

Sygn. akt *I AGa 246/18*

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 26 marca 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Poznaniu I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący: SSA Ewa Staniszevska

Sędziowie: SSA Bogdan Wysocki (spr.)

SSA Ryszard Marchwicki

Protokolant: protokolant Halszka Mróz

po rozpoznaniu w dniu 26 marca 2019 r. w Poznaniu

na rozprawie

sprawy z powództwa **A. G., K. G.** – uczestników umowy konsorcjum o nazwie **Konsorcjum (...)** zawartej 10 maja 2012r.

przeciwko **Skarbowi (...), Nadleśnictwo O.**

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanego

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu

z dnia 6 lutego 2018 r. sygn. akt IX GC 256/15

1. **zmienia zaskarżony wyrok w punkcie 1 przez wskazanie, że zasądzona tam od pozwanego należność przysługuje powodom jako stronom umowy konsorcjum o nazwie **Konsorcjum (...)** zawartej w dniu 10 maja 2012r.;**
2. **w pozostałej części apelację oddala;**
3. **zasądza od pozwanego na rzecz powodów jako stron umowy konsorcjum o nazwie **Konsorcjum (...)** zawartej w dniu 10 maja 2012r. kwotę 4.050 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.**

Bogdan Wysocki Ewa Staniszevska Ryszard Marchwicki

Sygn. akt I AGa 246/18

UZASADNIENIE

Powodowie A. G. oraz K. G. domagali się zasądzenia od **pozwanego Skarbu Państwa – Państwowego Gospodarstwa Leśnego, Lasów Państwowych, Nadleśnictwa O.** kwoty 100.000 zł wraz z ustawowymi

odsetkami od kwoty 43.131,20 zł od 20 stycznia 2014 r. do dnia zapłaty oraz od kwoty 56.868,80 zł od 10 kwietnia 2014 r. do dnia zapłaty, a także kosztów procesu według norm przepisanych.

Pozwany Skarb Państwa – (...), Nadleśnictwo O., zastępowany przez Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa Główny Urząd Prokuraturii Generalnej, wniósł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie na rzecz Skarbu Państwa – Nadleśnictwa O. kosztów procesu według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego na rzecz Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa, na podstawie art. 11 ust. 3 ustawy o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa.

Na rozprawie 17 listopada 2015 r. pełnomocnik powodów sprecyzował żądanie pozwu, wskazując, że domagają się oni kwot po 50.000 zł dla każdego, przy czym żądanie odsetkowe pozostaje niezmienione. Pełnomocnik pozwanego podkreślił, że broni się zarzutem potrącenia kwoty 357.320,16 zł.

Wyrokiem z dnia 6 lutego 2018 r. Sąd Okręgowy w Poznaniu zasądził od pozwanego na rzecz powodów kwotę 100.000 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od kwot: 1) 43.131,20 zł od 20 stycznia 2014 r. do dnia zapłaty, 2) 56.868,80 zł od 10 kwietnia 2014 r. do dnia zapłaty (pkt 1), zasądził od pozwanego na rzecz powodów kwotę 10.134 zł zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 3.634 zł tytułem kosztów zastępstwa procesowego (pkt 2).

Podstawą rozstrzygnięcia były następujące ustalenia i wnioski.

W dniu (...) r. strony zawarły umowę, której przedmiotem było wykonanie rozpoznania i oczyszczenia saperskiego terenów, zniszczenie znalezionych przedmiotów i uporządkowanie terenu prac przez pozwanych dla części zamówienia nr II w Nadleśnictwie O. w ramach zamówienia publicznego. W § 2 umowy powodowie jako wykonawcy zobowiązani zostali do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z harmonogramem rzeczowym, stanowiącym załącznik nr 3 do umowy.

Zgodnie z harmonogramem prace powodów rozpocząć się miały w III kwartale 2012 r., tj. 1 lipca. Do 30 września 2012 r. powodowie mieli wykonać prace na obszarze 50 ha, a w IV kwartale 2012 r. – 400 ha. W roku 2013 w III kwartale (od 1 lipca do 30 września) powodowie mieli wykonać prace na obszarze 250 ha, a w IV kwartale (od 1 października do 30 listopada) – 200 ha.

W § 13 umowy strony postanowiły, że zamawiający - pozwany za wykonanie przedmiotu umowy zapłaci powodom wynagrodzenie brutto w wysokości nieprzekraczającej 1.786.600,80 zł, natomiast w § 14 uzgodniono, że wynagrodzenie to płatne będzie na podstawie faktur częściowych wystawianych na podstawie protokołu zdawczo-odbiorczego, stwierdzającego stan zaawansowania prac oraz przedstawienia dokumentacji wynikającej z § 9 umowy za wykonaną część prac, przy czym, faktury częściowe nie mogą przekroczyć 80% kwoty określonej w § 13 – oraz na podstawie faktury końcowej za wykonanie oczyszczenia powierzchni z czasowymi wyłączeniami lub bez czasowych wyłączeń po odbiorze końcowym przedmiotu umowy – na podstawie końcowego protokołu zdawczo-odbiorczego oraz po przedstawieniu stosownej dokumentacji. W myśl § 14 ust.2 i 3 fakturę VAT, z naniesionym numerem umowy wraz z protokołem zdawczo-odbiorczym powodowie składać mieli do pozwanego w ciągu 7 dni od daty wystawienia protokołu odbioru prac, natomiast pozwany dokonywać miał zapłaty należności w terminie do 30 dni od daty otrzymania prawidłowo wystawionej przez powodów faktury VAT.

W § 21 strony określiły zasady odstąpienia od umowy. W tym zakresie zgodnie z ust. 1 pkt 1 pozwanemu przysługiwało prawo do odstąpienia od umowy w całości lub w części m.in. w przypadku opóźnienia realizacji umowy przez powodów powyżej 30 dni od dnia określonego w harmonogramie rzeczowym dla danego kwartału lub gdy powodowie przerwaliby prace z przyczyn nieuzasadnionych i ich nie realizowali, a przerwa ta trwałaby dłużej niż 14 dni – w każdym czasie do dnia, kiedy upłynąłby termin określony na wykonanie umowy dla danego kwartału w harmonogramie rzeczowym. Zgodnie z kolejnym punktem pozwanemu przysługiwało także prawo do odstąpienia od umowy, jeżeli dotychczasowy przebieg prac wskazywać będzie, że nie jest prawdopodobnym należyte wykonanie umowy w umówionym terminie 14 dni od dnia, kiedy zamawiający powziął wiadomość o okolicznościach uzasadniających

odstąpienie od umowy z tych przyczyn, a w myśl punktu 3 – również w przypadku, gdy powodowie wykonają umowę nienależycie, w sposób sprzeczny z jej postanowieniami i nie usuną nieprawidłowości ujawnionych w protokole nienależytego wykonania umowy, mimo wezwania ich do tego w terminie określonym w § 17 ust.6 pkt 2 – w terminie 7 dni od bezskutecznego upływu terminu do usunięcia nieprawidłowości.

W myśl § 21 ust. 7 w przypadku odstąpienia od umowy na podstawie ust.1 zamawiający nie traci uprawnienia do naliczania kar umownych należnych z innego tytułu.

W § 22 ust. 1d umowy strony uzgodniły, że pozwany może naliczyć powodom kary umowne m.in. w sytuacji opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy określonego dla każdego kwartału w wysokości 0,5 % wartości brutto wynagrodzenia powodów określonego w harmonogramie (powierzchnia za każdy kwartał pomnożona przez stawkę jednostkową z formularza ofertowego wykonawcy), za każdy dzień opóźnienia liczonego od terminu końcowego określonego w harmonogramie, liczonego od 30 dnia przekroczenia terminu, natomiast powyżej 30 dni ma zastosowanie § 22 ust. 2.

W § 22 ust.2 umowy strony ustaliły, że w przypadku odstąpienia od umowy w całości lub w części, z przyczyn, za które odpowiada wykonawca oraz gdy opóźnienie w wykonaniu umowy przekracza 30 dni od dnia określonego w harmonogramie rzeczowym dla danego kwartału, wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 20% wartości brutto jego wynagrodzenia określonego w § 13 ust.1.

