

Sygn. akt VII AGa 177/18

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 23 lutego 2018 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VII Wydział Gospodarczy w składzie:

Przewodniczący: SSA Jan Szachułowicz

Sędziowie: SA Jolanta de Heij-Kaplińska (spr.)

SO del. Emilia Szczurowska

Protokolant: sekr. sądowy Katarzyna Mikiciuk

po rozpoznaniu w dniu 23 lutego 2018 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) sp. z o.o. z siedzibą w W.

przeciwko (...) S.A. z siedzibą w W.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 19 kwietnia 2016 r., sygn. akt XXVI GC 120/16

I. oddala apelację;

II. zasądza od (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. na rzecz (...) S.A. z siedzibą w W. kwotę 5 400 zł (pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

VII AGa 177/18

UZASADNIENIE

Pozwem z dnia 30 stycznia 2016 roku powód (...) Spółka z o.o. z siedzibą w W. wniósł o zasądzenie od pozwanego (...) S.A. z siedzibą w W. kwotę 210.427,61 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 20 listopada 2015 roku do dnia zapłaty oraz o zasądzenie kosztów procesu wraz z kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwany w odpowiedzi na pozew wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie kosztów.

Wyrokiem z dnia 19 kwietnia 2016 roku Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. przeciwko (...) S. A. z siedzibą w W. o zapłatę i zasądził od powoda (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. na rzecz pozwanego (...) S. A. z siedzibą w W. kwotę 14.417 zł (czternaście tysięcy czterysta siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 14.400 zł (czternaście tysięcy czterysta złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Powyższy wyrok został wydany na podstawie następujących ustaleń faktycznych i rozważań prawnych:

Powód w dniu 12 października 2015 roku zawarł z pozwanym umowę, której przedmiotem była dostawa oprogramowania M., według specyfikacji określonej w załączniku do umowy. Umowa została zawarta po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę wyżej wymienionego oprogramowania, w którym oferta powoda została wybrana, jako najkorzystniejsza oferta złożona w postępowaniu.

Sąd Okręgowy ustalił, że w toku postępowania powód złożył ofertę, w której zaproponował cenę 2.104.276,10 zł netto, to jest 2.588.259,60 zł brutto oraz czas dostawy 1-2 dni robocze.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oferty były oceniane przez zamawiającego w ten sposób, że cena stanowiła 95 %, a termin realizacji 5 %, przy czym za wskazanie terminu 1-2 dni robocze oferent otrzymywał 5 punktów, za wskazanie terminu 3-4 dni robocze 3 punkty, a za wskazanie terminu 5 dni 0 punktów. Dłuższych terminów nie przewidziano.

Zgodnie z treścią umowy dostawa miała być zrealizowana w termie 2 dni roboczych od dnia podpisania umowy, a wynagrodzenie powoda z tytułu wykonania przedmiotu umowy wynosiło 2.588.259,60 zł brutto.

Dalej Sąd Okręgowy wskazał, że w dniu 20 października 2015 roku powód dostarczył zamawiającemu oprogramowanie stanowiące przedmiot umowy, co strony potwierdziły protokołem zdawczo- odbiorczym.

Zgodnie z treścią § 5 ust. 7 umowy, podpisanie przez strony protokołu zdawczo-odbiorczego dostawy stanowiło podstawę do wystawienia przez powoda faktury za wykonanie umowy. Wobec tego powód w dniu 20 października 2015 roku wystawił pozwanemu fakturę VAT numer (...) na określoną w umowie kwotę wynagrodzenia. Pozwany potwierdził przyjęcie faktury w dacie 22 października 2015 roku.

Sąd Okręgowy wskazał, że pozwany dokonał jedynie częściowej płatności wynagrodzenia powoda, to jest w kwocie 2.377.831,99 zł.

Częściowa zapłata wynikała z faktu naliczenia powodowi przez pozwanego kary umownej za 5 dni opóźnienia w wykonaniu umowy w łącznej kwocie 210.427,61 zł, to jest 42.085,52 zł za każdy dzień opóźnienia.

Sąd Okręgowy zaznaczył, że stan faktyczny był bezsporny, a ponadto wynikał z dokumentów zgromadzonych w aktach sprawy, którym Sąd dał wiarę w całości. Były to dokumenty prywatne, co do których w toku postępowania nie zgłoszono zastrzeżeń, co do ich autentyczności ani prawdziwości.

Sąd Okręgowy ustalając stan faktyczny oparł się również na zeznaniach świadka A. S., który w swoich zeznaniach zasadniczo powtórzył okoliczności wynikające z treści dokumentów, ale wskazał ponadto, że już po obciążeniu powoda karą umowną, powód wziął udział w kolejnym przetargu i też nie zgłosił żadnych zastrzeżeń, co do wysokości kary umownej. Sąd ocenił zeznania świadka, jako wiarygodne.

