

Sygn. akt I ACa 1021/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 grudnia 2016 r.

Sąd Apelacyjny w Krakowie – I Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Grzegorz Krężolek (spr.)
Sędziowie:	SSA Marek Boniecki SSA Barbara Baran
Protokolant:	st.sekr.sądowy Beata Zaczyk

po rozpoznaniu w dniu 15 grudnia 2016 r. w Krakowie na rozprawie

sprawy z powództwa(...) (...) Spółki Akcyjnej w C.

przeciwko Gminie M.

o zapłatę

na skutek apelacji strony pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie

z dnia 15 marca 2016 r. sygn. akt I C 2547/11

1. oddala apelację;

2. zasądza od Gminy M. na rzecz (...) (...) Spółki Akcyjnej w C. kwotę 10.800 zł (dziesięć tysięcy osiemset złotych) tytułem kosztów postępowania apelacyjnego.

SSA Barbara Baran SSA Grzegorz Krężolek SSA Marek Boniecki

Sygn. akt I ACa 1021/16

UZASADNIENIE

Strona powodowa (...) (...) S.A. w C., w pozwie skierowanym przeciwko Gminie M., wniosła o zasądzenie na jej rzecz kwoty 2.808.684,74 zł wraz z ustawowymi odsetkami od daty wniesienia pozwu do dnia zapłaty. Domagała się również obciążenia przeciwniczki procesowej kosztami procesu.

Uzasadniając żądanie podniosła, iż pozwana podjęła, w 2007 r, decyzję o budowie gimnazjum i hali widowiskowo-sportowej w M.. Zabezpieczyła środki na tę inwestycję, wprowadzając ją do (...) Programu Inwestycyjnego Gminy M. na lata 2007-2013, przyjętego uchwałą Rady nr (...)z dnia 1 marca 2007r

W dniu 24 lipca 2008 r. strony postępowania zawarły umowę na wykonanie zadania „ (...) Gimnazjum i (...) -Sportowej w M.”.

Podstawowymi warunkami określonymi umową były : cena, określona na 38.201.420,59 zł oraz termin zakończenia prac, ustalony na 30 czerwca 2013 r.

Zadanie inwestycyjne miało być realizowane z funduszy własnych Gminy, a jedynie w latach 2011 -2013 zakładano pozyskanie środków zewnętrznych w kwocie 9 milionów złotych.

W 2010 r, na podstawie uchwały Rady gminy nr (...) z dnia 25 marca 2010 r. dokonano zmiany tych uchwał, przyjmując, iż całość inwestycji miała być sfinansowana ze środków własnych Gminy.

Wielokrotnie w czasie jej realizacji dokonywano na wniosek Gminy zmiany harmonogramu robót. Wraz z nimi zmianą strony dokonywały ustaleń co do terminów płatności za realizowane części prac . Ustalenia te w większości polegały na odroczeniu terminu zapłaty, w porównaniu z terminami oznaczonymi umownie. ponad termin umowy. W ramach wzajemnej współpracy przy inwestycji, strony zawierały także odrębne umowy na realizację prac dodatkowych, których łączna wartość wyniosła 594.736,30 zł.

W październiku 2010 r. strona powodowa została poinformowana o przygotowywaniu przez zamawiającą budżetu na 2011 r. z uwzględnieniem środków przeznaczonych na realizację kontynuację budowy gimnazjum i hali widowiskowej . W związku z tym pismem z dnia 23 listopada 2010 r. spółka - wykonawca poinformowała pozwanego o swych oczekiwaniach, co skali środków, które powinny zostać zagwarantowane aby prace mogły być kontynuowane i a ich intensywność zapewniać dochowanie pierwotnie złożonego terminu ich ukończenia.

W dniu 28 lutym 2011 Rada gminy podjęła uchwałę nr (...) w sprawie wstrzymania realizacji inwestycji. W jej wykonaniu tej uchwały wójt gminy M. w tym samym dniu, złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy stron, powołując się, jako na jego podstawę, art. 145 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych,

W jego motywach wskazywał, iż gmina nie posiada środków finansowych na realizację inwestycji, co spowodowane jest kryzysem, który doprowadził do obniżenia dochodów gminy. To oznacza, że wykonanie umowy [dalsze jej realizowanie], nie leży w interesie publicznym. Tym samym pozwana uznawała, iż nie ponosi winy braku jej kontynuacji. Mimo tej podstawy ustania stosunku umownego pomiędzy stronami, gmina, w kolejnym piśmie, datowanym na 8 marca 2011r zwróciła się do spółki wykonawcy o to, czy nie byłaby skłonna jednak, w dalszym ciągu prowadzić prac, na obopólnie ustalonych, skorygowanych w porównaniu z dotychczasowymi, warunkach.

Wobec tych faktów powódka, w piśmie z dnia 9 marca 2011r, uznając, że wskazana podstawa odstąpienia od umowy nie zachodzi, poinformowała pozwaną, iż traktuje oświadczenie wójta jako odstąpienie od umowy ale z przyczyn dotyczących zamawiającej.

Strony, w dniu 30 marca 2011 r., dokonały protokolarnego odbioru wstrzymanej inwestycji, ustalając wartość robót wykonanych z wszystkich umów, tak zasadniczej oraz na roboty dodatkowe, na kwotę 10.535.241,72 zł. W dniu 8 sierpnia 2011 r. strona powodowa wystosowała do pozwanej Gminy wezwanie do zapłaty kwoty 2.808.684,74 zł, jako kary umownej, stanowiącej 10% wartości niezrealizowanych robót.

Kwota roszczenia ustalona została zgodnie z postanowieniami umowy §(...) jako różnica pomiędzy kwotą 38.201.420,59 zł, odpowiadającą ustalonej umownie wartości świadczenia wykonawcy, a określoną przez strony wartością robót rzeczywiście na datę odstąpienia wykonanych, na podstawie umowy zasadniczej tj. kwotą 10.114.573,15 zł.

Jego rozmiar ilościowy, zgodnie z tym postanowieniem umownym, stanowiło 10 % różnicy pomiędzy obydwoma tymi wielkościami.

Prawidłowość wyliczenia powódki w tym zakresie gmina M. potwierdziła w piśmie z dnia 16 maja 2011 r. wskazując, iż z umowy podstawowej, powódka wykonała prace własnie o takiej wartości- 10 114 573,15 zł.

W odpowiedzi na wezwanie, do dobrowolnego spełnienia, obecnie dochodzonego roszczenia, pozwana, w piśmie datowanym na 20 sierpnia 2011r, odmówiła jego realizacji.

Strona pozwana, odpowiadając na pozew, domagała się oddalenia powództwa i obciążenia pozwanej kosztami procesu.

W jej ocenie jest ono bezzasadne, gdyż odstąpiła od umowy zawartej ze spółką z C. na podstawie art. 145 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co wyłącza, po stronie wykonawcy możliwość skutecznego dochodzenia świadczenia z tytułu kary umownej, której podstawą jest tak kwalifikowane odstąpienie zamawiającej.

Jak argumentowała, jego przyczyną był brak środków finansowych na kontynuację inwestycji, spowodowany zaistniałym w Polsce kryzysem, w wyniku którego dochody pozwanej uległy znacznemu obniżeniu, czego w dacie zawierania umowy nie mogła przewidzieć.

Kontynuacja inwestycji wiązałaby się z koniecznością rezygnacji lub ograniczenia wszystkich wydatków gminy, w tym związanych z realizacją jej zadań obowiązkowych. Tym samym kontynuowanie inwestycji nie leżało w interesie publicznym.

Przeciwko uznaniu roszczenia jako zasadnego przemawiał, zdaniem gminy także drugi argument wywodzony z brzmienia art 483 § 1 kc.

