

Sygn. akt VII AGa 407/20

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 czerwca 2021 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy i Własności Intelektualnej w składzie:

Przewodniczący – sędzia Jolanta de Heij-Kaplińska

sędzia Marcin Kołakowski

sędzia Przemysław Feliga spr.

Protokolant Wiktoria Szewczak

po rozpoznaniu 29 czerwca 2021 r. w W.

na rozprawie sprawy

z powództwa (...) S.A. w K.

przeciwko M. w (...) (...) S.A. w W.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z 15 stycznia 2020 r., XXVI GC 1248/19

1. oddala apelację;

2. zasądza od pozwanej na rzecz powódki 8100 zł (osiem tysięcy sto złotych) za koszty zastępstwa procesowego w instancji odwoławczej.

Marcin Kołakowski Jolanta de Heij-Kaplińska Przemysław Feliga

Sygn. akt VII AGa 407/20

UZASADNIENIE

7 czerwca 2019 r. (...) S.A. w K. wytoczyła przeciwko M. w m.st. (...) S.A. powództwo o zapłatę 442.192,01 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie liczonymi od: 376 018,01 od 19 grudnia 2016 r. do dnia zapłaty, 66 174,00 zł od 19 grudnia 2016 r. do dnia zapłaty, oraz o zasądzenie kosztów procesu według norm przepisanych.

23 lipca 2019 r. sąd okręgowy w Warszawie wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym zgodnie z żądaniem pozwu.

Od powyższego nakazu zapłaty pozwany wniósł sprzeciw, zaskarżając go w całości i wnosząc o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu.

Wyrokiem z 15 stycznia 2020 r. sąd okręgowy zasądził od pozwanego na rzecz powoda 417 192,01 wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od 19 grudnia 2016 roku do dnia zapłaty (pkt 1), oddalił powództwo w pozostałym zakresie (pkt 2) oraz zasądził od pozwanego na rzecz powoda 30302,36 zł za koszty procesu (pkt 3).

Sąd okręgowy ustalił, że 3 września 2015 r. powód, Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. w K. (partner) i Przedsiębiorstwo (...) sp. z o.o. w W. zawarły umowę konsorcjum, której celem było określenie zasad współpracy dotyczącej złożenia wspólnej oferty. W umowie zapisano m.in.: w § 3 pkt 1, że poza konsorcjum uczestnicy konsorcjum występują zawsze we własnym imieniu. Niniejszej umowy nie należy interpretować, jako utworzenie jakiegokolwiek spółki lub jakiegokolwiek trwałego powiązania; w 7 § ust. 1 i 2 zapisano, że lider konsorcjum reprezentuje uczestników konsorcjum i będzie pełnił swoją funkcję w najlepszym interesie wszystkich uczestników konsorcjum. Partnerzy konsorcjum udzielili nieodwołalnego w czasie obowiązywania konsorcjum pełnomocnictwa do działania w ich imieniu m.in. w zakresie wystawiania faktur i przyjmowania płatności od zamawiającego w imieniu uczestników konsorcjum.

Ponadto, zrekonstruowano, że 4 grudnia 2015 r. pozwana zawarła umowę nr (...) z w/w Konsorcjum na opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizację na jej podstawie robót dotyczących modernizacji kolektora ogólnospławnego usytuowanego w ul. (...) na wysokości Parku (...) oraz L. (...) w W.. W umowie strony ustaliły m.in., że przedmiot umowy zostanie wykonany ciągu 40 tygodni od dnia zawarcia umowy, wynagrodzenie będzie przysługiwało Wykonawcy w wysokości: 16 728 000,00 zł brutto, wykonawca został zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego m.in. kary umownej 1% wynagrodzenia za każdorazowy przypadek braku zapłaty lub nieterminową zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy -§16 ust. 2 j tiret, łącznie kary umowne nie mogą przekroczyć kwoty stanowiącej równowartość 20% wynagrodzenia, Wykonawca wyraził zgodę na potrącenie przez Zamawiającego kar umownych z przysługującego Wykonawcy wynagrodzenia lub zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Następnie 6 września 2016 r. strony zawarły aneks nr (...) do umowy, gdzie zapisano m.in., że przedmiot umowy tj. dokumentacja projektowa oraz modernizacja zostanie wykonana w terminie do 21 października 2016 r. Również 6 września 2016 r. pozwany zawarł z konsorcjum, w składzie jak wyżej, kolejną umowę, której przedmiotem były roboty dodatkowe z 4 grudnia 2015 r. Strony ustaliły m.in., że przedmiot umowy zostanie wykonany w terminie do 21.10.2016 r., wynagrodzenie będzie wynosić 661.740,00 zł brutto, zamawiający dopuszcza udział podwykonawców do realizacji umowy jedynie w zakresie dokumentacji umowy.

Sąd I instancji wskazał również, że powód wystawił na rzecz pozwanego następujące faktury:

1. nr (...) z 18 listopada 2016 r. wystawiona na podstawie umowy z dnia 6 września 2016 roku za opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizację na jej podstawie robót dot. modernizacji kolektora ogólnospławnego w ul. (...) na wysokości Parku (...) oraz L. (...) w W. zgodnie z umową nr (...) z 6.09.2016 r. w 66 174,00 zł brutto – termin płatności 30 dni od daty otrzymania faktury.

Faktura została wystawiona na podstawie: Protokołu nr (...), sporządzonego w 18.11.2016 r. za okres od dnia 4 października 2016 r. – do 21 października 2016 r.

W protokole komisja stwierdziła, że zakres wykonanych robót objętych protokołem jest zgodny z umową. Z protokołu wynika, że roboty zostały odebrane bez zastrzeżeń.

2. nr (...) z 18 listopada 2016 roku wystawiona na podstawie umowy z 4 grudnia 2015 r. za opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizacja na jej podstawie robót dotyczących modernizacji kolektora ogólnospławnego w ul. (...) na wysokości Parku (...) oraz L. (...) w W. – na kwotę 1 718 310,00 zł brutto – z terminem płatności 30 dni od dnia otrzymania faktury;

Faktura została wystawiona na podstawie: Protokołu nr (...), sporządzonego 18.11.2016 r. za okres od 1 października 2016 r. – do dnia 21 października 2016 r. W protokole komisja stwierdziła, że zakres wykonanych robót objętych protokołem jest zgodny z umową.

Następnie sąd okręgowy podał, że realizacja umowy z 4 grudnia 2015 r. była dokonywana częściowo przez zgłoszonych do (...) i zaakceptowanych przez zamawiającego podwykonawców m.in. firmę (...) sp. z o.o. z siedzibą w L..

Wskazano także, iż 4 kwietnia 2016 r. (...) sp. z o.o. zawarła z powódką umowę sprzedaży na dostawę materiałów budowlanych i wystawiła na jej rzecz faktury na 9 706 142,82 zł. 20 września 2016 r. podwykonawca (...) sp. z o.o. zwrócił się do pozwanego o zapłatę zaległych zobowiązań firmy (...) S.A. tj. kwoty 3 262 318,05 zł w trybie art. 143 c ustawy Prawo zamówień publicznych z faktur: faktura (...) z 1 lipca 2016 r. na 1 006 098,57 zł brutto, z w/w nie została zapłacona kwota 867 769 zł brutto z terminem płatności 2 sierpnia 2016 r.; faktura (...) z 25 lipca 2016 r. na 299 167,19 zł brutto z terminem płatności 27 sierpnia 2016 r. - niezapłacona; faktura (...) z 15 lipca 2016 r. na 556.403,86 zł brutto z terminem płatności 2 sierpnia 2016 r. - niezapłacona; faktura (...) z 25 lipca 2016 r. na 470.523,70 zł brutto z terminem płatności 2 sierpnia 2016 r. - niezapłacona; faktura (...) z 2 sierpnia 2016 r. w kwocie 213 690,85 zł brutto z terminem płatności 10 września 2016 r. - niezapłacona; faktura (...) z 9 sierpnia 2016 r. w kwocie 854 763,41 zł brutto z terminem płatności 17 września 2016 r. – niezapłacona.