Sąd Okręgowy podkreślił, że strony były związane umową o dostawę oprogramowania M., zawartą wskutek wybrania oferty powoda w przeprowadzonym przez pozwanego zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 134 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych. W umowie był wskazany termin wykonania umowy do 2 dni od dnia podpisania umowy i zastrzeżona kara umowna w wysokości 2 % wartości wynagrodzenia za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia. Powód otrzymał umówione wynagrodzenie potrącone o naliczoną karę umowną za opóźnienie w dostawie.

Sąd Okręgowy zakreślił jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy zagadnienie, czy zgłoszone przez powoda żądanie miarkowania kary umownej jest zasadne.

Zgodnie z treścią przepisu art. 483 §1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. Zgodnie z art. 483 §2 k.c. dłużnik nie może bez zgody wierzyciela zwolnić się z zobowiązania poprzez zapłatę kary umownej.

Mając na uwadze powyższą ustawową definicję kary umownej, Sąd Okręgowy nawiązał do uzasadnienia uchwały siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 roku, III CZP 61/03, który stwierdził, iż zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody.

Sąd Okręgowy zauważył, że kara umowna w prawie cywilnym posiada co najmniej kilka funkcji, które to przekładają się także na jej rolę i znaczenie w systemie zamówień publicznych.

Po pierwsze, kara umowna stanowi skuteczne narzędzie dyscyplinujące wykonawców do należytego, to jest zgodnego z postanowieniami umowy o udzielenie zamówienia publicznego, wykonywania zobowiązań. Ma to szczególne znaczenie wówczas, gdy w przypadku dokonywania wyboru oferty w trybie przetargu nieograniczonego decydujące znaczenie mają określone w specyfikacji istotnych warunków zamawiania kryteria. Zastrzeżona kara umowna ma więc również takie znaczenie, że oddziałuje prewencyjnie na oferentów mobilizując ich do składania ofert zgodnie z ich możliwościami technicznymi, finansowymi i czasowymi. Jest narzędziem, które również pośrednio chroni interesy wszystkich podmiotów startujących w przetargu nieograniczonym, gwarantując rzetelny i uczciwy konkurs ofert. Stwierdzenie to nie wyklucza zaznaczył Sąd Okręgowy możliwości miarkowania kary umownej zastrzeżonej w umowie zawartej na podstawie ustawy o zamówieniach publicznych, ale nakazuje dokonywanie szczególnie wnikliwej analizy zaistnienia przesłanek miarkowania kary umownej, tak aby nie doszło do legalizacji sytuacji, w której mając perspektywę możliwości żądania miarkowania kary umownej przetarg wygrywał podmiot, który składa ofertę przerastającą jego możliwości.

Sąd Okręgowy wskazał, że zagadnieniu miarkowania kar umownych ustawodawca poświęcił regulację przepisu art. 484 § 2 k.c., zgodnie z którą jeżeli zobowiązane zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej. To samo dotyczy przypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Zatem miarkowanie kary umownej jest dopuszczalne jedynie w dwóch sytuacjach, jeśli zobowiązanie zostało wykonane w znacznej części albo kara umowna jest rażąco wygórowana. Miarkowanie kary umownej nie jest przy tym obligatoryjne, nawet jeżeli przesłanki te zostaną spełnione, ale zależy od kompleksowego rozważania wszystkich okoliczności sprawy. W literaturze przedmiotu słusznie podkreśla się w odniesieniu do pierwszej z powyżej wskazanych okoliczności, iż ustalenie, czy zobowiązanie zostało wykonane w znacznej części podlega indywidualnej ocenie w każdym z konkretnych przypadków, a dopuszczalność miarkowania jest wyłączona w razie zobowiązania dłużnika do świadczenia niepodzielnego. Zwykle się przyjmuje, iż za wykonanie zobowiązania należy uważać wykonanie go w takim stopniu, gdy mimo uchybień dłużnika dochodzi do zaspokojenia w istotnym stopniu interesu wierzyciela.

Sąd Okręgowy podkreślił, że zobowiązanie powoda zostało wykonane w całości. Niemniej jednak kara umowna nie była zastrzeżona za niewykonanie lub wadliwe wykonanie zobowiązania, ale za wykonanie go z opóźnieniem. Założeniem było więc, że kara umowna dotyczy sytuacji, gdy powód wykona zobowiązanie w całości, ale po terminie. Zdaniem Sądu z faktu, że powód wykonał zobowiązanie w całości, trudno czynić podstawę miarkowania kary umownej. Co innego, gdyby kara umowna była naliczona za niezgodne z umową wykonanie lub niewykonanie umowy. Wówczas okoliczność wykonania zobowiązania w znacznej części mogłaby mieć znaczenie.

