

Sygn. akt V ACa 461/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 8 listopada 2012 r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący :	SSA Zofia Kołaczyk (spr.)
Sędziowie :	SA Urszula Bożałkińska SA Tomasz Pidzik
Protokolant :	Mirosław Kruk

po rozpoznaniu w dniu 25 października 2012 r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki Akcyjnej w K. (poprzednio Fabryka (...) Spółka Akcyjna w K.)

przeciwko (...) Spółce Akcyjnej w K.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 26 kwietnia 2012 r., sygn. akt XIII GC 392/09

oznaczając stronę powodową jako (...) Spółka Akcyjna w K. oddała apelację i zasądza od pozwanej na rzecz powódki kwotę 5.400 (pięć tysięcy czterysta) złotych tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt V ACa 461/12

UZASADNIENIE

Pozwem skierowanym przeciwko (...) Spółce Akcyjnej w K. powódka Fabryka (...) Spółka Akcyjna w K. wniosła o zapłatę kwoty 40 261 950 złotych wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 10 listopada 2009 roku i kosztami postępowania. Motywując swoje żądanie podała, że zawarła z pozwaną dwie umowy o współpracy – pierwszą w dniu 11 stycznia 2008 roku, drugą – w dniu 5 czerwca 2008 roku, na mocy których strony miały w równym stopniu partycypować w realizacji zamówień pozyskanych w ramach kredytu rządowego dla kontrahentów z Chin. Strony zastrzegły, że w razie naruszenia postanowień umowy o współpracy dotyczących zasad partycypowania w realizacji zamówień, naruszający obowiązany będzie do zapłaty kary umownej w wysokości 15 % pozyskanego kontraktu. W

dniu 14 czerwca 2008 roku pozwana zawarła z (...) umowę, w oparciu o ofertę przygotowaną wspólnie przez obie strony. Kontrakt wszedł w życie dnia 27 listopada 2009 roku a następnie, został zmieniony aneksem z dnia 24 maja 2009 roku. Wartość kontraktu nie uległa zmianie i wynosiła 85 000 000 USD. Pozwana poniosła szereg kosztów związanych z przygotowaniem oferty i przedłużającymi się negocjacjami, a powódka wyrażała zgodę na ich stosunkowe rozdzielanie pomiędzy strony. W trakcie realizacji kontraktu, pozwana zleciła spółce zależnej powódki wykonanie prac stanowiących zaledwie 5 % pierwszej części kontraktu, czyli 0,4 % wartości całego kontraktu. Tym samym pozwana pozyskała z naruszeniem umowy o współpracy zamówienie szczegółowo określone w aneksie z dnia 24 maja 2009 roku, na kwotę 85 000 000 USD, albowiem nie dokonała równego podziału realizacji tego zamówienia z powódką lub jej spółką zależną (...) S.A. Zobowiązana jest zatem do zapłaty na rzecz powódki kary umownej, której wysokość, przy uwzględnieniu wartości pozyskanego zamówienia, wynosi 12.750.000 USD, to jest 40.261.950 zł.

W odpowiedzi na pozew pozwana wniosła o oddalenie powództwa w całości. Wskazała, że w umowie o współpracy z 11 stycznia 2008 roku strony nie określiły wyraźnie, że pozyskane zamówienia od kontrahentów chińskich rozdzielane będą równomiernie między spółki zależne obu podmiotów. O tym wspominała jedynie preambuła umowy, która nie ma charakteru wiążącego. Dopiero w umowie o współpracy z dnia 5 czerwca 2008 roku, jako przyszłych producentów obudów zmechanizowanych objętych przetargiem ogłoszonym przez stronę chińską, wskazano spółki zależne tj. (...) S.A i (...) S.A. Kontrakt ze spółką (...) zawarty dnia 14 czerwca 2008 roku wymagał przeprowadzenia międzynarodowej procedury mającej doprowadzić do jego wejścia w życie, co było czasochłonne. Wówczas okazało się także, że niemożliwym będzie zrealizowanie umowy, w terminach w niej przewidzianych. Strona chińska, fakt opóźnień w wejściu w życie kontraktu, uznała za przesłankę do jego anulowania.

W styczniu 2009 roku pozwana rozpoczęła negocjacje z kontrahentem, odnośnie nowych terminów dostaw, których przedmiotem miały być obudowy hydrauliczne o innych parametrach niż te pierwotnie objęte kontraktem. Ponadto, przedstawiciele chińskiego zespołu negocjacyjnego sformułowali względem strony polskiej żądanie, aby wyłącznym projektantem i producentem dostarczonych obudów był (...) S.A. Wynikało to z obawy, czy obudowy produkowane przez różne podmioty będą wzajemnie wymienne, a nadto inżynierowie chińscy mieli zastrzeżenia co do merytorycznego poziomu dokumentów projektowych przedstawionych im przez przedstawicieli powódki. Wobec powyższego, w aneksie jako producenta obudowy wskazano wyłącznie (...) S.A. W ocenie pozwanej podpisanie aneksu do umowy było jednoznaczne z zawarciem nowego merytorycznie kontraktu, albowiem zmianie uległ nie tylko termin dostawy, ale także ich przedmiot, parametry techniczne i ceny jednostkowe. Niezmieniona pozostała wartość ogólna kontraktu, co było konieczne z uwagi na uniknięcie ponownego zatwierdzenia kontraktu przez (...). W konsekwencji, szczegółowa umowa o współpracy z dnia 5 czerwca 2009 roku utraciła rację bytu, wskutek następczej niemożliwości świadczenia. Pozwana podniosła także, iż zamówione przez (...) S.A. wyroby, zostały wykonane przez (...) S.A. niezgodnie z ich specyfikacjami technicznymi, co zostało zakwalifikowane jako nienależyte wykonanie zobowiązania i popadnięcie w zwłokę przez (...) S.A. Został wyznaczony dodatkowy termin do wykonania zobowiązania w trybie art. 491 k.c. Wady nie zostały jednak całkowicie usunięte, co skutkowało złożeniem przez (...) S.A. oświadczenia o odstąpieniu od umowy w części dotychczas niewykonanej. Wadliwość produktów powstrzymała jednocześnie pozwaną przed dalszą współpracą z (...) S.A., zwłaszcza wobec faktu, iż nie była zobowiązana do dalszego dzielenia zamówień z (...) S.A. w związku z wygaśnięciem szczegółowej umowy współpracy z dnia 5 czerwca 2008 roku, wskutek zawarcia aneksu z dnia 24 maja 2009 roku do kontraktu chińskiego. Zleciła więc wykonanie części prac innym podmiotom zewnętrznym. Odnosząc się do zasadności żądania zapłaty kary umownej pozwana zaznaczyła, iż zastrzeżona została ona na wypadek naruszenia prawa partycypacji, a więc braku realizacji zamówienia w ogóle, nie odnosząc się do procentowego jego określenia. Skoro zaś powierzono (...) S.A. realizację części zamówienia, nie wykluczając udziału

w dalszych etapach, to prawo partycypacji nie zostało naruszone. Ponadto, pozwana podniosła, że niewykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. W jej ocenie, to strona chińska wymusiła, aby wykonawca całości robót był (...) S.A., o którego produktach wiedziała, iż są niezawodne, a podzespoły produkowane przez (...) S.A. i (...) S.A. nie były ze sobą spójne. Tym samym pozwana nie miała realnego wpływu na decyzję kupującego. Zatem realizacja szczegółowej umowy z dnia 5 czerwca 2008 roku stała się niemożliwa z przyczyn niezależnych od pozwanej, co wyklucza jej odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania

zobowiązania. Z ostrożności procesowej pozwana podniosła także zarzut przedwczesności powództwa, albowiem nie można wykluczyć, aby w przyszłości miało dojść do zawarcia umowy wykonawczej wobec umowy ramowej z dnia 11 stycznia 2008 roku.

Powódka w piśmie procesowym z dnia 9 lutego 2010 roku podkreśliła, iż zasada równego podziału zysku została zapisana nie tylko w preambule umowy współpracy, ale także w załączniku do tej umowy, będącym treścią raportu, jaki obie spółki miały opublikować, informując o zawarciu tej umowy. Powódka zakwestionowała również prawdziwość twierdzenia pozwanej, jakoby inżynierowie chińscy mieli zastrzeżenia do merytorycznego poziomu dokumentów projektowych przedstawianych przez powódkę lub (...) S.A. Przeczą temu uzgodnienia techniczne dotyczące obudów, będących przedmiotem negocjacji. Odnosząc się do zgłoszenia reklamacji, co do wyprodukowanych przez (...) S.A. wyrobów powódka zaznaczyła, iż w lipcu 2009 roku (...) S.A. dokonał kilkakrotnie odbioru przedstawionych mu siłowników bez zastrzeżeń, stwierdzając zgodność ich wykonania z danymi zawartymi w dokumentacji technicznej i towar został zwolniony do wysyłki. Dopiero 22 sierpnia 2009 roku zanegowano jakość tych wyrobów, które uprzednio zostały odebrane bez zastrzeżeń. Reklamacje nie zostały uwzględnione w tej części, w której stwierdzone uszkodzenia wynikały z nieumiejętnego demontażu, przy którym nie uczestniczył przedstawiciel powódki. Ponadto usterki nie były istotne z punktu widzenia przeznaczenia i jakości pracy urządzeń.

W kolejnych pismach procesowych strony pottrzymały swoje stanowiska sprawie. Przed zamknięciem rozprawy pozwana z ostrożności procesowej wniosła o miarkowanie kary umownej w kontekście okoliczności niniejszej sprawy i równolegle toczących się spraw o odszkodowanie.

Wyrokiem z dnia 26 kwietnia 2012 roku Sąd Okręgowy w Katowicach, w sprawie o sygn. akt XIII GC 392/09 zasądził od pozwanej (...) Spółki Akcyjnej w K. na rzecz powódki Fabryki (...) Spółki Akcyjnej w K. kwotę 840 261 950 złotych z ustawowymi odsetkami od dnia 13 listopada 2009 roku. W pozostałym zakresie Sąd powództwo oddalił. Ponadto opisywanym wyrokiem Sąd zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 107 217 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu.

Rozstrzygnięcie zostało oparte na następujących ustaleniach i wnioskach:

W latach 2006 – 2007 pozwana realizowała kontrakt na dostawę maszyn górniczych do Chin. Po przeprowadzonych negocjacjach strony, konkurujące dotychczas na rynku producentów maszyn górniczych zdecydowały się nawiązać współpracę celem pozyskania kontrahentów z Chińskiej Republiki Ludowej, wykorzystując w tym celu kredyt celowy udzielany przez Rząd Rzeczypospolitej Polskiej. Założeniem tej współpracy miała być równość partnerów w realizacji zamówień.

Dnia 11 stycznia 2008 roku została zawarta umowa o współpracy, w której preambule wskazano, iż wolą stron jest równomierne rozdzielanie zamówień pozyskanych od kontrahentów chińskich i finansowanych z kredytu rządowego. Jako kontrahenta wskazano (...) lub firmę reprezentującą, a przedmiotem umowy były urządzenia w postaci zmechanizowanych kompleksów ścianowych, na które zamówienia miały zostać pozyskane przez strony na rynku chińskim. Umowa określała zasady współpracy stron, w szczególności poprzez utworzenie konsorcjum, które miało za zadanie w szczególności przygotować i złożyć ofertę przetargową, a następnie wspólnie realizować zadanie. Liderem konsorcjum miała zostać pozwana, posiadająca umocowanie do prowadzenia korespondencji z zamawiającym. Umowa przewidywała także, iż w przypadku pozyskania przez jedną ze stron lub jej podmioty zależne lub powiązane zamówienia od kontrahenta finansowanego z kredytu rządowego z naruszeniem postanowień niniejszej umowy przewidujących prawo partycypacji drugiej strony w realizacji zamówienia, strona naruszająca umowę zapłaci drugiej stronie karę umowną w wysokości 15 % wartości pozyskanego kontraktu. Strony postanowiły także, iż po podpisaniu niniejszej umowy opublikują raporty bieżące, w których podadzą do publicznej wiadomości, iż zawarta przez nich umowa o współpracy przewiduje równy podział realizacji pozyskanych zamówień.

Dnia 12 stycznia 2008 roku został opublikowany raport bieżący nr (...), w którym pozwana podała, iż zawarła z powódką umowę o współpracy celem pozyskania zamówień na rynku chińskim, która przewiduje równy podział realizacji pozyskanych zamówień. Ogłoszony przez stronę chińską przetarg nie przewidywał możliwości złożenia oferty

przez konsorcjum, wobec czego strony postanowiły, że oferta zostanie złożona przez pozwaną, jednakże zamówienie będzie realizowane wspólnie przez obie spółki. Powyższe znalazło odzwierciedlenie zarówno w postanowienia zawartej następnie przez strony umowy o szczegółowej współpracy, jak i w postanowieniach kontraktu z partnerem chińskim. W dniu 5 czerwca 2008 roku zawarto szczegółową umowę o współpracy, której stronami oprócz powódki i pozwanej były także Fabryka (...) S.A. oraz Fabryka (...) S.A.

Umowa ta stanowiła realizację postanowień wynikających z umowy o współpracy z dnia 11 stycznia 2008 roku. Przewidywała, iż oferta zostanie złożona przez pozwaną, a poddostawcą części maszyn, w ilości odpowiadającej 50 % wartości zamówienia złożonego przez Kontrahenta, pomniejszonej o uzgodnione przez strony narzuty, będzie (...) S.A., spółka wchodząca w skład (...). Po rozstrzygnięciu przez kontrahenta ogłoszonego przetargu i podpisaniu przez niego umowy z (...) S.A. (zwanej kontraktem (...)), pozwana i (...) S.A. miały w terminie 7 dni podpisać umowę na dostawę sekcji zmechanizowanych obudów ścianowych, zwaną umową wykonawczą. Umowa ta miała wejść w życie z datą wejścia w życie kontraktu (...)(§ 1 ust 2 oraz § 3 ust. 2 umowy). Jednocześnie strony dokonały podziału prac dla kontraktu (...), zastrzegając, iż w przypadku zmiany ceny i ilości sekcji w trakcie negocjacji z kontrahentem, dokonają weryfikacji podziału prac, z zachowaniem uzgodnionej proporcji (§ 3 ust 2 umowy). Strony postanowiły także, iż po podpisaniu przez pozwaną umowy z Kontrahentem opublikują komunikat, w którym wskażą, że udział pozwanej w przetargu stanowi realizację postanowień umowy o współpracy z dnia 11 stycznia 2008 roku oraz że 50 % dostarczanych maszyn zostanie wykonanych przez (...) S.A. (§ 6 umowy). Strony zastrzegły także, iż niniejsza umowa stanowi kontynuację uzgodnień pomiędzy stronami, zapoczątkowanych zawarciem umowy z dnia 11 stycznia 2008 roku i jeżeli nie zawiera ona postanowień odmiennych od dotychczasowych ustaleń, przyjmuje się, że dotychczasowe uzgodnienia i ustalenia pozostają w mocy (§ 7 ust. 3 umowy).

