

**Sygn. akt I AGa 69/20**

## WYROK

### W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 2 czerwca 2020 roku

Sąd Apelacyjny w Lublinie I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA Agnieszka Jurkowska-Chocyk (spr.)

Sędzia SA Ewa Bazelan

Sędzia SA Mariusz Tchórzewski

po rozpoznaniu w dniu 2 czerwca 2020 roku w Lublinie

na posiedzeniu niejawnym

sprawy z powództwa Gminy M. R.

przeciwko Z. W. (1)

o zapłatę

na skutek apelacji powódki od wyroku zaocznego Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 7 lutego 2020 roku, sygn. akt (...)

**I.** zmienia częściowo zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

a) zasądza od pozwanego Z. W. (1) na rzecz powódki Gminy M. R. kwotę 82.303,63 zł (osiemdziesiąt dwa tysiące trzysta trzy złote sześćdziesiąt trzy grosze) z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od kwot:

- 5.000 zł (pięć tysięcy złotych) – od dnia 23 października 2018 roku do dnia zapłaty,

- 5.000 zł (pięć tysięcy złotych) – od dnia 23 października 2018 roku do dnia zapłaty,

- 5.000 zł (pięć tysięcy złotych) – od dnia 6 grudnia 2018 roku do dnia zapłaty,

- 67.303,63 zł (sześćdziesiąt siedem tysięcy trzysta trzy złote sześćdziesiąt trzy grosze) – od dnia 22 stycznia 2019 roku do dnia zapłaty,

b) zasądza od pozwanego Z. W. (1) na rzecz powódki Gminy M. R. kwotę 8.914 zł (osiem tysięcy dziewięćset czternaście złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu;

**II.** oddala apelację w pozostałym zakresie;

**III.** zasądza od pozwanego Z. W. (1) na rzecz powódki Gminy M. R. kwotę 7.712 zł (siedem tysięcy siedemset dwanaście złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

**Sygn. akt I AGa 69/20**

## UZASADNIENIE

Wyrokiem zaocznym z dnia 7 lutego 2020 roku, wydanym w sprawie (...) Sąd Okręgowy w Lublinie IX Wydział Gospodarczy oddalił powództwo Gminy M. przeciwko Z. W. (1) o zapłatę.

Wyrok ten zapadł w oparciu o poniższe ustalenia i motywy:

Pozwem z dnia 15 kwietnia 2019 roku, skierowanym do Sądu Okręgowego w R. w postępowaniu upominawczym - Gmina M. R. wystąpiła przeciwko pozwanemu Z. W. (2) o zasądzenie na swoją rzecz kwoty 92.303, 63 zł. wraz z należnymi odsetkami ustawowymi za opóźnienie od poszczególnych kwot, składających się na należność główną i za i za okresy wskazane w pozwie na k. 5 oraz kosztami postępowania według norm przepisanych. W uzasadnieniu pozwu wskazano, że kwota dochodzona pozwem stanowi sumę kar umownych należnych powodowi na podstawie umowy, łączącej strony.

Postanowieniem z dnia 21 maja 2019 roku Sąd Okręgowy w R. uznał się niewłaściwym i przekazał sprawę do rozpoznania do Sądu Okręgowego w Lublinie (k. 92 i nast.). Przedmiotowy pozew został uzupełniony pismem z dnia 5 sierpnia 2019 roku (k. 107 i nast.). Zarządzeniem z dnia 19 lipca 2019 roku sprawa została skierowana do postępowania zwykłego (k. 101). Strona pozwana nie udzieliła odpowiedzi na pozew na piśmie zgodnie z zarządzeniem z dnia 30 sierpnia 2019 roku (k. 115 i nast.), jak również nie stawiała się na rozprawie w dniu 7 lutego 2020 roku (k. 129 i nast.).

Sąd Okręgowy ustalił, że pozwany prowadzi działalność gospodarczą, jako osoba fizyczna na podstawie wpisu do ewidencji tej działalności pod nazwą Przedsiębiorstwo (...) ( wydruk z CEIDG k. 24 ). W dniu 24 maja 2018 roku strony zawarły umowę nr (...), której przedmiotem było wykonywanie bieżących remontów i konserwacja urządzeń przystankowych, będących w utrzymaniu (...) w R. (k. 17 i nast.). Do zawarcia tej umowy doszło po przeprowadzeniu postępowania przetargowego. Umowa została zawarta na czas oznaczony i miała ona obowiązywać od dnia 18 czerwca 2018 roku do dnia 30 czerwca 2021 roku (§ 2 umowy). Umowa przewidywała, że wysokość wstępnego wynagrodzenia wykonawcy wyniesie 673.036,32 zł (§ 8 ust. 1 pkt 1 umowy). W § 9 ustalono, że w przypadku zlecenia robót zapłata faktury częściowej będzie uwarunkowana złożeniem przez wykonawcę potwierdzenia zapłaty wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcy. W § 10 ust. 8 umowa stanowiła, że w przypadku odstąpienia od umowy przez wykonawcę z przyczyn niezależnych od zamawiającego oraz odstąpienia od umowy przez zamawiającego z powodu realizacji przez wykonawcę zamówienia w sposób istotnie odbiegający od warunków umowy – zamawiający ma prawo obciążenia wykonawcy karą umowną w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 8 ust. 1 pkt 1 umowy. Stosownie zaś do zapisu z § 12 ust. 1 umowy - zamawiający zastrzegł sobie prawo odstąpienia od umowy w przypadku realizacji przez wykonawcę zamówienia w sposób istotnie odbiegający od ustalonych warunków umowy. Zgodnie zaś z zapisem z § 10 ust. 9 umowy wykonawca był zobowiązany do zapłaty kary umownej w wysokości 5.000 zł. za każde jednorazowe zdarzenia jakim jest między innymi brak zapłaty lub nieterminowa zapłata wynagrodzenia należnego podwykonawcy lub dalszym podwykonawcom (pkt 1). Obowiązek terminowego regulowania tych należności wobec podwykonawców wynikał z zapisu § 11 ust. 4 umowy.

