

Sygn. akt I AGa 195/20

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 czerwca 2021 r.

Sąd Apelacyjny w Poznaniu, I Wydział Cywilny i Własności Intelektualnej w składzie:

Przewodniczący Sędzia Małgorzata Mazurkiewicz - Talaga

Sędziowie: Elżbieta Fijałkowska (spr.), Małgorzata Gulczyńska

Protokolant: st. sekretarz sądowy Katarzyna Surazyńska

po rozpoznaniu w dniu 24 czerwca 2021 r.

na rozprawie

sprawy z powództwa **Syndyka Masy upadłości – K. S. (...)**

przeciwko **Skarbowi Państwa (...)**

o zapłatę

na skutek apelacji obu stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu

z dnia 13 lutego 2020 r. sygn. akt IX GC 627/18

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że w pkt. 1 zasądzoną tam kwotę obniża do 109.500 zł (sto dziewięć tysięcy pięćset), a w pozostałej części powództwo oddala;
2. w pozostałym zakresie oddala apelację pozwanego;
3. oddala apelację powoda;
4. zasądza od powoda na rzecz Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej 4050 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym;
5. zasądza od pozwanego na rzecz powoda 4050 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym.

Elżbieta Fijałkowska Małgorzata Mazurkiewicz-Talaga Małgorzata Gulczyńska

Sygn. akt I AGa 195/20

UZASADNIENIE

Powód K. S. wniósł pozew przeciwko Skarbowi Państwa s.f. Prokuratura Okręgowa w Poznaniu o ustalenie, że zapisy umowy z 7 sierpnia 2014 r. nr VII A (...) na realizację przedsięwzięcia „Budowa budynku dla Prokuratury Rejonowej w Gnieźnie” łączącej strony, tj. § 36 p. 1 lit. g na podstawie którego „wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne za nieterminowa zapłatę wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom 300 zł za każdy dzień zwłoki od dnia upływu terminu zapłaty do dnia zapłaty” oraz § 36 p. 1 lit. g, na podstawie, którego „wykonawca

zapłaci zamawiającemu kary umowne za brak zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom 1.500 zł za każde dokonanie przez zamawiającego bezpośredniej płatności na rzecz podwykonawców lub dalszym podwykonawcom” są bezwzględnie nieważne. Następnie powód „zmodyfikował” żądanie pozwu i w miejsce ww. roszczenia o ustalenie zgłosił roszczenie o zapłatę kwoty 291.900 zł, przy tej samej, co wcześniej wartości przedmiotu sporu.

W odpowiedzi na pozew pozwany domagał się oddalenia powództwa.

Z uwagi na upadłość powoda postępowanie sądowe zostało zawieszono.

Postanowieniem z 22 czerwca 2018 r. Sąd podjął postępowanie z udziałem syndyka masy upadłości powoda.

Wyrokiem z dnia 13 lutego 2020 r Sąd Okręgowy w Poznaniu

- 1. zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 109.800 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 15 grudnia 2016 r. do dnia zapłaty,**
- 2. umarzył postępowanie co do roszczenia o ustalenie,**
- 3. w pozostałym zakresie powództwo oddalił,**
- 4. koszty postępowania rozdzielił stosunkowo między stronami, obciążając nimi powoda w 81 %, a pozwanego w 19 %, pozostawiając ich szczegółowe rozliczenie referendarzowi sądowemu.**

Podstawą rozstrzygnięcia były następujące ustalenia i wnioski

Powód jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność pod firmą (...), obecnie w restrukturyzacji.

W dniu 7 sierpnia 2014 r. powód zawarł z pozwanym umowę nr (...) w trybie zamówień publicznych – przetargu nieograniczonego – na budowę budynku dla Prokuratury Rejonowej w Gnieźnie. W art. 36 umowy przewidziane zostały kary umowne, w tym m.in. za brak zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom w wysokości 1.500 zł za każde dokonanie przez pozwanego bezpośredniej płatności na rzecz podwykonawcy oraz za nieterminową zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy w wysokości 300 zł za każdy dzień zwłoki od dnia upływu terminu zapłaty do dnia zapłaty.

Zgodnie z pkt. 10 umowy termin zapłaty podwykonawcy nie mógł być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia podwykonawcy faktury VAT lub rachunku.

Zgodnie z umową (...) S.A. wystawiło pozwanemu gwarancję ubezpieczeniową należytego wykonania kontraktu i usunięcia wad i usterek.

Powód korzystał z usług podwykonawców. Umowy z nimi były zaakceptowane przez pozwanego. W umowach wskazano, że po otrzymaniu informacji o zatwierdzeniu poprawnie wypełnionego protokołu częściowego lub końcowego, podwykonawca ma prawo wystawić fakturę z datą przyjęcia świadectwa płatności, a wynagrodzenie będzie płatne w terminie 30 dni od daty przyjęcia przez wykonawcę poprawnie wystawionej faktury VAT wraz z dokumentami rozliczeniowymi. Nie wszystkie faktury VAT wystawiane przez podwykonawców były doręczane powodowi dopiero po zakończeniu wszystkich prac. Część faktur podwykonawcy doręczali po tzw. częściowym wykonaniu prac. Zdarzało się również, że faktura wpływała do powoda po terminie wskazanym w niej jako termin zapłaty, gdyż np. wymagała korekty lub była nieprawidłowo wystawiona.

Część faktur VAT wystawionych przez podwykonawców została zapłacona po upływie 30-dniowego terminu wynikającego z umowy:

- 1) **P. M. “C. M.”** - która wystawiła faktury VAT:

- (...) - zapłacona 21 sierpnia 2015 r.
- (...) - zapłacona 25 września 2015 r.
- (...) - zapłacona 6 listopada 2015 r.
- nr (...). Powód nie zapłacił ww. faktury; ostatecznie zapłacił ją pozwany w lipcu 2018 r. na podstawie ugody sądowej zawartej z podwykonawcą.
- Faktura nr (...) - termin płatności 18 lipca 2015 r. (sobota)
- Faktura nr (...) - faktura dostarczona dopiero 15.12.2015 r. (k.1027), a zatem termin do zapłaty od 14 stycznia 2016 r., powód zapłacił 9 grudnia 2015 r.
- Faktura (...) - została odebrana 12 stycznia 2016 r. (k.1028), następnie nota korygująca (k.1030) i zmiana terminu płatności na 12 lutego 2016 r. Zapłata nastąpiła 18 marca 2016 r. (k.1032).
- Faktura VAT (...) - przyjęcie faktury 7 marca 2016 r. - zapłata 6 kwietnia 2016 r.
- (...) - zapłacona 18 marca 2016 r.

2) (...) **Ż. W. sp.j.** – wystawiła faktury VAT:

- (...) - doręczona 27 stycznia 2016 r. (k.1026), termin płatności 26 lutego, zapłacona 4 marca 2015 r.
- (...) - zapłacona 13 sierpnia 2015 r.
- (...) - zapłacona 8 września 2015 r.
- (...) - zapłacona 29 grudnia 2015 r.
- (...) - zapłacona 15 stycznia 2016 r.
- (...) - depozyt sądowy.

3) (...) **M. Z. (1)** - wystawione faktury VAT

- (...) - zapłacona 20 lipca 2015 r.
- (...) - zapłacona 19 sierpnia 2015 r.
- (...), świadectwo płatności przyjęte 12 listopada 2015 r. (k.1035) - faktura z datą ze świadectwa płatności, tj. od 12 listopada 2016 r. Zapłacono 11 grudnia 2016 r.