Skoro odstąpienie od umowy przez pozwaną było konsekwencją braku zapewnienia środków finansowych na dalsze prowadzenie prac, a zatem u jego podstaw znalazło się nie spełnienie przez gminę świadczenia o charakterze pieniężnym, naliczanie kary umownej za odstąpienie z tej przyczyny, w świetle powołanej normy kodeksowej, jest prawnie niedopuszczalne, w warunkach niezgodności z tym przepisem samego zapisu umownego o zastrzeżeniu kary z tej przyczyny

Gmina domagała się również, na wypadek nie uwzględnienia zarzutów niweczających zasadność powództwa byłej kontrahentki, dokonania miarkowania obciążającego ją świadczenia do kwoty 100 000 złotych z uwagi na rażące zawyżenie kary, która jest dochodzona. Twierdziła, że wykonawca na skutek odstąpienia od umowy nie doznał szkody, a gdyby tę szkodę identyfikować z nieosiągniętym przez spółkę z C. zyskiem, to zważywszy na złożony w umowie stron jego poziom 7%, domaganie się świadczenia odpowiadającego iloczynowi 10 % i różnicy pomiędzy wartością robót zamówionych przez gminę i prac rzeczywiście, do daty odstąpienia wykonanych, różnica ta świadczy o podnoszonym przez pozwaną rażącym wygórowaniu kary. Wykonawca otrzymałby w ten sposób więcej niż sam się spodziewał osiągnąć gdyby umowa została zrealizowana w całości.

Gmina domagała się ponadto, aby tak obniżone świadczenie zostało rozłożone na 10 rocznych rat, argumentując, że jednorazowe jego spełnienie, nawet w warunkach jego ograniczenia, wykluczy możliwość normalnego funkcjonowania gminy, jako jednostki samorządu terytorialnego, a także nie pozwoli na skorzystanie przez nią ze środków unijnych, które zakłada partycypację własną ich beneficjenta, w finansowaniu zadań inwestycyjnych przy ich wykorzystaniu.

Wyrokiem z dnia 15 marca 2016r, Sąd Okręgowy w Krakowie, uwzględniając w całości roszczenia strony powodowej:

- zasądził od gminy M. na rzecz (...) (...) SA w C., kwotę 2 808 684,74 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 15 grudnia 2011r, w tym, począwszy od dnia 1 stycznia 2016r z ustawowymi odsetkami za opóźnienie [pkt I],

- zasądził od pozwanej dla powódki sumę 107 217 złotych , tytułem kosztów procesu [pkt II sentencji wyroku]

Sąd Okręgowy ustalił następujące fakty istotne dla rozstrzygnięcia :

Pozwana gmina M. podjęła w 2007 r. decyzję o budowie gimnazjum i hali widowiskowo-sportowej w M.. Zabezpieczyła środki na tę inwestycję, wprowadzając ją do (...) Programu Inwestycyjnego Gminy M. na lata 2007 – 2013r, objętego uchwałą Rady z dnia 1 marca 2007r , nr (...).

Decyzja o budowie gimnazjum była odpowiedzią na zapotrzebowanie społeczne na taką szkołę.

Na podstawie przetargu przeprowadzonego przez stronę pozwaną , w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, podmiotem , który został wybrany jako przyszły wykonawca przedmiotu zamówienia , była strona powodowa.

W dniu 24 lipca 2008 r. strony zawarły umowę nr (...), na wykonanie zadania „ (...) Gimnazjum i (...) -Sportowej w M.”. Cena za wykonanie robót została określona na kwotę 38.201.420,59 zł, a termin zakończenia prac ustalony na dzień 30 czerwca 2013 r.

W §(...)umowy strony ustaliły, że wiążącą ich formą odszkodowania są kary umowne, z § (...) wynikało , że zamawiająca miała zapłacić spółce wykonawcy karę umowną z tytułu odstąpienia od wykonania umowy z przyczyn , które dotyczyły zamawiającej .Jej wysokość została ustalona na 10% wartości różnicy pomiędzy wartościami robót rzeczywiście wykonanych a tych , które nie zostały zrealizowane.

Treść umowy została jednostronnie przygotowana przez pozwaną gminę.

Przedmiot umowy miał być zrealizowany z funduszy własnych zamawiającej. Jedynie w latach 2011 -2013 zakładano pozyskanie środków zewnętrznych w kwocie 9milionów złotych. Na podstawie uchwały Rady gminy nr (...) z dnia 25 marca 2010 r pozwana dokonała zmiany tego założenia w ten sposób , że zadanie inwestycyjne miało jednak w całości zostać sfinansowane ze środków własnych strony pozwanej.

Podczas realizacji inwestycji- z inicjatywy gminy - wielokrotnie dochodziło do zmian harmonogramu robót oraz ograniczenia ich zakresu rzeczowego z uwagi na trudności finansowe po stronie zamawiającej. Nie uległ natomiast zmianie, założony pierwotnie , umowy termin zakończenia całości prac.

Jednocześnie wraz z zmianą harmonogramów, strony dokonywały nowych ustaleń co do terminów płatności za realizowane części zadania. Ustalenia te w większości polegały na odroczeniu terminu zapłaty ponad termin umowny. Współpraca stron układała się bardzo dobrze, strona powodowa akceptowała pewne odstępstwa od umowy na korzyść pozwanej. W czasie , kiedy była realizowana umowa zasadnicza , strony zawierały także odrębne umowy na wykonanie przez powódkę prac dodatkowych , , zrealizowanie których okazywało się być koniecznym , w trakcie realizacji kontraktu podstawowego z 24 lipca 2008r. Łączna wartość robót dodatkowych wyniosła 594 736, 30 zł .Kwestia zapłaty za nie jest przedmiotem rozstrzyganego sporu.

Z dalszych ustaleń Sądu Okręgowego wynika , że gmina M. już od 2009 r. wskazywała na kryzys światowy, jako powód ograniczania środków na inwestycje. Podnosiła przy tym, wynikające z tego kryzysu zmniejszenie dochodów z tytułu udziału w podatkach, nie wykonanie dochodów ze sprzedaży mienia oraz nie pozyskanie środków unijnych.

W odwołaniu się do tych argumentów, w relacjach z powódką, konsekwentnie deklarowała jednak zapłatę, w kolejnych latach, za roboty , które spółka z C. wykonała w danym roku.

Pismem z dnia 27 października 2010 r., strona powodowa została poinformowana o przygotowywaniu przez gminę budżetu na 2011 r. z uwzględnieniem środków przeznaczonych na realizację przedmiotu umowy zawartej przez strony.

W odpowiedzi , datowanej na 23 listopada 2010 r. (...) SA , przedstawiła swoje oczekiwania, w zakresie poziomu finansowania prac w nadchodzącym roku tak, aby było możliwym dochowanie uzgodnionego przez strony umownie terminu zakończenia prac jako całości. Wskazywała , że na ten cel zamawiająca powinna zabezpieczyć pieniądze, w kwocie na poziomie 15 milionów złotych. Tego warunku pozwana nie była w stanie spełnić.

Mimo takich stanowisk, strony nadal prowadziły na ten temat rozmowy , kontynuując je, jeszcze w styczniu 2011r. Ich efektem było m. in. późniejsze , bo datowane na 14 lutego 2011r , pismo strony powodowej , w którym stwierdziła , że minimalna kwota , którą gmina powinna na cele budowy szkoły i hali widowiskowo - sportowej zabezpieczyć w budżecie na 2011r jest 6-7 milionów złotych , bez których nie uda się nawet , zważywszy także na dotychczasowe opóźnienia zrealizować przedmiotu umowy z jednorocznym przekroczeniem ustalonego w umowie terminu jego ukończenia .

W dniu 28 lutego 2011 r. Rada Gminy powzięła uchwałę nr(...) w sprawie wstrzymania realizacji spornej inwestycji z uwagi na brak środków finansowych

W wykonaniu tej uchwały Wójt Gminy M., w piśmie z tego samego dnia , skierowanym do powódki , złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy z dnia 24 lipca 2008r . Jako jego podstawę wskazał art. 145 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, (...) umowy stron oraz wskazaną wyżej uchwałę Rady gminy.