Pozwany pismem z dnia 15 czerwca 2018 roku wystąpił do strony powodowej o wyrażenia zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą, załączając projekt umowy (k. 25 i nast.). Zgoda taka została udzielona pismem z dnia 19 czerwca 2018 roku (k. 29, k. 34), a stosowana umowa została zawarta przez pozwanego w dniu 20 czerwca 2018 roku (k. 31 i nast.).

Strona pozwana wystawiała na rzecz strony powodowej z tytułu zawartej umowy faktury, które znajdują się w aktach niniejszego postępowania na k. 35 , 45 , 53, 60, 67.

Podwykonawca, z którym umowę zawarł pozwany występował z pismami do strony powodowej, informując o wystawieniu przez siebie faktur oraz o braku płatności przez pozwanego za wykonane roboty (k. 36 i nast., 41 i nast., 46 i nast., 50 , 51, 54 i nast., 61 i nast., 65, 68 i nast., 72). Na niektórych z tych pism była także pieczęć i podpis pozwanego, a na pozostałych adnotacja o braku możliwości kontaktu z pozwanym.

W odpowiedzi na te wystąpienia strona powodowa występowała do pozwanego z pismami o udzielenie informacji o przyczynach braku płatności (k. 38, 48 i nast., 57

i nast., 63 i nast., 70 i nast.). Brak niektórych płatności potwierdził samu pozwaną (k. 40), w tym występując o dokonanie płatności wystawionych przez niego faktur na rzecz swojego podwykonawcy (k. 39). Zobowiązania pozwanego wobec jego podwykonawcy były regulowane przez stronę powodową (k. 42 i nast., 52, 59, 66, 73).

Pismem z dnia 20 listopada 2018 roku (k. 74 i nast.) strona powodowa oświadczyła, że odstępuje od przedmiotowej umowy w związku z realizacją przez wykonawcę zamówienia w sposób odbiegający od ustalonych warunków. Powołano się w tym piśmie na brak wywiązywania się wykonawcy z obowiązku rozliczenia się z podwykonawcą wynikającego z § 10 ust. 10 umowy oraz na fakt dokonania płatności na rzecz tego podmiotu przez stronę powodową. Pismo to zostało odebrane przez pozwanego w dniu 4 grudnia 2018 roku (k. 76, 76 v). Skuteczność odstąpienia od umowy nie była sporna między stronami niniejszego postępowania.

Z dalszych wywodów Sądu Okręgowego wynika, że strona powodowa obciążyła pozwanego karami umownymi w wysokości po 5.000 zł, zgodnie z zapisem § 10 ust. 9 pkt 1 umowy (k. 77 i nast.) oraz z tytułu § 10 ust. 8 w wysokości 67.303,63 zł (k. 87 i nast.), wystawiając z tego tytułu noty księgowo. Pismem z dnia 18 lutego 2019 roku strona powodowa wezwała pozwanego do zapłaty kwoty 93.027,42 zł z tytułu kar umownych (k. 89 i nast.).

Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, że z materiału dowodowego nie wynika, aby strona powodowa upatrywała istnienia przesłanek do odstąpienia od przedmiotowej umowy w związku z „realizacją przez wykonawcę zamówienia w sposób istotnie odbiegający od ustalonych warunków umowy” w istnieniu innych okoliczności, niż wykonywanie przez wykonawcę jego zobowiązań wobec podwykonawcy, a prowadzących się do zapłaty wynagrodzenia tego ostatniego. Przeciwnie - zarówno w uzasadnieniu pozwu, jak i w piśmie z dnia 20 listopada 2018 roku, w którym strona powodowa oświadczyła, że odstępuje od umowy wskazano, że przyczyną odstąpienia od umowy był właśnie brak wywiązywania się przez wykonawcę z jego obowiązków związanych z rozliczeniem się wobec podwykonawcy, prowadzących między innymi do konieczności zaspokojenia tych roszczeń przez samego powoda względem tego podmiotu. W przypadku zaś kar umownych wynikających z zapisów umowy, a określonych wprost w § 10 ust. 9 wynika, że podstawę do ich naliczenia stanowiło każde jednorazowe zdarzenia jakim było między innymi brak zapłaty lub nieterminowa zapłata wynagrodzenia należnego podwykonawcy. Z powyższego zatem - zdaniem Sądu Okręgowego wynika - że podstawą naliczenia kar umownych w każdym z tych powyższych przypadków był brak wywiązania się przez pozwanego ze zobowiązania o charakterze pieniężnym wobec jego dalszego kontrahenta. Sąd I instancji wyjaśnił, że stosownie do przepisu art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Dłużnik nie może zaś bez zgody wierzyciela zwolnić się z zobowiązania przez zapłatę kary umownej (§ 2). Zgodnie natomiast z przepisem art. 484 § 1 k.c. w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły.

