

Sygn. akt I ACa 1054/14

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 13 maja 2015 r.

Sąd Apelacyjny w Gdańsku I Wydział Cywilny w składzie następującym:

Przewodniczący: SSA Jakub Rusiński Sędziowie: SA Ewelina Jokiel

SA Monika Koba (spr)

Protokolant: sekr. sądowy Agnieszka Kisicka

po rozpoznaniu w dniu 30 kwietnia 2015 r. w Gdańsku na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki Akcyjnej w G.

przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

o zapłatę

na skutek apelacji powódki od wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku

z dnia 23 września 2014 r., sygn. akt LX GC 384/11

I/ prostuje niedokładność w oznaczeniu powódki w rubrum zaskarżonego wyroku w ten sposób, że w miejsce (...) Spółce Akcyjnej w G." wpisuje (...) Spółki Akcyjnej w G.";

II/ oddala apelację;

III/ zasądza od powódki na rzecz pozwanej kwotę 5.400 ( pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Na oryginale właściwe podpisy.

**Sygn. akt I ACa 1054/14**

## UZASADNIENIE

Powódka (...) Spółka Akcyjna w G. ( dalej V.) wystąpiła z powództwem przeciwko (...) spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w W. (poprzednio (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W.) – dalej: A.- L. o zasądzenie kwoty 1.645.500 zł wraz z ustawowymi odsetkami oraz kosztami procesu, tytułem zwrotu wynagrodzenia uiszczonego w ramach umowy ( 1.097.000 zł), kary umownej tytułem odstąpienia od umowy z przyczyn obciążających pozwanego ( 164.550 zł) i odszkodowania uzupełniającego ( 383.950 zł).

Pozwany wniósł o oddalenie powództwa argumentując, iż odstąpienie od umowy dokonane przez powódkę było bezskuteczne, a z ostrożności podniósł zarzut potrącenia wierzytelności powódki z wierzytelnością pozwanego z tytułu bezumownego korzystania przez powódkę z systemu będącego przedmiotem umowy.

Wyrokiem z dnia 23 września 2014 r. Sąd Okręgowy w Gdańsku oddalił powództwo (pkt I), zasądził od powódki na rzecz pozwanego kwotę 7.217 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego (pkt II) i nakazał ściągnąć od powódki na rzecz Skarbu Państwa (Sądu Okręgowego w Gdańsku) kwotę 7.061,80 zł tytułem nie uiszczonych kosztów postępowania.

Sąd Okręgowy ustalił, że w dniu 21 stycznia 2006 r. zawarta została pomiędzy stronami umowa (...), której przedmiotem było:

1. udzielenie powódce przez pozwanego bezterminowych sublicencji na korzystanie przez powódkę z produktu w zakresie i na zasadach określonych w umowie,
2. dostarczenie nośników instalacyjnych oraz dokumentacji użytkowej modułów produktu,
3. dostarczenie i sprzedaż na rzecz powódki sprzętu wchodzącego w zakres platformy C. - (...), o której mowa w ust. 2 lit. b umowy,
4. zainstalowanie produktu na sprzęcie stanowiącym własność powódki i/lub dostarczonym powódce, w sposób zapewniający jego funkcjonowanie zgodnie z opisem ustalonym w załącznikach nr 1 do umowy,
5. świadczenie usług serwisowych związanych z produktem,
6. przeszkolenie pracowników powódki w zakresie czynności niezbędnych do prawidłowej obsługi produktu,
7. określenie zasad przeniesienia produktu określonego w § 1 ust. 2 lit. a) umowy na oprogramowanie bazy danych firmy (...) (§ 1 ust. 1 umowy)

Przez produkt strony rozumiały:

- a) system (...), którego zakres funkcjonalny został zdefiniowany w załączniku nr 1 do umowy,
- b) platformę C. - (...), której zakres funkcjonalny oraz sprzęt wchodzący w jej skład zostały zdefiniowane w załączniku nr 1 do umowy (§ 1 ust. 2 umowy)

Wykonując przedmiot umowy pozwany miał prawo powierzyć w całości i/lub części wykonanie czynności wynikających z umowy osobom trzecim, za których działania i zaniechania ponosić miał odpowiedzialność (§ 1 ust. 3 i 4 umowy).

Umowa przewidywała 7 etapów wdrożenia poprzedzonych etapem o – dostarczeniem i instalacją platformy sprzętowej systemu, a więc:

I – analiza wdrożeniowa – termin wykonania 11.04.2006 r., II – uruchomienie systemu billingowego – termin wykonania 14.07.2006 r., III – uruchomienie i odbiór platformy C. (...) i W. – termin wykonania 20.10.2006 r., IV – migracja z systemu tymczasowego do systemu (...) C. – termin wykonania 11 tygodni od daty aneksu nr (...), V – analiza usług telewizja, internet, telefon – termin wykonania – 2.04.2008 r., VI – wdrożenie usług telewizja, internet, telefon – termin wykonania 17 tygodni od daty odbioru Etapu V, VII – migracja systemu Kabel, testy wydajnościowe i akceptacyjne, monitorowanie (...) – termin wykonania 28 tygodni od daty odbioru Etapu VI.

Do umowy strony zawarły 3 aneksy. Podstawą zawarcia aneksu nr (...) z dnia 28 marca 2007 r. było rozszerzenie zakresu umowy o telewizję cyfrową (...). Funkcjonalność (...) (telewizja cyfrowa) została zakończona przez pozwanego i odebrana przez powoda w dniu 23 lipca 2007 r. Aneksem nr (...) z dnia 30 listopada 2007 r. nastąpiło zatwierdzenie przez powoda ustalonej przez strony wersji tzw. referencyjnego systemu (...), jako wersji do zainstalowania w całym kraju. Celem aneksu nr (...) z dnia 2 kwietnia 2008 r. było uporządkowanie założeń realizacji projektu, gdyż łącząca strony umowa nie uwzględniała tego aspektu. Jednocześnie w takcie zawierania tego aneksu pozwany podkreślał, że spełnienie kryteriów na ówczesnej platformie sprzętowej, możliwe będzie wyłącznie dla ówczesnie przewidzianej w umowie ilości abonentów.

Powódka przed zakupem od pozwanego systemu (...), znała funkcjonalność tego systemu, gdyż używała systemu pilotażowego od dnia 1 kwietnia 2005 r. na podstawie umowy dzierżawy zawartej z (...) spółką z ograniczoną

odpowiedzialnością w W. (obecnie (...) Spółka Akcyjna w W.) – dalej S.. Oba systemy nie były identyczne, ale miały identyczne założenia, tj. takie same rozwiązania techniczne i identyczny model billingowy.

Zawarta przez strony umowa była realizowana przez pozwanego poprzez swojego podwykonawcę – S..

W wykonaniu umowy zostało wdrożonych VI etapów. Powódka od odbioru III etapu korzystała z dwóch systemów i udzielonej przez pozwanego gwarancji zgodnie z postanowieniami łączącej strony umowy.

Wykonanie VII etapu, dotyczącego migracji danych wymagało ścisłej współpracy pomiędzy stronami. Harmonogram migracji danych na bieżąco był ustalany przez strony w drodze uzgodnień mailowych i ustnych. Strony ustaliły, iż migracja zostanie podzielona operacyjnie na następujące etapy: migracja Zakładu (...), migracja Zakładu (...), migracja Zakładu (...), migracja Zakładu (...), migracja Zakładu (...), S. i S., migracja Zakładu (...), R. i S., migracja Zakładu (...). Powódka w trakcie przeprowadzanej przez pozwanego migracji danych opóźniała się z przekazywaniem danych do migracji. Na powstałe opóźnienia pozwany wielokrotnie zwracał bezskutecznie powódce uwagę. Powódka nie przekazała na potrzeby migracji danych ostatniego zakładu - Zakładu (...). Ostatecznie nie doszło do zakończenia realizacji całego VII etapu, w ramach którego jedynie pozytywnie zakończyła się migracja danych z systemu (...). Brak zakończenia tego etapu uniemożliwił pozwanemu przeprowadzenie testów w centrum I., uzyskanie certyfikatu i prowadzenie monitorowania wskaźników (...) w trakcie migracji.

Powódka w ramach łączącej strony umowy nie wykonała koniecznej rozbudowy sprzętu związanego z telewizją cyfrową, pomimo wielokrotnego otrzymywania od pozwanego rekomendacji dotyczącej platformy sprzętowej. Dodatkowo powódka już na etapie transmisji danych bez wiedzy pozwanego kupiła od S. 170 sublicencji, ponad przyznany w łączącej strony umowie limit wynoszący 130 sublicencji. Przed podłączeniem dodatkowych abonentów S. wielokrotnie informowała powódkę, iż przekroczenie liczby połączeń do systemu, spowoduje obniżenie jego wydajności. Ponadto powódka dokonała we współpracy z S. znacznej modyfikacji (rozbudowy) specyfikacji (...) bez wiedzy i zgody pozwanego. Powódka we własnym zakresie zainstalowała inne programy, które nie posiadały autoryzacji firmy (...). W związku z powyższym system nie był w pełni wydajny, cechował się znacznym brakiem stabilności i nadmiernie wydłużonymi czasami reakcji oraz generował szereg błędów. Użytkownicy nie mogli pracować sprawnie lub czasami system w ogóle ich nie „wpuszczał”. Niejednokrotnie dochodziło do zawieszenia całego systemu. Powódka wielokrotnie zwracała pozwanemu i jego podwykonawcy uwagę o dostrzeżonych nieprawidłowościach w funkcjonowaniu systemu, generujących coraz większe koszty serwisowe, wzywając do podjęcia działań celem ich wyeliminowania. Podejmowane przez pozwanego i jego podwykonawcę działania nie doprowadziły do usunięcia zgłaszanych przez powódkę błędów i problemów wydajnościowych oprogramowania.

W dniu 6 grudnia 2010 r. powódka odstąpiła od łączącej strony umowy w zakresie wdrożenia systemu, wzywając pozwanego do zapłaty kwoty 1.097.000 zł. Podstawą odstąpienia przez powódkę od umowy były wyniki monitorowania systemu przeprowadzone przez firmę (...) Spółkę Akcyjną we W. na zlecenie powódki, z których wynikało, że system zdecydowanie odbiega od warunków wyspecyfikowanych w warunkach umowy. Pozwany w piśmie z dnia 17 grudnia 2010 r. zakwestionował skuteczność dokonanego przez powódkę wypowiedzenia umowy.

Ostatecznie powódka w dniu 18 maja 2011 r. wystosowała do pozwanego wezwanie do zapłaty kwoty 1.314.335,10 zł, do którego pozwany się nie odniósł w jakikolwiek sposób.

W dniu 17 maja 2010 r. powódka złożyła pozwanemu oświadczenie o wypowiedzeniu umowy serwisowej. Na mocy porozumienia z dnia z dnia 30 czerwca 2010 r. S. przejęła obowiązki serwisowe pozwanego. Następnie w dniu 16 listopada 2010 r. powódka zawarła z S. umowę nr (...) o świadczenie usług serwisowych i doradztwo informatyczne.

W związku z odstąpieniem przez powódkę od umowy, pozwany w dniu 28 stycznia 2011 r. wypowiedział swojemu podwykonawcy S. umowę podwykonawczą.

W pierwszej kolejności Sąd Okręgowy wskazał na konieczność zastosowania

w sprawie przepisów o postępowaniu w sprawach gospodarczych, które obowiązywały do dnia 2 maja 2012 r. Przepisy te zostały wprawdzie uchylone przez art. 1 pkt 46 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2011.233.1381), jednakże zgodnie z przepisem przejściowym tej ustawy (art. 9) pozostały w mocy w stosunku do postępowań wszczętych po dniu jej wejścia w życie.

Powyższy stan faktyczny Sąd Okręgowy ustalił w oparciu o przedłożone przez strony dokumenty, których prawdziwość i autentyczność nie była kwestionowana przez którąkolwiek ze stron, jak również Sąd nie znalazł podstaw do zakwestionowania rzetelności

i autentyczności przedstawionych dokumentów. Sąd Okręgowy dał w pełni wiarę zeznaniom świadków M. N., S. T. (1), D. N., L. G., P. T., P. S., A. C., W. P., W. F., J. K., A. R. (1). W części uwzględnił zeznania świadka W. G., tj., w zakresie w którym świadek potwierdził fakt spowolnienia systemu i wnoszenia przez powódkę z tego tytułu zgłoszeń reklamacyjnych, podobnie częściowo uwzględnił zeznania świadka G. S. co do rodzaju wady systemu, przebiegu jego wdrażania oraz celu zawarcia aneksu nr (...). Uznał, iż zeznania wyżej wymienionych świadków są spójne, zbieżne, wzajemnie się uzupełniają i korespondują z zebrany w sprawie materiałem dowodowym. Sąd pierwszej instancji pominął natomiast zeznania J. B. z uwagi na to, iż świadek nie pamiętał żadnych okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

Sąd Okręgowy uwzględnił przedłożoną przez biegłych sądowych z (...) Towarzystwa (...) dr D. K. i dr M. S. pisemną opinię, wraz z ustnymi opiniami uzupełniającymi, uznając je za sporządzone zgodnie z zasadami sztuki, solidnie i drobiazgowo, podkreślając, że nie ma podstaw do zakwestionowania ich wiarygodności.

Sąd Okręgowy oddalił natomiast wniosek pozwanego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność ustalenia wartości bezpodstawnego wzbogacenia powódki uznając, że w świetle sporządzonej przez biegłych sądowych dr D. K. i dr M. S. opinii, przesądzona została bezzasadność roszczenia powódki, wobec czego odstąpić należało od badania podniesionego przez pozwanego zarzutu potrącenia.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał, iż powództwo jest nieuzasadnione.