Następnie 28 września 2016 r. pozwany wystosował do powódki oraz do wiadomości Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. i Przedsiębiorstwa (...) sp. z o.o. z siedzibą w K. informację o ww. wezwaniu do zapłaty z prośbą o zgłoszenie zastrzeżeń do planowanej płatności oraz potwierdzenia dokonanych przez (...) sp. z o.o. dostaw materiałów wymienionych w fakturach nadesłanych przez (...) sp. z o.o. W tym samym dniu pozwany wezwał (...) sp. z o.o. do udokumentowania zgłoszonych roszczeń o zapłatę. Dostawca przedłożył dokumenty potwierdzające zrealizowanie dostaw materiałów oraz ich zafakturowanie. Pismem z 11 października 2016 r. (...) sp. z o.o. udzieliła informacji i wskazała, że na 11 października 2016 r. płatność za faktury wystawione przez nią kształtowała się następująco: faktura (...) z 14 kwietnia 2016 r. na 170 952,68zł brutto z terminem płatności w 18 lipca 2016 r. – zapłacona 28 lipca 2016 r. przez pozwanego; faktura (...) z 18 maja 2016 r. na 685 426,01 zł brutto z terminem płatności 17 czerwca 2016 roku – zapłacona 8 lipca 2016 r. przez powódkę; faktura (...) z 23 maja 2016 r. na 1 201 272,81 zł brutto z terminem płatności 22 lipca 2016 roku – zapłacona 28 lipca 2016 r. przez pozwanego; faktura (...) z 25 maja 2016 r. w kwocie 555 596, 22 zł brutto z terminem płatności 26 lipca 2016 r. – zapłacona 28 lipca 2016 r. przez pozwanego; faktura (...) z 30 maja 2016 r. na 128 214,51 zł brutto z terminem płatności 23 lipca 2016 r. – zapłacona 28 lipca 2016 r. przez pozwanego; faktura (...) z 1 czerwca 2016 r. na 299 167,19 zł brutto z terminem płatności 23 lipca 2016 roku – zapłacona 28 lipca 2016 r. przez pozwanego; faktura (...) z 15 czerwca 2016 r. na 843 399,09 zł brutto z terminem płatności 23 lipca 2016 r. – zapłacona 2 sierpnia 2016 r. przez powódkę; faktura (...) z 20 czerwca 2016 r. na 850 453,07 zł brutto z terminem płatności 31 lipca 2016 r. – zapłacona 18 sierpnia 2016 r. przez pozwanego; faktura (...) z 22 czerwca 2016 r. na 106 860,80 zł brutto z terminem płatności 31 lipca 2016 r. – zapłacona 18 sierpnia 2016 r. przez pozwanego; faktura (...) z 1 lipca 2016 r. na 213 660,10 zł brutto z terminem płatności w dniu 12 sierpnia 2016 r. – zapłacona 18 sierpnia 2016 r. przez pozwanego; faktura (...) z 7 lipca 2016 r. w kwocie 363 289,82 zł brutto z terminem płatności 12 sierpnia 2016 roku – zapłacona 18 sierpnia 2016 roku przez pozwanego; faktura (...) z 15 lipca 2016 r. w kwocie 556 403,86 zł brutto z terminem płatności 2 sierpnia 2016 r. - niezapłacona; faktura (...) z 25 lipca 2016 r. w kwocie 470 523,70 zł brutto z terminem płatności w dniu 2 sierpnia 2016 r. - niezapłacona; faktura (...) z 25 lipca 2016 r. w kwocie 299 167,19 zł brutto z terminem płatności 27 sierpnia 2016 r.- niezapłacona; faktura (...) z 2 sierpnia 2016 r. na 213 690,85 zł brutto z terminem płatności 10 września 2016 r. - niezapłacona; faktura (...) z 9 sierpnia 2016 r. w kwocie 854 763,41 zł brutto z terminem płatności 17 września 2016 r. - niezapłacona; faktura (...) z 22 sierpnia 2016 r. na 213 690,85 zł brutto z terminem płatności 28 września 2016 r. – niezapłacona; faktura (...) z 25 sierpnia 2016 r. na 75 177,71 zł brutto z terminem płatności 5 października 2016 r. – niezapłacona; faktura (...) z 1 września 2016 r. na 299 167,19 zł brutto z terminem płatności 7 października 2016 roku – niezapłacona; faktura (...) z 1 września 2016 r. na 170 952,68 zł brutto z terminem płatności 7 października 2016 roku – niezapłacona; faktura (...) z 8 września 2016 r. na 128 214,51zł brutto z terminem płatności 13 października 2016 r. – niezapłacona, na w/w dzień niewymagalna. W piśmie wskazano, że wezwanie do zapłaty z dnia 28 września 2016 roku uznają za nieważne z powodu uregulowania należności.

Sąd okręgowy podał, że 23 września 2016 r. odbyło się spotkanie przedstawicieli stron na którym omawiano kwestie finansowe – rozliczenie przedmiotowej inwestycji. Podczas spotkania Zamawiający podniósł kwestię rozliczeń z podwykonawcami. Ustalono, że zamawiający dokonana płatności na rzecz podwykonawców bezpośrednio z

bieżącej faktury. 9 grudnia 2016 r. powódka wezwała pozwanego do uregulowania należności wynikających z faktur wystawionych na podstawie łączących strony umów. 14 marca 2017 r. pozwany poinformował powódkę, że przysługuje mu prawo do naliczenia ww. kar umownych. Wskazano, że kara umowna zostanie naliczona za opóźnienie w płatności następujących faktur na rzecz (...) sp. z o.o.:

FAKTURA	TERMIN PŁATNOŚCI	ZAPŁACONO	PŁATNIK	OPÓŹNIENIE	
I CZĘŚĆ	II CZĘŚĆ				
(...)	27.08.2016	19.10.2016	(...)	27 dni	
(...)	27.08.2016	19.10.2016	17.11.2016	(...)	27 dni
(...)	27.08.2016	17.11.2016	(...)	27 dni	
(...)	10.09.2016	17.11.2016	(...)	13 dni	
(...)	17.06.2016	8.07.2016	L.	21 dni	
(...)	31.07.2016	18.08.2016	(...)	1 dzień	
(...)	31.07.2016	18.08.2016	(...)	1 dzień	

20 marca 2017 r. powódka ustosunkowując się do pisma pozwanego nie zaprzeczyła faktowi opóźnienia w płatności i wskazała następujące okoliczności, które wpłynęły na brak płatności na rzecz spółki (...) sp. z o.o.:

- 4 kwietnia 2016 r. powódka zawarła umowę z firmą (...) sp. z o.o. na dostawę rur GRP 1400/19// w ilości 2750,0 m, dostawy miały być realizowane zgodnie z załączonym do umowy harmonogramem robót;
- 8 kwietnia 2016 r. Urząd D. B. Wydział (...) zobligował Wykonawcę do weryfikacji dokumentacji zgodnie z aspektem ochrony zabytków. Wykonawca – Konsorcjum nie posiadał informacji na etapie postępowania przetargowego o fakcie, iż Kanał B. objęty jest ochroną zabytków;
- 26 kwietnia 2016 r. Biuro Stołecznego Konserwatora Zabytków zatwierdziło rozwiązania wykonania prac zabezpieczających zaproponowane przez Wykonawcę;
- przytoczone okoliczności spowodowały konieczność wykonania wszystkich niezbędnych uzgodnień dokumentacji ze Stołecznym Konserwatorem Zabytków, zgłoszeniem robót w Urzędzie D. B. oraz zatwierdzeniem środka izolacyjnego - co miało wpływ min. na późniejsze przekazanie dokumentacji do realizacji;

- w związku z brakiem możliwości przerwania produkcji zamówionych w dniu 4 kwietnia 2016 r. rur GRP 1400/1900, jako wyrobu nieseryjnego – (...) sp. z o.o. dostarczył wyprodukowane rury na budowę fakturując je zgodnie z terminami dostaw;
- wykonawca musiał przyjąć wyprodukowany towar z dużym wyprzedzeniem w stosunku do robót montażowych, nie mając możliwości fakturowania za realnie dostarczone na budowę materiały;
- w związku z powyższym (...) S.A. wnioskował do pozwanego o wcześniejszą zapłatę za wykonane prace oraz przedkładał dyspozycję zapłaty bezpośrednio do dostawcy, aby uregulować zaległości względem (...) sp. z o.o.

Sąd I instancji wskazał, że 15 maja 2017 r. powódka złożyła do sądu wniosek przeciwko pozwanemu o zewazwanie do próby ugodowej o zapłatę 442 192,01 zł, natomiast 19 czerwca 2017 r. pozwany wystawił notę obciążeniową oraz skierowało wezwanie do zapłaty kar umownych w łącznej kwocie 1.170.960,00 zł za 7 stwierdzonych przypadków nieterminowanej zapłaty na rzecz podwykonawców. W związku z brakiem płatności, pozwany oświadczył, że dokonuje potrącenia wzajemnych wierzytelności w kwocie 1 170 960 ,00 zł z tytułu kar umownych z wierzytelnością Wykonawcy 376 018,01 zł wynikająca z faktury nr (...) z 18.11.2016 r. oraz kwoty 66 174,00 zł z faktury nr (...) z 18.11.2016 r.

Sąd okręgowy zważył, że nie jest zasadny zarzut braku legitymacji czynnej. Wyjaśniono, że umowa konsorcjum nie została uregulowana w kodeksie cywilnym ani nie została kompleksowo ujęta w innym akcie normatywnym. Stanowi ona umowny stosunek prawny nakierowany na współdziałanie w celu realizacji określonego przedsięwzięcia gospodarczego, a jego konstrukcja jest najbardziej zbliżona do umowy spółki cywilnej, choć co do zasady współpraca ma charakter tymczasowy, odmienny jest charakter reprezentacji, nie występuje rozbudowana więź organizacyjna ani wspólny majątek. W ocenie sądu okręgowego nie można przyjąć, że umowa konsorcjum zawarta na potrzeby wykonywania przedmiotowego zadania jest spółką cywilną, bowiem jedną z cech, która odróżnia umowę konsorcjalną od typowej umowy spółki cywilnej jest to, że nie musi powstać, w ramach umowy konsorcjum, wspólny majątek konsorcjantów, zaś w wypadku spółki cywilnej, zgodnie z art. 860 § 1 k.c. konieczne jest wniesienie wkładów i taka sytuacja nie miała miejsca w niniejszej sprawie.

Sąd I instancji uznał, iż to umowa konsorcjum rozstrzyga o istnieniu lub braku współuczestnictwa, którego członkowie występują z roszczeniem o roboty budowlane. W przedmiotowej sprawie między członkami konsorcjum nie istnieje solidarność czynna, gdyż ani umowa z zamawiającym, ani umowa konsorcjum nie zawierają postanowień, które nawiązywałyby do treści art. 367 § 1 i 2 k.c. Natomiast w kodeksie cywilnym nie ma przepisów zastrzegających solidarność wierzycieli z mocy ustawy. Sąd okręgowy zauważył, iż w § 3 umowy konsorcjum zapisano, że uczestnicy konsorcjum występują we własnym imieniu, natomiast w § 7 umowy członkowie konsorcjum udzielili liderowi konsorcjum tj. powodowi nieodwołalnego pełnomocnictwa do wystawiania faktur VAT i przyjmowania płatności od Zamawiającego w imieniu uczestników konsorcjum. Wobec powyższego, sąd okręgowy uznał, że jeżeli lider Konsorcjum jest uprawniony do wystawiania faktur i przyjmowania płatności to ma legitymację czynną do wytoczenia powództwa o zapłatę faktur.