Dnia 14 czerwca 2008 roku została zawarta umowa nr (...) pomiędzy (...) działającą jako przedstawiciel handlowy użytkownika końcowego oraz pozwaną, w ramach projektu zakupu przez spółkę (...) obudów mechanicznych przy wykorzystaniu kredytu udzielonego przez rząd Polski. Przedmiotem umowy była sprzedaż przez pozwaną obudów hydraulicznych, na które składały się elementy wyszczególnione w załącznikach do umowy. Całkowita kwota umowy wносиła 85.000.000 USD. Czas i miejsce dostarczenia urządzeń określał załącznik nr (...) do umowy. W umowie postanowiono także, iż jeżeli w ciągu 85 dni od podpisania umowy Ministerstwo Finansów ChRL lub Ministerstwo Finansów RP nie będą mogły zatwierdzić umowy, kupujący, sprzedający i użytkownik końcowy powinni spotkać się w celu rozwiązania tego problemu (pkt 18.5 umowy). Natomiast w myśl pkt 19.2 umowy, umowa wchodzi w życie 15 dni od otrzymania przez Ministerstwo Finansów ChRL ze strony Ministerstwa Finansów RP pisemnego powiadomienia o zatwierdzeniu wejścia w życie umowy.

Dnia 16 czerwca 2008 roku opublikowany został raport bieżący nr (...), w którym pozwana informowała o zawarciu w dniu 14 czerwca 2008 roku powyższej umowy z kontrahentem chińskim. W raporcie wskazano także, iż umowa została pozyskana wspólnie z powódką, w wykonaniu umowy o współpracy i jej wykonanie nastąpi poprzez równy podział realizacji zamówienia.

W toku spotkań przedstawicieli powódki i pozwanej ustalono podział prac w ramach projektu (...). Jednocześnie miały miejsce spotkania z partnerem chińskim, który wyraził zadowolenie z faktu, iż po drobnych modyfikacjach obudowa firmy (...) S.A. była w pełni kompatybilna z obudową firmy (...) S.A.

Firmy (...) S.A. i (...) S.A. przystąpiły do wykonania pewnych części obudów, mając na uwadze wskazany w kontrakcie termin wykonania umowy, pomimo że kontrakt nie został jeszcze zatwierdzony przez OECD.

Dnia 2 września 2008 roku Ministerstwo Finansów RP otrzymało z Ministerstwa Finansów ChRL informację o zaaprobowaniu przedmiotowego kontraktu, a następnie jego notyfikację przekazało do OECD.

W związku z wydłużającą się procedurą zatwierdzenia umowy, pozwana pismem

z dnia 16 września 2008 roku poinformowała kontrahenta chińskiego, iż niemożliwym będzie dotrzymanie terminów dostaw wskazanych w umowie.

Pismem z dnia 14 października 2008 roku (...) S.A. zwróciła się do pozwanej o zajęcie stanowiska w związku z brakiem sporządzenia umowy wykonawczej. W odpowiedzi pozwana wskazała, iż kwestia wejścia kontraktu w życie opiera się na procedurach niezależnych od niej, a na obecnym etapie nie jest możliwe zaplanowanie szczegółowych procesów produkcyjnych.

Pismem z dnia 12 listopada 2008 roku Ministerstwo Finansów RP poinformowało pozwaną, iż zaakceptowało do finansowania kontrakt pozwanej o wartości 85 mln USD i skierowało kopię pisma w tej sprawie do Ministerstwa Finansów ChRL.

Umowa weszła w życie po 15 dniach, to jest z dniem 27 listopada 2008 roku.

Pismem z dnia 20 listopada 2008 roku pozwana zapewniła kontrahenta chińskiego o woli kontynuowania współpracy w oparciu o zawartą umowę. W odpowiedzi (...) poinformowała, iż zakupiła już krajowe sekcje obudowy. Jednocześnie podała, iż potwierdza anulowanie parafowanej umowy na projekt zakupu sekcji obudowy hydraulicznej w ramach kredytu rządu polskiego. W piśmie z dnia 25 grudnia 2008 roku spółka ta wskazała, iż zawarta umowa zawierała warunek, iż zostanie zatwierdzona przez Polskie Ministerstwo Finansów w ciągu 85 dni, co nie zostało dotrzymane. Skoro nie został spełniony ten warunek, umowa nie zaczęła obowiązywać, a zatem nie jest prawnie wiążąca dla obu stron. Wyrażono także wolę prowadzenia negocjacji handlowo – technicznych w sprawie nowych modeli sekcji obudowy.

Pozwana uzyskała wówczas zgodne opinie prawne, w myśl których kontrakt wszedł w życie, jednakże jego wyegzekwowanie zgodnie z prawem chińskim mogłoby się odbyć z dużymi trudnościami. Przystąpiono zatem do negocjacji z partnerem chińskim. W ich wyniku zamówienie użytkownika końcowego uległo zmianie i strony przystąpiły do renegocjacji zakresu kontraktu na podstawie uzgodnionych już warunków umowy.

Zmiana typu i ilości hydraulicznych obudów górniczych w ramach aneksu do dotychczas zawartego kontraktu nie wymagała ponownej notyfikacji w OECD, o ile zmiana nie podlegałaby wartość kontraktu.

Wstępne rozmowy techniczne prowadzone były w Chinach w styczniu oraz lutym 2009 roku. W ich trakcie kontrahent chiński dokonał pozytywnej oceny obudowy hydraulicznej zaprojektowanej przez (...) S.A., zarówno typu (...), jak i po zmianie zamówienia, typu (...). Przygotowanie merytoryczne pracowników (...) S.A. w rozmowach z kontrahentem chińskim było pozytywnie oceniane przez przedstawicieli pozwanej.

W międzyczasie, do marca 2009 roku, odbywały się spotkania przedstawicieli (...) S.A. i (...) S.A., których celem było uzgodnienie podziału wykonania nowych zadań przy założeniu równego udziału obu firm. Ustalono, iż obudowę (...) wykona w przeważającej części (...) S.A., a (...) S.A. obudowy (...), część obudów (...) i zmodernizowaną obudowę (...). (...) S.A. była gotowa przekazać (...) S.A. swoją dokumentację techniczną, na podstawie której można wykonać obudowy zaprojektowane przez (...) S.A.. Taki podział miał na celu równe rozdzielenie kontraktu.

Powódka i pozwana zawarły porozumienie z dnia 27 kwietnia 2009 roku, na mocy którego powódka zobowiązała się partycypować w 50 % w kosztach poniesionych do tej pory przez pozwaną, a związanych z uruchomieniem kontraktu po przedłużającej się procedurze jego wejścia w życie.

Pomimo wcześniejszego zatwierdzenia dokumentacji technicznej obudowy (...) sporządzonej przez (...) S.A., pozwana wraz z (...) S.A. w trakcie wizyty w Chinach w połowie maja 2009 roku zaprezentowała kontrahentowi rozwiązania

techniczne tej obudowy z uwzględnieniem swojej konstrukcji. W czasie prowadzonych następnie rozmów kontrahent chiński poinformował, iż zaprojektowanie obudów ma należeć do spółki (...), bez wskazania powodów takiej decyzji.

We wszystkich rozmowach z kontrahentem chińskim, od czerwca 2008 roku do maja 2009 roku, uczestniczyli między innymi konstruktorzy powódki i (...) S.A. W tym czasie strona chińska nie składała żadnych zastrzeżeń do ich pracy.

Dnia 24 maja 2009 roku zawarty został aneks do umowy nr (...). W przedmiotowym aneksie wskazano, iż producentem sprzętu ma być (...), (...) i (...), pomijając (...), który był wyszczególniony w pierwotnym brzmieniu umowy. Zmieniona została łączna waga netto sprzętu, którym miał zostać dostarczony w 5 partiach oraz załączniki zawierające specyfikację towaru, specyfikację cenową oraz terminy dostawy.

Dnia 28 maja 2009 roku opublikowany został raport bieżący nr (...), w którym pozwana informowała o zawarciu aneksu do umowy z kontrahentem chińskim, wprowadzającego zmiany do umowy w zakresie terminów dostaw, nowych parametrów technicznych i ilości dostarczanych urządzeń, przy niezmienionej ogólnej wartości umowy. W następstwie tych zmian zwróciła uwagę na konieczność ustalenia wspólnie z powódką nowych warunków współpracy w tym zakresie.

W piśmie z dnia 20 stycznia 2009 roku pozwana zapewniła powódkę, iż umowa wykonawcza, o której mowa w § 3 ust. 3 umowy o współpracy z dnia 5 czerwca 2008 roku zostanie podpisana w ciągu 7 dni od daty podpisania ze strona chińską aneksu do kontraktu. Stanowisko to zostało podtrzymane przez pozwaną w piśmie z dnia 25 marca 2009 roku skierowanym do (...) S.A.

(...) S.A. pismem z dnia 2 czerwca 2009 roku zwróciła się do pozwanej między innymi o przedstawienie propozycji umowy wykonawczej, w związku z zawarciem aneksu do kontraktu.

Pismem z dnia 3 czerwca 2009 roku pozwana przesłała powódce aneks z dnia 24 maja 2009 roku oraz propozycje umowy wykonawczej. W przedstawionym projekcie umowy wskazano, iż pod pojęciem Kontrakt rozumiany jest Kontrakt nr (...) z dnia 14 czerwca 2008 roku wraz z załącznikami i aneksem. W projekcie wskazano, iż zakres dostawy zostanie uzgodniony i zawarty w odrębnym załączniku (§ 1 umowy).

Dnia 4 czerwca 2009 roku odbyło się spotkanie przedstawicieli (...) z przedstawicielami (...) S.A. Prezes Zarządu (...) S.A. poinformował na nim, iż zgodnie z wolą kontrahenta chińskiego, jak największy zakres rzeczowy podpisanego kontraktu realizowany będzie przez (...) S.A. oraz przedstawił zakres rzeczowy proponowany do realizacji przez (...) S.A., wyczerpujący cały zakres, który w ramach pierwszego seta będzie zamówiony w (...). Natomiast odnośnie partycypacji powódki w pozostałych setach podał początkowo, iż będzie podobna, by następnie doprecyzować, iż zostanie ustalona na kolejnych spotkaniach. Prezes Zarządu (...) S.A. J. S. na tym spotkaniu występował także jako pełnomocnik pozwanej w zakresie ustalenia nowych warunków współpracy, odzwierciedlających aktualną treść kontraktu na dostawy do Chin. Otrzymał wówczas od pozwanej instrukcję, aby takie właśnie informacje przekazać przedstawicielom (...) S.A.. Zakres zlecenia stanowił około 1,8 % oczekiwanych przychodów z realizacji kontraktu.

Odnosząc się do przygotowanego przez pozwaną projektu umowy wykonawczej, (...) S.A. wskazała, iż nie określa ona zakresu prac, jaki pozwana zamierza realizować przy udziale (...) S.A.

W odpowiedzi (...) S.A. potwierdziła jedynie zakres podany na spotkaniu dnia 4 czerwca 2009 roku, wskazując, iż przedstawienie całego zakresu robót, jakie pozwana zamierza zlecić (...) S.A. jest obecnie niemożliwe, powołując się na brak pełnej dokumentacji warsztatowej.

Pismem z dnia 18 czerwca 2009 roku (...) S.A. ponownie zwrócił się do pozwanej o przedstawienie projektu umowy wykonawczej przewidującej partycypację (...) S.A.

w realizacji kontraktu w wysokości 50 % jego wartości. W piśmie z dnia 23 czerwca 2009 roku pozwana podała, iż precyzyjne ustalenie zakresu prac zleconych (...) będzie możliwe po wykonaniu nowej, kompletnej dokumentacji warsztatowej.

W tym czasie inne podmioty współpracujące z pozwaną i (...) S.A. były już w posiadaniu dokumentacji, na podstawie której realizowały dla nich zlecenia na potrzeby kontraktu chińskiego. Poszczególne elementy dla (...) wykonywały firmy (...), (...), (...), (...), (...). Dnia 25 czerwca 2009 roku (...) S.A. zlecił (...) S.A. wykonanie przesuwników oraz siłowników o wartości 1.139.754 zł, w terminie do dnia 14 sierpnia 2009 roku.

Wykonane przez (...) S.A. urządzenia hydrauliki siłowej zostały dopuszczone do wysyłki, po dokonaniu kontroli jakościowej przez przedstawicieli (...) S.A. w dniach 10, 15, 23, 29 i 31 lipca 2009 roku, a następnie wysłane do zakładu (...) S.A. W wyniku przeprowadzonych odbiorów dopuszczono do sprzedaży całą partię towaru, stanowiącą 2/3 złożonego zamówienia.

Pismem z dnia 6 sierpnia 2009 roku (...) S.A. zwróciła się do (...) S.A. o rozmontowanie wszystkich siłowników przeznaczonych do odbioru w tym dniu, w celu pomiaru wszystkich elementów wewnętrznych. Do odbioru przedstawiono 5 sztuk siłowników po demontażu, wybranych losowo. W trakcie ich pomiarów stwierdzono niezgodności wymiarowe. Ta partia towaru odpowiadała parametrom wcześniej wykonanych siłowników, które uprzednio zostały odebrane bez zastrzeżeń.