Sąd Okręgowy wskazał, że poza sporem w niniejszej sprawie jest fakt zawarcia przez strony w dniu 21 stycznia 2006 r. umowy oraz fakt nie zakończenia realizacji VII etapu umowy dotyczącego transmisji danych do systemu. Spór sprowadzał się natomiast do ustalenia, czy strony związane były dwiema umowami, zapisanymi w jednym dokumencie, tj. umową sprzedaży i umową o dzieło, czy też umową mieszaną. Sporna pomiędzy stronami była również skuteczność dokonanego przez powódkę wypowiedzenia łączącej strony umowy, wobec nie dokończenia przez pozwanego całości jej przedmiotu oraz zasadność obciążenia pozwanego karą umową z tytułu odstąpienia od umowy.

Wobec rozbieżności co do charakteru prawnego łączącej strony umowy, Sąd Okręgowy przystąpił w pierwszej kolejności do badania zgodnego zamiaru stron w świetle art. 65 § 2 k.c. Miał na uwadze, że celem zawartej przez strony umowy była rozbudowa działającego już u powódki systemu i migracja danych z dotychczas użytkowanego systemu do systemu (...), poprzez zainstalowanie na sprzęcie powódki programu billingowego (...) i zainstalowanie platformy C. - (...) na sprzęcie uzgodnionym przez strony w umowie oraz zintegrowanie tych systemów. W związku z powyższym, mając na uwadze treść przedmiotu umowy, do którego wykonania był zobowiązany pozwany, jak również cel przyświecający stronom przy zawieraniu umowy, Sąd Okręgowy uznał, że nie można twierdzić, aby strony zawarły dwie niezależne od siebie umowy, tj. umowę sprzedaży ( art. 353 k.c.), oraz umowę o dzieło (art. 627 k.c.). Według Sądu, zamiarem stron było zawarcie jednej umowy, co potwierdza między innymi ustalenie jednej kwoty stanowiącej wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy określonej w § 12 ust. 1 umowy, jak również zastrzeżenie jednej kary umownej na wypadek nie wykonania przez pozwanego przedmiotu umowy określonej w § 14 lit. a i c. Zatem w świetle braku możliwości przypisania jednolitego charakteru łączącej strony umowie, w ocenie Sądu, zawartą przez strony umowę należy traktować jako umowę mieszaną, przy czym jako całość nie odpowiada ona żadnemu z nazwanych stosunków zobowiązaniowych.

Wskazał Sąd Okręgowy, iż powódka w dniu 6 grudnia 2010 r. złożyła pozwanemu oświadczenie o odstąpieniu od łączącej strony umowy w zakresie wdrożenia systemu, wzywając pozwanego do zapłaty kwoty 1.097.000 zł, powołując

się na zapis art. 637 § 2 k.c. oraz art. 635 k.c., jednocześnie na podstawie art. 494 k.c. wzywając pozwanego do zwrotu łącznej kwoty 1.097.000 zł, na którą to kwotę składały się wszystkie opłaty z tytułu nabycia licencji i wdrożenia oraz zgłaszając jednocześnie gotowość zwrotu dostarczonego systemu.

Podkreślił Sąd Okręgowy, iż w § 18 ust. 2 i 3 umowy strony dopuściły możliwość rozwiązania umowy w zakresie świadczenia usług serwisowych z zachowaniem sześciomiesięcznego okresu wypowiedzenia, przypadającego na koniec miesiąca kalendarzowego, jak również po okresie pięciu lat od podpisania umowy z zachowaniem dwunastomiesięcznego okresu wypowiedzenia, przypadającego na koniec roku kalendarzowego. Tak więc zgodnie z łączącą strony umową strony dopuściły jedynie możliwość wypowiedzenia umowy serwisowej, nie dopuszczając wypowiedzenia przedmiotowej umowy. Natomiast częściowe odstąpienie przez powódkę od umowy wymagałoby dla swojej skuteczności zachowania wymogów art. 491§1 kc w postaci wyznaczenia dodatkowego, odpowiedniego terminu do wykonania z zagrożeniem, że w razie jego bezskutecznego upływu powódka będzie uprawniona do odstąpienia od umowy.

Okoliczności sprawy nie wskazują jednak w ocenie Sądu Okręgowego, aby powódka wyznaczyła pozwanemu dodatkowy termin do wykonania całości przedmiotu łączącej strony umowy. Zatem wobec nie spełnienia przez powódkę przesłanki określonej w art. 491 § 1 k.c., poprzez wezwanie pozwanego do dokończenia przedmiotu umowy, dokonane przez powódkę odstąpienie od umowy nie może zostać uznane za skuteczne.

W ocenie Sądu Okręgowego, również przedmiot łączącej strony umowy, wobec częściowego wykonania przez pozwanego przedmiotu umowy, nie dawał powódcie możliwości odstąpienia od niewykonanej przez pozwanego części umowy w świetle art. 491 § 2 k.c., który to przepis znajduje zastosowanie wyłącznie do umów, w których oba wzajemne świadczenia są podzielne. Tymczasem system (...) był zintegrowany z systemem C. - (...), stanowiły one zatem jedną całość. Wobec braku możliwości rozdzielenia obu systemów, niemożliwe było częściowe odstąpienie przez powódkę od niewykonanej części łączącej strony umowy. Z powyższych względów Sąd Okręgowy wykluczył również możliwość zastosowania w sprawie art. 494 k.c. i uznał za niezasadne roszczenie powódki dotyczące naprawienia poniesionej przez nią szkody na skutek nie wykonania przez pozwanego całości przedmiotu umowy.

Sąd pierwszej instancji uznał również, że nie istniały podstawy do wypowiedzenia umowy nawet przy założeniu, że część umowy, co do której powódka złożyła oświadczenie o jej wypowiedzeniu, była umową o dzieło. W wypadku umowy o dzieło niezbędne jest, aby starania przyjmującego zamówienie doprowadziły w przyszłości do konkretnego, indywidualnie oznaczonego rezultatu, jako koniecznego do osiągnięcia. Wykonanie oznaczonego dzieła jest zwykle określonym procesem pracy lub twórczości o możliwym do wskazania momencie początkowym i końcowym, którego celem jest doprowadzenie do efektu (rezultatu) przyjętego przez strony w momencie zawierania umowy.

Powódka zwłoki w niewykonaniu przez pozwanego łączącej strony umowy, upatrywała w niedokończeniu ostatniego VII etapu umowy dotyczącego migracji danych. Jednakże z poczynionych ustaleń w sprawie wynika, że niedokończenie przez pozwanego ostatniego etapu nastąpiło z winy powódki, która przekazywała pozwanemu niezbędne dane do migracji ze znacznymi opóźnieniami, w ogóle nie przekazując danych ostatniego z zakładów, co do którego miała być przeprowadzana migracja danych. Zdaniem Sądu Okręgowego z powyższego wynika, że to zaniechania powódki w przekazywaniu pozwanemu niezbędnych danych do transmisji uniemożliwiły zakończenie wyżej wymienionego etapu i w konsekwencji nie dokończenie przez pozwanego umowy. W konsekwencji Sąd Okręgowy uznał, iż pozwany dołożył wszelkich starań w wykonaniu przedmiotu łączącej strony umowy, zaś to powódka uniemożliwiła pozwanemu zrealizowanie umowy.

Odnosząc się do zarzutu powódki dotyczącego zamontowania przez pozwanego wadliwego systemu Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że powódka nie spełniła przesłanki wynikającej z treści art. 637 k.c. dotyczącej wezwania pozwanego do usunięcia wad. Za takie nie uznał wielokrotnych uwag powódki do pozwanego o dostrzeżonych nieprawidłowościach w funkcjonowaniu systemu oraz zgłoszeń reklamacyjnych.

Jednocześnie Sąd pierwszej instancji uznał, że nie ma w sprawie podstaw do przyjęcia by wada wykonanego systemu miała charakter istotny. Wskazał, iż wada istotna występuje gdy dzieło jest niezdatne do umówionego użytku, ze

względu na to, że nie posiada cech umożliwiających jego eksploatację albo ma niewłaściwą formę zewnętrzną, nie spełniając elementarnych wymagań estetycznych czy przestrzennych. Natomiast pozostałe wady dzieła mają charakter nieistotny, a ich wystąpienie powoduje powstanie prawa zamawiającego do żądania obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku.

Sąd Okręgowy miał na uwadze, że biegli sądowi ustalili, że system (...) posiadał wadę istotną, która wykluczała go, jako skuteczne narzędzie umożliwiające realizację celów biznesowych powódki, lecz podkreślił, że zawarta przez strony umowa nie zawierała jakichkolwiek mierzalnych wymagań, co do przeznaczenia systemu (...), tj. granicznej liczby użytkowników (lub innych mierzalnych parametrów), do wysokości których pozwany gwarantował określoną wydajność pracy systemu i deklaracji powoda (opisanej w wymaganiach) określającej docelową liczbę użytkowników / transakcji/ klientów lub inny parametr ilościowy, który powinna spełnić aplikacja po pełnym wdrożeniu. (...) ten jest natomiast przez cały czas używany jest przez powódkę i w trakcie eksploatacji we współpracy z S. został znacznie rozbudowany. Nie ma możliwości określenia, dla jakiej liczby użytkowników pozwany gwarantował wydajność systemu. W świetle tak nieprecyzyjnych postanowień umowy, nie można zdaniem Sadu Okręgowego uznać, iż za wadę tę pozwany ponosi odpowiedzialność.

Przechodząc na koniec do zgłoszonego przez pozwanego zarzutu przedawnienia roszczenia Sąd Okręgowy podzielił argumentację pozwanego, iż z uwagi na podzielenie realizacji przedmiotu umowy na siedem etapów, każdy z nich jest dziełem samym w sobie. Sześć etapów zostało wykonanych przez pozwanego, i zostały one odebrane przez powódkę. Ostatni z wykonanych przez pozwanego etap VI, został odebrany w dniu 17 grudnia 2008 r., wobec czego roszczenie powódki w tym zakresie uległo przedawnieniu 17 grudnia 2010 r. Powódka z niniejszym powództwem wystąpiła bowiem w dniu 24 sierpnia 2011 r., tj. po upływie dwuletniego okresu przedawnienia ( art. 646 kc).

Powódka wniosła apelację od powyższego wyroku, zaskarżając go w całości i zarzucając:

1. rażące błędy w ustaleniach stanu faktycznego, przejawiające się m.in. w ten sposób, iż pomimo przyjęcia za podstawę faktyczną orzeczenia opinii powołanych w sprawie biegłych, zeznań świadków, jak też przedstawionych przez strony dokumentów, Sąd dokonał ustaleń faktycznych sprzecznych przede wszystkim z opinią biegłych jak i z pozostałym materiałem dowodowym. Owe sprzeczne ustalenia obejmują fakty kluczowe dla ostatecznego rozstrzygnięcia sprawy takie jak:

- a. rzekomy brak wezwania pozwanego do wykonania umowy;
- b. kwestię wady istotnej dostarczonego systemu oraz odpowiedzialności za jej wystąpienie w świetle opinii biegłych;
- c. kwestię wykonania, tudzież zakończenia umowy w świetle opinii biegłych, a w szczególności ustalenie jakie czynności pozwany winien był zgodzić z umową wykonać, a jakich nie wykonał;
- d. kwestie wykonania tzw. rekomendacji sprzętowej oraz jej wpływu na wystąpienie wady istotnej dostarczonego systemu,
- e. kwestię rzekomego „limitu” licencji i konsekwencji ich dokupowania w trakcie wykonywania umowy,
- f. kwestie rzekomych nieautoryzowanych modyfikacji systemu oraz instalacji nieautoryzowanego oprogramowania,
- g. kwestię przyczyn odstąpienie od umowy wskazywanych przez powódkę,

2. błędy we wnioskowaniu przeprowadzonym przez Sąd przejawiające się w licznych sprzecznościach w tezach wyrażanych w różnych miejscach uzasadnienia wyroku, które sprawiają, że nie sposób odnieść się do owych tez, nie wiedząc co ostatecznie Sąd przyjął jako podstawę faktyczną lub prawną orzeczenia. Owe sprzeczne tezy obejmują m.in.

- a. wnioski sformułowane przez Sąd na podstawie opinii biegłych,

- b. kwestie oceny charakteru prawnego umowy jako umowy mieszanej lub umowy o dzieło,
- c. kwestie oceny przez Sąd charakteru świadczeń umownych jako ciągłych, podzielnych lub jako odrębnych świadczeń z odrębnych umów o dzieło,

3. naruszenia przepisów prawa materialnego a to:

a. art. 56 k.c. poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie w części obejmującej obowiązek kwalifikacji prawnej zawartej pomiędzy stronami umowy i oceny jej ustawowych skutków prawnych. Sąd w części uzasadnienia uznał zawartą przez strony umowę za umowę mieszaną, do której zastosowanie winny mieć ogólne przepisy o zobowiązaniach wzajemnych, podczas gdy zawarta umowa ma cechy umowy o dzieło i winny mieć do niej zastosowanie przepisy art. 627 i nast. k.c.,

b. art. 491 § 1 poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie - Sąd zastosował ten przepis oceniając skuteczność odstąpienia dokonanego przez powódkę w części uzasadnienia, w której uznał, że umowa zawarta pomiędzy stronami ma charakter umowy mieszanej. Sąd powinien był zastosować przepis art. 637 § 2 oraz 635 k.c. kodeksu cywilnego (co uczynił niekonsekwentnie w dalszej części),

c. art. 637 § 2 k.c. poprzez jego błędną wykładnię - Sąd zastosował wskazany przepis w końcowej części uzasadnienia nieprawidłowo uznając, że odstąpienie dokonane na jego podstawie wymaga, w okolicznościach ustalonych przez Sąd dodatkowego wezwania do usunięcia wady,

d. art. 117 § 1 w zw. z art. 646 k.c. poprzez jego błędną wykładnię i uznanie implicite, iż przedawnieniu w terminie wskazanym w art. 646 k.c. ulega prawo do odstąpienia od umowy.

