na podstawie tych zestawień. Pozwani nie złożyli żadnych wniosków dowodowych, które zmierzałyby do zakwestionowania zestawień powoda popartych zeszytem wpływu i wypływu materiałów. Dlatego też – w ocenie Sądu, zgodnie z wyliczeniami poczynionymi stosownie do postanowień obu umów – wysokość kar umownych wynosi 2 390 106,88 zł.

Pomimo tego Sąd Okręgowy uznał, iż powództwo (...) nie było zasadne, bowiem powód częściowo faktycznie zaspokoił już swoje roszczenie w zakresie kar umownych, dokonując potrąceń z wynagrodzenia przysługującego pozwanym z tytułu spełnionych na rzecz powoda usług. I tak, w stosunku do pozwanej A. F. (1) dokonał potrąceń na łączną kwotę 262 800,20 zł, zaś w stosunku do pozwanego J. F. (1) na kwotę 306 410,63 zł. Skuteczność potrąceń dokonanych względem pozwanego J. F. (1) została przesądzona w procesie toczącym się w tutejszym Sądzie, (...) Wydziale (...), w sprawie pod sygn. akt III C 458/08. Z tego względu – zdaniem Sądu pierwszej instancji – kwestia ta leży poza granicami ustaleń i rozważań w niniejszej sprawie. Sąd ten uznał również za zasadne potrącenia dokonane przez powoda notami księgowymi w stosunku do pozwanej A. F. (1) w zakresie kwoty 262800,20 zł, jako zgodne z art. 499 k.c. i § 9 umowy. Centrum dokonało wszelkich wymogów wskazanych w treści tego przepisu, poprzedziło naliczanie kar stosownymi pisemnymi wezwaniami do terminowego wykonywania umowy, zaś wysokość naliczonych kar znajduje umocowanie w umowie.

Jednakże – zdaniem Sądu Okręgowego – żądanie kar umownych przewyższające powyższe kwoty potrąceń dokonanych w stosunku do obojga pozwanych, nie zasługiwało na uwzględnienie z uwagi na słuszny **zarzut rażącego wygórowania kar umownych**. Zgodnie z treścią art. 484 § 2 k.c. jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Powołując się na pogląd wyrażony przez Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku

z dnia 17 grudnia 2008 roku, sygn. V ACa 483/08, Sąd pierwszej instancji wskazał, iż zmniejszenie kary umownej może nastąpić na podstawie łącznego stosowania przesłanek miarkowania, a jego dokonanie mogą uzasadniać różnorakie okoliczności. Miarkowanie kary umownej może wchodzić w grę w każdym wypadku, gdy w świetle oceny stanu faktycznego, można mówić o tym, że kara umowna w zastrzeżonej wysokości jawić się będzie jako nieadekwatna. Wśród okoliczności rzutujących na możliwość miarkowania kary umownej jako rażąco wygórowanej wskazuje się na stopień winy dłużnika, jeśli na tej zasadzie oparta jest odpowiedzialność, brak szkody lub jej niewielki rozmiar, stosunek kary umownej do wartości spełnionego świadczenia, wartość robót ustalonych w umowie, w której kara została zastrzeżona, jak i przyczynienie się wierzyciela do szkody, zaś w przypadku kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie przyczyny opóźnienia w zakończeniu prac. Nie można przy ocenie kary umownej pomijać stosunku wysokości zastrzeżonej kary do wysokości wynagrodzenia wykonawcy. Przewidziane w art. 484 § 2 k.c. miarkowanie kary umownej ma przeciwdziałać dużym dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary, a godnym ochrony interesem wierzyciela. Kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem, nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego. Zatem w razie występującej dysproporcji pomiędzy wysokością zastrzeżonej kary umownej, a interesem wierzyciela chronionym za pomocą kary umownej, dopuszczalne jest na podstawie 484 § 2 k.c. jej zmniejszenie na żądanie dłużnika.

W ocenie Sądu Okręgowego w takiej sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź jest zbliżona do wartości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną w rozumieniu art. 484 § 2 k.c. Powód dokonał skutecznego potrącenia kar umownych **w wysokości odpowiadającej wynagrodzeniu pozwanych z tytułu świadczonych przez nich w okresie kilku miesięcy na rzecz powoda usług**. Zdaniem Sądu jest to kara adekwatna, zaś żądanie powoda zasądzenia na jego rzecz kwoty stanowiącej kilkakrotność wynagrodzenia należnego pozwany za świadczone przez nich usługi spełnia kryteria kary „rażąco wygórowanej”, która wykraczałaby poza ochronę interesu wierzyciela, stanowiąc nadmierną dolegliwość dla pozwanych. Nie umniejszając winy pozwanych w nieterminowym realizowaniu umowy, Sąd pierwszej instancji zauważył, że prowadzone przez nich firmy przez kilka miesięcy nastawione były na realizowanie zamówienia objętego umową. Pozwani ponieśli w tym celu wysokie nakłady pieniężne, choćby z tytułu wynagrodzeń dla pracowników, eksploatacji urządzeń, koszty materiałów, etc. Na skutek potrącenia kar umownych w wysokości odpowiadającej wynagrodzeniu za wykonane usługi pozwani nie tylko nie uzyskali żadnego dochodu z tego tytułu, ale i w żadnym stopniu nie uzyskali rekompensaty za poniesione nakłady. Kara umowna przekraczająca wysokość dokonanych przez powoda potrąceń jest więc nadmierna i nieadekwatna w stanie faktycznym niniejszej sprawy. Takie żądanie nie zasługuje na ochronę jako prowadzące do nadmiernego wzbogacenia powoda, a jednocześnie pokrzywdzenia pozwanych. Sąd dodatkowo zauważył, że jedynym zarzutem stawianym pozwany było nieterminowe wykonanie usług łamania i składu przedstawianych materiałów, natomiast powód nie zgłaszał zarzutów co do jakości świadczonych przez pozwanych usług. Powód nie wykazał też poniesienia jakiegokolwiek szkody majątkowej na skutek nieterminowej realizacji umowy przez pozwanych, którzy wykonali częściowo zobowiązanie umowne. Tym bardziej nie ma uzasadnienia żądanie kar umownych przekraczających wysokość dokonanych potrąceń. Dlatego też Sąd Okręgowy oddalił powództwa Centrum Usług (...) skierowane przeciwko obojgu pozwany.

Odnosząc się do powództwa A. F. (1) skierowanego przeciwko Centrum Usług (...) Sąd Okręgowy wskazał, iż pozwana żądała zasądzenia na jej rzecz wynagrodzenia z tytułu usług świadczonych na podstawie umowy z dnia 30 kwietnia 2007 roku, przedstawiając nie zapłacone przez pozwanego, opisane w stanie faktycznym, należności wynikające z faktur VAT na kwotę 262 800,20 zł. Zdaniem Sądu pierwszej instancji roszczenie powódki jest niezasadne w tym zakresie z uwagi na skuteczne potrącenie przez pozwanego kar umownych z wynagrodzenia objętego wystawionymi fakturami VAT, co zostało wyjaśnione przy omawianiu zasadności powództwa głównego.

