

Sygn. akt V ACa 920/14

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 17 marca 2015r.

Sąd Apelacyjny w Katowicach V Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący:	SSA Jadwiga Galas
Sędziowie:	SA Janusz Kiercz SO del. Jacek Gęsiak (spr.)
Protokolant:	Barbara Knop

po rozpoznaniu w dniu 3 marca 2015r. w Katowicach

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K.

przeciwko Zakładowi (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w M.

o zapłatę

na skutek apelacji pozwanej

od wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach

z dnia 11 kwietnia 2013r., sygn. akt XIV GC 53/13

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

- w punkcie 1 zasądza od pozwanej na rzecz powódki odsetki ustawowe: od kwoty 83.902 złote od dnia 14 kwietnia 2011r. do dnia 29 maja 2013r. oraz od kwoty 365.573 złote od dnia 4 października 2012r. do dnia 29 czerwca 2013r., a w pozostałym zakresie powództwo oddala,

- w punkcie 3 zasądza od powódki na rzecz pozwanej kwotę 7.217 (siedem tysięcy dwieście siedemnaście) złotych tytułem kosztów procesu;

2. zasądza od powódki na rzecz pozwanej kwotę 55.748 (pięćdziesiąt pięć tysięcy siedemset czterdzieści osiem) złotych tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Sygn. akt V ACa 920/14

UZASADNIENIE

Powódka (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K. wniosła o zasądzenie od pozwanej Zakładu (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w M. kwoty 449 475 zł z ustawowymi odsetkami i kosztami procesu. W uzasadnieniu wskazała, iż dochodzona kwota wynika z tytułu bezzasadnie zrealizowanej gwarancji bankowej wystawionej na zlecenie powódki oraz z tytułu wynagrodzenia należnego powódce za wykonanie robót budowlanych.

W dniu 9 stycznia 2013 r. Sąd Okręgowy w Katowicach wydał nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym zasądzając roszczenie zgodnie z żądaniem pozwu.

W sprzeciwie od powyższego nakazu pozwana wniosła o oddalenie powództwa w całości i zasądzenia na swoją rzecz kosztów procesu.

Wyrokiem z dnia 11 kwietnia 2013 r. Sąd Okręgowy w Katowicach zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 449 475 zł wraz z ustawowymi odsetkami naliczanymi od kwoty 83 902 zł od dnia 14 kwietnia 2011 r. oraz od kwoty 365 573 zł od dnia 4 października 2012 r., a w pozostałej części powództwo zostało oddalone oraz zasądzono koszty procesu.

Wyrok ten został wydany w oparciu o następujące ustalenia faktyczne:

Powodowa spółka (...) jest następcą prawnym (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K.. W dniu 6 października 2009 r. spółka (...) zawarła z (...) Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w Ż. umowę konsorcjum w celu wspólnego złożenia pozwanemu ofercie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych na zadaniu realizowanym przez pozwaną „Zapewnienie prawidłowej gospodarki wodno-ściekowej miasta M.” oraz realizacji kontraktu zawartego z pozwaną po wygraniu przetargu. W wyniku wygrania przetargu przez konsorcjantów pozwana zawarła w dniu 2 lutego 2010 r. umowę nr (...) o wykonanie robót budowlanych w zakresie zadania (...) obejmujących budowę kanalizacji sanitarnej i deszczowej oraz odtworzenie nawierzchni dróg. Zakres robót został podzielony na odcinki: IA, IB, IC, II i III z określeniem terminu realizacji każdego odcinka. Za wykonanie wszystkich robót objętych umową strony uzgodniły wynagrodzenie w kwocie 2 996 500 zł netto (brutto 3 655 730 zł).

Powódka wykonała i przekazała pozwanej roboty na odcinku IA, przy czym roboty na tym odcinku zostały wykonane po upływie terminu ustalonego w umowie, co spowodowało, że pozwana naliczyła powódce karę umowną za opóźnienie w wykonaniu robót w wysokości 145 000 zł, którą następnie potrąciła z należnością powódki określoną w fakturze nr (...) z dnia 2 czerwca 2010 r.

Powódka rozpoczęła wykonywanie robót na odcinku IB ale ich nie ukończyła, albowiem w piśmie do pozwanej z dnia 23 lipca 2010 r. złożyła oświadczenie o odstąpieniu od umowy łączącej strony. Jako przyczynę odstąpienia podała znaczne opóźnienie dostaw studni polimerobetonowych przez producenta wskazanego przez pozwaną, brak zgody pozwanej na zastosowanie studni produkowanych przez inne firmy oraz nieuiszczenie przez pozwaną należności objętej fakturą nr (...). W dniu 31 sierpnia 2010 r. pozwana wystawiła powódce notę nr (...) obciążając ją karą umowną w kwocie 449 475 zł na podstawie § 21 ust. 1 umowy z tytułu odstąpienia od umowy przez powódkę z przyczyn, za które ona ponosiła odpowiedzialność. Następnie w piśmie z dnia 1 września 2010 r. pozwana powołując się na § 20 pkt b umowy odstąpiła od umowy podając jako przyczynę opóźnienie w wykonaniu robót trwające powyżej dwóch miesięcy. Pismem z dnia 22 września 2010 r. pozwana uruchomiła gwarancję nr (...) udzieloną przez (...) Bank (...) na zlecenie powódki na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi za wady i/lub gwarancji jakości do wysokości 365 573 zł. Kwotę wynikającą z gwarancji Bank przelał na rachunek pozwanej w dniu 7 października 2010 r. Uzyskaną kwotę gwarancji pozwana zaliczyła na poczet należności objętej notą obciążeniową nr (...) z dnia 31 sierpnia 2010 r., a resztę należności wynikającej z tej noty, tj. kwotę 83 902 zł potrąciła z faktury powódki nr (...) z dnia 11 marca 2011 r.

