

Sygn. akt VIII Ga 78/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 kwietnia 2013 r.

Sąd Okręgowy w Szczecinie Wydział VIII Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Piotr Sałamaj (spr.)

Sędziowie: SO Krzysztof Górski

SR (del.) Kornelia Żminkowska

Protokolant: st. sekr. sąd. Joanna Witkowska

po rozpoznaniu w dniu 5 kwietnia 2013 r. w Szczecinie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) P., K.” spółki jawnej w Z.

przeciwko J. Ś. (1)

o zapłatę

na skutek apelacji powódki od wyroku Sądu Rejonowego w Gorzowie Wielkopolskim

z dnia 31 grudnia 2012 r., sygn. akt V GC 780/12

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

1. zasądza od pozwanego J. Ś. (1) na rzecz powódki (...) P., K.” spółki jawnej w Z. kwotę 27.204,04 zł (dwadzieścia siedem tysięcy dwieście cztery złote cztery grosze) z ustawowymi odsetkami od dnia 23 lutego 2010 r.,

2. zasądza od pozwanego na rzecz powódki kwotę 9.390,92 zł (dziewięć tysięcy trzysta dziewięćdziesiąt złotych dziewięćdziesiąt dwa grosze) tytułem kosztów procesu;

II. zasądza od pozwanego na rzecz powódki kwotę 2.561 zł (dwa tysiące pięćset sześćdziesiąt jeden złotych) tytułem kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.

SSO Krzysztof Górski SSO Piotr Sałamaj SSR (del.) Kornelia Żminkowska

Sygn. akt VIII Ga 78/13

UZASADNIENIE

Powodowie M. K. (1) oraz R. P. (1), prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą (...) spółka cywilna w Z., wnieśli o zasądzenie od pozwanego J. Ś. (1), prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą (...) w G. kwoty 27.204,04 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 23.02.2010 r. oraz o zasądzenie kosztów procesu.

W uzasadnieniu pozwu powodowie wskazali, że zawarli z pozwanym umowę konsorcjum w celu wzięcia wspólnego udziału w przetargach poprzez złożenie oferty i realizacji usług stanowiący przedmiot postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonywanie usługi całodobowej ochrony fizycznej obiektu osób przebywających w (...) Oddziale Wojewódzkim Narodowego Funduszu Zdrowia w Z. oraz ochrony fizycznej obiektu i osób przebywających w Delegaturze (...) Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia w G.. Strony zawarły również umowę konsorcjum celem złożenia ofert oraz realizacji usług stanowiących przedmiot postępowań przetargowych ogłoszonych w IV kwartale 2009 r. przez: Szpital Wojewódzki Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. K. M. w Z. na wykonywanie usługi ochrony osób, obiektu oraz mienia, a także (...)spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w J. na wykonywanie usługi ochrony mienia. Pismem z dnia 29.12.2009 r. pozwany przesłał do nich oraz do Szpitala Wojewódzkiego w (...) spółki z o.o. w J. pisemne oświadczenie o cofnięciu pełnomocnictw udzielonych powodom jako liderom konsorcjum. Pismo pozwanego zostało wysłane powodom w dniu 30.12.2009 r. o godzinie 10:47. Powodowie przed otrzymaniem tego faksu wyjechali do J. w celu podpisania w imieniu konsorcjum umowy z (...) w J.. O cofnięciu przez pozwanego udzielonego im pełnomocnictwa, powodowie dowiedzieli się dopiero na miejscu w J., w siedzibie (...) w J.. Powodowie podkreślili, że byli gotowi podpisać umowę i przystąpić do wykonywania jej przedmiotu. Z uwagi na cofnięcie pełnomocnictwa przez pozwanego zamawiający odmówił podpisania przedmiotowej umowy. Dodatkowo powodowie podnieśli, że w dniu 27.10.2009 r. udzielili pozwanemu jako liderowi konsorcjum pełnomocnictwa do ich reprezentowania – jako członków konsorcjum, w ramach postępowania o zamówienie publiczne ogłoszonego przez (...) Oddział Wojewódzki Narodowego Funduszu Zdrowia z siedzibą w Z.. Pozwany jako lider konsorcjum złożył ofertę. Powodowie podkreślili, że zawarta umowa konsorcjum nie przewidywała możliwości jej wcześniejszego rozwiązania poprzez wypowiedzenie. Terminowy charakter umowy konsorcjum wynikał z celu gospodarczego – dla realizacji, którego została ona zawarta.

W odpowiedzi na pozew J. Ś. (1) odnosząc do żądań powodów wniósł o oddalenie powództwa w całości oraz o zasądzenie solidarnie od powodów na rzecz pozwanego zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych. W uzasadnieniu swojego stanowiska pozwany potwierdził, że strony wspólnie ubiegały się o udzielenie zamówienia publicznego, jednakże wbrew twierdzeniom powodów strony nie zawarły żadnej umowy konsorcjum. Zdaniem pozwanego, strony łączyło jedynie ustne porozumienie w przedmiocie współpracy, w tym wspólnego występowania w postępowaniach przetargowych. Strony prowadził negocjacje w przedmiocie zawarcia umowy konsorcjum, które jednak zakończyły się niepowodzeniem. Inicjatywa wspólnego startowania w przetargach wyszła od powodów. Odnosząc się do współpracy z powodami pozwany wskazał, że strony ustaliły, że będą się lojalnie informować o przetargach, w których występują. Powodowie złamali to ustalenie, albowiem nie informując pozwanego złożyli ofertę w przetargu organizowanym przez (...) spółkę z o.o. w G. za ceną niższą od ceny zaoferowanej przez pozwanego.

Wyrokiem z dnia 13 lipca 2012 r. (sygn. akt VIII Ga 203/12) Sąd Okręgowy w Szczecinie, po rozpoznaniu apelacji powodów od wyroku Sądu Rejonowego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 27 marca 2012 r. (sygn. akt V GC 491/11), uchylił zaskarżony wyrok w całości i przekazał sprawę Sądowi Rejonowemu w Gorzowie Wielkopolskim do ponownego rozpoznania, pozostawiając temu Sądowi rozstrzygnięcie o kosztach instancji odwoławczej.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Rejonowy w Gorzowie Wielkopolskim w sprawie o sygn. akt V GC 780/12 wyrokiem z dnia 31 grudnia 2012 r. oddalił powództwo oraz zasądził od powódki (...) P., (...) spółki jawnej w Z. na rzecz pozwanego J. Ś. (1) kwotę 6.034 zł tytułem kosztów procesu, w tym kwotę 1.200 zł tytułem kosztów postępowania apelacyjnego przed Sądem Okręgowym w Szczecinie.

Powyższe rozstrzygnięcie zostało oparte na następujących ustaleniach.

Pod koniec 2008 r. M. K. (1) nawiązał kontakt z pozwanym J. Ś. (1), który prowadził działalność pod firmą (...) w G.. W trakcie rozmowy M. K. (1) oznajmił, że rozpoczyna swoją działalność i jest na etapie uzyskiwania koncesji. Wobec tego, iż posiadał kontakty handlowe w związku z dotychczasową pracą w poprzedniej firmie zwrócił się z prośbą do pozwanego czy mógłby podpisać umowy na konwojowanie na terenie Z., zaś on wraz ze współnikiem R. P. (1) w istocie wykonywałby te umowy jako nieformalny podwykonawca. Pozwany kierując się chęcią pomocy zgodził się na taki rodzaj współpracy, która dotyczyła różnych projektów. J. Ś. (1) zlecił m.in. współnikom spółki cywilnej (...) podwykonanie usługi polegającej na przewożeniu wartości pieniężnych (...) spółki z o.o. w P.. W ramach stałej

współpracy przedsiębiorcy zawarli również umowę polegającą na przewożeniu wartości pieniężnych (...) spółki z o.o. w Z., z którą to spółką (...) łączyła umowa na powyższą usługę.

Ten rodzaj współpracy, w której pozwany nie osiągał żadnego dochodu, ponieważ całe otrzymywane wynagrodzenie przekazywał (...) spółki (...), trwał również po uzyskaniu przez nich koncesji na usługi ochroniarskie. Strony pozostawiły w niezmienionym kształcie zasady współpracy z tą zmianą, że zawarli formalnie umowy na podwykonastwo. Z biegiem czasu współpraca pomiędzy wspólnikami s.c. (...) oraz J. Ś. przybierała coraz szerszy zakres. Pozwany oprócz świadczenia usług ochrony świadczył sporadycznie usługi sprzątnia. Z uwagi na fakt, iż M. K. (1) miał w tym zakresie większe doświadczenie, wynikające jeszcze z wcześniejszej pracy w firmie Musi, zaproponował, że będzie dostarczał środki czystości. Przy okazji dostarczania środków czystości dochodziło do spotkań, została nawiązana relacja koleżeńska. W trakcie rozmów były poruszane tematy związane z ogłoszonymi przetargami, w tym warunków jakie trzeba spełniać, aby mieć szansę wygrania przetargu. Z uwagi na posiadane doświadczenie oraz kontakty nabyte przez M. K. i R. P., zadeklarowali oni pomoc J. Ś. przy rozpoczynanej przez niego działalności usług sprzątających. W szczególności dostarczali oni pozwanemu środki czystości w korzystniejszej cenie.

(...) s.c. (...) od czerwca 2008 r. zatrudniali w G. W.. przedstawiciela handlowego odpowiedzialnego za wyszukiwanie ofert na terenie miasta.

Strony doszły do porozumienia co do wspólnego wystartowania w trzech przetargach ogłoszonych przez trzy podmioty, tj.: NFZ – (...) Oddział Wojewódzki w Z., (...) spółkę z o.o. w J., Szpital Wojewódzki Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. K. M. w Z..

W dniu 27.10.2009 r. M. K. (1) i R. P. (1) udzielili umocowania J. Ś. (1) do reprezentowania ich – jako członków konsorcjum – w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę w trybie przetargu nieograniczonego przez NFZ – (...) Oddział Wojewódzki w Z.. W dniu 28.10.2009 r. wspólnicy przelali na rachunek bankowy pozwanego kwotę 4.500 zł stanowiącą połowę kwoty, którą zgłaszający zobowiązany był uiszczyć tytułem wadium. Formularz ofertowy, zgodnie z zawartym przez strony ustaleniami, został złożony przez J. Ś. w dniu 27.10.2009 r. W pkt. 1 ppkt 1 wskazano dane wykonawcy oraz pozostałe dane: J. Ś. (1), prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą (...) będący Liderem Konsorcjum, w skład którego wchodzi on oraz M. K. (1) i R. P. (1), prowadzący działalność gospodarczą jako wspólnicy s.c. (...). Wraz ze złożoną ofertą została uiszczona przelewem bankowym kwota 9.500 zł tytułem wadium.

Zgodnie z pkt 6 rozdziału III SIWZ na wykonywania usługi całodobowej ochrony fizycznej obiektu i osób przebywających w (...) Oddziale Wojewódzkim (...) w Z. oraz ochronę fizyczną obiektu i osób przebywających w Delegaturze (...) Oddziału Wojewódzkiego w G. W.. wraz z monitorowaniem systemu alarmowego wykonawca obowiązany był do uiszczenia wadium w wysokości zgodnie z zestawieniem na I część zamówienia kwotę 6.300 zł oraz na II część zamówienia kwotę 3.200 zł. Punkt 1 rozdz. IV SIWZ ustalał kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty, która została określona z uwagi na najniższą ofertę cenową na wykonywanie zamówionych usług. W rozdz. V w pkt. 2 lit. c) postanowiono, że w przypadku wyboru najkorzystniejszej oferty przedłożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako konsorcjum, przed zawarciem umowy zamawiający może żądać umowy regulującej współpracę wykonawców.

Pismem z dnia 2.12.2009 r. NFZ (...) Oddział Wojewódzki zwrócił się do J. Ś. o wyjaśnienie zaofiarowania rażąco niskiej ceny oraz o przedstawienie szczegółowej kalkulacji kosztów, w tym podania ilości pracowników, za pomocą których będzie świadczona usługa ze wskazaniem rodzaju stosunku umownego, który będzie wiązać wykonawcę z zatrudnionymi przez niego pracownikami. W odpowiedzi J. Ś. pismem z dnia 4.12.2009 r. przedstawił kalkulację kosztów stawki godzinowej uwzględniającą wszelkie koszty zatrudnienia pracowników oraz wpływ dofinansowania do wynagrodzeń z PFRON na zasadach określonych dla pracodawców z tzw. otwartego rynku pracy.

Pismem z dnia 21.12.2009 r. NFZ (...) Oddział Wojewódzki poinformował o wyborze oferty złożonej przez K. Firmę Ochrony Mienia (...) w G. W.. na obie części zamówienia, tj. wykonywanie usługi całodobowej ochrony fizycznej

obiekty i osób przebywających w (...) w Z. oraz ochrony fizycznej obiektu i osób przebywających w Delegaturze (...) w G. W.. wraz z monitorowaniem systemu alarmowego.

W trakcie jednego ze spotkań J. Ś. oznajmił (...) spółki (...), iż zamierza po raz kolejny wystartować w konkursie na ochronę (...) w G. W.. W rozmowie pozwany wskazał, iż w jego ocenie, aby wygrać konkurs na pierwszą część przetargu trzeba najprawdopodobniej złożyć ofertę co najmniej w wysokości 4,85 zł za roboczogodzinę. W dniu 10.12.2009 r. J. Ś. złożył ofertę przetargową w związku z ogłoszonym przez (...) w G. W.. zamówieniem na usługę ochrony osób i mienia, konwój gotówki i biletów, monitoringu kas biletowych oraz obiektów (...) w G. W.. Następnego dnia na otwarciu ofert w siedzibie zamawiającego zadzwonił do pozwanego jego pracownik z zapytaniem, czy wie że firma (...) również złożyła swoją ofertę.