Również żądanie zasądzenia na rzecz powódki A. F. od pozwanego (...) kwoty 418. 650 zł z tytułu utraconych korzyści, jakie powódka uzyskałaby, gdyby pozwany nie odstąpił bezpodstawnie od umowy, w ocenie Sądu Okręgowego nie zasługiwało na uwzględnienie. Podstawy prawnej roszczeń powódki o utracone korzyści /lucrum cessans/, stanowiące tzw. szkodę hipotetyczną, należy zdaniem Sądu upatrywać w postanowieniach umowy z dnia 30 kwietnia 2007 roku oraz w treści art. 471 k.c. Sąd pierwszej instancji wskazał, iż zgodnie z treścią art. 471 k.c. dłużnik obowiązany jest

do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Zatem jedynie ustalenie, że powód główny – pozwany wzajemny niezasadnie odstąpił od umowy mogło stanowić punkt wyjścia w przedmiocie ustalenia zasadności takiego żądania. Jednakże to powódka A. F. nie wywiązywała się z umowy, albowiem przez cały czas jej obowiązywania pozostawała w opóźnieniu w świadczeniu usług na rzecz pozwanego. Powódka została trzykrotnie obciążona karą umowną z tytułu nieterminowego wykonania zlecenia, co stosownie do zapisów umowy upoważniało pozwanego do natychmiastowego odstąpienia od umowy. Sąd Okręgowy wskazał, iż w ramach swobody umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.) strony mogą się umówić, że każda z nich będzie mogła odstąpić od zawartej umowy i określić skutki odstąpienia od umowy, odmiennie od postanowień kodeksowych. Swobodę tę mogą ograniczyć jedynie przepisy o charakterze iuris cogentis, a więc bezwzględnie obowiązujące. Przepisem określającym przesłanki odstąpienia od umowy jest art. 491 § 1 k.c., stosownie do którego jeżeli jedna ze stron dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, druga strona może wyznaczyć jej odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy. Można bowiem bez wyznaczenia terminu dodatkowego, bądź też po jego bezskutecznym upływie żądać wykonania zobowiązania i naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki. Jednakże nie ma przeszkód, aby odstąpić od umowy bez uprzedniego wyznaczenia dodatkowego terminu, jeżeli kontrahent na to wyraźnie się zgodził /por. Komentarz do kodeksu cywilnego Księga trzecia Zobowiązania tom 1 pod red. G. Bieńka, Wydanie 6, LexisNexis, Warszawa 2005, str. 597-598/. Skoro zatem strony przewidziały takie rozwiązanie w umowie - możliwość odstąpienia ze skutkiem natychmiastowym po trzykrotnym obciążeniu karą umowną z tego samego tytułu - § 11 ust. 2.2 – to przepis art. 491 § 1 k.c. nie ma tu zastosowania. Pozwany naliczał kolejno trzykrotnie kary umowne pismami, a także wystawianymi po nich notami księgowymi: nr (...) z dnia 11 października 2007, nr (...) z dnia 3 grudnia 2007 roku, nr (...) z dnia 2 stycznia 2008 roku, po czym pismem z dnia 29 stycznia 2008 roku skutecznie i zasadnie odstąpił do umowy (...), powołując się na rażące niedotrzymywanie warunków umowy. W ocenie Sądu Okręgowego pozwany dokonał zasadnego i skutecznego odstąpienia od umowy z przyczyn, za które winę ponosi powódka, co czyni zbędnym ocenę dalszych przesłanek wynikających z art. 471 k.c. , dlatego też żądanie odszkodowania za bezpodstawne zerwanie umowy jest nieuzasadnione, co skutkowało oddaleniem powództwa i w tym zakresie.

Sąd Okręgowy uwzględnił natomiast żądanie powódki zasądzenia na jej rzecz kwoty 103 090 zł jako zwrotu udzielonego na rzecz pozwanego zabezpieczenia. Dokonując analizy postanowień umowy Sąd wskazał, iż zabezpieczenie zostało ustanowione w celu należytego wykonania umowy przez wykonawcę, który miał wnieść 10 % wynagrodzenia umownego brutto tj. kwotę 103 090,00 zł /§ 5 ust. 1/. Zabezpieczenie to miało zostać zwrócone zamawiającemu w 70% kwoty zabezpieczenia w terminie 30 dni od dnia zakończenia wykonania umowy i uznania przez zamawiającego za należyte wykonaną, zaś w 30% kwoty zabezpieczenia najpóźniej w 15 dni po upływie terminu określonego w § 7 ust. 19 umowy. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy służyło pokryciu roszczeń zamawiającego wymienionych w § 9 ust. 2 umowy, czyli kar umownych. A zatem wykonawca mógł zostać obciążony karami umownymi potrąconymi z kwoty zabezpieczenia w następujących enumeratywnie wskazanych w umowie wypadkach: wystąpienia w kolejnych korektach zmian bez wiedzy i akceptacji korektora/.../ - pkt 2.1, a także w przypadku zgłoszenia błędów przez podmioty, których sprawozdania finansowe zostały opublikowane w (...) - pkt. 2.2. Nadto zastrzeżono, że w przypadku rozwiązania umowy przez zamawiającego z winy wykonawcy lub przez wykonawcę wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 20% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 3 ust. 1 umowy - pkt 2.3. Zdaniem Sądu pierwszej instancji nie ulega wątpliwości, że nie zaktualizowały się przesłanki wskazane w pkt 2.1 i pkt 2.2. Centrum nie kwestionowało jakości usług świadczonych przez powódkę, nie przedstawiono też żadnych dowodów, które wskazywałyby na przypadki zgłoszeń błędów przez podmioty, których sprawozdania finansowe podlegały publikacji w (...). Zdaniem Sądu podstawy zatrzymania przez powoda zabezpieczenia nie stanowi też pkt 2.3. W § 3 ust. 1 określono wynagrodzenie za realizację przedmiotu umowy na kwotę 1 030 900,00 zł brutto, z czego 20% daje kwotę 206 180 zł. Powódka wzajemna wykonała usługi, za które należne jej było wynagrodzenie w kwocie 262 800,20 zł, które pozwany potrącił z tytułu należnych mu kar umownych. Skoro zatem kaucja uiszczona przez powódkę zabezpieczała kary umowne w wysokości 20% wynagrodzenia brutto, zaś pozwany potrącił tytułem kar umownych kwotę przewyższającą 20% należnego powódce wynagrodzenia, brak jest podstaw, które pozwalałyby pozwanemu na

zatrzymanie kwoty zabezpieczenia uiszczonej przez powódkę na jego rzecz. Z tego względu – zdaniem Sądu pierwszej instancji - powództwo A. F. (1) w zakresie kwoty 103 090 zł podlegało uwzględnieniu.

O kosztach zastępstwa procesowego Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 100 k.p.c.

Powyższy wyrok Sądu Okręgowego częściowo zaskarżyli apelacjami powód - pozwany Centrum Usług (...) w W. oraz pozwana – powódka A. F. (1).

