

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 stycznia 2014 r.

Sąd Okręgowy w Kaliszu w I Wydziale Cywilnym

w składzie:

Przewodnicząca: SSO Ewa Głowacka – Andler

Protokolant: sekr. sąd. Magdalena Waszak

po rozpoznaniu w dniu 14 stycznia 2014 r. w Kaliszu

na rozprawie

sprawy z powództwa Gminy K.

przeciwko T. T. (...)z siedzibą w B. i (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S.

o zapłatę

1. zasądza od pozwanych T. T. (...)z siedzibą w B. i (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S. solidarnie na rzecz powoda Gminy K. kwotę 136.496,88 zł (sto trzydzieści sześć tysięcy czterysta dziewięćdziesiąt sześć 88/100 złotych) wraz z odsetkami ustawowymi od dnia 11 listopada 2011 r. do dnia zapłaty;
2. zasądza od pozwanych T. T. (...)z siedzibą w B. i (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S. solidarnie na rzecz powoda Gminy K. kwotę 10.442,00 zł (dziesięć tysięcy czterysta czterdzieści dwa 00/100 złote) tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwotę 3.617,00 zł (trzy tysiące sześćset siedemnaście 00/100 złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Ewa Głowacka - Andler

UZASADNIENIE

Powódka Gmina K. wniosła o orzeczenie nakazem zapłaty wydanym w postępowaniu upominawczym, aby pozwani T. T. (...)z siedzibą w B. (pozwany ad.1) i (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S. (pozwany ad.2) solidarnie zapłacili powódce kwotę 136.496,88 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 11 listopada 2011 r. do dnia zapłaty oraz zasądzenie od pozwanych solidarnie na jej rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych wraz z opłatą skarbową od pełnomocnictwa. Uzasadniając stanowisko powódka podała, iż dochodzona kwota stanowi 1/2 należnej jej kary umownej z tytułu niewykonania przez pozwanych w wyznaczonym terminie umowy nr (...)o roboty budowlane z dnia 19 maja 2010 r. zawartej w ramach przetargu nieograniczonego przeprowadzonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655, ze zm.). Pozostałą część kwoty kary umownej powódka uzyskała od (...) S.A., który w ramach umowy gwarancji zawartej z pozwanym ad. 1, uznał szkodę powódki powstałą na skutek niewykonania przedmiotowej umowy przez pozwanego ad. 1 (k. 2-5).

Nakazem zapłaty z dnia 16 sierpnia 2012 r. wydanym w postępowaniu upominawczym w sprawie sygn. akt I Nc 72/12 Sąd Okręgowy w Kaliszu orzekł zgodnie z żądaniem pozwu (k. 43).

Pozwany (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S. (pozwany ad.2) w sprzeciwie wniesionym dnia 5 września 2012 r. domagał się oddalenia powództwa i zasądzenia od powódki na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. W uzasadnieniu pozwany ad. 2 podniósł zarzut braku legitymacji biernej w przedmiotowej sprawie wskazując, że nie był stroną umowy z dnia 19 maja 2010 r., ponieważ została ona zawarta jedynie między powódką a T. T. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą (...) (pozwany ad. 1). W przypadku uznania, że pozwany ad. 2 był jednak stroną tej umowy wskazał, iż nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie umowy przez pozwanego ad. 1, co wskazuje umowa konsorcjum zawarta pomiędzy pozwanymi, z której wynika, iż pozwany ad. 1 był wykonawcą umowy, a pozwany ad. 2 jedynie pomagał mu w zakresie doradztwa technicznego i nie miał wpływu na wykonanie umowy przez pozwanego ad.1. (k. 48-53).

Pozwany T. T. (...)z siedzibą w B. (pozwany ad.1) w sprzeciwie złożonym dnia 6 września 2012 r. wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie od powódki na jego rzecz kosztów postępowania wskazując, że skoro powódka odstąpiła od umowy łączącej strony, to również nie obowiązuje jej zapis dotyczący kary umownej (k. 73).

Na skutek złożenia przez pozwanych sprzeciwów nakaz zapłaty utracił moc, sprawa zarejestrowana pod sygn. akt I C 1283/12 została przekazana do rozpoznania w trybie zwykłym (k. 79).

W pismach procesowych z dnia 8 listopada 2012 r. powódka Gmina K. podtrzymała żądanie zasądzenia od pozwanych solidarnie na jej rzecz kwoty 136.496,88 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 11 listopada 2011 r. do dnia zapłaty oraz obciążenia pozwanych solidarnie na jej rzecz kosztami procesu, w tym kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych. Powódka powtórzyła argumentację w pozwie złożonym w postępowaniu upominawczym i jednocześnie odniosła się do stanowiska pozwanych w złożonych przez nich sprzeciwach od nakazu zapłaty (k. 90-93, 96-100).

Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

Na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz. 1655, ze zm.) powódka Gmina K. ogłosiła przetarg nieograniczony na wykonanie zamówienia publicznego – robót budowlanych o nazwie „(...)”. Inwestycja ta w 40% miała być finansowana ze środków własnych, a w pozostałej części ze środków unijnych w ramach Programu Rozwoju Obszarów Wiejskich. (d **owód: zeznania w charakterze stron powodowej A. M. – nagranie (00:11:27 – 00:27:42) płyta – koperta k. 190, specyfikacja istotnych warunków zamówienia z dnia 5 marca 2010 r. – załączona do akt sprawy**). Do przetargu przystąpiło konsorcjum, w skład którego wchodziłi pozwanym (...) T. T. z siedzibą w B. (posługujący się też nazwą T. T. (...)) i (...) Spółka z o.o. z siedzibą w S.. Konsorcjum powstało na podstawie zawartej przez pozwanych umowy z dnia 18 marca 2010 r., której celem była wzajemna współpraca przy realizacji inwestycji polegającej na budowie kanalizacji sanitarnej w miejscowości Z., C.,