Kolejne pomiary dokonane w siedzibie (...) S.A. w dniach 10 - 11 sierpnia 2009 roku wykazały niezgodności w siłownikach już wcześniej dopuszczonych do sprzedaży. Siłowniki te zostały zdemontowane bez udziału pracowników (...), a jedynie sam ich odbiór odbył się w ich obecności. Przy demontażu zostały uszkodzone dwa cylindry siłownika korekcji osłon bocznych. W protokole technicznego odbioru z dnia 13 sierpnia 2009 roku przedstawiciele (...) S.A. stwierdzili niezgodności w dostarczonych siłownikach, wymagające złożenia reklamacji u producenta. Zakwestionowanie prawidłowości wykonania siłowników nastąpiło także w protokołach z dnia 17 sierpnia 2009 roku i 20 sierpnia 2009 roku. O niezgodnościach wymiarowych w stosunku do wymagań dokumentacyjnych (...) S.A. poinformował (...) S.A. pismem z dnia 22 sierpnia 2009 roku wskazując, iż pozostawia je do odebrania. Następnie (...) S.A. pismem z dnia 24 sierpnia 2009 roku, wobec wystąpienia wad, usterek i uchybień w wykonawstwie oraz w związku z niedotrzymaniem terminu wykonania umowy, na podstawie art. 491 § 1 k.c. wyznaczyła (...) S.A. dodatkowy termin do dnia 26 sierpnia 2009 roku do godziny 15 -tej informując, iż jego upływ może spowodować odstąpienie przez (...) S.A. od umowy w części, w jakiej nie zostanie ona wykonana.

Dnia 26 sierpnia 2009 roku (...) S.A. zgłosiła do odbioru siłowniki ze zmodyfikowanymi gwintami oraz tego samego dnia otrzymała od (...) S.A. kolejne siłowniki do modyfikacji. Poinformowała jednocześnie, iż zostaną one zmodyfikowane do dnia 2 września 2009 roku, nie wcześniej jednak niż pięć dni roboczych od wspólnej weryfikacji zwróconego towaru. Zwrócone (...)S.A. siłowniki były w części uszkodzone.

Pismem z dnia 31 sierpnia 2009 roku (...) S.A. złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy objętej treścią zamówienia nr (...) z dnia 24 czerwca 2009 roku, w części dotychczas niewykonanej.

(...) S.A. rozpoczęła wykonywanie poprawek, jednakże zaprzestała prac po otrzymaniu pisma od pozwanej o odstąpieniu od wykonania części zamówienia.

(...) S.A. otrzymał wówczas instrukcje od pozwanej, aby nie zamawiać kolejnych partii towarów w (...) S.A.

Faktury wystawione na rzecz (...) S.A. przez (...) S.A. tytułem sprzedaży siłowników zostały zapłacone

Pismem z dnia 5 listopada 2009 roku powódka wezwała pozwaną do zapłaty kwoty 12.750.000 USD z tytułu kary umownej, w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania, wystawiając jednocześnie na rzecz pozwanej notę obciążeniową nr (...) na tą kwotę.

W odpowiedzi, pismem z dnia 10 listopada 2009 roku pozwana stwierdziła brak podstaw faktycznych i prawnych dla roszczenia powódki oraz odesłała bez księgowania notę obciążeniową.

W tak ustalonym stanie faktycznym Sąd Okręgowy zważył, że w zawartej w dniu 11 stycznia 2008 roku umowie o współpracy strony zastrzegły karę umowną w wysokości 15 % wartości pozyskanego kontraktu na wypadek pozyskania przez jedną ze stron lub jej podmioty zależne bądź powiązane, zamówienia od kontrahenta finansowego z kredytu rządowego z naruszeniem jej postanowień, przewidujących prawo partycypacji w realizacji zamówienia.

Między stronami bezspornym był fakt zawarcia umowy o współpracy z dnia 11 stycznia 2008 roku oraz następnie szczegółowej umowy o współpracy z dnia 5 czerwca 2008 roku, aczkolwiek sporna pozostaje interpretacja zapisów umownych w zakresie stopnia podziału zamówień pozyskanych od kontrahentów i finansowanych z kredytu rządowego oraz zapisu dotyczącego kary umownej.

Dokonując interpretacji przedmiotowej umowy Sąd odwołał się do zeznań wszystkich świadków mających wiedzę na temat okoliczności jej zawarcia i przyjął, że wolą stron było, aby obie spółki z w jednakowy sposób partycypowały w realizacji pozyskanych zamówień, a zawarta umowa o współpracy miała być tego wyrazem. Odzwierciedlał to również załącznik nr (...) do umowy, w którym określono treść, jaka miała zostać podana do wiadomości publicznej przez obie spółki. Sąd przyjął, iż zamiarem stron było dokonanie podziału zamówień po połowie, a bez wpływu na powyższe pozostaje fakt, że niemożliwym okazało się prowadzenie współpracy z kontrahentem chińskim w oparciu o umowę konsorcjum, której założenia zawierała również umowa o współpracy.

Doprecyzowanie postanowień umowy z dnia 11 stycznia 2008 roku zostało dokonane poprzez zawarcie przez strony szczegółowej umowy o współpracy z dnia 5 czerwca 2008 roku. W umowie tej jednoznacznie wskazano, iż (...), spółka wchodząca w skład (...), będzie wykonawcą 50 % wartości zamówienia złożonego przez Kontrahenta, pomniejszonej o uzgodnione przez strony narzuty. O równym podziale zamówienia pomiędzy stronami świadczy również 50 % partycypacja każdej ze stron w kosztach planowanego przedsięwzięcia, co znalazło odzwierciedlenie w zawartych porozumieniach o rozliczeniu kosztów poniesionych przez pozwaną. Strony nie kwestionowały bowiem faktu, iż praktycznie do końca ich współpracy koszty związane z zawarciem umowy, jak i aneksu w równym stopniu obciążały każdą z nich.

Sąd Okręgowy nie podzielił przy tym poglądu pozwanej, jakoby umowa z dnia 5 czerwca 2008 roku przestała obowiązywać i nie wiązała stron w trakcie realizacji zamówienia wskazanego w aneksie z dnia 24 maja 2009 roku do kontraktu (...). W jego ocenie brak było podstaw do przyjęcia, iż umowa z kontrahentem chińskim z dnia 14 czerwca 2008 roku została przez niego skutecznie rozwiązana, a tylko wówczas, w myśl § 7 pkt 7 umowy, miało nastąpić rozwiązanie szczegółowej umowy o współpracy. Pomimo poinformowania przez stronę chińską o anulowaniu kontraktu, kontrakt ten z prawnego punktu widzenia wszedł w życie. Zapisy kontraktu przewidywały jedynie konieczność spotkania jego stron w celu rozwiązania problemu jaki powstanie, w razie niezatwierdzenia umowy przez Ministerstwo Finansów ChRL lub Ministerstwo Finansów RP w ciągu 85 dni od jej podpisania. Ważność tej umowy została potwierdzona poprzez zawarcie aneksu z dnia 24 maja 2009 roku, zmieniającego niektóre jej postanowienia. Aneks ten nie stanowił również nowej, samodzielnej umowy, skoro w swej treści wprost odwoływał się do umowy z dnia 14 czerwca 2008 roku, stanowiąc tym samym jedynie jej modyfikację. Nawet fakt, iż zmianie uległ przedmiot zamówienia, nie świadczy o tym, iż kontrakt z 14 czerwca 2008 roku przestał obowiązywać, a w jego miejsce pozwana zawarła nową umowę dnia 24 maja 2009 roku. Przedmiotem dostawy po sporządzeniu aneksu do kontraktu były bowiem wciąż urządzenia

w postaci zmechanizowanych kompleksów ściennych, tyle, że o innych parametrach. Znamiennym jest, iż nawet wiceprezes zarządu pozwanej J.W. przyznał, że kontrakt z partnerem chińskim z czerwca 2008 roku obowiązywał, albowiem był otwarty pomimo,

iż doszło do zmiany przedmiotu dostawy. Powyższe znajduje potwierdzenie także

w treści szeregu publikacji raportów bieżących publikowanych przez pozwaną, w których powoływała się ona na fakt wejścia w życie kontraktu.

Przyjmując zatem wiążący skutek umowy z dnia 14 czerwca 2008 roku z partnerem chińskim Sąd pierwszej instancji nie znalazł podstaw do przyjęcia, że rozwiązaniu uległa umowa o współpracy z dnia 5 czerwca 2009 roku. Wskutek zmiany przedmiotu zamówienia, zaszła jedynie konieczność ponownego dokonania podziału realizacji nowego zamówienia między stronami umowy o współpracę. Równoległe do negocjacji toczących się z kontrahentem chińskim, strony umowy z dnia 5 czerwca 2008 roku dokonywały bieżących ustaleń podziału prac, w oparciu o zasadę równomiernego udziału w realizacji zamówienia, co dodatkowo potwierdza fakt, że strony uważały szczegółową umowę o współpracę za obowiązującą i kierowały się jej założeniami.

Sąd pierwszej instancji nie podzielił stanowiska pozwanej, co do interpretacji § 10 ust.1 umowy o współpracy z dnia 11 stycznia 2008 roku, zgodnie z którym kara umowna należała się za naruszenie postanowień umowy przewidujących prawo partycypacji drugiej strony w realizacji zamówienia, uznając że interpretacja pozwanej prowadziłaby do wniosku, że kara umowna została zastrzeżona li tylko na wypadek braku jakiegokolwiek podziału realizacji zamówienia co praktycznie oznaczałoby, że ta konstrukcja nie chroniłaby w ogóle interesów podmiotu pominiętego przy partycypacji zamówienia. Takie rozumienie zapisu umowy jest sprzeczne z założeniami, jakimi kierowały się strony przy jej zawieraniu.

Nie budziło wątpliwości, że nie zostały zrealizowane postanowienia umów z dnia 11 stycznia 2008 roku i 5 czerwca 2008 roku w części dotyczącej partycypacji powódki w wykonaniu kontraktu w 50 %. Okoliczność, iż kontrahent chiński wyraził życzenie, aby projektantem oraz producentem obudów była w całości (...) S.A., podmiot zależny od pozwanej, nie miało znaczenia dla oceny skutków nie zlecenia powódce realizacji 50 % wartości zamówienia. Realizując otrzymane zamówienie (...) S.A. zlecała bowiem szereg robót firmom zewnętrznym, a zatem nie stało to w sprzeczności z postanowieniami umowy zawartej z kontrahentem chińskim.

W toku trwających na przestrzeni wielu miesięcy negocjacji, w czasie wizyt konstruktorów w Chinach, zarówno (...) S.A. jak i (...) S.A. przedstawiali sporządzone przez siebie projekty obudów, które zgodnie z dokonanymi między sobą ustaleniami, mieli wykonać w ramach realizacji zamówienia. (...) S.A. sprostala przy tym wymaganiu, by zaprojektowana przez nią obudowa (...) była kompatybilna z obudowami projektowanymi przez (...) S.A. Pomimo tego, na ostatnim spotkaniu, które odbyło się w maju w Chinach, (...) S.A. zaprezentował kontrahentowi własny projekt obudowy, która zgodnie z wcześniejszymi ustaleniami miała być produkowana przez (...) S.A. Zmiana ta nie została wcześniej uzgodniona z powódką ani z (...) S.A., które w żaden sposób nie zostały poinformowane o zamierzeniach pozwanej i (...) S.A., natomiast dopiero po tej prezentacji strona chińska po raz pierwszy w obecności przedstawicieli (...) S.A. i powódki przedstawiła życzenie, by to (...) S.A. był producentem obudów. Mając powyższe na uwadze Sąd uznał, iż nielojalne wobec (...) S.A. i powódki zachowanie pozwanej i jej spółki zależnej (...) S.A. miało wpływ na stanowisko zamawiającego co do wskazania producenta urządzeń. Nadto przeprowadzone przez (...) S.A. postępowanie reklamacyjne, dotyczące wyprodukowanych na jej zamówienie przez (...) S.A. siłowników Sąd Okręgowy ocenił negatywnie. Stwierdził, że reklamacją objęte zostały elementy, które wcześniej zostały już poddane sprawdzeniu przez przedstawicieli (...) S.A., po którym zostały dopuszczone do wysyłki i zamontowane w urządzeniach. Dopiero po upływie około miesiąca dokonano ich demontażu, bez obecności przedstawicieli producenta, by następnie dokonać ich ponownej, bardzo dokładnej kontroli, która wykazała niewielkie odstępstwa od wymiarów wskazanych w dokumentacji, które w dotychczasowej 30 - letniej praktyce produkcyjnej (...) S.A. nie były uznawane przez odbiorców za wady. W tych okolicznościach (...) S.A. zamierzała uczynić zadość oczekiwaniom (...) S.A. i zmodyfikować siłowniki, jednakże nie było to możliwe w wyznaczonym przez zamawiającego dwudniowym terminie. Tak krótki termin nie mógł być zatem uznany za odpowiedni dla usunięcia wad, jak i jednocześnie dostarczenia kolejnej niewadliwej partii towaru.

Wszelkie te okoliczności, świadczyły zdaniem Sądu o tym, że po stronie pozwanej oraz jej spółki zależnej (...) S.A. brak było woli współdziałania z powódką i (...) S.A.

W ocenie Sądu Okręgowego, sam fakt złożenia reklamacji przez (...) S.A. oraz problemy z usunięciem wskazanych wad w terminie nie były wystarczającą podstawą do przyjęcia, że (...) S.A. wadliwie lub nieterminowo wykona wszystkie kolejne udzielone jej zlecenia. Z tej przyczyny, nienależyte wykonanie umowy w zakresie zleconym (...) S.A.

nie dało żadnych podstaw do nie zlecenia realizacji kontraktu w pozostałej części. W takiej sytuacji (...) S.A. mógł realizować uprawnienia z tytułu rękojmi w myśl art. 560 i nast. k.c., włącznie z odstąpieniem w tej części od umowy. W sprawie poza sporem było jednak, że pozwana nigdy od umowy nie odstąpiła w zakresie innej części, aniżeli objęta zamówieniem z dnia 25 czerwca 2009 roku.

Pozwana po zawarciu dnia 24 maja 2009 roku aneksu do kontraktu(...), pomimo zapytań kierowanych w tym przedmiocie, nie przystąpiła do dokonania z powódką i (...) S.A. ustaleń, co do zakresu prac, jakie zostaną przez nią zleczone na rzecz (...) S.A.

Choć umowa o współpracy z dnia 5 czerwca 2008 roku nie określała wprost, na kim spoczywa obowiązek sporządzenia umowy wykonawczej, to jednak biorąc pod uwagę fakt, iż organizatorem kontraktu i niejako jego liderem była pozwana, należało uznać, iż to na pozwanej spoczywał ten obowiązek. Co więcej, pozwana próbowała go wypełnić, przesyłając powódce dnia 3 czerwca 2009 roku projekt, a w zasadzie szablon umowy wykonawczej, który nie zawierał jednak żadnych konkretów odnośnie podziału zamówienia objętego kontraktem.