Powód - Centrum Usług (...) zaskarżył wyrok w zakresie punktu 1 i 2, tj. w części oddalającej jego powództwo w całości i w części uwzględniającej powództwo A. F. (1), zarzucając obrazę przepisów prawa procesowego jak i materialnego, które miało wpływ na wynik sprawy, tj.:

- art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i nieuzasadnione uznanie, że treść umowy - jej § 5 i § 9 jak i dokonane przez powoda (pозwanego wzajemnego) potrącenia kar umownych, których wysokość przekracza 20% należnego pozwanej (powodowi wzajemnemu) wynagrodzenia nie uzasadnia zatrzymania przez Centrum Usług (...), wpłaconego przez A. F. (1), zabezpieczenia w wysokości 103.090,00 zł, w sytuacji gdy dokonane potrącenie związane było z niezależną podstawą umowną wynikającą z § 9 ust. 1 pkt 1.1 umowy - naliczenie kary za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przez pozwaną (powoda wzajemnego) zobowiązania, natomiast zasadność zatrzymania zabezpieczenia związane jest z samoistną podstawą - naliczania kary umownej, związanej z rozwiązaniem umowy,

- art. 484 § 2 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c., przez jego błędną wykładnię polegającą na dokonaniu miarkowania kary umownej w oderwaniu od jej funkcji stymulacyjnej, kompensacyjnej oraz represyjnej jak i specyfiki przedmiotu zamówienia, mającego istotne znaczenie dla bezpieczeństwa obrotu i prawidłowego funkcjonowania obiegu gospodarczego, podczas gdy istnieją w tej sprawie przesłanki świadczące o konieczności zasądzenia kary umownej w pełnej wysokości - bez jej miarkowania;

- art. 353<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c., przez jego nie zastosowanie, polegające na dokonaniu miarkowania kary umownej w zupełnym oderwaniu od treści umowy łączącej strony oraz w sposób sprzeczny z wolą stron wyrażoną w umowie o współpracy.

- przekroczenie granic „uznania sędziowskiego” w miarkowaniu zastrzeżonej przez strony umowy kumulatywnej kary umownej z całkowitym pominięciem argumentacji tak Sądu Okręgowego w Warszawie Wydział (...) sprawie sygn. akt III C 458/08 jak i Sądu Apelacyjnego w Warszawie (...) Wydział (...) sprawie o sygn. akt VI ACa 248/10 prowadzącej do uznania, iż zastrzeżona między stronami wysokość kumulatywnej kary umownej jest zasadna i nie podlega miarkowaniu.

- naruszenie res iudicata w wydanym orzeczeniu poprzez uznanie, iż umówiona między stronami kumulacyjna kara umowna podlega miarkowaniu podczas gdy poprzednio w wydanym orzeczeniu Sąd Okręgowy w Warszawie Wydział (...) sprawie sygn. akt III C 458/08 jak i Sąd Apelacyjny w Warszawie (...) Wydział (...) sprawie o sygn. akt VI ACa 248/10 w tym samym stanie faktycznym uznał, iż zastrzeżenie kary umownej oraz jej wysokość zasługuje na uznanie w świetle obowiązującego prawa.

Wskazując na powyższe powód (...) wnosił o zmianę zaskarżonego wyroku we wskazanym poprzez uwzględnienie powództwa Centrum Usług (...) w całości oraz oddalenie powództwa A. F. (1) w zaskarżonej części, a także o zasądzenie od pozwanych na rzecz powoda kosztów procesu za I i II instancję według norm przepisanych, ewentualnie o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie Sądowi pierwszej instancji do rozpoznania w innym składzie, przy uwzględnieniu kosztów postępowania apelacyjnego.

Pozwana – powódka A. F. (1), zaskarżyła powyższy wyrok w części tj. w zakresie pkt 3 oddalającego częściowo jej powództwo przeciwko (...) co do kwoty 681451 zł, zarzucając:

I błędy w ustaleniach faktycznych, mające istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia, poprzez:

- a) bezpodstawne przyjęcie, że nie było możliwości przewidzenia i zaplanowania, ile numerów (...) będzie wydawanych dziennie;
- b) bezpodstawne przyjęcie, że powódka - A. F. (1) pozostawała od maja 2007 r. do końca obowiązywania umowy w permanentnym opóźnieniu z wykonaniem składu i łamania przekazywanych materiałów źródłowych;
- c) bezpodstawne przyjęcie, że powódka - A. F. (1) przez cały okres obowiązywania umowy zatrudniał minimum 8 pracowników, a skład nie był wystarczający do wykonywania obowiązków nałożonych umową;
- d) bezpodstawne przyjęcie, że w przypadku zamówień ekspresowych powódka nie był rozliczana z opóźnień, gdy tymczasem powódka nie była rozliczana tylko z opóźnień dotyczących numerów ekspresowych;

II naruszenia przepisów postępowania, które miały istotny wpływ na treść zapadłego rozstrzygnięcia, a to art. 233 § k.p.c. w ten sposób, że:

- a) z treści umowy zawartej pomiędzy powódką a pozwanym z dnia 30 kwietnia 2007 r. nr (...) (część 1) wynika obowiązek niczym nieograniczony zaspokajania wszystkich potrzeb Pozwanego związanych z łamaniem i składem (...), podczas gdy umowa nie daje podstaw do takiego wniosku;
- b) uznanie, iż na powstanie opóźnień w wykonaniu umowy nie miało wpływu wadliwe określenie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w przetargu nr (...) (część 1), jak również wadliwe wskazanie w (...) liczby 8 osób jako wystarczającej do prawidłowego wykonania zamówienia, jak i również duża zmienność ilości przekazywanych do wykonania (...), rozpoczęcie współpracy w okresie początku wzmożonej ilości zleceń na publikację w dzienniku, jak również naruszenie przez pozwanego wzajemnego obciążających go umową obowiązków i przekazywanie powódce nieprzygotowanych materiałów, czy stosowanie różnych metod korekt, przekazywanie zamówień do wykonania w trybie pilnym czy niestandardowych pod względem objętości podczas gdy wszystkie te okoliczności miały istotny wpływ na możliwość zachowania przez powódkę terminów zawartych w umowie;
- c) dokonanie wybiórczej oceny zebranego materiału dowodowego, w szczególności poprzez:
  - nieuwzględnienie zeznań świadka - D. B. oraz uznaniu za niewygodne zeznań świadków: T. K. i M. F. w zakresie w jakim świadkowie ci opisywali przebieg procesu korekty, a w szczególności czas jej trwania, i w całości obciążenie tylko powódkę opóźnieniami w publikacji (...), pomimo tego, że powódka wykonywała tylko część prac składających się na ten proces;
  - uznaniu za niewiarygodne zeznań świadków - T. K., M. F., J. F. oraz strony - A. F. - w zakresie w jakim opisywali oni przyczyny opóźnień w realizacji umowy przez Powoda;
  - nieuwzględnienie zeznań świadka A. K. z uwagi na to, że nie miały one istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy w sytuacji, gdy opisywany przez nią sposób przygotowania do przetargu wskazuje na brak analizy potrzeb przez zamawiającego – pozwanego wzajemnego, co przełożyło się na opracowanie wadliwego SIWZ;
  - uznaniu za wiarygodne zeznań świadka A. A., D. B. i J. R. w całości, gdy tymczasem pozostają one ze sobą w sprzeczności, jak również z zestawieniem potwierdzającym, że na moment odstąpienia od umowy wszystkie numery zostały wykonane przez powódkę oraz umowami zawartymi pomiędzy pozwanym a P. P. o W. Ł..
- d) bezpodstawne przyjęcie, że nie wywiązanie się Powoda z dostarczenia przepisów prawnych dotyczących publikacji Monitora Polskiego B pozostało bez wpływu na wydajność w zakresie składu i łamania;