Przedmiotem przetargu został podzielony trzy części. Usługa A dotyczyła ochrony osób i mienia (...) w G. W.. przy ul. (...) oraz Centrum (...) przy ul. (...) w G. W.. Przedmiotem usługi (...) był konwój gotówki i biletów (...) w G. W.. Usługa C dotyczyła monitoringu kas biletowych oraz obiektów. W dniu 21.12.2009 r. (...) spółka z o.o. w G. W.. zawiadomiła o wyborze najkorzystniejszych ofert. W wyniku oceny ofert, dokonanej w oparciu o kryterium ceny Komisja zawnioskowała o udzielenie zamówienia publicznego następującym wykonawcom: 1) na usługę A - (...) spółka cywilna w Z.; 2) na usługę (...) spółka z o.o. w G. W.; 3) na usługę „C” - Agencja (...) spółka z o.o. w P.. Członkowie Komisji powołanej przez (...) w G. W.. przyznali najwyższą punktację w zakresie usługi „A” (...) s.c. w Z., łącznie 100 punktów. Oferta złożona przez zwycięzcę opiewała na kwotę 147.630,43 zł. Drugą najwyższą notę otrzymał J. Ś., który uzyskał łącznie 96,91 punktów. Oferta na usługę A opiewała u niego na kwotę 152.342,06 zł.

Po rozstrzygnięciu przetargu B. H. (1) (pracownik pozwanego) ponownie zadzwoniła informując J. Ś., że konkurs na jedną z części przetargu wygrała firma (...), która zaoferowała za roboczogodzinę kwotę 4,70 zł. Po uzyskaniu tej informacji pozwany zdenerwowany zadzwonił do M. K.. Używając również wulgarnych słów powiedział, że tak nie postępują ludzie, którzy darzą się zaufaniem. Ponadto oznajmił, że nie widzi możliwości dalszej współpracy. W trakcie rozmowy M. K. oświadczył, że z uwagi na fakt, iż ta umowa jest tak ważna dla J. Ś. oni odstąpią od zawarcia tej umowy. Pozwany oczekiwał na spełnienie obietnicy przez M. K. do dnia 29.12.2009 r., w którym to dniu wspólnicy (...) zawarli umowę z (...) spółką z o.o. w G. W., o czym poinformowali go w rozmowie żądając jednocześnie podjęcia kroków związanych z wygranym konkursem organizowanym przez (...) w Z..

W dniu 14.12.2009 r. zostało rozstrzygnięte postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę całodobowej ochrony osób, obiektów i mienia zamawiającego Szpitala Wojewódzkiego Samodzielnego Publicznego ZOZ im. K. M. w Z.. Ogłoszony rozstrzygnięto w ten sposób, że wybrano najkorzystniejszą ofertę złożoną wspólnie przez: wspólników R. P. (1) i M. K. (1) oraz J. Ś. (1). W dniu 22.12.2010 r. została zawarta umowa o numerze (...) pomiędzy Szpitalem Wojewódzkim Samodzielnym Publicznym ZOZ im. K. M. w Z. a Konsorcjum składającego się z (...) s.c. M. K. (1), R. P. (1) oraz H. Firma Ochrony Mienia (...) w G. W.. Umowa w imieniu wykonawców została podpisana przez wspólników s.c. (...).

Pismem z dnia 30.12.2009 r., pełnomocnik (...) spółki (...), wezwał J. Ś. do realizacji zobowiązania wynikającego z zawartej umowy ze Szpitalem Wojewódzkim SP ZOZ im. K. M. w Z. poprzez potwierdzenie faktu gotowości jej wykonania w formie pisemnej, faxem lub mailem do dnia 30.12.2009 r. do godz. 13:00, jak również przesłanie potwierdzenia w formie pisemnej warunków współpracy w ramach Konsorcjum.

Pismem z dnia 22 grudnia 2009 r., po uprzednim wezwaniu do wyjaśnienia niskiej ceny oferty, M. K. (1) i R. P. (1) jako pełnomocnicy konsorcjum zostali poinformowani przez (...) spółkę z o.o. w J. o tym, że w postępowaniu o „Ochronę mienia” została wybrana najkorzystniejsza oferta „Konsorcjum firm M. K. (1), R. P. (1) (...) oraz J. Ś. (1) (...)”.

W rozmowie z pracownikiem zamawiającego A. M. pozwany powiedział, że w dniu 29.12.2009 r. wypowiedział pełnomocnictwo (...) spółki (...). Pismo zawierające jego oświadczenie z dnia 29.12.2009 r. wysłał w dniu 30.12.2009 r., pismo zostało doręczone 4.01.2010 r. M. K. i R. P., którzy stawili się w dniu 30.12.2009 r. na podpisanie umowy nie

byli zdziwieni, że zamawiający zna już stanowisko J. Ś.. Wspólnicy mieli przygotowane pismo, w którym oświadczyli o gotowości zawarcia umowy.

W dniu 23.12.2009 r. o godzinie 9:34 B. H. (1) wysłała na skrzynkę mailową firmy (...) pierwszy projekt umowy. W dniu 24.12.2009 r. o godz. 8:07 powodowie odesłali pozwanemu projekt umowy, po otrzymaniu jej przez pełnomocnika. W dniu 28.12.2009 r. o godz. 12:07 pracownica pozwanego B. H. przesłała poprawioną treść umowy, w której poprawki zostały zaznaczone zielonym kolorem. W odpowiedzi na ostatnią informację pozwanego, powodowie wiadomością wygenerowaną drogą elektroniczną z dnia 30.12.2009 r. o godz. 8:23 poinformowali pozwanego o akceptacji przedstawionego „wzoru umowy konsorcjum”. Pozwany poinformował (...) spółki (...) o cofnięciu pełnomocnictw za pośrednictwem faksu w dniu 30.12.2009 r. o godzinie 10:47.

Pismem z dnia 29.12.2009 r., nadanym telefaxem, J. Ś. (1) poinformował wspólników s.c. (...), że wobec braku porozumienia co do istotnych warunków umów konsorcjum dla realizowania przyszłych umów z Szpitalem Wojewódzkim w Z. oraz (...) w J. oświadczył, że wskutek nie podpisania umów konsorcjum cofa wspólnikom M. K. i R. P. „podającym się za Lidera wszystkie pełnomocnictwa do działania w imieniu i na rzecz K. Firmy Ochrony Mienia (...) w G.” oraz do reprezentacji w procedurze zamówień publicznych przedmiotem których jest: usługa ochrony osób, obiektów oraz mienia Szpitala Wojewódzkiego w Z. oraz usługa ochrony mienia Miejskiego Zakładu (...) w J..

W tym samym dniu, również za pomocą telefaksu, J. Ś. zawiadomił (...) spółkę z o.o. w J. o cofnięciu pełnomocnictwa dla firmy (...) s.c. podającej się za lidera Konsorcjum. Również pismem datowanym na 29.12.2009 r. zawiadomił NFZ (...) Oddział Wojewódzki w Z., że z uwagi na brak porozumienia z przyszłym partnerem nie doszło do zawarcia umowy Konsorcjum, wobec czego zmuszony jest wycofać ofertę. Pismem z dnia 29.12.2009 r. o powyższych okolicznościach poinformował również Szpital Wojewódzki SP ZOZ w Z..

Pismem z dnia 29.12.2009 r., doręczoną w tym samym dniu, pozwany wypowiedział spółce (...) umowę nr (...) z dnia 1.04.2009 r. dotyczącą podwykonania usługi polegającej na przewożeniu wartości pieniężnych (...) spółki z o.o. w P.. W tym samym dniu J. Ś. wypowiedział M. K. i R. P. umowę nr (...) z dnia 1.04.2009 r. dotyczącą przewożenia wartości pieniężnych (...) spółki z o.o. w Z..

Pismem z dnia 8.02.2010 r., pełnomocnik M. K. i R. P., wezwał J. Ś. do zapłaty kwoty 94.006,13 zł tytułem utraconych korzyści, na którą składają się kwoty: 34.742,52 zł w związku z cofnięciem pełnomocnictwa oraz nie przystąpienie do realizacji ochrony osób, obiektów oraz mienia Szpitala Wojewódzkiego SP ZOZ w Z.; 26.636,40 zł w związku z cofnięciem pełnomocnictwa dotyczącego przetargu ochrony mienia przez (...) spółkę z o.o. w J.; 22.454,04 zł w związku z nie podpisaniem przez J. Ś. (1) umowy na wykonywanie ochrony fizycznej obiektu i osób przebywających w NFZ (...) Oddziale Wojewódzkim w Z. oraz ochrony fizycznej obiektu i osób przebywających w Delegaturze (...) Oddziału Wojewódzkiego (...) w G. W.; 4.750 zł tytułem zwrotu utraconej części wadium; 5.423,17 zł tytułem kosztów jakie zostały poniesione tytułem przygotowania ofert.

W odpowiedzi na wezwanie, J. Ś. (1) pismem z dnia 22.02.2010 r. odmówił zapłaty wskazującego, że żądanie nie znajduje uzasadnienia w zaistniałym stanie faktycznym.

W oparciu o tak ustalony stan faktyczny Sąd Rejonowy uznał powództwo za nieuzasadnione.

Odnosząc się do twierdzeń powodów o zawarciu umowy konsorcjum wskazał, że powodowie nie naprowadzili żadnego dowodu, który wskazywałby kiedy doszło do zawarcia umowy, poza twierdzeniami zawartymi w piśmie procesowym z dnia 26.05.2011 r. gdzie wskazano, iż pozwany poinformował powodów o cofnięciu pełnomocnictw za pośrednictwem faksu w dniu 30.12.2009 r. o godzinie 10:47, a więc prawie dwie godziny po otrzymaniu wiadomości o zaakceptowaniu przez powodów wzoru pisemnej umowy konsorcjum, tj. 30.12.2009 r. o godz. 8:47. Z powyższego powodowie wywiedli, iż doszło do zawarcia umowy zgodnie z dyspozycją treści art. 61 k.c. w dniu 30.12.2009 r. o godz. 8:47. W tym kontekście Sąd pierwszej instancji wskazał na wymianę korespondencji elektronicznej stron dotyczącą ustalenia treści umowy konsorcjum. W dniu 23.12.2009 r. o godz. 9:34 pracownica pozwanego odesłała powodom pierwszy projekt umowy. W dniu 24.12.2009 r. o godz. 8:07 powodowie odesłali pozwanemu projekt umowy, po otrzymaniu

jej przez pełnomocnika. W dniu 28.12.2009 r. o godz. 12:07 pracownica pozwanego B. H. przesłała powodowi poprawioną treść umowy, w której poprawki zostały zaznaczone zielonym kolorem. W odpowiedzi na ostatnią informację pozwanego, powodowie wiadomością wygenerowaną drogą elektroniczną z dnia 30.12.2009 r. o godz. 8:23 poinformowali pozwanego o akceptacji przedstawionego „wzoru umowy konsorcjum”. W teście też wiadomości zwrócono się do pozwanego z prośbą o wyznaczenie terminu i miejsca podpisania umów w celu potwierdzenia uzgodnionych wcześniej warunków współpracy w ramach konsorcjum.

Sąd podniósł, że żadna ze stron nie kwestionowała dołączonej przez pozwanego korespondencji mailowej wraz z informacjami zwrotnymi o momencie wyświetlenia tychże wiadomości na skrzynce odbiorczej adresata. Co więcej z tychże dowodów powodowie wywodzili fakt związania strony umową. Z uwagi na fakt, iż strony porozumiewały się drogą elektroniczną w przedmiocie ustalenia finalnej treści umowy konsorcjum zastosowanie znajdzie dyspozycja § 2 art. 61 k.c. W niniejszej sprawie doszło do wymiany oświadczeń woli drogą elektroniczną. Oświadczenie takie uważa się za skutecznie złożone z chwilą, gdy doszło do odbiorcy w taki sposób, że mógł się zapoznać z jego treścią. W tym kontekście należy zauważyć, iż strona powodowa pomija, iż stanowisko pozwanego o woli niezawierania umowy było jej już wiadome w dniu 29.12.2009 r., gdzie pismem z tego samego dnia J. Ś. (1) wypowiedział umowy na podwykonawstwo, tj. umowy z 1.04.2009 r., które zostało doręczone R. P. w dniu 29.12.2009 r.

W ocenie Sądu pierwszej instancji istotne jest również rozważenie, czy została zawarta właściwa forma teście umowy. Powodowie konsekwentnie twierdzili, że umowa została zawarta w formie ustnej, jednocześnie przytoczyli argumentację w myśl, której strony zaczęły wiązać formą pisemną z chwilą złożenia oświadczenia o akceptacji poprawek, co nastąpiło wcześniej od złożonych wypowiedzeń pełnomocnictw. Analiza treści projektu umowy konsorcjum, zaakceptowana również przez powodów, prowadzi do wniosku, że strony przewidziały dla niej formę pisemną pod rygorem nieważności. Wniosek taki wynika z treści § 12 umowy, gdzie postanowiono że wszelkie zmiany umowy mogą być dokonywane za zgodą stron wyłącznie w formie pisemnej, pod rygorem nieważności. Skoro zatem strony dla wszelkich zmian treści teście umowy przewidziały formę pisemną pod rygorem nieważności, to również sama umowa musiała wola stron przybrać formę pisemną, co w istocie wynika z postanowienia zawartego w § 12. Sąd Rejonowy podkreślił, iż nie można wykluczyć sytuacji, w której strony przewidziały dla dalszych uzgodnień formę pisemną pod rygorem nieważności, zaś dla wcześniejszych postanowień umownych przewidziana została forma ustna. W istocie taki wniosek należałoby wywieść w przedmiotowym przypadku. Analiza treści tegoż projektu prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż nie zawiera ona w istocie postanowień najistotniejszych, a zatem kwestii podziału zysku pomiędzy stronami, podziału obowiązków (zważywszy na ilość konkursów – wymagającej szczegółowych uzgodnień), podziału kosztów ponoszonych w związku np. z zatrudnianiem osób. Sąd nie podziela jednocześnie twierdzeń powodów, iż to właśnie miejsca wykropkowane w przedmiotowych projektach umów przesłanych drogą mailową miały zawierać szczegółowe postanowienia. W istocie bowiem Sąd nie poznał tych postanowień, zaś w przypadku gdyby w rzeczywistości strony dokonały wszelkich uzgodnień, to powstaje pytanie dlaczego postanowienia mające charakter essentialia negotii nie znalazły swojego odzwierciedlenia w treści umowy. Ponadto twierdzenia strony powodowej należy ocenić również w kontekście zasad doświadczenia życiowego. Trudne do akceptacji jest stanowisko w myśl, którego strony zastrzegają dla dalszych postanowień formę pisemną pod rygorem nieważności, zaś najistotniejsze postanowienia umowy nie przybrały formy pisemnej.

