

Sygn. akt. I AGa 70/19

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 listopada 2019 r.

Sąd Apelacyjny w Rzeszowie Wydział I Cywilny w składzie:

<b>Przewodniczący</b>	<b>sędzia Marek Klimczak (spr.)</b>
<b>Sędziowie:</b>	<b>Grażyna Demko</b> <b>Agnieszka Staniszevska-Perenc</b>
Protokolant:	st. sekr. sądowy Justyna Stępień

po rozpoznaniu w dniu 07 listopada 2019 r. na rozprawie  
sprawy z powództwa Agencji (...) S.A. z/s w M.  
przeciwko (...) SA z/s w Z.  
o zapłatę  
na skutek apelacji powoda  
od wyroku Sądu Okręgowego - Sądu Gospodarczego w Rzeszowie  
z dnia 18 czerwca 2019 r., sygn. akt VI GC 178/19

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

- zasądza** od pozwanego na rzecz powoda kwotę 149.276 zł (sto czterdzieści dziewięć tysięcy dwieście siedemdziesiąt sześć)  
z ustawowymi odsetkami za opóźnienie począwszy od dnia  
5 grudnia 2017r. do dnia zapłaty,
- zasądza** od pozwanego na rzecz powoda kwotę 5.417 zł (pięć tysięcy czterysta siedemnaście) tytułem zwrotu kosztów procesu,

II. **zasądza** od pozwanego na rzecz powoda kwotę 11.514 zł (jedenaście tysięcy pięćset czternaście) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Grażyna Demko Marek Klimczak Agnieszka Staniszevska-Perenc

**sygn. akt I AGa 70/19**

## UZASADNIENIE

Powód Agencja (...) S.A. z/s w M. wniósł o zasądzenie od pozwanego (...) SA z/s w Z. kwoty 149 276 zł wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie liczonymi od dnia 5 grudnia 2017 r. do dnia zapłaty oraz kosztami postępowania tytułem odszkodowania za nienależyte wykonanie umowy przez pozwanego konsorcjanta odpowiadającego solidarnie z drugim konsorcjantem: Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne (...) S.A. w R., który to konsorcjant wbrew zapisom umowy zatrudnił podwykonawcę, za którego powód jako inwestor zgodnie z wyrokami SO i SA w Rzeszowie zapłacił na podstawie art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c., uprzednio dokonując płatności za wykonane roboty swojemu wykonawcy na podstawie własnej umowy zawartej z konsorcjum pod nazwą (...), składające się z następujących podmiotów: Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne (...) S.A. w R. (lider konsorcjum) oraz (...) Sp. jawna E. S., D. C. (partner konsorcjum). Łącznie powód jako inwestor uregulował na rzecz podwykonawcy J. L. (1) kwotę w wysokości 149.276,00 zł, łącznie z odsetkami i kosztami procesu, zasądzone w prawomocnych wyrokach, w tym dalszą kwotę nieobjętą wyrokami z tytułu zwrotu reszty kaucji w wysokości 33.305,20 zł.

W sprzeciwie od nakazu zapłaty (k. 155, 159-164) pozwany wniósł o oddalenie powództwa w całości i zasądzenie od powoda na jego rzecz kosztów procesu. Zgłosił następujące zarzuty: 1/brak legitymacji biernej po swojej stronie wskazując, że nie jest zobowiązany w ramach regresu do zwrotu na rzecz powoda jakichkolwiek kwot pieniężnych wypłaconych przez niego podwykonawcy J. L. (1), gdyż to nie on był stroną umowy podwykonawczej i nie on był zobowiązany solidarnie do zapłaty wierzytelności na rzecz E. – J. L. (1), 2/zarzut wadliwie podjętej obrony w procesie wytoczonym przez podwykonawcę (...) przeciwko powodowi w rozumieniu art. 85 k.c. w zw. z art. 82 k.p.c., o którym pozwany nie został zawiadomiony, podczas gdy roboty podwykonawcy J. L. były wykonane wadliwie i z opóźnieniem, co winno skutkować odmową zapłaty wynagrodzenia z prawem zaspokojenia się z kaucji, z czego powód nie skorzystał, lecz przyznał za bezsporne w tamtym procesie, że roboty zostały wykonane prawidłowo, 3/zarzut przedawnienia roszczenia: wierzytelność z tytułu kaucji 70 % z uwagi na termin jej płatności październik 2012r. uległa przedawnieniu w chwili, gdy powód płacił tę należność podwykonawcy, przedawnienie dalszego roszczenia 30 % kaucji z uwagi, iż w 2012r. podwykonawca zaoferował gwarancję, co skutkowało obowiązkiem zwrotu kaucji, co uległo przedawnieniu w 2015r, a pozwany zapłacił to w 2016r. jako należność przedawnioną, 4/ zarzut braku uzasadnienia faktycznego i prawnego dochodzonej wierzytelności: powód sponośniał na podstawie art. 518 § 1 pkt 1 k.c. własne zobowiązanie, nabywając sponośnioną wierzytelność, ale względem B., a nie pozwanego, który nie był stroną umowy podwykonawczej. Ponadto pozwany nie odpowiada na podstawie art. 376 k.c., gdyż solidarność nie wynika ani z umowy stron, ani z ustawy; art. 647<sup>1</sup> § 1 i 5 k.c. odnosi się tylko do relacji: inwestor-wykonawca-podwykonawca, jako strony kolejnych a pozwany nie był stroną umowy podwykonawczej. Pozwany odpowiadał wobec powoda za wykonanie umowy i oddanie obiektu do użytkowania, nie zaś względem podwykonawcy, dlatego nie ponosi odpowiedzialności regresowej, jako dłużnik solidarny, 5/ braku szkody czy też przyczynia się do powstania szkody po stronie powoda, który nie zaspokoił podwykonawcy zatrzymaną podwykonawcy gotówką w wysokości 1.045.026,50 zł oraz kwotą gwarancji bankowej 944.811,47 zł wystawionej na zlecenie B..

**Sąd Okręgowy – Sąd Gospodarczy w Rzeszowie wyrokiem z dnia 18 czerwca 2019r.** oddalił powództwo oraz zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 8.117 zł tytułem kosztów procesu.

Wyrok ten, jak wynika z jego pisemnego uzasadnienia, oparty został na następujących ustaleniach faktycznych i wnioskach prawnych.

W dniu 9 września 2009 r. Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości jako instytucja pośrednicząca, zawarła z powodem Agencją (...) S.A. w M. umowę nr (...) o dofinansowanie projektu pn. „Budowa inkubatora (...) wraz z rozbudową (...) Parku (...)” w ramach programu operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej 2007-2013. W wytycznych Ministra Rozwoju Regionalnego w zakresie kwalifikowania wydatków w ramach Programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej 2007-2013, (...) / (...) (...) z dnia 29 stycznia 2009 r., w punkcie 6.1.8.1 pkt 1 wskazano, że wydatki dokonane przez beneficjenta bezpośrednio na rzecz podwykonawcy zgodnie z postanowieniami art. 647<sup>1</sup> k.c. mogą zostać uznane za wydatki kwalifikowane, jeżeli zostały dokonane z zachowaniem obowiązujących zasad oraz jeśli beneficjent nie dokonał dwukrotnej/ponownej płatności za ten sam zakres wykonywanych robót. Na podstawie ww. umowy powód ogłosił przetarg nieograniczony na zadanie pn. „Przebudowa i modernizacja budynku

szkoły zawodowej wraz z zagospodarowaniem obejmującym budowę parkingu, przyłączy elektrycznego wraz ze stacją transformatorową, wodociągowego, ciepłowniczego oraz kanalizacji sanitarnej, deszczowe przy ul. (...) dla Inkubatora (...) wraz z rozbudową (...) Parku (...) w M. realizowanego w ramach działania 1.3 programu Operacyjnego Rozwój Polski Wschodniej 2007-2013”.

W dniu 11 lutego 2010 r. podmioty: Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne (...) S.A. w R. (lider konsorcjum) oraz (...) Sp. jawna E. S., D. C. (partner konsorcjum) zawarły umowę powołującą konsorcjum o nazwie: (...) w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie w/w zamówienia. W § 3 w/w umowy wskazano, iż konsorcjanci w stosunku do zamawiającego/powoda występują jako jedna strona i ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie zamówienia. W § 6 umowy określono podział prac między konsorcjantami. W § 9 umowy ustalono, że poszczególne części zamówienia konsorcjanci wykonują zgodnie z podziałem prac. W §10 przyjęto, że konsorcjanci mogą zlecać wykonanie przypadającej na nich części zamówienia podwykonawcom z zachowaniem warunków umowy zawartej przez konsorcjum z zamawiającym i ponoszą za nich odpowiedzialność jak za siebie. Zgodnie z § 16 każdy z konsorcjantów ponosił koszty wykonania zamówienia w części, jaka na niego przypada zgodnie z podziałem czynności. W § 17 dot. odpowiedzialności członków konsorcjum przyjęto, że każdy z konsorcjantów ponosi odpowiedzialność za m.in. jakość i terminowość oraz prawidłowość wykonywanych prac.

W/w konsorcjum złożyło ofertę przetargową z dnia 15 lutego 2010 r. na powyższe zamówienie. W pkt 15 oferty wskazano, że wykonawca zobowiązuje się do samodzielnego wykonania całego przedmiotu umowy, bez korzystania z usług podwykonawców.

W związku z udzieleniem zamówienia i wybraniem oferty konsorcjum została zawarta pomiędzy powodem Agencja (...) S.A. z/s w M. (jako Zamawiającym) a Konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne (...) S.A. w R. (lider konsorcjum) oraz (...) Sp. jawna E. S., D. C. (partner konsorcjum), jako wykonawcą umowa nr (...) z dnia 7 lipca 2010 r. na realizację przedmiotowego zadania inwestycyjnego. W § 4 ww. umowy wykonawca zobowiązał się do samodzielnego wykonania całego przedmiotu umowy, bez korzystania z usług podwykonawców. Termin wykonania przedmiotu umowy strony ustaliły na dzień 30 czerwca 2012 r. (§ 5 ust. 1 pkt 3 umowy). Umowa ta została zmieniona kolejnymi aneksami, m.in. aneksem do ww. umowy zmieniono datę zakończenia inwestycji z dnia 30 czerwca 2012 r. na dzień 31 sierpnia 2012 r.