Sąd Okręgowy podkreślił, że zobowiązanie ma charakter pieniężny, gdy wiąże się z zapłatą dokonaną w pieniądzu, a strony w § 10 ust. 9 umowy wprost przewidziały karę umowną na wypadek każdego jednorazowego zdarzenia jakim miało być między innymi brak zapłaty lub nieterminowa zapłata wynagrodzenia należnego podwykonawcy lub dalszym podwykonawcom, zaś w § 10 ust. 8 umowy - na wypadek odstąpienia od umowy przez wykonawcę z przyczyn niezależnych od zamawiającego oraz odstąpienia od umowy przez zamawiającego z powodu realizacji przez wykonawcę zamówienia w sposób istotnie odbiegający od warunków umowy. Zdaniem Sądu I instancji w niniejszym postępowaniu strona powodowa w jednym i drugim przypadku finalnie upatrywała obowiązku jej zapłaty, jak wskazano powyżej w braku zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy pozwanego. Tego rodzaju zobowiązanie pozwanego, należało uznać za zobowiązanie pieniężne. Nawet w wypadku - zobowiązania łączącego kilka różnych świadczeń - o tym, czy zobowiązanie jest pieniężne, czy niepieniężne decyduje to, wykonanie którego obowiązku zaspokaja podstawowy interes wierzyciela (zob. Komentarz do Kodeksu cywilnego pod red. prof. dr hab. Maciej Gutowskiego, T. II, Rok wydania: 2016, Wydawnictwo: C.H.Beck, art. 483, pkt 4, źródło - Legalis). Nie ulegało wątpliwości Sądu Okręgowego, że w tym wypadku był to obowiązek zapłaty, czyli spełnienie świadczenia pieniężnego

przez pozwanego na rzecz podwykonawcy. Powodowi zależało bowiem na tym, żeby doszło do zaspokojenia roszczeń w zakresie zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy w świetle ewentualnej jego odpowiedzialności solidarnej wraz z pozwanym za ich uiszczenia na rzecz tego podmiotu. Celem i istotą tego zobowiązania z punktu widzenia interesu wierzyciela było zatem zwolnienie tego podmiotu z obowiązku ewentualnego zaspokojenia podwykonawcy w zastępstwie pozwanego. Tym samym podstawowy i jedyny element tego zobowiązania miał charakter pieniężny i zastrzeżona kara umowna to była w istocie sankcja za niewykonanie zobowiązania pieniężnego, to postanowienie § 10 ust. 8 umowy wprost pozostawało w sprzeczności z art. 483 § 1 k.c. i – zdaniem Sądu Okręgowego - miało charakter nieważny (art. 58 § 1 i 3 k.c.).

W ocenie Sądu Okręgowego co do zasady nie można wykluczyć natomiast skuteczności zastrzeżenia kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy spowodowanego niewykonaniem albo nienależytym wykonaniem zobowiązania (powszechnie bowiem taką możliwość dopuszcza utrwalone orzecznictwo, w tym Sądu Najwyższego, jak i poglądy doktryny – wyroki Sądu Najwyższego dnia 17 grudnia 2008 roku, I CSK I 240/08 i z dnia 13 czerwca 2008 roku, I CSK 13/08; uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 roku, III CZP 61/03; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 października 2006 roku sygn. akt IV CSK 157/06; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 3 lipca 2008 roku, V ACa 199/08; nadto np. M. Brzezińska, Moc wiążąca klauzuli zastrzegającej karę umowną na wypadek odstąpienia od umowy, PS 2008, Nr 11–12; A. Szlęzak, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2006 roku, IV CSK 154/06, OSP 2009, Nr 4, poz. 39, P. Drapała, Kara umowna (art. 483 k.c.)).

Ostatecznie jednakże skuteczność takiego zastrzeżenia w ocenie Sądu Okręgowego należy jednak zawsze oceniać, mając na względzie okoliczności, które faktycznie legły u podstaw odstąpienia od umowy, a co za tym idzie, które legły także u podstaw naliczenia kar umownych z tego tytułu. W przypadku zapisu z § 10 ust. 8 strony nie umówiły się wprawdzie wprost o zapłatę kary umownej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania pieniężnego, ale objęcie tym zakresem przez strony zgodnie art. 65 k.c. obowiązku zapłaty kary umownej na rzecz zamawiającego w każdym przypadku, w tym w szczególności na wypadek odstąpienia od umowy z powodu braku lub opóźnienia płatności pozwanego wobec jego dalszego kontrahenta pozostaje w ocenie Sądu Okręgowego również w sprzeczności z powyższym przepisem. W ocenie Sądu Okręgowego zobowiązanie do zapłaty kary umownej przewidziane w umowie w § 10 ust. 8, w zakresie w jakim odnosi się ono do odstąpienia od umowy z powodu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy przez pozwanego jest również nieważne z mocy prawa (art. 58 § 1 k.c.), z uwagi na fakt, że zobowiązanie którego brak wykonania przez pozwanego był obwarowany obowiązkiem zapłaty kary umownej było zobowiązaniem pieniężnym, do którego nie stosują się przepisów o karze umownej, gdyż te jak wskazano powyżej mogą być zastrzegane tylko na wypadek niewykonania zobowiązania niepieniężnego (art. 483 § 1 k.c.).