W oparciu o tak ustalony stan faktyczny Sąd Okręgowy uznał, iż powództwo zasługiwało na uwzględnienie.

Sąd pierwszej instancji uznał, iż w świetle łączącej strony umowy o roboty budowlane z dnia 2 lutego 2010r. prawidłowym było stanowisko pozwanej, że wskazane przez powódkę przyczyny odstąpienia od umowy nie uprawniały jej do dokonania tej czynności, albowiem uprawnienie do odstąpienia od umowy nie zostało przyznane powódce w umowie, jak również wobec powołanych okoliczności nie znajdowało oparcia w przepisach kodeksu cywilnego. Wskazał Sąd Okręgowy, że nie zaistniała podstawa do odstąpienia od umowy przez powódkę na podstawie art. 491 k.c. wskutek nieuregulowania przez pozwaną części należności objętej fakturą nr (...) z dnia 2 czerwca 2010 r. albowiem z wyjaśnień samej powódki wynika, że pozwana potrąciła należność wynikającą z tej faktury z wierzytelnością wzajemną z tytułu kary umownej za opóźnienie w wykonaniu robót. Potrącenie wierzytelności wzajemnej jest jedną z form uregulowania zobowiązania pieniężnego, a wobec tego nie istniała podstawa do odstąpienia od umowy. Podkreślił Sąd Okręgowy, iż całkowicie odmiennym zagadnieniem jest fakt, że w postępowaniu sądowym, które toczyło się między stronami, sąd zmiarkował karę umowną, którą pozwana potrąciła z należnością powódki z faktury nr (...). W ocenie Sądu pierwszej instancji, odstąpienie od umowy przez powódkę stanowiło czynność prawną bezskuteczną i dlatego brak było podstawy do obciążenia powódki przez pozwaną karą umowną za odstąpienie od umowy na podstawie § 21 ust.1 tiret 2 umowy.

Sąd Okręgowy uznał, iż wobec opóźnienia w realizacji robót objętych umową w świetle § 20 pkt b umowy oraz art. 635 w zw. z art. 656 § 1 k.c. skutecznym było natomiast odstąpienie od umowy przez pozwaną dokonane pismem z dnia 1 września 2010 r., przy czym w ślad za odstąpieniem od umowy pozwana nie skorzystała jednak z uprawnienia do obciążenia powoda karą umowną na podstawie § 21 ust.1 tiret 1 umowy.

Ponadto Sąd Okręgowy podniósł, iż pozwana bezpodstawnie uruchomiła gwarancję bankową wystawioną na zlecenie powódki, albowiem z treści tego dokumentu wynika, że gwarancja została wystawiona na zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękojmi za wady i/lub gwarancji jakości, a zatem nawet gdyby pozwanej przysługiwało roszczenie z tytułu kary umownej za odstąpienie od umowy, nie byłaby ona uprawniona do uruchomienia gwarancji wobec konkretnie wskazanego w tym dokumencie roszczenia podlegającego zabezpieczeniu.

Mając na uwadze, że (...) Bank (...) udzielił gwarancji na zlecenie lidera konsorcjum, którym była spółka (...) i kwota gwarancji została pobrana z rachunku bankowego tej spółki, jak również i tę okoliczność, że część kary umownej w kwocie 83 902 zł pozwana potrąciła z faktury nr (...) wystawionej przez powódkę w dniu 14 marca 2011 r., Sąd Okręgowy uznał podniesiony przez pozwaną zarzut braku legitymacji procesowej powódki do dochodzenia roszczenia objętego pozwem za bezzasadny. Podkreślił Sąd pierwszej instancji, że w skład konsorcjum wchodziły dwa samodzielne podmioty gospodarcze, które nie posiadały wspólnego majątku, a umowę konsorcjum zawarły jedynie w celu realizacji jednego, konkretnie określonego zadania. Po odstąpieniu przez powódkę od umowy o roboty budowlane wygasła także umowa konsorcjum i jak wynika z pisemnego oświadczenia konsorcjanta (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ż. wynagrodzenie, które jej się należało za wykonane prace na podstawie umowy o roboty budowlane, zostało uregulowane, w związku z czym nie posiada ona żadnych roszczeń z tego tytułu wobec pozwanej ani lidera konsorcjum. Roszczenie powódki powstało po wygaśnięciu umowy o roboty budowlane oraz umowy konsorcjum, w wyniku pobrania z jej rachunku bankowego kwoty 365 573 zł w dniu 7 października 2010 r. oraz wskutek bezpodstawnego potrącenia przez pozwaną pismem z dnia 20 kwietnia 2011 r. kwoty 83 902 zł z faktury nr (...) wystawionej pozwanej przez powódkę. Dlatego Sąd pierwszej instancji na podstawie art. 405 w zw. z art. 410 § 2 k.c. zasądził od pozwanej na rzecz powódki kwotę 365 573 zł, którą pozwana uzyskała bezpodstawnie, oraz kwotę 83 902 zł jako resztę wynagrodzenia za wykonanie robót należnego powódce na podstawie art. 647 k.c., z faktury nr (...).

W oparciu o art. 481 k.c. zasądzono ustawowe odsetki za opóźnienie przy czym od kwoty 83 902 zł od daty upływu terminu płatności określonej w fakturze, a od kwoty 365 573 zł od daty posiedzenia Sądu Rejonowego w Tychach, które odbyło się w dniu 4.10.2012 r.

w sprawie o zawezwanie do próby ugodowej albowiem powódka nie wykazała, aby wcześniej wezwała pozwaną do zwrotu tej kwoty.