Bezsporną była okoliczność, iż pozwana wykonała w całości kontrakt (...) przy udziale swojej spółki zależnej (...) S.A., która z kolei posługiwała się podwykonawcami. Powódka ani (...) S.A. nie otrzymały innych zleceń aniżeli objęte zamówieniem z dnia 25 czerwca 2009 roku, stanowiące około 1,8 % całego kontraktu pozyskanego przez pozwaną. Skoro zatem kontrakt został już zrealizowany przez pozwaną, to pomimo dalszego obowiązywania umów o współpracy, nie istnieje już możliwość wykonania przez nią obowiązków z nich wynikających, w postaci zlecenia kolejnych prac, których wartość oscylowałaby wokół 50 % wartości pozyskanego wspólnie kontraktu.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy stwierdził, iż pozwana nie wykazała, iż niewykonanie przez nią obowiązku umownego zlecenia prac odpowiadających 50 % wartości zamówienia złożonego przez kontrahenta chińskiego, nastąpiło z przyczyn przez nią niezawinionych.

W konsekwencji, Sąd uznał roszczenie powódki za uzasadnione i na podstawie § 10 ust. 1 umowy o współpracy z dnia 11 stycznia 2008 roku oraz art. 483 § 1 k.c. zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 40.261.950 zł tytułem kary umownej. Wyliczona przez powódkę wysokość kary umownej nie była kwestionowana przez pozwaną. Jednocześnie Sąd nie znalazł podstaw do zastosowania instytucji miarkowania kary umownej.

O ustawowych odsetkach orzeczono na podstawie art. 481 § 1 i 2 k.c., zasądzając je od dnia 13 listopada 2009 roku. Roszczenie o zapłatę kary umownej, zgodnie z art. 455 k.c., stało się bowiem wymagalne dopiero po wezwaniu pozwanej do jej zapłaty, co zostało zawarte w nocie odsetkowej z dnia 5 listopada 2009 roku, która wskazywała 7 - dniowy termin płatności. W konsekwencji, oddalono roszczenie o odsetki za okres od 10 do 12 listopada 2009 roku.

O kosztach orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i § 3 k.p.c.

W apelacji pozwana zaskarżyła przedmiotowy wyrok w punkcie 1 i 3 i zarzuciła mu:

1. niezgodność istotnych ustaleń faktycznych Sądu z materiałem dowodowym zgromadzonym w sprawie, polegająca na przyjęciu, że:

a) strony zobowiązały się wzajemnie mocą umowy o współpracy z dnia 11 stycznia 2008 roku do równomiernego (po połowie) podziału wszystkich zleceń otrzymanych od podmiotów korzystających z kredytu rządowego dla kontrahentów z Chin,

b) aneks z dnia 24 maja 2009 roku zawarty przez pozwanego z kontrahentem chińskim nie stanowił w istocie nowej umowy, mimo zupełnej zmiany przedmiotu dostaw, cen jednostkowych i terminów dostaw;

c) strony, po zawarciu aneksu do kontraktu z odbiorcą chińskim w maju 2009 roku, nadal wiązała umowa szczegółowa o współpracy z dnia 5 czerwca 2009 roku, podczas gdy zmiana essentialia negotii wiązała się w istocie z zawarciem nowego kontraktu w miejsce poprzedniego, a co za tym idzie – z rozwiązaniem umowy z dnia 5 czerwca 2009 roku;

d) kara umowna przewidziana była na wypadek sytuacji, w której strona w ogóle nie uczestniczyła w wykonywaniu zamówienia – podczas gdy powód otrzymał do wykonania część zamówienia, której jednak nie wykonał należycie i nie usunął wad w wyznaczonym terminie, czym sam pozbawił się możliwości dalszej partycypacji;

e) powód nie może już otrzymać do wykonania zamówienia na rzecz strony chińskiej, finansowanego z kredytu rządowego – mimo, że umowa o współpracy z dnia 11 stycznia 2008 roku nie wyznacza terminu swego obowiązywania, a kredyt rządowy jest nadal dostępny,

2. naruszenie prawa procesowego, a to art. 233 § 1 k.p.c. polegający na braku wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego oraz dokonanie oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego w sposób sprzeczny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego,

3. naruszenie prawa materialnego, a mianowicie:

a) przepisów art. 353¹ k.c. w zw. z art. 354 § 1 k.c. polegający na ich nieprawidłowym zastosowaniu wskutek uznania, że zmiana postanowień przedmiotowo istotnych kontraktu z odbiorcą chińskim, stanowiąca w istocie zawarcie nowej umowy, nie spowodowała jednocześnie zmiany treści zobowiązania pozwanego względem powoda wynikających z umowy o współpracy z dnia 5 czerwca 2008 roku (przy uwzględnieniu faktu, że tryb dokonania zmian – zawarcie aneksu odwołującego się do wcześniejszej umowy – nie ma znaczenia dla faktu powstania nowej umowy),

b) art. 484 § 2 k.c. polegający na jego nieprawidłowym zastosowaniu przez przyjęcie, że w niniejszej sprawie nie zaszyły okoliczności przemawiające za miarkowaniem kary umownej.

W oparciu o powyższe zarzuty pozwana wniosła o zmianę wyroku Sądu pierwszej instancji poprzez oddalenie powództwa w zaskarżonej części oraz zasądzenie od powódki kosztów procesu za pierwszą i drugą instancję, ewentualnie zaś o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania z uwzględnieniem kosztów postępowania odwoławczego.

W odpowiedzi na apelację powódka wniosła o jej oddalenie w całości oraz zasądzenie od pozwanej kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego, wedle norm prawem przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

apelacja nie jest zasadna.

Ustalenia faktyczne poczynione przez Sąd Okręgowy, jak i wysnute zeń wnioski mają odzwierciedlenie w materiale dowodowym sprawy ocenionym zgodnie z regułami art. 233§1 k.p.c., stąd jako prawidłowe, nie wykazujące zarzucanej sprzeczności, ustalenia te Sąd Apelacyjny podziela, przyjmując za własne. Podkreślić przy tym należy, że w większości przebieg zdarzeń związanych z przedmiotem sporu nie był sporny.

W głównej mierze spór związany był z interpretacją postanowienia §10 ust. 1 łączącej strony umowy o współpracy z dnia 11 stycznia 2008r., jego zakresem przedmiotowym oraz zaistnieniem w kontekście tego postanowienia podstaw do naliczenia kary umownej w stanie faktycznym sprawy.

Zgodnie z treścią postanowienia §10 umowy o współpracy w przypadku pozyskania przez jedną ze stron lub jej podmioty zależne lub powiązane zamówienia od kontrahenta finansowanego z kredytu rządowego, z naruszeniem postanowień umowy przewidujących prawo partycypacji drugiej strony w realizacji zamówienia, strona naruszająca umowę zapłaci drugiej stronie karę umowną w wysokości 15% wartości pozyskanego kontraktu. Postanowienie to łączyło się z przedmiotem zawartej 11 stycznia 2008r. umowy o współpracy, którym była wzajemna współpraca w celu pozyskania z rynku chińskiego od kontrahenta wskazanego w umowie – (...) lub firmy reprezentującej (§1 pkt 1 umowy) zamówień finansowanych przy wykorzystaniu kredytu rządowego uruchomionego w dniu 29 września 2000 przez Rząd Rzeczypospolitej Polskiej dla kontrahentów z Chińskiej Republiki Ludowej, oraz wspólna

realizacja dostaw urządzeń – zmechanizowanych kompleksów ściennych. Między stronami nie było sporu co do tego, że naruszenie prawa partycypacji drugiej strony w realizacji pozyskanego kontraktu, daje podstawę do naliczenia kary umownej. Spór łączył się z rozumieniem sformułowania „prawa partycypacji” na gruncie zawartej umowy, a ściśle sprowadzał się do tego, kiedy w grę wchodzi naruszenie prawa partycypacji w realizacji zamówienia, dające prawo do kary umownej. Mianowicie, czy to ma miejsce li tylko wtedy gdy druga strona nie została dopuszczona do realizacji zamówienia w ogóle, w jakimkolwiek zakresie – jak podnosiła pozwana, czy również wówczas, gdy doszło do naruszenia zasady równomiernego podziału pozyskanych zamówień i czy umowa statuowała zobowiązanie w tym zakresie, jak wskazywała powódka i jak przyjął Sąd I instancji.

Prawidłowo Sąd Okręgowy przyjął, że wskazane w §10 ust. 1 umowy, „prawa partycypacji” należy interpretować z uwzględnieniem reguł art. 65§2 k.c., a co za tym idzie z uwzględnieniem zapisanej w preambule umowy zasady równomiernego rozdzielania zamówień pozyskanych od kontrahentów i finansowanych z kredytu rządowego, wyrażającej wolę stron co do reguł wzajemnej współpracy w zakresie realizacji zamówień, ich zgodnego zamiaru w tym przedmiocie, znajdującego odzwierciedlenie nie tylko w zapisanej treści umowy o współpracy, ale i późniejszej szczegółowej umowie o współpracy z 5 czerwca 2008r. będącej kontynuacją umowy z 11.I.2008r., której postanowienia w kwestiach nieuregulowanych odmiennie pozostawały w mocy (§7 ust. 3 umowy z 5 marca 2008r.) zeznań osób bezpośrednich uczestników negocjacji przedmiotowej umowy, uzgadniających ich treść, wskazujących na zgodny zamiar i cel przyjętych rozwiązań, późniejszych zachowań obu stron z okresu wzajemnej współpracy, a która do czerwca 2008r. nie wskazywała na rozbieżności rozumienia „prawa partycypacji” w realizacji pozyskanych zamówień.

Podkreślić należy, że każde postanowienie umowne, mające znaczenie dla rozstrzygnięcia, wymaga ustalenia prawnie wiążącego jego znaczenia, co następuje w drodze wykładni. Jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Sądu Najwyższego w procesie wykładni nie należy się ograniczać li tylko do treści wyrażonych *expressis verbis* na piśmie przy zastosowaniu wyłącznie reguł wykładni językowych. Ogólne bowiem reguły wykładni umów zawiera przepis art. 65§2 k.c. precyzując, że w umowach należy badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Przewidziane w tym przepisie wymagania ograniczają w istotnym stopniu możliwość tylko werbalnej interpretacji umowy, która to interpretacja nie może być oparta tylko na analizie językowej będącego przedmiotem wykładni postanowienia umowy. Zdarzenia o których mowa w art. 65§2 k.c. uwzględniają respektowanie w procesie cywilnym wartości, a to woli osoby dokonującej czynności prawnej i ochrony zaufania z jakim przyjmują złożone oświadczenie inne osoby. Praktyczna realizacja reguł interpretacyjnych z art. 65 k.c. następuje w drodze stosowania tzw. metody kombinowanej wykładni (por. uchwałę składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 29 czerwca 1995r. III CZP 66/95 OSNC 1995, z 12 poz. 168., wyrok SN z 31 lipca 1997r., I CKN 85/97, OSNC 1998, nr 5, poz. 86, 17 czerwca 2009r., IV CSK 90/09, III CSK 66/95). Proces interpretacji umowy musi objąć wszystkie okoliczności umożliwiające ocenę, jaka była rzeczywista wola umawiających się kontrahentów, jak oni w chwili zawarcia umowy rozumieli sens poszczególnych postanowień, powinien zatem według wyrażonych w art. 65§2 k.c. reguł, dawać pierwszeństwo ustaleniu znaczenia spornych postanowień umowy według wzorca subiektywnego. To zaś, jak same strony rozumiały oświadczenie woli w chwili jego złożenia, można ustalać za pomocą tzw. pozatekstowych okoliczności, wszelkich środków dowodowych, w tym i przy pomocy dowodu z zeznań świadków i z przesłuchania stron, wskazujących na zgodny zamiar, jak i cel jaki strony miały na uwadze przy zawieraniu umowy. (por. wyrok SN z 21 listopada 1997 I CKN 815/97, OSNC 1999 nr 2, poz. 38, z 18 czerwca 2004r., II CK 358/03). Na rozumienie to może wskazywać także dalsze zachowanie się stron po zawarciu umowy, sposób jej wykonywania, składane później oświadczenia tzw. kontekst sytuacyjny. (por. wyrok SN z 17 lutego 1998r. I PKN 532/97, OSNAPUS 1999, z 3, póź. 81, z 23 czerwca 2005r., II CK739/04, z 22 marca 2006r., III CSK 30/06, z 23 stycznia 2008r., V CSK 474/17, OSNC ZD 2008D, poz. 109). Dopiero gdy się okaże, że strony nie porozumiały się co do treści złożonego oświadczenia woli, za prawnie wiążące należy uznać jego znaczenie ustalone według obiektywnego wzorca wykładni, na podstawie przypisania normatywnego, czyli tak jak sens ten rozumiała i powinna rozumieć osoba rozsądna.

Te kryteria Sąd Okręgowy miał na względzie, dokonując w oparciu o materiał dowodowy sprawy, poddany ocenie mieszczącej się w granicach art. 233§1 k.p.c., odtworzenia rozumienia treści przedmiotowego postanowienia umowy przez jej strony w chwili zawarcia umowy z uwzględnieniem ich zgodnego wówczas zamiar i celu umowy, a

czemu dał wyraz w uzasadnieniu wyroku. Zarzuty apelacji w tym zakresie nie są zasadne, w szczególności zarzut naruszenie art. 65§2 k.c. Apelacja w istocie prezentuje własną interpretację postanowienia §10 umowy, odbiegającą od znaczenia jakie nadawały mu strony w momencie zawarcia umowy, gdy ten moment jest istotny. Skarżący w istocie opiera się na samej treści §3 ust. 3, §5 ust. 7 i §6 ust. 1 umowy z dnia 11 stycznia 2007r., marginalizując zgodny zamiar i cel umowy jaki przyświecał stronom w momencie nawiązania współpracy, a wyrażony i dający się zinterpretować również z samej treści pisemnej umowy. To, że w przywołanych przez pozwaną postanowieniach strony posłużyły się sformulowaniem „proporcjonalnie do wartości zamówienia otrzymanego do realizacji” bez jednoczesnego określenia w nich wprost stopnia partycypacji nie oznacza, że strony w ten sposób zakładały nierówne prawo udziału w realizacji, odchodziły od przyjętej jako założenie umowy o współpracy zasady równego podziału zamówień, którą to zasadę konsekwentnie w okresie współpracy podtrzymywały w czynionych ustaleniach, do momentu podpisania przez pozwaną aneksu do umowy z kontrahentem chińskim (24 maja 2009r.) i według niej przyjmowały odpowiednie proporcje podziału kosztów związanych z pozyskaniem zamówienia, w tym i związanych z uruchomieniem realizacji kontraktu podpisanego ze stroną chińską 14 czerwca 2008r., działaniami w kierunku jego aneksowania. (porozumienie co do podziału kosztów z 17 kwietnia 2009 r. k. 61).

