

Sygn akt XXV C 1217/11

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 stycznia 2013r

Sąd Okręgowy w Warszawie XXV Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący: SSO Anna Błażejczyk

Protokolant: sekretarz sądowy Magdalena Męczkowska

po rozpoznaniu w dniu 8 stycznia 2013r w Warszawie na rozprawie

sprawy z powództwa (...) S.A. z siedzibą w L.

przeciwko Skarbowi Państwa – Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad

z udziałem interwenientów ubocznych po stronie powodowej P.H.U.P. (...) spółka jawna z siedzibą w G. oraz Kopalni (...) S.A. z siedzibą w K.

o zapłatę

1 Zasądza od Skarbu Państwa- Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz (...) S.A. w L. kwotę 452 984,40zł (czteryście pięćdziesiąt dwa tysiące dziewięćset osiemdziesiąt cztery złote czterdzieści groszy) z ustawowymi odsetkami płatnymi od kwoty 350 196,78zł (trzysta pięćdziesiąt tysięcy sto dziewięćdziesiąt sześć złotych siedemdziesiąt osiem groszy) płatnymi od dnia 4 kwietnia 2010r do dnia zapłaty, od kwoty 77 009,33zł (siedemdziesiąt siedem tysięcy dziewięć złotych trzydzieści trzy grosze) płatnymi od dnia 5 kwietnia 2010r do dnia zapłaty, od kwoty 25 778,29zł (dwadzieścia pięć tysięcy siedemset osiem złotych dwadzieścia dziewięć groszy) płatnymi od dnia 8 kwietnia 2010r do dnia zapłaty.

2 W pozostałym zakresie powództwo oddała.

3 Zasądza od Skarbu Państwa- Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad na rzecz (...) S.A. w L. kwotę 22 667,04zł (dwadzieścia dwa tysiące sześćset sześćdziesiąt siedem złotych cztery grosze) tytułem zwrotu kosztów procesu.

4 Koszty zastępstwa procesowego między stronami wzajemnie znosi.

5 Nie przyznaje interwenientom kosztów interwencji ubocznej.

Sygn. akt **XXV C 1217/11**

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 22 lipca 2011 roku (...) **S.A. z siedzibą w L.** wnosila o zasądzenie od pozwanego Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad kwoty 855 360zł z ustawowymi odsetkami liczonymi w następujący sposób:

- od kwoty 226 034,94 zł od dnia 4 kwietnia 2010 roku do dnia zapłaty;

- od kwoty 47 152,51 zł od dnia 4 kwietnia 2010 roku do dnia zapłaty;

- od kwoty 82 144,89 zł od dnia 5 kwietnia 2010 roku do dnia zapłaty;
- od kwoty 77 009,33 zł od dnia 4 kwietnia 2010 roku do dnia zapłaty;
- od kwoty 47 500,36 zł od dnia 8 kwietnia 2010 roku do dnia zapłaty;
- od kwoty 6 159,78 zł od dnia 8 kwietnia 2010 roku do dnia zapłaty;
- od kwoty 6 087,31 zł od dnia 8 kwietnia 2010 roku do dnia zapłaty;
- od kwoty 106 059,33 zł od dnia 8 kwietnia 2010 roku do dnia zapłaty;
- od kwoty 38 224,45 zł od dnia 9 kwietnia 2010 roku do dnia zapłaty;
- od kwoty 30 523,52 zł od dnia 10 kwietnia 2010 roku do dnia zapłaty;
- od kwoty 37 093,95 zł od dnia 10 kwietnia 2010 roku do dnia zapłaty;
- od kwoty 24 885,51 zł od dnia 11 kwietnia 2010 roku do dnia zapłaty;
- od kwoty 51 075,45 zł od dnia 26 kwietnia 2010 roku do dnia zapłaty;
- od kwoty 75 408,67 zł od dnia 26 kwietnia 2010 roku do dnia zapłaty.

Ponadto powódka wносиła o zasądzenie na jej rzecz od pozwanego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych i opłaty od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł. Ewentualnie, w razie nieuwzględnienia powództwa i uznania zasadności kary umownej powódka wniosła o miarkowanie kary umownej naliczonej i potrąconej przez pozwanego jako rażąco wygórowanej (k. 2-9).

W uzasadnieniu pozwu powódka podniosła, iż w dniu 8 października 2009 roku zawarła z pozwanym, w trybie zamówień publicznych, umowę na dostawę soli drogowej do zwalczania i zapobiegania śliskości na drogach krajowych administrowanych przez pozwanego. Umowa została zawarta na trzy kolejne sezony zimowe, tj. sezon 2009/2010, 2010/2011 i 2011/2012. W umowie strony ustaliły m.in. limity zamówienia soli w ramach każdego z sezonów, czas realizacji zamówienia oraz wysokość kary umownej w sytuacji opóźnienia dostawy. Zdaniem powódki pozwany w SIWZ określił potencjał techniczny, jakim winien dysponować oferent i powódka spełniła te wymogi i wskazała, że jej potencjał techniczny to 20 samochodów o ładowności 24 tony, co powinno prowadzić do wniosku, że zamówienie jednorazowe, które powódka zobowiązana była wykonać w ciągu 5 dni nie powinno przekraczać 2 400 ton i takiej wielkości jednorazowe zamówienia powinny być składane przez pozwanego w ramach współpracy przy realizacji umowy. Wskazywała, że już w trakcie udzielania zamówienia publicznego o dostarczanie soli powódka sygnalizowała pozwanemu iż celem właściwego wypełniania umowy pozwany winien przedstawić harmonogram planowanych zamówień soli i wydłużenie 5 dniowego terminu na realizację zamówienia, na co pozwany nie wyraził zgody. Jednorazowe zamówienia pozwanego składane w styczniu 2010 roku były ponad dwukrotnie wyższe i wynosiły 5 000 ton, co powodowało opóźnienia w dostawie. Zdaniem powódki taka wysokość zamówień w tym okresie wynikała to z baraku zabezpieczenia przez pozwanego odpowiedniej ilości zapasów soli w okresie do 1 listopada 2009r, co stanowi niezrealizowanie umowy, ponieważ wskazano, że 30% zamówień każdego sezonu przewiduje się do 1 listopada.

Wobec powyższego w dostawach wystąpiły opóźnienia:

- w dostawie z dnia 8 stycznia 2010 roku – 5 dni;
- w dostawie z dnia 13 stycznia 2010 roku – 9 dni;
- w dostawie z 28 stycznia 2010 roku – 9 dni;

- w dostawie z 8 lutego 2010 roku – 1 dzień.