W dniu 14 grudnia 2010 r. Przedsiębiorstwo Usługowo – Produkcyjne (...) S.A. z siedzibą w R. zawarł umowę podwykonawczą nr (...) z (...) .H.U. (...). Na zasadach określonych w ww. umowie w/w wykonawca zlecił podwykonawcy wykonanie robót szczegółowo określonych w § 1 tej umowy, tj. wykonanie całej instalacji elektrycznej na inwestycji za uzgodnionym wynagrodzeniem w kwocie 908.000,00 zł netto. Bezsporne w sprawie było, że zakres prac zleconych podwykonawcy mieścił w zakresie prac B., określonym w umowie konsorcjum. Na podstawie zapisów Warunków szczególnych do ww. umowy (załącznik nr 2) strony zastrzegły, że z każdej faktury (brutto) zostanie zatrzymane 10% kwoty tytułem zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zasady i terminy zwrotu zabezpieczenia zostały ustalone przez strony w pkt 14 Warunków szczególnych oraz pkt 6.3 Warunków ogólnych. Zgodnie z powyższymi zapisami kwota zabezpieczenia miała zostać zwrócona podwykonawcy w następujący sposób:

- I część 70% wniesionego zabezpieczenia – w terminie do 30 dni po dokonaniu odbioru końcowego budowy przez zamawiającego i potwierdzeniu przez wykonawcę, że podwykonawca usunął wady robót podwykonawczych stwierdzone w trakcie ww. odbioru ;
- II część 30% wniesionego zabezpieczenia - po upływie okresu gwarancji jakości i rękojmi na roboty budowlane według umowy między wykonawcą i zamawiającym oraz potwierdzeniu przez wykonawcę, że podwykonawca usunął wady robót podwykonawczych stwierdzone w trakcie ww. okresu. (pkt 6.3.Warunków ogólnych k. 24-34).

Zgodnie z pkt 6.4 Warunków ogólnych, jeżeli strony uzgodniły jako zabezpieczenie kaucję gwarancyjną, tj. zatrzymanie przez wykonawcę określonej procentowo kwoty z każdej faktury podwykonawcy, to za uprzednią zgodą wykonawcy (

(...) SA) druga część takiej kaucji może być zwolniona po dokonaniu odbioru końcowego budowy przez zamawiającego w zamian za gwarancję bankową lub ubezpieczeniową.

J. L. (1) zrealizował podwykonawczą umowę o roboty budowlane. W dniu 13 września 2012 r. dokonano bezusterkowego odbioru końcowego inwestorskiego wykonanych robót od konsorcjum dowód: protokół k. 46-50 akt VI Gc 68/13. Na etapie odbioru końcowego były stwierdzone drobne usterki w postaci przepalania się żarówek. Natomiast nie warunkowały one odbioru końcowego. Po stronie E. były opóźnienia w wykonaniu prac, ponadto pozwany wykonywał prace naprawcze, tzw. zastępcze w zakresie prac E. z uwagi na ich wady. Wykonywał je już po odbiorze inwestorskim. Inwestor wzywał pozwanego do usunięcia usterek w ramach udzielonej gwarancji. Ten zakres należał do B., który wykonywał go swoim podwykonawcą - firmą (...). E. nie poczuwał się do obowiązku usunięcia stwierdzonych wad. (...) monitorował pozwanego o stwierdzonej usterce. Pozwany przekierowywał do niego te pisma. W odpowiedzi E. zarzucił, iż (...) jako podmiot nie będący stroną umowy nie ma prawa wzywać E. do usunięcia usterek (pismo (...) do E. z dnia 13.02.14r., pismo (...) do E. z dnia 13.01.2014r. k. 173, pismo z dnia 14.01.14r. 174).

(...) S.A. stał się niewypłacalny, by w końcu ogłosić upadłość (okoliczność niesporna). Przez cały okres gwarancji po odbiorze prac pozwany samodzielnie usuwał wszystkie usterki w ramach gwarancji względem (...), dokonywał też przeglądów gwarancyjnych, czego dowodem jest protokół kończący okres gwarancji o usunięciu wszystkich usterek podpisany przez (...) i (...). (...) SA nie zapłacił podwykonawcy E. (...) L. wynagrodzenia w postaci zwrotu kaucji gwarancyjnej (okoliczność niesporna). Podwykonawca J. L. (1) - (...) .H.U. (...) w M. wniósł przeciwko podmiotom: Przedsiębiorstwu Usługowo-Produkcyjnemu (...) S.A. w R., (...) Sp. z o.o. w R., i Agencji (...) S.A. w M. pozew o zasądzenie solidarnie kwoty 78.695,40 zł wraz z ustawowymi odsetkami i kosztami postępowania tytułem wynagrodzenia wynikającego z zrealizowanej na rzecz (...) SA umowy podwykonawczej z dn. 14.12.2010 r. Pozwem objęto kwotę 78 695,40 zł stanowiącej 70% wartości zabezpieczenia, które zatrzymał wykonawca (...) SA tytułem należytego wykonania umowy. W toku w/w postępowania sygn. akt VI GC 68/13 Sąd Okręgowy ustalił m.in., że podwykonawca J. L. (1) zrealizował przedmiot umowy podwykonawczej. Pod koniec realizacji opisanej wyżej inwestycji (...) S.A. nie wywiązywała się na bieżąco z płatności wobec podwykonawców, z których korzystał w toku wykonywania zamówienia. J. L. (1) pismem z dnia 26 marca 2012 r. zwrócił się do (...) S.A. o udzielenie informacji odnośnie rozliczeń inwestora z firmą (...) S.A. Jednocześnie w piśmie tym poinformował pozwanego o zawarciu z (...) S.A. umowy podwykonawczej z 14 grudnia 2010. Po upływie czternastu dni od uzyskania informacji w tym zakresie pozwany jako inwestor nie zgłosił zastrzeżeń, ani sprzeciwu, a zatem ponosi solidarną odpowiedzialność za zobowiązania (...) S.A. zgodnie z dyspozycją art. 647<sup>1</sup> § 2 k.c.

W dniu 29 czerwca 2012 r. J. L. (1) jako nabywca wierzytelności oraz (...) S.A. jako zbywca zawarli umowę cesji wierzytelności. Określili, iż (...) przysługuje wierzytelność wobec (...) z w/w umowy z dnia 7.07.2010r. w wysokości 1.681.132,26 zł netto. Umową tą (...) przelał na podwykonawcę J. L. część tej wierzytelności w kwocie 237.310,20 zł netto tytułem zapłaty wierzytelności przysługującej J. L. do (...) z w/w umowy z dnia 14.12.2010r. (umowa cesji k. 51 akt VI GC VI GC 68/13). Pozwany (...) S.A. pismem z dnia 29 listopada 2012 r. zwrócił się do powoda z prośbą o umożliwienie spłaty przeterminowanych należności w ratach, zgodnie z zaproponowanym w piśmie harmonogramem. Powód J. L. (1) pismem z dnia 22 listopada 2012 r. zwrócił się do pozwanego (...) S.A. o zwolnienie części, tj. 70% kaucji zatrzymanej na zabezpieczenie należytego wykonania umowy w kwocie oraz wyrażenie zgody na zabezpieczenie pozostałej kwoty, tj. 30% gwarancjami ubezpieczeniowymi. Do pisma przedłożył odpis gwarancji ubezpieczeniowej. Pismami z dnia 10 grudnia 2012 r. powód wezwał pozwanych (...) S.A., (...) Sp. z o.o. i (...) S.A. do zapłaty kwoty 78.695,40 zł stanowiącej 70% wartości zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Sąd Okręgowy w powołanym postępowaniu VI GC 68/13 przyjął solidarną odpowiedzialność powoda Agencji (...) S.A. w M. na podstawie art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. jako inwestora. Wyrokiem z dnia 20.12.2013 r. sygn. akt VI GC 68/13 Sąd Okręgowy w Rzeszowie zasądził w pkt I na rzecz J. L. (1) solidarnie od pozwanych: 1) Przedsiębiorstwa Usługowo-Produkcyjnego (...) S.A. w R., 2) (...) Sp. z o.o. w R. i 3) Agencji (...) S.A. w M. kwotę 78.695,40 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 27 lutego 2013 r. do dnia zapłaty, przy czym odpowiedzialność pozwanego (...) Spółki z o.o. w R. ograniczona jest do wartości aktywów netto przyznanych tej Spółce w planie podziału Przedsiębiorstwa Usługowo-Produkcyjnego (...) S.A. w R. oraz koszty postępowania w kwocie 7552 zł. Na skutek wniesionej apelacji Agencji (...) S.A. w dniu 5 maja 2016 r. sygn. akt I

ACa 347/16 Sąd Apelacyjny w Rzeszowie wydał wyrok, w którym oddalił apelację i zasądził od niego na rzecz J. L. (1) kwotę 2700 zł tytułem kosztów postępowania apelacyjnego. Sąd odwoławczy nie podzielił stanowiska wyrażonego w apelacji, że na gruncie rozpoznawanej sprawy część wynagrodzenia zatrzymanego przez wykonawcę, stanowiącego zabezpieczenie należytego wykonania umowy, nie może być traktowana, jako składnik tego wynagrodzenia, a w konsekwencji nie podlegać reżimowi prawnemu z art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. Wskazał Sąd, że wobec dokonania odbioru końcowego robót zrealizowanych przez podwykonawcę J. L. bez jakichkolwiek usterek, stanowiąca przedmiot sporu kwota 78.695,40 zł odpowiadająca 70 % kwoty zabezpieczenia stała się na powrót wyłącznie częścią wynagrodzenia, gdyż przestała pełnić, przewidzianą przez strony w umowie podwykonawczej funkcję zabezpieczenia należytego wykonania przedmiotu umowy. Zamawiający (inwestor) zapłacił w całości wynagrodzenie należne wykonawcy, co czyniło wymagalnym roszczenie podwykonawcy o zapłatę przedmiotowej części wynagrodzenia. Dowód: wyrok SO w Rzeszowie z dn. 20.12.2013 r. VI GC 68/13 wraz z uzasadnieniem, wyrok SA w Rzeszowie z dn. 5.05.2016 r. I ACa 347/16 k.78-109.