W motywach oświadczenia wskazał , iż gmina M. nie posiada środków finansowych na realizację inwestycji, co spowodowane jest kryzysem, który doprowadził do obniżenia jej dochodów, a wykonanie umowy nie leży w interesie publicznym. Pozwana wskazała w nich jednocześnie, że odstąpienie spowodowane zostało okolicznościami od niej niezależnymi.

W odpowiedzi strona powodowa , w piśmie z dnia 9 marca 2011 r. oświadczyła, iż kwestionuje wskazaną w oświadczeniu podstawę odstąpienia, jako sprzeczną ze stanem faktycznym i prawnym, wobec nie ziszczenia się przesłanek wskazanych w art. 145 prawa zamówień publicznych.

Spółka wskazała jednocześnie, iż otrzymane pismo traktuje jako odstąpienie przez pozwaną od umowy ale z przyczyn leżących po stronie zamawiającej . Poinformowała również, że wartość robót wykonanych na dzień odstąpienia jest zgodna ze stanem na dzień 29 grudnia 2010 r. i wynosi 10.114.573,15 zł. Do zapłaty z racji dotąd nie uiszczonego z tego tytułu wynagrodzenia , obciąża zamawiającą suma 1.654.800 zł, co razem z wartością robót o charakterze zabezpieczającym, w wysokości 147 542, 19 zł , stanowi łącznie sumę 1 802 342,19 zł , odpowiadając dotąd nie zaspokojonej przez zamawiającą wierzytelności wykonawczyni z tytułu zapłaty za dotąd zrealizowane prace .

Spółka z C. wskazała wówczas także , iż wartość , objętych umową i niezrealizowanych dotąd robót wyraża kwota 28.086.847,44 zł i odwołując się do zapisu § (...) umowy, wezwała gminę do zapłaty kary umownej w wysokości 2.808.684 zł , stanowiącej 10 % tej wartości.

Mimo złożenia wskazanego wyżej oświadczenia o odstąpieniu, pozwana w piśmie datowanym na 8 marca 2011r , skierowała do byłej kontrahentki pytanie o warunki na jakich powódka byłaby zainteresowana w kontynuowaniu realizacji umowy. Dalsze rozmowy nie były w tej materii prowadzone , natomiast 30 marca 2011 r., strony dokonały protokolarnego odbioru przez zamawiającą od wykonawcy wstrzymanej inwestycji. Na podstawie porozumienia , podpisanego w tym samym dniu gmina kupiła od (...)„SA elementy zabezpieczenia terenu.

Pozwana, w skierowanym do powodowej spółki w piśmie z dnia 16 maja 2011 r. potwierdziła iż z umowy podstawowej z 24 lipca 2008r , wykonano prace o łącznej wartości 10.114.573,15 zł.

W dniu 8 sierpnia 2011 r. powódka wezwała pozwaną do zapłaty kwoty 2.808.684,74 zł, tytułem kary umownej , stanowiącej 10% wartości niezrealizowanych robót.

Kwota wskazana w wezwaniu została ustalona zgodnie z postanowieniami § (...) umowy, jako 10 % różnicy wartości robót składających się na całość świadczenia wykonawcy czyli kwotą 38.201.420,59 zł, a wartością robót wykonanych, na datę odstąpienia od umowy, czyli niekwestionowaną wzajemnie przez byłe kontrahentki kwotą 10.114.573,15 zł i

Pozwana gmina odmówiła zapłaty powołując się na to, iż dokonała odstąpienia od umowy, w warunkach realizacji przesłanek do niego, wskazanych w art. 145 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak wynika ponadto z ustaleń Sądu I instancji, przyczyny trudnej sytuacji finansowej Gminy M. w latach 2009-2011 wynikały ze zmniejszonych wpływów do budżetu, w stosunku do założonych dochodów.

Zmniejszenie tych wpływów miało swoje przyczyny zarówno wynikające z kryzysu finansowego w skali krajowej i europejskiej, który skutkowało w szczególności zmniejszeniem wpływów z tytułu podatków, w tym zmniejszonym udziałem Gminy w budżecie centralnym, jak też w przyjęciu przez pozwaną niepoprawnych założeń co do wpływów z tytułu odpłatnych nabyć prawa własności i prawa wieczystego użytkowania.

W uchwale z dnia 31 stycznia 2008 r. zaplanowane dochody gminy wynosiły: 33.713.159 zł i wzrosły w stosunku do uchwały nr (...) - planu budżetu na 2007 r. o 29,96%, a w stosunku do wykonania dochodów budżetu Gminy za 2007 r. o 14,69%.

Analiza uchwały budżetowej za 2008 r. wskazuje, że zaplanowana na ten rok kwota dochodów z tytułu sprzedaży prawa własności i prawa wieczystego użytkowania przez gminę w wysokości 5.400.000 zł, nie znajdowała uzasadnienia, w oparciu o poprzednie wykonania planów z tego tytułu [wartość prawie 3-krotnie wyższa, niż ta, którą udało się osiągnąć w 2007 r].

Zatem niewykonanie planu w stosunku do przyjętych założeń na 2008 r. wynikało w głównej mierze z przyjęcia zbyt optymistycznej wersji, w zakresie dochodów.

W umowie zawartej przez strony przewidziano na sfinansowanie prac w roku 2009 mniejszą kwotę [6.565.803,70 zł,], aniżeli w projekcie wieloletnich inwestycji, w którym wydatki na budowę gimnazjum za lata 2008-2009 zaplanowane zostały w łącznej wysokości 9.000.000 zł. Zatem w okresie 2008-2009 nie powinny być wystąpić braki w środkach pieniężnych na finansowanie tej inwestycji. Jednakże problemy z finansowaniem tych robót zaczęły się właśnie w 2009 r., a ich potwierdzeniem jest treść pisma pozwanej z daty 4 sierpnia 2009 r.

W dniu 29 grudnia 2008 r., znając poziom wykonania dochodów, w ramach uchwały budżetowej za 2008 r. i wiedząc, że kryzys gospodarczy spowalnia gospodarkę europejską, gmina zwiększyła, w założeniach budżetowych w kolejnych latach, dochody o ponad 41,7 mln zł, co nie znajdowało ekonomicznego uzasadnienia, skoro miał miejsce spadek wykonania budżetu za rok 2008, w stosunku do zaplanowanego o około 2, 8 miliona złotych

Zatem plan perspektywiczny, w zakresie dochodów budżetowych z dnia 31 stycznia 2008 r. posiadał nadmiernie zawyżone dochody ze sprzedaży nieruchomości na 2008 r., natomiast plan perspektywiczny z dnia 29 grudnia 2008 r., przewidywał niczym nieuzasadnione, zawyżone dochody w latach 2009-2013.

Istotne jest to, że nawet w okresie najwyższego boomu inwestycyjnego założone plany pozyskiwania środków przez gminę nie były realizowane. [rok 2007 – plan- 2.500.000 zł, realizacja - 1.862.295,08 zł].

Gmina na początku 2008 r. przygotowując plan budżetu, nie posiadała informacji o kryzysie, ale nawet, gdyby taki kryzys nie nastąpił, planowane dochody nie zostałyby wykonane.

W planach na 2009 r. strona pozwana również przyjęła zbyt optymistyczną wersję dotyczącą zaplanowanych przychodów ze sprzedaży prawa własności oraz prawa wieczystego użytkowania, tym razem w wysokości 5.200.000 zł. Planując przychody budżetowe na 2009 r. musiała znać wyniki w tej części dochodów za rok 2008, które wyniosły 130.270 zł, dlatego zaplanowana kwota dochodów, nie była uzasadniona.

Łącznie w latach 2008-2009 kwota zaplanowanych przychodów z działu gospodarka mieszkaniowa – wpłaty z tytułu odpłatnego nabycia prawa własności oraz prawa użytkowania wieczystego wynosiła 10.600.000 zł, z której faktycznie osiągnięto za powyższy okres. kwotę 437.413 zł.

