

Sygn. akt I AGa 64/20

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 stycznia 2021 roku

**Sąd Apelacyjny w Szczecinie I Wydział Cywilny**

**w składzie następującym:**

<b>Przewodniczący:</b>	<b>SSA Krzysztof Górski (spr.)</b>
<b>Sędziowie:</b>	<b>SSA Artur Kowalewski</b> <b>SSA Agnieszka Bednarek-Moraś</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>st. sekr. sąd. Emilia Misztal</b>

po rozpoznaniu w dniu 10 grudnia 2020 roku na rozprawie w Szczecinie

**sprawy z powództwa Syndyka masy upadłości (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości w S.**

**przeciwko Gminie Miasto S.**

**o zapłatę**

**na skutek apelacji pozwanego od wyroku częściowego wydanego przez Sąd Okręgowy w Szczecinie w dniu 7 lutego 2020 r. w sprawie o sygnaturze akt VIII GC 203/17**

**I. prostuje oznaczenie strony pozwanej, zawarte w części wstępnej i w punkcie I zaskarżonego wyroku, określając ją jako „Gminę Miasto S.”;**

**II. oddala apelację;**

**III. zasądza od pozwanej na rzecz powoda kwotę 8.100 zł (ośmiu tysięcy stu złotych) tytułem kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.**

**Artur Kowalewski Krzysztof Górski Agnieszka Bednarek-Moraś**

Sygnatura akt I AGa 64/20

## UZASADNIENIE

Wyrokiem częściowym (postępowanie z powództwa wzajemnego zostało zawieszona) z dnia 7 lutego 2020 r. w sprawie o sygnaturze akt VIII GC 203/17 Sąd Okręgowy w Szczecinie w punkcie I zasądził od pozwanej Gminy Miasto S. – Komendy Miejskiej Państwowej Straży Pożarnej w S. na rzecz powoda Syndyka masy upadłości (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w upadłości w S. kwotę 1 115 505,73 zł (jeden milion sto piętnaście tysięcy pięćset

pięć złotych siedemdziesiąt trzy grosze) z ustawowymi odsetkami za opóźnienie w transakcjach handlowych: od kwoty 783 819,95 zł od 16 października 2016 r., od kwoty 73 847 zł od 31 października 2016 r., od kwoty 248 278 zł od 24 listopada 2016 r. i od kwoty 9 560,36 zł od 24 grudnia 2016 r. W punkcie II Sąd Okręgowy oddalił powództwo główne w pozostałym zakresie, natomiast w punkcie III zasądził od pozwanej na rzecz powoda kwotę 65 195,24 zł (sześćdziesiąt pięć tysięcy sto dziewięćdziesiąt pięć złotych dwadzieścia cztery grosze) tytułem kosztów procesu z powództwa głównego.

Sąd pierwszej instancji poprzedził wydanie wyroku poczynieniem następujących ustaleń faktycznych.

W dniu 21.09.2015 r. pomiędzy Gminą Miasto S. – Komendą Miejską Państwowej Straży Pożarnej w S., jako zamawiającym, a (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w S., jako wykonawcą, zawarta została umowa o roboty budowlane nr (...), w wyniku uznania za najkorzystniejszą oferty wykonawcy złożonej w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego.

Zamawiający zlecił, a wykonawca przyjął do wykonania przedmiot umowy pn. „Termomodernizacja (...)” w ramach projektu „Termomodernizacja (...)” współfinansowanego w ramach II konkursu programu priorytetowego „System (...)” (§ 1 ust. 1 umowy). Podstawę wykonania robót budowlanych stanowiła dokumentacja projektowa, obejmująca termomodernizację budynków jednostek KM PSP w S., przy: ul. (...) i (...), ul. (...) oraz ul. (...).

Termin wykonania całości przedmiotu umowy ustalony został do 6.09.2016 r. (§ 7 ust. 1). Przedmiotem odbioru końcowego miał być przedmiot umowy, a za wykonanie przedmiotu umowy w terminie strony uznały podpisanie protokołu odbioru końcowego bez uwag i zastrzeżeń do 6.09.2016 r. (§ 7 ust. 2 i 3).

Za wykonanie przedmiotu umowy zamawiający zapłacić miał wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości 4.317.300 zł łącznie z podatkiem VAT (§ 10 ust. 1). Podstawą zapłaty miały być faktury przejściowe i faktura końcowa wystawiane przez wykonawcę dla zamawiającego (§ 12 ust. 1).

Wykonawca udzielił zamawiającemu gwarancji na przedmiot umowy. Okres gwarancji ustalono na 60 miesięcy od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego przedsięwzięcia (robót) i przekazania do eksploatacji. Warunki gwarancji stanowiły załącznik do umowy (§ 13 ust. 1, 2 i 3). Niezależnie od uprawnień wynikających z tytułu gwarancji wykonawca udzielił zamawiającemu rękojmi za wady przedmiotu umowy na okres 5 lat od dnia podpisania protokołu odbioru końcowego.

W § 16 ust. 1 umowy strony ustaliły kary umowne jakie wykonawca zapłacić miał zamawiającemu, w tym za:

- 1) za niedotrzymanie terminów, o których mowa w § 7 ust. 1 lub § 8 ust. 7, w wysokości 0,2 % kwoty, o której mowa w § 10 za każdy dzień opóźnienia,
- 2) za opóźnienie w usunięciu wad i usterek:
  - a) stwierdzonych przy odbiorze końcowym, w wysokości 0,2 % kwoty, o której mowa w § 10 za każdy dzień opóźnienia,
  - b) stwierdzonych w okresie rękojmi lub gwarancji za wady w wysokości 0,05 % kwoty, o której mowa w § 10 za każdy dzień opóźnienia,
- 4) za niewypełnienie w terminie zobowiązań określonych w § 6 ust. 2 pkt 4, 24 lit. a-f oraz pkt 25, w wysokości 0,2 % kwoty, o której mowa w § 10 za każdy dzień opóźnienia,
- 5) za wprowadzenie na plac budowy podwykonawcy, który nie został zgłoszony zamawiającemu zgodnie z zapisami § 5, w wysokości 50.000 zł za każde stwierdzone zdarzenie,

7) w przypadku nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane lub projektu jej zmiany, w wysokości 10.000 zł za każde stwierdzone zdarzenie,

8) w przypadku nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany, w wysokości 10.000 zł za każde stwierdzone zdarzenie.

Zgodnie z § 16 ust. 5 wykonawca wyraził zgodę na zapłatę kar umownych w drodze potrącenia z przysługujących mu należności, a wg ust. 6. kary umowne są niezależne od siebie i kumulują się.

Każda zmiana umowy wymagała aneksu w formie pisemnej pod rygorem nieważności (§ 18 ust. 1). Integralną część umowy stanowiły SIWZ, oferta cenowa wykonawcy, harmonogram rzeczowo-finansowy oraz dokumentacja projektowa, o której mowa w § 1 ust. 2.

Wykonawcy plac budowy przekazywany był etapami, ze spisaniem protokołu:

- 25.09.2015 r. dotyczący Jednostki Ratowniczo-Gaśniczej nr (...) przy ul. (...),
- 15.02.2016 r. dotyczący Jednostki Ratowniczo-Gaśniczej nr(...) przy ul. (...),
- 15.02.2016 r. dotyczący Komendy Miejskiej PSP przy ul. (...) i ul. (...).

W korespondencji e-mail z 20.09.2015 r. wykonawca przedstawił zamawiającemu harmonogram rzeczowo-finansowy, a 3.11.2015 r. uaktualnioną jego wersję. Wykonawca (...) spółka z o.o. w S. [dalej jako: (...)], w nawiązaniu do uzgodnień w sprawie zgłaszania materiałów przed wbudowaniem, zgłaszał zamawiającemu m.in. drogą e-mail certyfikaty, deklaracje zgodności, atesty dotyczące wbudowywanych materiałów.

(...) prace objęte umową nr (...) wykonywał przy pomocy podwykonawców, których zgłaszał zamawiającemu. Żaden z podwykonawców spółki (...) nie był kwestionowany przez KM PSP. Nie było sytuacji, żeby któryś podwykonawca musiał zejść z placu budowy.

Wykonawca nie był wzywany do sporządzenia Planu Zapewnienia Jakości, a w ramach dokumentów wymaganych umową wykonawca na bieżąco dostarczał zamawiającemu plan BIOS, karty materiałowe, instrukcje, certyfikaty bezpieczeństwa, zrobiony został plan bezpiecznego zajęcia drogi. Tablice ostrzegawcze i tablice informujące były umieszczone na placu budowy. Podczas wykonywania robót odbywały się narady koordynacyjne z udziałem przedstawicieli stron, z których spisywane były protokoły. Jedna z narad miała miejsce 1.02.2016 r. W tym też dniu majster budowy wykonawcy K. P. przesłał e-mailem inspektorowi nadzoru zamawiającego M. S. harmonogram prac na ul. (...).

Po zrealizowaniu pewnego etapu robót powód wystawiał faktury przejściowe, do których załączane były protokoły częściowego odbioru wykonanych robót oraz zestawienia wartości wykonanych robót. Powód wystawił następujące faktury VAT, zapłacone następnie przez zamawiającego:

- nr (...) z 30 listopada 2015 r. na kwotę 661.689,35 zł,
- nr (...) z 30 listopada 2015 r. na 36.925,52 zł,
- nr (...) z 4 marca 2016 r. na 520.461,04 zł,
- nr (...) z 25 kwietnia 2016 r. na 669.151,09 zł,
- nr (...) z 27 czerwca 2016 r. na 914.758,21 zł,
- nr (...) z 27 czerwca 2016 r. na 46.200,66 zł,

- nr (...) z 6 lipca 2016 r. na 91.792 zł,
- nr (...) z 31 lipca 2016 r. na 146.931,13 zł,
- nr (...) z 31 sierpnia 2016 r. na 40.636,06 zł,
- nr (...) z 6 września 2016 r. na 11.826,45 zł,
- nr (...) z 6 września 2016 r. na 28.173,54 zł.

W dniu 15.07.2016 r. strony zawarły aneks nr (...) do umowy nr (...), w którym z zakresu zamówienia wyłączyły wykonanie pewnych robót o wartości 19.654,73 zł netto oraz jednocześnie inwestor zlecił a wykonawca przyjął do wykonania inne roboty o wartości 29.269,73 zł netto. Zlecenie wykonania robót zamiennych nie wpływało na termin wykonania zamówienia z umowy, natomiast wpłynęło na wysokość ustalonego wynagrodzenia, zwiększając je o 9.615 zł netto.

W dniu 1.08.2016 r. pomiędzy Skarbem Państwa – (...) Komendantem Wojewódzkim Państwowej Straży Pożarnej, jako zamawiającym, a (...) spółką z o.o. w S. jako wykonawcą, zawarta została umowa na wykonanie robót budowlanych, której przedmiotem była „Przebudowa (...)”. Przedmiot umowy miał być wykonany w terminie trzech miesięcy od daty podpisania umowy, za wynagrodzeniem ryczałtowym w wysokości 595.320 zł brutto.

Przekazanie placu budowy wykonawcy nastąpiło protokolarnie 8.08.2016 r.

Aneksem nr (...) z 2.11.2016 r. strony ustaliły, że wykonawca zobowiązany jest wykonać przedmiot umowy w terminie do 25.11.2016 r.

W dniu 8.08.2016 r. strony umowy nr (...) zawarły do niej aneks nr (...), w którego § 1 ustaliły: 1. Zakres prac termomodernizacyjnych dla budynku magazynowego dla jednostki przy ul. (...) należy rzeczowo dostosować do dokumentacji zatwierdzonej decyzją o pozwolenie na budowę dla KW PSP w S. wraz z uzgodnieniami w sprawie drzwi wejściowych dokonanyymi z projektantem i inwestorem, tj. KW PSP. 2. Zlecenie wykonania robót zamiennych, o których mowa powyżej wpływa na termin wykonania zamówienia z umowy i zmienia termin określony § 7 pkt 1 na dzień 14.11.2016 r., tylko dla zakresu robót termomodernizacyjnych budynku magazynowego. 3. Zlecenie wykonania robót zamiennych, o których mowa w ust. 1 powyżej nie wpływa na wysokość ustalonego pomiędzy stronami wynagrodzenia umownego, zgodnie z załącznikiem nr 1.