W § 22 ust.5 powodowie wyrazili zgodę na potrącenie kwoty naliczonych kar umownych bezpośrednio przy zapłacie faktury VAT, wystawionej za realizację przedmiotu umowy (...).

W myśl § 23 ust.2 pkt 1 umowy w trakcie jej realizacji postanowienia mogły ulec zmianom, przy czym zmiany te dotyczyć mogły w szczególności terminów wykonania przedmiotu umowy wraz ze skutkami wprowadzenia takiej zmiany, przy czym zmiana spowodowana mogła być okolicznościami leżącymi wyłącznie po stronie pozwanego lub okolicznościami niezależnymi zarówno od pozwanego jak i powodów, tj. np. w przypadku znalezienia innych niż przewidziane w dokumencie SIWZ (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia) i umowie przedmiotów niebezpiecznych, których usunięcie wymagałoby zaangażowania odpowiednich służb alarmowych; przedłużająca się procedura przetargowa; przedłużająca się procedura pozyskania pozwolenia (lub wydania odmowy) Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków; wystąpienie siły wyższej, której wystąpienie ma wpływ na realizację umowy lub wystąpienie okoliczności zaistniałych w trakcie realizacji przedmiotu umowy, utrudniających lub uniemożliwiających terminowe wykonanie przedmiotu umowy. Termin „siła wyższa” oznacza akty terroru, wojny wypowiedziane i niewypowiedziane, blokady, powstania, zamieszki, epidemie, osunięcia gruntu, trzęsienia ziemi, powodzie, wybuchy i inne podobne nieprzewidywalne zdarzenia poza kontrolą którejkolwiek ze stron i którym żadna ze stron nie mogła zapobiec.

Pismem z 22 lipca 2013 r. powodowie zgłosili do weryfikacji prace wykonane na wskazanych terenach. Weryfikacja odbyła się 26 lipca 2013 r., a na jej skutek sporządzona została informacja pokontrolna, w której wskazano, że powodowie nie przedstawili pełnej i aktualnej dokumentacji oraz na 10 % przekazywanego terenu nie podjęli przedmiotów metalowych i niebezpiecznych. Tego samego dnia sporządzono protokół nienależytego wykonania prac nr 1, a w jego p. 6 Nadleśnictwo wyznaczyło powodom termin wykonania ponownego oczyszczenia terenu i uzupełnienia dokumentacji do 24 września 2013 r. Powodowie nie wykonali wskazanych poprawek w określonym terminie, na skutek czego pozwany pismem z 4 października 2013 r. poprosił ich o udzielenie informacji, czy zgodnie z zaleceniami ujętymi w protokole nienależytego wykonania prac nr 1 teren został ponownie oczyszczony.

Niezależnie od powyższego pismem z 25 września 2013 r. powodowie zwrócili się do pozwanego z prośbą o wyrażenie zgody na zmianę harmonogramu prac saperskich z III kwartału 2013 r. na IV kwartał 2013 r., w uzasadnieniu prośby podając, że „Konsorcjum zostało obciążone w roku 2013 w innych Nadleśnictwach przesunięciami harmonogramu prac, które winny się rozpocząć w roku 2012. Wcześniejsza ich realizacja nie była możliwa ze względu na przeciągające się procedury przetargowe - w związku z powyższym w III kwartale konsorcjum, mimo niesprzyjających warunków pogodowych zostało bardzo mocno obciążone pracami saperskimi”.

W odpowiedzi na powyższe pozwany pismem z 10 października 2013 r. wskazał, że powoływana przez powodów przyczyna zmiany harmonogramu nie spełnia warunków przewidzianych w § 23 umowy, w związku z czym nie można dokonać zmiany harmonogramu. Jednocześnie pozwany poprosił o podanie wielkości powierzchni oczyszczonej w III kwartale 2013 r., bowiem powodowie nie zgłosili wykonania robót za ten okres.

W piśmie z 17 października 2013 r. powodowie, nie podając wymiaru oczyszczonej powierzchni, wskazali, że zrealizowali prace w oddziałach 244, 255, 260, 270, 211 i 189 oraz na terenie podlegającym powtórnej weryfikacji, natomiast w pozostałych oddziałach prace realizowane są w stopniu bardzo zaawansowanym i powodowie chcą je przekazać w najbliższym czasie jako zrealizowane w III kwartale 2013 r. Jednocześnie powodowie podali, że w związku z nasileniem prac również w innych Nadleśnictwach w celu terminowego wykonania prac dodatkowo została zatrudniona firma podwykonawcza.

Pismem z 28 października 2013 r. powodowie wskazali, że ponieważ wystąpiły chwilowe problemy z wykonaniem dokumentacji prac oraz przesunięciem pracowników na inne odcinki robót, uniemożliwiające zgłaszanie do weryfikacji, prosili o przesunięcie harmonogramu, a spotkali się z odmową, tereny będą przekazywać sukcesywnie. Z uwagi na zaangażowanie oraz zatrudnienie firmy podwykonawczej termin realizacji powinien zostać dotrzymany.

Pismem z 27 listopada 2013 r. powodowie zwrócili się do pozwanego z prośbą o przesunięcie terminu realizacji pozostałej do wykonania części prac saperskich na II kwartał 2014 r., a wniosek umotywowali tym, że na skutek działalności bobrów znacznie podniósł się poziom wód gruntowych w oddziałach 266, 249, 255, jak również wystąpiły bardzo duże, nieprzewidywalne ilości przedmiotów ferromagnetycznych (odłamki, pozostałości po pociskach) oraz przedmiotów wybuchowych m.in. w oddziałach 190, 211, 210, 260, 125, 124, co znacznie spowolniło prace saperskie na innych oddziałach. Nadto powodowie wskazali, że warunki pogodowe – minusowe temperatury wpływające na właściwą pracę elektronicznego sprzętu, jak również nieprzewidywalna ilość przedmiotów ferromagnetycznych uniemożliwiają terminowe wykonanie prac.

W dniu 20 grudnia 2013 r. powód A. G. wystawił pozwanemu fakturę VAT nr (...) z tytułu działalności związanej z rekultywacją i pozostałej działalności związanej z gospodarką odpadami; wykonania prac saperskich do głębokości 1 m w Nadleśnictwie O. oraz z tytułu działalności związanej z rekultywacją i pozostałej działalności związanej z gospodarką odpadami; wykonania prac saperskich do głębokości 0,3 m w Nadleśnictwie O. – na łączną kwotę 300.451,36 zł brutto. Na fakturze datę zakończenia usługi określono na 20 grudnia 2013 r., a termin zapłaty na 19 stycznia 2014 r.

Pozwany nie dokonał płatności należności wynikającej z ww. faktury, w związku z czym pismem z 30 stycznia 2014 r. powodowie wezwali go do zapłaty w terminie 2 dni pod rygorem odstąpienia od umowy.

Pismem z 6 lutego 2014 r. pn. Oświadczenie wykonawcy o odstąpieniu od umowy zawartej (...) r. powodowie podali, że działając na podstawie art. 491 § 2 w zw. z art. 491 § 1 k.c. wobec braku płatności należności wynikającej z faktury nr (...) odstępują od wskazanej umowy.

Niezależnie od powyższego pismem z 16 stycznia 2014 r. pozwany wskazał, że w związku z upływem terminu realizacji umowy na oczyszczenie saperskie i z niezrealizowaniem całości prac przez powodów nalicza im karę w wysokości 20 % wartości brutto umowy, tj. w kwocie 357.320,16 zł – zgodnie z § 22 ust.1d i 2 umowy. Pozwany 6 stycznia 2014 r. wystawił powodom notę księgową nr (...), w której wskazał, że obciąża ich tytułem kary umownej za niewywiązanie się z umowy – w kwocie 357.320,16 zł, którą należy wpłacić do 30 stycznia 2014 r.