Wskazując na powyższe zarzuty powódka wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie powództwa w całości oraz zasądzenie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych za obie instancje.

W odpowiedzi na apelację pozwany wniósł o jej oddalenie oraz zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Apelacyjny podziela ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy i czyni je podstawą również własnego rozstrzygnięcia. Ustalenia te dotyczą treści umowy łączącej strony wraz z aneksami, realizacji umowy, przyczyn które spowodowały nie zakończenie VII etapu umowy obejmującego transmisję danych do systemu. Znajdują one oparcie w materiale dowodowym szczegółowo wskazanym przez Sąd Okręgowy w motywach rozstrzygnięcia. Jednak motywacja przedstawiona przez Sąd Okręgowy w zakresie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia jak i dokonana przez ten Sąd ocena dowodów, wymaga uzupełnienia w warstwie argumentacyjnej.

Rację ma skarżący, iż zapis znajdujący się na stronie 14 uzasadnienia „ wnioski zawarte w opinii stały się miarodajną podstawą do ustalenia wysokości poniesionej przez powoda szkody na skutek nienależytego wykonania przez pozwanego łączącej strony umowy dostawy” jest sprzeczny ze stanowiskiem tego Sądu co do bezzasadności powództwa. Należy go traktować jako oczywistą omyłkę, pozostającą jednak bez znaczenia dla prawidłowości rozstrzygnięcia i możliwości kontroli instancyjnej orzeczenia. Sąd Okręgowy wprawdzie lakonicznie, ale przedstawił podstawy faktyczne i prawne na jakich oparł rozstrzygnięcie w rozpoznawanej sprawie ( art. 328§2 kpc).

Podstawową kwestią sporną między stronami było, czy doszło do skutecznego odstąpienia przez powódkę od umowy, przy czym nie budzi wątpliwości, iż ciężar dowodu w tym zakresie obciążał skarżącą ( art. 6 kc). Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu Okręgowego, iż powódka nie wykazała przekonująco istnienia podstaw do odstąpienia od umowy. Zaakceptować zatem należało stanowisko tego Sądu, co do braku podstaw do uwzględnienia powództwa, skoro

wszystkie zgłoszone roszczenia dla swej skuteczności wymagały odstąpienia od umowy. Natomiast argumentacja prawna tego sądu częściowo zasługuje na podzielenie, częściowo jest bezzasadna, a częściowo wymaga modyfikacji i uzupełnienia.

Celem oceny skuteczności odstąpienia, rozstrzygnięcia wymagała kwalifikacja prawna umowy łączącej strony. Kwestia ta była przedmiotem kontrowersji między stronami, powódka uznawała bowiem, iż strony zawarły dwie odrębne umowy: sprzedaży odnośnie platformy C. - (...) oraz umowę wdrożenia systemu będącą umową o dzieło. Natomiast pozwana stała na stanowisku, iż strony łączyła umowa mieszana, w której są połączone równorzędne elementy różnego rodzaju zobowiązań.

W doktrynie prawa cywilnego występuje pojęcie „ umowy mieszane”, w odniesieniu do umów, które nie odpowiadają całkowicie żadnej umowie nazwanej, umowy te kwalifikować zatem należy jako nienazwane. Należą do nich umowy konstruowane z różnych umów nazwanych i nienazwanych, w których występuje przewaga jednej z umów je tworzących, albo mają one równorzędne znaczenie. Brak szczególnych przepisów w odniesieniu do umów nienazwanych powoduje, iż ich prawne konsekwencje mogą być oceniane według ogólnego reżimu kontraktowego, regulacja tej kategorii umów w kodeksie cywilnym ma więc charakter bardzo ogólny i ramowy. Stosowanie do tego rodzaju umów regulacji prawnej odnoszącej się do umowy nazwanej wymaga spełnienia warunków prawnych tej umowy. Podobnie stosowanie per analogiam przepisów dotyczących określonej umowy nazwanej do stosunku prawnego nienazwanego, wymaga spełnienia warunków tego stosunku i nie może być dowolne.

Prawidłowo i bez naruszenia art. 56 kc Sąd Okręgowy przyjął, iż umowa łącząca strony ma charakter umowy mieszanej ( nienazwanej). Strony nie nadały umowie nazwy (k.11-18), odsyłając jedynie w sprawach nią nieuregulowanych do przepisów ustawy o prawach autorskim i prawach pokrewnych, ustawy o ochronie danych osobowych i przepisów kodeksu cywilnego. Z przedmiotu umowy wynika natomiast (§1), iż łączy ona elementy szeregu umów nazwanych : §1 ust. 1 pkt 1 ( umowa sublicencji), §1 ust.1 pkt 2 i 3, §1 ust.1 pkt 4 ( umowa o dzieło), §1 ust.1 pkt 5,6 ( umowa o świadczenie usług).

W takiej sytuacji w zależności od treści analizowanej umowy można w pełni stosować przepisy dotyczące umowy typowej, wykluczyć taką możliwość lub stosować przepisy o zbliżonej umowie typowej z modyfikacjami. Jeżeli w umowie mieszanej wyraźnie przeważa pewien rodzaj świadczenia, a jedynie świadczenia uboczne mają inny charakter, wówczas za trafne uznaje się stosowanie przepisów dotyczących umowy nazwanej głównego typu (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2010r, IV CSK 319/09, Lex nr 584772; z dnia 15 czerwca 2000r, II CKN 287/10, niepubl; z dnia 19 stycznia 2012r, IV CSK 201/11, Lex nr 1169148 oraz uchwała Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 2010r, III CZP 104/10, OSNC 2011/7-8/79). Okoliczność zatem, iż Sąd Okręgowy kwalifikował umowę jako mieszaną, a z drugiej strony analizował stan faktyczny sprawy w kontekście przepisów o umowie o dzieło, nie stanowi o wewnętrznej sprzeczności w argumentacji tego sądu. Mając na uwadze, iż umowa o dzieło należy do grupy umów przenoszących własność składników materialnych dostarczonych przez wykonawcę nie ma podstaw, by w ramach umowy łączącej strony dopatrywać się umowy sprzedaży. W swym zasadniczym nurcie umowa w zakresie w jakim odnosiła się do dostarczenia nośników i wdrożenia systemu stanowiła umowę o dzieło ( art. 627 kc), skoro chodziło o rezultat w postaci wdrożenia systemu. Dziełem był w tym przypadku odpowiadający wymogom umowy, poprawnie wdrożony system.

Podzielić należało stanowisko Sądu Okręgowego, iż wolą stron było zawarcie jednej umowy, obejmującej dwa produkty, a nie dwóch umów objętych jednym dokumentem. Za poglądem tym przemawia treść umowy, interpretowanej zgodnie z regulacją art. 65 §2 kc, a przeciwne stanowisko skarżącej jest próbą dokonania kwalifikacji umowy podyktowanej doraźnym interesem procesowym powódki, a nie rzeczywistą wolą stron. Skarżąca nie dostrzega, iż o treści zawartej umowy nie decydują wyobrażenia tylko jednej strony, jeśli z okoliczności nie wynika, że taka była właśnie zgodna wola stron. Trudno akceptować stanowisko skarżącej jakoby zapisy umowne w sposób oczywisty wskazywały na rozdzielność świadczeń w zakresie obu produktów, skoro jest ono oparte jedynie na wybiórczej analizie umowy i przytaczaniu argumentów wspierających stanowisko skarżącej, a pomijaniu tych, które



jej stanowisku przeczą. Stawiana przez apelującą teza nie wynika z treści umowy, a innych dowodów na tego rodzaju wolę stron nie dostarczono, cofając wniosek o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron (k.1203).

Trafnie Sąd Okręgowy podkreślił, iż strony za wszystkie świadczenia objęte umową uzgodniły jedno wynagrodzenie ( §12 umowy), a oceny tej nie zmienia wyróżnienie poszczególnych elementów składających się na łączne wynagrodzenie należne dostawcy czy oddzielny opis zakresu funkcjonalnego systemu (...) i C. - (...) ( k.19-42) będący efektem odmiennej specyfiki obu systemów. W umowie strony wielokrotnie odniosły się do produktu jako całości ( §2, §2, §4, §5 ust.9, §6). Uzgodniły, iż karę umowną naliczać należało od łącznego wynagrodzenia ( §14 umowy), co byłoby rozwiązaniem niezrozumiałym, gdyby strony zawarły umowę na dwa odrębne świadczenia. W etapie III realizacji umowy wyraźnie przewidziano (...) i C. (...) ( załącznik nr 2 pkt 4 i ), a w protokole odbioru z 20 października 2006r potwierdzono dokonanie tej integracji (k. 105). Skoro umowa obejmowała integrację obu systemów to nie sposób twierdzić, jakoby zamiarem stron było zawarcie umowy na dwa oddzielnie działające systemy lub zawarcie dwóch umów na każdy z produktów. Zamiar ten znajduje potwierdzenie w zakresie funkcjonalnym systemu (...), którego częścią jest C. - (...) ( pkt 17 załącznika nr 1 – k. 22) jak i w załączonym do odpowiedzi na pozew zakresie styku systemu (...) i C. C. (k.218).

Świadkowie potwierdzili wprawdzie, iż system C. (...) i (...) mogą być rozdzielne lub można ich pracę zintegrować ( świadkowie: M. N. , D. N., A. C., G. S.). Nie zmienia to jednak faktu, iż zamiarem stron była integracja obu systemów dla przyspieszenia obsługi klienta, a umowa obejmowała usługi z tym związane, w tym oprogramowanie umożliwiające integrację C. - (...) z systemem bilingowym ( świadek A. C., zakres funkcjonalny systemu C. (...) k. 38-42). W firmie telekomunikacyjnej generalnie zakłada się, iż tego rodzaju systemy powinny być ze sobą zintegrowane celem zapewnienia wymiany danych ( świadek D. N.). Z umowy stron wynika natomiast, iż uzgodniono integrację obu systemów i jej dokonano w ramach realizacji III etapu, co potwierdza protokół odbioru tego etapu (k. 105). Okoliczność, iż świadkowie wskazywali na możliwość oddzielnej pracy obu systemów nie zmienia faktu, iż systemy te w świetle wspólnie podpisanego przez strony protokołu zostały zintegrowane. Wprawdzie świadek M. N. twierdził, iż systemy te nie zostały nigdy zintegrowane (k.569), ale pozostaje to w sprzeczności z protokołem odbioru etapu III (k.105), gdzie wyraźnie wskazano, iż funkcjonalność ta została wprowadzona. Świadek A. C. wskazywał natomiast, iż na potrzeby implementacji obu systemów, była napisana aplikacja integrująca, która w ramach wykonywanych testów latem 2006r funkcjonowała (k. 577), co koresponduje z protokołem odbioru z 20 października 2006 (k. 105). Również świadek G. S. będący współpracownikiem powódki wskazywał, iż w analizowanym przypadku uzyskano powiązanie funkcjonalne między oboma systemami (k. 684). Zgłaszając w piśmie z 16 lutego 2010r krytyczne problemy wydajnościowe systemu (...), powódka jednoznacznie wskazywała, że problemy te praktycznie uniemożliwiają pracę C. (...) (k.117), co byłoby całkowicie niezrozumiałe, gdyby systemy te nie miały między sobą funkcjonalnych powiązań i nie zostały zintegrowane. .

Świadczenie jest podzielne, jeżeli częściowe spełnienie świadczenia nie prowadzi do istotnej zmiany przedmiotu lub częściowe spełnienie świadczenia nie prowadzi do istotnej zmiany jego wartości ( art. 379§2 kc). O tym czy niepieniężne świadczenie jest w jakimkolwiek stopniu podzielne w rozumieniu art. 491§2 kc decydują przede wszystkim w granicach określonych przez zasadę swobody umów, postanowienia umowy stron, podlegające wykładni zgodnie z art. 65§2 kc ( por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 stycznia 2011r, I CSK 315/10, OSNC-ZD 2011/4/85) oraz właściwość świadczenia o które strony się umówiły. W rozpoznawanym przypadku strony mogły zawrzeć dwie odrębne umowy na oba produkty lub umowę zakładającą odrębność obu produktów, co z technicznego punktu widzenia było możliwe, skoro w świetle zeznań świadków oba systemy mogły pracować oddzielnie. Jednak wola stron, w sposób jednoznaczny została sformułowana odmiennie, skoro zakładano integrację obu systemów i integracji tej zgodnie z protokołem odbioru etapu III dokonano.

W świetle art. 491§2 kc dopuszczalne jest częściowe odstąpienie od umowy o dzieło, jeżeli charakter prawny świadczenia przyjmującego zamówienie pozwala na przyjęcie, że zobowiązanie spełnia warunki określone w art. 379§2 kc ( por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 marca 2013r, IV CSK 508/12, Lex nr 1347888). Jeżeli zatem przyjąć, iż do stosunku prawnego łączącego strony można stosować odpowiednio przepisy dotyczące umowy o dzieło, to powódka dążąc do częściowego wygaszenia zobowiązania drogą odstąpienia od umowy musiała wykazać, że odstąpienie dotyczy

świadczenia podzielnego. Pozwany już w odpowiedzi na pozew wskazywał, iż założeniem umowy było zintegrowanie obu systemów (k.191), a protokół odbioru etapu III dowodzi, iż integracja taka została przeprowadzona. W takim stanie rzeczy powódka, na której spoczywał ciężar dowodu dopuszczalności częściowego odstąpienia od umowy, była zobligowana wykazać podzielność świadczeń oraz nie dokonanie integracji obu systemów wbrew treści podpisanego przez obie strony protokołu. Było to możliwe chociażby poprzez przeprowadzenie dowodu z opinii biegłych, którzy wobec sprzecznych stanowisk stron mogliby stwierdzić, czy systemy objęte umową nie zostały zintegrowane, jednak skarżąca nie zgłosiła w tym kierunku żadnych wniosków dowodowych. Strony nie wprowadziły kontraktowego uprawnienia do odstąpienia od umowy, nie decydując się w tej formie na osłabienie łączącej jej więzi umownej. Skarżąca zgodnie z zasadą trwałości stosunku zobowiązaniowego, była zatem zobligowana wykazać realizację ustawowych przesłanek częściowego odstąpienia od umowy, czyli podzielność świadczenia objętego odstąpieniem ( art. 491 §2 kc), co nie nastąpiło.