W dalszej kolejności sąd okręgowy podkreślił, iż w sprawie strona pozwana nie kwestionowała, że konsorcjum wykonało prace objęte fakturami (...), nie kwestionowano wysokości kwot wskazanych w fakturach ani terminów płatności. Pozwany podniósł, że powyższe wierzytelności uległy umorzeniu na skutek złożonego oświadczenia o potrąceniu z karą umowną w wysokości 1 170 960 złotych. Z kolei powód nie zakwestionował prawa strony pozwanej do naliczenia kary umownej, nie zakwestionował wysokości naliczonej kary umownej, nie zakwestionował również opóźnienia w płatnościach na rzecz spółki (...) sp. z o.o. faktur objętych zestawieniem tabelarycznym wskazanym w stanie faktycznym uzasadnienia.

Sąd I instancji wskazał, że powód wniósł natomiast o miarkowanie kary umownej. Powołując się na art. 484 § 2 k.c. wyjaśniono, iż naliczona kara umowna stanowi 7% wynagrodzenia, a więc nie przekracza umownego ograniczenia jej wysokości wskazanego w § 16 ust. 5 Umowy tj. 20 % wynagrodzenia i w jego ocenie w rozpoznawanej sprawie istnieją podstawy do miarkowania kary umownej. Zauważono, że przede wszystkim bezsporne w niej było, że powód wykonał

prace objęte umową, za które zostały naliczone kary umowne w 100%. Nie wskazywano w sprawie, że prace zostały wykonane po terminie, zaś opóźnienie z zapłatą faktur na rzecz podwykonawcy nie stanowiło żadnego zagrożenia dla realizacji kontraktu. Podkreślono, że jak wynika z pisma powoda, przyczyną opóźnienia w płatnościach na rzecz (...) sp. z o.o. był fakt, że Wykonawca – Konsorcjum nie posiadał informacji na etapie postępowania przetargowego oraz na etapie podpisania umowy z (...) sp. z o.o., że Kanał B. objęty jest ochroną zabytków. Powyższe spowodowało, w ocenie Sądu Okręgowego, konieczność podjęcia kolejnych uzgodnień, które spowodowały opóźnienia w podjęciu prac, natomiast nie było możliwości zmiany terminu dostaw od spółki (...) wobec zawarcia umowy w dacie, gdy powód nie miał wiedzy, że Kanał B. jest zabytkiem. Nadto strony wysokość kary umownej określiły w odniesieniu do wynagrodzenia z całej umowy, a dostarczony materiał za którego płatność nastąpiła z opóźnieniem stanowił nieznaczny procent wartości całego zlecenia. W ocenie sądu okręgowego, również istotna jest długość opóźnienia, który w stosunku do trzech faktur - 27 dni, do jednej faktury - 21 dni, do jednej faktury - 13 dni, do dwóch faktur wynosi tylko - jeden dzień. Ponadto, wskazano, że pozwana nie poniosła żadnej szkody i powyższej okoliczności pozwany nie zaprzeczył.

Mając na uwadze, iż ustawodawca nie wskazał dolnej granicy obniżenia zastrzeżonej kary, pozostawiając sądom elastyczny instrument umożliwiający orzekanie na podstawie całokształtu konkretnych okoliczności sprawy oraz, że wysokość kary musi być ustalona w odniesieniu do wartości całego kontraktu, za adekwatną karę umowną sąd okręgowy uznał karę 5000 zł co do faktur, gdzie opóźnienie wyniosło ponad 20 dni, 3000 zł co do faktury, gdzie opóźnienie wyniosło ponad 10 dni i 1000 zł co do faktur, gdzie opóźnienie w płatności wyniosło poniżej 10 dni, co stanowi łącznie 25 000 zł. W/w kwoty potrącono z należności dochodzonej przez powoda.

O kosztach procesu orzeczono na podstawie art. 100 k.p.c., wskazując, iż powód wygrał w 94%.

Apelacja z 28.02.2020 r. pozwany zaskarżył przedmiotowy wyrok w części, tj. w zakresie pkt 1, t.j. co do zasądzonej od pozwanego na rzecz powoda 417 192,01 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie od dnia 19 grudnia 2016 roku do dnia zapłaty oraz w zakresie pkt 3 co do rozstrzygnięcia orzekającego o kosztach postępowania,

I. zarzucając naruszenie prawa materialnego, t.j.:

1. art. 65 § 2 k.c. poprzez: a) dokonanie błędnej wykładni umowy konsorcjum z 03.09.2015 r. polegającej na uznaniu, iż jeżeli lider Konsorcjum jest uprawniony do wystawienia faktur i przyjmowania płatności to ma również legitymację czynną do wytoczenia powództwa o zapłatę faktury, podczas gdy zakres umocowania Lidera Konsorcjum wskazany w § 7 ust. 2 ma charakter zamknięty, nie powinien być interpretowany rozszerzająco, a powyżej wskazane wnioski skutkuje błędnym uznaniem przez Sąd, iż Powód ma legitymację czynną do wytoczenia powództwa w niniejszej sprawie; b) dokonanie wykładni umowy konsorcjum z dnia 03.09.2015 r. z pominięciem stanowień § 10 i § 11 dotyczącego podziału procentowego prac między uczestnikami oraz podziału wynagrodzenia z tytułu wykonania umowy, które skutkuje błędnym uznaniem iż Powód ma legitymację czynną do wytoczenia powództwa o zapłatę w imieniu wszystkich konsorcjantów,

co doprowadziło do naruszenia prawa procesowego mającego wpływ na treść wyroku, tj. art. 64 § k.p.c. i art. 65 k.p.c.

2. art. 484 § 2 k.c. poprzez:

a) niewłaściwe zastosowanie polegające na oparciu podstaw miarkowania m.in. na błędnym uznaniu, iż opóźnienie z zapłatą faktur na rzecz podwykonawcy nie stanowiło żadnego zagrożenia dla realizacji kontraktu oraz uznaniu, iż dostarczony materiał, za którego płatność nastąpiła z opóźnieniem stanowił nieznaczny procent całości zadania, podczas gdy dostarczony materiał stanowił kluczowy materiał do realizacji prac, zaś dokonywane płatności stanowiły znaczący procent w stosunku do wartości umowy,

b) błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, iż w sprawie zaistniały podstawy i przesłanki do zmiarkowania kary umownej naliczonej przez pozwanego o 97,9%; pierwotnie naliczone kary umowne wyniosły 7

% wynagrodzenia, a obecnie obniżona została do 0,149% wartości wynagrodzenia, co pozbawia ekonomicznego sensu i celu jakiemu służyć ma kara umowna oraz godnej ochrony interesów wierzyciela;

c) brak uwzględniania w miarkowaniu kary aspektu związanego w ustawowym obowiązkiem zawarcia w umowie o roboty budowlane postanowień dotyczących kar umownych z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom (art. 143 d ust.1 pkt 7) lit a) Pzp).

d) odniesienie wysokości każdej z naliczonych kar umownych do długości opóźnienia płatności, podczas gdy strony w umowie wyraźnie określiły, iż podstawą naliczania kar umownych jest każdy przypadek braku zapłaty lub nieterminowa zapłata wynagrodzenia należnego podwykonawcy;

e) niewłaściwe zastosowanie polegające na zmiarkowaniu kary do wysokości prowadzące do wzbogacenia strony powodowej, gdyż zasądzone na jej rzecz koszty procesu, tj. 30 302, 36 zł, w tym koszty zastępstwa procesowego są wyższe niż obciążającej powoda kary umoweja w wysokości 25 000,00 zł; co pozbawia ekonomicznego sensu i celu jakiemu służyć ma kara umowna oraz godnej ochrony interesów wierzyciela;

3. art. 481 § 1 k.c. w zw. z art. 455 k.c. w zw. z art. 484 § 2 k.c. poprzez zasądzenie na rzecz powoda odsetek ustawowych od kwoty zasądzonej na jego rzecz od dnia określonego jako data wymagalności roszczenia dochodzonego pozwem, podczas gdy dokonując miarkowania kary umownej sąd spowodował modyfikację postanowień umowy łączącej strony (w zakresie zasad naliczania kar umownych i ich wysokości), co uprawniało go do zasądzenia należności ubocznych od dochodzonego roszczenia głównego co najwyżej od daty wyrokowania;

II. naruszenie prawa procesowego mające wpływ na treść wyroku, tj.

1. przepisów art. 64 § 1 k.p.c. i art. 65 k.p.c. poprzez nieuprawnione przyjęcie, że Powód jest uprawniony do samodzielnego dochodzenia należności wskazanej w pozwie, pomimo tego, iż umowa o roboty budowlane została zawarta przez stronę pozwaną 2: konsorcjum firm, a w konsekwencji ustalenie, że powodowi przysługuje legitymacja czynna do samodzielnego dochodzenia roszczenia będącego przedmiotem sporu;

2. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez:

a) przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, oraz zaniechanie wszechstronnego rozważania zebranego materiału dowodowego i przyjęciu, że opóźnienie z zapłatą faktur na rzecz podwykonawcy nie stanowiło żadnego zagrożenia dla realizacji kontraktu oraz dostarczony materiał za którego płatność nastąpiła z opóźnieniem stanowił nieznaczny procent całego zlecenia, podczas gdy zgodnie z zeznaniami świadka K. N. dostarczał panele, które były głównym elementem tej renowacji, a zgodnie z zeznaniami świadka K. D. (1), „materiały dostarczane przez N. były podstawowym materiałem przy realizacji umowy”, płatność z opóźnieniem dotyczyła kwoty ponad 3 mln zł, wszystkie zaś płatności na rzecz N. ponad 9 mln;

b) wyprowadzenie wniosków sprzecznych z zebrany materiał dowodowy prowadzących do konkluzji, iż pozwana wykazała zasadność żądania miarkowania kary umownej i przyjęciu, iż naliczona kara umowna może być zmiarkowana aż o 97,9%;

c) przekroczeniu granic swobodnej oceny dowodów i pominięciu podnoszonych w sprzeciwie kwestii związanych z faktem, iż obowiązująca pomiędzy stronami umowa została zawarta w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych i z teje ustawy wynika powinność zawarcia w umowie o roboty budowlane postanowień dotyczących kar umownych z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom (art. 143d ust.1 pkt 7) lit a) Pzp);

3. naruszenie art. 100 k.p.c. poprzez obciążanie Pozwanego kosztami w wysokości 30 302, 36 zł podczas, gdy wierzytelność dochodzona pozwem nie istnieje na skutek jej umorzenia poprzez dokonanie skutecznego potrącenia,

a określenie należnej Powodowi sumy zależało od oceny sądu w zakresie miarkowania kary umownej, co winno skutkować wzajemnym zniesieniem kosztów,

III. wnosząc o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości, oraz o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych za I i II instancję,

W odpowiedzi na apelację pozwanego powódka wniosła o jej oddalenie w całości oraz zwrot kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd apelacyjny zważył, co następuje:

Apelacja jest bezzasadna.

