

Sygn. akt II C 54/16

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 grudnia 2016 roku

Sąd Okręgowy w Gliwicach Wydział II Cywilny Ośrodek (...) w R.

w składzie:

Przewodniczący: SSO Jarosław Klon

Protokolant: Agnieszka Lach

po rozpoznaniu w dniu 23 listopada 2016 roku w Rybniku

***sprawy z powództwa Przedsiębiorstwo Budowlane (...) Sp. z o.o. w Ł., H. K.***

***przeciwko Gminie Ś.***

***o zapłatę***

1. oddała powództwo,
2. zasądza solidarnie od powodów Przedsiębiorstwa Budowlanego (...) Sp. z o.o. w Ł. i H. K. na rzecz pozwanego Gminy Ś. kwotę 14 400 złotych (czternaście tysięcy czterysta złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania.

## UZASADNIENIE

W pozwie przeciwko Gminie Ś. powodowie:

- 1) Przedsiębiorstwo Budowlane (...) z siedzibą w Ł., zwane w dalszej części uzasadnienia (...),
- 2) H. K.,

domagali się zasądzenia nakazem zapłaty na ich rzecz solidarnie od pozwanego 526 042,61 złotych wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 7 września 2015 roku do dnia zapłaty.

W przypadku wniesienia przez pozwanego sprzeciwu domagali się zasądzenia tej kwoty wyrokiem. Dodatkowo wniesli o zwolnienie ich od kosztów sądowych i przedstawili na to swoje uzasadnienie.

W motywach pozwu podnieśli, iż jako konsorcjum zawarli z pozwanym umowę o roboty budowlane, której nazwę i przedmiot opisali. Strony ustaliły, że na podstawie §16 umowy, tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy, będzie 10% wynagrodzenia brutto wynikającego z umowy tj w wysokości 1 115 125,89 złotych. Przed zawarciem umowy, powodowie wniesli w formie pieniężnej 30% kwoty zabezpieczenia tj. 334 537,77 złotych zaś pozostała część miała zostać potrącona z należności za częściowo wykonane roboty budowlane, w kwocie 70 0000 złotych za każdy miesiąc, od września 2014 roku do lipca 2015 roku z zastrzeżeniem, że jeżeli za dany miesiąc faktura nie zostanie wystawiona lub kwota brutto będzie niższa niż kwota przewidywana do zatrzymania, należność na poczet kaucji miała zostać potrącona w następnym miesiącu kalendarzowym. Pozwany z uwagi na brak płatności przez powodów na rzecz podwykonawców należnego im wynagrodzenia, dokonał bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców w terminach przez powodów opisanych. Następnie w dniu 5 lutego 2015 roku złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy, powołując się na treść §17 pkt. 3f umowy z dnia 18 lipca 2014 roku oraz na treść art. 143 c ustawy Prawo zamówień publicznych zwanej w dalszej części uzasadnienia PZP. Jako przyczynę pozwany podał

zaistnienie konieczności dwukrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcom. Jednocześnie pozwany poinformował powodów o obciążaniu ich karą umowną w wysokości 1 151 125,89 złotych, zgodnie z załączoną notą obciążeniową oraz wezwał ich do jej zapłaty. Następnie pozwany pismem z dnia 17 kwietnia 2015 roku poinformował powodów, że wniesione przez nich zabezpieczenie należytego wykonania umowy w kwocie 526 043, 61 złotych zaliczone zostało na pokrycie roszczenia z tytułu wyżej wymienionej kary umownej. Powodowie w piśmie z dnia 18 maja 2015 roku zwrócili się do pozwanego z wnioskiem o odstąpienie od obciążania ich karami umownymi, ewentualnie o miarkowanie naliczonych kar, a w odpowiedzi spotkali się z odmową. Następnie powodowie w piśmie z dnia 26 sierpnia 2015 roku wezwali pozwaną do zwrotu kaucji gwarancyjnej, co okazało się bezskuteczne. W ocenie powodów pozwana nie dochowała terminu odstąpienia od umowy w oparciu o treść §17 ust. 4 umowy i przedstawili na to swoją argumentację. Dalej powodowie podnieśli, że istniała możliwość kontynuowania przez nich robót budowlanych i wykonania kontraktu. Nadto karę umowną można naliczyć jedynie wtedy gdy dłużnik ponosi odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. W ocenie powodów zachodziła, i nadal tak jest, konieczność miarkowania kar umownych. Tym bardziej, że pozwany nie poniósł żadnej szkody z tytułu choćby wypłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawców. (Pozew k. 1 – 11 akt sprawy).

Na podstawie postanowienia z dnia 8 stycznia 2016 roku powodowie zostali zwolnieni z obowiązku ponoszenia kosztów sądowych w całości. (Postanowienie k. 74 akt sprawy)

W dniu 14 stycznia 2016 roku został wydany nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym w którym roszczenia powodów zostało uwzględnione. (k. 76 akt sprawy)

W sprzeciwie od nakazu zapłaty pozwany Gmina Ś. wniosła o:

- 1) oddalenie powództwa w całości,
- 2) zasądzenie od powodów solidarnie na jego rzecz kwoty 14 400 złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania.