W ocenie powódki pozwany przyczynił się do powstania opóźnienia albowiem w terminie nie zamówił planowanej 30% soli a wobec tego nie zabezpieczył odpowiednich zapasów soli a co za tym idzie zamówienia ze stycznia 2010 roku przekroczyły normy wynikające z interpretacji umowy i ze względów technicznych powód nie był w stanie im sprostać. Zdaniem powódki za naliczeniem kary umownej nie może przemawiać samo opóźnienie wykonawcy, lecz takie opóźnienie za które ponosi on odpowiedzialność. Powód dodał, iż w terminie wykonał całość zamówienia wynikającego z umowy na okres 2009/2010, opóźnienie dotyczy jedynie niewielkiej części zamówienia na ten okres, a w związku z nim pozwany nie poniósł szkody-nie musiał dokupować soli ani ponosić z powodu opóźnienia w dostawie części zamówienia jakichkolwiek kosztów. Zdaniem powódki brak szkody winien wpłynąć na znaczne ograniczenie kary umownej lub nawet na całkowite zwolnienie z obowiązku jej zapłaty. Powódka zaznaczyła, iż stopień jej winy jest niewielki, zwłaszcza w obliczu trudnych warunków meteorologicznych, jakie panowały w okresie styczeń i początek lutego 2010r, które uzasadniały stosowanie mieszanek soli i piasku a nie samej soli dla utrzymania dróg w należyłym stanie, a z analizy dokumentacji magazynowej wynika, iż w okresie za który naliczona została kara umowna pozwany posiadał zapasy soli drogowej w ilości wystarczającej do należytego utrzymania dróg.

Kara umowna naliczona przez pozwaną jest rażąco wygórowana w stosunku do wartości opóźnionych dostaw.

Dochodzona niniejszym pozwem kwota stanowi równowartość potrąceń jakie pozwany poczynił względem powódki, a tym samym równowartość kwot o jakie zmniejszono wynagrodzenie za realizację umowy z dnia 3 października 2009 roku.

W dniu 30 sierpnia 2011 roku **Kopalnia (...) S.A. z siedzibą w K.** zgłosiła interwencje uboczną po stronie powodowej i wniosła o uwzględnienie powództwa oraz o zasądzenie od pozwanego na jej rzecz kosztów procesu według norm przepisanych (k. 204-205). W uzasadnieniu interwencji interwenient wskazał, iż był dostawcą części soli na rzecz powódki. W razie oddalenie powództwa będzie zobowiązany do częściowego partycypowania w zapłacie kar umownych na rzecz pozwanego. Interwenient w całości poparł argumentację zawartą w pozwie i podkreślił zarówno fakt przyczynienia się pozwanego w powstaniu opóźnienia jak i braku szkody po jego stronie, a także rażące wygórowali naliczonych kar umownych. W piśmie z dnia 28 maja 2012 roku (k. 404-408) interwenient uboczny podniósł, iż z analizy dokumentacji dotyczącej stanu magazynowego a także ilości wykorzystanej każdego dnia soli drogowej i innych środków zabezpieczania wynika, iż:

- w rejonie C. każdego dnia istniały zapasy soli w granicach od 156,19 ton do 468,39 ton, co oznacza, że braki soli nie występowały;

- w rejonie G. każdego dnia istniały zapasy soli w granicach od 208 ton do 469 ton, co oznacza, że braki soli nie występowały;

- w rejonie L. brak jest stanów magazynowych soli każdego dnia, dopiero w rejonie K. udokumentowany jest przychód i rozchód soli drogowej. Zużycie soli było zawsze mniejsze niż stany magazynowe a więc deficyt soli w tych rejonach nie występował;

- w rejonie P.:

- od S. każdego dnia istniały zapasy soli w granicach do 1 013,33 ton, co oznacza, że braki soli nie występowały;
- od P. nie stwierdzono zerowego ani deficytowego stanu magazynu;
- od Ź. zużycie soli każdego dnia było mniejsze niż zapas soli w magazynie;

- w rejonie Z. każdego dnia istniały zapasy soli;

- w rejonie W. każdego dnia istniały zapasy soli.

Wobec powyższego pozwany nie poniósł szkody, opóźnienie powódki nie spowodowało deficytu soli w magazynach, pozwana nie musiała ponosić żadnych kosztów związanych z zakupem lub dowiezieniem dodatkowej ilości soli, albowiem każdego dnia miała zapasy soli w każdym z obsługiwanych przez siebie rejonów. Na rozprawie w dniu 26 października 2012 roku (k. 467-468) interwenient podniósł, iż w razie spadku temperatury do -7°C do posypywania dróg nie należy używać soli, czy mieszanek soli z piaskiem lecz jedynie piasku. Wobec powyższego zakupiony przez pozwanego piasek i tak musiał zostać zakupiony albowiem temperatura w okresie za który pozwany naliczył karę umowną spadła poniżej -7°C , zakup piasku nie miał więc związku z opóźnieniem w dostawach soli przez powoda.

W dniu 7 września 2011 roku **Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowo – Produkcyjne(...) sp.j. z siedzibą w G.** zgłosiła interwencję uboczną po stronie powodowej. Interwenient uboczny podniósł, iż realizował dostawy soli na rzecz powódki i od wyniku niniejszego postępowania zależy zakres jego rozliczeń z powódką (k.220). W piśmie z dnia 29 lutego 2012 roku (k. 305-309) interwenient uboczny podniósł, iż zapis umowy mówiący o realizacji co najmniej 30% przewidywanej dostawy w sezonie 2009/2010 w pierwszym miesiącu obowiązywania umowy (§ 2 ust. 2 umowy z dnia 8 października 2009 roku) należy rozumieć jako obowiązek po stronie pozwanego, który nie został przez niego wykonany. Zdaniem interwenienta przepis ten dopuszcza jedynie możliwość większego niż 30% zamówienie. Interwenient przypomniał, iż w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pozwany udzielił odpowiedzi na pytanie powódki dotyczące interpretacji postanowienia umowy w zakresie realizacji zamówienia w ciągu 5 dni od jego złożenia. Pozwany zapewnił wówczas przyszłego kontrahenta, iż nie przewiduje sytuacji składania kilku zamówień w okresie przeznaczonym na realizację jednego zamówienia. Wyjaśnienia pozwanego składane w okresie zamówienia publicznego stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej strony. Wobec powyższego istnieje konieczność skorygowania okresów realizacji dostawy poprzez uwzględnienie, iż zamówienia składane w okresie przeznaczonym na realizację poprzedniego zamówienia były przedwcześnie a okres opóźnienia nie biegł. Interwenient opowiedział się również za miarkowaniem kary umownej, albowiem pozwany nie poniósł szkody, opóźnienie było niewielkie i wynikało również z niedochowania warunków umowy przez pozwanego a wysokość naliczonej kary jest rażąco wygórowana. Na rozprawie w dniu 8 stycznia 2013 roku (k. 477-479) interwenient uboczny podtrzymał dotychczasowe stanowisko i zaznaczył niewłaściwe wykonanie umowy przez pozwanego, który nie wypełnił ciężących na nim obowiązków zamówienia 30% całości zamówienia w pierwszym miesiącu obowiązywania umowy. Z drugiej strony w miesiącu stycznia pozwany „zasypał” kontrahenta zamówieniami. Zdaniem interwenienta pozwany winien liczyć się iż tak duże zamówienie nie będzie mogło w terminie zostać zrealizowane a tym samym pozwany mógł liczyć na możliwość uzyskania kary umownej. Interwenient podkreślił, iż umowa z dnia 8 października 2009 roku była umową wzajemną a pozwany naruszył obowiązujące zasady w sposób niewłaściwy ją wykonując i w sposób niewłaściwy wykorzystując jej postanowienia.