Sąd Okręgowy przytoczył także stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 20 października 2006 roku (IV CSK 154/06), zgodnie z którym dopuszczono możliwość skutecznego zastrzeżenia na podstawie art. 483 k.c., kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy leasingu, w razie niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków przez leasingobiorcę (korzystającego), przyjmując, że kara umowna została zastrzeżona nie na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy leasingu, ale na wypadek odstąpienia od umowy. Kara ta została więc zastrzeżona za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań, jakie powstaną dla leasingobiorcy w następstwie odstąpienia od umowy leasingu, a nie za niewykonanie lub nienależyte wykonanie świadczenia pieniężnego, do którego leasingobiorca zobowiązany jest na podstawie umowy leasingu.

Sąd Okręgowy przyznał także, powołując się na poglądy prezentowane w orzecznictwie, że nie można wykluczyć, że zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy, będzie się odnosiło również do skutków niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania powstałego na skutek odstąpienia od umowy jednakże ocena skuteczności zastrzeżenia kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy nie może być oderwana od oceny, na czym polegało niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2006, IV CSK 154/06). Gdy w świetle ustaleń faktycznych dokonanych w

rozstrzyganej sprawie nie budziło jednak wątpliwości, że odstąpienie od umowy przez stronę powodową było wynikiem wyłącznie opóźnień strony pozwanej w zapłacie za fakturę wystawioną po częściowym odbiorze robót i jego podstawą było nienależyte wykonanie zobowiązania pieniężnego. Sąd Najwyższy ocenił zasadność żądania zapłaty kary umownej jedynie z uwagi na odstąpienie od umowy z tego powodu oraz uznał, że żądanie zapłaty kary umownej w tym wypadku było nieuzasadnione.

Sąd Okręgowy w składzie rozpoznającym niniejszą sprawę podzielił zasadność tego drugiego stanowiska, które przyjął za własne. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia także najnowsze orzeczenie Sądu Najwyższego z roku 2019. Powyższe rozbieżności i różna ocena omawianego postanowienia umownego i jego skutków spowodowała bowiem, że postanowieniem z 10 marca 2018 roku (III CZP 17/18, niepubl.) Sąd Najwyższy w składzie trzyosobowym przedstawił składowi 7 sędziów tego Sądu do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne o treści: „Czy dopuszczalne jest zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy z powodu niewykonania (zwłoki w spełnieniu) przez jedną z jej stron zobowiązania o charakterze pieniężnym?”. Sprawa została zarejestrowana pod sygnaturą III CZP 3/19. W orzeczeniu III CZP 3/19 - uchwałe z dnia 20 listopada 2019 roku Sąd Najwyższy uznał natomiast, że nie jest dopuszczalne zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy z powodu niewykonania zobowiązania o charakterze pieniężnym.

Reasumując Finalnie Sąd Okręgowy stwierdził, że art. 483 § 1 k.c. przewiduje możliwość zastrzeżenia kary umownej tylko i wyłącznie w razie niewykonania zobowiązań niepieniężnych i powszechnie przyjmuje się, że zastrzeżenie obowiązku zapłaty takiej kary na wypadek niewykonania umownego zobowiązania pieniężnego, jest nieważne na mocy art. 58 § 1 k.c., jako sprzeczne z ustawą. Przy ocenie zastrzeżenia kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy w ocenie Sądu Okręgowego winna być zatem dokonana ocena na czym polegało niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Skoro bowiem odstąpienie od umowy (lub jej wypowiedzenie) może być skutkiem niewykonania lub nienależytego wykonania zarówno zobowiązania o charakterze pieniężnym, jak i niepieniężnym, nie można zatem abstrahować od tego, jaka była przyczyna odstąpienia od umowy lub jej wypowiedzenia. W wypadku, gdy odstąpienie od umowy (ale również jej wypowiedzenie) spowodowane jest wyłącznie niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem świadczenia pieniężnego przez kontrahenta, należy uznać, że kara umowna zastrzeżona na wypadek odstąpienia od umowy lub jej wypowiedzenia z tej przyczyny, w istocie stanowi pośrednio sankcję za niewykonanie lub nienależyte wykonanie świadczenia pieniężnego. W konsekwencji – Sąd Okręgowy uznał, że brak jest podstaw do domagania się zasądzenia kary umownej zastrzeżonej na wypadek odstąpienia od umowy, jeżeli podstawą do odstąpienia od umowy stanowiło niewykonanie zobowiązania pieniężnego. Kara umowna zastrzeżona na wypadek odstąpienia od umowy z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania przez kontrahenta świadczenia pieniężnego w istocie stanowi sankcję za niewykonanie zobowiązania pieniężnego, stąd narusza zakaz z art. 483 § 1 k.c.

W ocenie Sądu Okręgowego niezasadne jest natomiast „oderwanie” kary umownej od przyczyny odstąpienia, gdyż prowadziłoby wprost do obejścia bezwzględnie obowiązującego art. 483 § 1 k.c. Nie sposób uznać, aby chodziło tu o karę umowną za „nieutrzymanie stosunku prawnego”, gdyż podstawą złożenia oświadczenia o odstąpieniu jest zawsze określona okoliczność. Nie chodzi tu bowiem o sankcję (i naprawienie szkody) z uwagi na sam fakt odstąpienia, ale o niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. Tak naprawdę, gdyby uznać, że kara umowna mogłaby abstrahować od przyczyny odstąpienia od umowy, zachodziłaby sytuacja jej zastrzeżenia wprost za odstąpienie od umowy, co byłoby sprzeczne z komentowanym przepisem, w którym jest mowa o niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zobowiązania, a skorzystanie z prawa odstąpienia za takie nie może zostać uznane. Skuteczne odstąpienie od umowy stanowi potwierdzenie, że miał miejsce przypadek niewykonania lub nienależytego umowy przez drugą stronę. Nie jest zatem ważne postanowienie zastrzegające zapłatę przez dłużnika kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy, jeżeli podstawą do odstąpienia przez wierzyciela od umowy miałyby stanowić niewykonanie zobowiązania pieniężnego, przy czym tę nieważność należy odnieść do części, a nie całości umowy (art. 58 § 1 i § 3 k.c.).