Zaznaczenia także wymaga, iż również przesłany drogą mailową projekt umowy, który według twierdzeń powodów został przez nich zaakceptowany winien zostać oceniony na gruncie art. 78 § 1 k.c. Dyspozycją tego przepisu objęta jest również sytuacja, w której każda ze stron umowy osobno podpisuje inny egzemplarz dokumentu zawierającego oświadczenie woli tych stron, oraz sytuacja, w której każdy dokument zawiera oświadczenie woli jednej strony i tylko przez nią jest podpisany. W tych sytuacjach do zawarcia umowy potrzebna jest wymiana tych dokumentów. W aktach brak jest zaś dokumentów na których znajdują się podpisy stron.

Z powyższego wywieść należy jednak kluczowy dla niniejszej sprawy wniosek, iż do umowy konsorcjum pomiędzy stronami nie doszło. W ocenie Sądu wniosek taki nie wpływa nie tyle z faktu nie zachowania właściwej formy, ale przede wszystkim z faktu, iż strony przewidziały dla niej formę pisemną, a wcześniejsze ustalenia miały jedynie charakter wstępnych rozmów dotyczących przyszłej współpracy. Sąd w tej mierze dał w pełni wiarę twierdzeniom

pozwanego, który konsekwentnie podnosił, iż strony w momencie składania ofert na kolejne przetargi nie były jeszcze związane umową konsorcjum. W ocenie Sądu stanowisko pozwanego koreluje ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym. Wymaga tutaj zaznaczenia, iż wymiana korespondencji elektronicznej dotycząca ustalenia treści umowy konsorcjum rozpoczęła się w dniu 23.12.2012 r., a zatem dwa dni po zawiadomieniu przez (...) w G. W.. o wyborze najkorzystniejszej oferty. Od tego momentu powodowie podjęli kroki celem zawarcia umowy konsorcjum.

Sąd nie podzielił również stanowiska strony powodowej zgodnie, z którym nie było potrzeby regulowania szczegółowo podziału praw i obowiązków stron umowy z uwagi na fakt, iż te kwestie były już uregulowane w specyfikacjach do ogłaszanych przetargów. W związku jednak z tak forowanym poglądem Sąd odniósł się do oceny postanowień poszczególnych specyfikacji. I tak w pierwszej kolejności należało ocenić SIWZ sporządzonego przez (...) w Z.. W załączniku 2 do SIWZ jest podział zamówienia na dwie części, tj. wykonywanie usługi całodobowej ochrony fizycznej obiektu i osób przebywających w (...) w Z. oraz wykonywanie usługi ochrony fizycznej obiektu i osób przebywających w Delegaturze (...) w G. W.. wraz z monitorowaniem systemu alarmowego. Z analizy SIWZ sporządzonej przez zamawiającego Szpital Wojewódzki SP ZOZ im. K. M. w Z. wynika, że przedmiotem zamówienia są usługi ochrony osób, obiektów oraz mienia zamawiającego. Szczegółowe wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia określone zostały w załącznikach nr 2, 4, 5, 6 oraz 7 do SIWZ. Sąd nie dysponował tymi dokumentami, albowiem strona powodowa nie zawnioskowała o przeprowadzenie dowodu z tychże dokumentów. Nie można zatem odnieść się do argumentu, iż ta Specyfikacja w sposób szczegółowy wskazuje na podział obowiązków stron umowy konsorcjum. Sąd zbadał również treść SIWZ ustalonego przez (...) w J.. Podsumowując, w ocenie Sądu wszystkie te Specyfikacje mają charakter ogólny, są adresowane do wszystkich podmiotów składających swoją ofertę w procedurze przetargowej. Przyjmowanie zatem, iż postanowienia tychże Specyfikacji w sposób szczegółowy regulują podział zysków, kosztów, ryzyka inwestycyjnego, wzajemnej odpowiedzialności kontrahentów nie znajduje oparcia po zbadaniu treści tychże dokumentów. W przypadku Specyfikacji sporządzonej przez (...) w Z. istnieje możliwość ustalenia zakresu obowiązków stron, przy założeniu, że powodowie mieli przejąć część zamówienia dotyczącego ochrony obiektów Oddziału (...) w Z., zaś pozwany do ochrony obiektu Delegatury NFZ w G.. Wolą strony powodowej było jedynie wytoczenie procesu odszkodowawczego w zakresie niedoszłego wykonania przetargu ogłoszonego przez (...) w Z.. Powodowie konsekwentnie jednak twierdzili, iż umowa konsorcjum obejmowała trzy przetargi. Zaznaczyć również należy, że to na stronie powodowej ciąży obowiązek wykazania istnienia tejże umowy. Całościowa zatem ocena wszystkich Specyfikacji prowadzi do wniosku, iż nie mogły one być uznane za element jednej umowy konsorcjum, w której strony w sposób drobiazgowy uregulowały swoje prawa i obowiązki.

Również fakt, iż w organizowanych konkursach strony występowały jako konsorcjum oraz udzieliły sobie stosownych pełnomocnictw nie może prowadzić bezwarunkowo do wniosku, że strony zawarły umowę konsorcjum. Oceny tego postępowania nie można bowiem dokonywać w oderwaniu od całego kontekstu sprawy. Strony pozostawały ze sobą w stałych stosunkach koleżeńsko-gospodarczych. Wspólnie doszli do porozumienia, że wystartują w organizowanych przetargach. Godzi się zauważyć, że żaden z zamawiających nie przewidywał obowiązku przedłożenia umowy konsorcjum już na etapie składania oferty. Było to znaczne ułatwienie dla stron, albowiem przed złożeniem tych oferty strony nie zawierały jakiegokolwiek umowy. Sąd Rejonowy w tym miejscu dał wiarę wyjaśnieniom pozwanego, który wskazywał jedynie na wstępne ustalenia stron oraz zamiar zawarcia takiej umowy po rozstrzygnięciu konkursów. Stanowisko pozwanego koresponduje ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym, a w szczególności podjęciem przez strony aktywności mających na celu zawarcie umowy dopiero po rozstrzygnięciu przetargów.

W ocenie Sądu Rejonowego udzielenie umocowania jest niezależne od istnienia stosunku podstawowego. Prowadzi to do wniosku, że udzielenie pełnomocnictw nie skutkuje bezwarunkowym przyjęciem, że strony łączy jakiś stosunek obligacyjny będący podstawą złożonych umocowań.

Sąd Rejonowy rozważył również sytuację, w której założył, że doszło do zawarcia umowy konsorcjum, a zatem że strony był już związane umową w momencie złożenia przez pozwanego oferty w ramach ogłoszonego zamówienia publicznego. W tym kontekście ocenił postępowanie pozwanego, który wypowiedział pełnomocnictwa udzielone powodom oraz wycofał się z przetargów. Wymaga przypomnienia, iż z twierdzeń strony powodowej wynika, że strony łączyła umowa konsorcjum zawarta na czas nieokreślony bez możliwości jej wcześniejszego wypowiedzenia.

Analizy zatem wymagała kwestia, czy pozwany miał możliwość wypowiedzenia umowy w przypadku nielojalnego postępowania powodów. W tym kontekście Sąd rozważył obowiązek lojalności w stosunkach obligacyjnych, a w szczególności czy takowy istnieje w przypadku umowy konsorcjum. Co prawda, powód M. K. wyraził na rozprawie 19.12.2012 r. stanowisko, iż umowa konsorcjum oparta jest na zgodnych oświadczeniach woli, nie zaś na obowiązku lojalności, jednakże stanowisko to nie zwalniało Sądu od oceny, czy strony postępowały wobec siebie lojalnie. Biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy Sąd przyjął, przy założeniu, że umowa konsorcjum została zawarta, że strony swoim postępowaniem postąpiły nielojalnie wobec pozwanego startując w konkursie organizowanym przez (...) spółkę z o.o. w G. W.. Ustalił, iż strony były w stałych kontaktach, czego efektem było między innymi wspólne wystartowanie w trzech przedmiotowych przetargach. Nie ma podstaw do odmowy wiarygodności wyjaśnieniom pozwanego, który konsekwentnie podnosił o wzajemnych zaufaniu oraz panujących relacjach koleżeńskich pomiędzy stronami. Sąd dał wiarę pozwanemu, który wskazywał na fakt pomocy powodowi przy rozpoczynaniu przez nich swojej samodzielnej działalności gospodarczej. Pomoc ta była znaczna, albowiem J. Ś. (1) zawierając umowy z (...) spółką z o.o. w P., (...) spółką z o.o. w Z. oraz UDT Oddziałem w Z. kierował się jedynie chęcią pomocy pozwanym, którzy byli faktycznymi wykonawcami tychże umów. Pozwany pomimo tego, że formalnie był stroną tych umów nie osiągał z tego tytułu żadnych dochodów, albowiem otrzymane wynagrodzenie przekazywał pozwanym. Ten rodzaj współpracy, w której beneficjentami w zasadzie byli powodowie trwał również po uzyskaniu przez nich koncesji umożliwiającej samodzielnie wykonanie tychże usług z tą zmianą, że strony zawarły formalną umowę na podwykonawstwo. Nie bez znaczenia dla oceny wzajemnych relacji stron był fakt, iż pozwany odstąpił na wyraźną prośbę powodów od startowania w konkursach organizowanych przez (...) w S. Krajeńskich, czy też właściciele prywatnego tartaku w D.. Również pozwany korzystał z pomocy powodów, którzy posiadali doświadczenie oraz kontakty zdobyte w swojej wcześniejszej pracy dotyczące wykonywania usług sprzątanania. Te relacje doprowadziły J. Ś. do przekonania, iż łączą ich relacje koleżeńskie i związana z tym nieć zaufania.

Sąd Rejonowy nie podzielił twierdzeń powodów, którzy oceniając zachowanie pozwanego związane z nagłym wypowiedzeniem pełnomocnictw wskazują na jego irracjonalne zachowanie, którego oni nie potrafią wyjaśnić. W przekonaniu Sądu zachowanie pozwanego należy ocenić na trzy sposoby. Pierwsze, że jego zachowanie było irracjonalne, drugie – oparte na błędnej ocenie zdarzeń oraz trzecie – słuszne w kontekście zaistniałych zdarzeń. W przekonaniu Sądu postępowanie J. Ś. nie można ocenić jako pozbawione racji, czy też oparte na błędnej ocenie przesłanek, tj. o mylnym przekonaniu o nielojalności powodów względem niego. W tym zakresie zbadania wymagały realia zaistniałych zdarzeń, które doprowadziły pozwanego do nagłego zakończenia współpracy z powodami. Pozwany będący w przekonaniu o istnieniu więzi zaufania łączących go z powodami poinformował ich o zamiarze startowania w przetargu organizowanym przez (...) w G. W.. oraz kwocie, która może dać szansę na jego wygranie. Gdyby J. Ś. nie miał pewności co do wzajemnego zaufania z całą pewnością nie podzieliłby się informacją jaką stawkę proponuje, w szczególności w sytuacji gdy jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty jest cena. Nie ma znaczenia zaś to, iż (...) spółki (...) zatrudniali na terenie G. W.. pracownika odpowiedzialnego za wyszukiwanie ofert i ewentualne ich składanie. Zdaniem Sądu proste przyjęcie, iż na terenie G. W.. powodowie zatrudniali pracownika świadczy o możliwości składania wszelkich ofert bez konsultacji z pozwanym nie jest do zaakceptowania. Zasady doświadczenia życiowego nie pozwalają na przyjęcie, iż pracownik powodów mógłby złożyć ofertę bez konsultacji ze swoim pracodawcą. Co więcej złożenie każdej takiej oferty z całą pewnością musi być poprzedzone m.in. analizą ekonomiczną. Powodowie składając ofertę w przetargu organizowanym przez (...) w G. W.. wiedzieli o złożonej przez pozwanego ofercie oraz wysokości zaproponowanej przez niego ceny za roboczogodzinę. Do takiego wniosku prowadzi również analiza dokumentacji przetargowej prowadzonej przez (...) w G. W.. W zakresie usługi „A, w której startowali zarówno powodowie jak i pozwany zwycięzcy złożyli ofertę na kwotę 147.630,43 zł. Drugą pod względem cenowym ofertę złożył J. Ś. (1) opiewającą na kwotę 152.342,06 zł. Trzecią ofertę pod kątem tego kryterium złożyła firma (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialności w P., który zaferował wykonanie usługi za wynagrodzeniem w wysokości 168.989,73 zł. Powyższe skłania do wniosku, iż zachowanie M. K. i R. P. było zachowaniem nielojalnym wobec J. Ś. (1), który w przypadku gdyby nie darzył powodów zaufaniem nie powiedziałby im jaką ofertę zamierza złożyć. Dodał także, że zachowanie pozwanego, który po odczekaniu czasu na odstąpienie przez pozwanych od zawarcia umowy przez powodów z (...) w G. W.. podjął kroki mające na celu zakończenie wszelkiej współpracy łączącej go ze współnikami s.c. (...) znajduje swoje racjonalne uzasadnienie również w świetle zasad doświadczenia życiowego. Trudno przyjąć,

aby osoba w dojrzałym wieku, prowadząca poważną działalność gospodarczą kierowała się jedynie nieuzasadnionymi emocjami. Reasumując, zachowanie pozwanego, który wypowiedział pełnomocnictwa powodowi, zakończył również współpracę, w której zlecił powodowi jako podwykonawcom usługi konwojowania było uzasadnione i miało oparcie w świetle ustalonego zachowania powodów.