W odpowiedzi na pozew z dnia 8 września 2011 roku **pozwany** wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania według norm przepisanych oraz kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych na rzecz Skarbu Państwa – Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa (k. 225-232).

W uzasadnieniu odpowiedzi na pozew pozwany wskazał, iż postanowienia umowy stron, zarówno co do możliwości naliczania jak i wysokości kar umownych są jasne i nie budzą wątpliwości interpretacyjnych. Pozwany podkreślił, iż w styczniu 2010 roku powódka opóźniła się we wskazanych przez nią okresach z dostawą soli, co jego zdaniem uzasadnia naliczenie stosownych kar umownych. Fakt opóźnienia, podobnie jak okresy opóźnienia są bezsporne między stronami. Pozwany zaznaczył, iż wysokość kary umownej została przez niego obliczona zgodnie ze stosownymi zapisami umowy i żądana z tytułu kary umownej kwota nie powinna być przez powódkę kwestionowana. Pozwany dodał, iż wezwał powódkę do zapłaty kary umownej, a po bezskutecznym upływie terminu na zapłatę dokonał potrącenia swojej wierzytelności z tytułu kary umownej z wierzytelnością powódki z tytułu zapłaty wynagrodzenia za dostawę soli. Wobec powyższego żądanie zapłaty wysunięto w pozwie inicjującym niniejsze postępowanie jest bezpodstawne albowiem wierzytelność powódki z tytułu wynagrodzenia za dostawę soli została umorzona wobec jej potrącenia z karą umowną.

Również wniosek powódki o miarkowanie kary umownej nie znajduje zdaniem pozwanej uzasadnienia w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy oraz w świetle przesłanek z art. 484 § 2 k.c. Pozwana nie podzieliła zarzutu powódki co do tego, iż wysokość kary umownej jest rażąco wygórowana, wysokość jej nie jest określona przepisami prawa a co więcej stanowi ona jedynie ok. 5% wynagrodzenia jakie na podstawie umowy na dostawę soli powódka otrzymała od pozwanego. Co więcej w tej samej wysokości zastrzeżona została wysokość kary umownej dla pozwanego w razie nieterminowego odbioru dostarczonej mu soli oraz dla podwykonawców pozwanego. Pozwany zaprzeczył twierdzeniom powódki co do tego, iż nieterminowe wykonanie przez powódkę dostaw soli wiązało się z działaniami pozwanego. Zdaniem pozwanego nie można czynić mu zarzut co do naruszenia postanowień umowy co do zamawiania soli a w konsekwencji przyczynienia się do nieterminowego realizowania dostaw przez powódkę w styczniu 2010 roku. Pozwany zaprzeczył również twierdzeniom powódki co do tego, iż dopuszczalna wielkość jednego zamówienia wynosiła 2 400 ton. W/w tonaż stanowi minimalną a nie maksymalną wielkość zamówienia. Fakt, iż pozwany nie zamówił 30% soli w pierwszym miesiącu obowiązywania umowy w jego ocenie nie ma związku z nieterminowością wykonania umowy przez powódkę. Wbrew twierdzeniom powódki pozwany podkreślił, iż wobec nieterminowości dostaw soli poniósł szkodę. Szkada ta polegała na poniesieniu przez pozwanego kosztów:

- zwiększonych dostaw piasku;
- oczyszczania poziomowego dróg z zalegającego na drogach i w korytach odpływowych piasku użytego do posypywania nawierzchni;
- udrożnienia odwodnienia z powodu zalegającego piasku użytego do posypywania nawierzchni.

Co więcej w ocenie pozwanego strona, na której ciąży obowiązek zapłaty kary umownej nie może żądać jej redukcji do wysokości szkody poniesionej przez kontrahenta co doprowadziłoby do likwidacji istoty kary umownej, jako sankcji za nienależyte wykonanie umowy cywilnoprawnej. Zaznaczył, że kara umowna nie jest zależna od wysokości poniesionej szkody i należy się nawet gdy szkoda nie została poniesiona. Zdaniem pozwanego szkodą jest już samo nieterminowe wykonanie zobowiązania, co wiązało się z koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów. Zdaniem pozwanego do prawidłowego prowadzenia zimowego utrzymania dróg niezbędne jest posiadanie zapasu soli na kolejne dni w ilości przekraczającej dwukrotnie maksymalne dobowe zużycie soli. Skoro zgodnie z umową z dnia 8 października 2009 roku realizacja dostaw mogła nastąpić sukcesywnie w ciągu 5 dni od złożenia zamówienia zapasy soli u pozwanego winny gwarantować należyte utrzymanie zimowe dróg przez co najmniej 5 dni a nawet ponad 5 dni. Zdaniem pozwanego stany magazynowe nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Jedynie stany magazynowe w konkretnych obwodach drogowych mogły by mieć znaczenie a w szczególności zużycie soli w konkretnym dniu, zapasów w konkretnym dniu z uwzględnieniem prognozowanych warunków atmosferycznych. Pozwany podała, iż w rejonie Z. trzeba było interwencyjnie dokupić piasek czego konsekwencją była konieczność czyszczenia nawierzchni dróg po sezonie 2009/2010 a tym samym wzrost kosztów utrzymania zimowego utrzymania dróg. Podobna sytuacja miała miejsce co do rejonu W., P.. Zdaniem pozwanego opóźnienia w dostawie soli spowodowały, iż pozwana zmuszona była posypywać drogi piaskiem, mimo iż piasek ten zakupiony został w zupełnie innym celu.

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

Skarb Państwa -Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad o/K.ogłosiła przetarg w trybie zamówienia publicznego o dostawę soli w okresie 2009r-2012r. Jedynym z oferentów była (...) SAw L.. Zadawała pytania w trybie zamówienia publicznego. W piśmie z dnia 11 sierpnia 2009 roku pozwany odpowiedział na pytania powódki (k. 66-69), nie wyraził zgody na zmianę postanowień umowy co do określenia harmonogramu dostaw soli w danym sezonie, nie wyraził zgody na wydłużenie czasu realizacji dostawy powyżej 5 dni ale wskazał, że nowe zamówienie nie będzie złożone w czasie realizacji poprzedniego zamówienia, nie wyraził zgody na zmniejszenie kary umownej poprzez liczenie jej od wartości kontaktu za dany sezon lub od wartości zamówienia zrealizowanego po terminie. Powódka nie wycofała swojej oferty. Pismem z dnia 26 sierpnia 2009 roku pozwany poinformował powódkę o wyborze jej oferty (k. 31-36), za cenę 21 740 400 zł w ramach przetargu nieograniczonego (k. 54-65) na dostawę soli drogowej do zwalczania i zapobiegania śliskości na drogach krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w K.(k. 28).