Apelację od tego wyroku złożyła pozwana zarzucając naruszenie prawa procesowego mające istotny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy to jest art. 233 k.p.c. poprzez sprzeczność istotnych ustaleń sądu z treścią zgromadzonego materiału dowodowego i przyjęcie, że :

- w sprawie doszło do wygaśnięcia umowy konsorcjum łączącej powódkę z (...) Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w Ż. w związku z odstąpieniem od umowy o roboty budowlane, podczas gdy brak jest w sprawie jakichkolwiek dowodów to potwierdzających oraz z uwagi na brak wygaśnięcia tej umowy z mocy prawa,

- pozwana nie obciążyła powódki karą umowną za odstąpienie przez pozwaną od umowy, podczas gdy zgromadzony materiał dowodowy wskazuje odmiennie, a w szczególności treść oświadczenia woli pozwanej z dnia 1 września 2010 r. zawiera wyliczenie kary umownej w wysokości 15% wynagrodzenia netto,

- gwarancja bankowa została wystawiona przez (...) Bank (...) S.A. na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi i gwarancji, a pozwana nie miała prawa skorzystania z tej gwarancji w celu zaspokojenia swoich roszczeń z tytułu kary umownej za odstąpienie od umowy, podczas gdy z treści dokumentu gwarancyjnego wynika, że gwarancja została wystawiona w celu zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Pozwana zarzuciła także naruszenie prawa procesowego mające istotny wpływ na rozstrzygnięcie sprawy tj. art. 72 § 1 pkt 1 i 2 k.p.c. oraz art. 195 § 1 k.p.c. poprzez dopuszczenie do udziału w sprawie i wydanie wyroku na rzecz powoda (...) Spółki

z ograniczoną odpowiedzialnością w K. podczas, gdy po stronie powodowej zachodzi współuczestnictwo konieczne, warunkujące łączny udział w sprawie dwóch członków konsorcjum wykonawców, prowadzące do braku legitymacji procesowej czynnej po stronie powodowej.

Pozwana nadto podniosła zarzut potrącenia przysługującej jej wierzytelności z tytułu kary umownej za odstąpienie przez pozwaną od umowy stron z przyczyn leżących po stronie powódki z wierzytelnościami dochodzonymi w niniejszej sprawie.

Pozwana domagała się zmiany zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie powództwa w całości, ewentualnie uchylecia wyroku i przekazania sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania i zasądzenia od powoda na rzecz pozwanego kosztów postępowania w obu instancjach.

W odpowiedzi na apelację powódka wniosła o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania apelacyjnego.

Wyrokiem z dnia 6 listopada 2013 r. Sąd Apelacyjny w Katowicach oddalił apelację i zasądził od pozwanej na rzecz powódki koszty postępowania apelacyjnego.

Uzasadniając powołany wyrok Sąd Apelacyjny wskazał, iż apelacja pozwanej, mimo słuszności niektórych jej zarzutów nie zasługiwała na uwzględnienie.

Zasadnie, w ocenie Sądu Apelacyjnego, pozwana zarzuciła, iż nie znajdują oparcia w materiale dowodowym ustalenia Sądu pierwszej instancji, że gwarancja bankowa została wystawiona przez (...) Bank (...) S.A. na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi i gwarancji, a pozwana nie miała prawa skorzystać z tej gwarancji w celu zaspokojenia swoich roszczeń z tytułu kary umownej za odstąpienie od umowy. Zarówno treść gwarancji bankowej jak i treść umowy, w wykonaniu której pozwana złożyła tę gwarancję, wyraźnie wskazują na to, że gwarancja ta ma zabezpieczać roszczenia zamawiającego w razie stwierdzenia, że wykonawca nie wypełnił swoich umownych zobowiązań, a dopiero w dniu 31 stycznia 2011 r. ulegała redukcji do zabezpieczenia roszczeń z tytułu rękojmi i gwarancji. Tym samym nic nie stało na przeszkodzie aby pozwana zrealizowała tę gwarancję na pokrycie swoich zobowiązań z tytułu naliczonej kary umownej. Trafny był

także zarzut, iż błędnie ustalił Sąd Okręgowy, że doszło do wygaśnięcia umowy konsorcjum łączącej powódkę z (...) Spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w Ż. w związku z odstąpieniem od umowy o roboty budowlane. Z paragrafu 8 umowy konsorcjum wynika, iż umowa ta obowiązuje do dnia ostatecznego zakończenia wszystkich spraw związanych z realizacją jej celów oraz przez okres obowiązywania gwarancji i rękojmi. Skoro więc wskazano, że umowa obowiązuje do dnia ostatecznego zakończenia wszystkich spraw związanych z realizacją celów konsorcjum, to niniejsza sprawa ma także wpływ na termin wygaśnięcia konsorcjum.

Podkreślił Sąd Apelacyjny jednak, iż niezależnie od słuszności tych zarzutów apelacji nie mogła ona odnieść zamierzonego skutku albowiem zaskarżony wyrok jest słuszny i odpowiada prawu. Sąd Okręgowy prawidłowo ocenił istnienie po stronie powodowej legitymacji czynnej w niniejszej sprawie oraz słusznie ustalił, iż pozwana nie obciążyła powódki karą umowną za odstąpienie przez pozwaną od umowy. Legitymacja czynna powódki w zakresie roszczenia z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia wynika z faktu, że wzbogacenie pozwanej nastąpiło kosztem powódki, z rachunku której została pobrana kwota wypłaconej gwarancji. Odnośnie zaś roszczenia z tytułu wynagrodzenia za wykonane prace wskazano, iż były to roboty wykonane przez powódkę, objęte wystawioną przez nią fakturą nr (...). Wskazał Sąd Apelacyjny, że nie podziela poglądów wyrażonych przez pozwaną sprowadzających się do twierdzenia, że z istnienia umowy konsorcjum wykonawców wynika, że po stronie powodowej w niniejszej sprawie występuje współuczestnictwo konieczne.