Jednocześnie pismem z 24 stycznia 2014 r. pozwany udzielił odpowiedzi na pismo powodów z 27 listopada 2013 r., wskazując, że nie wyraża zgody na przesunięcie terminu zakończenia prac, a w związku z upływem terminu realizacji umowy, która była zawarta na czas oznaczony do 30 listopada 2013 r. i niezrealizowaniem prac przez powodów pozwany w oparciu o § 21 ust.1 pkt 1, 2, 3 umowy oraz art. 635 k.c. odstępuje z dniem 24 stycznia 2014 r. od zawartej między stronami umowy w niewykonanej części.

W piśmie z 4 lutego 2014 r. pozwany podtrzymał naliczoną karę oraz poinformował powodów, że zgodnie z § 22 ust.5 umowy zaliczył na poczet kary należność za wystawioną przez nich fakturę nr (...).

10 marca 2014 r. powód A. G. wystawił pozwanemu fakturę VAT nr (...) z tytułu działalności związanej z rekultywacją i pozostałej działalności związanej z gospodarką odpadami; wykonania prac saperskich do głębokości 0,3 m w Nadleśnictwie O. – na łączną kwotę 69.094,94 zł brutto. Na fakturze datę zakończenia usługi określono na dzień 10 marca 2014 r., a termin zapłaty na dzień 9 kwietnia 2014 r.

8 kwietnia 2014 r. pozwany zapłacił powodom z faktury VAT nr (...) kwotę 12.226,14 zł.

Powodowie w 2012 r. oczyścili 450 ha terenu, a w 2013 r. 304,49 ha terenu, a 75,23 ha oczyścili, co jednak zostało negatywnie zweryfikowane. Powodowie nie oczyścili terenu o powierzchni 145,51 ha, którym zajęła się inna firma – wyłoniona w drodze kolejnego przetargu.

W ocenie Sądu Okręgowego w świetle dokonanych ustaleń faktycznych roszczenie powodów zasługiwało na uwzględnienie. Sąd jednak nie podzielił argumentacji powodów odnośnie niedotrzymania przez nich terminów umownych z uwagi na trudne warunki atmosferyczne, a także wysokie, niedające się przewidzieć nasycenie terenu przedmiotami podlegającymi oczyszczeniu. Niesporne było, że powodowie wykonali roboty opisane fakturami VAT nr (...), za które domagali się zasądzenia wynagrodzenia częściowego w niniejszej sprawie (100.000 zł z niewypłaconych dotąd z tych faktur 357.320,16 zł). Strona pozwana dokonała jednak potrącenia z wynagrodzeniem z ww. faktur nałożonej na powodów kary umownej za opóźnienie w wykonaniu prac w wysokości 357.320,16 zł. Nałożona na powodów i potrącona z ich wynagrodzeniem kara umowna okazała się usprawiedliwiona co do zasady, jednakże po jej zmiarkowaniu (na wniosek powodów) żądanie pozwu uwzględniono w całości.

Fakt niewywiązania się przez powodów z części umowy (tj. niewykonanie oczyszczania 145,51 ha z umówionych 900 ha, czyli 16%) pozostawała między stronami bezsporna, a to właśnie ta okoliczność stanowiła podstawę odstąpienia przez pozwanego od umowy w jej niewykonanej części. Z kolei podstawą naliczenia kary umownej przez pozwanego były opóźnienia powodów w wykonaniu umowy.

Powodowie dopatrywali się dwóch czynników, uzasadniających powstałe po ich stronie opóźnienie – a w konsekwencji brak terminowego wykonania części – w warunkach pogodowych panujących w czasie, kiedy winni dokonywać oczyszczania saperskiego terenu oraz w znacznej, niedającej się przewidzieć liczbie przedmiotów do wydobycia z oczyszczanego terenu.

Powodowie jednak nie wykazali, że to rzekome trudne warunki atmosferyczne panujące na terenie Nadleśnictwa O. były przyczyną opóźnienia prac. Przede wszystkim należy wskazać, że co wynika z dokumentacji sprawozdawczej powodowie, wbrew kierowanej do pozwanego korespondencji nie dokonywali oczyszczenia terenu w III kwartale 2013 r., a prace, które mieli wykonać w tymże czasie wykonywali w IV kwartale 2013 r. i to w okresie, kiedy – jak wynika z załączonej przez nich informacji meteorologicznej – występowały opady, a wedle nich opady uniemożliwiały im dokończenie prac w umówionym terminie. Powodowie zgodnie z umową z pozwanym mogli poinformować pozwanego o warunkach pogodowych, uniemożliwiających zakończenie prac w umówionym terminie i wnioskować o wydłużenie tegoż terminu. Powodowie, pomimo zaistnienia jak twierdzą takich warunków atmosferycznych, że nie mogli wykonać prac w terminie (oraz pomimo, że w istocie w okresie tym wykonywali prace, jednak z III kwartału 2013 r.) – nie wnosili do pozwanego o przedłużenie terminu realizacji robót z tego tytułu, a jedynie wnioskowali o przedłużenie terminu z uwagi na obciążenie pracą w innych nadleśnictwach. Dopiero pismem z 27 listopada 2013 r. poinformowali pozwanego o trudnych warunkach atmosferycznych, co zgodnie z harmonogramem, stanowiącym część umowy, miało miejsce na 3 dni przed umownym terminem zakończenia prac. Wówczas powodom zostało do oczyszczenia 304,49 ha terenu, co było oczywiście niemożliwe do wykonania, nawet pomimo pomocy podwykonawcy.

Powodowie nie wykazali również swoich twierdzeń odnośnie znacznej, niedającej się wcześniej przewidzieć ilości przedmiotów koniecznych do wydobycia na oczyszczanym terenie. Powodowie są profesjonalistami, którzy podjęli

się oczyszczenia wielu terenów, mając świadomość, że na tych terenach znajdowały się wcześniej poligony wojskowe, które nie zostały do końca oczyszczone przez wojsko. Nadto powodowie przeprowadzili rozpoznanie terenu, a znając jego umiejscowienie z łatwością mogli oszacować przybliżoną ilość tychże przedmiotów. Wreszcie powodowie mogli wnosić do pozwanego o wydłużenie terminu zakończenia prac właśnie z uwagi na wystąpienie niewspółmiernie dużej, niemożliwej do przewidzenia ilości niewybuchów, niewypałów amunicji, pozostałości po niewybuchach, pozostałości po niewypałach, pozostałości po amunicji, innych przedmiotów wybuchowych, pozostałości po nich, przedmiotów ferromagnetycznych – co przecież również było przewidziane w łączącej strony umowie, jako przesłanka uzasadniająca przedłużenie umówionego terminu. Powodowie jednak, jak już wyżej wskazywano, nie powoływali się przed pozwanym na taką okoliczność, natomiast dopiero w piśmie z 27 listopada 2013 r., na 3 dni przed planowym zakończeniem prac saperskich, wskazali na niekorzystne warunki atmosferyczne oraz bardzo duże/nieprzewidywalne ilości przedmiotów ferromagnetycznych (odłamki, pozostałości po pociskach) oraz przedmiotów wybuchowych m.in. w oddziałach 190, 211, 210, 260, 125, 124, co – wedle nich - znacznie spowolniło prace saperskie na innych oddziałach. Podkreślenia przy tym wymaga, iż twierdzenia powodów w tym zakresie nie potwierdził w żadnej mierze materiał dowodowy przedstawiony w sprawie, a wręcz okoliczność, że w Nadleśnictwie O. wystąpiła średnia ilość przedmiotów koniecznych do wydobywania została udowodniona za pomocą wiarygodnych zeznań świadków.

Wobec tego powodowie znali przedmiot umowy, wszak zgłosili swój udział w przetargu; mieli również wiedzę odnośnie ilości terenu do oczyszczenia, a tym samym winni dysponować odpowiednią ilością pracowników, w szczególności w sytuacji, kiedy zobowiązali się do saperskiego oczyszczenia terenów innych nadleśnictw. Powodowie mogli także we wcześniejszym terminie skorzystać z pomocy podwykonawcy w tym zakresie.