S. gm. K.. Strony tej umowy zgodnie powierzyły funkcję lidera konsorcjum pozwanemu T. T., a pozwany (...) Spółka z o.o. posiadał status członka konsorcjum. Zawierając tą umowę strony zobowiązały się do współpracy na wszystkich etapach postępowania, począwszy od złożenia wspólnej oferty, a na kompleksowej realizacji inwestycji kończąc (§ 1 umowy). Zgodnie z § 3 umowy w sytuacji wybrania oferty konsorcjum w zakresie realizacji przedmiotu inwestycji oświadczenia woli w imieniu konsorcjum miał składać lider konsorcjum. Do obowiązków lidera konsorcjum w szczególności należało: reprezentowanie konsorcjum na zewnątrz, prowadzenie spraw konsorcjum w zakresie wykonania przedmiotu umowy, podejmowanie czynności mających na celu dbałość o interesy konsorcjum. W § 4 umowy strony ustaliły podział wykonywanych przez poszczególnych członków konsorcjum czynności. Lider konsorcjum miał wykonywać wszelkie prace budowlane przy realizacji inwestycji polegającej na budowie kanalizacji sanitarnej w miejscowości Z., C., S., gm. K.. Członek konsorcjum miał zajmować się doradztwem technicznym dla potrzeb prowadzonych prac budowlanych przez lidera konsorcjum. Strony ustaliły podział należnego konsorcjum wynagrodzenia umownego w ten sposób, że liderowi konsorcjum miała należeć się kwota stanowiąca 98% wynagrodzenia konsorcjum, a członkowi konsorcjum kwota stanowiąca 2% wynagrodzenia konsorcjum. Wpływy na

rzecz konsorcjum miały być rozdzielne w ten sposób, że 98% płatności z każdego wpływu przekazywane miały być na rzecz lidera konsorcjum, zaś 2% na rzecz członka konsorcjum.

W § 5 umowy strony ustaliły solidarną odpowiedzialność wobec zamawiającego za należyte wykonanie przedmiotu umowy. W stosunku do osób trzecich (z wyłączeniem zamawiającego) każdy członek konsorcjum miał ponosić samodzielną odpowiedzialność za szkodę, którą wyrządzi w związku z wykonywaniem przedmiotu umowy. Powyższy zakres odpowiedzialności dotyczył także pozostałych roszczeń kierowanych do członków konsorcjum.

Zgodnie z § 6 umowy w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków określonych w umowie konsorcjum lub innych zawartych między stronami porozumieniach, w tym umowie konsorcjum strona odpowiedzialna za niewykonanie lub nienależyte wykonanie obowiązków miała ponieść pełną odpowiedzialność odszkodowawczą wobec drugiego członka konsorcjum oraz zamawiającego. Zakres odpowiedzialności uczestników umowy wyznaczać będzie każdorazowo treść umowy z zamawiającym. Jeżeli zakres tej odpowiedzialności określony będzie węższy od określonego w umowie konsorcjum, strona zobowiązana do zapłaty odszkodowania pozostałym uczestnikom umowy nie może powołać się na treść umowy z zamawiającym celem wyłączenia swojej odpowiedzialności wobec stron umowy konsorcjum. Odpowiedzialność określona w ustępie poprzedzającym obejmuje również wycofanie się uczestników umowy lub nie przystąpienie do realizacji określonego etapu prac/ odstąpienie od umowy konsorcjum lub umowy z zamawiającym. Jeżeli zamawiający na podstawie zawartej umowy konsorcjum wystąpi do uczestników niniejszej umowy o zapłatę kary umownej, obowiązek zapłaty tej kary spoczywa na stronie, w związku z której działaniem lub zaniechaniem doszło do obowiązku zapłaty tej kary. W przypadku niemożności ustalenia uczestnika umowy, którego działanie lub zaniechanie doprowadziło do powstania obowiązku zapłaty kary umownej, strony obowiązane są do zapłaty tej kary w wysokości proporcjonalnej do wysokości należnego wynagrodzenia. Postanowienia § 6 nie wyłączając możliwości dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych kodeksu cywilnego od uczestników umowy, z którego winy powstał obowiązek zapłaty kary umownej.

Stosownie do § 7 umowy jeżeli w związku z solidarną odpowiedzialnością uczestników umowy wobec zamawiającego, w granicach określonych zawartą z nim umową, jedna ze stron umowy konsorcjum poniesie całkowitą lub częściową odpowiedzialność wobec zamawiającego przysługiwać jej będzie roszczenie regresowe od strony, która nie wykonała lub nienależycie wykonała swoje zobowiązania. Zasadę określoną w zdaniu poprzedzającym stosuje się odpowiednio w przypadku odmiennej od zasady winy podstawy odpowiedzialności uczestników umowy określonej w umowie z zamawiającym. Jeżeli odpowiedzialność odszkodowawcza wobec zamawiającego będzie następstwem niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań przez obu członków konsorcjum. Strony te poniosą wobec siebie odpowiedzialność proporcjonalną do wysokości należnego wynagrodzenia. W § 9 umowy zastrzeżono, iż lider konsorcjum przed zaciągnięciem zobowiązania w imieniu konsorcjum w zakresie dotyczącym robót członka konsorcjum będzie się konsultował z członkiem konsorcjum. Po ustaleniu wspólnej decyzji gdy dotyczyła członka konsorcjum, lider konsorcjum będzie mógł zaciągnąć zobowiązanie w imieniu konsorcjum. W przypadku, gdy strony nie będą mogły ustalić jednolitego stanowiska, co może narazić konsorcjum na odpowiedzialność wobec zamawiającego Gminę K. z tytułu niewykonania lub nienależytego umowy, wówczas decyzję podejmuje lider konsorcjum ponosząc za nią wszelką odpowiedzialność. Korespondencja, którą lider konsorcjum będzie przysyłał do zamawiającego i którą będzie od niego otrzymywał, zobowiązany jest przysyłać do wiadomości do członka konsorcjum.

(d owód: zeznania świadka Z. M. – k. 172-173, Umowa Konsorcjum z dnia 18.03.2010 r. – k. 34-37).

Jednocześnie przy zawarciu umowy konsorcjum pozwany (...) Spółka z o.o. z siedzibą w S. reprezentowany przez W. K. jako członek konsorcjum udzielił pozwanemu (...)T. T. z siedzibą w B. reprezentowanemu przez T. T. jako liderowi konsorcjum pełnomocnictwa, którym upoważnił lidera konsorcjum do reprezentowania konsorcjum przed zamawiającym Gminą K. w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na budowę kanalizacji w Z., C., S. i składania oświadczeń woli w imieniu konsorcjum związanych ze złożeniem oferty i wykonywania zamówienia. Przedmiotowe upoważnienie obejmowało ponadto prawo do reprezentowania konsorcjum przed wszystkimi instytucjami, kontrahentami, z którymi prowadzone będą pertraktacje w zakresie wykonywanej inwestycji.