4) **"P." S. S.** - wystawione faktury VAT:

- (...) - zapłacona 4 września 2015 r.
- (...) - zapłacona 29 października 2015 r.
- (...) - świadectwo płatności z 12 listopada 2015 r. (k.1037), a zapłata 8 grudnia 2015 r.
- (...) - świadectwo płatności przyjęte 25 marca 2016 r., a zapłata 6 maja 2016 r. - termin 24 kwietnia 2016 r.

5) (...) **R. P.** - wystawione faktury VAT:

- (...) termin płatności 15 listopada 2015 r., zapłacona 18 listopada 2015 r.

- (...) - zapłacona 17 lutego 2016 r.

- (...)

6) (...) sp. z o.o. - wystawione faktury VAT:

- nr (...) została przyjęta 25 marca 2016 r., nr (...) została przyjęta 12 stycznia 2016 r., a zapłacona 6 kwietnia 2016 r.

- (...) zapłacona 6 kwietnia 2016 r.

- (...) - zapłacona 8 stycznia 2016 r.

7) (...) – wystawiono fakturę VAT - (...), świadectwo płatności 7 marca 2016 r., a zapłata częściowa, termin zapłaty 6 kwietnia 2016 r.

8) (...) **sp. z o.o.** – wystawiono fakturę:

- VAT (...) - 01 – świadectwo płatności z 20 listopada 2015r., zapłata nastąpiła 28 grudnia 2015 r. (k.1040).
Podpisano notę korygującą przedłużającą termin płatności do 60 dni (k.1041).

- (...)

9) **Zakład (...)** – wystawiono faktury VAT:

- (...) - przyjęcie faktury 11 stycznia 2016 r. (k.1043), zapłata 22 marca 2016 r.

- (...) - faktura przyjęta 30 listopada (k.1044), a zapłata 28 grudnia.

- (...) - faktura przyjęta 21 października 2015 r., zapłacona 8 grudnia.

- (...) - zapłacona 11 sierpnia 2015 r.

- (...) - zapłacona 25 września 2015 r.

- (...) - zapłacona 29 czerwca 2015 r.

- (...)

10) **A. A. T.** - wystawiono faktury VAT:

- (...) - zapłacona 16 czerwca 2015 r.

- (...) zapłacona 28 lipca 2015 r.

11) **J. K. "Usługi (...) "** – wystawiono faktury VAT:

- (...) - faktura korygująca (k.1047), przyjęcie 15 stycznia 2016 r., zapłacona 22 marca 2016 r.

- (...) - przyjęcie faktury 15 stycznia 2016 r. (k.1048), zapłacona 31 marca 2016 r.

- (...) zapłacona 23 grudnia 2015 r.

12) **PUB A. P.** – wystawiono faktury VAT:

- (...) - świadectwo płatności przyjęte 11 listopada 2015 r. (k.1051), zapłata 6 listopada 2015 r.

- (...) - świadectwo płatności przyjęte 11 listopada 2015 r., zapłata 10 grudnia 2015 r.
- (...) - pozwany zapłacił bezpośrednio podwykonawcy.

13) (...) **Elewacje M. Z. (2)** – wystawiono faktury VAT:

- (...) - zapłacona 14 lipca 2015 r.
- (...) - zapłacona 18 sierpnia 2015 r.
- (...) - zapłacona 22 września 2015 r.
- (...) - świadectwo płatności przyjęte 7 października (k.1052), zapłata 5 listopada.
- (...) - świadectwo przyjęte 5 listopada 2015 r., zapłata 9 grudnia 2015 r.
- (...) - zapłacona 30 grudnia 2015 r.
- (...) - zapłacona 23 marca 2016 r.
- (...) - zapłacona podwykonawcy przez pozwanego.

14) **Zakład budowlany (...)** - wystawiono fakturę VAT (...), świadectwo przyjęcia 4 grudnia 2015 r. (k.1057), zapłata 23 grudnia 2015 r.

15) **Usługi (...)** – wystawiono fakturę VAT:

- (...) - zapłacona 20 stycznia 2015 r.
- (...) - zapłacona 24 grudnia 2014 r.
- (...) - zapłacona 5 lutego 2015 r.
- (...) - termin płatności 1 marca 2016 r., zapłata 6 marca - termin zapłaty przypadał w niedzielę.
- (...) - zapłacona 29 kwietnia 2015 r.
- (...) - zapłacona 2 lipca 2015 r.

Niektórzy podwykonawcy wystąpili na drogę sądową przeciwko powodowi i otrzymawszy tytuł wykonawczy, skierowali do komornika sądowego wnioski egzekucyjne. Komornicy dokonali zajęcia wierzytelności przysługujących powodowi wobec pozwanego. Pozwany uregulował ww. należności, potrącając należności z ostatniego wynagrodzenia powoda.

Budowa została ukończona w terminie, protokół końcowego odbioru robót został podpisany 19 maja 2016 r.

Postanowieniem z 16 czerwca 2016 r. Sąd Rejonowy Poznań - Nowe Miasto w P. zezwolił na złożenie przez pozwanego do depozytu sądowego kwoty 125.285,56 zł tytułem wynagrodzenia dla podmiotu, który wykaże swoje prawo do jego otrzymania.

Pozwany 27 czerwca 2016 r. zapłacił bezpośrednio podwykonawcy powoda M. Z. (2) kwotę 63.345 zł. W dniu 1 lipca 2016 r. pozwany zapłacił bezpośrednio podwykonawcy powoda A. P. kwotę 22.930,41 zł.

Pozwany wystawił 30 czerwca 2016 r. dwie noty obciążeniowe:

1) na kwotę 1.500 zł tytułem braku zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy za dokonanie przez pozwanego bezpośredniej płatności na rzecz podwykonawcy – (...) Elewacje M. Z. (2),

2) na kwotę 1.500 zł tytułem braku zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, za dokonanie przez pozwanego bezpośredniej płatności na rzecz podwykonawcy – A. P..

W dniu 20 lipca 2016 r. pozwany wystawił kolejną notę:

3) na kwotę 288.900 zł tytułem nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom (§ 36 ust.1 g umowy).

Powód odesłał noty pozwanemu bez ich księgowania, wobec czego pozwany zwrócił się do ubezpieczyciela –(...)– z wnioskiem o wypłatę kwoty 291.900 zł tytułem kar umownych. Ubezpieczyciel 1 grudnia 2016 r. wypłacił pozwanemu żadaną kwotę, a następnie wezwał powoda do zapłaty kwoty 291.900 zł.

Powód, po ostatecznej zmianie pierwotnego żądania pozwu (o ustalenie) i nowego doprecyzowaniu wniósł o zasądzenie od pozwanego kwoty 291.900 zł tytułem zwrotu bezpodstawnego wzbogacenia.

W związku z bezsporną okolicznością, że powód nie wszystkim zatrudnionym przez siebie podwykonawcom zapłacił, a części z nich zapłacił po terminie określonym w umowach i w umowie głównej, pozwany obciążył powoda karami umownymi w łącznej wysokości 291.900 zł. Kwota ta została uiszczona pozwanemu przez ubezpieczyciela powoda(...)

Powód kwestionował wysokość kary umownej, twierdząc, że jest ona zawyżona, gdyż m.in. podwykonawcy często wystawiali faktury przed końcowym odbiorem prac.