Sąd apelacyjny podziela ustalenia faktyczne sądu okręgowego i przyjmuje je za własne oraz akceptuje rozważania prawne tego sądu.

Postępowanie apelacyjne toczy się według przepisów Rozdziału I „Apelacja”, Działu V „Środki odwoławcze”, Tytułu VI (...), Księgi pierwszej (...), Części pierwszej „Postępowanie rozpoznawcze” w brzmieniu nadanym ustawą z 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2019 r., poz. 1469, dalej jako (...)), gdyż pozwany wniósł apelację 28 lutego 2020 r., natomiast zgodnie z art. 9 ust. 4 (...) do rozpoznania środków odwoławczych wniesionych i nierozpoznanych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy (czyli przed dniem 7 listopada 2019 r.), stosuje się przepisy ustawy zmienianej w art. 1 (...), w brzmieniu dotychczasowym.

Nie jest trafny zarzut naruszenia art. 64 § 1 k.p.c. i art. 65 k.p.c. Powołane w apelacji przepisy dotyczą zdolności sądowej oraz procesowej, których brak apelant – niezasadnie – utożsamia z brakiem legitymacji procesowej czynnej łącznej wynikającej ze współuczestnictwa procesowego koniecznego konsorcjantów. Przesłanki procesowe (zdolność procesowa, zdolność sądowa) warunkują dopuszczalność powództwa i procesu, a ich brak skutkuje – w zależności od konfiguracji procesu – odrzuceniem pozwu albo jego zwrotem. Natomiast legitymacja procesowa jest przesłanką materialnoprawną tertii generis, która warunkuje merytoryczne rozpoznanie dopuszczalnego powództwa. Jej brak wywołuje skutek w postaci oddalenia powództwa. Taką też koncepcję – mimo wadliwego powołania regulacji – przyjął sam apelant, skoro zarzuca, że powodowi nie przysługuje legitymacja czynna do samodzielnego dochodzenia roszczenia będącego przedmiotem sporu, wnosząc na tej podstawie o oddalenie (a nie o odrzucenie) powództwa a limine. Jest to istotne, gdyż brak legitymacji procesowej czynnej łącznej – na płaszczyźnie przepisów postępowania – wymagał postawienia zarzutów naruszenia art. 73 k.p.c., art. 195 k.p.c. oraz art. 196 k.p.c. i ich odpowiedniej argumentacji. Taka sytuacja w sprawie nie zachodzi. Powód, jako spółka akcyjna, miał zdolność sądową i zdolność procesową przez cały bieg procesu. Natomiast sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa procesowego (tak w uchwale składu siedmiu sędziów SN z 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07, OSNC z 2008 r. Nr 6, poz. 55), co oznacza m.in., że nie może brać z urzędu pod uwagę ewentualnych naruszeń prawa procesowego, o ile nie zostały one podniesione przez apelującego.

Nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Apelacja nie spełnia wymogów konstrukcyjnych w zakresie tego przepisu. Według wskazanej regulacji sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego. A zatem jest to norma odwołująca się do dowodu i dlatego strona skarżąca, chcąc doprowadzić do podważenia dokonanej przez sąd pierwszej instancji oceny dowodów, powinna wskazać, którego dowodu zarzut ten dotyczy oraz na czym polegały konkretne naruszenia kryteriów oceny, które zostały wymienione w przepisie art. 233 § 1 k.p.c., a następnie wykazać, że gdyby sąd nie naruszył przepisu prawa, to dokonałby odmiennych ustaleń faktycznych, które skutkowałyby rozstrzygnięciem zgodnie z żądaniem powództwa albo przeciwko takiemu żądaniu. Przepis ten ma zatem na względzie ocenę dowodów, nie zaś ocenę jurydyczną określonych faktów. Jeżeli z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadza wnioski logicznie poprawne i zgodne z doświadczeniem życiowym, to ocena sądu nie narusza reguł swobodnej oceny dowodów

(art. 233 § 1 k.p.c.) i musi się ostać, choćby w równym stopniu, na podstawie tego materiału dowodowego, dawały się wysnuć wnioski odmienne.

Słusznie wskazał sąd okręgowy, że opóźnienie na rzecz podwykonawcy nie stanowiło żadnego zagrożenia dla realizacji kontraktu. Przeciwno tej tezie nie przemawiają zeznania świadka K. S., który wskazał, że (...) sp. z o.o. dostarczał panele, które były głównym elementem renowacji oraz świadka K. D. (2), który zeznał, że materiały dostarczane przez N. były podstawowym materiałem przy realizacji umowy. Z zeznań tych świadków nie wynika, że w związku z brakiem zapłaty przez pozwanego na rzecz (...) sp. z o.o. kwot co do których żądana jest kara umowna zagrożony był kontrakt między pozwaną a konsorcjantami. Nie sposób racjonalnie uznać, że opóźnienie w zapłacie co do 7 faktur w wymiarze nieprzekraczającym 1 miesiąca, mogłoby zaburzyć wykonanie umowy łączącej strony. Tym niemniej okoliczność taka nie wynika z ustaleń faktycznych sądu I instancji, natomiast apelant nie powołuje dowodów, z których takie fakty wynikają. Skarżący dokonał wyboru fragmentu zeznań (zresztą niepełnych) i na tej podstawie samodzielnie dopowiedział fakty, które mają przemawiać za przyjętą przez niego koncepcją. Również prawidłowe są rozważania sądu okręgowego, że dostarczony materiał, za którego płatność nastąpiła z opóźnieniem, stanowił nieznaczny procent całego zlecenia. Sąd I instancji odniósł się wszak w tym sformułowaniu do umowy łączącej pozwaną z konsorcjantami, a nie do umowy łączącej powódkę z (...) sp. z o.o.

Nie mogą się ostać twierdzenia apelanta, że sąd okręgowy „wyprowadził wnioski sprzeczne z zebrany materiałem dowodowym”, które doprowadziły go do konkluzji, że „naliczona kara umowna może być zmiarkowana aż o 97, 9 %”, oraz że nie wzięto pod uwagę, że „obowiązująca między stronami umowa została zawarta w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych”. Tak sformułowane twierdzenia nie dotyczą oceny dowodów, lecz oceny jurystycznej prawidłowości ustalonych faktów i ze swojej istoty nie mieszczą się w art. 233 § 1 k.p.c.

Nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 65 § 1 i 2 k.c. (łącznie z § 10 i 11 umowy konsorcjum).

Twierdzenia apelanta zmierzają do wykazania, że umowa konsorcjum zawarta między konsorcjantami na potrzeby udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, spełnia cechy umowy spółki cywilnej, co prowadzi do wniosku, że między uczestnikami konsorcjum zachodzi współuczestnictwo jednolite, o którym stanowi art. 73 § 1 k.p.c. Ustalenie tej kwestii prawnej wymaga dokonania wykładni oświadczeń woli.

Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego o ustalone zwyczaje (art. 65 § 1 k.c.), przy czym w umowach należy raczej badać, jaki zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu (art. 65 § 2 k.c.). Pierwotnie przyjmowano za obowiązującą zasadę *clara non sunt interpretanda*. Przykładowo, w postanowieniu z 7 stycznia 1998 r. (III C 307/97, OSNC 1998, nr 9, poz. 135) SN uznał, że art. 65 § 2 k.c. służy tłumaczeniu treści oświadczenia woli w sytuacji, gdy dosłowne brzmienie umowy pozostawia margines niepewności co do rzeczywistej woli stron (zob. też wyroki SN z 12 listopada 2003 r., I PK 2/03; z 7 lipca 2005 r., V 859/04). Aktualnie przeważa jednak pogląd, że wykładni poddawane powinno być każde, także *prima facie* jednoznaczne i jasne, oświadczenie woli (zob. np. wyroki SN: z 7 grudnia 2000 r., II CKN 351/00, OSNC 2001, nr 6, poz. 95; z 5 października 2005 r., II CK 122/05; z 15 grudnia 2006 r., III CSK 349/06; z 16 stycznia 2013 r., II CSK 302/12).

W orzecznictwie za utrwalony można uznać pogląd przyjmujący obowiązującą tzw. kombinowaną metodę wykładni oświadczeń woli, stanowiącą koncepcję pośrednią między metodą subiektywną i obiektywną (zob. uchwałę 7 sędziów SN z 29 czerwca 1995 r., III CZP 66/95, OSNC 1995, nr 12, p. 2007 r., II CSK 489/06; z 29 kwietnia 2009 r., II CSK 614/08, OSNC 2010, poz. 32; z 10 czerwca 2011 r., II CSK 568/10; z 27 czerwca 2014 r., V CSK 433/13; z 31 maja 2017 r., V CSK 433/16). Podkreślić jednak należy, że w obrocie gospodarczym powinno się zastosować bardziej rygorystyczne wymagania odnośnie do sporządzania umów. Z tekstu samej umowy wprost powinno wynikać oznaczenie najbardziej podstawowych elementów zobowiązania. Przedsiębiorca ma bowiem możliwość korzystania przy redagowaniu umowy z pomocy prawnika. Dopuszczenie badania zgodnego zamiaru stron, będących profesjonalistami, odmiennego co do istotnych postanowień umowy od tekstu pisemnego godziłoby w bezpieczeństwo obrotu (tak postanowienie SN z 20 grudnia 2020 r., I CSK 22/19).