Drugą przesłanką umożliwiającą miarkowanie kary umownej jest sytuacja, gdy jest ona rażąco wygórowana. Dotyczy to sytuacji, jeśli dysproporcja kary jest istotna oraz dostrzegalna. Sąd Okręgowy odwołał się do literatury przedmiotu, gdzie podkreśla się, iż wskazywany przepis nie określa, jakim kryterium należy się posłużyć przy ustalaniu tej dysproporcji. Poszczególne kryteria, jakie mogą okazać się istotne dla oceny rażącego wygórowania kary umownej przedstawił J. S.. Autor wskazuje, że teoretycznie możliwe jest uwzględnienie kilku kryteriów oceny. Po pierwsze, za podstawę uznać można bezwzględną wysokość kary. Kryterium to nie jest jednak właściwe, ponieważ nie można abstrakcyjnie określić maksymalnego dopuszczalnego poziomu kary. Użycie w art. 484 §2 k.c. pojęć oceny, wskazuje,

iż nie jest właściwe kierowanie się wielkościami bezwzględными i dokonywanie oceny mechanicznej, lecz że należy uwzględniać okoliczności konkretnego przypadku. Za podstawę oceny rażącego wygórowania kary nie może służyć także stosunek kary umownej do świadczenia głównego. Kryterium to jest niewłaściwe ze względu na funkcję kary, która zastępuje odszkodowanie, a nie świadczenie główne. Ponadto pomija ono funkcję represyjną i uzależnia ocenę wysokości kary umownej od jednej tylko okoliczności, to jest wartości świadczenia głównego. Kolejnym możliwym kryterium jest stosunek kary umownej do interesu wierzyciela. Według J. S. również i to kryterium jest nieodpowiednie, bo ocena zostaje oparta wyłącznie na kryteriach subiektywnych leżących po stronie wierzyciela. Podobnie jak poprzednie kryterium także i to pomija też całkowicie funkcję represyjną. Z kolei kryterium w postaci stosunku kary umownej do szkody wierzyciela jest według J. S. niewłaściwe z tego względu, że kara zastępuje odszkodowanie, a odszkodowanie często nie jest równe szkodzie poniesionej przez wierzyciela, co wynika z art. 361 § 2 k.c., a także z art. 473 k.c., czy z art. 322 k.p.c.. Dlatego nawet kara umowna równa szkodzie mogłaby zostać uznana za rażąco wygórowaną, jeśli nadmiernie przekracza kwotę, która należałaby się wierzycielowi tytułem odszkodowania na zasadach ogólnych. Poza tym ocena oparta tylko na jednej okoliczności, to jest szkodzie, prowadzi zdaniem J. S. do pominięcia funkcji represyjnej kary umownej. W istocie rzeczy przy ocenie, czy kara umowna jest rażąco wygórowana trzeba uwzględnić nie jedną przesłankę czy też kryterium, ale zestaw różnych okoliczności, z których na pierwszy plan wysuwa się stosunek kary umownej rozumianej również, jako określona dolegliwość dla dłużnika do zakresu jego uchybienia w wykonaniu zobowiązania niezgodnie z umową. Sąd Okręgowy podkreślił, że kara umowna ma na celu zagwarantowanie, że umowa zostanie wykonana zgodnie z jej treścią. Ten gwarancyjny charakter kary umownej ma szczególnie istotne znaczenie w umowach zawieranych po przeprowadzeniu przetargu w trybie ustawy o zamówieniach publicznych. Jak już wyżej wspomniano, w takiej sytuacji kara umowna gwarantuje i zabezpiecza nie tylko interes zamawiającego, ale również pozostałych oferentów, których oferty nie zostały wybrane. W niniejszej sprawie zamawiający przewidział karę umowną, za nieterminowe wykonanie umowy w wysokości 2 % wynagrodzenia za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia. Powód wskazał, że zwyczajowo kara umowna za 1 dzień zwłoki, ewentualnie opóźnienie w wykonaniu przedmiotu świadczenia wynosi 0,2 % do 0,3 % wynagrodzenia umownego wykonawcy. Zasadniczo można się zgodzić z powodem, że zwyczajowo wysokość kary umownej za dzień opóźnienia jest niższa, chociaż najczęściej oscyluje około wartości 0,5 % za dzień opóźnienia. Niemniej Sąd Okręgowy zauważył, że takie wartości kary umownej, o jakich wspomina powód, dotyczą najczęściej umów, których termin wykonania świadczenia jest znacznie dłuższy. Przykładowo, jeżeli w umowie o roboty budowlane termin wykonania świadczenia wynosiłby miesiąc, to przy zastrzeżeniu kary umownej w wysokości 0,2 %, czyli minimalnego progu wskazanego przez powoda, dłużnik zapłaciłby karę w wysokości 10 % wartości wynagrodzenia, czyli taką, jaką w tej sprawie został obciążony powód, za opóźnienie w wysokości 50 dni, czyli za wykonanie prac w czasie o niecałe 200 % dłuższym od pierwotnie umówionego. Tymczasem w umowie zawartej pomiędzy stronami termin wykonania umowy określono na 2 dni, a opóźnienie powoda wynosiło 5 dni. Oznacza to, że powód wykonał dostawę w czasie o 250 % dłuższym od pierwotnie umówionego. Tak znaczne przekroczenie terminu określonego w umowie stanowi rażące naruszenie warunków umowy i uzasadnia obciążenie powoda karą umowną w wysokości łącznej 10 % wartości wynagrodzenia, która w ocenie Sądu nie jest rażąco wygórowana, ale jest adekwatna do stopnia naruszenia przez powoda warunków umowy.