Ostatecznie również, co nie ma znaczenia dla ustalenia zasadności odstąpienia przez pozwanego od umowy oraz naliczenia kar umownych z tytułu opóźnienia w wykonaniu prac, bowiem zasadność taka wynika już z powyższych okoliczności – powodowie część terenu oczyścili niedokładnie i nie dokonali poprawek, a pozwany zmuszony był do zawarcia umowy w tym zakresie z kolejnym wykonawcą, wyłonionym w drodze kolejnego przetargu.

Pismem z 16 stycznia 2014 r. pozwany wskazał, że w związku z upływem terminu realizacji umowy na oczyszczenie saperskie i z niezrealizowaniem całości prac przez powodów nalicza im karę w wysokości 20 % wartości brutto umowy, tj. w kwocie 357.320,16 zł – zgodnie z § 22 ust. 1d i 2 umowy. Pismem z 24 stycznia 2014 r. pozwany w związku z upływem terminu realizacji umowy, która była zawarta na czas oznaczony do 30 listopada 2013 r. i niezrealizowaniem prac przez powodów w oparciu o § 21 ust. 1 pkt 1, 2, 3 umowy oraz art. 635 k.c. oświadczył, że odstępuje z dniem 24 stycznia 2014 r. od zawartej między stronami umowy w niewykonanej części.

Zasady odstąpienia od umowy strony określiły w jej § 21. W tym zakresie zgodnie z ust.1 pkt 1 pozwanemu przysługiwało prawo do odstąpienia od umowy w całości lub w części m.in. w przypadku opóźnienia realizacji umowy przez powodów powyżej 30 dni od dnia określonego w harmonogramie rzeczowym dla danego kwartału lub gdy powodowie przerwaliby prace z przyczyn nieuzasadnionych i jej nie realizowali, a przerwa ta trwałaby dłużej niż 14 dni, w każdym czasie do dnia, kiedy upłynąłby termin określony na wykonanie umowy dla danego kwartału w harmonogramie rzeczowym. Zgodnie z kolejnym punktem pozwanemu przysługiwało także prawo do odstąpienia od umowy, jeżeli dotychczasowy przebieg prac wskazywać będzie, że nie jest prawdopodobnym należyte wykonanie umowy w umówionym terminie 14 dni od dnia, kiedy zamawiający powziął wiadomość o okolicznościach uzasadniających odstąpienie od umowy z tych przyczyn, a w myśl punktu 3 – również w przypadku, gdy powodowie wykonają umowę nienależycie, w sposób sprzeczny z jej postanowieniami i nie usuną nieprawidłowości ujawnionych w protokole nienależytego wykonania umowy, mimo wezwania ich do tego w terminie określonym w § 17 ust.6 pkt 2 – w terminie 7 dni od bezskutecznego upływu terminu do usunięcia nieprawidłowości.

Oceniając skuteczność oświadczenia pozwanego o odstąpieniu od umowy należy w pierwszej kolejności wskazać, że zapis § 21 ust.1 pkt 1 umowy jest wewnętrznie sprzeczny, bowiem w istocie stanowi, że pozwany może odstąpić od umowy, jeśli powodowie opóźnią się z jej realizacją powyżej 30 dni – np. w ostatnim kwartale, jednakże do dnia, kiedy upływa termin określony na wykonanie umowy dla tegoż kwartału, czego nie sposób zastosować w praktyce, w szczególności w rozpoznawanej sprawie. Jeśliby zaś podstawy odstąpienia od umowy dopatrywać się w przerwaniu

prac przez powodów, to należy wskazać, że także w tym przypadku pozwany uchybił terminowi do odstąpienia od umowy, bowiem złożył stosowne oświadczenie dopiero 24 stycznia 2014 r., a więc po upływie terminu nie tylko na wykonanie prac dla danego kwartału ale i całej umowy (do dnia 30 listopada 2013 r.).

W oświadczeniu o odstąpieniu od umowy pozwany powołał również § 21 ust.1 pkt 2 umowy, jednakże pozwany uzyskał wiedzę o braku prawdopodobieństwa ukończenia przez powodów prac w terminie na skutek pisma powodów z 27 listopada 2013 r., przy czym w aktach sprawy brak potwierdzenia daty otrzymania tego pisma przez pozwanego. Należy jednak przyjąć, że skoro prace wykonywane przez powodów miały zostać przez nich zakończone do 30 listopada 2013 r., a w tym dniu powodowie nie zakończyli prac – to najpóźniej w tym dniu pozwany dowiedział się, że prace nie zostaną wykonane na czas, a zatem składając oświadczenie o wypowiedzeniu umowy 24 stycznia 2014 r. uchybił 14-dniowemu terminowi wskazanemu w przepisie łączącej strony umowy.

Pozwany nie wykazał również, aby skutecznie odstąpił od umowy na podstawie jej § 21 ust.1 pkt 3, bowiem z akt sprawy nie wynika, aby wezwał powodów do usunięcia nieprawidłowości w określonym terminie i aby wyznaczony na usunięcie nieprawidłowości termin upłynął przed siedmioma dniami od 24 stycznia 2014 r.

Jednakże rozważania odnośnie skuteczności odstąpienia przez pozwanego od umowy nie mają w sprawie znaczenia, bowiem sam pozwany wskazał, że naliczenie kary umownej nie było związane z odstąpieniem przez niego od umowy, lecz w związku z niewykonaniem przez powodów umowy w terminie. Nadto przedmiotem sporu była jedynie zasadność naliczenia kary umownej i potrącenia kwoty z tego wynikającej z wierzytelnością wzajemną.

W § 22 ust. 1d umowy strony uzgodniły, że pozwany może naliczyć powodom kary umowne m.in. w sytuacji opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy określonego dla każdego kwartału w wysokości 0,5 % wartości brutto wynagrodzenia powodów określonego w harmonogramie (powierzchnia za każdy kwartał pomnożona przez stawkę jednostkową z formularza ofertowego wykonawcy), za każdy dzień opóźnienia liczonego od terminu końcowego określonego w harmonogramie, poczynając od 30 dnia przekroczenia terminu, natomiast powyżej 30 dni ma zastosowanie § 22 ust.2. W § 22 ust.2 umowy strony ustaliły, że w przypadku odstąpienia od umowy w całości lub w części, z przyczyn, za które odpowiada wykonawca oraz gdy opóźnienie w wykonaniu umowy przekracza 30 dni od dnia określonego w harmonogramie rzeczowym dla danego kwartału, wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 20 % wartości brutto jego wynagrodzenia określonego w § 13 ust. 1.

W dniu oświadczenia pozwanego o naliczeniu powodom kary umownej w kwocie 357.320,16 zł, tj. w dniu 16 stycznia 2014 r. powodowie bez wątplenia pozostawali w opóźnieniu z realizacją umowy powyżej 30 dni, bowiem przedmiot umowy miał zostać wykonany w całości do 30 listopada 2013 r. Konsekwencją uznania, że powodowie nie wykazali barku winy w niewykonaniu przedmiotu umowy w części dotyczącej oczyszczania jest ich odpowiedzialność co do zasady z tytułu kary umownej przewidzianej w umowie na wypadek niewykonania lub niewłaściwego wykonania przedmiotu umowy – w sprawie polegającego na opóźnieniu w wykonaniu prac, stosownie do treści art. 484 § 1 w zw. z art. 483 § 1 k.c. Opóźnienie powodów przekraczające 30 dni – zgodnie z § 22 ust 2 umowy uzasadniało naliczenie kary umownej w podwyższonej wysokości, tj. 20 % (przy maksymalnym wynagrodzeniu 1.786.600,80 zł ustalonym w § 13 umowy – 20% tej kwoty stanowi kwotę 357.320,16 zł, naliczoną przez pozwanego powodom tytułem kary umownej.