W pierwszej kolejności Sąd rozstrzygnął podstawowy zarzut powoda wobec pozwanego, tj. bezzwzględnej nieważności postanowienia § 36 pkt.1 f i g umowy łączącej strony z uwagi na treść art. 483 § 1 k.c., pozwalającego naliczyć karę umowną celem naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Zamówienie pozwanego na wybudowanie budynku dla prokuratury Rejonowej w Gnieźnie poprzedzone było postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z 29 stycznia 2004 r. „prawo zamówień publicznych”. Zgodnie z art. 139 ust.1 do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Oznacza to, że pierwszeństwo mają w tym przypadku przepisy ustawy „prawo zamówień publicznych”. Zgodnie z treścią art. 143 b ww. ustawy wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane, zamierzający zawrzeć umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, jest obowiązany, w trakcie realizacji zamówienia publicznego na roboty budowlane, do przedłożenia zamawiającemu projektu tej umowy, przy czym podwykonawca lub dalszy podwykonawca jest obowiązany dołączyć zgodę wykonawcy na zawarcie umowy o podwykonawstwo o treści zgodnej z projektem umowy. 2. Termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidziany w umowie o podwykonawstwo nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej. Z kolei przepis art. 143 d zawiera elementy konieczne umowy o roboty budowlane. W pkt. 7 przepis wymienia obowiązek zawarcia w umowie zapisu o wysokości kar umownych z tytułu m.in. braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom,

Kary umowne mogą być potrącane z wniesionego przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeżeli było ono wymagane. Prewencyjna funkcja kar umownych jest tak daleko idąca, że w ust. 1 pkt 7 lit. a przewidziane zostały kary umowne za nienależyte wykonanie świadczenia o charakterze pieniężnym. Na podstawie tego przepisu kary umowne zastrzegane są z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, podczas gdy – w świetle art. 483 § 1 k.c. – kara umowna może

dotyczyć jedynie niewykonania lub nienależytego wykonania oznaczonego zobowiązania niepieniężnego (tak: Art. 143d PZP red. (...) 2020, wyd. 10/M. J.).

Wobec tego Sąd uznał, że co do zasady pozwany obciążył powoda karami umownymi w sposób zasadny i w pełni podstawny.

Dalej Sąd rozważał, czy pozwany naliczył kary umowne w sposób prawidłowy co do ich wysokości.

Zgodnie z pkt.10 umowy wykonawczej, termin zapłaty podwykonawcy nie mógł być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia podwykonawcy faktury VAT lub rachunku. Natomiast w umowach z podwykonawcami wskazano, że po otrzymaniu informacji o zatwierdzeniu poprawnie wypełnionego protokołu częściowego lub końcowego, podwykonawca ma prawo wystawić fakturę z datą przyjęcia świadectwa płatności, a wynagrodzenie będzie płatne w terminie 30 dni od daty przyjęcia przez wykonawcę poprawnie wystawionej faktury VAT wraz z dokumentami rozliczeniowymi.

Zarówno pozwany, jak i powód sporządzili zestawienia obrazujące sposób obliczenia kary umownej przez strony. Sąd dokonał porównania obu zestawień oraz dokumentów przedstawionych przez strony na potwierdzenie ich twierdzeń. W ocenie Sądu pozwany wziął pod uwagę jedynie daty płatności wskazane na fakturach wystawionych przez podwykonawców, podczas, gdy z wyjaśnień powoda i świadka L. H. wynikało, że daty te nie zawsze odzwierciedlały rzeczywiste przyjęcie dokumentów i zaakceptowanie prac. Powód przedstawił dokumenty, które odzwierciedlały rzeczywiste przyjęcie prawidłowo rozliczonych i zaakceptowanych dokumentów podwykonawców przez powoda.

Sąd dokonał analizy każdej faktury VAT i wystawionych do niej dokumentów. Poniżej wskazane zostały konkluzje w odniesieniu do poszczególnych podwykonawców:

Zgodnie z art. 115 k.c. w brzmieniu obecnym jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy lub na sobotę, termin upływa następnego dnia, który nie jest dniem wolnym od pracy ani sobotą. Jednakże zmiana ta weszła w życie dopiero od 1 stycznia 2017 r. Do tego czasu sobota była traktowana jako dzień roboczy („jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, termin upływa dnia następnego”).

1) P. M. “C. M.” - która wystawiła faktury VAT:

nr (...) - odebrana 2 czerwca 2016 r. (k.1034), a nie 1 lipca 2016 r., jak twierdzi powód. Termin płatności mijał 2 lipca 2016 r. Powód nie zapłacił ww. faktury. Ostatecznie zapłacił ją pozwany w lipcu 2018 r. na podstawie ugody sądowej zawartej z podwykonawcą, więc powód powinien zapłacić karę umowną od 4 lipca do 20 lipca 2016 r. - 17 dni x 300 zł = 5.100 zł.

Faktura nr (...) - termin płatności 18 lipca 2015 r. w sobotę (wg. powoda dopiero on poniedziałku powinno się liczyć termin – jak wyżej wskazano, sobota traktowana jest jako dzień roboczy, a zatem obliczenie pozwanego jest prawidłowe).

Faktura nr (...) - dostarczona dopiero 15 grudnia 2015 r. (k.1027), a zatem termin do zapłaty zakreślony był od 14 stycznia 2016 r., powód zapłacił 9 grudnia 2015 r., tj. przed terminem. Należy obniżyć karę umowną o 3.000 zł.

Faktura (...) - została odebrana 12 stycznia 2016 r. (k.1028), następnie sporządzono notę korygującą (k.1030) - zmiana terminu płatności na 12 lutego 2016 r. Zapłata nastąpiła 18 marca 2016 r. (k.1032), zatem opóźnienie 33 dni x 300 zł = 9.900 zł.

Faktura VAT (...) - przyjęcie faktury 7 marca 2016 r. - zapłata 6 kwietnia 2016 r., a zatem w terminie, należy obniżyć karę umowną o 2.400 zł.

Łącznie kara umowna: 6.900 + 9.900 + 5.100 = 21.900 zł

2) (...) Ż. W. sp.j. – wystawiona faktura VAT (...); doręczona 27 stycznia 2016 r. (k.1026), termin płatności zakreślony do 26 lutego 2016 r., zapłacona 4 marca 2016 r., a zatem 7 dni opóźnienia - $7 \times 300 \text{ zł} = \text{kara umowna wyniesie } 2.100 \text{ zł zamiast } 10.500 \text{ zł}$.

3) (...) M. Z. (1) - wystawiona faktura VAT (...), świadectwo płatności przyjęte 12 listopada 2015 r. (k.1035) - faktura z datą ze świadectwa płatności, tj. od 12 listopada 2016 r. Zapłacono 11 grudnia 2016 r., a zatem w terminie. Należy obniżyć karę umowną 3.600 zł.

4) "P." S. S. - wystawione faktury VAT:

Nr (...) świadectwo płatności z 12 listopada 2015 r. (k.1037), a zapłata 8 grudnia 2015 r. Zapłata w terminie, a zatem należy obniżyć karę umowną o 2.700 zł.

Nr (...) - świadectwo płatności przyjęte 25 marca 2016 r., a zapłata 6 maja 2016 r. - termin 24 kwietnia 2016 r., a zatem 11 dni po terminie płatności - $11 \times 300 \text{ zł} = 3.300 \text{ zł}$ (zamiast 11.100 zł, jak obliczył pozwany).

Łącznie kara umowna: 3.300 zł

5) (...) R. P.

wystawiona faktura VAT nr (...) - termin płatności przypadł w niedzielę, a zatem należało uznać, że są 2 dni opóźnienia, zamiast 3. Karę należy obniżyć o 300 zł.

(...)- 3.300 zł.