Sąd Okręgowy nie miał natomiast podstaw do analizowania skuteczności odstąpienia z punktu widzenia regulacji art. 491§1 kc, skoro przepisy dotyczące umowy o dzieło zawierają regulacje szczególne dotyczące prawa odstąpienia. W związku z powyższym skuteczność odstąpienia od umowy z przyczyn obciążających pozwanego należało analizować na podstawie art. 637§2 kc w zw z art. 635 kc. Uprawnienie do odstąpienia od umowy istniało zatem w przypadku : bezskutecznego upływu terminu określonego na usunięcie wad istotnych wyznaczonego przez zamawiającego, z zagrożeniem, że po tej dacie naprawa nie zostanie przyjęta; nieusuwalności wad istotnych bez potrzeby dodatkowego wezwania, niemożności usunięcia przez zamawiającego wad istotnych w czasie odpowiednim.

Sąd Okręgowy nie miał podstaw do przyjęcia, by powódka wykazała wadę istotną dzieła w rozumieniu art. 637§2 kc, w brzmieniu obowiązującym do 24 grudnia 2014r, kiedy przepis ten został uchylony na mocy pkt 34 art. 44 ustawy z dnia 30 maja 2014r o prawach konsumenta ( Dz. Z 2014r, poz 827). Stanowisko tego Sądu jest w tym zakresie wewnętrznie sprzeczne, z jednej bowiem strony odwołując się do opinii biegłych Sąd ten przyjmuje, iż wada istotna wystąpiła, a z drugiej strony akcentuje niemożność wypowiedzenia się czy wada miała charakter istotny w świetle umowy łączącej strony.

W orzecznictwie i doktrynie zgodnie przyjmuje się, iż wada dzieła jest istotna jeżeli wskutek jej wystąpienia dzieło jest nieprzydatne do umówionego użytku, ze względu na to, że nie posiada cech umożliwiających jego eksploatację, lub takich o których zapewniał dostawca, przy czym wadą istotną może być zarówno wada usuwalna jak i nieusuwalna. Kwalifikacja istotności wady musi uwzględniać okoliczności konkretnej sprawy i postanowienia umowy, a fakt jej wystąpienia zgodnie z art. 6 kc musi wykazać zamawiający. Pozostałe wady dzieła należy traktować jako nieistotne, a ich wystąpienie powoduje powstanie prawa zamawiającego do żądania obniżenia wynagrodzenia w odpowiednim stosunku. Wada istotna w rozumieniu art. 637§2 kc, w okolicznościach sprawy, to nie jest wada dostarczonego oprogramowania w subiektywnym odczuciu powódki ( jak przyjęli biegli w opinii) lecz w stosunku do poczynionych przez strony uzgodnień. Skarżąca wady systemu upatrywała w jego wydolności, która nie spełniała jej oczekiwań biznesowych, bez jakiegokolwiek odniesienia do umowy łączącej strony i rodzaju nabytego produktu. Natomiast z umowy wynikało jedynie, iż produkt ma realizować wymagania funkcjonalne określone w załączniku nr 1 do umowy ( §2 ust.4). Z postanowieniem tym koresponduje §6 umowy dotyczący udzielenia gwarancji jakości na spełnianie przez produkt wymogów funkcjonalnych określonych w załączniku nr 1. Przed zawarciem umowy V. przesyłała zapytania ofertowe do różnych firm, z wymaganiami, które stały się następnie załącznikiem nr 1 do umowy ( zeznania świadka L. G. k. 694). Pozwany gwarantował także, możliwość zintegrowania produktu, zainstalowanego i skonfigurowanego zgodnie z umową z funkcjonującym u nabywcy informatycznym systemem finansowo- księgowym opartym o oprogramowanie (...). W dniu 28 marca 2007r strony zawarły aneks do umowy, w której rozszerzyły jej przedmiot o dodatkową usługę (...) i wprowadziły dodatkową funkcjonalność dla obsługi procesów (...) szczegółowo określoną w załączniku nr 16 (k.285). W dniu 30 listopada 2007r strony zmieniły umowę w ten sposób, że jej przedmiotem było dostarczenie przez dostawcę systemu (...) w referencyjnej wersji 9.1 rozszerzonej o funkcjonalności opisane w załączniku nr 19 oraz funkcjonalności wynikające z analizy opisanej w załączniku 18 do umowy w miejsce systemu określonego w załączniku nr 1 (k.72-95).

Z twierdzeń powódki nie wynikało, by uzgodnione funkcjonalności nie były zrealizowane, a podstawy odstąpienia od umowy były odmienne (k.161-163). Wprawdzie w pozwie skarżąca odwołała się również do braku funkcjonalności systemu w stosunku do założeń przyjętych w załączniku nr 1 (k. 8), nie określiła jednak jakie funkcjonalności nie zostały zrealizowane i w żaden sposób stanowiska tego nie uszczegółowiła, ani nie wykazała w toku postępowania. Pozostaje ono przy tym w sprzeczności z podpisywanymi przez nią protokołami odbioru, w których potwierdzała, odbierając określony etap wdrożenia, iż założona przez strony funkcjonalność została zrealizowana. W załączniku nr 5 do umowy w brzmieniu ustalonym aneksem nr (...) powódka oświadczyła, iż referencyjna wersja 9.1 systemu (...) została dostarczona przez dostawcę zgodnie z wymaganiami określonymi w załączniku nr 1 oraz nr 16 do umowy. Wprawdzie oświadczenie to nie wyłączało odpowiedzialności pozwanego z tytułu ewentualnych wad tej wersji referencyjnej, ale wad tych nie stanowiły w żadnym wypadku różnice w zakresie funkcjonalności i ergonomii systemu (...) w stosunku do zakresu funkcjonalności i ergonomii dostarczonej wersji 9.1 systemu (...) w stosunku do zakresu funkcjonalności i ergonomii systemu (...) w wersji określonej w pierwotnym brzmieniu umowy oraz załączniku nr 1 i załączniku nr 16 sprzed zawarcia aneksu nr (...). Z praktyki wykonywania umowy wynikało przy tym, iż niejednokrotnie oczekiwania powódki co do nabytego systemu przekraczały funkcjonalności uzgodnione w umowie stron, a powódka dopiero w toku realizacji umowy nabierała kompetencji do zdefiniowania, czego może od tego rodzaju systemu oczekiwać pod względem funkcjonalnym, wydajnościowym i jakościowym (zeznanie świadka L. G. k. 695).

Odniesienie do wydajności produktu nastąpiło jedynie jako warunek odbioru etapu VI ( w aneksie nr (...)) gdzie dostawca miał dostarczyć na swój koszt, certyfikat wydajności produktu dla obciążeń 2 (...) ( R. U.) z centrum testowego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. przy zagwarantowanej możliwości uczestnictwa przedstawicieli nabywcy podczas w/w testów. Strony uzgodniły, że ten właśnie certyfikat potwierdzać będzie, że nabyty produkt, a wdrożony przez dostawcę będzie nadal stabilny przy obciążeniu do 2 (...) (k. 44 i k. 75). Warunek ten został powtórzony w aneksie nr (...) zawartym 2 kwietnia 2008r (k.96-102). Monitorowanie (...) zostało po raz pierwszy wprowadzone z aneksie nr (...). Strony zdefiniowały jednak najistotniejsze z punktu widzenia powódki parametry dla wybranych procesów i uzgodniły brak sankcji za ich naruszenie ( zeznanie świadka L. G. k. 697-698). Odnosnie etapu VI to strony w ramach warunków jego odbioru przewidziały testy funkcjonalne i wydajnościowe według zasad określonych w załączniku nr 2 do (...) etapu VI (k. 97 i k. 101-102) przy czym (...) oznaczały najgorszy przypadek, zatem aplikacja według testów akceptacyjnych nie powinna działać wolniej niż podana wartość. Jednak w razie przekroczenia (...) miała nastąpić wspólna analiza, której celem miało być wykluczenie wpływu na wynik pomiaru prac wykonywanych w środowisku produkcyjnym. W przypadku wątpliwości do spełnienia konkretnego (...) miała nastąpić procedura weryfikacji pomiarów, w ten sposób, że w obecności obu stron miało nastąpić nie mniej niż 5 pomiarów danego parametru. Jako wynik ostateczny należało przyjąć średnią, po odrzuceniu dwóch skrajnych rezultatów. Strony uzgodniły również, iż odmowa odbioru etapu z powodu nie spełnienia (...) przy jednoczesnym spełnieniu pozostałych ( funkcjonalnych) warunków odbioru skutkuje wstrzymaniem płatności, ale nie uprawnia V. do rozpoczęcia naliczania kar umownych (k. 102, zeznanie świadka D. N. k. 689). Świadek G. S. potwierdził, iż intencją stron w załączniku nr 3, wprowadzającym (...), było z jednej strony zapewnienie intensywnej pracy pozwanego nad uzyskaniem uzgodnionych wskaźników, a z drugiej strony, nie wyciąganie przez powódkę negatywnych konsekwencji z faktu, iż wskaźniki te nie były osiągnęte, aż do czasu ich uzyskania (k. 684). Poza sporem pozostaje, że wskaźniki funkcjonalne i wydajnościowe dla etapu VI zostały zrealizowane, skoro strony zgodnie stwierdziły zakończenie tego etapu, co zostało potwierdzone protokołem odbioru z dnia 17 grudnia 2008r (k. 108).

Dostawca gwarantował, dotrzymanie przez system wskaźników wydajnościowych zaakceptowanych dla etapu VI, po każdym z etapów migracji z systemu KABEL ujętych w etapie VII, aż do całkowitego zakończenia migracji, jedynie w przypadku zapewnienia przez nabywcę platformy sprzętowej zgodnej z rekomendacją dostarczoną do dnia 31 maja 2008r ( §1 ust.8 a). Warunkiem odbioru etapu VII miało być między innymi monitorowanie (...) pod kątem osiągania przez system granicznych wartości (...) ustalonych dla odbioru etapu VI, a w przypadku rozbudowy przez nabywcę platformy sprzętowej zgodnie z rekomendacjami dostawcy, także osiąganie przez produkt poziomów wydajności (...) zaakceptowanych dla etapu VI. W konsekwencji w ramach załącznika nr 17 dotyczącego zakresu migracji danych z systemu tymczasowego i systemu KABEL do systemu (...) (k.78-90) wprowadzono

rozdział V dotyczący monitorowania (...) w zakresie osiągnięcia poziomów wydajności zaakceptowanych dla etapu VI. W szczególności w trakcie każdego etapu migracji danych miały być przeprowadzone obserwacje i pomiary wpływu nowozaładowanych danych na wartości (...). Jednocześnie strony wyraźnie uzgodniły, iż „nie przewiduje się (z uwagi na fakt, iż gwarancje wydajnościowe (...) wykraczają poza uzgodniony zakres umowy) sankcji w przypadku przekroczenia wybranych (...) przez produkt (k.97 verte). Natomiast w razie zaakceptowania przez nabywcę rekomendacji sprzętowej zapewniającej osiągnięcie przez produkt poziomów wydajności (...) zaakceptowanych dla etapu VI i jej rozbudowy wykrycie przekroczenia poziomu wydajności (...) skutkować powinno powiadomieniem pozwanego, który po przeprowadzeniu pomiarów potwierdzających zasadność zgłoszenia, bez zwłoki powinien rozpocząć prace nad wykryciem przyczyny nieprawidłowości, jej wyeliminowaniem i poprawieniem wydajności systemu przez właściwe skonfigurowanie produktu i optymalizację jego oprogramowania, przy czym nabywca miał być na bieżąco informowany o postępie i zakresie prac. W przypadku gdy produkt nie będzie spełniał poziomów wydajności (...) w czasie realizacji etapu VII nabywca mógł wstrzymać kolejne fazy migracji danych w ramach etapu VII do czasu osiągnięcia poziomów wydajności (...). Ponadto na żądanie nabywcy miała zostać opracowana procedura wycofywania się z danego etapu migracji w przypadku gdy wartości wydajności będą osiągały poziom nieakceptowany przez nabywcę.

Założeniem umowy wbrew stanowisku skarżącej nie było wdrożenie i dostosowanie nabytych produktów do potrzeb biznesowych powódki, lecz zainstalowanie i wdrożenie gotowego już programu w sposób zapewniający jego funkcjonalność w sposób gwarantowany przez dostawcę, zgodnie z postanowieniami umowy. Rzeczą powódki było zatem wykazanie, że na dzień odstąpienia od umowy produkt nie spełniał wymogów umownych, a nie jej oczekiwań biznesowych formułowanych w oderwaniu od postanowień łączącej strony umowy. Z zeznań świadka L. G. wyraźnie wynika, iż system objęty umową, był gotowym produktem, miał referencje i był zainstalowany już u kilku innych klientów (k. 694). Z umową łączącą strony, koresponduje umowa z 21 stycznia 2006r łącząca pozwanego z S. (k. 228- 266), w której pozwany uzyskał licencję na korzystanie z obu produktów .. (...) ramach licencji pozwany mógł zainstalować produkt na twardym dysku i używać go przy uwzględnieniu maksymalnej liczby stanowisk, maksymalnej liczby serwerów i procesorów i zakresu funkcjonalnego, ilości obsługiwanych abonentów usług: Telewizji (...), stałego dostępu do Internetu, i telefonii i / lub innych- określonych w załączniku nr 1 do umowy. Produkt miał odpowiadać wymogom funkcjonalnym określonym w załączniku nr 1 ( §6 umowy) czyli cechować się tą samą funkcjonalnością co przyjęta przez strony w załączniku nr 1 (k. 234-254).