Analizując istotę umowy konsorcjum Sąd Rejonowy zauważył, że skąpe informacje oraz brak przedmiotowej umowy konsorcjum uniemożliwia w sposób ostateczny ustalenia jaki kształt strony chciały nadać tej umowie. Analiza przesyłanego projektu, który nie zawiera jednak postanowień relewantnych, prowadzi do wniosku, iż nie było intencją stron wyposażenie konsorcjum w majątek, brak jest również ustaleń dotyczących ponoszonych przez strony kosztów, czy też podziału zysków. Co prawda pozwany na rozprawie w dniu 30.03.2011 r. wyjaśnił, iż przy przetargach mieli się dzielić „pół na pół”, jednakże takie ustalenia należało ocenić jako wstępne uzgodnienia stron. Nie ma sporu co do tego, że różny miał być zakres obowiązków stron np. przy wykonywaniu obowiązków przy ochronie obiektów (...) w Z.. Różny byłby również rozkład ciężarów z tym związany. Stwierdzenie zatem, iż strony będą się dzielić po połowie można uznać jedynie jako wstępne uzgodnienia, które miały zostać szczegółowo uregulowane w zawartej pisemnej umowie konsorcjum. Fakt, iż umowa konsorcjum w świetle art. 353¹ k.c. umożliwia dużą swobodę co do sposobu konstruowania wzajemnych relacji, w tym obowiązków i praw, nie zwalnia strony wywodzącej z tego tytułu skutki prawne od ich wykazania, w szczególności gdy druga strona kwestionuje te fakty.

Sąd uznał za wiarygodne, ale nie wnoszące wiele do sprawy zeznania świadka U. R. (1), która jako pracownik (...) w Z. była odpowiedzialna za koordynowanie przetargu. Świadek potwierdziła, że na moment składania wniosku nie było wymogu składania umowy konsorcjum. Za wiarygodne należało również uznać zeznania świadka A. M. odpowiedzialnej za tryb przetargowy organizowanym przez (...) sp. z o.o. w J.. Również ten świadek wskazał, iż nie było na wstępnym etapie wymogu dołączania oferty do umowy konsorcjum lub jakiegoś innego dokumentu regulującego współpracę. Godzi się zauważyć, iż świadek wskazała, że M. K. i R. P. stawiając się w dniu 30.12.2009 r. na podpisanie umowy z (...) w J. nie byli zaskoczeni stanowiskiem J. Ś. (1), które dotarło już do zamawiającego. Powodowie stawiając się w siedzibie zamawiającego mieli przygotowane pisemne oświadczenie o gotowości zawarcia umowy. W tym kontekście Sąd poddał pod wątpliwość wiarygodność wyjaśnień M. K., który wskazał, iż o wypowiedzeniu pełnomocnictw przez pozwanego dowiedział się on w siedzibie (...) w J. Twierdzenia pozwanego pozostają w sprzeczności z zeznaniami świadka, która wskazała na brak zaskoczenia współników oraz przygotowane oświadczenie pisemne o gotowości zawarcia umowy. Za rzetelne Sąd uznał również zeznania świadka B. H. (1), będącej pracownikiem pozwanego. Jej zeznania korelują z wyjaśnieniami pozwanego, przy czym przy ocenie tych zeznań Sąd musiał mieć bardziej krytyczne spojrzenie z uwagi na łączące świadka stosunek zależności służbowej z pozwanym. Okoliczność ta nie mogła jednak automatycznie wykluczyć jej zeznań. B. H. przedstawiła stan faktyczny, który był zbliżony z tym, który przedstawił pozwany. W ocenie Sądu zeznania te były szczególnie cenne w aspekcie relacji oraz wzajemnych zasad współpracy pomiędzy stronami, a zatem m.in. nie konkurowania ze sobą oraz informowania powodów o konkursach, w których startowali. Sąd odmówił również wiarygodności wyjaśnieniom powodów, którzy wskazywali że nie rozmawiali z pozwanym o tajemnicach oraz o przetargach, w których brali udział. Powód M. K. wskazał, iż relacje pomiędzy stronami miały charakter przyjacielski, a spotkania miały miejsce raz na dwa tygodnie. W przekonaniu Sądu pierwszej instancji twierdzenia M. K. są w tej mierze nieprawdziwe. Znajomość stron wynikała właśnie z faktu wykonywania tożsamej działalności. Analiza twierdzeń powodów w kontekście zasad doświadczenia życiowego skutkuje jednoznacznym stwierdzeniem, iż istnieje bardzo niewielkie prawdopodobieństwo, że strony w trakcie spotkań w ogóle nie poruszali tematu przetargów, w których brali udział, czy też proponowanych cen.

Odnosząc się do wysokości odszkodowania dochodzonego w pozwie Sądu Rejonowy podniósł, że jedynie roszczenie o zwrot połowy utraconej części wadium wpłaconej w ramach przetargu ogłoszonego przez (...) w Z. w wysokości 4.750 zł zostało wykazane. Nie została przez stronę powodową wykazana wysokość roszczenia w pozostałej części, tj. odnośnie kwoty 22.454,04 zł stanowiącej połowy jaki strony miały osiągnąć z realizacji umowy (...) w Z.. Wskazana przez stronę powodową kwota nie uwzględnia kosztów jakie z całą pewnością wiązałyby się z wykonywaniem tejże umowy. Strona powodowa pomimo ciężącego na niej ciężaru dowodowego w tym zakresie wysokości roszczenia w tym zakresie nie wykazała.

Powódka wniosła apelację od powyższego wyroku zaskarżając go w całości oraz zarzucając mu:

I. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 353¹ k.c., poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, w wyniku:

1) przyjęcia przez ten Sąd, że nie doszło do zawarcia ustnej umowy konsorcjum, bowiem strony nie uzgodniły istotnych elementów tej umowy, podczas gdy:

a) umowa konsorcjum nie jest umową nazwaną i jej interpretacja winna opierać się o treść art. 353¹ k.c.,

b) w świetle niekwestionowanego stanowiska doktryny i judykatury umowa konsorcjum jest porozumieniem zawierającym w celu osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego, co oznacza, że konsorcjanci zobowiązują się do działań i świadczeń zmierzających do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego, a do istotnych elementów umowy konsorcjum zalicza się oznaczenie podmiotów tworzących konsorcjum, oznaczenie celu gospodarczego i wskazanie działań, którymi konsorcjanci chcą ten cel osiągnąć,

c) w świetle wynikającej z przepisu art. 353¹ k.c. zasady swobody umów, członkowie konsorcjum mają prawo do samodzielnego i dowolnego kształtowania stosunków obowiązujących wewnątrz konsorcjum,

a zatem uwzględniając treść zeznań stron, dokumentów zgromadzonych w toku postępowania sądowego, w tym udzielonych pełnomocnictw, przygotowanych i złożonych ofert (w tym zawartych w nich oświadczeń), wpłaconego wadium, składanych zamawiającym pisemnych oświadczeń w toku rozpatrywania ofert, jak również niekwestionowanych przez pozwanego twierdzeń współników powoda, dotyczących uzgodnionych do realizacji w ramach konsorcjum celów gospodarczych, podziału zadań związanych z przygotowaniem ofert i reprezentacją konsorcjum oraz podziałem przyszłego zysku, oczywistym jest, że strony wspólnie zawarły ustną umowę konsorcjum, w ramach której ustaliły, iż utworzone przez nie konsorcjum przystąpi do trzech przetargów, w celu podjęcia wspólnej realizacji zadań gospodarczych, wynikających z przedmiotu ogłoszonych przetargów, określiły liderów w poszczególnych przetargach, zakres ich obowiązków i praw w zakresie przygotowania ofert, reprezentowania konsorcjum oraz określiły sposób podziału przyszłych zysków;

2) przyjęcia przez Sąd I instancji, że dokonane przez strony ustalenia, w postaci wspólnego przystąpienia do trzech przetargów, w celu wspólnej realizacji zadań gospodarczych, wynikających z przedmiotu ogłoszonych przetargów, określenia liderów konsorcjum w poszczególnych przetargach, zakresu ich obowiązków i praw w przedmiocie reprezentowania obu umawiających się stron oraz określenie sposobu podziału przyszłych zysków, stanowiło:

a) inne niż umowa konsorcjum, porozumienie co do wspólnego wystartowania w trzech ogłoszonych przetargach - stanowisko takie Sąd I instancji przedstawił w części uzasadnienia wyroku obejmującej ustalenia faktyczne, co nie przeszkodziło Sądowi I instancji, aby w dalszej części uzasadnienia wyroku stwierdzić, że były to:

b) jedynie wstępne rozmowy dotyczące przyszłej współpracy, bowiem uzgodnienia te nie obejmowały istotnych elementów charakterystycznych dla umowy konsorcjum, w postaci (jak określił to Sąd I instancji) „drobiazgowego uregulowania” podziału zysków, kosztów, ryzyka inwestycyjnego oraz wzajemnej odpowiedzialności, z jednoczesnym nie wyjaśnieniem co Sąd I instancji rozumie pod pojęciem „drobiazgowego uregulowania” i jaki powinien być zakres tego uregulowania oraz co rozumie pod pojęciem „ryzyka inwestycyjnego” i jaki powinien być zakres jego uregulowania:

- pomijając, że w świetle niekwestionowanego stanowiska doktryny i judykatury, do istotnych elementów umowy konsorcjum zalicza się oznaczenie podmiotów tworzących konsorcjum, oznaczenie celu gospodarczego, wskazanie działań, którymi konsorcjanci chcą ten cel osiągnąć, które to elementy zawierały ustalenia stron poczynione przed udzieleniem pełnomocnictw, sporządzeniem i złożeniem ofert oraz rozstrzygnięciem wszystkich trzech postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, oraz

- nie wyjaśniając, dlaczego według Sądu I instancji umowa konsorcjum wymaga tak szczegółowego uregulowania;

II. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 58 § 1 i 3 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c., wskutek ich niezastosowania, a w konsekwencji nieustalenia, że ustna umowa konsorcjum była ewentualnie nieważna jedynie w części obejmującej przetargi ogłoszone przez (...) sp. z o.o. w J. oraz Szpital Wojewódzki SP ZOZ w Z. - zakładając że te ustalenia Sądu są prawidłowe z czym powód się nie zgadza - z jednoczesnym ustaleniem przez Sąd I instancji, iż Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia sporządzona przez (...) dawała możliwość ustalenia zakresu obowiązków stron, przy założeniu, że powodowie mieli realizować część zamówienia dotyczącego ochrony obiektów NFZ w Z., zaś pozwany ochronę obiektu Delegatury NFZ w G. W., przy czym założenie to było uzgodnione między stronami w ramach zawartej ustnej umowy konsorcjum, co w swoich zeznaniach potwierdził zarówno pozwany J. Ś. (1), jak i współnicy powodowej spółki, zatem była to okoliczność niesporna;

III. naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 233 § 1 k.p.c., poprzez dowolną a nie swobodną ocenę materiału dowodowego, w wyniku przyjęcia przez ten Sąd, że:

1) pełnomocnictwa udzielone przez strony, wskazujące osobę lidera konsorcjum w poszczególnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w których określono prawa i obowiązki tych liderów, nie skutkują bezwarunkowym przyjęciem, że strony łączył jakiś stosunek obligacyjny, będący podstawą złożonych umocowań, z jednoczesnym nie wyjaśnieniem - dlaczego Sąd I instancji odmówił mocy dowodowej pełnomocnictwom udzielonym liderom konsorcjum poszczególnych przetargów, w szczególności pełnomocnictwu udzielonemu pozwanemu przez powodów, w oparciu, o które pozwany składał oświadczenia jako lider w imieniu konsorcjum, w zakresie w jakim potwierdzały one istnienie między stronami stosunku obligacyjnego w postaci umowy konsorcjum;

2) powodowie nie wykazali, iż między stronami doszło do ustalenia istotnych elementów umowy konsorcjum, podczas gdy z zeznań stron, dokumentów zgromadzonych w toku postępowania dowodowego, udzielonych pełnomocnictw, złożonych ofert, składanych oświadczeń przez liderów w ramach toczących się postępowań oraz niekwestionowanych przez pozwanego twierdzeń powodów, jednoznacznie wynikało, że strony wspólnie ustaliły, iż w ramach ustnej umowy konsorcjum przystąpią do trzech przetargów, w celu podjęcia wspólnej realizacji zadań gospodarczych, wynikających z przedmiotu ogłoszonych przetargów, określiły liderów konsorcjum w poszczególnych przetargach, zakres ich obowiązków i praw w zakresie reprezentowania konsorcjum oraz określiły sposób podziału przyszłych zysków, co oznacza, że strony ustaliły istotne elementy umowy konsorcjum, która w świetle niekwestionowanego stanowiska doktryny i judykatury jest porozumieniem zawartym w celu osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego;

3) strony łączyły wyłącznie stosunki mające charakter relacji koleżeńsko-gospodarczych, z jednoczesnym pominięciem okoliczności faktycznych jednoznacznie wskazujących na to, że strony łączyły też relacje gospodarcze w postaci pomocy przy realizacji usług ochrony na rzecz (...), (...), (...), dostarczania po korzystnych cenach środków czystości, a ostatecznie również wspólnego wystartowania w trzech przetargach, które w każdym z ww. przypadków przybierały postać konkretnego stosunku cywilno-prawnego, a mianowicie: trzech umów na świadczenie usług podwykonawstwa, umów sprzedaży środków czystości, czy ostatecznie umowy konsorcjum;

4) pozwany w ramach umów na świadczenie usług podwykonawstwa - w całości oddawał pozwanym wynagrodzenie otrzymywane od (...), (...), (...), gdy tymczasem były to umowy odpłatne (pozwany nie oddawał całego wynagrodzenia powodom), co jednoznacznie wynika z porównania dowodów w postaci umów zawartych przez pozwanego z (...), (...), (...), z umowami na podwykonawstwo zawartymi między pozwanym i powodem, co wskazuje na fakt, że Sąd I instancji nie przeprowadził prawidłowego dowodu z tych umów, wskutek czego dał wiarę zeznaniom pozwanego, choć pozwany zeznał w tym zakresie nieprawdę, zarówno na rozprawie w dniu 20.03.2012 r., jak i w dniu 19.12.2012 r.;

