

Sygn. akt	VIII GC 327/16
-----------	----------------

	WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ		
		Dnia	25 maja 2018 r.
Sąd Okręgowy w Bydgoszczy VIII Wydział Gospodarczy w składzie:			
Przewodniczący:	SSO Artur Fornal		
Protokolant:	Katarzyna Burewicz		
po rozpoznaniu w dniu	11 maja 2018 r.	w Bydgoszczy	
na rozprawie			
sprawy z powództwa:	(...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P.		
przeciwko:	J. O. (1)		
o zapłatę			
I. zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 7 700 zł (siedem tysięcy siedemset złotych) z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 12 sierpnia 2016 r. do dnia zapłaty;			

II. oddala powództwo w pozostałym zakresie;

III. zasądza od powoda na rzecz pozwanej kwotę 5 600 zł (pięć tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu;

IV. nakazuje pobrać na rzecz Skarbu Państwa – Oddział (...) Sądu Okręgowego w Bydgoszczy tytułem nieuiszczonych kosztów sądowych:

a) od powoda kwotę 1470,27 zł (tysiąc czterysta siedemdziesiąt złotych dwadzieścia siedem groszy),

b) od pozwanej kwotę 164 zł (sto sześćdziesiąt cztery złote).

Sygn. akt VIII GC 327/16

UZASADNIENIE

Powód – (...) z ograniczoną odpowiedzialnością w P. domagał się zasądzenia od pozwanej J. O. (1) kwoty 76.567,50 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia wniesienia powództwa, tj. od dnia 12 sierpnia 2016 r. do dnia zapłaty, a także zwrotu kosztów procesu według norm przepisanych.

Uzasadniając pozew powód wyjaśnił, że łączyła go z pozwaną umowa w zakresie prac budowlano-remontowych, na mocy której miała ona wykonać podłozę z kostki brukowej, jako podwykonawca powoda w ramach realizacji inwestycji pod nazwą „Przebudowa stałego Targowiska Miejskiego – (...) w P. przy ul. (...)”. Pozwana nie wykonała swojego zobowiązania w terminie określonym na dzień 16 sierpnia 2013 r., a pracownicy powoda zmuszeni byli dokończyć ww. roboty za nią. Powód przyjął, że roboty do wykonania których zobowiązana była pozwana zakończyły się w dniu 7 listopada 2013 r., a z powodu powstałej zwłoki obciążył pozwaną karą umowną w kwocie dochodzonej pozvem na podstawie § 7 ust. 1 i 2 lit. a umowy stron w dochodzonej pozvem wysokości (83 dni opóźnienia przemnożone przez 1% i przez kwotę 92.250 zł wynagrodzenia). Wyjaśniono przy tym, że początkowo powód naliczył pozwanej karę umowną z tego tytułu w kwocie 82.102,50 zł, przyjmując za termin zakończenia przez nią robót dzień 13 listopada 2013 r. (tj. datę podpisania protokołu końcowego odbioru inwestycji, po usunięciu przez pracowników powoda usterek w przedmiocie umowy).

W odpowiedzi na pozew pozwana wniosła o oddalenie powództwa oraz o zasądzenie od powoda kosztów procesu według norm przepisanych, ewentualnie o dokonanie miarkowania kary umownej, maksymalnie do wysokości 5% podstawy jej obliczenia, wskazując, że wykonała bez zwłoki w całości swoje zobowiązanie wobec powoda, powód nie poniósł żadnej szkody, a dochodzona kara umowna jest rażąco wygórowana.

Pozwana potwierdziła, że nie wykonała swojego zobowiązania w terminie. Podniosła jednak, że nastąpiło to wskutek okoliczności, za które nie ponosiła odpowiedzialności. Do wykonania tych prac pozwana mogła przystąpić dopiero po wykonaniu większości robót przewidzianych w umowie łączącej powoda (jako wykonawcę) z inwestorem, tj. prac związanych z demontażem, niwelacji i utwardzenia terenu. Pozwana zaprzeczyła aby pracownicy powoda byli kiedykolwiek zmuszeni do dokończenia robót za pozwaną. Powód z wynagrodzenia należnego pozwanej za wykonane prace bezpodstawnie zatrzymał natomiast kwotę 7.995 zł, odpowiadającą kalkulacji kosztów jakie rzekomo miał ponieść w związku z usuwaniem usterek w tych pracach za pozwaną (wszystkie ewentualne usterki zostały usunięte przez pozwaną i jej pracowników). W ocenie pozwanej z jej strony nie było zwłoki w realizacji inwestycji, a określony w umowie stron termin wykonania prac nie mógł być uznany za wiążący, gdyż w tym czasie na placu budowy trwały inne roboty uniemożliwiające pozwanej wykonywanie nawierzchni z kostki brukowej. Pozwana podkreśliła również, że powód otrzymał od inwestora pełne wynagrodzenie, nie zgłoszono również względem niego jakiegokolwiek roszczenia z tytułu kar umownych. Inwestor – Gmina P. nie zgłaszała także reklamacji co do wykonanej przez nawierzchni z kostki brukowej. W ocenie pozwanej porównanie wysokości umówionego pomiędzy stronami wynagrodzenia (75.000 zł) oraz wartości dochodzonej pozwem kary umownej (76.568 zł) prowadzi do uznania tej ostatniej za rażąco wygórowaną, co uzasadnia jej miarkowanie przez Sąd, zwłaszcza w sytuacji gdy powód nie poniósł z tego tytułu żadnej szkody.