W uchwale Rady gminy z dnia 25 maja 2009 r., nr (...), zaplanowano łączną wielkość i nakładów już poniesionych i do poniesienia do roku 2013 r. w łącznej wysokości 159.981.000 zł. Ogólne nakłady w stosunku do uchwały z dnia 29 stycznia 2009 r. obniżono o kwotę 30.079.000 zł, przy czym wydatki na 2009 r. zmniejszono do kwoty 11.284.000 zł,

Mimo opisanej skali zmniejszenia, które zważywszy na realną możliwość pozyskania w tym czasie dochodów, było niewystarczające ,w dalszym ciągu pozostawiono finansowanie spornej inwestycji, w latach 2009-2013, na poziomie wynikającym z uchwał z dnia 31 marca 2008 r. i z dnia 29 stycznia 2009 r.: 1/2009 r. –5.000.000 zł, 2/ 2010 r. – 5.000.000 zł, 3/ 2011 r. – 9.000.000 zł, 4/ 2012 r. – 10.000.000 zł, 5/ 2013 r. - 10.000.000 zł.

Już w 2009 r. władze gminy powinny były , na podstawie danych finansowych , którymi dysponowały , zdawać sobie sprawę ze zmniejszającej się skali dochodów. Powinno to doprowadzić do ograniczenia rozmiaru zamierzeń inwestycyjnych finansowanych z nich , w ramach budżetu.

Również w 2010 r. kwota budżetu zaplanowana z odpłatnych nabyć prawa własności i prawa użytkowania wieczystego została przedstawiona w wersji zbyt optymistycznej.

Stosunek wykonania dochodów do planów za kolejne lata przedstawiał się następująco: 1/ za 2008 r. - 91,58 %, 2/ za 2009 r. - 82,94 %, 3/ za 2010 r. - 94,72 %, 4/ za 2011 rok - 96,85 %.W latach 2008-2010 pomiędzy wysokością planów, a ich faktycznym wykonaniem występowała kilkumilionowa różnica. Tylko w 2011r , miała miejsce względna równowaga pomiędzy nimi.

W związku z tym zaplanowane przez gminę inwestycje wieloletnie musiały zostać w sposób istotny ograniczone. Pomimo zmian uchwał budżetu pozwanej w latach 2008-2009, w których zmniejszono wielkość planowanych przychodów i planowanych wydatków, gmina miała trudności z finansowaniem bieżących robót już w 2009 r., w tym odniesieniu do umowy ze strona powodową.

Gmina M. podejmując tak kapitałochłonną inwestycję nie miała żadnej pewności co do możliwości zrealizowania zaplanowanych dochodów budżetowych, możliwości zaciągnięcia kredytów, uzyskania dotacji, itp., a więc nie była przygotowana na sfinansowanie tej inwestycji w przyjętym harmonogramie prac.

Ocena niemożliwości prowadzenia inwestycji, w warunkach określonych w umowie z dnia 24 lipca 2008 r. faktycznie mogła mieć miejsce już w 2010 r., co wynika z pism kierowanych wówczas przez zamawiającą do spółki - wykonawcy, obejmujących postulaty zmian harmonogramów rzeczowo-finansowych i terminów płatności za części już wykonanych robót.

Uznając roszczenie strony powodowej za usprawiedliwione , w ramach rozważań prawnych, Sąd Okręgowy ocenił , analizując przesłanki od których spełnienia uzależniona jest możliwość odstąpienia od umowy, na podstawie art. 145 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu doniosłym dla rozstrzygnięcia , że gmina M. nie wykazała w postępowaniu, aby reprezentujący ją wójt w swoim oświadczeniu z dnia 28 lutego 2011r , mógł się na tę normę skutecznie powołać , tym samym doprowadzając do zniweczenia , ze skutkiem wstecznym, węzła obligacyjnego , dotąd wiążącego strony.

W szczególności , wskazując na wyjątkowość tej normy, w zakresie zastosowania ocenił , że okoliczności na które gmina powoływała się aby usprawiedliwić to oświadczenie , nie miały charakteru wyjątkowego w rozumieniu tego przepisu.

Odwołując się do dokonanych ustaleń faktycznych uznał , że zmiana okoliczności na którą powoływała się gmina, jako podstawę odstąpienia , nie miała charakteru zmiany nadzwyczajnej , której nie można było przewidzieć . Przeciwnie sytuacja tego rodzaju, w postaci istotnego ograniczenia skali dochodów z których gmina zdecydowała się realizować

sporną inwestycję , w tym spełniać przyjęte na siebie obowiązki finansowe wobec realizującej roboty spółki z C. , musiała jej być znana już w latach 2009 i 2010. Już wówczas bowiem uwzględniając zmieniającą się na niekorzyść w porównaniu z okresem w którym umowa stron została zawarta , zbiegała [z powodzeniem] u wykonawczyni robót o wydłużenie czasu zapłaty za prace już zrealizowane oraz korekty planów rzeczowych, w zakresie mających być zrealizowanymi w danym okresie prac, tak aby obciążenie finansów z racji obowiązku zapłaty za nie przesunąć czasie , a tym samym zmniejszyć skalę wydatków bieżących związanych z umową.

Zastosowanie art. 145 ust. 1 ustawy jest wykluczone także dlatego , że oświadczenie o odstąpieniu z 28 lutego 2011r nastąpiło w warunkach przekroczenia 30 dniowego terminu zawitego , wskazanego w tej normie , w którym mogło być ono skutecznie złożone.[przy założeniu realizacji przesłanki nadzwyczajnej zmiany stosunków, których nie można było przewidzieć w czasie podpisywania umowy.] Skoro sytuacja istotnego ograniczenia skali uzyskiwanych dochodów gminy była możliwa do stwierdzenia już w 2009r, a tylko na tę przyczynę nadzwyczajnej zmiany stosunków wójt giny w oświadczeniu o odstąpieniu powoływał się , termin ten nie został dochowany.

Odbierając zatem zarzut skutecznego odstąpienia przez pozwaną od umowy stron, Sąd I instancji zaaprobował stanowisko strony powodowej , iż ustalona w sprawie sytuacja faktyczna uprawniała spółkę z C. do uznania , że umowa przestała zowiązać za przyczyną pozwanej , która od niej odstąpiła.

Zatem usprawiedliwione było ,zdaniem Sądu Okręgowego uznanie przez powódkę , iż ma roszczenie wobec byłej kontrahentki z tytułu kary umownej za to odstąpienie ,w wymiarze ilościowym , który prawidłowo przez spółkę (...) określony , w żądaniu pozwu , ma swoją podstawę w(...) umowy z dnia 24 lipca 2008r.

Wyrażając takie stanowisko , Sąd niższej instancji nie podzielił zarzutu gminy, zgodnie z którym zastrzeżenie tej kary było niezgodne z prawem skoro powstanie roszczenia o jej zapłatę było uwarunkowane niespełnieniem przez zamawiającą świadczenia o charakterze pieniężnym.

Zdaniem Sądu Okręgowego, w przypadku opisanym przez wskazane postanowienie umowne, kara została zastrzeżona nie na wypadek nie spełnienia przez gminę świadczenia o charakterze pieniężnym ale na wypadek ziszczenia się przesłanek skorzystania przez drugą stronę z uprawnienia prawo kształtującego , odstąpienia od umowy , które jest kwalifikowane jako mające charakter niepieniężny, w szerokim znaczeniu tego pojęcia.

Uznał za nietrafny także zarzut gminy , mający prowadzić do miarkowania świadczenia dochodzonego pozwem jak również nie podzielił argumentów pozwanej mających usprawiedliwić rozłożenie przyznanego powódce świadczenia na raty.

W odniesieniu do żądania ograniczenia wysokości świadczenia zasądzonego na rzecz spółki z C. , Sąd Okręgowy uznał , że wbrew stanowisku pozwanej, jego wysokość nie jest zawyżona w skali usprawiedliwiającej miarkowanie.