5) pominięcia dowodów z zeznań powodów i danie wiary przez Sąd I instancji w całości zeznaniom pozwanego, w tym że nie wiedział czym jest konsorcjum, pomimo, że:

a) pozwany jest doświadczonym przedsiębiorcą i byłym oficerem policji, który zgodził się właśnie w ramach konsorcjum przygotować i złożyć oferty w ramach trzech przetargów o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji wykonywać w ramach konsorcjum umowy, które ewentualnie mogły zostać podpisane z zamawiającymi, udzielił współnikom powoda pełnomocnictw w ramach utworzonego konsorcjum oraz składał oświadczenia woli (...) Oddziałowi Wojewódzkiemu (...), że działa w imieniu utworzonego konsorcjum,

b) pozwany dwukrotnie słuchany jako strona zeznał nieprawdę w zakresie nieuzyskiwania wynagrodzenia w ramach umów na podwykonawstwo, w zakresie przebiegu rozmowy ze świadkiem U. R. (1) na temat nie przystąpienia do podpisania umowy z NFZ, jak również zmienił zeznania w zakresie wysokości stawki na przetarg w (...) G. W.. i rzekomych okoliczności jej ujawnienia;

6) strony porozumiały się w zakresie nie prowadzenia wobec siebie działalności konkurencyjnej, poprzez nie składanie ofert w tych samych postępowaniach przetargowych oraz informowania się o stosowanych stawkach w przetargach, co zdaniem Sądu I instancji nie zostało przez powodów zrealizowane, w wyniku złożenia oferty w przetargu organizowanym przez (...) w G. W., po rzekomym poinformowaniu powodów przez pozwanego o zastosowanych przez niego stawkach w tym przetargu, których to ustaleń Sąd I instancji dokonał w wyniku bezkrytycznego uwzględnienia zeznań pozwanego oraz bezkrytycznego uwzględnienia zeznań świadka B. H. (1), która będąc pracownikiem pozwanego w znacznej mierze posiadała wiedzę na temat sporu w niniejszej sprawie oraz twierdzeń podnoszonych przez pozwanego z rozmów prowadzonych z samym pozwanym jako jej szefem (oświadczenie złożone w trakcie przesłuchania w charakterze świadka), z jednoczesnym:

a) pominięciem zeznań powodów w tym zakresie, którzy konsekwentnie twierdzili, że strony nie dokonały ww. ustaleń,

b) z nieuwzględnieniem okoliczności, że z zeznań pozwanego wynikało, iż to jedynie pozwany informował powodów o stosowanych przez siebie stawkach (co zresztą w ocenie powodów jest sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego, bowiem trudno przyjąć, że pozwany jako były oficer policji i wieloletni przedsiębiorca w branży ochroniarskiej miałby jakkolwiek powód czy korzyść w informowaniu współników powoda o stosowanych przez siebie stawkach),

c) pominięciem okoliczności, że powodowie nieprzerwanie od czerwca 2008 r. utrzymują swojego przedstawiciela handlowego na terenie G. W., co wyraźnie podkreślał w swoich zeznaniach współnik powoda M. K. oraz co potwierdził również współnik powoda R. P. i sam pozwany, co mając na uwadze zasady logiki, prawidłowej gospodarki i doświadczenia życiowego oznacza, że nie mogli oni zobowiązać się do nie składania ofert konkurencyjnych wobec pozwanego w północnej części województwa (...) (naturalnego obszaru działania pozwanego), bowiem utrzymywanie przedstawiciela handlowego na terenie, na którym nie zamierza się podejmować jakiegokolwiek działalności byłoby zupełnie niezrozumiałe, nielogiczne i nieekonomiczne,

d) pominięciem zeznań pozwanego i współnika powoda M. K. (1), z których jednoznacznie wynika, że strony dokonały jedynie uzgodnień dotyczących przetargów, które prowadzone były przez (...) w S. Krajeńskich oraz przez właścicieli tartaku w D., gdzie współnicy powoda wyraźnie poprosili pozwanego o nieskładanie oferty, jak również w przypadku przetargu ogłoszonego przez firmę (...), gdzie pozwany poprosił współników powoda o nie składanie oferty, oraz zeznań pozwanego złożonych na rozprawie, z których wynika, że pozwany w 2009 r. startował w znacznie większej liczbie przetargów niż wskazane powyżej;

7) podczas jednego ze spotkań pozwany poinformował powodów o złożeniu oferty w przetargu organizowanym przez (...) w G. W.. podając warunki finansowe w niej zawarte, podczas gdy:

a) powodowie konsekwentnie kwestionowali ww. okoliczność,

b) pracownik pozwanego składał ofertę w ww. przetargu dopiero w dniu otwarcia ofert 11.12.2009r. - co zeznał sam pozwany,

c) w ramach pierwszego przesłuchania pozwany zeznał „Ja osobiście powiedziałem powodom cenę z mojej oferty. Ja mówiłem, że trzeba dać cenę 4,80 zł za godzinę”, natomiast w trakcie drugiego zeznania pozwany stwierdził „Analizując kwotę za jaką firma wygrała w poprzednim roku stwierdziłem, żeby tam wygrać należy, złożyć ofertę co najmniej 4,85 za roboczogodzinę”, co oznacza, że oba zeznania różnią się nie tylko co do podanej ceny za roboczogodzinę, ale również co do okoliczności w jakich cena została ustalona, w pierwszym przypadku jest to cena wprost z oferty pozwanego, w drugim szacowana cena w oparciu o doświadczenie pozwanego, a ponadto, w odpowiedzi na pozew pozwany wyraźnie stwierdził, że „w trakcie jednego ze spotkań stron została poruszona kwestia przetargu w (...) w G.. Pozwany poinformował powodów, iż złożył ofertę i żeby wygrać to trzeba będzie zaoferować cenę za 1 rbg poniżej 4,85 zł”; z tak rozbieżnych zeznań pozwanego i jego twierdzeń, Sąd I instancji wyciągnął wniosek, że pozwany poinformował powodów na jaką kwotę składa ofertę,

d) pozwany nie uzgadniał z powodami, że oni nie będą składać oferty na (...) w G. W., jak miało to miejsce w przypadku uzgodnień stron dotyczących przetargów, które prowadzone były przez (...) w S. Krajeńskich oraz przez właścicieli tartaku w D., gdzie wspólnicy powodowej spółki wyraźnie poprosili pozwanego o nieskładanie oferty, jak również w przypadku przetargu ogłoszonego przez firmę (...), gdzie pozwany poprosił wspólników powodowej spółki o nie składanie oferty;

8) w ramach ewentualnie zawartej umowy konsorcjum wspólnicy powodowej spółki zobowiązani byli do zachowania lojalności wobec pozwanego, poprzez:

a) nie podejmowanie działań konkurencyjnych, które mogłyby zakłócić osiągnięcie zamierzonych w ramach konsorcjum celów gospodarczych,

b) podejmowanie działań dla osiągnięcia wspólnych celów gospodarczych, w tym przede wszystkim wykorzystywanie wiedzy i umiejętności dla dobra konsorcjum,

c) zachowanie tajemnic zawodowych, uzyskanych w ramach współpracy w konsorcjum,

d) unikanie postaw szkodzących renomie konsorcjum,

co zdaniem Sądu I instancji nie zostało przez powodów zrealizowane wskutek złożenia oferty w ramach przetargu zorganizowanego przez (...) w G. W., przy czym na uwagę zasługuje fakt, że ustaleń tych Sąd I instancji dokonał w oparciu o treść obowiązku lojalności wynikającego z umowy agencyjnej, z pominięciem oczywistego faktu, że obowiązek lojalności stanowi cechę szczególną, odróżniającą umowę agencyjną od innych stosunków obligacyjnych, gdyż w odniesieniu do żadnej z pozostałych umów zobowiązaniowych (nawet spółki cywilnej) ustawodawca nie wprowadził wprost analogicznego uregulowania, jak również z pominięciem bezspornych w niniejszej sprawie okoliczności, że obie umawiające się strony działały w tej samej branży na tym samym terenie, a umowa konsorcjum obejmowała jedynie realizację trzech celów gospodarczych, co tym samym oznacza, że poza realizacją tych celów gospodarczych strony nie zrzekły się prawa do prowadzenia indywidualnej działalności w branży i na obszarze, w których ich przedsiębiorstwa działały, co przy uwzględnieniu zasad doświadczenia życiowego prowadzi nieuchronnie do twierdzenia, że poza ramami konsorcjum prowadzone przez strony przedsiębiorstwa stanowiły wobec siebie konkurencję, wskutek działania w tej samej branży i na tym samym terenie;

9) powodowie nie dowiedli szkody w wysokości 22.454,04 zł, ponieważ wskazana przez powodów kwota 22.454,04 zł, w ocenie Sądu I instancji nie uwzględnia kosztów, jakie wiązałyby się z wykonaniem umowy z NFZ, gdy tymczasem dowód w postaci pisemnego oświadczenia pozwanego J. Ś. (1) z dnia 4.12.2009 r. (załącznik nr 17 do pozwu) szczegółowo przedstawia koszty jakie strony miały ponosić w związku z realizacją umowy z NFZ, odrębnie dla obiektu w Z. i G. W., co oznacza, że kwota w wysokości 22.454,04 zł, stanowiłaby 50% udziału w zyskach (po odliczeniu wszystkich kosztów), jakie konsorcjum firm: K. Firma Ochrony Mienia (...) s.c, uzyskałoby w trakcie 24. miesięcznej realizacji umowy z (...) Oddziałem Wojewódzkim (...), gdyby pozwany nie odmówił podpisania umowy po wyborze oferty konsorcjum - jako oferty najkorzystniejszej, przy czym 50% udziału w zyskach był okolicznością bezsporną w

niniejszej sprawie, bowiem został potwierdzony zarówno zeznaniami powoda M. K., jak i pozwanego; jednocześnie zauważyć należy, że Sąd I instancji nie odróżnia wynagrodzenia jakie konsorcjum miało otrzymywać po zawarciu umowy z (...), od zysku, który powstałby po odliczeniu kosztów wykonania przedmiotu takiej umowy, które zostały szczegółowo przedstawione przez pozwanego J. Ś. (1) w piśmie z 4.12.2009 r., stanowiącego odpowiedź na pytanie zamawiającego w sprawie podania przez konsorcjum - rażąco niskiej ceny w ofercie;

IV. naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 233 § 1 k.p.c., poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, w wyniku uznania przez Sąd I instancji za „szczególnie cenny” dowód z zeznań świadka B. H. (1), w aspekcie relacji oraz wzajemnych zasad współpracy między stronami, m.in. w zakresie nie konkurowania ze sobą oraz informowania powodów o konkursach, w których startowali, gdy tymczasem z zeznań złożonych przez świadka B. H. na rozprawie w dniu 20.03.2012 r. jednoznacznie wynika, że wiedza tego świadka na temat przedmiotowej sprawy pochodzi wyłącznie z bliżej nie określonych dokumentów oraz z rozmów z szefem J. Ś. (pozwany), co oznacza, że B. H. nie była świadkiem rzekomych ustaleń stron w przedmiocie wzajemnego niekonkurowania oraz informowania się o konkursach, w których strony startowały, co oznacza, że wiedzę tą świadek czerpała z rozmów z pozwanym, odbytych w bliżej nie określonym czasie, nie wiadomo zatem czy rozmowy te pozwany prowadził ze świadkiem przed wypowiedzeniem pełnomocnictw przez pozwanego, czy też już po wypowiedzeniu, gdy już wiedział że sprawa trafi do sądu; zatem trudno jest uznać zeznania tego świadka za dowód szczególnie cenny, mając na uwadze fakt, iż B. H. jest pracownikiem pozwanego, trudno jest więc kierując się doświadczeniem życiowym przyjąć, że nie była zainteresowana korzystnym rozstrzygnięciem przedmiotowego sporu na korzyść swojego pracodawcy J. Ś.;

V. naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 233 § 1 k.p.c., poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, w wyniku nie przeprowadzenia przez Sąd I instancji wszechstronnego rozważenia całego materiału dowodowego, co nastąpiło wskutek nie dokonania oceny:

1) dowodów ze złożonych dokumentów w postaci oferty skierowanej do (...) Oddziału Wojewódzkiego (...), niekwestionowanych przez pozwanego, z których jednoznacznie wynika, że:

a) powodowie udzielili pozwanemu - jako liderowi konsorcjum - pełnomocnictwa do wspólnego złożenia oferty jako konsorcjum, w ramach przetargu ogłoszonego przez (...) Oddział Wojewódzki Narodowego Funduszu Zdrowia w Z.,

b) oferta w ramach postępowania wskazanego w ppkt 1 lit. a) została złożona przez pozwanego, w imieniu konsorcjum firm: (...) S.C. z siedzibą w Z. i K. Firma Ochrony Mienia (...) (...) z siedzibą w G. W., co pozwany potwierdził oświadczeniem złożonym w pkt 1. 1. przedmiotowej oferty, gdzie wyraźnie oświadczył, że działa jako Lider Konsorcjum, w którego skład wchodzi: J. Ś. (1), prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą K. Firma Ochrony Mienia (...) oraz M. K. (1) i R. P. (1) prowadzący działalność gospodarczą jako (...) S.C. (...) oraz w pisemnym oświadczeniu z dnia 4 grudnia 2009 r. wyjaśniającym kalkulację kosztów złożonej przez konsorcjum oferty,

c) złożenie oferty miało na celu wspólną realizację zadania gospodarczego, jakim miała być ochrona osób i mienia w siedzibie zamawiającego w Z. oraz w jego oddziale zamiejscowym w G. W.;

2) niezakwestionowanych przez pozwanego twierdzeń współników powodowej spółki, że:

a) pozwany udzielił współnikom powodowej spółki - jako liderom konsorcjum - pisemnych pełnomocnictw do wspólnego złożenia ofert jako konsorcjum, w ramach przetargów ogłoszonych przez Szpital Wojewódzki SP ZOZ im. K. M. w Z. oraz Miejski Zakład (...) sp. z o.o. w J.,

b) oferty w ramach postępowań wskazanych w ppkt 2 lit. a) powyżej zostały złożone przez współników powodowej spółki, w imieniu konsorcjum firm: (...) S.C. z siedzibą w Z. i K. Firmy Ochrony Mienia (...) z siedzibą w G. W.,

c) złożenie ofert miało na celu wspólną realizację zadania gospodarczego, jakim miała być ochrona osób i mienia w Szpitalu Wojewódzkim SP ZOZ w Z. oraz w (...) sp. z o.o. z siedzibą w J.;

3) zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego w postaci dokumentów przetargów, w których brali udział jako konsorcjum powód i pozwany, potwierdzających okoliczności wskazane w punkcie III podpunkty 1 i 2, a także to, iż strony wspólnie ustaliły, iż w ramach ustnej umowy konsorcjum przystąpiły do trzech przetargów, w celu podjęcia wspólnej realizacji zadań gospodarczych, wynikających z przedmiotu ogłoszonych przetargów, określiły liderów w poszczególnych przetargach, zakres ich obowiązków i praw w zakresie reprezentowania konsorcjum, który wprost wynikał ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i treści składanych ofert oraz określiły sposób podziału przyszłych zysków - co oznacza, że strony ustaliły istotne elementy umowy konsorcjum, która w świetle niekwestionowanego stanowiska doktryny i judykatury jest porozumieniem zawartym w celu osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego;

VI. naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 328 § 2 k.p.c., poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, w wyniku nie przedstawienia przez Sąd I instancji w uzasadnieniu wydanego przez siebie wyroku przyczyn, z powodu których odmówił wiarygodności i mocy dowodowej dowodom w postaci: pełnomocnictw udzielonych przez pozwanego powodowi, jako liderom konsorcjum w ramach przetargów ogłoszonych przez Szpital Wojewódzki SP ZOZ w Z. oraz (...) sp. z o.o. w J., pełnomocnictwa udzielonego przez powodów pozwanemu jako liderowi konsorcjum w ramach przetargu prowadzonego przez NFZ w Z., ofert złożonych w tych przetargach, w tym w szczególności z oświadczeń złożonych przez pozwanego w ofercie skierowanej do NFZ oraz oświadczenia z dnia 4 grudnia 2009 r. przedstawiającego kalkulacje kosztów oferty złożonej do NFZ, które zostało złożone przez pozwanego jako lidera konsorcjum, co dodatkowo jest o tyle istotne, że dowody te były zgodne z twierdzeniami powodów, którym Sąd I instancji nie dał wiary, oraz zaprzeczały twierdzeniom pozwanego, którym Sąd I instancji dał wiarę w całości;

VII. naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 386 § 6 k.p.c., poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, w wyniku nie wykonania zalecenia Sądu II instancji w postaci nie wyjaśnienia jakie elementy istotne (essentialia negotii) charakteryzują umowę konsorcjum i poprzestaniu przez Sąd I instancji jedynie na bardzo ogólnym omówieniu charakteru tej umowy, przy jednoczesnym nie wskazaniu elementów istotnych charakteryzujących umowę konsorcjum, a w dalszej kolejności skonfrontowanie tak ogólnie scharakteryzowanej umowy konsorcjum jedynie z dowodami w postaci elektronicznej korespondencji ustalającej wersję pisemną umowy konsorcjum, z jednoczesnym pominięciem dowodów zawnioskowanych na okoliczność ustalenia, że przed złożeniem ofert we wszystkich trzech przetargach strony zawarły ustną umowę konsorcjum, tj. dowodów w postaci zeznań stron, udzielonych pisemnych pełnomocnictw, potwierdzeń wniesienia wadium, złożonych ofert, pisemnych oświadczeń składanych zamawiającym w trakcie prowadzonych postępowań o zamówienie publiczne.

Wskazując na powyższe zarzuty powódka wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku w całości, poprzez uwzględnienie powództwa i zasądzenie od pozwanego na swoją rzecz kwoty 27.204,04 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 23 lutego 2010 r. do dnia zapłaty oraz zasądzenie kosztów procesu za obie instancje; ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

W odpowiedzi na apelację pozwany wniósł o jej oddalenie i zasądzenie od strony powodowej kosztów procesu w postępowaniu odwoławczym.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Apelacja okazała się uzasadniona w całości, doprowadzając do zmiany wyroku w postulowanym przez stronę powodową kierunku.

Postępowanie przed sądem odwoławczym jest kontynuacją postępowania przed sądem pierwszej instancji. Zgodnie z art. 382 k.p.c. sąd drugiej instancji orzeka na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym. Z regulacji tej wynika, że sąd rozpoznający apelację orzeka na podstawie materiału zgromadzonego zarówno w pierwszej, jak i w drugiej instancji, natomiast postępowanie apelacyjne polega na merytorycznym rozpoznaniu sprawy, co oznacza, że wyrok sądu drugiej instancji musi opierać się na jego własnych

ustaleniach faktycznych i prawnych. W pierwszej kolejności określenia wymaga więc podstawa faktyczna żądania, ponieważ dopiero po dokonaniu ustalenia podstawy faktycznej możliwe jest odniesienie się do podstawy prawnej.

Ustalając stan faktyczny sprawy Sąd Okręgowy przyjął za własne ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd pierwszej instancji w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia, ze zmianami i uzupełnieniami wynikającymi z poniższych rozważań, dokonując jednakże odmiennej oceny skutków prawnych czynności faktycznych stron dotyczących wspólnego przystąpienia do trzech przetargów, skutków i charakteru prawnego tego przystąpienia oraz zawarcia w związku z tym umowy konsorcjum.

Z uwagi na obszerność i mnogość zarzutów apelacji, dotyczących zarówno naruszenia prawa materialnego, jak i procesowego, które sprowadzały się w istocie do kwestionowania ustaleń Sądu Rejonowego co do tego, że w niniejszej sprawie nie doszło do zawarcia pomiędzy stronami umowy konsorcjum, wskazane było ich łączne omówienie.

Analizując zatem zgromadzony w aktach sprawy materiał dowodowy – w kontekście zarzutów apelacji naruszenia prawa procesowego w postaci art. 233 § 1 k.p.c. – Sąd odwoławczy zauważył na wstępie, że choć Sąd pierwszej instancji prawidłowo zdefiniował istotę sporu, tj. istnienie (zawarcie) umowy konsorcjum między stronami, to jednakże w zakresie wyjaśnienia tej kwestii skupił się na analizie negocjacji wzoru pisemnej umowy konsorcjum, która w niniejszej sprawie miała znaczenie drugorzędne, ograniczając do minimum rozważania w przedmiocie zawarcia ustnej umowy konsorcjum, która to okoliczność zdaniem Sądu Okręgowego miała fundamentalne znaczenie, zwłaszcza że strona powodowa od początku wskazywała na zawarcie umowy w formie ustnej.

W związku z tym wskazać trzeba, że według poglądów doktryny i judykatury umowa konsorcjum jest porozumieniem zawartym w celu osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego, co oznacza, że konsorcjanci zobowiązują się do działań i świadczeń zmierzających do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego. Umowa konsorcjum jest umową nienazwaną, a dopuszczalność jej zawarcia wynika z zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ k.c. Istotnym jest, że dla swej ważności umowa konsorcjum nie wymaga zachowania szczególnej formy, a więc może być skutecznie zawarta również w formie ustnej. W konsekwencji członkowie konsorcjum mają prawo do samodzielnego i dowolnego kształtowania stosunków obowiązujących wewnątrz konsorcjum, a do istotnych elementów umowy konsorcjum zalicza się: oznaczenie celu gospodarczego, wskazanie działań, którymi konsorcjanci chcą ten cel osiągnąć oraz określenie sposobu reprezentacji konsorcjum (ustalenie lidera konsorcjum). Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Katowicach konsorcjum jest stosunkiem obligacyjnym kreowanym umową, w wyniku której powstaje stosunek prawny konsorcjum, w którym każda z jego stron (konsorcjant) zobowiązuje się do określonego uczestnictwa w konsorcjum i do oznaczonego działania na jego rzecz, a tym samym na rzecz pozostałych konsorcjantów dla osiągnięcia celu, dla którego umowa została zawarta (patrz wyrok z 19.02.2004 r., I ACa 885/03, LEX nr 193710).

Konsorcjum nie jest definiowane w polskim prawie. Opierając się na literaturze przedmiotu, można stwierdzić, że jest to twór powołany w drodze umowy przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą, które zobowiązują się wspólnie dążyć do osiągnięcia wytyczonego celu gospodarczego. Konsorcjum nie musi posiadać oznaczonej struktury organizacyjnej (organów), nie musi też być wyposażone w majątek własny, wyodrębniony z majątków jego uczestników (por. L. Stecki, *Konsorcjum*, Toruń 1997).

Sfera wewnętrzna stosunków pomiędzy konsorcjantami regulowana jest łączącą ich umową. Umowa ta jest umową nienazwaną, choć poza sporem pozostaje odpowiednie stosowanie do niej przepisów Kodeksu cywilnego o spółce (art. 860 i nast. k.c.). Elementami istotnymi i wystarczającymi zarazem umowy konsorcjum będą oznaczenie celu gospodarczego oraz określenie działań, poprzez które strony zamierzają cel ten osiągnąć. Wynikający z przepisów prawa cywilnego charakter umowy konsorcjum uniemożliwia uznanie jej za dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Jarosław Jerzykowski - *Umowa konsorcjum jedynie dla partnerów*, Rzeczpospolita PCD. 2005.1.17). Nazwa konsorcjum nie występuje w ustawie Prawo zamówień publicznych, nie jest także zdefiniowana w innych przepisach. Jest to umowa zawierana w oparciu o art. 353⁽¹⁾ k.c., w której strony zobowiązują się do wspólnego działania dla realizacji określonego przedsięwzięcia. Strony umowy są

tu adresatem norm prawnych i podmiotem wszelkich praw i obowiązków (Jan Lic - Konsorcjum czy spółka cywilna, M. Zam. Pub. 2009.1.14).

Tradycyjnie sytuację wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne przyjęło się nazywać konsorcjum. Polskie prawo nie wyróżnia w kodeksie cywilnym odrębnego typu umowy konsorcjum. Dopuszczalność zawierania tego typu kontraktów jest jednakże niepodważalna w świetle obowiązującej zasady swobody umów. Zgodnie z jej treścią strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego (art. 353¹ k.c.). W literaturze prawniczej wskazuje się na podobieństwo umowy konsorcjum do umowy spółki cywilnej, uregulowanej w art. 860 k.c. i n. Istota konsorcjum wyraża się w zobowiązaniu uczestników do współdziałania dla osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego poprzez podejmowanie oznaczonych w umowie działań. Tak rozumiane konsorcjum mieści się w modelu spółki prawa cywilnego uregulowanej w kodeksie cywilnym. Kodeks cywilny wskazuje bowiem, że przez umowę spółki wspólnicy zobowiązują się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez działanie w oznaczony sposób, w szczególności przez wniesienie wkładów. Konsorcjum stanowi jednak specyficzną spółkę prawa cywilnego. Osiągnięcie wspólnego celu gospodarczego przez konsorcjantów z zasady nie przybiera formy wniesienia wkładów, co z kolei stanowi regułę w przypadku spółek cywilnych. W konsekwencji nie powstaje także wspólny majątek konsorcjantów, do którego powstania dochodzi w przypadku typowej spółki cywilnej (Małgorzata Stachowiak, Komentarz do art. 23 ustawy Prawo zamówień publicznych, System Informacji Prawnej LEX).

Konsorcjum nie stanowi trwałego związku gospodarczego. Członkowie konsorcjum łączą swoje siły wyłącznie na potrzeby zrealizowania jednorazowego przedsięwzięcia gospodarczego (najczęściej w celu zrealizowania konkretnego zamówienia publicznego), a nie dla stałego prowadzenia działalności gospodarczej. Przepisy ustawy nie precyzują w jakiej formie powinno nastąpić zawarcie umowy konsorcjum, a co więcej ustawa Prawo zamówień publicznych i rozporządzenia wykonawcze do niej nie wymagają sformalizowania wspólnego ubiegania się wykonawców o udzielenie zamówienia. Ustawa wprowadza obowiązek wyłącznie w zakresie ustanowienia przez wszystkie podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie pełnomocnika (zwanego liderem konsorcjum), który reprezentuje uczestników konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W doktrynie podaje się, że w umowie konsorcjum celem gospodarczym, dla realizacji którego umowa została zawarta, jest realizacja przedmiotu zamówienia – strony umowy konsorcjum zobowiązują się do złożenia wspólnej oferty w postępowaniu o udzielenie konkretnego zamówienia, a w przypadku uzyskania zamówienia do wspólnej realizacji umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia tego postępowania. Sposób realizacji umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zasadniczo nie jest regulowany postanowieniami zawartej umowy konsorcjum. Wskazane jest to bądź bezpośrednio w ofercie, gdzie wskazuje się jaka część zamówienia publicznego realizowana jest przez danego uczestnika konsorcjum, bądź w zawierającym po zawarciu umowy z zamawiającym tzw. porozumieniu wykonawczym.

Przenosząc powyższe uwagi na realia rozpatrywanej sprawy nie sposób zgodzić się z Sądem Rejonowym, że strony nie zawarły umowy konsorcjum, a jedynie ograniczyły się do wstępnych rozmów co do przyszłej współpracy, bądź też były związane innym niż umowa konsorcjum porozumieniem. W ocenie Sądu Okręgowego strony ustaliły (wyżej zdefiniowane) istotne elementy umowy konsorcjum, która jest porozumieniem zawartym w celu osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego.

Oczywistym bowiem jest, że tym wspólnym celem gospodarczym było wystąpienie w trzech postępowaniach przetargowych, w tym organizowanym przez (...) Oddział Wojewódzki (...) w Z. (w związku z którym to postępowaniem strona powodowa dochodzi w niniejszej sprawie odszkodowania). Niespornym jest także jakie części zamówienia miały być wykonywane przez poszczególnych konsorcjantów: strona powodowa – ochrona fizyczna obiektu i osób przebywających w (...) O.. Woj. NFZ w Z., pozwany - ochrona fizyczna obiektu i osób przebywających w Delegaturze (...) O.. Woj. NFZ w G., a także w jaki sposób, tzn. jaki miał być zakres obowiązków poszczególnych konsorcjantów (vide załącznik nr 2 do SIWZ, k. 41-49). Bezsprzecznie uczestnikami tego konsorcjum były strony tego

procesu, przy czym po stronie powodowej byli ówczesznie współnicy spółki cywilnej (...), zaś pełnomocnikiem (liderem konsorcjum) był pozwany J. Ś. (1), a w dwóch pozostałych przetargach liderami byli M. K. (1) i R. P. (1) jako s.c. (...).