Na rozprawie w dniu 11 maja 2018 r. pozwana podniosła zarzut nieważności umowy pomiędzy stronami, jako zawartej z naruszeniem art. 4 pkt 8 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Uzasadniając powyższy zarzut pozwana zauważyła, że wartość przedmiotowego zamówienia była wyższa niż dozwolona przez ustawę w zakresie zwolnienia z obowiązku przeprowadzania publicznego przetargu. W zakresie żądanych przez pozwaną kosztów procesu na rozprawie w tym dniu przedłożony został spis kosztów na kwotę 11.102,20 zł, w tym wynagrodzenie radcy prawnego w wysokości 150 % stawki minimalnej, tj. w kwocie 10.800 zł.

Sąd ustalił następujący stan faktyczny :

W dniu 20 czerwca 2013 r. pomiędzy powodem (...) sp. z o.o. w P. (jako zamawiającym), a pozwaną J. O. (1) prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą (...) J. O. (1) w I. (jako wykonawcą) zawarta została umowa dotycząca wykonania przez pozwaną prac budowlano-remontowych polegających na wykonaniu podłoża z kostki brukowej gr. 6 i 8 cm, na podstawie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oraz załączonej do nich dokumentacji technicznej – stanowiących część zakresu zadania „Przebudowa stałego Targowiska Miejskiego – (...) w P. przy ul. (...)”, na warunkach określonych w obowiązujących przepisach, (...) dotyczącej stanu technicznego nieruchomości i zakresu niezbędnych do wykonania prac (dokumentacji technicznej udostępnionej w postępowaniu przetargowym) oraz kosztorysie ofertowym (ofercie wykonawcy), które miały stanowić załączniki do ww. umowy (§ 1 ust. 1 w zw. z § 9 umowy).

Pozwana miała wyznaczyć kierownika robót, z którym powód ustalać miał poszczególne etapy ich realizacji (§ 1 ust. 4 umowy).

Uzgodniono pomiędzy stronami, że pozwana miała rozpocząć roboty w możliwie najkrótszym terminie po powstaniu sprzyjających warunków pogodowych licząc od dnia zawarcia umowy, a zakończyć w terminie do dnia 16 sierpnia 2013 r., przy założeniu sprzyjających warunków pogodowych dla tego rodzaju prac – tj. przy temperaturze co najmniej 10 stopni C, utrzymującej się przez okres co najmniej 3 dni i przy braku opadów atmosferycznych – w przeciwnym razie termin ich zakończenia mógł ulec wydłużeniu o ilość dni, w których te warunki nie występowały (§ 2 ust. 1 i 2 umowy). Termin realizacji umowy mógł ulec zmianie z przyczyn leżących po stronie powoda, wówczas był on obowiązany uzgodnić z powódką inny możliwy dla obu stron termin. Ustalenia takie strony miały poczynić na piśmie (§ 2 ust. 3 umowy).

Strony uzgodniły, że za wykonane prace należeć się będzie pozwanej wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 75.000 zł netto, tj. powiększone o obowiązującą stawkę podatku VAT (§ 3 ust. 1 i 3 umowy).

W zakresie odbioru robót uzgodniono natomiast, że po zakończeniu wszystkich robót i przeprowadzeniu z pozytywnym wynikiem prób i sprawdzeń przez kierownika budowy (z ramienia powoda) pozwana była obowiązana zawiadomić powoda o osiągnięciu gotowości do odbioru. O terminie odbioru pozwana zobowiązała się powiadomić powoda co najmniej na 3 dni robocze przed planowanym terminem odbioru robót (§ 5 ust. 1 lit. a umowy).

Z czynności odbioru miał być spisany protokół zawierający wszystkie ustalenia dokonane w trakcie odbioru (§ 5 ust. 1 lit. d umowy). Za datę zakończenia przedmiotu umowy miała być uważana data podpisania protokołu końcowego (§ 5 ust. 1 lit. b umowy).

Strony postanowiły, że obowiązującą je formą odszkodowania będą kary umowne (§ 7 ust. 1 umowy). Pozwana miała zapłacić powodowi karę umowną za zwłokę w wykonaniu określonego w umowie przedmiotu odbioru w wysokości 1 % uzgodnionego pomiędzy stronami wynagrodzenia ryczałtowego (§ 7 ust. 2 lit. a w zw. z § 3 pkt 1 umowy).

(dowód: umowa Nr (...) – k. 14-19 akt, SIWZ wraz z załącznikami – k. 121-141 v. akt, projekt budowlany – k. 142-143 akt,)

Powyższe prace realizowane były przez pozwaną jako podwykonawcze względem umowy z dnia 13 czerwca 2013 r. dotyczącej zadania „Przebudowa stałego Targowiska Miejskiego – (...) w P. przy ul. (...)”, w ramach którego powód (jako wykonawca) zobowiązał się do wykonania na rzecz Gminy P. (jako zamawiającego) zakresu prac polegających na : demontażu istniejącego placu utwardzonego, a także istniejącej sceny i zbiornika bezodpływowego, budowie budynków ze stoiskami targowymi i socjalnego ze wszystkimi instalacjami wewnętrznymi, budowie dróg wewnętrznych, a także instalacji oświetleniowej targowiska, montażu ogrodzenia i bram wjazdowych oraz łapacza piłek. Wykonanie przedmiotu umowy – potwierdzone protokołem odbioru końcowego – nastąpić miało w nieprzekraczalnym terminie do dnia 31 października 2013 r., a za opóźnienie w ukończeniu przedmiotu umowy przewidziano obowiązek zapłaty kary umownej.