W dniu 8 października 2009 roku strony zawarły umowę o nr (...) (k. 17a-21), której przedmiotem była dostawa soli drogowej do zwalczania i zapobiegania śliskości na drogach krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w K. (§ 1 ust. 1). Umowa została zawarta na trzy kolejne sezony zimowe, tj. 2009/2010, 2010/2011 i 2011/2012 (§ 1 ust. 2). Dostawa obejmować miała dostarczenie 75 000 ton (25 000 ton na sezon) soli drogowej, 15 000 (5 000 ton na sezon) soli specjalnej do produkcji solanek. Strony zastrzegły możliwość korekty ilości w poszczególnych asortymentach (§ 1 ust. 3). W pierwszym miesiącu obowiązywania umowy strony przewidziały realizację co najmniej 30% przewidywanej w sezonie 2009/2010 dostawy. W kolejnych sezonach przewidziano realizację co najmniej 30% przewidywanej dostawy na dzień 1 listopada danego roku. Następnie dostawy następować będą sukcesywnie w ciągu 5 dni od jego złożenia. Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy określonej w 1 umowy strony ustaliły na podstawie cen jednostkowych zgodnie z ofertą wykonawcy na kwotę netto 17 820 000 zł plus 22% VAT, tj. 3 929 400 zł, w sumie 21 740 400 zł (§ 3 ust. 1). Strony ustaliły karę umowną obciążającą wykonawcę za każdy dzień przekroczenia terminu dostawy w wysokości 0,2% wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 3 ust. 1 umowy (§ 8 ust. 1) (k. 93-95).

Aneksem nr 1/2010 z dnia 22 marca 2010 roku do umowy nr (...) z dnia 8 października 2009 roku strony wprowadziły zmiany w zakresie § 1 pkt. 3 umowy i § 3 pkt 4 umowy (k. 22-23).

Aneksem nr 1/2011 z dnia 14 lutego 2011 roku do umowy nr (...) z dnia 8 października 2009 roku strony wprowadziły zmiany w zakresie § 1 pkt. 3 umowy (k. 24-25).

Aneksem nr 2/2011 z dnia 1 stycznia 2011 roku do umowy nr (...) z dnia 8 października 2009 roku strony wprowadziły zmiany w zakresie § 3 pkt. 3 umowy (k. 26-27).

W dniu 1 października 2009 roku powódka zawarła z interwenientem P.H.U.P. (...) sp. j. z siedzibą w G. umowę sprzedaży soli kamiennej, celem realizacji umowy, którą w dniu 8 października 2009 roku miała zawrzeć z pozwanym (k. 182-185).

Aneksem nr 1 z dnia 1 września 2010 roku zmieniono teść w/w umowy (k. 186).

W dniu 1 października 2009 roku powódka zawarła z interwenientem ubocznym Kopalnią (...) S.A. z siedzibą w K. umowę sprzedaży soli kamiennej nr (...), której celem była realizacja umowy, którą w dniu 8 października 2009 roku powódka zawarła z pozwanym (k. 190-192).

Aneksem nr 1 z dnia 16 sierpnia 2010 roku strony zmieniły niektóre porozumienia w/w umowy (k. 193).

Aneksem nr 2 z dnia 1 grudnia 2010 roku strony zmieniły niektóre porozumienia umowy z dnia 1 października 2010 roku (k. 194).

W dniu 15 października 2009 roku pozwany zamówił u powódki dostawę soli w ilości 4 500 ton (k. 96).

W dniu 16 listopada 2009 roku pozwany zamówił u powódki dostawę soli w ilości 2 100 ton (k. 97).

W dniu 21 grudnia 2009 roku pozwany zamówił u powódki dostawę soli w ilości 2 000 ton (k. 98).

W dniu 31 grudnia 2009 roku pozwany zamówił u powódki dostawę soli w ilości 3 500 ton (k. 99).

W dniu 6 stycznia 2010 roku pozwana wyraziła niezadowolenie z powodu opóźnień w dostawach soli, podnosząc iż ze względu na niekorzystne warunki atmosferyczne dostawy winny odbywać się w warunkach szczególnych w terminie 2-3 dni. Pozwana zażądała przestrzegania terminów dostaw na nawet przedterminowych dostaw (k. 447).

W dniu 8 stycznia 2010 roku pozwany zamówił u powódki dostawę soli w ilości 5 000 ton (k. 100). W terminie, tzn. do dnia 13 stycznia 2010 roku powódka dostarczyła 2 123,8 ton soli. W dniu 11 stycznia 2010 roku powódka poinformowała pozwanego, iż w związku z bardzo dużą ilością zamówionej soli, dostawy będzie realizowała z trzech

źródeł: własnego oraz interwencji ubocznych. Powódka zapewniła pozwanego o odpowiedniej jakości i zgodności ze Specyfikacją Techniczną dostarczanej soli (k. 101).

W piśmie z dnia 12 stycznia 2010 roku powódka zwróciła się do pozwanego z prośbą o racjonalne zużycie soli i niegromadzenie jej zapasów, tak by zamawiane ilości soli były jak najmniejsze. Swoją prośbę powódka uzasadniała bardzo trudną sytuacją pogodową, wielkim zapotrzebowaniem na sól. Powódka poprosiła o wydłużenie czasu na realizację zamówienia z dnia 8 stycznia 2010 roku o dni świąteczne, tj. do dnia 17 stycznia 2010 roku oraz stosowania tej zasady przy następnych zamówieniach (k. 103).

Całość zamówienia z dnia 8 stycznia została zrealizowana do dnia 18 stycznia 2010 roku. Czas realizacji zamówienia został przekroczony o 5 dni (k. 129).

W dniu 13 stycznia 2010 roku pozwany zamówił u powódki kolejną dostawę soli, tym razem w ilości 4 000 ton (k. 104). Dzień 13 stycznia 2010 roku był ostatnim dniem realizacji zamówienia z dnia 8 stycznia 2010 roku, tak więc kolejne zamówienie mogło zostać zgłoszone dopiero w dniu następnym po dniu końcowym realizacji zamówienia tj. w dniu 14 stycznia 2010 roku. Wobec powyższego zamówienie z dnia 13 stycznia 2010 roku zostało skutecznie zgłoszone dopiero w dniu 14 stycznia 2010 roku i 5 dniowy termin na jego realizację upływał z dniem 19 stycznia 2010 roku. W piśmie z dnia 14 stycznia 2010 roku powódka zwróciła się do pozwanego z apelem o niegromadzenie w tym okresie zapasów soli, tak by zamawiane ilości były jak najmniejsze, co uzasadnione jest bardzo trudnymi warunkami pogodowymi. Powódka zobowiązała się dostarczać niezbędne ilości soli do rejonów, w których wystąpi taka potrzeba. Ponownie powódka wniosła o wydłużenie czasu na realizację zamówienia z dnia 8 stycznia 2010 roku oraz z dnia 13 stycznia 2010 roku o dni świąteczne oraz o stosowanie tej zasady przy kolejnych zamówieniach (k. 105).

W terminie powódka dostarczyła 1 195,24 tony soli. W piśmie z dnia 15 stycznia 2010 roku interwencja Kopalnia (...) poinformowała powódkę, iż w związku z awarią szybu kopalni, jaka miała miejsce w dniu 14 stycznia 2010 roku nie jest w stanie zrealizować zamówienia w terminie, tj. do dnia 18 stycznia 2010 roku (k. 211).