Umowa o współpracy z 11 stycznia 2008r. miała charakter ramowy, określała w sposób ogólny zasady przyszłej współpracy stron w zakresie określonym w jej §2. Umowa ta stanowiła „instrument” organizacyjny współdziałania stron w określonym w niej kierunku, wytyczała ogólne założenia współpracy, kreowała trwały stosunek prawny, organizujący proces przyszłych działań, czynności prawnych, współdziałanie stron w realizacji założonego przedsięwzięcia gospodarczego. Analizując kontrakt ramowy w prawie polskim przyjmuje się, że obejmuje on umowę, która określa warunki dokonania czynności prawnych w przyszłości, oznacza w sposób ramowy ich treść, wskazuje na pewne prawa i obowiązki stron, oraz formułuje obowiązek określonych zachowań. W tego rodzaju kontraktach chodzi o porozumienie stron co do procesu kontraktowania, współdziałania w przyszłości. Celem jest uzgodnienie pewnych okoliczności, zasad dotyczących procedury przyszłej współpracy, kontraktowania i niektórych szczegółowych, ogólnych elementów treści zawieranych umów. Treść umowy ramowej wyznaczają tylko te elementy procesu kontraktowania w przyszłości, które w danej chwili, z punktu widzenia, realizacji oznaczonego celu gospodarczego, mają dla stron istotne znaczenie, mają gwarantować określony kierunek i zasady przyszłej współpracy, na jakich mają być zawierane przyszłe umowy tzw. wykonawcze. Umowa ramowa, jak podkreśla się w doktrynie, jest pewnym instrumentem z zakresu techniki kontraktowania i przedmiot zobowiązania przez nią kreowanego jest kategoriałnie zasadniczo różny od świadczeń wynikających z klasycznych umów obligacyjnych. Jest to umowa o specyficznej treści i funkcjonalnie powiązanej z nią sankcji na wypadek niewykonania zobowiązania, kreująca trwały stosunek gospodarczy określonego w niej współdziałania.

Umowa zawarta przez strony nakładała obowiązek określonego w niej współdziałania stron, wytyczała jego przyszłe kierunki. Jednym z nich była wspólna realizacja pozyskanych zamówień od kontrahenta chińskiego finansowanych z kredytu rządowego, prawa partycypacji każdej ze stron w realizacji zamówienia, które zostało obwarowane zastrzeżoną karą umowną. Zgodny zamiar stron w tym zakresie, ich wspólna wola co do zasad na jakich winna odbywać się realizacja, podział pozyskanych zamówień został wyartykułowany wprost w treści umowy, a mianowicie w części wstępnej do umowy (preambuła), jak i następnie powtórzony w załączniku do umowy o którym mowa w treści jej §9, stanowiącym jej integralną część, a co pomija skarżąca, bezzasadnie podnosząc, że w treści umowy brak jest zapisów odnoszących się do równomiernego rozdziału zamówień. W części wstępnej wprost wskazano, że „wolą stron jest równomierne rozdzielenie zamówień pozyskanych od kontrahentów i finansowanych z Kredytu Rządowego”. Natomiast w załączniku do umowy wskazanym w jej §9 stwierdzono „umowa o współpracy przewiduje równy podział realizacji pozyskanych zamówień...” (k.33). Jak prawidłowo przyjął Sąd Okręgowy równy podział pozyskanych zamówień stanowił jedną z naczelnych zasad na jakich winna się odbywać przyszła współpraca w zakresie realizacji pozyskanych zamówień, obowiązek jakim winny się kierować obie strony w procesie przyszłego kontraktowania co do rozdziału pozyskanych zamówień, obwarowany w razie jego naruszenia karą umowną.

Nie może przy tym odnieść rezultatu stanowisko skarżącej, kwestionujące nadanie temu zapisowi charakteru zasady, jako przyjętego przez strony mocą zawartej umowy, ustalonego sposobu postępowania. Taki charakter założeniom

umowy określonym w jej części wstępnej, nadawały same strony, na co wskazuje treść §4 umowy w którym przyjęto, że przy uwzględnieniu treści umowy po powzięciu wiadomości, że kontrahent jest zainteresowany nabyciem urządzeń i sfinansowaniem ich z kredytu rządowego, będą się m.in. kierować zasadami wyrażonymi w preambule umowy. To też miało miejsce, o czym świadczy treść zawartej następnie umowy z dnia 5 czerwca 2008r. o szczegółowej współpracy. Umowa ta wprowadzająca zmiany co do formy współpracy przewidzianej pierwotnie w umowie z 11 stycznia 2008r. – (konsorcjum) wobec wyłączenia możliwości działania w formie konsorcjum była kontynuacją uzgodnień zapoczątkowanych umową z 11 stycznia 2008r. (§7 ust. 3 umowy z 5 czerwca 2008r.) Odzwierciedla ona przyjętą w niej zasadę równego podziału zamówienia stanowiąc w §1 ust. 1 o podziale zamówienia wg wartości po 50%. Również na taki charakter równego podziału zamówień, jako zasady obowiązującej strony w przyszłym procesie kontraktowania co do realizacji zamówień wskazują zeznania osób bezpośrednio negocjujących umowę o współpracy, uzgadniających jej warunki wyrażone w pisemnej umowie. Wskazują one, że zasadą przyszłego kontraktowania na bazie zawartej umowy, był równy podział pomiędzy strony każdego, pozyskanego na warunkach wskazanych w umowie z 11 stycznia 2008r., zamówienia. Z zeznań świadka G. M. (k. 704), który uczestniczył w negocjacjach i redagował tekst umowy wynika, że między stronami w chwili jej zawarcia nie było wątpliwości, że każde pozyskane zlecenie miało być dzielone po równo (po 50%). Założenie równego podziału było mocno akcentowane w trakcie negocjacji, stąd znalazł się zapis w tym przedmiocie w umowie, jako założenie współpracy. Tak strony zgodnie rozumiały prawo partycypacji. Chodziło o zapewnienie równorzędności. Był to istotny element zawartej umowy, stąd znalazł on wyraz w opublikowanych raportach giełdowych zgodnie z załącznikiem do umowy, którego treść wskazywała na równy podział. Celem zaprezentowania przestrzegania tej zasady wprowadzono zastrzeżenie kary umownej. Również i z zeznań świadka S. J. (k. 737, 738), który wówczas z ramienia pozwanej brał udział w uzgodnieniu umowy, wynika, że aby wyeliminować konkurencję między sobą, strony przyjęły zasadę wspólnego działania, wspólne oferowanie produktów przy zachowaniu równomiernego podziału przy wykonywaniu urządzeń objętych przyszłym kontraktem. Aczkolwiek umowa ze stycznia 2008 nie zawierała wprost wskazania procentowego udziału w realizacji to, jak wskazał świadek, było jasne dla każdej ze stron w trakcie prowadzonych rozmów, że równomiernie oznacza podział po 50%. Kara umowna dotyczyła wszystkich aspektów naruszenia przez strony równomiernego podziału. Podobne w treści są też zeznania prezesa zarządu strony powodowej W. Ł. (k. 762), akcentujące przyjętą w umowie o współpracy zasadę równomiernego podziału pozyskanych prac, której naruszenie przez którąkolwiek ze stron było zagrożone karą umowną. Podtrzymaniem tej idei była następnie umowa z 5 marca 2008r. Na to, że właśnie tak, w dacie zawarcia umowy z 11 stycznia 2008r. obie strony rozumiały prawo partycypacji w realizacji zamówień, równomierny podział pozyskanych zamówień stanowił jedną z naczelných zasad podpisanej umowy o współpracy, którą strony obowiązane były stosować w przyszłych kontraktach szczegółowych, wskazuje też treść raportu opublikowanego przez samą pozwaną 16 czerwca 2008r. (raport (...) k. 40), w którym pozwana nawiązując do umowy z 11 stycznia 2008r. wskazała na pozyskanie podpisanego ze stroną chińską 14 czerwca 2008 r. kontraktu wspólnie z powódką oraz na to, że stosownie do tejże umowy o współpracy realizacja kontraktu nastąpi na podstawie równego podziału realizacji zamówienia.

Nie może w świetle powyższego odnieść łączonego z tym skutku, odwołanie się przez skarżącą do zeznań wiceprezesa zarządu pozwanej J. P., która stwierdziła, że równomierność wskazana w umowie nie stanowiła zobowiązania do takiego podziału. Należy nadto zauważyć, że świadek nie uczestniczyła bezpośrednio w negocjacjach. Wstępne uzgodnienia co do treści umowy czynił ówczesny prezes (...) SA z prezesem powódki W. Ł.. Jej rola, jak zeznała, ograniczyła się do przeczytania i podpisania tekstu umowy. Świadek wskazywała na własne subiektywne rozumienie postanowień umowy z pominięciem procesu negocjacji, czynionych uzgodnień, które w określonej formie zostały wyartykułowane na piśmie. Jednocześnie z jej zeznań wynika, że wolą stron było wspólne wykonawstwo inwestycji realizowanych z kredytu rządowego, oraz że umowa z 5.06.2008r. była realizacją umowy o współpracy, wskazującej na rozdział zamówień pozyskanych od kontrahentów, a nadto, że w jej rozumieniu chodziło o to, aby w ostatecznym rozliczeniu kontraktów każda ze stron wykonała kontrakty w równych częściach (k. 772). W ten sposób świadek w sposób pośredni przyznała okoliczności wynikające z pozostałego materiału dowodowego, w tym i z podejmowanych przez samą stronę pozwaną do maja 2009r. działań uwzględniających reguły zawartej umowy o współpracy i traktujących je jako istotny element stosunku obligacyjnego wpływającego na kształt współpracy w zakresie objętym umową. W świetle samej treści umowy, publikowanych przez pozwaną raportów, i zeznań świadków, stron, jak

i działań stron po zawarciu umowy, uzgodnień, nie tylko wyartykułowanych w umowie z 5 czerwca 2008r., ale i czynionych przez strony w trakcie rozmów prowadzonych z kontrahentem chińskim na przestrzeni od stycznia do maja 2009r. co do podziału kosztów, realizacji negocjowanych nowych typów zmechanizowanych obwodów ściennych (zeznania świadków S. S. k. 516-526, P. P. k. 550-556, A. B. k. 663-666, M. B. k. 669) nie budzi wątpliwości przyjmowane wówczas przez strony, zgodne rozumienie równomiernego rozdzielenia zamówień jako ich równego podziału, zapewniającego każdej ze stron 50 % wartości pozyskanego kontraktu.

Okoliczność, że zasada równomiernego udziału w realizacji pozyskanych zamówień została wyrażona w części wstępnej umowy tzw. preambuły, gdy następnie znalazła odzwierciedlenie w regulacji §9 w sporządzonym załączniku do umowy, nie oznacza, że nie miała ona charakteru zobowiązującego strony do określonego w niej zachowania i pozbawione było znaczenia prawnego.

Instytucja preambuły występuje najczęściej w aktach normatywnych, aczkolwiek w praktyce zdarza się, że występuje też w stosunkach umownych. Preambuła ogólnie rzecz ujmując definiowana jest jako wstęp do aktu normatywnego, w przypadku stosunków umownych będzie to wstęp do umowy. Wskazuje się, że jest ona częścią aktu normatywnego, która znajduje się między jego tytułem a początkiem części artykułowanej, w której prawodawca odwołuje się do określonego systemu wartości, tradycji, wydarzeń z przeszłości oraz przedstawienia genezy, celu i najważniejszych zasad aktu. W doktrynie pojawiły się próby określenia charakteru i znaczenia normatywnego preambuły, gdy pojęcie normy w języku prawnym rozumiane jest, jako norma postępowania, wypowiedź wskazująca na określony wzór zachowania się. Normy prawne to nie tylko te, które w sposób bezpośredni lub pośredni zostały wypowiedziane w danym tekście prawnym, ale przyjmuje się, że takimi są również i te które można wywnioskować według określonych reguł inferencyjnych z norm wymienionych w danym tekście. Norma prawna, określona reguła zachowania czy to wynikająca z aktu prawnego o charakterze ogólnie obowiązującym, czy ukształtowana w ramach relacji obligacyjnych w umowie, nie może być utożsamiana li tylko z przepisem prawnym (czy w przypadku umów z konkretnym postawieniem umowy) jako jednostką redakcyjną danego tekstu, graficznie wyodrębnioną w postaci artykułu, paragrafu czy ustępu. Dana norma prawna (zobowiązanie umowne) może być zrekonstruowane na podstawie całokształtu przepisów (postanowień) znajdujących się w różnych miejscach danego aktu. Nie budzi przy tym zastrzeżeń znaczenie normatywne preambuły, rozumiane jako wzór powinnoego zachowania się. Natomiast rozbieżności występują co do charakteru preambuły. Generalnie prezentowane jest stanowisko co do wykorzystania preambuły w procesie wykładni, jak i że preambuła ma charakter deklaracyjny określa cele danej regulacji. Występują jednak głosy wskazujące, że preambuła może mieć również charakter normatywny, jeżeli zawiera stwierdzenia, postanowienia z których wynikają dla adresata określone powinności, odrzucające tezę o wyłączenie interpretacyjnym jej znaczeniu. Preambuła może zawierać różnorodne treści o różnym znaczeniu, stąd ta decyduje wyłącznie o ich charakterze nie zaś samo usytuowanie z niej wypowiedzi w akcie. Preambuła może zawierać materiał – treść pozwalająca na konstruowanie z niej danej normy zachowania. Generalnie rzecz ujmując nie wyklucza się wystąpienia preambuły o charakterze normatywnym, bądź ich poszczególnych części. Wskazuje się, że wśród preambuły o charakterze merytorycznym można znaleźć ustępy zawierające normy. Preambuła uzyskuje charakter normatywny nie ze swej istoty, natury, ale w wyniku działań prawodawcy, który zamieszcza w niej określone normy prawne.