Wezwaniem z dnia 5 maja 2016r. pełnomocnik J. L. (1) wezwał powoda Agencję (...) Spółka Akcyjna w M. do zapłaty kwoty 78.695,40 z tytułem należności głównej, 27.023,40 zł tytułem odsetek od należności głównej wyliczonych na dzień 9 maja 2016 r., 7.552,00 zł tytułem kosztów procesu, 2.700,000 zł tytułem kosztów postępowania apelacyjnego, zasądzonych wyrokami Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 30 grudnia 2013 r., sygn. akt VI GC 68/13, oraz Sądu Apelacyjnego z dnia 5 maja 2016 r., sygn. akt I ACa 347/16. Powód w dniu 9 maja 2016 r. uregulował zasądzoną kwotę w wysokości 115.970,80 zł przelewem na rachunek bankowy J. L. (1). Ponadto pełnomocnik J. L. (1) w tym samym piśmie z dnia 5 maja 2016 r. wezwał powoda do zapłaty kwoty 33.305,20 zł tytułem pozostałej (30%) nieobjętej postępowaniem sądowym w sprawie o sygn. akt VI GC 68/13 i sygn. akt I ACa 347/16 kaucji zatrzymanej jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy nr (...) przez J. L. (1). Powód uregulował ww. kwotę na rzecz J. L. (1) przelewem bankowym z dnia 19 maja 2016r. (k. 113). Łącznie powód jako inwestor uregulował na rzecz podwykonawcy J. L. (1) kwotę w wysokości 149.276,00 zł. Dowód: wezwanie do zapłaty z dn. 05.05.2016 r. k. 110-111, potwierdzenie przelewu z dn. 09.05.2016 r. k. 112 oraz z dn. 19.05.2016 r. k. 113

Pismem z dnia 8 listopada 2017 r. powód wezwał pozwanego — wykonawcę (...) S.A. z siedzibą w Z. (członka konsorcjum zawartego z (...) S.A.) do zapłaty w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania kwoty 149.276,00 zł obejmującej:

1. kwotę 115.970,80 zł, na którą składają się kwoty:

- 78.695,40 zł tytułem należności głównej,

- 27.023,40 zł tytułem odsetek od należności głównej wyliczonych na dzień 9 maja 2016 r.,

- 7.552,00 zł tytułem kosztów procesu,

- 2.700,000 zł tytułem kosztów postępowania apelacyjnego, zasądzonych wyrokami Sądu Okręgowego w Rzeszowie i Sądu apelacyjnego w Rzeszowie wydanymi w sprawach sygn. akt VI GC 68/13, oraz sygn. akt I ACa 347/16.

2. Kwotę 33.305,20 zł tytułem nieobjętej ww. postępowaniem sądowym (sygn. akt VI GC 68/13 i I ACa 347/16) kaucji zatrzymanej jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy nr (...) przez J. L. (1), uiszczonej na rzecz J. L. (1) przez Agencję (...) Spółka Akcyjna w M. przelewem bankowym z dnia 19 maja 2016 r. Dowód: ostateczne wezwanie do zapłaty z dn. 8.11.2017 r. wraz z potwierdzeniami odbioru k. 114-118.

Powód wystąpił w dniu 7 marca 2018 r. do Sądu Rejonowego w Rzeszowie z wnioskiem o zawiązanie do próby ugodowej z udziałem pozwanego w sprawie zapłaty na jego rzecz kwoty 149.276,00 wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia 5 grudnia 2017 r. W odpowiedzi na w/w wniosek (k. 125) pozwany wskazał, iż nie jest w stanie zająć ostatecznego stanowiska w sprawie, a także z ostrożności kwestionuje w całości przedmiotowe roszczenie. W dniu 25 kwietnia 2018 r. w Sądzie Rejonowym w Rzeszowie odbyło się posiedzenie w sprawie o zawiązanie do próby ugodowej, na którym stawili się pełnomocnicy obu stron. Do zawarcia ugody nie doszło. Dowód: wniosek o zawiązanie

do próby ugodowej z dn. 5.05.2018 r. k. 121, odpowiedź pozwanego k. 125, protokół z posiedzenia pojednawczego z dn. 25.04.2018 r. k. 127.

Stan faktyczny nin. sprawy sąd ustalił na podstawie dokumentów przedłożonych przez strony wraz z pozwem, sprzeciwem i dalszymi pismami procesowymi. Przyjmując ostatecznie co do zasady brak podstaw odpowiedzialności pozwanego z art. 471 k.c. sąd oddalił szereg wniosków dowodowych zgłoszonych przez strony uznając, że ich przeprowadzenie nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 227 k.p.c.), a ich uwzględnienie przyczyniłoby się jedynie do nieuzasadnionego przedłużenia czasu trwania postępowania (art. 217 § 3 k.p.c.).

W szczególności sąd uznał ostatecznie za zbędne wszelkie dowody, w tym dowód z opinii biegłego sądowego zawnioskowane na okoliczność czy roboty zostały wykonane przez podwykonawcę J. L. usterkowo i czy ew. podwykonawca wady te usuwał oraz na okoliczność wartości prac zastępczych wykonanych przez pozwanego. Z uwagi na stawiennictwo w dniu rozprawy świadka sąd na wniosek pozwanego przesłuchał na ww. okoliczności świadka A. C..

Kolejno oddaleniu podlegały następujące dowody:

- wniosek dowodowy powoda z wniosku oraz protokołu z zawezwania w sprawie V GCo 169/16, z dokumentów wskazanych w piśmie powoda, wyroku w sprawie V GC 264/13 i VI Ga 21/14 jako bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, albowiem pełnomocnik powoda precyzuje, iż dotyczyły one innego podwykonawcy (...) sp. z o.o.

- wnioski dowodowe powoda sprecyzowane w piśmie k. 201- 206 jako dot. okoliczność nieistotnych dla rozstrzygnięcia;

- wniosek dowodowy z wpisów do dziennika budowy na okoliczność iż pozwany przebywał na budowie, wiedział o wadach i nie reagował - jako dot. okoliczności bez znaczenia.

- wniosek dowodowy z zeznań świadków: J. L. (1) i M. S. (1) na okoliczności wskazane w pozwie.

- wniosek dowodowy z zeznań świadka E. S. (2) na okoliczności wskazane przez pełnomocnika pozwanego, tj. że inwestor rozliczał się z B. przez cesję wierzytelności i wzajemne potrącenia, płacąc tym samym podwykonawcom - jako bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy jak też na okoliczność opóźnień J. L. (1) i zasad naliczenia kary umownej i możliwości ich potrącenia z kaucji gwarancyjnej, jak również co do jakości prac oraz braku wiedzy pozwanego o braku rozliczenia tego podwykonawcy, bo gdyby w tamtym czasie wiedział o tej wiedzy to ta szkoda by nie powstała, choćby dla przykładu chodzi o odsetki.

- dowód z zeznań stron jako dowód subsydiarny, zgłoszony na okoliczność, iż strona powodowa na etapie realizacji inwestycji wiedziała o tym podwykonawcy i wiedząc o nim nieudolnie prowadziła proces sądowy pomijając wady i usterki, które sama zgłaszała firmie (...), a ponadto dowód ten pokazałby, że (...) wykonywał prace zastępcze.

Okoliczności wiedzy powoda o podwykonawcy E. została przesądzona prawomocnym w/w wyrokiem SO w Rzeszowie, który, skoro uznał odpowiedzialność inwestora – powoda na podst. art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c., tym samym przesadził tzw. zgodę, a więc i wiedzę o podwykonawcy, co wynika z pisemnego uzasadnienia wyroku. Z tej samej przyczyny brak było podstaw, by dopuszczać dowód z dokumentów zalegających w w/w aktach sądowych na okoliczność zasady i wysokości odpowiedzialności powoda wobec podwykonawcy J. L., bowiem wystarczającym w tym zakresie były wyroki z uzasadnieniami sądów obu instancji na podst. art. 365 § 1 k.p.c. Oczywiście ustalenia faktyczne poczynione w tych sprawach odnośnie bezusterkowego wykonania przez podwykonawcę prac nie wiązały w tej sprawie pozwanego, który nie został wezwany do udziału w sprawie przez powoda jako pozwanego w tamtej sprawie, czym uniemożliwiono mu podjęcie obrony (art. 82 k.p.c.)

Przechodząc do rozważań obejmujących zastosowanie prawa materialnego Sąd Okręgowy uznał, że podstawy odpowiedzialności pozwanego w tej sprawie nie mogły stanowić przepisy dot. solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów z art. 141 ustawy Prawo zamówień publicznych ani przepisy dotyczące odpowiedzialności

odszkodowawczej z art. 471 k.c. na które powoływał się powód w toku postępowania. Solidarna odpowiedzialność nie wynika też z umowy stron. Zgodnie z art. 369 k.c. zobowiązanie jest solidarne, jeżeli to wynika z ustawy lub z czynności prawnej (czyli umowy). Solidarności zatem się nie domniemywa.

