

Sygn. akt VI ACa 1152/08

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 lutego 2009 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SALidia Sularzycka (spraw.)

Sędzia SA Regina Owczarek-Jędrasik

Sędzia SA Agata Zając

Protokolant: sekr. sąd. Julia Gotówka

po rozpoznaniu w dniu 18 lutego 2009 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa M. S.

przeciwko (...) Zespołowi Publicznych Zakładów (...) w W.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 maja 2008 r. sygn. akt XX GC 75/07

I. oddala apelację;

II. zasądza od M. S. na rzecz (...) Zespołu Publicznych Zakładów (...) w W. kwotę 2.700,00 (dwa tysiące siedemset) zł tytułem zwrotu kosztów procesu za drugą instancję.

VI ACa 1152/08

UZASADNIENIE

Powód M. S. w postępowaniu nakazowym wniósł o zasądzenie od pozwanego (...) Zespołu Publicznych Zakładów (...) w W. kwoty 152.959,27 zł tytułem reszty wynagrodzenia za roboty budowlane zrealizowane w przychodniach zdrowia przy ul. (...), ul. (...) i ul. (...) w W. na podstawie umowy Nr (...) z dnia 06.09.2005 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie nakazem zapłaty z dnia 27.12.2006 r. uwzględnił powództwo w całości.

W zarzutach od nakazu zapłaty pozwany wniósł o jego uchylenie i oddalenie powództwa.

Wyrokiem z dnia 29.05.2008 r. Sąd Okręgowy w Warszawie I. uchylił nakaz zapłaty z dnia 27.12.2006 r. sygn. akt XX GNC 790/06; II. powództwo oddalił; III. zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 9.336,00 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania, w tym 3.600,00 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Rozstrzygnięcie zapadło w oparciu o następujące ustalenia faktyczne i prawne.

W dniu 06.09.2005 r. powód, (...) Sp. z o.o. oraz (...) Sp. z o.o. jako wykonawca zawarły z pozwanym mowę o wykonanie robót budowlanych polegających na termomodernizacji trzech budynków przychodni zdrowia przy ul. (...), ul. (...) i ul. (...) w W.. Zamówienie zostało udzielone na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych uczestnikom

konsorcjum powstałego pomiędzy podmiotami, występującymi jako wykonawca, na mocy umowy konsorcjum z dnia 28.07.2005 r. dla uczestnictwa w przetargu na wykonanie wspomnianych robót.

Zgodnie z umową konsorcjum M. S. został liderem konsorcjum, uprawnionym do reprezentacji uczestników w sprawach związanych z ofertą, zawarciem umowy oraz koordynacją realizacji umowy, egzekwowaniem i rozliczeniem należności (na co zostały udzielone odpowiednie pełnomocnictwa). Wobec pozwanego uczestnicy konsorcjum odpowiadali solidarnie, natomiast wobec siebie uczestnicy odpowiadali na zasadach określonych w odrębnych porozumieniach.

Prace w budynkach trzech przychodni miały się zakończyć w całości w dniu 28.12.2005 r. Umowa przewidywała, że termin zakończenia ulegać będzie przesunięciu o przerwy w robotach, spowodowane występowaniem warunków uniemożliwiających wykonanie i odbiór robót. Strony ustaliły, że za każdy dzień opóźnienia w terminie końcowego odbioru robót wykonawca uiszcza karę umowną w wysokości 0,02 % wartości brutto prac. Roboty zakończono: dnia 01.06.2006 r. w budynkach przy ul. (...) i ul. (...) i dnia 13.06.2006 r. w budynku przy ul. (...). Protokoły odbioru robót sporządzono dnia 31.07.2006 r.; powód odmówił ich podpisania. Pozwany opłacając wystawione przez powoda faktury pomniejszył wynagrodzenie należne wykonawcom o odpowiednie kary umowne za opóźnienie w oddaniu robót oraz zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji jakości.

Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw do uwzględnienia powództwa wytoczonego przez lidera konsorcjum podmiotów gospodarczych biorących udział w przetargu. Uznał, iż nie jest on legitymowany czynnie do występowania w imieniu wszystkich uczestników konsorcjum, a jedynie we własnym imieniu. Zawarcie umowy konsorcjum i wspólne staniecie do przetargu, a następnie wykonywanie umowy, nie decyduje o tym, że lider konsorcjum jest legitymowany do występowania przeciwko zamawiającemu o zapłatę. Ani treść umowy, ani załączone do niej pełnomocnictwo nie stanowią podstawy do uznania, że powód jest legitymowany do występowania w imieniu wszystkich uczestników konsorcjum i dochodzenia łącznej kwoty roszczeń przysługujących wszystkim uczestnikom konsorcjum. Ponadto ani § 1 pkt 4e umowy konsorcjum ani dołączone do umowy konsorcjum pełnomocnictwa nie zawierają upoważnienia do wspólnego występowania przed sądami celem dochodzenia roszczeń wynikających z umowy.

Powód z kwoty 152.959,27 zł mógłby dochodzić tylko tej części, która jemu się należy. Tej części (kwoty jej odpowiadającej) powód jednak nie wskazał. Zgodnie z umową konsorcjum (§ 3 pkt 3) pomiędzy uczestnikami istniały porozumienia co do zasad wzajemnych rozliczeń. Takie porozumienia nie zostały jednak przedstawione. Nie było zatem możliwym ustalenie jaka kwota przypadałaby na rzecz powoda.

Potrącenie kar umownych nastąpiło zgodnie z § 7 umowy. Powód nie wykazał, iż opóźnienie w oddaniu robót wynikało z przyczyn od niego niezależnych. Nie wykazał w dostateczny sposób w jakie (które) dni występujące opóźnienie należało uznać za powstałe bez winy wykonawców.

W odniesieniu do opóźnień wynikających z niedostatecznego projektu architektonicznego-budowlanego umowa nie przewiduje tego rodzaju okoliczności jako uzasadniającej opóźnienie terminu zakończenia robót. Na podstawie materiału dowodowego trudno ocenić jednoznacznie z czyjej winy to wynikało i czy rzeczywiście powód nie był w stanie wykonywać w tym czasie żadnych robót, aby uniknąć tak dużego opóźnienia.

W odniesieniu do opóźnień wynikających z niekorzystnych warunków atmosferycznych na podstawie przedłożonego materiału dowodowego nie była możliwa ocena czy i w jakim zakresie opóźnienie wynikało z warunków pogodowych. Strony w harmonogramach prac przewidziały, że dopuszczalne są opóźnienia wynikające z nieodpowiednich warunków atmosferycznych, a termin ulega stosownemu przedłużeniu. Opóźnienia uzasadniały warunki atmosferyczne niezgodne ze specyfikacjami warunków technicznych wykonania i odbioru robót dla poszczególnych obiektów, które jednak nie zostały załączone do pozwu. Na podstawie dołączonych do pozwu danych meteorologicznych dla W. za okres wrzesień 2005 r. – czerwiec 2006 r. i fragmentów dziennika budowy nie można było wywnioskować, w które dni panowały warunki atmosferyczne uniemożliwiające roboty budowlane. Uzupełniona wersja dziennika budowy stanowi materiał sprekludowany.

Pozwany obok potrącenia kar umownych zgodnie z § 7 umowy potrącił z faktur kwotę 29.488,00 zł jako zabezpieczenie z rękojmi. Kwotę tę należy potraktować jako potrąconą na podstawie protokołów odbioru w myśl art. 151 ust. 2 Prawa zamówień publicznych – na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady jakości lub gwarancji jakości. Kwota ta powinna zostać zwrócona w terminie 15 dni po upływie okresu rękojmi za wady lub gwarancji jakości.