W dniu 6.09.2016 r. spisany został protokół odbioru końcowego inwestycji objętej umową nr (...). W jego treści komisja odbiorowa wskazała, że od 3.09.2016 r. weryfikowała dokumentację powykonawczą. W ramach podjętych czynności w zakresie obiektu przy ul. (...) komisja stwierdziła szereg braków i odstąpiła od dalszych czynności odbiorowych (pkt VII), wskazując na faktyczny brak zakończenia robót stanowiących przedmiot umowy. Wykonawca został zobowiązany do faktycznego zakończenia prac oraz ich ponownego zgłoszenia zamawiającemu do odbioru.

W pkt. VIII protokołu znalazł się jeszcze zapis, że strony ustaliły, że terminem zakończenia robót wykonawcy w zakresie prac budowlanych i instalacyjnych budynku magazynowego przy ul. (...) z przeznaczeniem na budynek komory dymowej, będzie dzień 14.11.2016 r.

Odbierający zdecydował, że przyjmuje przedmiot odbioru z dniem pisemnego potwierdzenia usunięcia usterek i braków wymienionych w pkt. VII. W pkt. X protokołu wskazano, że odbierającemu została przekazana dokumentacja powykonawcza w wersji papierowej i elektronicznej, 2 kpl.

W dniu 9.09.2016 r. ponownie zebrała się komisja odbiorowa i został spisany protokół końcowego odbioru robót. Komisja nie stwierdziła usterek i uwag. Powielony został zapis, że terminem zakończenia robót wykonawcy w zakresie

prac budowlanych i instalacyjnych budynku magazynowego przy ul. (...) będzie dzień 14.11.2016 r. Odbierający (zamawiający) zdecydował o odbiorze przedmiotu odbioru bez zastrzeżeń i ponownie potwierdził otrzymanie dokumentacji powykonawczej w wersji papierowej i elektronicznej.

Załącznik nr 1 do protokołu odbioru z 9.09.2016 r. stanowiło zestawienie zakresów rzeczowych wykonanych i odebranych robót, przekazanych przez wykonawcę zamawiającemu do użytkowania i eksploatacji.

W dniu 19.09.2016 r. odbył się przegląd gwarancyjny przedmiotu umowy stron, z którego spisany został protokół. W pkt. VII wyszczególnione zostały usterki i uwagi przedstawicieli stron, a termin ich usunięcia zgodnie z umową. Przedstawiciele stron uzgodnili, że przegląd gwarancyjny robót wykonanych na obiektach ul. (...) i ul. (...) nastąpi 21.09.2016 r., z którego to przeglądu strony sporządzą i podpiszą notatkę.

Dnia 24.10.2016 r. spisany został protokół sprawdzenia wykonania napraw gwarancyjnych w zakresie wskazanych usterek i uwag w protokole przeglądu gwarancyjnego robót z 19.09.2016 r. Załącznik nr 1 do protokołu stanowiła tabela sprawdzenia wykonania napraw gwarancyjnych przez wykonawcę. W tabeli znakiem „x” (krzyżykiem) oznaczano elementy wykonane albo niewykonane. Elementy niewykonane podlegały sprawdzeniu w kolejnym terminie. Odbyło się to 9.11.2016 r. i w załączniku nr 1 do protokołu sprawdzenia - tabeli sprawdzenia wykonania napraw gwarancyjnych przez wykonawcę – kolorem oznaczono potwierdzone lub nie zakresy prac naprawczych. Ostatnie sprawdzenie wykonania napraw gwarancyjnych odbyło się 25.11.2016 r. i został z tej czynności spisany protokół.

Na ostatniej stronie załącznika – tabeli sprawdzenia wykonania prac uczyniona została adnotacja, że czynności sprawdzenia napraw z protokołu przeglądu gwarancyjnego z 19.09.2016 r. zakończono. Powyższa tabela była przy każdym sprawdzeniu uzupełniana, aż do całkowitego wyeliminowania usterek i uwag.

W dniu 21.09.2016 r. odbył się przegląd gwarancyjny przedmiotu umowy stron (ul. (...) i ul. (...)), z którego spisany został protokół. W pkt. VII wyszczególnione zostały usterki i uwagi przedstawicieli stron, a termin ich usunięcia określono, że zgodnie z umową.

Dnia 31.10.2016 r. spisany został protokół sprawdzenia wykonania napraw gwarancyjnych w zakresie wskazanych usterek i uwag w protokole przeglądu gwarancyjnego robót z 21.09.2016 r. Komisja dokonała przeglądu części pomieszczeń wg załącznika nr 1,

a pozostałe miała sprawdzić 3.11.2016 r. Załącznik nr 1 do protokołu stanowiła tabela sprawdzenia wykonania napraw gwarancyjnych przez wykonawcę. W tabeli znakiem „x” (krzyżykiem) oznaczano elementy wykonane albo niewykonane. Elementy niewykonane podlegały sprawdzeniu w kolejnym terminie. W dniu 3.11.2016 r. w załączniku nr 1

do protokołu sprawdzenia - tabeli sprawdzenia wykonania napraw gwarancyjnych przez wykonawcę – kolorem oznaczono potwierdzone lub nie zakresy prac naprawczych. Kolejne protokoły sprawdzenia wykonania napraw gwarancyjnych spisano 8 i 25.11.2016 r. Ostatnie sprawdzenie wykonania napraw gwarancyjnych odbyło się 30.11.2016 r. i został z tej czynności spisany protokół. Na ostatniej stronie załącznika – tabeli sprawdzenia wykonania prac uczyniona została adnotacja, że czynności sprawdzenia napraw z protokołu przeglądu gwarancyjnego z 19.09.2016 r. zakończono. Powyższa tabela była przy każdym sprawdzeniu uzupełniana, aż do całkowitego wyeliminowania usterek i uwag.

W dniu 28.09.2016 r. wykonawca (...) spółka z o.o. wystawił KM PSP fakturę VAT nr (...) na kwotę 78.378,23 zł brutto tytułem robót budowlanych – koszty niekwalifikowane, z terminem płatności 30.10.2016 r.

Pismem z 11.10.2016 r., mając na uwadze zbliżający się termin płatności faktury nr (...), KM PSP wskazała, że nie zostały jej przedstawione wszystkie wymienione

w § 12 ust. 8 umowy załączniki do faktur, co skutkować będzie wstrzymaniem płatności należnej wykonawcy do czasu uzupełnienia niezbędnych dokumentów. Zamawiający wskazał też, że z posiadanych przez niego informacji wynika,

że zachodzą co najmniej poważne wątpliwości co do należytego rozliczenia się przez wykonawcę z podwykonawcą K. F. oraz podwykonawcy K. F. z dalszymi podwykonawcami.

Kolejną fakturę VAT nr (...) na 248.278,42 zł brutto, tytułem robót budowlanych – koszty kwalifikowane, z terminem płatności 23.11.2016 r., (...) wystawił zamawiającemu 24.10.2016 r. Załącznikiem do niej był protokół odbioru wykonanych robót za okres 6.09-24.10.2016 r. i zestawienie wartości wykonanych robót.

W piśmie z 9.11.2016 r. zamawiający poinformował wykonawcę, że w związku z brakiem wykonania przez (...) wszelkich obowiązków wynikających z umowy nr (...), w tym w szczególności brakiem przedłużenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy (§ 14), brakiem przedłożenia wszystkich faktur podwykonawców i oświadczeń o niezaleganiu z płatnością przez wykonawcę na rzecz podwykonawców, wstrzymuje do czasu wykonania przez (...) wszystkich obowiązków płatności bieżących faktur, tj. nr (...), nr (...) i nr (...).

W dniu 23.11.2016 r. wykonawca wystawił KM PSP fakturę VAT nr (...) na 9.560,36 zł brutto z tytułu robót budowlanych – koszty niekwalifikowane, płatną do 23.12.2016 r. Do faktury załączono protokół odbioru wykonanych robót za okres 25.10-10.11.2016 r. i zestawienie wartości wykonanych robót.

Przy piśmie z 4.11.2016 r. (...) przedłożył KM PSP dziennik budowy nr (...) z 2.03.2016 r., otrzymany protokolarnie od inspektora nadzoru 24.10.2016 r.

Pismem z 14.11.2016 r. wykonawca poinformował zamawiającego, że 10.11.2016 r. zakończono wykonywanie robót związanych z realizacją umowy nr (...) i w związku z tym prosi o przystąpienie do czynności odbiorowych związanych z odbiorem końcowym przedmiotu umowy.

W dniu 15.11.2016 r. spisany został protokół końcowego odbioru robót. Przedmiotem odbioru były roboty w zakresie budynku magazynowego przy ul. (...). Przedstawiciele wykonawcy nie zgodzili się z uwagami inspektora nadzoru zamawiającego, który w usterkach (pkt VII) wpisał m.in. brak zadaszenia wejścia głównego do budynku. Odbierający podjął decyzję o przyjęciu przedmiotu odbioru z dniem pisemnego potwierdzenia usunięcia usterek i braków wymienionych w pkt. VI.

Zamawiającemu przekazana została dokumentacja powykonawcza wg wykazu z załączników nr (...) i nr (...) do protokołu.

W dniu 22.11.2016 r. odbyło się spotkanie, w którym udział wzięli: A. J. - spółka (...), K. L. – komendant KM PSP, M. S. – inspektor nadzoru i E. M. – protokolant. A. J. złożył dokumenty: zgłoszenia dotyczące podwykonawców i kopie umów oraz zawiadomienia dotyczące podwykonawców. Z tego spotkania i faktu złożenia dokumentów sporządzona została odrębnie notatka.

Pismem z 6.12.2016 r. wykonawca (...) spółka z o.o. w S. wezwał zamawiającego Komendę Miejską PSP do zapłaty należności z trzech faktur w łącznej kwocie 1.179.194,59 zł, w terminie 7 dni od otrzymania wezwania.

W piśmie z 28.12.2016 r., które wpłynęło do S. 29.12.2016 r., Komendant Miejski Państwowej Straży Pożarnej w S. K. L., działając w imieniu i na rzecz zamawiającego – Gminy Miasto S., w nawiązaniu do wezwania z 6.12.2016 r., wskazał, że wykonawca w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy z 21.09.2015 r. zobowiązany jest do zapłaty na rzecz zamawiającego następujących, wymagalnych kar umownych:

1. na podstawie § 16 ust. 1 umowy kwotę 25.903,80 zł, tj. za 3 dni opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy,
2. na podstawie § 16 ust. 1 pkt 2 umowy kwotę 235.292,85 zł, tj. za opóźnienie

w usunięciu wad i usterek stwierdzonych w okresie rękojmi i gwarancji, przy czym:

a) stwierdzonych w protokole z 19.09.2016 r. za okres od 3.10 do 25.11.2016 r. (53 dni) w wysokości 114.408,45 zł,

b) stwierdzonych w protokole z 21.09.2016 r. za okres od 5.10 do 30.11.2016 r. (56 dni) w wysokości 120.884,40 zł,

3. na podstawie § 16 ust. 1 pkt 4 umowy kwotę 2.978.937 zł, tj. za nieprzedstawienie Planu Zapewnienia Jakości w terminie 5 dni od przekazania placu budowy (1.10.2015 r. – 9.09.2016, tj. 344 dni),

4. na podstawie § 16 ust. 1 pkt 4 umowy kwotę 1.269.286,62 zł za nieprzedłożenie w ciągu 3 dni od zgłoszenia zakończenia robót w dzienniku budowy:

a) dokumentacji powykonawczej kwotę 51.807,60 zł, tj. za okres od 1.09 do 6.09.2016 r. (6 dni),

b) dziennika budowy kwotę 561.249 zł, tj. za okres od 1.09 do 4.11.2016 r. (65 dni),

c) deklaracji właściwości użytkowych, atestów, deklaracji zgodności dla materiałów wbudowanych i zatwierdzonych przez inspektora nadzoru kwotę 656.229,60 zł, tj. za okres od 1.09 do 15.11.2016 (76 dni).