W świetle powyższego skoro na gruncie ustawowym nie wyklucza się możliwości występowania tzw. preambuły merytorycznych, w których mogą występować treści o charakterze normatywnym, pozwalające na wyinterpretowaniu z nich określonej normy prawnej, to tym bardziej może to mieć miejsce na gruncie stosunków obligacyjnych, w których strony działające w granicach swobody umów mogą zamieszczać w części wstępnej również treści określające dane powinności, zachowania się stron tego stosunku, obowiązujące ich w relacjach umownych.

Zatem stanowisko pozwanej, że sama umowa o współpracy z 11.I.2008r. nie kreowała zobowiązania równego podziału realizacji pozyskanych do zamówień nie jest trafne.

Stąd zarzuty apelacji dotyczące sprzeczności ustaleń i naruszenia art. 233§1 k.p.c. a odnoszące się do ustalenia Sądu I instancji, że strony mocą umowy z dnia 11 stycznia 2008r. zobowiązały się do równomiernego podziału wszystkich zamówień otrzymanych od podmiotów korzystających z kredytu rządowego dla kontrahentów z Chin, jak i że kara

umowna przewidziana była na wypadek naruszenia tej zasady, należało uznać w materiale dowodowym sprawy ze bezzasadne, podobnie jak i zarzut naruszenia art. 65§2 k.c.

Nie budzi również zastrzeżeń stanowisko Sądu I instancji co do tego, że umowa szczegółowa o współpracy stanowiła doprecyzowanie postanowień umowy z 11 stycznia 2008r. z uwzględnieniem wyrażonych w tej umowie zasad wzajemnej współpracy, jakimi strony winny się kierować w konstruowaniu umów szczegółowych. Umowa ta zawierała rozwinięcie zasady równomiernego podziału zamówień jako tej którą strony winny uwzględniać we wzajemnych stosunkach powstałych na bazie umowy o współpracę. Jednocześnie też stanowiła zmianę przewidzianej w umowie ze stycznia 2008 roku formy współpracy pierwotnie przyjętej jako konsorcjum, a to z uwagi na wyłączenie tej formy działania przez Kontrahenta chińskiego w rozpisany przetargu na dostawę zmechanizowanych obudów ściennych, mieszczących się w ogólnym pojęciu urządzeń zdefiniowanych w umowie z 11 stycznia 2008r. jako zmechanizowane kompleksy ścianowe. będącym pojęciem szerszym. Umowa ta stanowiła realizację założeń umowy z 11 stycznia 2008 r. była konsekwencją rozpisania przez Kontrahenta przetargu, co wynika z jej wstępnych założeń. Strony sprecyzowały w niej w sposób bardziej szczegółowy zasady kontraktowania w odniesieniu do rozpisania przetargu z uwzględnieniem jego przedmiotu – zmechanizowanych obwodów ściennych, zobowiązując się jednocześnie do podpisania umowy wykonawczej na dostawę sekcji w terminie 7 dni po rozstrzygnięciu przetargu i podpisaniu umowy z Kontrahentem przez (...) (§1 ust. 2 i §3 umowy). Umowa precyzowała m.in. podział prac w odniesieniu do kontraktu objętego przetargiem, zakładając wspólne prowadzenie negocjacji z kontrahentem (§2 umowy) w kierunku zawarcia kontraktu na dostawę urządzeń. Określając w §3 podział prac między sobą dla przyszłego kontraktu podpisanego przez (...) z kontrahentem chińskim zwanego (...), strony posługiwały się określonymi sekcjami obudowy (12/28, 17/35, 20/40) przy założeniu, że te typy będą przedmiotem kontraktu. Strony zakładały przy tym różne możliwe warianty rozwiązań przy założeniu realizacji zarówno 3 typów, 2-ch jak i tylko jednego typu sekcji obudowy w zależności od wynegocjowanego przedmiotu kontraktu (...). tak by zachować zasadę równego podziału realizacji zamówienia, uzgodnionej proporcji. Wskazane w umowie z 5 czerwca 2008r. sekcje obudów były li tylko przyjętymi założeniami „.....jeżeli przedmiotem Kontraktu (...) będą obudowy” Podanie w niej określonych numerów typów sekcji obudów nie oznacza, że jej postanowienia wchodziły w grę tylko wtedy, gdy te konkretne sekcje stały się przedmiotem Kontraktu (...). Strony przyjęły w niej bowiem określone założenia jakimi będą się kierować przy rozdziale prac, uwzględniając zasady umowy z 11.I.2008r. zaś szczegóły co do podziału prac miały być uzgodnione w sposób definitywny w umowie wykonawczej z uwzględnieniem treści wynegocjowanego przez strony kontraktu (...) wraz z załącznikami (§3 umowy). Umowa ta, wbrew stanowisku skarżącej, nie łączyła się li tylko z konkretnymi sekcjami obudów, ale generalnie z kontraktem podpisanym przez (...) z kontrahentem chińskim zwanym jako (...), dotyczącym zmechanizowanych obudów ściennych, będącym następstwem przetargu ogłoszonego w maju 2008r. finansowanym z kredytu rządowego. Trafne jest stanowisko Sądu I instancji, że umowa ta nie uległa rozwiązaniu, obowiązywała po zawarciu aneksu z dnia 24 maja 2001 do w/w kontraktu. §7 ust. 7 umowy z 5 czerwca 2008r. przewidywał automatycznie jej rozwiązanie, jak i umowy wykonawczej w razie rozwiązania przez kontrahenta chińskiego kontraktu z (...). Wykładając treść tego postanowienia z uwzględnieniem reguł art. 65§2 k.c. stwierdzić należy, że umowa ta traciła moc obowiązującą w sytuacji, gdy w ogóle kontrakt przestałby obowiązywać, nie byłby realizowany w jakiegokolwiek formie nie doszłoby do realizacji zamówienia dotyczącego zmechanizowanych obudów ściennych finansowanego w określony sposób – poprzez kredyt rządowy. Tak też to rozumiały same strony, o czym świadczy prowadzona przez nie na przestrzeni pierwszej połowy 2009r. korespondencja, podpisane przez strony porozumienie dotyczące podziału kosztów prowadzonych negocjacji w sytuacji gdy, wiadomym było, że pierwotny przedmiot kontraktu – objęte nim sekcje zmechanizowanych obwodów ściennych nie będzie realizowany, prowadzono ze stroną chińską negocjacje co do zmiany umowy w tym zakresie, zwieńczone aneksem podpisanym w dniu 24 maja 2010r.,

Niesporne jest, że w dniu 14 czerwca 2008r. doszło do podpisania przez (...) umowy o numerze (...) ze spółką (...) dotyczącej zakupu przez tę spółkę zmechanizowanych obwodów ściennych określonego typu przy wykorzystaniu kredytu rządu polskiego na sfinansowanie tej transakcji. W związku ze sposobem finansowania umowa ta wymagała zatwierdzenia przez Ministerstwa Finansów obydwu państw i zgodnie z jej art. 19 ust. 2 wchodziła w życie 15 dni od otrzymania przez Ministerstwo Finansów ChRL pisemnego powiadomienia o zatwierdzeniu jej wejścia w życie zgodnie z Porozumieniem o współpracy finansowej między rządem Chin a rządem PR z dnia 29 września

2000r. (MP 2002r. nr 6, poz. 103). Pomiedzy stronami niesporne bylo i co wynika z raportu opublikowanego przez pozwaną 14 listopada 2008r. ze kontrakt ten wchodzil w zycie z dniem 27 listopada 2008r. Zatwierdzenie kontraktu ze strony Ministerstwa Finansow RP nie nastapilo w ciagu 85 dni od podpisania umowy. Jak wynika z treści postanowienia art. 185 Kontraktu (k. 205) strony kontraktu przewidzialy taka ewentualnosc, stowiac ze w takim przypadku winny sie spotkac w celu rozwiazania tego problemu. W związku z przekroczeniem terminu strona chińska uwazala kontrakt za nieobowiazujacy, jednakze w wyniku przeprowadzonych rozmow wyrazila zgode na renegotiacje umowy z uwzględnieniem nowych modeli sekcji obudowy. Renegocjacje te byly prowadzone od stycznia 2009 do maja 2009 i zostaly zwiezczone podpisanym aneksem. Aneks ten stanowil zmianę kontraktu w zakresie nim objętym, co do przedmiotu umowy, którym byly tak jak poprzednio zmechanizowane obudowy scianowe z tym, ze innych sekcji, cen poszczegolnych sekcji i terminow dostaw, przy niezmięnionej wartosci ogolnej kontraktu wzęcej wynegocjonowanego oraz pozostalych postanowien umowy z 14 czerwca 2008r. dotyczacych szeregu istotnych kwestii wynegocjonowanych przez strony, a dotyczacych realizacji kontraktu i tak tez byl traktowany przez jego strony, jak i strony niniejszego sporu. Wskazac nalezy, ze w oswiadczeniu z dnia 20 stycznia 2010r. strona chińska stwierdzila, ze doszlo do renegotiacji kontraktu (zakresu kontraktu zgodnie z powiazanymi warunkami w kontrakcie (k.230), dokonane uzgodnienia w zakresie nowego przedmiotu dostawy stowily zmianę wynegocjonowanego wzęcej kontraktu nr (...), jego niektorych postanowien, a to §2,7, 5 ust. 1 i 2 i 5 oraz zalęcznikow nr (...),(...),(...),(...),(...),(...) do umowy z 14 czerwca (k. 246). Nie byl rozpisany nowy przetarg, ani tez nie wdrozono na nowo procedury zatwierdzenia umowy przez organy rzadowe (k. 287), a taka bylaby niezbedna przy zawieraniu nowego kontraktu, zwaywszy na przyjetý sposob jego finansowania. Brak jest uzasadnienia do odrębnego traktowania tej samej kwestii w zaleznosci od celu, jak to czyni skarżaca, gdy na potrzeby finansowania umowy, wymogow z tym związanych podpisany aneks traktuje jako zmianę, renegotiacje postanowien związanych z przedmiotem dostawy, przy utrzymaniu w mocy w pozostalym zakresie niezmięzonych postanowien umowy, zaś dla potrzeb wspolpracy, rozliczen stron niniejszego sporu, jako nowy kontrakt. Tego rodzaju sytuacja jaka wystapila, a to podpisanie aneksu, dokonana zmiana przedmiotu kontraktu, co do sekcji typow, obudowy stowijacej rodzajowo przedmiot kontraktu, nie stanowi rozwiazania kontraktu w rozumieniu postanowienia §7 ust. 7 szczegolowej umowy o wspolpracy z 5 czerwca 2008r. lęczacej strony, skutkujacego jej wygasnięciem. Podkreślic nalezy, ze strony przewidywaly, ze moze dojśc do sytuacji, w ktorej wejście w zycie kontraktu przekroczy 3 miesiace stad zawarly w niej zapis, ze beda dęzily do wprowadzenia w umowie z kontrahentem zapisu pozwalajacego na renegotcjonowanie warunkow kontraktu i taki zapis znalazl sie w kontrakcie z 14 czerwca 2008r. Stad dokonanej faktycznie renegotjacji kontraktu, zwiezczonej aneksem nie mozna traktowac, jak czyni to skarżaca, jako przeslanki rozwiazania lęczacej strony umowy z 5 czerwca 2008r. O tym ze, tego rodzaju sytuacja, zgodnie z wolą stron, nie stowila rozwiazania umowy w rozumieniu §7 ust. 7 umowy, świadczy rowniez zachowanie obu stron, w tym i pozwanej z okresu, w ktorym juz wiadomym bylo poza wszelką wätpliwosc, ze pierwotny przedmiot kontraktu – w odniesieniu do przyjetych w nim typow obudowy, nie bedzie realizowany, prowadzone rozmowy co do wprowadzenia w ich miejsce nowych typow obudow o innych parametrach technicznych i tak wskazac nalezy na pismo (...) SA z dnia 20 I 2009 (k.59), w ktorym pozwana wskazywala, iz w związku z prowadzonymi negocjacjami technicznymi, potwierdza, ze umowa wykonawcza, o ktorej mowa w § 1.3.1. umowy z 5.06.2008r., zostanie podpisana w ciagu 7 dni od daty podpisania ze stroną chińską aneksu do kontraktu. Podobnie w późniejszym piśmie z 25 marca 2009r. osoby reprezentujace pozwaną odwołaly sie do §3 ust. 1 umowy o wspolprace dotyczacego umowy wykonawczej, wskazujac na jej zawarcie po zawarciu aneksu do kontraktu (...) okrelajacego przedmiot umowy oraz warunki techniczne, ktore ulegly zmianie (k. 60). Rowniez i porozumienie z dnia 27 kwietnia 2009r. odwoływalo sie do umowy z 5 czerwca 2008r. oraz mówilo o dodatkowych kosztach poniesionych w związku z uruchomieniem kontraktu (...). Zmiana stanowiska, prezentowana na uzytek niniejszego procesu, wobec faktu, ze pozwana w istocie nie dopuscila powodki do realizacji kontraktu na uzgodnionych wzęcej zasadach, jak trafnie przyjal Sąd I instancji, nie moze odnieśc rezultatu. Istotne jest jak strony rozumialy daną treść postanowienia, co obejmowaly jego zakresem, w chwili zawarcia umowy nie zaś wersje tworzone w momencie powstania rozszecen na bazie zawartej umowy, gdy doszlo do naruszenia jej postanowien.