e) bezpodstawne przyjęcie, że przez miesiąc nie przekazywano kolejnych numerów monitora - bowiem było to w okresie od 10-09-2007 do 02-10-2007, czyli 3 tygodnie a dokładnie 17 dni roboczych, co wprost wynika z uznanych za wiarygodne zestawień, a które pozostają w sprzeczności z zeznaniami świadków A. A., D. B. i J. R.;

f) bezpodstawne przyjęcie, że przerwa w przekazywaniu numerów Monitora nie spowodowała nadrobienia zaległości - przy blisko 100 numerach zaległości i maksymalnej zdolności produkcyjnej wskazanej w odwołaniu był to w stanie zrobić w blisko 80 %, jednak działanie pozwanego po tym okresie polegające na przekazywaniu do realizacji dwukrotnie większej ilości spowodowała powstanie nowych „zaległości”;

g) uznaniu, że istniały podstawy do naliczania kar umownych oraz odstąpienia od umowy;

h) pominięcie i uznaniu za nieistotną umowy zawartej pomiędzy Pozwanym a P. (...) o W. Ł. oraz pism z dn. 3.10.2007 r. do D. B., gdy tymczasem dokumenty te pozwalały na dokonanie oceny wiarygodności świadków oraz pozwalają ocenić na jakich zasadach Pozwany współpracował przy tego rodzaju umowach, a przede wszystkim winna być brana przy dokonywaniu wykładni umowy zawartej pomiędzy stronami;

i) pominięcie w całości treści dokumentu - przystąpienia do odwołania po stronie zamawiającego wraz z zestawieniem dołączonym do niego, z którego wynikał sposób rozumienia umowy przez powódkę, a do którego to dokumentu pozwany na etapie przetargu nie wnosił zastrzeżeń, co dodatkowo narusza treść art. 232 k.p.c.;

j) wszelkie ustalenia faktyczne i oceny dowodów zostały dokonane bez analizy SIWZ jako dokumentu kluczowego, wewnętrznie spójnego, jednak wprowadzającego powódkę w błąd co do potrzeb i charakteru współpracy;

skutkowało bezzasadnym oddaleniem powództwa.

III. naruszenie art. 328 § 2 k.p.c. poprzez sporządzenie uzasadnienia wewnętrznie sprzecznego, w szczególności w zakresie jakim za wiarygodne uznaje w całości zeznania D. B. pomimo ich sprzeczności z innymi dowodami uznanymi za wiarygodne, dokonywanie oceny szereg okoliczności, które nie są objęte ustaleniami dotyczącymi stanu faktycznego, jak również powodów dla których przyjął, że Pozwany złożył skutecznie oświadczenie o potrąceniu, skoro noty zawierają jedynie zapowiedź złożenia oświadczenia w tym zakresie, jak również przyczyn dlaczego nie dopuścił dowodu z umowy łączącej Pozwanego z innymi wykonawcami, a przede wszystkim przyczyn uznania części dowodów za nieistotne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy;

2. Naruszenie przepisów prawa materialnego poprzez:

a) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 65 § 1 i 2 k.c. w związku z art. 29 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655 z późn. zm.) oraz art. 353<sup>1</sup> k.c. poprzez dokonanie błędnej wykładni umowy łączącej strony i uznanie, że z umowy wynika, że powódka była zobowiązana realizacji umowy w ten sposób, że powinna zaspokajać wszelkie potrzeby pozwanego w zakresie łamania i składu (...) oraz dopuszcza ona możliwości jej potrącenia z sumy wynagrodzenia należnego powódce na podstawie umowy oraz poprzez uznanie, że w umowie powódka zrzekła się tego, by przed odstąpieniem od umowy Pozwany musiał wyznaczyć mu termin dodatkowy;

b) naruszenie art. 29 Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie, że to na powódce, a nie na pozwanym, ciążył obowiązek przygotowania w sposób prawidłowy przetargu, w szczególności poprzez prawidłowe określenie potrzeb, właściwe określenie przedmiotu zamówienia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a wszelkie nieprawidłowości wynikające z wadliwego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia i nieściśłości w umowie obciążają Powoda,

c) naruszenie art. 29 prawa zamówień publicznych poprzez uznanie, że nie jest istotną cechą istotną opisująca przedmiot zamówienia - łamanie i skład (...), to czy będzie przekazywana codziennie ich stała liczba, czy też istotnie

w czasie różnić się będzie ilość przekazywanych (...) do wykonania, jak również nie musi być ujęte w SIWZ to, że będą wykonywane zamówienia pilne, poza kolejnością;

d) naruszenia przepisów prawa materialnego, tj. art. 29 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 38 ust. 1 p.z.p. i w zw. z art. 355 § 1 i 2 k.c. poprzez uznanie, że w ramach obowiązku dochowania należytej staranności, to na powódce ciążył obowiązek ustalenia prawidłowej treści SIWZ i umowy, przedmiotu zamówienia, środków do realizacji umowy i potrzeb pozwanego, pomimo zaniechania realizacji podstawowych obowiązków w tym zakresie ze strony pozwanego oraz pomimo tego, że art. 355 § 1 i 2 k.c. stosuje się do istniejących zobowiązań, a tym samym nie dotyczy on okresu sprzed zawarcia umowy;

e) naruszenie art. 58 § 1 i 3 k.c. przez uznanie, że postanowienie § 9 ust. 1 umowy w zakresie w jakim Sąd I instancji uznał, że dopuszcza kary umowne w wysokości większej od wynagrodzenia oraz możliwość ich potrącenia z sumy wynagrodzeń wynikających z umowy na rzecz Powoda jest ważne, pomimo tego, że taki zapis umowy jest niezgodny z zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami;

f) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 498 § 1 k.c. poprzez uznanie, że doszło do potrącenia kar umownych z wynagrodzeniem należnym Powodowi dochodzonym w niniejszym postępowaniu w sytuacji, gdy nie zostały złożone wyraźne oświadczenia woli określające wierzytelność, która ulega potrąceniu z wynagrodzeniem należnym powódce, jak również wobec użycia czasu przyszłego w tych oświadczeniach;

g) naruszenia przepisów prawa materialnego, tj. art. 498 § 1 k.c. w zw. z art. 455 k.c. poprzez uznanie, że doszło do potrącenia kar umownych z wynagrodzeniem należnym powódce w sytuacji, gdy kary umowne, które miały ulec potrąceniu nie stały się na moment doręczenia rzekomego oświadczenia o potrąceniu wymagalne;

h) naruszenia przepisów prawa materialnego, tj. art. 471 k.c. w zw. z art. 362 k.c. poprzez uznanie, że umowa nie została wykonana w sposób prawidłowy wyłącznie z winy powódki, gdy tymczasem nie jest to ocena prawidłowa, gdyż szereg okoliczności wskazuje, że do opóźnień w wykonaniu umowy co najmniej przyczynił się pozwany;

i) naruszenie art. 491 § 1 k.c. poprzez uznanie, że pozwany skutecznie odstąpił od umowy, gdy tymczasem nie zostały spełnione warunki przewidziane w tym przepisie.