(dowód: umowa Nr (...) – k. 20-25 akt, SIWZ wraz z załącznikami – k. 121-141 v. akt, projekt budowlany – k. 142-143 akt, Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót – k. 150-171 akt)

W ramach powyższej inwestycji protokolarne przejęcie placu budowy przez powoda nastąpiło w dniu 17 lipca 2013 r. W tej dacie przystąpiono również do robót rozbiórkowych i ziemnych.

Roboty wyburzeniowe (rozbiórkowe) zostały zakończone w dniu 24 lipca 2013 r., a w końcu miesiąca lipca 2013 r. pozwana przystąpiła do wykonywania prac umówionych z powodem. Prace te pracownicy pozwanej wykonywali w ciągu miesiąca sierpnia, września, a także w październiku 2013 r., wraz z jednocześnie trwającymi robotami związanymi z wykonaniem budynków ze stoiskami targowymi i socjalnego, wraz z przyłączami, a także ułożeniem instalacji wodnej i kanalizacyjnej (wykonywanie tych ostatnich prac odnotowano w dzienniku budowy w dniu 20 sierpnia 2013 r.).

W dniu 28 października 2013 r. kierownik budowy zgłosił zakończenie robót obejmujących powyższą inwestycję, co – stosownym wpisem w dzienniku budowy z tego samego dnia – potwierdził także inspektor nadzoru.

(dowód: dziennik budowy – k. 49-57, zeznania świadków : H. W. – k. 175 v. - 177, R. C. – k. 195 v. - 196 v., przesłuchanie pozwanej – k. 306 v.)

Przed przystąpieniem przez pozwaną do wykonywania umówionych prac wstępne przygotowanie terenu w postaci wałowania i wykonania wykopów pod instalacje (a także ich przykrycia) należało do powoda. Pozwana wykonywała natomiast także prace bezpośrednio poprzedzające położenie nawierzchni – w postaci niwelacji korekcyjnej.

(okoliczności bezsporne; oświadczenia pełnomocników stron na rozprawie – k. 187 v. akt)

W dniu 7 listopada 2013 r. sporządzony został protokół z prac komisji odbiorowej w zakresie realizacji przedmiotowej inwestycji – z udziałem reprezentującego powoda kierownika budowy, przedstawicieli Gminy P., w tym także

inspektora nadzoru, w treści którego stwierdzono usterki m.in. w zakresie nawierzchni z kostki betonowej (ze wskazaniem konieczności poprawienia spadków i usunięcia lokalnych zagłębień, przełożenia kostki przed szczytem hali targowej, wymienienia zabetonowania, wyregulowania linii na całej powierzchni kostki, wymienienia kostki ubrudzonej od zapraw, farb i olejów, a w odniesieniu do całej powierzchni nawierzchni wyregulowania, zamulenia, zagęszczenia i wysprzątania). Jako termin usunięcia usterek wskazany został dzień 13 listopada 2013 r.

W kolejnym protokole z prac komisji odbiorowej sporządzonym w dniu 12 listopada 2013 r. – także z udziałem kierownika budowy i przedstawicieli Gminy P., w tym inspektora nadzoru – stwierdzono, że poprawki nawierzchni brukowej nie zostały wykonane w sposób prawidłowy, tj. umożliwiający użytkowanie obiektu, wskazano przy tym na konieczność ponownego dokonania poprawy nawierzchni z kostki brukowej we wskazanym wyżej zakresie.

W dniu 13 listopada 2013 r. sporządzony został z udziałem ww. osób protokół odbioru końcowego tej inwestycji w którym potwierdzono wykonanie przedmiotu umowy.

(dowód : protokół z dnia 7.11.2013 r. - k. 26-27 akt, protokół z dnia 12.11.2013 r. k. 63-63 v. akt, protokół z dnia 13.11.2013 r. - k. 64 – 64 v. akt, zeznania świadka M. N. – k. 297 v. - 298 akt)

Powód otrzymał od inwestora – Gminy P., w całości umówione wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy. Nie został również obciążony karą umowną za opóźnienie w jego ukończeniu.

(okoliczności bezsporne; faktura VAT z dnia 13.11.2013 r. wraz z potwierdzeniami przelewów – k. 65-67, pismo pełnomocnika pozwanej z dnia 30.04.2016 r. - k. 62)

W dniu 30 kwietnia 2016 r. reprezentujący pozwaną pełnomocnik zwrócił się do powoda o spotkanie w sprawie ostatecznego wyjaśnienia i rozliczenia łączącej strony umowy – z uwagi na zatrzymanie przez powoda kwoty 7.995 zł należnej pozwanej tytułem niewypłaconej części wynagrodzenia za wykonane prace.

Po spotkaniu, które odbyło się w dniu 12 maja 2016 r., pełnomocnik pozwanej domagał się od powoda – w piśmie z dnia 18 maja 2016 r. – przedstawienia szczegółowej informacji dotyczącej zatrzymanej przez powoda kwoty. Taką informację obejmującą kalkulację kosztów w kwocie 7.995 zł brutto (mającą dotyczyć usunięcia przez pracowników powoda usterek po wykonaniu nawierzchni z kostki brukowej w ramach przedmiotowej inwestycji przez pozwaną w dniach 12-13 listopada 2013 r.) powód przedstawił przy piśmie z dnia 24 maja 2016 r.