Argumentował dalej Sąd, że zgodnie z art. 141 Prawo zamówień publicznych wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Brak zatem podstaw do wykładni rozszerzającej zapisu art. 141 ustawy Prawo zamówień publicznych, który dotyczy tylko solidarnej odpowiedzialności za wykonanie i zabezpieczenie wykonania umowy realizacji inwestycji będącej przedmiotem zamówienia publicznego. Po pierwsze zgodnie z zasadą, iż umowa wiąże tylko jej strony, nie sposób uznać, iż obowiązek wykonania przez wykonawcę umowy podwykonawczej w postaci zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy jest obowiązkiem wobec inwestora. Umowa podwykonawcza w zakresie praw i obowiązków wiąże tylko strony tej umowy, zaś prawa i obowiązki z umowy inwestorskiej wiążą tylko strony tej umowy. Innymi słowy skoro pozwany nie był stroną umowy podwykonawczej (okoliczność bezsporna w niniejszy procesie, a również wykładnia literalna umowy podwykonawczej w świetle m.in. zachowania podwykonawcy, który w taki właśnie sposób wyklądał stronę podmiotową, przyjmując, iż stroną tą był wyłącznie (...) S.A, a nie pozwany oraz w świetle zapisów umowy konsorcjum, gdzie strony dzieląc się zakresem prac wyraźnie ustaliły, iż każda z nich odpowiada samodzielnie za swego podwykonawcę nie budzi żadnych wątpliwości, że konsorcjant nawet będąc liderem konsorcjum umowę z J. L. zawierał wyłącznie we własnym imieniu, nie zaś w imieniu konsorcjum ), to nie jest zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy. Tym samym nie odpowiada na podst. art. 647<sup>1</sup> k.c. za brak zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy. W konsekwencji inwestor, który zapłaci podwykonawcy na podst. art. 647 1 § 5 k.c. nie może domagać się zarówno regresu jako dłużnik solidarny na podst. art. 376 § 1 k.c., a tym bardziej jako naprawienia szkody z art. 471 k.c. wobec konsorcjanta, który nie był stroną umowy podwykonawczej. Argumentację tą wzmacnia art. 371 k.c., wedle którego działanie lub zaniechanie jednego z dłużników nie może szkodzić współdłużnikowi. Przepis powyższy wyraża zasadę nieszkodzenia pozostałym dłużnikom solidarnym przez działania i zaniechania jednego z nich. Jego treść jest przejawem luźnego charakteru więzi łączącej dłużników solidarnych. Zasada nieszkodzenia pozostałym dłużnikom solidarnym przez działania lub zaniechania jednego z nich oznacza, że negatywne skutki tych zachowań odnoszą się tylko do tego dłużnika, który je przedsięwziął, nie przekładają się natomiast na pozycję pozostałych zobowiązanych. Dotyczy to zarówno stosunków między wierzycielem a dłużnikami, jak i stosunków wewnętrznych między samymi dłużnikami. W tym ostatnim wypadku działania i zaniechania dłużnika pozostaną zatem bez wpływu na powstające wskutek zaspokojenia wierzyciela roszczenia regresowe. Oznacza powyższe, iż za to, że konsorcjant (...) złamał zakaz z umowy inwestorskiej, zatrudniając podwykonawcę, nie obciąża drugiego konsorcjanta, pozwanego, który stroną tej umowy podwykonawczej nie był. Zdaniem Sądu Okręgowego, wynikająca z art. 141 Pr. Zam. Publ solidarne odpowiedzialność podmiotów występujących wspólnie po jednej stronie umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia publicznego dotyczy jedynie wykonania prac będących przedmiotem zamówienia, bo tak zapisał to ustawodawca, a wykładnia rozszerzająca solidarność na art. 471 k.c. poprzez art. 141 pr.z.p. nie jest dopuszczalna, gdyż solidarność jest wyjątkiem od zasady braku tej odpowiedzialności solidarnej. W konsekwencji pozwany odpowiadał wobec inwestora za należyte wykonanie umowy, tj. wykonanie prac i dlatego był on uprawniony, ale i zobowiązany do wykonania prac, które leżały w zakresie prac przydzielonych na (...) w umowie konsorcjum. Dlatego nie sposób uznać, że wykonał on prace zastępcze za podwykonawcę (...), nie był bowiem stroną umowy z (...). Wykonał te prace jako odpowiedzialny solidarnie względem inwestora z art. 141 p.z.p. oraz z analogicznego zapisu umowy inwestorskiej. A w ramach konsorcjum może te prace rozliczać z B. na zasadzie odpowiedzialności odszkodowawczej tego ostatniego z art. 471 k.c. Przepis art. 141 pr.z.p. ustanawia solidarność tylko za wykonanie umowy wobec inwestora, brak w nim zapisu, że solidarność odnosi się do niewykonania / nienależytego wykonania umowy, tak jak stanowi przepis art. 471 k.c.: odpowiedzialność za szkodę z powodu niewykonania / nienależytego wykonania umowy. Nie sposób zatem przyjąć, że odpowiedzialność ta rozciąga się także na przypadki niewykonania umowy przez jednego z konsorcjantów w postaci zatrudnienia przez niego podwykonawcy i braku zapłaty przez tego ostatniego wynagrodzenia podwykonawcy.

Sąd Okręgowy wskazał, że nie podziela poglądu SN wyrażonego w uchwale z dn. 17.09.2008 r. III CSK 119/08, który przyjął, że jeżeli jeden z wykonawców (uczestników konsorcjum) umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia

publicznego zawarł umowę w podwykonawcę, któremu nie zapłacił wynagrodzenia, to odpowiedzialność wykonawców w stosunku do inwestora spełniającego to świadczenie na rzecz podwykonawcy jest solidarna (art. 141 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, jedn. tekst: Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.). Spoczywający na członkach konsorcjum obowiązek należytego wykonania umowy z podwykonawcami powstaje, jeżeli wynika z umowy o roboty budowlane zawartej z inwestorem, tj. gdy został w umowie wyraźnie zastrzeżony. Zważywszy natomiast, że odpowiedzialność solidarna konsorcjantów jest zawężona wyłącznie do przypadków określonych w umowie o udzielenie zamówienia publicznego, w przypadku pominięcia zapisów regulujących odpowiedzialność konsorcjantów za nienależyte wykonanie umowy z podwykonawcami, brak jest podstaw prawnych do przyjęcia stanowiska, że konsorcjant niebędący stroną umowy z podwykonawcą ponosi odpowiedzialność solidarną za jej nienależyte wykonanie na podstawie art. 141 PrZamPubl. (glosa do uchwały III CSK 119/08 Solidarna odpowiedzialność wykonawców działających w ramach konsorcjum z tytułu umów zawartych z podwykonawcami, MOP 2016, nr 20, Suzanna Zatoń, Legalis). Pogląd wyrażony w w/w uchwale z dn. 17.09.2008 r. III CSK 119/08 został przez SN zrewidowany w wyroku SN z dn. 11.02.2016 r. V CSK 339/15, który kwestionując podstawę takiej odpowiedzialności z art. 141 pr.z.p., ostatecznie przyjął odpowiedzialność solidarną, ale na podst. zapisu umowy inwestorskiej (odmienny stan faktyczny, jak w nin. sprawie. (por. glosa do wyroku SN z dn. 11.02.2016 r. V CSK 339/15, Małgorzata Sieradzka, Lex online).

Reasumując, zdaniem Sądu Okręgowego, odpowiedzialność wynikająca z zawartej przez pozwanego z (...) SA jak i z art. 141 Pr. zam. Publ nie obejmuje obowiązku zaspokojenia roszczenia regresowego inwestora, który spełnił świadczenie w stosunku do podwykonawcy na podstawie art. 647<sup>(1)</sup> § 5 k.c. Gdyby nawet przepis cyt. art. 141 o solidarności rozszerzać na tę solidarność za niewykonanie umowy, w tym wypadku niewykonanie umowy polegało na zatrudnieniu podwykonawcy przez jednego z dłużników solidarnych, to brak jest adekwatnego związku przyczynowego między tym zachowaniem a szkodą w postaci zapłaty przez inwestora podwykonawcy. W tym adekwatnym związku przyczynowym nie pozostaje „zatrudnienie”, „zatrudnienie” per se nie rodzi jeszcze obowiązku zapłaty z art. 647 1 § 5 k.c.; obowiązek zapłaty po stronie inwestora wynika z udzielonej zgody na podst. § 2 cyt. przepisu, a więc to „zgoda” inwestora jest zdarzeniem sprawczym zapłaty przez inwestora, a o tej zgodzie przesądził SO i SA w Rzeszowie, a sąd w tej sprawie nie może tego podważać, czyniąc ustalenia przeciwnie, nawet, gdy nie zgadza się z linią orzecniczą SN dot. tzw. „zgody dorozumianej czynnej”, wywiedzionej przez SN z § 2 zd. 2 art. 647 1 k.c. Dla zobrazowania tzw. braku adekwatnego związku przyczynowego ze szkodą można podać przykład: to, że ktoś popełnił delikt, nie czyni odpowiedzialnym rodziców sprawcy za popełniony przez niego delikt za sam fakt poczęcia dziecka.