Wskazując na powyższe zarzuty powódka A. F. (1) wnosila o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie jej powództwa w całości oraz o zasądzenie **od Powoda na rzecz Pozwanego** kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Centrum Usług (...) w W. wnosilo o oddalenie apelacji A. F. (1) i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego na rzecz Centrum.

A. F. (1) i J. F. (1) wnosili o oddalenie apelacji Centrum Usług (...) i zasądzenie na ich rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

**Obie apelacje podlegały oddaleniu jako niezasadne, bowiem Sąd Okręgowy dokonał trafnej oceny materiału dowodowego i prawidłowych ustaleń faktycznych oraz ich oceny prawnej. Sąd Apelacyjny w pełni te oceny i ustalenia podziela i przyjmuje za własne, z nielicznymi zastrzeżeniami wskazanymi poniżej.**

Na wstępie – wobec podniesienia w obu apelacjach zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. – należy wskazać, iż zgodnie z tym przepisem sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału – a zatem, jak podkreśla się w orzecznictwie, z uwzględnieniem wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu, jak również wszelkich okoliczności towarzyszących przeprowadzaniu poszczególnych dowodów i mających znaczenie dla oceny ich mocy i wiarygodności – por. wyrok SN

z dnia 17 listopada 1966 r., II CR 423/66, OSNPG 1967, nr 5–6, poz. 21; uzasadnienie wyroku SN z dnia 24 marca 1999 r., I PKN 632/98, OSNAPiUS 2000, nr 10, poz. 382; uzasadnienie postanowienia SN z dnia 11 lipca 2002 r., IV CKN 1218/00, LEX nr 80266; uzasadnienie postanowienia SN z dnia 18 lipca 2002 r., IV CKN 1256/00, LEX nr 80267).

W literaturze przyjmuje się, że moc dowodowa oznacza siłę przekonania uzyskaną przez sąd wskutek przeprowadzenia określonych środków dowodowych na potwierdzenie prawdziwości lub nieprawdziwości twierdzeń na temat okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Innymi słowy – moc dowodowa to przekonanie sądu, jakie uzyskał po przeprowadzeniu dowodu o istnieniu lub nieistnieniu określonego faktu, którego dowód dotyczył (zob. wyrok SA w Gdańsku z dnia 5 maja 2009 r., I ACa 111/09, Przegląd Orzecznictwa Sądu Apelacyjnego w Gdańsku 2009, nr 1, poz. 58, wyrok SA w Poznaniu z dnia 22 grudnia 2005 r., I ACa 540/05, Lex nr 186125). Taka ocena obejmuje wskazanie, które z faktów istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy zaistniały, bądź nie zaistniały.

Wiarygodność decyduje o tym, czy określony środek dowodowy, ze względu na jego indywidualne cechy i obiektywne okoliczności, zasługuje na wiarę (por. Jakubecki Andrzej (red.), Bodio Joanna, Demendecki Tomasz, Marcewicz Olimpia, Telenga Przemysław, Wójcik Mariusz P.: Komentarz aktualizowany do ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do art. 233 Kodeksu postępowania cywilnego, LEX/el., 2012, nr 135627). Ocena wiarygodności dowodu odnosi się zatem do źródła informacji (środka dowodowego). Dokonując oceny sąd określa, czy środek dowodowy z uwagi na jego cechy indywidualne i okoliczności obiektywne zasługuje na wiarę. Podstawą selekcji dowodów jest zatem ich wiarygodność. Natomiast kryteriami oceny wiarygodności są doświadczenie życiowe, inne źródła wiedzy, poprawność logiczna, prawdopodobieństwo wersji. W orzecznictwie podkreślono, że "Ramy swobodnej oceny dowodów (art. 233 § 1) wyznaczone są wymaganiami prawa procesowego, doświadczenia życiowego oraz regułami logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i wając ich moc oraz wiarygodność, odnosi je do pozostałego materiału dowodowego" (zob. wyrok SN z dnia 10 czerwca 1999 r., II UKN 685/98, Lex nr 41437, wyrok SA w Szczecinie z dnia 17 września 2008 r., I ACa 1195/06, Lex nr 516569; uzasadnienie postanowienia SN z dnia 15 lutego 2000 r., III CKN 1049/99, LEX nr 51627; uzasadnienie wyroku SN z dnia 16 maja 2000 r., IV CKN 1097/00, LEX nr 52624; uzasadnienie wyroku SN z dnia 29 września 2000 r., V CKN 94/00, LEX nr 52589; uzasadnienie wyroku SN z dnia 15 listopada 2000 r., IV CKN 1383/00, LEX nr 52544; uzasadnienie wyroku SN z dnia 14 marca 2002 r., IV CKN 859/00, LEX nr 53923; uzasadnienie postanowienia SN z dnia 16 maja 2002 r., IV CKN 1050/00, LEX nr 55499; uzasadnienie wyroku SN z dnia 27 września 2002 r., II CKN 817/00, LEX nr 56906; uzasadnienie wyroku SN z dnia 27 września 2002 r., IV CKN 1316/00, LEX nr 80273; J. Klich-Rump, Podstawa faktyczna rozstrzygnięcia sądowego w procesie cywilnym, Warszawa 1977, s. 135).

Dopuszczenie się obrazy art. 233 § 1 k.p.c. przez sąd może polegać albo na przekroczeniu granic swobody oceny wyznaczonej logiką, doświadczeniem, zasadami nauki albo też na niedokonaniu przez sąd wszechstronnego rozważenia materiału sprawy. W tym drugim przypadku wyciągnięte przez sąd wnioski mogą być logiczne i zgodne z doświadczeniem życiowym, jednakże sąd czyni je w oparciu o część materiału dowodowego, a pozostałą część tego materiału, która pozwoliłaby na wyciągnięcie innych wniosków, pomija. Swobodna ocena dowodów rozumiana jak wyżej jest prawem sądu orzekającego – stąd kontrola prawidłowości tej oceny dokonywana przez sąd odwoławczy musi być z reguły ostrożna, pamiętać bowiem należy o tym, iż sąd odwoławczy w tym zakresie dokonuje prawidłowości oceny dowodów, których sam nie przeprowadził (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 2012-10-03, I ACa 435/12, LEX nr 1223148).