Szczegółowy zakres pełnomocnictwa, zakres odpowiedzialności i podział obowiązków regulowała umowa z dnia 18 marca 2010 r. zawarta między członkami konsorcjum, stanowiąca integralną część udzielonego pełnomocnictwa. (dowód: **zeznania świadka Z. M. – k. 172-173**, pełnomocnictwo z dnia 18.03.2010 r. – k. 38).

Na podstawie wyniku przetargu nieograniczonego przeprowadzonego zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz. 1655, ze zm.) na wykonanie zamówienia publicznego – robót budowlanych o nazwie „(...)” w dniu 19 maja 2010 r. została zawarta umowa nr (...) o roboty budowlane pomiędzy: Gminą K. reprezentowaną przez A. M. – Wójta Gminy przy kontrasygnacie K. D. – Skarbnika Gminy a firmą: liderem konsorcjum (...) z siedzibą w B. reprezentowaną przez T. T. i partnerem (członkiem) konsorcjum: (...) Spółka z o.o. z siedzibą w S. reprezentowaną przez W. K.. Zgodnie z tą umową powódka Gmina K. była „zamawiającym”, a pozwani T. T. (...) i (...) Spółka z o.o. tworzący konsorcjum reprezentowane przez lidera było „wykonawcą”. Komisja przetargowa wybrała ofertę zaproponowaną przez konsorcjum, ponieważ była najtańsza. Gdyby pozwany T. T. przystąpiłby do przetargu samodzielnie, to jego oferta nie zostałaby wybrana jako mało wiarygodna. Członkowie komisji przetargowej wybrali ofertę złożoną przez pozwanych, ponieważ obecność w konsorcjum pozwanego (...) Spółka z o.o., który ma ugruntowaną pozycję w branży budowlanej, dawała podstawy do uznania, że jest to wiarygodna oferta, mimo że A. C. składał zastrzeżenia do tej oferty od strony technicznej. (d **owód: zeznania w charakterze stron powodowej A. M. – nagranie (00:11:27 – 00:27:42) płyta – koperta k. 190, zeznania świadka A. C. – k. 114v- 115, zeznania świadka K. D. – k. 115-115v, zeznania świadka Z. M. – k. 172-173, umowa o roboty budowlane z dnia 19.05.2010 r.- 10-22**). Termin wykonania przedmiotu umowy został ustalony do dnia 31 maja 2011 r. (§ 4 ust. 3 umowy). Za wykonanie umowy strony ustalają wynagrodzenie ryczałtowe równe cenie przedstawionej w ofercie w wysokości netto: 2 237 653,62 zł wraz z podatkiem VAT: 22% 492 283,80 zł, czyli brutto: 2 729 937,42 zł (§ 5 ust. 1 umowy). Wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją robót objętych dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót. Strony zastrzegły w umowie możliwość rozliczania w trakcie realizacji zadania robót objętych umową, które były wymienione w harmonogramie rzeczowo-finansowym, fakturami częściowymi, za uzgodnione elementy robót oraz fakturą końcową po zakończeniu robót i ich odbiorze (§ 6 ust. 4 umowy). Zabezpieczenie należytego wykonania umowy zostało wniesione w wysokości 5 % wartości umownej brutto, tj. 136.496,88 zł w formie gwarancji ubezpieczeniowej (§ 11 umowy). Zgodnie z § 16 ust. 1 pkt 4) umowy wykonawca miał zapłacić zamawiającemu kary umowne m.in.: z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w szczególności z przyczyn określonych w § 17 ust. 1 za wyjątkiem litery e) w wysokości 10 % wynagrodzenia brutto określonego w § 5 ust. 1 umowy. Analogicznie zgodnie z § 16 ust. 2 pkt 2) umowy zamawiający miał zapłacić wykonawcy karę umowną z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego w wysokości 10 % wynagrodzenia brutto określonego w § 5 ust. 1 umowy, innych niż określone w § 17 ust. 1 litera e). W § 17 umowy zastrzeżono stronom prawo odstąpienia od umowy. Zamawiającemu przysługiwało prawo do odstąpienia od umowy min.: - wykonawca przerwał z przyczyn leżących po stronie wykonawcy realizację przedmiotu umowy i przerwa ta trwała dłużej niż 7 dni (§ 17 ust.1 pkt b), - wystąpi istotna zmiana okoliczności powodująca, że wykonanie umowy nie teży w interesie publicznym, czego nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy - odstąpienie od umowy w tym przypadku może nastąpić w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o powyższych okolicznościach. W takim wypadku Wykonawca mógł żądać jedynie wynagrodzenia należytego mu z tytułu wykonania części nowy (§ 17 ust. 1 pkt e), - wykonawca realizuje roboty przewidziane niniejszą umową w sposób niezgodny z dokumentacją projektową, (...) lub niniejszą umową (§ 17 ust. 1 pkt f), - w wyniku wszczętego postępowania egzekucyjnego nastąpi zajęcie majątku wykonawcy lub jego znacznej części (§ 17 ust. 1 pkt g). Natomiast wykonawcy przysługiwało prawo do odstąpienia od umowy min.: jeżeli zamawiający zawiadomi wykonawcę, iż wobec zaistnienia uprzednio nieprzewidzianych okoliczności nie będzie mógł spełnić swoich zobowiązań umownych wobec wykonawcy (§ 17 ust. 2). W § 17 ust. 4 i 5 umowy strony ustaliły szczegółowe obowiązki wykonawcy oraz zamawiającego w przypadku odstąpienia od umowy. Natomiast w § 18 ust. 2 umowy wskazano, że po spisaniu umowy możliwe jest przedłużenie terminu zakończenia umowy o czas opóźnienia jeżeli takie opóźnienie jest lub będzie miało wpływ na wykonanie przedmiotu umowy. (d **owód: zeznania w charakterze stron powodowej A. M. – nagranie (00:11:27 – 00:27:42) płyta – koperta k. 190, umowa o roboty budowlane z dnia 19.05.2010 r.- k. 10-22**). W dniu 14 maja 2010 r. została zawarta umowa (...) gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu pomiędzy ubezpieczającym pozwanym -