Wyrok Sądu Okręgowego zaskarżył powód, który w swej apelacji zarzucił:

-naruszenie prawa materialnego – art. 471 kc, art. 483 § 1 kc, art. 147 i 151 Prawa zamówień publicznych przez ich niewłaściwe zastosowanie i błędną interpretację;

-naruszenie prawa procesowego - art. 233 i 328 § 2 kpc oraz art. 479¹² kpc, które wpłynęło na wynik sprawy, polegające na przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów i dokonanie jej wbrew treści postanowień umowy konsorcjum, a w konsekwencji przyjęcie braku legitymacji czynnej powoda, sprzeczności ocen odnośnie tej legitymacji oraz sprzecznemu z normą art. 479¹² kpc zastosowaniu prekluzji dowodowej;

-błędną ocenę zgromadzonego materiału dowodowego przez przyjęcie, iż powód nie wykazał przesłanek ekskulpujących w odniesieniu do zwłoki w wykonaniu robót budowlanych.

Wskazując na powyższe powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i utrzymanie w mocy wydanego nakazu zapłaty ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

Pozwany wnosił o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów procesu za drugą instancję.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje.

Apelacja jest bezzasadna.

Ustalenia faktyczne, istotne z punktu widzenia rozstrzygnięcia sprawy, i ocena prawna, zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, nie są nieprawidłowe i zasługują na podzielenie. Sąd II instancji nie znajduje podstaw do ich podważenia.

Sąd Okręgowy wskazał, iż w przypadku uznania oferty wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia za najkorzystniejszą i zawarcia umowy na mocy art. 141 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), ponoszą oni solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy (art. 23 Prawa zamówień publicznych). Stosunek prawny łączący takich wykonawców jest skuteczny jedynie dla stron (inter partes) i nie rodzi żadnych skutków prawnych wobec osób trzecich. Solidarność zobowiązania dłużników powoduje istnienie nierozzerwalnej więzi dłużników wobec wierzyciela, dlatego też wewnętrzne postanowienia umowy łączącej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, wskazujące jakie części zamówienia powinni wykonać poszczególni wykonawcy, w żadnym stopniu nie wiążą zamawiającego. Art. 141 Prawa zamówień publicznych przesądza wyłącznie o solidarności biernej wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, nie rodzi jednak skutku w postaci solidarności czynnej po ich stronie, czyli możliwości solidarnego domagania się wynagrodzenia od zamawiającego. Do powstania tego typu solidarności potrzebny byłby wyraźny zapis ustawy, a art. 141 Prawa zamówień publicznych odnosi się wyłącznie do solidarnej odpowiedzialności za wykonanie umowy i wniesienia zabezpieczenia. Ponadto dług zamawiającego polega na wykonaniu świadczenia pieniężnego (zapłacie wynagrodzenia). Ponieważ świadczenie pieniężne jest zawsze świadczeniem podzielnym, to do odpowiedzialności zamawiającego przed wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia znajdzie zastosowanie norma wyrażona w art. 379 § 1 kc, wedle której, jeżeli jest kilku wierzycieli, a świadczenie jest podzielne, to dług dzieli się na tyle niezależnych od siebie części, ilu jest wierzycieli (Małgorzata Stachowiak, Jarosław Jerzykowski, Włodzimierz Dzierżanowski Prawo zamówień publicznych Komentarz Lex 2007, wyd. III, kom. do art. 141).

Powyższe stanowisko, przytoczone za doktryną, i podzielone przez Sąd Okręgowy, Sąd Apelacyjny aprobuje. W rozpatrywanej sprawie nie zachodzą podstawy do uznania przysługiwania powodowi legitymacji czynnej do

dochodzenia na drodze sądowej reszty wynagrodzenia od zamawiającego także w tej części, które przysługiwać może innym poza powodem podmiotom wykonującym roboty budowlane stosownie do umowy z dnia 06.09.2005 r.