Powódka będąc w trakcie procedury wyboru podmiotu, któremu miało zostać powierzone zadanie dostawy i uruchomienia systemu bilingowego dla V., w związku z jej planami zakupu i wdrożenia odpowiedniego produktu testowała projekt instalacji pilotażowej systemu S. @ A. (...) Biling w okresie od 1 kwietnia 2005r do 31 października 2005r, a od 7 listopada 2005r używała wymienionego programu na podstawie umowy dzierżawy (k. 622-630, zeznanie świadka P. S. k. 763-767). Zawarta umowa oraz testowanie projektu instalacji pilotażowej miało służyć ocenie przydatności oferowanego przez S. systemu do potrzeb powódki ( §1 ust.3 umowy dzierżawy- k. 622). Skarżąca planowała zatem zakup i wdrożenie odpowiedniego produktu i miała możliwość zapoznania się z jego architekturą pod kątem swoich potrzeb biznesowych przed zawarciem umowy. Wolą stron nie było stworzenie produktu pod indywidualne potrzeby powódki, lecz zakup produktu, o określonej architekturze, możliwościach i ograniczeniach, które powódka uprzednio analizowała. Okoliczność zatem, iż produkt nie spełnia subiektywnych potrzeb powódki, w żadnym wypadku nie świadczy o jego obiektywnej wadliwości w rozumieniu postanowień umowy łączącej strony.

Zgodnie z opinią biegłych zwykły użytek w przypadku oprogramowania będzie wynikał z dokumentacji określającej przeznaczenie systemu, przewidziany sposób użytkowania i warunki eksploatacji przewidziane przez twórców, w tym granice możliwości systemu (k. 934-935). Powódka nie podjęła nawet próby wykazania, że architektura systemu, pozwalała na zgłaszanie oczekiwań, co do jego pracy na poziomie precyzowanym przez skarżącą. Nie wykazała również, by architektura ta była wadliwa, wymagałoby to bowiem złożenia do akt sprawy dokumentacji programu i wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłych, a wnioski takie nie zostały złożone. Już z zeznań świadków G. S. i S. T. (2) wynika, iż na etapie przed podjęciem decyzji o zawarciu umowy na produkty oferowane przez pozwanego były wątpliwości, czy system jest odpowiedni zważywszy na rozmiary przedsiębiorstwa powódki, jej

potrzeby biznesowe z uwzględnieniem planowanej rozbudowy struktury usług i bardzo ambitnych planów rozwoju. Powódka powołała jednak zespół, który dokonał przeglądu architektonicznego systemu, który uznał, iż odpowiada on potrzebom biznesowym powódki (k. 682-683 i k. 687). Tymczasem architektura systemu była tak ustalona, iż w przypadku potrzeby dodania nowych funkcji trzeba było rozbudować system, za dodatkowym wynagrodzeniem, co nie było akceptowane przez powódkę, choć było efektem zakupu programu z małą ilością funkcji. Powódka kierowała się przy wyborze systemu jego ceną, która była dla niej satysfakcjonująca, system był bowiem stosunkowo niedrogi, a miał możliwości rozbudowy wielkości i funkcji ( zeznania świadka P. S. k. 763-767). Gdyby w 2006r chciała nabyć system, który spełniałby wszystkie wymagania i funkcje bilingowania dla tak szerokiego zakresu usług jak to planowała V., system kosztowałby kilkanaście milionów zł. Tymczasem nabyty przez powódkę system był dość prosty, z małą ilością funkcji i o ograniczonej wydolności, co wymagało jego rozbudowy za dodatkową odpłatnością ( zeznania świadka S. T. (1) k. 686- 688). Biegły M. S. ( e- protokół k. 1029) zwracał uwagę, że przy zakupie oprogramowania mamy do czynienia z tą samą sytuacją jak z zakupem samochodu określonej jakości, a wymagania klienta nie mogą abstrahować od klasy nabytego oprogramowania. Świadek D. N. przyznał, iż powódka od 2010r rozpoczęła poszukiwania na rynku innego systemu, z uwagi na przyjętą strategię rozwoju (k. 689). Z kolei z zeznań świadka D. N. wynika, iż powódka zawarła ostatecznie umowę z C. na wdrożenie systemu obejmującego szereg dodatkowych funkcji umożliwiających dalszy rozwój firmy za 7-10 milionów. Natomiast system pozwanego nadal obsługuje V., nie ma jednak (...) i uniemożliwia wdrożenie telefonii komórkowej, nie ma modułu CMR (k.691-692). Okoliczność, iż powódka nabyła system, który aktualnie postrzega jako uniemożliwiający dalszy rozwój firmy i wprowadzenie dalszych funkcjonalności, nie jest żadną podstawą do odstąpienia od umowy, pozwany nie jest bowiem odpowiedzialny za strategię powódki i oczekiwaną przez nią funkcjonalność systemu, nie zapisaną w postanowieniach umowy. Świadek D. N. przyznał przy tym, iż w 2006r istniało zapotrzebowanie na określone funkcjonalności, a z czasem z uwagi na szybki rozwój telekomunikacji zaczęło się rozszerzać (k. 691), co spowodowało zawarcie umowy z C..

Zlecenie przez powódkę w lipcu 2010r, we własnym zakresie monitorowania (...), bez udziału strony przeciwnej i bez możliwości weryfikacji uzyskanych wyników było sprzeczne z postanowieniami umowy łączącej strony, a uzyskany w ramach tego zlecenia dokument w postaci raportu z testów wydajnościowych systemu bilingowego S. sporządzony przez (...) SA (k. 122-160) jest w świetle opinii biegłych materiałem nieprzydatnym do oceny ewentualnej wadliwości systemu i nie poddającym się weryfikacji. Nie może zatem stanowić dowodu na przekroczenie (...) z przyczyn obciążających pozwanego. Biegli stwierdzili, iż występuje w nim duża rozbieżność między poszczególnymi seriami badań, których etiologii nie wyjaśniono. Uzyskane wyniki są bardzo słabo udokumentowane i skomentowane. Badania nie tylko nie zawierają diagnozy przyczyn uzyskanych wyników, ale niewiele wiadomo również o narzędziach badawczych, którymi się posłużono. Podkreślili, że pojawienie się błędu w systemie nie może być utożsamiane z błędem w programie, przyczyny tego stanu, rzeczy mogą być bowiem różne np. nieprawidłowa praca procesora, przegrzewanie pamięci, odłączenie kabla sieciowego, problemy sprzętowe ( e- protokół k. 1073). Ponadto z dowodów zebranych w sprawie wynika, iż testy wykonano na wersji programu (...) różniącej się funkcjonalnie od wersji odebranej w ramach etapu VI, z uwagi na modyfikacje funkcjonalności dokonane w latach 2009-2010 bez udziału pozwanego. Ponadto (...) były definiowane dla systemu obciążonego pracą 130 operatorów, a ilość licencji poza pozwanym została zwiększona do 300. Tymczasem z zeznań świadka J. K. (k. 767-770) wynika, iż testy były wykonywane dla takiej ilości użytkowników, która w tym czasie stosownie do ilości licencji użytkowała system. Od lipca 2010r na zlecenie powódki S. przystąpił do rozbudowy systemu modyfikując wszystkie procesy biznesowe pod kątem nowej usługi, co wobec istotnej zmiany oprogramowania wymagało zmian (...), ustalonych dla programu przed modyfikacją ( zeznanie świadka S. T. (3) k. 703-710). Testy były przy tym prowadzone w dniach 5,7, 26 lipca 2010r (k. 972).

Jedynym przedstawionym przez powódkę dowodem mającym wykazywać nie spełnianie przez system (...), była prywatna opinia wykonana na jej zlecenie, bez zapewnienia w badaniach udziału pozwanej i w świetle opinii biegłych nieprzydatna jako wiarygodny materiał dowodowy. Dodatkowo powódka po uzyskaniu wyników wbrew postanowieniom umowy ( §3 ust. 2 a aneksu nr (...) k. 98) nie powiadomiła o tym pozwanego, celem zapewnienia mu możliwości przeprowadzenia pomiarów potwierdzających zasadność zgłoszenia , a w razie jej potwierdzenia nie zapewniła możliwości przystąpienia do prac nad wykryciem przyczyny nieprawidłowości i jej wyeliminowaniem i

poprawieniem wydajności systemu. Tego rodzaju postępowanie sprzeczne z przyjętymi procedurami umownymi, nie może stanowić podstawy do odstąpienia od umowy.

Umowa łącząca strony przewidywała, iż pozwany miał dostarczyć certyfikat wydajności produktu z (...) Polska, przy zagwarantowaniu uczestnictwa przedstawicieli nabywcy podczas testów produktu. Certyfikat taki został sporządzony, a powódka miała dwukrotnie zagwarantowany udział w testach, choć nie brała w nich udziału ( zeznanie świadka P. S. k. 765). Testy zostały zakończone w październiku 2010r ( zeznanie świadka W. P. k. 580) i dostarczone powódce ( zeznania świadka D. N. k. 689). Wprawdzie zgodnie z opinią biegłych test jest na tyle ubogi w treść, iż nie pozwala na zweryfikowanie metodologii przeprowadzonych badań ( e- protokół k. 1073), nie zmienia to jednak faktu, że wymagany umową certyfikat został przez powódkę dostarczony. Co do testów (...), to miały być one jedynie monitorowane, a w przypadku rozbudowy platformy sprzętowej zgodnie z rekomendacją dostawcy, ich wykonanie miało potwierdzać osiąganie przez produkt poziomów wydajności (...) zaakceptowanych dla etapu VI ( k. 97 verte). Przeprowadzone przez S. pomiary w okresie od 6 stycznia 2010r do 21 lipca 2010r nie wykazały przekroczenia granicznych wartości (...) po rozwiązaniu problemu niestabilności w marcu 2010r (k.291 i zeznania świadków W. P. k. 580, L. G. k.699, S. T. (3) k.703-710, wyniki pomiarów (...) prowadzonych przez S. k. 381- 394 ). Również świadek M. N., wskazywał na stabilniejszą pracę systemu od lutego- marca 2010r. Po ustabilizowaniu systemu pozwany monitorował jego funkcjonowanie, uzyskując szereg potwierdzeń od użytkowników, że system działa stabilnie ( zeznania świadków L. G. k. 699, P. T. k. 703- 710, korespondencja mailowa w sprawie oceny pracy systemu k. 382-394).

Biegli stwierdzili, iż wyniki badań (...) prowadzone przez S. bez dostępu przez nich do architektury systemu są nieweryfikowalne, jednak to rzeczą powódki było wykazanie istotnej wady systemu. Nie sposób nie dostrzec, iż przeprowadzone przez strony badania doprowadziły do całkowicie odmiennych wyników, co zgodnie z postanowieniami umowy wymagało współpracy między stronami i weryfikacji uzyskanych danych. Pozwana wskazywała przy tym, iż (...) zostały zdefiniowane w kontrakcie bez uwzględnienia wprowadzenia przez V. nowych funkcjonalności. Tymczasem powódka już w połowie 2009r rozszerzyła zakres funkcjonalny systemu i zakres migracji ( pismo z 25 lutego 2010r k. 468), a następnie wprowadziła modyfikację procesów biznesowych pod kątem usługi (...). Po zawarciu aneksu nr (...) doszło do zmiany w zakresie pierwotnej wersji migracji danych co wynikało z migracji danych z przejętej przez powódkę (...) kablówki (...) Do systemu dodano kilkadziesiąt tysięcy abonentów, co wpłynęło na przesunięcie prac migracyjnych harmonogramu pierwotnego ( k. 462). Świadek M. N. potwierdził, że było to około 30.000 abonentów (k. 568). Powódka zwiększyła ilość obsługiwanych abonentów telefonii z 20.000 do 100.000 zł, przekraczając maksymalną ilość abonentów (...) (k. 488 verte).

W tej sytuacji, pozwana słusznie argumentowała, iż aby pomierzyć testy (...) jako warunek odbioru etapu VII należałoby je przededefiniować i powtórzyć pomiary. Podkreślała, że nawet wyłączenie nowych funkcjonalności i powrót do poprzednio zdefiniowanych interfejsów pozostawia inny niż na początku rozkład bazy danych, co nie daje gwarancji wygenerowania wyników jak przed zmianami ( k. korespondencja mailowa z 3 grudnia 2010r k. 379, 395).

Nieskuteczne jest zatem odwoływanie się przez skarżącą do opinii biegłych, którzy nie stwierdzili wady istotnej w rozumieniu art. 637§ 2 kc, a jedynie wadę z punktu widzenia subiektywnych potrzeb powódki, nie przesądzając w żadnym stopniu, że ujawniona niewydolność systemu nastąpiła z przyczyn obciążających dostawcę, a powódka zamówiła produkt czyniący jej oczekiwania co do jego wydajności usprawiedliwionymi. Na rozprawie w dniu 16 września 2013r ( e- protokół k. 1028) biegli jednoznacznie stwierdzili w odpowiedzi na zarzuty pozwanego, iż nie stawiali tezy, że system posiada wadę istotną. W ich przekonaniu w ramach dostępnego materiału dowodowego i braku precyzyjnej umowy stron nie sposób tego stwierdzić. Można jedynie przyjąć, że na datę kiedy użytkownicy wskazywali na powolną pracę systemu, miał on wadę istotną w odniesieniu do potrzeb biznesowych powódki, o ile założyć, że w tym czasie system miał działać w określonych reżimach czasowych ( e- protokół k. 1073). Wskazali również, iż w oparciu o akta sprawy nie da się zdiagnozować przyczyn spowolnień zwłaszcza, że na system informatyczny składa się nie tylko oprogramowanie ale również platforma sprzętowa, ludzie i interakcje które między tymi elementami systemu zachodzą. Rozważania biegłych i wnioski opinii są w tych okolicznościach w znacznej mierze teoretyczne i nie mogą stanowić podstawy do stwierdzenia, iż wada była istotna, a jej etiologia obciąża pozwanego.