Ponadto Sąd Okręgowy zważył, że składając umowę powód zaoferował najkrótszy termin dostawy. Ostatecznie dokonał dostawy w terminie 7 dni, przy czym zaoferowanie terminu 5 dni w ofercie skutkowałoby brakiem punktów za termin. Wskazanie terminu leżało po stronie powoda. Powód nie przedstawił jednocześnie żadnych nadzwyczajnych okoliczności, które uniemożliwiłyby mu dotrzymanie tego terminu. W istocie rzeczy powód złożył ofertę, której warunków następnie nie dotrzymał i domaga się miarkowana kary umownej w taki sposób, aby była ona niższa niż zaplanowana marża powoda. Taka kalkulacja może jednak prowadzić do podważenia zaufania do procedur przetargowych. Skoro jak wyżej wskazano, kara umowna ma pełnić jednocześnie funkcję gwarancyjną to jej wysokość musi być na tyle dolegliwa, że powstrzyma oferentów przed składaniem ofert przerastających ich możliwości.

Sąd Okręgowy zauważył, że gdyby powód od początku złożył ofertę wskazując termin dostawy na 5 dni, skoro dokonał dostawy w czasie nawet dłuższym niż 5 dni, to jego oferta nie byłaby najkorzystniejsza. Po podstawieniu do wzoru wskazanego w SIWZ ofert złożonych w przetargu, oferta (...) Spółka z o.o. z siedzibą w W. za cenę otrzymała 92,31

punkta, a za termin 5 punktów, co łącznie daje 97,31 punkta. Oferta powoda za cenę otrzymała 95 punktów, a za termin 5 punktów. Bez punktów za termin oferta powoda miałaby jedynie 95 punktów, a więc zgodnie z warunkami SIWZ nie mogłaby zostać wybrana.

W takiej sytuacji Sąd Okręgowy uznał, że miarkowanie kary umownej podważałoby zasady uczciwego i równego traktowania wszystkich oferentów, biorących udział w przetargu publicznym.

Sąd Okręgowy przyjął, że umówiona wysokość kary umownej nie była rażąco wygórowana i na podstawie przepisów powołanych w treści uzasadnienia w całości powództwo oddalił.

O kosztach procesu orzeczono na podstawie artykułu 98 § 1 i 3 k.p.c. zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania, w myśl, której strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony, czyli koszty procesu. Z tego względu koszty procesu zostały w całości zasądzone od powoda na rzecz pozwanego. Na koszty te złożyła się kwota 14 400 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z § 2 punkt 7 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz kwota 17 zł tytułem zwrotu kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Powód zaskarżył wyrok w części oddalającej powództwo do kwoty 189 384,85 zł zarzucając mu:

1) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 483 § 1 k.c. w związku z art. 484 § 2 k.c. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że kara umowna w szczególności sposób zabezpiecza naruszenie zobowiązań w umowach w sprawach zamówień publicznych, a miarkowanie kary przewidzianej w takich umowach powinno być poddane szczególnie wnikliwej analizie, z uwzględnieniem gwarancyjnego charakteru kary;

2) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 484 § 2 k.c. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na pominięciu istotnych przesłanek miarkowania kary umownej w ramach kryterium rażącego wygórowania tej kary, tj. okoliczności braku szkody po stronie wierzyciela oraz braku zgodnego zamiaru stron w zakresie zastrzeżenia kary umownej, a w konsekwencji niewłaściwe zastosowanie tego przepisu poprzez przyjęcie, że naliczona powodowi kara umowna nie jest rażąco wygórowana w świetle okoliczności sprawy, pomimo iż pozwany nie poniósł szkody, a powód nie miał wpływu na zapisy umowne dotyczące kary umownej za opóźnienie w przewidzianej w niej wysokości;

3) naruszenie prawa materialnego, tj. art. 484 § 2 k.c. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i dokonanie oceny - w ramach kryterium rażącego wygórowania kary umownej - zakresu naruszenia zobowiązania przez powoda, jednak z pominięciem okoliczności, że zobowiązanie to zostało w całości wykonane i cel umowy został osiągnięty;

4) naruszenie przepisów postępowania przy ocenie dowodów, tj. art. 328 § 2 k.p.c. w związku z art. 233 k.p.c. poprzez pominięcie zeznań świadka A. S. w zakresie, w jakim zeznał, iż terminy wykonania umów są określone w analogiczny sposób ze względu na procedury przetargowe również w innych postępowaniach pozwanego o zamówienia publiczne, a w konsekwencji pominięcie okoliczności, iż termin wykonania zamówienia nie miał dla pozwanego znaczenia, a dalej niewłaściwe zastosowanie art. 484 § 2 k.c. poprzez uznanie, że opóźnienie powoda w wykonaniu dostawy było znaczne i nie dawało podstaw do miarkowania naliczonej kary umownej.