(...) T. T.(w umowie zobowiązany) ubezpieczonym powódką Gminą K. (w umowie beneficjent) a ubezpieczycielem (...) S.A. z siedzibą w Ł. (w umowie gwarant). Zgodnie z tą umową gwarant w związku z umową (kontraktem) Nr (...)zawartym pomiędzy beneficjentem a zobowiązanym, którego przedmiotem jest „(...)” gwarantował nieodwołalnie i bezwarunkowo na zasadach określonych w gwarancji zapłatę beneficjentowi należności określonych w gwarancji do kwoty: 136.496,88 złotych. Gwarancja miała zabezpieczać roszczenie beneficjenta w stosunku do zobowiązanego z tytułu wymagalnych kar umownych wynikających z niewykonania lub nienależytego wykonania przez zobowiązanego umowy (kontraktu) zgodnie z jego treścią z dnia wystawienia gwarancji, które to kary nie zostały zapłacone przez zobowiązanego. Gwarancja obowiązywała w okresie trwania umowy, od dnia 19 maja 2010 r. do dnia 30 czerwca 2011 r. Beneficjent zobowiązany jest do zgłoszenia żądania zapłaty z gwarancji w terminie obowiązywania gwarancji pod rygorem odmowy zapłaty przez (...) SA gwarantowanego świadczenia. (d **owód: polisa uniwersalna z dnia 14.05.2010 r.- k. 25, gwarancja ubezpieczeniowa należytego wykonania kontraktu Nr (...)z dnia 14.05.2010 r. – k. 23-24**). Prace związane z wykonaniem powyższego zamówienia publicznego były prowadzone wolniej niż to wynikało z harmonogramu prac. Postęp prac od początku był bardzo słaby. Na budowie pracowała jedna brygada – średnio 5 osób i mieli do dyspozycji jedną koparkę. Co tydzień odbywały się narady robocze między przedstawicielami powódki – inwestorem a wykonawcą faktycznie realizującym umowę – T. T. (...). Na naradach obserwowano stan dokonanych robót i planowano kolejne roboty na następny tydzień, ale pozwany T. T. w dalszym ciągu nie realizował terminowo umowy. Przedstawiciele powódki byli bardzo wyrozumiali dla wykonawcy, który wyjaśniał przyczyny opóźnień. Faktury częściowe za poszczególne elementy robót przedstawiane przez T. T. (...) były realizowane przez powódkę. Z realizacji tej budowy pozwany wystawił kilka faktur na łączną kwotę ok. 970.000 zł, które zostały zrealizowane w 2010 r. W 2011 r. nie wpłynęła żadna faktura. Wszystkie informacje związane z budową były przekazywane obu pozwanym w formie pisemnej. W okresie od maja do października 2010 r. pozwany T. T. (...)zapewniał pozwanego (...) Spółka z o.o., że prace realizowane są terminowo. Pozwany (...) Spółka z o.o. został zawiadomiony przez powódkę o opóźnieniach w październiku 2010 r. Dla powódki nie był istotny podział zadań przy wykonywaniu tej inwestycji, który ustalili pozwani w umowie konsorcjum. Pozwany (...) Spółka z o.o. był na budowie jeden raz ok. lutego 2011 r. i zapoznał się ze stanem faktycznym deklarując doradztwo techniczne. Gdy pozwany (...) Spółka z o.o. zaproponował pozwanemu T. T. przejęcie części prac i wykończenie ich, oferta ta została odrzucona przez niego, gdyż T. T. zapewniał (...) Spółka z o.o., że poradzi sobie z realizacją umowy. Pozwany (...) Spółka z o.o. nie składał powódce oferty przejęcia prac i ich wykończenia. W ramach rozliczeń między członkami Konsorcjum dotyczących przedmiotowej inwestycji pozwany T. T. (...) nie zapłacił faktury, którą wystawiła spółka (...) Spółka z o.o. Powódka nie wypłaciła żadnego wynagrodzenia pozwanemu (...) Spółka z o.o. (d **owód: zeznania w charakterze stron powodowej A. M. – nagranie (00:11:27 – 00:27:42) płyta – koperta k. 190, zeznania świadka A. C. – k. 114v- 115, zeznania świadka K. D. – k. 115-115v, zeznania świadka Z. M. – k. 172-173**). Aneksem nr (...) do umowy Nr (...)sporządzonym dnia 29 kwietnia 2011 r. ze względu na zmianę stawki podatku od towarów i usług (VAT) z 22% na 23% strony zmieniły wysokość wynagrodzenia ryczałtowego na łączną kwotę 2.744.379,74 zł. (d **owód: aneks do umowy o roboty budowlane z dnia 29.04.2011 r. – k. 29-30**). Na budowie było coraz mniej pracowników i sprzętu. W kwietniu 2011 r. firma pozwanego T. T. porzuciła budowę. Nie było już pracowników i nie było sprzętu. Inwestycja została wykonana w 35%. Pismem z dnia 26 maja 2011 r. skierowanym do lidera konsorcjum (...) powódka Gmina K. jako zamawiający na podstawie § 17 ust. 1 lit. „f” i „g” odstąpiła od umowy nr (...)o roboty budowlane i wezwała pozwanego do zapłaty kary umownej w kwocie 274.437,97 zł jednocześnie szczegółowo wyjaśniając przyczyny odstąpienia od umowy. (d **owód: zeznania w charakterze stron powodowej A. M. – nagranie (00:11:27 – 00:27:42) płyta – koperta k. 190, zeznania świadka A. C. – k. 114v- 115, zeznania świadka K. D. – k. 115-115v, zeznania świadka Z. M. – k. 172-173, odstąpienie powódki od umowy z dnia 26.05.2011 r. – k. 26-28**). Pismem z dnia 14 czerwca 2011 r. powódka jako beneficjent gwarancji ubezpieczeniowej wystąpiła do (...) S.A. z siedzibą w Ł. jako gwaranta z wezwaniem do zapłaty z tytułu gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu nr (...)z dnia 14 maja 2010 r. w związku z odstąpieniem powódki od umowy o roboty budowlane z powodu rażących opóźnień pozwanego – zobowiązanego w wykonaniu przedmiotu umowy podając, iż firma wykonała tylko ok. 35% inwestycji. (d **owód: zeznania w charakterze stron powodowej A. M. – nagranie (00:11:27 – 00:27:42) płyta – koperta k. 190, zeznania świadka K. D. – k. 115-115v, wezwanie do zapłaty skierowane do (...)z dnia 14.06.2011 r. – k.31-32**). W decyzji z dnia 30 czerwca 2011 r. (...) S.A. z siedzibą w Ł. przyznało powódce odszkodowanie w wysokości 136.496,88 zł stwierdzając,