Biegli skoncentrowali się przy tym na ocenach systemu przez użytkowników, po dokonaniu migracji, tymczasem w lutym- marcu 2010r nastąpiła stabilizacja systemu, a znaczna część użytkowników oceniła jego pracę pozytywnie, co pozwany wykazał załączając korespondencję mailową. W konsekwencji krytyczne uwagi użytkowników o systemie przed marcem 2010r nie mogą stanowić żadnej podstawy do oceny jego stanu po jego ustabilizowaniu w marcu 2010r. Istotą zagadnienia nie jest bowiem to czy system w wybranym odcinku czasowym działał niestabilnie, tylko czy miało to miejsce w dacie odstąpienia od umowy, a obserwowana wcześniej wadliwość nie została usunięta. Powódka nie dostarczyła materiału dowodowego wykazującego nieprzydatność systemu do umówionego użytku w dacie odstąpienia od umowy, a problemy w czasie wprowadzania nowych danych do systemu, strony przewidywały w umowie ( §3 aneksu nr (...) – k. 98). Ponadto biegli jednoznacznie stwierdzili, iż żaden z zapisów umów dotyczących tekstów funkcjonalnych i wydajnościowych nie definiuje kryteriów odbioru testów oraz wspólnego rozumienia ich istoty. Strony nie podały również żadnych mierzalnych wielkości, które mogłyby być poziomem odniesienia dla krytycznych oczekiwań nabywcy (k. 912-951).

W świetle opinii biegłych wadliwość mogła tkwić w samym produkcie, jego wadliwym wdrożeniu, niedostosowaniu platformy sprzętowej do produktu, nieumiejętnej obsłudze produktu przez użytkowników, zakupie produktu o architekturze niedostosowanej do rozmiarów działalności powódki i jej potrzeb biznesowych, przez ich niedostateczne zdefiniowanie i rozpoznanie na etapie zawierania kontraktu. Powódka w toku postępowania ograniczyła się do wykazania, iż produkt nie spełniał jej subiektywnych oczekiwań biznesowych w określonym odcinku czasowym, co nie może być utożsamiane z obiektywną wadliwością w stosunku do wymogów łączącej strony umowy.

Sąd Okręgowy nie miał podstaw do kwestionowania opinii biegłych, co nie pozostaje w sprzeczności z przyjęciem, iż powódka nie wykazała wady istotnej. Nie jest jasne na jakiej podstawie skarżąca twierdzi jakoby biegli odpowiedzialnością za niewykonanie umowy obarczali pozwanego. Biegli wielokrotnie w toku składania ustnej opinii zaznaczali, iż nie potrafią wypowiedzieć się co do etiologii obserwowanych przez użytkowników problemów z wydajnością systemu. W apelacji skarżąca dokonuje wybiórczej oceny opinii biegłych lub przypisuje biegłym wnioski, które z ich opinii, uwzględniając ustne wyjaśnienia złożone w toku dwóch rozpraw, nie wynikają.

Skarżąca po zapoznaniu się z wnioskami opinii biegłych i towarzyszącą im argumentacją nie domagała się uzupełnienia opinii, ani przeprowadzenia dalszego postępowania dowodowego, mimo spoczywającego na niej ciężaru dowodu. Stała przy tym na stanowisku, iż materiał dowodowy jest wystarczający do rozstrzygnięcia zgodnie z żądaniem pozwu (k.1105), którego to stanowiska Sąd Apelacyjny nie podziela. Zebrane przez biegłych (k. 1147-1175) krytyczne opinie użytkowników o systemie, są nieprzydatne do stwierdzenia, że stan taki istniał na dzień odstąpienia od umowy, a system nie spełniał wymogów umownych z przyczyn obciążających pozwanego. Zauważenia wymaga, iż analizowana przez biegłych korespondencja mailowa informująca o niestabilności systemu pochodzi z okresu od września 2009 do 3 marca 2010r (k. 1159-1163), takiego też głównie okresu dotyczą zeznania świadków złożone w toku niniejszego postępowania.

Z umowy łączącej strony wynikało, iż przewidywały one w czasie migracji danych ( etap VII) możliwość wystąpienia niestabilnej pracy systemu i z tego względu w aneksie nr (...) przewidziano określoną procedurę postępowania (k.98). Migracja (poza odziałem (...)) została przeprowadzona od kwietnia 2009 do grudnia 2009r ( zeznanie świadka M. N. k. 567). Po dokonaniu zmian w związku z niestabilną pracą systemu w lutym- marcu 2010r system zaczął pracować w miarę dobrze. ( zeznanie świadka M. N. k. 568). Z kolei z zeznań świadka A. R. (2) wynika, że system był niewydajny, od 2009r, natomiast aktualnie system pracuje lepiej, choć świadek nie potrafiła wskazać jakie są przyczyny tego stanu rzeczy (k. 572). Wyciąganie natomiast jakichkolwiek wniosków, co do niestabilności systemu, w oparciu o okres po odstąpieniu od umowy, w czasie gdy system nie był serwisowany przez S. ( X-XI 2011r) nie ma żadnego uzasadnienia ( zeznania świadków A. R. (2) i L. G. k. 700).

Biegli nie wykluczyli możliwości wypowiedzenia się co do ewentualnej wadliwości systemu w 2010r oparciu o przeprowadzenie jego oględzin, co było zależne od zastanych w systemie „ śladów”, które pozwolą zdiagnozować istniejący w 2010r stan rzeczy. W ten sposób możnaby stwierdzić jaka była wydajność systemu w 2010r w odniesieniu do realizowanych przez system procesów biznesowych. Powódka nie zgłosiła jednak wniosku dowodowego o

uzupełnienie opinii w tym zakresie, mimo spoczywającego na niej ciężaru dowodu ( e- protokół k. 1028). Zestawienie krytycznych opinii użytkowników o pracy systemu z okresu przed jego stabilizacją w marcu 2010r, w ogóle nie orientuje co do jego stanu w dacie odstąpienia od umowy. Nie wykazano również w żadnym stopniu etiologii obserwowanych problemów, biegli jednoznacznie bowiem stwierdzili, iż w oparciu o akta sprawy, nie sposób tego stwierdzić, a powódka nie składała dalszych wniosków dowodowych.

Powódka nie wykazała by wzywała pozwanego do usunięcia wad w rozumieniu art. 637§1 kc. Skarżąca zajmując stanowisko przeciwne nie rozróżnia wezwania do usunięcia wad przez wyznaczenie odpowiedniego terminu z zagrożeniem, że po jego bezskutecznym upływie nie przyjmie naprawy ( art. 637§1 kc) od zgłaszania nieprawidłowości w ramach świadczenia usług serwisowych zgodnie z załącznikiem nr 5 do umowy ( k. 47 verte- 49). W ramach świadczenia usług serwisowych usuwaniu podlegały nieprawidłowości oprogramowania lub sprzętu, które mogły być zgłaszane telefonicznie i pocztą elektroniczną w dni robocze, przy czym w ciągu roku od odbioru III etapu były realizowane w ramach gwarancji. (§8 umowy i załącznik nr 5). Zgłoszenia nieprawidłowości w ramach świadczenia usług serwisowych nie są wezwaniem do usunięcia wad. W tym celu powódka musiałaby sformułować tego rodzaju żądanie z zachowaniem trybu zawiadomień zgodnie z §17 umowy ( k. 17 verte). Zawiadomienie takie mogłoby zatem zostać złożone telefonicznie lub mailem przez osobę uprawnioną w stosunku do osób uprawnionych do odbioru zawiadomień, ale potwierdzone przez przesłanie faxu lub listu poleconego na adresy wskazane w §17 pkt 5 umowy. Jedyne pisma, które mogłyby być kwalifikowane jako wezwanie do usunięcia wad w rozumieniu art. 637§1 kc to pismo z 16 lutego 2010r (k. 118), które nie zawiera jednak wymaganego przez art. 637§1 kc wyznaczenia terminu na usunięcie wad z zagrożeniem, że po jego bezskutecznym upływie nie przyjmie naprawy. Pozwany do tego pisma dostosował się, skoro w marcu 2010r nastąpiła stabilizacja systemu ( zeznanie świadka M. N. k. 568). Trudno w tych okolicznościach pismo to traktować jako podstawę do odstąpienia od umowy w grudniu 2010r. Powódka nie przedstawiła żadnych dowodów by stan systemu obserwowany w lutym 2010r pozostawał bez zmian, a zebrane w sprawie dowody jednoznacznie temu przeczą. Pismo z dnia 15 marca 2010r jest jedynie korespondencją między stronami, z której nie wynika, by w dniu jego sporządzenia nadal istniała niewydolność systemu i nie zawiera żadnego żądania przystąpienia do usunięcia wad, ani zastrzeżenia rygору (k. 118). W kolejnych pismach wyszczególnionych w apelacji powódka wzywała jedynie pozwanego do przeprowadzenia testów, nie opatrując wezwań tych żadnym rygorem ( pisma z dnia 23 marca 2010r i z dnia 24 marca 2010r k. 120-121 oraz z dnia 24 marca 2010r). Wezwanie do wykonania testów adaptacyjno- wydajnościowych nie może być utożsamiane z wezwaniem do usunięcia wady w postaci niestabilności systemu, czyniącego rzecz nieprzydatną do umówionego użytku. Testy i certyfikaty miały jedynie potwierdzać stabilne działanie systemu i były warunkiem odbioru etapu VII, nie służyły natomiast do usuwania wad systemu, a co najwyżej do postawienia diagnozy, o stanie istniejącym. Zgodnie z opinią biegłych testowanie oprogramowania ma na celu sprawdzenie, czy działa ono w oczekiwany sposób czyli czy jest zgodne ze specyfikacją i oczekiwaniami użytkownika (k. 926-927). Nie sposób zatem wezwania do przeprowadzenia testów traktować jako wezwania do usunięcia istotnych wad systemu.

Powódka formułując tego rodzaju wezwania nie informowała jednocześnie pozwanego o wstrzymaniu migracji regionu (...) ( zeznania świadka L. G. k. 699-701) i domagała się testów jako warunku odbioru etapu VII (k.121), a nie ich przeprowadzenia w związku z obserwowaną niewydolnością systemu, która jak zeznał świadek M. N. zasadniczo została usunięta w lutym- marcu 2010r (k. 568). Co istotne po stabilizacji systemu pozwany między marcem a lipcem 2010r nie otrzymał żadnych wezwań lub informacji ze strony powódki wskazujących na istotną wadę systemu, jego niestabilność, uniemożliwiającą przeprowadzenie ostatniej fazy migracji i jego nieprzydatność do umówionego użytku ( zeznanie świadka L. G. k. 701). Brak formalnej decyzji odnośnie wstrzymania migracji regionu (...) i jednocześnie domaganie się testów adaptacyjno- wydajnościowych jako warunku zakończenia etapu VII nie było zgodne z umową łączącą strony. Brak decyzji powódki w tym przedmiocie mógł zasadnie wstrzymywać czynności pozwanej, w kwestii uzyskania certyfikatu I., ( po kolejnej fazie migracji badanie musiałoby być ponawiane) i ograniczenia się do monitorowania, co pozwany czynił, zwłaszcza, że umowa nie przewidywała wspólnych testów adaptacyjno- wydajnościowych, a jedynie weryfikację rozbieżnych wyników ( zeznanie świadka L. G. k. 701-702). W tych okolicznościach nie sposób zgodzić się z powódką jakoby w okresie od marca do października 2010r pozwany nie podjął żadnych czynności zmierzających do ostatecznego wykonania umowy.



Kwestia ta przyjęta przez Sąd Okręgowy jako przesłanka skutecznego odstąpienia od umowy, jest jednak pozbawiona znaczenia dla oceny uprawnienia powódki do odstąpienia od umowy z punktu widzenia regulacji art. 637§2 kc. Możliwość skorzystania z prawa odstąpienia od umowy w sytuacji gdy wady dzieła są nieusuwalne lub nie dadzą się usunąć w odpowiednim czasie nie jest w świetle art. 637§2 kc uzależniona od wcześniejszego wyznaczenia terminu na usunięcie wad ( por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 kwietnia 2003r, II CKN 1417/00, OSNC 2004/6/97). Dla skuteczności odstąpienia na tej podstawie prawnej niezbędne było jednak wykazanie, że wady były istotne, a dodatkowo albo nieusuwalne albo nie można ich usunąć w odpowiednim czasie. Powódka nie podjęła nawet próby wykazania, że wady były nieusuwalne, kwestia ta wymagała bowiem dowodu z opinii biegłego, a wnioski takie nie były przez skarżącą formułowane. Natomiast z przyczyn wyżej szczegółowo przytoczonych powódka nie wykazała, by wady dzieła były istotne. W tym kontekście traci na znaczeniu brak formalnego wezwania do usunięcia wad w rozumieniu art. 637§2 kc, który byłby przesłanką badaną na potrzeby oceny skuteczności odstąpienia od umowy, w przypadku wad istotnych, usuwalnych, które mogą być usunięte w czasie odpowiednim. Powódka nie wykazała także, by sygnalizowana przez nią wadliwość systemu nie mogła być usunięta w czasie odpowiednim, skoro wezwania dotyczące usunięcia problemów wydajnościowych systemu pochodzą z pierwszego kwartału 2010r, system w marcu 2010r został ustabilizowany, odstąpienie od umowy nastąpiło w grudniu 2010r, a jeszcze w dacie zamknięcia rozprawy przed sądem I Instancji powódka korzystała z systemu.