Skuteczne postawienie zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. wymaga zatem wykazania, że sąd pierwszej instancji uchybił zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające przekonanie strony o innej niż przyjął sąd wadze (doniosłości) poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena sądu (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 2012-10-12, I ACa 209/12, LEX nr 1223145). Jeżeli bowiem z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów i musi się ostać, choćby w



równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 2012-09-19, I ACa 568/12, LEX nr 1223461).

Odnosząc się do zarzutu naruszenia powyższego przepisu, podniesionego w apelacji powoda Centrum Usług (...), zauważyć należy, iż w istocie nie dotyczy on oceny dowodów w rozumieniu powyższego przepisu. Powodowi nie chodzi bowiem o ocenę mocy dowodowej tego dokumentu (czyli stwierdzenia, że umowa została podpisana) ani jego wiarygodności (prawdziwości dokumentu), ale o interpretację postanowień tej umowy w aspekcie możliwości zastosowania określonych norm prawa materialnego regulujących możliwość zastrzeżenia kary umownej i dokonania jej potrącenia z wierzytelnością przysługującą wykonawcy.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego trafnie Sąd pierwszej instancji zinterpretował postanowienia zawarte w § 5 oraz w § 9 umowy, uznając, że nie stanowią one podstawy do zatrzymania wpłaconej przez A. F. (1) kwoty zabezpieczenia. Zgodnie bowiem z zapisem § 5 ust. 4 zabezpieczenie należytego wykonania umowy służyć miało pokryciu roszczeń zamawiającego wymienionych w § 9 ust. 2 umowy, natomiast § 5 ust. 5 przewidywał, iż zabezpieczenie należytego wykonania umowy miało służyć do pokrycia kosztów prac wykonanych zastępczo przez innego wykonawcę oraz z tytułu kar umownych, gdy wykonawca – strona tej umowy, prac tych nie wykona lub nie wykona ich należyście. Niewątpliwie sytuacja określona w § 5 ust. 5 w sprawie niniejszej nie występowała (a przynajmniej powód (...) nie zgłaszał roszczeń z tego tytułu). Słusznie więc Sąd pierwszej instancji skupił się na ocenie spełnienia przesłanek § 9 ust. 2 w zw. z § 5 ust. 4 umowy.

Kary umowne zostały przez strony zastrzeżone w § 9 umowy. W ustępie 1 tego paragrafu wskazano kary umowne, które mogły być potrącane przez zamawiającego z **wynagrodzenia** wykonawcy, natomiast w ustępie 2 tego paragrafu określono, które kary umowne mogły być potrącone z **zabezpieczenia**. Nie ulega wątpliwości, iż nie zaistniały okoliczności przewidziane w ust.2.1., ust. 2.2. ani ust. 2.4. tego paragrafu. Do rozważenia pozostało więc, czy postanowienie zawarte w § 9 ust. 2.3. mogło stanowić dla zamawiającego podstawę do potrącenia kar umownych należnych od wykonawcy. Ustęp ten przewidywał, iż wykonawca zostanie obciążony karami umownymi potrącanymi z kwoty zabezpieczenia w przypadku rozwiązania umowy przez zamawiającego z winy wykonawcy lub przez wykonawcę, wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 20 % wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 3 ust. 1 umowy. Sąd pierwszej instancji uznał, iż kara umowna przewyższająca wysokość 20 % wynagrodzenia wykonawcy została przez zamawiającego potrącona z należnościami wynikającymi z faktur, to brak jest podstaw, które pozwalałyby pozwanemu na zatrzymanie kwoty zabezpieczenia uiszczonej przez A. F.. Trafnie podnosił powód (...), iż kara umowna z tytułu przekroczenia przez wykonawcę terminów określonych w § 7 ust. 3 umowy jest odrębna od kary umownej przewidzianej w § 9 ust. 2.3 i co do zasady powód mógłby obciążyć wykonawcę każdą z kar przewidzianych we wskazanych postanowieniach – oczywiście w przypadku spełnienia przesłanek w nich określonych. Jednakże – zdaniem Sądu Apelacyjnego – rozstrzygnięcie Sądu pierwszej instancji odpowiada prawu wobec możliwości miarkowania kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie.

Kwestia możliwości miarkowania kary umownej jest przedmiotem pozostałych zarzutów podniesionych w apelacji powoda (...).

Zdaniem Sądu Apelacyjnego możliwość miarkowania kar umownych w odniesieniu do umów zawieranych w oparciu o przepisy ustawy o zamówieniach publicznych nie budzi wątpliwości. Pogląd ten wprost wyraził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 21 listopada 2007 r., sygn. akt ICSK 270/07, LEX nr 530614, stwierdzając, że: „Artykuł 144 Prawa zamówień publicznych nie wyłącza w żadnym wypadku regulacji kodeksu cywilnego o karze umownej, w tym o jej miarkowaniu. ... ” Z tego względu wywody apelacji dotyczące szczególnego trybu w jakim zostały zawarte umowy, w oparciu o które jest dochodzona zapłata kar umownych, nie mogą prowadzić do zmiany zaskarżonego wyroku i uwzględnienia powództwa (...). Nie wyłącza możliwości miarkowania kary umownej także fakt potrącenia jej części bądź całości (por. wyrok Sądu Najwyższego z dn. 11.10.2007 r., sygn. akt IV CSK 181/07, OSNC-ZD 2008/2/48).

Sąd pierwszej instancji trafnie wskazał kryteria miarkowania kary i przekonująco uzasadnił ich zastosowanie w sprawie niniejszej. Sąd Apelacyjny w pełni podziela przytoczoną wcześniej argumentację Sądu Okręgowego, zwłaszcza,

iz znajduje ona potwierdzenie również w najnowszym orzecznictwie Sądu Najwyższego. I tak w wyroku z dnia 23 maja 2013 r. (IV CSK 644/12 , LEX nr 1365722) Sąd Najwyższy stwierdził, iż : „ 1. Katalog kryteriów pozwalających na zmniejszenie kary umownej nie jest zamknięty, a ocena w tym zakresie, w zależności od okoliczności sprawy, należy do sądu orzekającego. Niewątpliwie miarkowanie kary umownej ma na celu przeciwdziałanie dużym dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary a godnym ochrony interesem wierzyciela. 2. Dopuszczalne jest uwzględnianie stosunku między wysokością kary umownej a wartością wykonanego z opóźnieniem zobowiązania jako miernika oceny wysokości kary umownej. Jeżeli kara umowna jest równa bądź zbliżona do wartości zobowiązania, można ją uznać za rażąco wygórowaną. Natomiast sama relacja między stawką procentową stanowiącą podstawę określenia wysokości zastrzeżonej kary umownej a stawkami procentowymi stosowanymi w obrocie przy zastrzeganiu takich kar nie stanowi wystarczającej podstawy do oceny, czy zastrzeżona kara jest rażąco wygórowana.” Za rażąco wygórowaną należy więc uznać karę umowną, która może przekraczać wartość świadczenia dłużnika obciążonego taką karą – w szczególności przy braku powstania szkody po stronie wierzyciela. W toku prowadzonego postępowania Centrum Usług (...) nie próbowało nawet twierdzić, że jakakolwiek szkoda po jego stronie powstała. Pomimo świadomości znaczenia dla obrotu prawnego terminowości wydawania publikatora (...), zauważyć jednak należy, iż zarówno A. F., jak i J. F. wykonywali jedynie część prac w całym procesie wydawniczym, zatem odpowiedzialność za opóźnienie w wydawaniu poszczególnych (...) może ich obciążać jedynie w takim zakresie, jaki wynikał z nieterminowego wykonywania przez nich prac przewidzianych umową.