Nadto KM PSP oświadczył, że w związku z niewykonaniem lub nieprawidłowym wykonaniem umowy z 21.09.2015 r. nalicza wykonawcy (...) spółce z o.o. w S. karę umowną:

1) na podstawie § 16 ust. 1 pkt 5 umowy w wysokości 550.000 zł za wprowadzenie na plac budowy podwykonawców, którzy nie zostali zamawiającemu zgłoszeni zgodnie z § 5 umowy,

2) na podstawie § 16 ust. 1 pkt 7 umowy w wysokości 30.000 zł za nieprzedłożenie do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane lub projektu jej zmiany,

3) na podstawie § 16 ust. 1 pkt 8 umowy w wysokości 180.000 zł za nieprzedłożenie poświadczonyj za zgodność z oryginałem kopii umów o podwykonawstwo lub ich zmian.

Ponadto KM PSP dokonał zatrzymania łącznej kwoty 352.789,80 zł do czasu przedłożenia przez wykonawcę dokumentów potwierdzających zapłatę należnych podwykonawcom kwot wynagrodzenia w całości, ewentualnie do czasu przedłożenia dokumentów potwierdzających brak istnienia po stronie wykonawcy zobowiązania w powyższym zakresie.

Mając na uwadze powyższe, Komendant Miejski PSP oświadczył, że po dokonaniu zatrzymania kwoty 352.789,80 zł, potrąca z należnego (...) spółce z o.o. wynagrodzenia w łącznej kwocie 1.188.754,91 zł wynikającego z:

1) faktury VAT nr (...) na kwotę 852.537,93 zł,

2) faktury VAT nr (...) na kwotę 78.378,20 zł,

3) faktury VAT nr (...) na kwotę 248.278,42 zł,

4) faktury VAT nr (...) na kwotę 9.560,36 zł

wymagalne wierzytelności należne zamawiającemu z tytułu kar umownych, o których mowa w niniejszym piśmie w pkt. 1., 2. i 3. do łącznej wysokości 835.965,11 zł. Jednocześnie wskazując, że kwota 835.965,11 zł stanowi

różnicę pomiędzy sumą wierzytelności z tytułu należnego (...) wynagrodzenia a wartością kwot zatrzymanych przez zamawiającego, stąd też potrącenie na dzień złożenia niniejszego oświadczenia możliwe jest tylko do tej wysokości.

Jednocześnie, w związku z przysługującymi zamawiającemu wymagalnymi oraz naliczonymi karami umownymi, zamawiający wezwał wykonawcę do zapłaty kwoty 4.433.455,16 zł - w terminie 7 dni od doręczenia niniejszego wezwania.

Do pisma załączona została nota księgowa nr (...) na kwotę z wezwania do zapłaty.

W piśmie z 2.01.2017 r. (...) wskazał, że nie zgadza się z zawartymi w piśmie z 28.12.2016 r. naliczonymi karami, jak również zatrzymaniem wymienionych w piśmie kwot pieniężnych. Wykonawca podtrzymał stanowisko zawarte w ostatecznym wezwaniu do zapłaty i wniósł o wypłacenie swoim podwykonawcom kwot z tytułu wykonywanych prac zgodnie z dostarczonymi 21.12.2016 r. dyspozycjami bezpośredniej zapłaty dla podwykonawców, a także dokonania zapłaty części wynagrodzenia należnego podwykonawcom wg dostarczonej 21.12.2016 r. listy podwykonawców.

W drugim piśmie z 2.01.2017 r. (...) zwrócił się do KM PSP, w związku z naliczonymi karami na podstawie § 16 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 umowy, o wykaz podwykonawców, projektów umów i listy umów z podwykonawcami, na których podstawie naliczone zostały kary. Nadto wykonawca podtrzymał stanowisko o bezzasadności naliczenia tych i pozostałych kar umownych z umowy z 21.09.2015 r.

Pismem z 3.01.2017 r. Komendant Miejski PSP zawiadomił (...) spółkę z o.o. o złożeniu kwoty 849.640 zł do depozytu sądowego w Sądzie Rejonowym w S.. Jednocześnie w nawiązaniu do pisma z 28.12.2016 r. Komendant wskazał, że w związku z roszczeniami podwykonawcy J. M. została zatrzymana łącznie kwota 106.272 zł, w miejsce pierwotnie omyłkowo wskazanej 119.947,30 zł.

Z uwagi na powyższe Komendant Miejski PSP oświadczył, że poza dokonaniem w piśmie z 28.12.2016 r. potrąceniem, niniejszym potrąca dodatkowo wierzytelność przysługującą zamawiającemu z tytułu kary umownej za nieprzedłożenie w terminie dokumentacji powykonawczej z przysługującą (...) wierzytelnością z faktury VAT nr (...) do wysokości 13.675,30 zł.

Łączna zatem suma potrąconych wierzytelności na dzień 3.01.2017 r. wynosi 849.640,41 zł w miejsce wskazanej w piśmie z 28.12.2016 r. – 835.965,11 zł.

W piśmie z 20.01.2017 r. KM PSP przedstawiła (...):

1. wykaz jedenastu podwykonawców, którzy zgodnie z przekazanymi zamawiającemu dokumentami zostali wprowadzeni na plac budowy bez zachowania 7-dniowego okresu wyprzedzenia, pomiędzy zgłoszeniem a wprowadzeniem podwykonawcy (§ 5 ust. 10 umowy), wskazując że łącznie naliczona kara umowna wynosi 11 x 50.000 zł, co daje 550.000 zł;
2. wykaz trzech podwykonawców, których projekty umów nie zostały przedłożone zamawiającemu do zaakceptowania zgodnie z § 5 ust. 2 umowy, wskazując że łącznie naliczona kara umowna wynosi 3 x 10.000 zł, co daje 30.000 zł;
3. wykaz czternastu podwykonawców, z którymi zawarte umowy lub ich zmiany nie zostały przedłożone zamawiającemu w wersji poświadczonej za zgodność z oryginałem w terminie 7 dni (§ 5 ust. 3 umowy), wskazując że łącznie naliczona kara umowna wynosi 18 x 10.000 zł, co daje 180.000 zł (w przypadku czterech podwykonawców takie zdarzenie nastąpiło dwa razy).



Pismem z 15.05.2017 r. wykonawca (...) spółka z o.o. w S. złożył zamawiającemu Gminie Miasto S. – KM PSP oświadczenie o potrąceniu wierzytelności przysługującej wykonawcy w kwocie 78.378,23 zł z faktury nr (...) z wierzytelnością zamawiającego w wysokości 4.531,20 zł z tytułu opłat za zajęcie pasa drogowego (decyzja z 24.06.2016 r.). W rezultacie do zapłaty z ww. faktury pozostaje 73.847,03 zł. Oświadczenie wysłane zostało przesyłką poleconą za potwierdzeniem odbioru.

W dniu 11.05.2015 r. pomiędzy Narodowym Funduszem Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w W. a Miastem S. – Komendą Miejską Państwowej Straży Pożarnej w S., zwanym beneficjentem, zawarta została umowa nr (...) o dofinansowanie w formie dotacji, której przedmiotem było dofinansowanie realizacji przedsięwzięcia pn. „Termomodernizacja (...)”. Beneficjent otrzymał dotację w łącznej wysokości 4.261.140,81 zł, która została rozliczona.

Sąd Okręgowy uznał zasadność wynagrodzenia (...) sp. z o.o. co do zasady i wysokości, już tylko w wyniku materialnoprawnych oświadczeń pozwanej, za bezpodstawną uznając zatrzymanie części wynagrodzenia na rzecz podwykonawców.

Przechodząc do omówienia zarzutów pozwanej co do wygaśnięcia wierzytelności powoda w wyniku oświadczenia z dnia 28 grudnia 2016 r. wskutek potrącenia ich

z naliczonymi przez nią karami umownymi, Sąd pierwszej instancji poczynił wstępną uwagę, że z uwagi na treść ww. oświadczenia, a więc potrącenie wynagrodzenia powoda z karami umownymi, o których mowa w pkt. 1., 2. i 3. tego pisma, a także częściowo w pkt. 4. lit. a)

z uwagi na oświadczenie pozwanej z 3.01.2017 r., poza rozstrzygnięciem sprawy z pozwu głównego, niniejszym wyrokiem częściowym, pozostaje zasadność naliczenia kar umownych z pozostałych tytułów. Taka kognicja Sądu w związku z zawieszeniem postępowania

z powództwa wzajemnego ma i ten skutek, że pomimo formalnego dopuszczenia dowodu z dokumentów złożonych przez strony w ramach obu powództw, przy konstruowaniu stanu faktycznego wykorzystane zostały tylko dokumenty ściśle związane z zarzutem potrącenia oraz zatrzymania, złożone w pozwie i odpowiedzi na pozew.

Sąd Okręgowy stwierdził całkowitą zasadność pierwszej z naliczonych kar, tj. z tytułu opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy (§ 16 ust. 1 pkt 1 umowy z 21.09.2015 r.). Sąd nie zgodził się tu z powodem, że aneksem nr (...) strony zmieniły termin realizacji całego przedmiotu umowy, albowiem strony, zgodnie z treścią ich oświadczeń, przedłużyły termin jedynie realizacji prac z zakresu robót termomodernizacyjnych w budynku magazynowym przy ul. (...) (przerobienie go na komorę dymową). Powód nie dotrzymał umownego terminu, o którym mowa w § 7 ust. 1 co do całości przedmiotu umowy, z wyłączeniem robót na budynku magazynowym, co uzasadniało naliczenie przez zamawiającego kary umownej w kwocie 25.903,80 zł.

W ocenie Sądu a quo na uwzględnienie zasługiwała też kara umowna naliczona przez pozwaną na podstawie § 16 ust. 1 pkt 2 umowy z tytułu opóźnienia w usunięciu wad i usterek stwierdzonych w okresie rękojmi i gwarancji w łącznej wysokości 235.292,85 zł. Zasadność tej kary jest konsekwencją przyjęcia daty 6.09.2016 r. jako daty wykonania całości przedmiotu umowy (z wyłączeniem robót w budynku magazynowym). (...) na podstawie postanowień gwarancji, której udzielił Gminie Miasto S. – Komendzie Miejskiej PSP zobowiązany był do usunięcia usterek w terminie 14 dni od dnia ich zgłoszenia. Warunki udzielonej przez powoda gwarancji przewidywały możliwość przedłużenia terminu wykonania zobowiązań gwarancyjnych. Powód jako gwarant jednak z postanowień udzielonej gwarancji nie skorzystał. W tej sytuacji w pełni zasadna jest kara umowna zarówno co do usterek stwierdzonych w protokole z 19.09.2016 r., jak i w protokole z 21.09.2016 r.

Ostateczny protokół sprawdzenia wykonania napraw gwarancyjnych w zakresie wskazanych usterek i uwag w protokole przeglądu gwarancyjnego robót spisanego 19.09.2016 r. - wskazujący na wykonanie zobowiązań gwarancyjnych przez (...) został sporządzony 25.11.2016 r., a wcześniejsze protokoły sprawdzenia wykonania napraw gwarancyjnych wskazywały na częściową ich realizację (vide załącznik – tabela sprawdzenia wykonania tych

napraw). Stąd dzień 25.11.2016 r. należy przyjąć za datę wykonania zobowiązań gwarancyjnych co do usterek i wad stwierdzonych w protokole z 19.09.2016 r. W związku z przekroczeniem terminu na wykonanie zobowiązań gwarancyjnych pozwanej przysługuje kara umowna za okres 3.10-25.11.2016 r. (53 dni) w wysokości 114.408,45 zł. Z kolei ostateczny protokół sprawdzenia wykonania napraw gwarancyjnych w zakresie usterek i uwag wymienionych w protokole przeglądu gwarancyjnego robót z 21.09.2016 r., wskazujący na wykonanie zobowiązań gwarancyjnych przez powoda, został sporządzony 30.11.2016 r. i tę datę należy przyjąć jako wykonanie zobowiązań gwarancyjnych co do usterek i wad stwierdzonych w protokole z 21.09.2016 r. Tym samym zamawiającemu przysługuje kara umowna za okres 5.10-30.11.2016 r. (56 dni) w wysokości 120.884,40 zł.