Pozwany pismem z 4 lutego 2014 r. wskazał, że na poczet kary zaliczył należność za prace wykonane przez powodów, za które wystawili oni fakturę VAT nr (...), natomiast na rozprawie 17 listopada 2015 r. pełnomocnik powodów oświadczył, że nie kwestionuje faktu złożenia oświadczenia o potrąceniu przed sporem w dacie wskazanej przez pełnomocnika pozwanego, kwestionuje jedynie jego zasadność. Z kolei w piśmie z 23.11.2015 r. pozwany złożył kolejne oświadczenie, w którym wskazał z jakimi należnościami (z których faktur powodów) dokonał potrącenia kary umownej. Należy zatem przyjąć, że fakt dokonania przez pozwanego potrącenia należności z tytułu kary umownej z wierzytelnościami powodów za prace opisane fakturami nr (...) jest niesporny. Co istotne w § 22 ust.5 umowy wykonawca (powodowie) wyrazili zgodę na potrącenie kar umownych bezpośrednio przy zapłacie faktury VAT (...). Zgodnie z tym postanowieniem pozwany dokonał potrącenia co do należności z faktury VAT nr (...) dokonując jedynie

częściowej zapłaty – z kwoty 69.094,94 zł zapłacił kwotę 12.226,14 zł, resztę zaś potrącił z pozostałą częścią kary umownej.

Nie był zasadny zarzut powodów, że zastrzeżenie kary w umowie stron było nieważne z powodu niedookreślenia jej co do wysokości. Jak wynika z treści § 22 ust.1 strony przewidziały karę umowną w wysokości określonej % od wartości brutto wynagrodzenia. Przy czym w zakresie wysokości wynagrodzenia nastąpiło odesłanie do § 13 ust.1, gdzie mowa o wynagrodzeniu nie przekraczającym kwoty 1.786.600,80 zł (w tym podatek VAT 132.340,80 zł). W ust. 2 tegoż paragrafu strony określiły sposób wyliczenia wynagrodzenia faktycznie należnego wykonawcy, które uzależniły od wyłączenia określonych obszarów z zakresu prac objętych umową. Stwierdzić zatem należało, że wynagrodzenie wykonawcy zostało w umowie określone w sposób jednoznaczny i stanowczy – na kwotę 1.786.600,80 zł. Zaznaczenie, że wynagrodzenie nie może przekraczać kwoty wskazanej w ust. 1 § 13 ma jedynie takie znaczenie, że jest to kwota maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy, które nie może ulec zwiększeniu. Natomiast zapis ust. 2 to tzw. klauzula renegocjacyjna, uzasadniona w okolicznościach przedmiotowej sprawy z uwagi na ewentualność ograniczenia obszaru, który miałyby być oczyszczany. Skoro w § 22 strony dla określenia wysokości kar umownych odwołały się jedynie do § 13 ust.1 (z pominięciem ust.2), to musiały mieć na uwadze maksymalne wynagrodzenie brutto wykonawcy jako podstawę naliczania kar umownych, a nie wynagrodzenie faktycznie należne – gdyby nastąpiły wyłączenia określonych obszarów z oczyszczania. Tym bardziej zarzut ten jest niezadany, skoro w postanowieniach umownych odnoszących się do kary umownej strony poczyniły odesłanie do stawki jednostkowej wynagrodzenia wskazanego w formularzu ofertowym wykonawcy (§ 22 pkt. d; k.47). Powyższe przesądza o bezzasadności twierdzeń powodów o nieprecyzyjnym określeniu wysokości kar umownych.

Powodowie w pozwie z ostrożności procesowej wnieśli o miarkowanie kary umownej. Powołali się na zaistnienie obu przesłanek do jej miarkowania określonych w art. 484 § 2 k.c. zarówno wykonania zobowiązania w znacznej części, jak i rażącego wygórowania kary. Podnieśli także zarzut, że pozwany w związku z ich opóźnieniem nie poniósł żadnej szkody.

Aby mogło dojść do miarkowania kary umownej, wystarczy, że spełniona będzie jedna z wyżej wskazanych przesłanek. W ocenie Sądu zaistniały przesłanki do zmiarkowania kary umownej należnej od powodów na rzecz pozwanego. Miarkowanie kary umownej w trybie art. 484 § 2 k.c. przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności sprawy należy do tzw. prawa sędziowskiego. Miarkowanie kary ma na celu przeciwdziałanie rażącej dysproporcji między wysokością zastrzeżonej kary, a godnym ochrony interesem wierzyciela (tak SN w wyroku z 2 kwietnia 2014 r. w sprawie IV CSK 416/13 oraz z 23 maja 2013 r. w sprawie IV CSK 644/12 i 12 lutego 2015 r. w sprawie IV CSK 276/13). Sąd należy przyjąć, że o tym, że kara umowna jest rażąco wygórowana, mogą decydować także okoliczności związane ze stosunkiem cywilnoprawnym łączącym strony. Nie było konieczne by powodowie, zgłaszając zarzut miarkowania kary umownej, szczegółowo wskazali sposób jej miarkowania i kwotę, do jakiej domagają się jej zmiarkowania. W orzecznictwie i doktrynie sporna jest dopuszczalność miarkowania kar umownej z urzędu, jednakże dominuje pogląd, że jest to dopuszczalne w przypadku żądania oddalenia powództwa i istnienia okoliczności uzasadniających miarkowanie kary umownej, określonych w art. 484 § 2 k.c. SN w wyroku z 22 stycznia 2010 r. w sprawie V CSK 217/09 stwierdził, że wniosek o miarkowanie kary umownej nie musi zawierać wprost sformułowania, że dłużnik żąda miarkowania kary, gdyż wystarczy, gdy w trakcie procesu, w którym wnosił o oddalenie powództwa, podniesie także zarzut rażącego wygórowania kary umownej. Skoro dopuszczalne byłoby miarkowanie kary umownej w sytuacji, gdy dłużnik nie wprost tego żąda, to tym bardziej uzasadnione jest badanie ewentualnego zaistnienia przesłanek do jej miarkowania, gdy strona wyraźnie taki zarzut zgłosi i przytoczy argumentację, która za tym przemawia.

Sąd miarkując karę umowną ma na względzie podstawowe jej funkcje – stymulującą wykonanie zobowiązania; represyjną w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania oraz kompensacyjną, polegającą na naprawieniu szkody, jeżeli wierzyciel ją poniósł (bez konieczności precyzyjnego wyliczenia tejże szkody) (tak też SN w uchwale z 6 listopada 2003 r. w sprawie III CZP 61/03 oraz SA w K. w wyroku z 20 sierpnia 2015 r. w sprawie I ACa 315/15).

Jeżeli chodzi o zarzut powodów braku szkody po stronie pozwanego – Sąd miał na względzie fakt, że obowiązek zapłaty kary umownej powstaje niezależnie od tego, czy szkoda po stronie uprawnionego do jej naliczenia rzeczywiście wystąpiła i w jakiej wysokości. Zapłata kary umownej nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela. Zarzut powodów co do braku szkody po stronie pozwanego nie został przez nich udowodniony, a pamiętać trzeba, że to właśnie na obowiązującym (tu na powodach) spoczywa ciężar dowodu co do zaistnienia przesłanek zwalniających go z obowiązku zapłaty kary umownej. Powodowie winni wskazać i udowodnić podstawę faktyczną tego żądania, a więc przynajmniej jedną z przesłanek art. 484 § 2 k.c. uzasadniającą miarkowanie kary. Pozwany nie zaprzeczył, że pomimo opóźnienia powodów w wykonaniu prac w poszczególnych kwartałach nie poniósł szkody; odniósł się jedynie do szkody jaka wynika dla niego z powodu opóźnienia w wykonaniu prac w stosunku do terminu końcowego. Wskazał, że opóźnienie to skutkowało odstąpieniem przez niego od umowy i koniecznością zorganizowania kolejnego przetargu, zatrudnienia do dokończenia prac, jakie pierwotnie mieli wykonać powodowie, nowego wykonawcy, któremu z uwagi na krótki czas jaki pozostał do zakończenia całego przedsięwzięcia, musiał zapłacić wyższe wynagrodzenie, niż powodom (czyli co do 16 % prac wynagrodzenie ponad dwukrotnie przewyższające, stawki, jakie obowiązywały w umowie powodów z pozwanym – z powodami 1.890 zł/ha netto, a z nowym podmiotem 4.590 zł/ha).