W motywach swego stanowiska pozwany podniósł, że skutecznie odstąpił od umowy zawartej z powodami. Również zasadnym było zaliczenie, wpłaconego przez powodów zabezpieczenia na pokrycie kary umownej. Nie zgodził się ze stanowiskiem tego typu, że skoro umowa wzajemna obowiązuje, to upadło także zabezpieczenie w formie kaucji. Pozwany stwierdził, iż przede wszystkim odstąpienie od umowy nastąpiło w oparciu o treść art. 143 c ustawy PZP, który jest przepisem bezwzględnie obowiązującym. Pozwany opisał ile razy i jakim podwykonawcom musiał zapłacić w ramach umowy z powodami, nadto podniósł, iż ilość i wartość wykonanych robót na dzień odstąpienia od umowy była tak znikoma, że brak było podstaw do przyjęcia założenia, że jest szansa aby powodowie wykonali umowę w rozsądnym terminie. Ten wniosek – w ocenie pozwanego – był tym bardziej zasadny, że powodowie utracili płynność finansową i w dniu 25 listopada 2014 roku lider konsorcjum (...) złożył w sądzie upadłościowym wniosek o ogłoszenie upadłości układowej. Pozwany wskazał, że składając taki wniosek (...) wskazała:

- 1) na zawarcie z Gminą Ś. umowy kaucji gwarancyjnej,
- 2) 5 zadań inwestycyjnych.

W ocenie pozwanego każdy z pozostałych zamawiających wymienionych na stronie 2 i 3 wniosku z dnia 25 listopada 2014 roku odstąpił od umów o wykonanie zadań inwestycyjnych, właśnie z powodu utraty płynności finansowej między innymi przez (...). Natomiast w dniu 17 sierpnia 2015 roku sąd upadłościowy wydał postanowienie o oddaleniu wniosku o ogłoszenie upadłości, z powodu braku majątku na koszty postępowania upadłościowego. Dalej pozwany stwierdził, iż kara umowna z tytułu odstąpienia od umowy o roboty budowlane wyniosła ostatecznie 1 115 125,89 złotych zaś oświadczeniem z dnia 17 kwietnia 2015 roku pozwana Gmina skorzystała z zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 526 042,61 złotych, co stanowi niespełna 50% kary umownej. Z kolei pozwany stwierdził, iż brak jest podstaw w tej sprawie do miarkowania wysokości kary bowiem ani nie został wykonany w znacznym stopniu przedmiot umowy ani też kara umowna nie jest rażąco wygórowana. W tym zakresie

pozwany przedstawił szeroką argumentację faktyczną i prawną popartą orzecznictwem sądów powszechnych i Sądu Najwyższego. (Odpowiedź na pozew k. 86 – 91 akt sprawy)

W piśmie procesowym z dnia 12 kwietnia 2016 roku (k. 573 – 578) powodowie podkreślili, że przepis art. 143 c ust. 7 ustawy PZP nie statuuje obowiązku odstąpienia od umowy, która przy dobrej woli pozwanego mogła być kontynuowana. Natomiast w jego ocenie na podstawie art. 494 k.c strony winny sobie zwrócić wszystko co sobie nawzajem świadczyły. Przedstawili dodatkową argumentację na okoliczność obowiązku zwrotu przez pozwanego żądanej przez nich kwoty. Na koniec powołali się na art. 5 k.c, bowiem w ich ocenie oddalenie powództwa godziłoby w zasady etycznego i uczciwego postępowania.

W replice na to pismo procesowe pozwany (pismo k. 581 – 590 akt) podtrzymał wszystkie dotychczasowe twierdzenia procesowe. Szerzej opisał sytuację finansową powodów oraz wyraźnie stwierdził, iż w odstąpieniu od umowy znalazły się dwie podstawy prawne, które ponownie przytoczył. Podtrzymał swe stanowisko, że możliwym jest utrzymanie kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy o roboty budowlane oraz możliwości zaspokojenia tego rodzaju wierzytelności w ramach zabezpieczenia należytego wykonania umowy - tutaj pozwany wskazał stosowne orzeczenia SN i sądów apelacyjnych. Pozwany rozbudował też argumentację dotyczącą poniesienia szkody w wyniku niewykonania zobowiązania przez powodów we właściwym terminie.

### ***Sąd ustalił następujący stan faktyczny:***

W dniu 18 lipca 2014 roku w J. pomiędzy Gmina Ś. a Konsorcjum firm:

- liderem konsorcjum (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością,

- partnerem konsorcjum (...), prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlany inż. H. K.,

została zawarta umowa w oparciu o art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego nr (...)271.6.2014, rozstrzygniętego w dniu 13.06.2014 roku, dotyczącego budowy budynku użyteczności publicznej na potrzeby Urzędu Gminy Ś. oraz niektórych jednostek organizacyjnych Gminy wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Wykonawca zapewnił o swojej profesjonalności w wykonywaniu tego rodzaju umów oraz, że wykona umowę ze szczególną starannością, zgodnie z dokumentacją projektową, (...) oraz że posiada niezbędny potencjał ekonomiczny, techniczny i organizacyjny pozwalający mu wykonać umowę zgodnie z obowiązującymi przepisami, normami oraz z aktualnym stanem wiedzy technicznej. Strony umowy określiły skąd wynika zakres i sposób wykonania robót oraz z jakich materiałów obiekt zostanie wniesiony.