Pismem z dnia 15 stycznia 2010 roku pozwany poinformował powódkę, iż dostarczona przez nią w dniach 8 – 14 stycznia 2010 roku sól (k. 449-452) nie spełnia wymogów określonych w umowie z dnia 8 października 2010 roku. Pozwany zażądał natychmiastowej poprawy jakości soli oraz bezpłatnej wymiany zbrylonej soli. W przeciwnym razie pozwany zapowiedział obciążenie powódki kosztami przestoju piaskarek, kosztami napraw piaskarek oraz ewentualnymi roszczeniami osób trzecich (k. 448).

Ostatecznie zamówienie zostało przez nią zrealizowane z opóźnieniem 8 dni (k. 129).

W dniu 28 stycznia 2010 roku pozwany zamówił u powódki kolejną dostawę soli, tym razem w ilości 5 000 ton (k. 106). W terminie powódka dostarczyła pozwanej łącznie 2 140,2 tony soli. Ostatecznie zamówienie zostało zrealizowane w dniu 11 lutego 2010 roku. Opóźnienie powódki wyniosło 9 dni (k. 130).

W dniu 5 lutego 2010 roku pozwany zakupił piasek za kwotę 3 635,60 zł (k. 446).

W dniu 8 lutego 2010 roku pozwany zamówił u powódki kolejną dostawę soli, tym razem w ilości 2 000 ton (k. 107). W terminie tj. do dnia 13 lutego 2010 roku powódka dostarczyła pozwanej łącznie 1 842 tony soli. Ostatecznie zamówienie zostało zrealizowane z opóźnieniem 1 dzień (k. 130).

Tego samego dnia, tj. 8 lutego 2010 roku pozwany dokonał zakupu piasku za kwotę 1 468,06 zł (k. 242-244). W dniu 15 lutego 2010 roku pozwany dokonał zakupu żużla, za kwotę 231,80 zł (k. 245-247).

W piśmie z dnia 17 lutego 2010 roku Kopalnia (...) S.A. z siedzibą w K. zwróciła się do powódki z informacją, iż opóźnienia w dostawie soli spowodowane są trudnymi warunkami atmosferycznymi co spowodowało znaczny wzrost zapotrzebowania na sól. Ponadto na nieterminowość realizacji zamówienia wpłynęła również awaria szybu kopalni w dniach od 14 do 16 stycznia 2010 roku (k. 108-110).

W piśmie z dnia 18 lutego 2010 roku (k. 113-114) powódka poinformowała pozwanego iż starała się jak najszybciej i najpełniej zrealizować zamówienia z dnia 8 stycznia 2010 roku, 13 stycznia 2010 roku oraz z dnia 28 stycznia 2010 roku, jednakże przez wzgląd na duże zapotrzebowanie na sól zmuszona jest powołać się na zapis umowy z dnia 8 października 2009 roku mówiący, iż minimum sprzętowe to 20 sztuk samochodów o ładowności minimum po 24 tony, co powinno umożliwić realizację umowy. Stosując tę zasadę w ocenie powódki jednorazowe zamówienie, realizowane okresie 5 dni nie powinno przekroczyć 2 400 ton. W ocenie powódki na wysokość zamówień z miesiąca grudnia 2009 roku i stycznia 2010 roku wpływ miały małe zapasy magazynowe u pozwanego w początkowym okresie sezonu 2009/2010. Warunek zamówienia 30% towaru w pierwszym miesiącu obowiązywania umowy nie został przez pozwanego we właściwym czasie zrealizowany, lecz dopiero 5 stycznia 2010 roku. Ponadto zdaniem powódki pozwany naruszył umowę stron, albowiem w okresie realizacji jednego zamówienia złożył kolejne zamówienia. W ocenie powódki zamówienie o nr (...) z dnia 8 stycznia 2010 roku powinno być złożone nie wcześniej niż 9 stycznia 2010 roku i konsekwentnie następne zamówienie nr (...) mogło być złożone dopiero w dniu 14 stycznia 2010 roku a nie w dniu 13 stycznia 2010 roku. Powódka przypominała, iż strony ustaliły, iż zamówienie z dnia 13 stycznia 2010 roku będzie zrealizowane do dnia 24 stycznia 2010 roku.

W miesiącach styczeń 2010 roku – luty 2010 roku w rejonach podległych pozwanemu stan magazynowy soli drogowej był dodatni każdego dnia i pozwalał na solenie dróg przez kilka następnych dni. Rozchód soli był znacznie mniejszy niż stan magazynów. Stany magazynowe w dniach za które naliczono kary były większe niż w dniach, za które kar nie naliczono (k. 420-428).

W styczniu 2010 roku temperatura w rejonie C. w dniach: 4-5, 8, 17, 20-28, 30-31 spadła poniżej -7#C (k. 460). W styczniu 2010 roku temperatura w rejonie G. w dniach: 3-5, 7-8, 17, 20-31 spadła poniżej -7#C (k. 461). W styczniu 2010 roku temperatura w rejonie L. w dniach: 4-5, 8, 17, 20-28, 30-31 spadła poniżej -7#C (k. 462). W styczniu 2010 roku temperatura w rejonie P. w dniach: 3-8, 14-18, 20-31 spadła poniżej -7#C (k. 463). W styczniu 2010 roku temperatura w rejonie M. w dniach: 3-5, 7-8, 17, 20-31 spadła poniżej -7#C (k. 464). W styczniu 2010 roku temperatura w rejonie Z. w dniach: 4-5, 8, 17, 20-28, 30-31 spadła poniżej -7#C (k. 465).

W piśmie z dnia 3 marca 2010 roku pozwany odniósł się do pisma powódki z dnia 18 lutego 2010 roku (k. 116-117). Zdaniem pozwanego dla realizacji zamówień w ciągu 5 dni powódka winna zapatrzeć się w większą liczbę samochodów niż 20 sztuk o pojemności 24 ton, o których mowa w umowie. Zdaniem pozwanego limit zamówienia minimum 30% zamówienia w pierwszym miesiącu obowiązywania umowy określał tylko i wyłącznie przewidywana dostawa i nie nakładał na niego żadnego zobowiązania. Pozwany podał, iż zamówienia z dnia 8 stycznia 2010 roku, z dnia 31 grudnia 2009 roku i z dnia 13 stycznia 2010 roku nie zachodzą na siebie a co za tym idzie czas ich zgłaszania nie powinien zostać zmieniony. Pozwany dodał, iż ze względu na warunki atmosferyczne panujące w styczniu i lutym 2010 roku w województwie (...) miał prawo skrócenia czasu na realizację dostawy do 3 dni, czego jednak nie zrobił.

W dniu 8 marca 2010 roku pozwany wystawił notę księgową nr (...) na kwotę 855 360 zł tytułem kary umownej za nieterminowe wykonanie umowy z dnia 8 października 2009 roku przez powódkę, naliczając karę umową w związku z opóźnieniem w realizacji zamówień z dnia 8 stycznia, 13 stycznia, 28 stycznia i 8 lutego 2010r (k. 142).

W piśmie z dnia 23 marca 2010 roku pozwany wezwał powódkę do zapłaty kwoty 855 360 zł tytułem kary umownej za przekroczenie przez powódkę realizacji dostaw soli, zamówionych w dniu 8 stycznia 2010 roku o 5 dni, w dniu 13 stycznia 2010 roku o 9 dni, w dniu 28 stycznia 2010 roku o 9 dni i w dniu 8 lutego o 1 dzień (k. 141).