W oparciu o powyższe zarzuty powód wnosił o:

1) zmianę zaskarżonego wyroku w części zaskarżonej i zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 189.384,85 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 20 listopada 2015 r. do dnia zapłaty,

2) zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda zwrotu kosztów procesu wraz kosztami zastępstwa procesowego za obie instancje według norm przepisanych.

Pozwany wnosił o oddalenie apelacji i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy prawidłowo, niesprzecznie z zebraniem w sprawie materiałem dowodowym ustalił istotne dla rozstrzygnięcia fakty. Ustalenia te Sąd Apelacyjny podziela i przyjmuje za własne. Ocena prawna jest również trafna i żaden zarzut apelującego nie podważa przekonującej analizy Sądu pierwszej instancji, a wymaga jedynie uzupełnienia w kontekście zarzutów apelacji.

Zgodnie z art. 233 k.p.c. Sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według swego przekonania na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Ramy swobodnej oceny dowodów muszą być zakreślone wymaganiami prawa procesowego, doświadczenia życiowego, regułami logicznego myślenia oraz pewnego poziomu świadomości prawnej, według których sąd w sposób bezstronny, racjonalny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i wając ich moc oraz wiarygodność, odnosi je do pozostałego materiału dowodowego. Ustalenia faktyczne dokonane na podstawie tak ocenionych dowodów nie mogą wykazywać błędów tak faktycznych, tzn. nie mogą być sprzeczne z treścią dowodów, jak i logicznych (błędności rozumowania i wnioskowania). Poprawność rozumowania sądu powinna być możliwa do skontrolowania. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego, sąd ma obowiązek wyprowadzenia z zebranego w sprawie materiału dowodowego wniosków logicznie prawidłowych. Reguła ta, współokreślająca granice swobodnej oceny dowodów, nie będzie zachowana, jeżeli wnioski wyprowadzone przez sąd przy ocenie dowodów nie układają się w logiczną całość zgodną z doświadczeniem życiowym, lecz pozostają ze sobą w sprzeczności, a także gdy nie istnieje logiczne powiązanie wniosków z zebraniem w sprawie materiałem dowodowym (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 2009 r., IV CSK 290/09, Legalis).

Sąd Apelacyjny ma obowiązek rozważenia całości zgromadzonego materiału pod kątem jego wartości dowodowej i znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu (por. uchwała Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z 23 marca 1999 r., III CZP 59/98, OSNC 1999, Nr 7–8, poz. 124). Celem postępowania apelacyjnego jest ponowne rozpoznanie sprawy w granicach apelacji, a nie jedynie kontrola zasadności zaskarżonego orzeczenia.

Realizując powyższą zasadę Sąd Apelacyjny wskazuje, że przyjęta przez powoda interpretacja zeznań świadka A. S. jest polemiką z logicznym wywodem Sądu pierwszej instancji uwzględniającym ocenę zeznań wskazanego świadka. Zeznający wskazał, że kara umowna jest ujmowana w umowach, co nie znaczy jak twierdzi powód, że nie ma znaczenia dla pozwanego. Przewidywanie w postępowaniu krótkiego terminu dostawy z uwagi na procedury przetargowe właśnie potwierdza, że jej uwzględnianie w umowach ma znaczenie dla pozwanego. Wprowadzając terminy realizacji umów, pozwany uwzględnia swój interes w sprawnym prowadzeniu procedury przetargowej. Z drugiej strony termin realizacji jest czynnikiem wpływającym na wybór ofert.