Nie był uzasadniony zarzut dotyczący ustalenia, iż pozwana nie obciążyła powódki karą umowną za odstąpienie przez pozwaną od umowy. Nota, w której pozwana naliczyła powódce karę umowną nosi datę sprzed dnia odstąpienia od umowy przez pozwaną i do niej odwołała się pozwana w piśmie, w którym wypowiedziała umowę. Nie wykazała pozwana, aby wystawiła inną notę a nie sposób przyjąć, że karę naliczyła pozwana przed nastąpieniem zdarzenia dającego jej uprawnienie do tej czynności. Ponadto zarówno nota obciążeniowa z 31 sierpnia 2010 r. jak i pismo pozwanej z dnia 1 września 2010 r. nie mogą stanowić skutecznego naliczenia kary umownej, bowiem nie określają w sposób wyraźny podstaw jej naliczenia. Dlatego Sąd Apelacyjny uznał za słuszne ustalenie Sądu Okręgowego, że nie doszło do skutecznego potrącenia należności powoda z tytułu wynagrodzenia z karą umowną oraz, że pozwana niezasadnie zrealizowała gwarancję bankową.

Sąd Apelacyjny podniósł, iż nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut potrącenia podniesiony w apelacji, albowiem pozwana nie wykazała aby złożyła stosowne oświadczenie o potrąceniu stronie powodowej, a nadto zarzut ten był spóźniony w świetle art. 381 k.c. Oparty był on bowiem na okolicznościach faktycznych znanych stronie pozwanej w postępowaniu przed Sądem pierwszej instancji. Wobec powołanych argumentów apelacja jako niezasadna podlegała oddaleniu zgodnie z art. 385 k.p.c.

Skargę kasacyjną od powyższego wyroku wywiodła strona pozwana. Zarzuciła ona:

I. naruszenie przepisów postępowania mające istotny wpływ na wynik sprawy a to:

- art. 217 § 1 i 2 k.p.c. w związku z art. 391 § 1 k.p.c., art. 368 § 1 pkt 4 k.p.c. oraz 381 k.p.c. przez błędną ich wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, a w konsekwencji przyjęcie, że przedstawienie w apelacji do potrącenia kary umownej naliczonej w czasie postępowania międzyinstancyjnego, z tytułu zdarzenia mającego miejsce przed wszczęciem procesu, jest spóźnione;
- art. 227 k.p.c., art. 228 § 2 k.p.c., art. 229 k.p.c., art. 232 k.p.c., art. 92 k.p.c. (wszystkie w związku z art. 391 § 1 k.p.c.), art. 382 k.p.c. oraz art. 378 § 1 k.p.c. w związku z art. 379 pkt 2 k.p.c. przez ignorowanie treści pełnomocnictwa procesowego udzielonego pełnomocnikowi powódki i uznanie, że złożone w apelacji oświadczenia o potrąceniu nie odniosło skutku wobec powódki;

- art. 195 § 1 i § 2 k.p.c. przez niewzewzwanie do udziału w sprawie i niezawiadomienie o toczącym się postępowaniu (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ż., której praw i obowiązków bezpośrednio dotyczyło postępowanie;
- art. 328 § 2 k.p.c. przez niewyjaśnienie podstawy prawnej wyroku i sporządzenie uzasadnienia w sposób znacznie utrudniający sformułowanie podstaw skargi kasacyjnej i merytoryczną ocenę zaskarżonego wyroku oraz niewskazanie, z jakich przyczyn Sąd uznał, iż oświadczenie o potrąceniu sformułowane w treści apelacji nie dotarło do powódki, a także z jakich przyczyn Sąd uznał zarzut potrącenia za spóźniony;
- art. 381 k.p.c. poprzez pominięcie przez Sąd Apelacyjny nowych faktów i dowodów przedstawionych przez pozwanego w zakresie dotyczącym złożonego w apelacji zarzutu potrącenia.

II. naruszenie prawa materialnego, przez błędną wykładnię przepisów prowadzącą do niewłaściwego zastosowania przepisów, a to:

- art. 23 ust. 1 2,3 oraz art. 141 prawa zamówień publicznych przez przyjęcie, że pomiędzy stronami umowy konsorcjum powołanego w celu realizacji zamówienia publicznego nie zachodzi wspólność praw i obowiązków, a tym samym współuczestnictwo konieczne w postępowaniu mającym za przedmiot dochodzenia roszczeń z tytułu umowy zawartej w celu wspólnej realizacji zamówienia publicznego;
- art. 65 § 1 k.c. poprzez uznanie, iż treść pełnomocnictwa procesowego udzielonego pełnomocnikowi powódki w niniejszej sprawie nie upoważnia go do odbierania materialnoprawnych oświadczeń o potrąceniu pomimo okoliczności, iż treść udzielonego pełnomocnictwa obejmował pełnomocnictwo do doręczeń i jednoznacznie upoważniała pełnomocnika do odbierania w imieniu powódki wszystkich materialnoprawnych oświadczeń kierowanych do powódki;
- art. 499 k.c. związku z art. 95 § 2 k.c., art. 96 k.c. poprzez przyjęcie, iż nie doszło do skutecznego potrącenia naliczonej przez pozwaną kary umownej, pomimo doręczenia umocowanemu do odbioru oświadczeń pełnomocnikowi powódki oświadczenia o potrąceniu.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną powódka wniosła o odmowę przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu kasacyjnym ewentualnie o oddalenie skargi kasacyjnej pozwanej i zasądzenie od pozwanej na rzecz powódki w zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu kasacyjnym.

Wyrokiem z 20 listopada 2014 roku Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu w Katowicach do ponownego rozpoznania i orzeczenia o kosztach postępowania kasacyjnego.