W ocenie Sądu Okręgowego pozwanej należała się także kara umowna naliczona na podstawie § 16 ust. 1 pkt 4 umowy w zakresie nie przedłożenia w terminie dokumentacji powykonawczej. Jej naliczenia i potrącenia dokonano w piśmie z 3.01.2017 r., ale tylko do wysokości 13.675,30 zł. Natomiast w piśmie z 28.12.2016 r. pozwana z tego tytułu naliczyła karę umowną w kwocie 51.807,60 zł, tj. za 6 dni. Analizując zebrany w sprawie materiał dowodowy w kontekście wypełnienia przez powoda obowiązku przedłożenia pozwanej dokumentacji powykonawczej (3 dni od daty zgłoszenia zakończenia robót w dzienniku budowy) Sąd stwierdził, że protokoły końcowego odbioru robót z 6.09.2016 r. i z 9.09.2016 r. wprost wskazują na przekazanie dokumentacji powykonawczej. Z zapisów dziennika budowy wynika, że zgłoszenie zakończenia robót nastąpiło 31.08.2016 r., przy czym dziennik był prowadzony de facto tylko dla jednego obiektu (jednostki PSP), objętego odbiorem 9.09.2016 r. Zatem dokumentacja powinna być złożona w terminie 3 dni od tego zgłoszenia, czyli do 4.09.2016 r., jak słusznie zauważyła strona powodowa w załączniku do protokołu z 25.06.2019 r., a skoro dokumentacja ta została już złożona 6.09.2016 r., to mamy do czynienia z opóźnieniem trzydniowym, a nie sześciodniowym, jak to wyliczyła pozwana. Zatem należna zamawiającemu z tego tytułu kara umowna wyniosła 25.903,80 zł [8.634,60/dzień x 3 dni], przy czym jak to już zostało wskazane pozwana z tego tytułu potrąciła pismem z 3.01.2017 r. tylko kwotę 13.675,30 zł. W pozostałym zakresie żądanie kary umownej pozwana zawarła w pozwie wzajemnym.

Jeżeli natomiast chodzi o karę umowną w wysokości 2.978.937 zł z tytułu nieprzedstawienia zamawiającemu Planu Zapewnienia Jakości (§ 16 ust. 1 pkt 4 umowy), to zdaniem Sądu Okręgowego żądanie w tym zakresie, obejmujące okres od 1.10.2015 r. do 9.09.2016 r. (344 dni), było w całości bezzasadne. Zgodnie z postanowieniami umowy na wykonawcy ciążył także obowiązek przedstawienia w terminie 5 dni od dnia przekazania placu budowy Planu Zapewnienia Jakości [dalej PZJ] i uzyskanie jego zatwierdzenia przez zamawiającego.

Analizując za powodem przesłanki do naliczenia tej kary w pierwszej kolejności wskazano, co wynika ze stosownych protokołów złożonych do akt, że nie doszło do przekazania przez pozwaną jednorazowo w całości placu budowy. Przekazywanie następowało częściami, co uniemożliwiało powodowi wykonanie obowiązku w zakresie sporządzenia PZJ.

Zdaniem Sądu Okręgowego już sam sposób przekazywania placu budowy dawał wykonawcy podstawy do przyjęcia w sposób dorozumiany, że strony odstąpiły od sporządzania PZJ, w szczególności, że zamawiająca nigdy nie wzywała spółki (...) do przedłożenia tego Planu, co czyni logicznym wniosek, że był on zbędny z punktu widzenia realizacji przedmiotu umowy.

Niezależnie od powyższego Sąd Okręgowy wskazał, że (...) sp. z o.o. przekazał pozwanej szereg dokumentów, zawierających informacje składające się na tenże Plan. Mając na uwadze działania podjęte przez powodowego wykonawcę na przedmiotowej inwestycji celem zapewnienia sprawnego przebiegu robót i ich jakości, a także specyfikę tej inwestycji, która toczyła się w kilku miejscach, przy przekazywaniu placu budowy wykonawcy częściami i przy wydłużeniu terminu na wykonanie jednego elementu powiązanego z zadaniem na rzecz Komendy Wojewódzkiej PSP, przy jednoczesnym braku wiarygodnych dowodów na żądanie przez zamawiającego od wykonawcy przedstawienia PZJ i wykonanie umowy z ledwie trzydniowym opóźnieniem bez formalnego przedstawienia rzeczowego Planu, to żądanie kary z tego tytułu uznać należy za zupełnie bezzasadne, a wręcz niedopuszczalne. Pomimo istnienia

dziennika budowy, narad koordynacyjnych, korespondencji e-mail między inspektorem nadzoru w toku inwestycji przedstawicielami zamawiającego a przedstawicielami wykonawcy nie ma żadnego śladu, żeby inspektor nadzoru lub przedstawiciel KM PSP wzywał (...)

do przedstawienia PZJ czy to po przekazaniu pierwszej części placu udowy (pierwszej jednostki), czy kolejnych, bądź w którymkolwiek innym momencie. Brak pisemnych ponagleń jest tym bardziej zadziwiający, że wg strony pozwanej PZJ był bardzo ważnym wymogiem prawidłowego wykonania inwestycji i to inwestycji finansowanej ze środków zewnętrznych Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, a więc skrupulatnie rozliczanych. Z tych względów żądanie blisko 3 mln zł kary za nieprzedstawienie PZJ, który w żaden sposób nie rzutował na wykonanie przedmiotu umowy, ani jego jakość czy prawidłowość uznać wręcz należy w tych okolicznościach jako nadużycie chociażby w aspekcie zasad współżycia społecznego, niezależnie od możliwości miarkowania tej kary.

Mając to na uwadze Sąd Okręgowy uznał naliczoną przez pozwaną karę umowną w wysokości 2.978.937 zł za nieprzedstawienie PZJ za absolutnie bezzasadną i jako taka nie mogła wywołać skutku w postaci potrącenia jej w jakiegokolwiek części z wynagrodzeniem powoda. Ostatecznie zatem uzasadniona suma kar umownych przedstawionych przez pozwaną do potrącenia wyniosła 274.871,95 zł [25.903,80 zł + 235.292,85 zł + 13.675,30 zł].

W ocenie Sądu Okręgowego powyższa kwota w ramach powództwa głównego podlegała jeszcze miarkowaniu na podstawie art. 484 § 2 k.c.

Sąd zważył, że po weryfikacji wysokości rzeczonych kar kwota 274.871,95 zł jest stosunkowo nieduża w zestawieniu z wysokością całości wynagrodzenia powoda z umowy, ale już znaczna w stosunku do kwoty wynagrodzenia żądanej pozewm głównym. Sąd Okręgowy uwzględnił również fakt, że na przedmiotową inwestycję pozwana otrzymała dotację z Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w łącznej wysokości 4.261.140,81 zł, która to dotacja została rozliczona, a zatem instytucja finansująca uznała, że inwestycja została wykonana prawidłowo, a środki z otrzymanej dotacji wydatkowane.

Nadto Sąd pierwszej instancji argumentował, że pozwana nie poniosła z tytułu nienależytego wykonania umowy przez powoda żadnej szkody, rozliczając umowę, a więc uzyskując niemal w 100% sfinansowanie inwestycji. Fakt nieponiesienia przez pozwaną nawet najmniejszej szkody przekonuje też o niewspółmierności kary. Jednocześnie Sąd wziął pod uwagę to, że inwestycja, choć zrealizowana z trzydniowym opóźnieniem, to jednak została wykonana w całości, a zastrzeżenia do wykonawstwa miały charakter drobny i szybko zostały usunięte. Poza tym powód oddał przewidziany w umowie obiekt, wykonany zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, pozwana natomiast nie wywiązała się w całości z obowiązku zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Ostatecznie więc Sąd Okręgowy przyjął, że przy takich przesłankach właściwym będzie zmiarkowanie kary umownej do 25%, przyjmując że ta kwota spełni funkcję kompensacyjną z punktu widzenia pozwanej. Z tych względów do potrącenia z wynagrodzeniem powoda pozostała kwota 68.717,98 zł [274.871,95 zł x 25%]. Dokonując kompensaty kary umownej w kwocie 68.717,98 zł Sąd zaliczył ją na poczet najdawniej wymagalnej faktury powoda nr (...). W konsekwencji zasądzeniu od strony pozwanej na rzecz strony powodowej podlegała kwota 1.115.505,73 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie w transakcjach handlowych od kwoty 783.819,95 zł od 16 października 2016 r., od kwoty 73.847 zł od 31 października 2016 r., od kwoty 248.278 zł od 24 listopada 2016 r. i od kwoty 9.560,36 zł od 24 grudnia 2016 r., a więc zgodnie z terminami płatności faktur.

W pozostałym zakresie powództwo główne podlegało oddaleniu.

Pozwana zaskarżyła wyrok w całości, zarzucając mu:

1. naruszenie prawa procesowego, tj. art. 64 § 1<sup>1</sup> k.p.c. i art. 65 § 1 k.p.c. w zw. z art. 67

§ 1 k.p.c. poprzez przyznanie zdolności sądowej i procesowej podmiotowi nieistniejącemu, mające wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia w zakresie ustalenia strony pozwanej,

2. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez zastąpienie zasady swobodnej oceny dowodów oceną dowolną, polegającą na wybiórczej i pobieżnej analizie dowodów zgromadzonych w sprawie, przejawiające się:

1) ustaleniem, że pozwana w sposób dorozumiany wyraziła zgodę na niesporządzenie przez powoda Planu Zapewnienia Jakości – podczas, gdy prawidłowo oceniony materiał dowodowy wskazuje, iż:

a) etapowe wydawanie frontu robót nie miało żadnego znaczenia dla sporządzenia PZJ, bowiem rodzaj i zakres prac do jakich powód się zobowiązał był dla niego znany jeszcze przed zawarciem umowy, PZJ można zatem było sporządzić niezależnie od tego kiedy powód wchodził na poszczególne obiekty,

b) ustalenie takie jest sprzeczne:

- ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym, w tym w szczególności zeznaniami świadka powołanego przez powoda – A. J. (protokół rozprawy z dnia 25 czerwca 2019 r. 1:14:14 - 1:18:20), który zeznaje, że strony uzgodniły, że planu sporządzać nie będą, z dowodami z dokumentów, w tym z dokumentem umowy nr (...) oraz aneksami nr (...) do tej umowy – w zakresie w jakim Sąd nie uwzględnił, że wszelkie zmiany umowy wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności;

- z zasadami doświadczenia życiowego, w tym w szczególności zasadami obowiązującymi jednostki sektora finansów publicznych,

skutkujące uznaniem przez Sąd I instancji za całkowicie bezzasadną nałożoną przez pozwaną na powoda karę za nieprzedstawienie w terminie PZJ oraz mające wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia w zakresie zasądzonego od pozwanej na rzecz powoda roszczenia;

2) ustaleniem, że pomimo nieprzedłożenia Planu Zapewnienia Jakości jako odrębnego dokumentu powód na bieżąco przedkładał dokumenty i podejmował działania, których zakres i rodzaj stanowił elementy składowe Planu Zapewnienia Jakości, podczas gdy prawidłowa ocena materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie wskazuje, iż działania powoda miały charakter wyłącznie incydentalny

i jednostkowy i nie stanowiły realizacji obowiązku sporządzenia PZJ, mające wpływ na treść zaskarżonego rozstrzygnięcia w zakresie zasądzonej od pozwanej na rzecz powoda kwoty,