iż w toku postępowania likwidacyjnego uznano odpowiedzialność (...) S.A. wynikającą z gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu jako gwaranta z tytułu wymagalnych kar umownych wynikających z niewykonania przez zobowiązanego - (...) T. T. kontraktu nr (...). (d **owód: zeznania w charakterze stron powodowej A. M. – nagranie (00:11:27 – 00:27:42) płyta – koperta k. 190, decyzja (...) z dnia 30.06.2011 r. – k.33**). Pismami z dnia 3 listopada 2011 r. powódka wezwała każdego z pozwanych do zapłaty kwoty 136.496,88 zł wraz z ustawowymi odsetkami w terminie do dnia 10 listopada 2011 r. W wezwaniu powódka wskazała, iż powyższa kwota stanowi połowę kwoty kary umownej należnej jej z tytułu odstąpienia od umowy o roboty budowlane nr (...) z dnia 19 maja 2010 r. z przyczyn leżących po stronie pozwanych, a uzyskała już zaspokojenie co do pozostałej części kary umownej na podstawie gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania kontraktu Nr (...). (d **owód: zeznania w charakterze stron powodowej A. M. – nagranie (00:11:27 – 00:27:42) płyta – koperta k. 190, ostateczne wezwania do zapłaty z dnia 03.11.2011 r. wraz z pocztowymi potwierdzeniami nadania – k.39-41**). Wyłącznie pozwany (...) Spółka z o.o. pisemnie ustosunkował się do treści ostatecznego wezwania do zapłaty z dnia 3 listopada 2011 r. W piśmie z dnia 9 listopada 2011 r. pozwany ten wskazał, iż aktualnie wyjaśnia z pozwanym (...) T. T. wszelkie okoliczności faktyczne i prawne związane z wykonaniem przedmiotowej inwestycji. Ponadto w piśmie tym podniesiono, że pozwany (...) Spółka z o.o. w ogóle nie uczestniczył w wykonywaniu robót budowlanych, zaś pozwany (...) T. T. poinformował pozwanego (...) Spółka z o.o., że dokładał wszelkich starań celem należytego wykonania prac budowlanych w ramach przedmiotowej inwestycji. Z tych względów pozwany (...) Spółka z o.o. zwrócił się do powódki z prośbą o przedłużenie zakreślonego przez nią terminu do dwóch tygodni od daty otrzymania dokumentów, który jest niezbędny dla tego pozwanego do dokonania koniecznych ustaleń co do okoliczności faktycznych i prawnych. Jednocześnie pozwany (...) Spółka z o.o. podkreślił, że w tym terminie udzielił odpowiedzi na żądanie zgłoszone w wezwaniu z dnia 3 listopada 2011 r. (d **owód: odpowiedź z dnia 09.11.2011 r. na ostateczne wezwania do zapłaty z dnia 03.11.2011 r. – k.70-71**). Natomiast pozwany (...) T. T. nie odpowiedział na ostateczne wezwanie do zapłaty oraz nie przeprowadził wymaganej inwentaryzacji wykonanych prac. W konsekwencji powódka musiała samodzielnie przeprowadzić tę inwentaryzację i dokonała jednostronnego odbioru wykonanych prac bez udziału wykonawcy. Następnie powódka ogłosiła kolejny przetarg na dokończenie inwestycji. Zakończona inwestycja została oddana w 2012 r. Powódka otrzymała zwrot środków wydatkowanych na inwestycję od Urzędu Marszałkowskiego. Pozwani nie zapłacili żądanej przez powódkę kwoty 136.496,88 zł tytułem połowy kwoty kary umownej należnej z tytułu odstąpienia od umowy o roboty budowlane nr (...) z dnia 19 maja 2010 r. (d **owód: zeznania w charakterze stron powodowej A. M. – nagranie (00:11:27 – 00:27:42) płyta – koperta k. 190, zeznania świadka K. D. – k. 115-115v, kosztorys powykonawczy, przedmiar robót, korespondencja z pozwanym ad.1- załączona do akt sprawy**).

Sąd ustalił powyższy stan faktyczny na podstawie wskazanych dowodów w postaci zeznań świadków i przesłuchania A. M. – Wójta Gminy K. w charakterze strony powodowej oraz zebranych w sprawie dokumentów, których wiarygodność nie budziła wątpliwości zarówno Sądu jak i stron postępowania. Na podstawie art. 302 § 1 k.p.c. Sąd pominął dowód z przesłuchania w charakterze strony pozwanej T. T. i W. K. z uwagi na ich niestawiennictwo na rozprawę, podczas której mieli być przesłuchani, a także biorąc pod uwagę cofnięcie wniosku o przesłuchanie W. K. złożonego przez pełnomocnika pozwanego (...) Spółka z o.o. Wątpliwości Sądu w zakresie wiarygodności budzi dokument złożony przez pełnomocnika pozwanego (...) Spółka z o.o. w postaci kserokopii skanu umowy o roboty budowlane z dnia 19 maja 2010 r. (k. 63-69), w której jako wykonawca inwestycji został wskazany jedynie pozwany (...) T. T.. Pozwany (...) Spółka z o.o. złożył do akt sprawy ten dokument na okoliczność, iż nie był stroną umowy o roboty budowlane nr (...) z dnia 19 maja 2010 r., ponieważ nie został zawiadomiony, iż w wyniku przetargu została wybrana oferta obu pozwanych, do złożenia której pozwany (...) Spółka z o.o. udzielił pełnomocnictwa pozwanemu T. T.. Pozwany (...) Spółka z o.o. otrzymał jedynie skan w/w umowy, z której jednoznacznie wynikało, iż została ona zawarta pomiędzy zamawiającym – Gminą K., a wykonawcą T. T.. Całokształt okoliczności sprawy nie potwierdza okoliczności, którą chciał udowodnić pozwany (...) Spółka z o.o. powyższym dokumentem. Z ustaleń faktycznych sprawy niezaprzeczalnie wynika, iż powódka zawarła przedmiotową umowę o roboty budowlane z konsorcjum, w skład którego wchodził obaj pozwani. Zeznający w charakterze strony powodowej A. M. – Wójt Gminy K. stwierdził, że gdyby pozwany T. T. przystąpiłby do przetargu samodzielnie, to jego oferta nie zostałaby wybrana jako mało wiarygodna. Członkowie komisji przetargowej wybrali ofertę złożoną przez pozwanych, ponieważ obecność w Konsorcjum pozwanego (...)