Podsumowując, solidarność, o której mowa w art. 647 1 § 1 w zw. z art. 647 1 § 5 k.c. odnosi się do relacji: inwestor - wykonawca i jego podwykonawca, a pozwany (...) nie był stroną spornej umowy podwykonawczej. Nie ma tu znaczenia, że zapisy umowy konsorcjum na zasadzie inter partes, w tym m.in. podział prac na każdego z nich i wynikająca stąd odpowiedzialność za swego podwykonawcę nie wywiera skutków prawnych wobec inwestora. Jest to oczywiste; istotne jest, iż z art. 141 nie można wywodzić odpowiedzialności konsorcjanta wobec inwestora za niewykonanie umowy podwykonawczej, zawartej przez drugiego konsorcjanta. Wątpliwości budzi też sama konstrukcja szkody wywiedzionej z art., 471 k.c. w tym stanie faktycznym. Skoro sam ustawodawca tak skonstruował zapis art. 647 1 k.c., że uczynił inwestora dłużnikiem solidarnym, to nie można z tego tytułu wywodzić, iż zapłata przez dłużnika solidarnego długu stanowi jego szkodę. Obowiązek zapłaty wynika z ustawy. Jest to zatem zapłata własnego długu ustawowego, co skutkuje co najwyżej regresem na podst. art. 376 § 1 k.c., ale regres ten nie ma nic wspólnego z odpowiedzialnością odszkodowawczą drugiego dłużnika solidarnego. Sporne pozostawało w doktrynie, czy inwestor płaci cudzy czy własny dług na mocy 647 1 § 5 k.c., co skutkowało zastosowaniem do tzw. roszczenia regresowego przepisu art. 518 § 1 pkt 1 k.c. (tak w przypadku przyjęcia koncepcji cudzego długu), czy też przepisu art. 376 § 1 k.c. (tak w przypadku przyjęcia koncepcji długu własnego formalnego ex lege inwestora względem podwykonawcy). Ostatecznie orzecznictwo SN prawidłowo, zdaniem tego sądu, opowiedziało się za tą drugą koncepcją (tak SN V CSK 339/15, II CSK 15/16), przyjmując konsekwentnie nabycie z chwilą zapłaty przez inwestora roszczenia regresowego na mocy art. 376 § 1 k.c. (SN V CKN 500/00). Nie można, będąc bowiem z mocy ustawy dłużnikiem solidarnym, spełniać świadczenia na podst. art. 518 § 1 pkt 1 k.c., choć z kolei prowadzi to do tego, iż w ramach regresu, gdy nic innego nie wynika z umowy, można dochodzić tylko połowy spełnionego świadczenia, a nie całości (art. 376 § 1 zd.



2 k.c.), co oznacza prawo powoda do co najwyżej połowy należności głównej. Zważyć należy jednak, iż B. okazał się niewypłacalny, co skutkowało jego upadłością likwidacyjną, zatem na mocy art. 376 § 2 k.c. regres powodowi nie przysługuje. Powód, jak wskazuje jego dotychczasowe zachowanie tak przed procesowe jak i w procesie VI Gc 68/13, niniejszym procesem próbuje zrekompensować sobie koszty, jakie poniósł w tej inwestycji na rzecz podwykonawcy, dlatego, że jego wykonawca B. okazał się niewypłacalny. Ryzyko niewypłacalności kontrahenta zawsze obciąża drugą stronę, która nie może z tego powodu wbrew zasadom k.c. szukać odpowiedzialności innego podmiotu, który tej odpowiedzialności nie ponosi.

Solidarność obu konsorcjantów względem inwestora (powoda) za zatrudnienie podwykonawcy i brak zapłaty wynagrodzenia temu podwykonawcy nie wynika także z zawartych przez nich umów z dn. 7.07.2010 r. i umowy konsorcjum z dn. 11.02.2010r. Zgodnie z treścią § 3 umowy konsorcjum z dn. 11.02.2010r. konsorcjanci w stosunku do zamawiającego/powoda występują jako jedna strona i ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie zamówienia. Umowa konsorcjum przewidująca solidarną odpowiedzialność konsorcjantów wobec zamawiającego (inwestora) dotyczyła więc jedynie wykonania umowy będącej przedmiotem zamówienia publicznego a nie rozliczeń z podwykonawcami. Umowa ta dotyczyła wyłącznie wykonania umowy w relacji inwestor – wykonawca.

Wątpliwości prawne budzi sama definicja szkody w tym procesie: zapłata wynagrodzenia podwykonawcy przez powoda. Jest to ubytek w majątku, ale wynika on nie z tego, że nie zapłacił wykonawca, lecz z tego, że powód jako inwestor na podst. art. 647 1 § 2 i 5 k.c. miał obowiązek zapłacić. Innymi słowy szkodą można by uznać sam obowiązek zapłaty jako tożsame pojęcie z powstaniem długu. Skoro konsorcjant zatrudnił podwykonawcę, co stanowiło niewykonanie umowy w tym zakresie poprzez złamanie zakazu umownego, to powstał po stronie inwestora dług z art. 647 1 § 5 k.c. (abstrahując już od braku adekwatnego związku przyczynowego) i ten dług jako pasywa stanowi szkodę powoda. Tyle tylko że taka szkoda uległa przedawnieniu, skoro obowiązek zapłaty wynagrodzenia przez inwestora podwykonawcy powstaje nie z chwilą braku zapłaty go przez wykonawcę (ten brak zapłaty istnieje ciągle), ale z chwilą spełnienia przesłanki z art. 647 1 § 2 k.c., a zatem dług w postaci obowiązku zapłaty, gdyby uznawać go za szkodę, przedawniłby się wobec wykonawcy po upływie 3 lat od daty wymagalności wynagrodzenia podwykonawcy. Reasumując, tak pojmowana szkoda w postaci kwoty należności głównej wraz z odsetkami od niej uległa już przedawnieniu. Roszczenie zaś regresowe między dłużnikami solidarnymi, nie będąc roszczeniem odszkodowawczym, oczywiście rządzi się swymi prawami i bieg terminu jego przedawnienia rozpoczyna się z chwilą zapłaty podwykonawcy przez inwestora, co wynika z art. 376 § 1 k.c.

Mając na uwadze poczynione w tej sprawie ustalenia faktyczne i ocenę prawną, Sąd Okręgowy uznał, że powód nie wykazał zaistnienia przesłanek żadnej z podstaw odpowiedzialności pozwanego, czy to na podstawie art. 141 w zw. z art. 471 k.c., czy to z art. 376 § 1 k.c., przyjmując drugą podstawę odpowiedzialności jako roszczenie regresowe. Z regresem powód mógłby zwrócić się tylko do B. jako tej strony, która zawarła umowę podwykonawczą i tylko co do zasady co do połowy zapłaconej kwoty wynagrodzenia, a na podst. art. 376 § 2 k.c. zważywszy na niewypłacalność B. (upadłość) regres nie przysługuje powodowi w ogóle, choć tej kwestii sąd w niniejszym procesie nie przesądził, skoro podstawą faktyczno-prawną żądania pozwu był przepis art. 471 k.c. Jako podstawa prawna orzeczenia o kosztach procesu wskazany został art. 98 k.p.c.

### ***W apelacji od powyższego wyroku powód podniósł zarzuty:***

I. naruszenia przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy, tj.:

1. art. 217 § 3 w związku z art. 227 k.p.c. przez:

a) uznanie, że wniosek dowodowy w postaci wniosku o zawiązanie do próby ugodowej oraz protokołu z posiedzenia w przedmiocie wniosku o zawiązanie do próby ugodowej w sprawie sygn. akt V GCo 169/16 nie dotyczy faktów mających dla sprawy istotne znaczenie,

b) uznanie, że wnioski dowodowe z dokumentów wskazanych w treści pozwu oraz w treści pisma przygotowawczego (k. 201-206 akt sprawy) nie dotyczą faktów mających dla rozstrzygnięcia istotne znaczenie pomimo, że przedmiotem

w/w dowodów było określenie istnienia, podstaw i wysokości zobowiązania pozwanego wobec powoda w związku z utworzeniem przez pozwanego oraz (...) S.A. konsorcjum na podstawie umowy z dnia 11 lutego 2010r. w celu realizacji określonego zadania inwestycyjnego, zakresu odpowiedzialności konsorcjantów w stosunku do powoda, występowania przez konsorcjantów względem powoda jako jedna strona i ponoszenia przez nich solidarnej odpowiedzialności wobec powoda, nieprawidłowego wykonania umowy przez wykonawców poprzez zatrudnienie podwykonawców pomimo istnienia w umowie zakazu w tym zakresie - mimo, że fakty te miały istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy,

c) uznanie, że wniosek dowodowy z wpisów do dziennika budowy na okoliczności wskazane w treści powództwa i dotyczące przede wszystkim faktu, iż pozwany przebywał na budowie, wiedział o wadach i nie reagował, co skutkowało oddaleniem tych wniosków, mimo że fakty te miały istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy,

d) oddalenie wniosków dowodowych w postaci zeznań świadków J. L. (1) i M. S. (1) na okoliczności wskazane w pozwie pomimo, iż przedmiotem tych dowodów było określenie istnienia, podstaw i wysokości zobowiązania pozwanego wobec powoda w związku z utworzeniem przez pozwanego oraz (...) S.A. konsorcjum na podstawie umowy z dnia 11 lutego 2010r., odpowiedzialności konsorcjantów i nieprawidłowego wykonania umowy przez zatrudnienie podwykonawców, które to okoliczności miały istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy,

2. art. 217 § 1 i 3 w związku z art. 227 k.p.c. poprzez niedopuszczenie zgłoszonego prawidłowo dowodu z zeznań stron na okoliczność istnienia, podstaw i wysokości zobowiązania pozwanego wobec powoda, podczas gdy dowód ten dotyczy okoliczności mających dla sprawy istotne znaczenie, a sporne okoliczności nie zostały wyjaśnione,

3. art. 232 k.p.c. poprzez przyjęcie, że powód nie wywiązał się z obowiązku udowodnienia okoliczności, z której wywodzi skutki prawne i nie wykazał zaistnienia przesłanek żadnej z podstaw odpowiedzialności pozwanego, czy to na podstawie art. 141 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych w związku z art. 471 k.c., czy to art. 376 k.c. podczas gdy powód zaoferował logicznie wzajemnie się uzupełniające dowody z dokumentów oraz dowody z zeznań świadków (które nie zostały przeprowadzone) w postaci:

a) umowy konsorcjum z dnia 11 lutego 2010r. w której konsorcjanci ustalili, że w stosunku do powoda wstępują jako jedna strona i ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie zamówienia,

b) oferty złożonej przez pozwanego w postępowaniu przetargowym, w którym konsorcjum oświadczyło o samodzielnym (bez podwykonawców) wykonaniu przedmiotu zamówienia,

c) umowy z dnia 7 lipca 2010r. o przebudowę i modernizację budynku byłej szkoły zawodowej z której wynikał obowiązek osobistego wykonania prac i zakaz zatrudniania podwykonawców,

d) umowy podwykonawczej z dnia 14 grudnia 2010r., z której wynikało naruszenie postanowienia umowy z dnia 7 lipca 2010r. przez wykonawcę, który pomimo wyraźnego zakazu w tym zakresie zatrudnił podwykonawcę – E. J. L. (1),

e) dokumentacji zalegającej w aktach postępowania sądowego sygn. akt VI GC 68/13 Sądu Okręgowego w Rzeszowie,