W dniu 26 marca 2010 roku (k. 118-122) powódka wystąpiła do pozwanego z twierdzeniem, iż chęć nałożenia na nią kary umownej w kwocie 855 300 zł podczas gdy wartość soli co do której nastąpiło opóźnienie z dostawą wy nosiła 590 000 zł jest rażąco wygórowane. Powódka podniosła niewykonanie przez pozwanego § 2 ust. 2 umowy, naruszenie zapewnień czynionych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powódka wniosła o odstąpienie od naliczania kary umownej.

W piśmie z dnia 30 marca 2010 roku interwenient uboczny P.H.U.P.(...)zwrócił się do powódki o nieplacenie kary umownej, którą uważa za nieadekwatną do zaistniałej sytuacji (k. 143).

W piśmie z dnia 31 marca 2010 roku pozwany odparł twierdzenia powódki i zażądał zapłaty kary umownej w kwocie 855 360 zł (k. 123-124).

W dniu 31 marca 2010 roku powódka poinformowała pozwanego, iż odmawia zapłaty żądanej przez niego kary umownej i wnosi o ponowne przeanalizowanie okoliczności faktycznych i prawnych niniejszej sprawy, a co za tym idzie o anulowanie kary umownej z dnia 8 marca 2010 roku (k. 125).

W dniach 6, 7, 8, 9 i 15 kwietnia 2010 roku pozwany złożył powódce oświadczenie o potrąceniu wierzytelności z tytułu kary umownej w kwocie 855 360 zł z wierzytelnością powódki przysługującej jej względem pozwanego z tytułu wynagrodzenia za realizację umowy z dnia 8 października 2009 roku (k. 131-132, 133-134, 135-136, 137-138, 139-140). Wynagrodzenie zostało naliczone fakturami VAT i dowodami WZ (k. 147-178).

W piśmie z dnia 26 kwietnia 2010 roku powódka wezwała pozwanego do zapłaty kwoty 855 360 zł podnosząc, iż nie uznaje potrąceń dokonanych przez pozwanego z tytułu kary umownej (k. 126-127).

W piśmie z dnia 28 kwietnia 2010 roku pozwany podniósł bezzasadność żądania przez powódkę kwoty 855 360 zł (k. 128).

W dniu 30 czerwca 2011 roku (k. 15-16) powódka wezwała pozwanego do zapłaty kwoty 855 360 zł tytułem wynagrodzenia niesłusznie potrąconego z wierzytelnością pozwanej wynikającą z kar umownych. Zdaniem powódki kara umowna została naliczona bezzasadnie stąd żądanie zwrotu potrąconej kwoty.

W dniu 20 lipca 2011 roku (k. 240-241) pozwany podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko co do naliczenia kary umownej, odmawiając zapłaty na rzecz powódki potrąconego wynagrodzenia.

Fakturą z dnia 2 czerwca 2010 roku pozwany został obciążony obowiązkiem zapłaty wynagrodzenia za czyszczenie nawierzchni jezdni, poboczy i chodników w kwocie 38 388,42 zł (k. 252-253). Rok wcześniej fakturą z dnia 20 maja 2009 roku pozwany został obciążony obowiązkiem zapłaty wynagrodzenia za czyszczenie nawierzchni bitumicznych przy krawężnikach DK (...) odcinek Z. S. w kwocie 10 732,73 zł (k. 292).

Fakturą z dnia 1 czerwca 2009 roku pozwany został obciążony obowiązkiem zapłaty wynagrodzenia za roboty utrzymaniowe w kwocie 723 519,05 zł (k. 294).

Porozumieniem z dnia 16 listopada 2011 roku powódka zmniejszyła interwenientowi ubocznemu P.H.U.P. (...) karę umowną z tytułu opóźnień w dostawie soli z kwoty 1 043 539,20 zł na kwotę 855 360 zł. Ostateczna wysokość kary umownej została uzależniona od wyniku niniejszego postępowania (k. 310).

Porozumieniem z dnia 21 listopada 2011 roku powódka zmniejszyła interwenientowi ubocznemu Kopalni (...) karę umowną z tytułu opóźnień w dostawie soli z kwoty 537 030 zł na kwotę 231 631,48 zł. Ostateczna wysokość kary umownej została uzależniona od wyniku niniejszego postępowania (k. 376).

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił w oparciu okoliczności bezsporne i przyznane przez strony. Ponadto w procesie rekonstrukcji stanu faktycznego niniejszej sprawy Sąd oparł się na dowodach dokumentarnych wskazanych powyżej, którym Sąd dał wiarę. Co do zasady Sąd uznał za wiarygodne zeznania świadka W. B. (k.382-384), w szczególności w zakresie jakim znalazły one potwierdzenie w pozostałym materiale dowodowym uznanym za wiarygodny w niniejszej sprawie. Wyjaśnienia złożone w charakterze strony przez M. M. (k.477-479) w części Sąd uznał za niewiarygodne albowiem stały one w oczywistej sprzeczności z wiarygodnym materiałem dowodowym niniejszej sprawy, w szczególności co do tego, iż w spornym okresie pozwany nie posiadał w magazynach wystarczającej ilości soli i mogły być przesunięcia odnośnie soli pomiędzy rejonami. W pozostałym zakresie zeznania strony z nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy albowiem pozwany na większość pytań nie potrafił odpowiedzieć

albowiem niektórych faktów nie pamiętał, co do innych nie miał wiedzy. Pozwany wypowiadał opinie na temat niniejszej sprawy, które nie potrafił wykazać żadnymi konkretnymi dowodami ani okolicznościami.

Sąd zważył, co następuje:

Zarówno w piśmiennictwie, jak i judykaturze przyjmuje się, że zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c.). Argumentuje się przy tym, że wynika to zarówno z celu kary umownej, jak i umiejscowienia przepisów normujących karę umowną. Podporządkowanie kary umownej podstawom odpowiedzialności kontraktowej powoduje, że zobowiązany do jej zapłaty może się stosownie do treści art. 471 k.c. w związku z art. 472 k.c. bronić zarzutem, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 11 lutego 1999 r., III CKN 166/98, z dnia 13 czerwca 2003 r., III CKN 50/01, z dnia 5 października 2003 r., I CK 137/02, z dnia 11 marca 2004 r., V CK 369/09). W ostatnim z powołanych orzeczeń Sąd Najwyższy zajął jednoznaczne stanowisko, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania z przyczyn, za które odpowiada strona zobowiązana, stanowi podstawową przesłankę powstania roszczenia o zapłatę kary umownej (art. 483 k.c. w związku z art. 471 k.c.) (Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 8 lipca 2004 roku w sprawie IV CK 583/03). W art. 471 k.c. zawarte jest domniemanie, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 lipca 2005 roku w sprawie V CK 869/04). Oznacza to, że przesłanką dochodzenia zapłaty kary umownej jest wina dłużnika co najmniej w postaci niedbalstwa (wyroki Sądu Najwyższego z dnia 9 listopada 1965r ICR 545/63, 2 czerwca 1970r IICR 167/70, 27 stycznia 1972r ICR 458/71, 13 czerwca 2003r IICKN 50/01, 21 września 2007r VCSK 139/07). Chcąc zwolnić się z tej odpowiedzialności dłużnik winien wykazać, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło w skutek okoliczności za, które nie ponosi winy. Zdaniem sądu brak niedbalstwa nie został wykazany w niniejszym postępowaniu przez powódkę. Podkreślić należy, że w umowie nie określono górnej granicy dostawy, co powodowało, że powódka musiała sobie zdawać sprawę, że mogą mieć miejsce zamówienia przewyższające ładowność samochodów określonych przez nią jako minimum. Powódka, poza powoływaniem się na korespondencję kierowaną do pozwanego, nie wskazywała dlaczego doszło do opóźnień dostarczenia soli zamawianej w dniach 8 stycznia, 13 stycznia, 28 stycznia i 8 lutego 2010r. Niemniej wskazać należy, że część każdego z zamówień została zrealizowana w umówionym terminie, co może być postawą miarkowania kary umownej. W judykaturze wskazano, że wykonanie w uzgodnionym terminie większości świadczenia może uzasadniać obniżenie kary umownej, której wysokość została ustalona w odniesieniu do wartości całego świadczenia. Od okoliczności konkretnego przypadku zależy, czy częściowe wykonanie świadczenia ma znaczenie dla wierzyciela i zaspokaja jego interes. W niniejszej sytuacji dostawy w terminie części świadczenia miały znaczenie bo wierzyciel mógł korzystać z soli, o czym poniżej.

Odnosząc się do drugiej z przesłanek wskazanych w art.484§2 k.c. trzeba zauważyć, że ustawodawca posłużył się niedookreślonym zwrotem „rażącego wygórowania”, nie wskazał przy tym kryteriów istotnych dla oceny rażącego wygórowania kary umownej. W orzecznictwie analizuje się różne kryteria rażącego wygórowania kary umownej, za jedno z nich przyjmuje się stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości szkody doznanej przez wierzyciela. Zgodnie z uchwałą składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003r (IICZP 61/03) , której nadano moc zasady prawnej, zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody. W uzasadnieniu Sąd Najwyższy podkreślił jednak, że brak szkody lub jej nieznaczną wysokość może stanowić kryterium redukcji kary umownej i to niezależnie od tego, czy w zakresie interpretacji art.484§2 k.c. eksponuje się kryterium „wysokości szkody” czy tylko „wysokość odszkodowania” przysługującego wierzycielowi na zasadach ogólnych. Do wysokości szkody jako kryterium oceny rażącego wygórowania zastrzeżonej kary umownej Sąd Najwyższy nawiązywał już we wcześniejszych orzeczeniach (wyroki z dnia 2 czerwca 1970r IICR 167/70, z dnia 14 lipca 1976r ICR 221/76, z dnia 21 czerwca 2002r VCKN 1075/00) a także po podjęciu wskazywanej uchwały (wyroki z dnia 14 kwietnia 2005r IICK 626/04, z dnia 19 kwietnia 2006r VCSK 34/06, z dnia 21września 2007r VCSK 139/07, z dnia 21 listopada 2007r ICSK 270/07, z dnia 20 czerwca 2008r IV CSK 49/08). W innych orzeczeniach Sąd Najwyższy

za właściwe kryterium oceny rażącego wygórowania zastrzeżonej kary umownej przyjmował stosunek kary umownej do odszkodowania, które należałoby się wierzycielowi na zasadach ogólnych (wyroki z dnia 13 czerwca 2003r IIICKN 50/01, z dnia 14 kwietnia 2005 IICK 626/04, z dnia 11 października 2007r IV CSK 181/07, z dnia 20 czerwca 2008r IV CSK 49/08, 26 stycznia 2011r IICSK 318/10). Sąd Najwyższy podkreślał, że kryterium to należy do najbardziej uniwersalnych, umożliwia bowiem zachowanie konstrukcyjnej niezależności kary umownej od wysokości poniesionej szkody, a ponadto pozwala na uwzględnienie okoliczności mających decydujący wpływ na wysokość odszkodowania na zasadach ogólnych. Jak wskazał Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 15 marca 2012r (IACa 101/12) wedle art.484§2k.c. całkowity brak szkody wierzyciela lub jej niewielka wartość co najwyżej uzasadniają miarkowanie kary, a nie zupełne zwolnienie od jej zapłaty. To stanowisko sąd orzekający w niniejszej sprawie w całości podziela.

Zdaniem sądu w sytuacji niniejszej sprawy można mówić o szkodzie pozwanego. Ta szkoda polega na konieczności zabezpieczenia piasku i robieniu mieszanek piasku i soli a nie posypywaniu dróg samą solą bo takie działania należało podjąć żeby w magazynach w ogóle mieć sól. Ze złożonych raportów magazynów wynika, że każdy z rejonów miał zapasy soli, ale logika nakazuje przyjąć, że z uwagi na warunki atmosferyczne panujące w styczniu i na początku lutego 2010r, które wynikają ze złożonych danych meteorologicznych, konieczne było zabezpieczenie zapasów soli na kilka dni naprzód, stąd wysokość zamówień. To czy drogi powinny być posypywane solą czy też mieszanką piasku i soli z uwagi na panującą wówczas na Śląsku temperaturę poniżej -7°C , nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia, bowiem jest to decyzja podmiotu odpowiedzialnego za utrzymanie drogi w należytym stanie. Jak wynika z faktur dotyczących czyszczenia dróg po sezonie zimowym opłata za 2010r była trzykrotnie wyższa niż w 2009r.

Sposób określenia wysokości kary umownej jako 0,2% wynagrodzenia netto (od całego trzysezonowego wynagrodzenia) jest niekorzystny dla strony wykonującej tę umowę, ale wykonawca znając stanowisko zamawiającego co do tego, że ten zapis nie podlega negocjacji mógł wycofać swoją ofertę. Pamiętać należy, że wprowadzenie kar umownych stanowi zabezpieczenie zamawiającego przed potencjalnymi działaniami lub zaniechaniami wykonawcy polegającymi na nienależytym wykonaniu zobowiązania i stanowi element mobilizujący wykonawcę do działania zgodnego z treścią umowy. Relacja między stawką procentową stanowiącą podstawę określenia kary umownej a stawkami stosowanymi w obrocie przy określaniu kar umownych nie może stanowić kryterium określenia czy zastrzeżona kara umowna jest rażąco wygórowana. Wskazać należy, że powód w umowach ze swoimi podwykonawcami zastosował takie sam sposób określenia zastrzeżonej kary umownej. Istota kary umownej sprowadza się do stworzenia dolegliwości finansowej wobec dłużnika w razie zaistnienia zdarzenia ograniczającego prawidłowe wykonanie umowy leżącego po stronie wykonawcy. Okoliczności związane z ryzykami kontraktowymi wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są przez nich brane pod uwagę przy sporządzeniu oferty, na podstawie dokonanej przez siebie oceny ryzyka dokonują kalkulacji ceny, co jest praktyką powszechnie stosowaną w obrocie gospodarczym. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 marca 2011r (IVCSK 401/10) art.484§2 k.c. wyczerpująco określa przesłanki, które mogą stanowić podstawę miarkowania kary umownej, nie uzależnia on w żaden sposób możliwości obniżenia kary umownej od przyjętego przez strony sposobu określenia jej wysokości. Tym samym brak jest podstaw prawnych by określać wysokość zastrzeżonej kary umownej inaczej niż to określili strony w umowie np. poprzez odniesienie 0,2% stawki za dzień opóźnienia do kwoty wynagrodzenia za jeden sezon. Jednocześnie w tym wyroku Sąd Najwyższy wskazał, że pogląd wedle którego miarkowaniu kary sprzeciwia się powiązanie jej wysokości z wartością nie wykonanej tylko części zobowiązania nie znajduje żadnego uzasadnienia. Wskazać jednak należy na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 października 2011r (IV CSK 659/10) w którym Sąd Najwyższy wskazał, że katalog kryteriów pozwalających na zmniejszenie kary umownej nie jest zamknięty, a ocena w tym zakresie, w zależności od okoliczności sprawy, należy do sądu orzekającego. Sąd orzekający w niniejszej sprawie podziela pierwsze z prezentowanych stanowisk.