Spółka z o.o., który ma ugruntowaną pozycję w branży budowlanej, dawała podstawy do uznania, że jest to wiarygodna oferta mimo zgłaszanych do niej zastrzeżeń. Wskazać również należy, że pozwany (...) Spółka z o.o. był informowany o wszystkich sprawach związanych z realizacją tej inwestycji oraz jego przedstawiciele będąc na budowie ok. lutego 2011 r. mieli możliwość zapoznania się ze stanem faktycznym i zadeklarowali doradztwo techniczne, co wynikało z podziału zadań określonych w umowie konsorcjum z dnia 18 marca 2010 r. Podkreślić należy, iż pozwany (...) Spółka z o.o. nie składał powódce oferty przejęcia prac i ich wykończenia, a jedynie składał taką ofertę liderowi konsorcjum, który ją odrzucił i zapewniał, że poradzi sobie z realizacją umowy. W świetle powyższych ustaleń zdaniem Sądu twierdzenie pozwanego (...) Spółka z o.o., iż nie był stroną przedmiotowej umowy o roboty budowlane z dnia 19 maja 2010 r. jest całkowicie bezpodstawne, a przedłożona kserokopii skanu umowy o roboty budowlane z dnia 19 maja 2010 r. (k. 63-69) jest niewiarygodna. Całkowicie nielogiczna jest argumentacja tego pozwanego również z tej przyczyny, iż obaj pozwani zawierając w dniu 18 marca 2010 r. umowę konsorcjum zobowiązali się do współpracy na wszystkich etapach postępowania, począwszy od złożenia wspólnej oferty, a na kompleksowej realizacji inwestycji kończąc (§ 1 ust. 3 umowy konsorcjum). Gdyby powódka zawarła przedmiotową umowę o roboty budowlane wyłącznie z pozwanym (...) T. T., co miała wykazać złożona do sprawy kserokopia skanu tej umowy (k. 63-69), to z pewnością powódka nie informowałaby pozwanego (...) Spółka z o.o. o opóźnieniach w realizacji inwestycji i pozwany ten nie wysłałby swoich przedstawicieli na przedmiotową budowę celem zapoznania się ze stanem zawansowania prac.

Sąd zważył, co następuje:

W przedmiotowej sprawie powódka Gmina K. domaga się zasądzenia od pozwanych (...) T. T. z siedzibą w B. (pozwany ad.1) i (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S. (pozwany ad. 2) solidarnie kwoty 136.496,88 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia 11 listopada 2011 r. do dnia zapłaty tytułem 1/2 należnej jej kary umownej z tytułu niewykonania przez pozwanych w wyznaczonym terminie umowy nr (...) o roboty budowlane z dnia 19 maja 2010 r. zawartej w ramach przetargu nieograniczonego przeprowadzonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655, ze zm.). Pozostałą część kwoty kary umownej powódka uzyskała od (...) S.A., który w ramach umowy gwarancji zawartej z pozwanym ad. 1, uznał szkodę powódki powstałą na skutek niewykonania przedmiotowej umowy przez pozwanego ad. 1.

Obaj pozwani negowali istnienie roszczenia powódki wnosząc o jego oddalenie, a pozwany ad. 2 oprócz zarzutu braku legitymacji biernej dodatkowo podniósł zarzut miarkowania kary umownej.

W tym miejscu należy przejść do pierwszego zarzutu pozwanego ad. 2, czyli braku legitymacji biernej po stronie spółki (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S..

Zgodnie z art. 139 ust. 1 cytowanej ustawy (dalej określanej jako Prawo zamówień publicznych) do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej "umowami", stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Spośród przepisów kodeksu cywilnego do umów w sprawie zamówienia publicznego znajdują zastosowanie przede wszystkim postanowienia księgi trzeciej (zobowiązania) oraz księgi pierwszej (część ogólna). Do umów w sprawach zamówień publicznych będą znajdowały zastosowanie właściwe przepisy szczególne, regulujące dany stosunek umowny. Stosownie do art. 647 k.c. przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia.

Jak ustalono w niniejszym postępowaniu w dniu 19 maja 2010 r. została zawarta umowa nr (...) o roboty budowlane pomiędzy: powódką Gminą K. a firmą: liderem konsorcjum (...) z siedzibą w B. i partnerem (członkiem) konsorcjum: (...) Spółka z o.o. z siedzibą w S. na wykonanie zamówienia publicznego – robót budowlanych o nazwie „(...)” po wyłonieniu wykonawcy w drodze przetargu nieograniczonego przeprowadzonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010r., Nr 113, poz. 759, ze zm.). Zgodnie z tą umową powódka