Nie wchodzi w rachubę solidarność czynna wszystkich uczestników konsorcjum – z mocy ustawy. Jak już wspomniano ani art. 141 Prawa zamówień publicznych, ani inny przepis prawa, nie regulują solidarności czynnej wykonawców ubiegających się i realizujących zamówienie publiczne. Nie zachodzi także solidarność czynna wszystkich uczestników konsorcjum – z mocy umowy czy to z dnia 28.07.2005 r. czy z dnia 06.09.2005 r.

Konsorcjum (stosunek obligacyjny kreowany umową) zobowiązuje do określonego w nim uczestnictwa i do oznaczonego działania dla osiągnięcia celu, dla którego umowa zostaje zawarta. Konsorcjanci zobowiązują się do działań zmierzających do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przyjętego przez konsorcjum. Wspólność celu staje się nadrzędną cechą tego typu umowy. Jest to umową nienazwana, wprost nieuregulowana w kodeksie cywilnym. W literaturze przedmiotu wskazuje się na jej podobieństwo do umowy spółki cywilnej, z tą jednak zasadniczą różnicą, iż uczestnicy konsorcjum nie wnoszą wkładów (co jest charakterystyczne dla spółki prawa cywilnego), konsorcjum nie ma wspólnego majątku, nie ma takiej samej jak spółka cywilna struktury prawno-majątkowej i organizacyjnej ani tak ścisłych powiązań partnerów. Prawna natura konsorcjum przejawia się we wzajemnym zobowiązaniu podmiotów w nim uczestniczących do wspólnego dążenia do osiągnięcia wytyczonego celu gospodarczego przez podejmowanie oznaczonych działań.

Podpisując umowę z dnia 28.07.2005 r. strony określiły warunki wzajemnej współpracy w ramach zawiązanych stosunków wewnętrznych. Uczestnicy konsorcjum w ramach przyznanej ustawowo swobody kontraktowej, ustanowionej art. 353¹ kc, dowolnie ukształtowały łączący ich stosunek prawny. Zawarta umowa ma charakter mieszany, mieści bowiem poza elementami typowymi dla stosunku konsorcjalnego (jak wyżej) elementy typowe dla stosunku zlecenia. Podmiot pełniący rolę lidera faktycznie pośredniczył w relacjach pomiędzy zamawiającymi a konsorcjum, reprezentował konsorcjum, prowadził jego sprawy, w tym rozliczenie z zamawiającym wykonanie robót. Mocą umowy konsorcjum z dnia 28.07.2005 r. powód upoważniony był do reprezentowania stron umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcia umowy (§ 1 pkt 2 umowy k. 21), także do podpisania oferty (§ 1 pkt 3 umowy k. 21). W szczególności powód był upoważniony i zobowiązany do: skompletowania oferty na podstawie materiałów przygotowanych przez uczestników konsorcjum, podpisania i złożenia w imieniu uczestników konsorcjum oferty, prowadzenia korespondencji i rozmów z zamawiającym oraz reprezentowania konsorcjum we wszystkich sprawach związanych z ofertą oraz umową, podpisania w imieniu uczestników konsorcjum umowy, koordynacji realizacji umowy zawartej z zamawiającym, egzekwowania i rozliczania należności od zamawiającego zgodnie z zawartą umową. Załącznikami do umowy konsorcjum, stanowiącymi – zgodnie z § 7 pkt 4 tej umowy (k. 22) – integralną część umowy, były pełnomocnictwa udzielone powodowi przez pozostałych uczestników konsorcjum, do reprezentowania konsorcjum. I tak zgodnie z pełnomocnictwem z dnia 28.07.2005 r. (...) Sp. z o.o. ustanawiała powoda pełnomocnikiem do: 1. reprezentowania konsorcjum w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego pn. „Roboty budowlane związane z termomodernizacją budynków przychodni przy ul. (...) w W.” (...) w szczególności do: podpisywania dokumentów ofertowych, podpisywania i złożenia oferty w imieniu konsorcjum, przedłużenia okresu związania ofertą, udzielania wszelkich wyjaśnień dotyczących złożonej oferty, ustalania zakresu rzeczowo-terminowo-finansowego realizacji zamówienia, negocjowania i zawarcia umowy w imieniu konsorcjum, składania ewentualnych protestów i odwołań; 2. reprezentowania konsorcjum przed zamawiającym w zakresie odpowiedzialności za wykonanie całości zadania, w szczególności do koordynowania wykonania umowy z zamawiającym zgodnie z jej postanowieniami, prowadzenia rozliczeń finansowych łącznie z fakturowaniem wartości robót wykonywanych dla zamawiającego (k. 23 - 24). Analogiczny zakres pełnomocnictwa ustalono w przypadku upoważnienia udzielonego przez (...) Sp. z o.o. (k. 25-26).