4. art. 328 § 2 k.p.c. polegającego na nieprawidłowym sporządzeniu uzasadnienia wyroku poprzez popełnienie w jego treści błędu w oznaczeniu strony pozwanej poprzez wskazywanie, iż firma pozwanego brzmi (...) S.A.” podczas gdy pozwana spółka działa pod firmą (...) S.A.”,

II. naruszenie przepisów prawa materialnego, a to art. 471 k.c. w związku z art. 141 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych w związku z § 4 umowy nr (...) z dnia 7 lipca 2010r. oraz art. 376 § 1 k.c. poprzez ich błędne zastosowanie i nieprawidłowe przyjęcie, iż:

a) solidarna odpowiedzialność pozwanego konsorcjanta – wykonawcy wynikająca z umowy konsorcjum zawartej z (...) S.A. jak i z art. 141 ustawy Prawo zamówień publicznych nie obejmuje obowiązku zaspokojenia roszczenia

regresowego inwestora, który spełnił świadczenie w stosunku do podwykonawcy na podstawie art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c., podczas gdy solidarność ta wynikała zarówno z ustawy jak i z umowy,

b) brak jest podstaw do przyjęcia odpowiedzialności pozwanego za nienależyte wykonanie umowy z dnia 7 lipca 2010r. w związku z zatrudnieniem podwykonawcy pomimo faktu, iż pozwany naruszył zakaz wykonywania przedmiotu umowy z pomocą podwykonawców oraz nie zapłacił należnego wynagrodzenia (w postaci kaucji gwarancyjnej) podwykonawcy J. L. (1) jako konsorcjant – członek konsorcjum będącego wykonawcą i jednocześnie, że brak jest podstaw do przyjęcia, iż pomiędzy powstaniem szkody u powoda w postaci wyłożenia pieniędzy za pozwanego na rzecz podwykonawcy konsorcjum – (...) a tym samym podwójnej zapłaty za ten sam zakres zamówienia oraz zachowanie pozwanego (nienależytym wykonaniem umowy z inwestorem) brak jest adekwatnego związku przyczynowego,

c) odpowiedzialność wykonawcy wobec inwestora ogranicza się do odpowiedzialności za wykonanie umowy rozumianej wyłącznie jako realizacja przedmiotu umowy z inwestorem (nr (...) z dnia 7 lipca 2010r.) i dotyczy „jedynie wykonania prac będących przedmiotem zamówienia” podczas gdy odpowiedzialność kontraktowa obejmuje wywiązanie się przez obie strony umowy z umowy i prawidłowe wykonanie wszystkich jej postanowień, tym samym odpowiedzialność pozwanego wynikająca z w/w umowy obejmuje swym zakresem odpowiedzialność za niezgodne z § 4 umowy z dnia 7 lipca 2010r. zatrudnienie przez lidera konsorcjum, w skład, którego wchodził również pozwany, podwykonawcy J. L. (1) (co stanowiło stałą praktykę konsorcjum w przypadku realizacji przedmiotowej inwestycji) i brak wykonania obowiązku zapłaty wynagrodzenia względem tego podwykonawcy, które skutkowało pociągnięciem do odpowiedzialności inwestora (powoda),

d) brak jest adekwatnego związku przyczynowego między zachowaniem pozwanego – zatrudnieniem wbrew postanowieniom § 4 umowy z dnia 7 lipca 2010r. podwykonawcy, a szkodą w postaci zapłaty przez inwestora podwykonawcy, podczas gdy, gdyby wykonawca (konsorcjum) nie zatrudniło podwykonawcy, a przedmiot umowy zawartej z powodem wykonywało zgodnie z jej postanowieniami samodzielnie, wówczas nie doszłoby do powstania obowiązku zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, a powód nie zostałby zobowiązany do zapłaty w ramach art. 647<sup>1</sup> k.c. i nie poniósłby kosztów procesu w sprawie o sygn. VI GC 68/13, zdaniem powoda Sąd nieprawidłowo porównał wywiedziony przez powoda adekwatny związek przyczynowy zachowanie pozwanego ze szkodą, z sytuacją w której „to że ktoś popełnił delikt, nie czyni odpowiedzialnym rodziców sprawcy za popełniony przez niego delikt przez sam fakt poczęcia dziecka” – to niezgodne z treścią umowy działanie współodpowiedzialnych członków konsorcjum doprowadziło do zatrudnienia podwykonawcy a następnie do zobowiązania powoda do poniesienia kosztów wynagrodzenia tego wykonawcy i dalszych kosztów z tym związanych,

e) solidarność obu konsorcjantów względem powoda za zatrudnienie podwykonawcy i brak zapłaty wynagrodzenia temu podwykonawcy nie wynika z art. 141 Prawa zamówień publicznych ani z zawartych przez konsorcjantów umowy z dnia 7 lipca 2010r. i umowy konsorcjum z dnia 11 lutego 2010r., podczas gdy zarówno z art. 141 Prawa zamówień publicznych jak i z § 3 umowy konsorcjum z dnia 11 lutego 2010r. w sposób jasny wynika, że konsorcjanci występujący wobec zamawiającego jako jedna strona, ponoszą solidarną odpowiedzialność wobec inwestora (powoda), z powyższego wynika odpowiedzialność pozwanego za naruszenie postanowienia § 4 umowy z dnia 7 lipca 2010r., tj. zakazu zatrudniania podwykonawców,

f) uznanie, iż dług pozwanego wobec powoda przedawniłby się z upływem 3 lat od daty wymagalności wynagrodzenia podwykonawcy, podczas gdy szkoda dla powoda powstała z chwilą dokonania przez powoda powtórnej zapłaty za ten sam zakres zamówienia na rzecz podwykonawcy J. L. (1) i od tego terminu winien być liczony termin przedawnienia roszczenia powoda wobec pozwanego.

W oparciu o powyższe zarzuty powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i uwzględnienie powództwa w całości, poprzez zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 149.276 zł z ustawowymi odsetkami za opóźnienie liczonymi od dnia 5 grudnia 2017r. do dnia zapłaty oraz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych, ewentualnie o uchylenie tego wyroku i przekazanie sprawy do

ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji z uwzględnieniem kosztów postępowania apelacyjnego, z uwagi na nierozpoznanie przez sąd pierwszej instancji istoty sprawy.

**Pozwany w odpowiedzi na apelację** powoda wniósł o jej oddalenie w całości oraz zasądzenie od powoda na rzecz pozwanej kosztów postępowania apelacyjnego wraz z kosztami zastępstwa procesowego w postępowaniu apelacyjnym według norm przepisanych.

Zdaniem pozwanego, Sąd orzekający słusznie uznał, iż podstawy odpowiedzialności pozwanego nie mogły stanowić przepisy dotyczące solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów z art. 141 ustawy Prawo zamówień publicznych ani przepisy dotyczące odpowiedzialności odszkodowawczej z art. 471 k.c. Solidarna odpowiedzialność nie wynikała także z umowy stron.

Pozwany wskazywał, że umowa podwykonawcza w zakresie praw i obowiązków wiąże tylko strony tej umowy, natomiast prawa i obowiązki umowy inwestorskiej wiążą tylko strony tej umowy. Skoro zatem pozwany nie był stroną umowy podwykonawczej to nie jest zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy. Tym samym, nie odpowiada na podstawie art. 647<sup>1</sup> k.c. za brak zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy. W konsekwencji inwestor, który zapłaci podwykonawcy wynagrodzenie na podstawie art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. nie może domagać się zarówno regresu jako dłużnik solidarny na podstawie art. 376 § 1 k.c. a tym bardziej jako naprawienia szkody z art. 471 k.c. wobec konsorcjanta, który nie był stroną umowy podwykonawczej. Pozwany podkreślił, że Sąd I instancji nie podzielił poglądu wyrażonego w uchwale z dnia 17.09.2008r. III CSK 119/08, wskazując, iż pogląd wyrażony w w/w uchwale z dnia 17.09.2008r. III CSK 119/08 został przez SN zrewidowany w wyroku z dnia 11.02.2016r. V CSK 339/15, który kwestionując podstawę odpowiedzialności z art. 141 p.z.p. ostatecznie przyjął odpowiedzialność solidarną, ale na podstawie zapisu umowy inwestorskiej. Zaznaczył przy tym skarżący w ślad za Sądem I instancji, że solidarność obu konsorcjantów względem inwestora (powoda) za zatrudnienie podwykonawcy i brak zapłaty wynagrodzenia temu wykonawcy nie wynika w niniejszej sprawie z zawartych przez nich umów, tj. umowy z dnia 7.07.2010r. i umowy konsorcjum z dnia 11.02.2010r.

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

Apelacja powoda zasługiwała na uwzględnienie.

W ocenie Sądu Apelacyjnego materiał dowodowy, który stanowił podstawę rozstrzygnięcia dla Sądu I instancji, pozwalał Sądowi II instancji na poczynienie częściowo odmiennych ustaleń faktycznych i w oparciu o te ustalenia na zastosowanie przepisów prawa materialnego w kierunku postulowanym przez apelującego.