(dowód: pisma pełnomocnika pozwanej z dnia 30.04.2016 r. i z dnia 18.05.2016 r. - k. 60-62 akt, pismo pełnomocnika powoda z dnia 24.05.2016 r. wraz z kalkulacją – k. 58-59 akt, przesłuchanie reprezentanta powoda – k. 305 akt)

Notą obciążeniową z dnia 12 maja 2016 r. powód obciążył pozwaną kwotą 82.102,50 zł tytułem kary umownej za zwłokę w wykonaniu określonego w umowie przedmiotu odbioru – z powołaniem się na § 7 ust. 2 lit. a umowy Nr (...) z dnia 20 czerwca 2013 r. (tj. 92.250 zł brutto x 1% x 89 dni) i terminem zapłaty określonym na 14 dni.

Pismem z dnia 1 czerwca 2016 r. pełnomocnik powoda wezwał pozwaną do zapłaty kwoty 82.102,50 zł z powyższego tytułu, zakreślając na powyższe termin 14 dni.

W piśmie z dnia 10 czerwca 2016 r. (doręczonym w dniu 16 czerwca 2016 r.) pozwana potwierdziła otrzymanie ww. pisma z wezwaniem do zapłaty, a w dniu 17 czerwca 2016 r. pełnomocnik powoda ponownie doręczył jej kopię powyższej noty obciążeniowej.

(dowód: nota Nr 1/2016 – k. 28 akt, pisma pełnomocnika powoda z dnia 1.06.2016 r. i 17.06.2016 r. wraz z załącznikami - k. 29 i 31-33 akt, pismo pozwanej z dnia 10.06.2016 r. - k. 30 akt)

Sąd zważył, co następuje:

Powyższy stan faktyczny ustalony został w oparciu o opisane wyżej przedłożone przez strony dokumenty, których autentyczność oraz prawdziwość nie była kwestionowana w toku procesu i nie budziła również wątpliwości Sądu. Podstawę ustaleń w sprawie stanowiły także – lecz jedynie w istotnym dla rozstrzygnięcia, opisanym wyżej zakresie – zeznania świadków : H. W. (2), R. C. (2), M. N. (2) oraz reprezentanta powoda M. W., a także pozwanej.

Zeznania świadków : K. S. (k. 261 v. - 262 akt), D. S. (k. 262-263 akt) i W. N. (k. 263 v. - 264 akt) Sąd ocenił jako pozbawione znaczenia dla rozstrzygnięcia, w sytuacji gdy świadkowie ci mieli o realizacji przedmiotowej inwestycji wiedzę jedynie fragmentaryczną (bądź też z relacji pochodzących od innych osób), a nadto z uwagi na upływ czasu nie pamiętali szczegółów.

W ocenie Sądu bezpośredniego znaczenia dla wyrokowania w sprawie nie miała ostatecznie kwestia, czy usuwaniem usterek jakimi obarczone były prace pozwanej – stwierdzonych w protokole z dnia 7 listopada 2013 r. (zob. 27 v. akt), których istnienia pozwana zresztą nie kwestionowała (zob. oświadczenie jej pełnomocnika w protokole rozprawy z dnia 24 lutego 2017 r. - k. 106 v. akt) – zajmowali się w dniach 12 i 13 listopada 2013 r. jedynie pracownicy pozwanej czy też także pracownicy zatrudnieni przez powoda. Na podstawie sprzecznych w tym zakresie zeznań świadków : H. W. (2) (k. 177-177 v. akt), R. C. (2) (k. 196 akt) – potwierdzających wersję reprezentanta powoda (k. 305 akt), a ponadto : E. S. (k. 221 akt) L. G. (1) (k. 222-222 v. akt) i J. O. (2) (k. 263 v. akt) – zgodnych z kolei z zeznaniami pozwanej (k. 307 akt), nie można było ustalić w sposób nie budzący żadnych wątpliwości czy poza pozwaną w wykonywanie wówczas prac poprawkowych rzeczywiście były zaangażowane (a także w jakim konkretnie zakresie) inne jeszcze osoby.

Z zeznań świadka H. W. (2) – kierownika budowy z ramienia powoda – wynikało, że chociaż ww. usterki usuwać mieli pracownicy powoda (k. 176 akt), to jednak potwierdził on dalej w swoich zeznaniach, że „pracownicy pozwanej też usuwali pewne usterki w tym zakresie wymienione w protokole” (k. 177 v. akt). Brak jest jakiegokolwiek innego dowodu dotyczącego stanu i przebiegu tych prac, a kalkulacji kosztów na karcie 59 akt (podpisanej przez świadka H. W. (2)) można przyznać jedynie – w myśl art. 245 k.p.c. – walor dokumentu prywatnego, który nie dowodzi prawdziwości zawartych tam danych (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 października 2011 r., II UK 43/11, LEX nr 1108484). Z kolei świadek M. N. (2) (przedstawiciel inwestora – Gminy P.), nie miał wiedzy kto konkretnie usuwał powyższe usterki (zob. k. 298 akt). W ocenie Sądu skoro na wykonanie części ww. prac przez pracowników powoda powoływała się właśnie strona powodowa, to ona musi ponieść w tym zakresie konsekwencje braku udowodnienia związanych z tym faktów (art. 6 k.c.).

Trzeba uznać zatem, że przedmiotowe prace, w zakresie w jakim do ich wykonania zobowiązana była pozwana, zostały przez nią w całości (lub przynajmniej w znacznej części) wykonane, co musiało mieć znaczenie dla oceny przesłanek miarkowania kary umownej (art. 484 § 2 k.c.).