Wbrew skarżącemu, upoważnienie do prowadzenia rozliczeń finansowych łącznie z fakturowaniem prac wyłącznie przez powoda nie może być poczytywane także jako upoważnienie do dochodzenia na drodze sądowej od zamawiającego roszczeń z tytułu zapłaty wynagrodzenia. W/w czynności mają charakter czynności faktycznych, w tym także wystawienie faktury. Samo wystawienie faktury nie kreuje zobowiązania cywilnoprawnego, a pkt 2 b

pełnomocnictw nie wprowadza, wbrew skarżącemu, solidarności czynnej uczestników konsorcjum. W sprawie nie zostało wykazane, aby zgodnym zamiarem stron przedmiotowych umów było ustanowienie solidarności wierzycieli – konsorcjantów wymienionych w umowie z dnia 06.09.2005 r. Nr (...) po stronie wykonawcy. Nie można przyjąć domniemania, iż strony w ten sposób się umówiły.

Przedłożone pełnomocnictwa w sposób oczywisty nie mają cech pełnomocnictwa procesowego (art. 87 kpc), którego ewentualne wystawienie M. S. i tak wymagałoby udziału w procesie po stronie powodowej (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o.

W rozpatrywanym stanie faktycznym nie zachodzą podstawy do kreowania roszczenia o zapłatę wynagrodzenia w części przysługującej (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. Taka podstawa istnieje wyłącznie w odniesieniu do przysługującego M. S. - (...) wynagrodzenia, w tym jednak przypadku nie została przez powoda sprecyzowana wartość tegoż wynagrodzenia. W tym zakresie w pozwie nie zostały zawarte jakiegokolwiek twierdzenia faktyczne. Powoływany w apelacji zapis § 2 ust. 3 umowy konsorcjum (dopiero na tym etapie postępowania) nazbyt ogólnie mówi o zakresie zadań i podziale kompetencji między uczestników konsorcjum; nie podlega kwestii, iż uszczegółowienia tegoż należałoby poszukiwać w odrębnych porozumieniach (o czym mowa w § 3 pkt 3 umowy konsorcjum k. 21), te jednak nie zostały przedstawione przy pozwie.

W konsekwencji za niesłuszne uznać należy zarzuty naruszenia wskazywanych w apelacji przepisów prawa procesowego – przez dokonanie oceny dowodów wbrew treści postanowień umowy konsorcjum.