Kara umowna: $3.300 + 600 \text{ zł} = 3.900 \text{ zł}$

6) (...) sp. z o.o. - wystawiona faktura VAT wystawiona faktura VAT:

nr (...) została przyjęta 25 marca 2016 r., nie została zapłacona - pozwany naliczył karę umowną do 20 lipca 2016 r., łącznie 87 dni w kwocie 26.100 zł. Dzień zapłaty 24 kwietnia 2016 r. Przypadał w niedzielę, a zatem karę należy obniżyć o 300 zł.

Faktura nr (...) została przyjęta 12 stycznia 2016 r., a zapłacona 6 kwietnia 2016 r. Obciążenie za 55 dni w wysokości 16.500 zł.

Kara umowna: $16.500 + 25.800 = 42.300 \text{ zł}$

7) (...) – wystawiono fakturę VAT - (...), świadectwo płatności 7 marca 2016 r. (k.1039), zapłata nastąpiła częściowo, termin zapłaty 6 kwietnia 2016 r. Opóźnienie w wysokości 105 dni $\times 300 \text{ zł} = 31.500 \text{ zł}$.

8) (...) sp. z o.o. – wystawiono fakturę VAT (...), świadectwo płatności z 20 listopada 2015 r., zapłata nastąpiła 28 grudnia 2015 r. (k.1040). Podpisano notę korygującą przedłużającą termin płatności do 60 dni (k.1041). W ocenie Sądu taki zapis przedłużający termin płatności należy uznać za nieważny, bowiem jest niezgodny z treścią umowy z pozwanym oraz z treścią art. 143 b ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych. Zatem skoro termin biegł od 20 grudnia 2015 r., to opóźnienie w płatności wynosiło 7 dni, zatem $7 \times 300 \text{ zł} = 2.100 \text{ zł}$.

Łącznie kara umowna: 2.100 zł.

9) Zakład (...) – wystawiono faktury VAT:

Nr 52/15 - przyjęcie faktury 11 stycznia 2016 r. (k.1043), zapłata 22 marca 2016 r., zapłata nastąpiła z 40-dniowym opóźnieniem ($40 \times 300 \text{ zł} = 12.000 \text{ zł}$), jednakże w niniejszej sprawie pozwany uznał 60 dniowy termin zapłaty i

zażądał kary umownej w wysokości 7.500 zł. Zgodnie z art. 321 k.p.c. Sąd nie może zasądzić ponad żądanie, a zatem należy się kwota żądana (k.269).

(...)- faktura przyjęta 30 listopada 2015 r.(k.1044), a zapłata 28 grudnia 2015 r., a zatem w terminie. Kara umowna nienależna.

(...) - faktura przyjęta 21 października 2015 r., zapłacona 8 grudnia 2015 r., termin zapłaty mijał 20 listopada 2015 r., a zatem 17 dni opóźnienia x 300 zł = 5.100 zł kary umownej.

(...)- pozwany obliczył karę prawidłowo - sobota była traktowana jak dzień roboczy.

(...) - kara 600 zł (k.746).

(...) - kara 3.300 zł.

Podsumowując karę umowną w przypadku tego podwykonawcy: $7.500 \text{ zł} + 5.100 + 7.200 + 600 + 3.300 = 23.700 \text{ zł}$.

10) A. A. T. - wystawiono faktury VAT:

(...) -termin zapłaty przypadał w niedzielę, należy odliczyć 300 zł od naliczonej przez pozwanego kary umownej.

(...) - pozwany omyłkowo wpisał nieprawidłową datę z faktury VAT – termin płatności 15 lipca 2015 r., należy odliczyć 300 zł od naliczonej kary umownej.

Łącznie kara umowna: 3.600 zł.

11) J. K. „ Usługi (...)” – wystawiono faktury VAT:

(...)- faktura korygująca (k.1047), przyjęcie 15 stycznia 2016 r., opóźnienie wyniosło 38 dni x 300 zł = kara umowna 11.400 zł .

(...)- przyjęcie faktury 15 stycznia 2016 r. (k.1048), zapłacona 31 marca 2016 r., 45 dni x 300 zł = 13.500 zł.

(...) 1.200 zł.

Łącznie kara umowna: $11.400 + 13.500 + 1.200 = 26.100 \text{ zł}$.

12) (...) A. P. – wystawiono faktury VAT:

(...)- świadectwo płatności przyjęte 11 listopada 2015 r. (k.1051), zapłata nastąpiła 6 listopada 2015 r., a zatem w terminie, karę należy umniejszyć o 2.100 zł.

(...) świadectwo płatności przyjęte 11 listopada 2015 r., zapłata 10 grudnia 2015 r., a zatem w terminie, karę należy umniejszyć o 3.300 zł.

13) (...) Elewacje M. Z. (2) – wystawiono faktury VAT:

(...) - świadectwo płatności przyjęte 7 października 2015 r. (k.1052), zapłata 5 listopada 2015 r., kara nienależna, zapłata w terminie.

(...)- świadectwo przyjęte 5 listopada 2015 r., zapłata 9 grudnia 2015 r., kara umowna zawyżona o 300 zł.

(...) termin zapłaty przypadał w niedzielę, kara umowna zawyżona o 300 zł.

(...)- 1.500 zł (k.740).

Łącznie kara umowna: $1.500 + 1.500 + 13.200 \text{ zł} = 16.200 \text{ zł}$.

14) Zakład budowlany (...) - wystawiono fakturę VAT (...), świadectwo przyjęcia 4 grudnia 2015 r. (k.1057), zapłata 23 grudnia 2015 r., a zatem w terminie. Kara nienależna.

15) Usługi (...) – wystawiono fakturę VAT:

(...) - dzień zapłaty przypadła w sobotę - dzień roboczy – kara należna - 900 zł.

(...) - termin płatności 1 marca 2016 r., zapłata 6 marca 2016 r., termin zapłaty w niedzielę – kara zawyżona o 300 zł, należna kara to 1.200 zł.

(...) - 300 zł.

Łącznie kara umowna: $300 + 900 + 1.200 = 2.400 \text{ zł}$.

Zgodnie z art. 405 k.c. kto bez podstawy prawnej uzyskał korzyść majątkową kosztem innej osoby, obowiązany jest do wydania korzyści w naturze, a gdyby to nie było możliwe, do zwrotu jej wartości. Natomiast szczególnym przypadkiem bezpodstawnego wzbogacenia jest nienależne świadczenie, gdzie wzbogacenie uzyskiwane jest na drodze świadczenia zubożonego. Zobowiązany do zwrotu nienależnego świadczenia może być tylko jego bezpośredni odbiorca, zaś uprawnionym tylko spełniający to świadczenie, co potwierdza, że powód był uprawniony do dochodzenia zwrotu nienależnego świadczenia bezpośrednio od pozwanego.

Z rozliczeń wynika, że nota obciążeniowa z 20 lipca 2016 r. wystawiona na kwotę 288.900 zł została zawyżona o kwotę 109.800 zł - w takim zakresie pozwany nieprawidłowo obliczył karę umowną, co powód wykazał przede wszystkim za pomocą dokumentów - faktur VAT i świadectw płatności, na których każdorazowo wpisana była data przyjęcia dokumentów. W ocenie Sądu taki sposób potwierdzenia przyjęcia i akceptacji dokumentów był prosty, ale okazał się spójny, stąd Sąd dał powodowi wiarę.

Z tego względu w pkt.1 wyroku Sąd zasądził od pozwanego na rzecz powoda kwotę 109.800 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od 15 grudnia 2016 r. do dnia zapłaty, natomiast w pkt. 3 wyroku Sąd oddalił powództwo w pozostałym zakresie.