Jak wskazał Sąd Najwyższy nietrafnym był zarzut naruszenia art. 195 § 1 i 2 k.p.c. uzasadniony niewzewzaniem do udziału w sprawie jednego z uczestników konsorcjum to jest (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ż.. Pozwana błędnie wyprowadziła wniosek, że współuczestnictwo konieczne zawsze występuje po stronie uczestników konsorcjum. W konsorcjum zewnętrznym (jawnym), będącym organizacją współdziałania widoczną dla osób trzecich, uczestnicy konsorcjum mogą, lecz nie muszą występować wobec osób trzecich we własnym imieniu. W zależności od ukształtowania konsorcjum jako zewnętrznego bądź wewnętrznego uczestnik konsorcjum może samodzielnie występować w stosunkach zewnętrznych ze skutkiem dla wszystkich uczestników konsorcjum bądź tylko dla siebie. Podkreślił Sąd Najwyższy, iż trafnym było wskazanie przez Sąd Apelacyjny, że z istnienia umowy konsorcjum nie musi wynikać

współuczestnictwo konieczne po stronie powodowej, ponieważ nie można stawiać znaku równości pomiędzy spółką cywilną zawiązaną na mocy art. 860 k.c., a konsorcjum

w rozumieniu art. 23 ust. 1 prawa zamówień publicznych. Pozwana błędnie usiłowała wskazać na art. 23 ust. 1 do 3 prawa zamówień publicznych oraz na art. 141 prawa zamówień publicznych jako ustawowego źródła powstania

współuczestnictwa koniecznego uczestników konsorcjum. Zgodnie z art. 23 ust. 2 prawa zamówień publicznych łączna reprezentacja wykonawców jest konieczna jedynie w odniesieniu do etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcie umowy w ramach tego postępowania, a więc także w przedmiocie skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych tą ustawą, na przykład żądania zwrotu wadium. Artykuł 23 prawa zamówień publicznych nie odnosi się natomiast do postępowania, w którym dochodzone roszczenia wynikają m.in.

z umowy o roboty budowlane zawartej w postępowaniu udzielania zamówienia publicznego. Artykuł 141 prawa zamówień publicznych nie jest ustawowym źródłem współuczestnictwa koniecznego uczestników konsorcjum, a wyłącznie ustawowym źródłem solidarnej odpowiedzialności za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, których to elementów nie można oczywiście ze sobą utożsamiać. Podkreślił Sąd Najwyższy, iż Sąd Apelacyjny trafnie wskazał na brak podstaw do każdorazowego utożsamienia konsorcjum ze spółką cywilną i w konsekwencji istnienia wspólnego majątku sponsor konsorcjantów. Wobec przyjęcia przez sąd odwoławczy braku w umowie podstaw do uznania istnienia przedmiotu współwłasności łącznej uczestników konsorcjum, nie było podstaw aby po stronie powodowej istniało współuczestnictwo konieczne.

O uchyleniu zaskarżonego wyroku przesądziła zasadność zarzutu naruszenia art. 328 § 2 k.p.c., ponieważ uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie pozwalało na kontrolę kasacyjną w odniesieniu do oceny zarzutu naruszenia art. 499 k.c. Dla oceny tego zarzutu wymagana jest stabilność ustalenia w kwestii złożenia oświadczenia o potrąceniu przesądającym o dokonaniu potrącenia, a takiego ustalenia w uzasadnieniu brakowało. Skarga kasacyjna może być oparta na zarzutach naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. w związku

z art. 391 § 1 k.p.c., jeżeli ustalenia sądu odwoławczego w określonej kwestii nie są jasne, a wręcz są wewnętrznie sprzeczne, co nie tylko osłabia zaskarżone orzeczenie ale przede wszystkim uniemożliwia Sądowi Najwyższemu dokonanie kontroli kasacyjnej zarzutu naruszenia konkretnego przepisu. Podkreślił Sąd Najwyższy, że Sąd Apelacyjny stanowczo stwierdził, iż należność z faktury nr (...) została przez pozwaną potrącona oświadczeniem złożonym powódce, a następnie uznał za uzasadniony zarzut powódki, że pozwana nie wykazała aby złożyła stosowne oświadczenie o potrąceniu stronie powodowej, co przesądza o trafności stanowiska Sądu pierwszej instancji, że nie doszło do skutecznego potrącenia należności powódki z tytułu wynagrodzenia z karą umowną. W tej sytuacji

w ocenie Sądu Najwyższego zachodziła wewnętrzna sprzeczność w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

Rozpoznając ponownie sprawę Sąd Apelacyjny zważył co następuje:

Zgodnie z art. 398²⁰ k.p.c. Sąd, któremu sprawa została przekazana, związany jest wykładnią prawa dokonaną w tej sprawie przez Sąd Najwyższy. Wyrokiem z dnia

20 listopada 2014 r. Sąd Najwyższy przesądził o niezasadności zarzutu naruszenia prawa procesowego to jest art. 72 § 1 pkt 1 i 2 k.p.c. oraz art. 195 § 1 k.p.c. uznając, iż nie zachodzi współuczestnictwo konieczne po stronie powodowej i tym samym powódka posiadała legitymację procesową czynną. Stanowisko to przesądza także o fakcie, iż bez znaczenia dla rozstrzygnięcia apelacji pozostaje trafność zarzutu sprzeczności ustaleń sądu z treścią zgromadzonego materiału dowodowego i przyjęcie, że w sprawie doszło do wygaśnięcia umowy konsorcjum łączącej powoda z (...) sp. z o.o. w związku z odstąpieniem od umowy o roboty budowlane.