W związku z zarzutem uchybienia normie art. 479¹² § 1 kpc należy zaznaczyć, iż w postępowaniu gospodarczym obowiązkiem strony powodowej jest przedłożenie wszystkich zarzutów, twierdzeń i dowodów przy pozwie, pod rygorem ich pominięcia w dalszym postępowaniu. Powyższy przepis dotyczy postępowania zwykłego, ale też w postępowaniu nakazowym termin zgłaszania przez powoda okoliczności, twierdzeń i dowodów doznaje odpowiednich ograniczeń. Okoliczności faktyczne, zarzuty i wnioski dowodowe niezgłoszone w pozwie mogą być rozpoznawane jedynie wtedy, gdy strona wykaże, że nie mogła z nich skorzystać wcześniej lub gdy potrzeba ich powołania powstała później. Powód może powołać nowe fakty i dowody w terminie tygodnia od dnia doręczenia mu pisma pozwanego, zawierającego zarzuty (art. 495 § 3 kpc). Pismo pozwanego, zawierającego zarzuty, doręczono pełnomocnikowi powoda w dniu 06.02.2007 r. (k. 186), pismo z nowymi dowodami i faktami powód złożył w dniu 22.05.2007 r. (k. 222), a więc z przekroczeniem terminu tygodniowego z w/w przepisu. Należy zaznaczyć, iż już w pozwie powód jako wykonawca powoływał się na okoliczności, które miały przemawiać za tym, iż nie z winy realizujących roboty doszło do opóźnienia w ich oddaniu. Skoro tak, a było to twierdzenie o doniosłym znaczeniu (od jego wykazania zależało uwolnienie się powoda od kar umownych) to już do pozwu winny zostać dołączone wszystkie dowody za tym przemawiające, a więc dowody wykazujące, iż wystąpiły niskie (poniżej +5°C) temperatury w ściśle określonym czasie. Dokumenty wykazujące powyższe okoliczności, w tym dziennik budowy złożony w toku dalszego postępowania, podlegały pominięciu – jako sprekludowane.

W związku z twierdzeniami powoda co do niemożności zrealizowania robót w terminie do dnia 28.12.2005 r. z uwagi na warunki pogodowe i oddania prac dopiero w czerwcu 2006 r. zauważyć należy, iż powód podpisując umowę we wrześniu 2005 r. miał pełną świadomość zakresu prac, do wykonania których się zobowiązał, w tym że są to prace zewnętrzne (termomodernizacja), że będą wykonywane w danych warunkach klimatycznych (typowych dla Polski) i że w mają być zrealizowane do końca grudnia danego roku, a więc że wykonawca będzie realizował prace w okresie jesienno-zimowym. Wyjaśnienia powoda co do niemożności wykonywania prac przez około 140 dni nie są przekonujące chociażby z tego względu, iż w istocie miałyby usprawiedliwiać założenie nierealizowania umowy przez okres dłuższy niż czas, jaki miała ona generalnie trwać (113 dni). Trudno przyjąć w oparciu o materiał sprawy, iż na takie założenie pozwany się godził.

W tym stanie rzeczy opóźnienie wynoszące w przypadku obiektu przy ul. (...) (154 dni), (...) (154 dni) i (...) (166 dni) - jako zawinione przez wykonawcę, usprawiedliwiało naliczenie kar umownych na podstawie § 4 pkt 3 umowy z dnia

06.09.2005 r. i jej potrącenie - stosownie do § 7 pkt 1 ppkt b w kwotach - odpowiednio: 28.185,09 zł, 62.454,70 zł i 32.831,48 zł, łącznie 123.471,27 zł.

W kwestii opóźnienia wywołanego, zdaniem powoda, przyczynami obciążającymi zamawiającego, takimi jak braki projektu architektoniczno-budowlanego, to zaznaczyć należy, iż te braki dotyczyły, zgodnie z wyjaśnieniami powoda (k. 3), wyłącznie obiektu przy ul. (...). Nie jest zatem uprawnionym ze strony powoda powoływanie się na istnienie opóźnienia z w/w powodu także w odniesieniu do obiektów przy ul. (...). Co do braków dokumentacji dotyczącej przychodni przy ul. (...) - nie zostało w sposób przekonywujący uzasadnione, iż istotnie ich usunięcie w terminie późniejszym wpłynęło na oddanie prac z przekroczeniem terminu umownego. Za brakiem związku przemawia fakt, iż podobna zwłoka miała miejsce w odniesieniu do pozostałych przychodni, a tam nie było braków dokumentacji. Nie było więc przeszkód, aby wykonawca realizował prace termomodernizacyjne na obiektach przy ul. (...) już od września 2005 r., zwłaszcza że temperatury do tych prac były odpowiednie - ponad +5°C przez wrzesień, październik i listopad 2005 (v. dane meteorologiczne przy powzię k. 33-35).