3) ustaleniem, że powód zgłaszał pozwanej podwykonawców, podczas gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy – w tym w szczególności treść i rodzaj dokumentów dotyczących poszczególnych podwykonawców – nie pozostawia wątpliwości, że powód przedkładał pozwanej jedynie pisma, w których wskazywał określony podmiot jako potencjalnego podwykonawcę, załączając do tego pisma wyłącznie projekt umowy bez dodatkowej dokumentacji technicznej i bez wskazanych w treści umowy załączników – co uniemożliwia ustalenie, że dany podwykonawca został zgłoszony – mające wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia w zakresie w jakim Sąd miarkował karę bez uwzględnienia winy powoda, oceny stopnia naruszenia interesu pozwanej na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy oraz zawodowego charakteru działalności powoda,

4) pominięciem w procesie ustalania okoliczności faktycznych związanych ze zgłaszaniem pozwanej podwykonawców pisma pozwanej z dnia 5 listopada 2015 r. stanowiącego sprzeciw pozwanej wobec przedkładanych projektów umów dotyczących S. O., M. G. oraz J. M. skutkujące uznaniem, że pozwana nie sprzeciwiła się żadnemu z podwykonawców – mające wpływ na treść orzeczenia w zakresie w jakim Sąd dokonał miarkowania kary z pominięciem stopnia winy powoda, oceny stopnia naruszenia interesu pozwanej na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy oraz zawodowego charakteru działalności powoda;

3. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 484 § 2 k.c. poprzez jego:

1) nieprawidłową wykładnię przejawiającą się w pominięciu przy ustalaniu kryteriów oceny „rażącego wygórowania” elementów takich jak:

- a) stopień winy dłużnika,
- b) stopień naruszenia interesu wierzyciela wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania,
- c) zawodowy charakter działalności dłużnika,
- d) formalizm i rygory obowiązujące przy wydatkowaniu środków publicznych

oraz ograniczenie się wyłącznie do rozpatrywania „rażącego wygórowania” przez pryzmat stosunku kary umownej do wysokości szkody poniesionej oraz proporcji tej kary w stosunku do umówionego wynagrodzenia;

2) nieprawidłowe zastosowanie polegające na ustaleniu cechy „rażącego wygórowania” kary umownej poprzez odwołanie się do stosunku pomiędzy karą naliczoną a wysokością dochodzonego w postępowaniu roszczenia, w miejsce stosunku pomiędzy karą zastrzeżoną a wartością wynagrodzenia.

Mając na uwadze powyższe zarzuty pozwana wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanej kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Powód w odpowiedzi na apelację wniósł o jej oddalenie w całości oraz o zasądzenie od pozwanej na jego rzecz kosztów postępowania apelacyjnego według norm przepisanych.

#### ***Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.***

Apelacja pozwanej, choć trafnie eksponuje pewne kwestie, podlegała jednak oddaleniu. Zaskarżony wyrok, pomimo opisanych niżej mankamentów argumentacji Sądu I instancji, odpowiada bowiem ostatecznie prawu.

Wstępnie przypomnieć należy, że zgodnie z art. 378 § 1 k.p.c. Sąd drugiej instancji rozpoznaje sprawę w granicach apelacji; w granicach zaskarżenia bierze jednak z urzędu pod rozwagę nieważność postępowania. Zgodnie z utrwaloną w orzecznictwie wykładnią tej normy Sąd drugiej instancji nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiążą go natomiast zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego – w granicach zaskarżenia bierze jednak z urzędu pod uwagę nieważność postępowania (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2008 r., sygn. akt III CZP 49/07, OSNC 2008, nr 6, poz. 55).

Z kolei zgodnie z art. 382 k.p.c. Sąd drugiej instancji orzeka na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym. Z regulacji tej wynika, że postępowanie apelacyjne polega na merytorycznym rozpoznaniu sprawy. Wyrok sądu drugiej instancji musi zatem opierać się na jego własnych ustaleniach faktycznych, poprzedzonych ponowną oceną materiału procesowego, a następnie na jego własnej materialnoprawnej ocenie zgłoszonych w sporze żądań i zarzutów.

Wykonując ten obowiązek, Sąd Apelacyjny dokonał własnej oceny przedstawionego pod osąd materiału procesowego, dokonując w sprawie własnych ustaleń faktycznych.

Wykonując ten obowiązek, Sąd Apelacyjny dokonał własnej oceny przedstawionego pod osąd materiału procesowego i w jej wyniku stwierdził, że Sąd Okręgowy w sposób prawidłowy przeprowadził postępowanie dowodowe, a poczynione ustalenia faktyczne (zawarte w wyodrębnionej redakcyjnie części uzasadnienia zaskarżonego wyroku) nie są wadliwe i znajdują odzwierciedlenie w treści przedstawionych w sprawie dowodów. Sąd odwoławczy ustalenia Sądu Okręgowego czyni częścią uzasadnienia własnego wyroku, nie znajdując potrzeby ponownego ich szczegółowego przytaczania, szczególnie wobec wyraźnej dyspozycji art. 387 § 2<sup>1</sup> k.p.c. w tym zakresie.

Wyjątek uczynić należy jedynie odnośnie do ustalenia Sądu Okręgowego, w świetle którego uznano za udowodniony fakt złożenia konkludentnych oświadczeń woli o zmianie umowy i wyeliminowania z jej treści obowiązku zapłaty kary umownej za opóźnienie w przedstawienu Planu Zapewnienia Jakości. Ustalenie to Sąd Okręgowy poczynił dokonując oceny prawnej zachowań obu stron umowy w trakcie jej wykonywania (w istocie chodziło o zaniechanie egzekwowania przez pozwaną Gminę złożenia dokumentu). Pominął Sąd jednak to, że w niniejszej sprawie strony umowy były prawnie ograniczone jeśli chodzi o wybór formy swoich oświadczeń woli zmieniających umowę. Zarówno z normy prawa materialnego (art. 139 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) w zw. z art. 77 §1 k.c.) jak i z umowy (§18 ust 1) wynika bowiem, że zmiana umowy dla swej ważności wymagała zachowania formy pisemnej. Oznacza to, że przez czynności dorozumiane nie mogło dojść do skutecznej zmiany umowy. Stąd też, nie zmieniając ustaleń Sądu co do przebiegu wykonania umowy przyjąć należy, że błędnym jest wywodzenie z zachowania się stron skutku w postaci zmiany umowy i ten fakt zostaje przez Sąd odwoławczy pominięty. Nie oznacza to, że sposób wykonywania umowy (również zachowanie się obu stron w zakresie umownego wymogu przedstawienia Planu Zapewnienia Jakości) nie wymaga odpowiedniej oceny materialnoprawnej. Ocena ta zostanie przedstawiona w ramach odniesienia się do zarzutów apelacji.

Poza opisanym wyżej aspektem formy zmiany umowy, trafna jest i nie wymaga korekt kwalifikacja prawna powództwa i zarzutów pozwanego. Stąd też także w tym zakresie Sąd odwoławczy przyjmuje za część własnego uzasadnienia wywody prawne przedstawione przez Sąd Okręgowy. Niezbędne uzupełnienia argumentacji prawnej przedstawione zostaną w ramach odniesienia się do zarzutów apelującego.

Przechodząc do oceny apelacji w pierwszej kolejności rozważyć należy zarzuty dotyczące obecności po stronie powodowej podmiotu nieistniejącego (nieposiadającego zdolności sądowej). Jeżeli bowiem okazałyby się one zasadne, postępowanie przed Sądem pierwszej instancji dotknięte byłoby nieważnością, co skutkowałoby koniecznością wydania przez Sąd Apelacyjny wyroku o charakterze kasatoryjnym, bez badania meritum sprawy.

Zarzuty strony pozwanej w tej mierze okazały się jednak chybione. Strona pozwana została bowiem oznaczona przede wszystkim jako Gmina Miasto S.. Nie ulega wątpliwości, że podmiot tak oznaczony posiada zdolność sądową. Następnie (po myślniku) oznaczenie pozwanego uzupełniono (zgodnie z treścią pozwu i odpowiedzi na pozew) o wskazanie (sub)jednostki organizacyjnej, z której działalnością obie strony wiązały dochodzone roszczenie. Konstrukcja użyta dla oznaczenia strony będącej samorządową osobą prawną w niniejszej sprawie (wskazanie oznaczenia tej osoby i dalej jednostki organizacyjnej z której działalnością - w ramach struktury korporacji publicznoprawnej - wiąże się dochodzone roszczenie), wzorowana jest na sposobie oznaczenia Skarbu Państwa w procesie (gdzie z treści normy prawnej wyprowadza się w nauce i praktyce wymóg dookreślenia w wyroku jednostki organizacyjnej z której działalnością wiąże się dochodzone roszczenie – por. art. 67 §2 zdanie pierwsze k.p.c.).

W przypadku samorządowych osób prawnych prawo procesowe nie wymaga oznaczenia (dookreślenia) po wskazaniu strony procesu także statio municipii z którego działalnością wiąże się dochodzone roszczenie. Praktyka taka jest wprawdzie niekiedy stosowana (a także wręcz oczekiwana - zwłaszcza przez samorządowe osoby prawne jako ułatwiająca rozliczenia wewnątrz korporacji samorządowej). Stanowi ona jednak w aspekcie procesowym swoiste superfluum w stosunku do wymogu oznaczenia jako strony jednostki samorządu terytorialnego. Przyjęte w niniejszej sprawie oznaczenie (dookreślenie) strony w pismach nie powinno powodować bowiem obecnie wątpliwości w praktyce, że stroną pozwaną jest samorządowa osoba prawna (np. gmina lub powiat). Przeniesienie oznaczenia do wyroku również nie wpływa więc na ocenę zdolności sądowej strony. W ocenie Sądu Apelacyjnego jednak dookreślenie takie jako zbędne nie powinno znajdować wyrazu w treści orzeczenia. W odniesieniu do samorządowych jednostek organizacyjnych brak jest bowiem odpowiednika art. 67 § 2 zdanie pierwsze k.p.c.. Jedynie zatem w odniesieniu do statio fisci (nie zaś statio municipi) jej konkretne wskazanie posiada swoje znaczenie procesowe. W przypadku tych drugich należy jedynie (zgodnie z zasadami ogólnymi prawa procesowego) podać dane indywidualizujące osobę prawną - jednostkę samorządu terytorialnego, w ramach której wyodrębniona została dana (sub)jednostka organizacyjna. Sąd Apelacyjny przyjmuje, że zbędne prawnie dookreślenia nie powinny znajdować się w treści wyroku, gdyż mogą powodować wątpliwości (pociągać za sobą konieczność wykładni wyroku) np. na etapie postępowania

egzekucyjnego, czy też generować zbędne spory między stronami co do podmiotowego zakresu powagi rzeczy osądzonej, pozytywnego skutku prawomocności wyroku itp.. Przeniesienie więc takiego dookreślenia z treści pisma procesowych należy traktować jako oczywistą niedokładność podlegająca rektyfikacji na podstawie zasadzie art. 350 § 1 k.p.c. w zw. z art. 350 § 3 k.p.c.

Zaskarżony wyrok zawiera zatem prawidłowe wskazanie jako pozwanej Gminy Miasto S. oraz zbędny dodatek – jedynie dodatek, gdyż nic nie wskazuje na to, aby tak Sąd Okręgowy, jak i powód upatrywali podmiotowości prawnej Komendy jako takiej, w oderwaniu jej od Gminy.