W pkt. 2 wyroku Sąd umorzył postępowanie co do cofniętego roszczenia o ustalenie, uznając, że było to odrębne zupełnie roszczenie z odrębną podstawą faktyczną i prawną, a oświadczenia powoda, że modyfikuje roszczenie z żądania ustalenia na żądanie o zapłatę potraktowano jako cofnięcie pozwu w zakresie roszczenia pozwu.

W pkt. 4 na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. Sąd ustalił podział kosztów procesu, pozostawiając ich szczegółowe rozliczenie referendarzowi sądowemu. Przy czym w zakresie żądania ustalenia, gdzie powód cofnął pozew – przyjęto, że powód przegrał proces (czyli w 50 %), a następnie dokonano stosunkowego rozdzielenia pozostałej części żądania – tj. roszczenia o zapłatę.

Wyrok został zaskarżony przez obie strony.

Powód zaskarżył wyrok w części oddalającej powództwo i rozstrzygającej o kosztach procesu i wniósł o jego zmianę i zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda także kwoty 179 100 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 15 grudnia 2016 roku do dnia zapłaty i zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych za II instancję, nadto wniósł o ponowne rozstrzygnięcie o kosztach postępowania za I instancję, a w razie nieuwzględnienia tego wniosku, ewentualnie o uchylenie wyroku w części oddalającej powództwo [pkt. 3 wyroku] oraz rozstrzygnięcie o kosztach procesu i przekazanie sprawy w uchylonym zakresie Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania wraz z rozstrzygnięciem o kosztach instancji odwoławczej, o których zasądzenie wraz z kosztami zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych wnoszę.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił

1. naruszenie art.484 § 2 k.c. poprzez jego niezastosowanie, pomimo wniosku Powoda o dokonanie miarkowania kary umownej zawartego choćby w piśmie procesowym powoda z dnia 23,02.2017 roku,
2. błędną wykładnię art. 483 k.c. dotyczącego kary umownej wskazującego na możliwość zastrzeżenia w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy oraz art. 358¹kc zawierającego zasadę nominalizmu wyrażającą się w stwierdzeniu, iż jeżeli przedmiotem zobowiązania od chwili jego powstania jest suma pieniężna, spełnienie świadczenia następuje przez zapłatę sumy nominalnej, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej w związku z treścią art. 143 d ust. 1 pkt. 7 ustawy z dnia 11 września 2019 roku o zamówieniach publicznych, poprzez nie uwzględnienie stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego w orzecznictwie w zakresie konieczności określenia wysokości kar umownych z tytułu nienależytego wykonania kontraktu, celem wprowadzenia pewności co do prawa dla zobowiązanego wyrażającej się w określoności jego zobowiązania związanego z zastrzeżeniem dla wierzyciela kary umownej o charakterze prewencyjnym i tym samym ochrony jego pozycji w stosunkach obligacyjnych pod rygorem ich nieważności w świetle art. 58 k.c. i art. 483 § 1 k.c.

Pozwany zaskarżył wyrok w części zasądzającej powództwo i rozstrzygającej o kosztach procesu i zarzucił naruszenie:

1. przepisów postępowania:
 - a) nierozpoznanie istoty sprawy poprzez nierozpoznanie zarzutu przedawnienia podniesionego przez pozwanego;
 - b) art.193 § 3 k.p.c. w zw. z art. 132 § 1¹ k.p.c., przyjmując wadliwie, że powód skutecznie dokonał zmiany powództwa,
 - c) art. 233 § 1 k.p.c., nie dokonując wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dotyczącego prawidłowości naliczenia przez pozwanego kar umownych.
2. przepisów prawa materialnego
 - a) niewłaściwe zastosowanie art. 405 k.c. lub art. 410 § 2 k.c., pomimo braku podstaw do ich zastosowania,
 - b) gdyby przyjąć, że art. 405 k.c. lub art. 410 § 2 k.c. zastosowano prawidłowo, to brak jest podstaw do przyjęcia, że doszło do zubożenia powoda, który nawet tak nie twierdził
 - c) niewłaściwe zastosowanie art. 455 k.c., zasądzając odsetki ustawowe za opóźnienie od dnia wniesienia pozwu
 - d) niezastosowanie art. 5 k.c. przy ustalaniu daty początkowej naliczania odsetek.

Wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części poprzez oddalenie powództwa w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu, zaś kosztów zastępstwa procesowego na rzecz Skarbu Państwa -(...) według norm przepisanych oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego, zaś kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym na rzecz Skarbu Państwa - (...) według norm przepisanych.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja powoda nie zasługiwała na uwzględnienie, natomiast apelacja pozwanego tylko w nieznacznym zakresie. Rozstrzygnięcie z apelacji pozwanego podlegało korekcie z uwagi na drobny błąd, którego dopuścił się Sąd I instancji, w pozostałym zakresie apelacja pozwanego była bezzasadna.

Sąd Okręgowy na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych oraz trafnie określił ich prawne konsekwencje. Ustalenia Sądu I instancji oraz ich ocenę prawną Sąd Apelacyjny w całości podziela oraz przyjmuje za własne. W ramach przeprowadzonej kontroli instancyjnej Sąd II instancji nie dostrzegł uchybień, które winny być uwzględnione z urzędu. W konsekwencji, dalsza argumentacja Sądu Apelacyjnego koncentrować się będzie na tych zagadnieniach, które wyeksponowane zostały w apelacjach.

Jeśli chodzi o zarzuty procesowe podniesione w apelacji pozwanego to były one zasadniczo bezpodstawne.

Przede wszystkim należy stwierdzić, że dochodzone roszczenie nie było przedawnione. Wprawdzie Sąd I instancji nie rozważył w uzasadnieniu tego zarzutu pozwanego, podniesionego w piśmie procesowym z dnia 4 listopada 2019 r., nie oznaczało to jednakże, jak twierdził pozwany, nierozpoznanie istoty sprawy.

Twierdzenie o przedawnieniu roszczenia pozwany wywodził z tego, że jego zdaniem powód zmienił podstawę faktyczną powództwa pismami z dnia 24 kwietnia 2019 r. i 25 listopada 2019 r. Do tego czasu w ocenie pozwanego, powód domagał się „zwrotu” całości kar z „uwagi na rzekomo nieważne postanowienia dotyczące kar umownych”. Pisma te obejmujące roszczenie ewentualne na kwotę 135.900 zł zostały sformułowane po upływie 3 letniego terminu przedawnienia.

Wskazać należy, że pozew o zapłatę 291.900 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie wniesiony został 15 grudnia 2016 r. i był reakcją powoda na wezwanie(...) TU z dnia 1 grudnia 2016 r. (k.161) do zwrotu wypłaconej pozwanemu wymienionej kwoty z tytułu Ubezpieczeniowej (...) z 1 sierpnia 2014 r. Kwota ta stanowiła sumę kar umownych, którą pozwany obciążył powoda.

W pismach procesowych, na które powołuje się pozwany (k.512 – 516, 1014 -1021), nie doszło do zmiany faktycznej powództwa. Były to pisma przygotowawcze, będące odpowiedzią na pisma pozwanego zawierające wnioski dowodowe, wyjaśniające stanowisko procesowe powoda w odniesieniu do zarzutów pozwanego. Zarówno w pozwie, jak i we wskazanych pismach powód domagał się zapłaty, niesłusznie w jego ocenie, naliczonych kar umownych, które wypłacone zostały z ubezpieczeniowej gwarancji. Nie ma mowy w piśmie z dnia 25 listopada 2019 r. o żadnym roszczeniu ewentualnym, mowa jest jedynie o dokonaniu zawyżenia przez inwestora kar umownych o „co najmniej 135.900 zł” (k.1019). Nie jest zatem jasne do jakiej treści, zawartej w wymienionym piśmie, nawiązywał pozwany.