W tym zakresie Sąd wskazał , że rozmiar ilościowy tego świadczenia jest zbliżony do skali zysku jakie dla wykonawcy strony przyjmowały w umowie, a w każdym razie nie odbiega od niego w skali , która nakazywałaby uznawać świadczenie należne powódce za rażąco wygórowane.

Zdaniem Sądu strona pozwana nie wykazała również w postępowaniu takich okoliczności faktycznych , które usprawiedliwiałyby rozłożenie tego świadczenia na raty. Wskazał , że sięganie po tego rodzaju możliwość może mieć miejsce tylko w zupełnie wyjątkowych okolicznościach , które uzasadniają uwzględnienie interesu pozwanego. Zwrócił przy tym uwagę , że gmina, w ramach powołanej przez siebie argumentacji mającej wspierać ten postulat , nie twierdziła ,iż nie może zrealizować świadczenia we właściwym terminie ale , że w ogóle nie może go spełnić . Takie stanowisko, odczytane przez pryzmat interesu strony przeciwnej, czyni ewentualne rozłożenie zasądzonego świadczenia na raty wręcz niecelowym.

Podstawą rozstrzygnięcia o kosztach postępowania , w relacji pomiędzy stronami sporu, była norma art. 98 §1 i 3 kpc.

Sąd Okręgowy odstąpił od obciążenia gminy obowiązkiem zwrotu kosztów na rzecz Skarbu Państwa uznając, iż przeciwko niemu przemawiają nie tylko charakter rozstrzyganej sprawy ale także zakres zadań jakie strona pozwana jest zobowiązana realizować na podstawie przepisów prawa materialnego.

W apelacji pod tego wyroku, zaskarżając go w całości, strona pozwana domagała się, w pierwszej kolejności wydania rozstrzygnięcia kasatoryjnego i przekazania sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania albowiem, w jej ocenie, orzeczenie objęte apelacją zostało wydane w warunkach nierozpoznania istoty sprawy.

Jako wniosek ewentualny gmina sformułowała żądanie zmiany wyroku, w następstwie ograniczenia wysokości przyznanego powódce świadczenia, poprzez jego miarkowanie zgodnie z postulatem skarżącej sformułowanym, w ramach postępowania rozpoznawczego przed Sądem I instancji oraz rozłożenie go, po ograniczeniu ilościowym, na raty, w sposób, który także na poprzednim etapie postępowania został przez pozwaną określony.

Nierozpoznania istoty sprawy skarżąca upatrywała w tym, iż Sąd I instancji nie dokonywał oceny ważności umowy zawartej przez strony w dniu 24 lipca 2008r, mimo, że miał taki obowiązek w sytuacji, gdy podpisał ją w imieniu zamawiającej tylko [jednoosobowo] T. P.. Nie uczynił tego drugi członek zarządu, mimo obowiązkowej łącznej reprezentacji spółki dla podejmowania tego rodzaju czynności prawnej w jej imieniu i na jej rachunek.

Nieważność umowy stron, która wyklucza możliwość skutecznego dochodzenia przez powódkę świadczenia, bezzasadnie przyznanego spółce zaskarżonym wyrokiem wynika także, zdaniem skarżącej sąd, iż sprzecznie z celem umowy i regułą równości stron w stosunkach zobowiązaniowych oraz zasadom współżycia społecznego postanowienia umowy w szczególności te, które dotyczyły możliwości naliczenia kar umownych, ukształtowały wzajemne praw i obowiązki stron w sposób preferujący interes spółki wykonawcy, kosztem usprawiedliwionego interesu zamawiającej.

Ponadto skarżąca domagała się uzupełnienia postępowania przed Sądem II instancji, poprzez przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka M. M., które miały potwierdzić fakty związane z brakiem należytej reprezentacji spółki przy podpisywaniu umowy, co tym bardziej miało potwierdzać zasadność stanowiska apelującej, iż powódka w relacjach umownych z gminą, działała w złej wierze.

W motywach środka odwoławczego strona pozwana, koncertując się na argumentach dotyczących ważności umowy stron przez przyzmat właściwego umocowania do jej zawarcia przez podpisanego pod jej tekstem w imieniu spółki, T. P. wskazywała, że w jej ocenie umowa z dnia 24 lipca 2008r jest, wobec braku właściwej reprezentacji spółki (...), nieważna.

Ta zasadnicza jej wada stanowiła dla powódki swoistą „furtkę prawną”, którą mogła wykorzystać wobec drugiej strony, która takiej możliwości była pozbawiona, nie, w sytuacji gdyby gmina formułowała wobec wykonawcy roszczenia finansowe wynikające z umowy.

Taki sam brak, w zakresie reprezentacji powódki może, zdaniem skarżącej, odnosić się także do umocowania pełnomocnika procesowego spółki z C., rodząc skutek w postaci nieważności postępowania, w którym zapadło kwestionowane instancyjnie rozstrzygnięcie.

Odpowiadając na apelację i wykazując w ramach podjętej w niej polemiki z argumentacją skarżącej, za pośrednictwem załączonych do niej dokumentów, iż umocowanie do zawarcia umowy z 24 lipca 2008r dla T. P. było prawidłowe, wywołując skutki prawne po stronie zastępowanej przezeń spółki, podobnie jak skuteczne jest umocowanie udzielone przez reprezentantów powódki pełnomocnikowi procesowemu do działania w jej imieniu przed Sądami obu instancji rozstrzygających sprawę, pełnomocnik (...), SA domagał się jej oddalenia oraz obciążenia przeciwniczki procesowej kosztami postępowania przed Sądem II instancji.

Rozpoznając apelację, Sąd Apelacyjny rozważył:

Środek odwoławczy gminy M. nie jest uzasadniony i podlega oddaleniu. W szczególności nie jest usprawiedliwiony żaden z zarzutów na których opiera się jego konstrukcja.

Z uwagi na rangę i bezwzględny charakteru przyczyn nieważności postępowania wskazanych w art. 379 kpc, które Sąd II instancji, w granicach zaskarżenia jest zobligowany wziąć pod rozważę z urzędu, nawet bez inicjatywy stron, w pierwszej kolejności należy rozważyć trafność tego zarzutu apelacyjnego, który wprawdzie nie został wyeksponowany przez skarżącą i sformułowany w formie przypuszczającej jedynie w motywach apelacji / por k. 1523 akt /, musi jednak zostać zweryfikowany na wstępie kontroli instancyjnej orzeczenia.

Jak wynika z treści stanowiska strony pozwanej identyfikuje ona tę nieważność z przyczyną wskazaną w art. 379 pkt 2 zd. ostatnie kpc, upatrując jej w tym, iż pełnomocnik procesowy spółki (...) „nie był do tej reprezentacji przed Sądem Okręgowym należycie umocowany, w oparciu o dokument z k.9 akt.

Zdaniem skarżącej nieprawidłowość prowadząca do nieważności postępowania z podnoszonej przez nią przyczyny, której nie dostrzegł Sąd I instancji, miała wynikać z faktu nie wykazania przez powódkę, że pełnomocnictwo procesowe dla profesjonalnego reprezentanta spółki nie zostało podpisane przez dwie, spośród umocowanych do tego osób, mających działać łącznie, w tym w szczególności przez członka zarządu i prokurenta.

Zdaniem skarżącej podpisany na dokumencie pełnomocnictwa jako druga z takich osób - A. H. - wskazany w nim został jako dyrektor ds. ekonomicznych i główny księgowy, a osoba taka, zgodnie ze sposobem reprezentacji powódki ujawnionym w Rejestrze Przedsiębiorców KRS, zgodnie z treścią wpisów w nim, aktualnych na datę udzielania pełnomocnictwa procesowego, nie miała kompetencji do skutecznego dla spółki, dokonania tej czynności.

Zarzut ten jest chybiony.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że oceniany zarzut został podniesiony przez pozwaną dopiero na etapie postępowania przed Sądem II instancji mimo, że od początku trwania postępowania rozpoznawczego przed Sądem I instancji gmina była zastępowana przez prawnika, profesjonalistę.