Sąd Apelacyjny nie podzielił stanowiska powoda, iż z uwagi na specyfikę przedmiotu umowy i wydatkowanie środków publicznych wykluczona jest możliwość miarkowania kary umownej, a ponadto, że celem nadrzędnym była szybkość wykonania zamówienia. Jak wskazano wyżej – w orzecznictwie powszechnie aprobowany jest pogląd o możliwości miarkowania kar umownych także w stosunkach prawnych powstałych w wyniku stosowania prawa zamówień publicznych. Przykład niniejszej sprawy daje asumpt do potwierdzenia słuszności takiego stanowiska, bowiem należy uznać, iż zastrzeżone kary umowne obciążające wykonawcę są rażąco wygórowane nie tylko ze względu na ich wysokość, ale także możliwość ich kumulacji. I chociaż co do zasady w tego rodzaju sprawach kary umowne powinny spełniać funkcje wskazane przez powoda, to jednak ich zastrzeżona wysokość nie może prowadzić do sytuacji, gdy pomimo częściowego (a nawet całkowitego) wykonania zobowiązania wykonawca byłby zmuszony zapłacić zamawiającemu karę umowną kilkakrotnie przewyższającą wartość przewidzianego wynagrodzenia za wykonane prace. Taka zaś sytuacja miała miejsce w sprawie niniejszej.

Nie sposób zgodzić się z zawartymi w apelacji stwierdzeniami, iż zawierając w umowach łączących strony klauzule dotyczące kar umownych Centrum Usług (...) były wprowadzone w interesie ogólnym i wysokość kar umownych chroniła nie tylko interes Centrum Usług (...), lecz również interesy podmiotów zlecających publikację (...). Słusznie pozwani podnieśli w odpowiedzi na apelację, iż beneficjentem kar umownych jest w całości Centrum Usług (...), a podmioty zlecające mu ogłoszenia nie uzyskały od Centrum Usług (...) żadnej bonifikaty, czy innego rodzaju rekompensaty, jak również nie zostanie im wypłacona jakaś część kar umownych.

W ocenie Sądu drugiej instancji miarkowaniu kary umownej w sprawie niniejszej nie stoi na przeszkodzie rozstrzygnięcie w sprawie z powództwa J. F. przeciwko (...) o zapłatę i przesądzenie w tamtej sprawie, że kary umowne nie podlegały miarkowaniu. Rozstrzygnięcie to z pewnością nie może wiązać Sądu wobec A. F. (1), która nie była stroną w tamtej sprawie. Ponadto rozstrzygając sprawę niniejszą Sąd Okręgowy nie był związany oceną materiału zgromadzonego w tamtej sprawie i władny był dokonać własnej oceny prawnej co do przesłanek rozstrzygnięcia.

Mając na uwadze powyższe Sąd Apelacyjny uznał zarzuty podniesione w apelacji (...) za bezzasadne, dlatego też apelację tę oddalił w całości.

Sąd drugiej instancji nie uwzględnił także apelacji A. F. (1), uznając, iż podniesione w niej zarzuty nie są słuszne.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 233 k.p.c. zauważyć należy, iż Sąd pierwszej instancji ocenił dowody zgromadzone w sprawie zgodnie zasadami logicznego rozumowania, odnosząc się zarówno do ich wiarygodności jak i mocy dowodowej. Przedstawiona przez apelującą A. F. inna ocena materiału dowodowego wynika z

„odwróconej optyki” -postrzegania i oceny łączącego strony stosunku prawnego jedynie z punktu widzenia powinności zamawiającego, bez uwzględnienia treści obowiązków, jakie przyjął na siebie wykonawca przystępując do przetargu w trybie zamówienia publicznego i podpisując z zamawiającym umowę po wygraniu tego przetargu. Stanowisko apelującej A. F. stanowi więc jedynie polemiką z oceną dowodów dokonaną przez Sąd pierwszej instancji i nie podważa prawidłowości argumentacji tego Sądu.

Nie sposób uznać za zasadny zarzut błędów w ustaleniach faktycznych, mających istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia, jak też zarzutów naruszenia prawa materialnego. W sprawie niniejszej istota sporu sprowadzała się do kwestii prawidłowości wykonywania umowy przez wykonawców A. F. i J. F.. Nieterminowe wykonywanie przez nich poszczególnych zleceń stanowiło bowiem dla (...) podstawę do naliczania kar umownych z tytułu opóźnień, a w konsekwencji – do odstąpienia od umów. Ustalenie zatem powyższych okoliczności było przedmiotem dowodzenia, ich zaś ocena stanowiła przedmiot rozstrzygnięcia w sprawie.

J. F. (1) i A. F. (1) kwestionowali, by pozostawali w zwłoce w wykonaniu umów, podnosząc zarzuty dotyczące prawidłowości etapu postępowania w trybie zamówień publicznych – wadliwości określenia przedmiotu umów, wadliwości przygotowania SIWZ – jak i etapu samego wykonywania umowy przez zamawiającego. Zarzuty te zostały ponowione w apelacji powódki A. F. (1). Jednakże Sąd pierwszej instancji trafnie uznał, iż nieprawidłowości występowały po stronie wykonawców.