Gmina K. była „zamawiającym”, a pozwani T. T. (...)i (...) Spółka z o.o. tworzący konsorcjum reprezentowane przez lidera było „wykonawcą”. Podkreślenia wymaga, że przedmiotową umowę powódka zawarła z konsorcjum, w skład którego wchodził obaj pozwani. Konsorcjum było reprezentowane przez jego lidera, którym był pozwany T. T. na podstawie pełnomocnictwa jakie udzielił mu pozwany (...) Spółka z o.o. w dniu zawarcia umowy konsorcjum. Zeznający w charakterze strony powodowej A. M.– Wójt Gminy K. stwierdził, że gdyby pozwany T. T. przystąpiłby do przetargu samodzielnie, to jego oferta nie zostałaby wybrana jako mało wiarygodna. Członkowie komisji przetargowej wybrali ofertę złożoną przez pozwanego, ponieważ obecność w Konsorcjum pozwanego (...) Spółka z o.o., który miał ugruntowaną pozycję w branży budowlanej, dawała podstawy do uznania, że jest to wiarygodna oferta mimo zgłaszanych do niej zastrzeżeń. Wskazać też należy, że obaj pozwani zawierając w dniu 18 marca 2010 r. umowę konsorcjum zobowiązali się do współpracy na wszystkich etapach postępowania, począwszy od złożenia wspólnej oferty, a na kompleksowej realizacji inwestycji kończąc (§ 1 ust. 3 umowy konsorcjum). W konsekwencji pozwany ad. 2 był informowany przez powódkę o postępie prac inwestycji, a także jego przedstawiciele będąc na budowie jeden raz ok. lutego 2011 r. mieli możliwość zapoznania się ze stanem faktycznym i zadeklarowali doradztwo techniczne, co wynikało z podziału zadań określonych w umowie konsorcjum z dnia 18 marca 2010 r. Podkreślić należy, iż pozwany (...) Spółka z o.o. nie składał powódce oferty przejęcia prac i ich wykończenia, a jedynie składał taką ofertę liderowi konsorcjum, który ją odrzucił i zapewniał, że poradzi sobie z realizacją umowy. Dla powódki podział zadań dotyczących wykonania tej inwestycji pomiędzy członkami konsorcjum nie był istotny, ponieważ dotyczył on tylko i wyłącznie pozwanego jako stron umowy konsorcjum. Trzeba wyraźnie podkreślić, iż w § 5 umowy konsorcjum z dnia 18 marca 2010 r. strony ustaliły solidarną odpowiedzialność wobec zamawiającego za należyte wykonanie przedmiotu umowy. W stosunku do osób trzecich (z wyłączeniem zamawiającego) każdy Członek Konsorcjum miał ponosić samodzielną odpowiedzialność za szkodę, którą wyrządzi w związku z wykonywaniem przedmiotu umowy. Z powyższych względów zarzut braku legitymacji biernej pozwanego ad. 2 należy uznać za chybiony i nie może być uwzględniony w niniejszej sprawie. Przechodząc do zarzutu markowania kary umownej wskazać należy w pierwszej kolejności wyjaśnić podstawy zastosowania kary umownej i możliwości modyfikacji tego żądania poprzez jego miarkowanie. Zgodnie z 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. Stosownie do 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.

„Zastrzeżenie takiej kary zależy wyłącznie od woli stron i powinno być w umowie wyraźnie określone. Kara umowna może obejmować trzy grupy zdarzeń, a mianowicie: a) niewykonanie zobowiązania, b) nienależyte wykonanie zobowiązania w ogólności i c) konkretne uchybienia w zakresie sposobu wykonania zobowiązania (np. co do czasu, jakości). W jednej umowie można przewidzieć odrębną karę za niewykonanie, a odrębną za nienależyte wykonanie zobowiązania, jak również można łączyć kary za różne tytuły. Zaznaczyć należy, że kara umowna może zostać zastrzeżona wyłącznie w odniesieniu do zobowiązania niepieniężnego. Zastrzeżenie kary umownej w przypadku zobowiązań pieniężnych będzie co do zasady nieważne. Wysokość kary umownej zazwyczaj określa się procentowo w odniesieniu do wartości świadczenia lub świadczenia zaległego, bądź też według konkretnej stawki pomnożonej przez dni zwłoki. Wysokość kar umownych można różnicować, a przyczyny takiego działania mogą być różne, np. uwzględniające różny stopień zagrożenia co do niestaranego zachowania się każdej ze stron, nieporównywalny charakter czynności obwarowanych karami, ustępstwa na rzecz partnera w celu zdobycia lub utrzymania rynku podaży lub popytu itp.”/komentarz praktyczny: Kara umowna jako forma sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o roboty budowlane, aut. M. Behnke, B.Czajka-Marchlewicz, Wyd. ABC nr 68186/.

Możliwość modyfikowania kary umownej przewiduje art. 484 § 2 k.c. z którego wynika, że jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. „Do miarkowania kary dojść może tylko na żądanie dłużnika, nigdy zaś z urzędu. Na ogół przyjmuje się, że wykonanie zobowiązania „w znacznej części” oznacza zaspokojenie w istotnym zakresie interesu wierzyciela. 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. Jeżeli

zaś chodzi o karę „rażąco wygórowaną” to może ona taką być już w momencie jej zastrzegania bądź też zostać taką w następstwie późniejszych okoliczności, do których można przykładowo zaliczyć fakt, iż szkoda wierzyciela jest znikoma, skutkiem czego zachodzi rażąca dysproporcja pomiędzy jej wysokością a wysokością należnej kary. Jeżeli u podstaw odpowiedzialności dłużnika tkwi wina, to wówczas przy ocenie potrzeby miarkowania wysokości kary umownej jako kryterium można zastosować stopień winy. Możliwość miarkowania z art. 484 może być też wykorzystana w sytuacji, w której dłużnik tylko częściowo ponosi odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, zwłaszcza gdy do tego stanu rzeczy przyczynił się w znacznym zakresie sam wierzyciel. O rażąco wygórowanej karze można też przykładowo mówić w sytuacji, gdy jest ona równa bądź zbliżona do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją przewidziano. Katalog kryteriów pozwalających na zmniejszenie kary umownej nie jest zamknięty. Możliwość miarkowania wysokości kary umownej znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie. Między innymi w wyroku z dnia 13 czerwca 2003 r. III CKN 50/2001 Sąd Najwyższy stwierdził, że dłużnik nie może domagać się zmniejszenia kary umownej ze względu na wykonanie zobowiązania w znacznej części (art. 484 § 2 k.c.), jeżeli kara należy się z powodu nienależytego wykonania zobowiązania, w szczególności opóźnienia w jego wykonaniu. Z kolei kryterium, według którego należy oceniać, czy kara umowna jest rażąco wygórowana (art. 484 § 2 k.c.), jest wysokość odszkodowania należnego wierzycielowi na zasadach ogólnych”/ komentarz praktyczny: Kara umowna jako forma sankcji za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o roboty budowlane, aut. M. Behnke, B.Czajka-Marchlewicz, Wyd. ABC nr 68186/.

Przekładając powyższe rozważania na realia niniejszej sprawy wskazać należy, iż przedmiotowa umowa o roboty budowlane w § 16 zastrzegała dla każdej ze stron karę umowną w wysokości 10 % całkowitego wynagrodzenia za wykonanie umowy w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn spowodowanych przez drugą stronę umowy. Trzeba podkreślić, że termin wykonania przedmiotu umowy został ustalony do dnia 31 maja 2011 r. Za wykonanie umowy strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe równe cenie przedstawionej w ofercie w wysokości brutto: 2 729 937,42 zł, które zostało podwyższone do kwoty 2.744.379,74 zł brutto. Zabezpieczeniem należytego wykonania tej umowy była gwarancja ubezpieczeniowa w wysokości 5 % wartości umownej brutto, tj. 136.496,88 zł. Tym samym przedmiotowa gwarancja ubezpieczeniowa wynosiła 1/2 przedmiotowej kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy określonej w § 16 umowy o roboty budowlane.