### ***Dowód: umowa z dnia 18.07.2014 roku k. 16 – 23 akt (wstęp oraz §1 - 2 umowy),***

W §3 umowy strony określiły terminy realizacji robót a w następnych sekcjach umowy opisały sposób rozliczeń finansowych i płatności. W umowie uregulowane zostały obowiązki zamawiającego i wykonawcy (§9) a w §11 strony ustaliły w jakich sytuacjach wykonawca zapłaci zamawiającemu kary umowne. Umową strony uregulowały też zakres robót, które wykonawca może zrealizować przez podwykonawców (§12), sposób odbioru robót (§13), zakres gwarancji i rękojmi (§14 i 15). W §16 strony ustaliły, zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w §5 ust. 1 umowy tj. na kwotę 1115 125,89 złotych. Z tej kwoty wykonawca, jeszcze przed zawarciem umowy, wniósł 30% kwoty zabezpieczenia, czyli 334 537,77 złotych a dalsza kwota w wysokości 780 588,12 złotych miała być potrącana z należności za częściowo wykonane roboty stosownie do terminów i wysokości kwot określonych w ust.3 §16. W §17 strony uregulowały warunki odstąpienia od umowy. W §18 i 19 zostały określone kwestie dotyczące sposobu zmiany umowy oraz postanowienia końcowe, w zakresie stosowania określonych aktów prawnych w sytuacjach nieuregulowanych w umowie.

### ***Dowód: umowa z dnia 18.07.2014 roku k. 16 – 23 akt (§3 – 19),***

W sierpniu 2014 roku powodowemu konsorcjum został udostępniony front robót. W połowie września rozpoczęły się prace. Na początku prace szły zgodnie z harmonogramem. Najpierw przygotowano plac budowy a potem bardzo szybko zaczęły się opóźnienia i to już na etapie wnoszenia ścian fundamentowych. Pozwany reagował na opóźnienia, poprzez prowadzenie narad roboczych, gdzie wzywał powodów i prosił o zwiększenie obłożenia budowy sprzętem i zwiększenia ilości pracowników. Nie przynosiło to rezultatów. Na początku na budowie pracowali pracownicy powoda. Później pojawił się podwykonawca, który był wskazany w umowie. Cały czas na budowie pracowało zbyt mało pracowników i powiększały się opóźnienia. Harmonogram rzeczowo – finansowy nie pokrywał się z tym, co zostało zrobione. Wykonawca tłumaczył opóźnienia tym, że musiał się zorganizować, z kolei realizacja inwestycji była zagrożona. W pierwszym raporcie, sporządzonym przez inwestora zastępczego we wrześniu, nie zostały jeszcze wykazane opóźnienia. W drugim raporcie zostały już wykazane opóźnienia na budowie. Pozwany zaczął otrzymywać oficjalne pisma, że inne firmy odstępują od współpracy z powodowym konsorcjum. W miarę postępu prac te opóźnienia się zwiększały a punktem kulminacyjnym był październik 2014 kiedy roboty były prowadzone w tak wolnym tempie, że praktycznie nie zostały zafakturowane żadne roboty. Pozwany uzyskał informacje, że pracujący na budowie pracownicy zaczęli komunikować, że ich pensje są niskie i występują opóźnienia w ich wypłacie. Następnie okazało się, że prace były wykonywane przez pracowników podwykonawców. Potem pozwany otrzymał umowy na podwykonawstwo, usługi i dostawy. Okazało się, że usługi i dostawy to było  $\frac{3}{4}$  kosztów realizacji inwestycji zafakturowanych przez wykonawców. Wykonawca w przeciągu pół roku zrealizował 9 % inwestycji, która miała trwać niecałe dwa lata. Z wiadomości prasowych pozwany dowiedział się, że w W. odstąpiono od umowy z tym samym konsorcjum. Zostało to potwierdzone w grudniu 2014 roku.

**Dowód: zeznania świadka K. W. – rozprawa z dnia 23 listopada 2016 roku, zeznania świadka M. K. – rozprawa z dnia 23 listopada 2016 roku,**

W dniu 26 listopada 2014 roku (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ł. złożyła wniosek w Sądzie Rejonowym Katowice – Wschód o ogłoszenie upadłości z możliwością zawarcia układu. We wniosku stwierdzono, że na dzień wniosku przez wnioskodawcę realizowane były następujące inwestycje:

- przebudowa dworca kolejowego w P.,
- zaprojektowanie i wybudowanie budynku użytkowego pogotowia specjalistycznego (...),
- przebudowa i zmiana sposobu użytkowania budynku przy Placu (...) w Z. na potrzeby Powiatowego Urzędu Pracy,
- budowa budynku użyteczności publicznej na potrzeby Urzędu Gminy Ś. oraz niektórych jednostek organizacyjnych gminy wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie,
- zaprojektowanie i wybudowanie Rodzinnego Parku (...) w W.,
- kompleksowe uzbrojenie terenów inwestycyjnych w północnej części miasta Z..