W szczególności, trafny okazał się zarzut naruszenia przepisów prawa procesowego traktujących o postępowaniu dowodowym (m. in. art. 232 k.p.c.) poprzez przyjęcie, że powód nie wywiązał się z obowiązku udowodnienia okoliczności, z której wywodzi skutki prawne i nie wykazał zaistnienia przesłanek żadnej z podstaw odpowiedzialności pozwanego, czy to na podstawie art. 141 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych w związku z art. 471 k.c., podczas gdy powód zaoferował logicznie wzajemnie się uzupełniające dowody w postaci:

- a) umowy konsorcjum z dnia 11 lutego 2010r. w której konsorcjanci ustalili, że w stosunku do powoda wstępują jako jedna strona i ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie zamówienia,
- b) oferty złożonej przez pozwanego w postępowaniu przetargowym, w którym konsorcjum oświadczyło o samodzielnym (bez podwykonawców) wykonaniu przedmiotu zamówienia,
- c) umowy z dnia 7 lipca 2010r. o przebudowę i modernizację budynku byłej szkoły zawodowej z której wynikał obowiązek osobistego wykonania prac i zakaz zatrudniania podwykonawców,
- d) umowy podwykonawczej z dnia 14 grudnia 2010r., z której wynikało naruszenie postanowienia umowy z dnia 7 lipca 2010r. przez wykonawcę, który pomimo wyraźnego zakazu w tym zakresie zatrudnił podwykonawcę – E. J. L. (1),

e) dokumentacji zalegającej w aktach postępowania sądowego sygn. akt VI GC 68/13 Sądu Okręgowego w Rzeszowie i dowody te zostały przez Sąd I instancji przeprowadzone na rozprawie w dniu 18 czerwca 2019r. (protokół elektroniczny, k 234 akt sprawy).

Skarżący trafnie podkreśla następujące okoliczności faktyczne, które wynikają wprost z przeprowadzonych dowodów i które powinny stanowić część składową podstawy faktycznej zaskarżonego wyroku, a mianowicie:

1. treść umowy konsorcjum wyraźnie wskazywała na zakres odpowiedzialności konsorcjantów wobec powoda i potwierdzała ustawową odpowiedzialność solidarną konsorcjantów wobec inwestora za wykonanie umowy – w treści § 3 umowy konsorcjum z dnia 11 lutego 2010r. wskazano, iż konsorcjanci w stosunku do zamawiającego (powoda) występują jako jedna strona i ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy,
2. złożona przez konsorcjum oferta zawierała w pkt 15 oświadczenie, że wykonawca zobowiązuje się do samodzielnego wykonania całego przedmiotu umowy, bez korzystania z usług podwykonawców,
3. podobnie umowa zawarta przez konsorcjum z inwestorem w dniu 7 lipca 2010r. zakładała samodzielne wykonanie całego przedmiotu umowy, bez korzystania z usług podwykonawców,
4. konsorcjum naruszyło zawartą z inwestorem umowę i zatrudniało podwykonawców w celu realizacji inwestycji objętej umową z dnia 7 lipca 2010r., m. in. lider konsorcjum zawarł taką umowę z E. J. L. (1) (umowa z 14 grudnia 2010r.),
5. inwestor (powód) uiszczył na rzecz wykonawcy (konsorcjum) całość należnego mu wynagrodzenia,
6. za nieprawidłowe wykonanie umowy przez konsorcjum bez wątpienia uznać należy również brak zapłaty należnego wynagrodzenia podwykonawcy J. L. (1) przez wykonawcę (solidarnie zobowiązanych konsorcjantów), które skutkowało następnie pociągnięciem do odpowiedzialności powoda i powstaniem po jego stronie szkody w wysokości odpowiadającej kaucji gwarancyjnej (stanowiącej część wynagrodzenia) oraz kosztów poniesionych przez powoda w związku z toczącym się przeciwko niemu procesem sądowym.

Dokonując oceny roszczenia powoda w kontekście przesłanek z art. 471 k.c. w związku z art. 141 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych należy stwierdzić, że zaskarżony wyrok narusza w/w przepisy poprzez wadliwą ich wykładnię i niewłaściwe zastosowanie. Odpowiedzialność kontraktowa oparta na wymienionym przepisie może mieć miejsce przy kumulatywnym spełnieniu trzech przesłanek a mianowicie, gdy mamy do czynienia z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania, szkodą oraz związkiem przyczynowym między faktem niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania a szkodą. Ciężar dowodu w zakresie wykazania wszystkich tych przesłanek spoczywał na powodzie (art. 6 k.c.). Przyjmuje się przy tym, iż ustawodawca wprowadza w art. 471 domniemanie, że niewykonanie bądź nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, a więc najczęściej następstwem jego zawinionego działania bądź zaniechania. W tej sytuacji rzeczą wierzyciela jest wykazanie okoliczności wymienionych powyżej w pkt 1-3, zaś dłużnika - wykazanie konkretnej przyczyny naruszenia zobowiązania, za którą on odpowiedzialności nie ponosi (np. siły wyższej, działania obciążającego wyłącznie wierzyciela), bądź że przy wykonywaniu zobowiązania dołożył należytej staranności (art. 472 k.c.). Innymi słowy, gdy w grę będzie wchodziła zasada winy, dłużnik dla swojej obrony będzie musiał przeprowadzić skuteczną ekskulpację.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, powód sprostował obciążającemu go obowiązkowi wykazania przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej, pozwany zaś nie zdołał ich skutecznie podważyć ani też nie przeprowadził skutecznej ekskulpacji.

Zasadny okazał się zarzut naruszenia przepisów prawa materialnego, a to art. 471 k.c. w związku z art. 141 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych w związku z § 4 umowy nr (...) z dnia 7 lipca 2010r. poprzez ich

błędne zastosowanie i nieprawidłowe przyjęcie, iż solidarna odpowiedzialność pozwanego konsorcjanta – wykonawcy wynikająca z umowy konsorcjum zawartej z (...) S.A. jak i z art. 141 ustawy Prawo zamówień publicznych nie obejmuje obowiązku zaspokojenia roszczenia odszkodowawczego inwestora, który poniósł szkodę przez spełnienie świadczenia w stosunku do podwykonawcy na podstawie art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c., podczas gdy solidarność ta wynikała zarówno z ustawy jak i z umowy.

Wbrew pogładowi wypowiedzianemu w tej mierze przez Sąd I instancji, podstawę solidarnej odpowiedzialności wobec powoda członków konsorcjum (wykonawcy) za szkodę wynikłą ze spełnienia świadczenia na rzecz podwykonawcy jednego z konsorcjantów stanowi art. 141 Prawa zamówień publicznych. Solidarność obu konsorcjantów względem powoda za zatrudnienie podwykonawcy i brak zapłaty wynagrodzenia temu podwykonawcy wynika z art. 141 Prawa zamówień publicznych jak też z zawartych przez konsorcjantów umów, tj. umowy z dnia 7 lipca 2010r. i umowy konsorcjum z dnia 11 lutego 2010r.. Zarówno z art. 141 Prawa zamówień publicznych jak i z § 3 umowy konsorcjum z dnia 11 lutego 2010r. w sposób jasny wynika, że konsorcjanci występujący wobec zamawiającego jako jedna strona, ponoszą solidarną odpowiedzialność wobec inwestora (powoda). Z powyższego wynika też odpowiedzialność pozwanego za naruszenie postanowienia § 4 umowy z dnia 7 lipca 2010r., tj. zakazu zatrudniania podwykonawców.

Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja, która wyłącza na gruncie art. 141 p.z.p. uznanie, iż należyte wykonanie umowy zawartej z inwestorem przez wykonawców, którym udzielono wspólnie zamówienia publicznego, obejmuje również zobowiązanie do zaspokojenia wierzytelności o zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę jednego, wszystkich, czy też niektórych z wykonawców, ze skutkiem, który wyłączy odpowiedzialność inwestora na zasadzie art. 647<sup>1</sup> § 1 i 5 k.c. Należyte wykonanie umowy zawartej z inwestorem obejmuje w ocenie Sądu Apelacyjnego, niedopuszczenie do powstania szkody po stronie inwestora robót budowlanych, do której dochodzi wskutek zaspokojenia przez inwestora roszczenia podwykonawcy robót budowlanych, zrealizowanych w obszarze przedmiotu umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia publicznego pomiędzy inwestorem a wykonawcą (wykonawcami). Sąd Apelacyjny w niniejszej sprawie podziela w pełni argumentację przedstawioną w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego, sygn. akt III CSK 119/08.

Sąd I instancji powoływał się na stanowisko wyrażone w uzasadnieniu innego orzeczenia Sądu Najwyższego, mianowicie w uzasadnieniu wyroku z dnia 11 lutego 2016 r. (V CSK 339/15, Lex nr 1977863), z którym Sąd Najwyższy stwierdził, że: "Spoczywający na wykonawcach - członkach konsorcjum obowiązek należytego wykonania umowy z podwykonawcami wynika z umowy o roboty budowlane zawartej z inwestorem wówczas jedynie, gdy został w umowie wyraźnie zastrzeżony". Ponadto stwierdził, że: "Nietrafne jest odmienne zapatrywanie (...) odwołujące się do odosobnionego w orzecznictwie poglądu wyrażonego przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 września 2008 r., III CSK 119/08, OSNC 2009, Nr 9, poz. 130, zgodnie z którym z samej istoty zawartej w inwestorem umowy o roboty budowlane wynika, że obejmuje ona także wypełnienie przez każdego z wykonawców obowiązków wobec podwykonawców." Opierając się na przytoczonych fragmentach uzasadnienia ww. wyroku Sądu Najwyższego, Sąd I instancji wywiódł, że stanowisko zawarte w wyroku z dnia 17 września 2008 r., III CSK 119/08 uległo dezaktualizacji. W ocenie Sądu Apelacyjnego, jest to wniosek zbyt daleko idący, nie sposób bowiem w oparciu o wyjątek z treści uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z dnia 11 lutego 2016 r., V CSK 339/15 oraz wypowiedzi dwóch przedstawicieli doktryny uznać, iż doszło do ukształtowania linii wykładni zbieżnej z argumentacją Sądu I instancji, a odmiennej od stanowiska Sądu Najwyższego, wyrażonego w wyroku z dnia 17 września 2008r., III CSK 119/08. Stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w powyższym wyroku znalazło akceptację w szeregu orzeczeń sądów apelacyjnych (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 18 grudnia 2015 r., I ACa 744/15, Legalis, wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 7 stycznia 2014 r., I ACa 1089/13, Legalis, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 21 czerwca 2017 r., VI ACa 357/16, Legalis).