Przedmiotowe orzeczenie wydano na podstawie przepisu art. 340 § 1 k.p.c. Stosownie bowiem do tego przepisu sąd wyda wyrok zaoczny, jeżeli mimo niezłożenia odpowiedzi na pozew skierowano sprawę do rozpoznania na rozprawie,

a pozwany nie stawiał się na tę rozprawę. O kosztach postępowania orzeczono mając na uwadze wynik postępowania na podstawie przepisu art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 99 k.p.c. i art. 108 k.p.c.

Powyższy wyrok zaoczny został w całości zaskarżony apelacją przez powoda, który zarzucił:

I. naruszenie przepisów prawa procesowego, mające wpływa na treść wydanego wyroku to jest niezastosowanie art. 340 k.p.c. w związku z 339 § 2 k.p.c. co skutkowało tym, że Sąd nie przyjął za prawdziwe twierdzeń powoda o faktach zawartych w pozwie, nie wskazał, aby fakty te budziły wątpliwości, albo zostały przytoczone dla obejścia prawa;

II. naruszenie prawa materialnego:

1) art. 139 ustawy Prawo zamówień publicznych przez jego niezastosowanie, co skutkowało tym, że Sąd nie zastosował przepisów tej ustawy, jako *lex specialis*, które to przepisy miały zastosowanie do łączącej strony umowy, bowiem strony łączył stosunek prawny wynikający z udzielonego zamówienia w związku z przeprowadzonym przetargiem w oparciu o przepisy tej ustawy,

2) art. 143 c ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych przez jego niezastosowanie, co skutkowało tym, że Sąd nie uwzględnił, że konieczność wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawcy może stanowić podstawę odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego,

3) art. 143 d ust. 1 pkt 7 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych przez jego niezastosowanie, co spowodowało oddalenie powództwa mimo, że powód miał podstawę prawną i obowiązek zawrzeć w umowie łączącej strony klauzule dotyczące kar umownych z tytułu m.in. braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy,

4) art. 65 § 2 k.c. w związku z § 11 ust. 4 zdanie drugie umowy przez błędną wykładnię i ustalenie, że brak zapłaty dla podwykonawcy nie stanowi nienależytego wykonania umowy, podczas, gdy strony ustaliły to w umowie,

5) art. 353<sup>1</sup> k.c. poprzez błędną jego wykładnię i przyjęcie, że strony zawierając umowę ułożyły stosunek prawny, który sprzeciwia się ustawie.

Wskazując na te zarzuty powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i zasądzenie na jego rzecz kwoty dochodzonej pozwem wraz z kosztami procesu za obie instancje, ewentualnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Pozwany nie złożył odpowiedzi na apelację.

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

Apelacja powoda jest w dużej mierze uzasadniona i prowadzi do zmiany zaskarżonego wyroku, który został wydany z naruszeniem przepisów prawa procesowego

i materialnego (art. 386 § 1 k.p.c.).

W pierwszej kolejności należy wskazać, że nie jest uzasadniony wniosek o uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, z uwagi na brak przesłanek wskazanych w art. 386 § 2 i § 4 k.p.c., który w sposób wyczerpujący normuje przypadki, kiedy Sąd odwoławczy może wydać orzeczenie kasatoryjne. W myśl tych przepisów uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji może nastąpić tylko w razie stwierdzenia nieważności postępowania, w razie nierozpoznania przez sąd pierwszej instancji istoty sprawy albo, gdy wydanie wyroku przez Sąd drugiej instancji wymaga przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości. W rozpatrywanej sprawie Sąd Okręgowy nie procedował w warunkach nieważności postępowania (art. 379 k.p.c.), rozpoznał również istotę sprawy, przez co rozumie się odniesienie się do

roszczenia będącego podstawą powództwa. W kontekście podniesionych przez skarżącego zarzutów - nie zachodzi także potrzeba przeprowadzenia dalszego postępowania dowodowego.