Z umowy, która stanowi podstawę sporu wynika jednoznacznie wynika, że została ona zawarta przez Gminę S. (zaś właściwy komendant straży pożarnej występował jedynie jako pełnomocnik Gminy na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez Prezydenta Miasta). Analogicznie rzecz się ma w procesie – gdzie wdając się w spór pełnomocnik pozwanej legitymował się pełnomocnictwem udzielonym przez Prezydenta i następnie substytuowanym na radcę prawnego. W tym kontekście błędna jest zatem prezentowana przez apelującą alternatywa w postaci konieczności pozwania Gminy Miasto S. albo Skarbu Państwa – Komendy Miejskiej Państwowej Straży Pożarnej w S., ewentualnie obu tych podmiotów jednocześnie.

Niewątpliwie w sprawie prawidłowo (zgodnie z treścią stosunku prawnego leżącego u podstaw roszczenia procesowego) pozwano bowiem Gminę, która była stroną umowy o roboty budowlane.

Dla wyczerpania odniesienia się do argumentacji pozwanej dodać należy, że jakkolwiek wyodrębnienie w strukturze organizacyjnej samorządu terytorialnego i Skarbu Państwa jednostek straży pożarnej może nastroczać trudności, to jednak pozwana w swoim wywodzie odniosła się jedynie do ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym. Miasto S. tymczasem stanowi nie tylko gminę miejską, lecz jest również miastem na prawach powiatu. Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym miasto na prawach powiatu jest gminą wykonującą zadania powiatu na zasadach określonych w tej ustawie. Umiejscawiając w tej perspektywie Komendę Miejską Państwowej Straży Pożarnej należy mieć na względzie, że zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 16 u.s.p. powiat (a zatem, *lege non distinguente nec nostrum est distinguere*, również miasto na prawach powiatu) powiat wykonuje określone ustawami zadania publiczne o charakterze ponadgminnym w zakresie ochrony przeciwpowodziowej, w tym wyposażenia i utrzymania powiatowego magazynu przeciwpowodziowego, przeciwpożarowej i zapobiegania innym nadzwyczajnym zagrożeniom życia i zdrowia ludzi oraz środowiska. Do zadań publicznych powiatu należy również zapewnienie wykonywania określonych w ustawach zadań i kompetencji kierowników powiatowych służb, inspekcji i straży (art. 2 ust. 4 u.s.p.). Kierownicy ci wykonują je natomiast przy pomocy jednostek organizacyjnych – komend i inspektoratów (art. 33a ust. 1 u.s.p.). Jednostki te są powiatowymi jednostkami budżetowymi, w rozumieniu ustawy o finansach publicznych (art. 33a ust. 3 u.s.p.). Taka kwalifikacja konkretnie komendy miejskiej Państwowej Straży Pożarnej jest także potwierdzona w orzecznictwie (por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w S. z dnia 23 lipca 2013 r., sygn. akt I SA/Sz 587/13, Lex nr 1348196). KM PSP w S. stanowi jednostkę budżetową Gminy Miasta S., jako miasta na prawach powiatu, co oznacza że w sferze majątkowej „wpisana jest” prawnie w strukturę samorządowej osoby prawnej.

W rezultacie także i z tej przyczyny uznać należy za niezasadny zarzut braku zdolności sądowej po stronie pozwanej względnie (jak zdaje się sugerować dalsza część argumentacji pozwanej) braku legitymacji biernej pozwanej oznaczonej jak w wyroku.

Odnosząc się do dalszych zarzutów pozwanej stwierdzić należy, że (jak wyjaśniono wyżej) Sąd pierwszej instancji błędnie przyjął, iż między stronami doszło do konkludentnej zmiany umowy. Nie zmienia to jednak oceny prawidłowości ustaleń Sądu dotyczących etapu wykonania umowy. Istotne w kontekście roszczenia o zapłatę kary umownej są te fakty, które jednoznacznie wskazują na to, że pozwany (w ty zwłaszcza inspektor nadzoru jako podmiot nadzorujący wykonanie umowy w jego imieniu) nie oczekiwał (nie domagał się) przedstawienia Planu Zapewnienia Jakości (PZJ).

Zgodnie z § 6 ust. 2 pkt 4 łączącej strony umowy do obowiązków wykonawcy (a więc (...) sp. z o.o.) należało przedstawienie PZJ w terminie 5 dni od dnia przekazania placu budowy i uzyskanie jego zatwierdzenia przez zamawiającego. Niewypełnienie w terminie tego zobowiązania zostało obwarowane karą umowną naliczaną w stosunku do wynagrodzenia wykonawcy za każdy dzień opóźnienia.

Skarżąca wskazuje na rozbieżność między ustaleniem Sądu co do dokonanej jakoby w sposób dorozumiany zmiany umowy a uznanymi za wiarygodne zeznaniami świadka A. J., w których wskazywał, że strony uzgodniły, iż planu sporządzać nie będą. Uzgodnienie, a więc w istocie ustna zmiana umowy w tym zakresie, oczywiście czyniłaby zbędnym ocenianie czy do zmiany doszło w sposób dorozumiany (poprzez czynności dorozumiane), a więc w drodze czynności faktycznych świadczących o złożeniu zgodnych oświadczeń woli w sposób konkludentny.

Jak wskazano wyżej strony nie mogły jednak dokonać ustnie lub konkludentnie zmiany postanowienia umowy zawartej w formie pisemnej. (...) sp. z o.o. oraz pozwana Gmina zawarły umowę o roboty budowlane w reżimie prawa zamówień publicznych. Zgodnie z art. 139 ust. 2 ówczesnie obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych umowa wymagała, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba, że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej. W przypadku zatem dokonania zmiany umowy niezgodnie z art. 139 ust. 2 p.z.p. z 2004 r. w zw. z art. 77 § 1 k.c. zmiana ta była nieważna (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 kwietnia 2017 r., sygn. akt V CSK 481/16, Lex nr 2269071). Modyfikacja umowy w innej formie niż pisemna była dotknięta z mocy art. 58 § 1 k.c. sankcją nieważności jako sprzeczna z bezwzględnie obowiązującym przepisem art. 77 § 1 k.c. stanowiącym, że uzupełnienie lub zmiana umowy wymagają zachowania takiej formy, jaką ustawa (a więc w tym wypadku art. 139 ust. 2 p.z.p. z 2004 r.) lub strony przewidziały w celu jej zawarcia.

Obowiązek zachowania formy pisemnej wynika nadto z treści § 18 ust. 1 zdanie pierwsze umowy, gdzie przewidziano, że każda jej zmiana wymaga aneksu w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

Zatem przyjęć należy, że Sąd Okręgowy bezzasadnie uznał nieskuteczność zarzut potrącenia kary umownej jedynie w oparciu o przedstawione (wadliwe) ustalenie faktyczne.

Sąd odwoławczy jednak (jak wyjaśniono wstępnie) ma obowiązek przedstawienia własnej materialnoprawnej oceny żądań i zarzutów. W tym świetle obowiązkiem Sądu Apelacyjnego stało się rozważenie okoliczności sprawy i dokonanie właściwej oceny prawnej zarzutu potrącenia.

Po pierwsze rozważyć należy znaczenie obowiązku sporządzenia Planu Zapewnienia Jakości w kontekście umownego stosunku prawnego między stornami. Dokument ten (o sformalizowanej w świetle umowy treści) nie stanowił elementu składającego się na przedmiot głównego świadczenia wykonawcy (jakim było wykonanie objętych zamówieniem publicznymi robót budowlanych). Plan ten miał w swej istocie projektować (modelować) przebieg wykonawstwa. W świetle Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót PZJ wskazywać miał zatem na założenia wykonawcy co do przebiegu robót (opisywać organizację robót, w tym terminy i sposób ich prowadzenia, organizację ruchu na budowie, wykaz zespołów roboczych ich kwalifikacje i przygotowanie praktyczne, zawierać zapisy dotyczące BHP, wykaz osób odpowiedzialnych za jakość i terminowość wykonania poszczególnych elementów robót, opisywać system i procedurę proponowanej kontroli i sterowania jakością robót czy wreszcie zawierać opis sprzętu i urządzeń do pomiarów i kontroli). Nadto plan miał zawierać szereg danych szczegółowych dotyczących używanych przez wykonawcę maszyn i urządzeń sposobów zabezpieczenia i pomiarów oraz sposobu postępowania z materiałami i odpadami (w rozbiciu na poszczególne elementy zamówionych robót).

Treść tego dokumentu w powiązaniu z obowiązkiem jego przedstawienia do zatwierdzenia niezwłocznie po przejęciu placu budowy wskazuje jednoznacznie na to, że miał on służyć pozwanemu do wykonywania czynności kontrolujących przebieg prac (poprawność i zgodność z założeniami jakościowymi wykonawstwa w jego toku). Dawać zatem miał punkt wyjścia dla dokonywania czynności pozwanego jako wierzyciela (zamawiającego) w kontekście uprawnień, o których mowa w art. 635 i 636 k.c. w zw. z art. 656 k.c.



Świadczenie polegające na sporządzeniu PZJ nie miało zatem odrębnego (samoistnego) znaczenia. Świadczenie to kwalifikować należy jako uboczne (akcesoryjne) zastrzeżone w interesie zamawiającego jedynie dla potrzeb kontroli przebiegu procesu świadczenia dotyczącego głównego przedmiotu umowy (ze swej istoty rozciągniętego w czasie i wymagającego złożonej sekwencji czynności wykonawczych oraz organizujących przebieg robót). Zatem obowiązek ten tracił całkowicie znaczenie w momencie odbioru robót.

Sporządzenie PZJ niewątpliwie wymagało też współdziałania ze strony wierzyciela (o czym świadczy choćby kwestia wymogu zatwierdzenia dokumentu, Z treści art. 354 §2 k.c. wynika zaś, że wierzyciel winien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania zgodnie z wzorcem określonym w art. 354 §1 k.c. (a więc zgodnie z treścią zobowiązania dłużnika i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom).

W tym kontekście oceniać należy kwestię wprowadzonych przez pozwanego zmian jeśli chodzi o udostępnienie placu budowy ( odstąpienie od wynikającego z umowy udostępnienia całości na rzecz praktyki przekazywania częściami, jako okoliczności istotnie utrudniającej (wiążące wykonawcę) zaplanowanie ex ante organizacji i przebiegu całości robót z rozbiem na poszczególne elementy.

W tym też świetle lokować należy zachowanie pozwanego polegające na zaniechaniu zwerbalizowania żądania przedłożenia planu i akceptacji praktyki polegającej na przekazywaniu w toku robót dokumentów jednostkowych, zawierających dane które miały być objęte planem. Na sporządzenie PZJ zastrzeżono relatywnie krótki (pięciodniowy) termin liczony od daty przejęcia placu. W tym kontekście (wobec niewykazania by pozwana domagała się przedłożenia PZJ do zatwierdzenia czy też uzależniała od tego aktu np. dokonywanie odbiorów robót- a zatem nie akceptowała stanu w którym planu nie sporządzono) oceniać należy okres, za jaki pozwana domaga się zasądzenia kary umownej (zatem wysokość kary).

Nie może być zatem obojętne dla oceny żądania skarżącej mającego uzasadniać zarzut potrącenia to, w jaki sposób wykonywała ona swoje uprawnienia dotyczące nadzoru w toku robót budowlanych a zwłaszcza to, że nie domagano się w toku wykonawstwa przedstawienia planu, by następnie (dopiero po odbiorze robót) sformułować żądanie zapłaty kary umownej.

Ocena ta musi uwzględniać opisane wyżej znaczenie obowiązku sporządzenia PZJ w strukturze zobowiązania łączącego strony a także fakt, że niewykonanie tego obowiązku nie pociągało żadnych ujemnych konsekwencji dla pozwanego. Nie wykazano bowiem, by z zaniechaniem wykonania łączyła się jakakolwiek szkoda (np. konieczność poniesienia dodatkowych kosztów związanych z nadzorem nad inwestycją) lub choćby istotne utrudnienia w wykonywaniu nadzoru inwestorskiego. Kwestie takie nie wynikają z materiału procesowego.

W ocenie Sądu Apelacyjnego w realiach niniejszej sprawy żądanie zapłaty kary umownej (przedstawione do potrącenia) uznać należy za sprzeczne ze społeczno – gospodarczym celem tego prawa a także z zasadami współżycia społecznego.