Nie jest trafne stanowisko zawarte w apelacji, zgodnie z którym w 2010 r. pozwana obciążyła powódkę karą umowną za odstąpienie od umowy. Jest prawdą, iż z treści oświadczenia pozwanej z dnia 1 września 2010 r. wynika, że pozwana nalicza karę umowną

w wysokości 15% wynagrodzenia netto określonego w § 8 umowy, jednakże w tym samym oświadczeniu pozwana wskazuje na dwie przesłanki naliczenia tej kary, to jest potraktowanie przez pozwaną wcześniejszego oświadczenia powódki z 21 lipca 2010 r. jako odstąpienia od umowy z przyczyn dotyczących powódki oraz odstąpienie od umowy przez pozwaną przedmiotowym pismem. Co więcej, wprost wskazano, że kara umowna jest obliczona na podstawie § 21 ust. 1 tiret 1 i tiret 2 umowy i odwołano się do załączonej noty obciążeniowej.

Taka redakcja powołanego pisma z dnia 1 września 2010 r. prowadzi do wniosku, iż na jego podstawie nie sposób ustalić jakie było stanowisko strony pozwanej w zakresie naliczonej kary umownej. W piśmie tym, jak wyżej wskazano, pozwana odwołuje się do § 21 ust. 1 tiret 1 i tiret 2 umowy. Analiza tych regulacji umownych musi prowadzić do wniosku, iż są to dwa odmienne przypadki, w których może zostać naliczona kara umowna. Zgodnie z § 21 ust.

1 tiret 1 powódka winna zapłacić pozwanej karę umowną w razie odstąpienia od umowy przez pozwaną z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi powódka. Paragraf 21 ust.

1 tiret 2 wskazuje, że powódka winna zapłacić pozwanej karę umowną w razie odstąpienia od umowy przez powódkę z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność powódka. Takie ukształtowanie sytuacji, w których pozwana mogła naliczyć karę umowną, prowadzi do wniosku, że nie sposób aby obie sytuacja wystąpiły łącznie, poza hipotetyczną możliwością złożenia przez stronę powodową i pozwaną w tym samym momencie oświadczenia

o odstąpieniu od umowy. W każdej innej sytuacji odstąpienie od umowy przez jedną ze stron powoduje niemożliwość późniejszego odstąpienia od umowy przez drugą stronę. Mając na względzie powołaną argumentację Sąd Apelacyjny uznał, iż pismo z dnia 1 września 2010 r. nie może zostać uznane za naliczenie kary umownej stronie powodowej albowiem na podstawie treści powołanego pisma nie można jednoznacznie ustalić z jakiego tytułu kara umowna została naliczona, a takie ustalenie jest niezbędne dla oceny prawidłowości naliczenia kary umownej.

Analiza treści powołanego pisma oraz pozostałego materiału dowodowego prowadzi do wniosku, iż zasadną jest konstatacja, że naliczona kara umowna dotyczyła uprzedniego odstąpienia od umowy przez powódkę. Za takim stanowiskiem przemawia zawarty

w powołanym piśmie *passus* odwołujący się do załączonej do tego pisma noty nr (...). Nota ta nosi datę 31 sierpnia 2010 r., a więc została sporządzona przed złożeniem oświadczenia przez pozwaną o odstąpieniu od umowy. Prowadzi to do wniosku, iż jedyną przesłanką naliczenia kary umownej w tym dniu mogło być, zgodnie z § 21 ust.

1 umowy, odstąpienie od umowy przez powódkę. Prawidłowo jednak ustalił Sąd Okręgowy, iż powódka skutecznie nie odstąpiła od umowy. Jak zasadnie wskazał Sąd pierwszej instancji uprawnienie do odstąpienia od umowy nie zostało przyznane powódcie w treści umowy z dnia 2 lutego 2010 r. Trafnym także jest stanowisko Sądu Okręgowego, iż przyczyny wskazane przez powódkę nie dawały jej możliwości odstąpienia od umowy zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego, albowiem nie przysługiwało powódcie na podstawie przepisów kodeksu cywilnego w części regulującej umowę o roboty budowlane, jak również nie zaistniała podstawa do odstąpienia od umowy przez powoda na podstawie art. 491 k.c. wskutek nieuregulowania przez pozwanego części należności objętej fakturą powoda nr (...) z dnia 2 czerwca 2010 r.

Skoro odstąpienie od umowy przez powódkę było bezskuteczne, to należy rozważyć czy pozwana mogła odstąpić od umowy pismem z dnia 1 września 2010 r. Prawidłowo Sąd Okręgowy uznał, iż wobec opóźnienia w realizacji robót objętych umową ponad dwa miesiące, w świetle § 20 pkt b umowy oraz art. 635 w zw. z art. 656 § 1 k.c. skutecznym było odstąpienie od umowy przez pozwaną. Należy podkreślić, iż wbrew lansowanej przez stronę powodową koncepcji, strony w umowie jednoznacznie wskazały, iż pozwana może od umowy odstąpić w przypadku opóźnień powódki w terminach wykonania poszczególnych odcinków a nie tylko w wypadku opóźnienia w wykonaniu całości robót. Należy podkreślić, iż uprawnienie wynikające z art. 635 w zw. z art. 656 § 1 k.c. pozwala na odstąpienie od umowy jeszcze przed terminem wykonania robót, stąd nie może budzić wątpliwości, iż strony mogły w umowie określić okres opóźnienia uprawniający do odstąpienia, tym bardziej, że był on dla poszczególnych odcinków dłuższy niż termin ich realizacji.

Trafną także była konstatacja Sądu Okręgowego, iż w ślad za odstąpieniem od umowy pozwana nie skorzystała z uprawnienia do obciążenia powódki karą umowną na podstawie

§ 21 ust.1 tiret 1 umowy. Należy mieć jednak na względzie, że zgodnie z art. 382 k.p.c. Sąd drugiej instancji orzeka na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym. Pozwana do apelacji dołączyła notę obciążeniową nr (...) z dnia 16 maja 2013 r., w której wskazała, iż naliczona kwota wynika z kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy z dnia 2 lutego 2010 dokonanej pismem z dnia 1 września 2010 r., a naliczenie następuje zgodnie z § 21 ust. 1 tiret 1 umowy. Wystawienie powołanego dokumentu doprowadziło do skonkretyzowania kary umownej jakiej domagała się pozwana.