Odstąpienie od umowy na podstawie art. 637§2 kc w zw z art. 635 kc wymagało wykazania, nie tylko wystąpienia wady istotnej, ale również opóźnienia w realizacji zobowiązania obciążającego pozwanego. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy z szeregu dowodów wynika, iż powódka nie współdziałała przy wykonaniu zobowiązania jak tego wymaga art. 354§2 kc i umowa łącząca strony, nie może zatem przerzucać na dostawcę skutków swoich działań. Z dowodów zebranych w sprawie wynika, iż opóźnienie w wykonaniu umowy w zakresie jej etapu VII powstało z przyczyn obciążających powódkę. Pojawiające się problemy organizacyjne ze sprawnym wdrożeniem produktów wystąpiły głównie po stronie V. (zeznania świadka P. S. k. 763-767). Z niekwestionowanych w tej części ustaleń Sądu Okręgowego wynika, iż powódka nie przekazała wszystkich danych do migracji, a przyjęty przez nią tryb postępowania był niezgodny z §3 ust.2 aneksu nr (...) do umowy (k. 98). Strony przewidziały bowiem, iż nabywca może wstrzymywać kolejne fazy migracji danych w ramach etapu VII do czasów osiągnięcia poziomów wydajności (...). Podjęcie jednak takiej decyzji, nie może skutkować przyjęciem, iż pozwany jest w opóźnieniu z realizacją zobowiązania, skoro strony przewidziały procedurę postępowania w tej sytuacji. Trudno również obarczać pozwanego odpowiedzialnością za przyjęty na wniosek powódki, a zaakceptowany przez pozwanego, odbiegający od umowy harmonogram migracji danych do systemu, skoro wydłużenie czasu realizacji tego etapu nastąpiło zgodnie z oczekiwaniami powódki ( zeznania świadków A. C. k. 575, L. G. k. 698-699, P. T. k. 703-710, korespondencja mailowa w sprawie realizacji harmonogramu etapu VII k. 302-375 ). Nie sposób w tych okolicznościach twierdzić jakoby do grudnia 2009r kiedy zakończono kolejną fazę migracji pozwany był w zwłoce z wykonaniem umowy. Po tej dacie pozwany pracował nad stabilizacją systemu po migracji, co nastąpiło w marcu 2010r i oczekiwał na stanowisko powódki, co do migracji regionu (...), prowadząc równoległe testy (...).

Przed złożeniem oświadczenia w przedmiocie odstąpienia od umowy datowanego na 6 grudnia 2010r ( przesłanego 7 grudnia 2010r k. 161-166) powódka dwukrotnie odwołała ustalone przez strony terminy odbioru etapu VII, które wyznaczono na 15.11.2010r i 7.12.2010r). W tych datach pozwany dysponował certyfikatem wydajności produktu (k. 438) podsumowaniem migracji danych z systemu KABEL przeprowadzonymi w okresie od kwietnia 2009 do grudnia 2009r (k. 436), raportami potwierdzającymi warunek wykonania monitorowania parametrów (...) zgodnie z warunkami określonymi w aneksie nr (...) do umowy ( pismo z dnia 7 grudnia 2010r k.434, zeznania świadka W. P. k. 579-582), z uwzględnieniem niemożności ponoszenia odpowiedzialności za niewynikającą z umowy rozbudowę systemu.

Trudno w tych okolicznościach akceptować tezę, jakoby w dacie odstąpienia od umowy pozwany był w zwłoce z usunięciem wady istotnej systemu, która nie mogła być usunięta w odpowiednim czasie. Jedynym punktem spornym w związku z planowanym odbiorem etapu VII mogły być wyłącznie testy (...), co do których strony dysponowały rozbieżnymi danymi, do weryfikacji których nie przystąpiono przed odstąpieniem od umowy z przyczyn obciążających

powódkę, która odmówiła uczestnictwa w badaniach nad uzyskaniem certyfikatu I., dwukrotnie nie przystąpiła do procedury odbiorowej, nie poinformowała zgodnie z procedurami umownymi, iż wstrzymuje migrację regionu (...), a jednocześnie domagała się przeprowadzenia testów, równolegle nie stosując się do postanowień umowy, w zakresie liczby użytkowników systemu i wymogów sprzętowych, a dodatkowo przystępując do jego rozbudowy. Jednocześnie twierdząc, iż system jest nieprzydatny do umówionego użytku, powódka cały czas pracuje na nabytym od pozwanego systemie ( zeznania świadków G. S. k. 686, P. S. k. 766, oświadczenie pełnomocnika powódki k. 766). Nie wyklucza to oczywiście zgodnie z opinią biegłych ewentualnej wadliwości systemu, ale powódka nie przedstawiła na tą okoliczność przekonującego materiału dowodowego.

Nie sposób zgodzić się ze skarżącą jakoby Sąd Okręgowy nie miał podstaw do przyjęcia, iż nie współpracowała należycie z pozwanym przy wykonywaniu umowy.

Po pierwsze, powódka nie przestrzegała zasad wynikających z §4 ust.2 pkt 3 umowy używania produktu przy uwzględnieniu maksymalnej liczby stanowisk, maksymalnej liczby serwerów i procesorów i zakresu funkcjonalnego, ilości obsługiwanych abonentów i usług określonych w załączniku nr 1 i używała oprogramowania, z przekroczeniem maksymalnej liczby stanowisk określonych w załączniku nr 4 (k.47). Z umowy łączącej strony wprost przy tym wynika, iż sprzęt i oprogramowanie niezbędne do przeprowadzenia prawidłowej instalacji i późniejszej eksploatacji produktu był określany dla danej ilości sublicencji o których mowa w załączniku nr 4. Odmienne stanowisko skarżącej całkowicie pomija jednoznaczne postanowienia umowy w tym przedmiocie. Dla powódki powinno być zatem jasne, iż zwiększenie ilości użytkowników musiałoby się wiązać z wyższymi wymogami dla sprzętu i oprogramowania systemowego ( §7 ust. 6 umowy), niż określone w załączniku nr 3 do umowy. Brak współpracy z pozwanym w tym zakresie mógł powodować, iż sprzęt komputerowy i oprogramowanie systemowe określone w załączniku nr 3 mogło być niewystarczające do prawidłowego używania produktu zgodnie ze specyfikacją określoną w załączniku nr 1 i wpływać na wydajność pracy systemu i jego niezawodność. Ilości użytkowników mogły być oczywiście zwiększone, ale to wymagało automatycznie zmian umowy. Zwiększone ilości użytkowników wymagały zmiany konfiguracji systemu i konfiguracji sprzętu, a to wymagało współpracy ze strony powódki, która zasad tych nie przestrzegała ( pismo z 25 lutego 2010r k. 468, zeznania świadków L. G. k. 697, P. T. k. 703-710, W. F. k. 710-711, P. S. k. 763-767 ). Zwiększenie liczby licencji nie było przez powódkę kwestionowane, a potwierdza ją raport z kontroli produktu z 24 marca 2010r. oraz zeznanie świadka M. N., który potwierdził zakup 170 dodatkowych licencji pod koniec 2009r (k. 568), bez angażowania pozwanego (k.570). Pozwany wywnioskował z kolei, że system jest użytkowany przez większą ilość użytkowników, w oparciu o ustalenie, iż powódka zakupiła dodatkowe licencje, a taki stan rzeczy miał wpływ na wydajność systemu i wskaźniki (...) ( zeznania świadków A. C. k. 576, L. G. k. 697-703, P. S. k. 766). Uważna lektura zeznań świadka A. C. (k. 573-577) nie pozwala stwierdzić, by w jego przekonaniu wydajność systemu nie była związana z liczbą użytkowników jak na to wskazuje skarżąca, a pomiary (...) niewątpliwie dotyczyły wydajności systemu. Cytowanie wyrwanych z kontekstu zeznań świadka w apelacji (k. 1159 i k. 576) nie wspiera stanowiska skarżącej. Powódka zwiększyła również ilość obsługiwanych abonentów przekraczając maksymalną ilość 650.000 abonentów (...) (k. 47). Przekroczone były również czterokrotnie przyjęte w umowie ilości abonentów telefonii (k. 47). Według podsumowania realizacji etapu VII migracja objęła 662.104 abonentów (k. 436) nie uwzględniając zaplanowanej uprzednio do migracji (...) Telewizji (...). Bez znaczenia jest odwoływanie się do braku informacji ze strony S. o związku między ilością użytkowników ( licencji) i stabilną pracą systemu, skoro zakup ten odbywał się poza umową z pozwanym, w ramach której S. działał jako podwykonawca.

Przekroczenie w stosunku do zapisów umowy liczby użytkowników systemu oraz liczby abonentów mogło powodować przeciążenie systemu, spowolnienie jego pracy i niemożność przeprowadzania sprawnej obsługi serwisowej, skoro zakres zgłoszeń znacznie przekraczał granice umowy ( zeznanie świadków W. G. k. 578 , W. P. k. 581, L. G. k. 697). Świadek G. S. przyznał przy tym, iż zwykle ustalenie wskaźników (...), jest związane z ustaleniem maksymalnej liczby użytkowników systemu (k.684). Nie sposób jednak zgodzić się ze stwierdzeniem świadka jakoby w przypadku analizowanej umowy tak nie było, skoro nastąpiło w niej zdefiniowanie maksymalnej liczby użytkowników, co należy wiązać ze wskaźnikami (...). Z zeznań świadka S. T. (3) i P. S. wynika, iż dodatkowe licencje były nabywane na skutek interwencji S., która stwierdzała poprzez zdalny dostęp, że z systemu korzysta znacznie więcej użytkowników,

niż liczba nabytych licencji, co wskazuje na stosowaną przez powódkę politykę użytkowania systemu, nie tylko niezgodną z umową ale także prawem autorskim ( k. 703-710, 763-767). Biegli stwierdzili natomiast, iż dociążenie systemu przez zwiększenie ilości użytkowników i ilości danych może spowodować, że będzie on chodził wolniej lub znacznie wolniej. Jest to niewątpliwie zależne od architektury systemu ( e- protokół k. 1073 oraz k. 1173). Nie sposób zatem zgodzić się ze stanowiskiem skarżącej, która nadinterpretując opinię biegłych stwierdza, jakoby liczba wpływu użytkowników na wydajność systemu została negatywnie zweryfikowana przez biegłych. W świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego ocenianego w sposób kompleksowy, nie można podzielić stanowiska skarżącej jakoby pozwany gwarantował wydajność systemu nie warunkując go liczbą użytkowników.

Po drugie, z dowodów zebranych w sprawie wynika, iż po stronie powódki miały miejsce nieautoryzowane instalacje ( zeznania świadka W. P. k. 580). Powódka permanentnie naruszała zakaz instalowania obcych baz danych na serwerach i innego oprogramowania, co mogło rodzić problemy i wpływać na wydajność systemu ( zeznania świadka P. T. k. 703-710).

Po trzecie, powódka nie zapewniła platformy sprzętowej zgodnej z rekomendacją dostawcy, a w świetle aneksu nr (...) jedynie wówczas gwarantował on dotrzymanie przez system wskaźników wydajnościowych (...) zaakceptowanych dla etapu VI (k.97). Aby (...) zostały spełnione w trakcie i po migracji wszystkich ośrodków niezbędna była rozbudowa platformy sprzętowej, a brak realizacji tego warunku lub jego częściowe zrealizowanie w świetle postanowień umowy nie pozwala wyciągać żadnych sankcji wobec pozwanego. Rekomendacje dotyczące platformy sprzętowej zostały powódce przesłane 30 maja 2008r (k. 421 -431 oraz opinia biegłych k. 1164). Wynikało z niej, iż ma ona zapewnić spełnienie wskaźników wydajnościowych (...) zaakceptowanych dla etapu VI, po każdym z etapów migracji z systemu KABEL ujętych w etapie VII, aż do całkowitego zakończenia migracji, obsługiwanie systemu raportowego i środowiska testowego oraz uruchomienie nowego systemu bilingowego i CMR. Powódka informowała, iż rekomendacja sprzętowa została przez nią zrealizowana, ale później za pośrednictwem podwykonawcy pozwany ustalił, iż system na skutek nie zrealizowania w pełni rekomendacji i sposobu jego użytkowania odbiegającego od umowy jest przeciążony ( zeznania świadka A. C. k. 575). W 2008r powódka wprowadziła sprzęt nabyła, ale go jedynie częściowo zainstalowała, co mógł stwierdzić S. mając zdalny dostęp do systemu ( zeznania świadka W. F. k. 710-711). Z materiału dowodowego zebranego w sprawie wynika, iż platforma sprzętowa nabyta przez powódkę jeszcze pod koniec lutego 2010r nie była dostosowana do liczby użytkowników. Platforma sprzętowa była bowiem zaprojektowana pod konkretną liczbę użytkowników i abonentów, zatem częściowe zrealizowanie rekomendacji nie miało znaczenia dla szybkości pracy systemu znacząco przeciążonego w stosunku do postanowień umowy ( zeznania świadka L. G. k. 697). W tym czasie powódka wykupiła 300 licencji, a pracowała na sprzęcie dostosowanym do 130 użytkowników ( korespondencja mailowa k. 452 oraz pismo z 25 lutego 2010r, zeznania świadka P. T. k. 703-710). Fakt, iż powódka działała na sprzęcie o innej konfiguracji sprzętowej niż rekomendowana przez pozwanego potwierdza protokół z kontroli produktu z dnia 24 marca 2010r. (k.376-378). Oceny tej nie zmienia ogólnikowe stwierdzenie świadka M. N. „, w zasadzie wymieniliśmy cały sprzęt” oraz, że miało to miejsce w sierpniu 2008r, a platforma sprzętowa nie miała wpływu na wadliwe działanie systemu (k. 568), skoro przeczą temu dowody z dokumentów obrazujące wyniki przeprowadzonych w tym zakresie kontroli. Powódka wprowadziła zakupiła sprzęt, ale tylko do środowiska produkcyjnego i bez uwzględnienia zwiększonej ilości użytkowników systemu, co wpływało na przeciążenie systemu z przyczyn ją obciążających i wymagało jego dalszej rozbudowy sprzętowej ( zeznania świadka P. T. k. 703-710). Nie wydzieliła natomiast maszyn dedykowanych do raportowania oraz ewentualnego testowania nowych funkcji, a wszystkie operacje były wykonywane na tych samych serwerach. Ponadto powódka nie uruchomiła fizycznie części sprzętu w postaci serwerów baz danych, serwerów przetwarzania i prezentacji danych, co bardzo negatywnie wpływało na wydajność systemu ( pismo z dnia 25 lutego 2011 k.488-490, zeznania świadków W. P. k. 579-582, P. T. k. 703-710). Tymczasem z rekomendacji wynikało, że miały być osobne bazy produkcyjne, testowe i raportowe. Biegli stwierdzili przy tym, że w zależności od użytkowania systemu mogło mieć to wpływ na środowisko transakcyjne systemu (...) (k. 1174-1175). W tych okolicznościach nie przekonują zeznania świadka G. S., jakoby powódka trzymała się ściśle wskazówek pozwanego w zakresie rekomendowanej platformy sprzętowej (k. 683). Z zeznań świadka P. S. jednoznacznie wynika, iż powódka nie zrealizowała wymogów rekomendacji sprzętowej, co S. obserwował mając zdalny dostęp do systemu, a w takiej sytuacji formułowanie żądań co do spełnianie przez system wskaźników (...), nie ma technicznego i umownego umocowania i było traktowane