W orzecznictwie wyrażono przy tym pogląd, że w razie zawarcia przez przedsiębiorców umowy w formie pisemnej nie można powoływać się na to, iż zgodnym zamiarem stron było zawarcie odmiennych, istotnych postanowień umowy niż te, które zostały pisemnie wyrażone (zob. wyroki SN: z 9 maja 2001 r., II CKN 444/00; z 24 maja 2005 r., V CK 655/04). Wskazuje się jednak, że tekst nie stanowi wyłącznej podstawy wykładni ujętych w nim oświadczeń, lecz konieczne jest również zbadanie zamiaru i celu stron, który nie musi być celem uzgodnionym, lecz wystarcza cel zamierzony przez jedną i wiadomy drugiej, a także kontekstu faktycznego w jakim umowę uzgadniano i zawierano oraz okoliczności towarzyszących złożeniu oświadczenia woli (zob. uchwałę SN z 29 czerwca 1995 r., III CZP 66/95, OSNC 1995, nr 12, poz. 168; wyrok SN z 19 lipca 2000 r., II CKN 313/00). Jeżeli strony już poprzednio pozostawały w takich samych stosunkach prawnych, należy mieć na uwadze znaczenie niezbyt jasnych sformułowań umowy, jakie było przy ich stosowaniu w poprzednich stosunkach prawnych między nimi (zob. wyrok SN z 4 lipca 1975 r., III CRN 160/75, OSNCP 1977, nr 1, poz. 6). Nawet jednoznacznie ustalony na podstawie reguł językowych sens oświadczenia woli nie zwalnia sądu w procesie jego wykładni od uwzględnienia innych dyrektyw interpretacyjnych (wyrok SN z 31 maja 2017 r., CSK 433/16). Nie można też zapominać, że zasady wykładni oświadczeń woli stron umowy nakazują przyjęcie założenia, iż wola stron była racjonalna i miała na celu osiągnięcie rezultatu zgodnego ze zdrowym rozsądkiem i interesem stron (wyrok SN z 19 listopada 2002 r., IV CKN 1474/00).

Odnosząc się do umowy konsorcjum, z punktu widzenia charakteru prawnego więzi prawnej łączącej konsorcjantów, należy zwrócić uwagę na trafny pogląd SN wyrażony w wyroku z 23 września 2016 r. (II CSK 27/16). Jak wyjaśniono, umowa konsorcjum nie została uregulowana w KC ani nie została kompleksowo ujęta w innym akcie normatywnym, a została ukształtowana przez praktykę, jako odpowiedź na zapotrzebowanie obrotu gospodarczego na istnienie umowy o konkretnych właściwościach. Podstawą powołania konsorcjum jest umowa o wspólne działanie samodzielnie i autonomicznie występujących partnerów, przy zawieraniu której strony w szerokim zakresie, uwzględniając indywidualne potrzeby oraz charakter przedsięwzięcia, korzystają ze swobody kontraktowej i nie są związane wymogiem zachowania jednolitej formy organizacyjno-prawnej. Ani w doktrynie, ani w judykaturze nie wypracowano jednolitej charakterystyki prawnej umowy konsorcjum, ani nie dokonano precyzyjnej oceny skutków jej zawarcia. Zasadniczo przyjmuje się, że konsorcjum stanowi umowny stosunek prawny nakierowany na współdziałanie, w celu realizacji określonego przedsięwzięcia gospodarczego, a jego konstrukcja jest najbardziej zbliżona do umowy spółki cywilnej, choć co do zasady współpraca ma charakter tymczasowy, odmienny jest charakter reprezentacji, nie występuje rozbudowana więź organizacyjna ani wspólny majątek.

Taki charakter umowy konsorcjum sprawia, że z jej istnienia nie musi wynikać współuczestnictwo konieczne po stronie powoda z innymi uczestnikami konsorcjum, ponieważ nie można stawiać znaku równości między spółką cywilną zawiązaną na podstawie art. 860 k.c. a konsorcjum w rozumieniu art. 23 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), obowiązującego w dacie zawarcia umowy konsorcjum, którego zawarcie nie musi powodować powstania majątku wspólnego uczestników konsorcjum. Nie ma więc podstaw do automatycznego kwalifikowania wszystkich umów konsorcjum jako umów spółki cywilnej, jest to bowiem uzależnione od zawarcia w takiej umowie cech konstrukcyjnych umowy spółki cywilnej (tak również postanowienie SN z 31 stycznia 2018 r., I CSK 590/17).

Z taką sytuacją mamy do czynienia w sprawie. Konsorcjanci nie ukształtowali między sobą więzi prawnej, która odpowiadałaby konstrukcji spółce cywilnej. W umowie konsorcjum uczestnicy jasno określili cel jej zawarcia w preambule („strony zamierzają wspólnie uczestniczyć w przetargu nieograniczonym ogłoszonym przez (...) (...) W. dotyczącym wykonania zadania pt. „Opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizacja na jej podstawie robót dotyczących modernizacji kolektora ogólnospławnego o przekroju 2,10 x 1,60, L. = 2725, 50mb, usytuowanego w ul. (...) na wysokości Parku (...) oraz L. (...) w W.”, w tym opracować i złożyć wspólną ofertę na realizację tego zamówienia; „strony postanowiły zawrzeć umowę konsorcjum, zwaną dalej Umową konsorcjum, w celu wspólnego złożenia oferty oraz wspólnego wykonania zamówienia o następującym brzmieniu (...)”) oraz w § 2 ust. 1 umowy konsorcjum, który stanowi, że celem umowy jest określenie zasad współpracy dotyczącej złożenia zamawiającemu przez uczestników konsorcjum wspólnej oferty na realizację zamówienia, a w przypadku wybrania przez zamawiającego wspólnej oferty uczestników konsorcjum, określenie zasad współpracy w zakresie wykonania i realizacji zamówienia”.

Stosunek umowny ukształtowany między stronami ze swojej istoty miał zatem charakter tymczasowy i zmierzał do osiągnięcia jednego wspólnego przedsięwzięcia gospodarczego związanego z określonym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Z umowy konsorcjum nie wynika, że strony zamierzały kontynuować swoją działalność w celu osiągnięcia innego niż określony w umowie celu gospodarczego przez działanie w sposób oznaczony. Analiza umowy nie prowadzi również do wniosku, aby strony określiły rozbudowaną wież organizacyjną albo dążyły do powstania wspólnego majątku. Jest wręcz odmiennie. Strony określiły, że poza konsorcjum jego uczestnicy występują zawsze we własnym imieniu, a zmiana w składzie konsorcjum nie jest możliwa przez cały okres obowiązywania kontraktu (§ 3 ust. 1 zd. 1 umowy konsorcjum). Podkreślono, że umowy nie należy interpretować, jako utworzenie jakiegokolwiek spółki lub jakiegokolwiek innego trwałego powiązania (§ 3 ust. 1 zd. 2 umowy konsorcjum). Nie ma zatem żadnych podstaw do przyjęcia, że celem stron było powołanie stosunku zobowiązaniowego, którego istota odpowiadałaby spółce cywilnej, lub mogłaby być kwalifikowana jako podtyp tej spółki (por. wyroki SN z 20 listopada 2014 r., V CSK 177/14; z 9 lipca 2015 r., I CSK 353/14; z 10 września 2014 r., II CSK 536/14 oraz postanowienie SN z 6 marca 2015 r., III CZP 113/14).

Przeciwko kwalifikowaniu umowy konsorcjum, jako stosunku zobowiązaniowego będącego źródłem współuczestnictwa jednolitego w procesie, przemawia również przyjęty w umowie konsorcjum model konsorcjum wykonawczego (scentralizowanego). Ten model konsorcjum cechuje przewidziana funkcję lidera konsorcjum z szerokimi uprawnieniami do reprezentowania konsorcjum jako całości w jego relacjach prawnych z zamawiającym. Takie jest konsorcjum w niniejszej sprawie. W § 6 ust. 1 umowy konsorcjum, uczestnicy konsorcjum wyznaczyli liderem konsorcjum – (...) S.A. Wprawdzie zastrzeżono, że zamówienie zostanie wykonane wspólnie przez uczestników konsorcjum, lecz wyraźnie zastrzeżono uwzględnia się rolę lidera konsorcjum (§ 6 ust. 2 umowy konsorcjum). Uprawnienia wykonawcze lidera konsorcjum uszczegółowiono w § 7 ust. 1 i 2 umowy konsorcjum. Wskazano, że lider konsorcjum reprezentuje uczestników konsorcjum i będzie pełnił swoją funkcję w najlepszym interesie wszystkich uczestników konsorcjum (§ 7 ust. 1 umowy konsorcjum). Ponadto, uczestnicy konsorcjum udzielili liderowi konsorcjum nieodwołalnego w czasie obowiązywania umowy konsorcjum pełnomocnictwa do działania w jego imieniu, jako członka konsorcjum na licznych płaszczyznach enumeratywnie wymienionych w umowie (§ 7 ust. 2 umowy konsorcjum), w tym reprezentowania wobec zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, podejmowania względem zamawiającego zobowiązań, w tym zobowiązań finansowych i otrzymywania instrukcji i poleceń, wystawiania faktur VAT i przyjmowania płatności od Zamawiającego w imieniu uczestników konsorcjum (§ 7 ust. 2 lit. de, e umowy konsorcjum). Takie ukształtowanie organizacyjne odpowiada stosunkowi obligacyjnemu, w ramach którego poszczególni uczestnicy konsorcjum są współwykonawcami wspólnego zadania inwestycyjnego w wielopodmiotowym, ale dwustronnym stosunku obligacyjnym z zamawiającym. Wewnętrzny podział robót między poszczególnych uczestników pozostaje już sprawą obojętną dla zamawiającego, ponieważ może on oczekiwać od nich wykonania całego zadania inwestycyjnego (por. wyroki SN z 17 września 2008 r., III CSK 119/08, OSNC 2009, nr 9, poz. 130; z 11 maja 2012 r., II CSK 491/11; z 7 listopada 2014 r., IV CSK 95/14). Inna sytuacja zachodzi w przypadku tzw. konsorcjum zdecentralizowanego, które zakłada, iż poszczególni uczestnicy mogą działać samodzielnie i nawiązywać we własnym imieniu oraz na własny rachunek bezpośrednio stosunki obligacyjne z zamawiającym. Zawierając szczegółowe umowy z zamawiającym, uczestnicy konsorcjum mogą działać wprawdzie w ramach ogólnej umowy konsorcjum, jednakże we wskazanych w tej umowie granicach uczestnictwa we wspólnym przedsięwzięciu (por. wyrok SN z 7 listopada 2014 r., IV CSK 95/14). W sprawie taki przypadek nie zachodzi z uwagi na upoważnienie uczestników konsorcjum do zawierania w ich imieniu przez lidera konsorcjum wszelkich ustaleń z zamawiającym oraz podpisywania umowy z zamawiającym na wykonanie zamówienia, ewentualnie aneksów do kontraktu (§ 7 ust. 2 lit. f i g umowy konsorcjum).