Za uzasadnione uznano pozostałe argumenty powodów odnoszące się do żądania miarkowania kary umownej. W odniesieniu do przesłanki rażącego wygórowania kary umownej konieczne jest ustalenie w stosunku do czego kara musi być rażąca, aby było możliwe jej obniżenie. Potencjalnych kryteriów jest kilka: odniesienie wysokości kary do wartości kontraktu, porównanie wysokości kary z faktycznie poniesioną szkodą, czasem też ocena stopnia zawinienia (kara niższa przy minimalnym niedbalstwie, wysoka przy umyślnym działaniu). Strona pozwana wprawdzie nie dokonała szczegółowego wyliczenia opóźnień w wykonaniu umowy przez powodów w poszczególnych kwartałach. Strony w umowie wprowadziły dwie postacie opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy i w związku z tym zróżnicowały karę umowną. Ustalono karę umowną za opóźnienie, które nie przekracza 30 dni oraz kwalifikowaną karę umowną, gdy opóźnienie przekracza owe 30 dni. W pierwszym przypadku kara umowna została określona za każdy dzień opóźnienia (§ 21 ust. 1 c i d). W przypadku opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy pozwany był uprawniony do naliczania kary umownej w wysokości 0,5 % wartości brutto wynagrodzenia wykonawcy określonego w § 13 ust. 1, za każdy dzień opóźnienia liczonego od terminu końcowego określonego w harmonogramie; a w przypadku opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy określonego dla każdego kwartału w wysokości 0,5 % wartości brutto wynagrodzenia wykonawcy określonego w harmonogramie (powierzchnia za każdy kwartał pomnożona przez stawkę jednostkową z formularza ofertowego wykonawcy), za każdy dzień opóźnienia liczonego od terminu końcowego określonego przez zamawiającego w harmonogramie rzeczowym, liczonego do 30 dnia przekroczenia terminu. Natomiast kwalifikowana kara umowna za opóźnienie przekraczające 30 dni została uregulowana w § 22 ust.2 umowy. Zgodnie z tym postanowieniem w przypadku (...) gdy opóźnienie w wykonaniu umowy przekracza 30 dni od dnia określonego w harmonogramie rzeczowym dla danego kwartału, wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 20 % wartości brutto wynagrodzenia wykonawcy określonego w § 13 ust.1 (czyli 20 % od całości przewidzianego umową wynagrodzenia, tj. od kwoty 1.786.600,80 zł). Zważywszy cel kary umownej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy, którym jest dyscyplinowanie wykonawcy by wykonał przedmiot umowy w określonym terminie, takie obostrzenie kary wydaje się być uzasadnione, a w każdym razie dopuszczalne w ramach swobody umów. Jak wynika z materiału dowodowego w 2012 r. powodowie wykonali prace w terminie (było to 50 % prac przewidzianych umową, czyli 450 ha z zakładanych 900 ha), przy czym nie zgłosili do weryfikacji w 2012 r. 55,84 ha (k.292), dokonali tego dopiero w lipcu 2013 r. Opóźnienia w wykonaniu prac w stosunku do harmonogramu pojawiły się w 2013 r. W III kwartale 2013 r. przewidziano do wykonania prace na 250 ha i w IV kwartale 2013 r. na 200 ha. Powodowie już z opóźnieniem przystąpili do tych prac (29 lipca zamiast 1 lipca 2013 r.). Prace z III kwartału wykonywano do 29 listopada 2013 r. (w tym poprawki). W IV kwartale powodowie oddali 304,49 ha oczyszczonego terenu, w tym 75,25 ha zweryfikowano negatywnie. Protokołami z 29 listopada i 6 grudnia 2013 r. potwierdzono odebranie prac w ilościach odpowiednio 172,56 ha i 100,23 ha. Wskazano w nich, że prace te zostały wykonane prawidłowo i zgodnie z terminem określonym w harmonogramie (k.119-122 i 123-124). Na 13 stycznia 2014 r. pozostało do oczyszczenia 145,51 ha (16 % z areálu przewidzianego do oczyszczenia umową). Opóźnienie w wykonaniu

oczyszczania tych 145,51 ha przekraczało 30 dni. Naliczona przez pozwanego kara umowna za opóźnienie w wysokości 20 % przysługującego powodowi wynagrodzenia (tj. 357.299,16 zł z wynagrodzenia, jakie powodowie mieli otrzymać zgodnie z umową za prawidłowe wykonanie wszystkich prac w kwocie 1.786.600,80 zł) była rażąco wygórowana i to nawet w przypadku opóźnienia przekraczającego 30 dni. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której obowiązanemu – z uwagi na wielkość grożącej kary umownej za opóźnienie w ogóle nie opłacałoby się kontynuować prac, bo kara umowna za opóźnienie byłaby wyższa bądź równa karze za odstąpienie od umowy z jego winy. Byłoby to demobilizujące dla wykonawcy. W niniejszej sprawie za odstąpienie od umowy z winy wykonawcy (powodów) przewidziano karę umowną w wysokości 20 % wynagrodzenia. Taką karę powodowie zapłaciliby, gdyby przykładowo nie angażowali żadnych środków finansowych, materiałowych, osobowych do wykonania prac i nawet nie przystąpiliby do ich wykonania, a to uprawniałoby pozwanego do odstąpienia od umowy i naliczenia powodowi kary umownej w wysokości 20 % umówionego wynagrodzenia. Konieczne zatem stało się miarkowanie kary umownej do bardziej rozsądnych granic. Tym bardziej nieusprawiedliwione byłoby naliczanie kary umownej za opóźnienie w wysokości 20 % od całego wynagrodzenia, skoro powodowie otrzymywali wcześniej częściowe wynagrodzenie. Pomimo pozostawiania w opóźnieniu starali się jednak dokończyć prace, do tego celu zatrudnili nawet dodatkowych podwykonawców co oczywiście wiązało się z ich strony z dodatkowymi kosztami). Pozwany motywował ich do wykonania prac, a po wykonaniu znacznej ich części praktycznie nie zapłacił już powodowi wynagrodzenia (poza kwotą 12.226,14 zł), dokonując potrącenia należnego powodowi za te prace wynagrodzenia z naliczoną przez niego karą umowną. Co istotne powodowie wykonali umowę w znacznej części, tj. w 84 %. Stosowanie wobec nich kary umownej naliczanej od całości pierwotnie ustalonego wynagrodzenia, a nie od tej części wynagrodzenia, co do której pozostawali w opóźnieniu (czyli od 16 %) czyni ją rażąco wysoką. Kara naliczana od całości wynagrodzenia wyniosłaby 357.320,16 zł - przy zastosowaniu kary w wysokości 20 % tego wynagrodzenia, natomiast gdyby naliczać ją od tej części, co do której powodowie pozostawali w opóźnieniu z wykonaniem, to wyniosłaby 57.171,22 zł (wynagrodzenie za 16 % prac, co do których stwierdzono ponad 30-dniowe opóźnienie wyniosłoby 285.856,12 zł, a wyliczona od tego kara umowna w wysokości 20 % wyniosłaby 57.171,22 zł).

Wobec tego, w przedmiocie miarkowania kary umownej sąd odszedł do przekonania, że karę umowną należy obniżyć o połowę – do kwoty 178.660,08 zł, tj. do 10 % wynagrodzenia, określonego umową.

Mając na uwadze zmiarkowanie kary umownej do kwoty 178.660,08 zł roszczenie powodów zgłoszone w niniejszym postępowaniu okazało się w całości uzasadnione. Niesporne było, że wartość wykonanych przez powodów prac, a niezapłaconych przez pozwanego wyniosła łącznie 326.320,16 zł. Należności te opisane były fakturami VAT nr (...) na kwotę 300.451,36 zł oraz (...) na kwotę 69.094,94 zł. Pozwany nic nie zapłacił z faktury (...), a z faktury (...) zapłacił kwotę 12.226,14 zł (do zapłaty z tej faktury pozostała więc kwota 56.868,80 zł). Zatem wierzytelność powodów w stosunku do pozwanego z tytułu wykonanych przez powodów prac wynosiła 326.320,16 zł, z czego w niniejszym procesie zgłoszili do zasądzenia kwotę 100.000 zł (pozostała do zapłaty kwota 56.868,80 zł z faktury (...)) oraz część należności z faktury (...) – czyli 43.131,20 zł). Jak twierdzili - ze względu na brak środków finansowych, nie wytoczyli dotąd roszczenia o zapłatę pozostałej kwoty 226.320,16 zł. Pozwany uprawniony był – po zmiarkowaniu – do potrącenia kary umownej za opóźnienie w kwocie 178.660,08 zł (10 zamiast potrąconych 20 %). Zatem potrącenie pozostałych 10 % było niezasadne i nieskuteczne. Powodowi nadal mogliby domagać się od pozwanego zapłaty kwoty 178.660,08 zł. Z tych względów należało powodowi zasądzić od pozwanego żadaną pozwem kwotę 100.000 zł (co do której nie nastąpiło umorzenie wierzytelności na skutek złożonych przez pozwanego oświadczeń o potrąceniu) wraz z odsetkami za opóźnienie.