Przed przesądzeniem jednak czy roszczenie powoda z tytułu kary umownej było usprawiedliwione co do zasady – jak ostatecznie uznał Sąd – przedmiotem oceny należało uczynić najdalej idący zarzut pozwanej dotyczący ważności samej umowy z powodu naruszenia przy jej zawarciu przepisu art. 4 pkt 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.). Przepis ten stanowi, iż postanowień tej ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30.000 euro. W tej kwestii pozwana podniosła, że wartość przedmiotowego zamówienia była wyższa, nie dostrzegając jednak, że w pierwszej kolejności należało rozstrzygnąć, czy powód (będący spółką prawa handlowego, której jedynym współnikiem jest Gmina P. – zob. odpis z KRS - k. 8-9 akt) rzeczywiście jest podmiotem, w stosunku do którego należy powyższą ustawę stosować w zakresie udzielania zamówień publicznych (art. 3 ust. 1 ww. ustawy).

Wskazać w tym zakresie trzeba na pogląd, akceptowany przez Sąd orzekający w niniejszej sprawie, zgodnie z którym tryb zamówień publicznych nie dotyczy spółek, w których gmina jest jedynym udziałowcem lub akcjonariuszem (zob. wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego z dn. 11 sierpnia 2005 r., II GSK 105/05, LEX nr 180740 oraz Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dn. 14 grudnia 2005 r., III SA/Wa 2815/05, LEX nr 200785). Pogląd ten pozostaje aktualny także w obecnym stanie prawnym, skoro powód – jako utworzona przez gminę osoba

prawna – działa w zwykłych warunkach rynkowych, a jego celem jest wypracowanie zysku i ponosi straty wynikające z prowadzenia działalności (art. 3 ust. 1 pkt 3 a contrario ww. ustawy).

Niezależnie od powyższego należy jeszcze zwrócić uwagę, że nowelą z dnia 2 grudnia 2009 r. (Dz.U. z 2009, Nr 223, poz. 1778), wdrażając do prawa krajowego postanowienia dyrektywy 89/665/EWG (czyli tzw. dyrektywy odwoławczej), ustawodawca polski radykalnie zmienił – z mocą obowiązującą od dnia 29 stycznia 2010 r. – przepisy określające skutki naruszenia ustawy w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (także w przypadku z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki – por. art. 146 ust. 1 ww. ustawy) odchodząc od sankcji nieważności bezwzględnej umowy zawartej w wyniku wadliwie przeprowadzonego postępowania na rzecz sankcji nieważności względnej. W art. 146 ust. 4 ww. ustawy wyłączona została możliwość żądania stwierdzenia nieważności umowy na podstawie art. 189 k.p.c., natomiast do unieważnienia umowy zasadniczo uprawniona jest – zgodnie z art. 192 ust. 3 ww. ustawy – Krajowa Izba Odwoławcza w ramach rozpoznawania odwołania wniesionego przez wykonawcę lub sąd okręgowy rozpoznający skargę od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. Niezależnie od powyższego szereg przepisów ww. ustawy - art. 144a, 146 ust. 6 czy art. 168 pkt 3 przyznaje prawo wystąpienia do sądu z żądaniem unieważnienia umowy zawartej z naruszeniem przepisów ustawy prawo zamówień publicznych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych (zob. uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 26 stycznia 2017 r., I ACa 835/16, LEX nr 2287451).

Uznając w konsekwencji zarzut nieważności przedmiotowej umowy za oczywiście bezzasadny podkreślić należy, że pozwana nie kwestionowała, że nie wykonała w terminie swojego zobowiązania (zob. odpowiedź na pozew – k. 41 akt). Powód (wierzyciel) był więc w niniejszej sprawie zwolniony z obowiązku udowodnienia tego faktu, natomiast zawinienie pozwanej (dłużniczki) objęte było domniemaniem wzruszalnym. To na dłużniku ciąży bowiem – także w przypadku odpowiedzialności z tytułu kary umownej – powinność obalenia takiego domniemania poprzez udowodnienie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikało z przyczyn, za które nie ponosi odpowiedzialności (art. 6 k.c.). Konsekwentnie pozwana mogła się zwolnić od obowiązku zapłaty kary umownej wykazując, że niewykonanie w terminie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Okolicznością ograniczającą zakres odpowiedzialności dłużnika za nienależyte wykonanie zobowiązania, polegające na opóźnieniu świadczenia, może być również obiektywnie istniejąca i niezależna od niego przyczyna, czasowo uniemożliwiająca wykonanie zobowiązania (zob. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 29 maja 2014 r., V CSK 402/13, LEX nr 1486994).

W ocenie Sądu pozwana okoliczności o takim charakterze jednak nie udowodniła. Odnosząc się do jej twierdzeń dotyczących mającego obciążać powoda opóźnienia w udostępnieniu jej placu budowy wskazać trzeba, iż w swoich zeznaniach pozwana sama podała, że przedmiotowe prace – wcześniej niemożliwe wobec trwania prac przygotowawczych – mogła rozpocząć w końcu lipca 2013 r. (zob. k. 306 v. akt). Okoliczność ta znajduje potwierdzenie w treści zapisów poczynionych w dzienniku budowy gdzie pod datą 24 lipca 2013 r. odnotowano zakończenie robót wyburzeniowych, tj. rozbiórkowych (zob. k. 51 akt). W konsekwencji nie można uznać za wiarygodne zarówno zeznań świadka E. S. co do rozpoczęcia ww. prac dopiero „około połowy sierpnia” roku 2013 (k. 219 v. akt), jak i reprezentanta powoda, który wskazywał, że miało to miejsce „w ciągu ok. tygodnia” od podpisania umowy z pozwaną (k. 304 akt).