Sąd apelacyjny wziął również pod rozwagę, czy z treści umowy konsorcjum obejmującej wspólne wykonanie robót budowlanych (art. 647 k.c.) w ramach umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika łączna legitymacja wszystkich konsorcjantów do uzyskania od zamawiającego zapłaty wynagrodzenia za wykonaną część robót przez jednego z konsorcjantów (por. wyrok SN z 7 listopada 2014 r., IV CSK 95/14). Z wykonaniem prac budowlanych przez współwykonawców może być skorelowany obowiązek zamawiającego zapłaty wynagrodzenia zgodnie z umową o zamówienie publiczne, przy czym uprawnionymi do otrzymania takiej zapłaty mogą być wszyscy konsorcjanci

reprezentowani przez lidera konsorcjum. W związku z tym wierzytelność pieniężna, jako wspólne uprawnienie konsorcjantów, może być wierzytelnością im wspólną. W takim przypadku zamawiający może skutecznie zwolnić się wobec konsorcjum z obowiązku zapłaty za wykonane roboty budowlane, jeżeli wypłata taka nastąpi na rzecz wszystkich konsorcjantów, a nie tylko na rzecz jednego z nich, chociażby wykonał on prawidłowo powierzone mu w części roboty budowlane.

Dodać trzeba, że w orzecznictwie SN trafnie wskazuje się na to, że kwestię legitymacji czynnej konsorcjantów w związku z utworzeniem konsorcjum wykonawczego i zawarciem umowy o zamówienie publiczne determinuje status konsorcjum jako jednolitego (łącznego) podmiotu uprawnień i obowiązków wynikających z tej umowy (por. np. uzasadnienie wyroku SN z 11 maja 2012 r., II CSK 491/11). Status taki może przesądzać nie tylko o łącznej czynnej legitymacji konsorcjantów w sprawie przeciwko zamawiającemu o zwrot zatrzymanego wadium (zob. wyrok SN z 13 października 2011 r., V CSK 475/10), ale także o takiej ich legitymacji w zakresie wynagrodzenia w związku z wykonaniem robót budowlanych przez jednego z konsorcjantów. Wspólność wierzytelności konsorcjantów o zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wyłącza możliwość dochodzenia tej wierzytelności w całości lub w części przez jednego konsorcjanta. Sama podzielność wierzytelności wspólnej w rozumieniu przedmiotowym (art. 379 § 2 k.c.) nie zmienia tej sytuacji i nie prowadzi do podzielności w sferze możliwości dochodzenia wynagrodzenia od zamawiającego.

Jednak w ocenie sądu apelacyjnego w umowie konsorcjum uczestnicy nie ukształtowali wierzytelności pieniężnej w postaci wynagrodzenia z tytułu wykonania kontraktu z pozwaną, jako wierzytelności wspólnej o stopniu sformalizowania pozwalającym na przyjęcie, że tylko wszyscy konsorcjanci łącznie będą mogli dochodzić wynagrodzenia od zamawiającego. Wprawdzie z § 11 ust. 1 umowy konsorcjum wynika, że wynagrodzenie z tytułu wykonania kontraktu przysługujące, zgodnie z postanowieniami kontraktu, łącznie wszystkim uczestnikom, lecz wskazano również że zostanie ono podzielone między uczestników konsorcjum w stosunku, w jakim wartość wykonywanych przez danego uczestnika konsorcjum i zatwierdzonych przez zamawiającego robót pozostaje do wartości wszystkich robót wykonanych przez konsorcjum objętych zamówieniem i zatwierdzonych przez zamawiającego. Co istotne, w § 11 ust. 2 umowy konsorcjum wszystkie prace wykonywane przez konsorcjum na rzecz zamawiającego fakturowane miały być na zamawiającego jako nabywcy przez Lidera Konsorcjum. Dopiero wynagrodzenie przysługujące danemu uczestnikowi z tytułu wykonanych przez niego prac, w rozliczeniach między stronami, naliczone miało zostać zgodnie z ust. 1 (§ 11 ust. 3 umowy konsorcjum). W rezultacie, w scentralizowanym konsorcjum to wyłącznie na rzecz lidera konsorcjum miały być wystawiane faktury. Natomiast rozdział wynagrodzenia między uczestników konsorcjum następował zgodnie z ustaleniami w umowie konsorcjum w sferze wewnętrznej między nimi, która była obojętna dla zamawiającego. Z żadnego zapisu umownego nie wynika, że zapłata odpowiedniej części wynagrodzenia na rzecz innego uczestnika konsorcjum niż jego lider zwalnia zamawiającego z zapłaty tej części wynagrodzenia. Również praktyka zapłaty wynagrodzenia wskazuje na to, że zamawiający wpłacał świadczenia pieniężne na rzecz zamawiającego. Brak jest również podstaw do wyprowadzenia wniosku, że w przypadku braku zapłaty wynagrodzenia przez lidera konsorcjum pozostali uczestnicy konsorcjum mogą domagać się zapłaty od zamawiającego. Potwierdza tę okoliczność tekst § 11 ust. 4 umowy konsorcjum, z którego wynika, że rozliczenie wynagrodzenia należnego stronom z kontraktu nastąpi na podstawie faktur VAT wystawionych na podstawie odbiorów dokonywanych na zasadach określonych w kontrakcie, natomiast partner wystawi fakturę VAT na wykonany zakres rzeczowy, pod dokonaniu odbioru, zgodnie z kontraktem. Analogiczne zasady przyjęto dla rozliczenia wynagrodzenia z odbiorów częściowych (§ 11 ust. 5 umowy konsorcjum). O tym, że to lider konsorcjum był uprawniony do rozliczenia wynagrodzenia od zamawiającego świadczy również § 11 ust. 7 umowy konsorcjum, zgodnie z którym lider zobowiązuje się do dokonywania płatności na rzecz partnera przysługującej im części wynagrodzenia w terminie nie później niż 3 dni od dnia wpływu na jego rachunek kwoty wynagrodzenia od zamawiającego. Natomiast w apelacji pozwany wadliwie upatruje w § 10 umowy konsorcjum stopień rozdziału wynagrodzenia między konsorcjantami ((...) S.A. – 15 %, (...) sp. z o.o. – 35 %, (...) sp. z o.o.). Postanowienie to nie dotyczy rozdziału wynagrodzenia między uczestnikami konsorcjum, lecz szczegółowego podziału prac, z którego będzie wynikać ostateczny udział uczestników w konsorcjum (§ 10 ust. 1 in principio umowy konsorcjum). Natomiast rozdział wynagrodzenia miał nastąpić według reguł określonych w § 11 ust. 1 umowy konsorcjum, co wynika wprost z tego postanowienia umownego. Postanowienie

z § 10 umowy konsorcjum nie ma zatem automatycznego przełożenia na określenie części wynagrodzenia należnego każdemu z konsorcjantów.

Sąd apelacyjny zwrócił uwagę również na powołany w apelacji wyrok SA w Warszawie z 29 kwietnia 2013 r., VI ACa 1183/12, L., według którego „możliwość wystawiania faktur na całość prac nie czyni powódki legitymowanej do samodzielnego wystąpienia z przedmiotowym roszczeniem. Samo wystawienie faktury nie kreuje jeszcze zobowiązania cywilnoprawnego”. Pogląd ten jest prawidłowy, lecz został wyrażony na płaszczyźnie odmiennych ustaleń faktycznych i zagadnień prawnych niż rozpoznawanej sprawie. W uzasadnieniu wskazanego wyroku SA przytoczył stanowisko SN z wyroku z 13 października 2011 r., V CSK 475/10, w którym stwierdzono, że „art. 23 prawa zamówień publicznych statuuje łączny udział wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wynika ono przede wszystkim z istoty regulacji ust. 1 i 2 tego przepisu, która przewiduje wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia oraz obowiązek ustanowienia pełnomocnika do ich reprezentacji, a także z systemowego ukształtowania w prawie zamówień publicznych wspólnego ubiegania się przez kilku wykonawców o zamówienie publiczne”. Dlatego sąd apelacyjny przyjął, że to nie wspólnik (konsorcjant), lecz wykonawcy tworzący spółkę cywilną (konsorcjum), stanowią właściwy podmiot praw i obowiązków wynikających z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji skonstatowano że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego są łącznie legitymowani w postępowaniu sądowym, z tym że powołano się sprawę związaną ze zwrotem wadium, przyjmując, że nie ma takiego uprawnienia jedynie jeden z wykonawców, w tym lider Konsorcjum. Powołując się na braki w materiale procesowym (brak aneksu do umowy, na podstawie którego można było przyjąć, że lider konsorcjum jest uprawniony do samodzielnego dochodzenia roszczenia), sąd apelacyjny stanął na stanowisku, że „umowa konsorcjum nie może stanowić podstawy do określenia wysokości wynagrodzenia należnego powódce w związku z podzielnością roszczenia. By możliwe było dochodzenie przez lidera konsorcjum całości roszczenia w postępowaniu sądowym konieczne byłoby upoważnienie go przez pozostałych partnerów poprzez udzielenie pełnomocnictwa. Powódka pełnomocnictw takich nie przedstawiła, nie wynika ono również z treści umowy. Przede wszystkim nie stanowi takiego upoważnienia dla lidera konsorcjum zakres wykonywanych przez niego czynności”.