Zarzut naruszenia art. 483 §1 k.c. w związku z art. 484 §2 k.c. jest przypisaniem Sądowi pierwszej instancji stwierdzeń i ocen przez sąd niewypowiedzianych (strona 3 uzasadnienia). Sąd pierwszej instancji nie przyjął, że kryteria stosowania przesłanek miarkowania kary umownej w przypadku zamówień publicznych powinny być surowiej oceniane niż w przypadku umów zawieranych pomiędzy podmiotami prywatnymi. Podstawową zasadą jest związanie stron wysokością kary ustaloną w umowie. Reguła ta ma znaczenie ogólne jako konsekwencja zasady pacta sunt servanda. Zasadę, że świadczenie powinno zostać spełnione w wysokości oznaczonej w umowie, wyrażono w odniesieniu do kary umownej w art. 484 §1 zdanie pierwsze. Na podstawie art. 484 §1 k.c. strony są bezwzględnie związane ustaloną w umowie wysokością kary, natomiast związania sądu dotyczy art. 484 §2 k.c. Upoważnia on do wyjątkowej ingerencji w treść zobowiązania w sytuacji, gdy słusność wymaga redukcji kary ze względu na jej rażące wygórowanie lub na wykonanie zobowiązania w znacznej części. Dlatego Sąd pierwszej instancji nie zastosował dodatkowych kryteriów miarkowania, ale miarkowanie jako uzupełnienie reżimu ochrony dłużnika, które daje możliwość ingerencji sądu w ustaloną w umowie wysokość kary umownej, uzależnił od okoliczności sprawy.

Sąd pierwszej instancji zaznaczył, że kara umowna stanowi skuteczne narzędzie dyscyplinujące wykonawców do należytego, to jest zgodnego z postanowieniami umowy o udzielenie zamówienia publicznego, wykonywania zobowiązań. Ma to szczególne znaczenie wówczas, gdy w przypadku dokonywania wyboru oferty w trybie przetargu nieograniczonego decydujące znaczenie mają kryteria określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zastrzeżona kara umowa oddziałuje prewencyjnie na oferentów mobilizując ich do składania ofert zgodnie z ich możliwościami technicznymi, finansowymi i czasowymi. Trafnie Sąd pierwszej instancji uznał, że kara umowna jest narzędziem, które również pośrednio chroni interesy wszystkich podmiotów startujących w przetargu nieograniczonym, gwarantując rzetelny i uczciwy konkurs ofert.

Zarzut naruszenia art. 484 §2 k.c. jest chybiony. W kontekście tak zdefiniowanego zarzutu Sąd Apelacyjny wskazuje, co umknęło Sądowi pierwszej instancji, że istotna argumentacja powoda oparta jest na niezastosowaniu miarkowania kary umownej, gdy tymczasem pozwany odmawiając zapłaty kwoty 210 427,61 zł realizował prawo potrącenia swojej wierzytelności z kar umownych. Powód dochodził części swego wynagrodzenia, które jego zdaniem pozwany niezasadnie potrącił z naliczoną karą umowną. Powód przy tym nie negował wierzytelności pozwanego co do samej zasady, tylko co do wysokości. Kara umowna przysługiwała zgodnie z §8 ust. 1a) umowy w wysokości 2% wartości wynagrodzenia za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, ale według powoda była za wysoka przy 5 dniach opóźnienia i winna ulec zmiarkowaniu.

Zgodnie z art. 498 § 1 k.c., gdy dwie osoby są jednocześnie względem siebie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelności drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub przed innym organem państwowym.

Z punktu widzenia niniejszej sprawy istotne jest wskazanie, że doszło do oświadczenia o potrąceniu poza procesem. W tej sytuacji akt potrącenia, będący oświadczeniem materialnoprawnym o charakterze zaczepno-odpornym, złożony poza procesem prowadzi do wygaśnięcia wierzytelności i w zależności od etapu postępowania może wpłynąć na treść rozstrzygnięcia o zasadności powództwa. Tak należy rozumieć stanowisko pozwanego, który nie widział podstaw do miarkowania kary gdyż uznawał, że przedstawił do potrącenia własną wierzytelność wyliczoną odpowiednio według umowy i dokonawszy potrącenia do zapłaty pozostała reszta wynagrodzenia z faktury VAT nr (...).

Potrącenie dokonuje się przez oświadczenie złożone drugiej stronie. Oświadczenie o potrąceniu podlega ogólnym przepisom kodeksu cywilnego co do sposobu i chwili złożenia (art. 60 i 61 k.c.). Z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w przepisach szczególnych, skuteczność oświadczenia o potrąceniu uzależniona jest od przesłanek wymienionych w art. 498 k.c., przy czym w zakresie przesłanki wymagalności, zgodnie z przeważającymi poglądami doktryny i orzecznictwa, przesłanka ta odnosi się jedynie do wierzytelności przysługującej wierzycielowi składającemu oświadczenie o potrąceniu, tzw. wierzycielowi aktywnemu (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2014 r., III CZP 76/14). Wymagalność wierzytelności potrącającego sprowadza się do oznaczenia czasu, w którym świadczenie powinno być spełnione. Z przepisów ogólnych kodeksu cywilnego dotyczących wykonania zobowiązań, zwłaszcza zaś z art. 455 k.c. można wnioskować, że wymagalność następuje (i) wraz z nadejściem terminu spełnienia świadczenia, przy czym termin ten może być określony w ustawie, czynności prawnej, orzeczeniu właściwego organu lub może wynikać z właściwości zobowiązania, (ii) wraz z wezwaniem dłużnika przez wierzyciela do niezwłocznego spełnienia świadczenia, przy czym ten sposób oznaczenia wymagalności odnosi się do świadczeń, których termin nie został określony na podstawie żadnego ze wskazanych kryteriów.