Bez względu na to czy pozwana, jak twierdzi (a co potwierdził w swoich zeznaniach świadek E. S. – k. 220 v. - 221 akt) starała się o wcześniejsze umożliwienie jej dostępu do placu budowy, aby uwolnić się od odpowiedzialności z tytułu kary umownej powinna ona udowodnić, że wykonanie przez nią przedmiotu umowy z przyczyn od niej niezależnych nie było możliwe w umówionym terminie, tj. do dnia 16 sierpnia 2013 r. Biorąc natomiast pod uwagę umownie ustalony pomiędzy stronami moment zakończenia prac (w myśl § 5 ust. 1 lit. b mający wynikać z protokołu odbioru – zob. k. 17 akt, który jednak nigdy nie został pomiędzy stronami sporządzony), należało zgodzić się z powodem, iż nie nastąpił on do dnia 7 listopada 2013 r., skoro pozwana do tej daty bezspornie nie powiadomiła powoda o gotowości do odbioru przedmiotu umowy (jak to przewidziano w § 5 ust. 1 lit. a umowy). W świetle reguły art. 6 k.c. i art. 232 k.p.c. to pozwaną obciążała bowiem powinność wykazania, że pomimo braku formalnego potwierdzenia wykonania

umowy w sposób w niej określony, zobowiązanie rzeczywiście zostało wykonane w określonej dacie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 lutego 1973 r., II CR 700/72, LEX nr 7218).

Niezależnie jednak od ocen formułowanych w tym zakresie przez każdą stron, a także przez zeznających w sprawie świadków (z których H. W. (2) – k. 175 v. - 178 akt, a także R. C. (2) – k. 195 v. - 196 akt twierdzili, że prace pozwanej mogły być wykonywane na bieżąco i bez żadnych przeszkód, natomiast E. S. – k. 219 v. - 221 v. i L. G. (2) – k. 222 akt wskazywali z kolei na przeszkody w postaci prac innych podwykonawców oraz nawet kilkutygodniowe przestoje) wskazać trzeba, że usunięcie wątpliwości co do sposobu organizacji robót, także gdy chodzi o zbadanie w tym celu postanowień SIWZ (k. 121-129 v. akt) projektu budowlanego (k. 142-143 akt), specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (k. 150-171 akt) a także wpisów w dzienniku budowy (k. 49 – 57 akt) wymagałoby niewątpliwie wiadomości specjalnych, a w konsekwencji zgłoszenia przez pozwaną wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego (art. 6 k.c. w zw. z art. 278 § 1 k.p.c.). Tymczasem pozwana, reprezentowana przez profesjonalnego pełnomocnika procesowego, nie wykazała w tym zakresie stosownej inicjatywy dowodowej, chociaż sygnalizowała Sądowi, iż rozważa wystąpienie z takim wnioskiem (k. 107 – 107 v. akt). W tej sytuacji Sąd nie miał ani obowiązku, ani też możliwości wyłączenia pozwanej w wyjaśnianiu treści łączącego strony stosunku, w sytuacji gdy była ona reprezentowana przez pełnomocnika będącego radcą prawnym. Przeprowadzenie dowodu nie wskazanego przez strony co do zasady nie jest bowiem obowiązkiem, a jedynie uprawnieniem sądu (art. 232 zd. 2 k.p.c.). Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez Sąd Najwyższy m.in. w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 19 maja 2000 r., III CZP 4/00 (OSNC 2000, nr 11, poz. 195), a także w wyrokach z dnia 25 marca 1998 r., II CKN 656/97 (OSNC 1998, nr 12, poz. 208), z dnia 4 stycznia 2007 r., V CSK 377/06 (OSP 2008, nr 1, poz. 8) i z dnia 24 kwietnia 2014 r., III CSK 173/13 (Monitor Prawniczy 2015, nr 5, poz. 259) uznać trzeba, że co do zasady sąd powinien podjąć z urzędu inicjatywę dowodową wyłącznie w przypadkach szczególnych, taki zaś z pewnością nie zachodzi w niniejszej sprawie.

W konsekwencji powyższej argumentacji co do zasady nie można było zakwestionować prawa powoda do naliczenia kary umownej na podstawie § 7 ust. 2 lit. a umowy łączącej strony, skoro także powyższe postanowienie zostało zaakceptowane przez pozwaną, która podpisała przedmiotową umowę. Należy zgodzić się z poglądem, że osoba, która świadomie podpisuje dokument, nie znając nawet jego treści – na co wskazywała pozwana w swoich zeznaniach (k. 307 v. akt) – akceptuje postanowienia zawarte w dokumencie (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2009 r., IV CSK 358/08, LEX nr 603181).

Mając jednak na uwadze wysokość kary umownej wynikającą z umowy w kwocie 76.567,50 zł (obliczoną jako wynik przemnożenia liczby 83 dni opóźnienia w wykonaniu umowy przez 1 % i kwoty wynagrodzenia brutto, tj. 92.250 zł) Sąd, w okolicznościach niniejszej sprawy, uznał za zasadny podniesiony przez pozwaną zarzut, dotyczący jej zmniejszenia z powodu rażącego wygórowania (art. 484 § 2 k.c.).

Przepis powyższy, przyznający dłużnikowi prawo domagania się zmniejszenia kary umownej w przypadkach gdy zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, a także gdy kara ta jest rażąco wygórowana, rozpatrywany jest w doktrynie oraz orzecznictwie jako wyraz tzw. prawa sędziowskiego. Miarkowanie kary umownej jest przejawem prawa sądu do ingerencji w stosunki umowne równorzędnych podmiotów. Katalog kryteriów pozwalających na zmniejszenie kary umownej jest otwarty, co zapewnia możliwość elastycznego orzekania w tym zakresie, pod warunkiem jednak, że takie żądanie zostanie przez dłużnika zgłoszone i wykazane (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2015 r., IV CSK 276/14, LEX nr 1663413).