We wniosku wskazano, że przyczyną złej sytuacji finansowej był kryzys finansowy i będące jego skutkiem globalne spowolnienie gospodarcze. Stwierdzono, że spowodowało to między innymi spadek wartości marży na roboty budowlane przez wnioskodawcę wykonywane. Szacunkowa wartość majątku została określona na kwotę 86 620 złotych. Wnioskodawca wskazał na przysługujące mu należności w kwocie 1 205 174,23 złotych a zobowiązania na dzień 31 października 2014 roku wynosiły 17 450 306,91 złotych. We wniosku zostały podane propozycje układowe. W dniu 7 stycznia 2015 roku sąd z urzędu zabezpieczył majątek wnioskodawcy, ustanawiając tymczasowego nadzorcę sądowego, a odrębnym postanowieniem wydanym tego samego dnia dopuścił dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu rachunkowości na okoliczność zbadania, czy w stosunku do dłużnika spełnione zostały przesłanki ogłoszenia upadłości. Sąd ustalił, że (...) zaprzestał prowadzenia działalności gospodarczej a także zwolnił wszystkich pracowników. Wartość zobowiązań spółki na dzień 31 października 2014 roku wynosiła łącznie 17 450 306,91 złotych i były to zobowiązania w całości krótkoterminowe. Księgowa wartość majątku wynosiła na ten sam dzień 6 905

218,98 złotych w tym aktywa trwałe 51 014,12 złotych, aktywa obrotowe 6 854 204,86 złotych. Na ten sam dzień zobowiązania wynosiły 19 259 721,14 złotych. Natomiast księgowa wartość majątku na ten dzień zwiększyła się do 9 661 978,08 w tym aktywa trwałe 42 763,21 złotych a obrotowe 9 619 214, 87 złotych. Na dzień 31 października 2014 roku praktycznie 100% zobowiązań (ponad 19 000 000 złotych) było przeterminowanych powyżej 90 dni. Spółka utraciła zdolność regulowania wymagalnych zobowiązań pieniężnych na koniec roku 2013. Sąd ustalił, że najważniejszym składnikiem majątku rzeczowego spółki był wykupiony z leasingu samochód osobowy B. (...) rok produkcji 2011 o wartości około 150 000 złotych. Dalej sąd wykazał posiadane przez spółkę należności. W konsekwencji wniosek (...) na podstawie art. 10 ustawy z dnia 28 lutego 2003 roku Prawo upadłościowe i naprawcze został oddalony z uwagi na stan niewypłacalności spółki. Nadto sąd wskazał na zrealizowanie się wobec spółki normy prawnej art. 12 ust. 1 prawa upadłościowego i naprawczego i stwierdził, iż spółka dopuściła się opóźnienia w wykonywaniu zobowiązań pieniężnych i przekroczyła one 3 miesiące a suma niewykonanych zobowiązań przekroczyła 10% wartości bilansowej przedsiębiorstwa.

***Dowód: postanowienie Sądu Rejonowego Katowice – Wschód z dnia 17 sierpnia 2015 roku k. 715 – 720 akt sprawy, opinia o (...) spółki (...) k. 437 – 448 akt sprawy, opinia biegłego M. P. k. 522 – 530 akt sprawy,***

Do Urzędu Gminy pozwanego wpłynął wniosek informujący o wniosku o upadłość (...), bezpośrednio złożył go powód H. K. w kancelarii pozwanego Gminy. Następnie zostało zorganizowane spotkanie na którym był powód H. K. oraz przedstawiciele pozwanego, w tym Wójt Gminy. Powód H. K. stwierdził, że konsorcjum jest w stanie realizować inwestycję pod warunkiem, że wszystkie dostawy materiałów będą realizowane przez firmę (...) i że pozwany będzie szybko za to płacił, co było niezgodne z umową, która nie przewidywała takiej możliwości. Na taką propozycję pozwany nie wyraził zgody. Wykonawca przedstawił nowy harmonogram, wymuszony przez pozwanego i przedstawił go pozwanemu. Wtedy pozwany zdecydował się na odstąpienie od umowy. Wcześniej do pozwanego przychodzili lokalni przedsiębiorcy, którzy komunikowali, że powodowe konsorcjum nie płaci za roboty podwykonawcze. W sumie do pozwanego wpłynęło 6 wniosków wykonawców o zapłatę na łączną kwotę 715 246,75 złotych.

***Dowód: zeznania świadka M. K. – rozprawa z dnia 23 listopada 2016 roku,***

W dniu 5 lutego 2015 roku pozwany odstąpił od umowy z powodowym konsorcjum. W uzasadnieniu stwierdził, iż w związku z uchylaniem się od obowiązku zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego zgłoszonym podwykonawcom, Gmina Ś. jako zamawiający, na podstawie §12 pkt. 16 umowy dokonała:

- w dniu 30.12.2014 roku bezpośredniej zapłaty podwykonawcy, firmie (...)K. (...) spółka jawna na kwotę 393 560,98 złotych,
- w dniu 3.02.2015 roku bezpośredniej zapłaty podwykonawcy, firmie (...)K. (...) spółce jawnej na kwotę 52 557,40 złotych,
- w dniu 3.02.2015 roku bezpośredniej zapłaty podwykonawcy, spółce (...) spółce z o.o. na kwotę 54 087,86 złotych.

W związku z powyższym, na podstawie §17 pkt. 3 f umowy oraz art. 143c ustawy PZP zamawiający odstępuje od umowy nr (...)033.2014 z dnia 18.07.2014 roku.