Tak więc zarzut naruszenia art. 483 i 471 kc nie jest słuszny. Co do tego ostatniego przepisu – nie był on wprost podstawą rozważań, niemniej pozostaje w związku ze znajdującym w niniejszej sprawie zastosowanie przepisem art. 483 § 1 i 2 kc, definiującym karę umowną i obowiązek jej zapłaty. Można bowiem przyjąć, iż art. 483 kc zastępuje art. 471 kc w razie niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika. Dłużnik generalnie zobowiązany pozostaje do naprawienia szkody spowodowanej przede wszystkim jego zawinionym zachowaniem.

Nie budzi wątpliwości to, że strony umówiły się do co możliwości naliczenia kary umownej, gdy przekroczenie terminu oddania prac nastąpi z winy wykonawcy (a więc tylko okoliczności niezawinione przez dłużnika, a wywołujące szkodę, nie obciążały go konsekwencją taką jak kary umowne). Zatem pozostaje kwestia przysługiwania kary umownej w sytuacji zaistnienia konkretnych przewidzianych umową okoliczności. Dłużnik mógłby uwolnić się od odpowiedzialności z tytułu kary umownej o ile przeprowadziłby skuteczny dowód co do tego, że niewykonanie przez niego bądź nienależyte wykonanie zobowiązania (opóźnienie w oddaniu prac) nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych. Takiego dowodu powód nie przeprowadził.

Zarzut naruszenia art. 147 i 151 Prawa zamówień publicznych uznać należy za chybiony. Zgodnie z § 10 pkt 2 umowy z dnia 06.09.2005 r. wniesione przez wykonawcę do dyspozycji zamawiającego zabezpieczenie należytego wykonania umowy w kwocie 117.951,99 zł zamawiający rozliczy zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych – art. 147-151 (k. 13).

W myśl art. 151 ust. 2 Prawa zamówień publicznych kwota pozostawiona na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji jakości nie może przekraczać 30% wysokości zabezpieczenia.

W świetle powyższego pozostawienie kwoty 29.488,00 zł (25% z 117.951,00 zł) na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji jakości było umotywowane i nie stanowi o naruszeniu powołanej normy. Takie zachowanie pozwanego było dopuszczalne z punktu widzenia zapisu umownego, jak i ustawy. Wbrew apelującemu kwota zatrzymana wyraźnie została przewidziana w umowie właśnie poprzez zapis zawarty w § 10 pkt 2 in fine umowy z dnia 06.09.2005 r., pozwalający zamawiającemu rozliczanie wniesionego zabezpieczenia także w trybie art. 151 Prawa zamówień publicznych. Zatrzymaniu kwoty 29.488,00 zł nie stał na przeszkodzie fakt wniesienia przez wykonawcę - zgodnie z § 10 pkt 1 umowy - przed podpisaniem umowy zabezpieczenia należytego wykonania umowy (zgodnie z art. 147 Prawa zamówień publicznych) w wysokości 3% ceny ofertowej brutto w formie gwarancji ubezpieczeniowej (117.951,00 zł = 3% z 3.931.708,46 zł - § 6 umowy). Udzielona gwarancja bankowa wygasła po dniu 18.01.2006 r., a wobec treści § 10 pkt 2 in fine umowy zabezpieczający mógł pozostawić na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady lub gwarancji jakości inną kwotę.

Reasumując Sąd II instancji oddalił apelację jako bezzasadną (art. 385 kpc). O kosztach procesu orzeczono zgodnie z art. 98 i 108 § 1 kpc.