Z poczynionych w niniejszej sprawie ustaleń faktycznych wynika, że powódka jako zamawiający odstąpiła od przedmiotowej umowy o roboty budowlane z przyczyn po stronie pozwanych jako wykonawcy inwestycji. Nie ulega wątpliwości, że przyczyną odstąpienia były rażące opóźnienia wykonawcy w wykonaniu przedmiotu umowy. Przez okres roku od zawarcia umowy zostało wykonane zaledwie ok. 35% inwestycji. Podkreślić należy, że nie wystąpiła żadna przyczyna odstąpienia wynikająca z zachowania zamawiającego. Powódka w żaden sposób nie przyczyniła się do opóźnień w realizacji budowy i na bieżąco płaćła faktury częściowe wystawione przez pozwanego ad 1. Obaj pozwani wiedzieli o opóźnieniach w realizacji budowy, jednak nie doszli do porozumienia co do zmiany zakresu łączącej ich umowy konsorcjum, która pozwoliłaby pozwanemu ad. 2 przejąć część prac od pozwanego ad.1 i je dokończyć, a tym samym zmniejszyć opóźnienie. Wskazać trzeba, iż pozwany ad. 2 również samodzielnie nie wystąpił do powódki z ofertą przejęcia prac i ich wykończenia. Podkreślić trzeba, że z treści § 5 umowy konsorcjum z dnia 18 marca 2010 r. wynikała solidarna odpowiedzialność pozwanych wobec powódki za należyte wykonanie przedmiotu umowy. Tym samym należy uznać, że powódka miała podstawy do odstąpienia od umowy i zażądania kary umownej określonej w § 16 umowy o roboty budowlane od obu pozwanych, którzy jako konsorcjum byli wykonawcą inwestycji i w związku z tym ponosili solidarną odpowiedzialność, co wynikało również z treści § 5 umowy konsorcjum. W tej sytuacji powódka wystąpiła również do ubezpieczyciela – (...) S.A. - gwaranta należytego wykonania umowy – z roszczeniem o wypłatę należnego jej odszkodowania – gwarancji ubezpieczeniowej w wysokości 136.496,88 zł, które zostało uwzględnione.

W ocenie Sądu w niniejszej sprawie nie zachodzą podstawy do uwzględnienia zarzutu miarkowania kary umownej zgłoszonego przez pozwanego ad.2 z tej przyczyny, że obaj pozwani ponosili wobec powódki solidarną odpowiedzialność za należyte wykonanie przedmiotowej umowy o roboty budowlane. Podkreślenia wymaga, iż umowa o roboty budowlane nie rozróżniała podziału zadań pomiędzy pozwanymi jakiego dokonali w umowie konsorcjum z dnia 18 marca 2010 r. Jak wcześniej wskazano przedmiotowa inwestycja została wykonana zaledwie w

około 35% przez okres jednego roku, w ciągu którego zasadniczo miała zostać wykonana w całości. Nie sposób zatem przyjąć, że przedmiotowa kara umowna była rażąco wygórowana w porównaniu do wartości niewykonanej części inwestycji. Ponadto na podstawie całokształtu okoliczności sprawy trudno jednoznacznie stwierdzić czy wyłącznie pozwany ad. 1 ponosił winę za nienależyte wykonanie umowy o roboty budowlane, skoro pozwany ad. 2 w sytuacji stwierdzonych opóźnień w realizacji inwestycji nie podjął zdecydowanych działań w celu renegotjacji zarówno umowy konsorcjum, poprzestając na zapewnieniach pozwanego ad.1, że poradzi sobie z realizacją przedmiotowej inwestycji, jak też umowy o roboty budowlane, aby uniknąć negatywnych skutków postaci odstąpienia powódki od tej umowy. Ubocznie podkreślić należy, że w takiej sytuacji § 7 umowy konsorcjum przewiduje roszczenia regresowe między stronami tej umowy w przypadku odpowiedzialności solidarnej wobec powódki opisanej w § 5 umowy konsorcjum. Mając na uwadze powyższe ustalenia faktyczne i prawne Sąd uznał powództwo jako uzasadnione w całości i orzekł jak w punkcie I sentencji wyroku. O odsetkach ustawowych Sąd orzekł na podstawie art. 481 k.c. Zobowiązane do zapłaty roszczenia powódki ma charakter zobowiązania bezterminowego, toteż przekształcenie go w zobowiązanie terminowe może nastąpić w wyniku wezwania do spełnienia świadczenia skierowanego do dłużnika przez wierzyciela (art. 455 k.c.; zob. m.in. wyr. SN z 18.09.1970 r., II PR 257/70, OSNC 1971 r., nr 6. poz. 103, wyr. SN 18.02.2010 r., CSK 434/09, Lex nr 602683, wyr. SN z 22.02.2007 r., I CSK 433/06, Lex nr 274209). W wezwaniach do zapłaty z dnia 3 listopada 2011 r. powódka określiła pozwanym termin na ich wykonanie do dnia 10 listopada 2011 r. Przyjąć zatem należy, że roszczenie powódki stało się wymagalne w dniu 11 listopada 2011 r. jak określono w pozwie. O kosztach procesu Sąd orzekł w punkcie II sentencji wyroku na podstawie art. 98 k.p.c. przyjmując zasadę odpowiedzialności za stron za wynik postępowania i dlatego zasądził od pozwanych T. T. (...) z siedzibą w B. i (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S. solidarnie na rzecz powódki Gminy K. kwotę 10.442 zł tytułem zwrotu kosztów procesu, na którą złożyły się: opłata stosunkowa od pozwu w kwocie 6.825 zł obliczona na podstawie art. 13 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j. Dz.U. z 2010r., Nr 90, poz. 594, ze zm.) i koszty zastępstwa procesowego w kwocie 3.617 zł ustalone na podstawie § 6 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. z 2002r., Nr 163, poz. 1349, ze zm.) i art. 1 ust. 1 pkt 2a ustawy z dnia 16 listopada 2006r. o opłacie skarbowej (Dz.U. z 2006r., Nr 86, poz. 960, ze zm.).