Przed jego podniesieniem ani pomiędzy stronami ani w ocenie Sądu prawidłowość umocowania pełnomocnika procesowego powódki do jej reprezentacji w sprawie nie budziła jakikolwiek wątpliwości.

Zarzut obecnie formułowany przez pozwaną nie może być uznany za trafny albowiem opiera się na wadliwym założeniu faktycznym zgodnie z którym wskazany w dokumencie pełnomocnictwa procesowego A. H. nie mógł [działając wspólnie z członkiem zarządu powódki] takiego umocowania udzielić skutecznie ze skutkiem dla spółki.

Założenie to pomija treść wpisów dotyczących (...) (...) S.A. w C., ujawnionych w Rejestrze Przedsiębiorców KRS, dotyczących sposobu reprezentacji powódki, w tym uprawnień do udzielania pełnomocnictw i funkcji sprawowanych przez poszczególne osoby tam wymienione, w strukturze organów tego podmiotu korporacyjnego, w czasie, kiedy, kwestionowane obecnie pełnomocnictwo procesowe było udzielane.

Według tych danych, aktualnych na dzień 4 marca 2011r / por k. 1547-1551 akt /, do udzielenia takiego pełnomocnictwa koniecznym było współdziałanie dwóch osób z grona członków zarządu lub prokurentów.

A. H. był naówczas prokurentem spółki i była to prokura samoistna.

Zatem mógł on, współdziałając z członkiem zarządu, jak wynika z treści dokumentu pełnomocnictwa procesowego, także ujawnionym w KRS w tym charakterze J. S., skutecznie takiego pełnomocnictwa procesowego udzielić.

Wobec tego zarzut skarżącej identyfikowany z wadą wskazana w art. 379 pkt 2 v, zd. ostatnie kpc, mającą prowadzić do nieważności postępowania jest bezzasadny.

Na marginesie tej części wyводу i dla zapewnienia jego kompletności powiedzieć jeszcze należy , iż nietrafnie w wypowiedzi ustnej , na rozprawie apelacyjnej z dnia 15 grudnia 2016r , pełnomocnik pozwanej negował możliwość wykazywania skuteczności udzielenia pełnomocnictwa procesowego do reprezentacji powódki dopiero na etapie postępowania apelacyjnego, na podstawie dokumentów załączonych przez spółkę z C. do odpowiedzi na apelację. / por. zapis dźwiękowy rozprawy , minuty 4-12 /

Ponownie wskazując , że zarzut nieważności postępowania przed Sądem Okręgowym , oparty na nieskuteczności pełnomocnictwa procesowego, został sformułowany dopiero w apelacji , wskazać należy , że wyjaśniając kwestię nieważności postępowania Sąd II instancji nie jest skrepowany unormowaniem z art. 381 kpc . Jeżeli chodzi o zbieranie materiału i dokonywanie na jego podstawie ustaleń, w celu stwierdzenia czy doszło do nieważności postępowania przed Sądem niższej instancji przepis ten nie ma zastosowania.

/ por. także , zbieżne z wyrażonym poglądem , stanowisko T. Wiśniewskiego w komentarzu do kodeksu postępowania cywilnego t II s. 73-74 , wydawnictwo Wolters Kluwer Business 2011/

Przechodząc do oceny pozostałych zarzutów apelacyjnych zauważyć należy , że pozwana nie powołuje żadnych zarzutów procesowych mających na celu podważenie poprawności przeprowadzonej przez Sąd Okręgowy oceny zgromadzonych w sprawie dowodów ani też takich , które kwestionowałyby prawidłowość i kompletność ustaleń, które zostały przez Sąd I instancji przyjęte jako podstawa faktyczna kontrolowanego instancyjnie orzeczenia.

Zaniechanie to ma tę konsekwencję , iż ustalenia te, jako poprawne , Sąd II instancji przyjmuje za własne.

W tym kontekście wskazać jeszcze należy , iż zawarty w apelacji wniosek dowodowy o przesłuchanie w charakterze świadka M. M., został oddalony jako nie mający cech nowości w rozumieniu tego pojęcia przyjętej w ramach wykładni art. 381 kpc , który z tej przyczyny , sprzeciwia się jego dopuszczeniu.

Zgłaszając go na tym etapie postępowania powódka nie starała się nawet wykazać dlaczego dowód ten nie mógł być zawnioskowany przed Sądem Okręgowym , tym bardziej , że kwestia ważności umowy stron z 24 lipca 2008r i ewentualnie nielojalnego, będącego przejawem złej wiary , zachowania spółki wykonawcy wobec kontrahentki [które miałyby potwierdzić świadek] , była od samego początku sporu stron, kwestią istotną z punktu widzenia zasadności roszczenia powódki , mającego swoja podstawę w czynności prawnej stron.

Zupełnie nietrafnym jest zarzut , w ramach którego skarżąca kwalifikuje umowę stron z 24 lipca 2008r jako nieważną.

Nie sposób dostrzec dlaczego pozwana upatruje tej cechy umowy w ukształtowaniu jej treści tak , aby prawa i obowiązki stron, w sposób nie zachowujący wzajemnej równowagi , stawiający powódkę w korzystniejszej pod względem prawnym sytuacji , w odniesieniu do możliwości realizacji roszczeń z tytułu kar umownych.

Przypominając , że to gmina M. była autorem projektu tekstu umowy, która później została zawarta , o ile powódka uznaje , że ów brak równowagi i jak to nazywa w motywach apelacji „ dodatkowe zabezpieczenie „ interesu umownego pozwanej, mające decydować o nieważności umowy, miałyby polegać na celowym , podjętym z przemyślanym zamiarem jej podpisaniu jedynie przez jednego członka zarządu spółki (...), w warunkach koniecznego współdziałania imieniem wykonawcy przy tego rodzaju czynnościach dwóch osób współtworzących ten organ lub członka zarządu i prokurenta, to pogląd ten ocenić należy jako całkowicie nieusprawiedliwiony.

Uznając za całkowicie gołosłowne , w świetle nie kwestionowanych przez skarżącą ustaleń faktycznych dokonanych w sprawie , oceny kwalifikujące działania reprezentantów spółki wykonawcy jako celowo nielojalne wobec kontrahentki, podjęte dla zabezpieczenia swoich interesów finansowych, w warunkach naruszenia podstawowych reguł rzetelności w relacjach ze swoimi partnerami, w ramach realizowanej inwestycji , wskazać należy , że wbrew zasadniczej tezie gminy z której miałyby wynikać nieważność umowy z 24 lipca 2008r , działając wówczas w imieniu i na rachunek spółki z C. , podpisujący ją T. P.[będąc naówczas członkiem zarządu] był do tego umocowany , jako pełnomocnik uprawniony do jej zawarcia, granic tego umocowania, udzielonego mu uprzednio , odrębnie , nie przekraczając .

Wcześniej, na etapie postępowania rozpoznawczego przed Sądem I instancji, zarzut nieważności umowy stron nie był podnoszony, wobec czego strona powodowa, zwalczając jego zasadność, była uprawniona do tego, aby odwołać się w postępowaniu apelacyjnym do treści dokumentów: pełnomocnictwa z dnia 16 lipca 2008r oraz odpisu z Rejestru Przedsiębiorców KRS, ówczesnie aktualnego, załączonych do odpowiedzi na apelację.

Uznając, że w tych okolicznościach dowody z tych dokumentów nie są spóźnione, w rozumieniu art. 381 kpc, w oparciu o nie, Sąd Apelacyjny ma podstawę do tego, aby zarzut ten odeprzeć.

Z treści części wstępnej umowy z dnia 24 lipca 2008r, / por k. 22 akt / jednoznacznie wynika na jakiej podstawie i w jakim charakterze działając w imieniu i na rachunek spółki - wykonawcy- umowę tę podpisał członek ówczesny członek zarządu T. P.. Dla tej oceny nieistotnym jest, że w tej części doszło do wskazania, iż działającymi za spółkę są dwaj członkowie zarządu J. S. / reprezentowany przez pełnomocnika T. P. - na podstawie pełnomocnictwa z 16 lipca 2008r/ oraz T. P., jako członek zarządu.