Zgodnie z art. 339 § 1 k.p.c. (w brzmieniu obowiązującym przed 7 listopada 2019 roku) - jeżeli pozwany nie stawiał się na posiedzenie wyznaczone na rozprawę albo mimo stawienia się nie bierze udziału w rozprawie, sąd wyda wyrok zaoczny. Z kolei § 2 tego artykułu stanowił, że w przypadku objętym hipoteza § 1 - przyjmuje się za prawdziwe twierdzenie powoda o okolicznościach faktycznych przytoczonych w pozwie lub w pismach procesowych doręczonych pozwanemu przed rozprawą, chyba że budzą one uzasadnione wątpliwości albo zostały przytoczone w celu obejścia prawa. Jak wyjaśnił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 6 czerwca 1997 roku (I CKU 87/97, LEX) wprowadzone przez art. 339 § 2 k.p.c. swoiste domniemanie zgodności twierdzeń powoda z rzeczywistym stanem rzeczy nie zwalnia powoda od przytoczenia faktów, które są niezbędne do dokonania subsumpcji materialnoprawnej, stanowiącej faktyczną i materialnoprawną podstawę wyroku. Zatem w procesie cywilnym, który kończy się wydaniem wyroku zaocznego – tak jak to miało miejsce w rozpatrywanej sprawie - podstawa faktyczna wyroku, co do zasady jest konstruowana w oparciu o okoliczności faktyczne podane przez powoda (w pozwie lub dalszych pismach procesowych, pod warunkiem doręczenia ich pozwanemu przed rozprawą zaoczną) Domniemanie prawdziwości twierdzeń powoda o faktach zastępuje jedynie postępowanie dowodowe i to tylko wówczas, gdy twierdzenia powoda nie budzą uzasadnionych wątpliwości (por. uzasadnienie orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 1972 roku, III CRN 539/71, OSNCP 1972, z. 7-8, poz. 150). Nie ulega też wątpliwości, że wobec treści art. 339 § 2 k.p.c. i objęcia domniemaniem prawdziwości jedynie sfery ustaleń faktycznych, obowiązkiem sądu rozpoznającego sprawę w warunkach zaoczności jest rozważenie, czy w świetle przepisów prawa materialnego twierdzenie strony powodowej uzasadniają uwzględnienie żądania.

Z uzasadnienia pozwu, inicjującego proces w rozpatrywanej sprawie przed Sądem Okręgowym wynika, że umowa o roboty budowlane zawarta przez strony w dniu 24 maja 2018 roku Nr (...), zwińczyła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w ramach ogłoszonego przez powoda przetargu nieograniczonego. Ten fakt determinuje konieczność oceny łączącego strony stosunku prawnego przede wszystkim w kontekście regulacji zawartych w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2019 roku poz.1843, w brzmieniu obowiązującym w dacie jej zawarcia, dalej jako p.z.p.), albowiem nie ulega wątpliwości, że przepisy tej ustawy stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów Kodeksu cywilnego. Dopiero w zakresie nieuregulowanym w tej ustawie, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia zastosowanie będą miały przepisy Kodeksu cywilnego, co oznacza, że w przypadku zbiegu przepisów obu ustaw pierwszeństwo znajdą przepisy szczególne, czyli Prawa zamówień publicznych (por. art. 14 ust. 1 p.z.p., art. 139 ust. 1 p.z.p.).

Z uwagi na założony przez ustawodawcę cel tej regulacji – przepisy zawarte w Prawie zamówień publicznych w sposób istotny modyfikują niektóre przepisy Kodeksu cywilnego, zawężając między innymi prawo stron swobodnego decydowania o zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego i o jej treści (art. 353<sup>1</sup> k.c.), wprowadzając na przykład obligatoryjną treść umów o roboty budowlane, zawieranych w ramach zamówień publicznych (art. 143d ust. 1 p.z.p.). Szereg intranetów prawnych unormowanych w tej ustawie zastrzeżono wyłącznie na korzyść zamawiającego, ograniczając jednocześnie rolę wykonawcy w kształtowaniu warunków umowy.

Zgodnie z legalną definicją sformułowaną w art. 2 pkt 7lit a p.z.p. - postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego to postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy. Z kolei art. 7 pkt 13 p.z.p. definiuje zamówienia publiczne jako umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Zgodnie z art. 139 ust. 1 p.z.p. do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej „umowami”, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy (p.z.p.) nie stanowią inaczej. Taką szczególną regulacją w odniesieniu do przepisów Kodeksu cywilnego jest między innymi art. 143 c ust. 7 p.z.p., zgodnie z którym konieczność wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu

podwykonawcy 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. Przepis ten ma charakter *ius cogens*, co oznacza, że strony w umowie zawartej w ramach zamówienia publicznego nie mogą zawrzeć odmiennych postanowień np. ograniczając termin złożenia przez zamawiającego oświadczenia o odstąpieniu, albowiem uprawnienie do odstąpienia od umowy, o którym mowa w tym przepisie przysługuje zamawiającemu przez cały okres obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W przedmiotowej sprawie, w § 11 ust. 4 umowy z dnia 24 maja 2018 roku Nr (...) (k. 20v.) strony jednoznacznie ustaliły, że wykonawca (pозwany) jest zobowiązany do terminowego regulowania wszelkich zobowiązań wobec podwykonawców, dostawców, usługodawców, z którymi współpracuje w związku z realizacją umowy, a nieterminowe regulowanie wymagalnych zobowiązań wobec tych podmiotów stanowi nienależyte wykonanie umowy. Każdorazowe uchybienie przez pozwanego obowiązkom wynikającym z § 11 ust. 4 umowy zostało obwarowane sankcją w postaci kary umownej w wysokości 5.000 zł (§ 10 ust. 9 pkt 1 umowy k. 20). Jednocześnie – zgodnie z § 10 ust. 8 umowy – w przypadku odstąpienia od umowy przez zamawiającego (powoda) z uwagi na realizację przez wykonawcę zamówienia w sposób istotnie odbiegający od warunków umowy - uprawniało zamawiającego do naliczenia wykonawcy kary umownej w wysokości 10% wynagrodzenia brutto, ustalonego w § 8 ust. 1 pkt 1.1. umowy.