Zastrzeżona kara umowna miała bowiem w tym przypadku przede wszystkim charakter stymulacyjny (wymuszać miała przedstawienie planu wówczas gdy dokument ten miał znaczenie dla procesu wykonywania robót). Skoro zaś pozwany w istocie nie żądał złożenia PZJ mimo upływu terminu i przystąpienia przez powoda do robót, odbierał roboty i sprawował nadzór nad nimi mimo braku planu, to obecne żądanie jawi się jako sprzeczne z celem zastrzeżenia umownego.

Przypomnieć ponownie należy że strony stosunku umownego zobowiązane są do współdziałania opartego o wzorce lojalności kontraktowej odwołujące się do zasad współżycia społecznego.

W relacjach pomiędzy przedsiębiorcami (a w tym charakterze wystąpiła w niniejszym postępowaniu pozwana Gmina) zasady współżycia społecznego należy rozumieć jako zasady rzetelności i lojalności w stosunku do partnera umowy (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2003 r., sygn. akt V CK 241/02, Lex nr 175961). W płaszczyźnie

stosunków kontraktowych zasady te wyrażają się istnieniem powszechnie akceptowanych reguł przyzwoitego zachowania się wobec kontrahenta. Szczególne znaczenie mają reguły uczciwości i rzetelności tzw. kupieckiej, których należy wymagać od przedsiębiorcy - profesjonalisty na rynku, a mianowicie przestrzegania dobrych obyczajów, zasad uczciwego obrotu, rzetelnego postępowania czy lojalności i zaufania. Każda ze stron umowy powinna zatem powstrzymać się od wszelkich zachowań, które świadczą

o braku respektu dla interesów partnera lub wywołują uszczerbek w tych interesach (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2010 r., sygn. akt IV CSK 555/09, Lex nr 885035; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 29 lipca 2014 r., sygn. akt I ACa 353/14, Lex nr 1498959).

Jedną z elementarnych, ogólnosystemowych zasad prawa cywilnego jest ugruntowany historycznie i posiadający silne uzasadnienie etyczne zakaz występowania przez stronę stosunku cywilnego przeciwko temu, co wynika z jej własnych czynów (przeciwko temu, co jest konsekwencją jej zaniechań lub działań - *venire contra factum proprium nemini licet*).

Zasada ta nie pozwala na prawne sankcjonowanie uznania skutków wywodzonych przez stronę z zachowania się strony przeciwnej dokonanego w zaufaniu do niełojalnego kontrahenta (jego postawy, żądań itp. w toku dokonywania czynności). Innymi słowy – stanowi ona zakaz uznania za prawnie relewantne czyjś zachowanie, jeśli pozostaje ono w sprzeczności z faktem (stępn faktycznym) kreowanym przez zachowanie podmiotu niełojalnego. Zasada ta uznawana za jedną z fundamentalnych dla systemu prawa cywilnego, musi być uwzględniana w orzecznictwie - por. np. M. Grochowski *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM A ZAUFANIE I „SŁABOŚĆ SYTUACYJNA”*. W: M. Boratyńska (red.) *Ochrona strony słabszej stosunku prawnego. Księga jubileuszowa ofiarowana Profesorowi Adamowi Zielińskiemu Wolters Kluwer, 2016.*).

Skoro w niniejszej sprawie sam pozwany nie przestrzegał wymogów dokumentacyjnych, od których w umowie uzależniał przystąpienie do wykonywania robót budowlanych to nie może obecnie wywodzić roszczenia przedstawionego do potrącenia z faktu niezachowania tego wymogu przez wykonawcę. To inwestor działając poprzez osoby nadzorujące w jego imieniu przebieg procesu budowlanego (wyposażane przez przepisy prawa budowlanego i umowę w szerokie kompetencje kontrolne) tworzył bowiem faktycznie praktykę przebiegu robót między stronami .

Innymi słowy z uwagi na stymulacyjny charakter zastrzeżenia kary umownej w tym przypadku, lojalność kontraktowa (poszanowanie dla interesów wykonawcy) wymagała od pozwanej Gminy, by wezwać wykonawcę możliwie najprędzej do przedłożenia Planu Zapewnienia Jakości (egzekwować sporządzenie takiego planu w czasie, gdy posiadał jeszcze znaczenie dla procesu wykonania umowy), względnie dochodzenie kary umownej wówczas, gdy sporządzenie planu zachowywało jeszcze swoje znaczenie dla realizacji inwestycji, nie będąc faktycznie zastąpionym przez inne mechanizmy nadzoru. Nie może znaleźć ochrony prawnej formułowanie przez Gminę swojego roszczenia dopiero na etapie powykonawczym, (a więc wówczas gdy formalnie kara ta posiadała już formalnie wartość całkowicie niewspółmierną do znaczenia zastrzeżenia umownego i wartości świadczenia głównego) i instrumentalne wykorzystywanie tego uprawnienia w celu jedynie uniknięcia obowiązku zapłaty wynagrodzenia (istotnej jego części).

W rezultacie przyjąć trzeba, że uwzględnienie kary umownej z tego tytułu stałoby w sprzeczności z art. 5 k.c.,

Z tym odmiennym od przyjętego przez Sąd Okręgowy uzasadnieniem uznać należy, że rozstrzygnięcie odmawiające uwzględnienia w tej części zarzutu potrącenia musi być uznane za prawidłowe (ostatecznie zgodne z prawem)

W przedstawionym świetle w sprawie nie miało zatem istotnego znaczenia to, czy (...) sp. z o.o. rzeczywiście przedkładał wszystkie wymagane przez Plan Zapewnienia Jakości dokumenty. Kwestia ta leży poza kognicją Sądu w niniejszym postępowaniu, gdyż samo ich nieprzedłożenie nie stanowiło powodu do naliczenia kar umownych.

Odnosząc się do dalszych zarzutów apelującego stwierdzić należy, że w niniejszej sprawie nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia (objętego wyrokiem częściowym i kwestionowanego w apelacji) kwestia zachowania wymogów umownych jeśli chodzi o zatrudnianie podwykonawców przy wykonaniu świadczenia . Kara umowna z tego tytułu jest

bowiem dochodzona pozwem wzajemnym. Nie ma natomiast żadnych podstaw by przyjąć, że kwestia zachowania tych postanowień umownych przekładała się na rozmiary ( przesłanki miarkowania) kary z tytułu opóźnienia w wykonaniu robót (usuwania usterek). Skarżący nie przedstawił takiego związku poprzestając na argumentach mających świadczyć o nierzetelności kontraktowej wykonawcy. Skoro jednak kwestia ta jest przedmiotem osądu w ramach żądania pozwu wzajemnego, to nie może rzutować na rozstrzygnięcie o powództwie głównym będące przedmiotem analizy w niniejszym wyroku

Obecność podwykonawców nie była istotna dla przekroczenia terminu realizacji inwestycji i wykonania zobowiązań gwarancyjnych. Nie można zatem skutecznie dokonywać ekstrapolacji nagannego rzekomo zachowania wykonawcy w jednym aspekcie sprawy na inne elementy wykonania umowy, (niejako „powiększać rozmiar winy” (...) sp. z o.o. w uchybieniach, za które pozwany rości sobie prawo do kary umownej). Apelująca nie wskazuje w jaki konkretnie sposób zarzucana mu niefrasobliwość i niestaranność, tak co do przedłożenia Planu Zapewnienia Jakości, jak i co do dokumentacji, w tym tej związanej

z podwykonawcami, miałyby wpłynąć na realizację inwestycji, a co za tym idzie na rozmiar naliczonych w stosunku do wykonawcy kar umownych. Stąd też zarzuty dotyczące tej płaszczyzny rozstrzygnięcia uznać należy za pozbawione znaczenia dla oceny poprawności kwestionowanego wyroku . Stąd też zbędne staje się odnoszenie do zarzutu naruszenia art. 233 k.p.c w części poruszającej te kwestie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 484 §2 k.c. stwierdzić wstępnie należy, że apelująca zasadnie akcentuje (utrudniającą zwłaszcza kontrolę apelacyjną ale także właściwe zrozumienie przez strony motywów rozstrzygnięcia odwołujących się do wykonania uprawnień o charakterze dyskrejonalnym wymagających uwzględnienia reguł słuszności) lapidarność argumentacji Sądu Okręgowego w dotyczącej uzasadnienia decyzji o rozmiarze miarkowania kar umownych.

Kara umowna, stanowi postać odpowiedzialności kontraktowej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Norma art. 484 § 2 k.c. określa w sposób wyczerpujący przesłanki miarkowania kary umownej, przewidując taką możliwość w wypadku znacznego wykonania zobowiązania lub rażącego wygórowania kary umownej.

Przez instytucję sądowego miarkowania (obniżenia) kary umownej ustawodawca dąży do zapewnienia dłużnikowi ochrony przed nadmiernie dotkliwymi skutkami, które mogą powstać po jego stronie w razie wadliwej oceny ryzyka mogącej wynikać z okoliczności danego wypadku i przywrócenia w tym zakresie słuszności kontraktowej (por. np. W. Borysiak [w:] K. Osajda [red.], Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2020, Legalis, komentarz do art. 484).

W ustawie brak jest legalnej definicji pojęcia „rażąco wygórowanej” kary umownej, a przy tym treść art. 484 § 2 k.c. nie daje jakichkolwiek wskazówek w tym zakresie. Ustawodawca posługując się tak niedookreślonym pojęciem zapewnił możliwość elastycznego stosowania instytucji miarkowania kary umownej, opierającej się w dużym stopniu na uznaniu sędziowskim, uwzględniającym konkretne okoliczności sprawy ( por. wyrok SN z dnia 30 listopada 2006 r., I CSK 259/06, LEX nr 398369; wyrok SN z dnia 12 maja 2006 r., V CSK 55/06, LEX nr 200875). Sformułowanie przesłanki „rażąco wygórowania” świadczy o tym, że miarkowanie winno mieć miejsce wyjątkowo, tylko wtedy, gdy kara umowna będzie nie tylko wygórowana, ale wygórowana rażąco, czyli w taki sposób, że system prawa nie może tolerować jej dysproporcji w stosunku do słusznych interesów wierzyciela ( wyrok SN z dnia 21 listopada 2007 r., I CSK 270/07, LEX nr 530614; wyrok SN z dnia 17 marca 2003 r., III CKN 122/01, LEX nr 141400).

Zarazem stopień miarkowania kary umownej pozostawiony zostaje sądowi. Odwoływać się zatem należy do poczucia sprawiedliwości sądu (sędziego) sytuowanego w okolicznościach konkretnej sprawy. Szczególne znaczenie należy więc przydać w tym wypadku kwestii (wymagających odpowiedniego doświadczenia zawodowego i zrozumienia procesów gospodarczych) ocen słusznościowych dokonywanych przez sąd I instancji w zakresie przyznanej mu władzy dyskrejonalnej. Jako zawierające w sobie istotny element uznaniowy rozstrzygnięcie sądu pierwszej instancji podlega bowiem korekcie instancyjnej jedynie wówczas gdy wykazane zostanie, że przyjęte kryteria słusznościowe lub

wynik ich zastosowania w istocie wypaczają instytucję miarkowania prowadząc do rozstrzygnięcia oczywiście (rażąco) niesprawiedliwego.

W realiach niniejszej sprawy wyводу takiego nie przedstawiono.

Przypomnieć należy, że kara umowna może być uznana za rażąco wygórowaną już w momencie jej zastrzeżenia bądź też zostać tak zakwalifikowana w następstwie późniejszych okoliczności. Jak przyjęto w orzecznictwie, w przypadku kary umownej za opóźnienie, wysokość stawki kary umownej sama w sobie nie przesądza o rażącym wygórowaniu kary umownej. Dopiero wynikająca z tej stawki i okresu opóźnienia wysokość kary umownej może być uznana za rażąco wygórowaną przy zastosowaniu prawidłowego kryterium oceny ( vide: wyrok SA w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., V ACa 267/10, LEX nr 785490).