Z dokumentów pełnomocnictwa dla niego oraz wówczas aktualnego odpisu z KRS wynika, że umocowanie do zawarcia tej umowy w imieniu spółki z C. zostało T. P. udzielone w dniu 16 lipca 2008r, przez działających wspólnie, członka zarządu J. S. i prokurenta [samoistnego] A. H..

/ por. k. 1546 i k.1552-1561 akt /

Nie może zatem budzić usprawiedliwionych wątpliwości, iż umowa została zawarta przez wykonawcę w sposób ważny, wywołujący skutki prawne.

Przeciwko odmiennemu zapatrywaniu skarżącej, na którym opiera ona zarzut nieważności tej czynności prawnej przemawia dodatkowo argument wynikający ze sposobu działania obydwu stron na etapie realizacji wzajemnych obowiązków umownych.

W ich ramach, a także podpisując kolejne umowy na realizację związanych z przedmiotem umowy zasadniczej, prac dodatkowych, gmina nigdy nie podnosiła obecnie formułowanego zarzutu, przeciwnie uznawała węzeł obligacyjny wiążący strony za ważny, zabiegając jedynie o modyfikację swoich obowiązków wynikających z niej z uwagi na pojawiające się, z biegiem czasu, trudności finansowe, związane z płatnościami za już realizowane partie [etapy] robót.

Taki sposób zachowania skarżącej, w relacjach umownych ze spółką wykonawczynią, jedynie upewnia w poprawności oceny, która każe uznać omawiany zarzut za całkowicie pozbawiony usprawiedliwionych podstaw.

Nietrafny jest zarzut naruszenia przez Sąd I instancji przy wyrokowaniu art. 145 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004r [DzU Nr 19 poz. 177], w brzmieniu doniosłym dla rozstrzygnięcia, którego treść nota bene została w istocie przeniesiona do umowy stron, jako jedna z podstaw odstąpienia od umowy przez zamawiającą, / §13 ust. 1 pkt 1 umowy z dnia 24 lipca 2008r /

Zarzut ten należy odeprzeć.

Po pierwsze dlatego, iż poza stwierdzeniem, że oświadczenie wójta gminy M. z dnia 28 lutego 2011r o odstąpieniu, na podstawie tego przepisu, od umowy zawartej przez strony było usprawiedliwione i prawnie skuteczne, w motywach apelacji nie można znaleźć jakiegokolwiek argumentacji, mającej wspierać tę ocenę.

W szczególności nie ma w jej uzasadnieniu jakichkolwiek konstatacji i wniosków budujących polemikę z oceną Sądu I instancji, zgodnie z którą, nie zostały wykazane przez gminę fakty, które mogłyby potwierdzać realizację przesłanek od których ustawodawca uzależnił możliwość sięgnięcia po tę, wyjątkową po stronie zamawiającego, możliwość zniweczenia stosunku umownego z wykonawcą, wyłonionym w ramach procedury zamówienia publicznego.

Po wtóre , opisane zaniechanie po stronie skarżącej , mimo , że była w czasie składania apelacji i jest nadal , w czasie trwania postępowania apelacyjnego, profesjonalnie zastępowana , pozwala Sądowi II instancji , w ramach oceny tego zarzutu, ograniczyć się do stwierdzenia , iż podziela on w całości te wszystkie argumenty prawne Sądu Okręgowego odwołujące się do charakteru tego uprawnienia po stronie zamawiającego , jego wyjątkowości w zakresie stosowania , oraz cech charakterystycznych terminu , który wskazany przez art. 145 ust. 1 , stanowi granice czasową możliwości skutecznego złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy , na podstawie tego przepisu . Argumenty te , odniesione do faktów ustalonych w sprawie , ocenie których posłużyła także opinia biegłej z zakresu finansów i księgowości , L. B., /opracowanie zasadnicze k. 755-836 akt /, uznana przez Sąd za w pełni wiarygodne źródło dowodowe , prowadziły do sformułowania , zdaniem Sądu Apelacyjnego, poprawnego merytorycznie wniosku , iż gmina nie wykazała aby oświadczenie wójta wywołało skutek w postaci odstąpienia przez pozwaną od umowy z przyczyn wskazanych w tym przepisie , rodząc tym samym wymienione w ust. 2 tej normy konsekwencje , odnoszące się do zakresu, w jakim wykonawca może ubiegać się o zapłatę ustalonego umownie wynagrodzenia.

Powtarzanie tych samych albo bardzo zbliżonych argumentów do tych , którymi posłużył się Sąd I instancji jest , z przyczyn teleologicznych , zbędne.

Ustalenia poczynione w sprawie dają podstawę do wniosku , że kiedy powódka, od początku dalszych relacji stron , mających miejsce po złożeniu 28 lutego 2011r przez wójta imieniem gminy oświadczenia o odstąpieniu od umowy, uznawała je w świetle przesłanek z art. 145 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych za nieskuteczne, obydwie strony uznawały , że węzeł obligacyjny wynikający z umowy z 24 lipca 2008r został zerwany i nie będzie ona kontynuowana.

Co więcej , wynika z tych ustaleń , że żadna ze stron nie złożyła innego , opartego podstawie wynikającej z umowy , oświadczenia o odstąpieniu od niej. / przeciwne twierdzenia pełnomocnika pozwanej na rozprawie apelacyjnej w dniu 15 grudnia 2016r, / por k. 1575 v , zapis dźwiękowy rozprawy minuty 24-28 / , nie znajdują potwierdzenia w ustalonych w sprawie , niekwestionowanych przez gminę, w ramach środka odwoławczego, faktach.

Równocześnie nie było przedmiotem kontrowersji stron to , że zapis(...) umowy, uprawniający do naliczenia kary umownej przez wykonawcę, w warunkach takich ,kiedy przyczyny odstąpienia od „ wykonania umowy” dotyczą zamawiającej i są przez nią zawinione , różni się od treści(...)w którym mówi się o odstąpieniu przez zamawiającą [z przyczyn dotyczących wykonawcy] , w którym posłużyły się one pojęciem „odstąpienia od umowy „ , a dystynkcja ta ma swoje znaczenie prawne.

/ por. także oświadczenia pełnomocników stron na rozprawie apelacyjnej w dniu 15 grudnia 2016r k. 1575 v , zapis dźwiękowy- minuty 29-40 /

Zatem należy przyjąć , iż zgodnym zamiarem umawiających się stron było to, aby wykonawca był uprawniony do naliczenia kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy tylko , jeżeli dotyczyć to będzie umowy już w fazie jej wykonywania , jeśli to odstąpienie będzie wywołane przyczynami , które dotyczą zamawiającej.

O tym , że tak właśnie strony rozumiały to postanowienie świadczy to , iż była to jedyna przewidziana umownie sytuacja , w której to uprawnienie prawo kształtujące służyło spółce - wykonawcy.

Po drugie tylko w tym przypadku strony w sposób szczególny , odmienny od innych sytuacji uprawniających do odstąpienia [przez zamawiającą] , ukształtowały sposób wyliczenia świadczenia z tytułu kary , nawiązując w nim do różnicy pomiędzy wartością przedmiotu świadczenia [wykonawcy] jako całości , a tą , którą reprezentowały roboty , do daty odstąpienia , niezrealizowane .

Po trzecie , ta przyczyna odstąpienia była charakterystyczna i odmienna od innych przewidzianych w umowie , także poprzez to , że odwołanie się do niej jako podstawy ustania stosunku umownego, rodziło po stronie zamawiającej obowiązki w zakresie przejęcia placu budowy i zapłaty za roboty dotąd zrealizowane których to obowiązków umowa

nie przewidywała, w sytuacji odstąpienia od umowy z przyczyn, które obciążały powodową spółkę (...) te są widoczne, gdy porówna się zapisy § (...) umowy.