Powyższe wynika w pierwszej kolejności z wzajemnie niekwestionowanych dokumentów, przy czym Sąd Okręgowy skupił się na dowodach dotyczących postępowania przetargowego organizowanego przez (...) Oddział Wojewódzki (...) w Z. jako istotnych z punktu widzenia przedmiotu sporu. Otóż już w formularzu ofertowym z dnia 27.10.2009 r. (k. 55) jako wykonawca zostało wskazane konsorcjum, w którego skład wchodzi: J. K. Firma Ochrony Mienia (...) oraz M. K. (1) i R. P. (1) – współnicy s.c. (...), z liderem w osobie J. Ś. (1). Zaś sporządzenie oferty poprzedziło udzielenie pozwanemu przez powodów pełnomocnictwa z 27.10.2009 r. do występowania w ich imieniu przed zamawiającym (...) Oddziałem Wojewódzkim (...) w Z. w sprawach związanych z przedmiotowym przetargiem we wszystkich jego etapach, w tym zawarcia umowy oraz zaciągania wszelkich zobowiązań i otrzymywania zleceń dla i w imieniu wszystkich wykonawców składających ofertę wspólną (k. 58). Wykonując obowiązki lidera konsorcjum pozwany pismem z 4.12.2009 r. (k. 322) przedstawił zamawiającemu (na jego wezwanie) kalkulację kosztów stawki godzinowej, a następnie był adresatem pism zamawiającego, w tym pisma z dnia 21.12.2009 r. – zawiadomienie o wyborze oferty, w dalszym toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. O tym, że strony niniejszego procesu były traktowane jako konsorcjum przez zamawiającego, czyli (...) Oddział Wojewódzki (...) w Z., świadczą zeznania świadka U. R. (1) (przewodniczącej komisji przetargowej): „ofertę złożyło konsorcjum dwóch firm, które teraz walczą w procesie. Pan J. Ś. reprezentował konsorcjum, dostał upoważnienie od powodów. Oferta ta była najkorzystniejsza i została wytypowana do podpisania umowy. Zostało wpłacone wadium.” (vide protokół zeznań świadka k. 281). A co do wadium, to niespornym jest, że zostało ono wpłacone po połowie przez powodów i pozwanego. Również zeznania pozwanego dostarczają argumentów, że strony łączyła umowa konsorcjum zawarta w formie ustnej, a nie „wstępne porozumienie”. Zeznał on bowiem, że „wspólnie wystartowaliśmy, ja byłem liderem” (protokół rozprawy w dniu 20 marca 2012 r., k. 435), a jednocześnie posługiwał się w swoich zeznaniach pojęciem konsorcjum, mówiąc że nie miał doświadczenia w startowaniu w konsorcjum, a więc odnosił ten wspólny z s.c. (...) start w przetargu do konkretnego tworu prawnego, a nie jakiegoś wstępnego porozumienia o bliżej niesprecyzowanych zasadach. Pozwany potwierdził także, zresztą niesporną okoliczność, że wszystkie trzy postępowania przetargowe, w których wystąpiło konsorcjum firm ówczesnych powodów i pozwanego, zostały przez to konsorcjum wygrane, a w jednym wypadku została już nawet podpisana umowa z zamawiającym (Szpital Wojewódzki SP ZOZ w Z.), gdzie jako wykonawca występowało Konsorcjum, w którego skład wchodziły: (...) s.c. M. K. (1), R. P. (1) i H. Firma Ochrony Mienia (...) (vide k. 24-32). Analogicznie strony niniejszego sporu były postrzegane przez (...) Oddział Woj. NFZ o czym już była wyżej mowa.

Kolejnym argumentem przemawiającym za tym, że pomiędzy stronami doszło do zawarcia umowy konsorcjum jest to, że jak wynika zarówno z zeznań współników powodowej spółki jawnej, jak i pozwanego, ustalili oni podział zysku w proporcji „pół na pół”. Te zeznania nie były wzajemnie kwestionowane, w związku z czym budzi wątpliwości stanowisko Sądu Rejonowego, że można to uznać jedynie jako wstępne uzgodnienia, które miały zostać szczegółowo uregulowane w zawartej pisemnej umowie konsorcjum. Sąd pierwszej instancji nie tylko nie wyjaśnił na jakiej podstawie przyjął, że różny byłby rozkład ciężarów związanych z realizacją umowy, ale i nie wynika to z przeprowadzonych dowodów.

Reasumując tę część rozważań, zgodzić się należy z apelującym, że uwzględniając treść zebranych dokumentów, w tym udzielonych pełnomocnictw, przygotowanych i złożonych ofert, składanych zamawiającym pisemnych oświadczeń w toku rozpatrywania ofert, jak również niekwestionowanych przez pozwanego twierdzeń strony powodowej dotyczących uzgodnionych do realizacji w ramach konsorcjum celów gospodarczych (przedmiotów przetargów), podziału zadań związanych z przygotowaniem ofert i reprezentacją konsorcjum oraz podziałem przyszłego zysku, stwierdzić trzeba, że strony ustaliły warunki na jakich jako konsorcjum przystąpią do trzech przetargów w celu podjęcia wspólnej realizacji zadań gospodarczych, w szczególności wynikających z przedmiotu przetargu ogłoszonego przez (...) Oddział Wojewódzki (...) w Z.. Innymi słowy w ocenie Sądu Okręgowego strony ustaliły essentialia negotii umowy konsorcjum (tj. oznaczenie celu gospodarczego, wskazanie działań, którymi konsorcjanci chcą ten cel osiągnąć oraz określenie sposobu reprezentacji konsorcjum), którymi były związane i które to postanowienia częściowo zrealizowały. Przy czym Sąd drugiej instancji zauważa, że w rzeczywistości strony zawarły w formie ustnej

trzy umowy konsorcjum, odrębnie dla każdego z przedmiotowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, co wynika ze specyfiki postępowań prowadzonych na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych i konfiguracji podmiotów w tych przetargach. Potwierdzeniem tego jest m.in. oświadczenie J. Ś. (1) z 29.12.2009 r. o cofnięciu pełnomocnictw, gdzie mowa jest o „nie podpisaniu umów Konsorcjum” i o projektach umów konsorcjum (k. 20, 22). Niemniej w świetle wytoczonych w tej sprawie roszczeń znaczenie ma umowa konsorcjum dotycząca udziału w postępowaniu organizowanym przez (...) Oddział Wojewódzki (...) w Z., gdzie liderem był akurat pozwany i dokonana wyżej analiza dowodów tego przetargu dotyczących w pełni przekonuje o ustaleniu przez strony istotnych elementów umowy konsorcjum w świetle art. 353¹ k.c. Zaś jako datę zawarcia tej umowy konsorcjum należałoby przyjąć datę udzielenia pełnomocnictwa pozwanemu przez powodów, a więc dzień 27.10.2009 r.

Odnosząc się do kwestii formy spornej umowy stron Sąd Okręgowy wskazuje, że powodowie i pozwany decydując się na wspólne wzięcie udziału we wszystkich trzech przetargach nie mieli obowiązku zawarcia umowy konsorcjum w formie pisemnej. Jak wskazuje się w doktrynie niejasne jest określenie formy wspólnego występowania wykonawców (w formie konsorcjum). Z całą stanowczością należy podkreślić, iż brak jest obowiązku polegającego na tym, by podstawą wspólnego występowania wykonawców była umowa zawarta w formie pisemnej, co błędnie wymagane jest przez zamawiających, z zastrzeżeniem art. 23 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Wystarczające jest, aby było to porozumienie zawarte nawet bez zachowania powyższej formy (zob. Katarzyna Gałczyńska-Lisik - Konsorcjum w Prawie zamówień publicznych, M. Zam. Pub. 2006.12.8). Zgodnie z art. 23 ust. 1 PZP wykonawcy mogą wspólnie ubiegać o udzielenie zamówienia. Z kolei ust. 4 tego przepisu stanowi, że jeżeli oferta wykonawców, o których mowa w ust. 1 została wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców. Treść przytoczonych przepisów jasno pokazuje, że s.c. (...) i pozwany nie mieli obowiązku zawarcia umowy konsorcjum na piśmie, a nadto ani (...) Oddział Woj. NFZ w Z., ani pozostali zamawiający nie wprowadzili wymogu załączenia do oferty pisemnej umowy konsorcjum (niezależnie od zgodności z prawem takiego warunku). Ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia przygotowanych przez (...) NFZ wynika, że w przypadku wyboru najkorzystniejszej oferty przedłożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako konsorcjum, przed zawarciem umowy zamawiający może żądać umowy regulującej współpracę tych wykonawców (patrz rozdz. V., pkt 2, lit. c) SIWZ, k. 203). Jak wynika z okoliczności sprawy takiego żądania NFZ do pozwanego jako lidera (pełnomocnika) konsorcjum nie skierował. A zatem strony po zawarciu ustnej umowy konsorcjum, zgodnie ze swobodą umów, mogły dokonywać jej zmian w formie ustnej, a także mogły sformalizować swoje ustalenia poprzez sporządzenie i podpisanie umowy pisemnej konsorcjum. Takie też działania strony podjęły w trzeciej dekadzie grudnia 2009 r., prowadząc korespondencję mailową dotyczącą zawarcia umowy konsorcjum na piśmie, przy wykorzystaniu wzorca zaproponowanego przez jedną z nich. Przy czym z całą stanowczością należy podkreślić, że ta korespondencja nie dotyczyła zawarcia dopiero co umowy konsorcjum, lecz jedynie potwierdzenia na piśmie tych wszystkich ustaleń, które strony poczyniły w momencie udzielania sobie nawzajem pełnomocnictw do występowania w imieniu konsorcjum przed zamawiającymi (w przypadku pozwanego przed (...) Oddziałem Wojewódzkim (...) w Z.).

W związku z tym Sąd drugiej instancji nie podziela wyводу Sądu Rejonowego, że w świetle § 12 tekstu umowy będącego przedmiotem uzgodnień mailowych, przedmiotowa umowa powinna przybrać formę pisemną, a analiza treści tegoż projektu prowadzi – zdaniem Sądu pierwszej instancji – do wniosku, że nie zawiera ona w istocie postanowień najistotniejszych, a zatem kwestii podziału zysku pomiędzy stronami, podziału obowiązków, podziału kosztów. Po pierwsze, nie ma sprzeczności w tym, że powodowie konsekwentnie twierdzili, że umowa została zawarta w formie ustnej, jednocześnie przytaczając argumentację o tym, że strony zaczęła wiązać forma pisemna z chwilą złożenia oświadczenia o akceptacji poprawek. To twierdzenie strony powodowej pojawiło się bowiem dopiero w odpowiedzi na twierdzenie pozwanego, że strony nie ustaliły warunków umowy. Po drugie, forma pisemna miała stanowić tylko potwierdzenie ustnej umowy na potrzeby zamawiającego, gdyż jak wynika z niespornych okoliczności sprawy ustna umowa była wystarczająca do wystartowania i wygrania we wszystkich rzeczonych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Przekonują o tym w szczególności te wykropkowane miejsca w projektach umów przesyłanych drogą mailową, których niewypełnienie dało Sądowi Rejonowemu podstawę do wniosku, że strony nie ustaliły istotnych elementów umowy. Otóż w ocenie Sądu Okręgowego skoro zaakceptowana ostatecznie

przez obie strony pisemna wersja umowy nie zawierała szczegółów konkretyzujących ją odnośnie danego zamówienia (miejsca wykropkowane), to uznać należy, że w rzeczywistości już wcześniej te szczegóły zostały ustalone i były one dla stron oczywiste i stąd nie zostały wprost wpisane ani przez pozwanego, ani przez powodów w mailu z 30.12.2009 r. z godz. 8:23 (k. 229). W mailu tym powodowie wprost napisali, że akceptują przedstawiony wzór umowy konsorcjum i proszą o wyznaczenie terminu i miejsca podpisania umów (liczba mnoga) w celu potwierdzenia uzgodnionych wcześniej warunków współpracy w ramach konsorcjum. Ponadto porównując wersję przesłaną przez pozwanego i wersję zaakceptowaną przez powodów widać, że poprawki pozwanego miały charakter kosmetyczny, uwzględniając fakt, że przetargi zostały już rozstrzygnięte (np. usunięcie w § 4 ust. 1 sformułowania „na etapie ubiegania się o zamówienie publiczne”, k. 225 w porównaniu z k. 219). Powyższy mail w sposób dobitny pokazuje, że strony ustaliły warunki umowy konsorcjum, a więc wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia m.in. przez (...) NFZ, już na etapie udzielania sobie pełnomocnictw, określając wspólny cel gospodarczy (uzyskanie zamówienia i jego wykonanie), wskazując lidera (pozwanego) oraz ustalając podział zysku (po połowie) i podział obowiązków (s.c. (...) obiekt NFZ w Z., a pozwanego obiekt delegatury NFZ w G. W..). W konsekwencji nietrafny okazał się wniosek Sądu Rejonowego, że strony przewidziały dla zawarcia umowy konsorcjum formę pisemną, a wcześniejsze ustalenia miały jedynie charakter wstępnych rozmów dotyczących przyszłej współpracy. Nie można bowiem mówić o „wstępnych rozmowach dotyczących przyszłej współpracy”, skoro ta współpraca zaowocowała wygraniami wszystkich trzech przetargów, a więc osiągnięciem zakładanego celu gospodarczego. Tym samym nie zasługiwały na wiarę twierdzenia pozwanego, że strony w momencie składania ofert na kolejne przetargi nie były jeszcze związane umową konsorcjum.

Dokonując zatem odmiennej oceny zgromadzonych w postępowaniu pierwszoinstancyjnym dowodów i uznając fakt zawarcia przez strony umowy konsorcjum w formie ustnej, z późniejszym uzgodnieniem drogą mailową wzoru umowy, Sąd Okręgowy zobligowany był do rozważenia podstaw faktycznych oświadczenia pozwanego z 29.12.2009 r. o cofnięciu pełnomocnictw powodom (k. 20 i 22) i zawiadomienia z 29.12.2009 r. (k. 231) skierowanego do zamawiającego (...) Oddziału Wojewódzkiego (...) w Z. o wycofaniu oferty, w której jest liderem (analogiczne zawiadomienia skierowane zostały do Szpitala Wojewódzkiego SP ZOZ w Z. i do (...) spółki z o.o. w J. k. 232 i 233).