Odnosząc te rozważania do niniejszej sytuacji zdaniem sądu potrącona przez pozwanego wysokość kary umownej jest rażąco wygórowana. Celem umowy było zabezpieczenie przejezdności dróg w okresie zimowym. Fakt, że zamawiający w okresie 2009/2010 nie zabezpieczył sobie zapasu soli i do 1 listopada nie złożył 30% zamówienia przewidzianego na ten sezon nie ma żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia. Zamówienia od których zostały naliczone kary umowne zostały złożone 8 stycznia 2010r na 5000 ton w terminie dostarczono 3098,7 ton, a pozostała część została dostarczona

z opóźnieniem 5 dni, w dniu 13 stycznia złożono zamówienie na 4000 ton soli, w umówionym terminie dostarczono 1195,24 ton, pozostała część zamówienia dostarczono z opóźnieniem 9 dni, ale ponieważ na etapie składania ofert były pytania do SIWZ w zakresie częstotliwość składanych zamówień i pozwany w odpowiedzi na nie wskazał, że pomiędzy upływem 5 dni od złożonego zamówienia nie będzie składane kolejne, to to zamówienie sąd uznał za złożone 14 stycznia, stąd 8 dniowe opóźnienie. Kolejne zamówienie zostało złożone 28 stycznia na 5000 ton soli, w terminie na jego wykonanie dostarczono 2140,2ton, pozostałą część zamówienia dostarczono z opóźnieniem 9 dni. Ostatnie, niewykonane w terminie zamówienie w sezonie 2009/2010 zostało złożone w dniu 8 lutego na 2000 ton i ono zostało prawie w całości spełnione w terminie, bowiem w terminie dostarczono z niego 1842 ton soli, a opóźnienie w dostarczeniu brakującej części wynosiło 1 dzień. Wykonanie każdego z zamówień w znacznej części w terminie umówionym miało znaczenie dla wierzyciela, gdyż ten miał możliwość korzystania z dostarczonej soli w celu zapewnienia przejeźdności dróg, nie było przesunąć soli pomiędzy rejonami. Potrącona tytułem kary umownej kwota to 855360zł, a wartość soli dostarczonej z opóźnieniem według twierdzeń strony powodowej, które nie były kwestionowane przez pozwanego stanowi kwotę 890 000zł. Dodać należy, że w sezonie 2009/2010 dostarczono całość zamówienia przewidzianego na ten sezon.

Ustalona wysokość kary umownej to kwota 35 640zł za 1 dzień opóźnienia. Sąd miarkował naliczoną karę umowną z uwagi na jej rażącą wysokość jednocześnie wskazując, że wykonanie świadczenia w części miało znaczenie dla zamawiającego ale ta przesłanka miarkowania nie została podniesiona przez powódkę, a sąd nie ma kompetencji do samodzielnego wyboru pomiędzy przyczynami miarkowania kary umownej, może jedynie ustalić czy podstawa miarkowania kary umownej wskazywana przez stronę ma miejsce czy też nie. Naliczoną karę umowną sąd obniżył procentowo o część zamówienia wykonaną w umówionym terminie. Zamówienie z dnia 8 stycznia w terminie zostało wykonane w 62%, tym samym kara umowna ustalona przez sąd to 38% naliczonej kary umownej za ten okres czyli kwota 67 716zł. Zamówienie z dnia 13 stycznia (jak wskazano wcześniej zostało uznane za złożone 14 stycznia) zostało wykonane w terminie w 30%, tym samym kara umowna ustalona przez sąd to 70% naliczonej kary umownej za okres opóźnienia 8 dni czyli kwota 199584zł. Zamówienie z dnia 28 stycznia zostało w terminie wykonane w 43%, kara umowna ustalona przez sąd to 57% naliczonej kary umownej czyli kwota 182833,20zł. Zamówienie z dnia 8 lutego zostało wykonane w terminie w 92% , kara umowna po jej miarkowaniu to 8% naliczonej kary umownej czyli kwota 2851,20zł. Tym samym z tytułu kary umownej po jej miarkowaniu należy się pozwanemu kwota 452 984,40zł. Ta kwota została odjęta z kwoty jaką tytułem kary umownej potrącił pozwany i różnica zasądzona.

Odnośnie odsetek to zostały zasądzone w oparciu o art.481§ 1 i2k.c. Pozwany zapłacił z tytułu naliczonej kary umownej potrącił ze składanych przez wykonawcę faktur. Sąd naliczył odsetki od zapłaty kwot wskazanych w najstarszych fakturach, uznając za nieskutecznie potrącenie naliczonej kary umownej od najstarszych faktur, bowiem zgodnie z art.451§3 k.c. w braku oświadczenia dłużnika lub wierzyciela spełnione świadczenie zalicza się przede wszystkim na poczet długu wymagalnego, a jeżeli jest kilka długów wymagalnych-na poczet najdawniej wymagalnego.

O kosztach orzeczono na podstawie art.100k.p.c. z uwagi na procentowy wynik tego postępowania.

Odnośnie wniosku interwenientów o zasądzenie na rzecz każdego z nich zwrotu kosztów procesu według norm przepisanych, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego to wskazać należy, że art.107k.p.c. stanowi możliwość przyznania zwrotu interwenientowi ubocznemu poniesionych przez niego kosztów, lecz nie obliguje do przyznania ich w każdym wypadku pozytywnego wyniku procesu strony, do której interwenient przystąpił. Przyznanie ich zależy od oceny czy wstąpienie do procesu interwenienta ubocznego połączone było z rzeczywistą potrzebą obrony jego interesów i czy podjęte przez niego czynności procesowe zmierzały do tej właśnie obrony. Zdaniem sądu podjęte przez każdego z interwenientów czynności w niniejszej sprawie nie mieszczą się w kategoriach „celowej obrony” o jakiej mowa w art.98§1 k.pc., czynności procesowe interwenientów nie miały wpływu na tok postępowania i treść końcowego rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo wskazać należy, że każda ze stron tego procesu wygrała niniejszą sprawę w połowie.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak na wstępie.