W tym miejscu stwierdzic nalezy, ze Sąd Apelacyjny nie znalazl podstaw do uwzględnienia wniosku dowodowego pozwanej zgloszonego w apelacji o przeprowadzenie dowodu z opinii prywatnych (...), (...w K. oraz (...w K. z 31 maja 2012r. na okolicznosc różnic konstrukcyjnych i technologicznych pomiedzy wskazanymi typami obwodow i

jak dowodu z opinii biegłego sądowego. Po pierwsze wniosek ten jest spóźniony (art. 479⁽¹⁴⁾§2 i 381 k.p.c.), gdy kwestia zmiany przedmiotu kontraktu (...) z 14 czerwca 2008r. w zakresie typów zmechanizowanych obudów, była już podnoszona przed Sądem I instancji w odpowiedzi na pozew i jeżeli pozwana chciała dowodzić, potwierdzać swe twierdzenia co do różnic pomiędzy poszczególnymi typami obudów prywatnymi opiniami, nic nie stało na przeszkodzie ich zleceniu wówczas, kiedy to występowała potrzeba wykazywania podnoszonych twierdzeń i łączonych z nimi skutków, a strona korzystała z profesjonalnego zastępstwa procesowego. Usprawiedliwienia dla rozwijania inicjatywy dowodowej na etapie postępowania apelacyjnego nie może stanowić odwoływanie się do stanowiska Sądu I instancji, gdy powinnością stron procesowych reprezentowanych przez fachowego pełnomocnika jest przedstawienie, przy dołożeniu należytej staranności w zakresie oceny materiału mogącego ważyć na treści rozstrzygnięcia, pełnego, dostępnego stronie materiału procesowego. Brak jest podstaw do przenoszenia tej inicjatywy na etap postępowania odwoławczego w zależności od tego, jak Sąd I Instancji odniesie się do dotychczas przedstawionego materiału. Ponadto zaskarżone rozstrzygnięcie nie opiera się na stanowisku, iż nie doszło do zmiany przedmiotu zamówienia, jak podnosi skarżący w uzasadnieniu wniosku dowodowego, na co wskazuje pełna treść uzasadnienia zaskarżonego wyroku. Sąd Okręgowy odnosząc się do wszystkich podnoszonych przez pozwaną okoliczności odniósł się również do aneksu z dnia 24 maja 2009 roku trafnie przyjmując, że nie stanowi on nowej samodzielnej umowy, a modyfikację umowy zawartej do której aneks odwołuje się w swej treści. Sąd wskazał przy tym, że nawet fakt, iż zmianie uległ przedmiot zamówienia nie wpływa na tę ocenę. Zawarte w uzasadnieniu wyroku na str. 15 stwierdzenie że przedmiotem dostawy były nadal zmechanizowane kompleksy ścianowe, stanowi lapsus językowy, gdy oczywistym jest, że chodziło o zmechanizowane obudowy ścianowe, co wynika z części ustalającej uzasadnienia dotyczącej stanu faktycznego. Sąd miał przy tym na względzie, że nastąpiła zmiana parametrów technicznych przedmiotu dostawy. Stąd niezależnie od tego, że złożony wniosek dowodowy był spóźniony, zbędnym było prowadzenie, na tym etapie, postępowania co do zmiany przedmiotu umowy, zwłaszcza że niesporne pomiędzy stronami jest, iż aneks obejmował inny typy obudowy aniżeli pierwotnie przyjęte.

Trafne w materiale dowodowym sprawy jest również stanowisko Sądu I instancji, że okoliczność, iż zgodnie z treścią aneksu stanowiącą, według pozwanej, odzwierciedlenie życzeń kontrahenta chińskiego, projektantem oraz producentem obudów miała być w całości spółka (...) SA, nie stanowi przesłanki zwalniającej pozwaną z odpowiedzialności z tytułu kary umownej.

Zgodnie z założeniami i celami umowy o współpracy strony zobowiązane były współdziałać celem pozyskania zamówienia i jego wspólnej realizacji. Niewątpliwie takie współdziałanie miało miejsce do kwietnia 2009r., kiedy to obie strony uczestniczyły w rozmowach i spotkaniach prowadzonych ze stroną chińską w kierunku renegotjacji zawartego 14 czerwca 2008r kontraktu, uzgodnieniach dotyczących typów obudów mających być przedmiotem dostaw, ich parametrów technicznych, w trakcie których przedmiotem uzgodnień były m.in. obudowy typu (...) – produkcji spółki zależnej powódki, co potwierdzają protokoły z wstępnych rozmów technicznych, ocen technicznych (k. 309-887) jak i zeznania świadków S. S. (k. 516 i nast.) P. P. (k. 553-556), W. C. (k. 410-492). Z zeznań tych wynika, że do maja 2009r. ze strony chińskiej nie było żadnych zastrzeżeń co do udziału (...) SA w realizacji zamówienia ani też nie były składane zastrzeżenia kwestionujące rozwiązania projektowe (...). Pozwana twierdząc, że przyczyną stanowiska kontrahenta odzwierciedlonego w aneksie co do projektanta i producenta, były zastrzeżenia co do jakości pracy konstruktorów spółki (...) SA okoliczności tej nie wykazała, zatem jako nieudowodnione twierdzenie nie mogła stanowić podstawy wiążących ustaleń w sprawie. Decyzja o tym, że producentem ma być (...) SA została przedstawiona na ostatnim spotkaniu w maju 2009r. poprzedzającym bezpośrednio podpisanie aneksu. Przy czym, jak wynika z zeznań S.S. (k. 522-523), okoliczności te były wcześniej znane pozwanej, gdy już na spotkaniu jakie miało miejsce w siedzibie (...) pod koniec kwietnia 2009r. dało się odczuć inną atmosferę, niechęć pozwanej do wzajemnej współpracy, która to sytuacja powtórzyła się też na lotnisku przed wyjazdem do Chin w maju 2009r. Ponadto z zeznań świadka wynika, że został on poinformowany przez przedstawiciela pozwanej L. B., iż pozwana przedstawi na tym spotkaniu własne rozwiązanie konstrukcyjne obudowy (...), jak również, że przedstawiciele (...) – nie byli zdziwieni stanowiskiem odczytanym przez przedstawiciela kontrahenta co do tego, że wszystkie obudowy mają być projektowane przez (...), wyrażali zdziwienie obecnością przedstawicieli (...) na tym spotkaniu.

Wskazuje to, iż strona pozwana nie działała od kwietnia 2009r. lojalnie wobec powódki, nie podjęła żadnych starań w kierunku zapewniającym możliwość realizacji zamówienia przez powódkę (spółkę powiązaną) jako poddostawcę, jak to zakładano w szczegółowej umowie o współpracy i jak przewidywała pierwotna wersja kontraktu. Stanowisko pozwanej, że tak musiało być, bo tak chciała strona chińska oraz, że pozycja strony polskiej nie pozwalała na jakiegokolwiek negocjonowanie tego, nie stanowi usprawiedliwienia, zwłaszcza w świetle faktu renegecjonowania kontraktu, prowadzenia rozmów w tym zakresie od grudnia 2008r. mimo, że pierwotne stanowisko kontrahenta nie zakładało realizacji umowy, a co świadczy o możliwości prowadzenia rozmów, a co najmniej podjęcia takiej próby, której pozwana zaniechała. Ponadto dalsze, późniejsze zachowanie pozwanej, wobec powódki po podpisaniu aneksu, wskazuje jednoznacznie, że wolą pozwanej było wyeliminowanie powódki z realizacji kontraktu. Zwrócić przy tym należy uwagę, że sam fakt, iż w aneksie znalazł się zapis odnośnie producenta obudów, którym miała być firma powiązana z pozwaną – (...) SA, nie stał na przeszkodzie realizacji przez strony zawartych umów o współpracę, w sytuacji gdy w istocie producent wskazany w kontrakcie – (...) SA posługiwał się przy realizacji zamówienia podwykonawcami, co wynika wprost z zeznań świadka J.W. - członka zarządu (...) SA. Nadto zgodnie z treścią §3 ust. 2 umowy z 5 czerwca 2008r. strony dopuściły możliwość uzgodnienia podziału prac w umowie wykonawczej w ten sposób, że w miejsce wykonania kompletnych sekcji obudowy jedna ze stron wykona poszczególne elementy obudowy, tak aby zgodnie z §1 ust. 1 umowy zrealizować postanowienie o równym rozdziale wartości zamówienia.

Materiał dowodowy sprawy w sposób jednoznaczny wskazuje, że pozwana od momentu podpisania aneksu nie przejawiała woli w dotrzymywaniu ustaleń umowy o współpracę, unikała zawarcia umowy wykonawczej, jak i podjęcia rozmów, wskazania jednoznacznie zakresu prac jaki zamierza zlecić powódcie. Faktycznie pozorowała, poprzez podejmowane czynności, jedynie wolę współdziałania, gdy rzeczywiście jej działania były nakierowane na wyeliminowanie powódki z realizacji zamówienia, co ostatecznie miało miejsce. Ustalenia Sądu I instancji, jak i wysnute z nich wnioski w tym zakresie są w pełni prawidłowe. Nie może być uznane za dopełnienie prawa powódki do realizacji zamówienia, zlecenie jej realizacji 1,8% wartości kontraktu w dniu 25 czerwca 2009r., gdy na spotkaniu w dniu 4 czerwca 2008r. dotyczącej tej kwestii, przedstawiciel pozwanej wprost oświadczył, że będą czynić starania aby największy zakres rzeczowy był realizowany przez (...) SA (spółkę zależną pozwanej), zaś zlecony powódcie zakres w ramach 1-go seta wyczerpuje zakres, który (...) zamierza zlecić, a udział w następnych setach będzie podobny – co wynika z treści sporządzonego na tę okoliczność protokołu (k. 64), gdy okoliczności dotyczące samego spotkania, jego przebiegu i sporządzenia protokołu przedstawiają zeznania świadka G. M. oraz J. S. i J. W.. Zawarty w końcowej części protokołu zapis, że szczegóły co do propozycji podziału w następnych setach zostaną ustalone na kolejnych spotkaniach, nie jest wyrazem faktycznej woli pozwanej, ale uniknięcia uznania wcześniejszego stwierdzenia, „że dalszy udział będzie podobny”, za uchylenie się od realizacji zasady równego podziału zamówienia do realizacji. Wskazują na to zeznania świadka G. M. (k. 706) z których wynika, że to stwierdzenie padło dopiero po żądaniu sporządzenia protokołu ze spotkania i w sytuacji, gdy domagali się zaprotokołowania stwierdzenia, że dalszy udział w realizacji zamówienia będzie podobny. Z zeznań zaś J. S. przedstawiciela (...) wynika, że jego pierwsze stwierdzenie dotyczyło stanu wiedzy jaką posiadał, nie miał umocowania do rozszerzenia zakresu zamówienia ani co do dalszego postępowania, stąd po przeanalizowaniu sprawy, sprostował swoją wypowiedź. Natomiast z treści pisma skierowanego przez pozwaną do powódki z 3.06.2008r. wyznaczającego przedmiotowe spotkanie wynika, że miało ono obejmować ogólne uzgodnienie zakresu powierzonych (...) prac do wykonania, uzgodnienie warunków współpracy, a do czego nie doszło. Z zeznań świadka J. W. – członka zarządu (...) SA wynika zaś, że odpowiedź J. S. na pytanie przedstawicieli (...), co do realizacji dalszych setów w podobnym zakresie co pierwszego, była wynikiem tego, że J. S. chciał w ten sposób zbyć przedstawicieli (...) SA. Pozwana od samego początku unikała określenia w sposób jednoznaczny zakresu jaki zamierza zlecić, podpisania umowy wykonawczej, gdy to miało nastąpić w terminie 7 dni od podpisania aneksu, jak deklarowała w korespondencji z okresu sprzed jego podpisania zasłaniając się brakiem kompletnej dokumentacji technicznej, stosując różnego rodzaju wybiegi (pisma z 10.06. 23.06. 2009r.). Jeżeli nawet pozwana nie posiadała faktycznie pełnej dokumentacji, to to nie stało na przeszkodzie, w wyrażeniu jednoznacznego stanowiska co do przewidywanego zakresu, jeżeli faktycznie zamierzała realizować umowę o współpracy, gdy do tego zmierzały pisma powódki z 5 czerwca 2009r. (k. 68) a następnie 18 czerwca 2009r. (k. 101), w którym powódka wносиła o oświadczenie się, czy (...) zamierza realizować ustalenia umowy o współpracy co do realizacji zamówienia,

wskazując jednocześnie, że dotychczasowe działania (...) stanowią naruszenie warunków umowy. Nie może być uznane za działanie w kierunku wywiązania się z umowy przesłanie powódce za pismem z 3 czerwca 2009r. projektu umowy wykonawczej, gdy ten stanowił li tylko szablon, wzór umowy, bez jakichkolwiek istotnych elementów co do warunków współpracy od podania których pozwana się uchylała, gdy powódka podnosiła, że zakres na poziomie zleconym nie odpowiada warunkom umowy o współpracę.

Trafnie też Sąd Okręgowy przyjął, że na rzeczywiste intencje pozwanej co do wyeliminowania powódki z realizacji zamówienia, nadania swym działaniom cech nienaruszania w ten sposób umowy, świadczy też sposób wykorzystania instytucji reklamacji (po której pozwana nie dokonywała już jakichkolwiek innych zleceń), tryb jej przeprowadzenia, a w szczególności moment zgłoszenia i sposób w jaki pozwana dokonywała kontroli jakości dostaw, zakreślane terminy do usunięcia zgłaszanych nieprawidłowości, tak aby powódka nie zdołała ich usunąć w terminie, a co wynika z protokołów odbioru towaru, reklamacji, wezwania do usunięcia wad z rygorem odstąpienia od umowy, jak i zeznań świadka S. G. (k. 740).