Opierając się na ogólnych zasadach wykładni oświadczeń woli, zachowanie stron interpretuje się stosownie do okoliczności, w których zostało dokonane, z uwzględnieniem zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów (art. 65 k.c.). Już przy protokole odbioru końcowego z dnia 20 października 2015 roku odnotowano opóźnienie wykonawcy podlegające naliczaniu kar umownych w ilości 5 dni. Z treści pisma datowanego 18 listopada 2015 roku wynika, że powód miał wiedzę o naliczeniu kar umownych wynoszących łącznie 210 427,61 zł za 5 dni opóźnienia w dostawie, o czym pozwany poinformował pismem z dnia 30 października 2015 r. (k. 17). Wymagalność łączy się z upływem terminu spełnienia świadczenia i po jego upływie dłużnik popada w opóźnienie. Mocą zapisu §8 ust. 3

i 4 umowy termin spełnienia świadczenia z tytułu kar umownych został oznaczony na 14 dni od dnia wystawienia noty obciążeniowej. Zamawiający (pозwany) mógł zrealizować prawo potrącenia przy płatności należnego wykonawcy (powodowi) wynagrodzenia. Skoro zgodnie z §8 ust. 4 umowy pozwany miał prawo do dokonania obniżenia wynagrodzenia o kwotę naliczonych kar, to kierując się dyrektywami wykładni oświadczeń woli zawartymi w art. 65 § 1 k.c. uznać trzeba, że z datą 19 listopada 2015 r. doszło do potrącenia wzajemnych wierzytelności stron. W świetle treści umowy i braku płatności pełnej kwoty z faktury VAT nr (...) pozwany wyraził wolę potrącenia swojej wierzytelności. Nie budziło wątpliwości powoda, że wierzytelność pozwanego została potrącona z momentem częściowej płatności wynagrodzenia powodowi, czyli z dniem 19 listopada 2015 r. Wierzytelność pozwanego stała się więc wymagalna z dniem 19 listopada 2015 r., gdy powód 20 października 2015 roku wystawił fakturę VAT nr (...) za dostarczony przedmiot umowy w pełnej wysokości z terminem płatności 19 listopada 2015 roku i nie pomniejszył jej o kary umowne w kwocie 210 427,61 zł.

Podnoszony przez powoda zarzut niezastosowania miarkowania kary umownej sprowadza się do ustalenia, czy pozwanemu przysługiwała wierzytelność w wysokości potrąconej. Innymi słowy wierzytelność pozwanego przy prawidłowym zastosowaniu zasad jej wyliczenia mogła ulec zmniejszeniu tylko w wyniku uznania, że wysokość kary umownej przedstawionej do potrącenia jest niższa ze względu na zastosowanie miarkowania.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że instytucja miarkowania kary umownej należy do tzw. prawa sędziowskiego co oznacza, że to do sądu należy wybór kryteriów, na podstawie których poddaje on kontroli wysokość kary umownej. Wychodząc z tego punktu widzenia nie sposób, w ocenie Sądu Apelacyjnego uznać, że orzeczenie Sądu I instancji dotknięte jest jakąkolwiek wadliwością.

Sąd pierwszej instancji prawidłowo zastosował art. 484 § 2 k.c. stwarzający możliwość sądowego miarkowania kary, a przewidujący dwie wyłączne przesłanki miarkowania: (1) „wykonanie zobowiązania w znacznej części” oraz (2) „rażące wygórowanie kary umownej”.

Odnośnie pierwszej przesłanki Sąd pierwszej instancji trafnie odwołał się do zapisów §8 pkt 1a) umowy. Przyjmuje się, że jeżeli kara umowna należy się za zwłokę w spełnieniu całego świadczenia, jej redukcja w zasadzie nie powinna mieć miejsca, chociażby dłużnik wykonał zobowiązanie w znacznej części. W niniejszej sprawie kara umowna przewidziana została za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia w wykonaniu umowy lub za każdy przypadek niezgodnego z umową wykonania. O opóźnieniu mówimy wówczas, gdy dłużnik nie wykonał świadczenia w terminie bez względu na przyczyny leżące u podstaw opóźnienia. Istotą było spełnienie całego świadczenia w terminie zadeklarowanym przez powoda, gdy tymczasem zamiast terminu do 2 dni, powód wykonał zobowiązanie 7 dnia od dnia zawarcia umowy. Co więcej, powód dostarczył przedmiot umowy w całości. Mając na uwadze, że przedmiot umowy miał być dostarczony w całości, a nie w częściach, przesłanka „wykonanie zobowiązania w znacznej części” nie wpływa na wysokość kary zastrzeżonej za opóźnienie.