Zdaniem A. F. nieprawidłowości w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegały w szczególności na nieprawidłowym określeniu przedmiotu zamówienia tj. po przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jasny, rozumiały jednak z zatajeniem istotnych cech przyszłego świadczenia, co jest jednoznacznie wprowadzeniem w błąd przez Zamawiającego co do charakteru umowy. Powódka A. F. podnosiła również, iż brak analizy własnych potrzeb jest wadą postępowania o zamówienie publiczne, który przełożył się na wadliwe określenie ilości osób niezbędnych do realizacji zamówienia, a które to minimum osób miało zaspokoić potrzeby Zamawiającego. Słusznie jednak Sąd pierwszej instancji - powołując się na brzmienie samej umowy – uznał, iż przystępując do przetargu i decydując się na podpisanie umowy A. F., działając jako profesjonalista na rynku drukarskim, winna była się zapoznać ze specyfiką wydawania tego rodzaju wydawnictwa. Przedmiotem umów był bowiem skład i łamanie wydawnictwa promulgacyjnego (...), na podstawie materiałów źródłowych, udostępnionych przez Zamawiającego. W (...) tym były ogłaszane m.in. sprawozdania z działalności spółek akcyjnych, towarzystw ubezpieczeniowych, banków, biur maklerskich i inne podmiotów, np. ZOZ-ów, Uczelni, itp. Dla każdego, kto ma choć w niewielkim stopniu do czynienia z obrotem gospodarczym, jest oczywistym, iż przy publikacji tego rodzaju wydawnictwa nie da się w sposób ścisły przewidzieć ilości materiałów źródłowych – właśnie z uwagi na specyfikę tego rodzaju działalności, wynikającą z roli, jaką dla potrzeb obrotu gospodarczego pełni ogłoszenie w (...). Nie sposób bowiem było z góry określić jaką objętość będą miały sprawozdania poszczególnych podmiotów, jak też w jakim czasie będą spływały do publikacji. Z tego też względu w § 7 przewidziano dla wykonawcy zobowiązanie się do wykonania składu i łamania przekazywanych, w miarę potrzeb zamawiającego, materiałów źródłowych. Projekt umowy stanowił część dokumentacji przetargowej. Przystępując zatem do przetargu wykonawca A. F. winna mieć wiece świadomość, że zobowiązana będzie spełnić wszystkie wymogi SIWZ, a nadto, że zapisy specyfikacji i umowy pozostaną dla stron wiążące w toku wykonania zamówienia, z uwagi na stanowczą regulację art. 144 ust 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Powinna również wiedzieć, że o ile zapisy któregoś z wymienionych dokumentów są w ich ocenie niejednoznaczne lub niejasne, wątpliwości w tym zakresie winna sygnalizować przed zawarciem umowy, korzystając z trybu określonego w przepisach p.z.p. Słusznie podnosił powód (...), że wprawdzie p.z.p. – z uwagi na potrzebę szczególnej kontroli wydatkowania środków publicznych i zapewnienia przedsiębiorcom równego dostępu do kontraktów finansowanych z tych środków – nakłada na zamawiającego szczególne rygory dotyczące przygotowania i przeprowadzenia przetargu oraz treści, formy i stabilności zapisów SIWZ i samej umowy, równocześnie jednak stwierdza wprost, że jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (art. 14 p.z.p.). Oznacza to, że szczególny tryb postępowania poprzedzającego zawarcie umowy oraz regulujący zasady jej realizacji nie zwalnia oferenta przystępującego do

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z obowiązku dochowania staranności o której mowa w art. 355 § 1 k.c., także w toku analizy zapisów SIWZ pod kątem wypełnienia warunków wskazanych w art. 22 ust 1 p.z.p. Pogląd ten zasadnie podzielił również Sąd pierwszej instancji, uznając, iż zachowanie wykonawcy cechował brak profesjonalizmu tak na etapie postępowania z zamówienia publicznego, jak i na etapie wykonywania umowy. A. F. przyznała, iż przystępując do wykonywania swojej umowy „uczyła się na żywym organizmie”, co można tłumaczyć jedynie w ten sposób, iż dopiero przystępując do wykonywania poszczególnych zleceń zdobywała doświadczenie w tego rodzaju działalności. W postępowaniu sądowym – także w apelacji – powódka A. F. zgłaszała zarzuty pod adresem zamawiającego, iż przekazywał jej zlecenia w ilości przekraczającej jej możliwości, pomimo że w specyfikacji liczba 8 pracowników zatrudnionych przez wykonawcę była wskazana jako wystarczająca. Okoliczność ta – zdaniem apelującej – winna była skutkować przekazywaniem jej zleceń w ilości adekwatnej do możliwości takiej liczby pracowników. W ocenie Sądu Apelacyjnego stanowisko takie jest właśnie przejawem „odwróconej optyki”, tj. postrzegania przez A. F. treści stosunku prawnego łączącego ją z zamawiającym nie z punktu widzenia potrzeb zamawiającego i zobowiązania się przez wykonawcę do ich zaspokajania, ale jedynie z punktu widzenia możliwości technicznych i osobowych wykonawcy, który nie był przygotowany w sposób należyty do wykonywania przyjętego na siebie zobowiązania i w chwili obecnej próbuje ciężar odpowiedzialności za własne uchybienia przerzucić na zamawiającego. Jest bowiem rzeczą oczywistą, iż określona w specyfikacji liczba zatrudnionych przez wykonawcę pracowników była wskazana jako minimalna, zaś wykonawca – orientując się już na początkowym etapie wykonywania umowy, iż liczba ta nie jest wystarczająca dla sprostania przyjętemu na siebie zobowiązaniu – winien być podjąć kroki zaradcze zatrudnić większą liczbę pracowników. Harmonogram poszczególnych prac był bowiem znany wykonawcy od początku i wykonawca mógł albo przystąpić do przetargu, dokonując wszelkich aktów staranności, aby zobowiązanie wykonywać w sposób prawidłowy, albo też – mając świadomość braku możliwości technicznych bądź osobowych – zrezygnować z zawarcia umowy. A. F. tymczasem przystąpiła do podpisania i wykonywania umowy, mając w istocie od początku świadomość, że nie podola przyjętym na siebie zobowiązaniom.

Fakt pozostawania w opóźnieniu w stosunku do harmonogramu poszczególnych prac w zakresie poszczególnych zleceń został w sposób niewątpliwy wykazany przez zamawiającego, co prawidłowo ustalił Sąd pierwszej instancji. Trafne było także stanowisko tego Sądu, iż przyczyny opóźnienia były zawinione przez wykonawcę, co uzasadniało obciążanie go karami umownymi z tytułu opóźnienia na podstawie § 9 ust. 1.1 umowy, jak i ich potrącenie z przysługującego wykonawcy wynagrodzenia, a na podstawie § 11 ust. 2.2 uprawniało zamawiającego do odstąpienia od umowy. Prowadzi to do wniosku, iż skoro zamawiający skorzystał z przysługujących mu na mocy umowy uprawnień, to nie można czynić mu zarzutu niewykonania, lub nienależytego wykonania umowy, a tylko wówczas powstałaby jego odpowiedzialność odszkodowawcza na podstawie art. 471 k.c. w zakresie *lurum cessans*, czego domagała się A. F. w swoim powództwie.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego bezzasadny jest również zarzut bezskuteczności potrącenia przez zamawiającego kar umownych z wynagrodzeniem należnym wykonawcy na podstawie wystawionych faktur VAT. Podnoszenie, iż zamawiający jedynie zapowiadał dokonanie potrąceń w notach księgowych nie znajduje uzasadnienia, bowiem przyjęta w tych notach formuła oświadczeń jest przyjęta w obrocie i nie budzi żadnych wątpliwości, że w ten sposób dokonywane jest potrącenia wzajemnych wierzytelności. Także zarzut o braku możliwości dokonywania potrącenia kar umownych jako wierzytelności niewymagalnych, nie może odnieść skutku w świetle postanowień § 9 umowy, w których strony jednoznacznie dopuściły taki sposób rozliczania wzajemnych wierzytelności.

***Mając na uwadze powyższe Sąd Apelacyjny – dzielając ustalenia faktyczne Sąd pierwszej instancji oraz dokonaną przez ten Sąd ich ocenę prawną – na podstawie art. 385 k.p.c. orzekł jak w sentencji wyroku o kosztach procesu rozstrzygając stosownie do wyniku sporu – na podstawie art. 100 k.p.c. pomiędzy (...) i A. F., wzajemnie je znosząc oraz na podstawie art. 98 k.p.c. pomiędzy (...) i J. F..***