Jedynie na marginesie należy zauważyć, co umyka apelantowi, że powód nie dochodzi wynagrodzenia od pozwanego na podstawie umowy konsorcjum, lecz na podstawie umowy zawartej między konsorcjantami a zamawiającym w trybie ustawy o zamówieniach publicznych. Z jej § 3 ust. 23 umowy konsorcjum wynika wprost, że jeżeli wykonawcą jest konsorcjum (a taka sytuacja wystąpiła w sprawie), faktury, na podstawie których dokonywana jest zapłata wynagrodzenia wystawia lider konsorcjum, chyba że z umowy wynika coś innego. Skoro to pozwana wraz z uczestnikami konsorcjum (jako wykonawcą) postanowiła, że faktury wystawia lider konsorcjum (wobec braku innych rozwiązań w umowie konsorcjum), to wynagrodzenie wynikające z takiej faktury może być dochodzone przez lidera konsorcjum (wobec braku odmiennych ustaleń w umowie konsorcjum oraz w umowie o udzielenie zamówienia publicznego). Z resztą w taki też sposób wykonanie umowy rozumiał sam apelant dokonując potrącenia wzajemnych wierzytelności. Z § 16 pkt 7 umowy wynika, że wykonawca wyraża zgodę na potrącenie przez Zamawiającego kar umownych z przysługującego wykonawcy wynagrodzenia. Ponieważ wynagrodzenie to przysługiwało wykonawcy, lecz faktury były wystawiane przez lidera konsorcjum, to również noty obciążeniowe z tytułu kar umownych apelant wystawił na rzecz (...) S.A. (k. 117) i jego wezwał do zapłaty kar umownych (k. 118) oraz względem niego złożył oświadczenie o potrąceniu (k. 119). Okoliczności te wskazują, że pozwany ma pełną świadomość, że lider konsorcjum jest uprawniony do samodzielnego występowania w procesie, a jego stanowisko, stanowi wyłącznie wyraz określonej taktyki procesowej. Omówione zatem zagadnienia prowadzą do wniosku, że wierzytelność z tytułu wynagrodzenia za wykonania zadania publicznego nie była wierzytelnością wspólną w tym sensie, że mogła być dochodzona wyłącznie przez wszystkich konsorcjantów łącznie. Uprawnionym do dochodzenia wierzytelności na podstawie faktur wystawionych przez powoda był wyłącznie lider konsorcjum, czyli (...) S.A. Kwestia rozdziału wynagrodzenia między konsorcjantami miała charakter wewnętrzny i nie wpływała na zakres odpowiedzialności pozwanej względem pozostałych konsorcjantów.

Odnosząc się do zarzutów apelacji związanych z miarkowaniem kary umownej należy zauważyć, że są one również bezzasadne, a ocena sądu okręgowego w tym zakresie jest trafna.

Miarkowanie kary umownej na żądanie dłużnika należy do sfery tzw. prawa sędziowskiego. W takich przypadkach sąd dysponuje, w określonych ramach, uznaniem co do sposobu rozstrzygnięcia, in casu, co do tego, czy i w jakim zakresie żądanie miarkowania kary umownej zasługuje na uwzględnienie. Mając na względzie, że zastrzeżenie kary umownej i określenie jej wysokości objęte jest autonomią woli stron, miarkowaniu powinny podlegać tylko te kary, których nadmierny charakter jest ewidentny, a korzystanie z tego uprawnienia przez sąd powinno być ostrożne i powściągliwe, ponieważ osłabia pozakompensacyjne funkcje kary umownej (tak postanowienie SN z 31 października 2018 r., V CSK 217/18). Dlatego ingerencja sądu II instancji w zakres rozstrzygnięcia sądu I instancji o miarkowaniu kary umownej może mieć miejsce przede wszystkim w razie jednoznacznego i oczywistego wyjścia poza granice pozostawionego sądowi uznania, skutkującego arbitralnością kwestionowanego rozstrzygnięcia. Taka sytuacja w sprawie nie zachodzi. W orzecnictwie SN podkreśla się, że katalog kryteriów pozwalających na zmniejszenie kary umownej nie jest zamknięty, a ocena w tym zakresie, w zależności od okoliczności sprawy, należy do sądu orzekającego (zob. m.in. wyroki SN z 5 października 2011 r., IV CSK 659/10, nie publ., z 23 maja 2013 r., IV CSK 644/12). Niewątpliwie miarkowanie kary umownej ma na celu przeciwdziałanie dużym dysproporcjom między wysokością zastrzeżonej kary a godnym ochroną interesem wierzyciela. Sąd I instancji zastosował wszystkie właściwe kryteria, które doprowadziły go do słusznego wniosku o potrzebie miarkowania kary umownej na poziomie przez niego przyjętym. W apelacji nie zawarto żadnych argumentów, które mogłyby podważyć tę ocenę. Nie dostrzeżono również z urzędu innych wadliwości w zastosowaniu prawa materialnego przez sąd I instancji, które miałyby wpływ na rozstrzygnięcie sprawy co do istoty.

Nie można podzielić argumentów apelanta, że sąd okręgowy wadliwie przyjął, że „opóźnienie z zapłatą faktur na rzecz podwykonawcy nie stanowiło żadnego realnego zagrożenia dla realizacji kontraktu”. Z ustalonego stanu faktycznego nie wynika wszak, że opóźnienie w zapłacie przez powoda spowodowało jakiekolwiek zagrożenie dla umowy między konsorcjantami a zamawiającym. Sama okoliczność, że dostarczony materiał – według apelanta – stanowił kluczowy materiał do realizacji prac, zaś dokonywane płatności stanowiły znaczący procent w stosunku do wartości umowy, nie powodowały, że kontrakt został „realnie zagrożony”. Okoliczność taka nie została udowodniona i mieści się w sferze hipotez.

Nie można się zgodzić z apelantem, że sąd I instancji nie uwzględnił w miarkowaniu aspektu ustawowego obowiązku zawarcia w umowie o roboty budowlane postanowień dotyczących kar umownych z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, o których stanowi art. 143 d ust. 1 pkt 7 lit. a ZamPublU. Okoliczność ta przesądza jedynie o tym, że strony mają obowiązek zawrzeć umowę o zamówienie publiczne, która będzie zawiera postanowienia zgodnie z ustawą. Jak słuszenie wyjaśniono w uchwale SN z 30 czerwca 2020 r., III CZP 67/19, art. 483 § 1 k.c. nie wyłącza dopuszczalności zastrzeżenia kary umownej z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, o której mowa w art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. a ZamPublU. Z drugiej strony w wyroku SN z 3 lutego 2021 r., V CSKP 17/21, wskazano, że zarówno art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. b ZamPublU jak i inne przepisy tej ustawy nie wyłączają regulacji Kodeksu cywilnego o karze umownej, w tym także o jej miarkowaniu. Przepisy ZamPublU poza uregulowaniem z art. 143 d ust. 1 pkt 7 lit. a ZamPublU nie zawierają również żadnych ograniczeń w zakresie miarkowania kary umownej, ani też nie określają warunków, które należy uwzględnić przy stosowaniu art. 484 § 2 k.c. Dla rozstrzygnięcia sprawy istotny jest jednak pogląd SN wyrażony uzasadnieniu wyżej powołanej uchwały. Wyjaśniono, że wprowadzenie obowiązku zastrzeżenia w umowie w sprawie zamówienia publicznego kary umownej na wypadek braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom nie oznacza, iż wysokość tej kary umownej może być dowolna. Ograniczenia w tym względzie wynikają przede wszystkim z zasad ogólnych, przy czym nie chodzi jedynie o możliwość miarkowania kary umownej (art. 484 § 2 k.c.), która nie wyłącza zastosowania art. 353¹ i art. 58 k.c. (por. wyroki SN z 9 lutego 2005 r., II CK 420/04, i z 26 października 2016 r., III CSK 312/15). Instrumenty te mogą być wykorzystane w celu ochrony wykonawcy przez nadmiernym obciążeniem, wynikającym z tego, że niezależnie od negatywnych konsekwencji związanych z opóźnieniem w zapłacie wynagrodzenia podwykonawcy (art. 481 k.c.), zostaje zobowiązany do zapłaty kar umownych

na rzecz inwestora (zamawiającego). Zastrzeżenia wywołuje też sytuacja, w której zamawiający mógłby naliczać kary umowne za opóźnienie (zwłokę) wykonawcy z zapłatą wynagrodzenia podwykonawcy (dalszemu podwykonawcy) także za okres, w którym sam inwestor pozostaje – jako odpowiedzialny solidarnie – w opóźnieniu (zwłoce) z zapłatą tego wynagrodzenia. Jak słusznie wskazano, trudno wszak dopuścić sytuację, w której zwłoka z zapłatą stawałaby się dla niego źródłem korzyści, a tak byłoby wówczas, gdyby wysokość kar umownych należnych zamawiającemu od wykonawcy przewyższała wysokość odsetek za opóźnienie należnych podwykonawcy (dalszemu podwykonawcy) od zamawiającego (inwestora). Takie zaś wnioski (i takie argumenty) nie były podnoszone przez pozwaną. Jedynie na marginesie sąd apelacyjny zaznacza, że sędzia sprawozdawca dążył do wyjaśnienia tej kwestii na rozprawie apelacyjnej i zadał pytania stronom o kwestię zapłaty odsetek podwykonawcom, tak aby ustalić, czy pozwana, jako płatnik wynagrodzenia podwykonawcom, poniosła szkodę, lecz pozwana nie była w stanie odpowiedzieć na zadane pytania w tym zakresie.