Apelacja akcentuje nietrafne zastosowanie drugiej przesłanki spowodowane nieuwzględnieniem braku szkody po stronie wierzyciela.

W szczególności dostatecznej podstawy do miarkowania kar umownych nie może stanowić eksponowany w apelacji fakt braku szkody pozwanego na skutek opóźnienia w spełnieniu świadczenia.

Po pierwsze, szkoda nie jest przesłanką oceny uwzględnianą przy karze umownej, choć może być przy miarkowaniu. Mimo, że kara umowna jest nazywana surogatem odszkodowania, to jej cele i funkcje są zupełnie odmienne od naprawienia szkody, co widać wyraźnie na tle niniejszej sprawy. Kara umowna była za opóźnienie (zatem bez sprawy winy) a termin wykonania był kryterium, dzięki któremu powód wygrał zamówienie.

Po drugie, brak zgodnego zamiaru stron w zastrzeżeniu kary umownej to co innego niż cytowane orzeczenie w apelacji dotyczące zamiaru stron w zakresie ustalenia celu zastrzeżenia kary umownej. Celem zastrzeżenia kary umownej za opóźnienie było wykonanie dostawy w oferowanym terminie, czyli wszystkie funkcje kary: dyscyplinująca, represyjna stały za wprowadzonym zapisem umowy. O ile powód nie miał wpływu na treść umowy i wysokość zastrzeżonej kary,

to miał wpływ na wykonanie umowy i złożoną deklarację przy ofercie co do terminu wykonania umowy. Znając treść umowy mógł ocenić realnie termin przy złożeniu oferty, tak aby nie doszło do uruchomienia przepisów zastrzegających kary umowne. Po to nadano punkty za termin, aby ten kto przeszacuje swoje możliwości, nie zyskiwał dwukrotnie: wyborem oferty oraz przekraczającym terminem dostawy i nie ponosił za to skutków.

Po trzecie, Sąd pierwszej instancji poddał analizie szereg koncepcji odnoszących się do rażącego wygórowania kary i przełożył je na niniejszą sprawę. Wykonanie świadczenia i osiągnięcie celu umowy mogą wpływać na miarkowanie kary. W tej sprawie charakter świadczenia (dostawa oprogramowania) i cel umowy (otrzymanie oprogramowania w określonym terminie) wykluczają miarkowanie. Deklarowany termin (2 dni) do terminu wykonania (7 dni) wymaga adekwatnej represji, skoro powód opóźnił się 250% przy wykonaniu umowy.

Samo zastrzeżenie kary umownej jest dwustronną czynnością prawną i rodzi skutek w postaci zobowiązania dłużnika do świadczenia kary umownej. Znajdują do niej zastosowanie ogólne przepisy prawa cywilnego, normujące czynności prawne zawarte w tytule IV księgi pierwszej kodeksu cywilnego. Minimalną treść klauzuli kary umownej określa art. 483§1 k.c., natomiast granice kształtowania jej treści wyznacza art. 353¹ k.c. Instytucja miarkowania kary umownej winna być stosowana powściągliwie, skoro redukcja taka stanowi modyfikację treści zobowiązania określonego w umowie. Ponadto, obok kryteriów oceny „rażącego wygórowania” kary umownej w jej aspekcie wartościowym i to zarówno o charakterze bezwzględny (np. sama wysokość kary umownej), jak i relatywizującym (np. ocena wysokości kary umownej do innych elementów, tj. wobec ogólnej wartości świadczenia, wysokości szkody poniesionej przez uprawnionego do kary umownej lub rozmiaru przysługującego mu odszkodowania), z pola widzenia nie może umknąć funkcja represyjna, czy stymulacyjna kary umownej, która w okolicznościach niniejszej sprawy wyprzedza jej walor kompensacyjny.

Przedstawione wyżej uwarunkowania w pełni racjonalizują pogląd Sądu Okręgowego, że funkcja represyjna oraz stymulacyjna należnej pozwanej kary umownej sprzeciwiają się jej miarkowaniu w jakiegokolwiek części. Tym samym zarzut naruszenia przez ten Sąd art. 484 § 2 k.c. nie zasługiwał na uwzględnienie.

Mając powyższe na uwadze na podstawie art. 385 k.p.c. Sąd Apelacyjny oddalił apelację jako bezzasadną. O kosztach postępowania orzeczono uwzględniając zasadę odpowiedzialności za wynik sporu i na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. w związku z art. 98 § 1 i § 3 k.p.c. zwrócono koszty wynagrodzenia radcy prawnego w wysokości 5 400,00 zł stosownie do §2 pkt 6 w zw. z § 10 pkt 1 ppkt 2) rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. z 2015 r. Nr 1804).