Pozwany poinformował powodów o ciężących na nim obowiązkach oraz na podstawie §11 pkt.g umowy obciążył (...) karą umowną w wysokości 1 151 125,89 złotych i wezwał do jej zapłaty w terminie 14 dni od otrzymania pisma na wskazany rachunek bankowy. Na tą kwotę została wystawiona nota księgowa.

***Dowód: odstąpienie od umowy k. 31 – 32 akt sprawy, nota księgowa k. 33 akt sprawy,***

Na dzień odstąpienia od umowy powodowe konsorcjum zrealizowało 9% wartości inwestycji i to w przeciągu 6 miesięcy a inwestycja miała trwać niecałe 2 lata. Na koniec stycznia 2015 roku wykonawca miał wykonać prace na kwotę 2 000 000 złotych a wykonał na 1 027 557 złotych.

**Dowód: zeznania świadka M. K. – rozprawa z dnia 23 listopada 2016 roku (skrócony protokół k. 743 – 744 akt sprawy),**

W dniu 17 kwietnia 2015 roku pozwany poinformował (...), iż w dniu 17 kwietnia 2015 roku zabezpieczenie należytego wykonania umowy nr (...).033.2014 z dnia 18 lipca 2014 roku (w formie kaucji wniesionej w niepełnej wysokości tj. 526 042 złotych) wniesione przez wykonawcę robót tj. konsorcjum firm:

- (...),

- H. K. – prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budowlany inż. H. K. z siedzibą w Ł.,

zostało zaliczone zgodnie z art. 147 ust. 2 ustawy PZP na pokrycie (zaspokojenie) roszczenia Gminy Ś. wynikającego z kary umownej z tytułu odstąpienia przez Gminę Ś. od umowy nr (...).033.2014 dot. (...) budynku użyteczności publicznej na potrzeby Urzędu Gminy Ś. oraz niektórych jednostek organizacyjnych gminy”, zgodnie z nota księgową nr (...) z dnia 5.02.2015 roku oraz z pismem nr (...). (...). (...).2014 z dnia 05.02.2015 roku w sprawie odstąpienia od umowy. Pozwany poinformował, że do uregulowania pozostała kwota 625 083,28 złotych.

**Dowód: pismo Gminy Ś. k. 34 akt sprawy,**

Po odstąpieniu od umowy z powodowym konsorcjum ci sami podwykonawcy zgłosili kolejne roszczenia na łączną kwotę 229 274,35 złotych, które do sumy 215 040,54 zostały uregulowane przez pozwanego. Każdy z podwykonawców powołał się na treść art. 143 c Prawa Zamówień Publicznych.

**Dowód: potwierdzenie operacji k. 000127 akt, 000132 akt, 000142 akt verte, oświadczenia (...) k. 000126, 000130 verte, 000131, 000141 verte,**

W dniu 17 lutego 2015 roku (...) poinformowała D. T. Nadzorcę Sądowego między innymi o tym, że umowa z pozwanym Gminą Ś. została rozwiązana oraz o wezwaniu spółki do zapłaty kary umownej. Zaznaczono w piśmie, że prawdopodobnie kara umowna zostanie potrącona z przysługującej spółce od inwestora należności z tytułu kaucji zabezpieczającej należyte wykonanie umowy.

**Dowód; pismo k. 733 akt sprawy,**

W dniu 23 lutego 2015 roku (...) poinformowała D. T. Nadzorcę Sądowego iż wszystkie umowy o pracę zawarte z pracownikami spółki zostały wypowiedziane, łączne koszty zwolnień grupowych wszystkich pracowników wyniosą około 460 000 złotych. Na dzień 20 lutego 2015 roku stan rachunków bankowych spółki oraz kasy spółki wynosił „0” złotych. (...) Bank (...) S.A wypowiedział i postawił w stan natychmiastowej wykonalności umowę kredytu nr (...) oraz umowę kredytu nr (...).

**Dowód: pismo z dnia 23 lutego 2015 roku k. 732 verte,**

Pozwany został zmuszony do rozpisania nowego przetargu na realizację inwestycji i aktualnie realizuje ją firma (...) z K.. Pozwany poniósł straty w kwocie około 3 500 000 złotych z tytułu odstąpienia od umowy z powodowym konsorcjum.

**Dowód: zeznania świadka M. K. – rozprawa z dnia 23 listopada 2016 roku – skrócony protokół k.744 – verte,**

**Sąd zważył co następuje:**

Powództwo powodów musiało zostać oddalone.

Bezspornym w sprawie było, że:

- pomiędzy powodami (jako konsorcjum) i pozwanym została zawarta umowa opisana w stanie faktycznym w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164), zwanej dalej PZP, oraz udostępnione przez pozwanego w ramach przetargu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- w trakcie wykonywania przez powodowe konsorcjum prac w ramach umowy, prace te opóźniały się a większość tych prac była wykonywana przez podwykonawców,
- pozwana wywierała presję na powodowe konsorcjum, celem przyspieszenia robót na budowie,
- 26 listopada 2014 roku (...) złożył w Sądzie Rejonowym Katowice – Wschód wniosek o otwarcie upadłości układowej i wniosek ten został oddalony z uzasadnieniem przytoczonym w postanowieniu (k. 715 – 720 akt sprawy),
- pozwany krótko po tej dacie dowiedział się o wniosku o upadłość i zorganizował spotkanie z powodem H. K., na którym ustalono, że zostanie sporządzony nowy harmonogram robót,
- pozwany kilkakrotnie regulował płatności na rzecz podwykonawców powodów w związku z realizacją umowy,
- w dniu 26 listopada 2014 roku Miasto W. odstąpiło o umowy z powodami, której przedmiotem było zaprojektowanie i wybudowanie Rodzinnego Parku (...) w W.,
- w dniu 16 grudnia 2014 roku (...) S.A. w B. odstąpiła od umowy z powodami, której przedmiotem było „Zaprojektowanie i wybudowanie na podstawie programu funkcjonalno – użytkowego budynku pogotowia specjalistycznego (...) S.A w B. wraz z połączeniem z istniejącym obiektem zlokalizowanym w B. przy ul. (...)” – przyczyną odstąpienia była zwłoka w realizacji prac przez powodów oraz osobę trzecią,
- pozwany 5 lutego 2015 roku zdecydował się na odstąpienie od umowy z powodowym konsorcjum i wskazał na przyczyny odstąpienia podane w stanie faktyczny oraz poinformował o naliczeniu kar umownych,
- wysokość kary umownej w kwocie 1 115 125, 89 złotych,
- na dzień rozwiązania umowy powodowie wykonali prace w 9,21 %.

Spornym było czy:

- pozwany prawidłowo i skutecznie rozwiązał umowę pomiędzy stronami?
- po rozwiązaniu umowy przez pozwanego winien on zwrócić powodom kwotę 526 042,61 złotych, która została wniesiona jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy?
- czy kara umowna winna być przez sąd miarkowana?

Z pisma pozwanego z dnia 5 lutego 2015 roku wynika, iż podstawą prawną do odstąpienia od umowy był:

- §17 pkt.3 f umowy pomiędzy stronami,
- art. 143 c ustawy PZP.

Z treści §17 pkt. 3f wynika, że zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy, jeżeli zaistnieje konieczność 2-krotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, o których mowa w §12 ust. 16, lub zaistnieje konieczność dokonania bezpośrednich zapłat na sumę większą niż 5% wartości umowy brutto, wskazanego w §5 ust.1.

Natomiast z treści art. 143 c PZP wynika, że:

**Art. 143c.** 1. Zamawiający dokonuje bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, który zawarł zaakceptowaną przez zamawiającego umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub który zawarł przedłożoną zamawiającemu umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi, w przypadku uchylenia się od obowiązku zapłaty odpowiednio przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę zamówienia na roboty budowlane.

2. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, dotyczy wyłącznie należności powstałych po zaakceptowaniu przez zamawiającego umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub po przedłożeniu zamawiającemu poświadczony za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi.

3. Bezpośrednia zapłata obejmuje wyłącznie należne wynagrodzenie, bez odsetek, należnych podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy.

4. <sup>(554)</sup> Przed dokonaniem bezpośredniej zapłaty zamawiający jest obowiązany umożliwić wykonawcy zgłoszenie w formie pisemnej uwag dotyczących zasadności bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, o których mowa w ust. 1. Zamawiający informuje o terminie zgłaszania uwag, nie krótszym niż 7 dni od dnia doręczenia tej informacji.

5. W przypadku zgłoszenia uwag, o których mowa w ust. 4, w terminie wskazanym przez zamawiającego, zamawiający może:

1) nie dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, jeżeli wykonawca wykaże niezasadność takiej zapłaty albo

2) złożyć do depozytu sądowego kwotę potrzebną na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy w przypadku istnienia zasadniczej wątpliwości zamawiającego co do wysokości należnej zapłaty lub podmiotu, któremu płatność się należy, albo

3) dokonać bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, jeżeli podwykonawca lub dalszy podwykonawca wykaże zasadność takiej zapłaty.

6. W przypadku dokonania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, o których mowa w ust. 1, zamawiający potrąca kwotę wypłaconego wynagrodzenia z wynagrodzenia należnego wykonawcy.

7. Konieczność wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, o których mowa w ust. 1, lub konieczność dokonania bezpośrednich zapłat na sumę większą niż 5% wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego może stanowić podstawę do odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego.

8. Przepisy art. 143a-143d nie naruszają praw i obowiązków zamawiającego, wykonawcy, podwykonawcy i dalszego podwykonawcy wynikających z przepisów art. 647<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny.

W ocenie sądu nie ma żadnych wątpliwości, iż na podstawie art. 143c ust.7 pozwany miał prawo odstąpić od umowy z powodowym konsorcjum, bowiem co najmniej trzykrotnie płacił podwykonawcom za wykonane roboty, czego też powodowie nie kwestionowali. Warto też zaznaczyć, że:

„... Przepis art. 143c ust. 7 stanowi odrębną od rozwiązań przewidzianych w przepisach Kodeksu cywilnego podstawę odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego. Uprawnienie do odstąpienia od umowy na podstawie art. 143c ust. 7 przysługuje zamawiającemu przez cały okres obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego.



Podkreślić należy, że art. 143c ust. 7 jest przepisem o charakterze bezwzględnie obowiązującym i strony w zawartej umowie w sprawie zamówienia publicznego nie mogą zawrzeć postanowienia określającego termin do skorzystania z tego uprawnienia do odstąpienia od umowy.” (Józef Edmund Nowicki – Komentarz do art. 143 c ustawy PZP).