Nie było trafne stanowisko powódki, iż kara umowna nie należy się stronie pozwanej albowiem nie poniosła ona szkody. W myśl art. 484 § 1 k.c. w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi

w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości, bez względu na wysokość poniesionej szkody. Należy podkreślić, iż w uchwale siedmiu sędziów z dnia 6 listopada 2003 r. (sygn. akt III CZP 61/03) Sąd Najwyższy wskazał, iż kara umowna należy się wierzycielowi nawet

w sytuacji gdy nie poniósł szkody i Sąd Apelacyjny w niniejszym składzie ten pogląd podziela.

Nie był także zasadny wniosek powódki o miarkowanie kary umownej. Jest prawdą, że ustawodawca w art. 484 § 2 k.c. upoważnił Sąd do miarkowania kary umownej w sytuacji, gdy zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane lub gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Żadna z tych przesłanek nie zaistniała. W literaturze wskazano, iż przy ocenie nadmiernego wygórowania kary umownej najbardziej ogólnym kryterium jest stosunek pomiędzy wysokością kary umownej a wartością całego zobowiązania głównego

(zob. P. Drapała (w:) System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna. Tom

5. red. E. Łętowska, Warszawa 2006, s. 974). W ocenie Sądu Apelacyjnego w przypadku zastrzeżenia kary umownej w wysokości 15% wynagrodzenia netto za odstąpienie od umowy nie sposób uznać, iż była to kara rażąco wygórowana. Należy także mieć na względzie, iż umowa została zawarta przez przedsiębiorców, do których stosuje się podwyższony miernik staranności (art. 355 § 2 k.c.) i skoro strony złożyły zgodne oświadczenia woli co do zakresu kary umownej to godziły się na takie konsekwencje. Nie sposób także dokonać oceny wysokości kary umownej w odniesieniu do wartości poszczególnych odcinków i wykonanych prac, na co wskazuje strona powodowa, albowiem kara umowna została zastrzeżona za odstąpienie od umowy a nie jej fragmentów i same strony w postanowieniu umowy dotyczącym kary umownej odwołały się do wartości całego kontraktu a nie poszczególnych jego części. Odnosząc się do całego przedmiotu umowy, w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego, nie sposób także uznać, iż została spełniona druga przesłanka warunkująca miarkowanie kary umownej jaką jest wykonanie zobowiązania w znacznej części.

Pozwana w apelacji wskazała, iż potrąca dochodzoną w niniejszym procesie przez powódkę kwotę, z przysługującą pozwanej wierzytelnością z tytułu kary umownej.

Zgodnie z art. 498 k.c. niezbędną przesłanką dla dokonania potrącenia jest wymagalność obu wierzytelności. Jak zasadnie wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 30 sierpnia 2006 r. (sygn. akt II CSK 90/06, OSNC 2007 Nr 6 poz.92) wymagalność roszczenia nie została w prawie cywilnym zdefiniowana, powszechnie jednak przyjmuje się, że wyraża ona stan, w którym, obiektywnie rzecz ujmując, wierzyciel ma prawną możliwość żądania zaspokojenia przysługującej mu wierzytelności. Początek wymagalności roszczenia nie daje się formułować w regułę ogólną, ponieważ dla różnych stosunków prawnych i dla różnych roszczeń może być zróżnicowany.

W niniejszej sprawie strony w § 21 ust. 1 umowy wskazały, iż kwoty należne z tytułu kary umownej naliczonej w oparciu o powołany paragraf umowy pozwana potrąci z faktury wystawionej przez powódkę lub z zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

W przypadku braku możliwości dokonania potrącenia kary umownej z faktury lub zabezpieczenia należytego wykonania ustala się, że zapłata nastąpi przelewem na konto zamawiającego podane w naliczeniu do trzydziestu dni od daty otrzymania przez wykonawcę naliczenia. Taka regulacja wskazuje na dwustopniowe uprawnienie w zakresie realizacji kary umownej. Strona pozwana mogła zaspokoić swoją należność z tytułu kary umownej przede wszystkim poprzez potrącenie swojej wierzytelności z należnościami wynikającymi z faktur wystawionych przez powódkę, a gdyby nie skorzystała z tej możliwości to wówczas strony określiły termin zapłaty kary umownej na 30 dni od daty otrzymania naliczenia. W tym miejscu należy zauważyć, iż podnoszona przez powódkę okoliczność, że nota nr (...) z dnia 16 maja 2013 r. nie wskazuje numeru rachunku bankowego nie ma w ocenie Sądu Apelacyjnego znaczenia dla określenia daty wymagalności należności wynikającej z kary umownej sprecyzowanej w powołanej nocie. Brak podania numeru rachunku bankowego nie może powodować zmiany terminu wymagalności kary umownej, który został określony na

30 dni od daty otrzymania przez powódkę stosownego naliczenia.