Nie negując uprawnień do dokonania przez pozwaną kontroli jakości, wdrożenia postępowania reklamacyjnego, przy ocenie nie można pomijać okoliczności temu towarzyszących. Jeżeli istotnie pozwana, jak podnosi, przypisywała dużą wagę do kwestii wymiarowych produktów, gdy tego głównie dotyczyły zastrzeżenia, to niewątpliwie winna była takie działania podejmować w momencie każdego odbioru od początku dostaw, co umożliwiłoby usunięcie podnoszonych nieprawidłowości, ich uniknięcie w kolejnych dostawach, gdy pierwsze odbywały się już na przestrzeni miesiąca lipca. W trakcie realizacji zamówienia w miesiącu lipcu 2009r. dokonano odbiorów 10,15,23,29 i 31 lipca z wynikiem pozytywnym, potwierdzając zgodność ich wykonania z dokumentacją techniczną. Wyroby te zwolniono do wysyłki (notatki k. 369, 376,379,385). Dopiero w miesiąc sierpniu, kiedy to zbliżał się koniec terminu dostaw pozwana wdrożyła „szczególne” postępowanie kontrolne, dokonując badania w dniach 10 i 11 sierpnia 2008r. 20 sztuk siłowników (protokół (...) z 13 sierpnia 2008r. k.272), przy czym w dniu 17 sierpnia 2008r. podjęto decyzję zareklamowania całej dostawy z 31 lipca 2009r. (k.273). Kolejne badanie odbyło się 20 sierpnia (k.275), gdy dopiero pismem z dnia 22 sierpnia 2009r. postawiono do dyspozycji (...) SA siłowniki objęte protokołem (...) z 13 sierpnia 2009r. a pochodzące z dostawy z dnia z 31 lipca 2008r. (k.277). Tymczasem w piśmie z dnia 24 sierpnia 2008r. wyznaczającym dodatkowy termin na 26 sierpnia 2009r. pozwana wskazywała, że siłowniki objęte w/w reklamacją zostały zainstalowane w sekcjach obudowy, a skutki ich ewentualnego wadliwego funkcjonowania obciążą (...), by następnie po ich zdemontowaniu w dniu 26 lipca 2008r. postawić je ponownie do dyspozycji (...) z wezwaniem o odbiór jako przeznaczone do poprawy (pismo k. 376-373, protokoły k. 280, i 398). Na niespójności stanowiska strony pozwanej w procesie reklamacyjnym wskazuje też zestawienie treści protokołu z dnia 28 sierpnia 2008r. dotyczącego przedstawionych do odbioru jakościowego 48 sztuk siłowników korekcji sprzęgnic oraz 188 sztuk korekcji osłon bocznych (k. 283-284), w którym siłowniki te dopuszczono do odbioru, by następnie w piśmie z 31 sierpnia 2009r. objąć je odstąpieniem od umowy. W odniesieniu zaś do siłowników zwróconych 26 sierpnia 2009r. (objętych odstąpieniem) stwierdzono, że wady nie zostały usunięte mimo upływu 4 dni od przekazania, gdy pozwana dokonując ich reklamacji, zwracając do poprawy nie określiła terminu usunięcia wad (termin z pisma z 24 sierpnia 2008r. nie mógł być z oczywistych względów miarodajny, gdy do poprawy zostały one przedstawione 26 sierpnia 2008r.), zaś powódka co do pisma z 24 sierpnia 2004r. wskazywała, że urządzenia zostaną poprawione do 2 września 2009r. po dokonanej ogólnej weryfikacji zwróconego towaru (gdy ten był towarem naruszonym, zdemontowanym przez pozwaną z sekcji obwodów).

Powyższe w zestawieniu z wcześniej wskazanymi faktami dotyczącymi uchylania się pozwanej od zawarcia umowy wykonawczej, określenia zakresu jaki zamierza zlecić powódce, zadeklarowania, czy zamierza realizować zasady umowy o współpracy wskazuje, że w procesie reklamacyjnym po stronie pozwanej brak było woli współdziałania w kierunku uzyskania poprawionych wyrobów, a jej działania nakierowane były na zakończenie współpracy z pozwaną co do realizacji zamówienia.

Nie może odnieść również skutku odwoływanie się pozwanej do faktu obowiązywania nadal umowy o współpracy z 11 stycznia 2008r., a co za tym idzie możliwość realizacji uzgodnień w niej zawartych co do innych zamówień. Fakt ten nie zwalnia pozwanej od odpowiedzialności na gruncie regulacji §10 ust. 1 umowy stanowiącej o karze umownej

i jej podstawie. Zgodnie z treścią tego postanowienia kara umowna należy się w razie naruszenia postanowień przewidujących prawo partycypacji w realizacji zamówienia pozyskanego od kontrahenta chińskiego wskazanego w umowie, finansowanego z kredytu rządowego. Regulacja tej umowy jej założenia odnosily się zatem do każdego z pozyskanych zamówień o których umowa stanowiła. W każdym przypadku naruszenia przyjętych w niej zasad dotyczących prawa partycypacji w realizacji zamówienia drugiej stronie przysługiwała kara umowna w wysokości 15% wartości zamówienia. Kara umowna odnosiła się do każdego z pozyskanych zamówień i wartość każdego konkretnego zamówienia przy którym doszło do naruszenia stanowiła podstawę jej obliczenia. Stąd to, że mogło hipotetycznie wejść w grę jakieś inne zamówienie na bazie umowy, nie uchyła odpowiedzialności za stwierdzone naruszenie prawa partycypacji jakie nastąpiło w odniesieniu do wynegocjowanego kontraktu, który był realizowany przez pozwaną. Strony zakładały w umowie, że będą współdziałały w pozyskaniu zamówień i stosować zasadę równego podziału ich realizacji, o czym była mowa powyżej, a co oznacza, że każde z nich odrębnie miało być pozyskiwane i realizowane z uwzględnieniem uzgodnionych zasad, reguł wzajemnego współdziałania.

Niezależnie od powyższego sama hipotetyczna tylko możliwość uzyskania kolejnych zamówień, nie czyni stanowiska pozwanej zasadnym, gdy pozwana poza samym tylko faktem odwoływania się do obowiązywania umowy, nie przedstawiła żadnych okoliczności wskazujących co najmniej na próbę podejmowania działań przez którąkolwiek ze stron w tym kierunku, prawdopodobieństwo uzyskania kolejnego zamówienia finansowego z kredytu rządowego, gdy według aktualnego stanu umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Chińskiej Republiki Ludowej o współpracy finansowej z 29 września 2000 (MP. 2002r. nr 6.poz 103 ze zm.) obowiązuje do 31 stycznia 2013r.

Niezasadne jest również apelacja w części zarzucającej naruszenie art. 484§2 k.c.

Kara umowna jest zastrzeżeniem umownym, które ma ułatwić i przyspieszyć uzyskanie zryczałtowanego odszkodowania tej stronie umowy, wobec której doszło do niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania obejmującego świadczenie niepieniężne. Strona dochodząca kary umownej nie ma obowiązku dowodzenia wysokości poniesionej szkody, a nawet doznania szkody w ogólności (por. uchwałę SN składu 7 sędziów Sądu najwyższego z 6 listopada 2003r., III CZP 61/83, OSNC 2004, nr 5, poz. 69). Kara ta pełni funkcje kompensacyjną, jako postać odszkodowania, stąd reguły a strony określając jej wysokość w umowie zastrzegają ją w wysokości zbliżonej do przewidywanej szkody, uwzględniając znane im okoliczności, zwłaszcza gdy zastrzegana jest w tej samej wysokości dla każdej ze stron, za te same naruszenie. Zastrzegając karę umowną każda ze stron ponosi ryzyko z tym związane.

Ustawodawca w przepisie art. 484§2 k.c. przewidział dla dłużnika możliwość częściowego zmniejszenia kary umownej w razie wystąpienia przesłanek wskazanych w tym przepisie, co następuje drogą orzeczenia sądu i stanowi wyjątek do sformułowanej w treści art. 484§1 k.c. zasady. Wprowadzając instytucję kary umownej ustawodawca nie pozbawił całkowicie doniosłości prawnej relacji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a godnym ochroną interesem wierzyciela, słusznych interesów obu stron stosunku obligacyjnego (por. wyroki SN z 19 kwietnia 2006r., V CSK 34/06, i z 12 maja 2006r., V CSK 55/06. Zatem w razie występującej dysproporcji między wysokością zastrzeżonej kary umownej a interesem wierzyciela, chronionym za pomocą kary umownej, dopuszczalne jest na podstawie art. 484§2 k.c. jej zmniejszenie na żądanie dłużnika. Miarkowanie kary umownej na żądanie dłużnika należy do tzw. prawa sędziowskiego, może wchodzić w grę w przypadku, gdy w świetle oceny danego stanu faktycznego można mówić o tym, że kara umowna w zastrzeżonej wysokości jawić się będzie jako nieadekwatna. Wnosząc o miarkowanie kary umownej w powiązaniu z którąś z przesłanek z art. 484§2 k.c. dłużnik winien wykazać przemawiające za tym okoliczności. Tymczasem pozwana wnosząc dopiero na ostatniej rozprawie o miarkowanie kary umownej niejako z tzw. ostrożności procesowej nie wskazała jakie to konkretne okoliczności miałyby to uzasadniać a mieszczące się w przesłankach z art. 484 k.c. Odwoływanie się zaś do innych toczących się spraw, gdy to nie ma odzwierciedlenia w materiale dowodowym sprawy, ich przedmiot nie został nawet skonkretyzowany nie może odnieść rezultatu. Podkreślić należy, że nawet wytoczenie odrębnego powództwa o odszkodowanie nie pozbawia uprawnienia do kary umownej, gdy w świetle §10 ust. 1 umowy z 11 stycznia 2008r. zastrzeżona kara ma charakter zaliczalny, strona poszkodowana ma prawo dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonej kary umownej (art. 484§1 zd. 2 k.c.)

Kara umowna zgodnie z treścią art. 484§2 k.c. może ulec miarkowaniu w dwóch przypadkach, mianowicie w razie wykonania zobowiązania w znacznej części, bądź gdy jest rażąco wygórowana. Pozwany tak przed Sądem I instancji, jak i w apelacji nie wskazuje, która to z przesłanek miałaby uzasadniać miarkowanie. Trafnie Sąd Okręgowy przyjął, że w stanie rozpoznawanej sprawy nie można w ogóle mówić o wykonaniu zobowiązania w znacznej części, gdy zlecenie powódce realizacji kontraktu było symboliczne, wynosiło 1,8% wartości kontraktu. W tej sytuacji faktycznej zasadne jest stwierdzenie, że w istocie nie doszło do wykonania przewidzianej w umowach o współpracy zasady partycypacji w realizacji kontraktu obu stron, nawet przy przyjęciu prezentowanego przez pozwaną stanowiska, gdy za takowe nie można uznać zlecenia w marginalnym zakresie.

Drugą z przesłanek miarkowania kary umownej jest jej rażące wygórowanie. Sama przyjęta w umowie wysokość określona na 15% wartości kontraktu nie może być uznana za wygórowaną. Pozwana stawiając w apelacji zarzut naruszenia normy art. 482§2 k.c. również nie wskazuje okoliczności pozwalających uznać tę karę za rażąco wygórowaną uwzględniając, że wartość kontraktu w realizacji którego powódka miała uczestniczyć wynosiła 85 mln USD. Dopiero na rozprawie apelacyjnej pozwana podnosiła, że wysokość zasądzonej kary umownej stanowi 30% wartości zamówienia uwzględniając część jaką powódka otrzymałaby do realizacji. Wskazać należy, że obie strony to profesjonaliści w branży produkcji urządzeń górniczych, stąd przyjąć należy, że dokładając wymaganej zawodowej staranności (art. 355§1 i 2 k.c.) potrafiły ocenić tak korzyści płynące z partycypacji w realizacji pozyskanych zamówień, jak i przewidzieć straty wynikające z jego naruszenia, pozbawienie jednej z nich realizacji tego prawa. Pozwana nawet nie usiłowała wykazać, że faktyczna szkoda jaką z tytułu nieuczestniczenia w realizacji poniosła powódka, nie powstała bądź była znacznie niższa aniżeli kara umowna w zastrzeżonej wysokości, bądź korzyści, jakie sama uzyskała realizując kontrakt, odbiegały w znaczny sposób od przewidywanych w momencie uzgodnienia wysokości kary umownej.

W literaturze przedmiotu, jak i orzecznictwie wskazuje się, że kara umowna może jawić się jako rażąco wygórowana uwzględniając brak szkody, bądź jej nieznaczny rozmiar nieadekwatność do wysokości zastrzeżonej kary, znikomy stopień winy dłużnika (por przytoczoną wyżej uchwałę składu 7 sędziów SN z 6 listopada 2003r., wyrok SN z 8 lipca 2004r. – IV CK 522/03 – OSNC 2005, nr 7-8, poz. 131 z 19 kwietnia 2006r. V CSK 34/06 z 30 listopada 2006r., I CSK 299/06). Okoliczności te przemawiające za miarkowaniem winien wykazać dłużnik zgodnie z regułą art. 6 k.c. (por wyrok SN z 12 maja 2006r. V CSK 55/06), a co w tym przypadku nie nastąpiło. Pozwana nie przedłożyła materiału procesowego pozwalającego uznać zastrzeżoną karę umowną za rażąco wygórowaną w łączącym strony stosunku obligacyjnym, z realizacją którego jest ona związana. Aktywność procesową w tym przedmiocie co do ewentualnych przesłanek miarkowania skarżąca podjęła dopiero po zamknięciu rozprawy apelacyjnej, usiłując w piśmie tytułowym załącznik do protokołu rozprawy wskazać dowody dla potwierdzenia swych twierdzeń, co do wysokości kary umownej zastrzeżonej przez powódkę w zawieranych przez nią kontraktach, a co nie mogło odnieść rezultatu. Po pierwsze materiał ten nie mógł stanowić elementu podstawy orzekania, gdy pojawił się po zamknięciu rozprawy, a pozwana nie wносиła w tym załączniku o otwarciu rozprawy i dopuszczenia go jako dowodu w sprawie. Po drugie był on spóźniony w świetle art. 479¹⁴§2 k.p.c. i art. 381 k.p.c., gdyż niewątpliwie potrzeba wykazywania przesłanek miarkowania istniała już na etapie postępowania pierwszoinstancyjnego. Po trzecie pismo to nie mogło być częścią materiału procesowego, a to wobec niedołączenia do niego dowodu doręczenia pełnomocnikowi strony przeciwnej ani też dowodu jego wysłania przesyłką poleconą, stąd podlegało zwrotowi zgodnie z treścią art. 479⁹§1 k.p.c., a co nastąpiło zarządzeniem z dnia 7 listopada 2012 roku.

Sąd Apelacyjny nie znalazł podstaw do uwzględnienia wniosku powódki o otwarcie zamkniętej rozprawy i przeprowadzenie wskazanych w piśmie powódki z dnia 5 listopada 2012 r. dowodów, gdy te były spóźnione, powódka mogła je zawnieść przed rozprawą, zawarte w nim okoliczności nie mają charakteru okoliczności, o których mowa w art. 316§2 k.p.c.

Reasumując z podanych wyżej względów apelacja jako nieuzasadniona podlegała oddaleniu na podstawie art. 385 k.p.c. O kosztach postępowania apelacyjnego orzeczono stosownie do wyniku sporu w oparciu o regulację art. 98§1 i 3 k.p.c. oraz §6 art. 7 i §13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności adwokackie.