Reasumując umowa pomiędzy stronami z dnia 18 lipca 2014 roku została rozwiązana.

Z kolei w oparciu o treść §11pkt.g pozwany miał prawo naliczyć karę umowną z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie powodów (wykonawców) – w wysokości 10% wynagrodzenia brutto za cały przedmiot umowy, wskazanego w §5 ust. 1 umowy w wysokości 1 115 125,89 złotych.

W tym miejscu trzeba podkreślić, że „...kara umowna jest zatem dodatkowym zastrzeżeniem umownym, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązania, a także zdyscyplinowaniu stron.” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku I ACa 316/16 LEX nr 2136995) Natomiast w „w klauzulach umownych przewidujących karę umowną na wypadek odstąpienia od umowy nie chodzi ...o swego rodzaju sankcję finansową wobec dłużnika z umowy wzajemnej za samo skorzystanie przez stronę przeciwną z uprawnienia do odstąpienia od umowy, lecz o karę w znaczeniu art. 483 § 1 k.c., której celem jest naprawienie szkody spowodowanej przez dłużnika niewykonaniem zobowiązania wynikającego z umowy, od której odstąpiono.” (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 30.06.2016 roku LEX nr 2071267 jak też wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie I ACa 937/15 z dnia 31.05.2016 roku)

Z zeznań świadka M. K. wynika, iż fakt odstąpienia od umowy z powodami spowodował:

- konieczność rozpisania nowego przetargu,
- podpisania nowej umowy na cenę zdecydowanie wyższą niż poprzedni,
- stratę po stronie pozwanego w kwocie co najmniej 3 500 000 złotych.

Zeznania te są w pełni wiarygodne, tym bardziej, że logicznym jest fakt konieczności rozpisania przetargu oraz wyższa kwota realizacji kontraktu z nowym wykonawcą. Reasumując kara umowna wymierzona przez pozwanego realizuje funkcje odszkodowawcze i była w pełni zasadna. Tutaj godzi się przytoczyć nie tylko treść zeznań M. K. oraz K. W. z których wynika wprost, że powodowe konsorcjum nie miało:

- ani mocy przerobowych,
- ani środków finansowych,

na kontynuowanie robót a co dopiero na ich ukończenie w ogóle.

Z kolei z treści postanowienia Sądu Rejonowego w Katowicach – Wschód opisanego w stanie faktycznym wynika, że na dzień zgłoszenia wniosku o upadłość (...) nie miała zdolności układowej, co zostało opisane w postanowieniu. Zatem już w listopadzie 2014 roku firma ta była niewydolna a wręcz niewypłacalna finansowo. Z kolei z treści niekwestionowanej przez powodów opinii biegłego M. P. (k.736 – 740 akt sprawy) wynika, iż powód „...H. K. również był osobą niewypłacalną (k.738 akt) gdzie biegły stwierdził, że co do należności od H. K. na rzecz (...) na kwotę 10 879 649 złotych – H. K. (prezes zarządu dłużnika) oświadczył, że wobec niego toczą się postępowania egzekucyjne i nie ma możliwości uregulowania zobowiązania...” Nadto powodowie nie negowali, iż ze współpracy z nimi zrezygnowały takie podmioty jak:

- Miasto W.,
- (...) S.A w B..

Te fakty świadczą o tym, że powodowe konsorcjum na pewno już w listopadzie 2014 roku nie miało żadnych możliwości faktycznych i finansowych aby realizować inwestycję dla pozwanego Gminy Ś.. Mało tego, z treści dokumentacji,

zgromadzonej w akta sprawy Sądu Rejonowego Katowice – Wschód (X GU 224/14) wynika, że (...) już zdecydowanie wcześniej (nawet przed podpisaniem umowy z pozwanym) nie miał takich możliwości. Reasumując, sąd nie ma żadnych wątpliwości, że powodowe konsorcjum nie było w stanie ani finansowo ani też organizacyjnie podjąć realizacji inwestycji na rzecz powoda i w konsekwencji musiało się t zakończyć odstąpieniem przez pozwanego od umowy. W tym kontekście zupełnie niewiarygodne są zeznania świadka S. S., który zeznał, iż możliwym było kontynuowanie robót przez konsorcjum.

Do rozważania pozostaje kwestia, czy po odstąpieniu od umowy na podstawie art. 494 k.c. strony winny zwrócić sobie wszystko co sobie nawzajem świadczyły w tym pozwany na rzecz powodów kaucją zabezpieczającą?

Z treści §16 ust.1 umowy między stronami stwierdziły one, że ustaliły zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w §5 ust. 1 umowy tj. na kwotę 1 115 125,89 złotych. W treści całości regulacji tego paragrafu nie wynika, aby zabezpieczenie wykonania umowy wykluczało zabezpieczenie zapłaty kary umownej. Wręcz przeciwnie nawet suma zabezpieczenia wymieniona w treści tego paragrafu pokrywa się z wysokością kary umownej, jaka została wymieniona w treści paragrafu 11 pkt.g.

Z kolei z treści art. 147 ust. 1 i 2 PZP wynika, że:

**Art. 147. 1.** Zamawiający może żądać od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zwanego dalej "zabezpieczeniem".

2. Zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

Zatem zabezpieczenie służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

„...Celem zabezpieczenia jest zapewnienie zamawiającemu ściągальności roszczeń, przysługujących mu m.in. z tytułu odszkodowań (art. 471 i n. k.c.), kar umownych (art. 483 i n. k.c.), rękojmi za wady (art. 556 i n. k.c.) oraz zmuszenie wykonawcy do należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponieważ ustalenie wysokości szkody u zamawiającego jest w chwili zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zdarzeniem przyszłym i niepewnym, zabezpieczenie umożliwia zaspokojenie przyszłej i niepewnej wierzytelności zamawiającego, obejmującej możliwość domagania się od wykonawcy naprawienia szkody w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia. Zabezpieczenie jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, dlatego nieważność umowy niweczy wniesione zabezpieczenie i stanowi podstawę jego zwrotu wykonawcy. Zabezpieczenie może być ustanowione bezpośrednio przez wykonawcę lub osobę trzecią działającą w interesie wykonawcy. Osoba trzecia po ewentualnym zaspokojeniu zamawiającego nabywa względem wykonawcy roszczenia regresowe.” (Komentarz do art. 147 PZP – Józef Edmund Nowicki – Baza LEX)

Pozwany odstąpił od umowy zgodnie z prawem i zasadnie – o czym sąd napisał powyżej. Powodowie nie wykonali swego zobowiązania i nie mieli faktycznych i prawnych możliwości już w listopadzie 2014 roku aby to zobowiązanie wykonać. Pozwany poniósł szkodę z tego tytułu, co również zostało omówione wyżej, zatem miał prawo domagania się kary umownej, co też zrobił i naliczył ją we właściwej wysokości. Fakt, iż umowa stron została rozwiązana nie niweczy uprawnienia pozwanego, które wynika z treści art. 494 k.c. , że można żądać nie tylko zwrotu tego, co strona świadczyła, lecz również naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania. Pozwany poniósł szkodę w wyniku niewykonania zobowiązania przez powodów. Miał zatem prawo nawet w oparciu o treść art. 494 k.c. żądać zwrotu szkody, która miała być wyrównana przez zapłatę karę umowną w stosownej wysokości 10% wynagrodzenia brutto - §11 pkt. g. Godzi się również przypomnieć, iż w piśmie do 17 lutego 2015 roku do D. Z. (k.733 akt) (...) wyraźnie przyznawała, że „prawdopodobnie kara umowna zostanie potrącona z przysługującymi spółce od inwestora należnościami z tytułu kaucji zabezpieczającej należyte wykonanie umowy.” Czyli należy wyciągnąć taki wniosek, iż umowa pomiędzy stronami z dnia 18 lipca 2014 roku w kontekście §16 (zabezpieczenia) była tak rozumiana, iż zabezpieczenie odnosiło się również do możliwości zrealizowania z niego kar umownych.

Podsumowując powodowie nie mieli podstaw prawnych do domagania się od pozwanego zwrotu kwoty 526 042,61 złotych, która stanowi jedynie część naliczonej prawidłowo kary umownej.

Na koniec pozostaje do rozważenia sporna kwestia, czy kara umowna winna być miarkowana?

Z treści art. 484 §2 k.c. wynika, że jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane dłużnik może żądać kary umownej, to samo dotyczy gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Ustawodawca wyznaczył dwie przesłanki do miarkowania kary:

- gdy zobowiązanie zostało wykonane w znacznej części,
- gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

Co do pierwszej przesłanki, to z zeznań M. K. wynika, iż na dzień odstąpienia od umowy powodowie wykonali 9% wartości inwestycji i to w przeciągu 6 miesięcy a inwestycja miała trwać niecałe 2 lata. Na koniec stycznia 2015 roku wykonawca miał wykonać prace na kwotę 2 000 000 złotych a wykonał na 1 027 557 złotych. Czyli widać matematycznie, że nie ma żadnych podstaw do przyjęcia wniosku, że spełniona została przesłanka wykonania przez powodów zobowiązania w znacznej części. Czyli w oparciu o tą przesłankę kary umownej na rzecz powodów nie można miarkować.

W ocenie sądu zastrzeżona kara umowna nie była też rażąco wygórowana bowiem ustalenie jej górnego pułapu, co do treści §11 pkt g, na poziomie 10% nie jest wartością godzącą w handlowe zwyczaje. Nadto porównując stratę pozwanego – 3 500 000 złotych z wartością naliczonej kary, nie można przyjąć, że kara umowna jest wygórowana. Już na marginesie koniecznym jest stwierdzenie, że niedopuszczalne jest miarkowanie kar umownych w oparciu o treść art. 5 k.c. (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 maja 2002 roku, I CKN 1567/99)

Reasumując powództwo powodów musiało zostać oddalone.

Skoro powodowie przegrali proces należało na podstawie art. 98 §1 i 99 k.p.c. w związku z §2 pkt. 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. z dnia 5 listopada 2015 roku – jeszcze przed zmianą tego aktu prawnego poprzez Rozporządzenie z dnia 3 października 2016 roku (Dz.U.2016.1667) zasądzić solidarnie od powodów na rzecz pozwanego kwotę 14 400 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu. Na tą kwotę składała się:

- kwota 14 400 złotych tytułem wynagrodzenia profesjonalnego pełnomocnika.

Sędzia Jarosław Klon