Przyjmuje się też, że o wystąpieniu kary umownej rażąco wygórowanej decydować może stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie. Wówczas, gdy kara umowna równa się bądź jest zbliżona do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną w rozumieniu art. 484 § 2 k.c. ( por. wyrok SN z dnia 20 maja 1980 r., I CR 229/80, OSNCP 1980, nr 12, poz. 243).

W tym kontekście trafnie zarzuca skarżący, że Sąd Okręgowy niewłaściwie poprzestał na porównaniu wysokości kary z wartości żądania dochodzonego w prawie (pomijając część wynagrodzenia nieobjętą sporem).

Jednakże w realiach sprawy uwzględniać należy też to, że kara umowna zastrzeżona za zwłokę w spełnieniu świadczenia ma stanowić (między innymi) formę zryczałtowanego naprawienia szkody, za którą ponosi odpowiedzialność dłużnik stosownie do treści art. 477 §1 k.c., w myśl którego, w razie zwłoki dłużnika wierzyciel może żądać, niezależnie od wykonania zobowiązania, naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki. Zatem rażące wygórowanie kary odnosić należy też do szkody jaką wierzyciel poniósł (mógł ponieść) w wyniku zwłoki dłużnika.

Z przyjęcia tezy, że podstawową funkcją kary umownej jest kompensacja szkody, wynikają konsekwencje na etapie jej miarkowania. Powinna ona bowiem służyć ułatwieniu dochodzenia odszkodowania, nie powinna natomiast prowadzić do wzbogacenia się wierzyciela kosztem dłużnika. W ramach przesłanek wskazanych w art. 484 § 2 k.c. Sąd powinien badać istnienie szkody oraz jej rozmiar, oceniany przy założeniu, że uprawnienie do naliczenia kary nie stanowi wystarczającej aksjologicznie podstawy do wzbogacenia się wierzyciela (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 września 2019 r., sygn. akt IV CSK 473/18, Lex nr 2751795 i przywoływane tam wcześniejsze judykaty). Przy ocenie „rażącego wygórowania” na tle konkretnych sporów wskazuje się oprócz stosunku zastrzeżonej kary do wysokości szkody poniesionej przez wierzyciela także na proporcje, w jakich kara ta pozostaje do umówionego wynagrodzenia, przyczynienie się wierzyciela do powstania szkody, stopień winy dłużnika, ocenę stopnia naruszenia interesu wierzyciela wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 20 lutego 2020 r., sygn. akt I ACa 850/19, Lex nr 2923444). W doktrynie wskazano również, że przy ocenie potencjalnego rażącego wygórowania kary umownej należy brać pod uwagę także takie elementy, jak zakres i czas trwania naruszenia przez dłużnika powinności kontraktowych, wagę naruszonych postanowień kontraktowych z punktu widzenia interesów wierzyciela (np. ze względu na charakter spoczywających na dłużniku obowiązków), częściowe lub całkowite naprawienie przez dłużnika szkody in natura (por. W. Borysiak [w:] K. Osajda, ibidem oraz przywoływana tam literatura).

Sąd Okręgowy poza kwestionowanym przez skarżącą argumentem dotyczącym stosunku wysokości kary umownej do wysokości wynagrodzenia żadanego pozwem głównym, przyjęty przez siebie stopień redukcji roszczenia przedstawionego do potrącenia uzasadnił nadto brakiem po stronie pozwanej szkody z tytułu nienależytego wykonania umowy. Kwestii tej nie podważono w apelacji.

Nie powielając trafnych rozważań Sądu Okręgowego w tej mierze, należy dodać, że chociaż upadła spółka (...) sp. z o.o. stanowiła podmiot fachowy, obeznany tak z inwestycjami budowlanymi, jak i z wykonywaniem ich w

ramach zamówień publicznych, to niewykluczonym jest zastosowanie nawet w takim wypadku instytucji sądowego miarkowania kary umownej. Warto zwrócić uwagę na to, że do aktualnego ustawodawstwa nie recypowano art. 190 § 1 Kodeksu handlowego, stanowiącego, że jeżeli przedsiębiorca (nazywany wtedy kupcem) w wykonywaniu swego przedsiębiorstwa zobowiązał się do kary umownej (tam: odszkodowania umownego), nie może żądać jego zmniejszenia. Fachowość obciążanego karami umownymi nie może zatem mieć znaczenia decydującego, w szczególności w sprawach, gdy wierzycielem jest podmiot publiczny. W praktyce obrotu gospodarczego nad wyraz częstym jest natomiast zastrzeżenie przez publicznych zamawiających wyższych kar umownych aniżeli ma to miejsce poza systemem zamówień publicznych.

Trzeba tu również zważyć, że kara umowna, (choć oczywiście niewykluczone jest zastrzeżenie odszkodowania przewyższającego jej wysokość), zasadniczo, pełniąc zarazem funkcję symplifikacyjną, ma kompensować całość tak materialnych, jak i niematerialnych uszczerbków doznanych przez podmiot, na rzecz którego jest zastrzegana.

Uzasadniając zatem dodatkowo przyjęty (i zaakceptowany przez Sąd Apelacyjny) sposób miarkowania kary umownej dodać należy, że w istocie zakres opóźnienia jeśli chodzi o oddanie przedmiotu umowy i dokumentacji był (biorąc pod uwagę czas przewidziany na wykonanie umowy) minimalny (sięgał trzech dni przy założonym pierwotnie w umowie blisko rocznym terminie jej wykonania). Nie wynika też z materiału by wskutek zwłoki doszło do istotnego utrudnienia pozwanemu korzystania z obiektu zgodnie z jego gospodarczym przeznaczeniem. Jak wskazał Sąd Okręgowy nie doszło też do poniesienia przez pozwanego jakichkolwiek kosztów dodatkowych. Nie doszło też do utraty (redukcji) środków pomocowych, z których inwestycja była przez pozwanego finansowana.

W niniejszej sprawie mamy więc do czynienia z relatywnie krótkimi okresami przekroczenia terminu tak realizacji przedmiotu umowy (kara umowna w kwocie 25.903,80 zł z tytułu trzydniowego przekroczenia terminu), dostarczenia dokumentacji powykonawczej (kara umowna w kwocie 13 675,30 zł z tytułu trzydniowego przekroczenia terminu), które to przekroczenia nie spowodowały żadnej szkody po stronie zamawiającego, ani też nie utrudniały korzystania z obiektu.

To samo dotyczy kary wyliczanej z tytułu opóźnienia w usunięciu wad i usterek w okresie rękojmi i gwarancji (kara umowna w kwocie 235 292,85 zł z tytułu opóźnień wynoszących 53 dni oraz 56 dni). W tym przypadku także nie można przyjąć by pozwany poniósł szkodę lub by utrudnione było korzystanie z obiektu. Nie wynika też z materiału procesowego, by usuwane wady miały istotne znaczenie dla możliwości korzystania z przedmiotu świadczenia przez pozwanego (nie dostrzeżono ich np. w protokole odbioru robót). Ujmować należy przedstawioną ocenę natomiast w kontekście jaki tworzyło równoległe wykonywanie przez pozwanego robót w jednym z budynków objętych pierwotną umową na podstawie aneksu nr (...) do umowy.

Wreszcie należy też dostrzec to, że pozwana Gmina rości sobie prawo do żądania naliczania kary umownej za opóźnienie w usunięciu wad i usterek wskazanych w dwóch protokołach przeglądów pogwarancyjnych sporządzonych w ścisłej korelacji czasowej (w odstępie trzech dni). Kara jest odrębnie naliczana w odniesieniu do terminu określonego w każdym z tych protokołów (w przypadku wad stwierdzonych w protokole z dnia 19 września 2016 za okres od 3 października 2016 do 25 listopada 2016, zaś w odniesieniu do wad z protokołu z dnia 21 września 2016 – za okres od 5 października 2016 do 30 listopada 2016), mimo że bieg terminów do usunięcia wad stwierdzonych w obu protokołach pokrywa się w istotnym zakresie (za okres od 5 października 2016 do 25 listopada 2016 i w tym okresie przypadać powinna pozwanemu jednak kara za każdy dzień zwłoki). W umowie przewidziano bowiem (jedną) karę za (każdy) dzień opóźnienia w usuwaniu usterek (a nie odrębną karę za opóźnienie w usunięciu poszczególnej usterki lub wady). Kara za każdy dzień jest bowiem relatywizowana do wartości całej umowy (a nie wartości stwierdzonej wady objętej protokołem – jak niekiedy czyni się w praktyce). Swoiste „rozbiecie” usterek na dwa protokoły powoduje zatem ten skutek, że pozwana żąda w istocie podwójnie kary umownej za okres, w którym powód pozostawał w opóźnieniu w usunięciu wad wskazanych obu protokołach (od 5 października do 25 listopada 2016).

Innymi słowy, gdyby wszystkie wady ujęto w jednym protokole, kara umowna nie mogłaby być dublowana (wynosiłaby około 125.200 zł zamiast wyliczonych przez pozwaną 235.292,85 zł). Kwestia ta również musi być brana pod uwagę przy ocenie istnienia przesłanki rażącego wygórowania kary umownej.

Zatem waga naruszonych przez (...) sp. z o.o. obowiązków umownych była w istocie relatywnie niewielka. Uchybienia, z tytułu których naliczono kary umowne, zostały przez (...) sp. z o.o. w całości naprawione. Nie można zatem, w realiach obrotu, określić winy upadłej spółki jako znaczącej. Nie zostały również naruszone żadne żywotne interesy pozwanej, która rozliczyła dofinansowanie na zrealizowaną inwestycję. Argumentacja odnosząca się do zasad wydatkowania środków przez podmioty sektora finansów publicznych również nie przemawia za utrzymaniem kar umownych w dotychczasowej postaci, gdyż w takim wypadku w relacjach z takimi podmiotami w ogóle należałoby wykluczyć możliwość miarkowania kary umownej, co obecnie nie tylko jako takie nie ma podstawy prawnej, ale do tego godziłoby w równość podmiotów stosunków cywilnoprawnych.

W świetle przedstawionych okoliczności Sąd Apelacyjny podzielił zatem stanowisko Sądu Okręgowego, zgodnie z którym szczególne realia sprawy (nieznaczne opóźnienie brak szkody i utrudnienia w korzystaniu budynku, trwające prace w części obiektu i wreszcie sposób wyliczania kary za zwłokę w usuwaniu usterek) prowadzą do wniosku, że żądanie kar umownych za zwłokę w wysokości przedstawionej do potrącenia jawi się jako rażąco wygórowane (a jego uwzględnienie nie da się pogodzić z zasadami słuszności i prowadzi do nieuzasadnionego gospodarczo wzbogacenia pozwanego kosztem powoda). Stopień redukcji kary, przyjęty przez Sąd Okręgowy nie prowadzi zaś do skutków rażąco niesprawiedliwych – pozbawiających pozwanego słusznie należnego mu świadczenia z tego tytułu. Przeciwnie – przyjęcie należy, że przyjęte przez Sąd Okręgowy rozstrzygnięcie odpowiada wzorcom własnościowym i prawidłowo wpisuje się w omówione wyżej kompetencje dyskrecjonalne wynikające z art. 484 §2 k.c.

Mając na uwadze powyższe apelację należało oddalić stosując normę art. 385 k.p.c.

Rozstrzygnięcie o kosztach procesu zapadło w oparciu o zasadę odpowiedzialności za wynik postępowania, wyrażoną w art. 98 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. przy uwzględnieniu, że pozwana przegrała wywołane przez siebie postępowanie w całości.

Na koszty procesu w kwocie 8 100 zł składa się wynagrodzenie reprezentującego powoda adwokata, ustalone zgodnie z § 2 pkt 7 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz. U. z 2015 r., poz. 1800).

Artur Kowalewski Krzysztof Górski Agnieszka Bednarek – Moraś