Z przedstawionych przez powoda dowodów, przywołanych w pozwie wynika, że powód w czasie trwania umowy kilkakrotnie dokonywał bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawcy pozwanego i okoliczność ta jest w sprawie bezsporna. Równocześnie pozwany nie reagował na monity powoda i był z nim utrudniony kontakt. W tym stanie rzeczy opisane w pozwie zachowanie pozwanego, ewidentnie naruszało postanowienia umowy i słusznie zostało przez powoda uznane za jej nienależyte wykonanie w rozumieniu § 11 ust. 4. Z kolei powtarzalność tych zachowań (zaniechań), przy jednoczesnym braku kontaktu z pozwanym stanowiła w ocenie Sądu Apelacyjnego wystarczającą przesłankę do uznania, że pozwany realizował umowę w sposób istotnie odbiegający od jej warunków, co w konsekwencji uprawniało powoda do złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy (§ 10 ust. 8 umowy w związku z art. 143 c ust. 7 p.z.p.). Takie oświadczenie zostało przez powoda złożone w piśmie z dnia 20 listopada 2018 roku, doręczonym pozwanemu 4 grudnia 2018 roku (oświadczenie o odstąpieniu od umowy k. 74-75, dowód doręczenia k. 76 iv.). To przesądza o uznaniu zasadności roszczenia powoda o zapłatę kary umownej w wysokości 67.303,63 zł wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie, wskazanej w nocie księgowej Nr (...) dnia 3 stycznia 2019 roku, doręczonej pozwanemu w dniu 14 stycznia 2019 roku (nota księgowa k. 87, dowód doręczenia k. 88).

Jak wcześniej wspomniano art. 143 d ust. 1 p.z.p. wymienia katalog minimalnych, obowiązkowych postanowień umowy o roboty budowlane, zawieranej w ramach zamówienia publicznego, które zamawiający musi uwzględnić w jej projekcie. Zgodnie z tym przepisem umowa o roboty budowlane zawiera w szczególności postanowienia dotyczące:

- 1) obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, a także projektu jej zmiany, oraz poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i jej zmian;
- 2) wskazania terminu na zgłoszenie przez zamawiającego zastrzeżeń do projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do projektu jej zmiany lub sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i do jej zmian;
- 3) obowiązku przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartych umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, oraz ich zmian;
- 4) zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, uwarunkowanej przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom;



5) terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy;

6) zasad zawierania umów o podwykonawstwo z dalszymi podwykonawcami;

7) wysokości kar umownych, z tytułu:

a) braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom,

b) nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany,

c) nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany,

d) braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty.

W uchwale z 8 czerwca 2015 roku (KIO/KU 31/15, LEX nr 1771132), Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że przytoczony przepis należy rozumieć jako wprowadzenie bezwzględnego obowiązku zamieszczenia w umowie o roboty budowlane postanowień wprowadzających kary umowne z ww. tytułu i określenia ich wysokości.

W uzasadnieniu projektu nowelizacji z dnia 8 listopada 2013 roku podkreślono, że

„w celu zapewnienia skuteczności proponowanych rozwiązań konieczne jest wprowadzenie wymogów w zakresie przewidzienia przez zamawiającego w umowie

o zamówienie publiczne obowiązków wykonawcy związanych z wymaganiami dotyczącymi podwykonawstwa oraz kar umownych z tytułu ich niewykonania lub nienależytego wykonania. Umowa o zamówienie publiczne na roboty budowlane powinna więc przewidywać m.in.: obowiązek przedkładania przez wykonawcę projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, projektu jej zmiany, poświadczonego przez przedkładającego za zgodność z oryginałem, odpisu umowy oraz zmiany umowy oraz obowiązek przedkładania poświadczonego przez przedkładającego za zgodność z oryginałem, odpisów zawartych umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi, a także zmian tych umów”.

Projektodawca zmian do ustawy wskazał, że obowiązek przedkładania tych umów ma służyć realizacji celu projektowanej ustawy, jakim jest ochrona podwykonawców, i umożliwić zamawiającemu pozyskanie informacji na ich temat, ich akceptacji i zawartych z nimi umów, sprawdzania wypłaty wymagalnego na ich podstawie wynagrodzenia oraz dokonywania bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawców lub dalszych podwykonawców, którzy nie otrzymali wynagrodzenia od swoich zleceniodawców. Umowa o zamówienie publiczne powinna również wskazywać termin na wniesienie przez zamawiającego zastrzeżeń do projektu umowy oraz sprzeciwu do umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane. Umowa będzie również określać zasady zapłaty wynagrodzenia wykonawcy uwarunkowane przedstawieniem przez niego dowodów potwierdzających zapłatę wymagalnego wynagrodzenia podwykonawcom oraz dalszym podwykonawcom oraz termin tej zapłaty. W umowie powinny również znaleźć się postanowienia w zakresie zasad dotyczących zawierania umów z dalszymi podwykonawcami. W umowie zamawiający powinien również określić sankcje, przede wszystkim w formie kar umownych, z tytułu niewykonania postanowień umowy

o zamówienie publiczne w zakresie wymagań dotyczących podwykonawstwa. Kary te powinny dotyczyć m.in. (a) niezapłacenia lub nieterminowego zapłacenia wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, (b) nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane lub projektu jej zmiany, (c) nieprzedłożenia poświadczonego przez wykonawcę, za zgodność z oryginałem, odpisu umowy

o podwykonawstwo lub jej zmiany, (d) braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty.