Okoliczność, że powód niezasadność naliczenia kar umownych najpierw wiązał wyłącznie z zarzutem nieważności postanowienia umownego uprawniającego pozwanego do ich domagania się, a następnie, w owych pismach procesowych, powoływał się również na brak konkretnych przesłanek do naliczenia kar, nie miała znaczenia w kontekście podniesionych zarzutów pozwanego

Przede wszystkim nie była to zmiana podstawy faktycznej powództwa lecz wyłącznie jej uzupełnienie o dodatkowe argumenty wraz z wnioskami dowodowymi mającymi uzasadnić bezpodstawność naliczenia kary umownej. Powód w pozwie, jak i w pismach procesowych domagał się tego samego tj. zapłaty kwoty będącej sumą kar umownych czy też „zwrotu kar umownych”.

W uzasadnieniu apelacji pozwany przytacza poglądy doktryny i orzecznictwo, które w żadnym zakresie nie wspierają jego tezy, a wręcz potwierdzają ocenę Sądu Apelacyjnego o uzupełnieniu podstawy faktycznej. „Według stanowiska judykatury (np. uzasadnienie orzeczenia SN z dnia 13 września 1960 r., fi CR 212/60, OSNC 1962, Nr 1, poz. 16) i doktryny nie stanowi zmiany powództwa ani bliższe określenie żądania, ani uzupełnienie okoliczności faktycznych podanych pierwotnie, jeżeli w ich wyniku nie zmienia się podstawa faktyczna powództwa. Powszechnie przyjęło się w doktrynie prawa, iż za zmianę powództwa nie można uznać czynności procesowych polegających na sprostowaniu żądania lub uzupełnieniu podstawy faktycznej, natomiast są zmianą wszystkie te czynności, które prowadzą do zmiany ilościowej lub jakościowej żądania, a więc wprowadzają nowe żądania, wycofują dotychczasowe albo w istotny sposób zmieniają podstawę faktyczną, doprowadzając do nowego prawnego uzasadnienia. Zmianą powództwa nie są czynności procesowe mające charakter czystej rektyfikacji, a mianowicie takie, jak sprostowanie lub uzupełnienie

podstawy faktycznej powództwa" (M. Manowska, Komentarz do art 193, w "Kodeks postępowania cywilnego" pod red. M. Manowskiej, WK 2015). Podzielić także należy pogląd wyrażony w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 lipca 2010 r. II CSK 645/09 (Lex nr 822546), zgodnie z którym czynności procesowe polegające na sprostowaniu, doprecyzowaniu czy też bliższym określeniu żądania nie stanowią zmiany powództwa w rozumieniu art. 193 k.p.c."

W tych okolicznościach nie może być mowy o jakiegokolwiek zmianie powództwa skutkującej sposobem liczenia terminu przedawnienia przedstawionym przez pozwanego. Termin przedawnienia zaczął biec 11 grudnia 2016 r czyli od dnia doręczenia powodowi wezwania do zwrotu wypłaconej pozwanemu przez ubezpieczyciela gwarancji, zaś pozew wniesiony został 15 grudnia 2016 r.

Wobec tego bezpośrednio doręczenie pozwanemu pism procesowych na podstawie art. 132 § 1 k.p.c. było prawidłowe; a w okolicznościach sprawy nie miał zastosowania z art. 132 § 1¹ k.p.c.

Jeśli chodzi o zarzut nieprawidłowej oceny materiału dowodowego w odniesieniu do zasądzonej przez Sąd Okręgowy sumy naliczonych przez pozwanego kar umownych, to poza jednym wyjątkiem okazał się on niezasadny. Sąd I instancji szczegółowo przedstawił sposób doręczania dokumentacji, faktur przez podwykonawców, zwrotu faktur celem ich korekt i ponownego wpływu nie tylko na podstawie dokumentów, ale również w oparciu o osobowy materiał dowodowy, którego oceny pozwany nie zakwestionował. Dlatego też wnioski Sądu I instancji w odniesieniu do ustalenia daty początkowej, od której należy liczyć opóźnienie powoda w zapłacie faktur poszczególnym podwykonawcom były uprawnione w świetle tego materiału dowodowego. Sąd Okręgowy ustalał początek biegu terminu płatności od daty wystawienia końcowego świadectwa płatności, co należy uznać za słuszne. Zgodnie bowiem z postanowieniami § 4 ust. 13 umów podwykonawczych termin do zapłaty został ustalony na 30 dni od daty przyjęcia przez wykonawcę poprawnie wystawionej faktury z dokumentami rozliczeniowymi. Wystawienie faktury musiało być poprzedzone weryfikacją dokumentów (świadectw płatności, protokołów odbioru robót ust. 9,10). Dopiero po zatwierdzeniu tej dokumentacji podwykonawca mógł wystawić fakturę VAT z datą przyjęcia świadectwa płatności (§ 4 ust. 11). Wystawianie faktur z datami płatności po upływie 30 dni bez zatwierdzenia dokumentacji było zatem przedwczesne. Skoro końcowe świadectwa płatności są potwierdzeniem weryfikacji dokumentacji to dopiero od tej daty (jeśli już została wystawiona faktura) należy liczyć bieg 30 dniowego terminu zapłaty.

I tak odnosząc się do poszczególnych płatności: słuszne było przyjęcie daty odbioru faktury nr (...) P. M. na 2 czerwca 2016 r. a nie liczenie od datownika „wpłynęło 24.05.2016”. Jeśli faktura nr (...) została dostarczona dopiero 15 grudnia 2015 r. (k.1027 data wpływu korespondencji), to nie sposób ustalać terminu płatności, jak tego chce pozwany, na 29 listopada 2015 r. Rację natomiast miał pozwany, że skoro faktura (...) była odebrana 12 stycznia 2016 r. to termin płatności przypadał na 11 lutego 2016 r. (a nie na 12 lutego 2016r.) ponieważ styczeń ma 31 dni, a zatem zwłoka wynosiła 34 dni x 300,- zł = 10.200,- zł. Wobec tego Sąd Apelacyjny w tym zakresie o 300 zł podwyższył sumę kar z ustalonych przez Sąd I instancji 9.900 zł. do 10.200 zł

W przypadku faktury VAT (...) wystawionej przez (...) M. Z. (1) 30 października 2015 r. przed weryfikacją dokumentacji słusznie przyjęto datę weryfikacji ze świadectwa na 12 listopada 2015 r. (k.1035). Taka sama sytuacja dotyczyła faktury VAT: nr (...) "P." S. S. - świadectwo płatności z 12 listopada 2015 r.; faktury VAT - (...) wystawionej przez (...) świadectwo płatności 7 marca 2016 r. (k.1039); faktury VAT (...), wystawionej przez P. sp. z o.o ze świadectwem płatności z 20 listopada 2015 r; faktury (...) Elewacje M. Z. (2) (k. 1052, 1053); faktury (...) Elewacje M. Z. (2) k. ((...), (...)); faktura (...) Zakładu Budowlanego (...) (k.1056,1057)

Słusznie Sąd Okręgowy przyjął w przypadku faktury VAT nr (...) wystawionej przez (...) R. P., że skoro termin płatności przypadł w niedzielę, to opóźnienie wynosiło nie 3 dni lecz 2. Ostatnim dniem wykonania zobowiązania był poniedziałek, spełnienie go w środę oznaczało opóźnienie o dwa dni. Tak sami było w przypadku faktury nr (...) Spółki z o.o.