W uzasadnieniach wyroków z dnia 30 listopada 2006 r., I CSK 259/06 (LEX nr 398369) oraz z dnia 15 października 2008 r., I CSK 126/08 (LEX nr 484662) Sąd Najwyższy wyjaśnił, że ustawodawca posługując się w tym przepisie celowo niedookreślonym pojęciem „rażąco wygórowanej” kary umownej, chciał w ten sposób zapewnić możliwość elastycznego stosowania instytucji miarkowania kary umownej, opierającej się w dużym stopniu na sędziowskim uznaniu, uwzględniającym konkretne okoliczności sprawy. Stosując tę instytucję sąd powinien mieć oczywiście na względzie podstawowe funkcje kary umownej, jakimi są funkcja stymulująca wykonanie zobowiązania, funkcja represyjna – w postaci sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy oraz funkcja kompensacyjna, polegająca na naprawieniu szkody, jeśli wierzyciel ją poniósł, bez konieczności precyzyjnego wyliczenia jej wysokości,

co ma w założeniu ułatwić realizację dochodzonego uprawnienia (kara umowna stanowi bowiem przede wszystkim surogat odszkodowania). Wprawdzie w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03 (OSNC 2004, nr 5, poz. 69) Sąd Najwyższy uznał, że obowiązek zapłaty kary umownej istnieje niezależnie od poniesienia przez wierzyciela szkody, ale zaznaczył jednocześnie, że brak szkody lub jej niewielki rozmiar mogą stanowić usprawiedliwienie zastosowania miarkowania kary.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego eksponowane jest przede wszystkim kryterium relacji wysokości kary umownej do rozmiaru odszkodowania, jakie należałoby się wierzycielowi na zasadach ogólnych. Postuluje się ostrożne i powściągliwe stosowanie prawa redukcji, z uwagi na to, że miarkowanie osłabia skutek stymulacyjno-represyjny oraz kompensacyjny kary umownej, a nadto redukcja stanowi modyfikację treści zobowiązania określonego w umowie. Wskazuje się jednak, że brak szkody lub jej nieznaczna wysokość może tworzyć odpowiednie kryterium redukcji kary umownej, gdyż kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem, nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 23 grudnia 2015 r., I ACa 761/15 LEX nr 1957025). Wyrażono ponadto pogląd, że żądanie kary umownej w znacznej wysokości – pomimo braku szkody – może uzasadniać przyjęcie, że w stosunku do wartości przedmiotu umowy kara jest rażąco wygórowana i wymaga miarkowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 stycznia 1974 r., I CR 376/72, LEX nr 766678). Jako przesłanką kary umownej powinna być również brana pod uwagę wina dłużnika i jej stopień (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2003 r., III CKN 50/01, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 7, poz. 380, LEX nr 784259).

Wskazać trzeba, że w treści art. 484 § 2 k.c. nie wskazano konkretnych stanów faktycznych uzasadniających miarkowanie kary umownej, nie podano również hierarchii takich kryteriów, w każdym bowiem przypadku sąd obowiązany jest samodzielnie dokonać takiej oceny, uwzględniając okoliczności konkretnej sprawy, a w szczególności to czy, i ewentualnie w jakim stopniu, wykonanie zobowiązania zaspokajało ostatecznie interes wierzyciela, a także czy nie zachodzą inne względy przemawiające za miarkowaniem (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2011 r., II CSK 318/10, LEX nr 784914, OSNC-ZD 2011, nr 4, poz. 80). Miarkowanie kary umownej nie jest rzeczą łatwą, zawsze bowiem jest to ingerencja w postanowienia umowy łączącej strony i wymaga dokonania wnikliwej oceny, do jakich granic taka ingerencja jest rzeczywiście uzasadniona w okolicznościach danej sprawy. W tych granicach sędziowskie uznanie powinno mieć z reguły decydujące znaczenie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 listopada 2006 r., I CSK 259/06, LEX nr 398369).

W realiach niniejszej sprawy karę umowną zastrzeżono na wypadek niewykonania przez pozwaną umówionych robót w terminie. Naprawienia na ogólnych zasadach szkody z tego tytułu powód mógł się domagać stosownie do postanowienia § 7 ust. 2 lit. c umowy (k. 18 akt). W ocenie Sądu nie można w niniejszej sprawie pominąć tej niespornej okoliczności, że powód (jako wykonawca) w stosunku łączącym go z Gminą P. (jako inwestorem) otrzymał całość należnego mu wynagrodzenia, nie został również obciążony karą umowną z tytułu nieterminowego wykonania swojego zobowiązania (w części realizowanego z opóźnieniem przez pozwaną). Także i ten fakt ma znaczenie, że powód nie zamierzał początkowo obciążać również i pozwanej karą umowną na podstawie § 7 ust. 2 lit. a, poprzestając na zatrzymaniu z wynagrodzenia pozwanej kwoty 7.995 zł tytułem kosztów mających zrekompensować wykonanie prac poprawkowych i dopiero na skutek sporu pomiędzy stronami w tej właśnie kwestii zdecydował się na dochodzenie ww. kary (zob. przesłuchanie reprezentanta powoda – k. 305 akt).