Reasumując, w ocenie Sądu Apelacyjnego zapłata wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy (E. J. L. (1)), stanowiła zobowiązanie wynikające z umowy zawartej pomiędzy powodem a Konsorcjum, za którego należyte wykonanie odpowiedzialność wobec inwestora ponoszą wszyscy członkowie tego Konsorcjum, na podstawie art. 141 p.z.p. W związku z tym jako zasadny należy ocenić zarzut naruszenia art. 141 p.z.p. wskazujący na niezasadność oceny prawnej,

iż w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie doszło do nienależytego wykonania umowy o roboty budowlane zawartej w rezultacie udzielenia zamówienia publicznego. Niewykonanie umowy wobec podwykonawcy, które skutkuje powstaniem odpowiedzialności inwestora za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcy za wykonane roboty budowlane stanowi o nienależytym wykonaniu umowy zawartej z inwestorem, wobec którego, na zasadzie art. 141 p.z.p. wykonawcy, którym wspólnie udzielono zamówienia publicznego, ponoszą odpowiedzialność solidarną. Warto w tym miejscu zwrócić również uwagę na brzmienie postanowienia § 17 ust. 1 umowy inwestorskiej z dnia 7 lipca 2010r., który jednoznacznie stanowi o odpowiedzialności wykonawcy (konsorcjantów) wobec zamawiającego (inwestora) w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem obowiązków wynikających z przedmiotowej umowy.

Umowę konsorcjum określa się jako umowę zawieraną przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą, które zobowiązują się wspólnie dążyć do osiągnięcia określonego celu gospodarczego. Nie budzi wątpliwości możliwość wspólnego ubiegania się przez konsorcjantów o udzielenie zamówienia publicznego. Celem utworzenia konsorcjum jest często uzyskanie zamówienia publicznego, a solidarna odpowiedzialność konsorcjantów wobec inwestora wynika wprost z treści art. 141 p.z.p. Umowa zawierana w celu wykonania zamówienia publicznego - zadania inwestycyjnego, zwykle charakteryzuje się dużym stopniem skomplikowania. To zazwyczaj skłania konsorcjantów do zawierania umów z podwykonawcami. Za realizację umów podwykonawczych każdy z konsorcjantów odpowiada wobec inwestora, nawet jeśli tylko niektórzy z nich zawrą umowy podwykonawcze bowiem ich odpowiedzialność jest solidarna (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 7 stycznia 2014 r. I ACa 1089/13).

Ponadto w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 kwietnia 2012r.(...) czytamy „Przepis art. 131 p.z.p. ustanawiający solidarną odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter bezwzględnie obowiązujący i jego stosowanie nie podlega wyłączeniu na mocy umownego postanowienia stron ograniczającego solidarną odpowiedzialność (takiego umownego postanowienia w niniejszej sprawie nawet nie zamieszczono w umowie). Podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia odpowiadają solidarnie przed zamawiającym ex lege z uwagi na sam fakt wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcia umowy. Podmioty te pozostają przy tym zobowiązane solidarnie aż do zupełnego zaspokojenia zamawiającego w zakresie obowiązków wynikających z umowy”, LEX nr 1148311).

Powyższe poglądy potwierdzają również przedstawiciele doktryny.

Wskazują oni, iż wzajemny podział zadań pomiędzy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ma jedynie skutek wewnętrzny dla przyszłych roszczeń regresowych pomiędzy nimi (arg. z art. 376 § 1 k.c.). W takim przypadku zamawiający może żądać wykonania całości lub części przedmiotu zamówienia tylko od niektórych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Do sytuacji, gdy przedmiot zamówienia będzie wykonywany tylko przez niektórych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, może dojść już na etapie realizacji zamówienia podstawowego. W takim przypadku w dalszym ciągu wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia za prawidłową uznać należy sytuację, w której każdy lub niektórzy z tych wykonawców bądź nawet podmiot trzeci wniosą zabezpieczenie w jednej formie lub w kilku z form wskazanych w art. 148 ust. 1. Za realizację umów podwykonawczych każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia odpowiada wobec zamawiającego, nawet jeśli tylko niektórzy z nich zawrą umowy podwykonawcze, ich odpowiedzialność jest bowiem solidarna (zob. też wyrok SN z 17.09.2008 r., III CSK 119/08, LEX nr 513248). Ogłoszenie upadłości jednego z dłużników solidarnych, a nawet ostateczna likwidacja, nie ma wpływu na zakres odpowiedzialności pozostałych dłużników solidarnych. Wierzyciel ma prawo poszukiwania zaspokojenia u pozostałych dłużników odpowiadających solidarnie (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 17 kwietnia 2008 r., sygn. akt I ACa 189/08). Nie ma zatem potrzeby dokonywania zmiany umowy zawartej między zamawiającym a konsorcjum, jak i również konieczności wyrażania przez zamawiającego zgody na dokonanie przez upadłego członka konsorcjum cesji praw i obowiązków wynikających z zawartej umowy o zamówienie publiczne na pozostałe podmioty

współtworzące konsorcjum” (Nowicki Józef Edmund, Kolecki Mikołaj, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV, Opublikowano: WKP 2019 LEX).

Skarżący słusznie podważa stanowisko Sądu I instancji w zakresie rozumienia na gruncie niniejszej sprawy przesłanki nienależytego wykonania umowy (chodzi o umowę inwestorską z dnia 7 lipca 2010r.). Odpowiedzialność wykonawcy wobec inwestora nie ogranicza się bowiem do odpowiedzialności za wykonanie umowy rozumianej wyłącznie jako realizacja przedmiotu umowy z inwestorem (nr (...) z dnia 7 lipca 2010r.) i dotyczy „jedynie wykonania prac będących przedmiotem zamówienia”. Odpowiedzialność kontraktowa obejmuje wywiązanie się przez obie strony umowy z umowy i prawidłowe wykonanie wszystkich jej postanowień, tym samym odpowiedzialność pozwanego wynikająca z w/w umowy obejmuje swym zakresem odpowiedzialność za niezgodne z § 4 umowy z dnia 7 lipca 2010r. zatrudnienie przez lidera konsorcjum, w skład, którego wchodził również pozwany, podwykonawcy J. L. (1) (co stanowiło stałą praktykę konsorcjum w przypadku realizacji przedmiotowej inwestycji) i brak wykonania obowiązku zapłaty wynagrodzenia względem tego podwykonawcy, które skutkowało pociągnięciem do odpowiedzialności inwestora (powoda),

W świetle tego co powiedziano już wyżej istnieją zatem podstawy do przyjęcia odpowiedzialności pozwanego za nienależyte wykonanie umowy z dnia 7 lipca 2010r. w związku z zatrudnieniem podwykonawcy. Pozwany naruszył zakaz wykonywania przedmiotu umowy z pomocą podwykonawców oraz nie zapłacił należnego wynagrodzenia (w postaci kaucji gwarancyjnej) podwykonawcy J. L. (1) jako konsorcjant – członek konsorcjum będącego wykonawcą. Istnieją również podstawy do przyjęcia, iż pomiędzy powstaniem szkody u powoda w postaci wyłożenia pieniędzy za pozwanego na rzecz podwykonawcy konsorcjum – (...) a tym samym podwójnej zapłaty za ten sam zakres zamówienia oraz zachowaniem pozwanego (nienależytym wykonaniem umowy z inwestorem) istnieje adekwatny związek przyczynowy w ujęciu art. 361 § 1 k.c. Związek taki między zachowaniem pozwanego – zatrudnieniem wbrew postanowieniom § 4 umowy z dnia 7 lipca 2010r. podwykonawcy, a szkodą w postaci zapłaty przez inwestora podwykonawcy istnieje, bowiem gdyby wykonawca (konsorcjum) nie zatrudniło podwykonawcy, a przedmiot umowy zawartej z powodem wykonywało zgodnie z jej postanowieniami samodzielnie, wówczas nie doszłoby do powstania obowiązku zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy, a powód nie zostałby zobowiązany do zapłaty w ramach art. 6471 k.c. i nie poniósłby kosztów procesu w sprawie o sygn. VI GC 68/13. Skarżący słusznie podnosi, że Sąd I instancji nieprawidłowo porównał wywiedziony przez powoda adekwatny związek przyczynowy zachowanie pozwanego ze szkodą, z sytuacją w której „to że ktoś popełnił delikt, nie czyni odpowiedzialnym rodziców sprawcy za popełniony przez niego delikt przez sam fakt poczęcia dziecka”. W niniejszej sprawie to niezgodne z treścią umowy działanie współodpowiedzialnych członków konsorcjum doprowadziło do zatrudnienia podwykonawcy a następnie do zobowiązania powoda do poniesienia kosztów wynagrodzenia tego wykonawcy i dalszych kosztów z tym związanych.

Zasadny jest również zarzut podważający stanowisko Sądu I instancji w kwestii przedawnienia dochodzonego przez powoda roszczenia. W rozpoznawanej sprawie nie może być mowy o przedawnieniu, gdyż dług pozwanego wobec powoda przedawniłby się z upływem 3 lat od daty wymagalności wynagrodzenia podwykonawcy. Bieg terminu tego przedawnienia mógł się rozpocząć nie wcześniej niż po powstaniu szkody, tj. z chwilą dokonania przez powoda powtórnej zapłaty za ten sam zakres zamówienia na rzecz podwykonawcy J. L. (1) i od tego terminu winien być liczony termin przedawnienia roszczenia powoda wobec pozwanego (art. 120 § 1 k.c.).

Z tych względów apelacja powoda podlegała uwzględnieniu a zaskarżony wyrok zmianie w kierunku postulowanym przez skarżącego (art. 381 § 1 k.p.c.).

O kosztach postępowania, w tym kosztach postępowania apelacyjnego, rozstrzygnięto w myśl przepisu art. 98 § 1 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c.

***SSA Grażyna Demko Prezes SA Marek Klimczak SSA Agnieszka Staniszevska-Perenc***