Nie można też, w ramach oceny prawnej tego, na jakiej podstawie doszło do ustania umowy stron, tracić z pola widzenia i nie uwzględniać, że powódka konsekwentnie twierdziła, nie tylko w ramach postępowania sądowego ale także wcześniej, kiedy relacje stron były jeszcze podtrzymywane, iż podstawą tą jest odstąpienie od umowy przez gminę z przyczyn, które ją obciążają.

Natomiast zamawiająca taką kwalifikację przyczyny zerwania więzi umownej pomiędzy stronami aprobowała poprzez podjęte, po oświadczeniu wójta z 28 lutego 2011r, czynności, aby wskazać na treść pisma z dnia 8 marca 2011r / k. 82 akt /, w którym wyraźnie wskazała, że to ona, jako zamawiająca od umowy odstąpiła oraz to, że przejmując na podstawie protokołu / k. 83-84 akt / plac budowy, w dniu 30 marca 2011r, jednoznacznie wskazała na to, że tym samym realizuje, obowiązek, który opisany w § (...)nawiązywał do sytuacji odstąpienia od umowy, której podstawa została powołana w (...) umowy z 24 lipca 2008r.

Podobnie, jako realizację drugiego ze wskazanych w ustępie §13 umowy, obowiązków gminy, w warunkach odstąpienia z przyczyn, które obciążają zamawiającą, należy rozumieć wskazanie w tym protokole, wartości prac dotąd, na datę odstąpienia, wykonanych i zafakturowanych przez powódkę.

Nietrafny jest zarzut skarżącej, w ramach którego neguje ona brak ograniczenia przez Sąd należnego powódce świadczenia, w skali postulowanej przez gminę, mimo, że jest ono rażąco wygórowane.

W pierwszej kolejności wskazać należy, instytucja miarkowania [ograniczenia] świadczenia z tytułu kary umownej jest wyjątkiem od zasady, iż jej zastrzeżenie, przy spełnieniu warunków umownych oraz tych, które wynikają z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, wyłączonych od możliwości modyfikacji, w ramach swobody kontraktowej, powinny prowadzić do przyznania świadczenia z tego tytułu, w zastrzeżonej wysokości. Szczególnie, gdy weźmie się pod rozwagę, że zgodnie z intencją ustawodawcy, kara umowna ma zastępować, co do zasady, świadczenie odszkodowawcze po stronie uprawnionego, w warunkach niewykonania lub niewłaściwego zobowiązania przez zobowiązanego do spełnienia tak kwalifikowanego świadczenia.

Ma to szczególne znaczenie w relacjach umownych pomiędzy podmiotami profesjonalnymi, które powinny właściwie określać skalę ryzyka niepowodzenia kontraktowego i możliwych do poniesienia, w jego następstwie, szeroko rozumianych uszczerbków, wynikających z niewykonania świadczenia niepieniężnego przez drugą stronę.

Wobec których sięganie po instrument ograniczenia kary, zmierzający w swoich konsekwencjach do ograniczenia niekorzystnych następstw nieprawidłowo skalkulowanego ryzyka, powinno być w sposób szczególny, powściągliwe.

/ por w tej materii także, zbieżne z prezentowanym, stanowisko P. Drapały w Systemie prawa prywatnego t. 5 s. 1165 i n., Wydawnictwo CH Beck 2913/

Biorąc tę regułę pod rozwagę, w odwołaniu się do faktów ustalonych w sprawie, nie można, wbrew stanowisku gminy, potwierdzić jej oceny, iż kara umowna zastrzeżona na korzyść powódki, na podstawie(...)umowy stron, jest karą rażąco wygórowaną.

Ta jej cecha jest wykluczona, gdy weźmie się pod uwagę jak jest skonstruowana podstawa jej naliczenia.

Świadczenie z tego tytułu, mające stanowić 10 % wartości zamówionych, a nie wykonanych z przyczyn za które odpowiada zamawiająca, prac tylko w nieznacznym stopniu przekracza skalę zysku jaki zawierając umowę spółka spodziewała się uzyskać z robót, które podjęła się wykonać. Poza sporem pomiędzy stronami bowiem było, że w ramach umowy, zakładany zysk wykonawcy, został określony na poziomie 7 %.

Nie można zatem, w sposób usprawiedliwiony mówić, że różnica pomiędzy tymi wielkościami [3 %] stanowi o rażącym zawyżeniu świadczenia z tytułu kary, szczególnie gdy się uwzględni, że była to jedyna kara zastrzeżona na

rzecz wykonawcy. Nie można, w ramach jej oceny z tego punktu widzenia, nie uwzględnić i tego, iż kara realizowała ona także funkcję mobilizującą wobec zamawiającej, aby ta zabiegała o stabilność stosunku zobowiązaniowego stron aż do czasu zakończenia inwestycji.

Nie ma także racji pozwana, gdy zarzuca Sądowi I instancji nie zastosowanie art. 320 kpc i nie rozłożenie przyznanego powódce świadczenia na raty.

W motywach tego zarzutu brak jest, poza bardzo ogólnymi stwierdzeniami o poważnych następstwach w funkcjonowaniu gminy połączonych z trudnościami w wykonywaniu przez nią ustawowych, obowiązkowych zadań, gdyby świadczenie nie zostało rozłożone na raty, w sposób postulowany przez nią [na okres 10 lat] / por. pismo pozwanej z 14 marca 2015r – k 427-428 akt do którego gmina odwołuje się w środku odwoławczym /, rzeczowych argumentów mających wspierać wniosek o szczególnej sytuacji, w której interes pozwanej miałby, przez uwzględnienie tego postulatu, uzyskać prymat nad interesem wygrywającej spór co do zasady i wysokości strony powodowej, wyrażającym się w terminowym uzyskaniu zasądzzonego świadczenia.

/ por. w tej kwestii także uwagi Agnieszki Góry - Błaszczkowskiej w komentarzu do kodeksu postępowania cywilnego t. 1, s.851-852, wydawnictwo CH Beck 2016 oraz judykat Sądu Najwyższego z dnia 3 kwietnia 2014r, sygn. V CSK 302/13, powołany za zbiorem Legalis/

Tej nadzwyczajnej sytuacji pozwana nie starała się nawet, nie tylko wykazać ale nawet uprawdopodobnić, chociażby poprzez przedłożenie uchwały budżetowej za rok poprzedni i założeń do niej na rok 2017. Dane wynikające z porównania tych dokumentów mogłyby dać obraz stanu finansów pozwanej w dłuższym okresie czasu i zweryfikować tezę o trudnościach w realizacji zadań obowiązkowych gminy, w warunkach nie uwzględnienia jej wniosku.

Zaniechanie po stronie apelującej każe jej depozycje nawiązujące do złej sytuacji finansowej ocenić jako niewykazane. To wyklucza możliwość uwzględnienia jej postulatu zastosowania przez Sąd, w odniesieniu do przyznanego powódce świadczenia art. 320 kpc.

Z poddanych przyczyn w uznaniu apelacji za niezasadną, Sąd Apelacyjny II orzekł o jej oddaleniu, na podstawie art. 385 kpc w zw z art. 484 §1 i 2 kc.

Rozstrzygając o kosztach postępowania apelacyjnego, Sąd II instancji zastosował art. 98 §1 i 3 kpc w zw z art. 108 §1 i 391 §1 kpc i wynikającą z niej, dla wzajemnego rozliczenia ich pomiędzy stronami, zasadę odpowiedzialności za wynik sprawy.

Kwota należna z tego tytułu powódce od pozwanej, wyczerpując się w wynagrodzeniu profesjonalnego pełnomocnika będącego radcą prawnym, biorąc pod uwagę wartość przedmiotu zaskarżenia, została ustalona na podstawie §2 pkt 7 w zw z § 10 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia MS w sprawie opłat za czynności radców prawnych z 22 października 2015r [DzU z 2015 poz. 1804]

SSA Barbara Baran SSA Grzegorz Krężolek SSA Marek Boniecki