Istotne z punktu widzenia przesłanek miarkowania kary umownej jest – w ocenie Sądu – także i to, że powód nie kwestionował, iż w okresie kiedy swoje prace (już po uzgodnionym terminie) realizowała pozwana, bezspornie trwały również roboty wykonywane przez innych podwykonawców (tj. w okresie od połowy sierpnia do końca października 2013 r.). Skoro obowiązki powyższe pozwana wykonywała przez większość tego czasu należycie (zastrzeżenia powoda dotyczyły przede wszystkim końcowego okresu prac – bezpośrednio poprzedzających odbiór), to – biorąc pod uwagę ogólną kwotę wynagrodzenia (75.000 zł netto) – obciążenie pozwanej karą umowną w wysokości przewyższającej tę wartość (tj. w kwocie 76.567,50 zł) w ocenie Sądu musi prowadzić do jej zmniejszenia na podstawie art. 484 § 2 k.c.

Należało więc podzielić wniosek pozwanej o dokonanie miarkowania kary umownej, chociaż jeszcze raz należy podkreślić, że z uwagi na zasadniczo nieostry charakter wszelkich kryteriów regulujących kwestie miarkowania

również i w niniejszej sprawie szczegółowa i obiektywna kalkulacja obniżenia wysokości kary umownej nie była osiągalna. W tym zakresie zatem Sąd uznał, że biorąc pod uwagę opisane wyżej okoliczności niniejszej sprawy uzasadniona będzie ingerencja w treść stosunku zobowiązaniowego pomiędzy stronami polegająca na określeniu wysokości należnej kary umownej na poziomie ok. 1/10 kwoty wynikającej z wyliczenia tej kary ($76.567,50 / 10 = 7.656,75$ zł, co w zaokrągleniu daje kwotę **7.700 zł**).

W przekonaniu Sądu tak określona kara umowna spełni swoje funkcje. W umowie strony ustaliły wysoką sankcję za niedopełnienie przez pozwaną obowiązku wykonania umowy w terminie, rolą kary umownej było więc zmotywowanie pozwanej do podjęcia starań w celu terminowego wykonania umownego zobowiązania. W konsekwencji kara umowna powinna być ustalona w takiej wysokości, aby naruszenie tego obowiązku (choćby tylko na skutek niedbalstwa i bez negatywnych konsekwencji dla uprawnionego) stanowiło dla pozwanej pewną odczuwalną dolegliwość. Takiej funkcji nie spełniłaby, w ocenie Sądu, kara umowna wynosząca jedynie 5 % umówionej wartości, biorąc pod uwagę stosunkowo długi okres opóźnienia (wynoszący 83 dni).

Mając na uwadze przytoczone okoliczności Sąd orzekł jak w punkcie I wyroku. Podstawę rozstrzygnięcia o należnych odsetkach ustawowych za opóźnienie w spełnieniu zasądzonego świadczenia od dnia wniesienia pozwu stanowił przepis art. 481 § 2 k.c., skoro nie było sporne, że pozwana była wzywana do jego spełnienia jeszcze przed procesem (zob. k. 29 i 31 akt).

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 100 k.p.c. stosując zasadę stosunkowego rozdziału kosztów procesu z uwagi na częściowe tylko uwzględnienie żądania pozwu. W tym zakresie uwzględniono regulację art. 98 § 1 i 3 w zw. z art. 99 k.p.c., przy uwzględnieniu także postanowień § 2 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2015 r., poz. 1804) i § 2 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz. U. z 2015 r., poz. 1800) – w brzmieniu obowiązującym w momencie wszczęcia postępowania (§ 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 października 2016 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie opłat za czynności adwokackie [Dz.U. z 2016, poz. 1668] i § 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 października 2016 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie opłat za czynności radców prawnych [Dz.U. z 2016, poz. 1667]). Biorąc bowiem pod uwagę, że żądanie pozwu uwzględniono w 10 % powodowi należy się zwrot kwoty 1.104,60 zł (jego koszty wyniosły bowiem łącznie 11.046 zł, tj. kwotę 3.829 zł opłaty od pozwu, kwotę 7.200 zł tytułem kosztów zastępstwa oraz 17 zł tytułem wydatków). Pozwana wygrała natomiast w 90 % i należy jej się kwota 6.751,98 zł (przy kosztach z tytułu zastępstwa w wysokości 7.200 zł i wydatkach w łącznej kwocie 302,20 zł – zgodnie z przedłożonym spisem – zob. k. 299 akt). Nie znalazł przy tym Sąd podstaw do zastosowania w sprawie postanowienia § 15 ust. 3 ww. rozporządzenia i ustalenia wysokości kosztów zastępstwa prawnego w wysokości przewyższającej stawkę minimalną, doceniając bowiem niezbędny nakład pracy adwokata reprezentującego pozwaną, należy uznać go jednocześnie za odpowiadający wynagrodzeniu w powyższej stawce. W konsekwencji zasądzeniu od powoda na rzecz pozwanej podlegała różnica wynosząca w przybliżeniu kwotę 5.600 zł ($6.751,98 - 1.104,60 = 5.647,38$).

Z kolei dokonując rozliczenia wydatków poniesionych tymczasowo przez Skarb Państwa (art. 83 ust. 2 w zw. z art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych; tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 300 ze zm.) obliczono, iż powód powinien uiścić z tego tytułu kwotę 1.470,27 zł, pozwana zaś kwotę 164 zł (uwzględniając, że koszty związane z wynagrodzenia mediatora, a także ze stawiennictwem świadków wyniosły łącznie kwotę 1.634,27 zł [tj. $831,50$ zł + $80,24$ zł + $162,55$ zł + $75,22$ zł + $75,22$ zł + $75,22$ zł + $334,32$ zł]).