O kosztach postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 98 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku wniósł pozwany, zaskarżył go w całości. Pozwany zarzucał rozstrzygnięciu:

1. naruszenie przepisów prawa materialnego, a w szczególności:

- art. 484 § 2 k.c. poprzez uznanie, że naliczona i nałożona przez pozwanego na wykonawców na podstawie § 22 ust. 1 d i ust. 2 umowy - kara umowna w wysokości 20% wynagrodzenia umownego w związku z opóźnieniem w wykonaniu umowy przekraczającym 30 dni, upływem terminu realizacji umowy na oczyszczenie saperskie oraz niezrealizowaniem całości prac przez wykonawców, jest rażąco wygórowana i w konsekwencji zmniejszenie kary umownej o połowę: z 20% wynagrodzenia umownego do 10% wynagrodzenia umownego, tj. do kwoty 178.660,08 zł,
- art. 498 § 1 i 2 w zw. z art. 484 § 2 k.c. poprzez uznanie, że wskutek zmniejszenia kary umownej (miarkowania kary umownej) o połowę, z 20% wynagrodzenia umownego do 10% wynagrodzenia umownego, tj. do kwoty 178.660,08 zł, potrącenie uprzednio naliczonej i nałożonej przez pozwanego na wykonawców kary umownej w wysokości 20% wynagrodzenia umownego (tj. w kwocie 357.320,16 zł), z wynagrodzeniem przysługującym wykonawcom, było niezasadne i nieskuteczne w zakresie przewyższającym kwotę 178.660,08 zł stanowiącą usprawiedliwioną karę umowną równą wysokości 10% wynagrodzenia umownego, wskutek czego nie doszło do umorzenia wierzytelności powodów z tytułu wynagrodzenia dochodzonej w sprawie, wobec czego sąd uznał za uzasadnione żądanie powodów w zakresie kwoty 100.000 zł, mieszczącej się w kwocie 178.660,08 zł, która nie uległa umorzeniu wobec nieskuteczności potrącenia,
- art. 379 § 1 i § 2 k.c. poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz powodów łącznie (niepodzielnie) dochodzonej kwoty 100.000 zł mimo braku solidarności powodów jako wierzycieli, oraz podzielności dochodzonego świadczenia,
- art. 65 § 1 i § 2 k.c. poprzez brak wykładni postanowień umowy konsorcjum w zakresie wewnętrznej relacji powodów, podzielności ich roszczeń, części przypadających na poszczególnych powodów,

2. naruszeniem przepisów postępowania, a w szczególności art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak wyjaśnienia wewnętrznej relacji powodów, charakteru i istoty ich współuczestnictwa, solidarności bądź braku solidarności wierzycieli i podzielności bądź niepodzielności dochodzonego świadczenia i zasądzenie na rzecz powodów łącznie dochodzonej kwoty, co powoduje, że nie jest możliwe zapoznanie się ze sposobem prawnego wnioskowania sądu ani ocena prawidłowości tego wnioskowania.

Wskazując na powyższe zarzuty pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powodów solidarnie na rzecz pozwanego Skarbu Państwa -(...)O. kosztów postępowania oraz na rzecz Skarbu Państwa - Prokuratorii Generalnej kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych; zasądzenie od powodów solidarnie na rzecz Skarbu Państwa - Prokuratorii Generalnej kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym według norm przepisanych; ewentualnie uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi I instancji do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach, w tym kosztach postępowania apelacyjnego.

Powodowie wnieśli o oddalenie apelacji oraz o zasądzenie od pozwanego na ich rzecz kosztów postępowania apelacyjnego, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny, zważył, co następuje:

Apelacja w niewielkim zakresie okazała się zasadna.

Ustalenia faktyczne sądu I instancji, istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, nie budzą wątpliwości i nie są kwestionowane w apelacji.

Dlatego Sąd Apelacyjny przyjmuje je za podstawę własnego rozstrzygnięcia.

Rację ma natomiast skarżący podnosząc, że Sąd Okręgowy, z naruszeniem przepisu art. 328 § 2 kpc, nie wyjaśnił w pisemnych motywach wyroku, na jakiej podstawie przyjął istnienie po stronie powodów współuczestnictwo materialne

i procesowe, uzasadniające zasądzenie na ich rzecz **łącznie** dochodzonego pozewm roszczenia z tytułu wynagrodzenia za wykonane na rzecz pozwanego prace.

Uchybienie to nie rzutuje jednak ostatecznie na ocenę poprawności zaskarżonego orzeczenia, które w tej części jest zgodne z prawem.

Stosownie do przepisu art. 23 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 2 marca 2004r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. 2018.1986, dalej: p.z.p.) wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, przy czym przy wykonywaniu umowy traktowani są oni tak, jak samodzielny wykonawca.

Co do zasadny podmioty ubiegające się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego zawierają między sobą umowę, regulującą ich wzajemne relacje dotyczące realizacji zamówienia, a dla zawiązanego w ten sposób stosunku prawnego przyjęto używać w języku prawniczym nazwy „konsorcjum”.

W judykaturze i doktrynie pojawiły się wątpliwości, dotyczące charakteru współuczestnictwa w procesie uczestników tego rodzaju konsorcjum w sytuacji, gdy występują oni po stronie powodowej.

Kontrowersje budziło przede wszystkim ustalenie, czy w takim wypadku po stronie wszystkich uczestników konsorcjum, którzy jednocześnie nie założyli w celu realizacji zamówienia spółki cywilnej, występuje współuczestnictwo procesowe konieczne w rozumieniu przepisu art. 72 § 2 kpc oraz art. 195 kpc.

W rozpoznawanej sprawie jednak problem ten nie występuje, bowiem w procesie po stronie powodowej występowali wszyscy uczestnicy konsorcjum, z którymi zawarta została umowa o udzielenie zamówienia publicznego.

Z drugiej strony, wbrew pogładowi skarżącego, nie ma przeszkód do zasądzenia na rzecz powodów należnego im świadczenia łącznie (niepodzielnie), mimo że świadczenie to ma charakter podzielny (art. 379 kc), a po stronie wierzycieli niewątpliwie nie występuje solidarność czynna w rozumieniu przepisu art. 367 kc.

O dopuszczalności tego rodzaju rozstrzygnięcia winna decydować treść samej umowy o udzieleniu zamówienia publicznego, a także, w razie wątpliwości, treść umowy konsorcjum.

Jeżeli, jak w rozpoznawanej sprawie, w umowie o udzielenie zamówienia publicznego ustalono, że wszystkim wykonawcom, jako uczestnikom konsorcjum, przysługuje jedno łączne wynagrodzenie, a jednocześnie nie dokonano podziału między poszczególnych konsorcjantów przedmiotu zamówienia, to nie tylko dopuszczalne, ale nawet celowe jest dochodzenie przez nich, a następnie zasądzenie na ich rzecz wynagrodzenia za wykonane prace łącznie (niepodzielnie).

Umożliwia to z jednej strony wywiązanie się przez zamawiającego z umowy ściśle z jej treścią, a z kolei uczestnikom konsorcjum pozwala na dokonanie między nimi rozliczeń zgodnie z ich wewnętrznymi ustaleniami.