W kontekście przytoczonej regulacji art. 143 d ust. 1 pkt 7 lit. a) p.z.p. stanowisko Sądu Okręgowego należało zatem uznać za całkowicie chybione, jeśli chodzi o zasadę obciążenia pozwanego karami umownymi z tytułu nieterminowej zapłaty należności dla jego podwykonawcy, których źródłem był § 10 ust. 9 pkt 1 umowy. Biorąc jednak pod uwagę datę wystawienia not księgowych z tytułu kar umownych wyliczonych w związku z tą podstawą umowną i datę skutecznego odstąpienia przez powoda od umowy (4 grudzień 2018 rok) – w rozpatrywanej sprawie brak jest podstaw do żądania przez powoda zapłaty łącznie kwoty 10.000 zł, stanowiącej sumę kar umownych z not księgowych wystawionych po dacie rozwiązania umowy (nota księgowa Nr (...) z dnia 20 grudnia 2018 roku na kwotę 5.000 zł k. 83, dowód doręczenia k. 84; nota księgowa Nr (...) z dnia 3 stycznia 2019 roku na kwotę 5.000 zł k. 85, dowód doręczenia k. 86).

Takie stanowisko wynika z faktu, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy dokonane przez powoda w piśmie z dnia 20 listopada 2018 roku, doręczonym pozwanemu w dniu 4 grudnia 2018 roku, w tej ostatniej dacie unicestwiło istniejący pomiędzy stronami węzeł obligacyjny, wynikający z zawartej umowy i w konsekwencji po tej dacie odpadła umowna podstawa prawna obciążenia pozwanego kolejnymi karami umownymi.

Nierozważenie przez Sąd Okręgowy okoliczności faktycznych sprawy w kontekście przepisów ustawy Prawo o zamówieniach publicznych, co słusznie zarzucił skarżący - uzasadnia także konstatację, że na etapie subsumpcji Sąd I instancji wadliwie zinterpretował treść postanowień umownych w zakresie kar umownych i uprawnienia do odstąpienia od umowy, błędnie uznając je za nieważne.

Dodatkowo należy wskazać, że Sąd Apelacyjny w składzie rozpoznającym przedmiotową sprawę podziela pogląd, że wyrażony w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2014 roku (V CSK 633/13, LEX Nr 1540645), że skutecznie złożone oświadczenie o odstąpieniu od umowy dotyczące tylko części przewidzianego nią podzielnego świadczenia nie może zniweczyć w całości stosunku obligacyjnego, w jakim pozostawały strony, a częściowe świadczenie spełnione na podstawie i w wykonaniu umowy należy oceniać według tejże umowy. Jeśli umowa przewidywała podstawę do naliczania kar umownych w związku z różnymi zdarzeniami, które miały miejsce przed złożeniem oświadczenia o częściowym odstąpieniu od niej, a zdarzenia te mają związek ze świadczeniem częściowo spełnionym, do którego nie odnosi się oświadczenie o odstąpieniu od umowy, to brak jest podstaw do przyjęcia, że oświadczenie to zniweczyło obowiązywanie postanowień umownych mających zastosowanie do tego częściowego świadczenia spełnionego zgodnie z umową. Dotyczy to także postanowień umownych, w których strony zastrzegły kary umowne w związku z różnymi naruszeniami umowy (podobnie wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 2019 roku, III CSK 9/17, OSN-ZD 2020, nr A poz.16, za możliwą kumulacją kar umownych opowiedział się także Przemysław Drapała w głosie do uchwały Sądu Najwyższego dnia 18 lipca 2012 roku, III CZP 39/12, LEX).

Mając na uwadze powyższe argumenty Sąd Apelacyjny oddalił w części apelację jako niezasadną (art. 385 k.p.c.) w zakresie zaskarżenia nią kwoty 10.000 zł, z tytułu kar umownych, którymi powód obciążył pozwanego po dacie odstąpienia od umowy.

W tym stanie rzeczy Sąd Apelacyjny na podstawie przepisów wskazanych w treści uzasadnienia – orzekła jak w wyroku.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów procesu za I i II instancję znajduje swoje oparcie w art. 100 zdanie pierwsze k.p.c. (w odniesieniu do kosztów instancji odwoławczej - w związku z art. 391 § 1 k.p.c.).

Biorąc pod uwagę wartość przedmiotu sporu i wartość przedmiotu zaskarżenia apelacją należało przyjąć, że powód utrzymał się ze swoim żądaniem w obu instancjach w 89%. W takiej też proporcji winny być pomiędzy stronami stosunkowo rozdzielone koszty, co oznacza, że z poniesionych przez powoda na etapie postępowania pierwszoinstancyjnego kosztów w wysokości 10.016 zł (4.616 zł – opata od pozwu, 5.400 zł wynagrodzenie pełnomocnika - § 2 pkt 6 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2015 r. poz. 1804 z późn. zm.) – pozwanego obciąża kwota 8.914 zł.

Z kolei koszty drugoinstancyjne poniesione przez powoda zamknęły się kwotą 8.666 zł (4.616 zł – opata od apelacji, 4.050 zł wynagrodzenie pełnomocnika - § 10 ust. 1 pkt 2 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 2015 r. poz. 1804 z późn. zm.), zatem za ten etap postępowania pozwany powinien zwrócić powodowi kwotę 7.712 zł.