jako poszukiwanie pretekstu do zerwania umowy ( k. 763-767). Tą samą praktykę powódka kontynuowała również po odstąpieniu od umowy, co potwierdza pismo S. z dnia 18 listopada 2011r (k. 525-527). Zwraca uwagę, iż jeszcze w listopadzie 2011r, czyli prawie rok po odstąpieniu od umowy u powódki nie funkcjonowało środowisko testowe i środowisko raportowe. Biegli potwierdzili przy tym, iż braki sprzętowe mogły wpływać na wadliwe działanie systemu, choć nie potrafili się w tym przedmiocie wypowiedzieć kategorycznie ( e- protokół k. 1028 oraz opinia k. 1164-1175). Potwierdzili również, że powódka nie zrealizowała w pełni rekomendacji z 30 maja 2008r (k. 1174). Skarżąca cytując w apelacji wyrwane z kontekstu fragmenty opinii biegłych nie bierze pod uwagę ogólnych wniosków opinii, z których w żadnym stopniu nie wynika, by spełniła wymogi rekomendacji sprzętowej lub by ich nie spełnienie nie miało mieć wpływu na wydajność systemu. Wybiórczo cytuje również zeznania świadków, pomijając, iż z kompleksowej oceny materiału dowodowego ewidentnie wynika, iż umowa nie została przez nią w tym zakresie zrealizowana. Skoro umowa stron zakładała, że gwarancja osiągania przez system wskaźników (...) obowiązuje tylko przy zapewnieniu określonej platformy sprzętowej, nie zrealizowanie rekomendacji sprzętowej jest jednoznaczne z niemożnością formułowania wobec pozwanej żądań w zakresie osiągania przez system współczynników (...).

Wbrew stanowisku powódki zeznania świadków co do realizacji rekomendacji sprzętowej nie są spójne, biegli niewątpliwie stwierdzili, iż rekomendacja nie została zrealizowana, a powódka nie wykazała by brak realizacji przez nią umowy nie miał wpływu na współczynniki (...). Skoro pozwana wykazała, że rekomendacja przez powódkę nie została wykonana, a powódka twierdzi, że nie powinno mieć to wpływu na wydajność systemu, na niej spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie ( art. 6 kc).

Po czwarte, powódka dokonała rozbudowy systemu poza umową z pozwanym (k.9), a jednocześnie czyniła go odpowiedzialnym za funkcjonowanie rozbudowanego systemu, co nie ma racjonalnego uzasadnienia, w przepisach umowy łączącej strony. Niewątpliwie pozwany nie składał w umowie żadnych zapewnień co do spełniania przez system rozbudowany bez jego udziału wskaźników (...). Bez znaczenia jest okoliczność, iż rozbudowa ta nastąpiła z udziałem spółki (...), będącego podwykonawcą pozwanego, skoro w tym zakresie S. nie działał jako podwykonawca. Zgodnie z §1 ust.3 umowy podwykonawcy mogli działać tylko w ramach umowy i wówczas dostawca odpowiadał za ich czynności jak za własne. Próba rozszerzenia tej odpowiedzialności na stosunki umowne łączące S. z powódką nie znajduje żadnego uzasadnienia w przepisach umowy łączącej strony. Powódka nie była informowana o dodatkowych umowach między S., a powódką ( zeznania świadka L. G. k. 700). Nie może też odnieść zamierzonego skutku domaganie się testów (...) przeprowadzonych na rozbudowanym, nie objętym umową systemie. Na znaczne rozbudowanie platformy (...) z pominięciem pozwanego, a tym samym brak wymaganej współpracy przy wykonywaniu umowy, pozwany zwracał uwagę w piśmie z 3 marca 2010r (k. 469). Świadek M. N. przyznał, iż w lutym lub marcu 2010r we współpracy z S. dokonano zmian w kodzie źródłowym i od tego czasu system zaczął działać w miarę dobrze ( k.568). Zauważenia wymaga, iż poza sporem pozostaje, iż powódka cały czas, mimo upływu pięciu lat od odstąpienia od umowy, korzysta z systemu (...), który w ramach niniejszego postępowania uznaje za nieprzydatny do umówionego użytku, a dodatkowo korzysta z pomocy S. przy jego rozbudowie ( oświadczenie z dnia 5 grudnia 2011r – k. 538, zeznania świadka M. N. k. 568 ). Jeszcze przed odstąpieniem od umowy i odwołaniem pierwszego terminu ustalonego celem odbioru etapu VII powódka 16 listopada 2010r zawarła odrębną umowę z S. o świadczenie usług serwisowych i doradztwo informatyczne. Z umowy tej wynika, iż system był modyfikowany na podstawie odrębnych zamówień powódki do S. z dnia 13 kwietnia 2010r i 15 czerwca 2010r na dostosowanie procesów obsługi klienta do świadczenia usługi (...) (k. 631-651, 735-743). Z jednej zatem strony powódka zdecydowała się bez udziału pozwanego pozaumownie rozbudowywać system, a z drugiej strony nie zajmując jednoznacznego stanowiska w kwestii wstrzymania ostatniej fazy migracji danych, domagała się przeprowadzenia testów na systemie rozbudowywanym, bez udziału pozwanego, co nie może być akceptowane. Z zeznań świadka G. S. wynika, iż powódka traktowała pozwanego i S. jako tego samego wykonawcę (k. 685), co nie miało żadnego prawnego uzasadnienia i być może przyczyniło się do rozbudowy systemu bez udziału pozwanego i czynienie go jednocześnie odpowiedzialnym za stabilną pracę systemu po rozbudowie. Świadek S. T. (3) przyznał przy tym, iż rozbudowa systemu w lipcu 2010r zdecydowanie mogła mieć wpływ na możliwość osiągnięcia wskaźników (...) przewidzianych umową ( k. 703-710). Nie sposób zgodzić się z tezą skarżącej jakoby system rozbudowano po przeprowadzeniu testów wydajnościowych (...), w przededniu odstąpienia od umowy. Testy (...) przeprowadzono przecież w lipcu 2010r, a od umowy odstąpiono w grudniu 2010r, w sytuacji gdy do modyfikacji systemu przystąpiono

w czerwcu- lipcu 2010r. Ostatnia faza testów (26 lipca 2010r) przeprowadzona została na pewno po wprowadzeniu do systemu znacznych zmian funkcjonalnych (k.381). Natomiast wyniki badań z pierwszej połowy lipca 2010r nie są miarodajne z przyczyn wskazanych przez biegłych.

Po piąte, wszystkie VI etapów zostało odebranych, a etap VII niewątpliwie wymagał ścisłej współpracy między stronami dla zachowania przyjętego harmonogramu migracji danych. Z dowodów zebranych w sprawie wynika, iż harmonogram nie był realizowany z przyczyn obciążających powódkę, która nie przekazała wszystkich danych do migracji, rozszerzyła zakres migracji w stosunku do postanowień umowy, żądała przeprowadzenia czynności w dni wolne od pracy, co nie wynikało z umowy. Migracja odbyła się w takim harmonogramie w jakim powódka była gotowa przekazać dane do migracji, a było to z opóźnieniem w stosunku do harmonogramu umownego ( zeznanie świadka L. G. k. 698). Między stronami poza sporem pozostawało, iż powódka nie przekazała danych bilingowych systemu E. ( pismo z dnia 18 maja 2011r k.505-506, zeznanie świadków A. C. – k. 577, G. S. k. 686). Powódka mogła zgodnie z umową wstrzymać migrację regionu (...) z uwagi na obawy o wydolność systemu, ale powinna poinformować o tym pozwanego, tymczasem pozwany został poinformowany pierwotnie o wstrzymaniu migracji E. ( (...) Telewizji (...)), z uwagi na brak gotowości powódki do jej przeprowadzenia (k. korespondencja mailowa k. 395 verte, zeznanie świadka W. P. k. 579-582). Powódka nie wykazała, by zgodnie z procedurą umowną wstrzymała migrację tego zakładu, brak w tej sprawie jakiegokolwiek pisma, a powódka na pismo takie nie wskazuje ( świadek M. N. informacji takiej nie przekazywał k. 569). O przekazaniu pozwanej stosownej informacji w tym przedmiocie zeznał świadek G. S. (k. 686), ale nie znajduje to potwierdzenia w korespondencji, która miała być wymieniona zgodnie z postanowieniami umowy. Nie jest zatem jasne kiedy pozwany oficjalnie powziął wiedzę, iż powódka wstrzymuje migrację z obawy o wydolność systemu i na jakiej podstawie powódka formułuje wniosek, że wiedzę taką pozwany posiadał ( zeznanie świadka D. N. k. 691). Dopiero na monity pozwanego była przekazana informacja, że przyczyną braku gotowości powódki do migracji jest niestabilna praca systemu ( zeznanie świadka W. P. k.579-582), nie jest jednak jasne kiedy dokładnie informacja taka została przekazana i czy nastąpiło to w trybie zgodnym z umową. Nie przekazanie danych do migracji, nie podjęcie decyzji o jej wstrzymaniu, a jednocześnie domaganie się przeprowadzenia testów końcowych, świadczą o niekonsekwentnej postawie powódki, która nie może obarczać pozwanego. Z pism powódki dotyczących przeprowadzenia testów nie wynika, by zrezygnowała z migracji regionu (...). Jeżeli zamiarem powódki nie było obejmowanie go migracją z uwagi na funkcjonowanie w nim sprawnego systemu bilingowego E., to nie należało regionu tego obejmować migracją w umowie ewentualnie zakomunikować drugiej stronie, decyzję o wstrzymaniu migracji.

Sąd Apelacyjny nie podziela stanowiska Sądu Okręgowego, co do przedawnienia żądania dochodzonego pozwem w zakresie VI etapów odebranego dzieła z uwagi na regulację art. 646 kc. Strony łączyła jedna umowa, wykonywana wieloetapowo. Nie ma żadnych podstaw do przyjęcia jakoby strony łączyło siedem odrębnych umów o dzieło, a stanowisko Sądu w tym zakresie sprzeczne jest z umową łączącą strony. Nie sposób zatem twierdzić, przed zakończeniem VII, ostatniego etapu, jakoby dzieło było zakończone i oddane w rozumieniu 646 kc. Sąd Okręgowy prezentując tego rodzaju stanowisko, utożsamiające dzieło z etapami wykonania umowy, w żaden sposób nie odniósł się do umowy łączącej strony. Tymczasem w §7 ust.3 umowy strony wyraźnie przewidziały, że wdrożenie zostanie zakończone odbiorem końcowym całości przedmiotu umowy po ukończeniu etapu VI ( później VII), co oznacza, iż nie traktowały poszczególnych etapów wdrożenia jako odrębnych dzieł. Zarzut naruszenia art. 117§1 kc w zw z art. 646 kc jest zatem uzasadniony, co nie ma jednak znaczenia, wobec bezzasadności zarzutów dotyczących merytorycznej zasadności żądania.

Z przyczyn wyżej szczegółowo przytoczonych uznając, iż wyrok Sądu Okręgowego odpowiada prawu, na podstawie art. 385 kpc orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono na podstawie art. 108§1 kpc, 98§3 kpc, 99 kpc w zw z §6 pkt 7 i § 12 ust.1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego

ustanowionego z urzędu ( Dz.U. z 2013r, poz.490) na zasadzie odpowiedzialności za wynik sporu w postępowaniu apelacyjnym.

Sprostowania oczywistej omyłki w rubrum zaskarżonego wyroku w zakresie niewłaściwej odmiany nazwy powódki dokonano jak w punkcie I wyroku na podstawie art. 350§3 i 1 kpc.