Na wstępie tych rozważań trzeba wskazać na rozbieżność treści ww. pism z wersją prezentowaną w procesie od początku przez pozwanego, według której przyczyną cofnięcia pełnomocnictw była nielojalność powodów. Otóż w żadnym z tych pism nie ma mowy o nielojalności powodów, tylko o braku porozumienia co do istotnych warunków projektów umów Konsorcjum (k. 20) i o braku porozumienia z przyszłym partnerem (vide k. 23). Jednakże twierdzenie o „braku porozumienia co do istotnych warunków projektów umów Konsorcjum” nie wytrzymuje konfrontacji z treścią tychże projektów, w których jeżeli były jakiegokolwiek rozbieżności, to nie odnośnie istotnych warunków umów. Już tylko ta okoliczność każe patrzeć na wersję pozwanego z dużą dozą ostrożności, której zabrakło Sądowi Rejonowemu.

W tym zakresie Sąd Okręgowy podzielił zarzuty apelującego co do naruszenia przez Sąd pierwszej instancji przepisu art. 233 § 1 k.p.c. w postaci dość jednostronnej oceny dowodów, z oparciem się niemal wyłącznie na zeznaniach świadka B. H. (1) i samego pozwanego. Przede wszystkim niewiarygodnie brzmią wyjaśnienia pozwanego, że miał tak duże zaufanie do powodów i dlatego zgodził się na wspólne wystartowanie w przetargu, choć nie wiedział czym jest konsorcjum. Nie negując bowiem potrzeby zaufania do kontrahenta, nie sposób przyjąć, że pozwanego, będący długoletnim przedsiębiorcą w branży ochroniarskiej, decydował się na bezpośrednią współpracę gospodarczą ze s.c. (...) chcąc „po raz drugi podać rękę” (powodom). Oczywistym jest, że motywacją przedsiębiorcy podejmującego współpracę z innym podmiotem gospodarczym jest przede wszystkim możliwość pomnożenia swojego majątku w krótszej, bądź dłuższej perspektywie czasu, a nie chęć pomocy i to bez uwzględnienia własnego interesu ekonomicznego. Równie naiwnie brzmią zeznania pozwanego, że podczas spotkań ze współnikami powodowej spółki informował ich o stosowanych przez siebie stawkach, choć M. K. (1) i R. P. (1) temu zaprzeczyli, w szczególności ani z ich zeznań, ani z zeznań pozwanego nie wynika, że oni również informowali pozwanego o stosowanych przez (...) stawkach. W konsekwencji Sąd odwoławczy nie dał wiary pozwanemu, że strony porozumiały się co do tego, że nie będą prowadziły względem siebie działalności konkurencyjnej poprzez nie składanie ofert w tych samych postępowaniach przetargowych i będą informowały się o stosowanych przez siebie stawkach.

Wspólnicy powodowej spółki konsekwentnie twierdzili, że takich ustaleń nie było. Jedynie projekt umowy konsorcjum zawierał postanowienia o zakazie konkurencji i o zachowaniu poufności, ale odnosiły się one jedynie do tejże umowy konsorcjum i nie można ich rozciągać na inne relacje gospodarcze stron. Po wtóre, z zeznań stron, a przede wszystkim powodów wynika, że w przypadku kiedy mógł zaistnieć konflikt interesów to strony ustaliły wzajemne ustępstwa (vide uzgodnienia dotyczące (...) w S. Krajeńskich, tartaku w D., czy przetargu ogłoszonego przez firmę (...)). Po trzecie, racjonalnym jest, że skoro powodowa spółka z siedzibą w Z. utrzymuje na terenie G. W.. swojego przedstawiciela od roku 2008, to biorąc pod uwagę przedmiot działalności tej spółki, oczywistym jest spółka chce pozyskiwać zlecenia także na tym terenie, gdyż w innym wypadku byłoby to działanie nieekonomiczne. Natomiast odnośnie samego przetargu ogłoszonego przez (...) w G. podkreślić trzeba, że pozwany jako indywidualny przedsiębiorca składał ofertę na każdą z trzech części przetargu (A, B, C), a powodowie tylko na jedną (A). W rezultacie fakt, że pozwany nie wygrał tego przetargu w żadnej z tych trzech części, a (...) w części, w której składał ofertę wygrał nie może być przez pozwanego odczytywane w ten sposób, że to powodowa spółka przyczyniła się do jego całościowej porażki.

Wreszcie wskazać trzeba na rozbieżności w zeznaniach pozwanego, które nie pozwalają na traktowanie jego zeznań tak bezkrytycznie jak uczynił to Sąd Rejonowy. Otóż jak trafnie zauważył apelujący pozwany, będąc dwukrotnie przesłuchiwany odmiennie podał wysokość stawki roboczogodziny i odmiennie podał źródło jej pochodzenia: raz, że jest to 4,80 zł/rbg i pochodzi z jego oferty, drugi raz, że wynosi ona 4,85 zł/rbg i że wynika ona z analizy kwoty jaką dała firma, która wygrała poprzednio. Jeszcze bardziej jaskrawsza była rozbieżność pomiędzy zeznaniem pozwanego z 20 marca 2012 r., że przy przetargach mieli dzielić się na pół na pół (k. 436), a zeznaniem z 19 grudnia 2012 r. (k. 572), że nie doszło do porozumienia odnośnie podziału zysków. I choć w odpowiedzi na pytanie swojego pełnomocnika pozwany sprecyzował zeznanie mówiąc, że w marcu 2012 r. miał na myśli, że zostanie to uszczegółowione po wygranych przetargach, to przy jednoczesnych zeznaniach M. K., który potwierdził podział zysku po połowie, nie sposób dać wiary pozwanemu, że ta fundamentalna kwestia miała być uszczegółowiana dopiero po wygranych przetargach.

W ocenie Sądu Okręgowego niewiarygodnie brzmią także zeznania pozwanego, że ze współpracy z powodami, jeszcze przed przedmiotowym konsorcjum, nie osiągał żadnych dochodów albowiem otrzymywane wynagrodzenie przekazywał powodom, gdy tymczasem te umowy podwykonawcze wskazują, że pozwany nie oddawał powodom całego wynagrodzenia. Sprzeczność występuje też w relacji pozwanego co do kontaktów z pracownikiem (...) w Z. U. R. (1). Zeznała ona bowiem, że po ogłoszeniu wyników przetargu pozwany skontaktował się z nią twierdząc, że ma problem z drugą firmą i co ma zrobić na wypadek nie podpisania umowy konsorcjum. Natomiast pozwany na rozprawie w dniu 20 marca 2012 r. zaprezentował wersję, według której to pracownica NFZ po informacji, że nie ma umowy konsorcjum zadzwoniła do niego z informacją, że nie podpisze z nim umowy, co nie znajduje potwierdzenia w zeznaniach U. R., z których wynika, że to J. Ś. (1) dopytywał się jej jak może się uchylić od podpisania umowy z zamawiającym. W świetle zeznań U. R. (1) nie potwierdził się także argument podniesiony w odpowiedzi na pozew, że (...) żądał od pozwanego pisemnej umowy konsorcjum.

Mając na uwadze przytoczone wyżej argumenty Sąd Okręgowy odmiennie ocenił dowód z zeznań pozwanego, w większości nie dając mu wiary w zakresie okoliczności istotnych z punktu widzenia przedmiotu sporu. W konsekwencji Sąd odwoławczy nie przydał waloru rzetelności zeznaniom świadka B. H. (1) – pracownika pozwanego, której wiedza na temat okoliczności współpracy stron pochodziła bezpośrednio od pozwanego. Zatem zbieżność jej zeznań z zeznaniami pozwanego nie jest w tym przypadku argumentem przemawiającym za wiarygodnością zeznań tego świadka, zwłaszcza że jako pracownik powoda, przygotowujący materiały przetargowe, była zainteresowana w rozstrzygnięciu sprawy na korzyść swojego pracodawcy.

Jeżeli natomiast chodzi o dowód z zeznań powodów, to Sąd odwoławczy – podobnie jak Sąd Rejonowy – zakwestionował prawdziwość zeznań M. K. (1) co do tego, że stawiając się na podpisanie umowy z (...) w J. byli oni zaskoczeni stanowiskiem J. Ś. (1), gdyż jak zeznała świadek A. M. takowego zaskoczenia powodowie nie wyrazili i posiadali przygotowane na piśmie oświadczenie o gotowości zawarcia umowy (k. 401). W pozostałym zakresie zeznania powodów posłużyły do skonstruowania stanu faktycznego sprawy, w szczególności odnośnie porozumienia

się stron co do warunków zawiązanego przez nich konsorcjum, którą to tezę kwestionował pozwany pomimo istnienia szeregu okoliczności wynikających z dowodów z dokumentów, których wiarygodność nie była w sporze kwestionowana.

Dokonując wyżej przedstawionej oceny kluczowych dowodów z dokumentów i źródeł osobowych Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że strony łączyła skutecznie zawarta w formie ustnej umowa konsorcjum, zaś argumentacja pozwanego, na której podstawie cofnął pełnomocnictwa udzielone powodowi i jednocześnie zawiadomił zamawiającego (...) O.. Woj. NFZ o cofnięciu złożonej przez siebie jako lidera oferty, nie znalazła potwierdzenia w zgromadzonych i przeprowadzonych dowodach. W rezultacie zaktualizowały się co do zasady przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej pozwanego, których podstaw prawnych należałoby upatrywać w treści art. 471 k.c. Bezzasadne cofnięcie przez pozwanego oferty wybranej za najkorzystniejszą przez (...) skutkowało zatrzymaniem przez zamawiającego – na podstawie art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – uiszczono przez konsorcjum wadium, z czego połowę uiściła s.c. (...). Natomiast odmowa przystąpienia przez pozwanego do podpisania umowy z (...), bo tak należy traktować cofnięcie oferty, skutkowało utratą przez konsorcjum korzyści, które były zagwarantowane z tytułu wynagrodzenia za usługi ochrony osób i mienia przez czas trwania umowy z zamawiającym, tj. przez 24 miesiące.

Wbrew stanowisku Sądu Rejonowego zawnioskowane przez stronę powodową dowody wykazały wysokość nie tylko poniesionej straty (4.750 zł), ale i utraconych korzyści (22.454,04 zł) ustalonych w myśl art. 361 k.c. Co do pierwszej z tych kwot, to Sąd Rejonowy uznał ją za wykazaną przez stronę powodową, czego przejawem są dokumenty w postaci potwierdzeń wykonania przelewów (...) na rzecz pozwanego – 4.750 zł, k. 111; pozwany na rzecz zamawiającego – 9.500 zł, k. 110). Ponadto pozwany nie kwestionował roszczenia w tej wysokości. Jeżeli natomiast chodzi o utracone korzyści, to w ocenie Sądu Okręgowego zostały one wykazane dowodami w postaci kalkulacji stawki godzinowej dla obiektu (...) w Z. (k. 116) i w G. W.. (k. 117). Dokumenty te zostały sporządzone przez samego pozwanego na wezwanie zamawiającego w związku z podejrzeniem rażąco niskiej ceny. Stąd ich wiarygodność i merytoryczna miarodajność nie budzi zastrzeżeń, a miesięczny zysk został skalkulowany na realnym do osiągnięcia poziomie, z uwzględnieniem kosztów jakie wiązały się z wykonaniem tej umowy o ochronę osób i mienia. Wyliczenie kwoty 22.454,04 zł znajduje się w pozwie i częściowo zostało przytoczone w uzasadnieniu apelacji i według Sądu Okręgowego wynikająca z niego kwota stanowi połowę zysku przypadającego na konsorcjanta, tj. obecnie (...) P., K.” spółkę jawną w Z., za czas trwania umowy zawieranej na czas oznaczony.

Mając na względzie całokształt poczynionych ustaleń i rozważań konieczne było wydanie przez Sąd Okręgowy orzeczenia reformatoryjnego (art. 386 § 1 k.p.c.) o treści jak w punkcie I., a więc zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kwoty 27.204,04 zł z ustawowymi odsetkami od dnia 23 lutego 2010 r., czyli od dnia następnego po odpowiedzi pozwanego na wezwanie do zapłaty z 8.02.2010 r. oraz orzeczenie o kosztach procesu za pierwszą instancję, przy uwzględnieniu dwukrotnego rozpoznawania sprawy na tym etapie.

O kosztach procesu w tej części orzeczono na podstawie art. 108 k.p.c. i art. 98 § 1 i 3 k.p.c., ustalając, że powódka wygrała proces w 100% poddanego pod osąd żądania, a na poniesione przez nią koszty złożyły się przy pierwszym rozpoznaniu sprawy: opłata sądowa od pozwu – 1.361 zł, wynagrodzenie pełnomocnika (radcy prawnego) w wysokości – 4.800 zł (§ 6 pkt 5 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu), opłata skarbową od pełnomocnictwa - 17 zł i koszty przejazdu pełnomocnika powódki - 651,92 zł (wg spisu kosztów z 20.03.2012 r., k. 432); przy ponownym rozpoznaniu sprawy: opłata sądowa od apelacji – 1.361 zł i wynagrodzenie pełnomocnika za postępowanie apelacyjne – 1.200 zł. Przyznając pełnomocnikowi koszty w wysokości podwójnej stawki minimalnej Sąd miał na uwadze dość znaczny nakład pracy pełnomocnika oraz charakter sprawy i przyczynienie się pełnomocnika do jej rozstrzygnięcia, m.in. poprzez każdorazowe stawianictwo na rozprawach oraz posiedzeniach przed sądem wezwanym i aktywny w nich udział.

Orzekając o kosztach procesu za drugą instancję Sąd Okręgowy oczywiście również zastosował zasadę odpowiedzialności za wynik sprawy (art. 98 k.p.c.), a koszty powoda na tym etapie to opłata sądowa od apelacji – 1.361 zł i koszty zastępstwa procesowego – 1.200 zł.

SSO Krzysztof Górski SSO Piotr Sałamaj SSR del. Kornelia Żminkowska