Na fakturze (...) wystawionej przez B. K. istnieje wprowadzenie data „2015-10-16” z tym, że naniesiona jest datownikiem bez podpisu. Słusznie zatem Sąd uznał za datę przyjęcia 21.10.2015 r. skoro jest potwierdzona podpisem z słowem „przyjęto”

W przypadku faktury korygującej (...) (k.1047) J. K. wobec dwóch dat słuszne było przyjęcie tej odręcznie naniesionej wraz z podpisem, to samo dotyczyło faktury (...) (k.1048).

Jeśli chodzi o fakturę (...) wystawioną przez A. P., to błąd Sądu polegał na stwierdzeniu, że świadectwo płatności wystawiono 11 listopada 2015 r. podczas gdy było to 16 października 2015 r. Zapłata faktury nastąpiła 6 listopada 2015 r. Pozwany nie wykazał, że zapłatę zrealizowano w dwóch ratach i że zaktualizował się obowiązek zapłaty kary umownej co do części płatności.

Prawidłowa okazała się weryfikacja przez Sąd Okręgowy faktury (...) wystawionej przez W. B.; skoro termin zapłaty wypadał w niedzielę, to słusznie Sąd uznał, że termin zapłaty przesuwał się na poniedziałek.

Nie doszło do naruszenia art.405 k.c. lub art. 410 § 2 k.c.

Pozwany jako beneficjent gwarancji (k. 152) uzyskał kosztem powoda bez podstawy prawnej kwotę 109.500 zł z tytułu kar umownych, stąd jej rozliczenie powinno nastąpić pomiędzy stronami stosunku prawnego umowy o roboty budowlane. Pozwany powołał się na tezę wyroku Sądu Najwyższego zgodnie, z którą wypłacenie świadczenia z umowy gwarancji mimo braku uzasadnienia materialno-prawnego w stosunku podstawowym stanowi podstawę do rozliczenia uzyskanej przez gwarantariusza korzyści w ramach tego stosunku prawnego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09, OSNC 2010/11/146), co oznaczało w opinii Sądu Apelacyjnego rozliczenie pomiędzy tymi stronami, a nie na podstawie konkretnej podstawy prawnej.

Zrealizowana została ocenie w ocenie Sądu Apelacyjnego przesłanka zubożenia powoda pozostająca w związku ze stanem wzbogacenia pozwanej. W wyroku z dnia 23 października 2019 r III CSK 279/17 Sąd Najwyższy wskazał, że wartość majątkowa nie musi wyjść z majątku zubożonego - wystarczy, że zostaje uzyskana jego kosztem, czyli gdy sfera jego praw jest źródłem wzbogacenia. Formuła zubożenia z art. 405 k.c. jest pojemna, a w orzecznictwie pojęcie to jest rozumiane elastycznie (por.m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 21 maja 2014 r., II CSK 52/14, Głosa 2015, nr 3, str. 41, z dnia 25 października 2012 r., I CSK 139/12, IC 2013, nr 12, str. 40, i z dnia 8 marca 2018 r., II CSK 299/17, nie publ.). Wprawdzie zubożenia nie należy identyfikować z pojęciem szkody w postaci damnum emergens albo lucrum cessans, ale każda szkoda jest zubożeniem. Skoro skorzystanie z gwarancji skutkuje tym, że wykonawca musi zwrócić gwarantowi wypłaconą inwestorowi kwotę, korzyść jest uzyskana przez inwestora kosztem wykonawcy zwiększa bowiem jego pasywa (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 2006 r., V CSK 289/06, M.Prawn. 2007, nr 3, str. 116, z dnia 20 lipca 2007 r., I CSK 105/07, nie publ., z dnia 2 sierpnia 2007 r., V CSK 152/07, nie publ., z dnia 24 listopada 2009 r., V CSK 169/09, M.Prawn. 2010, nr 19, str. 4, z dnia 14 stycznia 2010 r., IV CSK 274/09, nie publ., z dnia 25 października 2012 r., I CSK 139/12, nie publ., i z dnia 16 stycznia 2014 r., IV CSK 203/13, nie publ.)

Nawet jeśli nie podzielić poglądu o podstawie prawnej wynikającej z art. 405 k.c. a to z uwagi, na istnienie stosunku umownego uzasadniającego dochodzenie roszczeń opartych na odpowiedzialności kontraktowej uwzględniających ich szczególny kontekst normatywny (por.m.in. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 1969 r., II CR 530/68, OSNCP 1969, Nr 12, poz. 224, z dnia 4 listopada 1980 r., II CR 394/80, OSNC 1981, Nr 7, poz. 134, z dnia 19 lutego 2002 r., IV CKN 786/00, nie publ., z dnia 30 stycznia 2007 r., IV CSK 221/06, "Monitor Prawniczy" 2008, nr 17, str. 942, z dnia 7 maja 2009 r., IV CSK 523/08, OSNC - ZD 2010, nr A, poz. 12, i z dnia 7 maja 2015 r., II CSK 444/14, nie publ.), to bez wątpienia podstawą prawną odpowiedzialności pozwanego jest art. 471 k.c.

Pobranie gwarancji, mimo braku przesłanek merytorycznych, powinno skutkować obowiązkiem jej zwrotu, niezależnie od tego jaka byłaby podstawa roszczenia :art. 405 k.c. czy art. 471 k.c. (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 października 2019 r. III CSK 279/17) Pozwany bowiem wyrządził powodowi szkodę pobierając od gwaranta nienależne mu w części kary umowne. Powód został wezwany do zwrotu wypłaconej gwarancji przez (...). Okoliczność, czy

gwarant zgłosił wierzytelność w postępowaniu upadłościowym, czy też nie, nie ma znaczenia dla wniosku, że pozwany nienależycie wykonał zobowiązane co do obciążenia powoda karami umownymi, które mu się nie należały.

Nie było podstaw do przyjęcia, że zasądzenie odsetek za opóźnienie od 15 grudnia 2016 r. jest sprzeczne z art. 5 k.c. Na uzasadnienie tego zarzutu pozwany nie wskazał żadnych przekonujących argumentów. Nie wyjaśnił jakie znaczenie w kontekście podniesionego zarzutu miało zawieszenie postępowania ze względu na upadłość powoda od dnia 11 września 2017 r. do dnia 22 czerwca 2018 r., jak również znaczenia pism procesowych powoda z kwietnia i listopada 2019 r., w których uzupełnił zarzuty wraz z wnioskami dowodowymi. Okoliczność, że w części obciążenie powoda karami umownymi było uzasadnione nie oznaczała, że sprzeczne jest z zasadami współzycia społecznego zasądzenie odsetek od nienależnie pobranego przez pozwanego świadczenia. Wskazać należy, że powód już po wystawieniu not obciążeniowych w czerwcu i lipcu 2016 r. kwestionował zasadność żądania pozwanego i odesłał noty bez wykonania. Wytoczył proces o ustalenie nieważności postanowień umownych odnoszących się do kar umownych, o czym pozwany wiedział. Powód wychodził bowiem z założenia, że niedopuszczalne tj. sprzeczne z art. 58 § 1 k.c. było zastrzeżenie kary umownej w zakresie zobowiązań pieniężnych sensu stricto w związku z kategorycznym brzmieniem art. 483 § 1 k.c. prowadzącym do wniosku, że przepis ten ma charakter *ius cogens*, co oznacza niedopuszczalność zastrzeżenia kary umownej w odniesieniu do zobowiązań pieniężnych. W świetle ówczesnego orzecznictwa, poglądów judykatury takie stanowisko mogło mieć uzasadnienie również w odniesieniu do umów w sprawach zamówień publicznych (por. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2019 r., III CZP 3/19, OSNC 2020, Nr 5, poz. 35 i tam przywoływane wcześniejsze orzecznictwo; por. też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 stycznia 2020 r., IV CSK 579/17, nie publ.). uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z 6 listopada 2003 r. II CZP 61/03).