Co do zasady nieuprawniona byłaby ingerencja sądu, a tym bardziej dłużnika, w sposób dokonania takich wewnętrznych rozliczeń, wynikających z umowy konsorcjum, i narzucanie wykonawcom, bez ich wyraźnej woli, jakichś konkretnych w tym przedmiocie rozwiązań.

Należy zauważyć, że, co prawda, w umowie konsorcjum z dnia 10 maja 2012r. powodowie ustalili, że udział każdego z nich we wspólnym przedsięwzięciu wynosi po 50% (§ 4 ust. 3), ale zarazem wprowadzili szczegółowa procedurę rozliczenia między nimi kwot uzyskanych z otrzymanego wynagrodzenia (§ 11).

Nieuprawnione byłoby w związku z tym, co zdaje się sugerować skarżący, dokonywanie przez sąd z urzędu podziału dochodzonego świadczenia w jakiegokolwiek proporcji.

Natomiast w przypadku każdego współuczestnictwa procesowego, zarówno po stronie czynnej, jak i biernej, sąd ma, szczególnie w przypadku zasądzenia świadczenia pieniężnego, obowiązek wskazania w sentencji wyroku charakteru takiego współuczestnictwa, tak aby każdej ze stron umożliwić skorzystanie z przyznanych jej uprawnień bądź

wywiązanie się z nałożonych na niej obowiązków bez wywoływania wątpliwości co do skuteczności prawnej tych czynności.

Oznacza to konieczność zmiany zaskarżonego wyroku przez wyraźne określenie, że zasądzona na rzecz powodów należność przysługuje im jako stronom umowy konsorcjum z dnia 10 maja 2012r.

Umożliwi to pozwanemu spełnienie świadczenia wynikającego z umowy o zamówienie publiczne zgodnie z treścią tej umowy, czyli do rąk ustanowionego dla potrzeb rozliczeń lidera konsorcjum.

Z tych przyczyn na podstawie art. 386 § 1 kpc Sąd Apelacyjny orzekł jak w punkcie 1 sentencji wyroku.

W pozostałym zakresie natomiast apelacja okazała się bezzasadna.

Podzielić w pełni należy stanowisko sądu I instancji o konieczności i niezbędnym zakresie miarkowania naliczonej przez zamawiającego kary umownej za opóźnienie w wykonywaniu przedmiotu umowy.

Argumentację co do tego zagadnienia, przedstawioną w pisemnych motywach wyroku, Sąd Apelacyjny w pełni akceptuje, czyniąc ją integralną częścią niniejszego uzasadnienia.

Podzielić należy pogląd sądu orzekającego, zgodnie z którym w okolicznościach sprawy karę umowną, jaką zostali obciążeni wykonawcy, należy uznać za rażąco wygórowaną w rozumieniu przepisu art. 484 § 2 kc.

Zaakceptować należy w pierwszym rzędzie pogląd, iż kara umowna za samo opóźnienie w oddaniu przedmiotu umowy nie powinna być równa lub wyższa takiej karze ustalonej na wypadek odstąpienia przez zamawiającego od umowy z przyczyn zawinionych przez wykonawcę.

Zwykle bowiem samo opóźnienie w wykonaniu zobowiązania wywołuje dla wierzyciela mniej dotkliwe skutki niż jego niewykonanie.

Nadto za rażąco wysoką, niewspółmierną dla osiągnięcia zamierzonych przez zamawiającego celów gospodarczych, należy uznać karę umowną w wysokości 20% wartości całego wynagrodzenia umownego już tylko z uwagi na 30 – dniową zwłokę w wykonaniu umowy, i to w sytuacji, gdy umowa w zdecydowanej części została już przez wykonawców zrealizowana.

Nieproporcjonalność i nieracjonalność tego rodzaju postanowień umownych zdaje się zresztą zauważać sam pozwany.

W umowie zawartej na analogiczne prace z następnym wykonawcą (umowa nr (...) z dnia 26 sierpnia 2014r., dołączona do pisma procesowego pozwanego z dnia 27 lutego 2019r., k. 1872 i nast.) wysokość kar umownych, którymi można obciążyć wykonawcę za zwłokę (§ 22) obniżono (w stosunku do umowy zawartej z powodami) z 0,5% do 0,01 % wartości brutto wynagrodzenia za każdy dzień (obniżenie 50-krotne!), a jednocześnie wyeliminowano prawo zamawiającego do naliczenia kar umownych analogicznych jak wynikających z § 22 ust. 1 pkt. d) umowy zawartej między stronami w dniu 3 sierpnia 2012r. (a które to postanowienie stało się podstawą naliczenia spornych kar umownych w rozpoznawanej sprawie).

Z kolei wywody środka zaskarżenia nawiązujące do konieczności zachowania, przy miarkowaniu kar umownych, odpowiedniej proporcji między wysokością kary umownej a wykazanymi przez wierzyciela rzeczywistymi rozmiarami szkody, jakkolwiek co do zasady trudne do zakwestionowania, nie przystają jednak do realiów rozstrzyganego sporu.

Skarżący mianowicie twierdził, że szkoda po jego stronie jest w rzeczywistości wyższa, niż kara umowna, którą obciążono powodów i uzasadniał to treścią umowy zawartej z nowym wykonawcą w dniu 26 sierpnia 2014r., któremu za dokończenie prac, których nie zrealizowali powodowie, musiał zapłacić stawkę wynagrodzenia dwukrotnie wyższą, niż wynikało to z umowy zawartej z konsorcjum.

Taka argumentacja oparta jest jednak na błędnej przesłance i należy uznać ją za wynik nieporozumienia.

Wymaga podkreślenia, co zresztą akcentował sam pozwany, że sporne kary umowne naliczone zostały wyłącznie z powołaniem się na **zwłokę wykonawców w realizacji przedmiotu umowy**.

Tymczasem z tytułu samej zwłoki po stronie powodów w wykonaniu umowy po stronie pozwanego nie powstała jeszcze konieczność powierzenia dokończenia niewykonanych przez nich prac innemu podmiotowi.

Poza sporem jest przecież, że między stronami, już po obciążeniu powodów karami umownymi, toczyły się negocjacje, w których powodowie proponowali wykonanie brakującego zakresu robót po udzieleniu im przez zamawiającego dodatkowego terminu, do końca II kwartału 2014r.

Konieczność ogłoszenia nowego przetargu, w tym na prace niedokończone przez powodów, i zawarcia z wyłonionym w nim wykonawcą umowy na zmienionych, według powoda niekorzystnie dla niego, warunkach, co skutkowało powstaniem definiowanej przez niego szkody, były natomiast konsekwencją nie zwłoki po stronie powodów w wykonaniu umowy, ale **odstąpienia przez pozwanego od tej umowy**.

Jeżeli zatem na skutek tych, podjętych przez siebie działań, pozwany rzeczywiście poniósł szkodę, to nie pozostaje ona w normalnym związku przyczynowym (art. 361 § 1 kc) ze zwłoką w wykonywaniu przez powodów umowy, na którą zamawiający powoływał się przy naliczaniu kar umownych, które następnie potrącone zostały z bezspornie należnym wykonawcom wynagrodzeniem.

Należy z kolei wyraźnie podkreślić, że z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn obciążających wykonawcę pozwanemu przysługiwały odrębne, samodzielne roszczenia odszkodowawcze, w tym zarówno w postaci kar umownych, jak i prawa dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych (por. § 22 ust. 2 i 6 umowy z dnia 3 sierpnia 2012r.)

W konsekwencji bezpodstawne okazały się podniesione w apelacji zarzuty naruszenia prawa materialnego.

Z tych przyczyn na podstawie art. 385 kpc Sąd Apelacyjny orzekł jak w punkcie 2 sentencji wyroku.

O przysługujących powodom kosztach zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym orzeczono (punkt 3 wyroku) na podstawie art. 98 § 1 i 3 kpc w zw. z art. 391 § 1 kpc, przy uwzględnieniu treści § 10 ust. 1 pkt 2) w zw. z § 2 pkt. 6) Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz. U. 2015.1800 ze zm.).

Bogdan Wysocki Ewa Staniszevska Ryszard Marchwicki

--	--	--