Pozwana przedkładając notę z dnia 16 maja 2013 roku dołączyła potwierdzenie nadania jej listem poleconym. Co prawda z treści pieczętki widniejącej na nocie należy wnioskować, że nota ta została wysłana powódce za potwierdzeniem odbioru, jednakże strona pozwana nie przedstawiała potwierdzenia odbioru. Dlatego Sąd Apelacyjny uznał, iż z całą pewnością nota ta dotarła do strony powodowej najpóźniej 29 maja 2013 r., albowiem tę datę nosi pismo podpisane przez członków zarządu powódki, w treści którego wskazano że strona powodowa nie uznaje obciążenia wynikającego z noty nr (...) z dnia 16 maja 2013 roku i notę tę odsyła stronie pozwanej. Jak wyżej podniesiono wymagalność roszczenia jest niezbędną przesłanką dla dokonania potrącenia, zgodnie z art. 499 k.c. potrącenia dokonuje się przez oświadczenie złożone drugiej stronie. Skoro apelacja pozwanej, w której zawarto zarzut potrącenia, nosi datę 21 maja 2013 r., to bez względu na ocenę pełnomocnictwa jakie zostało udzielone pełnomocnikowi powódki, nie mogło dojść do skutecznego złożenia oświadczenia o potrąceniu albowiem przedstawiona do potrącenia wiarygodność wynikająca

z kary umownej nie była jeszcze wymagalna. Dlatego Sąd Apelacyjny uznał, iż oświadczenie o potrąceniu zostało skutecznie złożone w piśmie z dnia 14 listopada 2013 r., które wpłynęło do powódki w dniu 15 listopada 2013 r.

Zgodnie z art. 499 k.c. oświadczenie o potrąceniu ma moc wsteczną od chwili, kiedy potrącenie stało się możliwe. Strony w § 21 ust. 1 zawarły regulację dotyczącą rozliczenia kary umownej. Wskazano mianowicie na pierwszeństwo dokonania potrącenia z faktury wystawionej przez powódkę lub z zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

W przypadku braku możliwości dokonania potrącenia kary umownej z faktury lub zabezpieczenia należytego wykonania umowy ustalono, że zapłata nastąpi przelewem na konto pozwanej podane w naliczeniu do trzydziestu dni od daty otrzymania przez wykonawcę naliczenia. Dlatego Sąd Apelacyjny uznał, że w zakresie części kary umownej potrąconej

z fakturą powódki nr (...) z dnia 11 marca 2011 r. potrącenie stało się możliwe

z chwilą udowodnionego doręczenia powódce noty nr (...) z dnia 16 maja 2013 r. to jest z dniem 29 maja 2013 r.

Trafny jest zarzut apelującego, zgodnie z którym błędnie Sąd Okręgowy uznał, iż gwarancja bankowa została wystawiona przez (...) Bank (...) S.A. na zabezpieczenie roszczeń z tytułu rękojmi i gwarancji, i pozwana nie miała prawa skorzystać z tej gwarancji

w celu zaspokojenia swoich roszczeń z tytułu kary umownej za odstąpienie od umowy, podczas gdy z treści dokumentu gwarancyjnego wynika, że gwarancja została wystawiona

w celu zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Z treści samej gwarancji jak i treści umowy, zgodnie z którą gwarancja została złożona wynika, że ma ona zabezpieczać roszczenia zamawiającego w razie stwierdzenia, że wykonawca nie wypełnił swoich umownych zobowiązań. Pozwana mogłaby zrealizować tę gwarancję na pokrycie swoich zobowiązań z tytułu naliczonej kary umownej, tym bardziej, iż takie uprawnienie wynika także z treści § 21 ust. 1 umowy, jednakże pozwana skutecznie naliczyła karę umowną dopiero w nocie z 16 maja 2013 r., toteż zasadnie Sąd Okręgowy uznał, że pozwana nieprawidłowo zrealizowała gwarancję bankową. Tym samym trafnym było ustalenie, iż pozwana w tym zakresie była bezpodstawnie wzbogacona. Dlatego w ocenie Sądu Apelacyjnego nie sposób przyjąć, iż pozwana mogła taktować nieprawidłowo uzyskane środki z gwarancji bankowej jako należności stanowiące zabezpieczenie należytego wykonania umowy, o których mowa w § 21 ust. 1 umowy. Z tej przyczyny zastosowanie znajdzie passus zawarty w § 21 ust. 1 umowy, zgodnie z którym zapłata kary umownej winna nastąpić w terminie do trzydziestu dni od daty otrzymania przez powódkę naliczenia. Jak już wyżej wskazano, Sąd Apelacyjny przyjął, iż naliczenie zawarte w nocie nr (...)

z dnia 16 maja 2013 r. dotarło do strony powodowej najpóźniej 29 maja 2013 r., toteż roszczenie z tytułu kary umownej, stało się wymagalne w dniu 29 czerwca 2013 r. i odsetki ustawowe winny być naliczane od tego dnia albowiem wówczas potrącenie stało się możliwe.

Mając na względzie powołane argumenty Sąd Apelacyjny, zgodnie z art. 386 §

1 k.p.c. zmienił zaskarżony wyrok w punkcie 1 i 3 w ten sposób, iż zasądził od pozwanej na rzecz powódki odsetki ustawowe naliczane od kwoty 83 902 od dnia 14 kwietnia 2011 r. do dnia 29 maja 2013 r. oraz od kwoty 365 573 zł od dnia 4 października 2012 r. do dnia

29 czerwca 2013 r. oddalając powództwo w pozostałym zakresie oraz zasadzając od pozwanej na rzecz powódki kwotę 7217 tytułem zwrotu kosztów procesu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono zgodnie z art 100 i 108 k.p.c. nakładając na powódkę obowiązek zwrotu całości kosztów stronie pozwanej albowiem uległa ona tylko co do nieznaczącej części swego żądania. Na koszty złożyły się opłata od apelacji

w wysokości 22474 zł, opłata od skargi kasacyjnej w wysokości 22474 oraz koszty zastępstwa procesowego w postępowaniu kasacyjnym w wysokości 5400 zł i w postępowaniu apelacyjnym w wysokości 5400 zł ustalone przy uwzględnieniu § 6 w zw. z § 12 ust.

1 i 4 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (tekst jednolity Dz. U. z roku 2013 poz. 490).