Wytoczenie powództwa może też być terminem początkowym biegu odsetek za opóźnienie w spełnieniu świadczenia (art. 481 § 1 k.c.). W okolicznościach rozpoznawanej sprawy pozwany uzyskał świadczenie od gwaranta 1 grudnia 2016 r. (k.163), natomiast powód został wezwany do zwrotu wypłaconej gwarancji pismem z tej samej daty. Skoro podstawą prawną uwzględnionego powództwa był przepis art. 405 k.c. to uzasadnione było ustalenie daty początkowej biegu odsetek na 15 grudnia 2016 r.

Apelacja powoda okazała się bezzasadna.

Wątpliwości, które w świetle art. 483 § 1 k.c. mogło budzić postanowienie art. 36 ust. 1 lit. f, g umowy uprawniające pozwanego do obciążenia powoda karami umownymi za brak zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom lub za nieterminową zapłatę wynagrodzenia, rozstrzygnęła uchwała Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 2020 r. III CZP 67/19.

Podstawowe znaczenie dla rozstrzygnięcia kolizji między regułą wyrażoną w art. 483 § 1 k.c., a normą wynikającą z art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. ma art. 139 ust. 1 p.z.p., który prowadzi do wniosku, że art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. stanowi przepis szczególny względem art. 483 § 1 k.c. W związku z tym Sąd Najwyższy uznał, że art. 483 § 1 k.c. nie wyłącza dopuszczalności zastrzeżenia kary umownej z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, o której mowa w art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p.

Sąd Apelacyjny podziela stanowisko zawarte w przytoczonej uchwale wraz z wątpliwościami, czy istniały wystarczające racje dla odstąpienia od art. 483 § 1 k.c. (przepis art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. został dodany - jako część wprowadzanych art. 143a-143d p.z.p., poświęconych podwykonawstwu - mocą art. 1 pkt 5 ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 1473).

Wobec tego brak było podstaw do stwierdzenia, że wskazane postanowienia umowne są nieważne, jak to wywodził powód.

W swojej apelacji powód ograniczył się wyłącznie do podważania tego postanowienia umownego. Nie kwestionował natomiast oceny materiału dowodowego i wniosków Sądu I instancji ustalających, że naliczenie kar umownych przez pozwanego w odniesieniu do kwoty 179.100 zł było zasadne.

Zarzucał także, że Sąd Okręgowy nie dokonał miarkowania kary, pomimo zwartego w piśmie z dnia 23 lutego 2017 r. wniosku. W istocie w treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku Sąd I instancji w ogóle nie wskazał by taki wniosek został złożony, nie dokonał w tym zakresie żadnych ustaleń i nie rozważał, czy istnieją w okolicznościach faktycznych sprawy podstawy do miarkowania kary. Pomimo tego powód nie podniósł w apelacji żadnych zarzutów naruszenia prawa procesowego wskazując wyłącznie na naruszenie art. 484 § 2 k.c. Przyjąć zatem należy, że Sąd Okręgowy dokonał prawidłowych ustaleń faktycznych i zgodnie z art. 233 k.p.c. ocenił materiał dowodowy. Miarkowanie kary przypadkiem prawa sędziowskiego, stąd nie ma podstaw do przyjęcia, że nastąpiło w omawianej sytuacji naruszenie art. 484 § 2 k.c.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że art. 484 § 2 k.c. dopuszcza zmniejszenie (miarkowanie) kary umownej, gdy zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane lub gdy kara umowna jest rażąco wygórowana (por. wyrok SN z dnia 11 października 2007 r., IV CSK 181/07, OSNC-ZD 2008, nr B, poz. 48).

Do miarkowania kary może dojść tylko na żądanie dłużnika, nigdy zaś z urzędu. Wykazanie zaistnienia przesłanek miarkowania kary umownej obciąża dłużnika. W sytuacji żądania przez dłużnika zmniejszenia kary umownej w drodze miarkowania, jeżeli podstawą takiego miarkowania miałyby być niewspółmierny stosunek kary umownej do szkody, to na dłużniku spoczywa dowód istnienia i wysokości szkody. Dłużnik udowadnia wówczas, że wierzyciel nie poniósł szkody albo poniósł szkodę w niewielkim rozmiarze (por. wyr. SN z 9.2.2005 r., II CK 420/04, L.). J., K. umowna a ochrona interesów, s. 981 i n.). Dłużnik nie musi wówczas udowadniać dokładnej wysokości szkody. Wystarczy, że poda ją w takim przybliżeniu, że sąd oceniający sprawę będzie mógł uznać karę umowną za wygórowaną w sposób "rażący" (co do problemów dowodowych z tym związanych por. M. Lemkowski, w: Gutowski, Komentarz, t. II, art. 484, Nb 9). Należy uznać, że ustawodawca w takim wypadku przerzuca na dłużnika ciężar dowodu, ale nie co do tego, że wierzyciel nie poniósł jakiegokolwiek szkody, tylko co do faktu wykonania zobowiązania w znacznej części lub tego, że kara umowna została zastrzeżona w rażącej wysokości.

W piśmie procesowym z dnia 28 lutego 2017 r. (k.375 – 378) powód wyłącznie „z ostrożności procesowej” domagał się zmniejszenia kary z uwagi na wykonanie zobowiązania oraz niewspółmierną wysokość kary.

Zobowiązanie zostało wykonane przez powoda, jednakże co do zarzutu niewspółmierności kary liczonej po 300 zł za dzień opóźnienia, to w ocenie Sądu Apelacyjnego, zagadnienie to powinno być oceniane oddzielnie w odniesieniu do każdego podwykonawcy, któremu wynagrodzenie zapłacono z opóźnieniem. Powód ogólnikowo tylko zarzucił niewspółmierność kary, bez wskazania konkretnych faktur i wysokości kar, co nie mogło spełniać wymagania udowodnienia przez niego (art. 6 k.c.) niewspółmiernego stosunku kary umownej do wysokości szkody. Wykonanie zobowiązania nie było dostatecznym argumentem do zmniejszenia kary w sytuacji, gdy nałożenie kar umownych było skutkiem nierzetelnego postępowania powoda wobec jego podwykonawców. Wartość umowy wynosiła 5.555.046,80 zł zaś kary umowne 179.100 zł, nie można zatem prima facie mówić, że kara umowna była rażąco wygórowana.

Wobec tego apelacja powoda podlegała na podstawie art. 385 k.p.c. oddaleniu, natomiast apelacja pozwanego uwzględnieniu co do 300 zł i w tym zakresie zmianie wyroku na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. przez obniżenie zasądzonego świadczenia do kwoty 109.500 zł, w pozostałej części apelacja pozwanego na podstawie art. 385 k.p.c. została oddalona.

O kosztach zastępstwa procesowego pkt 4 i 5 Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie § 2 pkt 6 § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz art. 32 ustawy z dnia 15 grudnia 2016 r. o Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U.2020.762 t.j. z dnia 2020.04.28)

Elżbieta Fijałkowska Małgorzata Mazurkiewicz-Talaga Małgorzata Gulczyńska

(...)

st. sekr. sądowy E. G.