Nie można zgodzić się z apelantem, że okolicznością mającą wpływ na miarkowanie kary umownej mogą być wypowiedzi zawarte z uzasadnieniu projektu ustawy z 8 listopada 2013 r., na mocy której do ustawy o zamówieniach publicznych dodano art. 143 d ust. 1 pkt 7 lit. a). Wprawdzie rację ma projektodawca, że „opóźnienia w spłacie należności przez wykonawców podwykonawcom niekorzystnie wpływają nie tylko na sytuację podwykonawców, lecz również na sytuację strony publicznej”, lecz pogląd ten per se nie może wykluczyć, czy też ograniczyć poziomu miarkowania kary umownej. Okoliczności z art. 484 § 2 k.c., które stanowią podstawę miarkowania kary umownej muszą mieć oparcie w faktach ustalonych w uzasadnieniu wyroku. Nie mogą się one opierać na hipotezach bez odpowiedniego przełożenia ich na stan faktyczny, czy też w oderwaniu od zrekonstruowanych faktów. Jeżeli powód twierdzi, że opóźnienia w zapłacie wynagrodzenia podwykonawcom przełożyły się na „sytuację strony publicznej”, to powinien wskazać, jakie konkretnie fakty za tym przemawiają i z jakich dowodów to wynika. Takiej analizy, poza luźnym powołaniem fragmentu uzasadnienia projektu ustawy, nie przeprowadzono w apelacji. Natomiast sam fakt statusu prawnego pozwanej, jako zamawiającego w stosunku zobowiązaniowym nawiązanym w trybie ustawy o zamówieniach publicznych, nie ma żadnego znaczenia dla miarkowania kary umownej. Jak słusznie wskazał SN w wyroku z 11 lutego 2020 r., III CSK 175/19, sąd jest uprawniony do redukcji kary umownej w każdego rodzaju stosunkach zobowiązaniowych, bez względu na status prawny stron stosunku zobowiązaniowego. Przepis art. 484 § 2 k.c. nie zawiera w tym względzie żadnych ograniczeń natury podmiotowej. Ustawodawca, posługując się w art. 484 § 2 k.c. niedookreślonym pojęciem „rażąco wygórowanej” kary umownej, umożliwił elastyczne stosowanie instytucji miarkowania kary umownej, lecz sam fakt, że żądającym jest zamawiający w trybie ustawy o zamówieniach publicznych nie wpływa na zakres obniżenia kary umownej.

Nie można zgodzić się z apelantem, że zobowiązanie wykonawcy przez zamawiającego do zapłaty kary umownej na płaszczyźnie art. 143 d ust. 1 pkt 7 lit. a ZamPubIU jest jego powinnością a nie prawem, co ma znaczenie dla wysokości kary umownej. Nietrafność tego poglądu polega na tym, że wykonawca nie ma w tym przypadku żadnej „powinności”, lecz obowiązek zapłaty kary umownej w przypadku, gdy zostały spełnione przesłanki umowne jej ziszczenia. W sprawie powód nie kwestionował zaś swojego obowiązku do zapłaty kary umownej (również sąd I instancji temu obowiązkowi nie zaprzeczył), lecz wniósł o miarkowanie kary umownej, natomiast sąd uznał wysokość kary umownej w realiach tej sprawy za rażąco wygórowaną. Okoliczność ta nie może budzić wszak żadnych wątpliwości, skoro powód żądał kary umownej w łącznej wysokości 1 % wynagrodzenia (z podatkiem VAT) za każdy stwierdzony przypadek opóźnienia w zapłacie wynagrodzenia podwykonawcy (łącznie 7 przypadków) w wysokości 1 170 960 zł (po 167 280 zł za jeden przypadek). Natomiast opóźnienie w zapłacie wynagrodzenia wyniosło w trzech przypadkach 27 dni, dwóch przypadkach 1 dzień, w jednym przypadku – 13 dni i w jednym przypadku 21 dni. O tym, że kara umowna jest rażąco wygórowana, pozwana miała wiedzę już po zasięgnięciu opinii prawnej z 7 listopada 2017 r. (k. 132-133). Mimo to, pozwana zdecydowała się w procesie żądać całości kary umownej.

Nie jest trafny pogląd apelanta, że za miarkowaniem kary umownej przemawiają koszty procesu zasądzone przez sąd I instancji w wysokości 30 302, 36 zł w sytuacji, gdy kara umowna została ukształtowana na poziomie 25 000 zł. Koszty procesu są pochodną roszczenia procesowego, lecz ich źródło tkwi w prawie publicznym (kodeks postępowania cywilnego, ustawa o kosztach sądowych w sprawach cywilnych), a nie w prawie materialnym, które

jest właściwe dla miarkowania kary umownej. Nie sposób zatem racjonalnie przyjąć, aby dysproporcja między kosztami procesu, które mają charakter następczy względem roszczenia procesowego będącego przedmiotem procesu, mogła stanowić przesłankę miarkowania kary umownej, zwłaszcza, że pozwana miała wiedzę na z opinii prawnej z 7 listopada 2017 r., że żądana przez nią kara umowna jest rażąco wygórowana. Natomiast właściwe rozwiązanie problemu związanego z dysproporcją kosztów procesu do uwzględnionego żądania może być rozważane jedynie na płaszczyźnie art. 102 k.p.c., zgodnie z którym w wypadkach szczególnie uzasadnionych sąd może zasądzić od strony przegrywającej tylko część kosztów albo nie obciążać jej w ogóle kosztami. Jednak takiego zarzutu pozwana w sprawie nie podniosła. Zarzuciła jedynie naruszenie art. 100 k.p.c., a mianowicie, że sąd okręgowy nie zniósł wzajemnie kosztów procesu, gdy wierzytelność dochodzona pozwem nie istnieje na skutek jej umorzenia poprzez dokonanie skutecznego potrącenia, a określenie należnej powodowi sumy zależało od oceny sądu w zakresie miarkowania kary umownej. Ta skomplikowana argumentacja nie ma jednak żadnego odniesienia do treści przepisu, którego naruszenia apelant zarzuca. Według art. 100 k.p.c. w razie częściowego tylko uwzględnienia żądań koszty będą wzajemnie zniesione lub stosunkowo rozdzielone. Sąd może jednak włożyć na jedną ze stron obowiązek zwrotu wszystkich kosztów, jeżeli jej przeciwnik uległ tylko co do nieznaczącej części swego żądania albo gdy określenie należnej mu sumy zależało od wzajemnego obrachunku lub oceny sądu. W sprawie rzecz jasna znajduje zastosowanie zdanie pierwsze wskazanego przepisu, gdyż sąd nie włożył na pozwaną obowiązku zwrotu wszystkich kosztów, lecz obciążył ją w wymiarze 94 %. Ponieważ pozwany przegrał proces w części, sąd okręgowy słusznie stosunkowo rozdzielił między stronami koszty procesu, a matematycznych operacji z tym związanych apelant nie kwestionuje.

W konkluzji należy stwierdzić, że ustalenie kary umownej przez sąd okręgowy na poziomie przez niego przyjęty - w realiach tej konkretnej sprawy- jest dostatecznie dotkliwe dla pozwanej i spełnia funkcje kompensacyjną, represyjną i prewencyjną kary umownej.

Nie są trafne zarzuty apelanta dotyczące naruszenia art. 481 § 1 k.c. w zw. z art. 455 k.c. i art. 484 § 2 k.c. Według apelanta zastosowanie instytucji miarkowania kary umownej powoduje, że brak jest podstaw do zasądzenia na rzecz powoda odsetek ustawowych od kwoty zasądzonej na jego rzecz od dnia określonego jako data wymagalności roszczenia dochodzonego pozwem zamiast od daty wyrokowania. Pogląd ten jest nieprawidłowy, gdyż przyjęte jest, że następujące na podstawie sędziowskiego uznania miarkowanie kary wywołuje skutek *ex tunc*, a zatem reguluje wysokość kary umownej od chwili jej wymagalności. Z powyższym wiąże się uznanie, że oświadczenie o potrąceniu prowadzi do umorzenia wzajemnych wierzytelności w określonej części, a zatem wierzycielowi należą się odsetki za cały okres opóźnienia od pozostałej po potrąceniu kwoty (tak wprost postanowienie SN z 30 maja 2019 r., V CSK 541/18).

Mając na uwadze powyższe sąd apelacyjny – na podstawie art. 385 k.p.c. – oddalił apelację jako niezasadną.

O kosztach procesu przed sądem drugiej instancji orzeczono na podstawie art. 98 § 1 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. w zw. w z art. 391 § 1 k.p.c., przy uwzględnieniu, że koszty procesu poniesione przez powoda wynoszą 8100 zł (§ 2 pkt 8 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych, Dz.U. z 2015 r. poz. 1802, liczone od wartości przedmiotu zaskarżenia z apelacji pozwanej).

Marcin Kołakowski Jolanta de Heji – Kaplińska Przemysław Feliga